

Warszawa, dnia 12.11.2021 r.

Prezes Krajowej Izby Odwoławczej

Krajowa Izba Odwoławcza

ul. Postępu 17a, 02-676 Warszawa

Odwołujący: Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia:

1) ALSTAL Grupa Budowlana Sp. z o.o. Sp. k.

ul. Gajowa 99, 85-717 Bydgoszcz

KRS: 0000326054

2) ALSTAL G.B. Sp. z o.o.

ul. Gajowa 99, 85-717 Bydgoszcz

KRS: 0000394671

e-mail: biuro@alstal.eu

reprezentowana przez:

r.pr. Damiana Budzisa

ul. Targowa 84/1B, 03-448 Warszawa

e-mail: budzis@budzispzetacka.pl

Zamawiający: **Poznańskie Towarzystwo Budownictwa Społecznego Sp. z o.o.**

ul. Konfederacka 4, 60-281 Poznań

e-mail: jerzy.czaplinski@ptbs.pl; krzysztof.bogusiewicz@ptbs.pl

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn.: ***Budowa zespołu budynków mieszkalnych wielorodzinnych z garażem podziemnym w Poznaniu na polu inwestycyjnym 6MW, wraz z uzyskaniem prawomocnej decyzji pozwolenia na użytkowanie***

Oznaczenie postępowania: **ZP-11/PN/2021**

ODWOŁANIE

- I.** Na podstawie art. 505 ust. 1 w zw. z art. 513 ustawy z dnia 11 września 2019 r. prawo zamówień publicznych (tj. Dz.U. z 2019 r. poz. 2019 z późn. zm.), dalej jako: „ustawa Pzp” w imieniu wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Alstal Grupa Budowlana Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą w Bydgoszczy oraz Alstal G.B. Sp. z o.o. z siedzibą w Bydgoszczy (dalej jako: „Odwołujący”) wnoszę odwołanie wobec czynności dokonanej przez Zamawiającego polegającej na ustaleniu treści postanowień Specyfikacji Warunków Zamówienia (dalej „SWZ”) wraz z załącznikami, w tym projektowanych postanowień umowy (dalej jako: „Umowa”) w sposób sprzeczny z ustawą Pzp.

- II.** Zamawiający opublikował ogłoszenie o zamówieniu oraz SWZ w dniu 02.11.2021 r. Niniejsze odwołanie składane jest w dniu 12.09.2021 r. z zachowaniem ustawowego 10-dniowego terminu.

- III.** Przedmiotem zamówienia jest budowa zespołu budynków mieszkalnych wraz z zagospodarowaniem terenu, na polu inwestycyjnym 6MW (zgodnie z podziałem terenu na kwartały wg MPZP). Przedsięwzięcie zlokalizowane jest w Poznaniu w rejonie ulic Literackiej/Wiencka/Zawackiej/Poszwińskiego w Poznaniu, na działce o numerze ewidencyjnym 1/330, ark. 14, obręb Gołęcin. Zakres prac budowlanych wchodzących w skład przedsięwzięcia obejmuje budynki mieszkalne wraz z infrastrukturą towarzyszącą, drogami wewnętrznymi, parkingami naziemnymi i podziemnymi, dojściami, elementami małej

architektury, instalacjami i sieciami w zakresie niezbędnym do prawidłowego ich funkcjonowania oraz uzyskanie wszelkich niezbędnych warunków, decyzji i uzgodnień umożliwiających uzyskanie decyzji o pozwoleniu na użytkowanie (dalej jako „Inwestycja”). Niniejszy opis dotyczy tak zadania podstawowego jak też zadania objętego „prawem opcji”.

IV. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 02 listopada 2021 r., numer ogłoszenia 2021/S 212-557807.

V. Czynnościom i zaniechaniom Zamawiającego Odwołujący stawia następujące zarzuty:

1. zarzut naruszenia art. 8 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 353¹ k.c. i art. 5 k.c. i art. 433 ustawy Pzp w zw. z art. 652 k.c. i 655 k.c. poprzez ukształtowanie projektowanych postanowień umownych w sposób naruszający zasadę swobody umów, współzycia społecznego oraz równowagi kontraktowej stron w następującym zakresie:

- a) §12 ust. 1 pkt 7), 9) i 13) Umowy poprzez ustanowienie kar umownych bez ich skonkretyzowania oraz w zakresie niedotyczącym Wykonawcy;
- b) §15 ust. 20 Umowy poprzez zaniechania określenia maksymalnej wysokości obniżenia wynagrodzenia w zakresie robót zaniechanych;
- c) §16 ust. 3-11 Umowy poprzez przyznanie Zamawiającemu możliwości odmowy odbioru z winy Wykonawcy w przypadku wystąpienia wad oraz wstrzymania zapłaty wynagrodzenia w części odpowiadającej wadliwym robotom;
- d) §17 ust. 1-5 i 14 Umowy poprzez ustanowienie zasad realizacji uprawnień z tytułu rękojmi i terminu jej obowiązywania;

- e) §17 ust. 20 Umowy poprzez przyznanie Zamawiającemu możliwości usunięcia wad na koszt i ryzyko Wykonawcy bez wezwania Wykonawcy do ich usunięcia oraz o wartości ustalonej przez Zamawiającego i potencjalnego wykonawcę takich robót bez możliwości ich oceny i kwestionowania;
- f) §18 ust. 2 pkt 1)-7) Umowy poprzez ustanowienie uprawnień do odstąpienia od umowy bez wyznaczania Wykonawcy dodatkowego terminu;
- g) §19 ust. 3 pkt 3) lit. k) Umowy poprzez ograniczenie możliwości zmiany wynagrodzenia Wykonawcy w zakresie kosztów ogólnych w przypadku przedłużenia terminu zakończenia przedmiotu Umowy tylko do sytuacji, w których przyczyna przedłużenia wynika z wyłącznych działań lub zaniechań Zamawiającego;
- h) §11 ust. 2 pkt 1) Umowy poprzez ustanowienie zasad zwrotu części zabezpieczenia należytego wykonania umowy z pominięciem możliwości odbioru z wadami nieistotnymi.

2. zarzut naruszenia art. 16 ustawy Pzp w zw. z art. 134 ust. 2 pkt 9 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wyznaczenia terminu wizji lokalnej, w której udział będą mogli wziąć wszyscy wykonawcy na równych zasadach z jednoczesnym wskazaniem na konieczność kontaktu z pracownikiem Zamawiającego celem umówienia terminu wizji (w ramach odpowiedzi na pytanie nr 1 z dnia 05.11.2021 r.)

- VI.** Wskazując na powyższe, Odwołujący wnosi o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu, aby dokonał zmiany treści SWZ w zakresie wskazanym w uzasadnieniu oraz przedłużył termin składania ofert w postępowaniu o co najmniej dodatkowe 14 dni od dnia dokonania zmian treści SWZ.

