

Warszawa, dnia 13.07.2023r.

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

Zamawiający:

- 1) MIASTO POZNAŃ
pl. Kolegiacki 17, 61-841 Poznań
- 2) PKP POLSKIE LINIE KOLEJOWE S.A.
ul. Targowa 74, 03-734 Warszawa

w imieniu inna rzecz których działa Inwestor Zastępczy:

Poznańskie Inwestycje Miejskie sp. z o.o.

pl. Wiosny Ludów 2, 61-831 Poznań

tel.: (61) 884 20 10, 884 20 11

e-mail: sekretariat @pim.poznan.pl

Osoba do kontaktów:

Artur Pieczykolan, Dawid Kozłowski, Marzena Kaczmarek

e-mail: zamowienia.publiczne@pim.poznan.pl

tel.: +48 61 884 20 16

Odwołujący:

PORR S.A. (nr KRS: 0000026184)

ul. Hołubcowa 123, 02-854 Warszawa

tel.: +48 22 266 99 00

e-mail: oferty@porr.pl

Osoba do kontaktów:

Anna Matyja

tel.: + 48 514 769 478

e-mail: anna.matyja@porr.pl

Dotyczy: postępowania prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego pn. „Budowa wiaduktów w ciągu ul. Gołęcińskiej oraz ul. Lutyckiej - roboty budowlane [Poznań]” (numer referencyjny: PIM/06/23/ZP34/2016-83/2019-204)

ODWOŁANIE

I. Zakres zaskarżenia.

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

PORR S.A.

Hołubcowa 123, 02-854 Warszawa

T +48 22 266 99 00. F -020

centrala@porr.pl

porr.pl

Sąd Rejonowy dla m. st. Warszawy

XIII Wydział Gospodarczy Krajowego Rejestru Sądowego

KRS 26184, NIP PL 522 10 54 994, REGON 011134083

Kapitał zakładowy równy wpłaconemu

27.520.000, 00 PLN

- nieprawidłowy opis sposobu obliczenia ceny poprzez ustalenie w limitów wartości Opcji nr 1 i Opcji nr 2 w sposób nieadekwatny do specyfiki zamówienia i charakteru wynagrodzenia (kosztorysowe) **[Zarzut nr 1]**;
- wyznaczenie terminu składania i otwarcia ofert na dzień 3.08.2023r., tj. terminu, w którym nie jest możliwe rzetelne przygotowanie i skalkulowanie ofert zgodnie z wymaganiami Zamawiającego i prawidłowe skalkulowanie ceny z uwagi na zakres zamówienia i formułę wynagrodzenia (kosztorysowe) **[Zarzut nr 2]**;
- ukształtowanie treści Specyfikacji Warunków Zamówienia (tj. postanowień projektu umowy) w sposób naruszający przepisy Pzp i kodeksu cywilnego, w szczególności z przekroczeniem: (i) granic swobody umów, (ii) zasad współzycia społecznego oraz (iii) zasad rozłożenia ryzyka kontraktowego pomiędzy stronami umowy o roboty budowlane **[Zarzut nr 3]**;
- prowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców oraz z naruszeniem zasad proporcjonalności i przejrzystości, w szczególności poprzez zaniechanie wyznaczenia terminu składania i otwarcia ofert, który umożliwiłaby wykonawcom sprawdzenie i zapoznanie się z dokumentami i informacjami koniecznymi do przygotowania oferty i niezbędnymi do realizacji zamówienia **[Zarzut nr 4]**;

w postępowaniu o udzielenie zamówienia prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego pn. „Wykonanie robót budowlanych obejmujących: 1) Budowę skrzyżowania bezkolizyjnego z linią kolejową nr 354 w ciągu ul. Gołęcińskiej w Poznaniu; 2) Budowę skrzyżowania bezkolizyjnego z linią kolejową nr 354 w ciągu ul. Lutyckiej w Poznaniu; 3) Budowę ronda na skrzyżowaniu ul. Literackiej z ul. Koszalińską w Poznaniu” - skrócona nazwa postępowania: „Budowa wiaduktów w ciągu ul. Gołęcińskiej oraz ul. Lutyckiej - roboty budowlane [Poznań]” (numer referencyjny: PIM/06/23/ZP34/2016-83/2019-204).

II. Żądania Odwołującego.

W imieniu Odwołującego wnoszę o:

- 1) uwzględnienie niniejszego odwołania w całości;
- 2) nakazanie Zamawiającemu przedłużenia terminu składania ofert do dnia 15.09.2023r., z zastrzeżeniem, że okres ten nie może być krótszy niż 40 dni od dnia wprowadzenia zmian do SWZ oraz wzoru umowy przez Zamawiającego wnioskowanych w niniejszym w Odwołaniu;
- 3) nakazanie Zamawiającemu dokonania zmiany treści ogłoszenia i SWZ, w tym warunków przyszłej umowy w sposób opisany w pkt III poniżej.

III. Zarzuty i żądania Odwołującego.

Zaskarżonym czynnościom i zaniechaniom Zamawiającego zarzucam naruszenie przepisów:

[Zarzut nr 1]

art. 134 ust. 1 pkt 17 w zw. z art. 16 pkt 1 i pkt 3 Pzp poprzez nieprawidłowy opis sposobu obliczenia ceny wskutek ustalenia w limitów wartości Opcji nr 1 i Opcji nr 2 w sposób nieadekwatny do specyfiki zamówienia i charakteru wynagrodzenia (kosztorysowe);

Odwołujący wnosi o nakazanie Zamawiającemu:

- skreślenia ust. 2 w rozdziale XIV SWZ;
- zmiany §21 ust. 6 wzoru umowy poprzez wykreślenie limitów wynagrodzenia z tytułu wykonania Prawa Opcji nr 1 i nr 2.

[Zarzut nr 2]

- art. 131 ust. 1 Pzp oraz art. 131 ust. 2 pkt 1 Pzp w zw. z art. 138 ust. 1 Pzp poprzez wyznaczenie minimalnego terminu składania ofert (35 dni) w sytuacji, gdy z uwagi na: (i) założenie przeprowadzenia wizji lokalnej oraz (ii) specyfikę zamówienia nie jest możliwe w tym terminie rzetelne przygotowanie i skalkulowanie ofert zgodnie z wymaganiami Zamawiającego oraz obowiązek ustalenia terminu składania ofert dłuższego niż minimalny wynika wprost z art. 131 ust. 2 pkt 1 Pzp;

Odwołujący wnosi o nakazanie Zamawiającemu:

- przedłużenia terminu składania ofert do dnia 15.09.2023r., z zastrzeżeniem, że okres ten nie może być krótszy niż 40 dni od dnia wprowadzenia zmian do SWZ oraz wzoru umowy przez Zamawiającego wnioskowanych w niniejszym Odwołaniwm.

[Zarzut nr 3]

art. 99 ust. 1 i ust. 4 Pzp, art. 134 ust. 1 pkt 20 Pzp, art. 433 pkt 3 Pzp, art. 436 pkt 4 lit. b) Pzp, art. 439 Pzp oraz art. 8 ust. 1 Pzp w zw. z art. 353¹ k.c. i art. 5 k.c. (oraz pozostałych przepisów Pzp i k.c. wskazanych w dalszej treści odwołania) poprzez ukształtowanie zaskarżonych postanowień przyszłej umowy w sposób naruszający zasadę swobody umów, zasady współzycia społecznego oraz równowagi kontraktowej stron.

