

Budimex SA
ul. Siedmiogrodzka 9
01-204 Warszawa
tel. (48) 22 623 60 00
fax (48) 22 623 60 01

budimex

Warszawa, dnia 28 października 2019 r.

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

Zamawiający:

Miasto Gliwice

Wydział Zamówień Publicznych
ul. Zwycięstwa 21, 44-100 Gliwice
e-mail: za@um.gliwice.pl

Odwołujący:

Budimex S.A.

ul. Siedmiogrodzka 9, 01-204 Warszawa
reprezentowany przez r.pr. Zuzannę Szmelter
adres do doręczeń:
ul. Siedmiogrodzka 9, 01-204 Warszawa
e-mail: agnieszka.szmuc@budimex.pl

Dotyczy: postępowania prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego pn. *Zachodnia Brama Metropolii Silesia - Centrum Przesiadkowe w Gliwicach - roboty budowlane* (znak postępowania: ZA.271.98.2019; dalej jako „**Postępowanie**”)

Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 16 października 2019 r. pod nr 2019/S 200-485061 (dalej jako „**Ogłoszenie**”).

ODWOŁANIE

Działając w imieniu Budimex S.A. z siedzibą w Warszawie (dalej jako „**Odwołujący**”) na podstawie art. 180 ust. 1 w zw. z art. 179 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (dalej jako „**ustawa Pzp**” lub „**Pzp**”), niniejszym wnoszę odwołanie od czynności Zamawiającego polegającej na ustaleniu treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia oraz Ogłoszenia

www.budimex.pl



o zamówieniu dotyczących Postępowania (dalej odpowiednio jako: „SIWZ” lub „Ogłoszenie”), w sposób naruszający bezwzględnie obowiązujące przepisy ustawy Pzp i KC.

Niniejszym Odwołujący zarzuca Zamawiającemu naruszenie w szczególności następujących przepisów:

- 1) art. 139 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 5 i 353¹ kodeksu cywilnego w zw. z art. 647 kodeksu cywilnego w zw. z art. 577 § 4 kodeksu cywilnego w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp** poprzez przyznanie Zamawiającemu w ramach wzoru umowy stanowiącego ZAŁĄCZNIK NR 6 do SIWZ (dalej zwanego „Wzorem Umowy”) **prawa do odmowy dokonania odbioru końcowego do czasu usunięcia wad w każdym przypadku wystąpienia wad**, nawet jeśli wady mają charakter nieistotny, a w konsekwencji również ustalenie biegu terminu gwarancji jakości od dnia bezusterkowego odbioru robót, co godzi w istotę i naturę umowy o roboty budowlane, będąc jednocześnie postanowieniem niekorzystnym dla wykonawców, naruszającym bezwzględnie obowiązujące przepisy prawa oraz równowagę stron umowy i prowadzącym do naruszenia praw podmiotowych wykonawców;
- 2) art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp w zw. z art. 31 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 36 ust. 1 pkt 3) i 11) lit. a) oraz art. 36a ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp** poprzez zaniechanie sporządzenia opisu przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniających wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie pełnej i ważnej oferty oraz narzucenie Wykonawcy obowiązków nadmiernych i sprzecznych z obowiązującymi przepisami prawa, które powodują niemożliwy do oszacowania wzrost kosztów realizacji zamówienia, a także utrudniają zatrudnianie podwykonawców, co przejawia się we wprowadzeniu do Wzoru Umowy postanowień, na mocy których Wykonawca ma obowiązek zawarcia w umowie podwykonawczej **bezw warunkowego oświadczenia Podwykonawcy o kumulatywnym przystąpieniu do długu** Wykonawcy w zakresie odpowiedzialności związanej z niewykonaniem lub nienależytym wykonaniem zobowiązań (w tym zobowiązań związanych z udzieloną rękojmią lub gwarancją) wynikających z Umowy w części objętej umową o podwykonawstwo do kwoty wynikającej z umowy o podwykonawstwo, co w konsekwencji zwiększa w sposób nieokreślony koszt zatrudniania Podwykonawców oraz prowadzi do naruszenia praw Wykonawcy;
- 3) art. 139 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 5, 353¹ i 387 § 1 kodeksu cywilnego w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp oraz art. 29 ust. 3a ustawy Pzp** - poprzez wprowadzenie przez Zamawiającego do wzoru Umowy postanowień nieproporcjonalnych, niejednoznacznych i niezgodnych z prawem, naruszających bezwzględnie obowiązujące przepisy prawa oraz równowagę stron umowy i prowadzących do naruszenia praw podmiotowych wykonawców, a przejawiających się w obciążeniu Wykonawcy:
 - a)** obowiązkiem zatrudnienia na umowę o pracę osób wykonujących czynności wskazane w SIWZ **na cały okres realizacji przedmiotu umowy**, a nie na czas wykonywania czynności w ramach zamówienia, co powoduje, że Wykonawca ma obowiązek zatrudniania tych osób na umowę o pracę również w okresie, w którym nie będą oni wykonywali czynności w ramach zamówienia;
 - b)** ryzykiem **kar umownych określonych w rażąco wysokich, nierynkowych kwotach**,

budimex

liczonych **za opóźnienie, a nie zwłokę**, z **rażąco wysokim limitem kar** na poziomie 50 % wynagrodzenia umownego brutto w okresie budowy i 50 % wartości brutto przedmiotu reklamacji w okresie rękojmi i gwarancji oraz **ryzykiem odstąpienia przez Zamawiającego od Umowy z winy Wykonawcy gdy Wykonawcy dwukrotnie naliczono kary umowne**;

c) obowiązkiem udzielenia **gwarancji jakości na oznakowanie poziome grubowarstwowe oraz urządzenia wynoszącej od 5 do 10 lat**, co rażąco przekracza standardy rynkowe (dla większości urządzeń i oznakowania poziomego producenti udzielają maksymalnie 3-letniej gwarancji), a w przypadku niektórych urządzeń i oznakowania poziomego tak określony okres gwarancji i rękojmi przekracza okres żywotności takiego elementu przedmiotu Umowy, prowadząc w praktyce do **niekończącej się gwarancji jakości (a w przypadku urządzeń także do niekończącego się kosztu serwisowania ich przez Wykonawcę)**, bo Wykonawca będzie zmuszony do wymiany takich elementów w trakcie okresu gwarancji, co spowoduje zgodnie z art. 581 kodeksu cywilnego, że okres gwarancji będzie biegł na nowo, a Wykonawca w nowym okresie gwarancji będzie zmuszony znów wymieniać urządzenie i je dalej serwisować oraz wykonać na nowo oznakowanie poziome itd.

- które to obciążenia **uniemożliwiają Wykonawcy przyjęcie odpowiednich założeń kalkulacyjnych przy ocenie ekonomiczności kontraktu i sporządzaniu oferty**, a w efekcie prowadzą do naruszenia praw Wykonawcy. Ponadto takie postanowienia SIWZ oznaczają, że złożone oferty będą nieporównywalne, gdyż Zamawiający nie ustalił wytycznych pozwalających na przyjęcie takich samych założeń dla ww. wymogów przez każdego z oferentów.

W związku z powyższymi zarzutami Odwołujący wnosi o:

- 1) uwzględnienie odwołania,
- 2) nakazanie Zamawiającemu dokonania zmiany treści Ogłoszenia i SIWZ w sposób wskazany w uzasadnieniu niniejszego odwołania.

Interes i szkoda:

W wyniku naruszenia przez Zamawiającego wskazanych przepisów ustawy Pzp i Kodeksu Cywilnego interes Odwołującego w uzyskaniu zamówienia doznał uszczerbku, ponieważ Odwołujący jest wykonawcą zainteresowanym pozyskaniem przedmiotowego zamówienia i może ponieść szkodę na skutek naruszeń, których dopuścił się Zamawiający. Szkoda ta polega na wyłączeniu możliwości pozyskania zamówienia, a w konsekwencji osiągnięcia zysku w związku z jego realizacją. Powyższe dowodzi naruszenia interesu w uzyskaniu zamówienia, co czyni zadość wymaganiom określonym w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp do wniesienia niniejszego odwołania.

Zachowanie terminu i wymogów formalnych:

Odwołanie zostało wniesione z zachowaniem ustawowego terminu, gdyż ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 16 października 2019 r. Biorąc

budimex

pod uwagę powyższe, 10-dniowy termin na wniesienie odwołania, o którym mowa w art. 182 ust. 2 ustawy Pzp, został zachowany.

Odwołujący uścił wpis od niniejszego odwołania w wymaganej wysokości oraz przekazał kopię niniejszego odwołania wraz z załącznikami Zamawiającemu.

UZASADNIENIE

W postępowaniu, którego dotyczy niniejsze odwołanie, Zamawiający ustalił treść SIWZ, w szczególności Wzoru Umowy, oraz Ogłoszenia, w sposób naruszający – zdaniem Odwołującego - bezwzględnie obowiązujące przepisy ustawy Pzp i KC.

Ad 1) Zarzut dotyczący bezusterkowego odbioru robót

1. Zamawiający w **§ 6 Wzoru Umowy** opisał zasady odbioru końcowego przedmiotu Umowy, wskazując w ust. 7, iż:

*„7. Strony postanawiają, że z czynności odbioru końcowego będzie spisany protokół zawierający wszelkie ustalenia dokonane w toku odbioru, jak też terminy wyznaczone na usunięcie stwierdzonych w trakcie odbioru wad. **W przypadku stwierdzenia wad czynności odbioru końcowego zostają przerwane do czasu usunięcia tych wad.**”*

Zgodnie z § 6 ust. 14 Wzoru Umowy, zasadę tą stosuje się odpowiednio do odbiorów częściowych.

2. Dodatkowo, w Dokumentie Gwarancyjnym, stanowiącym załącznik nr 16 do SIWZ i załącznik nr 3 do Umowy, Zamawiający określił **odbior końcowy jako „bezusterkowy”** (pkt. 2 „Zamawiający nie traci uprawnień z tytułu udzielonej Gwarancji także w przypadku podpisania bezusterkowego protokołu odbioru.”).
3. Z powyższych postanowień Umowy wynika, że **Zamawiający przewidział w SIWZ tzw. bezusterkowy odbiór końcowy przedmiotu Umowy (i odbiory częściowe), czyli odbiór uzależniony od braku jakichkolwiek, nawet nieistotnych wad.** Oznacza to, że także nieistotne wady mają uprawniać Zamawiającego do odmowy dokonania odbioru i do odmowy zapłaty wynagrodzenia Wykonawcy oraz mogą skutkować naliczeniem Wykonawcy kar umownych za opóźnienie w przekazaniu określonego w umowie przedmiotu umowy oraz przesuwaniu termin rozpoczęcia okresu rękojmi i gwarancji (w przypadku odbioru końcowego).
4. W kontekście powołanych powyżej, jednoznacznych zapisów SIWZ, nie zmienia bezusterkowego charakteru odbioru zapis z § 6 ust. 8 Wzoru Umowy stanowiący, że „Zamawiający może podjąć decyzję o przerwaniu czynności odbioru końcowego, jeżeli w czasie tych czynności ujawniono istnienie takich wad, które uniemożliwiają użytkowanie przedmiotu umowy zgodnie z przeznaczeniem – aż do czasu usunięcia tych wad”, bo mówi on tylko o uprawnieniu

Budimex SA, NIP 526 10 03 187, REGON: 010732630, Sąd Rejonowy dla m.st. Warszawy, XII Wydział Gospodarczy Krajowego Rejestru Sądowego NR KRS 00000001764
Bank PEKAO SA rachunek nr 02 1240 1037 1111 0010 0440 4344, Fortis Bank Polska SA rachunek nr 41 1600 1127 0003 0121 9975 5001, kapitał zakładowy 127 650 000 zł w całości



Zamawiającego („Zamawiający może”), podczas gdy § 6 ust. 7 Wzoru Umowy ustanawia obowiązek przerwania robót przez Zamawiającego („zostają przerwane”) w przypadku wystąpienia wad (bez ich rozróżniania na istotne lub nieistotne).

