

Załącznik nr 1 – Tabela nr 1 do Odwołania BUDIMEX S.A. z 12 lutego 2024 r.

| Postanowienie/ LP.                                       | Obecne brzmienie postanowienia projektowanych postanowień umowy   | Zakres żądanej zmiany treści projektowanych postanowień umowy   | Uzasadnienie / Naruszenie   |
|--|---|---|---|
| <p><b>Lp. 1</b></p> <p>Załącznik nr 3 do Wzoru Umowy</p> | <p>Zamawiający, przewiduje możliwość jednorazowej zmiany wysokości wynagrodzenia w przypadku zmiany cen materiałów i kosztów zawiązanych z realizacją niniejszej umowy. Zmiany wysokości wynagrodzenia będą dokonywane według zasad opisanych poniżej:</p> <p>(1) Każda ze Stron może żądać zmiany wynagrodzenia należnej za wykonanie usług i robót wchodzących w skład Przedmiotu Umowy (odpowiednio podwyższenia lub obniżenia) w przypadku zmiany cen materiałów lub kosztów wyrażającej się zmianą wskaźnika cen produkcji budowlano-montażowej (zmiana cen w porównaniu z analogicznym miesiącem roku poprzedniego), zamieszczanego przez GUS w formie informacji sygnałnej na stronie stat.gov.pl (strona główna&gt;obszary tematyczne&gt;Ceny.Handel&gt;Wskaźniki cen) o ponad 5 %. Zmiana wynagrodzenia, o której mowa powyżej może być dokonana jedynie w oparciu o informację sygnałną ogłoszoną w okresie realizacji Umowy, o którym mowa w § 2 ust. 1 lit. c Umowy.</p> <p>(2) Ewentualna jednorazowa zmiana wynagrodzenia będzie możliwa do wprowadzenia począwszy od roku następnego po roku, w którym miało miejsce otwarcie ofert w Postępowaniu. Celem zachowania porównywalności okresów zmiany cen, jedynym miesiącem w danym roku brany pod uwagę do oceny zmiany wskaźnika o którym mowa w pkt 1 jest miesiąc składania ofert w Postępowaniu. Pierwszym rokiem zmiany wynagrodzenia może być zatem rok 2025, z zastrzeżeniem pkt (3) poniżej.</p> <p>(3) Zmiana wynagrodzenia będzie możliwa pod warunkiem, że wysokość cen produkcji budowlano-montażowej, wynikająca z informacji sygnałnej, o której</p> | <p>Zamawiający, przewiduje możliwość <del>jednorazowej</del> zmiany wysokości wynagrodzenia w przypadku zmiany cen materiałów i kosztów zawiązanych z realizacją niniejszej umowy. Zmiany wysokości wynagrodzenia będą dokonywane według zasad opisanych poniżej:</p> <p>(1) Każda ze Stron może żądać zmiany wynagrodzenia należnej za wykonanie usług i robót wchodzących w skład Przedmiotu Umowy (odpowiednio podwyższenia lub obniżenia) w przypadku zmiany cen materiałów lub kosztów wyrażającej się zmianą wskaźnika cen produkcji budowlano-montażowej (zmiana cen w porównaniu z analogicznym miesiącem roku poprzedniego), zamieszczanego przez GUS w formie informacji sygnałnej na stronie stat.gov.pl (strona główna&gt;obszary tematyczne&gt;Ceny.Handel&gt;Wskaźniki cen) o ponad 5 %. Zmiana wynagrodzenia, o której mowa powyżej może być dokonana jedynie w oparciu o informację sygnałną ogłoszoną w okresie realizacji Umowy, o którym mowa w § 2 ust. 1 lit. c Umowy.</p> <p>(2) <del>Ewentualna jednorazowa</del> <b>Zmiana</b> wynagrodzenia będzie możliwa do wprowadzenia począwszy od roku następnego po roku, w którym miało miejsce otwarcie ofert w Postępowaniu. Celem zachowania porównywalności okresów zmiany cen, jedynym miesiącem w danym roku brany pod uwagę do oceny zmiany wskaźnika o którym mowa w pkt 1 jest miesiąc składania ofert w Postępowaniu. Pierwszym rokiem zmiany wynagrodzenia może być zatem rok 2025, z zastrzeżeniem pkt (3) poniżej.</p> <p>3) Zmiana wynagrodzenia będzie możliwa pod warunkiem, że wysokość cen produkcji budowlano-montażowej, wynikająca z informacji sygnałnej, o której</p> | <p>Wskazany zapis Wzoru Umowy narusza: <b><u>art. 439 ust. 1 w zw. z art. 439 ust. 2 pkt 1) i 4) ustawy Pzp w zw. z art. 353<sup>1</sup> KC oraz art. 5 k.c. w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp</u></b> poprzez określenie warunków zamówienia w sposób naruszający ww. przepisy i prowadzący do naruszenia równowagi stron umowy oraz nieumożliwiający zapewnienia ekwiwalentności świadczeń stron umowy i zniwelowania ryzyk związanych ze zmianami kosztów wykonania zamówienia publicznego w zakresie, w jakim w klauzuli waloryzacyjnej stanowiącej załącznik nr 3 do projektowanych postanowień umowy (załącznik nr 9 do SWZ) przewidziano możliwość jednorazowej waloryzacji/</p> <p>Zawarta w klauzuli waloryzacyjnej możliwość wyłącznie jednorazowej waloryzacji w całym okresie obowiązywania umowy, faktycznie uniemożliwiających realizację celów waloryzacji i zapewnienie ekwiwalentności świadczeń umowy w warunkach zmiennego otoczenia gospodarczego. W związku z powyższym, pomimo pozornego wypełnienia wymagań ustawowych, klauzula waloryzacyjna narusza art. 439 ustawy.</p> <p>Jak trafnie wskazuje się w doktrynie (M. Jaworska, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, komentarz do art. 439, Warszawa 2021 oraz A. Matusiak, Waloryzacja umów, Zamówienia Publiczne. Doradca. 2021, nr 9 M. Jaworska, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, komentarz do art. 439, Warszawa 2021 oraz A. Matusiak, Waloryzacja umów, Zamówienia Publiczne. Doradca. 2021, nr 9), stosowanie klauzul waloryzacyjnych w umowie w sprawie zamówienia publicznego pozwala na zachowanie równowagi ekonomicznej stron umowy w stosunku do stanu na dzień złożenia oferty przez wykonawcę, minimalizując ryzyko przekrzywienia obu stron umowy na skutek zmiany siły nabywczej pieniądza w okresie realizacji zamówienia. Klauzule te zapewniają konieczną elastyczność w kształtowaniu kosztów związanych z realizacją zamówienia w dłuższym okresie, umożliwiając jednocześnie bieżące dostosowanie stosunku zobowiązaniowego łączącego zamawiającego z</p> |

