

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

**Skanska S.A.**  
Budownictwo Ogólne  
Obszar Warszawa – Mieszkańcy i Łódź  
Adres Al. Solidarności 173,  
00 – 877 Warszawa, Polska  
tel. + 48 22 561 23 00  
faks + 48 22 560 83 14  
Web [www.skanska.pl](http://www.skanska.pl)

Warszawa, dnia 10 stycznia 2022 r.

Zamawiający:	<b>Miejskie Przedsiębiorstwo Komunikacyjne - Łódź Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością</b> Ul. Tramwajowa 6, 90-132 Łódź KRS nr: 0000044561, NIP: 725-000-56-28 Numer telefonu: +48 426721120 Adres strony internetowej: <a href="http://www.mpk.lodz.pl">www.mpk.lodz.pl</a> <a href="https://www.mpk.lodz.pl/showarticleslist.action?category=1293&amp;W+trybie+ustawy">https://www.mpk.lodz.pl/showarticleslist.action?category=1293&amp;W+trybie+ustawy</a> Osoba do kontaktu: Monika Bogacka e-mail: <a href="mailto:mbogacka@mpk.lodz.pl">mbogacka@mpk.lodz.pl</a>
Odwołujący:	<b>SKANSKA Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie</b> Al. Solidarności 173, 00-877 Warszawa KRS: 0000033102, NIP: 7780001070 Adres do korespondencji: Al. Solidarności 173, 00 – 877 Warszawa, Polska Numer telefonu: 48 22 561 23 00 e – mail: <a href="mailto:Marta.Dzoga@skanska.pl">Marta.Dzoga@skanska.pl</a> <a href="mailto:Andrzej.Stankiewicz@skanska.pl">Andrzej.Stankiewicz@skanska.pl</a>
Przedmiot zamówienia:	Budowa Zakładu Techniki MPK-Łódź
Ogłoszenie o zamówieniu:	nr 2021/S 255-676338
Numer referencyjny (sprawy)	WZ-091-22/21

**Dotyczy:** *postępowania o udzielenie zamówienia publicznego sektorowego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego pn.: „Budowa Zakładu Techniki MPK-Łódź”*

## ODWOŁANIE od postanowień Specyfikacji Warunków Zamówienia

### Spis treści:

I. ODWOŁANIE.....	3
II. ZARZUTY (WSKAZANIE PRZEPISÓW, KTÓRE NARUSZYŁ ZAMAWIAJĄCY). ....	3
III. WNIOSKI (WSKAZANIE ŻĄDAŃ ODWOŁUJĄCEGO). ....	6
IV. INTERES WE WNIESIENIU ODWOŁANIA. ....	13
V. TERMIN NA ZŁOŻENIE ODWOŁANIA. ....	14
VI. UZASADNIENIE. ....	14
<b>1. UWAGI OGÓLNE – NARUSZENIE ZASAD POSTĘPOWANIA O UDZIELENIE ZAMÓWIENIA PUBLICZNEGO.....</b>	<b>14</b>
<b>2. NARUSZENIE ZASAD ZAPEWNIENIA UCZCIWEJ KONKURENCJI, PRZEJRZYSTOŚCI, PROPORCJONALNOŚCI, ZAPEWNIENIA PRECYZYJNEGO OPISU PRZEDMIOTU ZAMÓWIENIA. ....</b>	<b>15</b>
<b>3. ODNIESIENIE SIĘ DO KONKRETNÝCH POSTANOWIEŃ UMOWNÝCH. ....</b>	<b>20</b>
1) § 2 UST. 3 UMOWY. ....	20
2) § 4 UST. 5 I 6 UMOWY. ....	21
3) § 5 UST. 10 UMOWY. ....	22
4) § 8 UST. 6 PKT 1 UMOWY. ....	22
5) § 8 UST. 16 UMOWY. ....	23
6) § 10 UST. 2 UMOWY. ....	24
7) § 11 UST. 4 PKT 3, UST. 5 PKT 12 UMOWY. ....	24
8) §12 UST. 4 PKT 2) LIT. A I B, § 14 UST. 7, 8, 9, 10 UMOWY. ....	26
9) § 14 UST. 17 UMOWY. ....	28
10) § 16 UST. 18 PKT 8 UMOWY.....	29
11) § 18 UST. 1 PKT 3 UMOWY. ....	30
12) § 20 UST. 10 UMOWY. ....	31
13) § 20 UST. 11 UMOWY. ....	32
14) § 20 UST. 12 UMOWY. ....	32
15) § 20 UST. 13 UMOWY. ....	33
16) § 20 UST. 14 UMOWY. ....	34
17) § 20 UST. 15 UMOWY. ....	35
18) § 20 UST. 17, 18, 19, 20 UMOWY. ....	36

19) PKT 3, STR. 3 ZAŁ. NR 3 OPIS PRZEDMIOTU ZAMÓWIENIA.....	37
VII. PODSUMOWANIE.....	39

## I. Odwołanie.

Działając w imieniu SKANSKA S.A., zwaną dalej Odwołującym lub Wykonawcą, w oparciu o pełnomocnictwo w załączeniu, na podstawie art. 513 pkt 1) w związku z art. 505 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U z 2019 r.), dalej jako „ustawa Pzp” albo „Pzp”, wnoszę odwołanie na czynności Zamawiającego podjęte w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego określonego powyżej odnoszące się do Specyfikacji Warunków Zamówienia, w tym na projektowane postanowienia umowy – Załącznika nr 4 Projekt Umowy (dalej jako „umowa”), a także Załącznika nr 3 Opis przedmiotu zamówienia.

## II. Zarzuty (Wskazanie przepisów, które naruszył Zamawiający).

**Odwołujący wnosi odwołanie od niezgodnych z prawem czynności Zamawiającego, zarzucając mu naruszenie art. 647 Kodeksu cywilnego (dalej: kc), art. 353(1) kc, art. 58 § 1 i 2 kc, 5 kc, 471 kc w związku z art. 8 ust. 1 PZP, 16 ust. 1 PZP, 99 ust. 1 i 4 PZP, 431 PZP poprzez ukształtowanie postanowień i rozwiązań Umowy w sposób sprzeczny z w/w przepisami, w tym z naturą stosunku prawnego umowy o roboty budowlane, 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 - zasadę proporcjonalności (adekwatności), która rzutuje na obowiązek współdziałania Zamawiającego i Wykonawcy przy wykonaniu umowy w sprawie zamówienia publicznego, zasadę przejrzystości, a także prowadzące do zaniechania lub utrudnienia zapewnienia zachowania uczciwej konkurencji, poprzez:**

- 1) Nałożenie na Wykonawcę obowiązku naprawy wszelkich wyrządzonych szkód niezależnie od tego, czy działanie Wykonawcy mieściło się w granicach należytego wykonania umowy (§ 2 ust. 3 umowy);
- 2) Zobowiązanie Wykonawcy do podjęcia wszelkich niezbędnych działań w celu zabezpieczenia i utrzymania jakichkolwiek istniejących przewodów, rur, kanalizacji, kabli, itp. a także do usunięcia wszelkich szkód i pokrycia kosztów ich usunięcia lub opłat związane z odnośnymi instalacjami bez zagwarantowania

Wykonawcy zwrotu poniesionych, udokumentowanych kosztów, a także dodatkowego wynagrodzenie za te czynności jak i przedłużenia terminów umownych w przypadku, gdy podjęte przez Wykonawcę działania dotyczą lub wynikają z elementów nieobjętych dokumentacją przekazaną przez Zamawiającego (§ 4 ust. 5 i 6 Umowy);

- 3) Nieprecyzyjne określenie przedmiotu umowy poprzez nałożenie na Wykonawcę uzyskania wszelkich niezbędnych zezwoleń, dopuszczeń, uzgodnień, licencji itp. (§ 5 ust. 10 Umowy), bez doprecyzowania, że obejmuje to tylko te, których uzyskanie wynika z dokumentacji przekazanej przez Zamawiającego,
- 4) Nałożenie na Wykonawcę obowiązku ujęcia w umowach z podwykonawcami 21 dniowego terminu zapłaty podczas gdy termin zapłaty przez Zamawiającego dla Wykonawcy wynosi 30 dni (§ 8 ust. 6 Umowy);
- 5) Udzielenie bezwzględniego uprawnienia Zamawiającemu do zaspokojenia się z zabezpieczenia Wykonawcy w przypadku zasądzenia należności na rzecz podwykonawcy bez względu na udział i postawę Zamawiającego w tym postępowaniu, a także bez względu na poinformowanie o tym postępowaniu Wykonawcy (§ 8 ust. 16 Umowy);
- 6) Pominięcie, że wynagrodzenie umowne obejmuje tylko te koszty, które Wykonawca działając ze starannością profesjonalisty mógł przewidzieć na podstawie dokumentacji przetargowej i analizy istniejących na moment złożenia oferty warunków realizacyjnych (§ 10 ust. 2 Umowy);
- 7) Uzależnienie przystąpienia do odbioru końcowego od usunięcia wszystkich usterek, a nie tylko wad o istotnym charakterze (§ 11 ust. 4 pkt 3, ust. 5 pkt 12 Umowy);
- 8) Wprowadzenie krótkich i sztywnych terminów usunięcia wad, bez możliwości przedłużenia terminów w przypadku uzasadnionych przesłanek technologicznych (§12 ust. 4 pkt 2) lit. a i b Umowy, § 14 ust. 7, 8, 9, 10);
- 9) Wprowadzenie postanowień ograniczających Wykonawcę w określaniu warunków serwisowania i konserwacji wyposażenia, urządzeń/sprzętu oraz systemów lub w ogóle pozbawiających go tego uprawnienia (§ 14 ust. 17 Umowy);
- 10) Wprowadzenie zbyt krótkich terminów reakcji serwisowych i terminów usunięcia błędu i/ lub usterki, bez uwzględnienia przedłużenia terminów w przypadku uzasadnionych przesłanek technologicznych (§ 16 ust. 18 pkt 8 Umowy);
- 11) Przewidzenie kary umownej w wysokości aż 2 % całości wynagrodzenia za stwierdzenie nieistotnych wad niemożliwych do usunięcia, i to w przypadku, gdy wobec stwierdzenia takiej wady wynagrodzenie i tak zostaje obniżone o wartość tej wady (§ 18 ust. 1 pkt 3 Umowy);

- 12) Pominięcie możliwości przedłużenia terminu w przypadku zasiedlenia rośliny i konieczności pozyskania stosownych zgód, uzależnienie zmiany umowy poprzez przedłużenie terminu wykonania zamówienia tylko w przypadku, gdy określone okoliczności wyłącznie uniemożliwiają terminowe wykonanie umowy, bez uwzględnienia samego wpływu tych okoliczności, który nie musi przejawiać się uniemożliwieniem wykonania umowy (§ 20 ust. 10 Umowy);
- 13) Wprowadzenie terminów na zgłoszenie okoliczności wpływających na zmianę umowy, których niedotrzymanie powoduje pozostawienie wniosku Wykonawcy bez rozpoznania (§ 20 ust. 11 Umowy);
- 14) Wprowadzenie postanowienia, że za przedłużenie terminu realizacji zamówienia Wykonawcy nie przysługuje dodatkowe wynagrodzenie (§ 20 ust. 12 Umowy);
- 15) Wprowadzenie postanowienia, że zmiana terminu wykonania zamówienia nie może nastąpić w przypadkach zawinionych przez Wykonawcę, a więc bez uwzględnienia sytuacji, w której oprócz Wykonawcy również Zamawiający mógłby być zawiniony (§ 20 ust. 13 Umowy);
- 16) Wprowadzenie postanowienia, że termin wykonania umowy może ulec odpowiedniemu przedłużeniu o czas niezbędny do zakończenia wykonania jej przedmiotu w sposób należyty tylko w przypadku okoliczności wymienionych w ust. 2 § 20 Umowy, a nie w pozostałych przypadkach postanowień § 20, które również przewidują takie okoliczności (§ 20 ust. 14 Umowy);
- 17) Nałożenie na Wykonawcę obowiązku posłużenia się SEKOCENBUDem przy sporządzaniu kalkulacji do wyceny robót zamiennych/lub zmiany technologii lub robót dodatkowych, który to sposób nie oddaje aktualnej wartości rynkowej danych robót (§ 20 ust. 15 Umowy);
- 18) Wprowadzenie waloryzacji wynagrodzenia umownego dopiero po pierwszych 12 miesiącach licząc od dnia zawarcia umowy (§ 20 ust. 17 Umowy), przy osiągnięciu przez ceny produkcji budowlano – montażowej ogłaszanej w komunikacie Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego za pierwsze i kolejne 12 miesięcy realizacji niniejszej Umowy co najmniej 5 % (§ 20 ust. 18 Umowy), przeprowadzenie przez Zamawiającego zmiany wynagrodzenia dopiero po 50 dniach po każdym kwartale (§ 20 ust. 19 Umowy), wprowadzenie limitu zmiany wynagrodzenia w wysokości 7 % wynagrodzenia (§ 20 ust. 20 Umowy);
- 19) Wprowadzenie zasady, że każda niespójność umowy będzie interpretowana na korzyść Zamawiającego, to znaczy w kierunku obciążenia Wykonawcy obowiązkiem (pkt 3, str. 3 Zał. Nr 3 Opis przedmiotu zamówienia).

### III. Wnioski (Wskazanie żądań Odwołującego).

W związku z powyższymi zarzutami i wobec naruszenia przez Zamawiającego wyżej wskazanych przepisów Odwołujący wnosi o:

**1. uwzględnienie Odwołania w całości oraz nakazanie Zamawiającemu zmian w treści:**

(fragmenty przekreślone – do usunięcia, fragmenty wytłuszczone i podkreślone – do dodania, przy skomplikowanych wnioskach, podana treść aktualna i postulowana).

