



ZP/188/73/B/20

Poznań 15.09.2020 r.

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

Zamawiający: **Uniwersytet im. Adama Mickiewicza w Poznaniu**
ul. Wieniawskiego 1
61-712 Poznań
tel.: 0618294443, faks: 0618294012
e-mail: czerniak@amu.edu.pl

Przystępujący do odwołania po stronie Zamawiającego:
Nie zgłoszono przystąpienia do odwołania po stronie Zamawiającego

Odwołujący: **SKANSKA Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie**
Al. Solidarności 173, 00-877 Warszawa
Adres do korespondencji:
SKANSKA S.A.
ul. Grunwaldzka 186, 60-166 Poznań
tel. +48 61 891 71 00, fax: +48 22 560 83 62
e-mail: budownictwo.poznan@skanska.pl
Patrycja.Zamojska@skanska.pl
Mariusz.Gornik@skanska.pl

Przystępujący do postępowania odwoławczego
po stronie Odwołującego:
Nie zgłoszono przystąpienia do odwołania po stronie Wykonawcy

ODPOWIEDŹ ZAMAWIAJĄCEGO NA ODWOŁANIE

Dotyczy: UZP/BO/WD/16299/19691/20 dot. KIO 2096/20 (data posiedzenia: 17.09.2020 r. o godz. 09:00) postępowanie prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego na **budowę budynku Domu Studenckiego z częścią usługową oraz z wewnętrzną komunikacją, parkingami i infrastrukturą techniczną (bez wyposażenia).**

Działając na podstawie art. 186 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 t.j. z późn. zm.) Zamawiający, Uniwersytet im. Adama Mickiewicza w Poznaniu, ul. Wieniawskiego 1, 61-712 Poznań ustosunkowując się do treści odwołania wniesionego w dniu 27.08.2020 r. przez SKANSKA Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie, Al. Solidarności 173, 00-877 Warszawa, w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na budowę budynku Domu Studenckiego z częścią usługową oraz z wewnętrzną komunikacją, parkingami i infrastrukturą techniczną (bez wyposażenia) **wnosi o:**

- 1. oddalenie odwołania w zakresie zarzutów nieuwzględnionych przez Zamawiającego;**
- 2. zasądzenie od Odwołującego na rzecz Zamawiającego kosztów postępowania.**

W dniu 28.08.2020 r. Zamawiający zamieścił kopię wniesionego odwołania na stronie internetowej www.amu.edu.pl i na Portalu e-propublico.pl oraz wezwał Wykonawców do przystąpienia do postępowania odwoławczego w terminie 3 dni od dnia zamieszczenia kopii odwołania na stronie internetowej Zamawiającego, wskazując stronę, do której przystępuje, i interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której przystępuje. W terminie 3 dni od dnia otrzymania kopii odwołania nie zgłoszono przystąpienia do odwołania po stronie Wykonawcy i Zamawiającego.

UZASADNIENIE

I.

Odwołujący SKANSKA Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie odwołaniem z dnia 27.08.2020 r. zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

1. art. 647 Kodeksu cywilnego (dalej jako „k.c.”), art. 654 k.c., art. 632 k.c., art. 353(1) k.c. i art. 58 §3 k.c., 5 k.c. w związku z art. 7 ust. 1 p.z.p., art. 14 ust. 1 p.z.p., art. 29 ust. 1-3 p.z.p., art. 31 ust. 1-3 p.z.p., art.36 ust.1 pkt 16, art. 139 ust. 1 p.z.p. poprzez ukształtowanie warunków umowy o zamówienie publiczne w sposób sprzeczny z zasadą równowagi stron stosunku zobowiązaniowego, zasadami współżycia społecznego, przepisami kodeksu cywilnego, a tym samym w sposób naruszający naczelną zasadę prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji, polegające na:
 - 1.1. ukształtowaniu w umowie zasad odbiorowych i rozliczeniowych w sposób uprawniający zamawiającego do jednostronnego oraz arbitralnego decydowania o tym kiedy dana część robót zostanie odebrana, a w konsekwencji o tym kiedy wykonawca winien otrzymać zapłatę wynagrodzenia.
 - 1.2. zobowiązaniu wykonawcy do wykonania w ramach ryczałtowego wynagrodzenia robót nie objętych dokumentacją przetargową, czyli wykonania robót pozostających poza opisem przedmiotu zamówienia objętych niezidentyfikowanymi ryzykami, co stanowi naruszenie zasad proporcjonalności (racjonalności), przejrzystości, równomiernego rozłożenia ryzyk, uczciwego kontaktowania (postępowania) i słuszności kontraktowej oraz naruszenie zasady jednoznacznego i wyczerpującego opisu przedmiotu zamówienia.
 - 1.3. ukształtowaniu w projekcie umowy postanowień przewidujących bardzo rygorystyczne zasady oraz terminy dostarczania dokumentów nieuzasadnione rodzajem tych dokumentów czy obiektywnymi potrzebami zamawiającego.
 - 1.4. wymagania od wykonawcy usuwania wad i usterek w terminach

