

Warszawa, dnia 27 kwietnia 2020 r.

DH/75/2020

Prezes Krajowej Izby Odwoławczej

ul. Postępu 17a

02-676 Warszawa

Zamawiający: PKP Szybka Kolej Miejska w Trójmieście Sp. z o.o.

ul. Morska 350A, 81-002 Gdynia

osoba do kontaktu: Katarzyna Komakowska-Helińska

e-mail: przetargi@skm.pkp.pl

tel.: +48 587212929, www.skm.pkp.pl

Odwołujący: Thales Polska sp. z o.o.

ul. gen. Józefa Zajączka 9, 01-518 Warszawa

KRS: 0000053615

tel: 22 63 95 222, faks: 22 63 95 299

reprezentowany przez
pana Konstantego Białowolskiego

przetargi@bf.thalesgroup.com

konstanty.bialowolski@thalesgroup.com

Dotyczy: postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie art. 39 w zw. z art. 134 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity: Dz. U. z 2019 r. poz. 1843), zwanej dalej: („**Ustawa Pzp**”), jako zamówienie sektorowe, którego przedmiotem jest: Budowa zintegrowanego systemu monitorowania bezpieczeństwa oraz zarządzania informacją na linii kolejowej nr 250 wraz z modernizacją budynku Dworca Podmiejskiego w Gdyni oraz peronu SKM na stacji Gdynia Główna, **numer referencyjny: SKMMU.086.16.20**, ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 15 kwietnia 2020 r., pod nr **Dz.U./S 2020/S 074-177177 (S74 15/04/2020 177177-2020-PL)**, (dalej: „**Postępowanie**”);

Wpis od odwołania w kwocie 20.000,00 zł został uiszczony na rachunek bankowy Urzędu Zamówień Publicznych.

ODWOŁANIE

WOBEC POSTANOWIEŃ SPECYFIKACJI ISTOTNYCH WARUNKÓW ZAMÓWIENIA

I. CZYNNOŚCI I ZANIECHANIA ZAMAWIAJĄCEGO

Działając w imieniu i na rzecz Thales Polska sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, (dalej: „Thales” lub „Odwołujący”), na podstawie art. 180 ust. 1 w zw. z art. 179 ust. 1 Ustawy Pzp, wnoszę odwołanie wobec postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej: „SIWZ”) sformułowanych przez PKP Szybka Kolej Miejska w Trójmieście Sp. z o.o. z siedzibą w Gdyni, (dalej: „Zamawiającego”) w Postępowaniu niezgodnie z Ustawą Pzp, to jest:

1. **Naruszenie art. 353¹ KC w. zw. z art. 5 KC oraz art. 29 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 Ustawy Pzp** przez zawarcie w **§ 2 ust. 1 projektu umowy** (załącznik nr 3 do SIWZ), dalej: „Umowa”) zobowiązania realizacji Umowy z **najwyższą profesjonalną starannością**, nie definiując jednak jakiego rodzaju jest to staranność oczekiwana przez Zamawiającego i czym się ona różni od zdefiniowanej w KC oraz w orzecznictwie należytej staranności, a tym samym naruszenie zasady współżycia społecznego, zasady uczciwej konkurencji i uniemożliwienie oszacowania ceny oferty, a w konsekwencji mogących prowadzić do nieporównywalności ofert;
2. **Naruszenie art. 29 ust. 1 i 2 Ustawy Pzp w zw. z art. 31 ust. 2 i 3 Ustawy Pzp oraz §15 Rozporządzenia** Ministra Infrastruktury z dnia 2 września 2004 r. w sprawie szczegółowego zakresu i formy dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych oraz programu funkcjonalno-użytkowego (dalej: „Rozporządzenie”) i **art. 139 ust. 1 Ustawy Pzp w zw. z art. 5 KC oraz art. 353¹ KC** przez zaniechanie sporządzenia opisu przedmiotu zamówienia, tj. **Umowy w § 2 ust 8 – 11 oraz § 3 ust. 9 [Harmonogram]** oraz Programu funkcjonalno – użytkowego [rozdział II pkt 4.2 oraz pkt 5 PFU] w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, umożliwiający ustalenie planowanych kosztów prac projektowych i robót budowlanych, terminów ich realizacji oraz przygotowanie oferty szczególnie w zakresie obliczenia ceny oferty;
3. **Naruszenie art. 353¹ w. zw. z art. 5 oraz art. 487 § 2 K.c. w związku z art. 7, art. 14, art. 29 oraz art. 139 ust. 1 Ustawy Pzp** przez zawarcie w **§ 7 ust. 1 pkt 5) Umowy** konieczności realizacji Umowy z własnych materiałów i urządzeń, co stanowi nieuzasadnione ograniczenie kręgu wykonawców zdolnych do złożenia ofert w Postępowaniu oraz naruszenie zasady proporcjonalności i przejrzystości oraz rzutuje na obliczenie ceny oferty i brak porównywalności ofert. Natomiast Zamawiający sam wymaga wykorzystania istniejących urządzeń, które są własnością Zamawiającego (Załącznik nr 2 do Umowy – Program Funkcjonalno – Użytkowy pkt. 3.18.4, strona 126);

4. **Naruszenie art. 68 ust. 1** ustawy z dnia 4 lutego 1994 r. o prawie autorskim i prawach pokrewnych (tekst jedn. Dz.U. z 2019 r., poz. 1231, z późn. zm.) i **art. 365(1) KC w. zw. z art. 7, art. 14, art. 29 oraz art. 139 ust. 1 Ustawy Pzp** przez żądanie przez Zamawiającego w **§ 7 ust. 1 pkt 34) Umowy** udzielenia przez wykonawcę Zamawiającemu nie podlegającej wypowiedzeniu licencji do korzystania z programów komputerowych;
5. **Naruszenie art. 353(1) w związku z art. 354 § 1 i 2, art. 395 § 1, art. 473, art. 483, art. 498 § 1 i art. 5 KC w związku z art. 36 ust. 2 pkt 11 lit. a Ustawy Pzp, art. 139 ust. 1 i art. 14 Ustawy Pzp**, ze skutkami określonymi w art. 58 § 3 KC przez ukształtowanie określonych w Umowie w **§ 8 ust. 5 pkt 2), 5), ust. 7, 8, 11 i 16, 24 [Podwykonawcy]** wymagań dotyczących treści umów wykonawcy z podwykonawcą lub dalszym podwykonawcą dotyczących robót budowlanych w sposób naruszający prawo wykonawcy do swobodnego umawiania się z podwykonawcami w zakresie, który przepisy Ustawy Pzp i KC nie określają jako obligatoryjny, zgodnie z zasadą swobody kontraktowania, zaś brak podstaw w Ustawie Pzp do jej ograniczenia ze skutkiem dla stosunków prawnych pomiędzy wykonawcą i podwykonawcami oraz dalszymi podwykonawcami zwłaszcza, że wymagania te nie dotyczą istotnych postanowień umowy o roboty budowlane ani kwestii związanych z odpowiedzialnością solidarną zamawiającego określoną w art. 647(1) § 5 KC;
6. **Naruszenie art. 353¹ KC w. zw. z art. 5 KC oraz art. 29 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 Ustawy Pzp** przez zawarcie w **§ 10 ust. 9 pkt 5) w zw. z ust. 6 oraz § 11 ust. 1 pkt 3)** postanowienia stanowiącego, że **wadą istotną** Robót jest nienależytego działania jakiegokolwiek oprogramowania komputerowego (bardzo szeroki i niedookreślony warunek), co skutkować może naliczeniem kary umownej oraz opóźnieniem odbioru a tym samym przez brak dookreśloności narusza zasady współżycia społecznego, zasady uczciwej konkurencji i uniemożliwia oszacowanie ceny oferty, a w konsekwencji tego rodzaju niedookreślone postanowienie może prowadzić do nieporównywalności ofert;
7. **Naruszenie art. 353¹ KC w. zw. z art. 5 KC oraz art. 7 w zw. z art. 14 w zw. z art. 29 oraz art. 139 ust. 1 Ustawy Pzp** poprzez:
- 1) zaniechanie określenia limitu łącznej wysokości kar umownych ze wszystkich tytułów określonych w **§ 11 oraz § 19 ust. 3 Umowy'**
 - 2) przyjęcie odpowiedzialności wykonawcy na zasadzie ryzyka;
 - 3) brak konsekwencji Zamawiającego w ograniczaniu wysokości kar jednostkowych za konkretne naruszenie (§ 11 ust. 1 pkt 5) – 15) oraz § 19 ust. 3 Umowy), co narusza zasady współżycia społecznego oraz uniemożliwia prawidłowe oszacowanie ceny oferty;

- 4) brak ograniczenia całkowitej odpowiedzialności wykonawcy wobec zamawiającego do x% wynagrodzenia kontraktowego i brak wyłączenia odpowiedzialności wykonawcy z tytułu utraconych korzyści Zamawiającego,

§ 11 ust 2 Umowy wskazane jest, że: „Jeżeli kary umowne nie pokryją w całości poniesionej przez ZAMAWIAJĄCEGO szkody, ZAMAWIAJĄCY ma prawo dochodzić odszkodowania uzupełniającego do pełnej wysokości poniesionej szkody na zasadach ogólnych.” Jednakże z uwagi na zasady współzycia społecznego oraz konieczność oszacowania przez Odwołującego ryzyka kontraktowego i tym samym wartości oferty, zdaniem Odwołującego niezbędnym jest wprowadzenie ograniczenia procentowego całościowej wysokości odpowiedzialności wykonawcy z tytułu realizacji zamówienia.