**1.1. Umowy w § 2 ust. 3 poprzez jego zmianę, tak aby otrzymał następujące brzmienie:**

*3. naprawienia wszelkich wyrządzonych szkód, jeżeli powstały one z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy oraz w zakresie w jakim jest to wynikiem nienależytego wykonania przez Wykonawcę Umowy, oraz ponoszenia wszelkich związanych z tym kosztów, opłat, jak i ewentualnych kar nałożonych przez Policję, Straż Miejską i inne służby publiczne;*

**1.2. Umowy w § 4 ust. 6 poprzez jego zmianę, tak aby otrzymał następujące brzmienie:**

*6. W przypadku ingerencji w istniejącą infrastrukturę, Wykonawca przeniesie niezbędne instalacje tak, aby zapewnić prawidłowe funkcjonowanie istniejących obiektów. Wszelkie prace, działania mogące wpłynąć na stan istniejących budynków, instalacji, przewodów, kanalizacji, kabli elektrycznych, telefonicznych, gazociągów, wodociągów itp. zarówno na terenie budowy, jak i w sąsiedztwie, muszą być prowadzone po wcześniejszym ich uzgodnieniu z lokalnymi władzami, właścicielami sieci i Zamawiającym. Powiadomienie podmiotów, o których mowa w niniejszym ustępie, powinno nastąpić w imieniu*

*Zamawiającego i zawierać wskazanie terminu rozpoczęcia danych robót.*

*W przypadku, gdy działania Wykonawcy opisane w ust. 5 i 6 dotyczą lub wynikają z nieobjętych dokumentacją przekazaną przez Zamawiającego istniejących przewodów, rur, kanalizacji, kabli, itp., zarówno nad, jak i pod ziemią, Wykonawcy należy się zwrot wszelkich poniesionych, udokumentowanych kosztów, a także dodatkowe wynagrodzenie za te czynności jak i o dodatkowy czas, jaki Wykonawca przeznaczył na te działania (przedłużenie terminów).*

**1.3. Umowy w § 5 ust. 10 poprzez jego zmianę, tak aby otrzymał następujące brzmienie:**

*10. W zakresie Wykonawcy pozostaje uzyskanie wszelkich niezbędnych zezwoleń, dopuszczeń, uzgodnień, licencji itp. oraz ponoszenie wymaganych opłat potrzebnych do prowadzenia prac zabezpieczających, transportowych, wytwarzania, transportu, składowania odpadów na składowiskach oraz ich*

utilizacji, zajęcia pasa drogowego oraz działek sąsiadujących z terenem inwestycji, **o ile konieczność uzyskania tych dokumentów wynika z dokumentacji przekazanej przez Zamawiającego.**

**1.4. Umowy w § 8 ust. 6 poprzez jego zmianę, poprzez jego zmianę, tak aby otrzymał następujące brzmienie:**

6. W projekcie umowy o podwykonawstwo między Wykonawcą a Podwykonawcą lub dalszym podwykonawcą:

1) termin zapłaty wynagrodzenia Podwykonawcy lub dalszemu podwykonawcy nie może być dłuższy ~~niż 21~~ **niż 30** dni od dnia doręczenia Wykonawcy, Podwykonawcy lub dalszemu podwykonawcy faktury lub rachunku, potwierdzających wykonanie zleconej Podwykonawcy lub dalszemu podwykonawcy dostawy, usługi lub roboty budowlanej;

**1.5. Umowy w § 8 ust. 16 poprzez jego zmianę, tak aby otrzymał następujące brzmienie:**

Jeśli pomimo dochowania przez Zamawiającego powyższych postanowień zostanie wydany tytuł egzekucyjny przeciwko Zamawiającemu zasądzący zapłatę od Zamawiającego na rzecz Podwykonawcy na podstawie art. 6471 §5 Kodeksu cywilnego lub przepisów Pzp, w oparciu o okoliczność niezapłacenia należności na rzecz tego Podwykonawcy lub dalszego podwykonawcy przez Wykonawcę, **to - pod warunkiem, że Zamawiający poinformuje Wykonawcę na początku procesu sądowego o jego wszczęciu i umożliwi Wykonawcy niezbędne działanie w tym procesie, jak również sam będzie uczestniczył w tym procesie** - Zamawiający zaspokoiwszy należności zasądzone od niego tytułem egzekucyjnym, będzie uprawniony w pierwszej kolejności skorzystać z zabezpieczenia wykonania w zakresie równym takim zaspokojonym przez Zamawiającego należnościom, a w przypadku, gdy zabezpieczenie nie pokryje całości jego zabezpieczenia, przysługuje mu prawo żądania pokrycia pozostałej części przez Wykonawcę.

**1.6. Umowy w § 10 ust. 2 poprzez jego zmianę, tak aby otrzymał następujące brzmienie:**

Wynagrodzenie, o którym mowa w ust. 1 niniejszego paragrafu obejmuje wszelkie koszty, jakie poniesie Wykonawca celem wykonania przedmiotu umowy, w szczególności: koszty uzyskania pozwoleń, koszty robót budowlanych, koszty ewentualnych projektów zamiennych, projektów technologicznych i projektów warsztatowych, koszty sprzętu i wyposażenia, koszty transportu i ubezpieczenia oraz wszelkie opłaty, **które Wykonawca mógł działając ze starannością profesjonalisty przewidzieć na podstawie dokumentacji przetargowej i analizy istniejących na moment złożenia oferty warunków realizacyjnych.**



**1.7. Umowy w:**

**1.7.1. § 11 ust. 4 pkt 3) poprzez jego zmianę, poprzez jego zmianę, tak aby otrzymał następujące brzmienie:**

4. Zgłoszenie gotowości do odbioru końcowego inwestycji może być dokonane tylko po:

3) potwierdzeniu usunięcia ~~usterek wykazanych podczas przeglądu technicznego~~ **wad o istotnym charakterze.**

**1.7.2. § 11 ust. 5 pkt 12) poprzez jego zmianę, poprzez jego zmianę, tak aby otrzymał następujące brzmienie:**

5. Przed odbiorem końcowym inwestycji Wykonawca przedłoży Zamawiającemu, w szczególności:

12) protokół z usunięcia ~~usterek~~ **wad o istotnym charakterze.**

**1.8. Umowy w:**

**1.8.1. § 12 ust. 4 pkt 2) poprzez jego zmianę, tak aby otrzymał następujące brzmienie:**

2) Wykonawca zobowiązany jest do usunięcia na swój koszt i we własnym zakresie stwierdzonych wad, w terminach określonych poniżej:

a) wady uniemożliwiające korzystanie z przedmiotu umowy lub jego elementów - w terminie 3 dni od daty otrzymania zawiadomienia, o którym mowa powyżej,

b) wady utrudniające korzystanie z przedmiotu umowy lub jego elementów - w terminie 14 dni od daty otrzymania zawiadomienia, o którym mowa powyżej,

c) wady nieistotne - w terminie 30 dni od daty otrzymania zawiadomienia, o którym mowa powyżej, ~~a w wyjątkowych wypadkach, w innym uzasadnionym technologicznie terminie wyznaczonym przez Zamawiającego~~ **w każdym z tych przypadków [lit. a) do c)] w terminie dłuższym uzgodnionym przez strony i zaakceptowanym przez Zamawiającego mając na uwadze technologiczne możliwości usunięcia stwierdzonych wad.**

**1.8.2. § 14 ust. 7 poprzez jego zmianę, tak aby otrzymał następujące brzmienie:**

7. W przypadku, gdy w trakcie okresu gwarancyjnego została ujawniona jakakolwiek wada, Wykonawca rozpocznie prace naprawcze na swój własny koszt, w terminie nie późniejszym niż 2 dni robocze od daty zgłoszenia wady lub awarii przez Zamawiającego, chyba że przystąpienie do usunięcia wad jest niemożliwe z przyczyn niezależnych od Wykonawcy, **w szczególności z przyczyn (technicznych) technologicznych.** W przypadku nieprzystąpienia do prac naprawczych w terminie, o którym mowa powyżej, Zamawiający może wykonać prace naprawcze na koszt i ryzyko Wykonawcy, korzystając przy tym również z



*usług osób trzecich bez utraty swoich praw z tytułu rękojmi lub gwarancji – nie dotyczy to przypadku, gdy przystąpienie do usunięcia wad jest niemożliwe z przyczyn niezależnych od Wykonawcy, o których mowa w zdaniu poprzednim.*

**1.8.3. § 14 ust. 8 poprzez jego zmianę, tak aby otrzymał następujące brzmienie:**

*8. Wykonawca zobowiązany jest usunąć zgłoszone wady i awarie w terminie 5 dni od daty zgłoszenia wad lub awarii Sprzętu, a w przypadku konieczności sprowadzenia części spoza granic Rzeczypospolitej Polskiej – 10 dni. Strony mogą na piśmie zgodnie ustalić inny termin w przypadku, gdy z przyczyn technicznych (**technologicznych**) nie jest możliwe zachowanie terminów wskazanych w zdaniu poprzednim.*

**1.8.4. § 14 ust. 9 poprzez jego zmianę, tak aby otrzymał następujące brzmienie:**

*9. W przypadku, gdy okres usunięcia wad lub awarii dotyczących sprzętu przekroczy 10 dni liczonych od daty zgłoszenia wady, Zamawiający może, bez konieczności uprzedniego uzyskania zezwolenia Sądu wykonać prace naprawcze na koszt i ryzyko Wykonawcy (wykonanie zastępcze), korzystając przy tym również z usług osób trzecich bez utraty swoich praw z tytułu rękojmi lub gwarancji - nie dotyczy to przypadku, gdy usunięcie wad lub awarii jest niemożliwe z przyczyn niezależnych od Wykonawcy, o których mowa w ust. 8.*

**1.8.5. § 14 ust. 10 poprzez jego zmianę, tak aby otrzymał następujące brzmienie:**

*10. Zamawiający ma prawo obciążyć Wykonawcę karą umowną za każde zgłoszenie, w wysokości:*

*1) 2000,00 zł w przypadku, gdy okres usunięcia wady lub usterki dotyczącej sprzętu przekroczy okresy wskazane w ust. 7 niniejszego paragrafu, liczone od daty zgłoszenia wady lub awarii, za każdy dzień zwłoki, nie więcej niż 2 % wartości wynagrodzenia netto, o którym mowa w §10 ust.1 niniejszej umowy, nie dotyczy to przypadku gdy przystąpienie do usunięcia wad lub ich usunięcie jest niemożliwe z przyczyn niezależnych od Wykonawcy, o których mowa w ust. 7 i 8.*

*2) 1000,00 zł w przypadku niezapewnienia części zamiennych w okresie wskazanym w ust. 13 niniejszego paragrafu, za każdą niezapewnioną część zamienną lub wyposażenia eksploatacyjnego sprzętu oddzielnie, nie więcej niż 2 % wartości wynagrodzenia netto, o którym mowa w §10 ust.1 niniejszej umowy, nie dotyczy to przypadku gdy zapewnienie części zamiennych jest niemożliwe z*

przyczyn niezależnych od Wykonawcy, w szczególności z przyczyn technologicznych.

**1.9. Umowy w § 14 ust. 17 poprzez usunięcie postanowienia w tym punkcie:**

~~17. Warunki gwarancji na sprzęt nie mogą ograniczać Zamawiającego w zleceniu podmiotom trzecim w stosunku do producenta, dostawcy czy Wykonawcy serwisu i konserwacji, jak również nie mogą zawierać regulacji powodujących wygaśnięcie gwarancji w przypadku świadczenia serwisu i konserwacji przez podmioty trzecie w stosunku do producenta, dostawcy czy Wykonawcy.~~

**1.10. § 16 ust. 18 pkt 8 poprzez jego zmianę, tak aby otrzymał następujące brzmienie:**

8) usługi serwisowe realizowane będą z zachowaniem następujących parametrów:

a) dostępność serwisu we wszystkie dni kalendarzowe, przez 24 godziny/h – w okresie trwania umowy,

b) czas reakcji serwisu – ~~24~~ **36** godziny - w okresie trwania umowy,

c) czas usunięcia błędu i/lub usterki – do 2 dni roboczych od momentu zgłoszenia (przy konieczności sprowadzenia części do 4 dni roboczych) – w okresie trwania umowy; **z uzasadnionych względów technologicznych termin ten może zostać wydłużony.**

**1.11. Umowy w § 18 ust. 1 pkt 3) poprzez usunięcie postanowienia w tym punkcie:**

~~3) w sytuacji określonej w §11 ust. 8 pkt 2) niniejszej umowy, z tytułu samego faktu istnienia wad w przedmiocie odbioru w wysokości 2% wynagrodzenia netto, o którym mowa w §10 ust. 1 niniejszej umowy;~~

**1.12. Umowy w § 20 ust. 10 poprzez dodanie pkt 8) i zmianę ostatniego zdania, które brzmią:**

[ostatnie zdanie] Okoliczności wskazane wyżej mogą stanowić podstawę zmiany terminu wykonania zamówienia tylko w przypadku, gdy uniemożliwiają terminowe wykonanie umowy.

**Otrzyma następujące brzmienie:**

- pkt 8) W przypadku zasiedlenia roślin i konieczności pozyskania przez Wykonawcę stosownych zgód i ewentualnie przeniesienia gniazd.

- [ostatnie zdanie] Okoliczności wskazane wyżej mogą stanowić podstawę zmiany terminu wykonania zamówienia tylko w przypadku, gdy uniemożliwiają wpływają na terminowe wykonanie umowy i tylko w zakresie tego wpływu.

**1.13. Umowy w § 20 ust. 11 poprzez jego zmianę, który brzmi:**

11. Zmiany, o których mowa w ust. 2 i 3 pkt 1) niniejszego paragrafu, muszą zostać udokumentowane poprzez załączenie zdjęć, rysunków, raportów szkiców, badań laboratoryjnych. Pismo (wniosek) dotyczące w/w zmian wraz z uzasadnieniem, Strona występująca z wnioskiem zobowiązana jest złożyć drugiej stronie, w terminie 7 dni od daty powzięcia wiadomości o takiej okoliczności. Niespełnienie powyższych warunków będzie skutkowało pozostawieniem wniosku bez rozpatrzenia.