- nierealnych, niemożliwych do dotrzymania, sztywno określonych w umowie, bez uwzględnienia innych okoliczności, w szczególności charakteru wady, obiektywnej możliwości jej usunięcia.
- 1.5. przeliczeniu na wykonawcę absolutnej odpowiedzialności za jakiegokolwiek roszczenie wynikające z ewentualnego naruszenia praw autorskich, zarówno osobistych, jak i majątkowych, oraz praw zależnych do utworów i to niezależnie od winy wykonawcy (w szczególności niezależnie od tego czy za przedmiotowe naruszenie praw autorskich odpowiedzialność ponosi wykonawca czy zamawiający)
 - 1.6. ukształtowaniu w umowie zasad rozliczenia z wykonawcą w sposób sprzeczny z istotą wynagrodzenia ryczałtowego.
2. art. 7 ust. 1 p.z.p. w zw. z art. 14 ust. 1 p.z.p. w zw. z art. 139 ust. 1 p.z.p. w zw. z art. 471, 472, 483 § 1, art. 353(1) k.c. i art. 58 ust. 3 k.c. i art. 5 k.c. poprzez ukształtowanie warunków umowy o zamówienie publiczne w sposób sprzeczny z zasadą równowagi stron stosunku zobowiązaniowego, zasadami współżycia społecznego, przepisami kodeksu cywilnego, a tym samym w sposób naruszający naczelną zasadę prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji, polegające na:
- 2.1. ukształtowaniu postanowień umownych w zakresie kar umownych za niedotrzymanie terminu wykonania zamówienia, terminów pośrednich, terminów na usunięcie wad przedmiotu umowy ujawnionych w toku realizacji lub w okresie obowiązywania gwarancji i rękojmi oraz terminów wykonania innych obowiązków wynikających z umowy jako kar za opóźnienie, czyli niezależnie od tego, czy wykonawca będzie ponosił winę za niedotrzymanie przedmiotowych terminów.
 - 2.2. ukształtowaniu w umowie rażąco wysokiego limitu kar w wysokości 50% wynagrodzenia umownego wykonawcy, tj. wysokości znacząco przekraczającej wysokość kary za odstąpienie.

II.

Odnosząc się do poszczególnych zarzutów Odwołującego należy podnieść co następuje:

1. Zarzut dot. zasad odbiorowych i rozliczeniowych (zarzut 1.1 odwołania)

Odwołujący zarzuca naruszenie przepisów polegające na ukształtowaniu w umowie zasad odbiorowych i rozliczeniowych w sposób uprawniający Zamawiającego do jednostronnego oraz arbitralnego decydowania o tym, kiedy dana część robót zostanie odebrana, a w konsekwencji o tym kiedy wykonawca winien otrzymać zapłatę wynagrodzenia.

Zamawiający w dniu 15 września 2020 r. dokonał modyfikacji SIWZ poprzez zmianę brzmienia § 9 ust. 2 Załącznika nr 7 do SIWZ – IPU, nadając mu następujące brzmienie:

„Zamawiający wyznaczy datę odbioru częściowego lub odbioru końcowego i przystąpi do niego w terminie 10 dni od dnia otrzymania zawiadomienia. Zamawiający zobowiązany jest do dokonania lub odmowy dokonania odbioru, w terminie 14 dni od dnia rozpoczęcia tego odbioru.”

Zamawiający sprzeciwia się jednocześnie wprowadzeniu do postanowienia § 9 ust. 2 Załącznika nr 7 do SIWZ – IPU postanowienia o treści wnioskowanej przez Odwołującego

(„Odbiór częściowy lub odbiór końcowy odbędzie się w terminie 14 dni od dnia otrzymania zgłoszenia, o którym mowa w ust. 1 powyżej.”), gdyż nie uwzględnia ona prawa Zamawiającego do niedokonania odbioru jeżeli w jego trakcie stwierdzone zostaną wady istotne (*vide* 10 ust. 1 Załącznika nr 7 do SIWZ – IPU). Mając na uwadze, że pierwotne postanowienie nie wskazywało terminu na przeprowadzenie odbioru przez Zamawiającego, co mogło wiązać się z jedynie potencjalnym ryzykiem dla wykonawcy, Zamawiający dokonał zmiany § 9 ust. 2 Załącznika nr 7 do SIWZ – IPU w sposób wskazany wyżej.

Należy jednak zauważyć, że pierwotne brzmienie § 9 ust. 2 Załącznika nr 7 do SIWZ – IPU nie naruszało art. 647 k.c., art. 654 k.c., art. 632 k.c., art. 353(1) k.c. i art. 58 §3 k.c., 5 k.c. w związku z art. 7 ust. 1 p.z.p., art. 14 ust. 1 p.z.p., art. 29 ust. 1-3 p.z.p., art. 31 ust. 1-3 p.z.p., art. 36 ust. 1 pkt 16, art. 139 ust. 1 p.z.p. Wyłącznie wyznaczenie terminu odbioru nierealnie odległego mogłoby być potencjalnie utożsamiane jako naruszenie przepisów a nie samo postanowienie, które wskazywało, że termin jest wyznaczany przez Zamawiającego.

2. Zarzut dot. wykonania robót nieobjętych dokumentacją (zarzut 1.2 odwołania)

Odwołujący zarzuca Zamawiającemu naruszenie polegające na zobowiązaniu wykonawcy do wykonania w ramach ryczałtowego wynagrodzenia robót nie objętych dokumentacją przetargową, czyli wykonania robót pozostających poza opisem przedmiotu zamówienia objętych niezidentyfikowanymi ryzykami. Z zarzutem tym zamawiający nie może się zgodzić i sprzeciwia się wykreśleniu lub zmianie § 6 ust. 16 Załącznika nr 7 do SIWZ – IPU.