II. ZARZUTY

Niniejszym zarzucam Zamawiającemu, iż prowadząc przedmiotowe Postępowanie naruszył:

- w zakresie opisanym w pkt 1) („**ZARZUT PIERWSZY**”) art. 353¹ KC w. zw. z art. 5 KC oraz art. 29 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 Ustawy Pzp poprzez naruszenie zasady współzycia społecznego, zasady uczciwej konkurencji i uniemożliwienie oszacowania ceny oferty, a w konsekwencji mogących prowadzić do nieporównywalności ofert;
- w zakresie opisanym w pkt 2) („**ZARZUT DRUGI**”) art. 29 ust. 1 i 2 Ustawy Pzp w zw. z art. 31 ust. 2 i 3 Ustawy Pzp oraz §15 Rozporządzenia i art. 139 ust. 1 Ustawy Pzp w zw. z art. 5 KC oraz art. 353¹ KC poprzez uniemożliwienie ustalenia planowanych kosztów prac projektowych i robót budowlanych, terminów ich realizacji oraz przygotowanie oferty szczególnie w zakresie obliczenia ceny oferty i tym samym opisanie przedmiotu zamówienia w sposób, który utrudnia przestrzeganie zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców;
- w zakresie opisanym w pkt 3) („**ZARZUT TRZECI**”) art. 353¹ w. zw. z art. 5 oraz art. 487 § 2 K.c. w związku z art. 7, art. 14, art. 29 oraz art. 139 ust. 1 Ustawy Pzp przez nieuzasadnione ograniczenie kręgu wykonawców zdolnych do złożenia ofert w Postępowaniu oraz naruszenie zasady proporcjonalności i przejrzystości oraz rzutuje na obliczenie ceny oferty i brak porównywalności ofert.
- w zakresie opisanym w pkt 4) („**ZARZUT CZWARTY**”) art. 68 ust. 1 ustawy z dnia 4 lutego 1994 r. o prawie autorskim i prawach pokrewnych i art. 365(1) KC w. zw. z art. 7, art. 14, art. 29 oraz art. 139 ust. 1 Ustawy Pzp przez nieuzasadnione ograniczenie kręgu wykonawców zdolnych do złożenia ofert w Postępowaniu oraz naruszenie zasady porównywalności co rzutuje na także na brak porównywalności ofert;

- w zakresie opisanym w pkt 5) („**ZARZUT PIĄTY**”) art. 353(1) w związku z art. 354 § 1 i 2, art. 395 § 1, art. 473, art. 483, art. 498 § 1 i art. 5 KC w związku z art. 36 ust. 2 pkt 11 lit. a Ustawy Pzp, art. 139 ust. 1 i art. 14 Ustawy Pzp, ze skutkami określonymi w art. 58 § 3 KC poprzez narzucenie nieuzasadnionych obowiązków i odpowiedzialności w relacjach z podwykonawcami i dalszymi podwykonawcami, naruszenie zasady proporcjonalności, zasady swobody umów i uczciwej konkurencji;
- w zakresie opisanym w pkt 6) („**ZARZUT SZÓSTY**”) art. 353¹ KC w. zw. z art. 5 KC oraz art. 29 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 Ustawy Pzp poprzez naruszenie zasad współzycia społecznego, zasady uczciwej konkurencji i uniemożliwia oszacowanie ceny oferty, a w konsekwencji tego rodzaju niedookreślone postanowienie może prowadzić do nieporównywalności ofert;
- w zakresie opisanym w pkt 7) („**ZARZUT SIÓDMY**”) art. 353¹ KC w. zw. z art. 5 KC oraz art. 7 w zw. z art. 14 w zw. z art. 29 oraz art. 139 ust. 1 Ustawy Pzp poprzez naruszenie zasady współzycia społecznego oraz niemożliwość oszacowania ceny oferty. Na podstawie § 11 ust 2 Umowy wykonawca ponosi nieograniczoną odpowiedzialność zarówno z tytułu odszkodowania uzupełniającego przekraczającego wysokość kar umownych oraz z tytułu samego naliczania kar umownych za niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązań określonych w Umowie. Maksymalna wysokość kar umownych, które mogą zostać nałożone na wykonawcę w okresie trwania Umowy winna być określona w wartości % w stosunku do wypłaconego wykonawcy wynagrodzenia.

III. ŻĄDANIA

W związku z powyższym wnoszę o:

1. Uwzględnienie odwołania w całości;
2. **W związku z Zarzutem Pierwszym:**
 - nakazanie Zamawiającemu dokonania zmiany w § 2 ust. 1 Umowy poprzez zastąpienie słowa: „najwyższa”, słowem „należyta”.
3. **W związku z Zarzutem Drugim:**
 - nakazanie Zamawiającemu dokonania zmiany zmiana w § 2 Umowy poprzez **wykreślenie ust. 8 – 11 oraz wykreślenie § 3 ust. 9 Umowy.**
4. **W związku z Zarzutem Trzecim:**
 - nakazanie Zamawiającemu dokonania zmiany w § 7 ust. 1 pkt 5) Umowy poprzez wykreślenie słowa „*własnych*”.
5. **W związku z Zarzutem Czwartym:**

- nakazanie Zamawiającemu dokonania zmiany w § 7 ust. 1 pkt 34) Umowy poprzez wykreślenie 2 razy występujących słów: „nie podlegającym(cej) wypowiedzeniu”

6. W związku z Zarzutem Piątym:

- nakazanie Zamawiającemu dokonania zmiany w § 8 ust. 5 pkt 2), 5), ust. 7, 8, 11 i 16, **24 [Podwykonawcy] Umowy** poprzez:

1) wykreślenie w § 8 ust. 5 pkt 2) drugiej części postanowienia rozpoczynającej się od: „i wynagrodzenie ryczałtowe z uwzględnieniem przepisów o podatku od towarów i usług”;

2) nadanie § 8 ust. 5 pkt 5) nowego, następującego brzmienia:

„Ust. 5 pkt 5) wartość zlecanych robót w PLN netto. W przypadku gdy wartość zlecanych robót jest wyższa niż wartość tych robót wskazana w Umowie zawartej pomiędzy Zamawiającym a Wykonawcą, w Umowie o podwykonawstwo należy zawrzeć postanowienie, zgodnie z którym odpowiedzialność Zamawiającego jako inwestora z tytułu solidarnej lub bezpośredniej zapłaty wynagrodzenia na rzecz Podwykonawcy ograniczona jest do wysokości wynikającej z Umowy zawartej pomiędzy Zamawiającym a Wykonawcą za dany zakres robót, zgodnie z art. 647 [1] § 3 k.c. oraz art. 143 c ust. 8 PZP w zw. z art. 647 [1] § 3 k.c.”