|  |   |   |   |
|--|---|---|---|
|  | <p><i>mowa w pkt 1 w kolejnych latach, zmieni się o więcej niż 5 % w stosunku do jego wysokości określonej w informacji sygnalnej dla miesiąca, w którym miało miejsce składanie ofert w Postępowaniu:</i></p> <p><i>a) w przypadku pierwszego roku realizacji Przedmiotu Umowy (2025) – badany będzie wskaźnik cen produkcji budowlano-montażowej podany w 2025 r. dla analogicznego miesiąca jak miesiąc, w którym miało miejsce składanie ofert (w porównaniu do miesiąca w którym miało miejsce składanie ofert w roku 2024). Jeżeli roczny wskaźnik cen produkcji budowlano-montażowej podany w 2025 r. dla analogicznego miesiąca jak miesiąc, w którym miało miejsce składanie ofert, ulegnie zmianie w ujęciu do miesiąca porównawczego o 5 %, wówczas Strona będzie uprawniona do zmiany wysokości Wynagrodzenia na zasadach opisanych poniżej. Jeżeli Strona nie nabędzie uprawnienia do zmiany Wynagrodzenia na zasadach opisanych powyżej wówczas należy przejść do czynności wskazanych w lit. b.</i></p> <p><i>b) w przypadku drugiego roku realizacji Przedmiotu Umowy (2026) – celem określenia czy Strona nabędzie uprawnienia do zmiany Wynagrodzenia, sumowaniu podlegać będzie roczny wskaźnik cen produkcji budowlano-montażowej podany w 2025 r. dla analogicznego miesiąca jak miesiąc, w którym miało miejsce składanie ofert oraz wskaźnik cen produkcji budowlano-montażowej podany w 2026 r. dla analogicznego miesiąca jak miesiąc, w którym miało miejsce składanie ofert. Jeżeli w wyniku przeprowadzonego działania otrzymana wartość przekroczy 5 % wówczas Strona będzie uprawniona do zmiany wysokości Wynagrodzenia na zasadach opisanych poniżej. Jeżeli Strona nie nabędzie uprawnienia do zmiany Wynagrodzenia na zasadach opisanych powyżej wówczas należy w kolejnych latach realizacji Przedmiotu Umowy uwzględniać (sumować) kolejne wskaźniki publikowane dla analogicznych okresów jak powyżej do momentu osiągnięcia pułapu określonego w pkt (1).</i></p> | <p><i>mowa w pkt 1 w kolejnych latach, zmieni się o więcej niż 5 % w stosunku do jego wysokości określonej w informacji sygnalnej dla miesiąca, w którym miało miejsce składanie ofert w Postępowaniu:</i></p> <p><i>a) w przypadku pierwszego roku realizacji Przedmiotu Umowy (2025) – badany będzie wskaźnik cen produkcji budowlano-montażowej podany w 2025 r. dla analogicznego miesiąca jak miesiąc, w którym miało miejsce składanie ofert (w porównaniu do miesiąca w którym miało miejsce składanie ofert w roku 2024). Jeżeli roczny wskaźnik cen produkcji budowlano-montażowej podany w 2025 r. dla analogicznego miesiąca jak miesiąc, w którym miało miejsce składanie ofert, ulegnie zmianie w ujęciu do miesiąca porównawczego o 5 %, wówczas Strona będzie uprawniona do zmiany wysokości Wynagrodzenia na zasadach opisanych poniżej. Jeżeli Strona nie nabędzie uprawnienia do zmiany Wynagrodzenia na zasadach opisanych powyżej wówczas należy przejść do czynności wskazanych w lit. b.</i></p> <p><i>b) w przypadku drugiego roku realizacji Przedmiotu Umowy (2026) – celem określenia czy Strona nabędzie uprawnienia do zmiany Wynagrodzenia, sumowaniu podlegać będzie roczny wskaźnik cen produkcji budowlano-montażowej podany w 2025 r. dla analogicznego miesiąca jak miesiąc, w którym miało miejsce składanie ofert oraz wskaźnik cen produkcji budowlano-montażowej podany w 2026 r. dla analogicznego miesiąca jak miesiąc, w którym miało miejsce składanie ofert. Jeżeli w wyniku przeprowadzonego działania otrzymana wartość przekroczy 5 % wówczas Strona będzie uprawniona do zmiany wysokości Wynagrodzenia na zasadach opisanych poniżej. Jeżeli Strona nie nabędzie uprawnienia do zmiany Wynagrodzenia na zasadach opisanych powyżej wówczas należy w kolejnych latach realizacji Przedmiotu Umowy uwzględniać (sumować) kolejne wskaźniki publikowane dla analogicznych okresów jak powyżej do momentu osiągnięcia pułapu określonego w pkt (1).</i></p> | <p>wykonawcą do zmiany okoliczności. Obligatoryjne stosowanie klauzul waloryzacyjnych w umowach zawieranych na okres dłuższy niż 6 miesięcy zdejmuje z wykonawcy ciężar jednostronnego ponoszenia ryzyka późniejszej zmiany stosunków gospodarczych. Waloryzacja wynagrodzenia wykonawcy jest również korzystna dla zamawiających, gdyż umożliwia ponoszenie przez nich rzeczywistych kosztów wykonania zamówienia, bez wliczania ryzyka ich wzrostu już w cenę oferty. Wreszcie wskazuje się, że stosowanie klauzul waloryzacyjnych zapobiega również powstawaniu sytuacji, kiedy wykonanie zamówienia przestaje być opłacalne, a tym samym sprzyja trwałości stosunku umownego, co niewątpliwie jest korzystne dla obu stron umowy.</p> <p>Dodatkowo, jak słusznie zwrócił na to uwagę Urząd Zamówień Publicznych, „klauzule waloryzacyjne zyskują na znaczeniu zwłaszcza w aktualnej sytuacji gospodarczej, w której obserwujemy m.in. znaczny wzrost cen materiałów i robót budowlanych, braki kadrowe i sprzętowe, wstrzymanie dostaw produktów, komponentów produktu lub materiałów, trudności w dostępie do sprzętu czy też w realizacji usług transportowych. Wskazane przykładowo czynniki zewnętrzne wywierają wpływ na opłacalność realizowanego zamówienia i mogą znacząco ograniczać płynność przedsiębiorstw, stąd niezmiennie istotne dla uczestników rynku zamówień publicznych jest prawidłowe kształtowanie oraz stosowanie waloryzacji umownej. Klauzula waloryzacyjna sformułowana w sposób precyzyjny, z poszanowaniem interesów stron kontraktu publicznego, pozwoli ochronić interesy finansowe wykonawcy, zaś zamawiającemu zapewni należyta, terminową i bezpieczną realizację zamówienia publicznego. ”</p> <p>W przedmiotowym zamówieniu publicznym okres realizacji świadczeń wykonawcy będzie znacznie rozciągnięty w czasie. Postanowienia SWZ przewidują realizację w następujących etapach i terminach:</p> <p>a) Etap I – wykonanie Dokumentacji Projektowej oraz uzyskanie ostatecznej decyzji o pozwoleniu na budowę - w terminie 9 miesięcy od dnia zawarcia umowy;</p> <p>b) Etap II - wykonanie Robót Budowlanych - w terminie 30 miesięcy od zawarcia umowy;</p> <p>c) Etap III – wykonanie Rozruchu wraz z uzyskaniem ostatecznej decyzji o pozwoleniu na użytkowanie – 33 miesiące od zawarcia umowy.</p> <p>Jednorazowy charakter waloryzacji wynagrodzenia za świadczenia realizowane w tak długim czasookresie nie pozwala na zrealizowanie celu art. 439 ust. 1 ustawy, bowiem nie zapewnia równowagi stron na</p> |
|--|---|---|---|

|  |  |  |  |
|--|--|--|--|
|  |  | <p><b><i>Dodanie zapisu:</i></b></p> <p><b><i>c) dla kolejnych lat realizacji Umowy – odpowiednie zastosowanie znajdą zasady, określone w lit. b).</i></b></p> | <p>wystarczającym poziomie. Przyjęcie takiej zasady powoduje bowiem, iż jedyna możliwa w toku realizacji zamówienia zmiana wynagrodzenia mogłaby nastąpić przed kolejnymi, wielokrotnymi w kolejnych latach, wzrostami kosztów realizacji umowy, w odniesieniu do kosztów zrekompensowanych pojedynczą waloryzacją. Oznacza to, iż po dokonaniu jednorazowej waloryzacji mogłoby dojść do „pochłonięcia” niemalże całej marży zakładanej przez wykonawcę w tego rodzaju kontrakcie, bez możliwości uzyskania rentowności kontraktu nawet już po wykonaniu jednorazowej waloryzacji (świadczenie zatem „po kosztach” albo poniżej nich aż do końca obowiązywania umowy). Tym bardziej, że przewidziane w klauzuli waloryzacyjnej zwiększenie wynagrodzenia dotyczy wyłącznie połowy wartości wskaźników przyjętych do waloryzacji.</p> <p>Oznaczałoby to więc, wbrew intencji ustawodawcy, przerzucenie całego lub istotnej części ryzyka związanego ze wzrostem kosztów realizacji zamówienia na wykonawcę. Jest więc oczywistym, że takie uwarunkowanie zasad waloryzacji wynagrodzenia nie pozwala na zapewnienie ekwiwalentności świadczeń stron umowy o zamówienie oraz nie niweluje ryzyk związanych ze zmianami kosztów wykonania zamówienia publicznego, ponieważ przy aktualnym poziomie inflacji oraz poziomie marżowości kontraktów na realizację robót budowlanych, zmiana wskaźnika inflacji lub wskaźnika przeciętnego miesięcznego wynagrodzenia o wartość wynoszącą nawet 1% w bardzo istotny sposób przekłada się na utrzymanie rentowności wykonania umowy. Z uwagi na powyższe okoliczności, zasadne jest dokonanie przez zamawiającego zmiany zasad waloryzacji, która uzasadniać będzie uruchomienie mechanizmu waloryzacji zgodnie z wnioskiem zawartym w petitum odwołania (tj. nie jednorazowo, a w okresach 12-miesięcznych). Odwołujący podkreśla, że mechanizm ten będzie korzystny również dla zamawiającego, który w przypadku deflacji będzie mógł liczyć na obniżenie cen z tytułu realizacji zamówienia. Poza tym, zgodnie z przytaczanymi powyżej poglądami, spowoduje to obniżenie cen ofertowych, gdyż wykonawcy nie będą zakładać z góry konieczności przyjęcia zdecydowanie wyższego poziomu marży (potencjalnie wyższego niż wzrost wskaźników waloryzacji, który nastąpiłby w wyniku zastosowania waloryzacji) w celu pokrycia wzrostu kosztów i zabezpieczenia w ten sposób rentowności kontraktu.</p> <p>W związku z powyższym Odwołujący wnosi o usunięcie postanowień o „jednorazowości” waloryzacji z klauzuli waloryzacyjnej stanowiącej</p> |
|--|--|--|--|

Załącznik nr 1 – Tabela nr 1 do Odwołania BUDIMEX S.A. z 12 lutego 2024 r.