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

| Postanowienie projektu umowy | Proponowane zmiany Umowy |
|------------------------------|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| § 13 ust. 2 | 2. Zakres uprawnień z rękojmi wynika z niniejszej Umowy oraz ustawy Kodeks cywilny. Zakres uprawnień z gwarancji określa niniejsza Umowa, ustawa Kodeks cywilny oraz karta gwarancyjna stanowiąca załącznik nr 7 oraz nr 7a do Umowy. Okres rękojmi i gwarancji na przedmiot Umowy w części dotyczącej robót |

| | |
|-----------------------|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| | <p>budowlanych wynosi miesięcy, natomiast w części dotyczącej zieleni wynosi miesięcy, i liczony jest od daty odbioru końcowego lub daty usunięcia wad stwierdzonych w czasie odbioru końcowego przedmiotu Umowy z zastrzeżeniem, iż w przypadku gdy warunki gwarancji udzielonej przez producenta materiałów i urządzeń przewidują dłuższy okres gwarancji niż gwarancja udzielona przez Wykonawcę - obowiązuje okres gwarancji w wymiarze korzystniejszym dla Zamawiającego. Wykonawca jest zobowiązany dostarczyć Zamawiającemu niezbędny dokument gwarancyjny do Umowy w dacie odbioru końcowego.</p> |
| § 15 ust. 8 i ust. 13 | <p>8. Wykonanie prawa odstąpienia ustawowego lub umownego (także ze skutkiem extunc), nie wyłącza prawa dochodzenia kar umownych przewidzianych w Umowie i nie wyłącza dochodzenia kar za zwłokę oraz za odstąpienie. Wykonanie prawa odstąpienia nie wyłącza prawa dochodzenia kar umownych przewidzianych w umowie i nie wyłącza kumulatywnego dochodzenia kar za odstąpienie lub inne przypadki przewidziane w umowie, w tym zwłokę).</p> <p>13. Odstąpienie przez Zamawiającego od Umowy nie uchybia, w tym w szczególności nie umniejsza innych praw Zamawiającego przewidzianych Umową, w tym naliczenia kar umownych i dochodzenia zarówno tych naliczonych do dnia odstąpienia, jak także tych naliczonych po tym dniu. Kary z tytułu nieprawidłowego wykonania Umowy mogą być naliczane kumulatywnie z karami za odstąpienie od Umowy w zakresie w jakim dotyczą one nieprawidłowego wykonania Umowy, które miało miejsce przed dniem odstąpienia od Umowy.</p> |
| § 16 ust. 4 | <p>4. W przypadku zmiany terminu lub terminów realizacji Umowy dotyczącej zamówienia podstawowego, Strony zgodnie ustalają, iż Wykonawcy nie będzie przysługiwało uprawnienie do dochodzenia odszkodowania z tego tytułu, chyba że zmiana taka wynikać będzie z winy Zamawiającego Wykonawcy.</p> |
| § 17 ust. 2-5 | <p>Wykonawca wnosi o nakazanie Zamawiającemu ujednolicenia klauzul waloryzacyjnych co najmniej w zakresie:</p> <ul style="list-style-type: none"> - wskaźników waloryzacji; - początkowego terminu waloryzacji; - częstotliwości waloryzacji; - daty odniesienia w przypadku, gdy umowa zostanie zawarta po upływie 180 dni od dnia złożenia ofert; - wysokości górnego limitu waloryzacji, w tym podwyższenia go do wysokości 20 % wynagrodzenia Wykonawcy; - włączenia z limitu waloryzacji kwot waloryzacji ustawowej (na podstawie art. 436 pkt 4 lit. b Pzp) |

| | |
|------------------------------|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| Załącznik nr 12 §9 ust. 5 | 5. Łączna wysokość kar umownych, o których mowa w ust. 1 ograniczona jest do wysokości 20 (dwadzieścia) % łącznego Wynagrodzenia brutto, o którym mowa w § 12 ust. 6 Umowy Właściwej oraz będzie wliczała się do maksymalnego limitu kar umownych ustalonego w § 12 ust. 6 Umowy Właściwej. |
|------------------------------|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|

[Zarzut nr 4]

- **art. 16 pkt 1-3 Pzp** poprzez prowadzenie postępowania z naruszeniem zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, w szczególności ustalenie terminu składania ofert, sposobu kalkulacji wartości opcji oraz postanowień przyszłej umowy z naruszeniem zasad proporcjonalności i przejrzystości.

IV. Termin publikacji ogłoszenia. Termin na wniesienie odwołania w niniejszym postępowaniu wynosi 10 dni (art. 515 ust. 2 pkt 1 Pzp). Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym UE z dnia 3.07.2023r. pod nr 2023/S 125-397314. Z uwagi na powyższe termin na wniesienie odwołania wobec treści SWZ został zachowany.

V. Zgodnie z art. 516 ust. 2 pkt 2 Pzp, kopia niniejszego odwołania została przekazana Zamawiającemu.

Uzasadnienie

I. Interes w uzyskaniu zamówienia oraz szkoda Odwołującego.

1. Odwołujący posiada interes we wniesieniu niniejszego odwołania, ponieważ jest przedsiębiorcą działającym na rynku budownictwa infrastrukturalnego oraz potencjalnym wykonawcą niniejszego zamówienia. W przypadku zatem złożenia atrakcyjnej pod względem cenowym i jakościowym oferty ma realną możliwość uzyskania niniejszego zamówienia publicznego.
2. Jednak wskutek działań i zaniechań Zamawiającego, Odwołujący może ponieść szkodę w postaci braku możliwości złożenia oferty w niniejszym postępowaniu. Zamawiający ukształtował bowiem zaskarżone postanowienia SWZ oraz warunki przyszłej umowy w sposób wadliwy i niekonkurencyjny.
3. W szczególności zbyt krótki termin składania ofert wyznaczony na dzień 3.08.2023r. nie pozwala na prawidłowe skalkulowanie ceny oferty zgodnie z wymaganiami Zamawiającego ustalonymi w SWZ.
4. Postanowienia SWZ zaskarżone w niniejszym odwołaniu utrudniają wykonawcom, w tym Odwołującemu dostęp do niniejszego zamówienia.
5. „Środki ochrony prawnej określone w dziale VI Pzp przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. Na etapie postępowania o udzielenie zamówienia przed otwarciem ofert, np. w przypadku odwołań czy skarg dotyczących postanowień ogłoszenia i siwz przyjęć należy, iż każdy wykonawca deklarujący zainteresowanie uzyskaniem danego zamówienia posiada jednocześnie interes w jego uzyskaniu. Sformułowanie ww. przepisu w żaden sposób nie nakazuje badania sytuacji podmiotowej wykonawcy

w celu ustalenia jakiego typu warunki udziału w postępowaniu spełnia oraz w jaki sposób o dane zamówienie zamierza się ubiegać (samodzielnie, np. korzystając z doświadczenia innych podmiotów, w konsorcjum (...)). Również pojęcie szkody w takiej sytuacji nie może być badane w sposób równie ścisły jak w wypadku korzystania ze środków ochrony prawnej odnośnie złożonych ofert. Na etapie specyfikacji istotnych warunków zamówienia nie ma możliwości określenia i udowodnienia konkretnej szkody, którą wykonawca w trakcie dalszego biegu postępowania o udzielenie zamówienia może ponieść. Wystarczające jest tu wskazanie na naruszenie obowiązujących przepisów prowadzące do powstania hipotetycznej szkody w postaci utrudniania dostępu do zamówienia lub spowodowania konieczności ubiegania się o udzielenie zamówienia niezgodnie z prawem (np. przez perspektywę zawarcia niezgodnej z przepisami prawa umowy w sprawie zamówienia). Przyjęcie założeń przeciwnych prowadzić by mogło do nadmiernego ograniczenia w korzystaniu ze środków ochrony prawnej dotyczących treści ogłoszenia i siwz.” (wyrok KIO z dnia 04.10.2010r., sygn.akt: KIO 2036/10).

II. Stan faktyczny.

1. Zamawiający prowadzi postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego na wykonanie w formule „buduj” zadania inwestycyjnego pn. „Wykonanie robót budowlanych obejmujących: 1) Budowę skrzyżowania bezkolizyjnego z linią kolejową nr 354 w ciągu ul. Gołęcińskiej w Poznaniu; 2) Budowę skrzyżowania bezkolizyjnego z linią kolejową nr 354 w ciągu ul. Lutyckiej w Poznaniu; 3) Budowę ronda na skrzyżowaniu ul. Literackiej z ul. Koszalińską w Poznaniu” - skrócona nazwa postępowania: „Budowa wiaduktów w ciągu ul. Gołęcińskiej oraz ul. Lutyckiej - roboty budowlane [Poznań]” (numer referencyjny: PIM/06/23/ZP34/2016-83/2019-204).
2. Przedmiotem zamówienia jest wykonanie robót budowlanych w ramach zadania inwestycyjnego obejmującego:
 - 1) budowę skrzyżowania bezkolizyjnego z linią kolejową nr 354 w ciągu ul. Lutyckiej w Poznaniu;
 - 2) budowę skrzyżowania bezkolizyjnego z linią kolejową nr 354 w ciągu ul. Gołęcińskiej w Poznaniu (w ramach Prawa Opcji nr 1);
 - 3) budowę ronda na skrzyżowaniu ul. Literackiej z ul. Koszalińską w Poznaniu (w ramach Prawa Opcji nr 2).
3. Zamawiający ustalił kosztorysową formę wynagrodzenia.