3) w § 8 ust. 7 Umowy wykreślenie zdania drugiego mającego następujące brzmienie: *„WYKONAWCA gwarantuje, iż Podwykonawcy oraz Dalsi Podwykonawcy będą terminowo płacić należności Dalszym Podwykonawcom, w tym dostawcom i usługodawcom.”*

4) wykreślenie § 8 ust. 8 Umowy;

5) w § 8 ust. 11 wykreślenie zdania ostatniego, stanowiącego że: *„Pod pojęciem uchylenia się od obowiązku zapłaty przez WYKONAWCĘ, Podwykonawcę lub dalszego podwykonawcę rozumie się brak zapłaty wymagalnego wynagrodzenia Podwykonawcy lub dalszego podwykonawcy”.*

6) wykreślenie w całości w § 8 ust. 16;

7) w § 8 ust. 24 Umowy wykreślenie w ostatnim zdaniu następujących słów w nawiasie: *„(również w ramach przekazu opisanego w ust. 14 niniejszego paragrafu)”.*

7. W związku z Zarzutem Szóstym:

- nakazanie Zamawiającemu dokonania zmiany w § 10 poprzez wykreślenie ust. 9 pkt 5 Umowy.

8. W związku z Zarzutem Siódmym:

- nakazanie Zamawiającemu dokonania zmiany treści § 11 Umowy poprzez:

- 1) wprowadzenie ograniczenia w zakresie naliczania jednostkowych kar umownych w § 11 ust. 1 pkt 5 – 15) oraz w § 19 ust. 3 poprzez wskazanie maksymalnej wysokości kary umownej, np. „*lecz nie więcej łącznie niż [...]*”
 - 2) w **§ 11 Umowy** dodanie nowego postanowienia (**§ 11 ust. 5 Umowy**) zgodnie z którym każdorazowe naliczenie kar umownych przewidzianych w Umowie zostanie poprzedzone przeprowadzeniem stosownego postępowania reklamacyjnego mającego na celu umożliwienie wykonawcy niezwłoczne usunięcie uchybień w wykonaniu Umowy oraz ustalenie istnienia przesłanek naliczenia kar umownych.
 - 3) Dodaje się w **§ 11 nowy ust. 6 Umowy w następującym brzmieniu**: „*Niezależnie od postanowień § 11 ust.1 - 5 Umowy całkowita wysokość odpowiedzialności wykonawcy określona w Umowie, w tym w § 11 oraz § 19 Umowy, z tytułu realizacji zamówienia uwzględniająca kary umowne oraz wszelkie odszkodowania, czy też odszkodowania uzupełniające, nie może przekraczać wysokości 30% wypłaconego wykonawcy wynagrodzenia. Wykonawca nie odpowiada za utracone korzyści Zamawiającego*”.
 - 4) **§ 11 ust. 2 Umowy** otrzymuje nowe następujące brzmienie, a tym samym poprzednie brzmienie ulega wykreśleniu: „*Maksymalna wysokość kar umownych nie może przekroczyć 30% wartości Umowy.*”
 - 5) wykreślenie **§ 19 ust. 7 Umowy**.
9. Nakazanie Zamawiającemu dokonania zmian w treści SIWZ, które spowodują usunięcie wskazanych przez Odwołującego naruszeń przepisów, które Odwołujący wskazuje w treści Odwołania.
 10. Zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów poniesionych z tytułu uiszczanego wpisu, kosztów postępowania odwoławczego oraz kosztów z tytułu wynagrodzenia profesjonalnego pełnomocnika według zestawienia, które zostanie przedłożone na rozprawie.

IV. UZASADNIENIE

1. UWAGI WSTĘPNE

Zamawiający powinien opisać przedmiot zamówienia w zgodzie z przepisami Ustawy Pzp. Celem Odwołującego jest opisanie wymagań Postępowania przez Zamawiającego w taki sposób, aby zapewnić ich zgodność z prawem i możliwość rzetelnej wyceny przedmiotu zamówienia przez Odwołującego tak, aby oferta Odwołującego mogła realnie konkurować z ofertami innych wykonawców. Przy obecnej treści SIWZ osiągnięcie tych celów jest niemożliwe.

2. ZARZUT PIERWSZY

Najwyższa profesjonalna staranność:

Kodeks cywilny w artykule 355 przewiduje dwa rodzaje staranności, jakiej można wymagać od dłużnika. Są to należyta staranność oraz należyta staranność uwzględniająca zawodowy charakter działalności prowadzonej przez dłużnika. Orzecznictwo sądów nadaje każdej z tych kategorii należytej staranności określone znaczenie. Jeżeli zatem Zamawiający wymaga innego rodzaju staranności Wykonawcy dla realizacji zamówienia, to winien tego rodzaju staranność zdefiniować. Zagadnienie to ma dla wykonawcy kluczowe znaczenie przy ocenie ryzyka związanych z realizacją zamówienia i ma bezpośredni wpływ na wycenę oferty wykonawcy. Tak długo jak wykonawca nie wie, na jakich zasadach oceniana będzie jego staranność przy wykonywaniu umowy, nie jest w stanie wyszacować odpowiedniego budżetu ryzyka związanego z realizacją Umowy. Sformułowanie w powyższy sposób istotnych postanowień umowy będących częścią SIWZ i zasad wykonywania zamówienia w bezpośredni sposób **narusza art. 29 ust. 1 w związku z art. 7 ust. 1 Ustawy Pzp**. Definicja należytej staranności jest określona w art. 355 KC oraz ugruntowana w orzecznictwie (przykładowo: wyrok SN: z dnia 22.09.2005 R., IV CK 100/05, LEX nr 187120; wyrok SA w Poznaniu z dnia 08.03.2006 R., sygn. akt I Acan 1018/05; wyrok SA w Łodzi z dnia 06.10.2016 R., sygn. akt I ACa 246/16).

3. ZARZUT DRUGI

Harmonogram:

Zgodnie z § 2 Umowy ust. 8 Umowy w Harmonogramie, który winien być zatwierdzony na piśmie w momencie zawierania Umowy i stanowi załącznik do Umowy, wykonawca musi uwzględnić nieznane terminy zakończenia modernizacji peronów Gdynia Stocznia i Gdańsk Stocznia, które realizowane przeze innych wybranych w przetargach wykonawców. Ponadto wykonawca ma także uwzględniać prace na peronach Gdynia Orłowo, Gdynia Grabówek, Gdynia Leszczynki. Terminy te nie są określone i wydłużają one Harmonogram prac, jednakże Zamawiający wskazał w Rozdziale IV SIWZ oraz § 3 ust. 1 pkt 5 lit. b) Umowy, że Zamawiający wymaga, aby wykonawca wykonał przedmiot zamówienia w terminie do dnia **31 października 2022 r.** Zgodnie z ust. 11 § 2 Umowy, wykonawca zobowiązany jest dostosować Harmonogram do terminów prac modernizacyjnych na peronach i przedstawić do zatwierdzenia Zamawiającemu. W przypadku, jeżeli wykonawca nie dostosuje Harmonogramu do terminu prac modernizacyjnych na którymkolwiek z peronów, Zamawiający jest uprawniony do jednostronnego dostosowania Harmonogramu do terminu modernizacji peronu w drodze pisemnego oświadczenia. Dodatkowo, zgodnie z §11 ust. 1 pkt 2) wykonawca zobowiązany jest do zapłaty kary umownej za zwłokę w wykonaniu zamówienia do dnia 31 października 2022 r. oraz za zwłokę w wykonaniu ww. prac

określonych w § 2 ust. 8 i 9 Umowy na każdym ze wskazanych w tych postanowieniach peronów, w stosunku do terminów wynikających z Harmonogramu.

Oznacza to, że nie tylko terminy są niedookreślone i całkowicie niezależne od wykonawcy, a tym samym cały Harmonogram prac, a Zamawiający może jednostronnie określić terminy, to ponadto wykonawca zobowiązany jest do zapłaty kar umownych za zwłokę w wykonaniu prac związanych z modernizacjami peronów oraz za zwłokę w dochowaniu terminu końcowego realizacji zamówienia. Przepisy Ustawy Pzp nie uprawniają Zamawiającego do dowolnego, jednostronnego kształtowania zobowiązania w sposób naruszający zasady współżycia społecznego i ponadto naliczania kar umownych za własne działania lub zaniechania (zob. 15 luty 2018 sygn. akt.: KIO 145/18 oraz KIO 173/18). Działania takiego nie uzasadnia pogląd wyrażany w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej i sądów okręgowych, że zasada swobody umów w systemie zamówień publicznych doznaje ograniczenia. Ograniczenie to polega na tym, że to Zamawiający, którego możliwość swobodnego wyboru kontrahenta jest ograniczona, jest uprawniony do kształtowania warunków umowy. Wykonawcy z kolei mają ograniczony wpływ na jej kształt, co mogą rekompensować sobie przez właściwą wycenę oferty. Uprawnienie Zamawiającego nie ma jednak charakteru absolutnego. Za nieuprawnione należy uznać takie ukształtowanie stosunku, które nie pozwala profesjonalnemu wykonawcy działającemu z należytą starannością na skalkulowanie ryzyka związanych z realizacją umowy. Nie można, bowiem przerzucać na jedną stronę umowy ciężaru poniesienia konsekwencji zaistnienia sytuacji, których strony nie mogły wcześniej przewidzieć, jak w przedmiotowej sytuacji terminy modernizacji peronów. Wykonawca, przy tego rodzaju postanowieniach i zobowiązaniach, nie ma możliwości na etapie składania oferty zweryfikować, czy jest w stanie dochować terminów.