5. W konsekwencji, poprzez tak ukształtowane postanowienia umowne, **Zamawiający uchyla się od ciążącego na nim, jako inwestorze, bezwzględnego obowiązku wynikającego z treści art. 647 KC**, który stanowi, że jednym z podstawowych obowiązków inwestora, w tym wypadku Zamawiającego, w ramach umowy o roboty budowlane jest dokonanie odbioru robót. Odbiór wykonanych robót jest kwestią kluczową w relacjach inwestor (zamawiający) — wykonawca. Stąd też, jakkolwiek praktyka uchylania się przez inwestorów od tego obowiązku jest jednoznacznie sankcjonowana, zwłaszcza, że doświadczenie realizacyjne pokazuje, że na etapie odbioru robót może dochodzić do sporów co do kwestii istnienia wad, a inwestorzy wykorzystują tego typu abuzywne postanowienia w celu nieuzasadnionego blokowania wypłaty wynagrodzenia dla wykonawcy, próbując wymusić usunięcie rzekomych wad stwierdzonych podczas odbiorów, które realnie mają charakter nieznaczających, nieistotnych usterek. W związku z tym wskazane postanowienia wzorów umów powinny zostać zmienione w taki sposób, aby były zgodne z treścią art. 647 KC.
6. W orzecznictwie **jednolicie** przyjmuje się, że w przypadku kodeksowej umowy o roboty budowlane o niewykonaniu zobowiązania nie można mówić, jeżeli wykonawca wykonał roboty, lecz są one wadliwe. Decydujące znaczenie ma charakter wad. W konsekwencji **niedopuszczalnym jest wprowadzanie tzw. bezusterkowego odbioru robót**, czemu ustawodawca daje wyraz również w ramach nowego projektu ustawy Prawo zamówień publicznych, jednoznacznie wskazując, że **tego typu postanowienia są postanowieniami o charakterze abuzywnym, których nie można wprowadzać do publicznych kontraktów**.

Podobnie również:

• **Wyrok Sądu Najwyższego z 14.02.2007 r., sygn. akt II CNP 70/06:**

„Oddanie dzieła nie powoduje wymagalności wierzytelności przyjmującego zamówienie o wynagrodzenie, gdy oddane dzieło jest dotknięte wadą istotną, tj. czyniącą je niezdatnym do zwykłego użytku lub sprzeciwiającą się wyraźnie umowie. Jeżeli natomiast dzieło ma tylko wadę nieistotną, należy uznać, że jego oddanie powoduje, w myśl art. 642 § 1 KC, wymagalność wierzytelności przyjmującego zamówienie o wynagrodzenie za dzieło.”

• **Wyrok Sądu Najwyższego z 22.06.2007 r., sygn. akt V CSK 99/07:**

„1. Inwestor ma obowiązek odbioru obiektu budowlanego wykonanego zgodnie z projektem i zasadami wiedzy technicznej.

2. Strony umowy o roboty budowlane nie mogą uzależnić wypłaty wynagrodzenia należnego wykonawcy od braku jakichkolwiek usterek.”

• **Wyrok Sądu Najwyższego z 07.03.2013 r., sygn. akt II CSK 476/12:**

„W sytuacji gdy wykonawca zgłosił zakończenie robót budowlanych wykonanych zgodnie z projektem i zasadami wiedzy technicznej zamawiający jest zobowiązany do ich odbioru (art. 647

k.c.). W protokole z tej czynności stanowiącym pokwitowanie spełnienia świadczenia i podstawę dokonania rozliczeń stron, niezbędne jest zawarcie ustaleń co do jakości wykonanych robót, w tym ewentualny wykaz wszystkich ujawnionych wad z terminami ich usunięcia lub oświadczeniem inwestora o wyborze innego uprawnienia przysługującego mu z tytułu odpowiedzialności wykonawcy za wady ujawnione przy odbiorze. Odmowa odbioru będzie uzasadniona jedynie w przypadku, gdy przedmiot zamówienia będzie mógł być kwalifikowany jako wykonany niezgodnie z projektem i zasadami wiedzy technicznej lub wady będą na tyle istotne, że obiekt nie będzie się nadawał do użytkowania."

• **Wyrok Sądu Apelacyjnego w Białymstoku z 04.04.2014 r., sygn. akt I ACa 860/13:**

„Wykonanie robót budowlanych z wadami nie może być utożsamiane z ich niewykonaniem i nie rodzi po stronie zamawiającego uprawnienia do odmowy odbioru robót. Przyjmuje się, że odmowa odbioru będzie uzasadniona jedynie w przypadku, gdy przedmiot zamówienia będzie mógł być kwalifikowany jako wykonany niezgodnie z projektem i zasadami wiedzy technicznej lub wady będą na tyle istotne, że obiekt nie będzie się nadawał do użytkowania. Wobec zgłoszenia zakończenia robót i braku uzasadnionych podstaw do odmowy odbioru, a także do skorzystania z uprawnienia do domagania się obniżenia wynagrodzenia strona jest zobowiązana do odbioru robót i do świadczenia pełnego wynagrodzenia wynikającego z umowy."

• **Wyrok Sądu Apelacyjnego we Wrocławiu z 18.12.2013 r., sygn. akt I ACa 1302/13:**

„Jedynie w sytuacji, gdy oddane dzieło jest dotknięte wadą istotną, tj. czyniącą je niezdatnym do zwykłego użytku lub sprzeciwiającą się wyraźnie umowie, zamawiający może odmówić jego odebrania. Jeżeli natomiast dzieło ma tylko wadę nieistotną, zamawiający nie może skutecznie uchylić się od odebrania dzieła. Te uwagi należy odnieść także do umowy o wykonanie robót budowlanych czy też umowy o wykonanie remontu budynku."

• **Wyrok Sądu Apelacyjnego we Wrocławiu z 18.10.2012 r., sygn. akt I ACa 1046/12:**

„Przez wykonanie - oddanie dzieła (odpowiednio robót budowlanych) rozumieć należy taką sytuację, gdy roboty zostały wykonane zgodnie z zakresem przedmiotowym umowy, na co nie ma wpływu ewentualne posiadania przez dzieło lub wykonane roboty budowlane, nieistotnych wad, usterek i niedoróbek. Nawet ujawnienie wad robót budowlanych nie zwalnia inwestora od obowiązku dokonania odbioru robót (wynika on z art. 647 KC), z tą bowiem chwilą nabywa on uprawnienia z tytułu rękojmi przewidziane w art. 637 KC i art. 638 KC. Możliwość odstąpienia od umowy przewidziana jest jedynie wtedy, kiedy dzieło (roboty budowlane) posiada wady istotne.

2. Zgłaszane zarzuty odnoszące się do wad nieistotnych, nie stanowią podstawy, ani do odmowy sporządzenia protokołu końcowego odbioru robót powierzonych stronie powodowej, ani też do odstąpienia od umowy. Ewentualnie mogłyby rodzić, o ile byłyby zasadne roszczenia z rękojmi i gwarancji."

• **Wyrok Sądu Apelacyjnego w Katowicach z 21.04.2009 r., sygn. akt V ACa 880/09:**

„O niewykonaniu zobowiązania z reguły nie można mówić, jeżeli wykonawca wykonał roboty lecz są one wadliwe. Decydujące znaczenie ma charakter wad. Z niewykonaniem zobowiązania z umowy o roboty budowlane mamy do czynienia wówczas, gdy roboty budowlane nie zostały wykonane w ogóle bądź gdy wada jest tego rodzaju, że uniemożliwia normalne wykorzystanie rezultatu robót lub odbiera im cechy wyraźnie oznaczone w umowie istotnie zmniejszając ich

wartość. Ujawnienie wad robót budowlanych nie wpływa na obowiązek inwestora dokonania odbioru robót zgodnie z art. 647 KC, a z tą chwilą inwestor nabywa uprawnienia z tytułu rękojmi przewidziane w art. 637 i art. 638 KC.”.

• **Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 22.05.2017 r., sygn. akt KIO 861/17:**

„W ocenie Izby potwierdził się zarzut naruszenia art. 139 ust. 1 ustawy Pzp i art. 14 ustawy Pzp w zw. z art. 647 k.c., art. 654 k.c., art. 656 § 1 k.c., art. 353¹ k.c. i art. 58 § 3 k.c., poprzez ukształtowanie określonych w § 15 ust. 5 pkt 1 Wzoru umowy warunków odbioru ostatecznego w sposób sprzeczny z tymi przepisami, w tym z naturą stosunku prawnego umowy o roboty budowlane w takim zakresie, w jakim Zamawiający będzie (w świetle zaskarżonego postanowienia wzoru umowy) uprawniony do odmówienia odbioru robót budowlanych do czasu usunięcia ich wad przez wykonawcę także wtedy, kiedy roboty te będą dotknięte wadami nadającymi się do usunięcia.

Zgodzić należało się z Odwołującym, że w przypadku występowania w wykonanych robotach wad usuwalnych (wad nie mających istotnego charakteru, skoro dają się usunąć) - Zamawiający jest obowiązany dokonać odbioru tych robót, zaś w protokole odbioru Strony powinny wskazać na czym wady polegają i sposób ich usunięcia w odpowiednim terminie. Wady usuwalne z samej definicji nie powodują bowiem niezdatności przedmiotu odbioru do użytku i nie świadczą o tym, że wykonawca nie wykonał powierzonych mu robót. Jak słusznie zauważył Odwołujący, powołując się na Wyrok Sądu Apelacyjnego w Białymstoku z 4 kwietnia 2014 r. I ACa 860/13, iż "Wykonanie robót budowlanych z wadami nie może być utożsamiane z ich niewykonaniem i nie rodzi po stronie zamawiającego uprawnienia do odmowy odbioru robót. Przyjmuje się, że odmowa odbioru będzie uzasadniona jedynie w przypadku, gdy przedmiot zamówienia będzie mógł być kwalifikowany jako wykonany niezgodnie z projektem i zasadami wiedzy technicznej lub wady będą na tyle istotne, że obiekt nie będzie się nadawał do użytkowania. Wobec zgłoszenia zakończenia robót i braku uzasadnionych podstaw do odmowy odbioru, a także do skorzystania z uprawnienia do domagania się obniżenia wynagrodzenia strona jest zobowiązana do odbioru robót i do świadczenia pełnego wynagrodzenia wynikającego z umowy."

Wobec powyższego Izba nakazała Zamawiającemu zmianę § 15 ust. 5 pkt 1 Wzoru umowy, poprzez zmianę ww. postanowień w taki sposób, aby wstrzymanie odbioru następowało w przypadku wystąpienia istotnych wad.”

