DPZP DORADZTWO PRAWNE ZAMÓWIENIA PUBLICZNE

Warszawa, 19 lipca 2021 r.

Odwołujący:

Związek Ogólnopolski Projektantów i Inżynierów
ul. Bobrowiecka 8
00-728 Warszawa
KRS: 0000830976

Reprezentowany przez
r.pr. Bernadettę Tarnowską

Dane do korespondencji:
ul. Bobrowiecka 8
00-728 Warszawa
anita.elzanowska@dpzp.pl
bernadetta.tarnowska@dpzp.pl
tel. 603 606 887

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

Kopia do:
Zamawiający:
Skarb Państwa Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad
Ul. Wronia 53; 00-874 Warszawa

Prowadzący postępowanie:
Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Bydgoszczy
Ul. Fordońska 6; 85-085 Bydgoszcz

Osoba do kontaktów: Paulina Kaźmierczak
E-mail: zamowienia_byd@gddkia.gov.pl
Sekretariat_BYD@gddkia.gov.pl
www.gddkia.gov.pl Oddział w Bydgoszczy
Tel.: 53 323 45 00

Dotyczy:
postępowania o udzielnie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego pn. *„Projekt i budowa drogi ekspresowej S10 Bydgoszcz - Toruń, odcinek 2*

***od węzła Emilianowo do węzła Solec"*, nr referencyjny postępowania: GDDKiA.O.BY.D-3.2410.2.2021.3 (dalej: „Postępowanie")**

ODWOŁANIE

1. Działając w imieniu związku pracodawców pn. Związek Ogólnopolski Projektantów i Inżynierów z siedzibą w Warszawie (dalej: „Odwołujący" lub „ZOPI"), na podstawie udzielonego pełnomocnictwa stanowiącego Załącznik nr 4 do odwołania, podejmując działania mające na celu zapewnienie poszanowania przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (dalej: „Pzp"), na podstawie art. 505 ust. 2 Pzp w zw. z art. 469 pkt 15 Pzp oraz na podstawie art. 513 pkt 1 Pzp wnoszę odwołanie wobec niezgodnych z przepisami Pzp czynności (skonstruowania dokumentów zamówienia, tj. Subklauzuli 8.8. pkt I lit b) projektowanych postanowień umowy), do których Zamawiający, jest zobowiązany na podstawie Pzp.

2. **Zamawiającemu zarzucam:**

   naruszenie art. 16 pkt 1 i 3 w zw. z art. 134 ust. 1 pkt 20 oraz w zw. art. 8 ust. 1 Pzp w zw. z art. 5 i art. 353(1) Kodeksu cywilnego poprzez skonstruowanie dokumentów zamówienia, tj. Subklauzuli 8.8. pkt I lit b) projektowanych postanowień umowy (w zakresie dotyczącym Kamienia Milowego nr 1) w sposób, który powoduje – nieuzasadnione potrzebami Zamawiającego – uprzywilejowanie pozycji Zamawiającego i naruszenie zasady:

   1) uczciwej konkurencji i równego taktowania wykonawców prowadząc od ograniczenia dostępu do zamówienia dla określonej grupy wykonawców zdolnych do realizacji zamówienia, w tym także małym i średnim przedsiębiorstwom zdolnym do uczestniczenia w wykonaniu zamówienia a także

   2) proporcjonalności poprzez zastosowanie środków dyskryminujących oraz nadmiernych i wykraczających poza to, co jest konieczne dla osiągnięcia celu jakiemu służyć ma kara umowna,

   3) równowagi stron stosunku zobowiązaniowego, co pozostaje w sprzeczności z zasadami współżycia społecznego, godzi w naturę stosunku prawnego, naruszając tym samym równowagę kontraktową stron oraz stanowi nadużycie przez Zamawiającego przysługującego mu prawa podmiotowego do ukształtowania istotnych postanowień umownych.

   co stanowi także **naruszenie art. 99 ust. 1 Pzp** poprzez ustalenie warunków zamówienia w sposób uniemożliwiający dokonanie rzetelnej kalkulacji ceny oferty.

3. Mając na względzie powyższe zarzuty **Odwołujący wnosi o uwzględnienie niniejszego odwołania** i nakazanie Zamawiającemu:

   - dokonania zmiany projektowanego postanowienia umowy, tj. Subklauzuli 8.8. pkt I lit b, w taki sposób, by kara umowna w nim określona za niedotrzymanie terminu wykonania Kamienia Milowego nr 1 obliczana była od wartości wynagrodzenia Wykonawcy za element zryczałtowany oznaczony w Wykazie Płatności nr II, tj. Dokumenty wykonawcy.

Ponadto Odwołujący wnosi o zasądzenie od Zamawiającego kosztów postępowania odwoławczego poniesionych przez Odwołującego.

4. Odwołujący wskazuje, iż jest uprawniony do wniesienia odwołania zgodnie z art. 505 ust. 2 Pzp, gdyż jest organizacją wpisaną na listę, o której mowa w art. 469 pkt 15) Pzp [dowód: **załącznik nr 5** do odwołania], a przedmiotem niniejszego odwołania są zarzuty skierowane wobec treści projektowanych postanowień umowy stanowiących element dokumentów zamówienia.

   Powyższe stanowi wystarczającą przesłankę do skorzystania ze środków ochrony prawnej, gdyż jak wskazuje Urząd Zamówień Publicznych w komentarzu do art. 505 Pzp podmioty, o których mowa w art. 505 ust. 2 Pzp *„w odróżnieniu od podmiotów wskazanych w art. 505 ust. 1 Pzp, nie muszą wykazywać spełnienia materialnoprawnych przesłanek do wniesienia środka ochrony prawnej, o których mowa w art. 505 ust. 1 Pzp."* [1]

   Niemniej, Odwołujący dodaje, że jako organizacja pracodawców zrzeszająca podmioty prowadzące działalność gospodarczą w dziedzinie projektowania obiektów budowlanych i infrastrukturalnych, jak również w zakresie nadzorowania realizacji przedmiotowych inwestycji, zrzesza znaczącą część liderów i profesjonalistów ww. branży. Ideą zawiązania organizacji (ZOPI) oraz aktualnym zasadniczym statutowym celem jej działania jest ochrona praw i reprezentowanie interesów jej członków, w tym podejmowanie działań w kierunku przestrzegania przepisów i zasad Pzp, wypracowanie, a co najmniej przyczynienie się do przestrzegania dobrych obyczajów, zasad etyki zawodowej, uczciwej konkurencji na płaszczyźnie ubiegania się o uzyskanie zamówienia publicznego do realizacji oraz w sferze jego realizacji.