W tym kontekście, warto wskazać, iż w podobnej sprawie rozstrzyganej w ramach wyroku o sygn. KIO 411/13, gdzie nałożono na wykonawcę konieczność skoordynowania realizowanych prac z innym wykonawcą, którego zakres i terminarz prac nie był znany, Izba uznała, iż doszło do naruszenia art. 29 ust. 1 Ustawy Pzp, wskazując, że poinformowanie jedynie wykonawcy o zamiarach zamawiającego wprowadzenia na teren budowy innego wykonawcy jest niewystarczający. Jak argumentowała KIO w ramach cytowanego wyroku: „Skoro *zamawiający w jednym czasie zleca roboty do prowadzenia w obrębie tego samego placu różnym wykonawcom, winien zapewnić ich stosowne skoordynowanie, aby żaden z tych wykonawców nie był przez to narażony na przestoje?* W konsekwencji również na gruncie niniejszej sprawy uznać należy, że postanowienia Umowy oraz PFU o takiej treści naruszają przepis art. 29 ust. 1 i 2 Ustawy Pzp w zw. z art. 31 ust. 2 i 3 Ustawy Pzp, a także art. 7 ust. 1 Ustawy Pzp. Postanowienia naruszają **art. 353¹ KC w. zw. z art. 5 KC i są sprzeczne** z naturą stosunku, a stopień braku proporcjonalności stron przekracza

dopuszczalny poziom wynikający z zasad współżycia społecznego obowiązującego przy stosunkach danego rodzaju.

4. ZARZUT TRZECI

Własne materiały:

W § 7 ust. 1 pkt 5) Umowy zawarta jest konieczność realizacji Umowy z własnych materiałów i urządzeń wykonawcy, co eliminuje tym samym możliwość wykonywania zamówienia przez wykonawcę przy wykorzystaniu urządzeń i materiałów podwykonawców. Jest to nieuzasadnione ograniczenie skutkujące ograniczeniem kręgu wykonawców zdolnych do złożenia ofert w Postępowaniu oraz naruszeniem zasady proporcjonalności. Zamawiający sam wymaga wykorzystania istniejących urządzeń, które są własnością Zamawiającego (Załącznik nr 2 do Umowy – Program Funkcjonalna – Użytkowy pkt. 3.18.4, strona 126). Zamawiający wskazuje, że: *„Ze względu na to, że na części przystanków znajdują się już elementy systemów telewizji dozorowej (kamery oraz rejestratory) objęte trwałością projektu, należy je wykorzystać i dołączyć do nowoprojektowanego zintegrowanego systemu bezpieczeństwa, do jednej wspólnej platformy CCTV”*. Następnie Zamawiający podaje listę istniejących rejestratorów Zamawiającego, które należy wykorzystać i zmodernizować tak by spełniały minimalne wymagania opisane w niniejszym PFU. Liczba kamer, które posiada Zamawiający, została także podana w Tabeli nr 8 na str. 128.

5. ZARZUT CZWARTY

Wypowiedzenie licencji:

W § 7 ust. 1 pkt 34) Umowy Zamawiający żąda udzielenia nie podlegającej wypowiedzeniu licencji na oprogramowanie oraz udzielenia lub przeniesienia praw z licencji do korzystania z nich zgodnie z ich przeznaczeniem wymagany według PFU, na czas nieoznaczony, nie podlegającej wypowiedzeniu. Nie zostały nawet wyłączone sytuacje, gdy zostałyby naruszone przez Zamawiającego prawa autorskie Wykonawcy. Wskazane postanowienie jest sprzeczne z art. 68 ust. 1 ustawy z dnia 4 lutego 1994 r. o prawie autorskim i prawach pokrewnych (t.j. Dz.U. z 2016 r. poz. 666, z późn. zm.), dalej: „**Pr.aut.**” i z art. 365(1) KC. Przepis art. 68 ust. 1 Pr. aut. stanowi, że jeżeli umowa nie stanowi inaczej, a licencji udzielono na czas nieoznaczony, twórca może ją wypowiedzieć z zachowaniem terminów umownych, a w ich braku na rok naprzód, na koniec roku kalendarzowego. Zgodnie z przepisem art. 365(1) KC „Zobowiązanie bezterminowe o charakterze ciągłym wygasa po wypowiedzeniu przez dłużnika lub wierzyciela z zachowaniem terminów umownych, ustawowych lub zwyczajowych, a w razie braku takich terminów niezwłocznie po wypowiedzeniu”. W poglądach doktryny dotyczących art. 68 ust. 1 Pr. aut. jest wyrażony pogląd, że umowa licencyjna może być wypowiedziana jak każda umowa o charakterze

ciągłym (Prawo Autorskie, System Prawa Prywatnego tom 13, red. prof. dr hab. Janusz Barta, 2013, C.H. Beck). Postanowienia te nie pozwalają na wypowiedzenie nawet w przypadku rażących naruszeń warunków licencyjnych po stronie Zamawiającego. Jest to sprzeczne zarówno z przepisami prawa autorskiego, jak też z powszechnie stosowanymi w obrocie warunkami, na jakich licencjonowane jest oprogramowania typu COTS. Obecne brzmienie postanowienia **§ 7 ust. 1 pkt 34) Umowy narusza art. 68 ust. 1 Pr. aut. i art. 365(1) KC.**

6. ZARZUT PIĄTY

Podwykonawcy:

Zdaniem Odwołującego, powyżej wskazane w **pkt 1) – 7) postanowienia § 8 Umowy** stanowią nieumocowaną ustawowo, nadmierną i niedopuszczalną ingerencję w treść swobody umów zawieranych przez wykonawcę z osobami trzecimi, zgodnie z zasadą przewidzianą w art. 353(1) KC w związku z art. 139 ust. 1 Ustawy Pzp. Jej ograniczenie w sposób zaproponowany w zaskarżonej części postanowień Umowy nie ma podstaw na gruncie Ustawy Pzp, w tym na gruncie art. 36 ust. 2 pkt 11 lit. a) Ustawy Pzp. Wymagania określone w SIWZ treści Umowy o podwykonawstwo robót budowlanych nie mogą prowadzić do wyłączenia stosowania przepisów powszechnie obowiązujących, a takim jest art. 353(1) KC. Żaden przepis ustawy, natura stosunku prawnego umowy o roboty budowlane ani też zasady współżycia społecznego, nie wyłączają prawa do umówienia się przez wykonawcę z podwykonawcą zgodnie z postanowieniami, które Zamawiający wyłączył z treści Umowy o podwykonawstwo robót budowlanych. Analiza treści postanowień zawartych **§ 8 Umowy** wskazuje, że Zamawiający nie widzi się w tym zakresie w przypisanej mu ustawowo roli gwaranta zapłaty wynagrodzeń podwykonawców (wynagrodzeń należnych im zgodnie z treścią zawartych umów o podwykonawstwo), ale postrzega siebie w roli regulatora stosunków cywilnoprawnych pomiędzy osobami trzecimi i występowania jako rzecznik interesów podwykonawców (profesjonalnych przedsiębiorców), którzy tak samo jak wykonawca, samodzielnie oceniają ryzyko udziału w realizacji danego zamówienia na warunkach zawartych w podpisanych przez siebie umowach o podwykonawstwo. W postanowieniach **§ 8 ust. 7, 8, 11 i 16, 24** Zamawiający przerzuca całość odpowiedzialności za działania podwykonawców i dalszych wykonawców na wykonawcę i odpowiedzialność ta kształtuje się na zasadzie ryzyka, gdyż wykonawca nie ma na niego wpływu i nie może ich kontrolować, gdyż pozostają one w gestii podmiotów trzecich.

