

Poznań, dnia 4 marca 2022 roku

Prezes Krajowej Izby Odwoławczej

ul. Postępu 17a

02-676 Warszawa

Dotyczy : Postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie art. 132 ustawy z dnia 11 września 2019 roku Prawo zamówień publicznych, którego przedmiotem jest zadanie inwestycyjne pod nazwą „Budowa komunalnego osiedla mieszkalnego przy ul. Nadolnik w Poznaniu”, numer referencyjny : ZP-200.3.2022, numer ogłoszenia o zamówieniu : 2022/S 037-094439 z dnia 22.03.2022 roku

Odwołujący : spółka pod firmą AGROBEX Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu, adres : ul. Kochanowskiego 7, 60-845 Poznań, KRS : 0000075908, NIP : 7810020446, numer telefonu : 61 84-64-000, adres poczty elektronicznej : agrobex@agrobex.pl, reprezentowany przez Marcina Liszkowskiego – pełnomocnika.

Zamawiający : spółka pod firmą Zarząd Komunalnych Zasobów Lokalowych Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu, adres : ul. Matejki 57, 60-770 Poznań, numer telefonu : 614-158-800, KRS : 0000483352, REGON : 302538131, NIP : 2090002942, adres poczty elektronicznej : www.zkzl.poznan.pl, adres platformy zakupowej Zamawiającego : https://platformazakupowa.pl/pn/zkzl_poznan.

ODWOŁANIE

Działając w imieniu Odwołującego - spółki pod firmą AGROBEX Sp. z o.o. na podstawie art. 513 ustawy z dnia 11 września 2019 roku Prawo zamówień publicznych (dalej zwana „PZP”) składam w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego przez Zamawiającego – spółkę pod firmą Zarząd Komunalnych Zasobów Lokalowych Sp. z o.o. w trybie przetargu nieograniczonego pod nazwą „Budowa komunalnego osiedla mieszkalnego przy ul. Nadolnik w Poznaniu”, numer referencyjny : ZP.200.3.2022 (dalej : „Zamówienie”) **odwołanie na :**

1) niezgodną z przepisami PZP czynność Zamawiającego podjętą w wyżej wskazanym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, polegającą na niezgodnym z przepisami PZP sformułowaniu Specyfikacji Warunków Zamówienia (dalej : „SWZ”), poprzez opisanie przedmiotu zamówienia przez wskazanie znaków towarowych, patentów lub pochodzenia bez jednoczesnego wskazania kryteriów stosowanych w celu oceny równoważności lub przy takim opisie kryteriów stosowanych w celu oceny równoważności, który wyklucza możliwość zaproponowania przez wykonawcę jakiegokolwiek innego produktu niż ten, który Zamawiający wskazał w opisie przedmiotu zamówienia,

2) niezgodną z przepisami PZP czynność Zamawiającego podjętą w wyżej wskazanym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, polegającą na sformułowaniu projektowanych postanowień umownych w sposób nieprzejrzysty, niejednoznaczny, naruszający zasady współżycia społecznego, niezapewniający równości stron, sprzeczny z przepisami PZP oraz kodeksu cywilnego.

Niniejsze odwołanie wnoszone jest w postępowaniu o udzielenie zamówienia, którego wartość jest równa lub przekracza progi unijne określone na podstawie art. 3 ustawy z dnia 11 września 2019 roku – Prawo zamówień publicznych.

Odwołujący podaje, że niniejsze odwołanie wnoszone jest w ciągu dziesięciu dni od dnia zamieszczenia ogłoszenia w Biuletynie Zamówień Publicznych / na stronie internetowej, a zatem Odwołujący uczynił zadość wymaganiom art. 515 ust. 2 pkt 1) PZP.

Składając niniejsze odwołanie Odwołujący **zarzuca** Zamawiającemu :

1) naruszenie art. 99 ust. 6 PZP, co nastąpiło w ten sposób, że Zamawiający opisał przedmiot zamówienia przez wskazanie znaków towarowych, patentów lub pochodzenia bez jednoczesnego wskazania kryteriów stosowanych w celu oceny równoważności lub przy takim opisie kryteriów stosowanych w celu oceny równoważności, który wyklucza możliwość zaproponowania przez wykonawcę jakiegokolwiek innego produktu niż ten, który Zamawiający wskazał w opisie przedmiotu zamówienia – szczegółowa lista zarzutów Odwołującego w tym zakresie zawarta została – z uwagi na ich ilość – w załączniku nr 1 do niniejszego Odwołania, stanowiącym jego integralną część,

2) naruszenie art. 16 pkt 1) do 3) PZP oraz art. 8 ust. 1 PZP w związku z art. 353¹ k.c., w związku z art. 647 k.c. i w związku z art. 480 § 1 k.c., a nadto art. 433 pkt 1) PZP, art. 433 pkt 4) PZP oraz art. 455 ust. 1 pkt 1) PZP, co nastąpiło w ten sposób, że :

a) w § 1 ust. 3 (zdanie pierwsze i drugie) projektowanych postanowień umowy Zamawiający nałożył na wykonawcę odpowiedzialność za prawidłowość dokumentacji projektowej, której wykonawca nie sporządził, a która wykonana została na wyłączne zlecenie Zamawiającego – Zamawiający nałożył na wykonawcę obowiązek zgłoszenia wszelkich zastrzeżeń lub wad dokumentacji projektowej, a brak zgłoszenia Zamawiający ma wywołać skutek w postaci rzekomego oświadczenia wykonawcy o tym, że dokumentacja projektowa nie zawiera wad; w ten sposób; wskazane postanowienie nie precyzuje skutków takie domniemanego oświadczenia wykonawcy, ale zapewne Zamawiający ma na myśli to, iż:

- w przypadku stwierdzenia wad w trakcie wykonywania robót – to na wykonawcy spoczywać ma obowiązek usunięcia wad dokumentacji projektowej lub Zamawiający domagać się będzie od wykonawcy poniesienia kosztów zmiany dokumentacji projektowej (mimo, że przedmiotem zamówienia publicznego nie są prace projektowe lecz roboty budowlane),

- w przypadku wykonania robót w oparciu o wadliwą dokumentację projektową - to wykonawca ponosić będzie odpowiedzialność za wykonanie robót w oparciu o wadliwą dokumentację projektową,

- wykonawca nie będzie mógł domagać się zapłaty wynagrodzenia za prace dodatkowe wykonane w związku z poprawieniem wadliwej dokumentacji projektowej,

b) w § 1 ust. 3 (zdanie trzecie i czwarte) projektowanych postanowień umowy Zamawiający zobowiązał wykonawcę do tego, aby te wady dokumentacji projektowej, których przy zachowaniu należytej staranności nie można było stwierdzić przed zawarciem umowy, wykonawca zgłosił nie później niż cztery tygodnie przed wskazanym w harmonogramie terminem wykonania robót (których dotyczy wada projektowa), i to pod rygorem utraty uprawnienia do powoływania się na takie wady w przyszłości – skoro wykonawca, zachowując należyta staranność – nie może stwierdzić istnienia wad dokumentacji projektowej przed zawarciem umowy, to jest wysoce prawdopodobne, że wykonawca nie będzie mógł stwierdzić istnienia takiej wady także na cztery tygodnie przed terminem wykonania

robót – najprawdopodobniej taką wadę dokumentacji projektowej można stwierdzić dopiero w trakcie wykonywania robót, których dotyczy wadliwa dokumentacja projektowa,