   Mając na uwadze, iż w zakres zamówienia wchodzi wykonanie prac projektowanych, Odwołujący dąży do zmiany projektowanych postanowień umowy w zakresie podnoszonym w odwołaniu, mającej na celu ustalenie warunków zamówienia w sposób zgodny z przepisami prawa, co wyczerpuje przesłanki opisane w art. 505 ust. 2 Pzp i uzasadnia rozpoznanie odwołania.

   Zachowanie aktualnej treści projektowanych postanowień umowy stanowi ryzyko pozbawienia wielu podmiotów dających gwarancję należytego wykonania zamówienia szansy na uzyskanie zamówienia, a w dalszej konsekwencji na osiągnięcie zysku. Utrzymanie aktualnego stanu rzeczy pozostaje w sprzeczności z ideą Pzp, którego głównym i nadrzędnym celem jest umożliwianie dostępu do zamówienia szerokiemu kręgowi potencjalnych podmiotów zdolnych do jego wykonania.

5. Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej (pod numerem **2021/S 129-341229**) z dnia **7 lipca 2021** roku.

6. Zamawiający zamieścił Ogłoszenie o zamówieniu oraz SWZ na stronie internetowej w dniu 7 lipca 2021 r. wskazując, iż publikacja Postępowania nastąpiła w ww. dacie. Zgodnie z art.

[1] PRAWO ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH pod redakcją Huberta Nowaka Mateusza Winiarza, UZP Warszawa 2021: https://www.uzp.gov.pl/__data/assets/pdf_file/0028/49078/Komentarz-do-Prawa-Zamowien-Publicznych-wersja-uzytkowa.pdf ; str. 1305

art. 515 ust. 2 pkt 1) w zw. z art. 509 ust. 2 Pzp odwołanie zostało złożone w terminie ustawowym.

7. Odwołujący uiścił wpis od odwołania w wymaganej wysokości 20.000 zł i w terminie [dowód: **załącznik nr 1** do odwołania], a Zamawiający otrzymał kopię odwołania [dowód: **załącznik nr 2** do odwołania].

UZASADNIENIE

Stan faktyczny

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na wykonanie robót budowlanych w formule „zaprojektuj i wybuduj" pn. *„Projekt i budowa drogi ekspresowej S10 Bydgoszcz - Toruń, odcinek 2 od węzła Emilianowo do węzła Solec"*.

W postępowaniu Zamawiający ustalił następujące warunki zamówienia[2]:

W Pkt 17 IDW stanowiącej Tom I SWZ, dotyczącym sposobu obliczenia ceny oferty, wskazał, iż cenę należy wyliczyć w oparciu o Wykaz Płatności z uwzględnieniem wskazanego tam sposobu obliczenia ceny i zakazem dokonywania jakichkolwiek zmian:

> **17. SPOSÓB OBLICZENIA CENY OFERTY**
>
> 17.1. Cena oferty zostanie wyliczona przez Wykonawcę w oparciu o Wykaz Płatności (tabele elementów zryczałtowanych) sporządzony na formularzu stanowiącym integralną część SWZ - Tom IV.
>
> 17.2. Wykonawca obliczając cenę Oferty musi uwzględnić opis sposobu obliczenia ceny zawarty w Tomie IV SWZ – Wykaz Płatności.
>
> 17.3. Wykonawca obliczając cenę Oferty musi uwzględnić w Wykazie Płatności wszystkie podane tam i opisane pozycje. Wykonawca nie może samodzielnie wprowadzać zmian do Wykazu Płatności. W razie jakichkolwiek wątpliwości wynikających np. z błędów w sumowaniu poszczególnych elementów rozliczeniowych, przy ocenie ofert brana będzie pod uwagę cena Oferty po poprawieniu omyłki zgodnie z art. 223 ustawy Pzp.

Wykaz Płatności, o którym mowa w pkt 17.1 – 17.3 IDW został skonstruowany w poniższy sposób:

Projekt i budowa drogi ekspresowej S10 Bydgoszcz - Toruń, odcinek 2 od węzła Emilianowo do węzła Solec

(nazwa Wykonawcy/ Wykonawców)	WYKAZ PŁATNOŚCI

Lp.	Wyszczególnienie elementów zryczałtowanych Nazwa (opis)	Forma rozliczenia za kompletnie wykonany	Wartość [PLN NETTO]

[2] W rozumieniu art. 7 pkt 29 ustawy Pzp

		element /Maksymalna wartość zobowiązania względem całości kontraktu [%]	
1	2	3	4
I	**WYMAGANIA OGÓLNE**		
I.1	Koszty Wymagań Ogólnych	ryczałt	
	Razem:	**ryczałt/ do 6%**	
II	**DOKUMENTY WYKONAWCY**		
II.1	Dokumenty Wykonawcy	ryczałt	
II.2	Prawa autorskie	ryczałt	
	Razem:	**ryczałt / do 5%**	
III	**ROBOTY**		
III.1	Roboty	ryczałt	
	Razem:	**ryczałt**	
		OGÓŁEM netto:	
		podatek VAT (23%):	
		OGÓŁEM brutto:	

Maksymalna wartość zobowiązania Zamawiającego, a zatem i maksymalna wartość wynagrodzenia Wykonawcy za element zryczałtowany oznaczony nr II, tj. Dokumenty wykonawcy, została przez Zamawiającego ustalona ma poziomie do 5% wartości całości kontraktu.

Zgodnie z załącznikiem do Tomu II SWZ (Warunki Kontraktu), pn. *Szczególne Warunki Kontraktu - Część A Dane Kontraktowe dla kontraktu pn.: Projekt i budowa drogi ekspresowej S10 Bydgoszcz - Toruń, odcinek 2 od węzła Emilianowo do węzła Solec,* Zamawiający:

- w warunkach dotyczących „Wymaganej Minimalnej Ilość Wykonania (Kamień Milowy)" wskazał:

> *Kamień Milowy nr 1 – złożenie do właściwego organu administracji publicznej w terminie 15 miesięcy od Daty Rozpoczęcia kompletnego wniosku o ZRID.*
>
> *Kamień Milowy nr 2 – wykonane w terminie 30 miesięcy od Daty Rozpoczęcia i zaakceptowane, zgodnie z Subklauzulą 8.14 [Wymagana Minimalna Ilość Wykonania], Roboty i Materiały o wartości niemniejszej niż 15 % Zaakceptowanej Kwoty Kontraktowej netto.*
>
> *Kamień Milowy nr 3 – wykonanie w terminie 35 miesięcy od Daty Rozpoczęcia wraz z uzyskaniem decyzji o pozwoleniu na użytkowanie w zakresie następujących obiektów inżynierskich: - obiekt inżynierski (przejazd) w ciągu drogi powiatowej 1548C w km ok.*

14+250 nad lub pod drogą ekspresową S10; - obiekt inżynierski (przejazd) w ciągu drogi powiatowej 1549C w km ok. 15+946 nad lub pod drogą ekspresową S10.

