



Oława, 09.03.2023 r.

Prezes
Krajowej Izby Odwoławczej
ul. Postępu 17A, 02-676 Warszawa
(budynek ADGAR PLAZA)

ZAMAWIAJĄCY : **Gmina Oława**

pl. Marszałka J. Piłsudskiego 28, 55-200 Oława

NIP 912-17-15-754, Regon: 931934868

tel. (71) 313 30 44, adres e-mail: przetarg@gminaolawa.pl

ODWOŁUJĄCY : **REMONDIS Dolny Śląsk Sp. z o.o.**

Ul. Portowa 7, 55-200 Oława.

KRS 0000182898, NIP: 9121080907, REGON: 930343332

reprezentowane przez:

Krzysztofa Petrykiewicza

prowadzącego działalność pod firmą LEGE – Usługi Doradcze z/s

ul. Słowińska 14, 55-200 Oława

tel. 501 225 081, adres e-mail: zamowienia@lege.olawa.pl

Sygn. Akt KIO 551/23

Pismo Odwołującego **– rozszerzenie zakresu zarzutów odwołania**

Działając w imieniu REMONDIS Dolny Śląsk Sp. z o.o., na podstawie udzielonego mi pełnomocnictwa (w aktach postępowania), w oparciu o art. 513 ust. 1 oraz art. 515 ust. 2 pkt 1) ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz.U.2022.1710 t.j. z późn. zm., zwaną dalej również Pzp.), **rozszerzam zakres zarzutów odwołania wniesionego w dniu 27.02.2023 r. – a to, wobec dokumentów zamówienia, tj. Wyjaśnień Zamawiającego**, doręczonych Odwołującemu i opublikowanych przez Zamawiającego w dniu **07.03.2023 r.** na stronie prowadzonego postępowania <https://platformazakupowa.pl/transakcja/712493>, których treść ukształtowała aktualny opis przedmiotu i warunków zamówienia **w sposób niezgodny z ustawą Pzp.** Wskazanym wyżej wyjaśnieniom zarzucam:

1. naruszenie przez Zamawiającego **art. 433 pkt. 1)** ustawy Pzp poprzez ukształtowanie w nowym brzmieniu § 8 ust. 3 lit. e) - CZEŚĆ III SWZ – WZÓR (PROJEKT) UMOWY, odpowiedzialności wykonawców za opóźnienie, bez jednoczesnego wskazania na uzasadnione okolicznościami lub zakres zamówienia – co pozostaje w sprzeczności z unormowaniem wynikającym z przywołanego przepisu.

Wskazując na powyższe, wnoszę o:

1. uwzględnienie zarzutów odwołania wniesionego w dniu 27.02.2023 r. w brzmieniu obejmującym również zarzut sformułowany w niniejszym piśmie.
2. nakazanie Zamawiającemu zmiany treści SWZ oraz dokumentów zamówienia, w sposób zgodny z przepisami ustawy Pzp, w szczególności z wskazanymi w odwołaniu przepisami art.16, 99 oraz 433 pkt. 1) Pzp,

W pozostałym zakresie treść odwołania wniesionego w dniu 27.02.2023 r. pozostaje w brzmieniu niezmiennym.



Termin na wniesienie odwołania

Zaskarżone wyjaśnienia zostały doręczone Odwołującemu oraz opublikowane przez Zamawiającego w dniu 07.03.2023 r. W związku z powyższym, 10 - dniowy termin na wniesienie niniejszego odwołania, o którym mowa w art. 515 ust. 2 pkt 1) Pzp. zostanie dochowany w przypadku złożenia go najpóźniej w dniu 17.03.2023 r.

Pozostałe kwestie formalne

1. Niniejsze pismo zostało doręczone Zamawiającemu oraz Uczestnikom w dniu **09.03.2023 r.** Dowód doręczenia stanowi załącznik do niniejszego pisma.