7. Zdaniem Odwołującego, w sytuacji, gdy Zamawiający jest zobowiązany do odbioru przedmiotu umowy, gdy nie ma on wad istotnych i ma możliwość rozpoczęcia korzystania z niego, to analogicznie jak w art. 577 § 4 KC powinno to skutkować rozpoczęciem okresu gwarancji jakości. Zarówno art. 577 § 4 KC w przypadku dotyczącym gwarancji jakości, jak i art. 568 § 1 KC w przypadku rękojmi, wiążą rozpoczęcie okresu odpowiedzialności za wady z momentem wydania rzeczy. W ocenie Odwołującego brak jest podstaw prawnych aby w przypadku stwierdzenia nieistotnych wad odsuwać w czasie termin rozpoczęcia rękojmi i gwarancji, a w konsekwencji wydłużać okresy rękojmi i gwarancji, zwiększając ryzyko i koszt obsługi gwarancyjnej oraz rękojmi przez Wykonawcę. Analogicznie jak w przypadku ogólnych regulacji kodeksowych, **rozpoczęcie biegu gwarancji jakości powinno być powiązane z wydaniem przedmiotu umowy (odborem końcowym) i rozpoczęciem korzystania (użytkowania) przez**



Zamawiającego. Nie ulega przy tym wątpliwości, co potwierdza cytowane powyżej orzecznictwo, że jeśli w ramach wykonywanych robót zostaną zidentyfikowane wady o charakterze nieistotnym to ich wystąpienie w żadnym razie nie blokuje możliwości korzystania z efektu wykonanych prac przez Zamawiającego, a co za tym idzie niezasadnym byłoby przesuwanie terminu rozpoczęcia biegu gwarancji jakości i rękojmi za wady.

8. **Biorąc pod uwagę wszystkie powyższe okoliczności, Odwołujący wnosi o:**

- modyfikację **§ 6 ust. 7 Wzoru Umowy** poprzez dostosowanie go do art. 647 KC i nadanie mu następującego brzmienia:

„7. Strony postanawiają, że z czynności odbioru końcowego będzie spisany protokół zawierający wszelkie ustalenia dokonane w toku odbioru, jak też terminy wyznaczone na usunięcie stwierdzonych w trakcie odbioru wad. W przypadku stwierdzenia wad, które uniemożliwiają użytkowanie przedmiotu umowy zgodnie z przeznaczeniem, czynności odbioru końcowego zostają przerwane do czasu usunięcia tych wad.”

- modyfikację **punktu 2. Dokumentu Gwarancyjnego**, stanowiącego załącznik nr 16 do SIWZ i załącznik nr 3 do Umowy poprzez nadanie mu następującego brzmienia:

„Zamawiający nie traci uprawnień z tytułu udzielonej Gwarancji także w przypadku podpisania protokołu odbioru końcowego bez wskazania w nim wad.”

Ad 2) Zarzut dotyczący wymogu bezwarunkowego oświadczenia Podwykonawcy o kumulatywnym przystąpieniu do długu

1. W **§ 4 ust. 10 Wzoru Umowy** Zamawiający określił następujące „wymagania dotyczące umowy o podwykonawstwo, której przedmiotem są roboty budowlane, których niespełnienie spowoduje zgłoszenie przez Zamawiającego odpowiednio zastrzeżeń lub sprzeciwu: (...)

3) *umowa musi zawierać **bezwarunkowe oświadczenie Podwykonawcy o kumulatywnym przystąpieniu do długu Wykonawcy** w zakresie odpowiedzialności związanej z niewykonaniem lub nienależytym wykonaniem zobowiązań (w tym zobowiązań związanych z udzieloną rękojmią lub gwarancją) wynikających z niniejszej umowy w części objętej umową o podwykonawstwo do kwoty wynikającej z umowy o podwykonawstwo,*

4) *umowa musi zawierać zgodę Wykonawcy na kumulatywne przystąpienie do długu przez Podwykonawcę, o którym mowa w pkt 3),*

5) *umowa musi zawierać **solidarne zobowiązanie Wykonawcy i Podwykonawcy do przekazania Zamawiającemu oświadczenia o kumulatywnym przystąpieniu do długu**, którego wzór stanowi załącznik nr 6 (o treści jak zobowiązania gwarancyjne wynikające z niniejszej umowy) do umowy.*

Budimex SA, NIP 526 10 03 187, REGON 010232630, Sąd Rejonowy dla m.st. Warszawy, XII Wydział Gospodarczy Krajowego Rejestru Sądowego, KRS 0000001764, Bank Pekao SA rachunek nr 03 1240 1037 1111 0010 0440 4344, Fortis Bank Polska SA rachunek nr 41 1600 1127 0003 0121 9975 5001, Kancel. Zakładowy 127 650 490, zł wpłacony w całości

2. Wskazane powyżej, kwestionowane postanowienia Umowy stanowią nieumocowaną ustawowo, nadmierną i niedopuszczalną ingerencję w treść umów podwykonawczych zawieranych przez Wykonawcę/Podwykonawcę z osobami trzecimi, zgodnie z zasadą swobody umów, której ograniczenie nie ma podstaw na gruncie ustawy Pzp, w tym w art. 36 ust. 2 pkt 11 lit. a) Pzp. Wprowadzenie dodatkowego obowiązku przyjęcia przez Podwykonawcę odpowiedzialności za dług Wykonawcy wobec Zamawiającego jest konstrukcją **sprzeczną z naturą stosunku wynikającego z umowy o podwykonawstwo, której przedmiotem są roboty budowlane**, gdyż umowa ta ze swej istoty przewiduje odpowiedzialność podwykonawcy tylko przed wykonawcą w ramach zawartej przez nich umowy o podwykonawstwo, a nie odpowiedzialność podwykonawcy przed inwestorem. Zgodnie z przepisem art. 474 KC, interes inwestora jest wystarczająco chroniony tym, że wykonawca odpowiada przed nim za działania lub zaniechania podwykonawców jak za własne działania i zaniechania.
3. Kwestionowane zapisy Umowy są **ewidentnie sprzeczne również z celem przepisu art. 36 ust. 2 pkt 11 lit. a) Pzp**, którym jest ochrona interesów podwykonawców w zamówieniach publicznych, w szczególności przez zabezpieczenie zapłaty ich wynagrodzenia przez Zamawiającego. Wprowadzone przez Zamawiającego postanowienia Umowy nie tylko nie zapewniają Podwykonawcom zapłaty ich wynagrodzenia przez Zamawiającego, ale przeciwnie - przewidują, że **to Podwykonawcy mogą być zmuszeni do zapłaty Zamawiającemu np. kar umownych** na podstawie Umowy Zamawiającego z Wykonawcą.
4. Mając powyższe na uwadze, nie może być wątpliwości, iż wprowadzony przez Zamawiającego wymóg przystąpienia podwykonawców do długu Wykonawcy **ogranicza - bez racjonalnego uzasadnienia i wbrew intencji ustawodawcy - dostęp do udziału w realizacji niniejszego zamówienia publicznego wielu małym i średnim, lokalnym przedsiębiorcom budowlanym**, którzy mogliby występować jako Podwykonawcy Wykonawcy, ale w tych warunkach nie będą w stanie przyjąć na siebie dodatkowej odpowiedzialności względem Zamawiającego, rozszerzonej o zobowiązania Wykonawcy wynikające z umowy Wykonawcy z Zamawiającym (w tym np. z tytułu kar w opóźnieniu w robotach liczonych nie od wartości robót Podwykonawcy, lecz od wartości całego zamówienia). Pytaniem retorycznym jest, czy mała, rodzinna, lokalna firma budowlana zaryzykuje podpisanie umowy podwykonawczej z Wykonawcą na roboty budowlane wchodzące w skład niniejszego zamówienia np. na roboty o wartości 200.000 zł, jeżeli za 1-dniowe opóźnienie w wykonaniu tych robót podwykonawcy grozić będzie odpowiedzialność przed Zamawiającym z tytułu kar umownych w kwocie 200.000 zł, a więc równej wartości całej jego umowy z Wykonawcą.
5. Zważywszy na skutki finansowe kwestionowanych postanowień Umowy dla ewentualnych podwykonawców Wykonawcy, zapisy te wprowadzają **bardzo poważne utrudnienie w zatrudnianiu podwykonawców przez Wykonawcę**, które nie jest uzasadnione żadnym istotnym interesem Zamawiającego (wobec którego Wykonawca ponosi przecież pełną odpowiedzialność za należyte wykonanie całości zamówienia, w tym także za część zamówienia realizowaną przy pomocy Podwykonawców Wykonawcy) i musi być uznane za nadmierne. Tak istotne utrudnienie **będzie skutkowało znaczącym podniesieniem kosztów zatrudnienia podwykonawców** do realizacji niniejszego zamówienia, a co za tym idzie **znaczącym podniesieniem kosztów realizacji niniejszego zamówienia i cen oferowanych przez wykonawców Zamawiającemu**. Wszyscy wykonawcy będą bowiem musieli uwzględnić

Budimex SA, NIP 526 10 03 187, REGON 010723630, Sąd Rejonowy dla m.st. Warszawy, XII Wydział Gospodarczy Krajowego Rejestru Sądowego NIP KRS 0030001764
Bank PEKAO SA rachunek nr 02 1240 1037 1111 0010 0480 4344, Fortis Bank Polska SA rachunek nr 41 1630 1127 0003 0121 9975 5001, kapitał zakładowy 127 650 490 zł wpłacony w całości



w swoich ofertach fakt, że ich przyszli podwykonawcy podniosą swoje ceny rynkowe o koszt dodatkowego, niestandardowego ryzyka wynikającego z zobowiązania do przyjęcia odpowiedzialności finansowej za cudzy dług (w tym np. odpowiedzialności z tytułu kar za opóźnienie w robotach liczonych nie od wartości robót Podwykonawcy, lecz od wartości całego zamówienia – bo na podstawie umowy Wykonawcy z Zamawiającym). **Zwiększenie bez istotnych powodów kosztów realizacji zamówienia publicznego, narusza zdaniem odwołującego art. 44 ustawy o finansach publicznych**, czyli zasadę celowego, racjonalnego wydatkowania środków publicznych przez Zamawiającego oraz optymalnego doboru metod i środków służących osiągnięciu założonych celów.

6. Kwestionowane postanowienia Umowy wprowadzają też **dodatkowe, znaczące ekonomicznie świadczenie Wykonawcy, które jednak nie zostało w ogóle ujęte w opisie przedmiotu zamówienia w SIWZ**, tj. zobowiązanie do świadczenia przez osobę trzecią, polegającego na przystąpieniu osoby trzeciej do długu Wykonawcy wobec Zamawiającego i przyjęcia przez osobę trzecią odpowiedzialności finansowej za cudzy dług. Wiadomo, że takie dodatkowe świadczenie musi rodzić negatywne skutki finansowe dla wykonawców, tj. musi wykonawców dodatkowo kosztować, ale nie sposób jednoznacznie oszacować ile konkretnie, bo to dodatkowe świadczenie nie zostało opisane przez Zamawiającego w SIWZ zgodnie z zasadami określonymi w art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp, a więc w sposób umożliwiający wykonawcom wycenienie ryzyka i kosztów wynikających z kwestionowanych zapisów Umowy.
7. Z uwagi na konstrukcję prawną kwestionowanych zapisów Umowy, należy wskazać, że wprowadzają one niejako „tylnymi drzwiami” (w przepisach o podwykonawcach) nie przewidziane w przepisach ustawy Pzp **dodatkowe zabezpieczenie należytego wykonania umowy dla Zamawiającego**, wykraczające poza dopuszczalne formy i limity wartościowe dla takiego zabezpieczenia z art. 147-150 ustawy Pzp, a więc stanowią one również naruszenie tych bezwzględnie obowiązujących przepisów Pzp.
8. Ponadto, skoro zgodnie z kwestionowanymi zapisami Umowy, Podwykonawca będzie odpowiadał bezpośrednio przed Zamawiającym za należyte wykonanie robót wchodzących w skład niniejszego zamówienia publicznego, a Zamawiający na podstawie odpowiednich przepisów będzie odpowiadał za bezpośrednią zapłatę wynagrodzenia tego Podwykonawcy, to status takiego Podwykonawcy w zakresie tej części zamówienia publicznego nie będzie się niczym różnił od statusu Wykonawcy, z tą jednak zasadniczą różnicą, że **Podwykonawca będzie wykonawcą wybranym niezgodnie z przepisami ustawy Pzp, a więc z naruszeniem art. 7 ust. 3 Pzp**.
9. **Biorąc pod uwagę wszystkie powyższe okoliczności, Odwołujący wnosi o:** wykreślenie z § 4 ust. 10 Wzoru Umowy punktów 3-5 oraz wykreślenie z § 15 ust. 6 Wzoru Umowy punktu 6, a także usunięcie Załącznika nr 6 do Umowy.