**Otrzyma brzmienie:**

11. Zmiany, o których mowa w ust. 2 i 3 pkt 1) niniejszego paragrafu, muszą zostać udokumentowane poprzez załączenie zdjęć, rysunków, raportów szkiców, badań laboratoryjnych. Pismo (wniosek) dotyczące w/w zmian wraz z uzasadnieniem, Strona występująca z wnioskiem zobowiązana jest złożyć drugiej stronie, w terminie ~~7~~ **14** dni od daty powzięcia wiadomości o takiej okoliczności. ~~Niespełnienie powyższych warunków będzie skutkowało pozostawieniem wniosku bez rozpatrzenia.~~ **Jeżeli uchybienie tego terminu spowodowało szkodę Zamawiającego lub ją powiększyło, to Wykonawca jest za nią odpowiedzialny.**

**1.14. Umowy w § 20 ust. 12 poprzez jego zmianę, który brzmi:**

12. ~~Za przedłużenie terminu realizacji zamówienia Wykonawcy nie przysługuje dodatkowe wynagrodzenie.~~

**Otrzyma brzmienie:**

12. ~~Za przedłużenie terminu realizacji zamówienia Wykonawcy nie przysługuje dodatkowe wynagrodzenie.~~ **Wykonawca jest uprawniony do żądania zmiany Wynagrodzenia należnego z tytułu realizacji zamówienia (obejmującego także koszty ogólne) oraz terminów realizacji zamówienia lub terminów pośrednich odpowiednio w przypadkach określonych w ust. 10. Wynagrodzenie dodatkowe (bezpośrednie koszty) będzie obliczone na podstawie średniej cen wynikających z przedstawionych przez Wykonawcę trzech ofert z rynku wraz z rozsądnym zyskiem.**

**1.15. Umowy w § 20 ust. 13 poprzez jego zmianę, tak aby otrzymał następujące brzmienie:**

*13. Zamawiający nie dopuszcza zmiany terminu wykonania zamówienia w przypadkach zawinionych wyłącznie przez Wykonawcę.*

**1.16. Umowy w § 20 ust. 14 poprzez jego zmianę, tak aby otrzymał następujące brzmienie:**

*14. W przypadku wystąpienia którejkolwiek z okoliczności wymienionych w ~~ust. 2 niniejszego paragrafu~~ niniejszym paragrafie, termin wykonania umowy może ulec odpowiedniemu przedłużeniu o czas niezbędny do zakończenia wykonania jej przedmiotu w sposób należyty.*

**1.17. Umowy w § 20 ust. 15 poprzez jego zmianę, tak aby otrzymał następujące brzmienie:**

*W przypadku konieczności realizacji robót zamiennych i/lub zmiany technologii lub robót dodatkowych, z zastrzeżeniem zaistnienia przesłanek określonych art. 455 ust. 1 i 2 Pzp., Wykonawca zobowiązany jest opracować kalkulacje cenową dla tych robót na podstawie średniej cen wynikających z przedstawionych przez Wykonawcę trzech ofert z rynku wraz z rozsądnym zyskiem ~~kosztorysu szczegółowego sporządzonego w oparciu o średnie składniki cenotwórcze określone w publikacji SECOCENBUD dla kwartału poprzedzającego wystąpienie konieczności wykonania tych robót, na podstawie programu typu Norma PRO.~~ W przypadku o którym mowa w niniejszym ustępie dopuszcza się zmianę terminu wykonania przedmiotu umowy wskazanego w §2 ust. 3 niniejszej umowy.*

**1.18. Umowy w:**

**1.18.1. § 20 ust. 17 poprzez jego zmianę, tak aby otrzymał następujące brzmienie:**

*Wykonawca może wnioskować o zmianę wysokości wynagrodzenia w przypadku zmiany ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją umowy, po upływie ~~12~~ 6 miesięcy licząc od dnia zawarcia umowy, oraz nie częściej niż po upływie kolejnych ~~12~~ 6 miesięcy od dnia zawarcia aneksu zmieniającego wysokość wynagrodzenia Wykonawcy.*

**1.18.2. § 20 ust. 18 poprzez jego zmianę, tak aby otrzymał następujące brzmienie:**

*Wykonawca może wnioskować o zmianę wysokości wynagrodzenia w przypadku, gdy wskaźnik zmiany cen produkcji budowlano – montażowej ogłaszany w komunikacie Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego (o*

którym mowa poniżej) za pierwsze i kolejne ~~12~~ 6 miesięcy realizacji niniejszej Umowy będzie wyższy niż ~~5~~ 2%.

**1.18.3. § 20 ust. 19 poprzez jego zmianę, tak aby otrzymał następujące brzmienie:**

Zmiana wynagrodzenia Wykonawcy będzie następowała w odniesieniu do wskaźnika zmiany cen materiałów lub kosztów (średniorocznego wskaźnika cen produkcji budowlano – montażowej) ogłaszanego w komunikacie Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego w Dzienniku Urzędowym GUS w terminie do ~~50~~ 30 dni po każdym kwartale, na podstawie ustawy z dnia 2 kwietnia 2009 r. o zmianie ustawy o poręczeniach i gwarancjach udzielanych przez Skarb Państwa oraz niektóre osoby prawne, ustawy o Banku Gospodarstwa Krajowego oraz niektórych innych ustaw.

**1.18.4. § 20 ust. 20 poprzez jego zmianę, tak aby otrzymał następujące brzmienie:**

Łączna maksymalna wartość zmiany wynagrodzenia Wykonawcy może wynieść ~~7~~ 50 % wynagrodzenia Wykonawcy ustalonego w dacie zawarcia niniejszej Umowy.

**1.19. pkt 3, str. 3 Zał. Nr 3 Opis przedmiotu zamówienia poprzez usunięcie postanowienia w tym punkcie (tylko fragment przekreślony do usunięcia):**

~~W szczególności w przypadku zaistnienia jakichkolwiek wątpliwości lub sprzeczności w treści dokumentów, należy mieć na względzie, iż zamiarem Zamawiającego i celem Dokumentacji Przetargowej jest zapewnienie najlepszej jakości i funkcjonalności obiektów stanowiących przedmiot postępowania oraz zgodności przedmiotu zamówienia z obowiązującymi normami i przepisami. Pierwszeństwo będzie nadawać się znaczeniu stwierdzającemu istnienie obowiązku, pomijać się będzie zaś znaczenia zmierzające do zwolnienia Wykonawcy z realizacji obowiązku.~~

2. o zasądzenie zwrotu kosztów postępowania odwoławczego w tym kosztów zastępstwa procesowego.

#### **IV. Interes we wniesieniu odwołania.**

Odwołujący ma interes we wniesieniu odwołania, ponieważ może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego powyżej wskazanych przepisów ustawy Pzp, w

szczególności Odwołujący może ponieść szkodę w rozumieniu art. 505 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 roku polegającą na pozbawieniu go korzyści finansowych wynikających z możliwości uzyskania przez niego przedmiotowego zamówienia i w konsekwencji braku możliwości zawarcia umowy na realizację tego zamówienia.

Odwołujący bowiem posiada wiedzę i doświadczenie dające rękojmię należytego wykonania zamówienia. Jednakże wobec takich nieuzasadnionych i nadmiernych postanowień Zamawiającego, Wykonawca może zostać pozbawiony możliwości udziału w postępowaniu i tym samym możliwości realnego uzyskania zamówienia, a w konsekwencji może on ponieść określoną szkodę z tym związaną.

Nadto, w przypadku wyboru oferty Odwołującego, Odwołujący zobowiązany będzie do podpisania umowy na realizację zamówienia zgodnie z obecnym wzorem umowy, który jest niezgodny z obowiązującymi przepisami prawa. Nieuwzględnienie zaś odwołania może go narazić na szkodę, ponieważ w związku z wyżej wskazanymi uchybieniami Zamawiającego, Odwołujący mógłby być narażony na brak wynagrodzenia za roboty wykonane z drobnymi, nieistotnymi usterkami.

## **V. Termin na złożenie odwołania.**

Zamawiający w dniu 31.12.2021 roku opublikował ogłoszenie o zamówieniu i SWZ w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej (witryna TED) co oznacza, że odwołanie zostało wniesione z zachowaniem ustawowego 10 dniowego terminu.

Odwołujący uiszczył wpis od odwołania oraz przekazał kopię odwołania wraz z załącznikami Zamawiającemu.

## **VI. Uzasadnienie.**

### **1. Uwagi Ogólne – naruszenie zasad postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.**

Stosownie do art. 14 ust. 1 i art. 139 ust. 1 PZP, do czynności Zamawiającego podejmowanych w postępowaniu oraz do umów w sprawach zamówień publicznych stosuje się przepisy Kodeksu cywilnego, jeżeli przepisy PZP nie stanowią inaczej.

Biorąc zaś pod uwagę przedmiot niniejszego zamówienia (roboty budowlane) oraz to, że obowiązujące przepisy PZP nie zawierają ani odmiennej, ani autonomicznej definicji umowy o roboty budowlane, treść stosunku prawnego nawiązanego przez publicznego zamawiającego z wybranym oferentem - wykonawcą, musi odpowiadać postanowieniom umowy o roboty budowlane zdefiniowanej przez ustawodawcę w Kodeksie cywilnym (art. 647 - 658 kc), która jest umową nazwaną, a jej przedmiotowo istotne elementy określa art. 647 kc. Nadto, czynności Zamawiającego nie mogą być sprzeczne nie tylko z przepisami prawa, ale i z zasadami współżycia społecznego (art. 58 § 1 i 2 kc).

Zamawiający w dniu 31.12.2021 roku ogłosił SWZ wraz z projektem umowy. Wobec treści zawartych tam postanowień konieczne i usprawiedliwione stało się poszukiwanie przez Wykonawcę ochrony prawnej poprzez wniesienie odwołania do KIO.

Odwołujący wnosi odwołanie od niezgodnych z prawem czynności Zamawiającego, zarzucając mu naruszenie art. 647 Kodeksu cywilnego (dalej: kc), art. 353(1) kc i art. 58 § 1 i 2 kc, 5 kc w związku z art. 8 ust. 1 PZP, 16 ust. 1 PZP, 99 ust. 1 i 4 PZP, 431 PZP poprzez ukształtowanie postanowień i rozwiązań Umowy w sposób sprzeczny z w/w przepisami, w tym z naturą stosunku prawnego umowy o roboty budowlane, 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 - zasadę proporcjonalności (adekwatności), która rzutuje na obowiązek współdziałania Zamawiającego i Wykonawcy przy wykonaniu umowy w sprawie zamówienia publicznego, zasadę przejrzystości, a także prowadzące do zaniechania lub utrudnienia zapewnienia zachowania uczciwej konkurencji.

Podniesione zarzuty i wskazane postanowienia Wzoru Umowy naruszają przepisy ustaw kodeks cywilny jak i Prawa zamówień publicznych w następującym zakresie.

## **2. Naruszenie zasad zapewnienia uczciwej konkurencji, przejrzystości, proporcjonalności, zapewnienia precyzyjnego opisu przedmiotu zamówienia.**

Pomimo obowiązku opisanego przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, niewykluczających się, uwzględniających wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty, Zamawiający zobowiązanie to pominął przy sporządzaniu Umowy. Wskazane w zarzutach niedokładności, sprzeczności występujące w Umowie, **stanowią o naruszeniu nie tylko art. 16 pkt 2) PZP, ale i art. 99 ust. 1 PZP.**

Skanska S.A. z siedzibą w Warszawie, Al. „Solidarności” 173, wpisana do Rejestru Przedsiębiorców Krajowego Rejestru Sądowego przez Sąd Rejonowy dla m. st. Warszawy w Warszawie, XII Wydział Gospodarczy pod numerem 0000033102. NIP 778-00-01-070. Kapitał zakładowy: 203.937.500 - opłacony w całości.



**Niedokładności te i braki nie pozwalają na należyte oszacowanie zakresu robót budowlanych, a w konsekwencji ich wyceny.**

Elementem **zasady przejrzystości** jest pogląd wyrażony w judykaturze: „Zasada przejrzystości oznacza, że wszystkie warunki i zasady postępowania przetargowego powinny być zapisane w ogłoszeniu o zamówieniu lub w specyfikacji w sposób jasny, precyzyjny i jednoznaczny, który po pierwsze, pozwoli wszystkim rozsądnie poinformowanym i wykazującym zwykłą staranność oferentom na zrozumienie ich dokładnego zakresu i dokonanie ich wykładni w taki sam sposób, a po drugie, umożliwi instytucji zamawiającej faktyczne sprawdzenie, czy oferty odpowiadają kryteriom, którym podlega dany przetarg”<sup>1</sup>.

Nadto, Zamawiający jest zobowiązany zachować niezbędną równowagę i proporcję między interesem polegającym na uzyskaniu rękąmi należytego wykonania zamówienia a interesem potencjalnych wykonawców, których nie można, poprzez wprowadzenie nadmiernych wymagań co do opisu przedmiotu zamówienia, nadmiernie wygórowanych warunków, z góry eliminować z udziału w postępowaniu, czy też utrudniać im udział w postępowaniu o zamówienie publiczne<sup>2</sup>. **Naruszeniem zasady uczciwej konkurencji oraz zasady proporcjonalności** będzie również dokonywanie opisu przedmiotu zamówienia przez **wskazanie rygorystycznych wymagań, nieuzasadnionych potrzebami zamawiającego**<sup>3</sup>. Istotą generalnej zasady zamówień publicznych, tj. zasady proporcjonalności jest konieczność dołożenia należytej staranności przez zamawiającego polegającej na podejmowaniu wyłącznie takich działań i stawianiu takich wymogów, bez których nie będzie możliwe osiągnięcie zamierzonego celu, jakim jest udzielenie danego zamówienia<sup>4</sup>. **Zasada proporcjonalności** przejawia się na niemal wszystkich etapach związanych z przygotowaniem i przeprowadzeniem postępowania o udzielenie zamówienia i wskazuje na konieczność korzystania przez zamawiającego z takich środków, które muszą być odpowiednie do zamierzonego celu, tj. takie, przy pomocy których ten cel da się osiągnąć, właściwe dla danego celu; niezbędne, tj. takie, których nie sposób osiągnąć lepiej za pomocą innego środka, najwłaściwsze do osiągnięcia zamierzonego celu oraz takie, które w najmniejszym stopniu ograniczają interesy i prawa wykonawców<sup>5</sup>

<sup>1</sup> Wyrok TS z 29.04.2004 r., C-496/99, Komisja Wspólnot Europejskich v. CAS Succhi di Frutta SpA, EU:C:2004:236; wyrok TS z 10.05.2012 r., C-368/10, Komisja Europejska v. Królestwo Niderlandów, EU:C:2012:284.