c) w § 2 ust. 5 i ust. 6 projektowanych postanowień umowy Zamawiający przyznał sobie uprawnienie do tego, że – w sposób wiążący dla wykonawcy – Zamawiający określi wynagrodzenie przysługujące wykonawcy za poszczególne etapy robót wskazane w harmonogramie rzeczowo – finansowym,

d) w § 3 ust. 3 projektowanych postanowień umowy Zamawiający przyznał sobie uprawnienie do przekazania budowy w okresie do sześciu miesięcy od podpisania umowy – w sytuacji lawinowo rosnącej inflacji jest szczególnie istotne dla Wykonawcy, aby przekazanie placu budowy nastąpiło niezwłocznie po podpisaniu umowy,

e) w § 4 ust. 1 pkt 22) projektowanych postanowień umowy Zamawiający nałożył na wykonawcę odpowiedzialność za wszelkie szkody powstałe nie tylko na terenie budowy, ale nawet na drogach dojazdowych do budowy – Zamawiający przekazuje wykonawcy plac budowy i wykonawca ponosi odpowiedzialność za szkody na terenie placu budowy nie zaś na drogach dojazdowych do placu budowy; poza tym Zamawiający nie zdefiniował pojęcia „drogi dojazdowej do budowy” i w związku z tym nie wiadomo, jakiego obszaru miałyby dotyczyć odpowiedzialność wykonawcy za szkody powstałe na drogach dojazdowych do placu budowy,

f) w § 4 ust. 2 projektowanych postanowień umowy Zamawiający nałożył na wykonawcę obowiązek bezpłatnego przygotowania dla Zamawiającego wszelkich żądanych przez Zamawiającego dokumentów w przypadku nałożenia obowiązków na Zamawiającego przez bank (instytucję finansującą) we zakresie sprawozdawczości dotyczącej realizacji przedmiotu umowy – taki obowiązek wykonawcy nie został w żaden sposób sprecyzowany (np. przez wskazanie konkretnych opracowań, które wykonawcy zobowiązany byłby wykonać) ani ograniczony (np. przez wskazanie ilości opracowań, których mógłby domagać się Zamawiający) przez co wykonawca nie może oszacować kosztów sporządzania dokumentów dla Zamawiającego,

g) w § 5 ust. 2 projektowanych postanowień umowy przyznał sobie uprawnienie do żądania sprawdzenia jakości wszelkich materiałów i urządzeń używanych do wykonania przedmiotu umowy, i to na wyłączny koszt wykonawcy – badania jakości materiałów i urządzeń są bardzo kosztowne; jeśli Zamawiający zechce często korzystać ze wskazanego uprawnienia do prowadzenia badań na koszt wykonawcy, fakt ten może znacząco podwyższyć koszty wykonania robót, których wykonawca nie jest w stanie oszacować,

h) w § 5 ust. 4 projektowanych postanowień umowy Zamawiający wskazał, że o ile wykonawca proponuje w ofercie zastosowanie materiałów równoważnych, to dodatkowo – przed ich zastosowaniem na budowie – wykonawca ma obowiązek uzyskać zgodę Zamawiającego i autora dokumentacji projektowej na użycie tych zaproponowanych w ofercie materiałów równoważnych – zastosowanie materiałów równoważnych nie może być uzależnione od zgody Zamawiającego i projektanta; wykonawca musi mieć pewność, że będzie mógł zastosować materiały równoważne (czyli takie, które spełniają wskazane przez Zamawiającego kryteria oceny równoważności), w przeciwnym bowiem wypadku wykonawca oferujący materiały równoważne nie ma pewności co do ostatecznych kosztów budowy,

i) w § 7 ust. 3 projektowanych postanowień umowy Zamawiający wskazał, że inspektor nadzoru jest uprawniony do wydawania wykonawcy poleceń związanych z ilości i jakością robót – jednak należy zauważyć, że ilość i jakość robót wynika już z dokumentacji projektowej, a ewentualne polecenia inspektora nadzoru nie mogą prowadzić do zobowiązania wykonawcy wykonania robót w zakresie i jakości nie wynikających z dokumentacji projektowej,

j) w § 8 ust. 7 projektowanych postanowień umowy Zamawiający przyznał sobie uprawnienie do odmowy odbioru robót w każdym przypadku wykonania przedmiotu umowy w sposób niezgodny z umową, podczas, gdy uprawnienie do odmowy odbioru robót winno być ograniczone wyłącznie do przypadku, w którym roboty nie są zakończone lub gdy dotknięte są one wadami istotnymi,

k) w § 8 ust. 11 projektowanych postanowień umowy Zamawiający przyznał sobie uprawnienie do usunięcia wad (nieusuniętych przez wykonawcę w wyznaczonym terminie) na „koszt i ryzyko” wykonawcy, podczas gdy przepis art. 480 k.c. upoważnia wierzyciela do wykonania czynności na koszt dłużnika, ale już nie na jego ryzyko; nie ma żadnego powodu, dla którego wykonawca miałby ponosić ryzyko nienależytego wykonania prac poprawkowych przez podmiot trzeci; tak ukształtowany model wykonawstwa zastępczego jest niezgodny z zasadami współżycia społecznego,

l) w § 12 ust. 1 pkt 3), pkt 4) i pkt 5) projektowanych postanowień umowy Zamawiający przyznał sobie uprawnienie do naliczenia kar umownych w przypadku – odpowiednio : niedotrzymania terminu budowy obiektu, niedotrzymania terminu osiągnięcia stanu zerowego lub surowego zamkniętego, niedotrzymania terminu usunięcia wad – we wszystkich tych przypadkach uprawnienie Zamawiającego do naliczenia kar umownych powinno być związane ze zwłoką wykonawcy nie zaś z „niedotrzymaniem terminu” - pojęcie to obejmuje (w rozumieniu odwołującego) także okoliczności niezawinione przez wykonawcę, a zatem także opóźnienie,

ł) w § 12 ust. 2 projektowanych postanowień umowy Zamawiający przyznał sobie uprawnienie do naliczenia kar umownych w łącznej wysokości wynoszącej 50% łącznego wynagrodzenia brutto wykonawcy – w ocenie wykonawcy wskazane postanowienie jest sprzeczne z zasadami współżycia społecznego, gdyż w ocenie wykonawcy łączna wysokość kar umownych nie powinna przekraczać 30% wynagrodzenia brutto wykonawcy,

m) w § 13 ust. 1 pkt 2) lit a) projektowanych postanowień umowy Zamawiający przyznał sobie uprawnienie do zmiany przedmiotu umowy z powodu okoliczności „nieprzewidzianych w dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego” – w ten sposób Zamawiający naruszył przepis art. 455 ust. 1 pkt 1) PZP, gdyż dopuścił zmianę umowy nie określając rodzaju i zakresu zmian oraz nie precyzując warunków wprowadzenia zmian; nadto odwołujący wskazuje, że zakres dopuszczalnych zmian w opisie przedmiotu zamówienia nie został w żaden sposób ograniczony, lecz ograniczona (do 50%) została możliwość podwyższenia wynagrodzenia wykonawcy z powodu wprowadzony zmian w opisie przedmiotu zamówienia (§ 13 ust. 3 projektowanych postanowień umowy),

n) w § 13 ust. 1 pkt 2) lit b) tiret pierwsze i drugie projektowanych postanowień umowy Zamawiający przyznał sobie uprawnienie do zmiany opisu przedmiotu zamówienia wynikającego z :

- rozwoju technicznego powodującego, że nowe rozwiązanie będzie przewidywać najbardziej aktualne lub odpowiednie rozwiązania techniczne, technologiczne lub w zakresie stosowanych materiałów budowlanych,

