

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

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

Warszawa, dnia 12.02.2024 r.

Zamawiający:	<b>Województwo Mazowieckie</b> ul. Jagiellońska 26, 03-719 Warszawa NIP 113-24-53-940, REGON 015528910 E-mail: <a href="mailto:zamowienia@mazovia.pl">zamowienia@mazovia.pl</a> Telefon: +482259 79 100 Adres strony internetowej: <a href="http://www.mazovia.pl">www.mazovia.pl</a> Adres na potrzeby wymiany informacji (URL): <a href="https://platformazakupowa.pl/pn/mazovia">https://platformazakupowa.pl/pn/mazovia</a>
Odwołujący:	<b>SKANSKA Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie</b> Al. Solidarności 173, 00-877 Warszawa KRS: 0000033102, NIP: 7780001070 Adres do korespondencji: Al. Solidarności 173, 00 – 877 Warszawa, Polska Numer telefonu: 48 22 561 23 00 e – mail: <a href="mailto:Mariusz.iwon@skanska.pl">Mariusz.iwon@skanska.pl</a> <a href="mailto:Andrzej.Stankiewicz@skanska.pl">Andrzej.Stankiewicz@skanska.pl</a>
Przedmiot zamówienia:	„Budowa siedziby Archiwum Województwa Mazowieckiego”
Ogłoszenie o zamówieniu:	Numer publikacji ogłoszenia: 64049-2024, Numer wydania Dz.U. S: 22/2024, Data publikacji: 31/01/2024
Numer postępowania (wewnętrzny identyfikator):	OR-D-III.272.159.2023.AS OJ S 22/2024 31/01/2024

**Dotyczy:** udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych w trybie przetargu nieograniczonego pn. „Budowa siedziby Archiwum Województwa Mazowieckiego”.

## **ODWOŁANIE** **od postanowień Specyfikacji Warunków Zamówienia**

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

**Spis treści:**

I. ODWOŁANIE.....	2
II. TERMIN NA ZŁOŻENIE ODWOŁANIA. ....	2
III. INTERES WE WNIESIENIU ODWOŁANIA. ....	3
IV. ZARZUTY (WSKAZANIE PRZEPISÓW, KTÓRE NARUSZYŁ ZAMAWIAJĄCY). ....	3
V. UZASADNIENIE WRAZ Z WNIOSKAMI (WSKAZANIE ŻĄDAŃ ODWOŁUJĄCEGO). ....	5
A. UWAGI OGÓLNE – NARUSZENIE ZASAD POSTĘPOWANIA O UDZIELENIE ZAMÓWIENIA PUBLICZNEGO.....	5
B. OPISANIE PRZEDMIOTU ZAMÓWIENIA W SPOSÓB NIEJEDNOZNACZNY I NIEWYCZERPUJĄCY. NARUSZENIE ZASAD ZAPEWNIENIA UCZCIWEJ KONKURENCJI, PRZEJRZYSTOŚCI, PROPORCJONALNOŚCI, ZAPEWNIENIA PRECYZYJNEGO OPISU PRZEDMIOTU ZAMÓWIENIA.....	6
C. WNIOSKI I UZASADNIENIE DO KONKRETNÝCH POSTANOWIENÍ UMOWNÝCH.....	10
VI. PODSUMOWANIE.....	25

**I. Odwołanie.**

Działając w imieniu SKANSKA S.A., zwaną dalej Odwołującym lub Wykonawcą, w oparciu o pełnomocnictwo w załączeniu, na podstawie art. 513 pkt 1) w związku z art. 505 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U z 2019 r.), dalej jako „ustawa Pzp” albo „Pzp”, wnoszę odwołanie na czynności Zamawiającego podjęte w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego określonego powyżej odnoszące się do Specyfikacji Warunków Zamówienia, w tym na projektowane postanowienia Załącznika nr 3 do SWZ projekt Umowy (dalej jako „umowa” lub „Umowa”), które zostały ukształtowane w sposób naruszający przepisy ustawy prawo zamówień publicznych oraz innych powszechnie obowiązujących przepisów prawa, w tym Kodeksu Cywilnego.

**II. Termin na złożenie odwołania.**

Zamawiający w dniu 31 stycznia 2024 roku opublikował ogłoszenie o zamówieniu i SWZ w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej (witryna TED) co oznacza, że odwołanie zostało wniesione z zachowaniem ustawowego 10 dniowego terminu.

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

### III. Interes we wniesieniu odwołania.

Odwołujący ma interes we wniesieniu odwołania, ponieważ może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego powyżej wskazanych przepisów ustawy Pzp, w szczególności Odwołujący może ponieść szkodę w rozumieniu art. 505 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 roku polegającą na pozbawieniu go korzyści finansowych wynikających z możliwości uzyskania przez niego przedmiotowego zamówienia i w konsekwencji braku możliwości zawarcia umowy na realizację tego zamówienia.

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

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

### IV. Zarzuty (wskazanie przepisów, które naruszył Zamawiający).

**Odwołujący wnosi odwołanie od niezgodnych z prawem czynności Zamawiającego, zarzucając mu naruszenie art. 647 Kodeksu cywilnego (dalej: kc), art. 353(1) kc, art. 58 § 1 i 2 kc, 5 kc, 471 kc w związku z art. 8 ust. 1 PZP, 16 ust. 1 PZP, 99 ust. 1 i 4 PZP, 431 PZP poprzez ukształtowanie postanowień i rozwiązań Umowy w sposób sprzeczny z w/w przepisami, w tym z naturą stosunku prawnego umowy o roboty budowlane, zasadą równowagi stron stosunku zobowiązaniowego, zasadami współżycia społecznego, przepisami kodeksu cywilnego, a tym samym w sposób naruszający naczelne zasady prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego – zasadę proporcjonalności (adekwatności), która rzutuje na obowiązek współdziałania Zamawiającego i Wykonawcy przy wykonaniu umowy w sprawie zamówienia**

publicznego, zasadę przejrzystości, opisanie przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny i niewyczerpujący, co prowadzi do zaniechania lub utrudnienia zapewnienia zachowania uczciwej konkurencji, poprzez:

*(jednostki redakcyjne bez podanej nazwy dokumentu są z Umowy, w innym przypadku jest podana nazwa, np. OPZ)*

- 1) Wprowadzenie postanowień poszerzających normalny i zwyczajowy zakres odpowiedzialności Wykonawcy w ramach procesu budowlanego i nakładających na Wykonawcę nieproporcjonalne i nieprzewidziane ryzyka oraz obowiązki, co jest elementem niejednoznaczności opisu przedmiotu zamówienia:
  - a) za tereny pozostające poza Terenem Budowy [§5 ust. 1 pkt 3), § 5 ust. 3- obciążenie Wykonawcy odpowiedzialnością za szkodę poniesioną przez Zamawiającego wskutek postępowania Wykonawcy bez uwzględnienia, czy postępowanie Wykonawcy było zgodne z Umową, § 5 ust. 11 - pominięcie obowiązku Zamawiającego do informowania Wykonawcy o pojawiających się roszczeniach], wnioski 1.1. do 1.3,
  - b) za wstrzymanie, zaprzestanie lub przerwanie realizacji Przedmiotu Umowy z przyczyn innych niż leżące po stronie Wykonawcy [§8 ust. 8], wniosek 1.9,
  - c) w przypadku zgłoszenia się podmiotów trzecich w sprawie naruszenia praw autorskich [§18 ust. 10], wniosek 1.23;
- 2) Wprowadzenie zbyt długiego terminu na możliwość wprowadzenia przez Zamawiającego zastrzeżeń do umowy podwykonawczej [§ 6 ust. 8], wniosek 1.4;
- 3) Uniemożliwienie dokonywania przez Wykonawcę potrąceń przewidywanych przez przepisy ustawowe [§6 ust. 24], wniosek 1.5;
- 4) Wprowadzenie przy odbiorze końcowym elementów uznaniowych po stronie Zamawiającego [§7 ust. 10, 14], wniosek 1.6, 1.7;
- 5) Wprowadzenie postanowień nie przewidujących przedłużenia terminów umownych w przypadkach przeprowadzenia badań przez Zamawiającego [§ 7 ust. 17,], wniosek 1.8;
- 6) Brak postanowień umożliwiających Zamawiającemu odmienny bieg terminu rękojmi za wady i gwarancji jakości [§11 ust. 5] wniosek 1.10;
- 7) Przewidzenie zbyt surowych postanowień w zakresie kar umownych, tj. zbyt wysokich kar umownych – [§ 13 ust. 1 ppkt 2, 4, 6, 12, 14, 15, 17] wniosek 1.11, brak kary dla Wykonawcy za odstąpienie z przyczyn za które odpowiedzialność ponosi Zamawiający [§ 13 ust. 1<sup>1</sup>] wniosek 1.12 i związane z tym postanowienia