VII. W wyniku naruszenia przez Zamawiającego ww. przepisów interes Odwołującego w uzyskaniu zamówienia doznał uszczerbku, ponieważ Odwołujący jest wykonawcą zainteresowanym pozyskaniem przedmiotowego zamówienia i może ponieść szkodę na skutek naruszenia przepisów ustawy Pzp przez Zamawiającego. Szkada ta wynika z faktu, że kwestionowane postanowienia SWZ pozbawiają Odwołującego szans na pozyskanie zamówienia, albo przynajmniej istotnie je ograniczają oraz prowadzą do nierównego traktowania potencjalnych wykonawców, naruszenia uczciwej konkurencji i zasady proporcjonalności. Powyższe dowodzi naruszenia interesu w uzyskaniu zamówienia, co czyni zadość wymaganiom określonym w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp do wniesienia niniejszego odwołania. Wskazać należy, że wskazuje się, iż na etapie wnoszenia odwołań wobec treści SWZ przesłanki wniesienia odwołania należy interpretować szeroko, tak np. w wyroku z dnia 31 lipca 2015 r. wydanym w sprawie o sygn. akt: KIO 1519/15 Izba orzekła, że: *„W odwołaniach od treści SIWZ wykonawca nie tyle wskazuje na brak bezpośredniej możliwości uzyskania zamówienia, co na wadliwe i niekonkurencyjne postanowienia SIWZ które utrudniają mu złożenie prawidłowej i zgodnej z przepisami P.z.p. oferty, zgodnie z art. 29 ust. 2 P.z.p. wystarczające jest tylko uprawdopodobnienie tego faktu. Tym samym krąg podmiotów, które mogą korzystać z odwołań od treści SIWZ jest szeroki. Uprawnienie to przysługuje każdemu wykonawcy który potencjalnie może ubiegać się o udzielenie tego zamówienia. Na tym etapie wystarczające jest wykazanie jedynie hipotetycznej szkody polegającej na niewłaściwym sformułowaniu treści SIWZ które może utrudniać wykonawcy dostęp do zamówienia. Tym samym wystarczająca jest dla uznania interesu danego wykonawcy jedynie deklaracja, że jest zainteresowany uzyskaniem tego zamówienia i tego faktu nie ma obowiązku udowodnić. Na tym etapie*

postępowania interes wykonawcy jest interesem faktycznym w szerokim tego słowa znaczeniu". Należy uznać, że orzecznictwo wypracowane na gruncie art. 179 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. 2019 r. poz. 1843) (dalej: „ustawa dPzp”) zachowuje aktualność w stosunku do art. 505 ust. 1 ustawy Pzp. Poprzez zaniechanie dokonania powyższych czynności Zamawiający doprowadził do sytuacji, w której Odwołujący utracił szansę na uzyskanie zamówienia oraz na osiągnięcie zysku, który Odwołujący planował osiągnąć w wyniku jego realizacji (*lucrum cessans*). Powyższe stanowi wystarczającą przesłankę do skorzystania przez Odwołującego ze środków ochrony prawnej. Odwołujący wskazuje ponadto, że naruszenie wskazanych powyżej przepisów ustawy niewątpliwie miało istotny wpływ na wynik postępowania, a zatem Izba winna uwzględnić niniejsze odwołanie.

- VIII.** Kopia niniejszego odwołania została przesłana Zamawiającemu przed upływem terminu do wniesienia odwołania w taki sposób, aby mógł on zapoznać się z jego treścią przed upływem tego terminu.
- IX.** Odwołujący wskazuje, że niniejsze odwołanie jest wnoszone w postępowaniu, którego wartości jest równa lub przekracza progi unijne.

UZASADNIENIE

- I.** Zarzut naruszenia art. 8 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 353¹ k.c. i art. 5 k.c. i art. 433 ustawy Pzp w zw. z art. 652 k.c. i 655 k.c. poprzez ukształtowanie projektowanych postanowień umownych w sposób naruszający zasadę swobody umów, współżycia społecznego oraz równowagi kontraktowej stron

Wskazać należy, że przepisy ustawy Pzp jedynie w określonym zakresie regulują problematykę ustalenia równowagi stron projektowanych postanowień umowy. Jednocześnie zgodnie z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp do czynności podejmowanych przez zamawiającego, wykonawców oraz uczestników konkursu w postępowaniu o udzielenie zamówienia i konkursie oraz do umów w sprawach zamówień publicznych stosuje się przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. - Kodeks cywilny (Dz.U. z 2020 r. poz. 1740 i 2320), jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej.

Zgodnie zaś z art. 353¹ k.c. strony zawierające umowę mogą ułożyć stosunek prawny według swego uznania, byleby jego treść lub cel nie sprzeciwiały się właściwości (naturze) stosunku, ustawie ani zasadom współżycia społecznego. Za wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 02 lutego 2021 r., sygn. akt KIO3512/20 wskazać należy, że Zamawiający *„nie może prowadzić do nadania postanowieniom umowy treści obiektywnie niekorzystnej dla jednej ze stron, w tym wypadku - wykonawcy. Takie postępowanie zamawiającego nie jest zgodne z zasadami współżycia społecznego i nie może być usprawiedliwione ani interesem publicznym ani zasadą swobody umów. Możliwość korzystania z zasady swobody umów doznaje ograniczenia m.in. w obowiązku przestrzegania zasad współżycia społecznego, które nie mogą zostać naruszone poprzez zamiar narzucenia wykonawcom, przy wykorzystaniu silniejszej pozycji zamawiającego, niekorzystnych dla nich rozwiązań. Za nieuprawnione należy bowiem uznać takie ukształtowanie stosunku, które nie pozwala profesjonalnemu wykonawcy działającemu z należytą starannością na skalkulowanie ryzyk związanych z realizacją umowy(...)”*.

Przepis art. 353¹ k.c. rozstrzyga kwestię zakresu kompetencji stron umowy zobowiązaniowej za pomocą dwóch sformułowań. Po pierwsze, wskazuje ten zakres w sposób pozytywny, stanowiąc, że strony mogą „ułożyć stosunek prawny”. Po drugie, powołany przepis określa zakres kompetencji stron także w sposób negatywny, wyznaczając granice, poza które ich działalność normotwórcza nie może wykraczać. Sama istota klauzuli generalnej jako zwrotu w sposób zamierzony niedookreślonego

powoduje, że ani wyczerpujące wyliczenie, ani ścisła klasyfikacja możliwych postaci naruszenia zasad współżycia społecznego przez strony zawierające umowę zobowiązaniową nie są możliwe. Da się natomiast wskazać najważniejsze przypadki takich naruszeń. W dziedzinie stosunków zobowiązaniowych, z których znaczna część służy wymianie dóbr i usług, podstawowe znaczenie ma wymóg zapewnienia tzw. słuszności (sprawiedliwości) kontraktowej, rozumianej jako równomierny rozkład uprawnień i obowiązków w stosunku prawnym czy też korzyści i ciężarów oraz szans i ryzyk związanych z powstaniem i realizacją tego stosunku. W tym kontekście chodzi o ustalenie, czy strony równomiernie obciążone są obowiązkami i wyposażone w uprawnienia różnych postaci. W literaturze wskazuje się na konieczność zapewnienia wzajemności lub odpowiedniości uprawnień (rozumianych jako przysługiwanie obu stronom takich samych uprawnień lub uprawnień różnych postaci, ale ekwiwalentnych wobec siebie, ewentualnie jako zrównoważenie dysproporcji wartości świadczeń przez nierówny rozdział innych obowiązków i uprawnień) oraz proporcjonalności uprawnień (por. Komentarz do art. 353¹ k.c. System Prawa Prywatnego, tom 5, red. Osajda 2020, wyd. 3, Legalis.).

O ile możliwy do przyjęcia jest pogląd, że w ramach swobody kontraktowania strony mogą ukształtować wzajemne ryzyka w wykonaniu zobowiązania, o tyle swoboda ta nie obowiązuje w reżimie zamówień publicznych. To Zamawiający ustala warunki udziału w postępowaniu, dokonuje opisu przedmiotu zamówienia, a przede wszystkim ustala warunki przyszłej umowy. Nie może być mowy o negocjowaniu postanowień umowy przez strony w realiach niniejszej sprawy. Jediną formą „negocjacji” jest wyrażenie przez wykonawcę sprzeciwu poprzez skorzystanie ze środków ochrony prawnej.

Odwołujący co do zasady nie kwestionuje uprawnienia Zamawiającego do konstruowania warunków przyszłej umowy. Zamawiający ma prawo podmiotowe do jednostronnego ustalenia warunków umowy, które zabezpieczą jego interes w wykonaniu przedmiotu zamówienia zgodnie z jego uzasadnionymi potrzebami. Zgodnie z zasadami

obowiązującego porządku prawnego uprawnienie Zamawiającego do ustalenia warunków umowy nie ma jednak charakteru absolutnego, gdyż Zamawiający nie może swego prawa podmiotowego nadużywać (por. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 15.05.2015r., KIO 892/15.).