Ad 3a) Zarzut dotyczący zatrudnienia na umowę o pracę osób wykonujących czynności wskazane w SIWZ na cały okres realizacji przedmiotu umowy

1. W **Rozdziale 4 ust. 4 SIWZ** Zamawiający wprowadził następujące postanowienie:

*„4. Wykonawca lub Podwykonawca/Dalszy Podwykonawca zatrudni osoby wykonujące czynności wskazane powyżej **na cały okres realizacji przedmiotu umowy**. W przypadku rozwiązania/wygaśnięcia stosunku pracy przed zakończeniem tego okresu, Wykonawca lub Podwykonawca/Dalszy Podwykonawca **jest zobowiązany do zatrudnienia od następnego dnia po ustaniu stosunku pracy innej osoby na to samo stanowisko pracy**.*

Jednocześnie w dniu rozpoczęcia pracy przez nowozatrudnioną osobę Wykonawca jest zobowiązany przekazać Zamawiającemu aktualne oświadczenie o zatrudnieniu na podstawie umowy o pracę wszystkich osób wykonujących w trakcie realizacji zamówienia roboty, o których mowa w pkt. 1.”

2. Powyższy wymóg Zamawiający powtórzył w **§ 3 ust. 11 Wzoru Umowy**:

*„11. Wykonawca lub Podwykonawca/Dalszy Podwykonawca zatrudni osoby wykonujące czynności wskazane powyżej **na cały okres realizacji przedmiotu umowy**. W przypadku rozwiązania/wygaśnięcia stosunku pracy przed zakończeniem tego okresu, Wykonawca lub Podwykonawca/Dalszy Podwykonawca **jest zobowiązany do zatrudnienia od następnego dnia po ustaniu stosunku pracy innej osoby na to samo stanowisko pracy**.*

Jednocześnie w dniu rozpoczęcia pracy przez nowozatrudnioną osobę Wykonawca jest zobowiązany przekazać Zamawiającemu aktualne oświadczenie o zatrudnieniu na podstawie umowy o pracę wszystkich osób wykonujących w trakcie realizacji zamówienia roboty, o których mowa w ust. 8.”

3. Na wstępie Odwołujący wyjaśnia, że nie kwestionuje w niniejszym odwołaniu samego wymogu zatrudnienia osób wykonujących czynności określone w SIWZ na umowę o pracę, który wynika z przepisów Pzp, lecz wprowadzony arbitralnie przez Zamawiającego wymóg by zatrudnienie to trwało **przez cały okres realizacji przedmiotu Umowy**, a więc przez cały okres realizacji zamówienia. Należy podkreślić, że literalne rozumienie powyższych zapisów SIWZ oznaczałoby, że Wykonawca/Podwykonawca ma obowiązek zatrudniania na umowę o pracę wskazanych w SIWZ osób od dnia zawarcia Umowy z Zamawiającym, poprzez 2 lata budowy, aż do upływu okresu rękojmi i gwarancji, tj. 5-10 lat (bo **gwarancja jakości i rękojmia niewątpliwie wchodzi w zakres „przedmiotu umowy”**), a więc maksymalnie **na okres 12 lat**. Już samo przyjęcie, że Wykonawca byłby zobowiązany zatrudnić na 12 lat np. malarza (roboty wykończeniowe), który na budowie będzie tydzień, wskazuje na absurdalność i nieproporcjonalność powyższego wymogu Zamawiającego.

4. Należy podkreślić, że specyfika czynności wskazanych przez Zamawiającego w SIWZ, jako objętych wymogiem zatrudnienia na podstawie umowy o pracę, tj. czynności przy robotach drogowych, robotach instalacyjnych przy budowie sieci i instalacji elektrycznych, teletechnicznych i sanitarnych, robotach fundamentowych, żelbetowych i innych konstrukcyjnych oraz robotach wykończeniowych, powoduje, że **są one wykonywane tylko przez część okresu realizacji całego zamówienia, na konkretnym etapie budowy** (np. roboty fundamentowe na początku budowy, a roboty wykończeniowe na końcu budowy), zatem nie ma racji bytu utrzymywanie przez



Wykonawcę całego tego personelu na pełnym etacie przez cały okres realizacji zamówienia (zwłaszcza wliczając w to okres rękojmi i gwarancji).

5. Niezależnie od powyższego, ustanowiony w niniejszym przetargu wymóg Zamawiającego, aby zatrudnienie na umowę o pracę trwało przez cały okres realizacji przedmiotu Umowy jest **ewidentnie sprzeczny z intencją przepisów Pzp**, które racjonalnie regulują wymóg zatrudnienia przez wykonawcę lub podwykonawcę na podstawie umowy o pracę osób wykonujących wskazane przez zamawiającego czynności w zakresie realizacji zamówienia (art. 29 ust. 3a, art. 143e). Przepisy te odnoszą wymóg zatrudnienia na umowę o pracę do „wykonywania czynności w zakresie realizacji zamówienia”, a więc do okresu wykonywania danych czynności, nie zaś do całego okresu realizacji przedmiotu zamówienia publicznego.
6. Nie ulega wątpliwości, że konieczność utrzymania zatrudnienia na etacie przez Wykonawcę/Podwykonawców wszystkich osób wykonujących w trakcie realizacji zamówienia roboty związane z wykonaniem czynności przy robotach drogowych, robotach instalacyjnych przy budowie sieci i instalacji elektrycznych, teletechnicznych i sanitarnych, robotach fundamentowych, żelbetowych i innych konstrukcyjnych oraz robotach wykończeniowych „na cały okres realizacji przedmiotu umowy”, czyli maksymalnie na 12 lat, **drastycznie zwiększy koszt realizacji niniejszego zamówienia publicznego**, o ile w ogóle wykonawcy zdecydują się na przyjęcie na siebie takiego ryzyka. Zważywszy na tak daleko idące, a zarazem trudne do precyzyjnego określenia, skutki finansowe kwestionowanego wymogu dla kosztów realizacji niniejszego zamówienia, Zamawiający powinien dokładnie określić w SIWZ ten wymóg (tzn. wyjaśnić, na jaki faktycznie okres wymaga zatrudniania wskazanych osób na umowę o pracę, czy obejmuje on również okres rękojmi i gwarancji) oraz uzasadnić jego wprowadzenie w takim zakresie, czego Zamawiający nie czyni. Odwołujący wskazuje, że **zwiększenie bez istotnych powodów kosztów realizacji zamówienia publicznego, narusza art. 44 ustawy o finansach publicznych**, czyli zasadę celowego, racjonalnego wydatkowania środków publicznych przez Zamawiającego oraz optymalnego doboru metod i środków służących osiągnięciu założonych celów. Co więcej, wprowadzanie przez Zamawiającego tak istotnego i kosztotwórczego wymogu, bez jego adekwatnego doprecyzowania w opisie przedmiotu zamówienia w SIWZ, może spowodować sytuację, gdy każdy z wykonawców zupełnie inaczej oszacuje koszt spełnienia tego wymogu, prowadząc do **nieporównywalności ofert w tym zakresie**. Wreszcie, opisanie przedmiotu zamówienia publicznego w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję **wypełnia przesłankę naruszenia dyscypliny finansów publicznych z art. 17 ust. 1 pkt 1 ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych**.
7. Powyższe argumenty znajdują potwierdzenie w **wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 19 grudnia 2016 r., sygn. akt KIO 2280/16**, w którym Krajowa Izba Odwoławcza uznała zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 29 ust. 3a i ust. 4 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez nieproporcjonalne do przedmiotu zamówienia, nieuzasadnione jego specyfiką oraz naruszające równą i uczciwą konkurencję w postępowaniu opisanie przedmiotu zamówienia odnoszące się do wymaganego okresu zatrudnienia na umowę o pracę osób wykonujących obsługę nośników zimowego utrzymania drogi, polegające na konieczności utrzymania okresu zatrudnienia tych osób na umowę o pracę od rozpoczęcia świadczenia usług aż do końca realizacji przedmiotu zamówienia, co nie znajdowało uzasadnienia w zakresie i okresie prac, do jakich ten potencjał winien być zatrudniony. Rozpatrując ten zarzut Krajowa Izba Odwoławcza wskazała, że:

Budimex SA, NIP 526 10 03 187, REGON 010722630, Sąd Rejonowy dla m.st. Warszawy, XII Wydział Gospodarczy Krajowego Rejestru Sądowego, KRS 0000001764
Bank PEKAO SA rachunek nr 02 1240 1037 1111 0010 0480 4344, Fortis Bank Polska SA rachunek nr 41 1600 1127 0003 0121 9975 5001, Kapital zakładowy 127 650 490 zł w całości

budimex

„Co do zasady Izba podziela stanowisko Zamawiającego, że ten uprawniony jest przy opisie przedmiotu zamówienia do określenia wymogu, iż osoby zajmujące określone stanowiska lub wykonujące określone czynności były zatrudnione na podstawie umowy o pracę. Jednakże słusznie zwrócił uwagę odwołujący na specyfikę wykonywania czynności związanych z obsługą nośników zimowego utrzymania dróg. Są to czynności wykonywane tylko w pewnym okresie roku, zatem **utrzymanie całego personelu przez cały okres realizacji zamówienia na pełnym etacie nie znajduje racji bytu.**”

8. **Biorąc pod uwagę wszystkie powyższe okoliczności, Odwołujący wnosi o:**

- modyfikację **Rozdziału 4 ust. 4 SIWZ** przez nadanie mu brzmienia:

„4. Wykonawca lub Podwykonawca/Dalszy Podwykonawca zatrudni osoby wykonujące czynności wskazane powyżej na cały okres **wykonywania tych czynności w trakcie realizacji zamówienia.**”

- modyfikację § 3 ust. 11 Wzoru Umowy przez nadanie mu brzmienia:

„11. Wykonawca lub Podwykonawca/Dalszy Podwykonawca zatrudni osoby wykonujące czynności wskazane powyżej na cały okres **wykonywania tych czynności w trakcie realizacji zamówienia.**”

Ad 3b) Zarzut dotyczący kar umownych

1. Odwołujący w ramach niniejszego zarzutu kwestionuje następujące postanowienia Wzoru Umowy dotyczące kar umownych:

- z **§ 13 Wzoru Umowy:**

„1. Wykonawca zapłaci Zamawiającemu kary umowne:

1) za **opóźnienie** w przekazaniu określonego w umowie przedmiotu umowy - w wysokości **0,1% wynagrodzenia umownego brutto** określonego w § 7 ust. 1 za każdy dzień opóźnienia, licząc od następnego dnia po upływie terminu umownego, o którym mowa w § 2 ust. 2;

1)* za **opóźnienie** w przekazaniu określonego w umowie przedmiotu umowy - w wysokości **0,1% wynagrodzenia** stanowiącego wartość należną Wykonawcy, określonego w § 7* ust. 1, powiększonego o podatek VAT, który zobowiązany jest rozliczyć Zamawiający za każdy dzień opóźnienia, licząc od następnego dnia po upływie terminu umownego, którym mowa w § 2 ust. 2;

2) za **opóźnienie** w usunięciu wad stwierdzonych przy odbiorze końcowym - w wysokości **0,1% wynagrodzenia umownego brutto** określonego w § 7 ust. 1 za każdy dzień opóźnienia, licząc od dnia następnego po upływie terminu wyznaczonego do usunięcia wad;

2)* za **opóźnienie** w usunięciu wad stwierdzonych przy odbiorze - w wysokości **0,1% wynagrodzenia** stanowiącego wartość należną Wykonawcy, określonego w § 7* ust. 1, powiększonego o podatek VAT, który zobowiązany jest rozliczyć Zamawiający, za każdy dzień opóźnienia, licząc od dnia następnego po upływie terminu wyznaczonego do usunięcia wad;

3) za **opóźnienie** w usunięciu wad stwierdzonych w okresie rękojmi i gwarancji - w wysokości **0,5% wartości przedmiotu reklamacji** za każdy dzień opóźnienia, licząc od dnia następnego po upływie terminu wyznaczonego do usunięcia wad;

3)* za **opóźnienie** w usunięciu wad stwierdzonych w okresie rękojmi i gwarancji - w wysokości **0,5% wartości przedmiotu reklamacji** powiększonej o podatek VAT, który zobowiązany jest rozliczyć Zamawiający, za każdy dzień opóźnienia, licząc od dnia następnego po upływie terminu wyznaczonego do usunięcia wad;

4) za spowodowanie przerwy w realizacji robót z przyczyn zależnych od Wykonawcy

- w wysokości **0,1% wynagrodzenia umownego brutto** określonego w § 7 ust. 1 za każdy dzień przerwy;

4)* za spowodowanie przerwy w realizacji robót z przyczyn zależnych od Wykonawcy

- w wysokości **0,1% wynagrodzenia** stanowiącego wartość należną Wykonawcy, określonego w § 7* ust. 1, powiększonego o podatek VAT, który zobowiązany jest rozliczyć Zamawiający, za każdy dzień przerwy;

5) w przypadku nieusunięcia w wyznaczonym terminie wad, o których mowa w § 6 ust. 6 - w wysokości **2 % wynagrodzenia umownego brutto** określonego w § 7 ust. 1; w tej sytuacji kary umownej, o której mowa w pkt 2), nie nalicza się;

5)* w przypadku nieusunięcia w wyznaczonym terminie wad, o których mowa w § 6 ust. 6 - w wysokości **2% wynagrodzenia** stanowiącego wartość należną Wykonawcy, określonego w § 7* ust. 1, powiększonego o podatek VAT, który zobowiązany jest rozliczyć Zamawiający; w tej sytuacji kary umownej, o której mowa w pkt 2), nie nalicza się;"

„11) w wysokości 20,00 zł (słownie: dwadzieścia złotych 00/100) za każdy dzień **opóźnienia** w złożeniu Zamawiającemu oświadczenia potwierdzającego spełnienie przez Wykonawcę lub Podwykonawcę/Dalszego Podwykonawcę wymogu zatrudnienia na podstawie umowy o pracę osób wykonujących czynności, o których mowa w § 3 ust. 8.”

„6. Kary umowne, które Wykonawca zapłaci Zamawiającemu, odnoszące się do wykonania przedmiotu umowy od momentu zawarcia niniejszej umowy do chwili odebrania za protokołem przedmiotu umowy:

1) będą naliczane do wysokości **50% wynagrodzenia umownego brutto** określonego w § 7 ust. 1,

1)* będą naliczane do wysokości **50% wynagrodzenia** stanowiącego wartość należną Wykonawcy, określonego w § 7* ust. 1, powiększonego o podatek VAT, który zobowiązany jest rozliczyć Zamawiający,”

budimex

*„9. Kary dotyczące opóźnień w usunięciu wad w okresie rękojmi i gwarancji będą naliczane do wysokości **50% wartości przedmiotu reklamacji**. Za wartość przedmiotu reklamacji uznaje się kwotę brutto niezbędną do wykonania przedmiotu objętego reklamacją zgodnie z umową, ustaloną w oparciu o kosztorys Wykonawcy.*

9. Kary dotyczące opóźnień w usunięciu wad w okresie rękojmi i gwarancji będą naliczane do wysokości **50% wartości przedmiotu reklamacji**, powiększonej o podatek VAT, który zobowiązany jest rozliczyć Zamawiający. Za wartość przedmiotu reklamacji uznaje się kwotę brutto niezbędną do wykonania przedmiotu objętego reklamacją zgodnie z umową, ustaloną w oparciu o kosztorys Wykonawcy.*

*10. Kary umowne, o których mowa w ust. 9, **nie są wliczane** do sumy kar, o których mowa w ust. 8.*

10. Kary umowne, o których mowa w ust. 9*, **nie są wliczane** do sumy kar, o których mowa w ust. 8.”*

- z § 11 ust. 2 pkt 8 Wzoru Umowy:

„2. Zamawiającemu przysługuje prawo do odstąpienia od umowy w przypadku:

*(...) 8) gdy **Wykonawcy dwukrotnie naliczono kary umowne** - w terminie 30 dni od daty naliczenia kolejnej kary.”*

2. Na wstępie tej części odwołania Odwołujący wskazuje, iż nie neguje co do zasady prawa Zamawiającego do kształtowania zapisów umownych dotyczących kar zgodnie z ich funkcją odszkodowawczą i prewencyjną, ale uważa, że w niniejszym postępowaniu Zamawiający zdecydowanie nadużył tego prawa, wprowadzając do Umowy taką konstrukcję, ilość i wysokość kar umownych dla Wykonawcy, że **jako całość są one rażąco wygórowane w stosunku do standardów rynkowych i zupełnie nieadekwatne do wysokości możliwej szkody ewentualnie powstałej po stronie Zamawiającego**. W efekcie, kary te na etapie ofertowania doprowadzą do drastycznego ograniczenia konkurencji przez odstraszenie wszystkich racjonalnie kalkulujących ryzyko wykonawców, zaś na etapie realizacji Umowy mogą doprowadzić do nieuzasadnionego wzbogacenia Zamawiającego kosztem Wykonawcy.
3. Przede wszystkim, mając na uwadze skomplikowany przedmiot i dużą wartość niniejszego zamówienia, **za niedopuszczalne należy uznać wprowadzenie przez Zamawiającego do Umowy kar umownych dla Wykonawcy za „opóźnienie”, a nie za „zwłokę”** (w przekazaniu określonego w umowie przedmiotu umowy i w usunięciu wad), tym bardziej, że dla siebie Zamawiający przewidział w Umowie karę umowną nie za „opóźnienie”, lecz za „zwłokę” (w przystąpieniu do przeprowadzenia odbioru - § 13 ust. 11 pkt 1 Umowy). Należy podkreślić, że taka praktyka zamawiających polegająca na wprowadzaniu do umów o roboty budowlane kar dla wykonawców za opóźnienie, a dla zamawiających za zwłokę, jako prowadząca do **ewidentnej i rażącej nierównowagi stron umowy**, spotyka się obecnie z **jednoznacznie negatywną oceną polskiego rynku budowlanego**, czego efektem jest zakazanie przez Skarb Państwa – GDDKiA stosowania takich zapisów w umowach podwykonawczych. Negatywnej ocenie dla takiej praktyki dał również wyraz ustawodawca w nowym projekcie ustawy Prawo zamówień publicznych, postanawiając jednoznacznie w art. 433 pkt 1 projektu PZP, że **projektowane postanowienia umowy o zamówienie publiczne nie mogą przewidywać**

odpowiedzialności wykonawcy za opóźnienie (chyba że jest to uzasadnione okolicznościami lub zakresem zamówienia, co w niniejszym zamówieniu nie ma miejsca).

4. Odnosząc się do rażącego przekroczenia przez Zamawiającego standardów rynkowych w zakresie wysokości kar umownych i ich limitu, Odwołujący podnosi, że wysokość kar umownych za opóźnienie w wykonaniu robót i usuwaniu wad oraz ich limity określone przez Zamawiającego w niniejszym przetargu **wielokrotnie przekraczają standardowe, stosowane na rynku budowlanym poziomy kar umownych**. Dla zobrazowania jak drastyczna jest to różnica, Odwołujący prezentuje poniżej poziom odpowiednich kar i ich limitów przewidzianych w 2 największych wartościowo, a zatem reprezentatywnych dla rynku budowlanego w Polsce, przetargach organizowanych w ostatnim czasie przez Skarb Państwa – Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad oraz PKP Polskie Linie Kolejowe S.A., czyli największych zamawiających publicznych w zakresie infrastruktury drogowej i kolejowej (wraz z porównaniem odpowiednich danych do niniejszego postępowania):

1)

Zamawiający:	Skarb Państwa – Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad	DLA PORÓWNANIA Wysokość kar w niniejszym przetargu:
Przedmiot postępowania:	Projekt i budowa dla zadania pn.: „Zaprojektowanie i budowa drogi ekspresowej S19 na odcinku od węzła Rzeszów Południe (bez węzła) do węzła Babica (z węzłem) dł. ok. 10,3 km”. Wartość: ponad 1 miliard zł	
Kary umowne dla Wykonawcy:		
za zwłokę w wykonaniu robót:	za przekroczenie Czasu na Ukończenie Robót lub Odcinka, z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy w wysokości: (i) za każdy dzień zwłoki w pierwszych dwóch tygodniach - 0,02% Zaakceptowanej Kwoty Kontraktowej , z zastrzeżeniem Subklauzuli 10.2 [Przejęcie części Robót], (ii) za każdy dzień zwłoki w trzecim i czwartym tygodniu - 0,03% Zaakceptowanej Kwoty Kontraktowej , z zastrzeżeniem Subklauzuli 10.2 [Przejęcie części Robót], (iii) za każdy dzień zwłoki w każdym kolejnym tygodniu, począwszy od piątego tygodnia - 0,05% Zaakceptowanej Kwoty Kontraktowej ,	0,1% wynagrodzenia — 5 razy większe (w pierwszych dwóch tygodniach)
za zwłokę w usuwaniu wad:	za niedotrzymanie któregośkolwiek z terminów usunięcia Wad lub wykonania zaległych prac określonych w Świadectwie Przejęcia lub w protokole z przeglądu realizacji robót zaległych, lub ujawnionych w Okresie Przeglądów i Rozliczenia Kontraktu, w terminach określonych przez Inżyniera lub Zamawiającego - w wysokości 10 000 PLN za każdy dzień zwłoki (tj. mniej niż 0,001% wartości umowy)	0,5% wartości przedmiotu reklamacji (2% wynagrodzenia za nieusunięcie wad, o których mowa w § 6 ust. 6) – kilkaset razy większe
limit kar umownych:	Łączna wysokość Kar umownych należnych Zamawiającemu nie przekroczy 20% Zaakceptowanej Kwoty Kontraktowej .	100% (50% wynagrodzenia + 50% wartości przedmiotu reklamacji) – 5 razy większy limit

