



CML Construction Services Sp. z o.o.
ul. Parzniewska 10, 05-800 Pruszków/Polska

Pruszków, dnia 11 marca 2024 r.

PREZES KRAJOWEJ IZBY ODWOŁAWCZEJ
ul. Postępu 17a
02-676 Warszawa

Zamawiający:

Dyrekcja Rozbudowy Miasta Gdańska
ul. Żaglowa 11
80-560 Gdańsk,
działająca w imieniu i na rzecz Gminy Miasta Gdańska.

e-mail: drmg@gdansk.gda.pl

tel: +48 58 320 51 00

Odwolujący:

STRABAG Sp. z o.o.

ul. Parzniewska 10,
05-800 Pruszków
wpisana do rejestru przedsiębiorców Krajowego Rejestru
Sądowego prowadzonego przez Sąd Rejonowy dla m.st
Warszawy w Warszawie
XIV Wydział Gospodarczy Krajowego Rejestru Sądowego
pod numerem KRS 0000054588

reprezentowany przez:

radcę prawnego Krzysztofa Misiewicza

adres do korespondencji:

CML Construction Services Sp. z o.o.
ul. Parzniewska 10
05-800 Pruszków

e-mail: krzysztof.misiewicz@bauholding.com

tel.: +48 609 04 33 22

Dotyczy: postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych, którego wartość przekracza progi unijne, a którego przedmiotem jest realizacja zadania inwestycyjnego pod nazwą: „**Budowa szkoły podstawowej oraz ciągu pieszo-rowerowego przy ul. Morenowe Wzgórze w Gdańsku**”.

Data przekazania ogłoszenia Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej: 26.02.2024 r.

Ogłoszenie opublikowano w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej dnia: 28.02.2024 r.

Numer publikacji ogłoszenia: 123466-2024

Numer wydania Dz.U. S: 42/2024

Dokumentację zamieszczono na stronie internetowej prowadzonego postępowania dnia: 28.02.2024 r.

Nr postępowania nadany przez Zamawiającego: 27/BZP-U.510.27.2024/KB

ODWOŁANIE

Działając w imieniu STRABAG Sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie (dalej jako „**Odwołujący**” lub „**Wykonawca**”) na podstawie przepisu art. 513 pkt 1 w zw. z art. 505 ust. 1 ustawy z dnia 11.09.2019 r. Prawo zamówień publicznych (zwanej dalej „**ustawą Pzp**”), wnoszę odwołanie na niezgodną z przepisami czynność Zamawiającego podjętą w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, polegającej na ustaleniu treści Specyfikacji Warunków Zamówienia, w tym w szczególności Załącznika nr 9 do SWZ - projektowanych postanowień umowy, w sposób naruszający przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych oraz przepisy Kodeksu cywilnego.

I. Zarzuty:

Odwołujący zarzuca Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

OGRANICZENIA DLA TREŚCI UMÓW PODWYKONAWCZYCH, BEZPOŚREDNIA ZAPŁATA Z POMINIĘCIEM WYKONAWCY

1. **naruszenie art. 16 pkt 1-3) ustawy Pzp, art. 465 ust. 1 i n. ustawy Pzp, art. 431 ustawy Pzp oraz art. 8 ust. 1 ustawy PZP w zw. z art. 353¹ kc, art. 354 § 2 kc i w zw. z art. 647¹ § 3 kc** poprzez nadużycie swoich uprawnień do kształtowania warunków umowy o zamówienie publiczne, nadmierne wkraczanie w relację między wykonawcą a jego podwykonawcą i przejęcie przez Zamawiającego roli płatnika w stosunku do podwykonawców i dalszych podwykonawców robót budowlanych (co wyraża się w szczególności w postanowieniach § 6 Projektu umowy, które przewidują że zamawiający będzie regulował należności bezpośrednio na rzecz podwykonawców, niezależnie od okoliczności), podczas gdy zgodnie z literalną treścią art. 465 ust. 1 ustawy Pzp Zamawiający dokonuje bezpośredniej zapłaty wymagalnego wynagrodzenia przysługującego podwykonawcy lub dalszemu podwykonawcy, który zawarł zaakceptowaną przez zamawiającego umowę o podwykonawstwo, **w przypadku uchylenia się od obowiązku zapłaty odpowiednio przez**

wykonawcę lub podwykonawcę lub dalszego podwykonawcę. Zastosowany przez Zamawiającego mechanizm znacząco komplikuje proces realizacji Inwestycji i wzajemnych rozliczeń, pozbawiając wykonawcę wpływu na relację z jego kontrahentem (podwykonawcą);

2. **naruszenie art. 462 ust. 1 ustawy Pzp, art. 8 ust. 1 ustawy Pzp i art. 465 ust. 8 ustawy Pzp w zw. z art. 353¹ kc i w zw. z art. 647¹ § 3 kc** poprzez nadużycie uprawnień do kształtowania warunków umowy w zakresie wymagań dla zawierania przez wykonawcę umów z podwykonawcami i wprowadzenie do Projektu umowy postanowień § 5 ust. 10 i § 16 ust. 2, które wprowadzają limit maksymalny wartości danej umowy z podwykonawcą, powyżej którego nie będzie możliwe zlecenie robót podwykonawcom, co może prowadzić do paraliżu realizacji umowy. Przedmiotowe postanowienia Projektu umowy są nadmiarowe, a kształtując je Zamawiający nie uwzględnił, że przepisy kodeksu cywilnego (art. 647¹ § 3 kc) limitują jego solidarną odpowiedzialność do wartości ustalonego z wykonawcą wynagrodzenia, a przez to dodatkowe ograniczenia w tym względzie nie są potrzebne, mogą natomiast znacząco utrudnić wykonawcy realizację jego umownych zobowiązań, pozbawiają go jednocześnie możliwości uwzględnienia w ofercie narzutów, stosowanych w przypadku realizacji umów z pomocą podwykonawców.

Naruszające postanowienia umowy brzmią:

§ 5 ust. 10: *Zapłata należności Wykonawcy, Podwykonawcy i Dalszego Podwykonawcy nastąpi zgodnie z § 6 Umowy. **Faktury Wykonawcy za roboty/prace wykonane przez Podwykonawcę lub Dalszego Podwykonawcę muszą być na kwotę tożsamą z załączoną kserokopią faktury Podwykonawcy, zaakceptowanej przez Wykonawcę.***

§ 16 ust. 2: ***Wysokość wynagrodzenia przysługującego Podwykonawcy, uzgodnionego w umowie o podwykonawstwo, nie może przekroczyć wysokości wynagrodzenia należnego Wykonawcy wynikającego ze złożonej Oferty lub Umowy za tę część zamówienia, która ma być wykonana przez Podwykonawcę. Wysokość wynagrodzenia przysługującego Dalszemu Podwykonawcy nie może przekroczyć wynagrodzenia ustalonego w umowie zawartej pomiędzy Wykonawcą a Podwykonawcą.***

3. **naruszenie art. 16 pkt 1-3) ustawy Pzp, art. 437 ust 1 pkt 4 ustawy Pzp, art. 447 ust 1 ustawy Pzp, art. 464 ust. 1, 2, 3 ustawy Pzp, art. 465 ust. 3 i 4 ustawy Pzp, art. 8 ust. 1 ustawy Pzp w związku z art. 647¹ § 1 i 3 kc** w zakresie w jakim w sposób nadmierny, nieproporcjonalny i niesłużący ochronie Zamawiającego ingeruje on w treść stosunku prawnego łączącego wykonawcę z podwykonawcą/dalszym podwykonawcą wskazując w postanowieniach § 16 ust. 1 pkt. 5) Projektu umowy, że umowa z podwykonawcami określać ma m.in.: *zakaz dokonywania potrąceń/zatrzymań z wynagrodzenia Podwykonawcy lub Dalszego Podwykonawcy jakichkolwiek kwot na poczet kaucji gwarancyjnej, kar umownych oraz innych należności odpowiednio Wykonawcy lub Podwykonawcy.* Zakaz ten powtórzono w § 16 ust. 5 pkt. 1) Projektu umowy. Taki zakaz stanowi nadmierne ograniczenie swobody umów między wykonawcą a podwykonawcą i będzie m.in. uniemożliwiać wniesienie zabezpieczenia należytego wykonania podwykonawcom, którzy nie będą w stanie przedstawić tego zabezpieczenia w innej formie (np. gwarancji bankowej czy ubezpieczeniowej). Dodatkowo wykonawca zostanie pozbawiony możliwości dokonywania rozliczeń z podwykonawcą kosztów np. obsługi budowy, wynajmu kontenerów, dostaw energii, etc. Wykonawca nie będzie miał także możliwości potrącenia np. kar umownych za

nieterminową realizację umowy z podwykonawcą, co nie tylko pozbawi go możliwości kompensaty swoich wierzytelności, ale też pozbawi instrumentu w postaci dyscyplinowania nierzetelnych podwykonawców. Stosując takie postanowienie Zamawiający w sposób nadmierny, nieproporcjonalny i wykraczający poza jego normatywne ryzyko odpowiedzialności wynikającej z przepisów prawa ingeruje w stosunek prawny między wykonawcą a podwykonawcą/dalszym podwykonawcą, co dodatkowo pozostaje w sprzeczności z przyjętą praktyką rynkową dotyczącą stosowania w umowach z podwykonawcami zabezpieczenia w formie kaucji pieniężnej czy w postaci dokonywania wzajemnych kompensat kosztów obsługi budowy. Wprowadzone ograniczenie może uniemożliwić otrzymanie jakiegokolwiek zabezpieczenia od niektórych podwykonawców i pozbawi wykonawcę realnego instrumentu umożliwiającego dyscyplinowanie podwykonawców.