|   |  |  |  |
|---|--|--|--|
|   |  |  | załącznik nr 3 do projektowanych postanowień umowy (załącznik nr 9 do SWZ) i ich zastąpienie zasadą dokonywania waloryzacji w okresach maksymalnie 12- miesięcznych;   |
| <p><b>Lp. 2</b></p> <p><b>§3 ust. 20-22</b></p> | <p>20. „Jeśli Wykonawca:</p> <p>(1) nie dotrzymał któregokolwiek z terminów wskazanych Umowie,</p> <p>(2) wykonuje Dokumentację Projektową w sposób, który stwarza zagrożenie dla dotrzymania terminów określonych w Umowie lub zapewnienia jakości opracowań projektowych wchodzących w skład Dokumentacji Projektowej,</p> <p>(3) w wyznaczonym terminie nie przedłoży Programu Naprawczego dla Dokumentacji Projektowej, który gwarantowałyby nadrobienie opóźnień lub poprawę jakości opracowań projektowych wchodzących w skład Dokumentacji Projektowej,</p> <p>(4) w wyznaczonym terminie nie usunie wad stwierdzonych w toku odbioru,</p> <p>- to w którejkolwiek z takich sytuacji Zamawiający jest uprawniony powierzyć dokończenie lub usunięcie wad Dokumentacji Projektowej osobie lub osobom trzecim na koszt i ryzyko Wykonawcy bez konieczności uzyskiwania upoważnienia sądowego („Wykonawstwo Zastępcze Dokumentacji Projektowej”).</p> <p>21. Jeżeli pomimo zaakceptowania przez Zamawiającego Programu Naprawczego dla Dokumentacji Projektowej, Wykonawca nie podejmie stosownych działań określonych w Programie Naprawczym dla Dokumentacji Projektowej lub nie usunie skutków opóźnień lub skutków nieprawidłowej jakości opracowań projektowych wchodzących w skład Dokumentacji Projektowej w terminie określonym w zaakceptowanym Programie Naprawczym dla Dokumentacji Projektowej, to w takiej sytuacji Zamawiający jest uprawniony skorzystać z Wykonawstwa Zastępczego Dokumentacji Projektowej.</p> <p>22. Dodatkowe koszty poniesione przez Zamawiającego związane z Wykonawstwem Zastępczym Dokumentacji</p> | <p><del>20. „Jeśli Wykonawca:</del></p> <p><del>(1) nie dotrzymał któregokolwiek z terminów wskazanych Umowie,</del></p> <p><del>(2) wykonuje Dokumentację Projektową w sposób, który stwarza zagrożenie dla dotrzymania terminów określonych w Umowie lub zapewnienia jakości opracowań projektowych wchodzących w skład Dokumentacji Projektowej,</del></p> <p><del>(3) w wyznaczonym terminie nie przedłoży Programu Naprawczego dla Dokumentacji Projektowej, który gwarantowałyby nadrobienie opóźnień lub poprawę jakości opracowań projektowych wchodzących w skład Dokumentacji Projektowej,</del></p> <p><del>(4) w wyznaczonym terminie nie usunie wad stwierdzonych w toku odbioru,</del></p> <p><del>- to w którejkolwiek z takich sytuacji Zamawiający jest uprawniony powierzyć dokończenie lub usunięcie wad Dokumentacji Projektowej osobie lub osobom trzecim na koszt i ryzyko Wykonawcy bez konieczności uzyskiwania upoważnienia sądowego („Wykonawstwo Zastępcze Dokumentacji Projektowej”).</del></p> <p><del>21. Jeżeli pomimo zaakceptowania przez Zamawiającego Programu Naprawczego dla Dokumentacji Projektowej, Wykonawca nie podejmie stosownych działań określonych w Programie Naprawczym dla Dokumentacji Projektowej lub nie usunie skutków opóźnień lub skutków nieprawidłowej jakości opracowań projektowych wchodzących w skład Dokumentacji Projektowej w terminie określonym w zaakceptowanym Programie Naprawczym dla Dokumentacji Projektowej, to w takiej sytuacji Zamawiający jest uprawniony skorzystać z Wykonawstwa Zastępczego Dokumentacji Projektowej.</del></p> <p><del>22. Dodatkowe koszty poniesione przez Zamawiającego związane z Wykonawstwem Zastępczym Dokumentacji</del></p> | <p>Wskazane zapisy naruszają:</p> <p><b>art. 433 pkt. 1 i 3 ustawy Pzp w zw. z art. 353<sup>1</sup> KC oraz art. 5 KC w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp</b> poprzez określenie w projektowanych postanowieniach umowy w odniesieniu do dokumentacji projektowej zasady odpowiedzialności wykonawcy za opóźnienie, podczas gdy nie jest to uzasadnione ani okolicznościami ani zakresem zamówienia, oraz za okoliczności, za które wyłączną odpowiedzialności ponosi zamawiający, lub inny podmiot trzeci niezwiązany z wykonawcą, tj. poprzez wskazanie w § 3 ust. 20-22 projektu umowy, iż zamawiający ma prawo zlecenia „zastępczego wykonania dokumentacji projektowej”, co nastąpi na koszt i ryzyko wykonawcy;</p> <p>Zważyć należy, iż w normie prawnej zawartej w art. 5 ust. 1-2b ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane (Dz.U. z 2023 r. poz. 682) uregulowano obowiązki uczestników procesu budowlanego, w tym projektantów i wykonawców robót budowlanych. Odpowiedzialność zarówno projektanta jak i wykonawcy robót za naruszenie tych obowiązków jest odpowiedzialnością karną (art. 93 pkt. 1 ww. ustawy).</p> <p>Przedmiotem niniejszego zamówienia jest realizacja zadania inwestycyjnego w formule zaprojektuj i wybuduj. Zadanie inwestycyjne polega na wykonaniu instalacji termicznego przekształcania odpadów wraz z odzyskiem energii. O powodzeniu zadania przesądzi przede wszystkim zastosowanie odpowiedniej i niewadliwej technologii, która zostanie wdrożona już na etapie projektowania, i której prawidłowe zastosowanie będzie stanowiło technologiczny know – how wykonawcy wyłonionego w ramach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. W przyjętej przez zamawiającego formule realizacji zadania inwestycyjnego (zaprojektuj i wybuduj) wybrany wykonawca ponosi odpowiedzialność zarówno za projekt jak i wykonanie robót, w wybranej przez siebie technologii, której efektywne zastosowanie stanowi jego know-how.</p> <p>W kontekście powyższego, przyjęty przez zamawiającego w projektowanych postanowieniach umowy model zastępczego wykonania samej dokumentacji projektowej lub jej części ocenić należy jako niedopuszczalny na gruncie przepisów art. 433 pkt. 3 ustawy Pzp w zw. z art. 353<sup>1</sup> KC oraz art. 5 KC w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp. Jednocześnie przyjęta przez zamawiającego formuła wykonania</p> |

|  |   |  |  |
|--|---|--|--|
|  | <p><i>Projektowej Zamawiający jest uprawniony potrącić z jakiegokolwiek płatności na rzecz Wykonawcy lub zaspokoić z Zabezpieczenia."</i></p> | <p><del><i>Projektowej Zamawiający jest uprawniony potrącić z jakiegokolwiek płatności na rzecz Wykonawcy lub zaspokoić z Zabezpieczenia."</i></del></p> <p><b>Dodanie zapisu:</b></p> <p><b><i>„Ilekcroć postanowienia niniejszej umowy przewidują wykonanie zastępcze, strony przyjmują, iż postanowienia te nie dotyczą Dokumentacji Projektowej”</i></b></p> | <p>zastępczego prowadzi wprost do możliwości wykonania dokumentacji projektowej, na podstawie której realizowane będą roboty, przez podmiot trzeci, niezależny od wykonawcy zamówienia.</p> <p>W ocenie odwołującego przyjęty przez zamawiającego model wykonania zastępczego dokumentacji projektowej w kontekście modelu realizacji całego zamówienia i związanej z tym odpowiedzialnością uczestników procesu budowlanego oraz w kontekście roli zaprojektowanej technologii w powodzeniu całego zadania inwestycyjnego narusza przepisy art. art. 433 pkt. 1 i 3 ustawy Pzp w zw. z art. 353<sup>1</sup> KC oraz art. 5 KC w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp.</p> <p>Należy zwrócić uwagę, iż zgodnie z aktualnymi postanowieniami wzoru umowy zamawiający może zlecić wykonawstwo zastępcze nie tylko z uwagi na błędy dokumentacji, ale również z przyczyn tak błahych, jak niedotrzymanie któregośkolwiek z terminów wskazanych w umowie czy nawet samo zagrożenie ich niedotrzymania. Już zatem sam katalog przesłanek zastosowania wykonania zastępczego narusza art. 433 pkt. 1 ustawy Pzp, w myśl którego projektowane postanowienia umowy nie mogą przewidywać odpowiedzialności wykonawcy za opóźnienie.</p> <p>Z tak błahych przyczyn jak opóźnienie czy nawet samo zagrożenie jego wystąpienia, kwestionowane postanowienia umowy przewidują możliwość pozbawienia wykonawcy zamówienia publicznego kontroli nad etapem mającym kluczowe znaczenie dla powodzenia zadania inwestycyjnego. Na gruncie tak sformułowanej klauzuli dopuszczalne jest przejęcie przygotowania dokumentacji projektowej przez podmiot trzeci, niezależny od wykonawcy, który to podmiot musiałby kontynuować prace projektowe w technologii pierwotnie przyjętej przez wykonawcę, lub rozpocząć prace projektowe od zera, w technologii wybranej przez podmiot trzeci. Możliwość „przejęcia” przez podmiot trzeci technologii wykonawcy zamówienia publicznego w celu kontynuowania niezakończonych prac projektowych należy wykluczyć. Technologia ta stanowi zasadniczo know – how wykonawcy i nie jest udostępniana podmiotom trzecim. Z kolei rozpoczęcie przez podmiot trzeci prac projektowych od zera w zasadzie znosiłoby możliwość przyspieszenia prac nad dokumentacją w stosunku do opóźnień, które mogłyby stanowić przesłankę zlecenia wykonawstwa zastępczego.</p> <p>Każde zlecenie zastępczego wykonania dokumentacji projektowej doprowadzi do sytuacji, w której wykonawca robót musiałby wykonywać je w sobie nieznanej i niezaoferowanej zamawiającemu technologii, zaprojektowanej przez wykonawcę zastępczego</p> |
|--|---|--|--|



|   |  |  |   |
|---|--|--|---|
|   |  |  | <p>dokumentacji projektowej. Jest przy tym oczywiste, iż przyjęta technologia determinuje również ogólny koszt wykonania zadania inwestycyjnego, który wykonawca zamówienia publicznego zobowiązany jest określić już w ofercie na realizację tegoż zamówienia w formule ryczału. W tych okolicznościach wykonawca zamówienia publicznego ponosiłby odpowiedzialność zarówno za wykonanie robót w nieznanej sobie i narzuconej przez podmiot trzeci technologii, jak i odpowiedzialność za pozyskanie dostaw materiałów niezbędnych do wykonania robót w tej technologii w ramach wynagrodzenia ryczałtowego, kalkulowanego wyłącznie z uwzględnieniem technologii wykonawcy. Konsekwencje technologii przyjętej przez wykonawcę zastępczego dokumentacji projektowej są – zarówno w zakresie jakości robót jak i kosztów ich wykonania - w pełni niezależne od wykonawcy zamówienia publicznego. Przyjęta przez zamawiającego formuła wykonawstwa zastępczego dokumentacji projektowej narusza zatem art. 433 pkt. 3) ustawy Pzp.</p> <p>Odwołujący wskazuje, iż usunięcie ze wzoru umowy kwestionowanego postanowienia dotyczącego wykonania zastępczego dokumentacji projektowej nie pozbawia zamawiającego możliwości skorzystania z uprawnienia przewidzianego w art. 480 KC i uzyskania zgody sądu na zlecenie wykonania zastępczego. Takie rozwiązanie wydaje się odpowiednie, albowiem wyklucza oparcie wykonania zastępczego na uznaniowej decyzji zamawiającego, opartej na błahych przesłankach. Wymóg uzyskania uprzedniej zgody sądu stanowi z punktu widzenia wykonawcy istotne narzędzie kontroli ryzyk związanych z zastosowaną technologią jak i ponoszonymi przez wykonawcę kosztami.</p> |
| <p><b>Lp. 3</b><br/><b>§3 ust. 22</b></p> | <p>22. Dodatkowe koszty poniesione przez Zamawiającego związane z Wykonawstwem Zastępczym Dokumentacji Projektowej Zamawiający jest uprawniony potrącić z jakiegokolwiek płatności na rzecz Wykonawcy lub zaspokoić z Zabezpieczenia.”</p> | <p><del>22. Dodatkowe koszty poniesione przez Zamawiającego związane z Wykonawstwem Zastępczym Dokumentacji Projektowej Zamawiający jest uprawniony potrącić z jakiegokolwiek płatności na rzecz Wykonawcy lub zaspokoić z Zabezpieczenia.”</del></p> <p>Zastąpienie go zapisem:</p> <p><b>„Koszt Zamawiającego wynikający z ukończenia lub usunięcia wad Dokumentacji Projektowej przez wykonawcę zastępczego stanowi różnicę pomiędzy określonym Kontraktem wynagrodzeniem Wykonawcy za przygotowanie Dokumentacji Projektowej a całkowitymi, udokumentowanymi i uzasadnionymi kosztami poniesionymi przez</b></p> | <p>Kwestionowany zapis stanowi naruszenie art. 433 pkt. 3 ustawy Pzp w zw. z art. 353<sup>1</sup> KC oraz art. 5 KC w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp poprzez ustanowienie w § 3 ust. 22 projektowanych postanowień umowy zasady odpowiedzialności wykonawcy za okoliczności, za które wyłączną odpowiedzialność ponosi zamawiający, tj. za „dodatkowe koszty poniesione przez Zamawiającego związane z Wykonawstwem Zastępczym Dokumentacji Projektowej”.</p> <p>W § 3 ust. 22 projektowanych postanowień umowy wskazano:</p> <p>„Dodatkowe koszty poniesione przez Zamawiającego związane z Wykonawstwem Zastępczym Dokumentacji Projektowej Zamawiający jest uprawniony potrącić z jakiegokolwiek płatności na rzecz Wykonawcy lub zaspokoić z Zabezpieczenia”</p>  |