W realiach niniejszej sprawy uprawniony jest zarzut, że Zamawiający nie może czynić ze swego prawa do ustalenia wzorca umownego użytku, który jest sprzeczny z ustawą k.c., ze społeczno – gospodarczym przeznaczeniem tego prawa, a także z zasadami współzycia społecznego (zwłaszcza w sytuacji, gdy Zamawiający formułuje jednostronnie warunki umowy). Takie działanie, zgodnie z art. 5 k.c. nie powinno być uważane za wykonywanie prawa, a w konsekwencji nie powinno korzystać z ochrony prawnej. W niniejszym postępowaniu w ramach pojęcia zasad współzycia społecznego na szczególną uwagę zasługują zasady sprawiedliwości kontraktowej, uczciwości kupieckiej, równej pozycji stron umowy. Zasady te znajdują zastosowanie w umowach wzajemnych, w tym też w umowach w sprawie zamówień publicznych. W ocenie Odwołującego, rażąco nierównomierne obciążenie Wykonawcy ryzykiem kontaktowym należy uznać za niedozwolone na gruncie art. 353¹ k.c. w ramach kształtowania stosunków obligacyjnych, czemu rzetelny Wykonawca musi się sprzeciwić. Powyższe implikuje nieważność umowy w sprawie zamówienia publicznego w części zawierającej niedozwolone postanowienia, stosownie do treści art. 58 k.c.

W ocenie Odwołującego Zamawiający naruszył przepisy w odniesieniu do następujących zapisów umownych:

- a) §12 ust. 1 pkt 7), 9) i 13) Umowy poprzez ustanowienie kar umownych bez ich skonkretyzowania oraz w zakresie niedotyczącym Wykonawcy;
- b) §15 ust. 20 Umowy poprzez zaniechania określenia maksymalnej wysokości obniżenia wynagrodzenia w zakresie robót zaniechanych;

- c) §16 ust. 3-11 Umowy poprzez przyznanie Zamawiającemu możliwości odmowy odbioru z winy Wykonawcy w przypadku wystąpienia wad oraz wstrzymania zapłaty wynagrodzenia w części odpowiadającej wadliwym robotom;
- d) §17 ust. 1-5 i 14 Umowy poprzez ustanowienia zasad realizacji uprawnień z tytułu rękojmi i terminu jej obowiązywania;
- e) §17 ust. 20 Umowy poprzez przyznanie Zamawiającemu możliwości usunięcia wad na koszt i ryzyko Wykonawcy bez wezwania Wykonawcy do ich usunięcia oraz o wartości ustalonej przez Zamawiającego i potencjalnego wykonawcę takich robót bez możliwości ich oceny i kwestionowania;
- f) §18 ust. 1 pkt 1)-7) Umowy poprzez ustanowienie uprawnień do odstąpienia od umowy bez wyznaczania Wykonawcy dodatkowego terminu;
- g) §19 ust. 3 pkt 3) lit. k) Umowy poprzez ograniczenie możliwości zmiany wynagrodzenia Wykonawcy w zakresie kosztów ogólnych w przypadku przedłużenia terminu zakończenia przedmiotu Umowy tylko do sytuacji, w których przyczyna przedłużenia wynika z wyłącznych z działań lub zaniechań Zamawiającego;
- h) §11 ust. 2 pkt 1) Umowy poprzez ustanowienie zasad zwrotu części zabezpieczenia należytego wykonania umowy z pominięciem możliwości odbioru z wadami nieistotnymi.

Ad. a)

Wskazać należy, że Zamawiający określił następujące postanowienia umowne:

„Zamawiający może obciążyć Wykonawcę karą umowną:

(...)

*7) za zwłokę w uporządkowaniu Terenu Budowy **lub terenu przylegającego do Terenu Budowy w wyznaczonym terminie** - w wysokości 10.000,00 zł (słownie: dziesięć tysięcy złotych) za każdy dzień zwłoki,*

(...)

9) za zwłokę w wykonaniu poszczególnych robót określonych w Harmonogramie rzeczowo finansowym – w wysokości 1000,00 zł (słownie: tysiąc złotych) za każdy dzień zwłoki,

10) za odstąpienie od Umowy przez Zamawiającego, z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy - 5.000.000 zł

11) za odstąpienie przez Wykonawcę od Umowy, z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy - 7.000.000 zł,

(...)

13) za brak wykonania innych obowiązków Wykonawcy przewidzianych w Umowie, w stosunku do których Umowa nie przewiduje kary – w wysokości 5.000,00 zł (słownie: pięć tysięcy złotych) za każde z naruszeń z osobna,"

Wskazać należy, że zgodnie z §7 ust. 2 pkt 39) Umowy wykonawca zobowiązany jest do dnia kontroli stanu wykonanych Robót przez właściwy organ nadzoru budowlanego poprzedzający wydanie decyzji o pozwoleniu na użytkowanie, o której mowa w art. 59a Prawa budowlanego Wykonawca na swój koszt i własnym staraniem zobowiązany jest uporządkować Teren Budowy oraz teren przylegający do Terenu Budowy, **opróżnić go ze swoich materiałów i urządzeń, usunąć tymczasowe zaplecze budowy, jak również usunąć poza Teren Budowy wszelkiego rodzaju odpady, w szczególności gruz, wszelkiego rodzaju odpady, ziemię i śmieci** zgodnie z przepisami ustawy z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach (j.t. Dz. U. z 2021 r. poz. 779, ze zm.). W treści Umowy brak jest jakichkolwiek innych zobowiązań dotyczących terenu przylegającego do Terenu Budowy. Jednocześnie kara umowna przewidziana przez Zamawiającego może zostać naliczona również w przypadku gdy brak jest po stronie Wykonawcy winy w nieuporządkowanym stanie tego terenu lub gdy teren ten jest nieuporządkowany z przyczyn leżących po stronie Zamawiającego. W ocenie Odwołującego, o ile zasadne

może być ustanowienie kary umownej za brak uporządkowania Terenu Budowy, za który odpowiada Wykonawca, o tyle brak jest podstaw do ustanowienia kary umownej za zwłokę w uporządkowaniu terenu, za który Wykonawca nie ponosi odpowiedzialności.

Jednocześnie wskazać należy, że brak jest podstaw do ustanowienia kary umownej za zwłokę w wykonaniu poszczególnych robót opisanych w Harmonogramie rzeczowo-finansowym (dalej jako: „HRF”). Zamawiający w treści Umowy opisał harmonogram jako dokument mogący ulec modyfikacjom w trakcie realizacji Umowy. Co więcej, Zamawiający przewidział osobne kary związane z realizacją całej Inwestycji oraz podstawy odstąpienia od Umowy z tego tytułu. W ocenie Odwołującego ustanowienie odrębnej kary za roboty opisane w HRF powoduje, że w przypadku jakiegokolwiek opóźnienia w realizacji Inwestycji Zamawiający będzie naliczał kary umowne z kilku tytułów.

Brak jest jednocześnie podstaw do naliczania kary umownej z odstąpienie od Umowy przez Wykonawcę z przyczyn leżących po jego stronie. Należy zauważyć, że odstąpienie musi mieć podstawę prawną — umowną lub wynikającą z przepisów powszechnie obowiązujących. W każdym innym przypadku odstąpienie przez Wykonawcę z przyczyn leżących po jego stronie byłoby nieskuteczne. Brak jest podstaw do naliczenia kary umownej w takim więc przypadku, kiedy Wykonawca zobowiązany byłby do kontynuowania realizacji Inwestycji.

Zauważyć przy tym należy, że Zamawiający nie przewiduje analogicznych kar umownych w przypadku odstąpienie przez Wykonawcę z przyczyn leżących po stronie Zamawiającego. W ocenie Odwołującego szczegółowość postanowień odnośnie kar umownych wskazuje na brak jakiegokolwiek równowagi stosunku prawnego.

Ustanowiona kara umowna powinna wskazywać przy tym na konkretne zobowiązanie Wykonawcy wynikające z Umowy. Wykonawca musi dokładnie wiedzieć na etapie przed złożeniem oferty, jakie ryzyka powinien w niej skalkulować. Tym samym nie do pogodzenia z zasadami udzielania zamówień publicznych jest ustanowienie kary umownej za niedoszczegółowane „inne obowiązki” wynikające z Umowy.