- [§ 13 ust. 3 – 5] wniosek 1.13, brak uchylenia kar za terminy pośrednie w przypadku dotrzymania terminu końcowego [§ 13 ust. 1 pkt 2] wniosek 1.11,
- 8) Wprowadzenie nieproporcjonalnych przesłanek do odstąpienia od umowy przez Zamawiającego [§ 14 ust. 1 pkt 2) i 3)] wniosek 1.14, [§ 14, ust. 1 pkt 5)] wniosek 1.15, [§ 14 ust. 3] wniosek 1.16;
- 9) Nałożenie na Wykonawcę nadmiernych obowiązków po odstąpieniu od Umowy [§ 14 ust. 4] wniosek 1.17;
- 10) Pozostawienie Zamawiającemu możliwości odstąpienia od umowy według jego wyboru z mocą wsteczną (ex tunc) lub na przyszłość (ex nunc) [§ 14 ust. 5] wniosek 1.18, [§ 14 ust. 13] wniosek 1.22, nieograniczonej możliwości naliczania przez Zamawiającego kar umownych [§14 ust. 7] wniosek 1.19;
- 11) Pominięcia możliwości niedotrzymania przesunięcia terminu do zwrotu terenu budowy w przypadku, gdy dotrzymanie terminu nie jest możliwe ze względów technologicznych lub grozi szkodą [§ 14 ust. 10], wniosek 1.20,
- 12) Brak gwarancji zwrotu kosztów dla Wykonawcy z tytułu zamówionych materiałów i urządzeń w przypadku odstąpienia od umowy [§ 14 ust. 11 pkt 1,2)] wniosek 1.21.

## V. Uzasadnienie wraz z wnioskami (wskazanie żądań Odwołującego).

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

Stosownie do art. 8 ust. 1 PZP, do czynności Zamawiającego podejmowanych w postępowaniu oraz do umów w sprawach zamówień publicznych stosuje się przepisy Kodeksu cywilnego, jeżeli przepisy PZP nie stanowią inaczej.

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

Zamawiający w dniu 27.12.2023 roku ogłosił SWZ wraz z projektem umowy i pozostałymi załącznikami. Wobec treści zawartych tam postanowień konieczne i usprawiedliwione stało się poszukiwanie przez Wykonawcę ochrony prawnej poprzez wniesienie odwołania do KIO.

Odwołujący wnosi odwołanie od niezgodnych z prawem czynności Zamawiającego, zarzucając mu naruszenie art. 647 Kodeksu cywilnego (dalej: kc), art. 353(1) kc i art. 58 § 1 i 2 kc, 5 kc w związku z art. 8 ust. 1 PZP, 16 pkt 1-3 PZP, 99 ust. 1 i 4 PZP, 431 PZP poprzez ukształtowanie postanowień i rozwiązań Umowy w sposób sprzeczny z w/w przepisami, w tym z naturą stosunku prawnego umowy o roboty budowlane, zasadą równowagi stron stosunku zobowiązaniowego, zasadami współżycia społecznego, przepisami kodeksu cywilnego, a tym samym w sposób naruszający naczelne zasady prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego - zasadę proporcjonalności (adekwatności), która rzutuje na obowiązek współdziałania Zamawiającego i Wykonawcy przy wykonaniu umowy w sprawie zamówienia publicznego, zasadę przejrzystości, opisanie przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny i niewyczerpujący, a także prowadzące do zaniechania lub utrudnienia zapewnienia zachowania uczciwej konkurencji.

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

**B. Opisanie przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny i niewyczerpujący. Naruszenie zasad zapewnienia uczciwej konkurencji, przejrzystości, proporcjonalności, zapewnienia precyzyjnego opisu przedmiotu zamówienia.**

Pomimo obowiązku opisanie przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, niewykluczających się, uwzględniających wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty, Zamawiający zobowiązanie to pominął przy sporządzaniu Umowy. Wskazane w zarzutach niedokładności, sprzeczności występujące w Umowie, **stanowią o naruszeniu nie tylko art. 16 pkt 1)-3) PZP, ale i art. 99 ust. 1 PZP. Niedokładności te i braki nie pozwalają na należyte oszacowanie zakresu robót budowlanych, a w konsekwencji ich wyceny.**

Elementem **zasady przejrzystości** jest pogląd wyrażony w judykaturze: „Zasada przejrzystości oznacza, że wszystkie warunki i zasady postępowania przetargowego powinny być zapisane w ogłoszeniu o zamówieniu lub w specyfikacji w sposób jasny, precyzyjny i jednoznaczny, który po pierwsze, pozwoli wszystkim rozsądnie

poinformowanym i wykazującym zwykłą staranność oferentom na zrozumienie ich dokładnego zakresu i dokonanie ich wykładni w taki sam sposób, a po drugie, umożliwi instytucji zamawiającej faktyczne sprawdzenie, czy oferty odpowiadają kryteriom, którym podlega dany przetarg”<sup>1</sup>.

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

Przenosząc powyższe rozważania na niniejszy przetarg Zamawiający w szeregu postanowień Umowy **przerzucił na Wykonawcę ryzyka**, a także określił obowiązki Wykonawcy w sposób zbyt daleko idący i dolegliwy, co w prawidłowych i partnerskich relacjach pomiędzy Stronami Umowy nie występuje. Takie uregulowanie wzajemnych praw i obowiązków narusza art. 16<sup>6</sup> i 431 PZP, który stanowi, że Zamawiający i

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

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

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

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

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

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

wykonawca wybrany w postępowaniu o udzielenie zamówienia obowiązani są współdziałać przy wykonaniu umowy w sprawie zamówienia publicznego, zwanej dalej „umową”, w celu należytej realizacji zamówienia.

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

Zdaniem J. Jerzykowskiego<sup>8</sup> przepis ten (art. 431 PZP) jawi się jako przepis w istocie powtarzający postanowienia art. 354 § 1 i 2 k.c., normującego obowiązek współpracy stron przy wykonaniu zobowiązania. Dla przypomnienia – wskazane przepisy Kodeksu cywilnego stanowią, że dłużnik powinien wykonać zobowiązanie zgodnie z jego treścią i w sposób odpowiadający jego celowi społeczno-gospodarczemu oraz zasadom współżycia społecznego, a jeżeli istnieją w tym zakresie ustalone zwyczaje – także w sposób odpowiadający tym zwyczajom, zaś wierzyciel w taki sam sposób powinien współdziałać przy wykonaniu zobowiązania. Postrzeganie art. 431 p.z.p. jedynie w kategoriach powtórzenia regulacji kodeksowej wydaje się jednak nieuprawnione. Traktować należy go raczej jako **wyeksponowanie wynikającego bezpośrednio z mocy prawa obowiązku współpracy zamawiającego i wykonawcy, jako wierzyciela** (i zarazem

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

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

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



dłużnika w zakresie zapłaty) oraz dłużnika (i zarazem wierzyciela w zakresie roszczenia o zapłatę).”