|  |   |  |   |
|--|---|--|---|
|  |   | <p><b>Zamawiającego w celu uzyskania Dokumentacji Projektowej zgodnej z Kontraktem.”</b></p>   | <p><b>Niniejszy zarzut Odwołujący formułuje z ostrożności procesowej, na wypadek nieuwzględnienia dalej idącego zarzutu zmierzającego do usunięcia w całości § 3 ust. 20- 22.</b></p> <p>Postanowienie § 3 ust. 22 przewiduje możliwość obciążenia wykonawcy zamówienia publicznego „dodatkowymi”, niezdefiniowanymi kosztami, o których poniesieniu decyduje wyłącznie zamawiający. Co więcej, postanowienie to przewiduje możliwość potrącania tych kosztów bez jakiegokolwiek kontroli ze strony wykonawcy. W obecnym brzmieniu przedmiotowe postanowienie w sposób rażąco narusza art. 433 pkt. 3 ustawy Pzp w zw. z art. 353(1) k.c. oraz art. 5 k.c. w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp, przewidując odpowiedzialność wykonawcy za koszty, za które wyłączną odpowiedzialność ponosi zamawiający.</p> <p>Z uwagi na powyższe, Odwołujący domaga się usunięcia § 3 ust. 22 lub zdefiniowania kosztów ponoszonych w związku z wykonawstwem zastępczym z sposób następujący:</p> <p>„Koszt Zamawiającego wynikający z ukończenia lub usunięcia wad Dokumentacji Projektowej przez wykonawcę zastępczego stanowi różnicę pomiędzy określonym Kontraktem wynagrodzeniem Wykonawcy za przygotowanie Dokumentacji Projektowej a całkowitymi, udokumentowanymi i uzasadnionymi kosztami poniesionymi przez Zamawiającego w celu uzyskania Dokumentacji Projektowej zgodnej z Kontraktem.”</p> |
| <p><b>Lp. 4</b></p> <p><b>§4 ust. 1 lit. b</b></p> | <p>„Wykonawca oświadcza, że posiada autorskie prawa majątkowe oraz prawa zależne do utworów wytworzonych w trakcie realizacji Przedmiotu Umowy i w ramach Wynagrodzenia: (...) przenosi na Zamawiającego autorskie prawa majątkowe do wszystkich utworów w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 4 lutego 1994 r. o prawie autorskim i prawach pokrewnych (t.j. Dz.U. z 2022 r. poz. 2509 ze zm. – „ustawa o Prawie autorskim i prawach pokrewnych”) wytworzonych w ramach realizacji Przedmiotu Umowy, w szczególności takich jak: projekty, rysunki, obliczenia, dokumentacje projektowe raporty, mapy, wykresy, plany, dane statystyczne, ekspertyzy, obliczenia i inne</p> | <p><b>Wnoszę o nadanie § 4 ust. 1 lit. b) projektowanych postanowień umowy następującego brzmienia:</b></p> <p>„Wykonawca oświadcza, że posiada autorskie prawa majątkowe oraz prawa zależne do utworów wytworzonych w trakcie realizacji Przedmiotu Umowy i w ramach Wynagrodzenia: (...) przenosi na Zamawiającego autorskie prawa majątkowe do wszystkich utworów w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 4 lutego 1994 r. o prawie autorskim i prawach pokrewnych (t.j. Dz.U. z 2022 r. poz. 2509 ze zm. – „ustawa o Prawie autorskim i prawach pokrewnych”) wytworzonych w ramach realizacji Przedmiotu Umowy, w szczególności takich jak: projekty, rysunki, obliczenia, dokumentacje projektowe raporty, mapy, wykresy, plany, dane statystyczne, ekspertyzy, obliczenia i inne dokumenty przekazane Zamawiającemu w wykonaniu</p> | <p>Zapis stanowi naruszenie <b>art. 29 ust. 1 i art. 16 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 353(1) k.c. oraz art. 5 k.c. w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp</b> poprzez ustanowienie w § 4 projektowanych postanowień umowy wyłącznie ogólnej reguły przeniesienia na zamawiającego autorskich praw majątkowych do wszystkich utworów powstałych w związku z wykonaniem zamówienia, i poprzez brak regulacji szczególnych w odniesieniu do utworów, co do których niemożliwe jest przeniesienie całości autorskich praw majątkowych na zamawiającego, takich jak dobra stanowiące projekty wynalazcze w rozumieniu ustawy z dnia 30 czerwca 2000 r. Prawo własności przemysłowej (t.j. Dz.U. z 2021 r. poz. 324 z późn. zm.); znaków towarowych, znaków usługowych, firm, oznaczeń przedsiębiorstw, wiedzy technicznej, know-how oraz innych dóbr niematerialnych chronionych przepisami prawa, projektu wykonawczego – technologicznego i dokumentów dotyczących zastosowanej technologii.</p>  |

|  |   |   |  |
|--|---|---|--|
|  | dokumenty przekazane Zamawiającemu w wykonaniu Przedmiotu Umowy (dalej: „Utwory”) | <p><b>Przedmiotu Umowy (dalej: „Utwory”), z zastrzeżeniem ust. 12”</b></p> <p><b>oraz dodanie w § 4 ust. 12 – 14 w następującym brzmieniu:</b></p> <p>„12. Strony zgodnie postanawiają, iż postanowienia niniejszej umowy dotyczące przeniesienia autorskich praw majątkowych nie dotyczą:</p> <p>1) dóbr stanowiących projekty wynalazcze w rozumieniu ustawy z dnia 30 czerwca 2000 r. Prawo własności przemysłowej (t.j. Dz.U. z 2021 r. poz. 324 z późn. zm.);</p> <p>2) znaków towarowych, znaków usługowych, firm, oznaczeń przedsiębiorstw, wiedzy technicznej, know-how oraz innych dóbr niematerialnych chronionych przepisami prawa,</p> <p>3) projektu wykonawczego – technologicznego i dokumentów dotyczących zastosowanej technologii</p> <p>13. Wykonawca udziela na Zamawiającemu niewyłącznych, niezbywalnych i nieprzenoszalnych (z wyjątkiem przypadków ściśle wskazanych w Umowie) licencji do projektu wykonawczego – technologicznego i dokumentów dotyczących zastosowanej technologii, opracowanych w ramach realizacji przedmiotu Umowy w zakresie koniecznym do projektowania i budowy, prawidłowej eksploatacji, konserwacji, modernizacji, remontów, naprawy, modyfikacji przedmiotu Umowy, na następujących polach eksploatacji znanych w chwili zawarcia Umowy:</p> <p>1) w zakresie utrwalania i zwielokrotniania całości lub części projektu wykonawczego – technologicznego i dokumentów dotyczących zastosowanej technologii w dowolny sposób – wytwarzanie egzemplarzy wszelkimi technikami, w szczególności: techniką zapisu magnetycznego, światłoczułą, audiowizualną, analogową, cyfrową, optyczną, laserową, drukarską, komputerową, niezależnie od standardu i formatu zapisu i nośnika, rozmiaru, formy, techniki i oprawy,</p> | <p>Zaoferowana zamawiającemu technologia będzie stanowiła know-how wykonawcy, z którego wykonawca korzysta przy realizacji innych, podobnych zamówień. Technologia realizacji przedmiotowego zamówienia stanowi o przewadze konkurencyjnej wykonawcy i może zawierać elementy stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa.</p> <p>Przedmiotu zamówienia nie stanowi opracowanie szczególnej, innowacyjnej technologii, na potrzeby wyłącznie jednego zamawiającego. Zaoferowana zamawiającemu technologia będzie technologią dedykowaną w tym znaczeniu, iż będzie ona – po odpowiedniej adaptacji – spełniała wymogi określone w tym konkretnym postępowaniu.</p> <p>W świetle powyższego, za bezzasadne i zdecydowanie zbyt daleko idące należy uznać postanowienia wzoru umowy przewidujące zobowiązanie wykonawcy do przeniesienia na zamawiającego autorskich praw majątkowych do dóbr stanowiących projekty wynalazcze, znaków towarowych, znaków usługowych, firm, oznaczeń przedsiębiorstw, wiedzy technicznej, know-how oraz innych dóbr niematerialnych chronionych przepisami prawa, projektu wykonawczego – technologicznego i dokumentów dotyczących zastosowanej technologii. Autorskie prawa majątkowe oraz inne prawa do wyżej wymienionych utworów i dokumentów powinny pozostać przy wykonawcy, zaś umowa powinna przewidywać uprawnienie zamawiającego do korzystania z wyżej wymienionych utworów i dokumentów na zasadzie licencji.</p> <p>W ocenie Odwołującego brak szczególnych regulacji umownych dotyczących ww. utworów i dokumentów narusza art. 29 ust. 1 w zw. z art. 353(1) k.c. oraz art. 5 k.c. w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp.</p> |
|--|---|---|--|