Treść ograniczonych lub wyłączonych ze stosowania instytucji prawnych wskazuje, że zamawiający w niedopuszczalny sposób ogranicza swobodę umów i czyni to w bezpośrednim interesie podwykonawców i dalszych wykonawców. Uzyskują oni wyłącznie za pomocą zamawiającego gwarancje przepisów prawnych bardzo dla siebie korzystnych. O ile

jednak przepisy Ustawy Pzp uprawniają zamawiającego publicznego do narzucenia pewnych rozwiązań w umowie o wykonanie zamówienia (ta jest zawierana jedynie z wykonawcą) w zakresie dotyczącym urzeczywistnienia celu realizacji zamówienia, to nie mogą one prowadzić do ingerencji w stosunki prawne nawiązywane pomiędzy osobami trzecimi (wykonawcą i podwykonawcą, dalszym podwykonawcą) przez zakazanie stosowania powszechnie obowiązujących rozwiązań prawnych nieistotnych z punktu widzenia Ustawy Pzp. W ten sposób dochodzi do naruszenia ustawowej gwarancji swobody kontraktowania w obrocie prawnym, która może doznać ograniczenia tylko na podstawie wyraźnego przepisu ustawy, a takiego przepisu brak. Niedopuszczalność (niezgodność z prawem) zaskarżonych w odwołaniu wymagań dotyczących umowy o podwykonawstwo robót wynika z kilku niezależnych od siebie podstaw i przyczyn:

- 1) Wymagania postawione przez zamawiającego w **§ 8 ust. 5 pkt 2), 5), ust. 7, 8, 11 i 16, 24 Umowy** wykraczają poza ustawową rolę zamawiającego w systemie prawa zamówień publicznych i bez podstawy prawnej zmierzają do ukształtowania treści stosunków prawnych, których zamawiający nie jest stroną;
- 2) Przewidziane w art. 36 ust. 2 pkt 11 lit. a) Ustawy Pzp postawienie przez zamawiającego w SIWZ wymagań dotyczących treści umowy o podwykonawstwo robót nie może naruszać innych bezwzględnie obowiązujących przepisów – są one granicą stosowania tego przepisu. Granicę, do której sięgać mogą wymagania dotyczące umowy o podwykonawstwo robót budowlanych, stanowi art. 353(1) KC. Np. w uzasadnieniu wyroku z 16 grudnia 2015 r. sygn. akt VI Ga 106/15, Sąd Okręgowy w Koszalinie wskazał, że przewidziany w art. 143d ust. 1 Ustawy Pzp katalog postanowień, które powinna zawierać umowa o roboty budowlane, „nie stanowi katalogu zamkniętego, na co jednoznacznie wskazuje użycie określenia „w szczególności”, a zważywszy na odesłanie w odniesieniu do tych umów do unormowań kodeksu cywilnego, zawarte w art. 139 ust. 1 Ustawy Pzp, tym bardziej zezwala na swobodne ukształtowanie stosunku pomiędzy zamawiającym a wykonawcą – w granicach zakreślonych przez art. 353(1) KC”. Przepis art. 36 ust. 2 pkt 11 lit. a) Ustawy Pzp nie stanowi zwłaszcza dostatecznej podstawy prawnej do ograniczenia zasady swobody umów dotyczącej poszczególnych instytucji prawnych, które w tym Postępowaniu zamawiający ograniczył lub wyłączył ze stosowania w zaskarżonych punktach **§ 8 ust. 5 pkt 2), 5), ust. 7, 8, 11 i 16, 24 Umowy**. Określony tym przepisem Ustawy Pzp skutek zawarcia w projekcie umowy o podwykonawstwo postanowień sprzecznych z wymaganiami zamawiającego polega na złożeniu przez zamawiającego sprzeciwu lub zastrzeżeń do tej umowy. Instytucja sprzeciwu lub zastrzeżeń do projektu umowy o podwykonawstwo jest z kolei instrumentem realizacji przewidzianej w art. 143c ust. 1 w związku z art. 143b ust. 1,

3 i 4 Ustawy Pzp zasady odpowiedzialności zamawiającego za zapłatę wynagrodzenia należnego podwykonawcy. Oznacza to, że wymagania dotyczące umowy o podwykonawstwo robót mogą w rozumieniu art. 36 ust. 2 pkt 11 lit. a) Ustawy Pzp dotyczyć tylko kwestii służących realizacji instytucji gwarancyjnej odpowiedzialności zamawiającego za zapłatę wynagrodzeń należnych podwykonawcom zgodnie z zawartymi przez nich umowami. W konsekwencji nie ma podstaw prawnych i nie jest dopuszczalne zakazywanie stosowania lub modyfikowanie powszechnie dostępnych instytucji prawnych niedotyczących odpowiedzialności solidarnej zamawiającego. Nie mają z nią przecież nic wspólnego np. prawo określenia wynagrodzenia podwykonawcy w inny sposób, niż ryczałtowy; prawo określenia wyższego wynagrodzenia podwykonawcy za dany zakres robót, przy zastrzeżeniu, że odpowiedzialność Zamawiającego jako inwestora z tytułu solidarnej lub bezpośredniej zapłaty wynagrodzenia na rzecz podwykonawcy ograniczona jest do wysokości wynikającej z Umowy zawartej pomiędzy Zamawiającym a Wykonawcą za dany zakres robót, zgodnie z art. 647 [1] § 3 KC. oraz art. 143 c ust. 8 Ustawy Pzp w zw. z art. 647 [1] § 3 KC.

Ponadto wykonawca nie jest gwarantem, iż podwykonawcy i dalsi podwykonawcy będą terminowo płacić należności dalszym podwykonawcom, w tym dostawcom i usługodawcom. Wykonawca też nie może odpowiadać za brak podwykonawcy lub dalszego podwykonawcy, który to brak będzie prowadził do przerwy w realizacji przedmiotu Umowy. Ponadto postanowienie **§ 8 ust. 8** jest nieprecyzyjne i nie zrozumiałe o jaki tu brak w ogóle chodzi;

- 3) Przewidziana w Ustawie Pzp szczególna ochrona podwykonawców sprowadza się do ustawowych gwarancji zapłaty należnych im wynagrodzeń, lecz nie jest szersza. Z żadnego przepisu ustawy nie wynika przyznanie zamawiającemu kompetencji do zapewniania podwykonawcom i dalszym podwykonawcom instrumentów dalej idącej ochrony prawnej niż ustawowa gwarancja płatności ich wynagrodzeń. Zasada ta i tak stanowi już wyjątek od powszechnych reguł obrotu prawnego, więc jej rozszerzenie stanowić musi niedozwoloną ingerencję w rynek i zasady obrotu profesjonalnego. Brak szczegółowego określenia zakresu stosowania art. 36 ust. 2 pkt 11 lit. a) Ustawy Pzp oznacza, że stosowanie go nie może wykraczać poza regulację umowy o podwykonawstwo dozwoloną w Ustawie Pzp – zamawiający może zatem uszczegóławiać tylko te instytucje, które są przewidziane w Ustawie Pzp dla celów ochrony wynagrodzeń podwykonawców (np. procedurę zgłaszania podwykonawców, monitorowania ich roszczeń), lecz nie może to dotyczyć instytucji wykraczających poza gwarancję zapłaty wynagrodzeń podwykonawców. Tylko temu celowi służy art. 36 ust. 2 pkt 11 lit. a) Ustawy Pzp. Nie można tych przepisów

interpretować tak, że zamawiający może określić wykonawcy dowolne warunki do treści umowy z podwykonawcą, warunki te muszą być ograniczone do realizacji ustawowego celu gwarancji zapłaty wynagrodzeń, ale nie mogą poza ten cel wykraczać z ingerencją w zasadę swobody umów. Narzucanie wykonawcy podnoszenia całkowitej nieograniczonej odpowiedzialności na zasadzie ryzyka za wszelkie działania i zaniechania podwykonawców i dalszych podwykonawców jest nadmierną i niedozwoloną ingerencją wykraczającą poza określenie zasad gwarancji płatności wynagrodzeń. Ponadto w § 8 ust. 24 Umowy wykonawca nie może ponosić odpowiedzialności za to, że Zamawiający w ramach przekazu określonego w ust. 14 § 8 Umowy dokonał niezasadnej zapłaty wynagrodzenia podwykonawcy i nie może to wyłączać roszczenia wykonawcy w stosunku do Zamawiającego o zwrot zapłaconej kwoty w całości lub w części;