III. Uzasadnienie zarzutów.

[Zarzut nr 1; Sposób obliczenia ceny]

1. W niniejszym postępowaniu Wykonawca zobowiązany jest do obliczenia ceny oferty (wynagrodzenie kosztorysowe) na podstawie: (i) OPZ - Dokumentacji Projektowej, (ii) STWiORB oraz (iii) Przedmiarów robót. Cena podana w ofercie powinna wynikać z załączonych do oferty kosztorysów ofertowych i być skalkulowana wg zasad określonych w SWZ.

2. Zamawiający w rozdziale XIV ust. 2 SWZ ustalił maksymalne progi procentowe wynagrodzenia dla PRAW OPCJI:
 - PRAWO OPCJI NR 1 - maksymalna wartość wynagrodzenia za wykonanie prac - do 50 % wartości wynagrodzenia za ZAKRES PODSTAWOWY / GWARANTOWANY (odpowiednio dla Zamawiających);
 - PRAWO OPCJI NR 2 - maksymalna wartość wynagrodzenia za wykonanie prac - do 13 % wartości wynagrodzenia za ZAKRES PODSTAWOWY / GWARANTOWANY (dla Zamawiającego MP).
3. Zamawiający wskazał przy tym, że wysokość ww. limitów została określona z uwzględnieniem zakresów usług dla stanowiących przedmiot zamówienia, tj. ZAKRESU PODSTAWOWEGO / GWARANTOWANEGO oraz PRAWA OPCJI NR 1 i PRAWA OPCJI NR 2.
4. W przypadku przekroczenia przez Wykonawcę ustalonego progu wynagrodzenia dla PRAWA OPCJI, z uwagi na kosztorysowy charakter wynagrodzenia, Zamawiający nie dokona poprawienia złożonej oferty. W związku z tym oferta zostanie odrzucona jako niezgodna z warunkami zamówienia wskazanymi w SWZ na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp.
5. Powyższe postanowienia SWZ są nieprawidłowe, wbrew bowiem deklaracji Zamawiającego, ustalone limity wysokości wynagrodzenia za wykonanie prac w ramach opcji nie uwzględniają zakresu robót i usług koniecznych do realizacji tych części przedmiotu zamówienia.
6. W konsekwencji nawet wycena Opcji nr 1 i Opcji nr 2 na maksymalnym poziomie nie będzie pokrywać kosztów wykonania tych robót i usług, w szczególności kosztów wykonania Opcji nr 1, której zakres robót jest tylko nieznacznie mniejszy od zakresu zamówienia podstawowego (gwarantowanego).
7. Powyższe twierdzenia potwierdza zestawienie podstawowych robót podlegających wykonaniu w ramach zamówienia podstawowego i opcji sporządzone na podstawie rozdziału V SWZ (Opis przedmiotu zamówienia).

| Zakres podstawowy | PRAWO OPCJI NR 1 |
|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| Budowa skrzyżowania bezkolizyjnego z linią kolejową nr 354 w ciągu ul Lutyckiej w Poznaniu | Budowa skrzyżowania bezkolizyjnego z linią kolejową nr 354 w ciągu ul Gołęcińskiej w Poznaniu |
| Wykonanie wiaduktu z drogami dojazdowymi, likwidacją przejazdu kolejowego, likwidacją kolizji oraz budową nowych instalacji | Wykonanie wiaduktu z drogami dojazdowymi, likwidacją przejazdu kolejowego, likwidacją kolizji oraz budową nowych instalacji |

| | |
|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| W km ok. 0+250 drogi krajowej 92 (ul. Lutycka) - wiadukt jednoprzęsłowy swobodnie podparty o ustroju nośnym jako konstrukcja zespolona z dźwigarów stalowych walcowanych współpracującą z płytą żelbetową. | W km ok. 0+275 ulicy Gołęcińskiej nad linią kolejową nr 354 - wiadukt jednoprzęsłowy swobodnie podparty o ustroju nośnym jako konstrukcja zespolona z dźwigarów stalowych walcowanych współpracujących z płytą żelbetową. |
| Rozpiętość teoretyczna - ok. 39,0m. | Rozpiętość teoretyczna - ok. 34,0m. Pod wiaduktem zapewniona będzie skrajnia kolejowa 7,3 m. |
| Klasa obciążeń I Klasa MLC dla pojazdów kołowych w jednej / dwóch kolumnach - MLC150 / MLC100 | Klasa obciążeń wg PN-EN 1991-2:2007: klasa II. Klasa MLC dla pojazdów kołowych w jednej / dwóch kolumnach - MLC120 / MLC80. |
| Klasa MLC dla pojazdów gąsienicowych w jednej / dwóch kolumnach - MLC120 / MLC80 Szerokość drogi na obiekcie dla ruchu pojazdów wojskowych- 8.0 m Lokalizacja - w ciągu ul. Lutyckiej nad linią kolejową nr 354 Klasa drogi na obiekcie GP Kategoria drogi - krajowa | Klasa MLC dla pojazdów gąsienicowych w jednej / dwóch kolumnach - MLC100 / MLC 60. Szerokość drogi na obiekcie dla ruchu pojazdów wojskowych- 8.0 m. Klasa drogi - Z. Kategoria drogi - powiatowa |
| Kładka jednoprzęsłowa o ustroju nośnym konstrukcji jednoprzęsłowej swobodnie podpartej zespolonej z dźwigarów stalowych walcowanych współpracujących z monolityczną płytą żelbetową. Rozpiętość teoretyczna wynosi ok. 39,0m. | |
| Wykonanie dróg dojazdowych do obiektu: a) ul. Podolańska w Poznaniu będzie powiązana na przedmiotowym odcinku z drogami publicznymi: • ul. Szczawnicka (skrzyżowanie zwykłe), • ul. Gołęcińska oraz ul. Wojska Polskiego (skrzyżowanie o ruchu okrężnym typu rondo), b) ul. Lutycka w Poznaniu będzie powiązana na przedmiotowym odcinku z drogami publicznymi tj. ul. Szczawnicką w km około 0+600 (skrzyżowanie skanalizowane z sygnalizacją świetlną). Ponadto obsługiwać będzie ruch z ul. Homera, będącą obecnie | Układy drogowe do obiektu: a) ul. Wojska Polskiego w Poznaniu będzie powiązana na przedmiotowym odcinku z drogami publicznymi: • ul. Wojska Polskiego (odc. do likwidowanego przejazdu drogowo-kolejowego oraz ul. Warmińskiej), • ul. Gołęcińską oraz ul. Podolańską (skrzyżowanie typu rondo), b) ul. Gołęcińska odc.2 w Poznaniu będzie powiązana na przedmiotowym odcinku z drogami publicznymi: • ul. Gołęcińska odc.3 (skrzyżowanie skanalizowane), • ul. Podolańską oraz ul. Wojska Polskiego (skrzyżowanie typu rondo), W związku z budową nasypu ul. Gołęcińskiej odc.2 oraz odc. 3 zaprojektowano dodatkową jezdnię mającą na |

| | |
|--------------------------------------------------------------|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| drogą niepubliczną, poprzez zjazd (relacje na prawe skrzyty) | <p>celu obsługi budynków mieszkalnych przylegających do obecnego pasa drogowego.</p> <p>c) ul. Lutycka w Poznaniu będzie powiązana na przedmiotowym odcinku z drogami publicznymi tj. ul. Szczawnicką w km około 0+600 (skrzyżowanie skanalizowane z sygnalizacją świetlną). Ponadto obsługiwać będzie ruch z ul. Homera, będącą obecnie drogą niepubliczną, poprzez zjazd (relacje na prawe skrzyty)</p> |
|--------------------------------------------------------------|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|

Natomiast w ramach Prawa Opcji nr 2 należy wykonać **rondo na skrzyżowaniu ul. Literackiej z ul. Koszalińską** wraz z przebudową kolidującej infrastruktury i budową nowej.