Mając na uwadze powyższe Odwołujący wnosi o nadanie wskazanym zapisom Umowy następującego brzemienia:

„Zamawiający może obciążyć Wykonawcę karą umowną:

(...)

7) za zwłokę w uporządkowaniu Terenu Budowy ~~lub terenu przylegającego do Terenu Budowy w wyznaczonym terminie~~ - w wysokości 10.000,00 zł (słownie: dziesięć tysięcy złotych) za każdy dzień zwłoki,

(...)

9) ~~za zwłokę w wykonaniu poszczególnych robót określonych w Harmonogramie rzeczowo finansowym - w wysokości 1000,00 zł (słownie: tysiąc złotych) za każdy dzień zwłoki,~~

10) za odstąpienie od Umowy przez Zamawiającego, z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy - 5.000.000 zł

~~11) za odstąpienie przez Wykonawcę od Umowy, z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy - 7.000.000 zł,~~

(...)

~~13) za brak wykonania innych obowiązków Wykonawcy przewidzianych w Umowie, w stosunku do których Umowa nie przewiduje kary w wysokości 5.000,00 zł (słownie: pięć tysięcy złotych) za każde z naruszeń z osobna,~~”

Ad. b)

Wskazać należy, że Zamawiający określił następujące postanowienia umowne:

„W przypadku zaniechania wykonania części robót przewidzianych w dokumentacji projektowej, w sytuacji gdy ich wykonanie będzie zbędne do prawidłowego wykonania przedmiotu Umowy, tj. zgodnego z zasadami wiedzy technicznej i obowiązującymi przepisami, wynagrodzenie o którym mowa w ust. 1 niniejszego paragrafu, zostanie odpowiednio pomniejszone o wartość robót, o które pomniejszono zakres przedmiotu Umowy. Wartość tych robót zostanie wyliczona na podstawie aktualnych informacji o średnich stawkach roboczogodziny kosztorysowej, o średnich cenach pracy sprzętu budowlanego i materiałów budowlanych oraz średniej wartości wskaźników narzutów dla danych robót dla Poznania lub województwa wielkopolskiego, zawartych w zeszytach SEKOCENBUD, za kwartał, w którym zaniechano wykonania robót. W przypadku braku cen materiałów i sprzętu w zeszycie SEKOCENBUD, ceny te będą przyjmowane wg wartości rynkowej. Ostateczną decyzję co do zaniechania wykonania części robót przewidzianych w dokumentacji projektowej oraz wykorzystanego do wyliczenia wartości robót zeszytu podejmuje Zamawiający.”

Zauważyć należy, że Zamawiający zabezpiecza swój interes w kontekście ustanowionego wynagrodzenia ryczałtowego wskazując na niemożliwość zwiększenia wynagrodzenia po stronie wykonawcy, jednocześnie w żaden sposób nie ograniczając możliwość obniżenia wynagrodzenia w zakresie prac zaniechanych. W ocenie Wykonawcy Zamawiający powinien ustanawiać zapisy w sposób proporcjonalny dla każdej ze stron umowy. Tym samym konieczne jest wprowadzenia ograniczenia możliwości obniżania wynagrodzenia. Należy zauważyć, że ustawodawca w art. 433 pkt 4 ustawy Pzp wskazuje jednoznacznie, że projektowane postanowienia umowy nie mogą przewidywać możliwości ograniczenia zakresu zamówienia przez zamawiającego bez wskazania minimalnej wartości lub wielkości świadczenia stron. W ocenie Wykonawcy wskazany przepis należy interpretować szeroko również do sytuacji, kiedy w przypadku charakterystycznego

wynagrodzenia ryczałtowego Zamawiający uprzywilejowuje w sposób znaczący swoją pozycję.

Mając na uwadze powyższe Odwołujący wnosi o nadanie wskazanym zapisom Umowy następującego brzmienia:

*„W przypadku zaniechania wykonania części robót przewidzianych w dokumentacji projektowej, w sytuacji gdy ich wykonanie będzie zbędne do prawidłowego wykonania przedmiotu Umowy, tj. zgodnego z zasadami wiedzy technicznej i obowiązującymi przepisami, wynagrodzenie o którym mowa w ust. 1 niniejszego paragrafu, zostanie odpowiednio pomniejszone o wartość robót, o które pomniejszono zakres przedmiotu Umowy. Wartość tych robót zostanie wyliczona na podstawie aktualnych informacji o średnich stawkach roboczogodziny kosztorysowej, o średnich cenach pracy sprzętu budowlanego i materiałów budowlanych oraz średniej wartości wskaźników narzutów dla danych robót dla Poznania lub województwa wielkopolskiego, zawartych w zeszytach SEKOCENBUD, za kwartał, w którym zaniechano wykonania robót. W przypadku braku cen materiałów i sprzętu w zeszycie SEKOCENBUD, ceny te będą przyjmowane wg wartości rynkowej. Ostateczną decyzję co do zaniechania wykonania części robót przewidzianych w dokumentacji projektowej oraz wykorzystanego do wyliczenia wartości robót zeszytu podejmuje Zamawiający. **Maksymalna wysokość wynagrodzenia o jaką możliwe jest pomniejszenie wynagrodzenia Wykonawcy wynosi 10% wynagrodzenia Wykonawcy określonego w Umowie.**”*

Ad. c)

Wskazać należy, że Zamawiający określił następujące postanowienia umowne:

*„3. Jeżeli w toku czynności odbiorowych zostanie stwierdzone, że Przedmiot Umowy nie osiągnął gotowości do odbioru z powodu nie zakończenia Robót, jego **wadliwego***

wykonania, niezgodnego z Umową lub przeznaczeniem rzeczy, Zamawiający może odmówić odbioru z winy Wykonawcy.

4. Jeżeli w toku czynności odbiorowych zostaną stwierdzone wady:

1) **nadające się do usunięcia, to Zamawiający może zażądać usunięcia wad wyznaczając Wykonawcy w tym celu odpowiedni termin; fakt usunięcia wad zostanie stwierdzony protokolarnie. Terminem usunięcia wad będzie termin ponownego zgłoszenia przez Wykonawcę gotowości do odbioru deklarującego, że wady zostały usunięte, pod warunkiem faktycznego usunięcia wad,**

2) w przypadku wystąpienia wad nie nadających się do usunięcia Zamawiający może:

a) jeżeli wady umożliwiają użytkowanie zgodnie z przeznaczeniem, żądać obniżenia Wynagrodzenia Wykonawcy odpowiednio do utraconej wartości użytkowej, estetycznej lub technicznej,

b) jeżeli wady uniemożliwiają użytkowanie zgodnie z przeznaczeniem, odstąpić od odbioru i zażądać wykonania wskazanego zakresu Przedmiotu Umowy po raz drugi wyznaczając ostateczny termin ich realizacji. W przypadku nie wykonania w ustalonym terminie Przedmiotu Umowy po raz drugi, Zamawiający może odstąpić od Umowy z winy Wykonawcy w części obejmującej wady, zachowując prawo do naprawienia szkody wynikłej z nienależytego wykonania Umowy na zasadach ogólnych.

6. Do czasu usunięcia wad zgłoszonych w protokole z Końcowego Odbioru Robót Inwestycji Zamawiający może wstrzymać się z zapłatą Wynagrodzenia w części odpowiadającej wartości tych wadliwych Robót.

(...)

10. Po podpisaniu Protokołu Końcowego Robót **bez zastrzeżeń** Inwestycji albo Protokołu usunięcia wad rozpoczynają swój bieg terminy na zwrot zabezpieczenia należytego wykonania umowy.

11. Końcowy Odbiór Robót danego Inwestycji dokonany **bez zastrzeżeń** nie pozbawia Zamawiającego prawa do dochodzenia swoich roszczeń tytułem wad ujawnionych w późniejszym terminie na zasadach określonych Umową lub na zasadach ogólnych.”