- w warunkach dotyczących kar umownych wskazał:

Zgodnie z postanowieniami Subklauzuli 8.8 [Kary umowne].

Zgodnie z załącznikiem do Tomu II SWZ (Warunki Kontraktu), pn. *SZCZEGÓLNE WARUNKI KONTRAKTU – Część B Postanowienia Szczególne dla kontraktu pn.: Projekt i budowa drogi ekspresowej S10 Bydgoszcz - Toruń, odcinek 2 od węzła Emilianowo do węzła Solec,* Zamawiający ustalił, że:

- „Wykaz Płatności "oznacza wypełniony przez Wykonawcę Wykaz, sporządzony zgodnie ze wskazanym przez Zamawiającego Opisem sposobu obliczenia Ceny Oferty (...) zawierający ceny ryczałtowe elementów rozliczeniowych wyrażone w Walucie Miejscowej i stanowiący integralną część Umowy.

- „Zaakceptowana Kwota Kontraktowa netto "oznacza zawartą w Umowie Cenę Oferty netto (wyrażoną w Walucie Miejscowej, bez podatku od towarów i usług VAT) za wykonanie zobowiązań określonych w Kontrakcie.

- w warunkach dotyczących kar umownych:

„Subklauzula 8.8 Kary umowne
Usunięto całą treść Subklauzuli 8.8 i zastąpiono ją następującą treścią:

I. Wykonawca zapłaci Zamawiającemu Kary umowne:

(...)

(b) za niewykonanie każdej z Wymaganych Minimalnych Ilości Wykonania (Kamieni Milowych) z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy w terminie ustalonym w dokumencie Dane Kontraktowe lub w terminie zmienionym zgodnie z Warunkami Kontraktu, w wysokości 0,02 % Zaakceptowanej Kwoty Kontraktowej netto, za każdy dzień zwłoki, *z uwzględnieniem postanowień Subklauzuli 8.15 [Niedotrzymanie Wymaganej Minimalnej Ilości Wykonania]. Kary umowne za niespełnienie każdego z warunków dotyczących Wymaganej Minimalnej Ilości Wykonania naliczane będą oddzielnie;"*

Uzasadnienie zarzutów

Na wstępie Odwołujący wskazuje, że przy realizacji zamówień w formule „zaprojektuj i wybuduj" standardem jest, iż główny wykonawca powierza wykonanie części projektowej zamówienia podmiotowi zawodowo zajmującemu się wykonywaniem dokumentacji projektowej robót budowlanych. Najczęściej podmiot taki występuje jako podwykonawca, rzadziej jako konsorcjant. Przypadki, gdy wykonawca główny samodzielnie realizuje prace projektowe należą do rzadkości.

Powyższe standardy rynkowe wykonywania tego rodzaju inwestycji znalazły swoiste odzwierciedlenie w warunkach zamówienia dotyczących wykonawstwa, a konkretnie w braku zakazu podwykonawstwa w obszarze prac projektowych (braku zastrzeżenia obowiązku osobistego wykonania prac projektowych przez wykonawcę).

Nie znalazły już jednak odzwierciedlenia w warunkach zamówienia w zakresie kar umownych.

Należy wskazać, że przy wartości zamówienia ok. 500 mln zł netto[3] i przy wprowadzonym w Wykazie Płatności ograniczeniu wartości poszczególnych elementów zryczałtowanych ceny oferty:

- wartość wynagrodzenia za prace projektowe nie może być wyższa niż 25 mln zł – ograniczenie na poziomie nie wyższym niż 5% ceny oferty,

- wartość wynagrodzenia za roboty budowalne ma stanowić nie mniej niż 445 mln zł – ograniczenie na poziomie nie niższym niż 89% (po odliczeniu do 5% na prace projektowe oraz do 6% na koszty wymagań ogólnych).

Przy czym na potrzeby odwołania i dalszych obliczeń Odwołujący przyjmuje dla uproszczenia, że wykonawca przyjąłby przy wyliczeniu ceny maksymalne limity % dla prac projektowych (5%) i kosztów wymagań ogólnych (6%) oraz, że całość kwoty stanowiącej 5% wartości kontraktu zostałaby zapłacona przez wykonawcę głównego podwykonawcy prac projektowanych (choć niewątpliwe w rzeczywistości wykonawca uwzględniłby jakiś narzut).

Kara umowna określona w Subklauzuli 8.8. pkt I lit b) dotycząca zwłoki w wykonaniu Kamienia Milowego nr 1, a więc w istocie dotycząca zwłoki w wykonaniu prac projektowych, została ukształtowana na poziomie 0,02% wartości całego kontraktu (Zaakceptowanej Kwoty Kontraktowej netto, która jest ceną oferty netto).

Tak samo – czyli jako 0,02% Zaakceptowanej Kwoty Kontraktowej netto liczone są także kary za zwłokę w wykonaniu Kamienia Milowego nr 2 i 3, czyli za roboty budowlane.

Przy przyjętej wyżej wartości kontraktu (500 mln zł) kara umowna za jeden dzień zwłoki wynosi 100 tys. zł.

Oceniając obciążenie poszczególnych części zamówienia ryzykiem z tytułu kar umownych, należy wskazać, że część dotycząca prac projektowych jest tym ryzykiem obciążona niewspółmiernie wysoko w porównaniu do części obejmującej roboty budowlane.

Tak skonstruowana kara oznacza bowiem, że realna – tzn. proporcjonalna do wysokości wynagrodzenia jaką można uzyskać za prace projektowe – dzienna kara umowna wynosi w istocie 0,4% tegoż wynagrodzenia[4], przy ok. 0,022% za część obejmującą wykonanie robót budowlanych[5]. W istocie więc procent dziennej kary umownej za prace projektowe

[3] Odwołujący przyjął taką wartość na potrzeby odwołania, bazując na cenach ofert w postępowaniach GDDKiA przy zamówieniach o podobnym zakresie. Jednocześnie należy zaznaczyć, że wartości podane w odwołaniu wyliczono procentowo od kwoty kontraktu, zatem niezależnie od wartości zamówienia i ceny oferty wyłonionej w postępowaniu, rzeczywiste wartości kwot podanych na potrzeby odwołania będą do nich proporcjonalne. Oznacza to, że stosunek poszczególnych kwot i wartości do siebie pozostanie taki sam jaki podano w odwołaniu.