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

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

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

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

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

Zamawiającemu nie wolno sporządzać opisu, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję. Do stwierdzenia nieprawidłowości w opisie przedmiotu zamówienia, a tym samym sprzeczności z prawem, wystarczy jedynie zaistnienie możliwości utrudniania uczciwej konkurencji poprzez zastosowanie określonych zwrotów opisujących sposób realizacji zamówienia<sup>10</sup>. Na zamawiającym ciąży szczególna odpowiedzialność, gdyż powinien on tak szczegółowo i dokładnie określić swoje wymagania dotyczące opisu przedmiotu zamówienia. Obowiązkiem zamawiającego jest podjęcie **wszelkich możliwych środków w celu wyeliminowania elementu niepewności wykonawców co do przedmiotu zamówienia**, poprzez maksymalnie jednoznaczne i wyczerpujące określenie przedmiotu zamówienia<sup>11</sup>.

<sup>9</sup> Tamże;

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

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

Wreszcie **Wykonawca nie może ponosić konsekwencji nienależytego i niejednoznacznego określenia oczekiwań powódki w treści dokumentacji przetargowej w jakimkolwiek zakresie.** Jak słusznie wskazał Sąd Apelacyjny w Warszawie w wyroku z dnia 3 grudnia 2019 r., I ACa 266/19: „Konsekwencje zaniechania sporządzenia przez zamawiającego opisu przedmiotu zamówienia w sposób odpowiadający wymogom art. 29 ust. 1 p.z.p. [obecnie art. 99 ust. 1 pzp – przypis autora odwołania] nie mogą być następczo przerzucane na wykonawcę”. A takie ryzyko istnieje jeśli postanowienia zostają w taki sposób sformułowane.

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

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

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

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

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

### **C. Wnioski i uzasadnienie do konkretnych postanowień umownych.**

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

W związku z powyższymi zarzutami i wobec naruszenia przez Zamawiającego wyżej

wskazanych przepisów Odwołujący wnosi o:

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

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

**1.1. Umowy w § 5 ust. 1 pkt 3) poprzez jego zmianę, tak aby otrzymał następujące brzmienie:**

3) *Zorganizowanie, utrzymanie, ochrona i zabezpieczenie na własny koszt terenu budowy oraz strzeżenie mienia znajdującego się na nim, a także zapewnienie warunków bezpieczeństwa niezbędnych przy realizacji Przedmiotu Umowy. Ponadto Wykonawca zobowiązany jest zabezpieczyć i oznakować miejsce prowadzenia robót budowlanych oraz dbać o jego stan techniczny i prawidłowość oznakowania przez cały czas trwania realizacji Przedmiotu Umowy. Wykonawca ponosi pełną odpowiedzialność za teren budowy, ~~a także~~ **za Odpowiedzialność Wykonawcy za szkody na terenach** wykorzystywanych w związku z realizacją Przedmiotu Umowy, w szczególności za drogi pełniące funkcje objazdów na czas trwania budowy, od dnia przejścia terenu budowy do dnia dokonania przez Zamawiającego odbioru końcowego Przedmiotu Umowy **kształtuje się na zasadach ogólnych (zawinienia)**. Wykonawca ponosi koszty poboru wody i energii elektrycznej oraz odprowadzania ścieków, a także zagospodarowania zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa odpadów, od dnia przejścia terenu budowy do dnia dokonania przez Zamawiającego odbioru końcowego Przedmiotu Umowy.*

**Uzasadnienie.**

Odwołujący zgadza się, że Wykonawca ponosi pełną odpowiedzialność za teren budowy, co jest zgodne z art. 652 kc „Jeżeli wykonawca przejął protokolarnie od inwestora teren budowy, ponosi on aż do chwili oddania obiektu odpowiedzialność na zasadach ogólnych za szkody wynikłe”. Jednakże pełną odpowiedzialność należy odróżnić od odpowiedzialności za szkody. Pełna odpowiedzialność w tym przypadku za teren budowy obejmuje całe spectrum powinności, jakich powinien dochować Wykonawca. Wykonawca bowiem zachowuje teren budowy w swoim władaniu, w ramach którego podejmuje różne czynności związane z prowadzeniem robót, zapewnieniem ich prawidłowości oraz bezpieczeństwa i porządku. Celem tych czynności jest osiągnięcie zamierzonego rezultatu – wykonania obiektu i oddania go zamawiającemu wraz z przekazanym uprzednio terenem. Tymczasem nie można tych obowiązków połączonych z władczymi uprawnieniami porównać, czy też przenieść na tereny niepozostające we władaniu Wykonawcy, tj. tereny inne niż teren budowy. A zatem „tereny wykorzystywane w związku z realizacją Przedmiotu Umowy”, w szczególności drogi nie mogą pozostawać „pod pełną odpowiedzialnością Wykonawcy”. Wykonawca może natomiast odpowiadać za szkody na tych terenach na zasadach odpowiedzialności przewidzianej w kodeksie cywilnym. Przypisywanie Wykonawcy pełnej

odpowiedzialności za tereny wykorzystywane w związku z realizacją Przedmiotu Umowy, w szczególności za drogi jest przypisaniem Wykonawcy odpowiedzialności i ryzyk z tym związanych daleko wykraczających poza staranność profesjonalnego Wykonawcy robót budowlanych, bowiem wobec takich postanowień Wykonawca mógłby być zobowiązany do dbania (porządek, bezpieczeństwo, itp.) o tereny, na które nie ma wpływu. Wykonawca nie ma bowiem takich władczych instrumentów, ani prawnych, ani faktycznych, które pozwalałyby mu wymagać od innych podmiotów podporządkowania się jego dyspozycjom, bowiem odpowiedzialność za coś, to obowiązki połączone z uprawnieniami, których Wykonawca zwyczajnie nie ma w stosunku do terenów poza Terenem budowy. Takie zobowiązanie się Wykonawcy jest zobowiązaniem do niemożliwego (i jako takie jest nieważne – art. 387 § 1 kc: Umowa o świadczenie niemożliwe jest nieważna), a przyjęcie takiego zobowiązania jest iluzoryczne. Co więcej ryzyka, które miałby na siebie zaciągnąć takim zobowiązaniem Wykonawca są nie tylko nadmierne, ale i niezidentyfikowane, w związku z tym nie dające się także wycenić. Dlatego postulat nadmierności w połączeniu z zasadami rzetelności (to znaczy rzetelnej praktyki budowlanej) jest wystarczający i spełnia wytyczne proporcjonalnego rozkładania obowiązków umownych pomiędzy Zamawiającego i Wykonawcę.

**1.2. Umowy w § 5 ust. 3 poprzez zmianę tego postanowienia, tak aby otrzymał następujące brzmienie:**

*Wykonawca ponosi odpowiedzialność za ewentualne szkody po stronie Zamawiającego lub osób trzecich powstałe z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy w związku z realizacją Przedmiotu Umowy **w sposób niezgodny z Umową**, w tym na skutek prowadzenia czynności, prac, robót budowlanych lub innych działań lub zaniechań Wykonawcy na terenie budowy, jak również na terenach wykorzystywanych w związku z realizacją Przedmiotu Umowy, w szczególności na drogach pełniących funkcje objazdów na czas realizacji Przedmiotu Umowy.*

**Uzasadnienie.**

Przed wszystkim Wykonawca nie może odpowiadać za swoje działania zgodne z Umową.

Z przywołanych względów uzasadnione jest, aby odpowiedzialność Wykonawcy za szkody obejmowała tylko te zdarzenia, które zostały wywołane z przyczyn za które on odpowiada, ale i zarazem będących wynikiem nienależytego wykonania Umowy. W innym przypadku mogłoby dojść do sytuacji, w której Wykonawca wykonując należycie umowę będzie narażony na odpowiedzialność odszkodowawczą za wywołanie szkód, które w rzeczywistości nie będą zawinione przez niego (art. 415, 471 kc). W takiej sytuacji bowiem Wykonawca będzie wykonywał swoje obowiązki zgodnie z kontraktem, jednak będzie zobowiązany do ciągłego monitorowania, czy aby jego postępowanie zgodne z kontraktem nie będzie narażało go na ewentualną odpowiedzialność

wynikającą z wyrządzenia komuś szkody. Hipotetycznie istnieje możliwość, że Wykonawca uprzednio stwierdzi, że wykonując dany obowiązek umowny wywoła tym szkodę osobie trzeciej, czy w takim przypadku będzie musiał wykonywać obowiązki umowne, nawet gdy Zamawiający nie zgodzi się na odstąpienie przez Wykonawcę od wykonania danego obowiązku pomimo wiedzy, że jego wykonanie wywoła szkodę. W takim przypadku Wykonawca stanie przed dylematem, czy ponieść odpowiedzialność deliktową (415 kc) czy kontraktową (471 kc). To jaskrawy przykład, w większości przypadków Wykonawca nie będzie w stanie w ogóle przewidzieć ewentualnych konsekwencji i wystąpienia szkód działając zgodnie z umową.