- zmian wymagań Zamawiającego co do przedmiotu zamówienia,

- w ten sposób Zamawiający naruszył przepis art. 455 ust. 1 pkt 1) PZP, gdyż dopuścił zmianę umowy nie określając rodzaju i zakresu zmian oraz nie precyzując warunków wprowadzenia zmian; nadto odwołujący wskazuje, że zakres dopuszczalnych zmian w opisie przedmiotu zamówienia nie został w żaden sposób ograniczony, lecz ograniczona (do 50%) została możliwość podwyższenia wynagrodzenia wykonawcy z powodu wprowadzony zmian w opisie przedmiotu zamówienia (§ 13 ust. 3 projektowanych postanowień umowy),

ń) w § 13 ust. 6 projektowanych postanowień umowy Zamawiający wskazał, że w przypadku wystąpienia konieczności wykonania robót dodatkowych lub zamiennych rozliczenie tych robót nastąpi na podstawie kosztorysu sporządzonego przez Zamawiającego, podczas gdy taki kosztorys powinien sporządzać wykonawca, gdyż to wykonawca wykonywać będzie roboty dodatkowe lub zamienne, ponadto to wykonawca – jako podmiot zajmujący się zawodowo wykonywaniem robót – posiada wiedzę o kosztach robót,

o) w § 13 ust. 7 projektowanych postanowień umowy Zamawiający wskazał, że w przypadku zaniechania wykonania określonych robót ustalenie wynagrodzenia wykonawcy podlegającego umniejszeniu nastąpi na podstawie kosztorysu sporządzonego przez Zamawiającego, podczas gdy taki kosztorys powinien sporządzać wykonawca, gdyż to wykonawca wykonywać będzie roboty dodatkowe lub zamienne, ponadto to wykonawca – jako podmiot zajmujący się zawodowo wykonywaniem robót – posiada wiedzę o kosztach robót,

p) w § 13 ust. 7 projektowanych postanowień umowy Zamawiający wskazał, że w przypadku zaniechania wykonania określonych robót ustalenie wynagrodzenia wykonawcy podlegającego umniejszeniu nastąpi na podstawie kosztorysu sporządzonego według wskaźników cenotwórczych określonych w biuletynach Sekocenbud, podczas, gdy wynagrodzenie wykonawcy ulegające zmniejszeniu powinno zostać obliczone na podstawie kosztorysu sporządzonego według wartości poszczególnych rodzajów robót określonych w Harmonogramie; nadto Zamawiający przewidział możliwość zaniechania wykonania części robót bez wskazania minimalnej wartości lub wielkości świadczenia wykonawcy, czym Zamawiający naruszył przepis art. 433 pkt 4)PZP,

r) w § 14 ust. 1 pkt 2) Zamawiający przyznał sobie uprawnienie do odstąpienia od umowy w przypadku, gdy trzykrotnie naliczono kary umowne z jakiegokolwiek przyczyny – na podstawie tego postanowienie Zamawiający może zyskać uprawnienie do odstąpienia od umowy |(i do naliczenia kary umownej z tytułu odstąpienia) z powodu zupełnie błahych okoliczności, gdyż w § 12 umowy przewidziano 26 równego rodzaju kar umownych, w tym np. karę za przerwę w transmisji z kamer na terenie budowy, czy za brak mebli w kontenerze biurowym; zdaniem odwołującego Zamawiający powinien być uprawniony do odstąpienia od umowy tylko w przypadku rażących (szczególnie istotnych uchybień) wykonawcy (nie zaś w przypadku wszelkich uchybień wykonawcy, z powodu których Zamawiający może naliczyć wykonawcy karę umowną),

s) w § 14 ust. 7 projektowanych postanowień umowy Zamawiający wskazał, że w przypadku odstąpienia od umowy lub jej części rozliczenie wykonanych robót nastąpi na podstawie kosztorysu sporządzanego przez Zamawiającego, podczas gdy taki kosztorys powinien sporządzać wykonawca, gdyż to wykonawca wykonał roboty, ponadto to wykonawca – jako podmiot zajmujący się zawodowo wykonywaniem robót – posiada wiedzę o kosztach robót,

t) w § 6 ust. 3 projektowanych postanowień umowy Zamawiający ustanowił wymóg, aby polisa ubezpieczenia ryzyk budowlanych, którą zobowiązany jest przedłożyć wykonawca, obejmowała ubezpieczenie utraty zysku Zamawiającego – jednak wykonawca nie zna wysokości szacowanego przez Zamawiającego zysku i w związku z tym nie będzie w stanie uzyskać żądanego przez Zamawiającego ubezpieczenia ryzyk budowlanych.

Odwołujący podaje, że wskazane powyżej uchybienie przepisowi art. 99 ust. 6 PZP może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, gdyż uniemożliwia on Odwołującemu złożenie oferty przy zastosowaniu produktów i materiałów równoważnych, innymi

słowy – oferty korzystniejszej niż oferta, w ramach której Odwołujący nie ma możliwości zaproponowania produktów równoważnych.

Działając na podstawie art. 505 PZP Odwołujący wskazuje, że ma interes w uzyskaniu Zamówienia. Odwołujący posiada potencjał, wiedzę i doświadczenie umożliwiające złożenie najkorzystniejszej oferty, a następnie niezakłóconą realizację zamówienia. Przedmiotem zamówienia jest budowa budynków mieszkalnych wielorodzinnych, zaś istotą prowadzonej przez Odwołującego działalności gospodarczej jest właśnie budowa budynków mieszkalnych wielorodzinnych. Uzyskanie i realizacja przedmiotowego zamówienia umożliwi Odwołującemu realizację zysku. Odwołujące stale uczestniczy w przetargach publicznych i czerpie zyski z realizacji robót objętych zamówieniami. Innymi słowy Odwołujący ma realną szansę na uzyskanie przedmiotowego zamówienia, która jednak może zostać zaprzeczona na skutek niezgodnych z przepisami PZP i kodeksu cywilnego postanowień SWZ i projektowanych postanowień umowy. W ten sposób Odwołujący może ponieść szkodę na skutek naruszenia przez Zamawiającego wskazanych przepisów PZP oraz kodeksu cywilnego. W szczególności na skutek tego, że Zamawiający nie wskazał kryteriów stosowanych w celu oceny równoważności lub tak opisał kryteria stosowane w celu oceny równoważności, że nie jest możliwe zaproponowanie przez Odwołującego jakiegokolwiek innego produktu niż ten, który Zamawiający wskazał w opisie przedmiotu zamówienia. Odwołujący nie ma możliwości sformułowania oferty najkorzystniejszej, opracowanej przy uwzględnieniu produktów i rozwiązań równoważnych. Z tego względu Odwołujący może nie uzyskać zamówienia i nie w konsekwencji Odwołujący nie osiągnie zysku z jego realizacji.