<sup>2</sup> Wyrok KIO z 24.4.2017, KIO 664/17.

<sup>3</sup> D. Ziemiński, *Zasada proporcjonalności*, „ZAMAWIAJĄCY. Zamówienia publiczne w praktyce” 2017, nr 22, s. 20.

<sup>4</sup> A. Wiktorowski [w:] A. Gawrońska-Baran, E. Wiktorowska, P. Wójcik, A. Wiktorowski, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz aktualizowany*, LEX/el. 2021, art. 16. <https://sip.lex.pl/#/commentary/587870908/668348/gawronska-baran-andrzela-i-in-prawo-zamowien-publicznych-komentarz-aktualizowany?cm=URELATIONS> (dostęp: 2022-01-09 17:09)

<sup>5</sup> „Kontrola UZP z 29.11.2017 r., KND/10/17/DKD, [https://www.uzp.gov.pl/\\_data/assets/pdf\\_file/0014/36122/inf-o-wyniku-KND-10-17-002.pdf](https://www.uzp.gov.pl/_data/assets/pdf_file/0014/36122/inf-o-wyniku-KND-10-17-002.pdf) (dostęp: 20.12.2020 r.).”

Przenosząc powyższe rozważania na niniejszy przetarg Zamawiający w szeregu postanowień Umowy **przerzucił na Wykonawcę ryzyka**, a także określił obowiązki Wykonawcy w sposób zbyt daleko idący i dolegliwy, co w prawidłowych i partnerskich relacjach pomiędzy Stronami Umowy nie występuje. Takie uregulowanie wzajemnych praw i obowiązków narusza art. 16<sup>6</sup> i 431 PZP, który stanowi, że Zamawiający i wykonawca wybrany w postępowaniu o udzielenie zamówienia obowiązani są współdziałać przy wykonaniu umowy w sprawie zamówienia publicznego, zwanej dalej „umową”, w celu należytej realizacji zamówienia.

Za Ewą Wiktorowską<sup>7</sup> cel ten ustawodawca planuje osiągnąć poprzez zachęcenie zamawiających w szczególności do odejścia od jednostronnego kształtowania umów i bardziej proporcjonalnego podziału praw i obowiązków stron oraz ryzyk z tym związanych. W uzasadnieniu nowej ustawy wskazano, że wielu zamawiających, kierując się często uproszczonym postrzeganiem interesu zamawiającego, sporządza umowy nazbyt restrykcyjne i nieproporcjonalne do rodzaju i wartości zamówienia publicznego – w szczególności w zakresie ilości i wysokości kar umownych, przeliczenia nawet niemożliwych do oszacowania ryzyk na wykonawców, braku postanowień w zakresie waloryzacji lub indeksacji wynagrodzenia z tytułu zmian cen rynkowych. „Paradoksalnym skutkiem takiego działania jest niekorzystny wpływ na efektywność wydatkowania środków publicznych, przez wyższe ceny wskazywane przez wykonawców uwzględniające koszt nieproporcjonalnego ryzyka po ich stronie, a także zmniejszanie konkurencyjności postępowań, przez rezygnację potencjalnych wykonawców z udziału w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego (Uzasadnienie..., VIII kadencja, druk sejm. nr 3624)”. Zdaniem tych samych autorów „Nie powinno budzić wątpliwości stwierdzenie, że **współdziałanie stron w trakcie umowy będzie lepsze, gdy postanowienia umowy będą je umożliwiać**”.

Zdaniem J. Jerzykowskiego<sup>8</sup> przepis ten (art. 431 PZP) jawi się jako przepis w istocie powtarzający postanowienia art. 354 § 1 i 2 k.c., normującego obowiązek współpracy stron przy wykonaniu zobowiązania. Dla przypomnienia – wskazane przepisy Kodeksu cywilnego stanowią, że dłużnik powinien wykonać zobowiązanie zgodnie z jego treścią i w sposób odpowiadający jego celowi społeczno-gospodarczemu oraz zasadom współżycia społecznego, a jeżeli istnieją w tym zakresie ustalone zwyczaje – także w

<sup>6</sup> Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób: 1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców; 2) przejrzysty; 3) proporcjonalny.

<sup>7</sup> E. Wiktorowska [w:] A. Gawrońska-Baran, A. Wiktorowski, P. Wójcik, E. Wiktorowska, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz aktualizowany*, LEX/el. 2021, art. 431. <https://sip.lex.pl/#/commentary/587871317/668757/gawronska-baran-andrzela-i-in-prawo-zamowien-publicznych-komentarz-aktualizowany?cm=URELATIONS> (dostęp: 2022-01-06 17:01);

<sup>8</sup> J. Jerzykowski [w:] W. Dzierżanowski, Ł. Jaźwiński, M. Kittel, M. Stachowiak, J. Jerzykowski, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2021, art. 431. <https://sip.lex.pl/#/commentary/587860010/657450/dzierzanowski-wlodzimierz-i-in-prawo-zamowien-publicznych-komentarz?cm=URELATIONS> (dostęp: 2022-01-06 17:06);

sposób odpowiadający tym zwyczajom, zaś wierzyciel w taki sam sposób powinien współdziałać przy wykonaniu zobowiązania. Postrzeganie art. 431 p.z.p. jedynie w kategoriach powtórzenia regulacji kodeksowej wydaje się jednak nieuprawnione. Traktować należy go raczej jako wyeksponowanie wynikającego bezpośrednio z mocy prawa obowiązku współpracy zamawiającego i wykonawcy, jako wierzyciela (i zarazem dłużnika w zakresie zapłaty) oraz dłużnika (i zarazem wierzyciela w zakresie roszczenia o zapłatę).”

Dlatego uprawniony jest pogląd J. Jerzykowskiego<sup>9</sup>, że art. 431 PZP ma także wymiar dyrektywy skierowanej do zamawiającego, aby projektowanymi postanowieniami umowy tworzyć ramy dla partnerskiej współpracy stron.

W związku z tym należy uznać, iż konstruowanie postanowień w sposób wskazany w tym odwołaniu jest sprzeczne zarówno z art. 16 PZP, jak i art. 431 PZP.

Naruszenie zasady proporcjonalności poprzez zbyt restrykcyjne obowiązki nałożone na Wykonawcę prowadzi do zachwiania równowagi stron i naruszenia konkurencji (art. 16 PZP w zw. z art. 431 PZP). To z kolei jest związane z naruszeniem art. 99 ust. 1 PZP, który zawiera postulat precyzyjności opisu przedmiotu zamówienia przejawiający się m. in. zakazem przerwania na Wykonawcę niezidentyfikowanych ryzyk.

Dlatego w tym względzie w pierwszej kolejności należy przywołać przepisy i poglądy doktryny w kwestii postulatu precyzyjnego opisu przedmiotu zamówienia. **Praktykę, polegającą na opisywaniu przedmiotu zamówienia w taki sposób, że zakres świadczeń Wykonawcy uzależniony będzie od zdarzeń od niego niezależnych, przyszłych i niepewnych, które nie są określone nawet co do kategorii należy uznać za niedopuszczalną (por. wyrok KIO 2479/15 z dn. 25.11.2015 r.).**

Nie może usprawiedliwiać braku wyczerpującego opisu przedmiotu zamówienia stwierdzenie, że wykonawca winien uwzględnić w wycenie zamówienia wszystkie ryzyka. Podkreślić bowiem należy, że wycena ryzyk związanych z wykonaniem zamówienia może być niemożliwa właśnie ze względu na niewłaściwy opis przedmiotu zamówienia. Nie można bowiem wyliczyć ewentualnego kosztu ryzyka, którego wykonawca nie ma możliwości zidentyfikować z uwagi na brak odpowiedniej i wyczerpującej informacji w SIWZ (wyrok KIO 897/15 z dn.18.05.2015 r.).

Zamawiającemu nie wolno sporządzać opisu, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję. Do stwierdzenia nieprawidłowości w opisie przedmiotu zamówienia, a tym samym sprzeczności z prawem, wystarczy jedynie zaistnienie możliwości utrudniania uczciwej konkurencji poprzez zastosowanie określonych zwrotów opisujących sposób realizacji zamówienia<sup>10</sup>. Na zamawiającym ciąży szczególna odpowiedzialność, gdyż

<sup>9</sup> *Tamże*;

<sup>10</sup> *Wyrok KIO z 27.03.2015 r., KIO 496/15.*

powinien on tak szczegółowo i dokładnie określić swoje wymagania dotyczące opisu przedmiotu zamówienia. Obowiązkiem zamawiającego jest podjęcie **wszelkich możliwych środków w celu wyeliminowania elementu niepewności wykonawców co do przedmiotu zamówienia**, poprzez maksymalnie jednoznaczne i wyczerpujące określenie przedmiotu zamówienia<sup>11</sup>.

Wreszcie **Wykonawca nie może ponosić konsekwencji nienależytego i niejednoznacznego określenia oczekiwań powódki w treści dokumentacji przetargowej w jakimkolwiek zakresie**. Jak słusznie wskazał Sąd Apelacyjny w Warszawie w wyroku z dnia 3 grudnia 2019r., I ACa 266/19: „Konsekwencje zaniechania sporządzenia przez zamawiającego opisu przedmiotu zamówienia w sposób odpowiadający wymogom art. 29 ust. 1 p.z.p. nie mogą być następczo przerzucane na wykonawcę”. A takie ryzyko istnieje jeśli postanowienia zostają w taki sposób sformułowane.

Nawet gdyby przyjąć, że zapisy w SWZ – projektu umowy nie tyle nie przewidują wymogów i nie wiążą się z konsekwencjami na etapie realizacji, które odwołujący zarzuca konkretnie przy każdym zaskarżonym postanowieniu, to z całą pewnością niektóre z nich są niejednoznaczne. W tym kontekście należy odnieść się do słusznego spostrzeżenia, jakie poczynił Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 29 kwietnia 2016r., I CSK 306/15:

„Wątpliwości interpretacyjne, które nie dają się usunąć w drodze ogólnych dyrektyw wykładni oświadczeń woli, powinny być rozstrzygnięte na niekorzyść strony, która zredagowała tekst je wywołujący (*in dubio contra proferentem*). Ryzyko nie dających się usunąć w drodze ogólnych dyrektyw wykładni oświadczeń woli niejasności tekstu umowy powinna ponieść ta strona, która tekst zredagowała.”

Dlatego warto już w tym momencie dokonać odpowiednich zmian w projekcie umowy, tak aby w przyszłości nie generowały wątpliwości interpretacyjnych i ewentualnych sporów.

Mając to na uwadze, a także w związku z przywołanymi w tym odwołaniu zarzutami i wnioskami za sprzeczne z przywołanymi wyżej przepisami i dyrektywami prowadzenia zamówień publicznych należy uznać poniższe postanowienia.

Z uwagi na obszerność odwołania przepisy i poglądy doktryny w kwestiach prawnych nie będą przytaczane przy każdym zarzucie, a zostały przytoczone powyżej, w części wspólnej dedykowanej dla tego rodzaju zarzutów.

---

<sup>11</sup> Wyrok KIO z 6.7.2015, KIO 1332/15.

### 3. Odniesienie się do konkretnych postanowień umownych.

Odwołując się do tych zachowań Zamawiającego, których konsekwencją jest naruszenie przywołanych powyżej przepisów i zasad należy wskazać na (numeracja poniższa odpowiada numeracji zarzutów i wniosków z części II i III odwołania):

#### 1) § 2 ust. 3 umowy.

Nałożenie na Wykonawcę obowiązku naprawy wszelkich wyrządzonych szkód niezależnie od tego, czy działanie Wykonawcy mieściło się w granicach należytego wykonania umowy (§ 2 ust. 3 umowy);

Wnioskowane brzmienie postanowienia:

*3. naprawienia wszelkich wyrządzonych szkód, jeżeli powstały one z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy **oraz w zakresie w jakim jest to wynikiem nienależytego wykonania przez Wykonawcę Umowy**, oraz ponoszenia wszelkich związanych z tym kosztów, opłat, jak i ewentualnych kar nałożonych przez Policję, Straż Miejską i inne służby publiczne;*

Z przywołanych względów uzasadnione jest, aby odpowiedzialność Wykonawcy za szkody obejmowała tylko te zdarzenia, które zostały wywołane z przyczyn leżących po jego stronie, ale i zarazem będących wynikiem nienależytego wykonania Umowy. W innym przypadku mogłoby dojść do sytuacji, w której Wykonawca wykonując należycie umowę będzie narażony na odpowiedzialność odszkodowawczą za wywołanie szkód, które w rzeczywistości nie będą zawinione przez niego (art. 415, 471 kc). W takiej sytuacji bowiem Wykonawca będzie wykonywał swoje obowiązki zgodnie z kontraktem, jednak będzie zobowiązany do ciągłego monitorowania, czy aby jego postępowanie zgodne z kontraktem nie będzie narażało go na ewentualną odpowiedzialność wynikającą z wyrządzenia komuś szkody. Hipotetycznie istnieje możliwość, że Wykonawca uprzednio stwierdzi, że wykonując dany obowiązek umowny wywoła tym szkodę osobie trzeciej, czy w takim przypadku będzie musiał wykonywać obowiązki umowne, nawet gdy Zamawiający nie zgodzi się na odstąpienie przez Wykonawcę od wykonania danego obowiązku pomimo wiedzy, że jego wykonanie wywoła szkodę. W takim przypadku Wykonawca stanie przed dylematem, czy ponieść odpowiedzialność deliktową (415 kc) czy kontraktową (471 kc). To jaskrawy przykład, w większości przypadków Wykonawca nie będzie w stanie w ogóle przewidzieć ewentualnych konsekwencji i wystąpienia szkód działając zgodnie z umową.

Powyższe wiąże się także z tym, że na Wykonawcę w takim kształcie postanowienia umownego **przerzucane są niezidentyfikowane ryzyka** – które są od niego niezależne, przyszłe i niepewne. A to jak wyżej zaznaczono jest niedopuszczalne.