[4] 100 tys. dziennie z kwoty 25 mln stanowi 0,4%

[5] 100 tys. dziennie z kwoty 445 mln stanowi ok 0,022%

(porównywany do wartości wynagrodzenia za tę część zamówienia) stanowi blisko 2000 % (dwa tysiące procent) dziennej kary umownej za roboty budowlane.

Obrazując obciążenie poszczególnych części zamówienia ryzykiem z tytułu kar umownych warto też wskazać, że warunki zamówienia określają limit kar na poziomie 20% Zaakceptowanej Kwoty Kontraktowej netto. Na tym też poziomie (do 20%) limit kar umownych może zostać określony w umowie podwykonawczej.

Odnosząc ów limit 20% do wysokości wynagrodzenia wykonawcy głównego i wykonawcy prac projektowych należy wskazać, że limit dla wykonawcy robót wynosi 89 mln zł, a dla wykonawcy prac projektowych 5 mln zł. Limit ten[6] w przypadku prac projektowych zostanie wyczerpany już przy 50 dniach zwłoki[7], a w przypadku robót budowalnych – dopiero przy 890 dniach zwłoki[8].

Jednocześnie oznacza to także, że limit kar umownych określony na poziomie 20% Zaakceptowanej Kwoty Kontraktowej netto (a więc 100 mln zł) zostanie wyczerpany w przypadku, gdy naliczone kary umowne osiągną czterokrotność wynagrodzenia za prace projektowe[9].

Powyższe jednoznacznie obrazuje, jak rażąca jest dysproporcja w rozłożeniu ryzyk związanych z karami umownymi za zwłokę w odniesieniu do poszczególnych części realizacji zamówienia.

W związku z powyższym Odwołujący podnosi, iż kara umowna za zwłokę w wykonaniu Kamienia Milowego nr 1 (liczona od wartości całego kontraktu, a nie od wartości tej jego części której dotyczy) narusza wskazane w zarzutach (pkt 2 odwołania) przepisy Pzp i Kodeksu cywilnego, w tym zasady udzielania zamówień publicznych.

Ad. 1

<u>Naruszenie art. 16 pkt 1 w zw. z art. 134 ust. 1 pkt 20 oraz w zw. z art. 8 ust. 1 Pzp w zw. z art. 5 i art. 353(1) Kodeksu cywilnego, poprzez skonstruowanie Subklauzuli 8.8. pkt I lit b) (w zakresie dotyczącym Kamienia Milowego nr 1) z naruszeniem zasady uczciwej konkurencji i równego taktowania wykonawców, a w konsekwencji także art. 99 ust. 1 Pzp</u>

Przede wszystkim – tak skonstruowana kara umowna - narusza zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców prowadząc od ograniczenia dostępu do zamówienia dla określonej grupy wykonawców zdolnych do realizacji zamówienia, w tym także małym i średnim przedsiębiorstwom (MŚP) zdolnym do uczestniczenia w wykonaniu zamówienia w formie podwykonawstwa lub konsorcjanta wykonawcy głównego.

Powyżej wskazano na rażącą dysproporcję w rozłożeniu ryzyk związanych z karami umownymi za zwłokę w odniesieniu do wartości świadczeń za poszczególne części realizacji zamówienia.

[6] Oczywiście przy założeniu, że nie zostały naliczone żadne inne kary umowne
[7] 100 tys. dziennie x 50 dni daje 5 mln zł
[8] 100 tys. dziennie x 890 dni daje 89 mln zł
[9] 4 x 25 mln daje 100 mln zł

Dysproporcja ta ma bezpośrednie przełożenie na naruszenie zasady wyrażonej w art. 16 ust 1 Pzp.

Należy wskazać, że kary umowne muszą być przez wykonawcę wzięte pod uwagę przy kalkulowaniu ceny oferty, stanowią bowiem znaczące ryzyko kontraktowe. W sytuacji, gdy ryzyko to nieproporcjonalnie wysoko obciąża jedną z części zamówienia wykonawca, który chce ubiegać się o zamówienie, może albo przerzucić to ryzyko na podwykonawcę (wykonawcę) tej części, albo wkalkulować je w cenę oferty.

Zasadniczo wydawać by się mogło, że Zamawiający zabezpieczył podwykonawcę przed nadmiernym obciążeniem podwykonawców ryzkiem udziału w zamówieniu.

Zgodnie z art. 463 Pzp ustalił bowiem m. in., że

> *Subklazula 4.4.*
>
> *3. Umowa o podwykonawstwo, której przedmiotem są roboty budowlane, usługi i dostawy nie może zawierać postanowień:*
> *f) ustalających kary umowne dla Podwykonawcy lub dalszego Podwykonawcy, w wyższej wysokości wyrażonej w procentach niż wysokość wyrażona w procentach tożsamych kar przewidzianych w Umowie zawartej pomiędzy Zamawiającym a Wykonawcą;*

Na mocy ww. Subklauzuli podwykonawca (projektant) nie będzie mógł być na mocy umowy podwykonawczej obciążany karami w procencie wyższym niż ten obciążający wykonawcę na mocy umowy głównej.

Co do zasady więc – podwykonawca nie będzie mógł być na mocy umowy podwykonawczej obciążany karami w kwocie dziennej tożsamej, jaka byłaby naliczona wykonawcy. Będzie tak jednak wyłącznie wówczas, gdy kary dla podwykonawcy będą wyliczane od wysokości przysługującego mu wynagrodzenia wskazanego w umowie podwykonawczej.

Tymczasem standardem rynkowym jest, że główny wykonawca przerzuca ryzyko związane z pracami powierzonymi podwykonawcy na tegoż podwykonawcę.

Czyni to:

> – określając w umowie podwykonawczej kary procentowo nie wyższe od tych oznaczonych w umowie z zamawiającym, ale liczone nie od wysokości wynagrodzenia podwykonawcy, a od wysokości jego (wykonawcy) wynagrodzenia określonego w umowie z zamawiającym, lub
>
> - wprowadzając do umowy podwykonawczej klauzule zobowiązujące podwykonawcę do pokrycia wszelkich roszczeń zamawiającego związanych z podwykonywanymi pracami, w tym naliczonych kar umownych, w takiej wysokości jakie zostaną nałożone przez zamawiającego na wykonawcę głównego,

co nie jest wprost sprzeczne z cytowaną wyżej Subklauzulą 4.4. pkt 3 lit f).