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

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

**1.3.Umowy w § 5 ust. 11) poprzez jego zmianę, tak aby otrzymał następujące brzmienie:**

*Wykonawca zobowiązany jest do naprawy uszkodzeń obiektów istniejących i elementów zagospodarowania terenu oraz lub wypłaty na swój koszt odszkodowań (rekompensat) na rzecz osób trzecich z tytułu wniesionych uzasadnionych roszczeń za które uszkodzenia zgodnie z postanowieniami Umowy Wykonawca jest odpowiedzialny (§ 5 ust. 3) ~~– a mających związek z wykonaniem robót budowlanych na realizowanej inwestycji.~~ Zamawiający zobowiązuje się niezwłocznie poinformować Wykonawcę o wszelkich roszczeniach osób trzecich i umożliwi Wykonawcy zajęcie stanowiska.*

**Uzasadnienie.**

W pierwszej kolejności należy zaznaczyć, że niniejszy wniosek łączy się z wnioskiem 1.1. powyżej, który wskazuje zakres odpowiedzialności Wykonawcy. Niniejszy wniosek (1.3) odnosi się do sposobu naprawienia szkody przez Wykonawcę, ale tylko takiej do jakiej jest zobowiązany, mając na uwadze zakres jego odpowiedzialności za szkody.

Dotychczasowe brzmienie zaskarżonego postanowienia w sposób blankietowy i automatyczny zobowiązywało Wykonawcę do dokonywania określonych czynności lub zapłaty kosztów w ramach naprawienia szkody. Jedynym czynnikiem uruchamiającym tę powinność Wykonawcy było wniesienie roszczenia przez osobę trzecią, które miało związek z wykonaniem robót budowlanych na realizowanej inwestycji. To jest zdecydowanie zbyt mało, aby zobowiązywać Wykonawcę do naprawienia szkody. A więc

bez wyjaśnienia, bez możliwości zajęcia stanowiska przez Wykonawcę i bez obowiązku powiadomienia przez Zamawiającego o wniesionych roszczeniach. O te podstawowe postanowienia przywracające równowagę i zasadę proporcjonalności wnosi Wykonawca w tym wniosku. Wnioskowana zmiana zapewnia bowiem udział Wykonawcy w czynnościach i procesach dotyczących jego zobowiązań. Jest zatem naturalne, że powinien być uwzględniony w tych postanowieniach umownych jego udział. Jest to wypełnieniem zasady obowiązku współdziałania Zamawiającego z Wykonawcą (art. 431 pzp).

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

*Zamawiający w terminie ~~30 dni~~ **10 dni** od dnia przekazania Zamawiającemu projektu umowy, o którym mowa w ust. 7 lub projektu jej zmiany, zgłasza w formie pisemnej, pod rygorem nieważności, zastrzeżenia, jeżeli nie spełnia ona wymagań określonych w ust. 11 i 12, gdy przewiduje termin zapłaty wynagrodzenia dłuższy niż określony w ust. 6 oraz gdy zawiera postanowienia niezgodne z ustawą Pzp. Niezgłoszenie w formie pisemnej zastrzeżeń do przedłożonego projektu umowy lub projektu jej zmiany, w terminie określonym w zdaniu pierwszym, uważa się za akceptację projektu umowy lub projektu jej zmiany przez Zamawiającego.*

**Uzasadnienie.**

Wykonawca wnosi o skrócenie terminu do zgłoszenia zastrzeżeń do umowy podwykonawczej. Pomimo zaplanowania przez Wykonawcę harmonogramu kontraktacji, termin 30 dniowy jest terminem zbyt długim, gdyż jest zbyt dolegliwy dla Wykonawcy w tak skomplikowanym procesie inwestycyjnym.

**1.5. Umowy w § 6 ust. 24 poprzez jego zmianę, tak aby otrzymał następujące brzmienie:**

*Przed dokonaniem bezpośredniej zapłaty, o której mowa w ust. 21, Zamawiający wezwie Wykonawcę do zgłoszenia w formie pisemnej uwag dotyczących zasadności bezpośredniej zapłaty wynagrodzenia podwykonawcy lub dalszemu podwykonawcy. Zamawiający informuje Wykonawcę o terminie zgłaszania uwag, nie krótszym niż 7 dni od dnia doręczenia wezwania (~~w uwagach Wykonawca nie może powoływać się na potrącenia roszczeń Wykonawcy względem podwykonawcy niezwiązane z realizacją umowy o podwykonawstwo~~). Brak zgłoszenia uwag w wyznaczonym terminie traktowany będzie jako akceptacja zasadności danej płatności na rzecz podwykonawcy lub dalszego podwykonawcy.*

**Uzasadnienie.**

Wykonawca wnosi o wykreślenie powyższego fragmentu, które w sposób nieuprawniony i niezrozumiały ogranicza Wykonawcę w zgodnym z prawem sposobem wygaśnięcia zobowiązania. Albowiem Wykonawca (jako dłużnik i zarazem wierzyciel) może doprowadzić do wygaśnięcia swojego zobowiązania wobec podmiotu trzeciego (np. podwykonawcy) poprzez potrącenie swojej wierzytelności z wierzytelnością tego podmiotu. Zgodnie z art. 498 § 1 kc „Gdy dwie osoby są jednocześnie względem siebie dłużnikami i wierzycielami, każda z nich może potrącić swoją wierzytelność z wierzytelności drugiej strony, jeżeli przedmiotem obu wierzytelności są pieniądze lub rzeczy tej samej jakości oznaczone tylko co do gatunku, a obie wierzytelności są wymagalne i mogą być dochodzone przed sądem lub przed innym organem państwowym”.

Zaskarżone postanowienie w sposób nieuzasadniony ogranicza Wykonawcę w jego ustawowym uprawnieniu.

**1.6. Umowy w § 7 ust. 10 poprzez jego zmianę, tak aby otrzymał następujące brzmienie:**

*Jeżeli Zamawiający stwierdzi, że roboty budowlane nie zostały w całości zakończone lub obciążone są istotnymi wadami lub ma **istotne i uzasadnione** zastrzeżenia co do kompletności lub prawidłowości operatu kolaudacyjnego odmawia dokonania odbioru końcowego robót budowlanych. Zamawiający wyznacza termin ponownego złożenia wniosku o dokonanie odbioru końcowego robót budowlanych, o których mowa w zdaniu pierwszym, a kosztami uczestnictwa w odbiorze osób upoważnionych obciąża Wykonawcę.*

**Uzasadnienie.**

Zaskarżone postanowienie ma bardzo istotną rolę albowiem wskazuje czynniki, które mogą wpłynąć na odmowę dokonania odbioru końcowego robót. W wersji zaproponowanej przez Zamawiającego istnieje swoista uznaniowość Zamawiającego co do oceny kompletności lub prawidłowości operatu kolaudacyjnego. Dlatego postulowane jest dodanie terminów, które tę uznaniowość w tak ważkiej kwestii, zniwelują i oddadzą tej kwestii walor istotności oraz zasadności. Zdaniem Wykonawcy tylko istotne i uzasadnione zastrzeżenia do operatu mogą stanowić przesłanki do odmowy dokonania odbioru i jako takie stanowią one o gwarancjach Wykonawcy w ramach procesu budowlanego do doprowadzenia do odbioru końcowego.