Wbrew bezpodstawnym twierdzeniom Odwołującego, opis przedmiotu zamówienia został dokonany zgodnie z art. 29 ust. 1 p.z.p. w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. Opis przedmiotu zamówienia czyni również zadość przepisom art. 29 ust. 2 i 3 p.z.p., art. 7 ust. 1 p.z.p., art. 31 ust. 1-3 p.z.p. Zapis § 6 ust. 16 Załącznika nr 7 do SIWZ – IPU („*Roboty konieczne (w tym także zamienne wynikające z przepisów, wiedzy technicznej), wykonywane na podstawie protokołu konieczności i pisemnego aneksu do umowy, mieszczące się w przedmiocie zamówienia wskazanego w SIWZ, nie powodują zwiększenia wynagrodzenia ryczałtowego Wykonawcy wskazanego w § 6 ust 1 niniejszej umowy (zgodnie z art. 632 kc.)*”) koresponduje z przewidzianym w umowie wynagrodzeniem ryczałtowym wykonawcy. Zgodnie bowiem z art. 632 § 1 k.c., jeżeli strony umówiły się na wynagrodzenie ryczałtowe, przyjmujący zamówienie nie może żądać podwyższenia wynagrodzenia, chociażby w czasie zawarcia umowy nie można było przewidzieć rozmiaru lub kosztów prac. Jednocześnie przedmiotowe postanowienie § 6 ust. 16 Załącznika nr 7 do SIWZ – IPU wyraźnie wskazuje, iż dotyczy wyłącznie prac mieszczących się w przedmiocie zamówienia wskazanego w SIWZ tj. objętych opisem przedmiotu zamówienia. Twierdzenia Odwołującego o ryzyku wykonania prac wykraczających poza opis przedmiotu zamówienia bez dodatkowego wynagrodzenia, w kontekście literalnego brzmienia tego postanowienia, są zatem bezpodstawne.

Podsumowując, § 6 ust. 16 Załącznika nr 7 do SIWZ – IPU nie narusza art. 647 k.c., art. 654 k.c., art. 632 k.c., art. 353(1) k.c. i art. 58 §3 k.c., 5 k.c. w związku z art. 7 ust. 1 p.z.p., art. 14 ust. 1 p.z.p., art. 29 ust. 1-3 p.z.p., art. 31 ust. 1-3 p.z.p., art. 36 ust. 1 pkt 16, art. 139 ust. 1 p.z.p.

3. Zarzut dot. rygorystycznych zasad oraz terminów dostarczania dokumentów (zarzut 1.3 odwołania)

W dalszej kolejności, Odwołujący zarzuca Zamawiającemu naruszenie polegające na ukształtowaniu w projekcie umowy postanowień przewidujących bardzo rygorystyczne zasady oraz terminy dostarczania dokumentów nieuzasadnione rodzajem tych dokumentów czy obiektywnymi potrzebami Zamawiającego.

Zamawiający w dniu 15 września 2020 r. dokonał modyfikacji SIWZ poprzez zmianę brzmienia §3 ust. 2, 3 i 5, Załącznika nr 7 do SIWZ - IPU nadając im następujące brzmienie:

„2. Wykonawca, podwykonawca lub dalszy podwykonawca w terminie 7 dni od daty zawarcia umowy, jednak nie później niż w dniu przekazania terenu budowy, przedstawi Zamawiającemu podpisane przez siebie oświadczenie obejmujące wykaz osób, które będą wykonywać prace objęte przedmiotem zamówienia z zaznaczeniem, że wykonują te prace w ramach umowy o pracę we wskazanym w oświadczeniu wymiarze etatu oraz poświadczone za zgodność z oryginałem kopie umów o pracę pracowników objętych wykazem. W przeciwnym wypadku naliczona zostanie kara umowna zgodnie z § 13 ust. 1 pkt. 12).

3. Wykonawca, podwykonawca lub dalszy podwykonawca na każde wezwanie Zamawiającego zobowiązuje się w ciągu 5 dni roboczych po otrzymaniu pisemnego wezwania od Zamawiającego przedstawić Zamawiającemu bieżące dokumenty o których mowa w ust. 2, względnie inne dokumenty zawierające informacje, w tym dane osobowe, niezbędne do weryfikacji zatrudnienia na podstawie umowy o pracę, w szczególności imię i nazwisko zatrudnionego pracownika, datę zawarcia umowy o pracę, rodzaj umowy o pracę oraz zakres obowiązków pracownika. W przeciwnym wypadku naliczona zostanie kara umowna zgodnie z § 13 ust. 1 pkt. 13).

5. Wykonawca, podwykonawca lub dalszy podwykonawca zobowiązuje się do pisemnego poinformowania Zamawiającego o każdorazowej zmianie osoby wykonującej prace objęte przedmiotem zamówienia, najpóźniej w momencie podjęcia pracy na terenie budowy przez tę osobę. Oświadczenie to powinno spełniać wymogi wskazane w ust. 2. W przeciwnym wypadku naliczona zostanie kara umowna zgodnie z § 13 ust. 1 pkt. 12).”

Zamawiający zgodnie z żądaniem Odwołującego zrezygnował z uprawnienia do odstąpienia przewidzianego w § 3 ust. 2, 3 i 5 Załącznika nr 7 do SIWZ – IPU. Jednocześnie Zamawiający zmienił termin przewidziany w § 3 ust. 3 Załącznika nr 7 do SIWZ – IPU wydłużając go do 5 dni roboczych. W ocenie Zamawiającego wydłużenie tego terminu do 14 dni jest nieuzasadnione.