Wskazać należy, że Zamawiający w żaden sposób nie rozgranicza wad na istotne i nieistotne, co jest wprost sprzeczne z regulacjami wynikającymi z przepisów dot. umowy o roboty budowlane. W świetle art. 647 k.c. inwestor obowiązany jest dokonać odbioru końcowego i zapłacić wynagrodzenie należne wykonawcy. Inwestor nie może uzależniać dokonania odbioru końcowego i zapłaty należnego wynagrodzenia od braku jakichkolwiek wad w wykonanym obiekcie. Inwestor może uchylić się od obowiązku dokonania odbioru końcowego tylko w przypadku wystąpienia wad istotnych, gdyż tylko w takim wypadku można wskazać, że wykonawca nie spełnił swojego świadczenia, w pozostałych wypadkach inwestor jest obowiązany dokonać odbioru końcowego a do protokołu odbioru może zostać dołączony wykaz wszystkich ujawnionych wad z terminami ich usunięcia lub oświadczeniem inwestora o wyborze innego uprawnienia przysługującego mu z tytułu odpowiedzialności wykonawcy za wady ujawnione przy odbiorze, co jednocześnie nie tamuje całego procesu odbioru (por. Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 5 czerwca 2020 r., KIO 781/20). Za wyrokiem Sądu Najwyższego z dnia 07 marca 2013 r., sygn. akt II CSK 476/12 wskazać należy, że: „W sytuacji gdy wykonawca zgłosił zakończenie robót budowlanych wykonanych zgodnie z projektem i zasadami wiedzy technicznej zamawiający jest zobowiązany do ich odbioru (art. 647 KC). W protokole z tej czynności stanowiącym pokwitowanie spełnienia świadczenia i podstawę dokonania rozliczeń stron, niezbędne jest zawarcie ustaleń co do jakości wykonanych robót, w tym ewentualny

wykaz wszystkich ujawnionych wad z terminami ich usunięcia lub oświadczeniem inwestora o wyborze innego uprawnienia przysługującego mu z tytułu odpowiedzialności wykonawcy za wady ujawnione przy odbiorze. Odmowa odbioru będzie uzasadniona jedynie w przypadku, gdy przedmiot zamówienia będzie mógł być kwalifikowany jako wykonany niezgodnie z projektem i zasadami wiedzy technicznej lub wady będą na tyle istotne, że obiekt nie będzie się nadawał do użytkowania.". Zakwestionowane zapisy powodują, że Zamawiający w sposób niezgodny z przepisami przyznaje sobie możliwość ingerowania w czynność odbioru w sposób całkowicie arbitralny. Za wyrokiem Sądu Najwyższego z dnia 7 kwietnia 1998 r. II CKN 673/97 zaznaczyć należy, że: „z samego przepisu art. 647 KC (tak zresztą jak i z art. 627 KC) wprost wynika, że ma on obowiązek odebrać wykonany obiekt i zapłacić umówione wynagrodzenie. Jak na to wskazał już Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 5 marca 1997 r., II CKN 28/97 (OSNIC 1997 Nr 6 - 7, poz. 90), jeśli wykonawca zgłosił wykonanie robót to obowiązek dokonania ich odbioru jest niezależny nawet od kwestionowania ich jakości. Odmowa jego spełnienia nie może być - jak ujęto w kasacji - elementem szantażu ze strony inwestora. Ponadto, zasada powiązania momentu powstania obowiązku zapłaty wynagrodzenia z przyjmowaniem wykonanych robót (nawet przed odbiorem obiektu) wynika także wprost z art. 654 KC. Błędny jest więc pogląd skarżącego, iż kwestia ta i w tym tytule kodeksu cywilnego nie została w ogóle uregulowana i termin zapłaty zależy od woli inwestora. Brak bardziej szczegółowej regulacji wynika jedynie stąd, że uprzednio decydowała - przede wszystkim - treść uchylonych aktów pozakodeksowych dotyczących rozliczeń jednostek gospodarki społecznej.". Powyższe jednoznacznie wskazuje, że uprawnienia przyznane sobie przez Zamawiającego wykraczają poza możliwości ustawowego ukształtowania stosunku stron.

Jednocześnie brak jest podstaw do odmowy wypłaty wynagrodzenia w przypadku wystąpienia wad nieistotnych. Jak wynika z przepisów powszechnie obowiązujących

inwestor powinien dokonać odbioru niezwłocznie po oddaniu obiektu przez wykonawcę, chyba że dłuższy termin wynika z umowy lub spowodowany jest złożonym charakterem przedmiotu odbioru. Zasadniczo inwestor może odmówić odbioru obiektu dotkniętego wadą istotną, tj. czyniącym go niezdatnym do umówionego użytku zgodnie z przeznaczeniem lub sprzeciwiającą się w sposób wyraźny umowie, co skutkuje brakiem wymagalności roszczenia wykonawcy o wynagrodzenie.

Jeżeli obiekt wskazuje jedynie wadę nieistotną, to jego oddanie powoduje wymagalność wierzytelności o wynagrodzenie, natomiast inwestor powinien skorzystać z uprawnień z tytułu rękojmi. Bezzasadna odmowa odbioru robót i zapłaty wykonawcy wynagrodzenia stanowi zwłokę inwestora (art. 486 § 1 k.c.), a takie zachowanie wierzyciela stanowi też naruszenie art. 354 § 2 k.c. Ze względu na ramowy charakter umowy o roboty budowlane brak w niej wprost przepisów określających dokładniej powinność odbioru, za wyjątkiem art. 654 k.c.

Mając na uwadze powyższe Odwołujący wnosi o nadanie wskazanym zapisom Umowy następującego brzemienia:

*„3. Jeżeli w toku czynności odbiorowych zostanie stwierdzone, że Przedmiot Umowy nie osiągnął gotowości do odbioru z powodu nie zakończenia Robót, jego wadliwego wykonania **w sposób istotny (wady istotne)**, niezgodnego z Umową lub przeznaczeniem rzeczy, Zamawiający może odmówić odbioru z winy Wykonawcy.*

4. Jeżeli w toku czynności odbiorowych zostaną stwierdzone wady:

- 3) **istotne** nadające się do usunięcia, to Zamawiający może zażądać usunięcia wad wyznaczając Wykonawcy w tym celu odpowiedni termin; fakt usunięcia wad zostanie stwierdzony protokolarnie. Terminem usunięcia wad będzie termin ponownego zgłoszenia przez Wykonawcę gotowości do odbioru deklarującego, że wady zostały usunięte, pod warunkiem faktycznego usunięcia wad,*

4) w przypadku wystąpienia wad nie nadających się do usunięcia Zamawiający może:

c) jeżeli wady umożliwiają użytkowanie zgodnie z przeznaczeniem, żądać obniżenia Wynagrodzenia Wykonawcy odpowiednio do utraconej wartości użytkowej, estetycznej lub technicznej,

d) jeżeli wady uniemożliwiają użytkowanie zgodnie z przeznaczeniem, odstąpić od odbioru i zażądać wykonania wskazanego zakresu Przedmiotu Umowy po raz drugi wyznaczając ostateczny termin ich realizacji. W przypadku nie wykonania w ustalonym terminie Przedmiotu Umowy po raz drugi, Zamawiający może odstąpić od Umowy z winy Wykonawcy w części obejmującej wady, zachowując prawo do naprawienia szkody wynikłej z nienależytego wykonania Umowy na zasadach ogólnych.

~~6. Do czasu usunięcia wad istotnych zgłoszonych w protokole z Końcowego Odbioru Robót Inwestycji Zamawiający może wstrzymać się z zapłatą Wynagrodzenia w części odpowiadającej wartości tych wadliwych Robót.~~

(...)

10. Po podpisaniu Protokołu Końcowego Robót ~~bez zastrzeżeń~~ Inwestycji albo Protokołu usunięcia wad **istotnych** rozpoczynają swój bieg terminy na zwrot zabezpieczenia należytego wykonania umowy.