Wobec powyższego Odwołujący **wnosi** o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie Zamawiającemu :

- 1) odnośnie zarzutu sformułowanego w pkt 1 : uzupełnienie SWZ o sprecyzowanie przez Zamawiającego kryteriów stosowanych w celu oceny równoważności,
- 2) odnośnie zarzutu sformułowanego w pkt 2 lit. a) i w punkcie 2 lit b) : dokonanie zmiany § 1 projektowanych postanowień umowy w ten sposób, iż skreślony zostanie w całości ustęp 3 tego paragrafu,
- 3) odnośnie zarzutu sformułowanego w pkt 2 lit. c) : dokonanie zmiany § 2 ust. 5 projektowanych postanowień umowy w ten sposób, iż we wskazanym ustępie 5 skreślony zostanie w całości punkt 1),
- 4) odnośnie zarzutu sformułowanego w pkt 2 lit. d) : dokonanie zmiany § 3 ust. 3 projektowanych postanowień umowy w ten sposób, że słowa „nie dłuższym niż 6 miesięcy” zastąpione zostaną słowami „nie dłuższym niż 14 dni”,
- 5) odnośnie zarzutu sformułowanego w pkt 2 lit. e) : dokonanie zmiany § 4 ust. 1 pkt 22) projektowanych postanowień umowy poprzez skreślenie w tym punkcie słów : „oraz drogach dojazdowych do Terenu Budowy”,
- 6) odnośnie zarzutu sformułowanego w pkt 2 lit. f) : dokonanie zmiany § 4 ust. 2 poprzez sprecyzowanie rodzaju i ilości dokumentów i opracowań, do których bezpłatnego przygotowania zobowiązany będzie wykonawca,
- 7) odnośnie zarzutu sformułowanego w pkt 2 lit. g) : dokonanie zmiany § 5 ust. 2 projektowanych postanowień umowy w ten sposób, iż zdanie drugie tego ustępu otrzyma następujące nowe brzmienie: „W przypadku gdyby Zamawiający zakwestionował jakość materiałów i urządzeń używanych do wykonania przedmiotu Umowy, Zamawiający ma prawo żądać sprawdzenia jakości materiałów i

urządzeń używanych do wykonania przedmiotu Umowy, przy czym koszt przeprowadzonego sprawdzenia (przeprowadzonych badań) ponosi bądź Wykonawca - w przypadku, gdyby okazało się, że nie materiał lub urządzenie nie posiada deklarowanej przez wykonawcę jakości, bądź Zamawiający - w przypadku, gdyby okazało się, że materiał lub urządzenie posiada deklarowaną przez Wykonawcę jakość.”,

8) odnośnie zarzutu sformułowanego w pkt 2 lit. h) : dokonanie zmiany § 5 ust. 4 projektowanych postanowień umowy w ten sposób, poprzez wykreślenie słów : „*oraz uzyskania zgody jego i autora Dokumentacji Projektowej na ich wprowadzenie.*”,

9) odnośnie zarzutu sformułowanego w pkt 2 lit. i) : dokonanie zmiany § 7 ust. 3 projektowanych postanowień umowy w ten sposób, że otrzyma on następujące nowe brzmienie : „*3. Inspektor nadzoru uprawniony jest do wydawania Wykonawcy – w granicach opisu przedmiotu Umowy wynikającego z Dokumentacji Projektowej - poleceń związanych z ilością i jakością robót, które są niezbędne do prawidłowego wykonania przedmiotu Umowy.*”,

10) odnośnie zarzutu sformułowanego w pkt 2 lit. j) : dokonanie zmiany § 8 ust. 7 projektowanych postanowień umowy poprzez wykreślenie słów : „*lub niezgodnego z Umową*”,

11) odnośnie zarzutu sformułowanego w pkt 2 lit. k) : dokonanie zmiany § 8 ust. 11 projektowanych postanowień umowy poprzez wykreślenie słów : „*i ryzyko*”,

12) odnośnie zarzutu sformułowanego w pkt 2 lit. l) : dokonanie zmiany § 12 ust. 1 pkt 3), pkt 4) i pkt 5) projektowanych postanowień umowy w ten sposób, że słowa „*za niedotrzymanie terminu*” zastąpione zostaną słowami „*za zwłokę*”,

13) odnośnie zarzutu sformułowanego w pkt 2 lit. ł) : dokonanie zmiany § 12 ust. 2 projektowanych postanowień umowy w ten sposób, że cyfra „*50%*” zostanie zastąpiona cyfrą „*10%*”,

14) odnośnie zarzutu sformułowanego w pkt 2 lit. m) : dokonanie zmiany § 13 ust. 1 pkt 2) lit a) projektowanych postanowień umowy w ten sposób, że Zamawiający określi rodzaj i zakres zmian oraz sprecyzuje warunki wprowadzenia zmian,

15) odnośnie zarzutu sformułowanego w pkt 2 lit. n) : dokonanie zmiany § 13 ust. 1 pkt 2) projektowanych postanowień umowy w ten sposób, że Zamawiający określi rodzaj i zakres zmian oraz sprecyzuje warunki wprowadzenia zmian,

16) odnośnie zarzutu sformułowanego w pkt 2 lit. ó) : dokonanie zmiany § 13 ust. 6 projektowanych postanowień umowy w ten sposób, że słowa : „*sporządzonego przez Zamawiającego*” zastąpione zostaną słowami : „*sporządzonego przez Wykonawcę*”,

17) odnośnie zarzutu sformułowanego w pkt 2 lit. o) oraz w pkt 2 lit. p) : dokonanie zmiany § 13 ust. 7 projektowanych postanowień umowy w ten sposób, że słowa : „*sporządzonego przez Zamawiającego według stawek i cen określonych na dzień składania oferty wskaźniki cenotwórcze określone w biuletynach Sekocenbud, tj. średnie krajowe stawki i ceny materiałów wraz z zakupem (w szczególności roboczogodziny, kosztów pośrednich, zysku kalkulacyjnego, maszynogodziny) obliczone według zasad kalkulacji szczegółowej na podstawie ilości robót i nakładów pracy wynikających z katalogów KNR, KNNR i norm zakładowych*” zastąpione zostaną słowami : „*sporządzonego przez Wykonawcę według wartości poszczególnych rodzajów robót określonych w Harmonogramie*”,

18) odnośnie zarzutu sformułowanego w pkt 2 lit. r) : dokonanie zmiany § 14 ust. 1 projektowanych postanowień umowy poprzez skreślenie w całości jego punktu 2),

19) odnośnie zarzutu sformułowanego w pkt 2 lit. s) : dokonanie zmiany § 14 ust. 1 projektowanych postanowień umowy w ten sposób, że słowa : „*sporządzanego przez Zamawiającego*” zastąpione zostaną słowami : „*sporządzonego przez Wykonawcę*”.

20) odnośnie zarzutu sformułowanego w pkt 2 lit. t) : dokonanie zmiany § 6 projektowanych postanowień umowy poprzez skreślenie w całości jego ustępu 3.

UZASADNIENIE

1) odnośnie zarzutu sformułowanego w pkt 1.

W niniejszym postępowaniu Zamawiający opisał przedmiot zamówienia przez wskazanie znaków towarowych, patentów lub pochodzenia bez jednoczesnego wskazania kryteriów stosowanych w celu oceny równoważności lub przy takim opisie kryteriów stosowanych w celu oceny równoważności, który wyklucza możliwość zaproponowania przez wykonawcę jakiegokolwiek innego produktu niż ten, który Zamawiający wskazał w opisie przedmiotu zamówienia. Szczegółową listę zarzutów w tym zakresie Odwołujący sprecyzował w załączniku nr 1 do niniejszego Odwołania. W ten sposób Zamawiający naruszył przepis art. 99 ust. 6 PZP, zgodnie z którym, jeżeli przedmiot zamówienia został opisany przez wskazanie znaków towarowych, patentów lub pochodzenia, zamawiający zobowiązany jest wskazać w opisie przedmiotu zamówienia kryteria stosowane w celu oceny równoważności. W niniejszym postępowaniu Zamawiający uchybił temu obowiązkowi. W szczególności Zamawiający tak opisał niektóre z kryteriów stosowanych w celu oceny równoważności, iż nie dopuszcza on żadnych, nawet najmniejszych odstępstw od wskazanych przez siebie parametrów. Oznacza to, że mimo formalnego opisu kryterium równoważności, nie jest w istocie możliwe zaproponowanie jakiegokolwiek innego produktu, spełniającego podobne (lecz nie identyczne) cechy. W ten sposób przedmiot zamówienia opisany został w sposób utrudniający uczciwą konkurencję. Odwołujący nie może sformułować najkorzystniejszej oferty, oferując Zamawiającemu materiały i urządzenia tańsze od wskazanych w opisie przedmiotu zamówienia lecz zarazem równoważnych, gdyż Odwołujący nie wie tego, według jakich kryteriów Zamawiający dokonywać będzie oceny równoważności.