- 4) Przeciwnie do powyższego, Zamawiający stawia się w roli regulatora treści stosunków prawnych nawiązywanych pomiędzy osobami trzecimi w zakresie znacznie szerszym niż wynikający z ustawowego zakresu ochrony podwykonawców. W wyroku KIO z 3 czerwca 2014 r. sygn. KIO 1023/14, KIO stwierdziła, że uprawnienie zamawiającego do ograniczenia swobody kontraktowania nie jest bezwzględne, lecz wynika ze „ściśle określonego celu, dla zaspokojenia określonych potrzeb zamawiającego, czemu służy m.in. ukształtowanie istotnych postanowień umownych, których treść musi mieć oparcie w obiektywnych potrzebach zamawiającego, podlegających zaspokojeniu w wyniku postępowania”. Także Sąd Najwyższy w Wyroku z dnia 21 sierpnia 2014 r. sygn. akt IV CSK 733/13 stwierdził, że ingerencja, zastrzeżenia inwestora do umowy pomiędzy wykonawcą a podwykonawcą muszą dotyczyć istotnych kwestii umownych. Podobnie Wyrok KIO z 25 czerwca 2015 r. sygn. akt KIO 1201/15. Należy wziąć pod uwagę, że zgodnie z art. 139 Ustawy Pzp, do umów w sprawach zamówień publicznych stosuje się przepisy Kodeksu cywilnego, jeżeli przepisy Ustawy Pzp nie stanowią inaczej, co oznacza, że przepisy jednoznacznie określone w Ustawie Pzp stanowią szczególną regulację w stosunku do przepisów Kodeksu cywilnego w zakresie zawierania umów, w szczególności do ich treści i formy. Wynika z tego, że w zakresie umowy o podwykonawstwo robót budowlanych dotyczących realizacji zamówienia publicznego zastosowanie ma art. 647(1) KC z modyfikacjami, które wynikają z przepisów Ustawy Pzp. Skoro ustawodawca w normie prawnej określił zakres ingerencji w umowę, to należy uznać, że jest to regulacja zupełna w zakresie istotnym, a zatem norma ta nie może podlegać wykładni rozszerzającej. Za przejaw niedozwolonej wykładni rozszerzającej należy uznać wprowadzenie, jako warunku akceptacji umowy z podwykonawcą. Cechą wspólną tych orzeczeń jest podkreślenie, że zamawiający

może w SIWZ tylko w takim zakresie kształtować wymagania dotyczące umowy o podwykonawstwo robót budowlanych, w jakim jest to niezbędne dla zachowania obiektywnych potrzeb i roli zamawiającego w procedurze udzielania i realizacji zamówień publicznych oraz ochrony wynagrodzeń podwykonawców. Każde szersze ograniczenie jest niedopuszczalne.

- 5) Ustawowa rola gwaranta zapłaty wynagrodzenia należnego podwykonawcy, wynikającego z zawartej przez niego umowy o podwykonawstwo (art. 143c ust. 1 i 8 Ustawy Pzp, art. 647 § 1 KC), ani żaden inny przepis prawa, nie uzasadnia ingerencji zamawiającego w takie podstawowe instytucje prawa cywilnego – oparte na swobodzie kontraktowania – jak: kary umowne, ich katalog i wysokość (art. 483 KC), modyfikacja zasad odpowiedzialności dłużnika (art. 473 KC), niedopuszczalność żądania podwyższenia wynagrodzenia ryczałtowego (art. 632 § 1 KC), prawo do kompensaty wzajemnych rozrachunków (art. 498 § 1 KC, art. 505 pkt 4 KC), czy umowne prawo odstąpienia od umowy (art. 395 § 1 KC). Żadna kompetencja przyznana publicznemu zamawiającemu nie uprawnia go do ingerencji w te instytucje prawne ze skutkiem dla osób trzecich;
- 6) Koronnym argumentem zamawiającego, a czasami KIO na temat swobody umów na gruncie prawa zamówień publicznych jest to, że nikt nie zmusza wykonawcy do składania oferty. Po pierwsze jest to błędne stanowisko, ponieważ wykonawca działający na rynku zamówień publicznych działa pod przymusem ekonomicznym, a nie godząc się na niekorzystne dla siebie warunki umowne musiałby nie składać żadnych ofert i zlikwidować działalność. Po drugie jednak, stosowane przez zamawiającego tłumaczenie, że wykonawca nie musi się zgadzać na postawione mu w SIWZ warunki i nie składać oferty, ma ten mankament, że można (i należy) stosować je analogicznie dla relacji wykonawca – podwykonawca. Podwykonawca również nie ma obowiązku przystawać na warunki handlowe lub prawne stosowane przez wykonawcę. Nie ma więc żadnej różnicy pomiędzy swobodą przystąpienia przez wykonawcę do udziału w przetargu publicznym opartym na wzorze umowy znacząco uprzywilejowującym zamawiającego, a zawarciem przez podwykonawcę umowy o podwykonawstwo na warunkach umownych korzystniejszych dla wykonawcy. Jeśli zatem zamawiający chce chronić podwykonawców, gdyż zawierają oni z wykonawcą umowę o podwykonawstwo robót budowlanych pod przymusem ekonomicznym, to argumentacja taka stosuje się analogicznie do sytuacji wykonawcy.
- 7) Zachowanie tzw. interesu publicznego w realizacji zamówienia nie może polegać na narzucaniu wykonawcy warunków umownych, które w jednoznaczny sposób uprzywilejowują pozycję podwykonawcy ponad gwarancje ochronne przewidziane dla

podwykonawców w przepisach prawa. Działanie takie godzi w inny interes publiczny, ponieważ ogranicza zagwarantowane ustawowo prawo do swobodnego umawiania się przez uczestników rynku usług budowlanych. Ukształtowanie treści wymagań do umowy o podwykonawstwo robót budowlanych w sposób dokonany przez zamawiającego w należy uznać za sprzeczne z art. 5 KC, ponieważ stanowi nadużycie prawa.

- 8) Wykonawca nie może odpowiadać na zasadzie ryzyka za opóźnienia. nieterminowe wykonanie zobowiązania przez podwykonawców i dalszych podwykonawców, jak zostało to obecnie uregulowane w **§ 8 ust. 7, 8 oraz 11 Umowy**. Ponadto **§ 11 ust. 1 pkt 5 – 9 Umowy** zawiera sytuacje w których wykonawca zobowiązany jest do zapłaty kary umownej dla Zamawiającego związanej z kwestiami podwykonawstwa (odpowiadają one sytuacjom z art. 143d ust. 1 pkt 7 Ustawy Pzp). Brak jest tu możliwości narzucania na wykonawcę jeszcze dodatkowo odpowiedzialności na zasadzie ryzyka określonej w **§ 8 ust. 7, 8 oraz 11 Umowy**. **Dalsza odpowiedzialność wykonawcy nie jest uregulowana w Ustawie Pzp** co oznacza, że przez art. 139 ust. 1 Ustawy Pzp jest poddana swobodzie umów w relacji prawnej wykonawcy z podwykonawcą. Nie ma więc żadnych podstaw prawnych (w tym w przepisach Pzp), by ją ograniczać ze skutkiem dla osób trzecich. Wykonawca i podwykonawca są na podstawie art. 353(1) KC uprawnieni określić zasady wzajemnej odpowiedzialności z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania w taki sposób, w jaki uważają za dla siebie stosowny, w tym przez prawo do nakładania kar umownych w ustalonej przez siebie wysokości. Zamawiający nie ma podstaw prawnych by w tę materię ingerować, zaś czyniąc to, narusza zasadę swobodnego umawiania się przez wykonawcę i podwykonawcę. Zgodnie z art. 476 KC, dłużnik dopuszcza się zwłoki, gdy nie spełnia świadczenia w terminie, a jeżeli termin nie jest oznaczony, gdy nie spełnia świadczenia niezwłocznie po wezwaniu przez wierzyciela. **Nie dotyczy to wypadku, gdy opóźnienie w spełnieniu świadczenia jest następstwem okoliczności, za które dłużnik odpowiedzialności nie ponosi**. Materia ta nie jest w żaden sposób uregulowana w Ustawie Pzp, co oznacza, że przez art. 139 ust. 1 Ustawy Pzp jest poddana swobodzie umów i nie ma żadnych podstaw w przepisach Ustawy Pzp, by ją ograniczać. Analogicznie narzucenie wynagrodzenia ryczałtowego i konsekwencji zastosowania artykułu 632 § 1 KC w związku z art. 139 ust. 1 Ustawy Pzp stanowi ograniczenie dla wykonawcy w doborze podwykonawców. Artykuł 632 § KC stanowi, że jeżeli strony umówiły się o wynagrodzenie ryczałtowe, przyjmujący zamówienie nie może żądać podwyższenia wynagrodzenia, chociażby w czasie zawarcia umowy nie można było przewidzieć rozmiaru lub kosztów prac. Takie podejście Zamawiającego

narusza art. 353(1) KC i uniemożliwia reagowanie na sytuacje, gdy nastąpiły wzrosty cen materiałów oraz urządzeń.