11. Końcowy Odbiór Robót danego Inwestycji ~~dokonany bez zastrzeżeń~~ nie pozbawia Zamawiającego prawa do dochodzenia swoich roszczeń tytułem wad ujawnionych w późniejszym terminie na zasadach określonych Umową lub na zasadach ogólnych.”

Ad. d)

Wskazać należy, że Zamawiający określił następujące postanowienia umowne:

„1. Na wykonany Przedmiot Umowy Wykonawca udziela Zamawiającemu gwarancję jakości bez konieczności sporządzenia w tym celu odrębnego dokumentu gwarancji jakości.

Na wykonane Roboty, w tym prace i roboty budowlane oraz dostarczone, zainstalowane lub wbudowane materiały, urządzenia i instalacje, Wykonawca udziela Zamawiającemu gwarancji jakości na 60 (słownie: sześćdziesiąt) miesięcy, z zastrzeżeniem ust. 2 chyba, że na te materiały, urządzenia i instalacje ich producent udzielił dłuższej gwarancji. W takiej sytuacji obowiązuje okres gwarancji producenta. Termin gwarancji na Roboty biegnie od dnia podpisania przez Strony Protokołu Końcowego Robót Inwestycji **bez zastrzeżeń** albo Protokołu usunięcia wad.

2. Na wykonane nasadzenia kompensacyjne okres gwarancji jakości biegnie do dnia wydania przez właściwy organ decyzji o umorzeniu opłaty za wycinkę. Na pozostałą zieleń Wykonawca udziela 12 miesięcznej gwarancji jakości. Termin gwarancji na wykonaną zieleń biegnie od dnia podpisania przez Strony Protokołu Końcowego Robót Inwestycji **bez zastrzeżeń** albo Protokołu usunięcia wad. Wykonawca zobowiązany jest do zachowania żywotności i wykonywania prac pielęgnacyjnych wobec wszystkich nasadzonych roślin prócz traw przez cały okres gwarancyjny. Poprzez wykonanie prac pielęgnacyjnych Zamawiający rozumie:

a) odchwaszczanie nasadzeń jeden raz w miesiącu, począwszy od miesiąca kwietnia do 31 października

b) wygrabianie suchych liści wraz z wycinaniem odrostów i samosiejek jeden raz w miesiącu lutym, marcu, kwietniu, wrześniu i październiku

d) podlewanie nasadzonych roślin cztery razy w miesiącu: marcu, kwietniu, maju, czerwcu, lipcu, sierpniu i wrześniu

3. O wykryciu wady przez Zamawiającego w okresie gwarancji jakości Zamawiający zawiadomi Wykonawcę w sposób elektroniczny (mail) na następujący adres: lub na piśmie. Wykonawca zobowiązuje się do całkowitego usunięcia zgłoszonych wad

niezwłocznie, nie później jednak niż w terminie 14 dni od dnia ich zgłoszenia, za wyjątkiem wad istotnych, które Wykonawca zobowiązany jest usunąć w terminie 7 dni od dnia ich zgłoszenia. Wykonawca zobowiązany jest przystąpić do fizycznego usuwania wszystkich usterek w ciągu 24 godzin od ich zgłoszenia. **Terminy te w uzasadnionych przypadkach mogą zostać wydłużone jedynie za pisemną zgodą Zamawiającego.**

W przypadku nie usunięcia wad w okresie gwarancji przez Wykonawcę w terminie wskazanym w zdaniu poprzednim, na zasadach wskazanych w § 16 ust. 8 Umowy, wady te usunie Zamawiający, na ryzyko Wykonawcy oraz obciążając pełnymi kosztami ich usunięcia Wykonawcę. W przypadku zawiadomienia o wykryciu wady mailem, Wykonawca zobowiązany jest niezwłocznie, potwierdzić mailem, iż zawiadomienie o wykryciu wady otrzymał. Strony Umowy zgodnie oświadczają, iż na potrzeby Umowy przyjmuje się, iż zawiadomienie o wykryciu wady zostało przez Zamawiającego dokonane w momencie otrzymania od Wykonawcy potwierdzenia o otrzymaniu od Zamawiającego zawiadomienia o wykryciu wady.

(...)

14. Zamawiający ma prawo wykonywać uprawnienia z tytułu rękojmi za wady również po upływie jej okresu **o ile wada została ujawniona w okresie rękojmi za wady.**"

W tym miejscu wskazać należy na argumentację podniesioną w odniesieniu do powyżej wskazanych zapisów odnośnie brak podziału na wady istotne i nieistotne. Nie powielając wskazanej powyżej argumentacji w ocenie Odwołującego termin gwarancji jakości winien być już od momentu podpisania protokołu odbioru zawierającego wadu nieistotne.

Jednocześnie wskazać należy, że Zamawiający w odniesieniu do korzystania z uprawnień z tytułu rękojmi za wady winien dochować należytej staranności i nie powstrzymywać się z ich zgłoszeniem, pozostawiając Wykonawcę z niepewnością związaną z jego odpowiedzialnością. Zasadnym jest zatem zobowiązanie Zamawiającego do

wykonywania uprawnień z tytułu rękojmi o ile w jej okresie wada zostanie zgłoszona Wykonawcy.

Mając na uwadze powyższe, Odwołujący wnosi o nadanie wskazanym zapisom Umowy następującego brzmienia:

„1. Na wykonany Przedmiot Umowy Wykonawca udziela Zamawiającemu gwarancję jakości bez konieczności sporządzenia w tym celu odrębnego dokumentu gwarancji jakości.

*Na wykonane Roboty, w tym prace i roboty budowlane oraz dostarczone, zainstalowane lub wbudowane materiały, urządzenia i instalacje, Wykonawca udziela Zamawiającemu gwarancji jakości na 60 (słownie: sześćdziesiąt) miesięcy, z zastrzeżeniem ust. 2 chyba, że na te materiały, urządzenia i instalacje ich producent udzielił dłuższej gwarancji. W takiej sytuacji obowiązuje okres gwarancji producenta. Termin gwarancji na Roboty biegnie od dnia podpisania przez Strony Protokołu Końcowego Robót Inwestycji **bez zastrzeżeń** albo Protokołu usunięcia wad.*

*2. Na wykonane nasadzenia kompensacyjne okres gwarancji jakości biegnie do dnia wydania przez właściwy organ decyzji o umorzeniu opłaty za wycinkę. Na pozostałą zieleń Wykonawca udziela 12 miesięcznej gwarancji jakości. Termin gwarancji na wykonaną zieleń biegnie od dnia podpisania przez Strony Protokołu Końcowego Robót Inwestycji **bez zastrzeżeń** albo Protokołu usunięcia wad. Wykonawca zobowiązany jest do zachowania żywotności i wykonywania prac pielęgnacyjnych wobec wszystkich nasadzonych roślin prócz traw przez cały okres gwarancyjny. Poprzez wykonanie prac pielęgnacyjnych Zamawiający rozumie:*

- a) odchwaszczanie nasadzeń jeden raz w miesiącu, począwszy od miesiąca kwietnia do 31 października*
- b) wygrabianie suchych liści wraz z wycinaniem odrostów i samosiejek jeden raz w miesiącu lutym, marcu, kwietniu, wrześniu i październiku*

d) podlewanie nasadzonych roślin cztery razy w miesiącu: marcu, kwietniu, maju, czerwcu, lipcu, sierpniu i wrześniu