Innymi słowy wykonawca przerzuca na podwykonawcę całość kar jakimi jest potencjalnie obciążony z tytułu podwykonywanych prac.

Analogiczna sytuacja – dotycząca nadmiernego w stosunku do wartości świadczenia obciążenia ryzykiem – będzie mieć miejsce także w sytuacji, gdy wykonawca prac projektowych będzie

uczestnikiem procesu inwestycyjnego jako konsorcjant wykonawcy robót budowlanych. Niewątpliwie bowiem to konsorcjanta – projektanta obciążać będzie w umowie konsorcjum ryzyko kar umownych dotyczących wykonania Kamienia Milowego nr 1, a dodatkowo, nawet tylko teoretyczne, nie chroni go żadna klauzula w umowie głównej.

Ponieważ kwestionowana przez odwołującego kara umowna, jak to zostało już wyżej wskazane, liczona jest od całości wynagrodzenia, a nie tylko od wysokości wynagrodzenia za prace projektowe, wysokość tych kar za część projektową jest znacząco wyższa od kar za część budowlaną (proporcjonalnie w stosunku do wartości prac projektowych i robót).

W konsekwencji – biorąc pod uwagę ryzyko związane z karą umowną za zwłokę w wykonaniu Kamienia Milowego nr 1 i wskazane standardy zawierania umów podwykonawczych na prace projektowe (czy umów konsorcjum), projektanta obciąża niewspółmiernie wysokie w stosunku do przysługującego mu wynagrodzenia ryzyko kontaktowe, a przy tym znacząco wyższe niż wykonawcę robót budowanych.

Tego rodzaju postanowienie wywołuje więc bezpośredni skutek w postaci utrudnienia dostępu do zamówienia dla części projektantów, w szczególności spośród MŚP, których nie stać na podjęcie tak wysokiego ryzyka, a którzy są zdolni do realizacji zamówienia czy to w formie wykonawstwa (w roli konsorcjanta) czy w formie podwykonawstwa. Należy zwrócić więc uwagę, iż postanowienie powyższe nie tylko narusza zasadę wyrażoną w art. 16 ust. 1 Pzp, ale także stoi w sprzeczności z wieloletnią już polityką ustawodawcy unijnego i krajowego, zmierzającą do ułatwienia MŚP dostępu do rynku zamówień publicznych.

Ponadto prowadzi ono także do uprzywilejowania tych wykonawców, którzy są wykonawcami realizującymi samodzielnie obie części zamówienia tj. i prace projektowe i roboty budowlane i wywołuje bezpośredni skutek w postaci dyskryminacji wykonawców, którzy prace projektowe zlecają podwykonawcom. Ci ostatni albowiem nie mogąc zaangażować albo nie mając pewności co do udziału podwykonawcy projektanta, który nie chce przyjąć na siebie tak wysokiego ryzyka kontraktowego, nie mogą ubiegać się o zamówienie.

Należy też rozważyć sytuację, gdyby wykonawca nie obciążył projektanta całością ryzyka kontraktowego z tytułu tak ustalonej kary umownej za wykonanie Kamienia Milowego nr 1 i przyjął na siebie ryzyko zapłaty Zamawiającemu różnicy pomiędzy karą jemu naliczoną i karą naliczoną przez niego projektantowi (proporcjonalnie do wysokości wynagrodzenia projektanta).

Również w takim przypadku, przedmiotową karę należałoby ocenić jako naruszającą zasady zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Taka sytuacja oznaczałaby, iż główny wykonawca ponosiłby bardzo wysokie ryzyko w wyborze podwykonawcy - projektanta, które, jak wykazano na wstępie, będzie wielokrotnie wyższe niż w przypadku podzlecenia robót budowlanych albo samodzielnego wykonywania prac projektowych. Także więc w tym wypadku przedmiotowe postanowienie prowadzi do uprzywilejowania tych wykonawców, którzy są zdolni do samodzielnego wykonania obu części zamówienia tj. i prac projektowych i robót budowlanych lub podzlecają tylko wykonanie części robót budowlanych.

Ponadto należy wskazać iż fakt, że dokumenty zamówienia dopuszczają, by wykonawcy mogli w różny sposób podejść do skalkulowania ryzyka wynikającego z dysproporcji w rozłożeniu kar

umownych za zwłokę pomiędzy prace projektowe i roboty budowlane – powoduje, że mamy tu do czynienia z niejednoznacznym określeniem warunków zamówienia, co może prowadzić do tego iż oferty wykonawców będą nieporównywalne. Świadczy to nie tylko o naruszeniu zasady zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, ale także obowiązku opisania przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, z uwzględnieniem wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty, a więc o naruszeniu art. 99 ust. 1 Pzp.

W związku z powyższym zasadne jest żądnie Odwołującego, by Zamawiający dokonał zmiany Subklauzuli 8.8 pkt I lit b w taki sposób, by kara umowna w nim określona za niedotrzymanie terminu wykonania Kamienia Milowego nr 1 obliczana była od wartości wynagrodzenia Wykonawcy za element zryczałtowany oznaczony w Wykazie Płatności nr II, tj. Dokumenty wykonawcy.

Ad. 2)

Naruszenie art. 16 pkt 3 w zw. z art. 134 ust. 1 pkt 20 oraz w zw. z art. 8 ust. 1 Pzp w zw. z art. 5 i art. 353(1) Kodeksu cywilnego, poprzez skonstruowanie Subklauzuli 8.8. pkt I lit b) (w zakresie dotyczącym Kamienia Milowego nr 1) z naruszeniem zasady proporcjonalności

Odwołujący podnosi, iż kwestionowanym postanowieniem Zamawiający narusza także zasadę proporcjonalności.

Zasada proporcjonalności wymaga, by Zamawiający kształtował warunki zamówienia w postępowaniu w sposób adekwatny do jego rodzaju i zakresu, czyli tak by były one racjonalnie proporcjonalne do przedmiotu zamówienia. W świetle orzecznictwa TSUE można uznać, że ocena czy zachowana jest zasada proporcjonalności następuje na podstawie tzw. testu proporcjonalności, który oznacza sprawdzenie, czy określone wymaganie (warunek zamówienia):
- nie jest dyskryminujące,
- jest uzasadnione względami interesu publicznego,
- jest odpowiednie dla osiągnięcia celu, któremu ma służyć, oraz
- nie jest nadmierne i nie wykracza poza to, co jest konieczne dla osiągnięcia tego celu (tzn. czy nie można osiągnąć tego celu przy pomocy mniej restrykcyjnych środków).