8. Przepisy Pzp nie regulują sposobu określania wynagrodzenia należnego wykonawcy, w tym nie określają obowiązkowych zasad dotyczących dokonywania przez Zamawiającego opisu sposobu obliczenia ceny przez wykonawcę. Jednakże sposób obliczenia ceny powinien być dostosowany do specyfiki danego zamówienia oraz rodzaju wynagrodzenia przewidzianego przez Zamawiającego w projektowanych postanowieniach umownych.
9. Natomiast ustalony przez Zamawiającego limit wartości opcji całkowicie pomija zakres prac objętych prawem opcji (w szczególności Opcji nr 1) oraz fakt przyjęcia do kalkulacji i rozliczenia niniejszego zamówienia - wynagrodzenia kosztorysowego.
10. Natomiast cena oferty, zgodnie z rozdziałem XIV ust. 1 SWZ, powinna być obliczona na podstawie załączonego OPZ - Dokumentacji Projektowej, STWiORB oraz Przedmiarów robót. Cena podana w ofercie powinna wynikać z załączonych do oferty kosztorysów ofertowych i być skalkulowana wg zasad określonych w SWZ.
11. Przedstawione powyżej zestawienie podstawowych robót podlegających wykonaniu w ramach poszczególnych części przedmiotu zamówienia (zamówienie gwarantowane i prawo opcji) wskazuje, na brak możliwości kalkulacji wynagrodzenia za opcje w ramach limitów narzuconych przez Zamawiającego. Powyższe potwierdza analiza Dokumentacji Projektowej i Przedmiarów Robót.
12. Jednocześnie Wykonawca zobowiązany jest do ujęcia w cenie oferty kosztów wszelkich czynności związanych z realizacją przedmiotu zamówienia, określonych w SWZ wraz z załącznikami, a także kosztów wszelkich innych czynności nie ujętych wprost w SWZ lub załącznikach do niej, ale niezbędnych do wykonania przedmiotu zamówienia. W obliczonej przez Wykonawcę cenie muszą być uwzględnione wszelkie koszty bezpośrednie i pośrednie, zysk Wykonawcy oraz wszystkie wymagane przepisami opłaty i podatki (rozdział XIV ust. 3 i ust. 4 SWZ).
13. Ustalane przez Zamawiającego limity uniemożliwiają kalkulację ceny opcji z zachowaniem powyższych zasad oraz parametrów technicznych i materiałowych wynikających z Dokumentacji Projektowej.
14. Należy przy tym wskazać, że Zamawiający ma pełną świadomość wartości poszczególnych części zadania inwestycyjnego. W „Planie postępowań o udzielenie zamówień na rok 2023” zamieszczonym

w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 23.05.2023r. (nr 2023/BZP 00062724/03/P) wartość orientacyjną zamówienia podstawowego i Opcji nr 1 ustalono bowiem na następującym poziomie:

2. Zamówienia o wartości równej lub przekraczającej progi unijne

| Pozycja Planu | Przedmiot zamówienia | Przewidywany tryb albo procedura udzielenia zamówienia ⁹ | Orientacyjna wartość zamówienia ¹⁰ | Przewidywany termin wszczęcia postępowania ¹¹ | Informacje dodatkowe ¹² | Informacja na temat aktualizacji ¹³ |
|-----------------------------------|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------|---------------------------------------------------------------------------------------------|-----------------------------------------------|----------------------------------------------------------|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|------------------------------------------------|
| 1 | 2 | 3 | 4 | 5 | 6 | 7 |
| 1 . R O B O T Y B U D O W L A N E | | | | | | |
| 2.1.1 | Budowa skrzyżowania bezkolizyjnego z linią kolejową nr 354 w ciągu ul. Gołęcińskiej w Poznaniu ROBOTY BUDOWLANE | Zamówienie udzielane jest w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie: art. 132 ustawy | 31 138 211,38 PLN | II / III kwartał 2023 | Zamówienie jest odpowiednie dla MŚP: TAK Zamówienie strategiczne (zielone, społeczne, innowacyjne): NIE Zamówienie zastrzeżone: NIE Charakter zamówienia: zamówienia klasyczne Informacje dodatkowe: Inwestor - Zarząd Dróg Miejskich | |
| 2.1.2 | Budowa skrzyżowania bezkolizyjnego z linią kolejową nr 354 w ciągu ul. Lutyckiej w Poznaniu ROBOTY BUDOWLANE | Zamówienie udzielane jest w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie: art. 132 ustawy | 45 813 008,13 PLN | II / III kwartał 2023 | Zamówienie jest odpowiednie dla MŚP: TAK Zamówienie strategiczne (zielone, społeczne, innowacyjne): NIE Zamówienie zastrzeżone: NIE Charakter zamówienia: zamówienia klasyczne Informacje dodatkowe: Inwestor - Zarząd Dróg Miejskich | |

15. W niniejszym przypadku prawo opcji wymusza zatem sprzeczną z postanowieniami SWZ i przyjętą formułą realizacyjną inwestycji (tj. „buduj”) optymalizację Dokumentacji Projektowej. Natomiast sposób konstruowania ceny nie powinien wpływać na aspekty techniczne inwestycji.
16. Ponadto przyjęte limity prawa opcji prowadzą do istotnych zmian w strukturze rozliczenia inwestycji. W przypadku bowiem wynagrodzenia kosztorysowego, wszelkie prace lub materiały w ramach opcji, powinny zostać (i z reguły są) wyceniane w oparciu o jednostkowe ceny zastosowane w kosztorysie zamówienia podstawowego dla takich samych rodzajowo prac i materiałów oraz przy założeniu takich samych ilości nakładów i robocizny.
17. W niniejszym przypadku zatem z uwagi na przyjęte wskaźniki procentowe w celu zapobieżenia ewentualnym stratom przy realizacji opcji stawki jednostkowe stosowane do kalkulacji takich samych asortymentów robót w ramach poszczególnych części zamówienia (część gwarantowana i opcje) mogą zostać zawyżone.
18. Zgodnie z art. 441 pkt 1 Pzp, Zamawiający wprowadzając prawo opcji zobowiązany jest do określenia maksymalnej wartości opcji.
19. „Określenie *maksymalnej wartości opcji* może być dokonane przez wskazanie procentowego rozszerzenia zamówienia podstawowego, które w rozszerzonym zakresie będzie nabywane z zastosowaniem cen zaoferowanych wobec zamówienia podstawowego. Może być również realizowane przez zobowiązanie wykonawców do odrębnej wyceny opisanego zakresu zamówienia objętego opcją” (Prawo zamówień publicznych. Komentarz pod. red. Marzeny Jaworskiej, Legalista, 2022, wyd. 4).

20. Nie oznacza to jednak, że za pomocą maksymalnej wartości opcji Zamawiający może zagwarantować sobie wykonanie *de facto* dodatkowego zamówienia po nierynkowych cenach.
21. Natomiast w niniejszym postępowaniu takie będą konsekwencje pozostawienia zaskarżonego zapisu w niezmienionym brzmieniu. Zamawiający wyznaczył bowiem maksymalną wartości opcji w Dokumentacji Projektowej i Przedmiarach robót poprzez opis robót podlegających wykonaniu w ich ramach. Jednocześnie wymaga ich wyceny do kwoty nieadekwatnej do tego zakresu.
22. Podkreślić przy tym należy, że o ile „[...] *prawo opcji jest to instytucja, która stwarza po stronie zamawiającego zobowiązanie do realizacji zamówienia jedynie w zakresie zadeklarowanym, natomiast uprawnieniem zamawiającego jest żądanie realizacji zamówienia w zakresie poszerzonym, natomiast obowiązkiem wykonawcy jest realizacja zamówienia w całości, to jest w zakresie zadeklarowanym i poszerzonym*” (wyrok KIO z dnia 16.11.2020r., sygn.akt: KIO 2801/20).
23. Z uwagi na powyższe zawarte w SWZ zapisy określające wartości procentowe opcji należy zakwalifikować jako postanowienia regulujące sposób nieprawidłowy zasady obliczenia ceny (ich naruszenie może spowodować odrzucenie oferty), a nie jako zapisy wypełniające ww. obowiązek określenia maksymalnej wartości opcji wynikający z art. 441 pkt 1 Pzp.
24. Z tych względów uzasadniony jest wniosek Odwołującego o modyfikację zapisów SWZ w proponowany sposób.