|  |  |  |
|--|--|--|
|  | <p>2) w zakresie rozpowszechniania projektu wykonawczego – technologicznego i dokumentów dotyczących zastosowanej technologii – udostępnianie uprawnionym podmiotom ww. dokumentów w taki sposób, aby mogły mieć do nich dostęp w miejscu i czasie przez siebie wybranym za pomocą istniejących środków komunikacji i przekazywania informacji przez Internet (w szczególności przez pocztę elektroniczną, strony WWW i serwery ftp), Intranet, Extranet i inne sieci komputerowe, pod warunkiem podpisania umowy o zachowaniu poufności i przestrzegania warunków licencji udzielonej Zamawiającemu.</p> <p>Wykonawca potwierdza, że Zamawiający lub wybrany przez niego podmiot będzie m.in. uprawniony do wykorzystania projektu wykonawczego – technologicznego i dokumentów dotyczących zastosowanej technologii do przeprowadzania postępowań w celu wyboru wykonawcy remontów, konserwacji Przedmiotu Umowy. Wykonawca oświadcza, że twórcy projektu wykonawczego – technologicznego i dokumentów dotyczących zastosowanej technologii wyrazili odpowiednie zgody umożliwiające realizację zobowiązań określonych w niniejszym postanowieniu a wykonywanie przez nich autorskich praw osobistych nie uniemożliwi Zamawiającemu korzystania z projektu wykonawczego – technologicznego i dokumentów dotyczących zastosowanej technologii w zakresie tu opisanym;</p> <p>14. Wykonawca udziela Zamawiającemu niewyłącznych licencji lub dalszych licencji na okres 5 lat, przekształcających się po upływie tego okresu automatycznie w licencje lub sublicencje udzielone na czas nieoznaczony Wykonawca udziela Zamawiającemu niewyłącznych licencji na czas nieoznaczony, na korzystanie w celach projektowania, budowy, eksploatacji, modernizacji, konserwacji, remontów, naprawy i modyfikacji Przedmiotu Umowy. Jednakże projektu wykonawczego – technologicznego i dokumentów dotyczących zastosowanej technologii w tym projekty wykonawcze, jak i oprogramowanie nie mogą być przekazywane osobom trzecim, udostępniane</p> |  |
|--|--|--|

Załącznik nr 1 – Tabela nr 1 do Odwołania BUDIMEX S.A. z 12 lutego 2024 r.

|   |   |   |   |
|---|---|---|---|
|   |   | ani wykorzystywane lub zmieniane na potrzeby rozbudowy, modernizacji lub przeróbki bez uprzedniej zgody Wykonawcy.  |   |
| <b><u>Lp. 5</u></b><br><b><u>§5 ust. 1 pkt 18</u></b> | Wykonując Roboty Budowlane Wykonawca jest zobowiązany w szczególności do (...) przekazania wszelkich licencji i kodów źródłowych do zainstalowanego oprogramowania i wyposażenia, jeżeli Dokumenty Zamówienia przewidują wykonanie przez Wykonawcę dostaw oprogramowania lub wyposażenia  | <p><b>Wnoszę o nadanie § 5 ust. 2 pkt. 18 projektowanych postanowień umowy następującego brzmienia:</b></p> <p><b>„przekazania wszelkich licencji do zainstalowanego oprogramowania i wyposażenia, jeżeli Dokumenty Zamówienia przewidują wykonanie przez Wykonawcę dostaw oprogramowania lub wyposażenia”</b></p>  | <p>Zapis stanowi naruszenie <b><u>art. 29 ust. 1 i art. 16 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 353<sup>1</sup> KC oraz art. 5 KC w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp</u></b> poprzez zawarcie w § 5 ust. 2 pkt. 18 projektowanych postanowień umowy wymogu przekazania zamawiającemu kodów źródłowych do zainstalowanego oprogramowania i wyposażenia, jeżeli Dokumenty Zamówienia przewidują wykonanie przez Wykonawcę dostaw oprogramowania lub wyposażenia.</p> <p>Przywołany wymóg dostarczenia kodów źródłowych nie został w jakikolwiek sposób ograniczony – dotyczy on nie tylko oprogramowania wytworzonego na wyłączny użytek zamawiającego w ramach przedmiotowego zamówienia, ale również dowolnego innego oprogramowania, w tym licencjonowanego oprogramowania standardowego pochodzącego od podmiotów trzecich, takiego jak systemy operacyjne. Odwołujący wskazuje, iż tak sformułowany wymóg dostarczenia kodu źródłowego do dowolnego zainstalowanego oprogramowania nie jest uzasadniony celem przedmiotowego zamówienia ani obiektywnymi potrzebami zamawiającego. Realizacja tego wymogu przez wykonawców jest zasadniczo niemożliwa. Żaden z twórców oprogramowania licencjonowanego i odsprzedawanego odpłatnie nie zgodzi się na udostępnienie kodu źródłowego tegoż oprogramowania zamawiającemu.</p> <p>W wyroku wydanym pod sygn. akt KIO 186/13 Izba trafnie zważyła, iż skoro przedmiotem zamówienia jest dostawa systemu komercyjnych, będących ogólnie w sprzedaży a nie systemów dedykowanych stworzonych dla konkretnego podmiotu, to brak jest podstaw do żądania przekazania kodów źródłowych oferowanego oprogramowania.</p> |
| <b><u>Lp. 6</u></b><br><b><u>§5 ust. 2 pkt 20</u></b> | <p>Wykonując Roboty Budowlane Wykonawca jest zobowiązany w szczególności do: (...)</p> <p>20) uzyskania wszystkich niezbędnych, wymaganych prawem decyzji administracyjnych, warunków technicznych, uzgodnień, opinii, zgód i oświadczeń, wynikających z zakresu objętego przedmiotem zamówienia, w tym decyzji o pozwoleniu na budowę i decyzji o pozwoleniu na użytkowanie,</p> | <p>Wykonując Roboty Budowlane Wykonawca jest zobowiązany w szczególności do: (...)</p> <p>20) uzyskania wszystkich niezbędnych, wymaganych prawem decyzji administracyjnych, warunków technicznych, uzgodnień, opinii, zgód i oświadczeń, wynikających z zakresu objętego przedmiotem zamówienia, w tym decyzji o pozwoleniu na budowę i decyzji o pozwoleniu na użytkowanie,</p> | <p>Zapis stanowi naruszenie <b><u>art. 99 ust. 1 i art. 16 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 353<sup>1</sup> KC oraz art. 5 KC w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp</u></b> poprzez nieprecyzyjny, otwarty i nieostry opis świadczeń wykonawcy, zawarty w otwartym katalogu, który uniemożliwia właściwą wycenę oferty.</p> <p>Zgodnie z ugruntowanym orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej „Opis przedmiotu zamówienia stanowi kluczowy element dokumentacji, która jest przygotowana przez Zamawiającego i nie może być on ogólny, szacunkowy, niedookreślony, przenoszący na wykonawców</p>   |

|                              |   |  |   |
|------------------------------|---|--|---|
| <p><b>§5 ust. 3 lit.</b></p> | <p>3. W przypadku, gdy do wykonania Przedmiotu Umowy i/lub zajęcia terenu w zakresie niezbędnym do wykonania Robót Budowlanych konieczne jest uzyskanie zgody odpowiednich organów administracji, urzędów i/lub innych osób trzecich, a zgody takiej nie uzyskał Zamawiający, Wykonawca obowiązany jest w odpowiednim czasie do uzyskania powyższej zgody we właściwej formie prawnej, podejmując w tym celu odpowiednie, określone właściwymi przepisami czynności faktyczne i prawne. Wszelkie koszty, w tym kary i opłaty administracyjno – prawne związane z wykonaniem powyższych obowiązków obciążają Wykonawcę. Powyższe dotyczy również uzyskania zgód na pracę w pobliżu i/lub usunięcie zieleni, prace w obszarze objętym nadzorem archeologicznym i opieką konserwatora zabytków (jeżeli dotyczy).</p> | <p><b>z wyłączeniem decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach realizacji inwestycji, jak i jej zmian.</b></p> <p>3. W przypadku, gdy do wykonania Przedmiotu Umowy i/lub zajęcia terenu w zakresie niezbędnym do wykonania Robót Budowlanych konieczne jest uzyskanie zgody odpowiednich organów administracji, urzędów i/lub innych osób trzecich, a zgody takiej nie uzyskał Zamawiający, Wykonawca obowiązany jest w odpowiednim czasie do uzyskania powyższej zgody we właściwej formie prawnej, podejmując w tym celu odpowiednie, określone właściwymi przepisami czynności faktyczne i prawne. Wszelkie koszty, w tym kary i opłaty administracyjno – prawne związane z wykonaniem powyższych obowiązków obciążają Wykonawcę. Powyższe dotyczy również uzyskania zgód na pracę w pobliżu i/lub usunięcie zieleni, prace w obszarze objętym nadzorem archeologicznym i opieką konserwatora zabytków (jeżeli dotyczy), <b>z wyłączeniem decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach realizacji inwestycji, jak i jej zmian.</b></p> | <p>składających oferty ciężar jego dookreślenia przy jednoczesnym, niczym nieograniczonym prawie dokonywania zmian w realizacji Zamówienia przez Zamawiającego (wyrok KIO z 16.11.2010 r. KIO 2376/10). Natomiast zgodnie z utrwalonym orzecznictwem i jednogłośnym stanowiskiem doktryny, <u>opisanie przedmiotu zamówienia jest jedną z kluczowych czynności w postępowaniu</u> i stanowi zarówno uprawnienie jak i <u>obowiązek Zamawiającego (Pozwanego), który musi w sposób wyczerpujący i kompleksowy przedstawić swoje wymagania w dokumentacji postępowania</u>. (np. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 4 września 2020 roku, sygnatura akt: KIO 1873/20). W przypadku zamówień na roboty budowlane, podkreślana jest ranga dokumentacji projektowej przekazywanej przez Zamawiającego, Wykonawcy jako dokumentacja zawierająca dokładny opis przedmiotu zamówienia, na podstawie którego Wykonawcy składają oferty (np. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 8 listopada 2017 roku, sygnatura akt: KIO 2017/19).</p> <p>„Zakres świadczenia [...] nie może być pozostawiony domyślności wykonawcy lub oparty na informacjach uzyskanych z pominięciem przewidzianej przepisami prawa procedury. Taka sytuacja nie tylko narusza podstawowe zasady prowadzenia postępowania wskazane w art. 7 ust. 1 i art. 8 ust. 1 Pzp – jawności, uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców. Prowadzi również do składania ofert nieporównywalnych rozmiarów świadczenia. Wykonawca nie jest zobowiązany do zadawania pytań o treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia, nawet jeśli potrzeba taka obiektywnie istnieje. To na zamawiającym spoczywa z mocy art. 29 ust. 1 i 2 p.z.p. obowiązek takiego formułowania postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia, by należycie opisywały przedmiot świadczenia i mogły być jednakowo interpretowane przez wszystkich wykonawców.”</p> <p>Panuje zgoda w orzecznictwie i doktrynie, że <b>niedopuszczalne jest przerzucanie na wykonawcę umowy w sprawie zamówienia publicznego ryzyka gospodarczego wynikającego z niedostatecznego opisu przedmiotu zamówienia</b> (por. m.in. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 18 lutego 2016 r., II CSK 197/15, niepubl. i z dnia 7 kwietnia 2017 r., V CSK 481/16, niepubl.).</p> <p>Ryzyko związane z uzyskiwaniem decyzji środowiskowych i ich zmian jest nadmierne, nieproporcjonalne i niemożliwe do oszacowania w toku wyceny ceny ofertowej. W związku z tym właściwym jest wyraźne wyłączenie we Wzorze Umowy uzyskiwania decyzji środowiskowych przez wykonawcę.</p> |
|------------------------------|---|--|---|