Kara umowna, o której mowa w Subklauzuli 8.8 pkt I lit. b (w zakresie dotyczącym Kamienia Milowego nr 1) nie spełnia co najmniej dwóch z ww. przesłanek testu proporcjonalności, tzn.:

1) jest dyskryminująca (narusza zasadę zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, co wykazano wyżej w Ad. 1 uzasadnienia odwołania) oraz

2) jest nadmierna, tj. wykracza ponad to co jest konieczne do osiągniecia celu, któremu służy ta kara umowna.

W wyroku KIO 2563/20 Izba stwierdza, że *„Niewątpliwie wprowadzenie kar umownych do warunków umowy, która ma zostać zawarta z wykonawcą, co do zasady należy uznać za środek odpowiedni dla zapewnienia należytego wykonania umowy w sprawie zamówienia publicznego.*

Jednakże z zasady proporcjonalności wynika również, że taki co do zasady odpowiedni środek powinien być zastosowany wyłącznie w takim zakresie, w jakim jest to niezbędne dla osiągnięcia tego celu. W konsekwencji obowiązująca w postępowaniu o udzielenie zamówienia zasada proporcjonalności wyznacza dla zamawiającego granicę swobody w kształtowaniu warunków umowy w sprawie zamówienia publicznego, co należy brać pod uwagę przy stosowaniu art. 353(1) kc, zgodnie z którym strony zawierające umowę mogą ułożyć stosunek prawny według swego uznania, byleby jego treść lub cel nie sprzeciwiały się właściwości (naturze) stosunku, ustawie ani zasadom współżycia społecznego."

Oczywistym dla Odwołującego jest, iż kara umowna jako taka, ma na celu wzmocnienie skuteczności więzi powstałej między stronami w wyniku zawartej przez nie umowy i służy realnemu wykonaniu zobowiązań, czyli pełni rolę stymulacyjną i represyjną.

Jednakże, w sytuacji gdy kara umowna – taka jak ta będąca przedmiotem odwołania – rozkłada pomiędzy uczestników inwestycji (wykonawcę robót i wykonawcę prac projektowych) ciężar ryzyka wykonania zamówienia skrajnie niewspółmiernie do wysokości wynagrodzenia jakie tym uczestnikom przysługuje zgodnie z narzuconymi przez zamawiającego proporcjami udziału robót i prac projektowych w wysokości ceny oferty, nie spełnia ona ww. funkcji.

Z uwagi bowiem na swoją jednostronną restrykcyjność ogranicza konkurencję (eliminuje część wykonawców / podwykonawców z udziału w postępowaniu)[10], a nawet w przypadku jej zaakceptowania przez część wykonawców na rynku – nie daje się wyegzekwować.

Jak wskazuje W. Dzierżanowski[11]: *„Postanowieniami umowy, które skutecznie potrafią odstręczyć przedsiębiorców z sektora MSP od udziału w przetargach publicznych, są nadmiernie wysokie kary umowne. Kary takie nie powinny być ustalane we wzorze umowy, gdyż przenosząc niewspółmiernie duże ryzyka realizacji umowy na wykonawcę mogą stać w konflikcie z zasadą proporcjonalności. Nie można też zapominać, że wskazanie we wzorze umowy przesadnie wysokich kar umownych nie oznacza jeszcze, że uda się je wyegzekwować. Z art. 484 kc wynika bowiem, że obowiązkową przesłanką miarkowania kary jest jej rażące wygórowanie. Zgodnie z orzeczeniem Sądu Najwyższego z 14 lipca 1976 r., (I CR 221/76, OSNCP 1977, nr 4, poz. 76) ,,kara umowna może być rażąco wygórowana już w momencie jej zastrzegania bądź zostać taką już w następnie późniejszych okolicznności, do których można zaliczyć przykładowo fakt, że szkoda wierzyciela jest znikoma, skutkiem czego zachodzi rażąca dysproporcja pomiędzy jej wysokością a wysokością należnej kary". W obu tych przypadkach sąd może nakazać jej miarkowanie. Brak więc korzyści z takich kar dla zamawiającego. Nawet przeciwnie – najpierw wskutek kar zawyżonych zmniejszyła się konkurencja w przetargu, a następnie takich kar i tak nie udało się uzyskać. Tyle, że korzyści z art. 484 kc (miarkowania kar umownych w toku realizacji umowy*

[10] Jak wskazuje UZP[10] *„Proporcjonalne ukształtowanie warunków udziału w postępowaniu i zasad wyboru oferty najkorzystniejszej działa stymulująco na konkurencyjność w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Z drugiej strony brak proporcjonalności np. w kształtowaniu kryterium selekcji, polegający na postawieniu wymagań wielokrotnie wyższych niż wynika to z potrzeb samego zamówienia, albo obciążenie wykonawcy nadmiernymi ryzykami w postanowieniach umowy może być przyczyną znacznie mniejszego zainteresowania wykonawców postępowaniem."* W: PRAWO ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH pod redakcją Huberta Nowaka Mateusza Winiarza, UZP Warszawa 2021: https://www.uzp.gov.pl/__data/assets/pdf_file/0028/49078/Komentarz-do-Prawa-Zamowien-Publicznych-wersja-uzytkowa.pdf

[11] https://www.uzp.gov.pl/__data/assets/pdf_file/0012/38001/Zwiekszenie-udzialu-MSP-w-rynku-zamowien-publicznych-wieksza-czcionka.pdf str. 71

wskutek orzeczenia sądu) odnoszą z reguły duże przedsiębiorstwa. MSP przy zbyt wysokich karach przewidzianych w przetargu najczęściej rezygnują ze złożenia oferty, gdyż nawet potencjalne ryzyko ich zapłaty jest dla nich nieakceptowane."

Problem ten – jak już wskazano w Ad. 1 - w sposób szczególny dotyka więc wykonawców i podwykonawców z sektora MŚP. Nazbyt jednostronne postanowienia umowy w zakresie kar umownych, które są nieproporcjonalne do części przedmiotu zamówienia obejmującej prace projektowe (a więc tej którą najczęściej powierza się wykonawcy z sektora MŚP) stanowią bowiem dla nich utrudnienie udziału w takim postępowaniu.