WYCENA ROBÓT DODATKOWYCH – NARZUCANIE CEN PRZEZ ZAMAWIAJĄCEGO

4. **naruszenie art. 8 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 16 pkt 1-3) ustawy Pzp i art. 431 ustawy Pzp oraz art. 432 ustawy Pzp w zw. z art. 455 ust. 1 pkt. 3) ustawy Pzp w zw. z art. 353¹ kc i art. 354 § 2 kc** poprzez nadużywanie przez Zamawiającego jego pozycji dominującej w kształtowaniu zasad umowy o zamówienie publiczne i próbę takiego ukształtowania reguł ustalania wynagrodzenia za roboty dodatkowe i zamiennne, które prowadzi do arbitralnego wskazania wysokości tego wynagrodzenia przez Zamawiającego. Zamawiający przyjął w § 8 ust. 4 Projektu umowy in fine: *Zamawiający zastrzega sobie prawo do weryfikacji załączonych ofert i faktur. W przypadku ustalenia przez Zamawiającego możliwości uzyskania niższych cen, niż wynikające z ofert lub faktur złożonych przez Wykonawcę, przyjmuje się wartości ustalone przez Zamawiającego.* Oznacza to, że ostatecznie to Zamawiający pozostanie uprawniony do określenia jakie będzie wynagrodzenie należne wykonawcy za wykonanie robót dodatkowych czy zamiennych, z pominięciem sytuacji rynkowej, uprawnienia wykonawcy do stosowania narzutów, a także z pominięciem zasady ekwiwalentności świadczeń umownych i równości stron umowy.

LIMIT KAR UMOWNYCH

5. **naruszenie art. 436 pkt 3 ustawy Pzp w zw. z art. 16 pkt. 1)-3) ustawy Pzp i art. 8 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 353¹ kc i art. 647 kc w zw. z art. 484 § 2 w zw. z art. 483 kc i art. 473 § 1 kc ze względu** na sformułowanie postanowień dotyczących kar umownych w sposób nadużywający swobody Zamawiającego do kształtowania postanowień umownych, uniemożliwiający wykonawcy prawidłowe oszacowanie ryzyk związanych z realizacją umowy oraz mogący prowadzić do niczym nieuzasadnionego wzbogacenia się Zamawiającego, poprzez wprowadzenie do Projektu umowy w § 12 ust. 7 rażąco wygórowanego limitu kar umownych na poziomie 30% łącznego wynagrodzenia umownego brutto, podczas gdy limit na tym poziomie znacząco odstaje od realiów rynkowych;

ODSTĄPIENIE – DOWOLNE WARUNKI ODSTĄPIENIA

6. **naruszenie art. 8 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 16 pkt 1-3) ustawy Pzp i art. 431 ustawy Pzp w zw. z art. 353¹ kc i art. 354 § 2 kc** poprzez sformułowanie w § 14 ust. 1 Projektu umowy przesłanek uprawniających Zamawiającego do odstąpienia od umowy w sposób arbitralny, jednostronny i dowolny, nawet w okolicznościach niezależnych od wykonawcy, bez zastosowania dodatkowego wezwania, które umożliwiałoby wykonawcy naprawienie

naruszeń. Może to prowadzić do zaskoczenia wykonawcy odstąpieniem od Umowy, brakiem możliwości usunięcia nieprawidłowości i brakiem zapewnienia dalszej realizacji umowy. Narusza to tym samym obowiązek lojalności kontraktowej ze strony Zamawiającego i obowiązek współdziałania ze strony Zamawiającego jako wierzyciela w celu wykonania umowy. Bez dodatkowego wezwania i umożliwienia Wykonawcy naprawienia naruszeń bądź wyjaśnienia sytuacji przedmiotowe postanowienia wzoru umowy należy traktować jako nadużycie przez Zamawiającego uprawnień wynikającego ze swobody kształtowania warunków umowy, uprzywilejowanie pozycji Zamawiającego i naruszenie zasady równowagi stron stosunku zobowiązaniowego, co pozostaje w sprzeczności z zasadami współżycia społecznego. Powyższe Odwołujący zarzuca w zasadzie wszystkim przesłankom odstąpienia, sformułowanym w § 14 ust. 1 Projektu umowy, a szczegółowo do każdej z nich Odwołujący odniesie się w dalszej części odwołania.

WALORYZACJA NIE DOTYCZY ROBÓT DODATKOWYCH I ZAMIENNYCH

7. naruszenie art. 439 ust. 1 i 4 ustawy Pzp w zw. z art. 16 pkt. 1-3) ustawy Pzp, art. 431 ustawy Pzp i art. 8 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 353¹ kc i art. 354 § 2 kc poprzez próbę wyłączenia stosowania obowiązkowej waloryzacji wynagrodzenia w zakresie wynagrodzenia za roboty związane ze zmianą sposobu świadczenia (w szczególności roboty dodatkowe lub zamiennie) to jest wskazanie w § 15 ust. 2 pkt. 4) wzoru umowy że: *waloryzacji nie będzie podlegać wynagrodzenie Wykonawcy za roboty związane ze zmianą sposobu świadczenia (w szczególności roboty dodatkowe lub zamiennie)*. Jednocześnie § 8 ust. 4 wzoru umowy przewiduje, że w przypadku zmian umowy skutkujących zmianą wynagrodzenia (w tym w zakresie powierzenia robót dodatkowych czy zamiennych) w pierwszej kolejności rozliczenie następować będzie w oparciu o ceny jednostkowe kosztorysu umownego sporządzonego na podstawie ceny ofertowej, czyli de facto dla rozliczania tych robót stosowane będą ceny z oferty. Nie jest zatem usprawiedliwione wyłączenie tych elementów spod waloryzacji, podczas gdy art. 439 ust. 1 ustawy Pzp wskazuje, że klauzula waloryzacyjna jest obowiązkowa, zgodnie zaś z art. 439 ust. 4 ustawy Pzp: przez zmianę ceny materiałów lub kosztów rozumie się wzrost odpowiednio cen lub kosztów, jak i ich obniżenie, względem ceny lub kosztu przyjętych w celu ustalenia **wynagrodzenia wykonawcy zawartego w ofercie**. Skoro zatem wynagrodzenie za wykonanie robót dodatkowych i zamiennych kształtowane ma być w oparciu o ceny wskazane w ofercie, powinno analogicznie podlegać waloryzacji.

II. Wnioski

Mając na uwadze powyższe zarzuty, Odwołujący wnosi o nakazanie Zamawiającemu dokonania czynności zmiany załącznika nr 9 do SWZ – Projektowane postanowienia umowy w sposób określony poniżej. Jednocześnie Odwołujący podkreśla, że:

- a) zaproponowana przez niego treść zmienionych postanowień Umowy stanowi wyłącznie kierunek zmian, które Odwołujący uznaje za adekwatne do podnoszonych zarzutów, bowiem gospodarzem postępowania jest Zamawiający.
- b) odwołujący wnosi o dokonanie zmian zgodnych z zarzutami i kierunkiem określonym we wnioskach niniejszego odwołania w całym Projekcie umowy i innych dokumentach zamówienia.

OGRANICZENIE DLA TREŚCI UMÓW PODWYKONAWCZYCH, , BEZPOŚREDNIA ZAPŁATA Z POMIĘCIEM WYKONAWCY

1. w zakresie zarzutu dotyczącego wprowadzenia mechanizmu bezpośredniej zapłaty należności na rzecz podwykonawców robót budowlanych, niezależnie od okoliczności wnioskujemy o zmianę mechanizmu wzajemnych rozliczeń, przyjętych przez Zamawiającego na zgodny z literalnym brzmieniem przepisów ustawy Pzp, w szczególności na zgodny z treścią art. 465 ustawy Pzp i wykreślenie z Umowy wszelkich odniesień do uprawnienia Zamawiającego do dokonywania bezpośredniej zapłaty na rzecz podwykonawcy lub dalszego podwykonawcy, z pominięciem wykonawcy. W ocenie Odwołującego, z uwzględnieniem zastrzeżeń poczynionych na początku niniejszego pkt. II, zmienione powinny zostać w szczególności następujące postanowienia Projektu umowy w sposób, który jest konsekwencją przywrócenia ustawowych zasad rozliczeń z podwykonawcami:

§ 5 ust. 2 Projektu umowy: ~~Podstawę rozliczenia prac wykonanych przez Podwykonawcę w ramach danego przedmiotu odbioru będzie stanowiło procentowe zaawansowanie wykonanych robót dla elementów ustalonych w załączniku nr 2 do Umowy, potwierdzone przez kierownika budowy Wykonawcy oraz przez Zamawiającego pod względem rzeczowym i finansowym w protokołach zaawansowania wykonanych robót/prac.~~

§ 5 ust. 3 Projektu umowy: ~~Podstawę rozliczenia prac wykonanych przez Dalszego Podwykonawcę w ramach danego przedmiotu odbioru będzie stanowiło procentowe zaawansowanie wykonanych robót dla elementów ustalonych w załączniku nr 2 do Umowy, potwierdzone przez kierownika budowy Wykonawcy, Podwykonawcę lub kierownika robót Podwykonawcy oraz przez Zamawiającego pod względem rzeczowym i finansowym w protokołach zaawansowania wykonanych robót/prac.~~

§ 5 ust. 4 Projektu umowy: ~~Wzór protokołu~~ów zaawansowania wykonanych robót/prac, o których mowa w ust. 1, ~~2 i 3~~, stanowi załącznik nr 3 do Umowy.

§ 5 ust. 5 Projektu umowy: Faktury przejściowe w ramach danego przedmiotu odbioru będą wystawiane przez Wykonawcę, ~~Podwykonawcę i Dalszego Podwykonawcę~~ nie częściej niż raz w miesiącu.