Załącznik nr 1 – Tabela nr 1 do Odwołania BUDIMEX S.A. z 12 lutego 2024 r.

|   |   |   |  |
|---|---|---|--|
| <p><b>Lp. 7</b></p> <p><b>§11 ust. 10 i 11</b></p>              | <p>10. Wykonawca upoważnia Zamawiającego do potrącenia, na zasadzie potrącenia umownego, z Wynagrodzenia wszelkich należności przysługujących Zamawiającemu od Wykonawcy na podstawie Umowy, chociażby nie były one jeszcze wymagalne. Prawo do dokonania potrącenia umownego nie uchybia uprawnieniu Zamawiającego do dokonania potrącenia ustawowego.</p> <p>11. Wykonawca nie może bez uprzedniej pisemnej zgody Zamawiającego pod rygorem nieważności przenieść wierzytelności z tytułu Umowy, ani dokonywać potrącenia jakichkolwiek wierzytelności służących mu w stosunku do Zamawiającego z wierzytelnościami Zamawiającego wynikającymi z Umowy.</p> | <p>10. Wykonawca upoważnia Zamawiającego do potrącenia, na zasadzie potrącenia umownego, z Wynagrodzenia wszelkich należności przysługujących Zamawiającemu od Wykonawcy na podstawie Umowy, chociażby nie były one jeszcze wymagalne. Prawo do dokonania potrącenia umownego nie uchybia uprawnieniu Zamawiającego do dokonania potrącenia ustawowego.</p> <p>11. Wykonawca nie może bez uprzedniej pisemnej zgody Zamawiającego pod rygorem nieważności przenieść wierzytelności z tytułu Umowy, ani dokonywać potrącenia jakichkolwiek wierzytelności służących mu w stosunku do Zamawiającego z wierzytelnościami Zamawiającego wynikającymi z Umowy.</p> | <p>Wskazane postanowienie Umowy prowadzi do naruszenia:</p> <p><b>- art. 16 pkt 3 Pzp w zw. z art. 8 ust. 1 Pzp, w zw. z art. 5 i art. 3531 Kodeksu cywilnego a także z art. 471 i 476 w zw. z art. 483 § 1 KC oraz z art. 473 §1 KC</b> poprzez skonstruowanie postanowień w sposób nieproporcjonalny, który powoduje - nieuzasadnione potrzebami Zamawiającego – uprzywilejowanie pozycji Zamawiającego i naruszenie zasady równowagi stron stosunku zobowiązaniowego, co pozostaje w sprzeczności z zasadami współzycia społecznego, godzi w naturę stosunku prawnego, naruszając tym samym równowagę kontraktową stron oraz stanowi nadużycie przez Zamawiającego przysługującego mu prawa podmiotowego do ukształtowania istotnych postanowień umownych.</p> <p>Zamawiający przewidział zapisy, które w sposób rażący naruszają równowagę kontraktową stron stosunku zobowiązaniowego, powodują - nieuzasadnione potrzebami Zamawiającego – uprzywilejowanie pozycji Zamawiającego, co pozostaje w sprzeczności z zasadami współzycia społecznego, godzi w naturę stosunku prawnego, naruszając tym samym równowagę kontraktową stron oraz stanowi nadużycie przez Zamawiającego przysługującego mu prawa podmiotowego do ukształtowania istotnych postanowień umownych.</p> <p>Zamawiający bowiem zastrzegł na swoją rzecz nieograniczone możliwości dokonywania potrąceń, rozszerzając możliwość potrącenia również na wierzytelności jeszcze niewymagalne, a jednocześnie ograniczył to samo prawo po stronie wykonawcy uzależniając je od pisemnej zgody zamawiającego.</p> |
| <p><b>Lp. 8</b></p> <p><b>§12 ust. 1 lit. a, b, d, e, f</b></p> | <p>a) za zwłokę w wykonaniu Etapu I lub Etapu II - w wysokości 0,005 % Wynagrodzenia brutto wskazanego w § 11 ust. 1 za każdy rozpoczęty dzień zwłoki, przy czym Zamawiający może odstąpić od naliczenia tej kary umownej lub anulować naliczoną karę umowną, jeżeli Wykonawca dotrzyma terminu wykonania wskazanego w § 2 ust. 1 lit. c);</p>  | <p>a) za zwłokę w wykonaniu Etapu I lub Etapu II - w wysokości 0,005 % Wynagrodzenia brutto wskazanego w § 11 ust. 1 – <b>odpowiednio dla Etapu I lub Etapu II</b> – za każdy rozpoczęty dzień zwłoki, przy czym Zamawiający może odstąpić od naliczenia tej kary umownej lub anulować naliczoną karę umowną, jeżeli Wykonawca dotrzyma terminu wykonania wskazanego w § 2 ust. 1 lit. c);</p> <p>b) za zwłokę w wykonaniu Etapu III w odniesieniu do terminu wskazanego w § 2 ust. 1 lit. c) - w wysokości</p>   | <p>Wskazane postanowienia Wzoru Umowy prowadzą do naruszenia:</p> <p><b>- art. 16 pkt 3 Pzp w zw. z art. 8 ust. 1 Pzp, w zw. z art. 5 i art. 3531 Kodeksu cywilnego a także z art. 471 i 476 w zw. z art. 483 § 1 KC oraz z art. 473 §1 KC</b> poprzez skonstruowanie postanowień w sposób nieproporcjonalny, który powoduje - nieuzasadnione potrzebami Zamawiającego – uprzywilejowanie pozycji Zamawiającego i naruszenie zasady równowagi stron stosunku zobowiązaniowego, co pozostaje w sprzeczności z zasadami współzycia społecznego, godzi w naturę stosunku prawnego, naruszając tym samym równowagę kontraktową stron oraz stanowi nadużycie przez Zamawiającego przysługującego mu prawa podmiotowego do ukształtowania istotnych postanowień umownych.</p>  |