Należy także zaznaczyć, że Zamawiający, który w opisie przedmiotu zamówienia na roboty określił wymagania zatrudnienia na podstawie umowy o pracę osób, które będą wykonywały po stronie wykonawcy czynności wskazane przez Zamawiającego – jest zobowiązany (w świetle art. 36 ust. 2 pkt 8a) lit b p.z.p.) do wskazania w specyfikacji istotnych warunków zamówienia w szczególności uprawnienia zamawiającego w zakresie kontroli spełniania przez wykonawcę wymagań, o których mowa w art. 29 ust. 3a, oraz sankcji z tytułu niespełnienia tych wymagań. Ustawa nie ogranicza przy tym w żadnym zakresie sankcji, które mogą być stosowane przez Zamawiającego w tym zakresie. Prowadzi to do jednoznacznego wniosku, że sankcją tą może być zarówno kara umowna jak i sankcja odstąpienia od umowy. Warto również podkreślić, że Urząd Zamówień Publicznych we wzorze „Klauzuli dot. zatrudnienia do realizacji zamówienia osób, o których mowa w art. 29

ust. 4 pkt 1 - 4 ustawy Pzp" (vide: www.uzp.gov.pl) wskazał, że w przypadku powtarzających się, ewidentnych i uporczywych naruszeń obowiązków wynikających z art. 29 ust. 4 ustawy Pzp, rozważyć można zastosowanie sankcji w postaci prawa odstąpienia od umowy.

Reasumując, w ocenie Zamawiającego pierwotne brzmienie § 3 ust. 2, 3 i 5 Załącznika nr 7 do SIWZ – IPU nie naruszało art. 647 k.c., art. 654 k.c., art. 632 k.c., art. 353(1) k.c. i art. 58 §3 k.c., 5 k.c. w związku z art. 7 ust. 1 p.z.p, art. 14 ust. 1 p.z.p., art. 29 ust. 1-3 p.z.p., art. 31 ust. 1-3 p.z.p., art.36 ust.1 pkt 16, art. 139 ust. 1 p.z.p.

4. Zarzut dot. wymagania od wykonawcy usuwania wad i usterek w terminach nierealnych (zarzut 1.4 odwołania)

Odwołujący zarzuca, że Zamawiający naruszył przepisy poprzez wymaganie od wykonawcy usuwania wad i usterek w terminach nierealnych, niemożliwych do dotrzymania, sztywno określonych w umowie, bez uwzględnienia innych okoliczności, w szczególności charakteru wady, obiektywnej możliwości jej usunięcia

Zamawiający w dniu 15 września 2020 r. dokonał modyfikacji SIWZ poprzez zmianę brzmienia § 10 ust. 1, 2 i 3 Załącznika nr 7 do SIWZ - IPU nadając mu następujące brzmienie:

„1. Jeżeli w trakcie odbioru częściowego bądź końcowego stwierdzone zostaną wady istotne, to Zamawiającemu przysługuje prawo odmowy odbioru do czasu usunięcia tych wad, w terminie wyznaczonym przez Zamawiającego. Po usunięciu wad Strony ponownie przystąpią do odbioru robót.

2. Jeżeli w trakcie odbioru częściowego bądź końcowego stwierdzone zostaną wady nieistotne, Zamawiający dokona odbioru i zażąda usunięcia tych wad, wyznaczając Wykonawcy odpowiedni termin, przy czym fakt usunięcia wad zostanie stwierdzony protokołarnie.

3. Termin wyznaczony przez Zamawiającego stosownie do postanowienia ust. 1 lub 2, uwzględniać będzie charakter wad oraz warunki techniczne i technologiczne usunięcia wad.”

Zamawiający usunął zatem postanowienie, zgodnie z którym w przypadku braku wyznaczenia terminu przez Zamawiającego stosownie do postanowienia §10 ust. 1 lub 2 Załącznika nr 7 do SIWZ - IPU, wady powinny zostać usunięte w terminie nie dłuższym niż 10 dni. Postanowienie to zastąpiono obowiązkiem Zamawiającego uwzględnienia przy wyznaczaniu terminu usunięcia wad: charakteru wad oraz warunków technicznych i technologicznych usunięcia wad. Należy przy tym zaznaczyć, że w przypadku nieusunięcia wady kara umowna za zwłokę będzie naliczana jedynie w przypadku wystąpienia winy po stronie wykonawcy.

Należy jednak zauważyć, że pierwotne brzmienie § 10 ust. 1, 2 i 3 Załącznika nr 7 do SIWZ – IPU nie naruszało art. 647 k.c., art. 654 k.c., art. 632 k.c., art. 353(1) k.c. i art. 58 §3 k.c., 5 k.c. w związku z art. 7 ust. 1 p.z.p, art. 14 ust. 1 p.z.p., art. 29 ust. 1-3 p.z.p., art. 31 ust. 1-3 p.z.p., art.36 ust.1 pkt 16, art. 139 ust. 1 p.z.p. Wyłącznie wyznaczenie terminu usunięcia wad nierealnego mogłoby być potencjalnie utożsamiane jako naruszenie przepisów, jednak nie samo postanowienie, które wskazywało, że termin jest wyznaczany przez Zamawiającego, a w razie braku wyznaczenia termin ten wynosić będzie 10 dni.

Należy przy tym zaznaczyć, że kary umowne przewidziane w art. 13 ust. 1 Załącznika nr 7 do SIWZ – IPU za przekroczenie terminów usunięcia wad, uzależnione są od okoliczności zależnych od wykonawcy (tj. zwłoki).