§ 5 ust. 9 Projektu umowy: Wykonawca wystawi odrębne faktury na roboty wykonane przez Wykonawcę ~~oraz na prace wykonane przez Podwykonawcę lub Dalszego Podwykonawcę oraz odrębnie dla I i II przedmiotu odbioru.~~

§ 5 ust. 10 Projektu umowy: Zapłata należności Wykonawcy, ~~Podwykonawcy i Dalszego Podwykonawcy~~ nastąpi zgodnie z § 6 Umowy. ~~Faktury Wykonawcy za roboty/prace wykonane przez Podwykonawcę lub Dalszego Podwykonawcę muszą być na kwotę tożsamą z załączoną kserokopią faktury Podwykonawcy, zaakceptowanej przez Wykonawcę~~ [wykreślenie zgodne z wnioskiem nr 2 poniżej – dop. Odwołujący].

§ 6 ust. 4 Projektu umowy: ~~Strony ustalają, iż część wynagrodzenia Wykonawcy w wysokości należnej zaakceptowanemu przez Zamawiającego Podwykonawcy lub Dalszemu Podwykonawcy robót budowlanych płatna będzie do zaakceptowanej przez Zamawiającego kwoty bezpośrednio na jego rachunek bankowy/rachunki bankowe podany/e w fakturze lub rachunku wystawionej/ym przez Podwykonawcę lub Dalszego Podwykonawcę (z zastrzeżeniem ust. 5 i 6 oraz § 3a Umowy). Do faktury lub rachunku Podwykonawcy lub Dalszego Podwykonawcy, sprawdzonej/go i zaakceptowanej/go przez Wykonawcę, Wykonawca dołączy protokół wykonanych przez Podwykonawcę lub Dalszego~~

~~Podwykonawcę prac potwierdzony przez kierownika budowy Wykonawcy i inspektora nadzoru.~~

§ 6 ust. 8 Projektu umowy: ~~Zapłata przez Zamawiającego wynagrodzenia na rachunek Podwykonawcy lub Dalszego Podwykonawcy w trybie określonym w ust. 4 zwalnia Zamawiającego w stosunku do Wykonawcy z zobowiązania do zapłaty wynagrodzenia za wykonane prace w wysokości zapłaconej kwoty.~~

§ 6 ust. 10 Projektu umowy: ~~W przypadku podwykonawców innych niż ci, którym Zamawiający płaci bezpośrednio zgodnie z ust. 4, tj. m.in. podwykonawców,~~ którzy zawarli przedłożoną Zamawiającemu umowę, której przedmiotem są **roboty budowlane**, dostawy lub usługi, warunkiem zapłaty przez Zamawiającego drugiej i następnych części należnego wynagrodzenia za odebrane prace jest przedstawienie dowodów zapłaty wymagalnego wynagrodzenia podwykonawcom i dalszym podwykonawcom, biorącym udział w realizacji odebranych robót.

§ 6 ust. 11 Projektu umowy: Wykonawca zobowiązany jest przedkładać Zamawiającemu wraz z fakturą VAT dowody zapłaty wymagalnego wynagrodzenia podwykonawcom i dalszym podwykonawcom biorącym udział w realizacji odebranych robót, o których mowa w ust. 10 (~~z wyłączeniem podwykonawców, którym Zamawiający płaci bezpośrednio,~~ z zastrzeżeniem § 3a Umowy).

2. **W zakresie zarzutu dotyczącego wprowadzenia nieuprawnionego limitu wynagrodzenia, na które umówić się może wykonawca z podwykonawcą w umowie podwykonawczej,** wnioskujemy o wykreślenie wprowadzonych ograniczeń, co może polegać w szczególności na dokonaniu następujących zmian w Projekcie umowy:

W zakresie § 5 ust. 10 Projektu umowy: Zapłata należności Wykonawcy, ~~Podwykonawcy i Dalszego Podwykonawcy~~ **[wykreślenie zgodnie z wnioskiem powyżej, dop. Odwołujący]** nastąpi zgodnie z § 6 Umowy. ~~Faktury Wykonawcy za roboty/prace wykonane przez Podwykonawcę lub Dalszego Podwykonawcę muszą być na kwotę tożsamą z załączoną kserokopią faktury Podwykonawcy, zaakceptowanej przez Wykonawcę.~~

Wykreśleniu całego aktualnego brzmienia § 16 ust. 2 Projektu umowy, tj.: ~~Wysokość wynagrodzenia przysługującego Podwykonawcy, uzgodnionego w umowie o podwykonawstwo, nie może przekroczyć wysokości wynagrodzenia należnego Wykonawcy wynikającego ze złożonej Oferty lub Umowy za tę część zamówienia, która ma być wykonana przez Podwykonawcę. Wysokość wynagrodzenia przysługującego Dalszemu Podwykonawcy nie może przekroczyć wynagrodzenia ustalonego w umowie zawartej pomiędzy Wykonawcą a Podwykonawcą.~~

3. **W zakresie zarzutu dotyczącego nadmiernego ingerowania w treść stosunku prawnego łączącego wykonawcę z podwykonawcą/dalszym podwykonawcą i sformułowaniu zakazu dokonywania potrąceń jakichkolwiek kwot** wnioskujemy o wykreślenie wprowadzonych ograniczeń, co może polegać w szczególności na dokonaniu następujących zmian w Projekcie umowy:

Wykreśleniu całego aktualnego brzmienia § 16 ust. 1 pkt. 5) Projektu umowy: ~~zakaz dokonywania potrąceń/zatrzymań z wynagrodzenia Podwykonawcy lub Dalszego~~

~~Podwykonawcy jakichkolwiek kwot na poczet kaucji gwarancyjnej, kar umownych oraz innych należności odpowiednio Wykonawcy lub Podwykonawcy;~~

Wykreśleniu całego aktualnego brzmienia § 16 ust. 5 pkt. 1) Projektu umowy: *Umowa zawierana z Podwykonawcą lub Dalszym Podwykonawcą nie może przewidywać dokonywania:*

~~1) Potrąceń/zatrzymań z wynagrodzenia Podwykonawcy lub Dalszego Podwykonawcy kwot na poczet kaucji gwarancyjnej, kar umownych i innych należności Wykonawcy, Podwykonawcy lub Dalszego Podwykonawcy;~~

WYCENA ROBÓT DODATKOWYCH – NARZUCANIE CEN PRZEZ ZAMAWIAJĄCEGO

4. W zakresie zarzutu dotyczącego arbitralnego ustalania przez Zamawiającego cen, po jakich wykonawca wykonywać ma roboty dodatkowe lub zamienne wnioskujemy o wykreślenie uprawnienia Zamawiającego do arbitralnego narzucania cen, tj. o

Wykreślenie następującego zdania z § 8 ust. 4 Projektu umowy in fine: ~~Zamawiający zastrzega sobie prawo do weryfikacji załączonych ofert i faktur. W przypadku ustalenia przez Zamawiającego możliwości uzyskania niższych cen, niż wynikające z ofert lub faktur złożonych przez Wykonawcę, przyjmuje się wartości ustalone przez Zamawiającego.~~

EWENTUALNIE

wnioskujemy o takie sformułowanie postanowień Projektu umowy, które pozwolą – w przypadku braku innych sposobów ustalenia cen za ww. roboty – dokonania negocjacji cen przez Strony umowy o zamówienie. Taka zmiana mogłaby polegać w szczególności na nadaniu spornemu postanowieniu następującego brzmienia:

§ 8 ust. 4 Projektu umowy in fine: *Zamawiający zastrzega sobie prawo do weryfikacji załączonych ofert i faktur. W przypadku ustalenia przez Zamawiającego możliwości uzyskania niższych cen, niż wynikające z ofert lub faktur złożonych przez Wykonawcę, ~~przyjmuje się wartości ustalone przez Zamawiającego~~ Zamawiający przedstawi Wykonawcy dowody na potwierdzenie takich ustaleń, a następnie Strony przeprowadzą negocjacje w celu uzgodnienia ostatecznej wysokości wynagrodzenia.*

LIMIT KAR UMOWNYCH

5. W zakresie zarzutu dotyczącego zastosowania rażąco wygórowanego i nierynkowego limitu kar umownych Odwołujący wnioskuje o wprowadzenie limitu, który będzie spełniał wymagania prawa. Taka zmiana mogłaby polegać w szczególności na wprowadzeniu do Projektu umowy następującej zmiany:

§ 12 ust. 7 Projektu umowy: *Łączny limit kar umownych naliczanych przez Zamawiającego w ramach przedmiotowej umowy nie może przekroczyć ~~30~~10 % łącznego wynagrodzenia umownego brutto.*

ODSTĄPIENIE – DOWOLNE WARUNKI ODSTĄPIENIA

6. W zakresie zarzutu dotyczącego dowolnego sformułowania przesłanek odstąpienia, **Odwołujący** wnioskuję w szczególności o doprecyzowanie przesłanek odstąpienia w ten sposób, by dotyczyły one istotnych okoliczności, leżących po stronie wykonawcy, a także by każdorazowo odstąpienie poprzedzone było wezwaniem wykonawcy do naprawienia naruszeń. Taka zmiana mogłaby polegać w szczególności na nadaniu postanowieniom § 14 ust. 1 Projektu umowy następującego brzmienia:

§ 14 ust. 1 Projektu umowy: *Poza przypadkami określonymi w przepisach prawa Zamawiający ma prawo po uprzednim wezwaniu Wykonawcy i wyznaczeniu mu dodatkowego, odpowiedniego, nie krótszego niż 14 dni terminu na naprawę naruszeń i po bezskutecznym upływie terminu wskazanego w wezwaniu odstąpić od całości lub części Umowy w terminie 180 dni od dnia powzięcia wiadomości o następujących okolicznościach:*