|  |   |  |   |
|--|---|--|---|
|  | <p>b) za zwłokę w wykonaniu Etapu III w odniesieniu do terminu wskazanego w § 2 ust. 1 lit. c) - w wysokości 0,01% Wynagrodzenia brutto wskazanego w § 11 ust. 1 za każdy rozpoczęty dzień zwłoki;</p> <p>d) za zwłokę w usunięciu wad Dokumentacji Projektowej stwierdzonych w protokole odbioru lub w okresie gwarancji i rękojmi za wady - w wysokości 0,005% Wynagrodzenia brutto wskazanego w § 11 ust. 1, za każdy rozpoczęty dzień zwłoki liczony od dnia wyznaczonego na usunięcie wady do dnia jej usunięcia, potwierdzonego na piśmie przez Zamawiającego;</p> <p>e) za zwłokę w usunięciu wad Robót Budowlanych (w tym urządzeń i instalacji) stwierdzonych w protokole odbioru lub w okresie rękojmi za wady i gwarancji jakości – w wysokości 0,01% Wynagrodzenia brutto wskazanego w § 11 ust. 1 za każdy rozpoczęty dzień zwłoki liczony od dnia wyznaczonego na usunięcie wady do dnia jej usunięcia, potwierdzonego na piśmie przez Zamawiającego;</p> <p>f) za odstąpienie w części lub całości od Umowy z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy w wysokości 10 % Wynagrodzenia brutto wskazanego w § 11 ust. 1 Umowy;</p> | <p>0,01% Wynagrodzenia brutto wskazanego w § 11 ust. 1 <b>pkt 3</b> za każdy rozpoczęty dzień zwłoki;</p> <p>d) za zwłokę w usunięciu wad Dokumentacji Projektowej stwierdzonych w protokole odbioru lub w okresie gwarancji i rękojmi za wady - w wysokości 0,005% Wynagrodzenia brutto wskazanego w § 11 ust. 1 <b>pkt 1</b>, za każdy rozpoczęty dzień zwłoki liczony od dnia wyznaczonego na usunięcie wady do dnia jej usunięcia, potwierdzonego na piśmie przez Zamawiającego;</p> <p>e) za zwłokę w usunięciu wad Robót Budowlanych (w tym urządzeń i instalacji) stwierdzonych w protokole odbioru lub w okresie rękojmi za wady i gwarancji jakości – w wysokości 0,01% Wynagrodzenia brutto wskazanego w § 11 ust. 1 <b>pkt 2</b> za każdy rozpoczęty dzień zwłoki liczony od dnia wyznaczonego na usunięcie wady do dnia jej usunięcia, potwierdzonego na piśmie przez Zamawiającego;</p> <p>f) za odstąpienie w części lub całości od Umowy z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy w wysokości 10 % Wynagrodzenia brutto wskazanego w § 11 ust. 1 Umowy <b>za niewykonaną część Umowy</b>;</p> | <p>W orzecnictwie i doktrynie zgodnie przyjmuje się, że konstrukcja kary umownej opiera się na zasadach odpowiedzialności odszkodowawczej z art. 471 KC (poza kwestią szkody), stanowiąc substrat odszkodowania. Zakres odpowiedzialności z tytułu kary umownej pokrywa się w pełni z zakresem ogólnej odpowiedzialności dłużnika za niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania. Granice dopuszczalnego kształtowania obowiązku zapłaty kary umownej wyznaczają – poza art. 483 KC – także przepisy o charakterze imperatywnym. Wierzyciel, na rzecz którego zastrzeżona została kara umowna, musi wykazać istnienie i treść zobowiązania łączącego go z dłużnikiem, a także fakt niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania. Nie musi zaś wykazywać, że wykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania nastąpiło na skutek okoliczności, za które dłużnik ponosi odpowiedzialność (z uwagi na domniemanie zawarte w art. 471 KC). Dłużnik może zaś uwolnić się od obowiązku zapłaty kary umownej, jeżeli obali wynikające z tego przepisu domniemanie, że niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania (np. opóźnienie w spełnieniu świadczenia) było następstwem okoliczności, za które ponosi odpowiedzialność (zob. np. wyr. SN z 6.10.2010 r., II CSK 180/10, Legalis; wyr. SA w Katowicach z 28.02.2014 r., V ACa 756/13, Legalis; wyr. SA w Poznaniu z 6.07.2018 r., I AGa 108/18, Legalis).</p> <p>Również Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z 1.10.2021 r. (KIO 2149/21) odrzucała takie podejście zamawiającego. „Zdaniem Izby, takie ukształtowanie postanowień SWZ powodowało w konsekwencji, że kara umowa za zwłokę w wykonaniu prac projektowych (Kamienia Milowego nr 1), liczona od całości wynagrodzenia wykonawcy, pozostawała nieproporcjonalnie wysoka w stosunku do kar za zwłokę w wykonaniu robót budowlanych. Ryzyko zapłacenia kar umownych niewspółmiernie wyżej obciążało zatem część zamówienia obejmującą prace projektowe w stosunku do części zamówienia odnoszącej się do robót budowlanych. Kara umowna zastrzeżona na wypadek zwłoki w wykonaniu Kamienia Milowego nr 1 okazała się zatem nieproporcjonalnie wysoka w stosunku do kar za niewykonanie robót budowlanych. Sporna kara umowna naruszała zasadę proporcjonalności. Zamawiający cele zastrzeżenia kary umownej, jakimi są jej funkcje odszkodowawcza i motywacyjna, może osiągnąć w ten sposób, że kara umowa za zwłokę w wykonaniu prac projektowych zostanie ustalona na odpowiednim poziomie procentowym liczonym od wartości prac projektowych, a nie od wartości całości kontraktu, obejmującej także roboty budowlane.”</p> <p><b>Zamawiający powinien zastrzegać kary umowne uwzględniając swoje potrzeby i wymagania związane z celem, specyfiką i</b></p> |
|--|---|--|---|



|                                       |   |   |   |
|---------------------------------------|---|---|---|
|                                       |   |   | <p>wielkością zamówienia, w tym przede wszystkim analizą potencjalnych ryzyk prowadzących do niewykonania bądź nienależytego wykonania zamówienia, ale też z poszanowaniem podstawowych zasad udzielania zamówień publicznych, w tym zasady proporcjonalności oraz uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Zamawiający musi więc zidentyfikować rodzaj obowiązków, które mogą być naruszone oraz rozmiar możliwej do powstania szkody na skutek ich naruszenia oraz wpływ tego naruszenia na wykonanie zobowiązania.</p> <p>W ocenie Odwołującego naruszeniem zasady proporcjonalności jest zastrzeżenie kary umownej w umowie na roboty budowlane w formule „zaprojektuj i wybuduj” w ten sposób, że kara umowna za zwłokę w wykonaniu prac projektowych będzie liczona jako ułamek całego wynagrodzenia umownego (łącznie za zaprojektowanie i wybudowanie).</p>   |
| <p><u>Lp. 9</u></p> <p>§12 ust. 5</p> | <p>Naliczone przez Zamawiającego kary umowne mogą być dochodzone kumulatywnie. Kary naliczone do dnia odstąpienia od Umowy są należne niezależnie od kary za odstąpienie.</p> | <p>Naliczone przez Zamawiającego kary umowne mogą być dochodzone kumulatywnie, <b>z tym zastrzeżeniem, że</b> kary naliczone za nienależyte wykonanie umowy w części do dnia odstąpienia <b>częściowego</b> od Umowy <b>ze skutkiem na przyszłość</b>, są należne niezależnie od kary za odstąpienie.</p> | <p>Wskazane postanowienie Umowy prowadzi do naruszenia:</p> <p>- <u>art. 16 Pzp w zw. z art. 8 ust. 1 Pzp. w zw. z art. 5 i art. 353<sup>1</sup> Kodeksu cywilnego a także z art. 471 i 476 w zw. z art. 483 § 1 KC oraz z art. 473 §1 KC</u> poprzez skonstruowanie postanowień w sposób nieproporcjonalny, który powoduje - nieuzasadnione potrzebami Zamawiającego – uprzywilejowanie pozycji Zamawiającego i naruszenie zasady równowagi stron stosunku zobowiązaniowego, co pozostaje w sprzeczności z zasadami współżycia społecznego, godzi w naturę stosunku prawnego, naruszając tym samym równowagę kontraktową stron oraz stanowi nadużycie przez Zamawiającego przysługującego mu prawa podmiotowego do ukształtowania istotnych postanowień umownych.</p> <p>Nie wywołuje wątpliwości, że można zastrzec w jednej umowie zarówno karę za zwłokę w wykonaniu umowy, jak i karę za odstąpienie od umowy. Nie jest jednak dopuszczalne jednoczesne dochodzenie tych kar w sytuacji, gdy doszło zarówno do zwłoki w wykonaniu umowy, jak i odstąpienia od umowy.</p> <p>Zagadnieniem tym zajął się SN w wyroku z 18.01.2019 r., III CSK 9/17, przyjmując dopuszczalność kumulacji tych kar, jeżeli odstąpienie dotyczy tylko niewykonanej części umowy (skutek <i>ex nunc</i>), a kara za opóźnienie (zwłokę) dochodzona jest wyłącznie co do wykonanej części umowy, nieobjętej odstąpieniem. Innymi słowy, jeżeli od umowy</p> |

|  |  |  |  |
|--|--|--|--|
|  |  |  | <p>odstąpiono tylko w części, istnieje możliwość łączenia kar za opóźnienie i odstąpienie.</p> <p>We wcześniejszej uchwale, z 18.07.2012 r., III CZP 39/12, w ślad za stanowiskiem wyrażonym w uchwale z 16.01.1984 r., III CZP 70/83, SN wyjaśnił, że nie może być kumulowana kara umowna przewidziana za nienależyte wykonanie zobowiązania (np. kara umowna za opóźnienie w wykonaniu zobowiązania) oraz kara umowna za niewykonanie zobowiązania. Uchwała ta zapadła na bazie założenia, że odstąpienie od umowy znosi w całości wynikający z niej stosunek prawny (umowa w całości uznana jest za niezawartą). Następuje stan uznany za niewykonanie zobowiązania, a zatem nie może być w takiej sytuacji mowy o jednoczesnym nienależytym wykonaniu umowy. Jeżeli doszło do odstąpienia od umowy w całości, należna jest tylko kara za odstąpienie.</p> <p>Sytuacja wygląda jednak inaczej, na co zwrócono uwagę w przywołanym wyroku SN z 18.01.2019 r., jeżeli dochodzi do częściowego odstąpienia od umowy – ze skutkiem na przyszłość (ex nunc), czyli co do niewykonanej części umowy. W takich przypadkach wykonana już część umowy nie jest objęta odstąpieniem i umowa w tej części nadal wiąże strony. Będzie to miało miejsce w szczególności, gdy świadczenia stron są podzielne lub strony zastrzegły prawo odstąpienia od umowy, z którego złożeniem ewidentnie powiązały skutki na przyszłość, nie wyłączając tym samym możliwości oceny spełnionych przez nie wcześniej świadczeń wzajemnych, jako mających podstawę w umowie. Oznacza to, że świadczenia, jakie strony spełniły w związku z wykonywaniem umowy do czasu złożenia skutecznego oświadczenia o odstąpieniu, były świadczeniami spełnionymi na podstawie umowy i podlegającymi ocenie stosownie do jej przepisów. Odstąpienie tym samym dotyczy tylko świadczeń niespełnionych (do czasu skutecznego odstąpienia). Część świadczeń spełnionych musi być zatem uznana za świadczenia z umowy, stanowiące o jej częściowym wykonaniu. W tym zakresie można oceniać, czy obowiązki zostały wykonane należycie i czy np. należna jest kara umowna za opóźnienie.</p> |
| <p><u>Lp. 10</u></p> <p>§12 ust. 4</p> | <p>4. Kary umowne stają się wymagalne z chwilą i w dacie powstania podstawy do ich naliczenia, bez konieczności odrębnego wzywania Wykonawcy do ich zapłaty.</p> | <p>4. <del>Kary umowne stają się wymagalne z chwilą i w dacie powstania podstawy do ich naliczenia, bez konieczności odrębnego wzywania Wykonawcy do ich zapłaty.</del></p> <p><b>Wnoszę o zmianę ust. 4 w następujący sposób:</b></p> | <p>Wskazane postanowienie Umowy prowadzi do naruszenia:</p> <p><b>- art. 16 Pzp w zw. z art. 8 ust. 1 Pzp, w zw. z art. 5 i art. 353<sup>1</sup> Kodeksu cywilnego a także z art. 471 i 476 w zw. z art. 483 § 1 KC oraz z art. 473 §1 KC</b> poprzez skonstruowanie postanowień w sposób nieproporcjonalny, który powoduje - nieuzasadnione potrzebami Zamawiającego – uprzywilejowanie pozycji Zamawiającego i naruszenie zasady równowagi stron stosunku zobowiązaniowego, co pozostaje w</p>   |