5. Zarzut dot. przerzucenia na wykonawcę absolutnej odpowiedzialności za jakiegokolwiek roszczenia wynikające z ewentualnego naruszenia praw autorskich (zarzut 1.5 odwołania)

Odwołujący zarzuca Zamawiającemu również naruszenie przepisów ustawy objawiające się przerzuceniem na wykonawcę absolutnej odpowiedzialności za jakiegokolwiek roszczenie wynikające z ewentualnego naruszenia praw autorskich, zarówno osobistych, jak i majątkowych, oraz praw zależnych do utworów i to niezależnie od winy wykonawcy (w szczególności niezależnie od tego czy za przedmiotowe naruszenie praw autorskich odpowiedzialność ponosi wykonawca czy zamawiający). Zamawiający nie zgadza się z zarzutami Odwołującego w tym zakresie i sprzeciwia się zmianie § 21 ust. 5 Załącznika nr 7 do SIWZ – IPU w sposób wnioskowany przez Odwołującego.

Zgodnie z § 21 ust. 5 Załącznika nr 7 do SIWZ – IPU, w przypadku wystąpienia przez jakąkolwiek osobę trzecią w stosunku do Zamawiającego z roszczeniem z tytułu naruszenia praw autorskich, zarówno osobistych, jak i majątkowych, oraz praw zależnych do utworów, o których mowa w §21 ust.1, Wykonawca:

- a) przyjmie na siebie pełną odpowiedzialność za powstanie oraz wszelkie skutki powyższych zdarzeń;
- b) w przypadku skierowania sprawy na drogę postępowania sądowego wstąpi do procesu po stronie Zamawiającego i pokryje wszelkie koszty związane z udziałem Zamawiającego w postępowaniu sądowym oraz ewentualnym postępowaniu egzekucyjnym, w tym koszty obsługi prawnej postępowania;
- c) poniesie wszelkie koszty związane z ewentualnym pokryciem roszczeń majątkowych i niemajątkowych związanych z naruszeniem praw autorskich majątkowych lub osobistych osoby lub osób zgłaszających roszczenia.

Po pierwsze należy zauważyć, że brzmienie § 21 ust. 5 Załącznika nr 7 do SIWZ – IPU w żadnym zakresie nie wskazuje na odstępianie od ogólnej zasady odpowiedzialności za szkodę na zasadzie winy, przewidzianej w art. 471 k.c.

Po drugie, zgodnie z § 21 ust. 1 Załącznika nr 7 do SIWZ – IPU wykonawca przenosi na rzecz Zamawiającego, całość autorskich praw majątkowych do wszystkich utworów wytworzonych na potrzeby realizacji Umowy lub jej części. Jedynie zatem w przypadku gdy wykonawca nie dysponowałby w momencie przeniesienia wymaganymi w tym postanowieniu prawami autorskim, powstawałoby ryzyko naruszenia w przyszłości praw osób trzecich przez Zamawiającego. Tym samym nie jest możliwe naruszenie praw osób trzecich przez Zamawiającego, które nie wynikałoby z nieprawidłowości po stronie wykonawcy. Warto dodać, że § 21 ust. 5 Załącznika nr 7 do SIWZ nie obejmuje przypadków naruszenia przez Zamawiającego praw osób trzecich w zakresie jakim nie miały one zostać przeniesione na Zamawiającego przez wykonawcę na podstawie § 21 ust. 1 Załącznika nr 7 do SIWZ – IPU. Tym samym postanowienie § 21 ust. 5 Załącznika nr 7 do SIWZ – IPU nie kreuje po stronie wykonawcy niestandardowego ryzyka umownego.

Po trzecie, należy podkreślić, że przesłanką odpowiedzialności wykonawcy na gruncie § 21 ust. 1 i 5 Załącznika nr 7 do SIWZ – IPU będzie zaniechanie wykonawcy objawiające się naruszeniem obowiązku przeniesienia praw autorskich przez wykonawcę na Zamawiającego (obowiązek wykonawcy sprowadza się do wcześniejszego uzyskania odpowiednich praw autorskich od twórców i następnie przeniesienia tych praw na

Zamawiającego, co dzieje się de facto automatycznie na podstawie § 21 ust. 1 Załącznika nr 7 do SIWZ – IPU). W tym kontekście nie można zgodzić się z twierdzeniami Odwołującego, iż przedmiotowe postanowienie nie powinno przewidywać odpowiedzialności niezależnie od okoliczności czy za naruszenie praw autorskich odpowiedzialność ponosi wykonawca czy Zamawiający (vide treść zarzutu zawartego w pkt II ppkt 1.6 Odwołania). W przypadku bowiem korzystania przez Zamawiającego z praw autorskich, które nie zostały przeniesione przez wykonawcę wbrew obowiązкови wynikającemu z § 21 ust. 5 Załącznika nr 7 do SIWZ – IPU, istnieje istotne ryzyko, że to Zamawiający zostanie uznany za podmiot naruszający prawa autorskie podmiotu trzeciego (z uwagi na powoływanie się na nieskuteczne przeniesienie praw przez wykonawcę). Iluzoryczna byłaby w takim przypadku możliwość stwierdzenia wystąpienia winy po stronie wykonawcy za działanie zamawiającego. Byłoby to zarazem wprowadzenie dodatkowej, nieprzewidzianej w art. 471 k.c., przesłanki wyłączającej odpowiedzialność wykonawcy. Podobnie, za nieprawidłowe należy uznać żądanie, aby § 21 ust. 5 Załącznika nr 7 do SIWZ – IPU dotyczył jedynie przypadków, gdy z winy wykonawcy jakkolwiek osoba trzecia wystąpi w stosunku do Zamawiającego z roszczeniem (vide wniosek Odwołującego zawarty w pkt III ppkt 1 lit. j Odwołania). Niezrozumiałe jest bowiem uzależnianie stosowania przedmiotowego postanowienia od wystąpienia winy wykonawcy w wystąpieniu przez podmiot trzeci z roszczeniem (co jest autonomiczną decyzją podmiotu trzeciego), w przypadku gdy wykonawca i tak będzie ponosić winę w naruszeniu zobowiązania wynikającego z § 21 ust. 1 Załącznika nr 7 do SIWZ – IPU.