2) odnośnie zarzutu sformułowanego w pkt 2 lit. a) i w punkcie 2 lit b).

Zamawiający naruszył dobre obyczaje i zasady współżycia społecznego, nakładając na wykonawcę (w treści § 1 ust. 3 zdanie pierwsze i drugie projektowanych postanowień umowy) odpowiedzialność za prawidłowość dokumentacji projektowej. Zamawiający nałożył bowiem na wykonawcę obowiązek zgłoszenia, jeszcze przed zawarciem umowy, wszelkich zastrzeżeń lub wad dokumentacji projektowej pod rygorem uznania, że wykonawca złożył oświadczenie, iż dokumentacja projektowa pozwala na prawidłowe wykonanie przedmiotu umowy. Jednak wymaga podkreślenia fakt, że przedmiotem zamówienia są roboty budowlane nie zaś prace projektowe oraz że wykonawca nie wykonywał dokumentacji projektowej lecz otrzyma ją od Zamawiającego. Co więcej, wykonawcy nie przysługują autorskie prawa majątkowe do dokumentacji projektowej i w związku z tym wykonawca nie będzie mógł samodzielnie zlecić wybranej przez siebie pracowni architektonicznej poprawienie dokumentacji projektowej. Nałożenie przez Zamawiającego na wykonawcę odpowiedzialności za prawidłowość dokumentacji projektowej niesie za sobą bardzo poważne skutki dla sytuacji wykonawcy. Co prawda Zamawiający nie opisał tych skutków w treści projektowanych postanowień umowy, lecz zapewne (tak odczytuje to Odwołujący) Zamawiającemu chodzi o to, że :

- w przypadku stwierdzenia wad dokumentacji projektowej w trakcie wykonywania robót – to na wykonawcy spoczywać ma obowiązek usunięcia wad dokumentacji projektowej lub Zamawiający uprawniony będzie do domagania się od wykonawcy pokrycia kosztów zmiany dokumentacji projektowej,
- w przypadku wykonania robót w oparciu o wadliwą dokumentację projektową - to wykonawca ponosić będzie odpowiedzialność za wykonanie robót w oparciu o wadliwą dokumentację projektową,
- wykonawca nie będzie mógł domagać się zapłaty wynagrodzenia za prace dodatkowe wykonane w związku z poprawieniem wadliwej dokumentacji projektowej.

Nałożenie na wykonawcę odpowiedzialności za wady dokumentacji projektowej, której wykonawca nie wykonywał narusza zasady współżycia społecznego, a tym samym narusza także art. 8 ust. 1 PZP w związku z art. 353¹ k.c.

Nadto w § 1 ust. 3 zdanie trzecie i czwarte projektowanych postanowień umowy Zamawiający zobowiązał wykonawcę do tego, aby te wady dokumentacji projektowej, których przy zachowaniu należytej staranności nie można było stwierdzić przed zawarciem umowy, wykonawca zgłosił nie później niż cztery tygodnie przed wskazanym w harmonogramie terminem wykonania robót (których dotyczy wada projektowa), i to pod rygorem utraty uprawnienia do powoływania się na takie wady w przyszłości. Jednak należy zauważyć, że skoro wykonawca, zachowując należyłą staranność, nie był w stanie stwierdzić istnienia wad dokumentacji projektowej przed zawarciem umowy, to jest wysoce prawdopodobne, że wykonawca nie będzie mógł stwierdzić istnienia takiej wady także na cztery tygodnie przed terminem wykonania robót. Prawdopodobnie bowiem taka wada dokumentacji projektowej będzie mogła być wykryta dopiero w trakcie wykonywania robót, których dotyczy wadliwa dokumentacja projektowa. Nałożenie przez Zamawiającego na wykonawcę odpowiedzialności za wady dokumentacji projektowej (a w tym przypadku za wady, których przy zachowaniu należytej staranności nie można było wykryć) narusza zasady współżycia społecznego, a zatem także art. 8 ust. 1 PZP w związku z art. 353¹ k.c.

3) odnośnie zarzutu sformułowanego w pkt 2 lit. c).

W § 2 ust. 5 i ust. 6 projektowanych postanowień umowy Zamawiający przyznał sobie uprawnienie do tego, że – w sposób wiążący dla wykonawcy – Zamawiający określi wynagrodzenie przysługujące wykonawcy za poszczególne etapy robót wskazane w harmonogramie rzeczowo – finansowym. Jest tak dlatego, że wykonawca zobowiązany jest uwzględnić uwagi Zamawiającego do treści harmonogramu rzeczowo – finansowego, zaś w harmonogramie wskazana ma być między innymi wysokość wynagrodzenia przyjętego za poszczególne elementy robót. Jednak wymaga podkreślenia, że zaoferowanej ceny (w tym określenie wysokości wynagrodzenia za poszczególne elementy robót) należy do wykonawcy. To wykonawca bowiem oferuje cenę, za którą gotów jest wykonać roboty objęte zamówieniem. Ponadto pozostawie Zamawiającemu uprawnienia do określenia wysokości wynagrodzenia wykonawcy za poszczególne elementy robót może mieć dla wykonawcy bardzo niekorzystne skutki. Może się bowiem okazać, że Zamawiający wyceni początkowe etapy robót na tak niskie kwoty, że wykonawca ponosić będzie wyższe koszty ich wykonania niż otrzymywane w tym czasie wynagrodzenie. Nadto – rozważając czysto hipotetycznie i niczego nie zarzucając Zamawiającemu – Zamawiający mógłby być zainteresowany w dokonaniu wyższej wyceny tych elementów robót, co do których Zamawiający może rozważać rezygnację z ich wykonania, gdyż projektowana umowa daje Zamawiającemu uprawnienie do podjęcia decyzji o zaniechaniu wykonania określonych robót.

Powyższe uzasadnia twierdzenie o tym, że § 2 ust. 5 i ust. 6 projektowanych postanowień umowy narusza zasady współżycia społecznego, a zatem także art. 8 ust. 1 PZP w związku z art. 353¹ k.c.

4) odnośnie zarzutu sformułowanego w pkt 2 lit. d).

W § 3 ust. 3 projektowanych postanowień umowy Zamawiający przyznał sobie uprawnienie do przekazania budowy w okresie do sześciu miesięcy od podpisania umowy. Jest to rozwiązanie szczególnie niekorzystne dla wykonawcy w sytuacji bardzo wysokiej obecnie inflacji. Po upływie pół roku zaoferowana przez wykonawcę cena może nie być już aktualna, i to mimo przewidzianej w umowie waloryzacji. Nadto wykonawca może mieć problemy z rekrutacją podwykonawców, którzy nie będą skłonni zawierać umów, skoro nie będą wiedzieli, kiedy będą mogli rozpocząć wykonywanie robót.

Wskazane postanowienie projektu umowy narusza zasady współżycia społecznego, i tym samym art. 8 ust. 1 PZP w związku z art. 353¹ k.c.

5) odnośnie zarzutu sformułowanego w pkt 2 lit. e).