2)

Zamawiający:	PKP Polskie Linie Kolejowe S.A.	DLA PORÓWNANIA Wysokość kar w niniejszym przetargu:
Przedmiot postępowania:	„Realizacja robót budowlanych oraz wykonanie projektu wykonawczego i realizacja robót budowlanych na zabudowę urządzeń sterowania ruchem kolejowym, urządzeń kolejowych sieci telekomunikacyjnych wraz ze świadczeniem usług pogwarancyjnych dla tych urządzeń na odcinku podg. Most Wisła – Czechowice – Dziedzice – Zabrzeg w ramach projektu „Prace na podstawowych	



	ciągach pasażerskich (E 30 i E 65) na obszarze Śląska, Etap I: linia E 65 na odc. Będzin – Katowice – Tychy – Czechowice-Dziedzice – Zebrzydowice, Lot C odcinek Most Wisła – Czechowice-Dziedzice – Zabrzeg” Wartość: ponad 1,4 miliarda zł	
Kary umowne dla Wykonawcy:		
za zwłokę w wykonaniu robót:	- za niewykonanie w terminie Etapu - wysokości 0,02% wartości Robót objętych Etapem za każdy dzień zwłoki	0,1% wynagrodzenia — 5 razy większe (w pierwszych dwóch tygodniach)
za zwłokę w usuwaniu wad:	- za niedotrzymanie terminu usunięcia wad określonego w Świadectwie Przejęcia – w wysokości od 1000 do 3000 zł za każdy dzień zwłoki ; - za niedotrzymanie terminu usunięcia wady lub usterki uniemożliwiającej lub ograniczającej eksploatację linii kolejowej w okresie zgłaszania wad lub usterek, w terminie wskazanym przez Zamawiającego – w wysokości 1.000,00 PLN za każdą rozpoczętą godzinę zwłoki;	0,5% wartości przedmiotu reklamacji (2% wynagrodzenia za nieusunięcie wad, o których mowa w § 6 ust. 6) – kilkaset razy większe
limit kar umownych:	Łączna wysokość Kar umownych należnych Zamawiającemu nie przekroczy 20% wynagrodzenia	100% (50% wynagrodzenia + 50% wartości przedmiotu reklamacji) – 5 razy większy limit

(prezentowane powyżej dane są powszechnie znane i publicznie dostępne, jako zawarte w odpowiednich dokumentach SIWZ wskazanych postępowań o udzielenie zamówień publicznych w trybie przetargów nieograniczonych)

- Odrębnego omówienia wymaga **kara umowna dla Wykonawcy z § 13 ust. 1 pkt 5 Wzoru Umowy**, tj. kara umowna za nieusunięcie w wyznaczonym terminie wad, o których mowa w § 6 ust. 6 - w wysokości 2 % wynagrodzenia umownego brutto Wykonawcy. Należy podkreślić, że sytuacji tak trudnego jak obecnie rynku budowlanego w Polsce, gdzie zysk generalnych wykonawców zamówień budowlanych oscyluje w okolicach kilku procent (jeżeli w ogóle udaje się jakiś zysk wypracować), wprowadzenie przez Zamawiającego do Umowy ryzyka obciążenia Wykonawcy **karą umowną za 1-dniowe opóźnienie w usunięciu wad** (w stosunku do terminu wyznaczonego przez Zamawiającego) **w tak absurdalnej wysokości 2 % wynagrodzenia umownego brutto Wykonawcy**, a więc kary, która może jednorazowo „skonsumować” cały zysk Wykonawcy z realizacji zamówienia, nie da się oceniać inaczej, niż jako **instrumentu odstraszenia rzetelnych wykonawców i ograniczenia uczciwej konkurencji w postępowaniu**.
- Kwestionowaną w niniejszym odwołaniu konstrukcję kar umownych uzupełnia postanowienie § 11 ust. 2 pkt 8 Wzoru Umowy, ustanawiające prawo Zamawiającego do odstąpienia od Umowy (i naliczenia Wykonawcy kary umownej za to odstąpienie w wysokości 5% wynagrodzenia umownego brutto) **za dwukrotne naliczenie Wykonawcy przez Zamawiającego kar umownych**. Należy podkreślić, że jest to umowna sankcja dla Wykonawcy **nie spotykana w tej formie (jako umowna przesłanka do odstąpienia) w publicznych kontraktach budowlanych** (gdzie co najwyżej stosuje się racjonalny próg wysokości wcześniej nałożonych kar np. przekraczających 10% wynagrodzenia wykonawcy). Ustanowiona przez Zamawiającego sankcja odstąpienia od Umowy za naliczenie Wykonawcy jakichkolwiek 2 kar umownych jest rozwiązaniem rażącym brakiem proporcji, arbitralnością i nadmiernością, bez żadnego racjonalnego powiązania z celem nakładania kar umownych i możliwą szkodą Zamawiającego. O absurdalności tej konstrukcji najlepiej świadczy fakt, że pozwala ona Zamawiającemu np. naliczyć Wykonawcy karę umowną w wysokości 20,00 zł za 1 dzień opóźnienia (nawet nie zwłoki) w złożeniu oświadczenia potwierdzającego spełnienie przez Dalszego Podwykonawcę wymogu

zatrudnienia na podstawie umowy o pracę (kara z § 13 ust. 1 pkt 11 Umowy), a następnie, po naliczeniu drugiej takiej samej kary w wysokości 20 zł za inny przypadek podobnego opóźnienia Dalszego Podwykonawcy, odstąpić od Umowy z Wykonawcą i naliczyć mu karę umowną w wysokości 5% wynagrodzenia brutto (czyli ok. 10 mln zł). W jaki sposób wykonawcy w niniejszym przetargu mogą racjonalnie wycenić w swoich ofertach ryzyko takiego negatywnego scenariusza, który choć może wydawać się nieprawdopodobny, to jednak jest zupełnie możliwy w świetle zaproponowanych przez Zamawiającego i kwestionowanych w niniejszym odwołaniu zapisów Umowy?

7. W świetle powyższych faktów, należy przyjąć za pewnik, że bez wnioskowanego przez odwołującego skorygowania zaskarżonych postanowień umownych wykonawcy w niniejszym przetargu zmuszeni będą do skalkulowania w cenie ofertowej ryzyka poniesienia kar umownych w niespotykanej na rynku wysokości, sięgającej rzędu kilkukrotności normalnego poziomu kar. Nie może być wątpliwości, że doprowadzi to w niniejszym przetargu albo do składania przez wykonawców ofert znacznie przekraczających ceny rynkowe (bo wykonawcy będą musieli w nich uwzględnić zwiększone, niestandardowe ryzyko takich kar), albo do rezygnacji przez wykonawców ze składania ofert w ogóle w tym przetargu. Bardzo wysokie prawdopodobieństwo takiego scenariusza oznacza, że po pierwsze, kwestionowane w niniejszym odwołaniu zapisy o karach umownych stanowią, jako całość, **naruszenie przez Zamawiającego powołanego wcześniej art. 44 ustawy o finansach publicznych**, czyli zasady celowego, racjonalnego wydatkowania środków publicznych przez Zamawiającego oraz optymalnego doboru metod i środków służących osiągnięciu założonych celów, a po drugie, że kary umowne stanowią w niniejszym postępowaniu instrument bezprawnego odstraszenia rzetelnych wykonawców i ograniczenia konkurencji w postępowaniu, **godząc w zasadę zachowania uczciwej konkurencji wynikającą z art. 7 ust. 1 Pzp**.
8. Mając na uwadze wskazany powyżej rażący poziom naruszeń w zakresie określonej przez Zamawiającego we Wzorze Umowy konstrukcji i wysokości kar umownych, Odwołujący wskazuje na mające zastosowanie do niniejszego postępowania orzecznictwo KIO w tym zakresie, popierające jego stanowisko:

- Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 22.02.2017 r., sygn. akt KIO 245/17:

*„Za zasadne uznano wywody odwołującego i przystępujących, że w tej sytuacji wykonawcy zmuszeni będą do skalkulowania w cenie ofertowej ryzyka poniesienia kar umownych w niespotykanej wysokości sięgającej rzędu kilkukrotności wartości ceny ofertowej. Izba podziela zatem stanowisko, że w tej konkretnej sprawie kary umowne zastrzeżono na tak wysokim poziomie, że **stały się instrumentem ograniczenia konkurencji w postępowaniu**, co godzi w zasadę zachowania uczciwej konkurencji wynikającą z art. 7 ust. 1 ZamPublU. Takie ukształtowanie wysokości kar umownych stało się bowiem instrumentem odstraszenia wykonawców, gdyż **należy uznać za dalece prawdopodobne, że część wykonawców w tej sytuacji w ogóle zrezygnuje ze złożenia oferty**. Kolejni wykonawcy uwzględnią wysokie ryzyko ekonomiczne poniesienia kar umownych i złożą zamawiającemu bardzo niekorzystne oferty. Może się natomiast zdarzyć sytuacja, że znajdzie się wykonawca, który nie*

budimex

skalkuluje ryzyka co będzie oznaczało, że rzetelni wykonawcy nie będą w stanie z takim wykonawcą konkurować.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba nakazała zamawiającemu modyfikacje postanowień wzoru umowy przez zmniejszenie wysokości kar umownych zgodnie z żądaniem odwołującego."

- Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 30.11.2017 r., sygn. akt KIO 2219/17:

*„Izba zważyła, że Zamawiający konstruując postanowienia dotyczące kar umownych wypaczył w istocie ich rzeczywisty cel jakim jest naprawienie szkody wyrządzonej Zamawiającemu z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania świadczenia niepieniężnego, czym naruszył przepisy kodeksu cywilnego. **Uprawnienie Zamawiającego do konstruowania zapisów umownych w sprawie zamówienia publicznego nie może być nadużywane i prowadzić do nieuzasadnionego wzbogacenia po stronie Zamawiającego** poprzez ustalenie rażąco wygórowanych kar umownych. W niniejszym postępowaniu zarzuty odnośnie kar umownych niewspółmiernych do możliwej szkody Zamawiającego sformułowali wszyscy Odwołujący wskazując m.in. na skomplikowany przedmiot prac oraz napięty harmonogram, co przy tak wysokich karach umownych powoduje, że wykonawcy nie są w stanie sporządzając ofertę ocenić ryzyka odpowiadającego regułom rynkowym."*

8. Biorąc pod uwagę wszystkie powyższe okoliczności, Odwołujący wnosi o:

- modyfikację kwestionowanych postanowień dotyczących kar umownych z **§ 13 Wzoru Umowy** poprzez nadanie im następującego brzmienia:

„1. Wykonawca zapłaci Zamawiającemu kary umowne:

*1) za **zwłokę** w przekazaniu określonego w umowie przedmiotu umowy - w wysokości **0,02% wynagrodzenia umownego brutto** określonego w § 7 ust. 1 za każdy dzień opóźnienia, licząc od następnego dnia po upływie terminu umownego, o którym mowa w § 2 ust. 2;*

1) za **zwłokę** w przekazaniu określonego w umowie przedmiotu umowy -w wysokości **0,02% wynagrodzenia** stanowiącego wartość należną Wykonawcy, określonego w § 7* ust. 1, powiększonego o podatek VAT, który zobowiązany jest rozliczyć Zamawiający za każdy dzień opóźnienia, licząc od następnego dnia po upływie terminu umownego, którym mowa w § 2 ust. 2;*