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

*~~Jeżeli~~ ~~Ppomimo~~ poświadczenia przez Zamawiającego, że wszystkie wady zostały usunięte, ~~Zamawiający może uznać, że pomimo ich usunięcia~~ pogorszeniu uległy wartości techniczne lub użytkowe lub **pogorszeniu uległy w sposób istotny wartości** estetyczne obiektu budowlanego powstałego w wyniku robót budowlanych objętych Umową ~~Z tego tytułu~~ Zamawiający może żądać od Wykonawcy obniżenia wynagrodzenia Wykonawcy w oparciu o zawarte przez Strony porozumienie lub sporządzoną na zlecenie Zamawiającego ekspertyzę rzeczoznawcy (jeżeli zajdzie taka konieczność) albo odszkodowania. W*

*przypadku uznania przez rzeczoznawcę zasadności roszczenia Zamawiającego, koszty wykonania ekspertyzy poniesie Wykonawca. Wykonawca wyraża zgodę na potrącenie należności za wykonanie ekspertyzy z zabezpieczenia należytego wykonania Umowy lub innych należności przysługujących Wykonawcy od Zamawiającego.*

#### **Uzasadnienie.**

Postulowana zmiana, podobnie jak w e wniosku nr 1.6 likwiduje uznaniowość Zamawiającego w stwierdzeniu pogorszenia konkretnych elementów przedmiotu umowy. Wykonawca nie neguje uprawnienia Zamawiającego do obniżenia wynagrodzenia albo odszkodowania w takim przypadku. Jednakże Wykonawca wnosi o to, aby odnosić się do przesłanek obiektywnych („pogorszeniu uległy”), a nie uznaniowych („Zamawiający może uznać”). Dodatkowo Wykonawca wnosi, aby element estetyczny, który jest najmniej mierzalny i wymierny spośród innych (techniczne lub użytkowe) musiał ulec pogorszeniu w sposób istotny, co dodatkowo gwarantuje uniknięcie uznaniowości w tym postanowieniu.

#### **1.8. Umowy w § 7 ust. 17 poprzez jego zmianę, tak aby otrzymał następujące brzmienie:**

*Jeżeli w trakcie realizacji Przedmiotu Umowy Zamawiający zażąda badań, które nie były przewidziane Umową, to Wykonawca zobowiązany jest przeprowadzić te badania. Jeżeli w rezultacie przeprowadzenia tych badań okaże się, że zastosowane materiały bądź wykonane prace lub roboty budowlane są niezgodne z Umową, to koszty badań dodatkowych obciążają Wykonawcę. W przeciwnym wypadku koszty tych badań obciążają Zamawiającego. **Ocena zgodności zastosowanych materiałów lub wykonanych robót, a w związku z tym podmiot zobowiązany do poniesienia kosztów za badania będzie dokonywane w odniesieniu do danego zakresu robót (np. strop, posadzka, ściany, itp.) W takim przypadku, terminy umowne ulegną przedłużeniu w zakresie wpływu jaki badania będą miały wpływ na nie.***

#### **Uzasadnienie.**

Po pierwsze, postulowana zmiana zmierza do tego, aby w przypadku, gdy w wyniku dokonanych badań, okaże się, że Wykonawca działa zgodnie z Umową, to przedłużeniu uległy terminy wykonania Umowy, jeśli miało to na nie wpływ.

Po drugie, jeżeli badania przeprowadzane są w stosunku do różnych zakresów robót, niepowiązanych ze sobą, np. posadzka na poziomie 0 i strop na poziomie +1, to niezależnie od siebie mogą one być ocenione. To znaczy, że przykładowo jeśli strop wykaże pewne nieprawidłowości, a badania posadzki przyniosą wyniki całkowitej prawidłowości to poniesienie kosztów powinno zostać ocenione i przydzielone dla każdego z tych zakresów osobne (oddzielnie).

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

*W przypadku konieczności **wstrzymania, zaprzestania lub przerwania realizacji Przedmiotu Umowy, zgodnie z postanowieniami Umowy bądź przepisami prawa,***



Wykonawca nie będzie dochodził roszczeń z tego tytułu, z zastrzeżeniem, że w tym przypadku Wykonawcy przysługuje wynagrodzenie za czynności, prace lub roboty budowlane faktycznie wykonane oraz koszty czynności, prac lub robót zabezpieczających, o ile zostaną potwierdzone w protokole inwentaryzacji. **Powyższe zobowiązanie Wykonawcy nie ogranicza praw Wykonawcy do dochodzenia odszkodowania na zasadach ogólnych.** W tym celu Zamawiający sporządzi przy udziale Wykonawcy protokół inwentaryzacji, na dzień przerwania realizacji Przedmiotu Umowy, a Wykonawca zabezpieczy przerwane czynności, prace lub roboty budowlane w zakresie uzgodnionym przez Strony. Wynagrodzenie za wykonanie ewentualnych czynności, prac lub robót zabezpieczających zostanie ustalone w kosztorysie sporządzonym metodą szczegółową, przy zastosowaniu danych wyjściowych do kosztorysowania określonych w ust. 6. **W przypadku wstrzymania zaprzestania lub przerwania realizacji Przedmiotu Umowy z przyczyn innych niż leżące po stronie Wykonawcy należy się Wykonawcy pokrycie uzasadnionych i udokumentowanych kosztów związanych z budową.**

#### **Uzasadnienie.**

Niniejszy wniosek dodaje oczywiste stwierdzenie, że sytuacje wstrzymania, zaprzestania lub przerwania realizacji Przedmiotu Umowy nie mogą ograniczać Wykonawcy w dochodzeniu odszkodowania na zasadach ogólnych wynikających z kodeksu cywilnego, ale także z przepisów pzp (choćby z art. 433 pkt 3).

#### **1.10. Umowy w § 11 ust. 5 poprzez jego zmianę, tak aby otrzymał następujące brzmienie:**

*Strony na podstawie art. 548 § 2 Kodeksu cywilnego wyłączają zasadę, o której mowa w art. 548 § 1 Kodeksu cywilnego i ustalają, że okres rękojmi za wady na Przedmiot Umowy rozpoczyna się w dniu dokonania odbioru końcowego Przedmiotu Umowy i podpisaniu protokołu odbioru końcowego Przedmiotu Umowy. **W uzasadnionych przypadkach, jeżeli Zamawiający będzie oczekiwał od Wykonawcy wykonania określonego zakresu robót lub dostarczenia materiałów lub urządzenia wcześniej niż wynika to z harmonogramu, to stosuje się art. 548 § 1 kc, a okres rękojmi za wady będzie biegł od momentu przekazania robót, wydania rzeczy, urządzenia, materiału Zamawiającemu.***

#### **Uzasadnienie.**

Wykonawca rozumie intencje Zamawiającego co do startu terminu rękojmi za wady, a także kwestii przejścia ryzyka utraty i uszkodzenia rzeczy w momencie odbioru (przekazania zamawiającemu). Jednakże Wykonawca na podstawie swoich wcześniejszych doświadczeń z innych inwestycji publicznych, wnosi o dodanie do tego postanowienia zapisów umożliwiających Zamawiającemu w określonych przypadkach odmienne postępowanie. To znaczy, może się zdarzyć, że Zamawiający z jakichkolwiek przyczyn będzie chciał, aby Wykonawca przekazał mu konkretne urządzenia lub sprzęty

w terminie wcześniejszym niż wynika to z harmonogramu umownego, co będzie łączyło się z przejściem na Zamawiającego ryzyka jego utraty lub uszkodzenia i przejścia biegu terminu rękoma za wady i gwarancji jakości.