Skanska S.A. z siedzibą w Warszawie, Al. „Solidarności” 173, wpisana do Rejestru Przedsiębiorców Krajowego Rejestru Sądowego przez Sąd Rejonowy dla m. st. Warszawy w Warszawie, XII Wydział Gospodarczy pod numerem 0000033102. NIP 778-00-01-070. Kapitał zakładowy: 203.937.500 - opłacony w całości.

Z tych względów zaskarżone postanowienie umowne powinno być zmienione według wniosku odwołującego. Jego treść zaproponowana przez Zamawiającego rażąco kłóci się z zasadą proporcjonalności oraz postulatem opisanego przedmiotu zamówienia w sposób precyzyjny.

## 2) § 4 ust. 5 i 6 Umowy.

Zobowiązanie Wykonawcy do podjęcia wszelkich niezbędnych działań w celu zabezpieczenia i utrzymania jakichkolwiek istniejących przewodów, rur, kanalizacji, kabli, itp. a także do usunięcia wszelkich szkód i pokrycia kosztów ich usunięcia lub opłat związane z odnośnymi instalacjami bez zagwarantowania Wykonawcy zwrotu poniesionych, udokumentowanych kosztów, a także dodatkowego wynagrodzenie za te czynności jak i przedłużenia terminów umownych w przypadku, gdy podjęte przez Wykonawcę działania dotyczą lub wynikają z elementów nieobjętych dokumentacją przekazaną przez Zamawiającego (§ 4 ust. 5 i 6 Umowy);

Wnioskowane brzmienie postanowienia:

*6. W przypadku ingerencji w istniejącą infrastrukturę, Wykonawca przeniesie niezbędne instalacje tak, aby zapewnić prawidłowe funkcjonowanie istniejących obiektów. Wszelkie prace, działania mogące wpłynąć na stan istniejących budynków, instalacji, przewodów, kanalizacji, kabli elektrycznych, telefonicznych, gazociągów, wodociągów itp. zarówno na terenie budowy, jak i w sąsiedztwie, muszą być prowadzone po wcześniejszym ich uzgodnieniu z lokalnymi władzami, właścicielami sieci i Zamawiającym. Powiadomienie podmiotów, o których mowa w niniejszym ustępie, powinno nastąpić w imieniu Zamawiającego i zawierać wskazanie terminu rozpoczęcia danych robót. **W przypadku, gdy działania Wykonawcy opisane w ust. 5 i 6 dotyczą lub wynikają z nieobjętych dokumentacją przekazaną przez Zamawiającego nieprzewidzianych istniejących przewodów, rur, kanalizacji, kabli, itp., zarówno nad, jak i pod ziemią, Wykonawcy należy się zwrot wszelkich poniesionych, udokumentowanych kosztów, a także dodatkowe wynagrodzenie za te czynności jak i o dodatkowy czas, jaki Wykonawca przeznaczył na te działania (przedłużenie terminów).***

Zaskarżone postanowienie umowy również w rażący sposób narusza zasadę proporcjonalności i wynikający z niej postulat proporcjonalnego rozkładania obowiązków umownych pomiędzy Zamawiającego i Wykonawcę. Przede wszystkim jednak nakłada na Wykonawcę niezidentyfikowane, nie dające się wycenić ryzyka, co wiąże się z nieprecyzyjnym opisem przedmiotu zamówienia w tym zakresie.

W tym miejscu należy zwrócić uwagę, że postulowana treść postanowienia Wykonawcy, aby zmiana umowy obejmowała nie tylko wydłużenie terminu, ale i dodatkowe



wynagrodzenie, jest naturalne i nie powinno spotkać się z odmową, jeżeli weźmiemy pod uwagę, że umowa o roboty budowlane jest umową odpłatną. Zatem ekwiwalentem świadczenia Wykonawcy powinno być wynagrodzenie zapłacone ze strony Zamawiającego.

### 3) § 5 ust. 10 Umowy.

Nieprecyzyjne określenie przedmiotu umowy poprzez nałożenie na Wykonawcę uzyskanie wszelkich niezbędnych zezwoleń, dopuszczeń, uzgodnień, licencji itp. (§ 5 ust. 10 Umowy), bez doprecyzowania, że obejmuje to tylko te, których uzyskanie wynika z dokumentacji przekazanej przez Zamawiającego,

Wnioskowane brzmienie postanowienia:

*10. W zakresie Wykonawcy pozostaje uzyskanie wszelkich niezbędnych zezwoleń, dopuszczeń, uzgodnień, licencji itp. oraz ponoszenie wymaganych opłat potrzebnych do prowadzenia prac zabezpieczających, transportowych, wytwarzania, transportu, składowania odpadów na składowiskach oraz ich utylizacji, zajęcia pasa drogowego oraz działek sąsiadujących z terenem inwestycji, **o ile konieczność uzyskania tych dokumentów wynika z dokumentacji przekazanej przez Zamawiającego.***

Zaskarżone postanowienie umowne również w nieuprawniony, co za tym idzie nieprecyzyjny sposób rozszerza obowiązki Wykonawcy o niedające się zidentyfikować ryzyka. Istnieje bowiem możliwość, że w związku z niedokładną dokumentacją przygotowaną przez Zamawiającego (np. projektową) zostaną pominięte istotne okoliczności wpływające na konieczność uzyskania konkretnej decyzji lub pozwolenia. To z kolei nie pozwoli na wycenienie (kosztu) i założenie czasu przez Wykonawcę w ofercie. Dlatego również i to postanowienie narusza wskazane przepisy i zasady PZP. Dlatego przywrócenie zgodności temu postanowieniu umownemu powinno nastąpić poprzez postulowane jego brzmienie (jak wyżej wskazano).

### 4) § 8 ust. 6 pkt 1 Umowy.

Nałożenie na Wykonawcę obowiązku ujęcia w umowach z podwykonawcami 21 dniowego terminu zapłaty podczas gdy termin zapłaty dla Wykonawcy wynosi 30 dni (§ 8 ust. 6 pkt 1 Umowy);

Wnioskowane brzmienie postanowienia:



6. W projekcie umowy o podwykonawstwo między Wykonawcą a Podwykonawcą lub dalszym podwykonawcą:

1) termin zapłaty wynagrodzenia Podwykonawcy lub dalszemu podwykonawcy nie może być dłuższy ~~niż 21~~ **niż 30** dni od dnia doręczenia Wykonawcy, Podwykonawcy lub dalszemu podwykonawcy faktury lub rachunku, potwierdzających wykonanie zleconej Podwykonawcy lub dalszemu podwykonawcy dostawy, usługi lub roboty budowlanej;

Zaskarżone postanowienie narusza zasadę proporcjonalności, gdyż termin płatności faktur Wykonawcy przez Zamawiającego wynosi 30 dni (§ 10 ust. 6), tymczasem Zamawiający nałożył termin 21 dni dla płatności na rzecz Podwykonawców dokonywanych przez Wykonawcę. Jest to oczywisty brak równowagi w ukształtowaniu obowiązków stron, w dodatku nieuzasadniony, bowiem interes Zamawiającego i tak jest chroniony obowiązkiem przedłożenia przez Wykonawcę oświadczeń o zaspokojeniu podwykonawców, a także innych uprawnień Zamawiającego (§ 8 ust. 9 Umowy).

#### 5) § 8 ust. 16 Umowy.

Udzielenie bezwzględnego uprawnienia Zamawiającemu do zaspokojenia się z zabezpieczenia Wykonawcy w przypadku zasądzenia należności na rzecz podwykonawcy bez względu na udział i postawę Zamawiającego w tym postępowaniu, a także bez względu na poinformowanie o tym postępowaniu Wykonawcy (§ 8 ust. 16 Umowy);

Wnioskowane brzmienie postanowienia:

*Jeśli pomimo dochowania przez Zamawiającego powyższych postanowień zostanie wydany tytuł egzekucyjny przeciwko Zamawiającemu zasądzący zapłatę od Zamawiającego na rzecz Podwykonawcy na podstawie art. 647(1) §5 Kodeksu cywilnego lub przepisów Pzp, w oparciu o okoliczność niezapłacenia należności na rzecz tego Podwykonawcy lub dalszego podwykonawcy przez Wykonawcę, **to - pod warunkiem, że Zamawiający poinformuje Wykonawcę na początku procesu sądowego o jego wszczęciu i umożliwi Wykonawcy niezbędne działanie w tym procesie, jak również sam będzie uczestniczył w tym procesie** - Zamawiający zaspokoiwszy należności zasądzone od niego tytułem egzekucyjnym, będzie uprawniony w pierwszej kolejności skorzystać z zabezpieczenia wykonania w zakresie równym takim zaspokojonym przez Zamawiającego należnościom, a w przypadku, gdy zabezpieczenie nie pokryje całości jego zabezpieczenia, przysługuje mu prawo żądania pokrycia pozostałej części przez Wykonawcę.*

Zaskarżone postanowienie w sposób blankietowy zobowiązuje Wykonawcę do zgody na zaspokojenie się z jego zabezpieczenia i zapłaty na rzecz Zamawiającego. Tymczasem, bez uszczerbku dla uzasadnionego interesu Zamawiającego, aby również uwzględnić interes Wykonawcy, powinno zawierać postulowane rozwiązania.

#### 6) § 10 ust. 2 Umowy.

Pominięcie, że wynagrodzenie umowne obejmuje tylko te koszty, które Wykonawca działając ze starannością profesjonalisty mógł przewidzieć na podstawie dokumentacji przetargowej i analizy istniejących na moment złożenia oferty warunków realizacyjnych (§ 10 ust. 2 Umowy);

Wnioskowane brzmienie postanowienia:

*Wynagrodzenie, o którym mowa w ust. 1 niniejszego paragrafu obejmuje wszelkie koszty, jakie poniesie Wykonawca celem wykonania przedmiotu umowy, w szczególności: koszty uzyskania pozwoleń, koszty robót budowlanych, koszty ewentualnych projektów zamiennych, projektów technologicznych i projektów warsztatowych, koszty sprzętu i wyposażenia, koszty transportu i ubezpieczenia oraz wszelkie opłaty, **które Wykonawca mógł działając ze starannością profesjonalisty przewidzieć na podstawie dokumentacji przetargowej i analizy istniejących na moment złożenia oferty warunków realizacyjnych.***

Zaskarżone postanowienie również podobnie jak § 4 ust. 5 i 6 oraz § 5 ust. 10 Umowy narusza zasadę proporcjonalności oraz nakłada na Wykonawcę niezidentyfikowane, nie dające się wycenić ryzyka, co wiąże się z nieprecyzyjnym opisem przedmiotu zamówienia w tym zakresie.

#### 7) § 11 ust. 4 pkt 3, ust. 5 pkt 12 Umowy.

Uzależnienie odbiorów końcowych od usunięcia wszystkich usterek, a nie tylko wad o istotnym charakterze (§ 11 ust. 4 pkt 3, ust. 5 pkt 12 Umowy);

Wnioskowane brzmienie postanowienia:

- § 11 ust. 4 pkt 3)

*4. Zgłoszenie gotowości do odbioru końcowego inwestycji może być dokonane tylko po:*

*3) **potwierdzeniu usunięcia usterek wykazanych podczas przeglądu technicznego wad o istotnym charakterze.***

- § 11 ust. 5 pkt 12)

5. *Przed odbiorem końcowym inwestycji Wykonawca przedłoży Zamawiającemu, w szczególności:*

12) *protokół z usunięcia ~~usterek~~ **wad o istotnym charakterze.***

Zaskarżone postanowienia Umowy stwarzają Zamawiającemu uprawnienie do odmowy przystąpienia do odbioru robót w przypadku wystąpienia wad nieistotnych, co **w rzeczywistości statuuje odbiór bezusterkowy**. Zgodnie z przepisami kodeksu cywilnego Zamawiający ma uprawnienie do braku odbioru robót, ale tylko w przypadku wystąpienia wad istotnych. W związku z tym Wykonawca wniósł w tym zakresie o zmianę tego postanowienia.

Reasumując, Zamawiający nie jest uprawniony do odmowy do przystąpienia, a w tym do odbioru robót od Wykonawcy w przypadku jakichkolwiek wad w wykonanych robotach, lecz tylko w razie wad istotnych. W pozostałym zakresie jest zobowiązany dokonać odbioru z jednoczesnym wskazaniem wykrytych wad wraz z ustaleniem terminu ich usunięcia. W przeciwnym przypadku zachodziłaby sprzeczność odpowiednich postanowień umowy z przepisami art. 647, 654 i 656 § 1 Kc oraz z naturą stosunku prawnego umowy o roboty budowlane (art. 353(1) Kc), powodująca ich częściową nieważność z mocy prawa (art. 58 § 3 Kc).

Reprezentatywnym przykładem linii orzeczniczej w tej sprawie jest Wyrok Sądu Najwyższego z 22.06.2007 r. V CSK 99/07. Zgodnie z jego tezą: „1. *Inwestor ma obowiązek odbioru obiektu budowlanego wykonanego zgodnie z projektem i zasadami wiedzy technicznej. 2. Strony umowy o roboty budowlane nie mogą uzależnić wypłaty wynagrodzenia należnego wykonawcy od braku jakichkolwiek usterek.*”.

A także wyrok Sądu Apelacyjnego w Białymstoku z 04.04.2014 r. I ACa 860/13:

„Wykonanie robót budowlanych z wadami nie może być utożsamiane z ich niewykonaniem i nie rodzi po stronie zamawiającego uprawnienia do odmowy odbioru robót. Przyjmuje się, że odmowa odbioru będzie uzasadniona jedynie w przypadku, gdy przedmiot zamówienia będzie mógł być kwalifikowany jako wykonany niezgodnie z projektem i zasadami wiedzy technicznej lub wady będą na tyle istotne, że obiekt nie będzie się nadawał do użytkowania. Wobec zgłoszenia zakończenia robót i braku uzasadnionych podstaw do odmowy odbioru, a także do skorzystania z uprawnienia do domagania się obniżenia wynagrodzenia strona jest zobowiązana do odbioru robót i do świadczenia pełnego wynagrodzenia wynikającego z umowy.”