Przy uzasadnieniu naruszenia zasady proporcjonalności, nie sposób też pominąć wskazanego na wstępie argumentu, iż limit kar umownych określony na poziomie 20% Zaakceptowanej Kwoty Kontraktowej netto zostanie wyczerpany w przypadku, gdy naliczone kary umowne osiągną czterokrotność wynagrodzenia za prace projektowe (które to wynagrodzenie nie może przekroczyć 5% Zaakceptowanej Kwoty Kontraktowej). W sytuacji, gdy dla Zamawiającego jest oczywistym (brak zakazu podwykonawstwa), że prace projektowe z reguły powierzane są podmiotowi trzeciemu, ukształtowanie kary umownej w ten sposób iż wyczerpuje się ona dopiero przy wielokrotności wynagrodzenia należnego temu podmiotowi trzeciemu, jednoznacznie wskazuje na rażącą dysproporcję w rozłożeniu ciężaru ryzyk pomiędzy uczestników procesu inwestycyjnego. Nie sposób uznać, by takie postanowienia stanowiły realizację zasady proporcjonalności.

Trzeba tu zaznaczyć, że wolą ustawodawcy jest wsparcie podwykonawców w procesie inwestycyjnym, czego wyraźnym dowodem jest odrębne i szczegółowe uregulowanie kwestii podwykonawstwa w Pzp, a zwłaszcza uregulowanie zawarte w art. 463 Pzp. Przy czym – co należy wyraźnie podkreślić - wsparcie to nie powinno odbywać się poprzez przerzucenie ryzyka obciążającego wykonywanie prac projektowych na wykonawcę głównego, ale na proporcjonalnym rozłożeniu kar w stosunku do wartości świadczenia wyrażonej ceną za daną cześć zamówienia.

Należy także podnieść, że kwestionowane przez Odwołującego postanowienie umowne nie zdaje testu proporcjonalności także z tego powodu, iż ma negatywny wpływ na efektywność wydatkowania środków publicznych. Z zasad doświadczenia życiowego wynika, że postanowienie to może oznaczać wyższe ceny ofert z uwagi na ograniczoną konkurencję lub próbę skalkulowania przez wykonawcę ryzyka jakie się z nim wiąże w cenie oferty. To ostatnie jest przy tym – jak już wskazano wyżej – znacząco utrudnione, jeżeli nie niemożliwe – co może skutkować uwzględnieniem w cenie oferty ryzyka przeszacowanego, a w konsekwencji poniesieniem przez Zamawiającego zbędnych kosztów.

Jednocześnie należy zwrócić uwagę, iż dobre praktyki kontraktowe, zalecają by kary umowne konstruować proporcjonalnie do części zamówienia, której dotyczą.

W pkt 1.2 lit e) dokumentu dostępnego na stronie UZP (https://www.uzp.gov.pl/__data/assets/pdf_file/0023/42737/Zalacznik-1-Dobre-i-zle-praktyki-kontraktowe.pdf - str 12) wskazuje się:

> *„1.2.Przykłady dobrych praktyk kontraktowych (rekomendowanych kierunków regulacji):*
> *(...)*
> *e) Naliczanie kar umownych od części zamówienia, którego rzeczywiście dotyczy naruszenie umowy, za które zastrzeżona jest kara lub od niezrealizowanej części umowy, a nie od całości (...)"*

Na taki kierunek właściwej regulacji kar umownych wskazuje także KIO w wyroku z dnia 21 grudnia 2020 r. sygn. KIO 3146/20, dotyczącym wprawdzie kar dla części podstawowej i opcyjnej zamówienia, niemniej mogącym być także odczytanym jako reguła dotycząca konieczności odnoszenia kary umownej do tej części świadczenia wykonawcy, którego dotyczy:
„Kara umowna jest ściśle powiązana z niewykonaniem lub nienależytym wykonaniem konkretnego świadczenia. Wysokość kary powinna zatem korespondować z tym świadczeniem. Zatem jeśli wykonawca nie wykonuje lub spóźnia się z realizacją świadczeń wynikających z zamówienia podstawowego, to kara umowna powinna odpowiadać procentowej lub kwotowej wysokości szkody jaką zamawiający może ponieść w związku z niewykonaniem lub nienależytym wykonaniem tej części zamówienia podstawowego. Jeśli zaś wykonawca spóźni się lub nie wykona przykładowo jednego nowego Punktu Kontrolnego, to kara za to powinna być skorelowana z wartością zamówienia opcjonalnego. W przeciwnym wypadku bowiem Zamawiający przenosiłby wartość umownego odszkodowana ponad rzeczywistą wartość szkody, którą może ponieść odrębnie w każdej części zamówienia, co należy uznać za działanie zmierzające do nadużycia pozycji Zamawiającego względem wykonawcy, który ma ograniczony wpływ na kształtowanie postanowień umownych".

Żądanie Odwołującego zmierza zatem do przywrócenia Subklauzuli 8.8. pkt I lit b - w zakresie dotyczącym Kamienia Milowego nr 1 - zgodności z zasadą przejrzystości, a jednocześnie wpisuje się w dobre praktyki kontraktowe.

Ad. 3)

Naruszenie art. 16 pkt 1 i 3 w zw. z art. 134 ust. 1 pkt 20 oraz w zw. z art. 8 ust. 1 Pzp w zw. z art. 5 i art. 353(1) Kodeksu cywilnego, poprzez skonstruowanie Subklauzuli 8.8. pkt I lit b) (w zakresie dotyczącym Kamienia Milowego nr 1) z naruszeniem zasady równowagi stron stosunku zobowiązaniowego

Na wstępie należy zaznaczyć, że do projektowanych postanowień umowy – w związku z art. 8 ust. 1 Pzp zastosowanie mają przepisy Kodeksu cywilnego i naruszenie uregulowanych tam zasad konstruowania stosunku zobowiązaniowego może być uznane za naruszenie Pzp.

Jak wskazuje KIO w wyroku o sygn. akt KIO 1877/20: *„Na wstępie, Izba zwraca uwagę, że w ramach przyznanych jej uprawnień, odnosi się przede wszystkim do naruszenia obowiązujących przepisów Pzp. W warunkach "rynkowych", gdy umowę zawierają dwa równorzędne podmioty, poszczególne jej postanowienia powstają w wyniku konsensusu obu umawiających się stron. W przypadku umów, zawieranych w wyniku przeprowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, również do takiego konsensusu dochodzi, albowiem zamawiający precyzuje swoje oczekiwania w stosunku do zakresu zadania, które ma być wykonane i sposobu jego wykonania, a wykonawca ze swojej strony albo się na spełnienie tych wymagań zgadza, albo nie. Ze swojej strony wykonawca ma również wpływ na kształtowanie warunków w taki sposób, iż w ramach zadawanych pytań do treści SIWZ zwraca uwagę zamawiającemu na istnienie w treści projektu umowy takich zapisów, które z punktu widzenia wykonawców*

ubiegających się o udzielenie zamówienia są nieakceptowalne czy nawet niemożliwe do spełnienia.