Uzasadnienie

W treści wyjaśnień udzielonych przez Zamawiającego w dniu 07.03.2023 r. w pkt. 1 – Zamawiający zmienił treść zapisu § 8 ust. 3 lit. e/ wzoru umowy, który z dniem 07.03.2023 r. przyjął brzmienie: „e) Za niewywiązanie się z obowiązku Zamawiającego zatrudnienia na podstawie umowy o pracę osób wykonujących czynności w zakresie realizacji zamówienia, lub za nieprzedłożenie przez Wykonawcę lub Podwykonawcę kopii umów zawartych przez Wykonawcę lub Podwykonawcę z pracownikami, lub dokumentów o których mowa w § 2 ust. 2 umowy, w wysokości 100 zł **za każdy dzień opóźnienia**”.

Dowód:

- 1) wyjaśnienia (odpowiedzi) Zamawiającego z dnia 07.03.2023 r.

Przepis art. 433 pkt. 1) ustawy Pzp – jako pierwsza z niedozwolonych klauzul umownych, odnosi się do zakazu ustanawiania odpowiedzialności wykonawcy za opóźnienie, za wyjątkiem przypadków, gdy jest to uzasadnione okolicznościami lub zakresem zamówienia). Regulacja powyższa nawiązuje do tradycyjnego w cywilistyce wyróżnienia zwłoki i opóźnienia.

Zgodnie z art. 476 k.c. dłużnik dopuszcza się zwłoki, gdy nie spełnia świadczenia w terminie, a jeżeli termin nie jest oznaczony, gdy nie spełnia świadczenia niezwłocznie po wezwaniu przez wierzyciela. Nie dotyczy to wypadku, gdy opóźnienie w spełnieniu świadczenia jest następstwem okoliczności, za które dłużnik odpowiedzialności nie ponosi. Zwłoka jest zatem kwalifikowaną postacią nieterminowego wykonania zobowiązania w tym znaczeniu, że jest następstwem zdarzeń, za które dłużnik nie ponosi odpowiedzialności. Sama z kolei odpowiedzialność za nieterminowe wykonanie zobowiązania jest powiązana z winą dłużnika.

Na gruncie Kodeksu cywilnego możliwa jest modyfikacja ustawowej zasady odpowiedzialności opartej na winie, ponieważ art. 473 § 1 k.c. stanowi, że dłużnik może przez umowę przyjąć odpowiedzialność za niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania z powodu oznaczonych okoliczności, za które na mocy ustawy odpowiedzialności nie ponosi.

Jednak powyższa modyfikacja zasady odpowiedzialności dłużnika (wykonawcy) za niedotrzymanie terminu wykonania zobowiązania, jest co do zasady niedopuszczalna w umowie w sprawie zamówienia publicznego, a zamawiającemu nie wolno kształtować umowy w taki sposób, że wykonawca będzie odpowiedzialny za zwykłe opóźnienie, niezawinione przez siebie. Zakaz ten dotyczy wszelkich postanowień umownych, wiążących jakąkolwiek postać odpowiedzialności wykonawcy z opóźnieniem.



Art. 433 pkt 1 Pzp zakazuje zatem również ustanawiania kar umownych za opóźnienie, czy też umownych reguł odpowiedzialności odszkodowawczej wykonawcy przyznających zamawiającemu roszczenie odszkodowawcze w związku z opóźnieniem.

Co więcej, przepis ten powinien być postrzegany również jako przeszkoda w formułowaniu takich postanowień umownych, w których zwykle opóźnienie wykonawcy (a nie zwłoka) stanowi podstawę do skorzystania przez zamawiającego z uprawnień prawokształtujących, takich jak np. uprawnienie zamawiającego do odstąpienia od umowy w związku z opóźnieniem wykonawcy, czy też uprawnienie do obniżenia wynagrodzenia lub zwiększenia wysokości zabezpieczenia należytego wykonania umowy w przypadku opóźnienia wykonawcy.

Z uwagi na powyższe Odwołujący wnosi jak na petitum odwołania.

Załączniki:

1. Dowody wymienione w treści odwołania
2. Dowód doręczenia pisma Zamawiającemu oraz Uczestnikom postępowania