**1.11. Umowy w § 13 ust. 1 pkt 2, 4, 6, 12, 14, 15, 17 poprzez ich zmianę, tak aby otrzymały następujące brzmienie:**

2) przekroczenia któregośkolwiek z terminów, o których mowa w § 2 ust. 2 pkt 1 i 2 Umowy, z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy, w wysokości 0,02% wynagrodzenia ryczałtowego brutto - za każdy dzień zwłoki; **W przypadku dotrzymania terminu realizacji zamówienia (określonego w § 2 ust. 3 Umowy) uchyla się albo anuluje naliczone lub wyegzekwowane kary umowne z tytułu przekroczenia terminu z § 2 ust. 2 pkt 1 Umowy;**

4) braku zapłaty wynagrodzenia należnego podwykonawcom lub dalszym podwykonawcom, w wysokości **0,2** 2% wynagrodzenia brutto podwykonawcy lub dalszego podwykonawcy przewidzianego w umowie z podwykonawcą lub dalszym podwykonawcą - odpowiednio za każdego podwykonawcę lub dalszego podwykonawcę - za każdy stwierdzony przypadek z osobna;

6) nieprzedłożenia lub nieterminowego przedłożenia do zaakceptowania projektu umowy o podwykonawstwo lub jej zmiany, której przedmiotem są roboty budowlane, w wysokości **2.000,00** ~~10.000,00~~ zł - odpowiednio za każdy taki przypadek z osobna;

12) niewykonania przez Wykonawcę, podwykonawcę lub dalszego podwykonawcę zobowiązania określonego wezwaniem, o którym mowa w § 5 ust. 10 Umowy, w wysokości **2.500,00** ~~5.000,00~~ zł za każdy stwierdzony przypadek z osobna;

14) niewywiązywanie się przez Wykonawcę z obowiązków określonych w § 3 Umowy, w szczególności w zakresie terminów, dotyczących sporządzania i przedkładania Zamawiającemu Kosztorysu, Harmonogramu lub Tabeli elementów skalonych/skończonych, lub nieuwzględniania lub nieterminowego uwzględnienia przez Wykonawcę ewentualnych uwag lub zastrzeżeń zgłoszonych do przedłożonego Kosztorysu, Harmonogramu lub Tabeli elementów skalonych/skończonych, oraz obowiązków określonych w § 5 ust. 1 pkt 12 Umowy, w szczególności dot. sporządzenia planu BIOZ i PZJ, w wysokości **1.000,00** ~~5000~~ zł - za każdy przypadek osobno;

~~15) niewywiązywania lub nieterminowego wywiązywania się przez Wykonawcę obowiązków wynikających z OPZ, w wysokości 1.000,00 zł - za każdy stwierdzony przypadek z osobna. Przedmiotowy punkt nie ma zastosowania do naruszeń, dla których Zamawiający przewidział inną wysokość kary umownej;~~

17) odstąpienia od Umowy lub jej części przez Zamawiającego z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy, w wysokości **10** ~~20~~% wynagrodzenia ryczałtowego brutto.

**Uzasadnienie.**

Wprowadzone kary umowne są wygórowane. Takie uregulowanie tej kwestii jest rażąco sprzeczne z zasadą proporcjonalności, a kara umowna nie pełni funkcję stymulującą, a

tylko i wyłącznie penalizującą, w dodatku prowadzącą do nieuzasadnionego wzbogacenia Zamawiającego – co również kłóci się z zasadami udzielania zamówień publicznych (art. 16 pkt 3 i art. 431 pzp). Kara umowna, podobnie jak odszkodowanie, którego jest surogatem nie może prowadzić do nieuzasadnionego wzbogacenia uprawnionego – tutaj Zamawiającego (wyrok SA w Katowicach, 17.12.2008 r. V ACa 483/08).

Co więcej kara nie oznacza, że tylko w jej granicach zamyka się ewentualna odpowiedzialność Wykonawcy. Umowa przewiduje przecież, że Zamawiający może dochodzić naprawienia szkody na zasadach ogólnych, ja więc jeśli szkoda przekroczy wysokość kary umownej (§ 13 ust. 3 Umowy „Zapłata odszkodowania lub kar umownych nie zwalnia Wykonawcy z obowiązków związanych z realizacją Umowy”).

Jeżeli chodzi o karę przewidzianą w pkt 15 to jest ona rażąco blankietowa i zważywszy na bardzo szerokie spectrum obowiązków opisanych w OPZ, ale także ich bardzo zróżnicowaną szczegółowość od bardzo ogólnych (np. pkt 2.1. 7) Przygotowanie i wykonanie oraz zabezpieczenie terenu budowy 20) Prowadzenie Dziennika Budowy) do bardzo precyzyjnych (np. pkt 2.1. 16) Cykliczne uczestniczenie w naradach koordynacyjnych co najmniej raz w tygodniu), postulowana przez Zamawiającego kara jawi się jako blankietowa, nieprecyzyjna i mająca cechy uznaniowości. To nie tylko narusza zasadę proporcjonalności, ale także jest sprzeczne z art. 483 § 1 kc, który stanowi, że „W razie niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania kara umowna należy się wierzycielowi w zastrzeżonej na ten wypadek wysokości bez względu na wysokość poniesionej szkody. Żądanie odszkodowania przenoszącego wysokość zastrzeżonej kary nie jest dopuszczalne, chyba że strony inaczej postanowiły”. Treść umowy powinna określać postać lub postaci uchybień, które spowodują obowiązek zapłaty kary umownej, a nie odwołanie do grupy postanowień.

**1.12. Umowy w § 13 poprzez dodanie ust. 1<sup>1</sup> o treści poniższej:**  
**W przypadku odstąpienia od Umowy przez Zamawiającego lub Wykonawcę z przyczyn leżących po stronie Zamawiającego – Zamawiający zapłaci Wykonawcy karę umowną w wysokości 20 % wynagrodzenia ryczałtowego brutto. Nie dotyczy to odstąpienia od umowy na podstawie art. 456 ust. 1 pkt 1) pzp.**

*Ewentualnie: w przypadku obniżenia kary umownej w § 13 ust. 1 pkt 17 do 10 %, to w niniejszym punkcie również do 10 %.*

#### **Uzasadnienie.**

W kwestii wprowadzenia kary umownej dla Wykonawcy za odstąpienie od umowy z przyczyn leżących po stronie Zamawiającego, to powyższy postulat jest wyrazem równości stron postępowania i proporcjonalności. Skoro Zamawiającemu przysługuje kara umowna na wypadek odstąpienia od Umowy, to i Wykonawca na zasadach wzajemności powinien być w nią wyposażony. W przypadku obniżenia kary umownej dla Zamawiającego do 10 % wynagrodzenia, Odwołujący wnioskuje oczywiście do obniżenia jej w przypadku Wykonawcy również do 10 %.

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

**1.13. Umowy w § 13 ust. 3, 4, 5 poprzez ich zmianę, tak aby otrzymał następujące brzmienie:**

3. *Zapłata odszkodowania lub kar umownych nie zwalnia Zamawiającego, ani Wykonawcy z obowiązków związanych z realizacją Umowy.*

4. *Z zastrzeżeniem ograniczeń wynikających z obowiązujących przepisów prawa, w przypadku naliczenia Zamawiającemu lub Wykonawcy kary umownej, odpowiednio Zamawiający lub Wykonawca uprawniony będzie do jej potrącenia z należności przysługujących od drugiej strony Wykonawcy od Zamawiającego lub zabezpieczenia należytego wykonania Umowy, na co Zamawiający i Wykonawca wyraża zgodę.*

5. *Zamawiający Wykonawca wezwie drugą Stronę Umowy Wykonawcę do zapłaty kary umownej w formie pisemnej wskazując w wezwaniu termin jej zapłaty. W razie opóźnienia z zapłatą kary umownej Strona uprawniona do otrzymania kary umownej może żądać odsetek ustawowych za opóźnienie za każdy dzień opóźnienia.*

**Uzasadnienie.**

Powyższe wnioski wynikają i są konsekwencją postulatów o wprowadzeniu kary umownej naliczanej przez Wykonawcę w przypadku odstąpienia od Umowy z przyczyn leżących po stronie Zamawiającego.

**1.14. Umowy w § 14 ust. 1 pkt 2) i 3) poprzez ich wykreślenie:**

~~2) Wykonawca lub podwykonawca nie zatrudnia pracowników na podstawie stosunku pracy w zakresie wskazanym w Umowie;~~

~~3) Wykonawca nie przekazuje lub nie udostępnia danych i dokumentów dotyczących zatrudniania pracowników na podstawie stosunku pracy w zakresie wskazanym w Umowie lub uchyla się od kontroli Zamawiającego w tym zakresie;~~

**Uzasadnienie.**

Zaproponowane przez Zamawiającego przesłanki do odstąpienia od umowy są rażąco naruszające równowagę stron, z uwagi na ich dotkliwość, a więc najbardziej dolegliwy środek w postaci zerwania więzi obligacyjnej, czyli doprowadzenia do odstąpienia od umowy.