Reasumując, należy przytoczyć także najnowsze orzecznictwo KIO (Wyrok KIO z 13.12.2019, KIO 2416/19), które potwierdza, że „(...)nadużyciem ze strony Zamawiającego jest sformułowanie w treści projektu umowy postanowienia umożliwiającego Zamawiającemu odmowę dokonania odbioru końcowego, w sytuacji

stwierdzenia w toku tego odbioru jakiegokolwiek, nawet drobnej usterki czy też wady (...)"

Powyższe potwierdza zasadność wniosków Wykonawcy o zmianę Umowy w zakresie powyżej wskazanym.

**8) §12 ust. 4 pkt 2) lit. a i b, § 14 ust. 7, 8, 9, 10 Umowy.**

Wprowadzenie krótkich i sztywnych terminów usunięcia wad, bez możliwości przedłużenia terminów w przypadku uzasadnionych przesłanek technologicznych (§12 ust. 4 pkt 2) lit. a i b, § 14 ust. 7, 8, 9, 10 Umowy);

Wnioskowane brzmienie postanowienia:

- § 12 ust. 4 pkt 2)

2) Wykonawca zobowiązany jest do usunięcia na swój koszt i we własnym zakresie stwierdzonych wad, w terminach określonych poniżej:

a) wady uniemożliwiające korzystanie z przedmiotu umowy lub jego elementów - w terminie 3 dni od daty otrzymania zawiadomienia, o którym mowa powyżej,

b) wady utrudniające korzystanie z przedmiotu umowy lub jego elementów - w terminie 14 dni od daty otrzymania zawiadomienia, o którym mowa powyżej,

c) wady nieistotne - w terminie 30 dni od daty otrzymania zawiadomienia, o którym mowa powyżej, ~~a w wyjątkowych wypadkach, w innym uzasadnionym technologicznie terminie wyznaczonym przez Zamawiającego~~ **w każdym z tych przypadków [lit. a) do c)] w terminie dłuższym uzgodnionym przez strony i zaakceptowanym przez Zamawiającego mając na uwadze technologiczne możliwości usunięcia stwierdzonych wad.**

- § 14 ust. 7

7. W przypadku, gdy w trakcie okresu gwarancyjnego została ujawniona jakakolwiek wada, Wykonawca rozpocznie prace naprawcze na swój własny koszt, w terminie nie późniejszym niż 2 dni robocze od daty zgłoszenia wady lub awarii przez Zamawiającego, chyba że przystąpienie do usunięcia wad jest niemożliwe z przyczyn niezależnych od Wykonawcy, **w szczególności z przyczyn (technicznych) technologicznych.** W przypadku nieprzystąpienia do prac naprawczych w terminie, o którym mowa powyżej, Zamawiający może wykonać prace naprawcze na koszt i ryzyko Wykonawcy, korzystając przy tym również z usług osób trzecich bez utraty swoich praw z tytułu rękojmi lub gwarancji – **nie dotyczy to przypadku, gdy przystąpienie do usunięcia wad jest niemożliwe z przyczyn niezależnych od Wykonawcy, o których mowa w zdaniu poprzednim.**

- § 14 ust. 8

8. Wykonawca zobowiązany jest usunąć zgłoszone wady i awarie w terminie 5 dni od daty zgłoszenia wad lub awarii Sprzętu, a w przypadku konieczności sprowadzenia części spoza granic Rzeczypospolitej Polskiej – 10 dni. Strony mogą na piśmie zgodnie ustalić inny termin w przypadku, gdy z przyczyn technicznych (**technologicznych**) nie jest możliwe zachowanie terminów wskazanych w zdaniu poprzednim.

- § 14 ust. 9

9. W przypadku, gdy okres usunięcia wad lub awarii dotyczących sprzętu przekroczy 10 dni liczonych od daty zgłoszenia wady, Zamawiający może, bez konieczności uprzedniego uzyskania zezwolenia Sądu wykonać prace naprawcze na koszt i ryzyko Wykonawcy (wykonanie zastępcze), korzystając przy tym również z usług osób trzecich bez utraty swoich praw z tytułu rękojmi lub gwarancji - **nie dotyczy to przypadku, gdy usunięcie wad lub awarii jest niemożliwe z przyczyn niezależnych od Wykonawcy, o których mowa w ust. 8.**

- § 14 ust. 10

10. Zamawiający ma prawo obciążyć Wykonawcę karą umowną za każde zgłoszenie, w wysokości:

1) 2000,00 zł w przypadku, gdy okres usunięcia wady lub usterki dotyczącej sprzętu przekroczy okresy wskazane w ust. 7 niniejszego paragrafu, liczone od daty zgłoszenia wady lub awarii, za każdy dzień zwłoki, nie więcej niż 2 % wartości wynagrodzenia netto, o którym mowa w §10 ust.1 niniejszej umowy, **nie dotyczy to przypadku gdy przystąpienie do usunięcia wad lub ich usunięcie jest niemożliwe z przyczyn niezależnych od Wykonawcy, o których mowa w ust. 7 i 8.**

2) 1000,00 zł w przypadku niezapewnienia części zamiennych w okresie wskazanym w ust. 13 niniejszego paragrafu, za każdą niezapewnioną część zamienną lub wyposażenia eksploatacyjnego sprzętu oddzielnie, nie więcej niż 2 % wartości wynagrodzenia netto, o którym mowa w §10 ust.1 niniejszej umowy, **nie dotyczy to przypadku gdy zapewnienie części zamiennych jest niemożliwe z przyczyn niezależnych od Wykonawcy, w szczególności z przyczyn technologicznych.**

Zaskarżone postanowienia zbyt rygorystycznie podchodzą do kwestii terminowości w przystępowaniu do usunięcia wad, jak i samego ich usunięcia. Zdarzają się okoliczności, że Wykonawca pomimo zachowania należytej staranności, bez swojej winy nie będzie w stanie dotrzymać terminów umownych, choćby w przypadku wystąpienia przyczyn technologicznych uniemożliwiających dotrzymanie terminu. To powoduje, że takie argumenty Wykonawcy powinny zostać uwzględnione i nie powodują w żaden sposób naruszenia interesu Zamawiającego, a przede wszystkim nie udzielają Wykonawcy nieuzasadnionej i zbyt daleko idącej ochrony prawnej.

**9) § 14 ust. 17 Umowy.**

Wprowadzenie postanowień ograniczających Wykonawcę w określaniu warunków serwisowania i konserwacji wyposażenia, urządzeń/sprzętu oraz systemów lub w ogóle pozbawiających go tego uprawnienia (§ 14 ust. 17 Umowy);

W tym zakresie Odwołujący wniósł o wykreślenie zaskarżonego postanowienia o treści.

~~17. Warunki gwarancji na sprzęt nie mogą ograniczać Zamawiającego w zleceniu podmiotom trzecim w stosunku do producenta, dostawcy czy Wykonawcy serwisu i konserwacji, jak również nie mogą zawierać regulacji powodujących wygaśnięcie gwarancji w przypadku świadczenia serwisu i konserwacji przez podmioty trzecie w stosunku do producenta, dostawcy czy Wykonawcy.~~

Wprowadzenie tego postanowienia w nieuzasadniony sposób ogranicza Wykonawcę w doborze niezbędnych środków i metod zapewnienia wykonywania obowiązków w okresie gwarancji jakości i rękojmi za wady. Nieuprawniona ingerencja Zamawiającego i niewłaściwy dobór podmiotów ingerujących w przedmiot zamówienia może mieć wpływ na poprawność jego funkcjonowania i użyteczność. Dlatego takie ograniczanie uprawnień Wykonawcy jest niezrozumiałe i nieuzasadnione biorąc pod uwagę, że to na Wykonawcy w dużej mierze spoczywa ciężar i odpowiedzialność za prawidłowe funkcjonowanie przedmiotu umowy w okresie po odbiorze końcowym.

Wykonawca jako gwarant udziela gwarancji i decyduje o tym, w jakim zakresie chce przejąć na siebie ryzyko i zapewnienie określonego stanu obiektu. Treść stosunku gwarancji jest, zgodnie z art. 577 § 1 kc, kształtowana przez umowę. Wręczenie dokumentu gwarancyjnego i jego przyjęcie przez nabywcę powoduje powstanie stosunku obligacyjnego pomiędzy wystawcą tego dokumentu i nabywcą rzeczy (por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 27 kwietnia 2012 r., V CSK 166/11). Wedle wyroku Sądu Apelacyjnego w Warszawie samo umieszczenie w umowie sprzedaży postanowienia o udzieleniu gwarancji kupującemu na odpowiedni okres i zapowiedź dostarczenia kontrahentowi odpowiedniej karty gwarancyjnej (dokumentu gwarancyjnego) w okresie trwania stosunku sprzedaży (np. w chwili uruchomienia sprzedanej maszyny) nie tworzy jeszcze dostatecznych podstaw do przyjęcia, że między stronami doszło do ukształtowania stosunku gwarancji o treści określonej w art. 577 k.c. i n. W tym zakresie niezbędne byłoby pojawienie się jeszcze dalszego zdarzenia prawnego, a mianowicie - wydanie, a przynajmniej udostępnienie kupującemu odpowiedniego dokumentu zawierającego warunki (postanowienia) udzielonej gwarancji. Nie miałyby przy tym decydującego znaczenia sama nazwa takiego dokumentu i miejsce umieszczenia warunków gwarancji (por. wyrok SA w Warszawie z dnia 12 stycznia 2015 r., I ACa

1066/14, LEX nr 1667645). **Sposób używania rzeczy przez beneficjenta gwarancji ma kluczowe znaczenie w zakresie utrzymania jej warunków i ewentualnej odpowiedzialności Wykonawcy.** W orzecznictwie ugruntowany jest pogląd, że odpowiedzialność z tytułu gwarancji jest wyłączona, gdy zostanie wykazane, że wady towaru (robót) wynikają z przypadku, winy osoby trzeciej, **niewłaściwego użytkownika rzeczy, braku odpowiedniej konserwacji, nieprawidłowego korzystania lub obsługi.** Przyczyny wyłączające odpowiedzialność udzielającego gwarancji muszą występować po stronie uprawnionego z gwarancji lub wynikać z okoliczności niezależnych od zobowiązanego.

Gwarant może swobodnie określić warunki i ograniczenia gwarancji. Nie istnieje „nieograniczone zobowiązanie gwarancyjne”, którego w żaden sposób nie da się zawęzić. Gwarancja jakości jest bowiem objęta zasadą swobody umów – to oznacza, że gwarant może swobodnie określić warunki gwarancji jakości. Znajduje to odzwierciedlenie w orzecznictwie sądów powszechnych i Sądu Najwyższego: „**Stosunek gwarancji ma charakter umowny i podlega zasadzie swobody umów, co oznacza, że treść zobowiązania gwaranta może być co do zasady określona swobodnie, co umożliwi również ograniczenia obowiązków z gwarancji**”<sup>12</sup>.

#### 10) § 16 ust. 18 pkt 8 Umowy.

Wprowadzenie zbyt krótkich terminów reakcji serwisowych i terminów usunięcia błędu i/ lub usterki, bez uwzględnienia przedłużenia terminów w przypadku uzasadnionych przesłanek technologicznych (§ 16 ust. 18 pkt 8 Umowy);

Wnioskowane brzmienie postanowienia:

*8) usługi serwisowe realizowane będą z zachowaniem następujących parametrów:*

*a) dostępność serwisu we wszystkie dni kalendarzowe, przez 24 godziny/h – w okresie trwania umowy,*

*b) czas reakcji serwisu – **24 36** godziny - w okresie trwania umowy,*

*c) czas usunięcia błędu i/lub usterki – do 2 dni roboczych od momentu zgłoszenia (przy konieczności sprowadzenia części do 4 dni roboczych) – w okresie trwania umowy; **z uzasadnionych względów technologicznych termin ten może zostać wydłużony.***

Zaskarżone postanowienia zbyt rygorystycznie podchodzą do kwestii terminowości reakcji serwisowania oraz usunięcia błędów lub usterek. Podobnie jak w przypadku postanowień z zarzutu nr 8 zdarzają się okoliczności, że Wykonawca pomimo

<sup>12</sup> Wyrok Sądu Apelacyjnego w Gdańsku z dnia 23 września 2009 roku, sygn. akt I ACa 712/2009; Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 16 kwietnia 2003 roku, sygn. akt I CK 599/03.



zachowania należytej staranności, bez swojej winy nie będzie w stanie dotrzymać terminów umownych, choćby w przypadku wystąpienia przyczyn technologicznych uniemożliwiających dotrzymanie terminu. To powoduje, że takie argumenty Wykonawcy powinny zostać uwzględnione i nie powodują w żaden sposób naruszenia interesu Zamawiającego, a przede wszystkim nie udzielają Wykonawcy nieuzasadnionej i zbyt daleko idącej ochrony prawnej.

#### 11) § 18 ust. 1 pkt 3 Umowy.

Przewidzenie kary umownej w wysokości aż 2 % całości wynagrodzenia za stwierdzenie nieistotnych wad niemożliwych do usunięcia, i to w przypadku, gdy wobec stwierdzenia takiej wady wynagrodzenie i tak zostaje obniżone o wartość tej wady (§ 18 ust. 1 pkt 3 Umowy);

W tym zakresie Odwołujący wniósł o wykreślenie zaskarżonego postanowienia o treści.

~~3) w sytuacji określonej w §11 ust. 8 pkt 2) niniejszej umowy, z tytułu samego faktu istnienia wad w przedmiocie odbioru w wysokości 2% wynagrodzenia netto, o którym mowa w §10 ust. 1 niniejszej umowy;~~

Przewidziana kara umowna stanowi podwójne ukaranie Wykonawcy. Po pierwsze w przypadku stwierdzenia niemożliwej do usunięcia nieistotnej wady (§ 11 ust. 8 Umowy) zostanie odpowiednio obniżone wynagrodzenie. Tymczasem zaskarżone postanowienie wprowadza dodatkowo jeszcze sankcję w postaci kary umownej i w wysokości 2 % całości wynagrodzenia. Jest to niezrozumiałe, tym bardziej, że **dotyczy wady nieistotnej**. Przenosząc to na realia funkcjonowania inwestycji, może się zdarzyć, że Wykonawca wykona jakiś element obiektu w sposób niewłaściwy (np. jego wymiary będą minimalnie inne), co zostanie zakwalifikowane jako wada nieistotna i z tego tytułu zostanie potrącone jego wynagrodzenie w wysokości wartości tej wady. Wobec zaskarżonego postanowienia Zamawiający będzie miał jeszcze możliwość do nałożenia kary umownej i to w wysokości 2 % wynagrodzenia.