W § 4 ust. 1 pkt 22) projektowanych postanowień umowy Zamawiający nałożył na wykonawcę odpowiedzialność za wszelkie szkody powstałe nie tylko na terenie budowy, ale nawet na drogach dojazdowych do budowy. Jednak należy zauważyć, że Zamawiający przekazuje wykonawcy jedynie plac budowy. Wykonawca winien w związku z tym ponosić odpowiedzialność wyłącznie za szkody na terenie placu budowy nie zaś na drogach dojazdowych do placu budowy. Wykonawca ogradza i dozoruje wyłącznie plac budowy. Poza tym wymaga podkreślenia fakt, że Zamawiający nie zdefiniował pojęcia „*drogi dojazdowej do budowy*” i w związku z tym nie wiadomo, jakiego obszaru miałyby dotyczyć odpowiedzialność wykonawcy za szkody powstałe na drogach dojazdowych do placu budowy.

Wskazane postanowienie projektu umowy narusza zasady współżycia społecznego, i tym samym art. 8 ust. 1 PZP w związku z art. 353¹ k.c.

6) odnośnie zarzutu sformułowanego w pkt 2 lit. f).

W § 4 ust. 2 projektowanych postanowień umowy Zamawiający nałożył na wykonawcę obowiązek bezpłatnego przygotowania dla Zamawiającego wszelkich żądanych przez Zamawiającego dokumentów w przypadku nałożenia obowiązków na Zamawiającego przez bank (instytucję finansującą) w zakresie sprawozdawczości dotyczącej realizacji przedmiotu umowy. Jednak taki obowiązek wykonawcy nie został w żaden sposób sprecyzowany (np. przez wskazanie konkretnych opracowań, które wykonawcy zobowiązany byłby wykonać) ani ograniczony (np. przez wskazanie ilości opracowań, których mógłby domagać się Zamawiający) przez co wykonawca nie może oszacować kosztów sporządzania dokumentów dla Zamawiającego. Tym samym wykonawca nie może oszacować całkowitych kosztów wykonania inwestycji, gdyż oczywiście koszt sporządzania dokumentów z zakresu sprawozdawczości dotyczącej realizacji umowy musi być wliczony w koszty realizacji inwestycji.

Wskazane postanowienie projektu umowy narusza zasady współżycia społecznego, i tym samym art. 8 ust. 1 PZP w związku z art. 353¹ k.c. Przedmiotowe postanowienie narusza też przepis art. 16 pkt 2) PZP, gdyż powoduje ono, że Zamawiający przeprowadza postępowanie w sposób

nieprzejrzysty. Nie można bowiem twierdzić, że § 4 ust. 2 projektowanych postanowień umowy jest jasny, precyzyjny i jednoznaczny, skoro na jego podstawie wykonawca nie jest w stanie ocenić zakresu swoich obowiązków i ich kosztu.

7) odnośnie zarzutu sformułowanego w pkt 2 lit. g).

W § 5 ust. 2 projektowanych postanowień umowy przyznał sobie uprawnienie do żądania sprawdzenia jakości wszelkich materiałów i urządzeń używanych do wykonania przedmiotu umowy, i to na wyłączny koszt wykonawcy. Odwołujący wskazuje, że wszelkie badania jakości materiałów i urządzeń są bardzo kosztowne. Wykonawca nie może stwierdzić tego, jak często Zamawiający zechce korzystać ze wskazanego uprawnienia. Tym samym wykonawca nie może ocenić, nawet w przybliżeniu, jaki koszt wykonawca zobowiązany będzie ponieść w związku z badaniami materiałów i urządzeń. Odwołujący dostrzega, iż Zamawiający powinien mieć prawo do zakwestionowania jakości materiałów i urządzeń służących do wykonania robót. Jednak w takim przypadku umowa powinna przewidywać, że wykonawca ponosi koszty badania jakości materiałów i urządzeń wówczas, gdy okaże się, że nie posiadają one jakości deklarowanej przez wykonawcę. Natomiast w przypadku, gdy na skutek przeprowadzonego badania okaże się, że materiały i urządzenia posiadają deklarowaną przez wykonawcę jakość, wówczas koszty badania winien ponosić Zamawiający. Takie rozwiązanie zabezpiecza interesu obu stron. Zamawiający ma możliwość badania materiałów i urządzeń, zaś wykonawca wie, że Zamawiający nie będzie nadużywał tego uprawnienia z uwagi na możliwość poniesienia kosztów.

Postanowienie § 5 ust. 2 projektowanych postanowień umowy narusza zasady współzycia społecznego, i tym samym art. 8 ust. 1 PZP w związku z art. 353¹ k.c. Przedmiotowe postanowienie narusza też przepis art. 16 pkt 2) PZP, gdyż powoduje ono, że Zamawiający przeprowadza postępowanie w sposób nieprzejrzysty. Nie można bowiem twierdzić, że § 5 ust. 2 projektowanych postanowień umowy jest jasny, precyzyjny i jednoznaczny, skoro na jego podstawie wykonawca nie jest w stanie ocenić kosztu realizacji inwestycji, na który składać się będzie także koszt prowadzonych przez Zamawiającego – bez jakichkolwiek ograniczeń – badań jakości materiałów i urządzeń.

8) odnośnie zarzutu sformułowanego w pkt 2 lit. h).

W § 5 ust. 4 projektowanych postanowień umowy Zamawiający wskazał, że o ile wykonawca proponuje w ofercie zastosowanie materiałów równoważnych, to dodatkowo – przed ich zastosowaniem na budowie – wykonawca ma obowiązek uzyskać zgodę Zamawiającego i autora dokumentacji projektowej na użycie tych zaproponowanych w ofercie materiałów równoważnych. Odwołujący wskazuje w związku z tym, iż zastosowanie materiałów równoważnych nie może być uzależnione od zgody Zamawiającego i projektanta (i to wyrażanej dopiero w trakcie realizacji robót. Wykonawca musi mieć pewność, że będzie mógł zastosować materiały równoważne (czyli takie, które spełniają wskazane przez Zamawiającego kryteria oceny równoważności), w przeciwnym bowiem wypadku wykonawca oferujący materiały równoważne nie ma pewności co do ostatecznych kosztów budowy.

Wskazane postanowienie projektu umowy narusza zasady współzycia społecznego, i tym samym art. 8 ust. 1 PZP w związku z art. 353¹ k.c. Przedmiotowe postanowienie narusza też przepis art. 16 pkt 2) PZP, gdyż powoduje ono, że Zamawiający przeprowadza postępowanie w sposób nieprzejrzysty. Nawet bowiem w przypadku, gdy wykonawca oferuje produkt równoważny (tj.

spełniający wszystkie wskazane przez Zamawiającego kryteria stosowane w celu oceny równoważności) to i tak wykonawca nie wie, czy będzie mógł zastosować zaoferowany produkt równoważny, ponieważ nie wie, czy na jego zastosowanie wyrazi zgodę Zamawiający i projektant. Tym samym wykonawca nie jest w stanie ocenić kosztu realizacji inwestycji.

9) odnośnie zarzutu sformułowanego w pkt 2 lit. i).

W § 7 ust. 3 projektowanych postanowień umowy Zamawiający wskazał, że inspektor nadzoru jest uprawniony do wydawania wykonawcy poleceń związanych z ilości i jakością robót. Tak sformułowane postanowienie jest nieprecyzyjne. Jest ono tak sformułowane, jakby inspektor nadzoru miał być uprawniony do narzucenia wykonawcy wykonania takiej ilości robót i takiej ich jakości, jakie nie wynikają z dokumentacji projektowej. Odwołujący wskazuje, że ilość i jakość robót wynika już z dokumentacji projektowej, a ewentualne polecenia inspektora nadzoru nie mogą prowadzić do zobowiązania wykonawcy wykonania robót w zakresie i jakości nie wynikających z dokumentacji projektowej.