Podsumowując, § 21 ust. 5 Załącznika nr 7 do SIWZ – IPU, wbrew twierdzeniom Odwołującego, nie narusza art. 647 k.c., art. 654 k.c., art. 632 k.c., art. 353(1) k.c. i art. 58 §3 k.c., 5 k.c. w związku z art. 7 ust. 1 p.z.p., art. 14 ust. 1 p.z.p., art. 29 ust. 1-3 p.z.p., art. 31 ust. 1-3 p.z.p., art. 36 ust. 1 pkt 16, art. 139 ust. 1 p.z.p.

6. Zarzut dot. ukształtowania zasad rozliczenia w sposób sprzeczny z istotą wynagrodzenia ryczałtowego (zarzut 1.6 odwołania)

Odwołujący wskazuje także, że Zamawiający naruszył przepisy ustawowe przez ukształtowanie w umowie zasad rozliczenia z wykonawcą w sposób sprzeczny z istotą wynagrodzenia ryczałtowego. Zamawiający w dniu ... września 2020 r. dokonał modyfikacji SIWZ poprzez wykreślenie § 6 ust. 13 Załącznika nr 7 do SIWZ – IPU, zgodnie z wnioskiem Odwołującego.

7. Zarzut dot. ukształtowania kar umownych jako kar za opóźnienie (zarzut 2.1 odwołania)

Kolejny zarzut Odwołującego odnosi się do ukształtowania postanowień umownych w zakresie kar umownych za niedotrzymanie terminu wykonania zamówienia, terminów pośrednich, terminów na usunięcie wad przedmiotu umowy ujawnionych w toku realizacji lub w okresie obowiązywania gwarancji i rękojmi oraz terminów wykonania innych obowiązków wynikających z umowy jako kar za opóźnienie, czyli niezależnie od tego, czy wykonawca będzie ponosił winę za niedotrzymanie przedmiotowych terminów.

W ocenie Zamawiającego zarzut ten jest nieuprawniony, w związku ze złożonymi wnioskami o wyjaśnienie treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia i wnioskiem zawartym w pkt III ppkt 1 lit. k Odwołania, Zamawiający w dniu 15 września 2020 r. dokonał modyfikacji SIWZ poprzez zmianę brzmienia §13 ust. 1 pkt 1, 2, 3, 4, 5, 12, 13 Załącznika nr 7 do SIWZ – IPU (zgodnie z wnioskiem Odwołującego) i wykreślenie §13 ust. 1 pkt 14

Załącznika nr 7 do SIWZ – IPU nadając § 13 ust. 1 Załącznika nr 7 do SIWZ – IPU następujące brzmienie:

„1. Zamawiający może żądać od Wykonawcy ka umownych:

- 1) w wysokości 0,05 % wynagrodzenia umownego brutto wskazanego w § 6 ust. 1 umowy za każdy dzień zwłoki w wykonaniu przedmiotu umowy,
- 2) w wysokości 10 % wynagrodzenia umownego brutto wskazanego w § 6 ust. 1 umowy w przypadku odstąpienia od umowy (w całości lub w części) lub jej rozwiązania przez którąkolwiek ze Stron (w całości lub w części) z powodu okoliczności, za które odpowiada Wykonawca,
- 3) w wysokości 500,00 zł za każdy dzień zwłoki w przedłożeniu przez Wykonawcę harmonogramu rzeczowo-finansowego lub jego aktualizacji,
- 4) w wysokości 0,05 % wynagrodzenia umownego brutto wskazanego w § 6 ust. 1 za każdy dzień zwłoki w usunięciu wad stwierdzonych przy odbiorze końcowym, licząc od upływu terminu określonego przez Zamawiającego,
- 5) w wysokości 0,02 % wynagrodzenia umownego brutto wskazanego w § 6 ust. 1 umowy za każdy dzień zwłoki w usunięciu wad stwierdzonych w okresie rękojmi lub gwarancji, licząc od upływu terminu określonego przez Zamawiającego,
- 6) w wysokości 500,00 zł za każde naruszenie stwierdzone wpisem do dziennika budowy, w przypadku rażącego naruszenia podstawowych obowiązków Wykonawcy wynikających z umowy, w szczególności naruszenia obowiązku uczestnictwa w naradach koordynacyjnych, naruszenia zasad ochrony przeciwpożarowej, przepisów i zasad bezpieczeństwa i higieny pracy, ochrony zdrowia lub utrzymania porządku na terenie budowy,
- 7) za niezgłoszenie podwykonawcy w wysokości 5000,00 zł za każdego niezgłoszonego podwykonawcę,
- 8) w wysokości 1000,00 zł z tytułu nieprzedłożenia do zaakceptowania projektu umowy o podwykonawstwo lub dalsze podwykonawstwo, a także projektu jej zmiany, za każdy ujawniony przypadek,
- 9) w wysokości 1000,00 zł z tytułu nieprzedłożenia poświadczonej za zgodność z oryginałem kopii umowy o podwykonawstwo lub dalsze podwykonawstwo, a także jej zmiany, za każdy ujawniony przypadek,
- 10) w wysokości 1000,00 zł z tytułu braku zapłaty lub nieterminowej zapłaty wynagrodzenia należnego podwykonawcy lub dalszym podwykonawcom, za każdy ujawniony przypadek,
- 11) w wysokości 1000,00 zł z tytułu braku zmiany umowy o podwykonawstwo w zakresie zgodności z SIWZ lub terminu zapłaty, za każdy ujawniony przypadek,
- 12) w wysokości 0,02 % wynagrodzenia umownego brutto wskazanego w § 6 ust. 1 umowy za każdy dzień zwłoki Wykonawcy w przedłożeniu dokumentów, o których mowa w § 3 ust. 2 lub ust. 5,
- 13) w wysokości 0,02 % wynagrodzenia umownego brutto wskazanego w § 6 ust. 1 umowy za każdy dzień zwłoki Wykonawcy w przedłożeniu dokumentów, o których mowa w § 3 ust. 3.”