Takie uregulowanie tej kwestii jest rażąco sprzeczne z zasadą proporcjonalności, a kara umowna nie pełni funkcję stymulującą, a tylko i wyłącznie penalizującą, w dodatku prowadzącą do nieuzasadnionego wzbogacenia Zamawiającego – co również kłóci się z zasadami udzielania zamówień publicznych (art. 16 pkt 3 i art. 431 pzp). Kara umowna, podobnie jak odszkodowanie, którego jest surogatem nie może prowadzić do nieuzasadnionego wzbogacenia uprawnionego – tutaj Zamawiającego (wyrok SA w Katowicach, 17.12.2008 r.V ACa 483/08), tym bardziej, że w tym przypadku

wynagrodzenie Wykonawcy zostanie obniżone o wartość nieusuwalnej, nieistotnej wady, co samo w sobie będzie pełniło formę odszkodowania.

## 12) § 20 ust. 10 Umowy.

Pominięcie możliwości przedłużenia terminu w przypadku zasiedlenia rośliny i konieczności pozyskania stosownych zgód, uzależnienie zmiany umowy poprzez przedłużenie terminu wykonania zamówienia tylko w przypadku, gdy określone okoliczności wyłącznie uniemożliwiają terminowe wykonanie umowy, bez uwzględnienia samego wpływu tych okoliczności, który nie musi przejawiać się uniemożliwieniem wykonania umowy (§ 20 ust. 10 Umowy);

Wnioskowane brzmienie postanowienia:

- pkt 8) *W przypadku zasiedlenia roślin i konieczności pozyskania przez Wykonawcę stosownych zgód i ewentualnie przeniesienia gniazd.*
- *[ostatnie zdanie ust. 10] Okoliczności wskazane wyżej mogą stanowić podstawę zmiany terminu wykonania zamówienia tylko w przypadku, gdy uniemożliwiają wpływają na terminowe wykonanie umowy i tylko w zakresie tego wpływu.*

W zakresie dodania punktu 8, postulowana zmiana wynika z postanowień Zał. Nr 3 do SWZ Opisu przedmiotu zamówienia, które nakładają na Wykonawcę w pkt 8 str. 5 tego dokumentu następujące obowiązki.

*„Przed przystąpieniem do prac Wykonawca dokładnie sprawdzi, czy dana roślina nie jest zasiedlona. W przypadku zasiedlenia Wykonawca zobowiązany będzie do pozyskania stosownych zgód i ewentualnie do przeniesienia gniazd”.*

W zakresie ostatniego zdania ust. 10 postulowana zmiana zaskarżonego postanowienia ma na celu urealnienie możliwości zastosowania przesłanek zmieniających umowę w powołanym zakresie. W przypadku gdy okoliczności wymienione powyżej miałyby tylko uniemożliwiać terminowe wykonanie umowy, to w rzeczywistości zmiana umowy w oparciu o nie jest iluzoryczna, jeśli nie nawet pozorna. Jest tak dlatego, że w przeważającej większości przypadków rzadko zdarza się, że te okoliczności uniemożliwiają dotrzymanie terminu, częściej zachodzi sytuacja, że „tylko” wpływają na dotrzymanie tego obowiązku.

**13) § 20 ust. 11 Umowy.**

Wprowadzenie terminów na zgłoszenie okoliczności wpływających na zmianę umowy, których niedotrzymanie powoduje pozostawienie wniosku Wykonawcy bez rozpoznania (§ 20 ust. 11 Umowy);

Wnioskowane brzmienie postanowienia:

*11. Zmiany, o których mowa w ust. 2 i 3 pkt 1) niniejszego paragrafu, muszą zostać udokumentowane poprzez załączenie zdjęć, rysunków, raportów szkiców, badań laboratoryjnych. Pismo (wniosek) dotyczące w/w zmian wraz z uzasadnieniem, Strona występująca z wnioskiem zobowiązana jest złożyć drugiej stronie, w terminie ~~7~~ **14** dni od daty powzięcia wiadomości o takiej okoliczności. ~~Niespełnienie powyższych warunków będzie skutkowało pozostawieniem wniosku bez rozpatrzenia.~~ **Jeżeli uchybienie tego terminu spowodowało szkodę Zamawiającego lub ją powiększyło, to Wykonawca jest za nią odpowiedzialny.***

Zaskarżone rozwiązanie w nieuzasadniony sposób pozbawia Wykonawcę dochodzenie swoich uzasadnionych roszczeń. W dodatku termin na ich złożenie wynosi tylko 7 dni. Nie jest uzasadnione, aby niedotrzymanie terminu zgłoszenia wniosku o zmianę umowy (a w rzeczywistości roszczenia) było sankcjonowane utratą prawa do dochodzenia tych uprawnień w przyszłości, bo do tego zmierza pozostawienie wniosku Wykonawcy bez rozpoznania.

Postulowane zmiany nie prowadzą do sanowania i nagradzania nienależytej staranności Wykonawcy, bowiem wprowadzają sankcję za niedotrzymanie terminów zgłoszenia wniosków. Jednakże sankcja ta w postaci odpowiedzialności odszkodowawczej na zasadach ogólnych odpowiada zasadzie proporcjonalności i również zabezpiecza interes Zamawiającego.

**14) § 20 ust. 12 Umowy.**

Wprowadzenie postanowienia, że za przedłużenie terminu realizacji zamówienia Wykonawcy nie przysługuje dodatkowe wynagrodzenie (§ 20 ust. 12 Umowy);

Wnioskowane brzmienie postanowienia:

*12. ~~Za przedłużenie terminu realizacji zamówienia Wykonawcy nie przysługuje dodatkowe wynagrodzenie.~~ **Wykonawca jest uprawniony do żądania zmiany Wynagrodzenia należnego z tytułu realizacji zamówienia (obejmującego także koszty ogólne) oraz terminów realizacji zamówienia lub jego terminów pośrednich, odpowiednio w przypadkach określonych w ust. 10. Umowy. Wynagrodzenie dodatkowe (bezpośrednie koszty) będzie obliczone na podstawie średniej cen***

**wynikających z przedstawionych przez Wykonawcę trzech ofert z rynku wraz z rozsądnym zyskiem.**

Zaskarżone postanowienia w sposób jaskrawy i zupełnie nieuzasadniony pozbawia Wykonawcę możliwości wynagrodzenia realizację przedmiotu umowy. Jest oczywiste i wynika z natury zobowiązania (art. 353(1) w zw. z art. 647 kc), że Wykonawca odpłatnie realizuje umowę o roboty budowlane – wykonuje swoje obowiązki. Składając ofertę planuje swój budżet wraz z zakładanym zyskiem – co również oczywiste i wymagane (aby oferta była przemyślana i nie zawierała rażąco niskiej ceny). W skład planowanych wydatków wchodzi nie tylko koszty bezpośrednie, ale i koszty pośrednie (tzw. ogólne), związane z funkcjonowaniem budowy (np. koszty wynagrodzeń kadry przeznaczonej do wykonania zadania, koszty zaplecza budowy). Ich poniesienie jest jednak niezbędnym elementem związanym z wykonaniem obowiązków, bez nich nie można wykonać zadania zakładając. Inne podejście o tego zagadnienia powoduje, że przyjmujemy bezprawny pogląd, iż Wykonawca ma nie tylko zarobić na umowie, ale i dołożyć do tego zadania, czyli sfinansować w jakimś zakresie Zamawiającego.

Natomiast odniesienie się do średnich cen rynkowych wynikających z ofert pobranych z rynku, jest rozwiązaniem najuczciwszym, gdyż najbardziej oddaje poziom danych usług i materiałów. To powoduje, że ani Wykonawca, ani Zamawiający nie będą stratni na takim rozwiązaniu. To rynek najszybciej reaguje na zmiany cen, w szczególności szybciej niż wskaźniki SEKOCENBUD, które są ogłaszane z opóźnieniem i nie oddają ówczesnego poziomu cen. A wycena będzie dokonywana na czas, kiedy te roboty (nie objęte ofertą i przedmiotem zamówienia) byłyby wykonywane.

**15) § 20 ust. 13 Umowy.**

Wprowadzenie postanowienia, że zmiana terminu wykonania zamówienia nie może nastąpić w przypadkach zawinionych przez Wykonawcę, a więc bez uwzględnienia sytuacji, w której oprócz Wykonawcy również Zamawiający mógłby być zawiniony (§ 20 ust. 13 Umowy);

Wnioskowane brzmienie postanowienia:

*13. Zamawiający nie dopuszcza zmiany terminu wykonania zamówienia w przypadkach zawinionych **wyłącznie** przez Wykonawcę.*

Uzależnienie zmiany umowy w zakresie zmiany terminu wykonania od zawinienia Wykonawcy jest zrozumiałe, ale tylko o tyle, o ile jest to zawinienie wyłączone Wykonawcy. W innym przypadku jest to nieproporcjonalne nałożenie na Wykonawcę ryzyk, bowiem często zdarza się, że wina obciąża wiele podmiotów różnym zakresie, w

różnych częściach, np. inny podmiot niż Wykonawcę, choćby Zamawiającego, a Wykonawcę w pozostałym zakresie. Nie jest zatem uzasadnione, aby w takich przypadkach Wykonawca tak naprawdę ponosił całkowitą odpowiedzialność za zaistniałe zdarzenia wpływające na niedotrzymanie pierwotnego terminu.

#### 16) § 20 ust. 14 Umowy.

Wprowadzenie postanowienia, że termin wykonania umowy może ulec odpowiedniemu przedłużeniu o czas niezbędny do zakończenia wykonania jej przedmiotu w sposób należyty tylko w przypadku okoliczności wymienionych w ust. 2 § 20 Umowy, a nie w pozostałych przypadkach postanowieniach § 20, które również przewidują takie okoliczności (§ 20 ust. 14 Umowy);

Wnioskowane brzmienie postanowienia:

*14. W przypadku wystąpienia którejkolwiek z okoliczności wymienionych w ~~ust. 2 niniejszego paragrafu~~ **niniejszym paragrafie**, termin wykonania umowy może ulec odpowiedniemu przedłużeniu o czas niezbędny do zakończenia wykonania jej przedmiotu w sposób należyty.*

Zaskarżone postanowienie w niezrozumiały sposób ogranicza zmianę terminu wykonania umowy tylko do okoliczności podanych w ust. 2 tego paragrafu (a więc § 20). To postanowienie brzmi:

*„2. W uzasadnionych przypadkach strony dopuszczają wprowadzanie zmian w stosunku do technologii robót lub dokumentacji projektowej za zgodą Zamawiającego o ile poprawi to parametry przedmiotu zamówienia i nie spowoduje zwiększenia wynagrodzenia.*

*1) na wniosek wykonawcy i za zgodą zamawiającego mogą być dokonywane zmiany technologii wykonania elementów robót. W tym przypadku wykonawca przedstawia projekt zamienny zawierający opis proponowanych zmian, oraz rysunki. Projekt taki wymaga akceptacji nadzoru autorskiego i zatwierdzenia do realizacji przez Zamawiającego,*

*2) w przypadku gdy zachodzi potrzeba wykonania robót zamiennych lub zmiany technologii lub robót dodatkowych, nie przewidzianych w umowie, zamawiający sporządza protokół konieczności, a następnie dostarcza stanowisko nadzoru autorskiego lub dokumentację projektową na te roboty.”*

Tymczasem, aby spełniać swoją rolę powinno dotyczyć wszystkich okoliczności wskazanych w § 20. Treść zaskarżonego postanowienia prowadzi do tego, że w rzeczywistości iluzoryczne są przesłanki zmiany terminu.

**17) § 20 ust. 15 Umowy.**

Nałożenie na Wykonawcę obowiązku posłużenia się SEKOCENBUDem przy sporządzaniu kalkulacji do wyceny robót zamiennych/lub zmiany technologii lub robót dodatkowych, który to sposób nie oddaje wartości rynkowej danych robót (§ 20 ust. 15 Umowy);

Wnioskowane brzmienie postanowienia:

*W przypadku konieczności realizacji robót zamiennych i/lub zmiany technologii lub robót dodatkowych, z zastrzeżeniem zaistnienia przesłanek określonych art. 455 ust. 1 i 2 Pzp., Wykonawca zobowiązany jest opracować kalkulację cenową dla tych robót na podstawie średniej cen wynikających z przedstawionych przez Wykonawcę trzech ofert z rynku wraz z rozsądnym zyskiem kosztorysu szczegółowego sporządzonego w oparciu o średnie składniki cenotwórcze określone w publikacji SEKOCENBUD dla kwartału poprzedzającego wystąpienie konieczności wykonania tych robót, na podstawie programu typu Norma PRO. W przypadku o którym mowa w niniejszym ustępie dopuszcza się zmianę terminu wykonania przedmiotu umowy wskazanego w §2 ust. 3 niniejszej umowy.*

Przyjęcie przez Zamawiającego rozwiązania poprzez odniesienie się do wskaźników SEKOCENBUD nie jest miarodajne i z dużą dozą prawdopodobieństwa doprowadzi do pokrzywdzenia jednej ze stron (najczęściej tą stroną jest Wykonawca). Wskaźniki SEKOCENBUD ogłaszane są bowiem z opóźnieniem, dodatkowo w zaskarżonym postanowieniu przyjęte mają być składniki cenotwórcze dla kwartału poprzedzającego wystąpienie konieczności wykonania tych robót. Kwartał (w rzeczywistości będzie to dłuższy okres jaki minie od dnia, dla którego te składniki zostały obliczone do dnia wyceny) to zbyt długi okres, który może być adekwatny i miarodajny dla przygotowania rzetelnej i oddającej aktualne warunki wyceny. Dlatego przyjęcie średnich cen rynkowych wynikających z ofert pobranych z rynku, jest rozwiązaniem najuczciwszym, gdyż najbardziej oddaje poziom danych usług i materiałów – jeżeli chcemy wynagradzać Wykonawcę po cenach rynkowych, a nie zaniżonych (albo zawyżonych). To powoduje, że ani Wykonawca, ani Zamawiający nie będą stratni na takim rozwiązaniu. To rynek najszybciej reaguje na zmiany cen, w szczególności szybciej niż wskaźniki SEKOCENBUD, które są ogłaszane z opóźnieniem i nie oddają ówczesnego poziomu cen. Kluczowe bowiem jest to, że wycena będzie dokonywana na czas, kiedy te roboty (nie objęte ofertą i przedmiotem zamówienia) byłyby wykonywane.