Omawiane postanowienie powinno zostać uściślone poprzez sprecyzowanie, że wskazania inspektora nadzoru nie mogą wychodzić poza zakres i jakość robót przewidziane w dokumentacji projektowej. W swym obecnym brzmieniu wskazane postanowienie projektu umowy narusza zasady współżycia społecznego, i tym samym art. 8 ust. 1 PZP w związku z art. 353¹ k.c. Przedmiotowe postanowienie narusza też przepis art. 16 pkt 2) PZP, gdyż powoduje ono, że Zamawiający przeprowadza postępowanie w sposób nieprzejrzysty, z uwagi na to, że wykonawca nie ma pewności co do tego, czy jego obowiązki ograniczać się będą do wykonania przedmiotu umowy zgodnie z dokumentacją projektową.

10) odnośnie zarzutu sformułowanego w pkt 2 lit. j).

W § 8 ust. 7 projektowanych postanowień umowy Zamawiający przyznał sobie uprawnienie do odmowy odbioru robót w każdym przypadku wykonania przedmiotu umowy w sposób niezgodny z umową, podczas, gdy uprawnienie do odmowy odbioru robót winno być ograniczone wyłącznie do przypadku, w którym roboty nie są zakończone lub gdy dotknięte są one wadami istotnymi. Zgodnie z przepisem art. 647 k.c. obowiązkiem inwestora jest odebranie robót. Zgodnie z wyrokiem Sądu Najwyższego z dnia 12 marca 2021 roku, V CSKP 14/21 „*Inwestor jest uprawniony do odmowy odbioru obiektu tylko wówczas, gdy jest on dotknięty wadą istotną, tj. taką, która czyni go niezdatnym do umówionego użytku zgodnie z przeznaczeniem lub prowadzi do wykonania robót w sposób wyraźnie sprzeciwiający się umowie. Jeżeli natomiast wady nie są istotne w powyższym znaczeniu, to inwestor nie może odmówić jego odbioru ...*”.

Omawiane postanowienie § 8 ust. 7 projektowanych postanowień umowy narusza przepis art. 8 ust. 1 PZP w związku z art. 647 k.c.

11) odnośnie zarzutu sformułowanego w pkt 2 lit. k).

W § 8 ust. 11 projektowanych postanowień umowy Zamawiający przyznał sobie uprawnienie do usunięcia wad (nieusuniętych przez wykonawcę w wyznaczonym terminie) na „koszt i ryzyko” wykonawcy, podczas gdy przepis art. 480 k.c. upoważnia wierzyciela do wykonania czynności na koszt dłużnika, ale już nie na jego ryzyko. Odwołujący wskazuje, że nie ma żadnego powodu, dla którego

wykonawca miałby ponosić ryzyko nienależytego wykonania prac poprawkowych przez podmiot trzeci. Tak ukształtowany model wykonawstwa zastępczego jest niezgodny z zasadami współzycia społecznego i narusza przepis art. 8 ust. 1 PZP w związku z art. 353¹ k.c.

12) odnośnie zarzutu sformułowanego w pkt 2 lit. l).

W § 12 ust. 1 pkt 3), pkt 4) i pkt 5) projektowanych postanowień umowy Zamawiający przyznał sobie uprawnienie do naliczenia kar umownych w przypadku – odpowiednio : niedotrzymania terminu budowy obiektu, niedotrzymania terminu osiągnięcia stanu zerowego lub surowego zamkniętego, niedotrzymania terminu usunięcia wad – we wszystkich tych przypadkach uprawnienie Zamawiającego do naliczenia kar umownych powinno być związane ze zwłoką wykonawcy nie zaś z „niedotrzymaniem terminu” - pojęcie to obejmuje (w rozumieniu odwołującego) także okoliczności niezawinione przez wykonawcę, a zatem także opóźnienie. Tymczasem zgodnie z art. 433 pkt 1) PZP projektowane postanowienia umowy nie mogą przewidywać odpowiedzialności wykonawcy za opóźnienie, chyba, że jest to uzasadnione okolicznościami lub zakresem zamówienia. Jednak w niniejszym postępowaniu Odwołujący nie dostrzega żadnych takich okoliczności, które mogłyby uzasadniać przypisanie wykonawcy odpowiedzialności za opóźnienie. Tym samym Odwołujący wskazuje na to, że omawiane postanowienie narusza przepis art. 433 pkt 1) PZP.

13) odnośnie zarzutu sformułowanego w pkt 2 lit. ł).

W § 12 ust. 2 projektowanych postanowień umowy Zamawiający przyznał sobie uprawnienie do naliczenia kar umownych w łącznej wysokości wynoszącej 50% łącznego wynagrodzenia brutto wykonawcy – w ocenie wykonawcy wskazane postanowienie jest sprzeczne z zasadami współzycia społecznego, gdyż w ocenie wykonawcy łączna wysokość kar umownych nie powinna przekraczać 30% wynagrodzenia brutto wykonawcy. Wskazane postanowienie narusza art. 8 ust. 1 PZP w związku z art. 353¹ k.c.

14) odnośnie zarzutu sformułowanego w pkt 2 lit. m).

W § 13 ust. 1 pkt 2) lit a) projektowanych postanowień umowy Zamawiający przyznał sobie uprawnienie do zmiany przedmiotu umowy z powodu okoliczności „nieprzewidzianych w dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego”. Zdaniem Odwołującego w ten sposób Zamawiający naruszył przepis art. 455 ust. 1 pkt 1) PZP, gdyż dopuścił zmianę umowy nie określając rodzaju i zakresu zmian oraz nie precyzując warunków wprowadzenia zmian. Nadto odwołujący wskazuje, że zakres dopuszczalnych zmian w opisie przedmiotu zamówienia nie został w żaden sposób ograniczony, lecz ograniczona (do 50%) została możliwość podwyższenia wynagrodzenia wykonawcy z powodu wprowadzony zmian w opisie przedmiotu zamówienia (§ 13 ust. 3 projektowanych postanowień umowy). Zdaniem Odwołującego omawiane postanowienie narusza także, przewidziany przepisem art. 16 pkt 1) PZP obowiązek Zamawiającego prowadzenia postępowania w sposób przejrzysty. Nadto fakt, iż zakres zmian w opisie przedmiotu zamówienia nie jest ograniczony, lecz ograniczona jest możliwość dokonywania podwyższenia wynagrodzenia powoduje, że takie postanowienia projektowanej umowy naruszają zasady współzycia społecznego, a także art. 8 ust. 1 PZP w związku z art. 353¹ k.c.

15) odnośnie zarzutu sformułowanego w pkt 2 lit. n).