- 1) w przypadku nierozpoczęcia przez Wykonawcę wykonywania *istotnych* obowiązków wynikających z Umowy *z przyczyn leżących po stronie od Wykonawcy* w terminie 14 dni od dnia jej zawarcia;
- 2) w przypadku nieuzasadnionego przerwania realizacji Umowy *z przyczyn leżących po stronie od Wykonawcy*, gdy przerwa trwa dłużej niż 7 dni;
- 3) jeżeli Wykonawca stał się niewypłacalny lub została wszczęta likwidacja Wykonawcy;
- 4) w przypadku dłuższej niż 30 dni zwłoki w prowadzeniu robót w stosunku do harmonogramu rzeczowo – finansowego robót;
- 5) jeżeli Wykonawca wykonuje swoje *istotne* obowiązki w sposób nienależyty i pomimo uprzedniego pisemnego wezwania Zamawiającego nie nastąpiła poprawa w wykonaniu tych obowiązków;
- 6) niedotrzymania *z przyczyn leżących po stronie od Wykonawcy* terminu zakończenia robót określonego w § 4 Umowy;
- 7) w przypadku wielokrotnego niespełniania przez Wykonawcę lub podwykonawcę wymogu zatrudnienia na podstawie umowy o pracę wynikającego z § 18 Umowy;
- 8) w przypadku zwłoki Wykonawcy w przedłożeniu Zamawiającemu zaakceptowanego harmonogramu rzeczowo-finansowego w stosunku do terminu określonego w Umowie;
- 9) w przypadku naruszenia obowiązku określonego w § 10 Umowy;
- 10) w przypadku nieprzedłożenia *z przyczyn leżących po stronie od Wykonawcy* kopii umowy dotyczącej obsługi komunikacyjnej budowy i ochrony drogi w terminie określonym w Umowie lub w przypadku nieprzedłożenia dokumentu potwierdzającego brak konieczności zawarcia takiej umowy w terminie określonym w Umowie,
- 11) zmiany lub wydania nowych wytycznych, warunków, postanowień, decyzji lub uzgodnień, choćby nieostatecznych, właściwych organów administracji i innych podmiotów o kompetencjach zbliżonych do organów administracji dotyczących Przedmiotu Umowy,
- 12) wszczęcia *z przyczyn leżących po stronie od Wykonawcy* postępowań dotyczących Przedmiotu Umowy, które uzasadniają lub skutkują koniecznością wstrzymania prac lub powodują, że konieczne jest wprowadzenie istotnych zmian do Umowy.

WALORYZACJA NIE DOTYCZY ROBÓT DODATKOWYCH I ZAMIENNYCH

7. w zakresie zarzutu dotyczącego nieuprawnionego wyłączenia spod klauzuli waloryzacyjnej robót dodatkowych i zamiennych Odwołujący wnioskuje o dokonanie takich zmian w Projekcie umowy, które umożliwią dokonywanie waloryzacji wynagrodzenia za roboty dodatkowe i zamienne, w szczególności jeśli roboty te wycenione będą w oparciu o ceny wynikające z oferty wykonawcy. Zmiany w § 15 ust. 2 pkt. 4) Projektu umowy mogłyby polegać w szczególności na:

Wykreśleniu aktualnej treści § 15 ust. 2 pkt. 4) Projektu umowy: ~~waloryzacji nie będzie podlegać wynagrodzenie Wykonawcy za roboty związane ze zmianą sposobu świadczenia (w szczególności roboty dodatkowe lub zamienne).~~

EWENTUALNIE

na doprecyzowaniu aktualnej treści § 15 ust. 2 pkt 4) Projektu umowy w następujący sposób: *waloryzacji nie będzie podlegać wynagrodzenie Wykonawcy za roboty związane ze zmianą sposobu świadczenia (w szczególności roboty dodatkowe lub zamienne), pod warunkiem że do wyceny robót związanych ze zmianą sposobu świadczenia użyto aktualnych, rynkowych cen i ich wprowadzenie do Umowy poprzedzono negocjacjami. W przypadku jeśli wycena robót związanych ze zmianą sposobu świadczenia została zrealizowana w oparciu o kosztorysy szczegółowe, zgodnie z § 8 ust. 4 pkt. 1) Umowy – wówczas wynagrodzenie takie podlega waloryzacji zgodnie z postanowieniami niniejszego paragrafu.*

III. Interes w uzyskaniu zamówienia

Odwołujący posiada interes we wniesieniu odwołania. Odwołujący, jest podmiotem profesjonalnie działającym na rynku budowlanym, w tym w sektorze inwestycji realizowanych w trybie ustawy Pzp. Postanowienia zawarte w projekcie umowy, stanowiącym załącznik nr 9 do SWZ, są niezgodne z ustawą Pzp i kodeksem cywilnym. Zamawiający wprowadził do wzoru umowy postanowienia nadużywające jego pozycji, przerzucające na wykonawców nadmierne ryzyka i odpowiedzialność. Dotyczy to w szczególności ograniczeń związanych z zawieraniem umów z podwykonawcami, postanowień dotyczących wyceny i waloryzacji robót dodatkowych i zamiennych, a także postanowień uprawniających zamawiającego do odstąpienia od umowy. Ponadto Zamawiający zastosował w projekcie umowy nierynkowy i wygórowany limit kar umownych.

Z uwagi na powyższe, skoro treść SWZ i załączonego do niego Projektu umowy narusza zasady określone ustawą Pzp oraz kodeksem cywilnym, Odwołujący ma interes w złożeniu odwołania i w dążeniu do zmiany tych postanowień. Odwołujący chciałby mieć możliwość złożenia oferty w niniejszym postępowaniu, a jeśli zostanie ona wybrana – chciałby mieć możliwość zawarcia prawidłowej i zgodnej z powszechnie obowiązującymi przepisami prawa umowy oraz jej realizacji w sposób nie budzący sporów z Zamawiającym, wynikających z interpretacji określonych w odwołaniu postanowień Projektu umowy.

IV. Termin i wymogi formalne

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w DUUE w dniu 28.02.2024 r. Oznacza to, że składając odwołanie najpóźniej w dniu 11.03.2024 r. Odwołujący czyni zadość wymaganiom art.

515 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp w zw. z art. 509 ust. 2 ustawy Pzp, tj. wnosi odwołanie w ustawowo wymaganym terminie.

Odwołujący przed wniesieniem odwołania dokonał opłaty wpisowej od odwołania oraz przekazał kopię odwołania Zamawiającemu - dowody w załączeniu.

UZASADNIENIE

UWAGI OGÓLNE

Pragniemy podkreślić, iż celem Odwołującego nie jest doprowadzenie do ukształtowania warunków realizacji przedmiotu zamówienia jak najbardziej dogodnych dla wykonawców, niezależnie od potrzeb Zamawiającego. Celem Odwołującego jest by Postępowanie zostało przeprowadzone, a Zamówienie zostało udzielone, z poszanowaniem przepisów prawa, zasady proporcjonalności, uczciwej konkurencji, równego traktowania stron oraz zachowania równowagi stron umowy na realizację Zamówienia. Tylko takie sformułowanie warunków umowy daje gwarancje należytego wykonania zamówienia i osiągnięcia zamierzonych celów zarówno przez Zamawiającego – zainteresowanego otrzymaniem przedmiotu umowy o wysokiej jakości, jak i po stronie Wykonawcy – zainteresowanego należytym wykonaniem Zamówienia i w konsekwencji uzyskaniem doświadczenia niezbędnego do prowadzenia działań na rynku zamówień publicznych oraz osiągnięciem zysku i profitów finansowych w postaci odpowiedniego wynagrodzenia, co pozostaje w zgodzie z istotą prowadzenia działalności gospodarczej i odpłatnym charakterem zamówienia publicznego.

Konieczność realizacji uzasadnionych potrzeb Zamawiającego w oczywisty sposób wpływa na ograniczenie zasady swobody umów w obszarze zamówień publicznych, niemniej jednak **swoboda Zamawiającego w zakresie kształtowania postanowień umowy nie jest nieograniczona**. Należy zwrócić uwagę na treść orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 18 maja 2015 r., sygn. akt: KIO 897/15, w którym Izba zauważyła, że ustalenie przez Zamawiającego warunków umowy nie ma charakteru absolutnego, gdyż Zamawiający nie może nadużywać swojego prawa podmiotowego, a granicami oceny, czy do takiego nadużycia doszło jest przepis art. 353¹ Kodeksu cywilnego oraz klauzula generalna z art. 5 Kodeksu cywilnego

Odwołujący, w ślad za stanowiskiem zaprezentowanym przez Izbę wskazuje, iż „*Uprawnienie zamawiającego do kształtowania przedmiotu zamówienia zgodnie z jego potrzebami nie oznacza prawa do zupełnie dowolnego kształtowania wymagań SIWZ (w tym warunków umowy), które mogą prowadzić do obciążenia wykonawcy w stopniu wykraczającym ponad uzasadnione potrzeby zamawiającego.*

Zamawiający w szczególności ma obowiązek ukształtować stosunek prawny w granicach określonych treścią art. 353¹ oraz art. 5 k.c., co oznacza, że postanowienia umowne nie mogą być sprzeczne z właściwością stosunku zobowiązaniowego, ustawą lub zasadami współżycia społecznego. Właściwość (naturę) stosunku należy rozumieć jako nakaz respektowania podstawowych cech stosunku kontraktowego, które stanowią o jego istocie.” (wyrok KIO z dnia 6 listopada 2014 roku, sygn. akt: KIO 2177/14).

Podkreślić należy, iż Sąd Najwyższy w wyrokach o sygn. IV CSK 478/07 oraz II CSK 528/10 stwierdził, iż negatywnej ocenie powinna też podlegać umowa o zamówienie publiczne, ukształtowana przez Zamawiającego z wykorzystaniem jego silniejszej pozycji w postępowaniu, gdyż umowa taka powinna chronić interesy nie tylko Zamawiającego, ale również Wykonawcy.