**18) § 20 ust. 17, 18, 19, 20 Umowy.**

Wprowadzenie waloryzacji wynagrodzenia umownego dopiero po pierwszych 12 miesiącach licząc od dnia zawarcia umowy (§ 20 ust. 17 Umowy), przy osiągnięciu przez ceny produkcji budowlano – montażowej ogłaszanej w komunikacie Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego za pierwsze i kolejne 12 miesięcy realizacji niniejszej Umowy co najmniej 5 % (§ 20 ust. 18 Umowy), przeprowadzenie przez Zamawiającego zmiany wynagrodzenia dopiero po 50 dniach po każdym kwartale (§ 20 ust. 19 Umowy), wprowadzenie limitu zmiany wynagrodzenia w wysokości 7 % wynagrodzenia (§ 20 ust. 20 Umowy).

Wnioskowane brzmienie postanowienia:

- § 20 ust. 17

*Wykonawca może wnioskować o zmianę wysokości wynagrodzenia w przypadku zmiany ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją umowy, po upływie ~~12~~ 6 miesięcy licząc od dnia zawarcia umowy, oraz nie częściej niż po upływie kolejnych ~~12~~ 6 miesięcy od dnia zawarcia aneksu zmieniającego wysokość wynagrodzenia Wykonawcy.*

- § 20 ust. 18

*Wykonawca może wnioskować o zmianę wysokości wynagrodzenia w przypadku, gdy wskaźnik zmiany cen produkcji budowlano – montażowej ogłaszany w komunikacie Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego (o którym mowa poniżej) za pierwsze i kolejne ~~12~~ 6 miesięcy realizacji niniejszej Umowy będzie wyższy niż ~~5~~ 2%.*

- § 20 ust. 19

Zmiana wynagrodzenia Wykonawcy będzie następowała w odniesieniu do wskaźnika zmiany cen materiałów lub kosztów (średniorocznego wskaźnika cen produkcji budowlano – montażowej) ogłaszanego w komunikacie Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego w Dzienniku Urzędowym GUS w terminie do ~~50~~ 30 dni po każdym kwartale, na podstawie ustawy z dnia 2 kwietnia 2009 r. o zmianie ustawy o poręczeniach i gwarancjach udzielanych przez Skarb Państwa oraz niektóre osoby prawne, ustawy o Banku Gospodarstwa Krajowego oraz niektórych innych ustaw.

- § 20 ust. 20

Łączna maksymalna wartość zmiany wynagrodzenia Wykonawcy może wynieść ~~7~~ 50 % wynagrodzenia Wykonawcy ustalonego w dacie zawarcia niniejszej Umowy.

Zamawiający zgodnie z art. 439 PZP postanowienia dotyczące zasad wprowadzania zmian wysokości wynagrodzenia należnego wykonawcy, w przypadku zmiany ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia. Co prawda ujęto postanowienia jakie wymienia art. 439 ust. 2 PZP, jednakże sposób ich sformułowania powoduje, że w rzeczywistości możliwość skorzystania przez Wykonawcę z



dobrodziejstw waloryzacji będzie bardzo utrudniona, jeśli nie nawet iluzoryczna. Wynika to bowiem ze wskaźników, jak i innych elementów określonych w zaskarżonych postanowieniach.

Po pierwsze, skorzystanie z waloryzacji dopiero po upływie 12 miesięcy powoduje, że **pierwsze 12 miesięcy kontraktu jest wyłączone z waloryzacji**. Co więcej przy założeniu, że czas przeznaczony na realizację zamówienia wynosi 24 miesiące, to powoduje, że połowa czasu realizacji umowy nie podlega waloryzacji.

Po drugie, zupełnie nieuzasadnione, w szczególności rynkowo (ekonomicznie) jest uzależnienie możliwości kolejnej waloryzacji od upływu 12 miesięcy od poprzedniej. Zważywszy na fakt, że czas przeznaczony na realizację zamówienia wynosi 24 miesiące, to uprawnienie do kolejnej waloryzacji nie jest iluzoryczne, a jest w rzeczywistości niemożliwe (przy założeniu braku zmiany terminu).

Po trzecie, wymóg, aby wskaźnik zmiany cen produkcji budowlano – montażowej ogłaszany w komunikacie Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego za pierwsze i kolejne 12 miesięcy realizacji Umowy był wyższy niż 5 % jest nadwyraz restrykcyjny, zwłaszcza biorąc pod uwagę wartość kontaktu.

Nie jest również uzasadnione, aby zmiana wynagrodzenia następowała w okresie aż 50 dni po każdym kwartale. Wykonawca uważa, że termin 30 dniowy jest adekwatny do tego zagadnienia, bowiem uwzględnia nie tylko potrzeby Zamawiającego, ale i interes Wykonawcy.

Wykonawca nie znajduje żadnego uzasadnienia, dla którego wysokość waloryzacji miałaby zostać ograniczona do akurat (tylko) 7 % wynagrodzenia Wykonawcy. Dlatego Wykonawca postuluje o zwiększenie tego limitu do 50 % wynagrodzenia Wykonawcy. Jeśli waloryzacja ma faktycznie spełniać swoją rolę, a więc zapobiegać nadmiernemu pokrzywdzeniu Wykonawcy, to nie limit zmian wynagrodzenia nie powinien być tak drastycznie niski.

Reasumując postanowienia dotyczące waloryzacji powinny również odpowiadać zasadzie proporcjonalności, z tych względów Wykonawca wnioskuje o ich zmianę, zgodnie z zawartymi wnioskami.

### **19) pkt 3, str. 3 Zał. Nr 3 Opis przedmiotu zamówienia.**

Wprowadzenie zasady, że każda niespójność umowy będzie interpretowana na korzyść Zamawiającego, to znaczy w kierunku obciążenia Wykonawcy obowiązkiem.

W tym zakresie Odwołujący wniósł o wykreślenie zaskarżonego postanowienia o treści (tylko fragment przekreślony do usunięcia):

*W szczególności w przypadku zaistnienia jakichkolwiek wątpliwości lub sprzeczności w treści dokumentów, należy mieć na względzie, iż zamiarem Zamawiającego i celem Dokumentacji Przetargowej jest zapewnienie najlepszej jakości i funkcjonalności obiektów stanowiących przedmiot postępowania oraz zgodności przedmiotu zamówienia z obowiązującymi normami i przepisami. ~~Pierwszeństwo będzie nadawać się znaczeniu stwierdzającemu istnienie obowiązku, pomijać się będzie zaś znaczenia zmierzające do zwolnienia Wykonawcy z realizacji obowiązku.~~*

O ile Wykonawca rozumie i zgadza się z pierwszą częścią tego postanowienia (dwa pierwsze zdania), gdyż bliski jest mu postulat zapewnienia najlepszej jakości i funkcjonalności przedmiotu Umowy, to nie może się zgodzić na pozostałą treść tego postanowienia. Otóż, wprowadzanie swoistej reguły interpretacyjnej w myśl art. 65 kc jest niedopuszczalne. Wynika to z tego, że o ile Wykonawca dopuszcza nieścisłości, czy rozbieżności pomiędzy poszczególnymi dokumentami składającymi się na dokumentację przetargową, które trzeba w jakiś sposób usunąć (czy to postulatem największej jakości przedmiotu umowy, czy rozmowami pomiędzy Stronami, czy też w wyniku hierarchii dokumentów). To zupełnie niezrozumiałe jest jednak przypisywanie Wykonawcy obowiązku w przypadku wątpliwości co do jego istnienia. Tym bardziej, skoro to Zamawiający odpowiada za przygotowaną dokumentację albo gdy owe rozbieżności czy nieścisłości mogą według Zamawiającego występować w tym samym dokumencie. Takie podejście nie jest uzasadnione, ani celem zamówienia, ani okolicznościami postępowania.

Zaskarżone postanowienia narusza zarówno zasadę współdziałania (współpracy) obu stron umowy (art. 431 PZP), jak i zasadę proporcjonalności (art. 16 pkt 3 PZP).

Jednak przede wszystkim narusza zasadę przejrzystości (art. 16 pkt 2 PZP). Wykonawca nie jest autorem Umowy i nie powinien ponosić odpowiedzialność za brak precyzji jej postanowień, który to zarzut był już podnoszony w odwołaniu. Tymczasem takim postanowieniem Zamawiający próbuje blankietowo usprawiedliwić wszelkie, ewentualne niedociągnięcia i nieścisłości Umowy. Warto przytoczyć w tym miejscu pogląd Sądu Apelacyjnego w Warszawie w wyroku z dnia 3 grudnia 2019r., I ACa 266/19, w którym sąd stwierdził, że „Konsekwencje zaniechania sporządzenia przez zamawiającego opisu przedmiotu zamówienia w sposób odpowiadający wymogom art. 29 ust. 1 p.z.p. nie mogą być następczo przerzucane na wykonawcę”. Istotne jest również stanowisko Sądu Najwyższego w wyroku z dnia 29 kwietnia 2016r., I CSK 306/15: „Wątpliwości interpretacyjne, które nie dają się usunąć w drodze ogólnych dyrektyw wykładni oświadczeń woli, powinny być rozstrzygnięte na niekorzyść strony, która zredagowała tekst je wywołujący (*in dubio contra proferentem*). Ryzyko nie

dających się usunąć w drodze ogólnych dyrektyw wykładni oświadczeń woli niejasności tekstu umowy powinna ponieść ta strona, która tekst zredagowała.”

W całym postępowaniu Zamawiający oczekuje od Wykonawcy profesjonalizmu tymczasem takimi postanowieniami, Zamawiający sam zwalnia się nie tylko od działania jak podmiot zawodowy zajmujący się tego typu czynnościami (profesjonalny zamawiający), ale nawet od zwykłej należytej staranności. Bo jak inaczej tłumaczyć taką treść proponowanych postanowień. Wykonawca stoi na stanowisku, że skoro od Wykonawcy oczekuje się działania na należyłym, wskazanym w Umowie poziomie profesjonalisty, to i od Zamawiającego nie tylko można, ale i trzeba tego oczekiwać.

## VII. Podsumowanie.

Wszystkie podniesione zarzuty wychodzą i skupiają się wokół art. 16 PZP oraz art. 431 PZP i zasad nich wpływających.

Bowiem zasady wyrażone w art. 16 pzp wymagają, aby wszystkie informacje niezbędne do złożenia prawidłowej, zgodnej z wymaganiami Zamawiającego, a jednocześnie konkurencyjnej oferty, były dostępne wykonawcom na równych prawach. Źródłem wiedzy wykonawców jest specyfikacja (istotnych) warunków zamówienia oraz wyjaśnienia udzielone w toku postępowania. **Zakres robót i świadczeń – możliwość (ryzyko) ich wystąpienia, rozmiar, ilość, konieczność ich wykonania – nie może być pozostawiony domyślności Wykonawcy, podobnie jak zakres nałożonej nań odpowiedzialności.**

KIO w orzeczeniu z dnia 1 sierpnia 2013 r. o sygn. KIO 1711/13 dostrzega, iż [art. 7 poprzedniej ustawy PZP można traktować jako odpowiednik art. 16 PZP]:

Zamawiający nie może wymagać aby oferta wykonawcy polegała na „ryzykanctwie czy hazardzie wykonawców, a nie na obliczeniu danych oraz wycenieniu ryzyk, które mogą zaistnieć podczas wykonania umowy. W efekcie zbyt ostrożne określenie ceny ofertowej może przynieść zbędne poniesienie wysokich kosztów przez zamawiającego podczas realizacji zamówienia, gdy nie zaistnieją negatywne dla wykonawcy okoliczności, a zbyt ryzykanckie określenie ceny ofertowej może przynieść straty dla wykonawcy, a ich widmo może powstrzymać wykonawcę przed złożeniem oferty, czyli wpłynie na brak zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, co jest naruszeniem zasady zamówień publicznych w art. 7 ust. 1 Ustawy.”

Taka sytuacja nie tylko narusza podstawowe zasady prowadzenia postępowania wskazane w art. 16 PZP – uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, ale przede wszystkim prowadzi do składania ofert nieporównywalnych co do rozmiarów świadczenia. Brak dokładnego, precyzyjnego opisu przedmiotu zamówienia przy

jednoczesnym przerwaniu na wykonawców bliżej niesprecyzowanych ryzyk wynikających z owych niedomagań opisu przedmiotu zamówienia, skutkuje brakiem wiedzy co do sposobu dokonania wyceny oferty, bowiem niewiadomą pozostaje co i w jakich ilościach, wielkościach winno być w cenie ujęte, a co jest zbędne. Na etapie oceny ofert braki we wskazanym zakresie będą skutkować całkowitą niemożnością rzetelnego porównania ofert konkurencji, gdyż każdy wykonawca przyjmie odmienne założenia i odmienny zakres robót lub czynności oraz ryzyk do wyceny.

Powyższe z kolei nieodłącznie związane jest z **naruszeniem zasady proporcjonalności (adekwatności) rozwiązań zastosowanych przez Zamawiającego**. Bowiern obowiązki nałożone na Wykonawcę są zbyt rygorystyczne, w kształcie i treści zaproponowanej uwzględniają tylko źle pojęty interes Zamawiającego i jako takie nie wytrzymują próby spełniania warunków, które uwzględniają zasadę proporcjonalności środków i metod zastosowanych przez Zamawiającego.

Z tych względów, wnoszę o uwzględnienie odwołania.

Załączniki:

1. odpis pełnomocnictwa z dowodem uiszczenia opłaty skarbowej,
2. odpis Odwołującego z KRS,
3. dowód uiszczenia wpisu,
4. dowód przesłania kopii Odwołania Zamawiającemu.