*2) za **zwłokę** w usunięciu wad stwierdzonych przy odbiorze końcowym - w wysokości **0,01% wynagrodzenia umownego brutto** określonego w § 7 ust. 1 za każdy dzień opóźnienia, licząc od dnia następnego po upływie terminu wyznaczonego do usunięcia wad;*

2) za **zwłokę** w usunięciu wad stwierdzonych przy odbiorze - w wysokości **0,01% wynagrodzenia** stanowiącego wartość należną Wykonawcy, określonego w § 7* ust. 1, powiększonego o podatek VAT, który zobowiązany jest rozliczyć Zamawiający, za każdy dzień opóźnienia, licząc od dnia następnego po upływie terminu wyznaczonego do usunięcia wad;*

Budimex SA, NIP: 526 10 03 187, REGON 010722630, Sąd Rejonowy dla m.st. Warszawy, XII Wydział Gospodarczy Krajowego Rejestru Sądowego NR KRS 0000001764
Bank PEKAO SA rachunek nr 02 1240 1037 1111 0010 0480 4344, Fortis Bank Polska SA rachunek nr 41 1600 1127 0003 0121 9975 5001 - Kaptol, zakładowy 127.650.490 zł wpłacony w całości

budimex

3) za **zwłokę** w usunięciu wad stwierdzonych w okresie rękojmi i gwarancji - w wysokości **0,01% wartości przedmiotu reklamacji** za każdy dzień opóźnienia, licząc od dnia następnego po upływie terminu wyznaczonego do usunięcia wad;

3)* za **zwłokę** w usunięciu wad stwierdzonych w okresie rękojmi i gwarancji - w wysokości **0,01% wartości przedmiotu reklamacji** powiększonej o podatek VAT, który zobowiązany jest rozliczyć Zamawiający, za każdy dzień opóźnienia, licząc od dnia następnego po upływie terminu wyznaczonego do usunięcia wad;

4) za spowodowanie przerwy w realizacji robót z przyczyn zależnych od Wykonawcy

- w wysokości **0,01% wynagrodzenia umownego brutto** określonego w § 7 ust. 1 za każdy dzień przerwy;

4)* za spowodowanie przerwy w realizacji robót z przyczyn zależnych od Wykonawcy

- w wysokości **0,01% wynagrodzenia** stanowiącego wartość należną Wykonawcy, określonego w § 7* ust. 1, powiększonego o podatek VAT, który zobowiązany jest rozliczyć Zamawiający, za każdy dzień przerwy;

~~5) w przypadku nieusunięcia w wyznaczonym terminie wad, o których mowa w § 6 ust. 6 w wysokości **0,2 % wynagrodzenia umownego brutto** określonego w § 7 ust. 1; w tej sytuacji kary umownej, o której mowa w pkt 2), nie nalicza się; [wykreśla się w całości]~~

~~5)* w przypadku nieusunięcia w wyznaczonym terminie wad, o których mowa w § 6 ust. 6 w wysokości **0,2% wynagrodzenia** stanowiącego wartość należną Wykonawcy, określonego w § 7* ust. 1, powiększonego o podatek VAT, który zobowiązany jest rozliczyć Zamawiający; w tej sytuacji kary umownej, o której mowa w pkt 2), nie nalicza się; [wykreśla się w całości]"~~

„11) w wysokości 20,00 zł (słownie: dwadzieścia złotych 00/100) za każdy dzień **zwłoki** w złożeniu Zamawiającemu oświadczenia potwierdzającego spełnienie przez Wykonawcę lub Podwykonawcę/Dalszego Podwykonawcę wymogu zatrudnienia na podstawie umowy o pracę osób wykonujących czynności, o których mowa w § 3 ust. 8.”

„6. Kary umowne, które Wykonawca zapłaci Zamawiającemu, odnoszące się do wykonania przedmiotu umowy od momentu zawarcia niniejszej umowy do chwili odebrania za protokołem przedmiotu umowy:

1) będą naliczane do wysokości **10% wynagrodzenia umownego brutto** określonego w § 7 ust. 1,

1)* będą naliczane do wysokości **10% wynagrodzenia** stanowiącego wartość należną Wykonawcy, określonego w § 7* ust. 1, powiększonego o podatek VAT, który zobowiązany jest rozliczyć Zamawiający,”

„9. Kary dotyczące opóźnień w usunięciu wad w okresie rękojmi i gwarancji będą naliczane do wysokości **10% wartości przedmiotu reklamacji**. Za wartość przedmiotu reklamacji uznaje się kwotę brutto niezbędną do wykonania przedmiotu objętego reklamacją zgodnie z umową, ustaloną w oparciu o kosztorys Wykonawcy.



9.* Kary dotyczące opóźnień w usunięciu wad w okresie rękojmi i gwarancji będą naliczane do wysokości **10% wartości przedmiotu reklamacji**, powiększonej o podatek VAT, który zobowiązany jest rozliczyć Zamawiający. Za wartość przedmiotu reklamacji uznaje się kwotę brutto niezbędną do wykonania przedmiotu objętego reklamacją zgodnie z umową, ustaloną w oparciu o kosztorys Wykonawcy.

10. Kary umowne, o których mowa w ust. 9, **są wliczane** do sumy kar, o których mowa w ust. 8.

10.* Kary umowne, o których mowa w ust. 9*, **są wliczane** do sumy kar, o których mowa w ust. 8."

- wykreślenie z **§ 11 ust. 2 Wzoru Umowy** punktu 8 w całości:

„2. Zamawiającemu przysługuje prawo do odstąpienia od umowy w przypadku:

(...) 8) ~~gdy Wykonawcy dwukrotnie naliczono kary umowne w terminie 30 dni od daty naliczenia kolejnej kary.~~ [wykreśla się w całości]

Ad 3c) Zarzut dotyczący gwarancji jakości i rękojmi na oznakowanie poziome grubowarstwowe oraz urządzenia wynoszących od 5 do 10 lat

1. Zgodnie z 2 ostatnimi akapitami **Rozdziału 3 SIWZ**:

„Wymagany termin gwarancji: Wymagany termin gwarancji: min. 60, max. 120 miesięcy, licząc od dnia końcowego odbioru przedmiotu umowy, przy czym okres gwarancji ma być równy okresowi rękojmi,

Wymagany termin rękojmi: Wymagany termin rękojmi: min. 60, max. 120 miesięcy, licząc od dnia końcowego odbioru przedmiotu umowy, przy czym okres rękojmi ma być równy okresowi gwarancji.”

Zgodnie z **Rozdziałem 20 SIWZ**, przedłużenie okresu gwarancji i rękojmi stanowi kryterium oceny ofert o wadze 40%.

2. Odwołujący kwestionuje w niniejszym odwołaniu objęcie obowiązkiem udzielenia gwarancji jakości i rękojmi na okres od 5 do 10 lat **oznakowania poziomego grubowarstwowego oraz urządzeń**, podnosząc że dla tych elementów niniejszego zamówienia tak długie okresy gwarancji i rękojmi znacznie przekraczają standardy rynkowe, a dla niektórych urządzeń i oznakowania poziomego grubowarstwowego – przekraczają wręcz okres żywotności tych elementów.
3. Odwołujący wskazuje, iż wiedzą powszechną na rynku budowlanym, znajdującą też potwierdzenie w powszechnym doświadczeniu życiowym, a zatem nie wymagającą szczegółowego dowodzenia, jest fakt, iż **dla większości urządzeń oferowane przez ich producentów standardowe okresy gwarancji wynoszą zazwyczaj 2 lata, a za dodatkową i to znaczną dopłatą – od 3 do maksymalnie 5 lat**. Dla potwierdzenia

Budimex SA, NIP 526-10-03-187, REGON 01072630, Sąd Rejonowy dla m.st. Warszawy, XII Wydział Gospodarczy Krajowego Rejestru Sądowego, KRS 000001764, Bank Pekao SA, rachunek nr 02 1240 1037 1111 0010 0480 4344, Fortis Bank Polska SA, rachunek nr 41 1600 1127 0003 0121 9975 3001, kapitał zakładowy 127.650.490 zł, wpłacony w całości



powyższej tezy w odniesieniu do konkretnych urządzeń wchodzących w zakres przedmiotu zamówienia w niniejszym przetargu, Odwołujący wskazuje tytułem przykładu okresy gwarancji oficjalnie oferowane przez producentów dla następujących urządzeń (zgodnie z danymi udostępnianymi przez producentów):

- centrale wentylacyjne – producent FRAPOL - gwarancja 2 lata, za dodatkową opłatą możliwość przedłużenia do 5 lat, nie więcej / producent SWEGON - gwarancja 2 letnia, przedłużenie nie więcej jak o kolejne 2 lata, później koszty rosną skokowo;

- klimakonwektory i układy freonowe - producent FUJITSU gwarancja 5 lat, możliwość przedłużenia maksymalnie do 7 lat, co jednak wiąże się z dodatkowymi, bardzo wysokimi kosztami;

- agregaty wody lodowej - producent CLINT/CLIVET/CARRIER – standardowo gwarancja od 2 do 3 lat, możliwość przedłużenia gwarancji maksimum do 5 lat;

- oprawy oświetleniowe, system baterii centralnej dla oświetlenia awaryjnego, kamery do systemu CCTV, monitory LCD - producenci standardowo proponują gwarancję 2 - 3 letnią, z możliwością jej wydłużenia za dodatkową opłatą maksymalnie do lat 5; nie jest możliwa gwarancja dłuższa niż 5-letnia, bo wiązałaby się ona z wymianą naturalnie zużywających się elementów, podzespołów lub całych urządzeń.

Należy podkreślić, że dla większości wskazanych urządzeń przedłużenie gwarancji na okresy dłuższe niż 5-6 lat (jeżeli w ogóle możliwe) oznacza koszty niejednokrotnie sięgające ceny zakupu nowych urządzeń, zwłaszcza w przypadku urządzeń dużych i złożonych. Wynika to z faktu, którego oczywiście nie przyzna wprost żaden producent urządzeń, iż **żywołność tych urządzeń (a zwłaszcza kluczowych mechanizmów i elektroniki) oceniana jest na około 7-8 lat,** i to przy prawidłowym ich serwisowaniu.

4. Również w odniesieniu do oznakowania poziomego grubowarstwowego, którego wykonanie jest przedmiotem niniejszego zamówienia, Odwołujący podnosi analogiczny zarzut wobec wymagania, aby Wykonawca udzielił Zamawiającemu na ten element gwarancji i rękojmi na minimum 5 lat, a maksymalnie na lat 10 (w ramach kryteriów oceny ofert), a więc na taki sam okres jak dla całego przedmiotu zamówienia. Przyjęcie takich okresów odpowiedzialności z tytułu gwarancji i rękojmi **wykracza poza okres trwałości oznakowania poziomego grubowarstwowego, przypisany właściwościom technicznym tych prac,** zawartych w odpowiednich przepisach technicznych, prowadząc de facto do narzucenia Wykonawcy obowiązku ponownego, kilkukrotnego wykonania tych prac w ramach odpowiedzialności z tytułu gwarancji i rękojmi. Jest to sprzeczne z naturą prawną odpowiedzialności z tytułu gwarancji jakości i rękojmi, która dotyczy odpowiedzialności za wady w przedmiocie, a nie utrzymywania tego przedmiotu zamówienia w stanie niezmiennym w wydłużonym okresie czasu, przekraczającym jego okres żywotności. Dla materiału oznakowania grubowarstwowego, czyli masy chemoutwardzalnej wymaganej w niniejszym zamówienia, **okres trwałości wynosi maksymalnie pięć lat, przy czym zaleca przyjmowanie okresów gwarancyjnych na poziomie 2 lat** (Warunki techniczne. Poziome oznakowanie dróg. POD-97. Zeszyt nr 55 autorstwa dr. inż. Szczepaniaka, wydane przez Instytut Badawczy Dróg i Mostów w Warszawie). Warto dodać, że Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad, a więc zamawiający publiczny, który na poziomym

Budimex SA, NIP 526-10-03 187, REGON 01072630, Sąd Rejonowy dla m.st. Warszawy, XI Wdział Gospodarczy Krajowego Rejestru Sądowego, KRS 0000001764, Bank PEKAO SA rachunek nr 02-1240 1037 1111 0010 0480 4344, Fortis Bank Polska SA rachunek nr 41 1600 1127 0003 0121 9975 5001, kapitał zakładowy 127.650.490 zł wpłacony w całości



oznakowaniu dróg niewątpliwie się zna, w swoich przetargach drogowych przyjmuje dla oznakowania poziomego grubowarstwowego okres gwarancji wynoszący nie więcej niż 4 lata.