Mając na uwadze powyższe – Odwołujący poniżej przedstawia uzasadnienie poszczególnych zarzutów odwołania, dotyczących postanowień umowy o zamówienie publiczne, przedstawionych przez Zamawiającego w niniejszym Postępowaniu.

OGRANICZENIE DLA TREŚCI UMÓW PODWYKONAWCZYCH, BEZPOŚREDNIA ZAPŁATA Z POMINIĘCIEM WYKONAWCY

Wprowadzenie mechanizmu bezpośredniej płatności na rzecz podwykonawców, z pominięciem wykonawcy

Odwołujący w pierwszej kolejności zarzucił Zamawiającemu nadużycie uprawnień do kształtowania warunków umowy o zamówienie publiczne oraz nadmierne wkraczanie w relację między wykonawcą a jego podwykonawcą, co w pierwszej kolejności w niniejszej umowie wyraża się w woli przejęcia przez Zamawiającego roli płatnika w stosunku do podwykonawców i dalszych podwykonawców. Zamawiający w szczególności w § 6 ust. 4 Projektu umowy sformułował mechanizm, zgodnie z którym każdorazowo płatność na rzecz podwykonawcy dokonywana będzie bezpośrednio przez Zamawiającego, z pominięciem wykonawcy. Kwestionowane postanowienie brzmi:

*Strony ustalają, iż część wynagrodzenia Wykonawcy w wysokości należnej zaakceptowanemu przez Zamawiającego Podwykonawcy lub Dalszemu Podwykonawcy robót budowlanych **płatna będzie do zaakceptowanej przez Zamawiającego kwoty bezpośrednio na jego rachunek bankowy/rachunki bankowe podany/e w fakturze lub rachunku wystawionej/ym przez Podwykonawcę lub Dalszego Podwykonawcę** (z zastrzeżeniem ust. 5 i 6 oraz § 3a Umowy). Do faktury lub rachunku Podwykonawcy lub Dalszego Podwykonawcy, sprawdzonej/go i zaakceptowanej/go przez Wykonawcę, Wykonawca dołączy protokół wykonanych przez Podwykonawcę lub Dalszego Podwykonawcę prac potwierdzony przez kierownika budowy Wykonawcy i inspektora nadzoru.*

W ocenie Odwołującego ww. postanowienie prowadzić będzie wyłącznie do nadmiernych komplikacji procesu kontraktowania umów z podwykonawcami (w połączeniu z pozostałymi postanowieniami projektu umowy, które Odwołujący zakwestionował w zarzutach nr 2 i 3). Postanowienia te pozbawiają wykonawcę możliwości np. uzgodnienia bardziej dogodnych terminów płatności z podwykonawcami czy dokonywania w tym zakresie jakichkolwiek dodatkowych uzgodnień.

Ponadto, zgodnie z literalnym brzmieniem art. 465 ust. 1 ustawy Pzp: *W przypadku umów, których przedmiotem są roboty budowlane, zamawiający dokonuje bezpośredniej zapłaty wymagalnego wynagrodzenia przysługującego podwykonawcy lub dalszemu podwykonawcy, który zawarł zaakceptowaną przez zamawiającego umowę o podwykonawstwo, której przedmiotem są roboty budowlane, lub który zawarł przedłożoną zamawiającemu umowę o podwykonawstwo, której przedmiotem są dostawy lub usługi, **w przypadku uchylenia się od obowiązku zapłaty odpowiednio przez wykonawcę, podwykonawcę lub dalszego podwykonawcę.*** Ustawodawca zatem ukształtował mechanizm bezpośredniej zapłaty wyłącznie w odniesieniu do sytuacji, w których kontrahent podwykonawcy (wykonawca) czy dalszego podwykonawcy (podwykonawca) nie reguluje swoich zobowiązań. Ukształtował tu zatem odpowiedzialność zamawiającego jako pomocniczą w stosunku do ww. podmiotów (odpowiedzialność zamawiającego ma charakter gwarancyjny i polega na odpowiedzialności ex lege za cudzy dług).

Zamawiający tymczasem we wzorze umowy w niniejszym postępowaniu idzie niejako dalej i próbuje wyprzedzająco wejść w rolę wykonawcy/podwykonawcy w tym zakresie. Skutkiem

takiego podejścia jest jednak **nadmierne skomplikowanie procesu płatności**. Każdy z podmiotów – wykonawca, podwykonawca, dalszy podwykonawca, będzie musiał niejako sztucznie dzielić swoje dokumenty księgowe – faktury – wg wymagań Zamawiającego. Zamawiający będzie musiał przedmiotowe dokumenty weryfikować, porównywać, etc. Może to zajmować czas i w skrajnych przypadkach może spowodować uchybienia w terminach zapłaty podwykonawcom czy dalszym podwykonawcom. Umowa nie precyzuje, kto w takim przypadku ponosić będzie odpowiedzialność za opóźnienie w zapłacie i kto zobowiązany będzie do zapłaty na rzecz podwykonawcy/dalszego podwykonawcy ustawowych odsetek – należałoby przyjąć, że będzie to Zamawiający. Dodatkowo – w przypadku zasad rynkowych wykonawca może umówić się ze swoim podwykonawcą na krótsze terminy płatności czy na wcześniejszą płatność, jeśli wymagają tego okoliczności (np. konieczność zamówienia materiałów i wcześniejszych rozliczeń). Tymczasem w aktualnej sytuacji wykonawca zupełnie pozbawiony zostaje możliwości kontrolowania tego, jak regulowane będą zobowiązania, za które w pierwszej kolejności on ponosi odpowiedzialność.

Zamawiający będzie musiał też zmierzyć się z przejęciem zapewne częściowej kontroli podwykonawców, jakości i terminowości wykonywanych przez nich prac, bowiem zazwyczaj proces budowlany powoduje takie niejasności i są one połączone z późniejszym procesem płatności. **Tymczasem Zamawiający nie jest stroną umowy z podwykonawcą czy z dalszym podwykonawcą.** Wykonawca powinien kontrolować i koordynować prace wykonywane przez podwykonawców, tymczasem pozbawiony zostaje głównych mechanizmów umożliwiających mu tę rolę (płatność, potrącenia, etc.).

Z powyższych względów zarzut w tym zakresie powinien zostać uwzględniony, a umowa zmieniona w sposób przewidujący standardową, ustawową procedurę postępowania i rozliczania umów z podwykonawcami. Jednocześnie Odwołujący wyjaśnia, że we wnioskach odwołania zawarł propozycje zmian wielu postanowień projektu umowy, bowiem w przypadku rezygnacji z procedury dotyczącej bezpośrednich płatności, odpaść powinna m.in. konieczność dokonywania odrębnych odbiorów przez Zamawiającego prac wykonanych przez podwykonawcę/podwykonawcę, czy też konieczność wystawiania odrębnych faktur. Jednocześnie podkreślamy, że takie zmiany powinny zostać dokonane we wszystkich dokumentach postępowania oraz konsekwentnie w całej umowie.

Wprowadzenie limitu kwotowego – wynagrodzenie z umowy z wykonawcą

W ocenie Odwołującego Zamawiający nadużył swoich uprawnień do kształtowania warunków umowy stawiając wymagania dla treści umów podwykonawczych, zawieranych przez Wykonawcę z jego podwykonawcami.

Nadużycie to wyraża się w sformułowanym w § 16 ust. 2 Projektu umowy wymogu, cyt.: *Wysokość wynagrodzenia przysługującego Podwykonawcy, uzgodnionego w umowie o podwykonawstwo, nie może przekroczyć wysokości wynagrodzenia należnego Wykonawcy wynikającego ze złożonej Oferty lub Umowy za tę część zamówienia, która ma być wykonana przez Podwykonawcę. Wysokość wynagrodzenia przysługującego Dalszemu Podwykonawcy nie może przekroczyć wynagrodzenia ustalonego w umowie zawartej pomiędzy Wykonawcą a Podwykonawcą.* W ten sposób Zamawiający wkracza już od początku w relację wykonawcy z podwykonawcą/dalszym podwykonawcą i ogranicza w sztuczny sposób wynagrodzenie, jakie wykonawca będzie mógł wynegocjować z podwykonawcą.

Ponadto, Zamawiający dodatkowo jeszcze stawia wymóg w § 5 ust. 10 Projektu umowy, by każdorazowo faktury wykonawcy za roboty wykonane przez podwykonawcę lub dalszego podwykonawcę były na kwotę tożsamą z załączoną kopią faktury podwykonawcy. Faktury wykonawcy nie mogą zatem zawierać np. narzutu, zazwyczaj stosowanego przez generalnego wykonawcę. Zamawiający komplikuje w ten sposób dodatkowo już i tak skomplikowany proces rozliczeń robót budowlanych.

Przedmiotowe postanowienia Projektu umowy są nadmiarowe, a kształtując je Zamawiający nie uwzględnił, że przepisy kodeksu cywilnego (art. 647¹ § 3 kc) limitują jego solidarną odpowiedzialność do wartości ustalonego z wykonawcą wynagrodzenia, a przez to dodatkowe ograniczenia w tym względzie nie są potrzebne, mogą natomiast znacząco utrudnić wykonawcy realizację jego umownych zobowiązań.