|  |  |   |   |
|--|--|---|---|
|  |  | <p>4. Termin zapłaty kary umownej wynosi 14 dni kalendarzowych od dnia skutecznego doręczenia Stronie wezwania do zapłaty. W razie zwłoki z zapłatą kary umownej Strona uprawniona do otrzymania kary umownej może żądać odsetek ustawowych za każdy dzień kalendarzowy zwłoki.</p> | <p>sprzeczności z zasadami współżycia społecznego, godzi w naturę stosunku prawnego, naruszając tym samym równowagę kontraktową stron oraz stanowi nadużycie przez Zamawiającego przysługującego mu prawa podmiotowego do ukształtowania istotnych postanowień umownych.</p> <p>Brak obowiązku notyfikacji przez Zamawiającego naliczenia kary umownej i zakomunikowania podstaw prawnych i faktycznych prowadzi do rażącej nierówności i pokrzywdzenia Wykonawcy. Wykonawca może przez wiele miesięcy być nieświadomy naliczenia kary umownej (Etap II rozliczany jest kwartalnie - §11 ust. 4 lit. b), co sprawia że nie będzie mógł bronić się przed jej naliczeniem wykazując, że nienależyte wykonanie umowy było spowodowane okolicznościami niezależnymi od niego.</p> <p>Odwołujący wskazuje, iż katalog kar umownych określonych przez Zamawiającego zawiera kilkanaście przypadków i każdy z przypadków zawiera wysokie kary, w części liczone od wynagrodzenia maksymalnego brutto. Ponadto Zamawiający zastrzegł dodatkowo nieograniczone prawo żądania zapłaty odszkodowania przewyższającego kary umowne (§12 ust. 3).</p> <p>Skoro Zamawiający jest uprawniony do potrącania kar umownych z wynagrodzenia Wykonawcy, to Wykonawca w istocie nie ma możliwości przeciwstawienia się uznaniu określonych działań za zawinione. Zamawiający więc przyjmie domniemanie, że nienależyte wykonanie umowy nastąpiło z przyczyn leżących po stronie wykonawcy, naliczy karę i ją potrąci.</p> <p>Zaprojektowany przez Zamawiającego katalog kar i ich wysokość wydaje się przekraczać granice motywacji Wykonawcy do realizacji zamówienia (por. wyrok KIO z dnia 19 lutego 2010 r., KIO/UZP 1839/09). W ocenie Odwołującego, Zamawiający nadużywa kar umownych jako środka motywującego Wykonawcę. <b>Wykonawca może zostać obciążony nadmiernymi karami umownymi, naliczanymi przy tym niezależnie od siebie, co oznacza możliwość dublowania się kar umownych za jedno zdarzenie. Co więcej, limit odpowiedzialności z tytułu kar umownych jest wysoki (30%), a przy tym odpowiedzialność odszkodowawcza powyżej kar umownych – jak już wyżej wskazano – nie jest w żaden sposób ograniczona.</b></p> <p>Jak podkreślono w „Raporcie dotyczącym stosowania kar umownych w zamówieniach publicznych” z marca 2018 r. dostępnym na stronie UZP: <b>Zbyt represyjne reguły odpowiedzialności w karach umownych mogą zniechęcać do składania ofert i mogą stanowić przyczynę małego</b></p> |
|--|--|---|---|

|  |   |  |   |
|--|---|--|---|
|  |   |  | <p><b>zainteresowania wykonawców ubieganiem się o uzyskanie zamówienia publicznego, co wpływa na konkurencyjność postępowań oraz niekiedy konieczność ich unieważnienia. W takim przypadku wykonawcy na etapie sformułowania warunków umownych mają pełne prawo kwestionować czynności podjęte przez zamawiających jako <b>naruszające zasadę proporcjonalności udzielania zamówień publicznych, a przez to niezgodne z ustawą Prawo zamówień publicznych.</b> Do Urzędu Zamówień Publicznych docierają sygnały wskazujące na stosowanie w zamówieniach publicznych nadmiernych z punktu widzenia wykonawców kar umownych. Przyczyny takiego stanu rzeczy są zapewne złożone. Z jednej strony zapisy umowne dotyczące kar umownych stanowią konsekwencję braku należytej staranności w wykonywaniu zamówień publicznych przez wykonawców. Z drugiej strony stanowią sposób na przerzucenie odpowiedzialności za brak należytej staranności służb zamawiających przy opisywaniu przedmiotu zamówienia.</b></p>   |
| <p><b><u>Lp. 11</u></b><br/><b>§14 ust. 7 lit. c</b></p> | <p>7. W przypadku wystąpienia jakiegokolwiek wady w Przedmiocie Umowy Zamawiający jest uprawniony do:</p> <p>(...)</p> <p>c) żądania od Wykonawcy odszkodowania (obejmującego zarówno poniesione straty, jak i utracone korzyści), jakiej doznał Zamawiający lub osoby trzecie na skutek wystąpienia wad;</p> | <p>7. W przypadku wystąpienia jakiegokolwiek wady w Przedmiocie Umowy Zamawiający jest uprawniony do:</p> <p>(...)</p> <p>c) żądania od Wykonawcy odszkodowania (obejmującego zarówno poniesione straty, jak i utracone z wyłączeniem utraconych korzyści), jakiej doznał Zamawiający <del>lub osoby trzecie</del> na skutek wystąpienia wad;</p> <p><b>Wnoszę o dodanie ust. 7a:</b></p> <p><b>Odpowiedzialność Stron</b></p> <p><b>1) Strony ponoszą wobec siebie odpowiedzialność z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania Umowy lub za wyrządzoną szkodę na zasadach określonych w kodeksie cywilnym, z uwzględnieniem postanowień Umowy.</b></p> <p><b>2) Całkowita odpowiedzialność Wykonawcy w związku z Umową nie może przekroczyć kwoty stanowiącej równowartość 100% (stu procent) Wynagrodzenia bez podatku VAT (netto).</b></p> | <p>Wskazany zapis narusza - <b><u>art. 16 Pzp w zw. z art. 8 ust. 1 Pzp. w zw. z art. 5 i art. 353<sup>1</sup> Kodeksu cywilnego.</u></b></p> <p>Zapis powoduje – nieuzasadnione potrzebami Zamawiającego – uprzywilejowanie pozycji Zamawiającego i naruszenie zasady równowagi stron stosunku zobowiązaniowego, co pozostaje w sprzeczności z zasadami współżycia społecznego, godzi w naturę stosunku prawnego, naruszając tym samym równowagę kontraktową stron oraz stanowi nadużycie przez Zamawiającego przysługującego mu prawa podmiotowego do ukształtowania istotnych postanowień umownych.</p> <p>Standardem w tego rodzaju umowach jest, że wyłącza się przede wszystkim roszczenia o utracone korzyści, a także tzw. szkody pośrednie, w tym roszczenia osób trzecich. W umowie brak jest jakiegokolwiek ograniczenia odpowiedzialności Wykonawcy. W konsekwencji, przykładowo, ponieważ Wadą może być też wada parametrów instalacji oznacza to, że Zamawiający może zgłaszać roszczenie do wykonawcy o utracone z tego tytułu korzyści w pełnym zakresie, co sprawia, że ryzyko kontraktowe wykonawcy jest wręcz niemożliwe do skalkulowania i znacząco przekracza zwykłe ryzyko kontraktowe w obrocie gospodarczym w tego rodzaju kontraktach.</p> |

|  |  |  |   |
|--|--|--|---|
|  |  | <p>3) <i>W celu uniknięcia wątpliwości (a) wszelkie kary umowne określone w Umowie, zawierają się w powyższej łącznej kwocie odpowiedzialności, oraz (b) Dostawy, Usługi i Roboty Budowlane ukończone przez Wykonawcę zgodnie z Umową, za które Zamawiający zapłacił, nie zawierają się w powyższej łącznej kwocie odpowiedzialności.</i></p> <p>4) <i>Określona powyżej łączna kwota odpowiedzialności znajduje zastosowanie do odpowiedzialności Wykonawcy, jak również Podwykonawców, pracowników i przedstawicieli.</i></p> <p>5) <i>Wykonawca nie ponosi w stosunku do Zamawiającego odpowiedzialności w zakresie:</i></p> <p>a) <i>odpowiedzialności Zamawiającego ponoszonej na podstawie jakichkolwiek umów zawartych z osobami trzecimi, w tym odpowiedzialności związanej z brakiem wytwarzania energii elektrycznej lub ciepła,</i></p> <p>b) <i>kosztów poniesionych przez Zamawiającego bezpośrednio w celu wykonywania Umowy (z wyłączeniem Wynagrodzenia) w związku z kosztami kontrahentów lub pracowników Zamawiającego, poniesionymi przez Zamawiającego zgodnie z Umową kosztami mediów, kosztami prac wykonanych przez Zamawiającego lub na jego zlecenie w związku z wykonywaniem Umowy, kosztami zawierania lub wykonywania kontraktów z dostawcami mediów, doradcami, projektantami, lub innymi jego dostawcami lub podwykonawcami;</i></p> <p>c) <i>kosztów zakupu przez Zamawiającego zastępczej energii elektrycznej lub ciepła,</i></p> | <p>Nie ma również żadnego racjonalnego uzasadnienia dla żądania, aby Zamawiający mógł zgłaszać roszczenia związane ze szkodą, która wystąpi do stronie osób trzecich.</p> <p>Odwołujący proponuje zapisy przywracające równowagę kontraktową stron, zgodne z naturą tego stosunku zobowiązaniowego.</p> |
|--|--|--|---|



|  |  |  |  |
|--|--|--|--|
|  |  | <p>d) <i>roszczeń instytucji finansowych świadczących Zamawiającemu usługi w związku z realizacją Umowy.</i></p> <p>e) <i>szkód takich jak straty produkcyjne i przerwy w produkcji, utrata możliwości eksploatacji, utrata mocy, koszty finansowe, kapitałowe, odsetki.</i></p> |  |
|--|--|--|--|

r.pr. Paweł Skrodzki