Należy podkreślić, że pierwotnie kary umowne przewidziane w § 13 ust. 1 Załącznika nr 7 do SIWZ – IPU, były przewidziane na wypadek opóźnienia wynikające z przyczyn leżących po stronie wykonawcy (co de facto należy utożsamiać ze zwłoką). Tym samym w błędzie jest Odwołujący, który zarzuca Zamawiającemu ukształtowanie postanowień umownych w zakresie kar umownych jako kar za opóźnienie, czyli niezależnie od tego czy wykonawca będzie ponosił winę za niedotrzymanie terminów. Tym samym pierwotne brzmienie § 13 ust. 1, 3, 4, 5, 12, 13 i 14 Załącznika nr 7 do SIWZ – IPU nie naruszało art. 7 ust. 1 p.z.p. w zw. z art. 14 ust. 1 p.z.p. w zw. z art. 139 ust. 1 p.z.p. w zw. z art. 471, 472, 483 § 1, art. 353(1) k.c. i art. 58 ust. 3 k.c. i art. 5 k.c.

8. Zarzut dot. rażąco wysokiego limitu kar umownych (zarzut 2.2 odwołania)

Odwołujący zarzuca Zamawiającemu również naruszenie przepisów poprzez ukształtowanie w umowie rażąco wysokiego limitu kar w wysokości 50% wynagrodzenia umownego wykonawcy, tj. wysokości znacząco przekraczającej wysokość kary za odstąpienie. W ocenie Zamawiającego zarzut ten jest bezpodstawny. Zamawiający nie zgadza się na zmianę § 13 ust. 3 Załącznika nr 7 do SIWZ – IPU w sposób żądany przez Odwołującego oraz nie zgadza się na wykreślenie § 13 ust. 4 Załącznika nr 7 do SIWZ – IPU.

W pierwszej kolejności należy zauważyć, że Kodeks cywilny nie ogranicza możliwości naliczenia kar umownych zastrzeżonych na wypadek niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania. Kara umowna może potencjalnie nawet przekroczyć wynagrodzenia przewidziane w umowie. Kodeks przewiduje przy tym regulację dającą możliwość ograniczenia należnej wierzycielowi kary. Zgodnie bowiem z art. 484 § 2 k.c. jeżeli zobowiązanie zostało w znacznej części wykonane, dłużnik może żądać zmniejszenia kary umownej; to samo dotyczy wypadku, gdy kara umowna jest rażąco wygórowana. Kodeks cywilny ani ustawa Prawo zamówień publicznych nie wprowadzają ograniczeń co do okresu naliczania kar umownych czy maksymalnej ich wysokości. Zamawiający dążąc jednak do ograniczenia ryzyka w zakresie naliczenia kar umownych dobrowolnie ograniczył wysokość wszystkich kar przewidzianych w umowie wprowadzając do Załącznika nr 7 do SIWZ – IPU § 13 ust. 3 i 4, które w żadna sposób nie naruszają przepisów Kodeksu cywilnego, w szczególności art. 483 § 1, art. 353(1) k.c., art. 58 ust. 3 k.c. czy art. 5 k.c.

Pod drugie, należy podkreślić, że kara umowna pełni m.in. funkcję dyscyplinującą (wobec strony zagrożonej sankcją kary, która ma zmobilizować ją do należytego wykonania umowy) oraz funkcję gwarancyjno-zabezpieczającą (zapewniającą wykonanie umowy w uzgodnionych rygorach, w tym przypadku w uzgodnionym terminie). Wprowadzenie kary umownej w wysokości 10% wartości umowy (zgodnie z żądaniem Odwołującego) doprowadziłoby do znacznego ograniczenia wskazanych funkcji kar umownych przewidzianych w § 13 ust. 1 Załącznika nr 7 do SIWZ – IPU. Osiągnięcie wskazanego limitu 10%, w przypadku kary umownej przewidzianej na wypadek zwłoki w wykonaniu przedmiotu umowy (0,05 % wynagrodzenia umownego za dzień) powaliłoby naliczyć karę maksymalnie za okres ok. 6 miesięcy (tj. 200 dni) zwłoki. Mając na uwadze, że wykonawca ma wykonać przedmiot umowy zgodnie z § 5 ust. 2 Załącznika nr 7 do SIWZ – IPU w terminie 20 miesięcy od dnia zawarcia umowy, opóźnienie na poziomie pół roku jest realne (w świetle dotychczasowych doświadczeń Zamawiającego). Po tym okresie Zamawiający byłby pozbawiony narzędzia dyscyplinującego wykonawcę do realizacji umowy. Kwestia ta jest istotna dla Zamawiającego, gdyż przedmiot zamówienia obejmuje wybudowanie Domu Studenckiego, który powinien być oddany do użytku przed rozpoczęciem roku akademickiego 2022/2023. Ewentualne opóźnienia uniemożliwią wprowadzenie się studentów i narażą Zamawiającego na ryzyko braku znalezienia chętnych osób do skorzystania z Domu Studenckiego w trakcie roku akademickiego.