W ocenie Odwołującego o ile formułowanie takich postanowień może było uzasadnione w poprzednim stanie prawnym, o tyle aktualnie § 647¹ § 3 kc przewiduje: *Inwestor ponosi odpowiedzialność za zapłatę podwykonawcy wynagrodzenia w wysokości ustalonej w umowie między podwykonawcą a wykonawcą, **chyba że ta wysokość przekracza wysokość wynagrodzenia należnego wykonawcy za roboty budowlane, których szczegółowy przedmiot wynika odpowiednio ze zgłoszenia albo z umowy, o których mowa w § 1 albo 2. W takim przypadku odpowiedzialność inwestora za zapłatę podwykonawcy wynagrodzenia jest ograniczona do wysokości wynagrodzenia należnego wykonawcy za roboty budowlane, których szczegółowy przedmiot wynika odpowiednio ze zgłoszenia albo z umowy, o których mowa w § 1 albo 2.***

Podkreślić należy, że formułowanie takich postanowień przez Zamawiającego prowadzić może do paraliżu realizacji umowy w sytuacji np. kolejnej zmiany cen rynkowych. Aktualnie trudno przewidzieć jaka będzie sytuacja na rynku, w tym sytuacja podwykonawców, w całym okresie realizowania przedmiotowej umowy. Wykonawca nie jest w stanie zakontraktować już na tym etapie (składania oferty) robót z podwykonawcami i zagwarantować sobie cen. Ponadto kwestionowane postanowienia Projektu umowy prowadzą do wniosku, że wykonawcy nie wolno zastosować np. narzutu dla robót wykonywanych przez podwykonawców (skoro faktury mają być w tożsamej wysokości). Tymczasem to wykonawca ponosi główne ryzyko realizacji umowy o zamówienie i ponosi odpowiedzialność przed Zamawiającym. Jego obowiązkiem jest również koordynacja prac wielu podwykonawców. Dodatkowo celem wykonawcy jest wypracowanie zysku. Wprowadzone przez Zamawiającego ograniczenia zadają się pomijać wyżej wskazane aspekty.

Z powyższych względów stawianie takich ograniczeń w realizacji umowy, mając na względzie jednoczesny brak konsekwencji dla zamawiającego w przypadku jeśli faktycznie wykonawca przekroczy limity wskazane przez zamawiającego, uznać należy za nadmiarowe i stanowiące o nadużyciu jego pozycji w projektowaniu postanowień przyszłej umowy o zamówienie publiczne. Stąd Odwołujący wnosi o ich usunięcie.

Zakaz dokonywania potrąceń

Odwołujący zarzucił również Zamawiającemu, że formułując postanowienia umowy ingeruje w sposób nieuzasadniony i nie służący ochronie Zamawiającego w treść stosunku prawnego łączącego wykonawcę z podwykonawcą/dalszym podwykonawcą poprzez uniemożliwienie dokonywania jakichkolwiek potrąceń/zatrzymań z wynagrodzenia podwykonawcy lub dalszego podwykonawcy (ograniczenie dla treści umów podwykonawczych wynikające z treści § 16 ust. 1

pkt. 5) Projektu umowy, powtórzone w § 16 ust. 5 pkt. 1) Projektu umowy). Ograniczenie to nie dotyczy przy tym tylko np. zatrzymań z tytułu zabezpieczenia należytego wykonania umowy, ale również kar umownych i innych należności wykonawcy. Stawiając to wymaganie Zamawiający znacząco pogarsza sytuację generalnego wykonawcy, który w zasadzie pozbawiony zostaje możliwości dokonywania bieżących rozliczeń z podwykonawcami za koszty takie jak media, wynajem kontenerów, etc., ale również odbiera mu się możliwość dyscyplinowania nierzetelnych podwykonawców, którzy np. pozostają w zwłoce z realizacją swoich zobowiązań.

Odnosząc się do zakazu potrąceń/zatrzymań na poczet kaucji gwarancyjnych wykonawca wyjaśnia, że pewnego rodzaju standardem rynkowym w umowach podwykonawczych jest korzystanie z pieniężnej formy zabezpieczenia, bowiem kondycja finansowa wielu firm podwykonawczych, zwłaszcza mniejszych, działających na rynkach lokalnych, nie pozwala na złożenie zabezpieczeń w formie gwarancji ubezpieczeniowej czy bankowej. Wykonawca zaś, działając w sposób odpowiedzialny i zapewniający ochronę jego interesów, a także sprawną realizację inwestycji, wymaga złożenia zabezpieczenia należytego wykonania umowy przez podwykonawców. Często zabezpieczeniem w formie pieniężnej jest kaucja – tj. dokonywane są umowne (za zgodą obu stron) potrącenia konkretnej kwoty z wynagrodzenia podwykonawcy. W chwili dokonania takiego potrącenia dana kwota przestaje być już wynagrodzeniem, a staje się kaucją (zabezpieczeniem). **Nie jest już zatem objęta solidarną odpowiedzialnością Zamawiającego.**

Zamawiający sformułował ograniczenie dla treści umów podwykonawczych w tak ogólny sposób, że możliwa jest jego taka interpretacja, która w trakcie realizacji (gdy dojdzie do etapu zatwierdzeń umów z podwykonawcami) wyłączy możliwość stosowania opisanej wyżej, umownej kaucji jako pieniężnego zabezpieczenia należytego wykonania umowy podwykonawczej. Dlatego też Odwołujący obejmuje przedmiotowe postanowienie swoim odwołaniem, mimo że stoi na stanowisku iż umowna kaucja nie jest wprost „zatrzymaniem (zmniejszeniem) wynagrodzenia”.

Stosując takie wymagania dla treści umów podwykonawczych Zamawiający wkracza w sferę, która nie jest objęta jego solidarną odpowiedzialnością.

Stosując kwestionowane postanowienie Zamawiający zmusza strony umowy podwykonawczej do stosowania innych form zabezpieczenia, tj. gwarancje bankowe czy ubezpieczeniowe, gdyż inny prawny instrument skutecznego zabezpieczenia wierzytelności nie istnieje. Pozyskanie takiego typu zabezpieczeń bywa ekstremalnie trudne dla drobniejszych podwykonawców, w szczególności w aktualnej sytuacji rynkowej. Praktyka pokazuje, iż zabezpieczenie wnoszone w pieniądzu stanowi około 80 - 90% wszystkich zabezpieczeń w przypadku umów podwykonawczych. Koszty ustanowienia gwarancji są zbyt wysokie i niemożliwe do spełnienia przez podwykonawców, dlatego mając na względzie ograniczone możliwości zabezpieczenia roszczeń wykonawcy nie podejmują się wykonania zadań co powoduje przestoje i paraliż terminowości prac na inwestycjach. Dodatkowo – stosowanie ograniczeń takich jak w niniejszym przypadku powoduje ograniczenie konkurencji między podwykonawcami i skazuje generalnego wykonawcę na zatrudnianie wyłącznie dużych firm podwykonawczych, które zazwyczaj mają wyższe ceny. Mniejsze firmy, nawet gwarantujące realizację robót na wysokim poziomie jakości, są w ten sposób eliminowane ze współpracy z wykonawcą.

Odwołujący ma świadomość, że ograniczenie możliwości ustanowienia takiego zabezpieczenia zapewne ma źródło w obawach Zamawiającego przed roszczeniami o solidarną zapłatę z tytułu zatrzymanych kwot, nie mniej jednak ta kwestia była już przedmiotem orzecznictwa i rozważań doktryny (o czym poniżej) i – nawet w przypadku istnienia obaw Zamawiającego – mogłaby zostać wyjaśniona poprzez odpowiednie sformułowanie postanowień umowy (w szczególności umowy

podwykonawczej), a nie przez arbitralne stosowanie postanowień, które – w szczególności nadinterpretowane – mogą prowadzić do wykluczenia pieniężnej formy zabezpieczenia.

Jednocześnie w tym miejscu podkreślić należy, że przepisy ustawy PZP dopuszczają stosowanie potrąceń przez Zamawiającego (art. 452 ust. 4 ustawy Pzp) i tworzenie zabezpieczenia w formie pieniężnej. Tym samym Zamawiający stosuje wobec wykonawców daleko bardziej rygorystyczne postanowienia, niż sam zobowiązany jest stosować.

Zgodnie z prawem inwestor ponosi solidarnie z wykonawcą odpowiedzialność za zapłatę wynagrodzenia podwykonawcy. Wiele zależy od tego w jaki sposób zakwalifikowane zostaną środki zatrzymane przez wykonawcę – czy jako kaucja czy też jako zatrzymanie kwoty wynagrodzenia. Za kaucję gwarancyjną inwestor bowiem nie odpowiada. Zatrzymanie części wynagrodzenia na poczet kaucji gwarancyjnej doprowadza do częściowego wygaśnięcia wierzytelności podwykonawcy o zapłatę wynagrodzenia. W to miejsce pojawia się zaś jego roszczenie o zwrot kaucji na warunkach określonych w umowie, czyli w razie jej niewykorzystania i upływu terminu, na jaki zabezpieczenie zostało ustanowione. W zakresie ustanowionej kaucji wygasa wierzytelność podwykonawcy o zapłatę wynagrodzenia, a w jej miejsce pojawiła się wierzytelność o zwrot kaucji w razie zajścia warunków określonych umową (tak Wyrok SN z dnia 7 kwietnia 2017 r. Sygn. akt V CSK 428/16).

Dalej Sąd Najwyższy w ww. wyroku sygn. akt V CSK 428/16 wskazał, że: „Co do zasady, zgodnie z art. 647¹ § 5 k.c. odpowiada on solidarnie z wykonawcą zlecającym roboty budowlane wobec podwykonawcy za zapłatę wynagrodzenia za roboty budowlane. Skoro jednak roszczenie o zapłatę dochodzonej w pozwie kwoty, na skutek częściowego odnowienia zobowiązania stron, w zakresie wynagrodzenia zatrzymanego na poczet kaucji gwarancyjnej, utraciło charakter roszczenia o wynagrodzenie, brak podstaw do zasądzenia tej kwoty od pozwanego”.

Tym samym kluczowa więc będzie wykładnia postanowień umowy zawartej pomiędzy wykonawcą a podwykonawcą. W orzecznictwie jako dominujący uznaje się pogląd, zgodnie z którym za kaucję gwarancyjną nie może zostać uznane zatrzymanie części wynagrodzenia należnego drugiej stronie. Żądanie zwrotu kwot zatrzymanych na kaucję nie jest więc tożsame z żądaniem zapłaty wynagrodzenia.

Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 23 marca 2018 roku (sygn. akt I CSK 349/17: „Posłużenie się przez strony w umowie pojęciami „kaucja gwarancyjna”, „kaucja na zabezpieczenie”, „kaucja z tytułu dobrego wykonania umowy” itp. nie przesądza, że w okolicznościach sprawy doszło do zawarcia umowy kaucji we wspomnianym znaczeniu. Zbliżone funkcje do kaucji może bowiem realizować regulacja umowna odraczająca termin zapłaty części wynagrodzenia. W razie powstania po stronie zamawiającego wierzytelności związanej z nienależytym wykonaniem umowy, wierzytelność ta może podlegać kompensacie z wierzytelnością wykonawcy z tytułu wynagrodzenia. Ocena, jakiego rodzaju zabezpieczenie strony uzgodniły posługując się pojęciem „kaucja”, powinna być dokonywana in casu i wymaga dokonania wykładni oświadczeń woli, uwzględniającej całokształt postanowień umownych.”

Tym samym dopuszczenie umownego tworzenia kaucji, tj. zabezpieczenia pieniężnego nie tylko zabezpieczy należycie interesy Zamawiającego, ale i umożliwi wykonawcy skuteczne podzlecenie części robót podwykonawcy.

Jednocześnie przechodząc do kolejnego zakresu zakazanych potrąceń/zatrzymań Odwołujący wskazuje, że zakaz dokonywania potrąceń wynikających z kar umownych i innych należności również stanowi nadmierne ograniczenie i prowadzić może wyłącznie do utrudnienia realizacji procesu inwestycyjnego. W pierwszej kolejności wskazujemy, że kary umowne często są jedyną

możliwością dyscyplinowania podwykonawców. Postanowienie to powoduje, że rozliczenie z podwykonawcą kar umownych za np. naruszenia przepisów bhp czy za zwłokę będzie praktycznie niemożliwe (wymagać będzie w zasadzie pozwania podwykonawcy i egzekucji należności). Na pewno nie będzie to służyło przyspieszeniu realizacji inwestycji. Ryzyko naliczenia kar umownych dla podwykonawców w zasadzie przestanie istnieć, albo mocno odłoży się w czasie. Z tej przyczyny zakaz zastosowany przez Zamawiającego jest nieracjonalny. Jednocześnie bowiem Zamawiający stosuje wobec generalnego wykonawcy szereg kar umownych, które nie będą mogły być realnie przełożone na podwykonawcę.

Nawet ustawodawca, tworząc przepisy ustawy Pzp chroniące Zamawiającego przed solidarną odpowiedzialnością przewidział w art. 465 ust. 4, że wykonawca broniąc się przed dokonaniem bezpośredniej zapłaty na rzecz podwykonawcy **może powoływać się na potrącenia roszczeń wykonawcy względem podwykonawcy związane z realizacją umowy o podwykonawstwo**. Zamawiający w niniejszym postępowaniu stosuje postanowienia bardziej rygorystyczne, które – jak wspomniano powyżej – nie tylko utrudnią wykonawcy rozliczenia, ale mogą doprowadzić do paraliżu realizacji inwestycji.

Odnosząc się na koniec do obu ww. zarzutów – można przypuszczać, że Zamawiający zastosował ww. ograniczenia (w zakresie limitu wynagrodzenia oraz zakazu potrąceń) by niejako „ułatwić sobie” bezpośrednio rozliczanie się z podwykonawcami, z pominięciem płatności na rzecz generalnego wykonawcy. Odwołujący objął również ten mechanizm przedmiotem odwołania. Niemniej jednak nawet w przypadku nie uwzględnienia tego zarzutu, co do mechanizmu bezpośredniej zapłaty, nadal ta „wygoda” Zamawiającego nie powinna prowadzić do pozbawienia wykonawcy możliwości rzetelnego kontraktowania z podwykonawcami, ochrony jego interesów czy możliwości wypracowania zysku.

Odwołujący podkreśla, że stawiając zaskarżone ograniczenie dla treści umów podwykonawczych Zamawiający w sposób nadmierny, nieproporcjonalny i wykraczający poza jego normatywne ryzyko odpowiedzialności wynikającej z przepisów prawa ingeruje w stosunek prawny między Wykonawcą a podwykonawcą/dalszym podwykonawcą. Stąd Odwołujący wnosi o dokonanie zmiany i wykreślenie przedmiotowego ograniczenia z warunków umowy o zamówienie publiczne w niniejszym Postępowaniu.

WYCENA ROBÓT DODATKOWYCH – NARZUCANIE CEN PRZEZ ZAMAWIAJĄCEGO

Odwołujący zarzucił również Zamawiającemu nadużywanie przez niego pozycji dominującej w kształtowaniu zasad umowy o zamówienie publiczne i próbę takiego ukształtowania reguł ustalania wynagrodzenia za roboty dodatkowe i zamiennie, które prowadzi do arbitralnego wskazania wysokości tego wynagrodzenia przez Zamawiającego.

Wskazać tu należy, że Zamawiający przyjął w § 8 ust. 4 Projektu umowy zasady rozliczeń w przypadku, jeśli w trakcie realizacji umowy dojdzie do zmiany umowy w związku z – jak należy sądzić mając na uwadze systemowe zamieszczenie tego postanowienia w umowie - powierzeniem wykonawcy robót dodatkowych lub zamiennych. Zasady te wskazują, że w pierwszej kolejności do wyceny takich robót zastosowanie znajdzie kosztorys uproszczony sporządzony w oparciu o ceny jednostkowe dla poszczególnych pozycji kosztorysu, który wykonawca ma przedłożyć po podpisaniu umowy. Chodzi zatem o kosztorys odnoszący się do ceny ofertowej.

W przypadku jeśli ww. sposób okaże się niewystarczający, wynagrodzenie ustalać się będzie poprzez odniesienie do kosztorysu szczegółowego opracowanego na podstawie Katalogów Nakładów Rzeczowych KNR, cen (materiałów, sprzętu) na podstawie cenników Sekocenbud/Orgbud, robocizny – na podstawie Sekocenbud. W przypadku natomiast potwierdzonego przez Zamawiającego braku cen materiałów i pracy sprzętu w cennikach, koszt materiałów i sprzętu będzie określony na podstawie załączonych przez wykonawcę ofert lub faktur, do których wykonawca może doliczyć narzut. Analogicznie – w przypadku braku określenia nakładów rzeczowych w KNR dla robót/usług, ich koszt ma być przyjmowany na podstawie ofert lub faktur dostarczonych przez wykonawcę, do których może on doliczyć jedynie zysk kalkulacyjny na poziomie nie wyższym niż średni dla danego okresu wg Sekocenbud.

Zamawiający pozostawił sobie jednak ostateczne uprawnienie do weryfikacji załączonych ofert i faktur. W przypadku ustalenia przez Zamawiającego możliwości uzyskania niższych cen, niż wynikające z ofert lub faktur złożonych przez Wykonawcę – Zamawiający zastrzegł, że **przyjmuje się wartości ustalone przez Zamawiającego**. Oznacza to, że ostatecznie to Zamawiający pozostanie uprawniony do określenia jakie będzie wynagrodzenie należne wykonawcy za wykonanie robót dodatkowych czy zamiennych. Odwołujący obawia się, że pozostawiając tak ukształtowane postanowienia umowy, niewygodne (choć rynkowe) rozliczenie robót dodatkowych będzie mogło być zawsze podważane przez Zamawiającego. Tym bardziej, że przedmiotowe postanowienie nie wymaga od niego rzetelnej weryfikacji rynku, a wyłącznie „ustalenia możliwości uzyskania niższych cen”, przy czym zapis ten nie zakłada kryterium porównywalności ofert. Może to zatem odbywać się z pominięciem sytuacji rynkowej, bez badania wiarygodności oferenta proponującego niższą cenę, bez porównania innych składników cenotwórczych (takich jak np. jakość znajdująca odzwierciedlenie w udzielonej gwarancji, udzielonych gwarancji, warunków płatności), bez uwzględnienia uprawnienia wykonawcy do stosowania narzutów, a także z pominięciem zasady ekwiwalentności świadczeń umownych i równości stron umowy.

W związku z powyższym Odwołujący wnosi o wykreślenie ww. uprawnienia Zamawiającego, względnie o przyjęcie, że jeśli ceny nie będą mogły być ustalone w oparciu o wymierne dane i informacje, to przeprowadzone zostaną między stronami odpowiednie negocjacje i cena za wykonanie robót zostanie ustalona w sposób dochowujący zasady równości stron umowy.

LIMIT KAR UMOWNYCH

W zakresie zarzutu dotyczącego limitu kar umownych Odwołujący wskazuje w szczególności na jego wygórowany charakter, nie przystający do realiów rynkowych.

Przewidziany w § 12 ust. 7 Projektu umowy limit powinien podlegać obniżeniu. Ustalenie limitu na poziomie 30% łącznego wynagrodzenia umownego brutto jest ustaleniem go na rażąco wysokim poziomie, któremu można również zarzucić pozorność, co stanowi naruszenie przepisów kodeksu cywilnego, określonych w zarzucie. Ustalanie limitu na tak wysokim poziomie może być traktowane również jako ominięcie klauzuli abuzywnej ustawy Pzp. Jest niewątpliwie poziomem nieadekwatnym do ryzyka i celu ustanawiania kar umownych, a także ich limitu. Standardem rynkowym są limity na poziomie 10%-20% wartości wynagrodzenia wykonawcy.