3. O wykryciu wady przez Zamawiającego w okresie gwarancji jakości Zamawiający zawiadomi Wykonawcę w sposób elektroniczny (mail) na następujący adres: lub na piśmie. Wykonawca zobowiązuje się do całkowitego usunięcia zgłoszonych wad niezwłocznie, nie później jednak niż w terminie 14 dni od dnia ich zgłoszenia, za wyjątkiem wad istotnych, które Wykonawca zobowiązany jest usunąć w terminie 7 dni od dnia ich zgłoszenia. Wykonawca zobowiązany jest przystąpić do fizycznego usuwania wszystkich usterek w ciągu 24 godzin od ich zgłoszenia. **Terminy te w uzasadnionych przypadkach mogą zostać wydłużone jedynie za pisemną zgodą Zamawiającego podlegają wydłużeniu o okres niezbędnych do ich usunięcia mając na uwadze zasady wiedzy technicznej. Strony uzgodnią odpowiedni okres mogą zostać wydłużone jedynie za pisemną zgodą Zamawiającego.** W przypadku nie usunięcia wad w okresie gwarancji przez Wykonawcę w terminie wskazanym w zdaniu poprzednim, na zasadach wskazanych w § 16 ust. 8 Umowy, wady te usunie Zamawiający, na ryzyko Wykonawcy oraz obciążając pełnymi kosztami ich usunięcia Wykonawcę. W przypadku zawiadomienia o wykryciu wady mailem, Wykonawca zobowiązany jest niezwłocznie, potwierdzić mailem, iż zawiadomienie o wykryciu wady otrzymał. Strony Umowy zgodnie oświadczają, iż na potrzeby Umowy przyjmuje się, iż zawiadomienie o wykryciu wady zostało przez Zamawiającego dokonane w momencie otrzymania od Wykonawcy potwierdzenia o otrzymaniu od Zamawiającego zawiadomienia o wykryciu wady.

(...)

14. Zamawiający ma prawo wykonywać uprawnienia z tytułu rękojmi za wady również po upływie jej okresu o ile wada została ujawniona **i zgłoszona** w okresie rękojmi za wady.”

Ad. e)

Wskazać należy, że Zamawiający określił następujące postanowienia umowne:

*„W przypadku wystąpienia **wad bezpośrednio zagrażających zdrowiu lub życiu lub mieniu, Zamawiający w ramach udzielonej gwarancji jakości jest uprawniony, bez zachowania procedury określonej w niniejszym paragrafie, do niezwłocznego usunięcia wad na koszt i ryzyko Wykonawcy.** Wykonawca zobowiązuje się pokryć koszty usunięcia danej wady w terminie 7 dni od dnia przedstawienia faktury lub innego dokumentu księgowego wskazującego na wysokość poniesionych przez Zamawiającego kosztów.”*

Brak jest podstaw do obciążania wykonawcy niemożliwymi do oceny kosztami w sytuacji, jeśli Zamawiający nie poinformuje Wykonawcy o wadach bezpośrednio zagrażających zdrowiu lub życiu lub mieniu. Wykonawca winien mieć możliwość podjęcia natychmiastowych działań, które z pewnością nastąpią szybciej niż konieczność zawarcia umowy z zewnętrznym podmiotem. Co więcej, opisana w ten sposób odpowiedzialność nie jest w żaden sposób ograniczona, nawet w przypadku gdyby Zamawiający zawierał takie umowy o wartości w sposób rażąco zawyżonej.

Mając na uwadze powyższe, Odwołujący wnosi o nadanie wskazanym zapisom Umowy następującego brzmienia:

*„W przypadku wystąpienia wad **istotnych** bezpośrednio zagrażających zdrowiu lub życiu lub mieniu, Zamawiający w ramach udzielonej gwarancji jakości jest uprawniony, bez zachowania procedury określonej w niniejszym paragrafie, do niezwłocznego usunięcia wad na koszt i ryzyko Wykonawcy **po uprzednim wezwaniu Wykonawcy do ich usunięcia w terminie 7 dni.** W przypadku braku usunięcia wad we wskazanym terminie Wykonawca zobowiązuje się pokryć koszty usunięcia danej wady w terminie 7 dni od dnia*

przedstawienia faktury lub innego dokumentu księgowego wskazującego na wysokość poniesionych przez Zamawiającego kosztów.”

Ad. f)

Wskazać należy, że Zamawiający określił następujące postanowienia umowne:

*„2. Niezależnie od uprawnień do odstąpienia od Umowy wynikających z przepisów Kodeksu cywilnego, Zamawiający jest uprawniony do odstąpienia od Umowy – za uprzednim wyznaczeniem dodatkowego, co najmniej 7 (siedmio) dniowego terminu na usunięcie zaniechań, niezgodności z Umową i doprowadzenia do stanu zgodnego z Umową - w przypadkach wymienionych poniżej **w pkt 1), 2), 3), 6), 7)**. Zamawiający jest uprawniony do natychmiastowego odstąpienia od Umowy – bez konieczności wyznaczania dodatkowego terminu – w przypadkach wymienionych poniżej w pkt 4) i 5):*

- 1) Wykonawca nie rozpoczyna Robót w terminie określonym w § 13 ust. 1 Umowy i opóźnia się z rozpoczęciem Robót lub **w toku Robót opóźnia się z wykonaniem robót wskazanych w § 13 ust.4 Umowy o co najmniej 14 (słownie: czternaście) dni,***
- 2) **Wykonawca przerywa wykonywanie Robót, a łączny czas przerw przekracza 14 (słownie: czternaście) dni,***
- 3) Wykonawca pozostaje w zwłoce z wykonaniem Robót w stosunku do Harmonogramu co najmniej 30 (słownie: trzydzieści) dni,*
- 4) zostanie zgłoszony wobec Wykonawcy wniosek o ogłoszenie upadłości lub o otwarcie restrukturyzacji,*
- 5) zostanie podjęta decyzja o likwidacji przedsiębiorstwa Wykonawcy,*
- 6) **Wykonawca dopuścił się istotnych odstępstw od warunków technicznych realizacji Robót bez uzgodnień z Zamawiającym,***

7) ***innego rażącego naruszenia przez Wykonawcę postanowień Umowy.***"

W ocenie Odwołującego umowne prawo odstąpienia powinno być skonkretyzowane i nie obejmować klauzul generalnych tak jak opisał to Zamawiający. Wykonawca nie może pozostawać w niepewności co do obowiązków umownych, których niedopełnienie stanowić będzie podstawę prawną do złożenia oświadczenia o odstąpieniu. Jednocześnie, mając na uwadze skutek w postaci rozwiązania stosunku obligacyjnego łączącego strony oraz obowiązku zapłaty kary umownej, Zamawiający powinien przesłanki odstąpienia skonkretyzować i odnosić tylko do istotnych naruszeń zawartej Umowy.

Mając na uwadze powyższe, Odwołujący wnosi o nadanie wskazanym zapisom Umowy następującego brzmienia:

*„2. Niezależnie od uprawnień do odstąpienia od Umowy wynikających z przepisów Kodeksu cywilnego, Zamawiający jest uprawniony do odstąpienia od Umowy – za uprzednim wyznaczeniem dodatkowego, co najmniej 7 (siedmio) dniowego terminu na usunięcie zaniechań, niezgodności z Umową i doprowadzenia do stanu zgodnego z Umową - w przypadkach wymienionych poniżej **w pkt 1), 2), 3), 6), 7)**. Zamawiający jest uprawniony do natychmiastowego odstąpienia od Umowy – bez konieczności wyznaczenia dodatkowego terminu – w przypadkach wymienionych poniżej w pkt 4) i 5):*

- 1) *Wykonawca nie rozpoczyna Robót w terminie określonym w § 13 ust. 1 Umowy i **opóźnia się z rozpoczęciem Robót lub w toku Robót opóźnia się z wykonaniem robót wskazanych w § 13 ust.4 Umowy o co najmniej 14 (słownie: czternaście) dni,***
- 2) ***Wykonawca przerywa wykonywanie Robót, a łączny czas przerw przekracza o ponad 14 (słownie: czternaście) dni,***

- 3) Wykonawca pozostaje w zwłoce z wykonaniem Robót w stosunku do Harmonogramu co najmniej 30 (słownie: trzydzieści) dni,
- 4) zostanie zgłoszony wobec Wykonawcy wniosek o ogłoszenie upadłości lub o otwarcie restrukturyzacji,
- 5) zostanie podjęta decyzja o likwidacji przedsiębiorstwa Wykonawcy,
- ~~6) Wykonawca dopuścił się istotnych odstępstw od warunków technicznych realizacji Robót bez uzgodnień z Zamawiającym,~~
- ~~7) innego rażącego naruszenia przez Wykonawcę postanowień Umowy."~~

Ad. g)

Wskazać należy, że Zamawiający określił następujące postanowienia umowne:

„3. Poza przypadkami przewidzianymi Ustawą Zamawiający przewiduje możliwość zmian postanowień Umowy w stosunku do treści formularza oferty, na podstawie którego dokonano wyboru Wykonawcy, w przypadku wystąpienia co najmniej jednej z okoliczności wymienionych poniżej, z uwzględnieniem wskazanych warunków ich wprowadzenia:

(...)