[Zarzut nr 2; Termin składania ofert]

1. W niniejszym postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego termin składania ofert został wyznaczony na dzień 3.08.2023r.
2. Jest to zatem termin minimalny 35-dniowy, ponieważ ogłoszenie dotyczące niniejszego zamówienia zostało przekazane do publikacji w Dzienniku Urzędowym UE dnia 28.06.2023r. (sekcja VI.5 ogłoszenia).
3. Termin ten został jednak ustalony nieprawidłowo. Zamawiający w rozdziale V ust. 19 SWZ zastrzegł bowiem, że w celu dokładnego zapoznania się z przedmiotem zamówienia przewiduje możliwość przeprowadzenia przez Wykonawcę wizji lokalnej, bez wprowadzania dodatkowych formalności z tym związanych.
4. Zgodnie natomiast z art. 131 ust. 1 pkt 1 Pzp, Zamawiający zobowiązany jest do ustalenia dłuższego niż minimalny terminu składania ofert, jeżeli w SWZ przewiduje możliwość albo wymaga złożenia oferty po odbyciu przez wykonawcę wizji lokalnej.
5. Ponadto zgodnie z art. 131 ust. 1 Pzp, Zamawiający zobowiązany jest do wyznaczenia terminu składania ofert, z uwzględnieniem złożoności i specyfiki przedmiotu zamówienia oraz czasu niezbędnego do ich przygotowania i złożenia.
6. W systemie zamówień publicznych Zamawiającemu nie przysługuje zatem prawo dowolnego w wyznaczenia terminu złożenia ofert. „Zamawiający ma obowiązek uwzględnienia przy określaniu

terminów składania ofert albo wniosków złożoności zamówienia oraz czasu niezbędnego na ich sporządzenie. Oznacza to, że obowiązujące są minimalne terminy określone w przepisach szczegółowych, jednakże zamawiający winni rozważyć wydłużenie tych terminów z uwagi na złożoność zamówienia lub czas potrzebny na przygotowanie ofert albo wniosków” (Prawo zamówień publicznych. Komentarz pod. red. Marzeny Jaworskiej, Legais, 2022, wyd. 4).

7. Powyższy przepis „*ma charakter gwarancyjny i zobowiązuje zamawiających do uwzględnienia przy wyznaczaniu terminów złożoności zamówienia, a także czasu potrzebnego na sporządzenie ofert. Terminy powinny być zatem ustalane indywidualnie, w zależności od rodzaju udzielanego zamówienia, oraz powinny uwzględniać przy szacowaniu ich długości daty kalendarzowe, np. okresy świąt państwowych, które faktycznie ograniczą czas przeznaczony na przygotowanie oferty. Ustalenie właściwego terminu składania ofert zwiększa szanse zamawiającego na osiągnięcie większej konkurencyjności ofert*” (Skubiszak-Kalinowska I., Wiktorowska E., Prawo zamówień publicznych, Komentarz aktualizowany, Lex).
8. Wykonawca powinien mieć bowiem czas na „*dokładne zapoznanie się z wszystkimi wymaganiami zamawiającego, sprawdzenie, czy spełnia warunki udziału w postępowaniu, przygotowanie do złożenia wymaganych dokumentów, ale też czas na nawiązanie relacji z potencjalnymi konsorcjantami, podwykonawcami czy dostawcami. Nierealne jest bowiem oczekiwanie, że w każdym przypadku wykonawca będzie mógł bez odpowiedniego przygotowania złożyć ofertę*” (Dzierżanowski W., Jerzykowski J., Stachowiak M., Prawo zamówień publicznych, Komentarz, wyd. VII, 2018).
9. Zamawiający w niniejszym postępowaniu konsekwentnie pominął te dyrektywy. Natomiast z uwagi na przyjętą formułę realizacyjną („buduj”) oraz wynagrodzenie kosztorysowe konieczna jest wycena ok. 2500 pozycji kosztorysowych. Wykonawca zobowiązany jest bowiem do złożenia wraz formularzem ofertowym wypełnionych/wycenionych przedmiarów robót (kosztorysów ofertowych) (rozdział XI ust. 3 pkt 1 SWZ).
10. Utrzymanie zatem terminu składania ofert wyznaczonego przez Zamawiającego na dzień 3.08.2023r. naraża potencjalnych oferentów na ryzyko błędnego oszacowania ceny zamówienia. Jednocześnie może spowodować rezygnację z udziału w niniejszym postępowaniu szeregu wykonawców, co ograniczy konkurencyjność niniejszego postępowania i możliwość wyboru wykonawcy, który gwarantowałby prawidłowe i terminowe wykonanie zadania inwestycyjnego. Zaniechanie wydłużenia terminu składania ofert z dużym prawdopodobieństwem spowoduje również, że Zamawiający otrzyma oferty niezgodne z SWZ oraz nieporównywalne.
11. Ponadto w niniejszym postępowaniu brak obiektywnych okoliczności, które uzasadniałyby ustalenie minimalnego terminu składania ofert. Z informacji zawartych w SWZ wynika, że jeden z Zamawiających (PKP POLSKIE LINIE KOLEJOWE S.A.) ubiega się dopiero o dofinansowanie ze środków UE w ramach projektu „Poprawa bezpieczeństwa na skrzyżowaniach linii kolejowych z drogami - Etap IV” (Program Infrastruktura i Środowisko na lata 2021-2027). W związku z tym Zamawiającego na tym etapie postępowania nie wiążą sztywne terminy rozliczenia uzyskanego dofinansowania.

12. Z uwagi na powyższe uzasadniony jest wniosek Odwołującego o przedłużenie terminu składania ofert w niniejszym postępowaniu do dnia 15.09.2023r.

[Zarzut nr 3; Treść przyszłej umowy w sprawie zamówienia publicznego]

1. Zamawiający jest gospodarzem postępowania i autorem specyfikacji warunków zamówienia, która zgodnie z art. 134 ust. 1 pkt 20 Pzp powinna zawierać postanowienia projektowanej umowy w sprawie zamówienia publicznego. Jednakże swoboda Zamawiającego w kształtowaniu przyszłej umowy nie jest absolutna. Zamawiający nie może bowiem nadużywać swojego prawa podmiotowego. Zgodnie z art. 5 k.c., *„nie można czynić ze swego prawa użytku, który by był sprzeczny ze społeczno-gospodarczym przeznaczeniem tego prawa lub z zasadami współżycia społecznego. Takie działanie lub zaniechanie uprawnionego nie jest uważane za wykonywanie prawa i nie korzysta z ochrony”*.
2. *„Zamawiający uprawniony jest do kształtowania postanowień umowy w sprawie zamówienia publicznego w granicach swobody umów, aczkolwiek uprawnienie to nie ma charakteru absolutnego, gdyż Zamawiający nie może swego prawa podmiotowego nadużywać”* (wyrok KIO z 28 stycznia 2019r.; sygn.akt: KIO 26/19).
3. W konsekwencji postanowienia umowy w sprawie zamówienia publicznego nie mogą być korzystne tylko dla jednej strony (Zamawiający) lub nakładać same obowiązki tylko na drugą stronę (Wykonawca). *„Wykonawca ma prawo do równego traktowania z zamawiającym, jak i uczciwej konkurencji jako podmiotu prawa cywilnego zobowiązanego do wykonania, w tym należytego wykonania, umowy (art. 7 ust. 1 p.z.p.)”* (wyrok KIO z 30.10.2017 r., sygn.akt: KIO 2163/17).
4. Powyższe wynika z zasady swobody umów określonej w art. 353¹ k.c., zgodnie z którą treść lub cel stosunku nie może sprzeciwiać się właściwości (naturze) stosunku, ustawie ani zasadom współżycia społecznego). *„Zarówno treść, jak i cel umowy nie mogą być sprzeczne z właściwością stosunku zobowiązaniowego, przepisami prawa oraz z zasadami współżycia społecznego. Postanowienia umowy, bez względu zatem na swobodę umów, nie mogą naruszać istoty i charakteru danego zobowiązania, przepisów bezwzględnie obowiązujących oraz ogólnych zasad słuszności, dobrych obyczajów, uczciwości, czy rzetelności, które mieszczą się w pojęciu zasad współżycia społecznego.* (wyrok KIO z dnia 2.02.2021 r.; sygn.akt: KIO 3512/20).
5. Natomiast zaskarżone postanowienia umowne naruszają wprost przepisy kodeksu cywilnego i/lub przepisy Prawa zamówień publicznych wskazane w niniejszym odwołaniu oraz kształtują uprawnienia Zamawiającego w sposób nieadekwatny charakteru inwestycji i nadmierny w stosunku do wymogu racjonalnego wydatkowania środków publicznych.
7. W ocenie Odwołującego, Zamawiający ukształtował zaskarżone postanowienia umowy z przekroczeniem akceptowanej i dopuszczalnej na gruncie przepisów Prawa zamówień publicznych modyfikacji zasady równości stron kontraktowych.
8. *„To, że zamawiający ustanawia wzór umowy nie oznacza, że może jednostronnie narzucać uciążliwą regulację obowiązków po stronie przeciwnej. Jednostronne ustanawianie warunków umowy nie*