5. Zamawiający w niniejszym przetargu, nie rozróżniając okresu gwarancji i rękojmi na przedmiot całego zamówienia i kwestionowane przez odwołującego oznakowanie poziome drogi i urządzenia, oczekuje gwarancji i rękojmi w tym zakresie powyżej okresu żywotności tych elementów. Przyjmując, że maksymalny okres żywotności technicznej oznakowania grubowarstwowego wynosi maksymalnie 5 lat, a niektórych urządzeń maksymalnie 7-8 lat, to Wykonawca będzie musiał co najmniej dwukrotnie ponownie takie oznakowanie wykonać, a urządzenia dostarczyć i zamontować. Zdaniem odwołującego, Zamawiający nie może zasadnie oczekiwać od Wykonawcy utrzymania w ramach gwarancji i rękojmi odpowiedniego stanu technicznego urządzeń i poziomego oznakowania dróg w sytuacji, kiedy po upływie 5-8 lat takie oznakowanie fizycznie nie będzie istnieć, a urządzenia nie będą mogły funkcjonować. Takie ustalenie rękojmi może skutkować tym, że wykonawcy wliczą do kosztów wykonania tego zamówienia także koszty ponownego wykonania - odtworzenia oznakowania poziomego, czy ponownej dostawy urządzeń, bądź ich elementów. W takim przypadku Zamawiający zapłaci w cenie zamówienia oprócz kosztów wykonania Umowy także koszty, które Wykonawca poniesie dopiero za kilka lat na ponowne wykonanie oznakowania i zakup urządzeń, a to **narusza zasady gospodarki finansów publicznych**.
6. Należy dodać, że w niniejszym przetargu wykonawcy **muszą w praktyce zadeklarować okres gwarancji i rękojmi wynoszący 10 lat** aby mieć realną szansę uzyskania zamówienia. Bez zaoferowania przedłużenia o 5 lat okresu gwarancji i rękojmi, tj. bez spełnienia 40-procentowego kryterium oceny ofert, wykonawcy nie będą mieli w istocie szans na uzyskanie tego zamówienia, gdyż na tak konkurencyjnym rynku, jakim jest rynek usług budowlanych w Polsce, różnicy w kryterium okresu gwarancji i rękojmi o wadze 40% nie da się zlikwidować obniżeniem oferowanej ceny, stanowiącej kryterium o wadze 60%.
7. Tak długi, 10-letni okres gwarancji i rękojmi będzie dla większości urządzeń i oznakowania poziomego grubowarstwowego przekraczał okres żywotności tych elementów przedmiotu Umowy, prowadząc w praktyce do **niekończącej się gwarancji jakości i rękojmi**, a w przypadku urządzeń także do **niekończącego się kosztu ich serwisowania** przez Wykonawcę (obowiązek serwisowania urządzeń w okresie gwarancji na koszt Wykonawcy przewiduje pkt 14 Dokumentu Gwarancyjnego stanowiącego Załącznik nr 16 do SIWZ i załącznik nr 3 do Umowy). Wykonawca będzie zmuszony do wymiany tych elementów w trakcie 10-letniego okresu gwarancji, bo ich żywotność będzie krótsza od okresu gwarancji. Wymiana elementów spowoduje zaś, zgodnie z art. 581 KC, że okres gwarancji dla wymienionych elementów będzie biegł na nowo, a ponieważ nadal będzie to okres 10-letni, to Wykonawca w nowym okresie gwarancji będzie zmuszony znów wymieniać te elementy i tak bez końca. Taka konstrukcja gwarancji jakości i rękojmi dla urządzeń i oznakowania poziomego jest nie tylko ewidentnie sprzeczna z naturą prawną tych instytucji prawa cywilnego (jako służących usuwaniu wad w rzeczy, a nie utrzymywaniu rzeczy), ale faktycznie **przybiera cechy świadczenia nieskończonego, a więc w istocie niemożliwego – w rozumieniu art. 387 § 1 KC**. Co więcej, tak skonstruowanego świadczenia nie sposób jednoznacznie wycenić, bez przyjęcia arbitralnych założeń co do faktycznego czasu trwania odnośnej gwarancji i rękojmi. Ponieważ długość okresu gwarancji została powiązana z długością okresu rękojmi, a z długością okresu

rękojmi powiązany jest również - zgodnie z art. 151 § 3 ustawy Pzp - czas trwania zabezpieczenia należytego wykonania Umowy w okresie rękojmi, to również tego elementu kosztowego oferty nie sposób będzie racjonalnie wycenić. Oznacza to, że **oferty wykonawców złożone w niniejszym postępowaniu będą w zakresie kwestionowanej części przedmiotu zamówienia nieporównywalne**, zarówno w zakresie wyceny obsługi gwarancyjnej, serwisowania urządzeń, jak i kosztów zabezpieczenia należytego wykonania Umowy.

8. Jakkolwiek Odwołujący akceptuje, że Zamawiający jako gospodarz postępowania ma pewną swobodę w formułowaniu warunków realizacyjnych, to swoboda ta nie powinna mieć charakteru nieograniczonego, w tym nie może prowadzić do nadużycia własnego prawa podmiotowego. **Treść przyszłego stosunku zobowiązaniowego kreowanego przez Zamawiającego, niezależnie od przysługującej Zamawiającemu uprzywilejowanej pozycji, powinna być tak ukształtowana, aby realizacja zamówienia była możliwa.** Celem zamawiającego powinno być również dążenie do osiągnięcia korzystnych rynkowo cen. Zamawiający nie powinien konstruować umowy w sposób, który negatywnie wpłynie na ilość złożonych w przetargu ofert.
9. Mając na uwadze wskazane powyżej naruszenia przepisów Pzp i KC, będące skutkiem braku wyłączenia przez Zamawiającego gwarancji i rękojmi dla oznakowania poziomego i urządzeń z kryterium oceny ofert oraz braku ustalenia w tym zakresie odrębnego, krótszego okresu gwarancji i rękojmi, Odwołujący powołuje się dodatkowo na wydane dla podobnych sytuacji orzecznictwo KIO, popierające jego stanowisko:

- Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 02.03.2018 r., sygn. akt KIO 323/18:

*„Na wstępie wskazać należy, że na gruncie zamówień publicznych istotą gwarancji czy rękojmi jest zapewnienie Zamawiającemu prawidłowości używania określonego przedmiotu przez określony czas. Z powyższego należy wywieść, że **okres rękojmi czy gwarancji nie powinien być dłuższy od cyklu życia tj. wykraczać poza okres technicznej żywotności danego przedmiotu zamówienia.**”*

*„Uszło uwadze Zamawiającemu, iż nie rozróżniając okresu rękojmi na przedmiot zamówienia i oznakowanie poziome drogi, oczekuje rękojmi w zakresie poziomego oznakowania drogi powyżej okresu żywotności takiego oznakowania. Przyjmując, że maksymalny okres żywotności technicznej oznakowania cienkowsarstwowego wynosi max. 3 lata to wykonawca będzie musiał co najmniej trzykrotnie ponownie takie oznakowanie wykonać. Natomiast w przypadku oznakowania grubowsarstwowego niezbędne będzie wykonanie co najmniej dwukrotne. **Zamawiający nie może oczekiwać od Wykonawcy utrzymania w ramach rękojmi odpowiedniego stanu technicznego, poziomego oznakowania drogi w sytuacji, kiedy po upływie 3 czy 5 lat takie oznakowanie fizycznie nie będzie istnieć.** Takie ustalenie rękojmi może skutkować tym, że wykonawcy wliczą do kosztów wykonania tego zamówienia także koszty ponownego wykonania - odtworzenia oznakowania poziomego. W takim przypadku Zamawiający zapłaci wykonawcy oprócz kosztów wykonania umowy także koszt które wykonawca poniesie dopiero za kilka lat na ponowne wykonanie oznakowania, a to narusza zasady gospodarki finansów publicznych. Podkreślić należy iż rolą uregulowań prawnych w zakresie zamówień publicznych jest dbałość o racjonalne wydatkowanie środków publicznych dla realizacji określonych potrzeb społecznych.”*

budimex

- Wyrok Sądu Okręgowego w Opolu z dnia 26.06.2015 r., sygn. akt VI Ga 129/15:

*„Faktem notoryjnym (a zatem nie wymagającym dowodzenia) jest bowiem to, że **okres gwarancji na dany wyrób (dzieło) udzielany jest przez znakomitą większość producentów na okres znacznie krótszy niż "żywoćność" danego produktu**”*

10. Biorąc pod uwagę wszystkie powyższe okoliczności, Odwołujący wnosi o:

- modyfikację wymaganych okresów gwarancji i rękojmi w ostatnich dwóch akapitach **Rozdziału 3 SIWZ** poprzez nadanie im następującego brzmienia:

„Wymagany termin gwarancji: Wymagany termin gwarancji: min. 60, max. 120 miesięcy, z wyłączeniem urzędzeń i oznakowania poziomego grubowarstwowego dla których okres gwarancji wynosi 36 miesięcy, licząc od dnia końcowego odbioru przedmiotu umowy, przy czym okres gwarancji ma być równy okresowi rękojmi,

Wymagany termin rękojmi: Wymagany termin rękojmi: min. 60, max. 120 miesięcy, z wyłączeniem urzędzeń i oznakowania poziomego grubowarstwowego dla których okres rękojmi wynosi 36 miesięcy licząc od dnia końcowego odbioru przedmiotu umowy, przy czym okres rękojmi ma być równy okresowi gwarancji.”

- wyłączenie w **Rozdziale 20 SIWZ** z kryterium oceny ofert w postaci przedłużenia okresu gwarancji i rękojmi, okresu gwarancji i rękojmi dla urzędzeń i oznakowania poziomego grubowarstwowego, dla których okres rękojmi wynosi 36 miesięcy i nie podlega wydłużeniu.

Biorąc pod uwagę wszystkie powyższe okoliczności, skorzystanie ze środków ochrony prawnej stało się konieczne i uzasadnione, a Odwołujący wnosi o uwzględnienie jego odwołania.

Zuzanna Szmelter

RADCA PRAWNY

Załączniki:

1. Pełnomocnictwo wraz z dowodem uiszczenia opłaty skarbowej,
2. Dokumenty rejestrowe Odwołującego,
3. Dowód przesłania kopii odwołania Zamawiającemu,
4. Dowód uiszczenia wpisu od odwołania.