3) Pozostałe zmiany:

(...)

k) **zmiana (podwyższenie) wynagrodzenia Wykonawcy w zakresie kosztów ogólnych Wykonawcy - w przypadku przedłużenia terminu zakończenia przedmiotu Umowy, gdy niniejsze przedłużenie terminu zakończenia wynika z wyłącznych przyczyn leżących po stronie Zamawiającego."**

Wskazać należy, że brak jest podstaw do zwiększenia wynagrodzenia co do kosztów ogólnych Wykonawcy w przypadku gdy dojdzie do przedłużenia terminu zakończenia przedmiotu Umowy tylko i wyłącznie z przyczyn leżących po stronie Zamawiającego.

Może dojść bowiem do sytuacji, w której przyczyny przedłużenia będą wynikały w części z przyczyn leżących po stronie Zamawiającego. Wskazany powyżej zapis stawia Zamawiającego w uprzywilejowanej sytuacji, bowiem wystarczające byłoby wykazanie, że przedłużenie wynika choć w 1% z przyczyn nieleżących po stronie Zamawiającego, aby odmówić zwiększenia należnego wykonawcy wynagrodzenia.

Mając na uwadze powyższe Odwołujący wnosi o nadanie wskazanym zapisom Umowy następującego brzemienia:

„3. Poza przypadkami przewidzianymi Ustawą Zamawiający przewiduje możliwość zmian postanowień Umowy w stosunku do treści formularza oferty, na podstawie którego dokonano wyboru Wykonawcy, w przypadku wystąpienia co najmniej jednej z okoliczności wymienionych poniżej, z uwzględnieniem wskazanych warunków ich wprowadzenia:

(...)

4) Pozostałe zmiany:

(...)

k) zmiana (podwyższenie) wynagrodzenia Wykonawcy w zakresie kosztów ogólnych Wykonawcy - w przypadku przedłużenia terminu zakończenia przedmiotu Umowy, gdy niniejsze przedłużenie terminu zakończenia wynika z ~~wyłącznych~~ przyczyn leżących po stronie Zamawiającego.”.

Ad. h)

Wskazać należy, że Zamawiający określił następujące postanowienia umowne:

„2. Z kwoty zabezpieczenia należytego wykonania umowy Zamawiający zwróci Wykonawcy:

- 1) 70 % (siedemdziesiąt procent) wartości zabezpieczenia w terminie 30 dni od dnia wykonania Robót i podpisania protokołu końcowego Robót **bez zastrzeżeń** (odbiór końcowy bezusterkowy) oraz uznania przez Zamawiającego za należyte wykonane, (Zamawiający pozostawi kwotę pozostałego zabezpieczenia na okres trwania rękojmi za wady i gwarancji), o ile Zamawiający nie dokonał z kwoty stanowiącej zabezpieczenie należytego wykonania umowy potrąceń wierzytelności przysługujących mu wobec Wykonawcy, powstałych z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania Umowy,"

W tym miejscu wskazać należy na argumentację podniesioną w odniesieniu do powyżej wskazanych zapisów odnośnie brak podziału na wady istotne i nieistotne. Nie powielając wskazanej powyżej argumentacji w ocenie Odwołującego zwrot zabezpieczenie należytego wykonania umowy winien być uzależniony od podpisania protokołu końcowego Robót niezawierającego wad istotnych. W przypadku wad nieistotnych Zamawiający winien korzystać z uprawnień z tytułu rękojmi za wady.

Mając na uwadze powyższe Odwołujący wnosi o nadanie wskazanym zapisom Umowy następującego brzmienia:

„2. Z kwoty zabezpieczenia należytego wykonania umowy Zamawiający zwróci Wykonawcy:

- 1) 70 % (siedemdziesiąt procent) wartości zabezpieczenia w terminie 30 dni od dnia wykonania Robót i podpisania protokołu końcowego Robót bez zastrzeżeń (odbiór końcowy bezusterkowy – **bez wad istotnych**) oraz uznania przez Zamawiającego za należyte wykonane, (Zamawiający pozostawi kwotę pozostałego zabezpieczenia na okres trwania rękojmi za wady i gwarancji), o ile Zamawiający nie dokonał z kwoty stanowiącej zabezpieczenie należytego wykonania umowy potrąceń wierzytelności przysługujących mu wobec

Wykonawcy, powstałych z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania Umowy,”

- II. Zarzut naruszenia art. 16 ustawy Pzp w zw. z art. 134 ust. 2 pkt 9 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wyznaczenia terminu wizji lokalnej, w której udział będą mogli wziąć wszyscy wykonawcy na równych zasadach z jednoczesnym wskazaniem na konieczność kontaktu z pracownikiem Zamawiającego celem umówienia terminu wizji (w ramach odpowiedzi na pytanie nr 1 z dnia 05.11.2021 r.)**

Wskazać należy, że zgodnie z art. 134 ust. 2 pkt 9 ustawy Pzp SWZ zawiera informacje dotyczące przeprowadzenia przez wykonawcę wizji lokalnej lub sprawdzenia przez niego dokumentów niezbędnych do realizacji zamówienia, o których mowa w art. 131 ust. 2, jeżeli zamawiający przewiduje możliwość albo wymaga złożenia oferty po odbyciu wizji lokalnej lub sprawdzeniu tych dokumentów. W ocenie Odwołującego zasady wynikające z art. 16 ustawy Pzp, w szczególności zasada równego traktowania wykonawców i przejrzystości wymaga aby wszyscy zainteresowani wykonawcy posiadali takie same informacje mogące wpłynąć na sposób skalkulowania i przygotowania oferty w Postępowaniu.

Udzielając odpowiedzi w dniu 05.11.2021 r. na pytanie nr 1 Zamawiający wskazał, że „w celu przeprowadzenia wizji lokalnej na polu inwestycyjnym 6MW prosimy o telefoniczne umówienie terminu z Panem Krzysztofem Bogusiewiczem tel. 61 85-08-331”.

W ocenie Odwołującego z treści udzielonej odpowiedzi wynika, że Zamawiający zamierza umożliwić dokonywanie wizji lokalnej indywidualnie przez każdego z zainteresowanych wykonawców przez co istnieje ryzyko, iż część potencjalnych wykonawców otrzyma inne

lub bardziej szczegółowe informacje mogące wpłynąć na sposób kalkulowania oferty w Postępowaniu. Zamawiający zgodnie z treścią przepisów winien dokonać zmiany treści SWZ poprzez wskazanie konkretnego terminu przeprowadzenia wizji, w której udział będzie mógł wziąć każdy zainteresowany wykonawca (w tym samym czasie).

Mając na uwadze powyższe, wnosimy o nakazanie Zamawiającemu wyznaczenia konkretnego terminu przeprowadzenia wizji lokalnej i poinformowania o tym na stronie prowadzonego Postępowania.

Mając na uwadze powyższe wniesione odwołania uznać należy za w pełni uzasadnione.

W imieniu Odwołującego:

Załączniki:

1. pełnomocnictwo do wniesienia odwołania,
2. dowód uiszczenia wpisu w wymaganej wysokości,
3. odpis z Krajowego Rejestru Sądowego komplementariusza Odwołującego 1,
4. odpis z Krajowego Rejestru Sądowego Odwołującego 1,
5. odpis z Krajowego Rejestru Sądowego Odwołującego 2,
6. dowód przekazania kopii odwołania Zamawiającemu.