stanowi realizacji swobody zawierania umów, a wręcz ją narusza, ustanawiając przywilej dyktowania warunków tylko po jednej stronie w tym przypadku zamawiającego” (wyrok KIO z dnia 30.10.2017r.; sygn.akt: KIO 2163/17).

9. Z uwagi na powyższe uzasadnione i konieczne jest wprowadzenie zmian postanowień przyszłej umowy w sprawie zamówienia publicznego w sposób zaproponowany przez Odwołującego.

[§13 ust. 2 wzoru umowy; Rozpoczęcie biegu okresu rękojmi i gwarancji]

1. Zgodnie z §13 ust. 2 wzoru umowy, okres rękojmi i gwarancji liczony jest od daty odbioru końcowego lub daty usunięcia wad stwierdzonych w czasie odbioru końcowego przedmiotu Umowy.
2. W zaskarżonym postanowieniu umownym, Zamawiający uzależnił zatem termin rozpoczęcia biegu okresu rękojmi i gwarancji od usunięcia wszelkich wad stwierdzonych w trakcie odbioru końcowego.
3. Brak uzasadnienia dla przyznawania Zamawiającemu powyższego uprawnienia. Odbiór robót budowlanych nie jest bowiem uzależniony od tego, czy są one całkowicie wolne od wad. W przypadku ujawnienia nieistotnych i drobnych wad lub usterek, brak podstaw do odmowy odbioru lub ponawiania czynności odbioru, a także odmowy zwolnienia udzielonych zabezpieczeń oraz wstrzymywania rozpoczęcia biegu okresu rękojmi i gwarancji.
4. *„Odbiór robót jest elementem przełomowym w stosunkach pomiędzy stronami umowy o roboty budowlane, gdyż z jednej strony potwierdza wykonanie zobowiązania i otwiera wykonawcy prawo do żądania wynagrodzenia, bądź wskazuje na jego niewykonanie lub nienależyte wykonanie w całości lub w części wobec istnienia wad i rodzi odpowiedzialność za wady ujawnione przy odbiorze, a z drugiej strony wyznacza początek biegu terminów rękojmi za wady. Gdy zamawiający z przyczyn leżących po jego stronie uchybia obowiązкови odbioru robót, następują skutki zwłoki po jego stronie i takie zachowanie pozostaje bez wpływu na roszczenie wykonawcy, który uprawniony jest do żądania wynagrodzenia, a roszczenie jego staje się wymagalne z chwilą, w której po spełnieniu obowiązków przez wykonawcę, odbiór winien nastąpić”* (wyrok Sądu Apelacyjnego w Katowicach z dnia 17.02.2000r., sygn.akt: I ACa 1027/99).
5. Z uwagi na powyższe uzasadnione jest żądanie modyfikacji § 13 ust. 2 projektu umowy, poprzez skreślenie stwierdzenia, że warunkującego rozpoczęcie biegu okresu rękojmi i gwarancji od usunięcia wad stwierdzonych w trakcie odbioru końcowego.

[§ 15 ust. 8 wzoru umowy; Kumulacja kar umownych]

1. Zgodnie z § 15 ust. 8 wzoru umowy, wykonanie prawa odstąpienia ustawowego lub umownego (także ze skutkiem ex tunc), nie wyłącza prawa dochodzenia kar umownych przewidzianych w Umowie i nie wyłącza dochodzenia kar za zwłokę oraz za odstąpienie. Wykonanie prawa odstąpienia nie wyłącza prawa dochodzenia kar umownych przewidzianych w umowie i nie wyłącza kumulatywnego dochodzenia kar za odstąpienie lub inne przypadki przewidziane w umowie, w tym zwłokę.

2. Natomiast w myśl § 15 ust. 13 wzoru umowy, Odstąpienie przez Zamawiającego od Umowy nie uchybia, w tym w szczególności nie umniejsza innych praw Zamawiającego przewidzianych Umową, w tym naliczenia kar umownych i dochodzenia zarówno tych naliczonych do dnia odstąpienia, jak także tych naliczonych po tym dniu. Kary z tytułu nieprawidłowego wykonania Umowy mogą być naliczane kumulatywnie z karami za odstąpienie od Umowy w zakresie w jakim dotyczą one nieprawidłowego wykonania Umowy, które miało miejsce przed dniem odstąpienia od Umowy.
3. Zgodnie z art. 483 § 1 k.c., można zastrzec w umowie, że naprawienie szkody wynikłej z niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania niepieniężnego nastąpi przez zapłatę określonej sumy (kara umowna).
4. Ustalając wysokość kar umownych Zamawiający powinien uwzględnić funkcje kary umownej, jakimi są funkcja stymulująca wykonanie zobowiązania, funkcja represyjna w postaci sankcji za niewykonanie lub nienależyte wykonanie umowy oraz funkcja kompensacyjna, polegająca na naprawieniu szkody, jeśli wierzyciel ją poniósł (wyrok Wyrok Sądu Apelacyjnego w Białymstoku z dnia 26.05.2022 r., sygn.akt: I AGa 144/21).
5. Należy podkreślić, że w polskim systemie prawnym kara umowna stanowi przede wszystkim surogat odszkodowania. Podstawową funkcją kar umownych jest zatem naprawienie szkody wyrządzonej Zamawiającemu z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania świadczenia niepieniężnego. W związku z tym nie powinna stanowić źródła dodatkowego zysku Zamawiającego.
6. W niniejszym przypadku Zamawiający wprowadzając zasadę kumulatywnego naliczania kar umownych w przypadku odstąpienia skupił się na funkcji represyjnej kar umownych. Zaskarżone postanowienie umowy narusza zasadę proporcjonalności wyrażoną w art. 16 Pzp.
7. Natomiast „z art. 7 ust. 1 p.z.p. wynika w szczególności, że zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia zgodnie z zasadą proporcjonalności. która pozwala podmiotowi prowadzącemu takie postępowanie na zastosowanie wyłącznie takich środków, które są adekwatne dla osiągnięcia określonego celu, w tym przede wszystkim zaspokojenia potrzeb w zakresie nabycia określonego dobra, usługi lub wykonania obiektu budowlanego. Niewątpliwie wprowadzenie kar umownych do warunków umowy, która ma zostać zawarta z wykonawcą, co do zasady należy uznać za środek odpowiedni dla zapewnienia należytego wykonania umowy w sprawie zamówienia publicznego. Jednakże z zasady proporcjonalności wynika również, że taki co do zasady odpowiedni środek powinien być zastosowany wyłącznie w takim zakresie, w jakim jest to niezbędne dla osiągnięcia tego celu. W konsekwencji obowiązująca w postępowaniu o udzielenie zamówienia zasada proporcjonalności wyznacza dla zamawiającego granicę swobody w kształtowaniu warunków umowy w sprawie zamówienia publicznego, co należy brać pod uwagę przy stosowaniu art. 353¹ k.c., zgodnie z którym strony zawierające umowę mogą ułożyć stosunek prawny według swego uznania, byleby jego treść lub cel nie sprzeciwiały się właściwości (naturze) stosunku, ustawie ani zasadom współżycia społecznego“ (wyrok KIO z dnia 30.10.2020r.; sygn.akt: KIO 2652/20).
8. W tym kontekście należy podnieść, że w orzecnictwie sądów powszechnych prezentowane jest stanowisko, zgodnie z którym roszczenie o zapłatę kary umownej na wypadek zwłoki lub opóźnienia