Po drugie podane przesłanka przewiduje możliwość odstąpienia za każde, nawet niezawinione przez Wykonawcę uchybienie tym obowiązkom. Przecież może się tak zdarzyć, że dojdzie do takiej sytuacji, i to pomimo dochowania należytej staranności przez Wykonawcę, tym bardziej, że postanowienie umowne odnosi się także do zatrudniania przez podwykonawcę. Zamawiający nie niuansuje tutaj tych kwestii, nie odnosi się do tego, czy nawet w przypadku uchybienia co do jednego pracownika może dojść do odstąpienia, które niesie za sobą naliczenie kary umownej. Powyższego nie łagodzi niestety nawet obowiązek wezwania Wykonawcy do złożenia wyjaśnień.

Po trzecie Zamawiający dysponuje innymi narzędziami dyscyplinującymi Wykonawcę w tym zakresie, choćby przewidzianą karą umowną (§ 13 ust. 1 pkt 16).

Mając to na uwadze zaproponowane przez Zamawiającego postanowienia są niewspółmierne do wagi naruszeń, a także nieprecyzyjne, to znaczy w taki sam sposób traktują każde uchybienie obowiązkom jakie mają chronić.

**1.15. Umowy w § 14 ust. 1 pkt 5 poprzez jego zmianę tak aby otrzymał następujące brzmienie:**

*Wykonawca bez uzasadnionego powodu nie rozpoczął realizacji Przedmiotu Umowy w terminie określonym przez Zamawiającego, lub w przypadku wstrzymania jego realizacji przez Zamawiającego nie podjął dalszej realizacji Przedmiotu Umowy w ciągu **14** 5 dni od otrzymania od Zamawiającego decyzji o wznowieniu jego realizacji;*

**Uzasadnienie.**

Termin 5 dni upoważniający odstąpienie od Umowy jest rażąco krótki, zwłaszcza gdy weźmiemy pod uwagę okoliczność mobilizacji kadry budowy po długotrwałym wstrzymaniu robót, dlatego uzasadniona jest jego zmiana na 14 dni.

**1.16. Umowy w § 14 ust. 3 poprzez jego zmianę tak aby otrzymał następujące brzmienie:**

*Zamawiający może odstąpić od Umowy w terminie ~~90~~ **30** dni od dnia powzięcia wiadomości o okolicznościach stanowiących podstawę odstąpienia, o których mowa w ust. 1 i 2, nie później jednak niż w terminie 365 dni od dnia upływu określonego w Umowie terminu ukończenia Przedmiotu Umowy.*

**Uzasadnienie.**

Termin 90 dni na odstąpienie jest znacząco zbyt długi, umożliwia Zamawiającemu odstąpienie od umowy i sięganie do naruszeń, które mogą już nie mieć wpływu na aktualne wówczas prawidłowe wykonywanie Umowy. Termin 30 dniowy jest wystarczający i w pełni zabezpiecza interes Zamawiającego z punktu widzenia funkcji instytucji odstąpienia umownego.

**Uzasadnienie.**

**1.17. Umowy w § 14 ust. 4 poprzez jego zmianę tak aby otrzymał następujące brzmienie:**

*W przypadku odstąpienia od Umowy z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy, Zamawiający może w trybie natychmiastowym, po uprzedzeniu Wykonawcy, wkroczyć na teren budowy nie zwalniając Wykonawcy z odpowiedzialności **do zabezpieczenia robót i pozostałych obowiązków wynikających z ust. 11***

~~wynikającej z warunków Umowy, a także powierzyć realizację Przedmiotu Umowy osobie trzeciej, bez konieczności uzyskiwania w tym zakresie odrębnego upoważnienia, w tym upoważnienia Sądu.~~

#### Uzasadnienie

Proponowany przez Zamawiającego sposób działania po odstąpieniu od Umowy sprowadzałby się do tego, że Zamawiający ma prawo wkroczyć na teren budowy, nie zwolnić przy tym Wykonawcy z żadnych jego obowiązków i jednocześnie powierzyć realizację Przedmiotu Umowy podmiotowi trzeciemu. Jest to sytuacja, w której podmiot trzeci wykonywałby czynności, co do których wykonawca miałby nadal obowiązek je wykonać. Jest to sytuacja, która prowadzić będzie do wzajemnie wykluczających się konsekwencji, jej efekty są wzajemnie sprzeczne.

Z tego względu postulowana jest zmiana, aby Wykonawca w momencie wkroczenia przez Zamawiającego na teren budowy pozostał odpowiedzialny za zabezpieczenia robót i pozostałe czynności określone w § 11 Umowy. W takiej sytuacji obowiązki Wykonawcy i podmiotu trzeciego są jasne i nie wykluczają się.

#### 1.18. Umowy w § 14 ust. 5 poprzez jego zmianę, tak aby otrzymał następujące brzmienie:

~~Odstąpienie od Umowy przez każdą ze Stron dotyczy części niewykonanej może nastąpić, wedle wyboru Zamawiającego, w całości lub w oznaczonej części. Odstąpienie od Umowy przez Zamawiającego może nastąpić w szczególności ze skutkiem ex nunc („na przyszłość”).~~ **Dotyczy to odstąpienia od Umowy umownego, jak i ustawowego.**

#### Uzasadnienie

Instytucja odstąpienia od umowy w swojej tradycyjnej i pierwotnej formie następuje w formie *ex tunc* i działa wstecz prowadząc do fikcji prawnej jakoby nie doszło do zawarcia umowy, a więc strony są zobowiązane do zwrotu wszystkich poczynionych świadczeń. Jednakże w przypadku umów złożonych, w szczególności o roboty budowlane często ta formuła odstąpienia jest nie tylko nieefektywna i nieopłacalna dla stron, ale w rzeczywistości niemożliwa. Jak bowiem strony miałyby zwrócić sobie poczynione do momentu odstąpienia świadczenia, gdy zostały wykonane nawet niewielkie już roboty budowlane (wykonany wykop, postawione fundamenty, itd.). Z tego względu zwłaszcza w umowie o roboty budowlane stosuje się odstąpienie od umowy *ex nunc*, a więc na przyszłość, zbliżające takie odstąpienie od instytucji wypowiedzenia jak w przypadku zobowiązań ciągłych (mowna najmu, umowa o pracę). Przy takim odstąpieniu strony pozostawiają w mocy dotychczasowe czynności, a decydują się, że dotychczas niewykonany zakres nie będzie już zrealizowany. Kwestie gwarancji jakości i rękojmi za wady mogą dookreślić między sobą. Tak też to zostało przewidziane w Umowie, tj. § 14 ust. 6.

Z tych względów Wykonawca postuluje o jednoznaczne wykluczenie możliwości (przynajmniej teoretycznej) odstąpienia w całości, gdyż w praktyce nie będzie to możliwe.

Dodatkowo postanowienie umowne zostało dopasowane do okoliczności uwzględniającej możliwość odstąpienia (ustawowego) przez Wykonawcę.

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

*W przypadku odstąpienia od Umowy Zamawiający ma prawo do naliczenia kar umownych zgodnych z § 13 Umowy za wykonaną część Umowy.*

**Uzasadnienie**

Powyższy postulat jest zgodny z postulatem dot. postanowienia o odstąpieniu od Umowy tylko ze skutkiem „na przyszłość” (*ex nunc*).