7. ZARZUT SZÓSTY

Szerokie określenie wad istotnych

§ 10 ust. 9 pkt 5) Umowy stanowi, że jako wady istotne Robót kwalifikuje się nienależyte działanie oprogramowania komputerowego. Jest to pojęcie bardzo szerokie i niedookreślone i wymaga ono doprecyzowania, jakie wady oraz jakiego oprogramowania komputerowego stanowią wadę istotną. Tym bardziej, że wykonawca może wykorzystywać standardowe oprogramowanie podmiotów trzecich. Z uwagi na konsekwencje wad istotnych, które skutkują brakiem odbioru i możliwością naliczenia kar umownych w obecnym brzemieniu postanowienie to jest sprzeczne z zasadami uczciwej konkurencji, nieproporcjonalne oraz narusza zasady współżycia społecznego i uniemożliwia oszacowanie ceny oferty, a tym samym wymaga zmiany.

8. ZARZUT SIÓDMY

Naruszenie art. 353(1) KC w zw. z art. 14 i art. 139 ust. 1 Ustawy Pzp oraz art. 7 Ustawy przez ustanowienie odpowiedzialności odszkodowawczej za szkodę w postaci utraconych korzyści, oraz wyłączenie ograniczenia całkowitej odpowiedzialności wykonawcy wobec zamawiającego do x% wynagrodzenia kontraktowego i odpowiedzialność na zasadzie ryzyka. Naruszenie art. 353(1) KC w zw. z art. 14 i art. 139 ust. 1 Ustawy Pzp, poprzez zaniechanie określenia limitu łącznej wysokości kar umownych ze wszystkich tytułów.

W § 11 ust. 1 pkt 5 – 15 oraz § 19 ust. 3 Umowy kary umowne mogą być naliczane bez żadnego limitu. Ponadto Umowa nie zawiera całościowego limitu naliczania kar umownych oraz wyłączenia odpowiedzialności wykonawcy za utracone korzyści Zamawiającego. Odwołujący wskazuje, że w celu oszacowania ryzyka i wartości oferty, a przede wszystkim przystąpienia do przetargu, Zamawiający powinien określić maksymalną wysokość kar umownych, które mogą zostać nałożone na wykonawcę w okresie trwania Umowy (standardem rynkowym wskazywanym w wielu zamówieniach na wdrożenie systemu jest nie więcej niż 30%) w stosunku do wypłaconego wykonawcy wynagrodzenia. Także w Analizie dobrych praktyk w zakresie realizacji umów IT, ze szczególnym uwzględnieniem specyfiki projektów informatycznych 7 osi priorytetowej POIG, str. 62 publikowanych na stronie Urzędu Zamówień Publicznych wskazana jest konieczność określenia łącznej wysokości kar umownych (zob. poniższa klauzula: *Łączna wysokość wszystkich kar umownych naliczonych w związku ze świadczeniami wskazanymi w pkt [...] nie przekroczy [...] wynagrodzenia należnego Wykonawcy z tytułu tych świadczeń.*).

Zgodnie z art. 139 ust. 1 Ustawy Pzp do umów w sprawach zamówień publicznych stosuje się przepisy KC, jeżeli przepisy Pzp nie stanowią inaczej. Postanowienia przyszłej umowy o zamówienie publiczne należy zatem rozpatrywać, o ile Ustawa Pzp nie stanowi inaczej, w świetle art. 353¹ 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, czyli m.in. nie może być sprzeczny z dyspozycją art. 5 KC. Treść postanowień umownych jest również istotna ze względu na interes wykonawcy związany z uzyskaniem i prawidłową realizacją zamówienia. W orzecznictwie przyznaje się wykonawcom prawo do wnoszenia odwołania również na niezgodne z przepisami prawa postanowienia umowy. W ocenie Odwołującego Zamawiający w postanowieniach umownych w § 11 oraz § 19 ust. 3 i 7 Umowy zawarł szereg postanowień, które naruszają przepis art. 353¹ KC. w zw. z art. 7 w zw. z art. 14 w zw. z art. 29 oraz art. 139 ust. 1 Ustawy Pzp.

Kara umowna ma na celu zdyscyplinowanie wykonawcy, który będzie realizował umowę w sprawie zamówienia publicznego, jednakże jej nadużywanie (tak jak w przypadku § 11 oraz § 19 ust. 3 Umowy) narusza zasady współżycia społecznego i wprowadza nadmierną nierówność stron umowy. Określając poszczególne kary umowne w § 11 ust. 1 pkt 5 – 15, oraz ust. 2 i 4 i § 19 ust. 3 Umowy Zamawiający nie wprowadził żadnego ograniczenia ich wysokości, co może spowodować, że ich łączna wysokość nałożona w całym okresie obowiązywania Umowy przekroczy przysługujące wykonawcy wynagrodzenie. Zapłata kary umownej stanowi niejako automatyczną sankcję cywilnoprawną przysługującą wierzycielowi w stosunku do dłużnika w wypadku niewykonania przez niego lub nienależytego wykonania zobowiązania z przyczyn, za które dłużnik odpowiada. W umowie można łączyć kary za różne tytuły. Nie jest przy tym dozwolone zastrzeganie we wzorcu umownym kary umownej rażąco wygórowanej (tak: wyrok Sądu Najwyższego z dnia 25 maja 2007 r., sygn. akt: I CSK 484/06).

Jak zostało wskazane w orzeczeniu Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 30 listopada 2017 r., sygn. akt: KIO 2219/17, KIO 2228/17, KIO 2232/17, KIO 2234/17: *O tym, czy w danym wypadku można mówić o karze umownej rażąco wygórowanej, nie może sama przez się decydować jej wysokość przyjęta procentowo w określonym akcie prawnym, lecz przede wszystkim stosunek, w jakim do siebie pozostają dochodzona kara umowna i spełnione z opóźnieniem świadczenie dłużnika. W sytuacji, gdy kara umowna równa się bądź zbliżona jest do wysokości wykonanego z opóźnieniem zobowiązania, w związku z którym ją zastrzeżono, można ją uważać za rażąco wygórowaną. Kara umowna może być „rażąco*

wygórowana” już w chwili jej zastrzegania lub stać się taką w następstwie późniejszych okoliczności, do których można przykładowo zaliczyć to, że szkoda wierzyciela jest znikoma, skutkiem czego zachodzi rażąca dysproporcja pomiędzy jej wysokością a wysokością należnej kary (tak też: Gudowski Jacek (red.), Kodeks cywilny. Komentarz. Księga trzecia. Zobowiązania, 2013). Zdaniem Odwołującego Zamawiający konstruuje 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.

Zamawiający przewidział automatyczne naliczanie kar umownych bez procedury reklamacyjnej z której mógłby skorzystać wykonawca. §11 Umowy w ust. 1 stanowi, że: „**WYKONAWCA zapłaci ZAMAWIAJĄCEMU kary umowne**” i tym samym brak jest procedury weryfikacji zasadności i podstawy naliczenia kar umownych. Przykładowo w **§ 11 Umowy w ust. 1, pkt 10** kara umowna przewidziana jest za każdy stwierdzony przypadek nienależytego wykonania czynności, o których mowa w § 7 pkt 32 ale nie wiadomo, jakie są to sytuacje. Analogicznie w **§11 Umowy w ust. 1 pkt 11 Umowy**, znów kara umowna należna jest z tytułu niewłaściwego pełnienia funkcji nadzoru autorskiego (§ 5 ust. 2 - 11) . Nie wiadomo jednak o jakie konkretnie przypadki tu chodzi oraz co to znaczy niewłaściwe pełnienie funkcji nadzoru autorskiego, co zaliczane jest to tego rodzaju przypadków. Oznacza to, że nie dość, że kary umowne nie są ograniczone kwotowo czy %, to dodatkowo sama podstawa ich naliczania jest nieprecyzyjna. Kary umowne powinny przysługiwać Zamawiającemu tylko i wyłącznie w przypadku, gdy niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania nastąpiło z winy wykonawcy, co w praktyce oznacza konieczność istnienia procedury, w toku której strony mają możliwość zaprezentowania swoich stanowisk.