nie przysługuje stronie odstępującej od umowy wzajemnej, jeśli w umowie zastrzeżono również taką karę w związku z odstąpieniem od umowy (wyrok SN z dn. 14.06.2018 r.; sygn. akt: V CSK 534/17). Sąd Najwyższy w ww. wyroku wskazał, że „w orzecznictwie Sądu Najwyższego wyrażono pogląd, który skład orzekający w rozpoznawanej sprawie podziela, że co do zasady roszczenie o zapłatę kary umownej na wypadek zwłoki lub opóźnienia nie przysługuje stronie odstępującej od umowy wzajemnej, jeżeli w umowie zastrzeżono również taką karę w związku z odstąpieniem od umowy (por. uchwała Sądu Najwyższego z dnia 18 lipca 2012 r., III CZP 39/12, OSNC 2013, Nr 2, poz. 17, uzasadnienie uchwały Sądu Najwyższego z dnia 16 stycznia 1984 r., III CZP 70/83, OSNC 1984, Nr 8, poz. 131 oraz wyroki Sądu Najwyższego z dnia 28 stycznia 2011 r., I CSK 315/10, OSNC - ZD 2011, Nr 4, poz. 85, i z dnia 24 maja 2012 r., V CSK 260/11, nie publ.).

Strony zastrzegając w umowie kary umowne dokonują w istocie kalkulacji przyszłej hipotetycznej szkody, która może wynikać z niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania. W przypadku zgłoszenia żądania zasądzenia kary umownej z tytułu zwłoki w wykonaniu przedmiotu umowy i jednocześnie z tytułu odstąpienia od umowy, dochodzi do zbiegu roszczeń, niewykonanie zobowiązania pochlania bowiem szkodę wynikającą z nienależytego wykonania zobowiązania z uwagi na opóźnienie lub zwłokę w jego realizacji, a funkcje obu roszczeń są jednorodne.

Sąd Apelacyjny prezentując stanowisko odmienne nie uwzględnił, że zakres szkody spowodowanej niewykonaniem zobowiązania w następstwie odstąpienia od umowy obejmuje szkodę doznaną na skutek nienależytego wykonania zobowiązania przez dłużnika za okres poprzedzający odstąpienie od umowy, jak również wszystkie koszty, które poniosła strona w związku z odstąpieniem od niej. Jeżeli więc strony zastrzegły karę umowną nie różnicując jej wysokości w zależności od przyczyn odstąpienia od umowy, należy przyjąć, że kara ta miała rekompensować całą szkodę, jakiej dozna strona na skutek odstąpienia od umowy na skutek niewykonania zobowiązania w następstwie odstąpienia od umowy.

Jak trafnie zwrócił uwagę Sąd Najwyższy w uchwale z dnia 18 lipca 2012 r. jeżeli umowa - jak w analizowanym przypadku - przewiduje karę umowną za opóźnienie lub zwłokę w wykonaniu zobowiązania oraz karę umowną za odstąpienie od umowy, to nie można kumulować tego rodzaju kar. Nie można bowiem jednocześnie spełniać wymagań od których naliczenie tych kar jest uzależnione tj. wykonać nienależycie zobowiązania i nie wykonać zobowiązania, a tak właśnie należy kwalifikować skutki zarówno ustawowego, jak i umownego odstąpienia od umowy (art. 492 i 494 k.c.).

9. Należy również zwrócić uwagę, że restrykcyjne lub nieproporcjonalne do wysokości wynagrodzenia wykonawcy kary umowne, w sposób bezpośredni wpływają na konkurencyjność postępowania. Powodują bowiem, że w postępowaniu złożona zostanie mała liczba ofert lub wykonawcy uwzględnią w cenie ofertowej wysokość kar umownych, co powoduje albo wzrost ceny, albo nieuzasadnioną rozbieżność między cenami w sytuacji, gdy wykonawcy będą odmiennie wyceniać samo ryzyko i jego podstawy.
10. Z powyższych względów uzasadnione jest żądanie Odwołującego skreślenia § 15 ust. 8 wzoru umowy.

[§ 16 ust. 4 wzoru umowy; Koszty zmiany terminu]

1. Zgodnie z § 16 ust. 4 wzoru umowy, w przypadku zmiany terminu lub terminów realizacji Umowy dotyczącej zamówienia podstawowego, Strony zgodnie ustalają, iż Wykonawcy nie będzie przysługiwało uprawnienie do dochodzenia odszkodowania z tego tytułu, chyba że zmiana taka wynikać będzie z winy Zamawiającego.
2. Powyższe postanowienie umowne nakłada na Wykonawcę ryzyko ponoszenia kosztów realizacji w przypadku wystąpienia zdarzeń pozostających poza zakresem jego wpływów. Natomiast odpowiedzialność Zamawiającego ograniczona jest wyłącznie do zdarzeń zawinionych przez Zamawiającego.
3. Takie rozłożenie ryzyka kontraktowego jest nieuzasadnione oraz narusza zasadę równowagi kontraktowej stron.
4. Z uwagi na powyższe uzasadnione jest żądanie zmiany zaskarżonego postanowienia w sposób proponowany przez Odwołującego.

[§ 17 ust. 2 - 5 wzoru umowy; Klauzule waloryzacyjne]

2. W §17 ust 2 i 3 wzoru umowy zastrzeżono dwie odrębne klauzule waloryzacyjne, które przewidują różne wskaźniki, zasady i limity waloryzacji wynagrodzenia Wykonawcy w zależności od tego na rzecz którego z Zamawiających (Miasto Poznań czy PLK S.A.) będzie realizowany dany zakres robót.
3. Powyższe postanowienia umowne przewidują zatem odmienne m.in.:
 - a) limity waloryzacji, tj. +/- 5 % Ceny netto wskazanej w dniu zawarcia Umowy (zakres PLK S.A.) i 7% kwoty brutto określonej w § 4 ust. 1 pkt 1 Umowy (zakres Miasta Poznań);
 - b) wskaźniki;
 - c) początkowy termin waloryzacji - (i) miesięczna waloryzacja począwszy od miesiąca, za który zostało wystawione pierwsze rozliczenie za wykonane roboty budowlane oraz w którym dochodzi do zmiany cen lub kosztów (zakres PLK S.A.) oraz (ii) waloryzacja po upływie 6 miesięcy od dnia zawarcia Umowy (zakres Miasta Poznań);
 - d) daty odniesienia w sytuacji, gdy umowa zostanie zawarta po upływie 180 od dnia składania ofert - (i) początkowym terminem ustalenia zmiany wynagrodzenia jest data o 28 dni wcześniejsza od najpóźniejszej daty na składanie ofert (zakres PLK S.A.) albo (ii) pierwsza waloryzacja nastąpi po 6 miesiącach od dnia upływu terminu składania ofert i datą odniesienia dla waloryzacji będzie dzień wyznaczony w postępowaniu o udzielenie zamówienia jako termin składania ofert (zakres Miasta Poznań).
3. Ponadto ww. limitami waloryzacji objęto również kwoty waloryzacji ustawowej (art. 436 pkt 4 lit. b) Pzp). Zgodnie bowiem z § 17 ust. 5 wzoru umowy, waloryzacja (zmiana) wynagrodzenia Wykonawcy dokonana na podstawie pkt 1 tego paragrafu, będzie wliczała się do maksymalnych limitów waloryzacji dokonywanej na podstawie pkt 2 (Klauzula PLK SA) lub pkt 3 (Klauzula Miasta Poznań).