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

*W przypadku odstąpienia od Umowy, Wykonawca powinien natychmiast wstrzymać realizację Przedmiotu Umowy, zabezpieczyć teren budowy i roboty budowlane oraz opuścić teren budowy niezwłocznie, lecz nie później niż w terminie 15 dni roboczych od daty doręczenia oświadczenia o odstąpieniu od Umowy, chyba że dotrzymanie tego terminu będzie niemożliwe z przyczyn technologicznych lub groziło wyrządzeniem szkody. W przypadku odstąpienia od Umowy z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy, wszelkie koszty wynikające z powyższej sytuacji ponosi Wykonawca. W przypadku odstąpienie z innych przyczyn koszty te obciążają Zamawiającego*

**Uzasadnienie**

Zaskarżone postanowienie nie bierze pod uwagę, że w procesie inwestycyjnym albo w trakcie jego zakończenia termin 15 dni na uporządkowanie i przywrócenie do stanu pierwotnego, w szczególności na usunięcie urządzeń z placu budowy może być zwyczajnie zbyt krótki. Choćby ze względów technologicznych, np. rozebranie konstrukcji tymczasowych służących do budowy (choćby rusztowanie na elewacje), demobilizacja kadry albo w wyniku betonowania, kiedy beton potrzebuje co najmniej kilkunastu, jeśli nie powyżej 20 dni na odczekanie, w przeciwnym razie roboty te pozostaną beзуżyteczne, spowodują szkodę i mogą wpłynąć na obniżenie wartości innych robót.

**1.21. Umowy w § 14 ust. 11 pkt 1, 2 poprzez jego zmianę, tak aby otrzymał następujące brzmienie:**

*W przypadku odstąpienia od Umowy Wykonawcę oraz Zamawiającego obciążają następujące obowiązki:*

1) w terminie 15 dni roboczych od daty doręczenia oświadczenia o odstąpieniu od Umowy Zamawiający przy udziale Wykonawcy sporządzi szczegółowy protokół inwentaryzacji Przedmiotu Umowy wraz z należnym wynagrodzeniem Wykonawcy, ustalonym na podstawie procentowego zaawansowania czynności, prac lub robót budowlanych w poszczególnych pozycjach Kosztorysu lub tabeli elementów skończonych, **a także udokumentowanych zamówionych materiałów i urządzeń w celu wykonania Przedmiotu Umowy** według stanu na dzień odstąpienia i cen z Kosztorysu;

2) Wykonawca zabezpieczy przerwane czynności, prace lub roboty budowlane w zakresie obustronnie uzgodnionym na **swój koszt wtedy, gdy odstąpienie nastąpi z przyczyn leżących po jego stronie tej Strony, z przyczyn której nastąpiło odstąpienie od Umowy;** **w pozostałych przypadkach koszty te obciążają Zamawiającego**

#### **Uzasadnienie**

W zakresie pkt 1) niezbędne jest, aby Wykonawca miał również zwrócone koszty tych materiałów i urządzeń, które w celu wykonania przedmiotu umowy, zgodnie z harmonogramem robót zostały zamówione. To także należy do uzasadnionych i niezbędnych kosztów ponoszonych przez Wykonawcę na wykonanie Przedmiotu Umowy.

Co do pkt 2) Powyższy wniosek ma na celu doprecyzowanie kiedy Wykonawca ponosi koszty zabezpieczenia.

#### **1.22. Umowy w § 14 ust. 13 poprzez jego zmianę, tak aby otrzymał następujące brzmienie:**

Zamawiający w razie odstąpienia od Umowy, zobowiązany jest do:

1) dokonania odbioru Przedmiotu Umowy w zakresie przerwany i zgodnym z wymaganiami Umowy oraz zapłaty wynagrodzenia za Przedmiot Umowy, który został wykonany zgodnie z wymaganiami Umowy do dnia odstąpienia od Umowy;

2) przejęcia od Wykonawcy pod swój dozór terenu budowy.

~~Powyższe dotyczy odstąpienia „ex nunc” a nie dotyczy odstąpienia „ex tunc”.~~

#### **Uzasadnienie**

Powyższe jest konsekwencją zmian dotyczących § 14 ust. 5 Umowy.

#### **1.23. Umowy w § 18 ust. 10 poprzez jego zmianę, tak aby otrzymał następujące brzmienie:**

W przypadku wystąpienia przez osobę trzecią wobec Zamawiającego z roszczeniem z tytułu naruszenia jej praw, w tym praw autorskich osobistych lub majątkowych, w związku z powstaniem lub eksploatacją Utworów, ~~Wykonawca:~~



- 1) przyjmie na siebie pełną odpowiedzialność za powstanie oraz wszelkie skutki powyższych zdarzeń, w tym za powstałą szkodę; Zamawiający poinformuje Wykonawcę niezwłocznie o zgłoszonym roszczeniu, umożliwi mu zapoznanie się z wszelkimi posiadanymi dokumentami i umożliwi mu wszelką niezbędną pomoc w celu udzielenia wyjaśnień,
- 2) w przypadku skierowania sprawy na drogę postępowania sądowego, Zamawiający poinformuje niezwłocznie Wykonawcę o postępowaniu sądowym i umożliwi mu przystąpienie do procesu, a także udzieli mu niezbędnych wyjaśnień oraz udostępni wszelkie niezbędne i dostępne dokumenty, wstąpi do procesu Po stronie Zamawiającego i pokryje wszelkie koszty związane z udziałem Zamawiającego w postępowaniu sądowym oraz ewentualnym postępowaniu egzekucyjnym, w tym koszty obsługi prawnej postępowania;
- 3) po wykazaniu naruszenia przez Wykonawcę praw osoby trzeciej, Wykonawca poniesie wszelkie koszty związane z ewentualnym pokryciem roszczeń majątkowych i niemajątkowych związanych z naruszeniem praw autorskich majątkowych lub osobistych osoby lub osób zgłaszających roszczenia.

#### Uzasadnienie

Niniejszy wniosek ma na celu zagwarantowanie udziału Wykonawcy w przypadku formułowania roszczeń z zakresu praw autorskich dotyczących jego sytuacji prawnej. Proponowane przez Zamawiającego zapisy zakładały automatyzm w przyjęciu przez Wykonawcę odpowiedzialności w przypadku zgłoszenia się z roszczeniami przez osoby trzecie. Postulowane zmiany zapewniają Wykonawcy minimum jakiego może wymagać każdy podmiot, który miałby zobowiązać się do jakiegokolwiek zadośćuczynienia czyimś roszczeniem.

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

#### VI. Podsumowanie.

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

Bowiem zasady wyrażone w art. 16 pzp wymagają, aby wszystkie informacje niezbędne do złożenia prawidłowej, zgodnej z wymaganiami Zamawiającego, a jednocześnie konkurencyjnej oferty, były dostępne wykonawcom na równych prawach. Źródłem wiedzy wykonawców jest specyfikacja warunków zamówienia oraz wyjaśnienia udzielone w toku postępowania. **Zakres robót i świadczeń, a także niespodziewane i**

**nadzwyczajne ryzyka – możliwość (ryzyko) ich wystąpienia, rozmiar, ilość, konieczność ich wykonania – nie może być pozostawiony domyślności Wykonawcy, podobnie jak zakres nałożonej nań odpowiedzialności.**

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

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

Taka sytuacja nie tylko narusza podstawowe zasady prowadzenia postępowania wskazane w art. 16 PZP – uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, ale przede wszystkim prowadzi do składania ofert nieporównywalnych co do rozmiarów świadczenia. Brak dokładnego, precyzyjnego opisu przedmiotu zamówienia przy jednoczesnym przerwaniu na wykonawców bliżej niesprecyzowanych ryzyk wynikających z owych niedomagań opisu przedmiotu zamówienia, skutkuje brakiem wiedzy co do sposobu dokonania wyceny oferty, bowiem niewiadomą pozostaje co i w jakich ilościach, wielkościach winno być w cenie ujęte, a co jest zbędne. Na etapie oceny ofert braki we wskazanym zakresie będą skutkować całkowitą niemożnością rzetelnego porównania ofert konkurencji, gdyż każdy wykonawca przyjmie odmienne założenia i odmienny zakres robót lub czynności oraz ryzyk do wyceny.

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

Z tych względów, wnoszę o uwzględnienie odwołania.

Załączniki:

1. odpis pełnomocnictwa z dowodem uiszczenia opłaty skarbowej,
2. odpis KRS Odwołującego,

3. dowód uiszczenia wpisu,
4. dowód przesłania kopii Odwołania Zamawiającemu.