Dodatkowo, istotne jest, że kary przewidziane w § 13 ust. 1 Załącznika nr 7 do SIWZ – IPU nie są wygórowane, a przy tym nie będą naliczane niezależnie od winy wykonawcy (wbrew twierdzeniom Odwołującego). Przykładowo osiągnięcie wskazanego pierwotnie w § 13 ust. 3 Załącznika nr 7 do SIWZ – IPU limitu 50% w przypadku kary umownej przewidzianej na wypadek zwłoki w wykonaniu przedmiotu umowy (0,05 % wynagrodzenia umownego za dzień) wymagałoby zwłoki wynoszącej ponad 33 miesiące (tj. 1000 dni). Zwłoka wykonawcy w tak dużym zakresie w pełni uzasadniałaby naliczenie kary w łącznej wysokości 50% przewidzianego wynagrodzenia. Oznaczałoby bowiem opóźnienie w

rozpoczęciu działalności Domu Studenckiego o *de facto* trzy lata akademickie.

Ponadto, nie można zgodzić się z argumentacją Odwołującego, iż limit kar powinien być uzależniony od wysokości kary umownej z tytułu odstąpienia od umowy. Należy podkreślić, że kara umowna z tego tytułu nie musiała zostać przewidziana w umowie przez Zamawiającego. Ponadto prawo do odstąpienia jest autonomicznym uprawnieniem Zamawiającego, z którego może skorzystać wedle własnego uznania. Zamawiający nie jest w szczególności zobligowany do odstąpienia od umowy w razie gdyby wysokość naliczonych kar osiągnęła wysokości kary za odstąpienie. Co więcej, kara przewidziana w 13 ust. 1 pkt 2 Załącznika nr 7 do SIWZ – IPU została ustanowiona na niskim poziomie 10% wynagrodzenia umownego, gdyż obejmuje przypadek zarówno odstąpienia od całej umowy, jak i jej części. Próba argumentowania, że kary umowne nie mogą przekroczyć na gruncie przedmiotowej umowy wysokości kary za opóźnienie jest więc bezpodstawna.

Bezsprzecznie należy również uznać, że konieczne jest dodatkowe przewidzenie oddzielnego limitu naliczania kar umownych w okresie po odebraniu przedmiotu umowy (tj. w okresie rękojmi i gwarancji). W przypadku bowiem skonsumowania kar umownych na etapie realizacji robót budowlanych, wyegzekwowanie od wykonawcy terminowego usunięcia wad w okresie rękojmi i gwarancji mogłoby być utrudnione. Kara umowna przewidziana w § 13 ust. 1 pkt 5 Załącznika nr 7 do SIWZ – IPU ma bowiem mobilizować wykonawcę do terminowego usunięcia wad i pełni w szczególności funkcję dyscyplinującą oraz funkcję gwarancyjno-zabezpieczającą. Tym samym, pozostawienie podziału zawartego w § 13 ust. 3 i ust. 4 Załącznika nr 7 do SIWZ – IPU należy uznać za uzasadnione.

Reasumując, § 13 ust. 3 i 4 Załącznika nr 7 do SIWZ – IPU (zarówno w pierwotnym brzmieniu jak i obecnym) nie narusza przepisów art. 7 ust. 1 p.z.p. w zw. z art. 14 ust. 1 p.z.p. w zw. z art. 139 ust. 1 p.z.p. w zw. z art. 471, 472, 483 § 1, art. 353(1) k.c. i art. 58 ust. 3 k.c. i art. 5 k.c.

Dodatkowo Zamawiający informuje, że w związku ze złożonymi wnioskami o wyjaśnienie treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, Zamawiający dokonał w dniu 15 września 2020 r. modyfikacji SIWZ poprzez zmianę brzmienia §13 ust. 3 i 4 Załącznika nr 7 do SIWZ – IPU nadając im następujące brzmienie:

„3. Łączna wartość kar umownych naliczonych na podstawie § 13 ust. 1 pkt 5) nie może przekroczyć 40% wartości umowy brutto określonej w § 6 ust. 1, przy czym nie wyłącza to możliwości dochodzenia przez Zamawiającego odszkodowania przenoszącego wysokość zastrzeżonych kar umownych.

4. Łączna wartość wszystkich kar umownych naliczonych na podstawie § 13 ust. 1 pkt 1, 3, 4, 12 i 13 nie może przekroczyć 40% wartości umowy brutto określonej w § 6 ust. 1, przy czym nie wyłącza to możliwości dochodzenia przez Zamawiającego odszkodowania przenoszącego wysokość zastrzeżonych kar umownych.”

Mając na uwadze powyższe, wnoszę jak w petitum niniejszej odpowiedzi na odwołanie.

PROREKTOR

prof. UAM dr hab. Tadeusz Wallas