4. Warunki waloryzacji sformułowane w § 17 projektu umowy powodują zatem, że waloryzacja jest nieefektywna, pozorna, warunkowa i nie pozwoli na osiągnięcie celów, w jakich powinna zostać wprowadzona do umowy.
5. Nie jest bowiem instrumentem, który zwiększy konkurencyjności postępowania, nie zapewnia odpowiedniego rozkładu ryzyk kontraktowych, nie sprzyja sprawnej realizacji inwestycji oraz całkowicie pomija aktualną sytuację rynkową.
6. Co więcej brak jakiegokolwiek racjonalnego uzasadnienia do wprowadzania dwóch diametralnie różnych mechanizmów waloryzacji wynagrodzenia Wykonawcy w ramach jednego zamówienia. Nie przemawia bowiem za takim rozwiązaniem zakres i charakter robót wykonywanych na rzecz poszczególnych Zamawiających, ani specyfikacje materiałów stosowanych do ich wykonania.
7. Natomiast skutek przyjętej w umowie redakcji klauzul waloryzacyjnych analogiczne asortymenty robót wykonywanych w jednym czasie będą lub nie podlegały waloryzacji jedynie ze względu na irrelevantną z punktu widzenia Wykonawcy okoliczność, tj. sposób finansowania zamówienia ustalony przez Zamawiających.
8. Powyższe regulacje są zatem sprzeczne z art. 439 ust. 2 pkt 1 Pzp oraz art. 16 Pzp określającym podstawowe zasady zamówień publicznych, a także art. 433 pkt 3 Pzp, w zakresie w jakim obarczają Wykonawcę odpowiedzialnością za okoliczności, za które wyłączną winę ponosi Zamawiający.
9. Przepis art. 439 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp określa bowiem obligatoryjne elementy klauzuli waloryzacyjnej:
 - a) poziom zmiany ceny materiałów lub kosztów uprawniający strony do żądania zmiany wynagrodzenia - prawidłowo ustalony poziom takiej zmiany powinien uwzględniać zmianę cen lub kosztów w danej branży, specyfikę zamówienia, a także odzwierciedlać aktualną sytuację rynkową; przyjęcie odmiennych wskaźników waloryzacji przez poszczególnych Zamawiających przeczy temu wymaganiu i świadczy o ustaleniu tych wskaźników w kompletnym oderwaniu od branży, specyfiki niniejszego zamówienia oraz aktualnej sytuacji rynkowej;
 - b) początkowy termin ustalenia zmiany wynagrodzenia - ustalany jest poprzez wskazanie danego punktu w czasie, który posłuży do oceny zaistnienia zmiany uprawniającej do modyfikacji wynagrodzenia, jak również do ustalenia, czy poziom tej zmiany przekracza wartość wskazaną w umowie; w przypadku niniejszej umowy ustalono dwa odmienne terminy;
 - c) sposób ustalania zmiany wynagrodzenia - miernik waloryzacji powinien być dostosowany do okoliczności rynkowych i rodzaju zamówienia; w projekcie umowy zastosowano odesłanie do odmiennych wskaźników;
 - d) sposób określenia wpływu zmiany ceny materiałów lub kosztów na koszt wykonania zamówienia - metoda ustalania wpływu takiej zmiany na koszt wykonania zamówienia powinna zostać określona w sposób optymalnie obiektywny; z uwagi na całkowicie odmienne mechanizmy waloryzacyjne w obydwu klauzulach dotyczące takich samych asortymentów robót trudno przyjąć, że przyjęto optymalne i obiektywne parametry;

- e) okresy, w których może następować zmiana wynagrodzenia wykonawcy - ten element klauzuli powinien zapewniać możliwość jej elastycznego i realnego zastosowania; w niniejszym projekcie umowy ustalono odmienne częstotliwości waloryzacji (miesięcznie lub co 6 miesięcy), co stanowi zaprzeczenie ww. zasady;
 - f) maksymalna wartość zmiany wynagrodzenia - celem tego elementu klauzuli waloryzacyjnej jest ustalenie ekwiwalentności świadczeń stron; w niniejszym projekcie umowy maksymalny limit zmian ustalono na poziomie 5% lub 7% wynagrodzenia wykonawcy.
10. Zapisy klauzul waloryzacyjnych świadczą pozorności waloryzacji i nie zapewniają pokrycia realnego zwiększenia kosztów wykonywania kontraktu. Nie oddają bowiem rzeczywistych zmian cen towarów i kosztów niniejszego zamówienia. Rozbieżności wskazują wręcz na całkowitą dowolność ukształtowania ich treści przez poszczególnych Zamawiających, tj. w oderwaniu od przedmiotu i warunków realizacyjnych niniejszego zamówienia, a także aktualnych warunków rynkowych.
11. Taki sposób ukształtowania klauzul waloryzacyjnych w żaden sposób nie zabezpiecza interesów wykonawców.
12. Z uwagi na powyższe uzasadnione jest żądanie Odwołującego modyfikacji klauzul waloryzacyjnych co najmniej na poziomie wskazanym w odwołaniu. Sprzeczne z podstawowymi zasadami udzielania zamówień publicznych byłoby bowiem akceptowanie sytuacji, w których klauzule waloryzacyjne zamieszczane są w umowach na realizację zamówienia publicznego jedynie w celu formalnego wypełnienia obowiązku wynikającego z art. 439 Pzp.

[Załącznik nr 12; §9 ust. 6; Umowa o zachowaniu poufności]

1. Zgodnie z § 9 ust. 6 Umowy o zachowaniu poufności (Załącznik nr 12), łączna wysokość kar umownych, o których mowa w ust. 1 ograniczona jest do wysokości 20 (dwadzieścia) % łącznego Wynagrodzenia brutto, o którym mowa w § 12 ust. 6 Umowy Właściwej.
2. Powyższe postanowienie oznacza, że Zamawiający zastrzegł we wzorze umowy dwa odrębne limity kar umownych, tj. w § 12 ust. 6 Umowy Właściwej (20%) oraz w § 9 ust. 6 Umowy o zachowaniu poufności (20%). W konsekwencji łączny maksymalny limit kar umownych przewidzianych na rzecz Zamawiającego wynosi 40% łącznego Wynagrodzenia brutto, o którym mowa w § 12 ust. 6 Umowy Właściwej.
3. Odesłanie zawarte §9 ust. 6 Umowy o zachowaniu poufności odnosi się bowiem jedynie do wysokości wynagrodzenia określonego § 12 ust. 6 Umowy Właściwej, tj. zmiany jego wysokości w przypadku skorzystania z prawa opcji czy podwyższenia wynagrodzenia na innej podstawie. Nie wskazuje jednak, że limit kar umownych określony w § 9 ust. 6 Umowy o zachowaniu poufności zawiera się w limicie kar ustalonym w §12 ust. 6 Umowy Właściwej.
4. Należy zatem wskazać, że zgodnie z aktualną linią orzecniczą sądów powszechnych, limit kar umownych, którego wysokość w stosunku do wartości umowy oscyluje w granicach kilkudziesięciu procent, jest uznawany za nadmierny w rozumieniu art. 484 § 2 k.c. (np. wyrok SO w Rzeszowie z dnia

25.09.2019 r.; sygn. akt: VI Ga 173/13, w którym za niewspółmierną uznano karę umowną w wysokości 43% wynagrodzenia).

5. Z powyższych względów łączny limit kar umownych na poziomie 40% wynagrodzenia należy uznać za wygórowany i ustalony z naruszeniem zasady proporcjonalności. W związku tym uzasadniony jest postulat Odwołującego wprowadzenia postanowienia umownego ograniczającego wysokość kar umownych z wszystkich tytułów przewidzianych w umowie do wysokości 20% wynagrodzenia określonego § 12 ust. 6 Umowy Właściwej.

[Zarzut nr 4; Podstawowe zasady udzielania zamówień]

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



Signed by /
Podpisano przez:

Dariusz Górzyński

Date / Data:
2023-07-13
14:10



Signed by /
Podpisano przez:

Anna
Jędrzejewska

Date / Data:
2023-07-13 13:48

Załączniki:

- dowód uiszczenia wpisu od odwołania w wysokości 20.000,00 złotych;
- dowód przesłania kopii odwołania Zamawiającemu;
- odpis z KRS PORR S.A.