Jak wskazał Sąd Apelacyjny w Szczecinie w wyroku z dnia 24 kwietnia 2014 r. (sygn. akt I ACa 26/14) „ocenę, czy kara w danym przypadku jest rażąco wygórowana w rozumieniu art. 484 § 2 kc. należy dokonać w kontekście całokształtu okoliczności sprawy, a zatem uwzględniając przedmiot umowy, okoliczności, na jakie kara umowna została zastrzeżona, cel tej kary, sposób jej ukształtowania, okoliczności, w jakich doszło do sytuacji uzasadniającej naliczenia kary, wagę i zakres nienależytego wykonania umowy, stopień winy, charakter negatywnych skutków dla drugiej strony itp.” Zastrzegane w umowach o zamówienie publiczne kary umowne winny zmierzać do zabezpieczenia należytego wykonania umowy i pozostawać w związku z zasadniczymi obowiązkami wykonawcy, wynikającymi z przedmiotu zamówienia. W ocenie Odwołującego, postanowienia Umowy

dyrektywy tej nie spełniają, gdyż brak jest górnej granicy całościowej odpowiedzialności wykonawcy i tym samym Odwołujący nie może oszacować faktycznego ryzyka zamówienia, które przekłada się na wartość oferty a następnie brak porównywalności ofert wykonawców. Ograniczeniem swobody zamawiającego jest określona w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp zasada uczciwej konkurencji. Ma ona zapobiegać stawianiu nadmiernych i nieuzasadnionych wymogów, które utrudniałyby dostęp do zamówienia i tym samym ograniczały albo eliminowały konkurencyjność zamówienia (tak: orzeczenie Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 6 października 2017 r. KIO 1969/17).

Swoboda umów i kształtowania warunków zamówienia wynikająca z art. 353¹ KC jest ograniczona przede wszystkim zasadą uczciwej konkurencji. Jak zostało wskazane w Wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 20 listopada 2015 roku, sygn. akt: KIO 2399/15, uprawnienie Zamawiającego do ustalenia warunków umowy nie ma charakteru absolutnego, gdyż Zamawiający nie może swego prawa podmiotowego nadużywać. Wynika to zarówno z ograniczeń zasady swobody umów, jak i z innej podstawowej zasady prawa cywilnego, wyrażonej w art. 5 KC, zgodnie z którą nie można czynić ze swego prawa użytku, który by był sprzeczny ze społeczno-gospodarczym przeznaczeniem tego prawa lub z zasadami współżycia społecznego, a takie działanie lub zaniechanie uprawnionego nie jest uważane za wykonywanie prawa i nie korzysta z ochrony. Jak wskazał Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 24 kwietnia 2014 r. (III CSK 178/13) dla stwierdzenia sprzeczności danego zachowania z zasadami współżycia społecznego znaczenie ma nie tylko treść, ale i zamierzony cel stron, motywy działania danej strony, które mogą świadczyć o braku poszanowania dla interesów partnera, naruszeniu zasad uczciwego obrotu rzetelnego postępowania, lojalności i zaufaniu w stosunkach kontraktowych. W kontekście powyższych rozważań podkreślenia wymaga, że obowiązkiem Zamawiającego jest określenie postanowień umowy w sprawie zamówienia publicznego tak, aby cel zamówienia publicznego tj. zaspokojenie określonych potrzeb publicznych został osiągnięty. W swoim działaniu nie może jednak korzystać z prawa absolutnego, oderwanego od przedmiotu zamówienia, sytuacji wykonawcy oraz ciążących na nim obowiązków jako drugiej strony stosunku zobowiązaniowego z wykonawcą. W ocenie Odwołującego zasadne jest uznanie, że Zamawiający przy określaniu kar umownych i braku ogólnego limitu ich naliczania oraz braku ograniczenia całościowej odpowiedzialności wykonawcy i dodatkowo braku wyłączenia odpowiedzialności za utracone korzyści nadużył przysługującego mu prawa.

Odpowiedzialność odszkodowawcza za szkodę w postaci utraconych korzyści, oraz wyłączenie ograniczenia całkowitej odpowiedzialności wykonawcy wobec zamawiającego do wynagrodzenia kontraktowego jest sprzeczne **z właściwością wzajemnego stosunku zobowiązaniowego i narusza art. 353(1) KC w zw. z art. 14 i art. 139 ust. 1 Ustawy Pzp.**

Prowadzi to ponadto do naruszenia art. 7 Ustawy Pzp przez faktyczne ograniczenie dostępu do zamówienia przedsiębiorcom, dla których brak limitów w zakresie odpowiedzialności odszkodowawczej jest nie do przyjęcia we względu na obowiązujące w spółce zasady korporacyjne i zasady oceny ryzyka kontraktowego.

Ponadto **§ 11 oraz § 19 ust. 3 Umowy narusza art. 353(1)KC w zw. z art. 14 i art. 139 ust. 1 Ustawy Pzp**, ponieważ w § 11 oraz 19 ust. 3 Umowy zaniechano określenia limitu łącznej wysokości kar umownych ze wszystkich tytułów, co prowadzi do rażącego uprzywilejowania zamawiającego przez zapewnienie mu nieuzasadnionego wzbogacenia z tytułu kar umownych kosztem wykonawcy, a ponadto brak określenia limitu kar umownych istotnie ogranicza możliwość prawidłowego określenia przez wykonawcę ryzyka związanego z zawarciem umowy w sprawie zamówienia publicznego w wyniku wyboru przez zamawiającego oferty wykonawcy i ukształtowanie treści przedmiotowych postanowień przez zaniechanie określenia limitu kar umownych stanowi w konsekwencji przekroczenie granic swobody umów,

W przywołanym wyżej kontekście postanowienia § 11 oraz § 19 ust. 3 i 7 Umowy uznać należy za nieobiektywne, nieproporcjonalne i ograniczający konkurencję – tym samym zarzut naruszenia Ustawy Pzp przez Zamawiającego uznać należy za uzasadniony.

4. INTERES I SZKODA

Odwołujący posiada interes we wniesieniu odwołania, gdyż zamierza złożyć ofertę w Postępowaniu. Niezgodne z przepisami Ustawy postanowienia SIWZ uniemożliwiają Odwołującemu złożenie rzetelnie skalkulowanej, konkurencyjnej oferty w niniejszym Postępowaniu. Na skutek naruszenia przez Zamawiającego przepisów Ustawy, w tym niewłaściwego sformułowania treści SIWZ, które może utrudniać Odwołującemu dostęp do zamówienia, Odwołujący może więc ponieść szkodę polegającą na utracie możliwości uzyskania zamówienia, a w konsekwencji tego Odwołujący jest narażony na szkodę w postaci utraty zysku, który mógłby osiągnąć w wypadku wyboru jego oferty, jako oferty najkorzystniejszej i w związku z realizacją zamówienia.

5. 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 15 kwietnia 2020 r., pod nr **Dz.U./S 2020/S 074-177177 (S74 15/04/2020 177177-2020-PL)**, Tego samego dnia Zamawiający opublikował SIWZ na swojej oficjalnej stronie internetowej. Sobota nie jest wliczana do biegu terminu, czyli termin na wniesienie

odwołania upływa w dniu 27 kwietnia 2020 r. W związku z powyższym, termin na wniesienie odwołania został zachowany. Odwołujący uiścił wpis od niniejszego odwołania w wymaganej wysokości oraz przekazał kopię niniejszego odwołania wraz z załącznikami Zamawiającemu.

Zważywszy na powyższe, wnoszę o uwzględnienie Odwołania w całości.

Konstanty Białowski

pełnomocnik Odwołującego

Załączniki:

1. Wydruk informacji odpowiadającej odpisowi aktualnemu z rejestru przedsiębiorców Krajowego Rejestru Sądowego Odwołującego.
2. Dowód przesłania kopii odwołania wraz z załącznikami Zamawiającemu.
3. Dowód uiszczenia wpisu od odwołania.
4. Pełnomocnictwo wraz z dowodem uiszczenia opłaty skarbowej.