W § 13 ust. 1 pkt 2) lit b) tiret pierwsze i drugie projektowanych postanowień umowy Zamawiający przyznał sobie uprawnienie do zmiany opisu przedmiotu zamówienia wynikającego z :

- rozwoju technicznego powodującego, że nowe rozwiązanie będzie przewidywać najbardziej aktualne lub odpowiednie rozwiązania techniczne, technologiczne lub w zakresie stosowanych materiałów budowlanych,
- zmian wymagań Zamawiającego co do przedmiotu zamówienia,

W ten sposób Zamawiający naruszył przepis art. 455 ust. 1 pkt 1) PZP, gdyż dopuścił zmianę umowy nie określając rodzaju i zakresu zmian oraz nie precyzując warunków wprowadzenia zmian; nadto odwołujący wskazuje, że zakres dopuszczalnych zmian w opisie przedmiotu zamówienia nie został w żaden sposób ograniczony, lecz ograniczona (do 50%) została możliwość podwyższenia wynagrodzenia wykonawcy z powodu wprowadzony zmian w opisie przedmiotu zamówienia (§ 13 ust. 3 projektowanych postanowień umowy). Zdaniem Odwołującego omawiane postanowienie narusza także, przewidziany przepisem art. 16 pkt 1) PZP obowiązek Zamawiającego prowadzenia postępowania w sposób przejrzysty. Nadto fakt, iż zakres zmian w opisie przedmiotu zamówienia nie jest ograniczony, lecz ograniczona jest możliwość dokonywania podwyższenia wynagrodzenia powoduje, że takie postanowienia projektowanej umowy naruszają zasady współżycia społecznego, a także art. 8 ust. 1 PZP w związku z art. 353¹ k.c.

16) odnośnie zarzutu sformułowanego w pkt 2 lit. o) oraz w pkt 2 lit. p).

W § 13 ust. 7 projektowanych postanowień umowy Zamawiający wskazał, że w przypadku zaniechania wykonania określonych robót ustalenie wynagrodzenia wykonawcy podlegającego umniejszeniu nastąpi na podstawie kosztorysu sporządzonego przez Zamawiającego, podczas gdy taki kosztorys powinien sporządzać wykonawca, gdyż to wykonawca wykonywać będzie roboty dodatkowe lub zamiennie, ponadto to wykonawca – jako podmiot zajmujący się zawodowo wykonywaniem robót – posiada wiedzę o kosztach robót.

Nadto § 13 ust. 7 projektowanych postanowień umowy wskazuje, że w przypadku zaniechania wykonania określonych robót ustalenie wynagrodzenia wykonawcy podlegającego umniejszeniu nastąpi na podstawie kosztorysu sporządzonego według wskaźników cenotwórczych określonych w biuletynach Sekocenbud, podczas, gdy wynagrodzenie wykonawcy ulegające zmniejszeniu powinno zostać obliczone na podstawie kosztorysu sporządzonego według wartości poszczególnych rodzajów robót określonych w Harmonogramie. Opisane rozwiązanie jest szczególnie niekorzystne dla wykonawcy, gdyż może się okazać, że wynagrodzenie wykonawcy ulegnie obniżeniu o kwotę większą niż ta, która została przewidziana dla wykonawcy w harmonogramie rzeczowo finansowym jako jego wynagrodzenie za poszczególne elementy robót. Jest tak dlatego, że rywalizując o zamówienie publiczne, wykonawcy dążą do zaoferowania ceny jak najkorzystniejszej dla Zamawiającego, bardzo często niższej niż wynikałoby to ze stawek obliczonych na podstawie wskaźników Sekocenbud.

Z powyższych względów przyjąć należy, że omawiane postanowienie narusza zasady współżycia społecznego i zarazem art. 8 ust. 1 PZP w związku z art. 353¹ k.c.

Nadto w § 13 ust. 7 projektowanych postanowień umowy Zamawiający przewidział możliwość zaniechania wykonania części robót bez wskazania minimalnej wartości lub wielkości świadczenia wykonawcy, czym Zamawiający naruszył przepis art. 433 pkt 4) PZP.

17) odnośnie zarzutu sformułowanego w pkt 2 lit. r).

W § 14 ust. 1 pkt 2) Zamawiający przyznał sobie uprawnienie do odstąpienia od umowy w przypadku, gdy trzykrotnie naliczono kary umowne z jakiegokolwiek przyczyny. Odwołujący wskazuje, że na podstawie tego postanowienie Zamawiający może zyskać uprawnienie do odstąpienia od umowy (i do naliczenia kary umownej z tytułu odstąpienia) z powodu zupełnie błahych okoliczności. Jest tak dlatego, że w § 12 umowy przewidziano aż 26 równego rodzaju kar umownych, w tym np. karę za przerwę w transmisji z kamer na terenie budowy, czy za brak mebli w kontenerze biurowym. Wykonawca może być zatem stosunkowo łatwo ukarany trzykrotnie karą umową za różnego rodzaju drobne przewinienia. Fakt ten nie powinien jednak stanowić dla Zamawiającego podstawy do odstąpienia od umowy i zarazem do naliczenia kary umownej w związku z odstąpieniem. Zdaniem odwołującego Zamawiający powinien być uprawniony do odstąpienia od umowy tylko w przypadku rażących (szczególnie istotnych uchybień) wykonawcy, nie zaś w przypadku wszelkich uchybień wykonawcy, wyłącznie z tego powodu, że Zamawiający uprawniony jest do naliczenia kary umownej.

Zdaniem Odwołującego omawiane postanowienie narusza zasady współżycia społecznego i zarazem art. 8 ust. 1 PZP w związku z art. 353¹ k.c.

18) odnośnie zarzutu sformułowanego w pkt 2 lit. s).

W § 14 ust. 7 projektowanych postanowień umowy Zamawiający wskazał, że w przypadku odstąpienia od umowy lub jej części rozliczenie wykonanych robót nastąpi na podstawie kosztorysu sporządzanego przez Zamawiającego, podczas gdy taki kosztorys powinien sporządzać wykonawca, gdyż to wykonawca wykonał roboty, ponadto to wykonawca – jako podmiot zajmujący się zawodowo wykonywaniem robót – posiada wiedzę o kosztach robót.

Zdaniem Odwołującego omawiane postanowienie narusza zasady współżycia społecznego i zarazem art. 8 ust. 1 PZP w związku z art. 353¹ k.c.

19) odnośnie zarzutu sformułowanego w pkt 2 lit. t).

W § 6 ust. 3 projektowanych postanowień umowy Zamawiający ustanowił wymóg, aby polisa ubezpieczenia ryzyk budowlanych, którą zobowiązany jest przedłożyć wykonawca, obejmowała ubezpieczenie utraty zysku Zamawiającego. Jednak z uwagi na to, że ubezpieczenie utraty zysku Zamawiającego jest ubezpieczeniem zawierającym w systemie tzw. sum stałych, Zamawiający powinien przed jego zawarciem przedstawić kalkulację wysokości zysku i kosztów stałych będących podstawą do ustalenia sumy ubezpieczenia. Zamawiający powinien także wskazać wymagana przez niego długość okresu odszkodowawczego. W związku z brakiem wskazanych powyżej informacji wykonawca nie jest w stanie uzyskać żądanego przez Zamawiającego ubezpieczenia ryzyk budowlanych.

Mając na uwadze powyższe odwołanie niniejsze jest uzasadnione.

Załączniki :

- Załącznik Numer_1_zestawienie przykładowych materiałów
- dowód uiszczenia wpisu od niniejszego odwołania,
- dowód przekazania niniejszego odwołania Zamawiającemu wraz z załącznikami,
- pełnomocnictwo udzielone pracownikowi Odwołującego – Panu Marcinowi Liszkowskiemu,
- dowód uiszczenia opłaty za pełnomocnictwo dla Pana Marcina Liszkowskiego
- pełnomocnictwo udzielone radcy prawnemu – Panu Sławomirowi Uschlerowi
- dowód uiszczenia opłaty za pełnomocnictwo dla Pana Sławomira Uschler
- Informacja odpowiadająca odpisowi aktualnemu z Rejestru Przedsiębiorców Krajowego Rejestru Sądowego dla Odwołującego,