Z drugiej jednak strony w ramach zamówień publicznych zasada swobody umów doznaje trojakiego ograniczenia: po pierwsze zamawiający nie może swobodnie wybrać kontrahenta, po drugie to zamawiający określa zasady, na których umowę chce zawrzeć, po trzecie: strony nie mogą swobodnie zmienić umowy już zawartej. Co do drugiego z wymienionych ograniczeń trzeba wskazać, iż zgodnie z art. 36 ust. 1 pkt 16 Pzp [obecnie art 134 ust 1 pkt 20 Pzp – przyp. Odwołującego] obowiązkiem zamawiającego jest zawrzeć w treści SIWZ 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. Z treści tego przepisu wynika dla zamawiającego z jednej strony zobowiązanie do ustalenia warunków umowy już na etapie publikacji SIWZ, ale również uprawnienie do ich ukształtowania zgodnie ze swoimi potrzebami i wymaganiami. Tym samym ustawodawca, odbierając zamawiającemu prawo do swobodnego wyboru kontrahenta, jednocześnie ustanowił dla niego prawo podmiotowe do jednostronnego ustalenia warunków umowy. Jest również rzeczą zrozumiałą, iż zamawiający, ustalając warunki umowy, dba o zabezpieczenie swoich interesów i interesów publicznych oraz wykonanie przedmiotu zamówienia zgodnie z potrzebami. ***Nie oznacza to jednak, że prawo zamawiającego do określenia postanowień umowy nie doznaje pewnych ograniczeń - zamawiający nie może prawa podmiotowego nadużywać. Wynika to i z zasady swobody umów (treść lub cel stosunku nie może sprzeciwiać się właściwości - naturze stosunku, ustawie ani zasadom współżycia społecznego) i z brzmienia jednej z najważniejszych zasad prawa cywilnego wyrażonej w art. 5 k.c., zgodnie z którym nie można czynić ze swego prawa użytku, który by był sprzeczny ze społeczno-gospodarczym przeznaczeniem tego prawa lub z zasadami współżycia społecznego. Takie działanie lub zaniechanie uprawnionego nie jest uważane za wykonywanie prawa i nie korzysta z ochrony. Tym samym w przypadku, gdy zamawiający konstruuje wzór umowy w sposób sprzeczny z tymi zasadami Izba może orzec o naruszeniu przez niego przepisów Pzp."***

W związku z powyższym Odwołujący podnosi, iż naruszenie zasady zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, a przede wszystkim zasady proporcjonalności (co zostało wykazane w Ad. 1 i Ad. 2 powyżej) świadczy jednoznacznie, iż naruszone są także przepisy art. 5 i art. 353 (1) Kodeksu cywilnego. Uzasadnienie dotyczące naruszenia zasad zamówień publicznych wskazane wyżej wyczerpuje także przesłanki naruszenia zasad wynikających z art. 5 i art. 353 (1) Kodeksu cywilnego.

Zdaniem Odwołującego Zamawiający - konstruując Subklauzulę 8.8. pkt I lit b w zakresie dotyczącym kary umownej za zwłokę w wykonaniu Kamienia Milowego nr 1 w sposób nieproporcjonalny do wynagrodzenia należnego za tę część zamówienia, w szczególności, gdy określa maksymalną % wysokość tego wynagrodzenia - wykorzystał swoją pozycję w strukturze zamówień publicznych, narzucając rażąco niekorzystne dla potencjalnych wykonawców postanowienie umowy. Uprawniony jest więc w realiach przedmiotowej sprawy zarzut, że Zamawiający uczynił ze swego prawa do ustalenia projektowanych postanowień umowy użytek, który jest sprzeczny ze społeczno-gospodarczym przeznaczeniem tego prawa i z zasadami współżycia społecznego. Takie działanie, zgodnie z art. 5 Kodeksu cywilnego nie powinno być uważane za wykonywanie prawa, a w konsekwencji nie powinno korzystać z ochrony prawnej. Ponadto w ocenie Odwołującego, nieproporcjonalne do wartości części zamówienia obciążenie wykonawcy ryzykiem kontraktowym należy uznać za niedozwolone na gruncie art. 353(1)

Kodeksu cywilnego, w myśl którego umowne regulacje nie mogą sprzeciwiać się właściwości (naturze) stosunku, ustawie ani zasadom współżycia społecznego. W niniejszym postępowaniu w ramach pojęcia zasad współżycia społecznego na szczególną uwagę zasługują zasady sprawiedliwości kontraktowej, uczciwości kupieckiej, równej pozycji stron umowy, które doznały uszczerbku wskutek nierówno rozłożonego ciężaru ryzyk pomiędzy uczestników procesu inwestycyjnego (wykonawca robót vs. projektant – z reguły podwykonawca).

Podsumowując powyższą (Ad 1 – 3) argumentację należy także wskazać, że w ocenie Odwołującego – kwestionowana regulacja projektowanych postanowień umowy nie znajduje potwierdzenia w uzasadnionych potrzebach Zamawiającego. Jak wskazano na wstępie – kara za zwłokę w wykonaniu Kamienia Milowego nr 1 – ujęta proporcjonalnie do wartości wynagrodzenia za tę cześć zamówienia – jest 2000% wyższa i wyczerpuje się kilkanaście razy wcześniej – niż analogicznie ujęta kara za zwłokę w wykonaniu robót budowlanych.

Tymczasem każda zwłoka, niezależnie od tego na jakim etapie realizacji zamówienia wystąpi, wpływa jednakowo negatywnie na realizację zamówienia. Nie ma więc uzasadnionych powodów dla których zwłoka w toku projektowania miałaby być sankcjonowana proporcjonalnie tak znacząco wyższą karą niż zwłoka w toku robót budowlanych.

Z tym powodów wnoszę jak na wstępie.

Odwołujący zastrzega możliwość rozbudowania zaprezentowanej wyżej argumentacji oraz powołania środków dowodowych w toku rozprawy.

W imieniu Odwołującego:

RADCA PRAWNY
Bernadetta Tarnowska
WA - 6429

r.pr. Bernadetta Tarnowska - pełnomocnik

Załączniki:

Załącznik nr 1	Dowód uiszczenia wpisu od niniejszego odwołania
Załącznik nr 2	Dowód przekazania kopii odwołania Zamawiającemu
Załącznik nr 3	Odpis z KRS
Załącznik nr 4	Pełnomocnictwo
Załączniki nr 5	Decyzja o wpisie na listę organizacji uprawnionych do wnoszenia środków ochrony prawnej