Zamawiający, ustalając górny limit kar umownych powinien mieć na uwadze, że wysokość kary umownej nie powinna prowadzić do nieuzasadnionego wzbogacenia Zamawiającego czy naruszenia zasady proporcjonalności (w art. 16 ustawy Pzp). Postanowienia dotyczące wysokości limitu kar umownych nie mogą również wypaczać celu, jakim jest naprawienie szkody wyrządzonej Zamawiającemu z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania świadczenia niepieniężnego,

bowiem kary umowne są surogatem odszkodowania. Kara umowna, zgodnie z art. 483 § 1 kc jest instytucją związaną z naprawieniem szkody wynikłej z niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania niepieniężnego.

W orzecznictwie KIO przyjmuje się, że limit kar nie powinien przekraczać kary umownej z tytułu odstąpienia od umowy (jak to jest w niniejszym przypadku). Jest to uzasadnione o tyle, że funkcje kar umownych mają mieć charakter prewencyjny, a nie represyjny i odstraszący. W sytuacji kiedy kara za odstąpienie staje się korzystniejsza niż dalsza realizacja kontraktu i ryzyko naliczenia kar na znacznie wyższym poziomie to dochodzi do utraty sensu i charakteru ustanawiania kar umownych zgodnie z prawem. Takie tezy KIO postawiła w szczególności w wyroku z dnia 18 września 2020 r. Sygn. akt: KIO 1829/20, KIO 1834/20 oraz z dnia 4 września 2018 r. Sygn. akt: KIO 1601/18 wskazując na zasadność obniżenia limitu kar umownych.

Odwołujący stoi też na stanowisku, że limit kar umownych w wysokości 30% wynagrodzenia narusza dyspozycję art. 436 pkt 3 pzp. Potwierdzeniem tego jest poniższy pogląd doktryny:

*W szczególności maksymalna wysokość kar nie może być określana na poziomie, który może być traktowany jako rażąco wygórowany w odniesieniu do wysokości wynagrodzenia czy ewentualnych zagrożeń związanych z niewykonaniem lub nienależytym wykonaniem umowy, w tym możliwości powstania lub rozmiarów szkody. Ponoszone kary umowne powinny być odczuwalne, ale nie w stopniu, który może powodować uznanie niecelowości wykonania umowy (por. wyr. KIO z 28.12.2018 r., KIO 2574/18, Legalis). Dostrzec również należy, że przepis stanowi o określeniu maksymalnego limitu kar umownych, **których mogą dochodzić strony**, tym samym nakłada również obowiązek określania kar umownych, do których zapłaty zobowiązany jest również zamawiający, z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania ciążących na nim obowiązków. (Prawo zamówień publicznych. Komentarz, pod red. M. Jaworska, komentarz do art. 436)*

Odwołujący wnosi zatem o weryfikację postanowień Projektu umowy i przyjęcie przez Zamawiającego limitu kar umownych na rynkowym poziomie 10% wynagrodzenia brutto określonego umową.

ODSTĄPIENIE – DOWOLNE WARUNKI ODSTĄPIENIA

Odwołujący wskazuje, że Zamawiający przewidział dla siebie w § 14 ust. 1 wzoru umowy uprawnienie do odstąpienia od umowy w wielu przypadkach, które Odwołujący ocenia jako sformułowane zbyt ogólne jak na przesłanki, które mogą doprowadzić do ostatecznego rozwiązania umowy o zamówienie publiczne. Dodatkowo Odwołujący wskazuje również, że przesłanki te nie przewidują wymagania, by przed odstąpieniem Zamawiający wezwał wykonawcę do naprawy naruszeń.

W ocenie Odwołującego stosowanie ogólnych postanowień dających możliwość dowolnego odstąpienia od umowy przez jedną ze Stron narusza obowiązek lojalności kontraktowej i obowiązek współdziałania ze strony Zamawiającego jako wierzyciela w celu wykonania umowy. Bez dodatkowego wezwania i umożliwienia Wykonawcy naprawienia naruszeń bądź wyjaśnienia sytuacji przedmiotowe postanowienia wzoru umowy należy traktować jako nadużycie przez Zamawiającego uprawnienia wynikającego ze swobody kształtowania warunków umowy, uprzywilejowanie pozycji Zamawiającego i naruszenie zasady równowagi stron stosunku zobowiązaniowego, co pozostaje w sprzeczności z zasadami współżycia społecznego.

Odwołujący wskazuje też, że tak doniosła w swych skutkach czynność jak odstąpienie od umowy powinna być zastrzeżona dla wyjątkowych sytuacji, tj. tylko takich w których dochodzi do naruszeń

obowiązków o istotnym charakterze. Tymczasem przedmiotowe postanowienie wzoru umowy nie odnosi się np. do istotnych odstępstw od harmonogramu, a do odstępstw każdego rodzaju, nawet takich które nie mają przełożenia na osiągnięcie przez Strony umowy celu jakim jest terminowa realizacja całej inwestycji. Zauważyć należy, że w trakcie realizacji robót budowlanych może dochodzić do odstępstw od harmonogramu, które są związane np. z warunkami atmosferycznymi, problemami z dostępnością materiałów, ograniczeniami w dostawach, etc. Niewielkie odstępstwa powinny być dopuszczalne, a w każdym razie nie powinny otwierać Inwestorowi drogi do odstąpienia od umowy. Tymczasem zastosowane przez Zamawiającego w tym postępowaniu postanowienie § 14 ust. 1 wzoru umowy stwarza pole do różnych interpretacji i do znalezienia przesłanki odstąpienia na każdą sytuację i każde (nawet niewielkie) naruszenie przez wykonawcę jego umownych zobowiązań. Z tego względu przesłanki odstąpienia są nadmiarowe i niewspółmierne.

Zgodnie z art. 431 ustawy Pzp Zamawiający powinien współdziałać z wykonawcą przy wykonaniu umowy w sprawie zamówienia publicznego, w celu należytej realizacji zamówienia. Regulacja ta koresponduje z obowiązkiem wierzyciela do współdziałania w wykonaniu zobowiązania wynikającym z art. 354 § 2 kc.

Zastrzeżenie przez Zamawiającego możliwości odstąpienia od Umowy bez wcześniejszego wezwania wykonawcy do usunięcia nieprawidłowości w realizacji umowy nie jest działaniem „w celu należytej realizacji umowy”. Zamawiający działając w celu należytej realizacji umowy zamiast odstępować od umowy w pierwszej kolejności powinien wskazać wykonawcy na uchybienia, które zaistniały w toku realizacji umowy i wezwać wykonawcę do usunięcia stwierdzonych nieprawidłowości, określając odpowiedni termin ich naprawy. Dopiero w przypadku, gdy uchybienia te nie zostaną usunięte w odpowiednim terminie Zamawiający powinien uzyskać uprawnienie do odstąpienia od umowy. Z takim rozumieniem pojęcia działania „w celu należytej realizacji umowy” przemawia treść art. 491 kc, który zakłada, że wierzyciel zanim skorzysta z prawa do odstąpienia od umowy powinien wezwać dłużnika do usunięcia nieprawidłowości, gdyż nadrzędnym celem stron umowy powinno być zrealizowanie umowy, a nie szukanie pretekstu do jej rozwiązania poprzez odstąpienie.

W związku z powyższym Odwołujący wnosi o:

- wprowadzenie do postanowienia dot. odstąpienia obowiązkowego wezwania do naprawy naruszeń przed złożeniem oświadczenia o odstąpieniu;
- wprowadzenia do przedmiotowego § 14 ust. 1 Projektu umowy korekt, które doprecyzują poszczególne przesłanki odstąpienia, wskazując że muszą to być np. „istotne” naruszenia, których przyczyny da się przypisać generalnemu wykonawcy, itd., zgodnie z wnioskami odwołania.

WALORYZACJA NIE DOTYCZY ROBÓT DODATKOWYCH I ZAMIENNYCH

Odwołujący zarzucił wreszcie Zamawiającemu próbę wyłączenia stosowania obowiązkowej waloryzacji wynagrodzenia (art. art. 439 ust. 1 i 4 ustawy Pzp) w zakresie wynagrodzenia za roboty związane ze zmianą sposobu świadczenia (w szczególności roboty dodatkowe lub zamienne). Zamawiający w § 15 ust. 2 pkt. 4) Projektu umowy napisał, że: *waloryzacji nie będzie podlegać wynagrodzenie Wykonawcy za roboty związane ze zmianą sposobu świadczenia (w szczególności roboty dodatkowe lub zamienne).*

Tymczasem § 8 ust. 4 Projektu umowy przewiduje, że w przypadku zmian umowy skutkujących zmianą wynagrodzenia (w tym w zakresie powierzenia robót dodatkowych czy zamiennych) w pierwszej kolejności rozliczenie następować będzie w oparciu o ceny jednostkowe kosztorysu

umownego sporządzonego na podstawie ceny ofertowej, czyli de facto dla rozliczania tych robót stosowane będą ceny z oferty. Nie jest zatem usprawiedliwione wyłączanie tych elementów spod waloryzacji, podczas gdy art. 439 ust. 1 ustawy Pzp wskazuje, że klauzula waloryzacyjna jest obowiązkowa i powinna dotyczyć wynagrodzenia wykonawcy.

Zgodnie zaś z art. 439 ust. 4 ustawy Pzp: przez zmianę ceny materiałów lub kosztów rozumie się wzrost odpowiednio cen lub kosztów, jak i ich obniżenie, względem ceny lub kosztu przyjętych w celu ustalenia wynagrodzenia wykonawcy zawartego w ofercie. Skoro zatem wynagrodzenie za wykonanie robót dodatkowych i zamiennych kształtowane ma być w oparciu o ceny wskazane w ofercie, powinno analogicznie podlegać waloryzacji.

Z powyższych względów Odwołujący wnosi o usunięcie ww. ograniczenia dla dokonywania waloryzacji wynagrodzenia.

* * *

Mając na uwadze powyższe wnoszę i wywodzę jak na wstępie.

Krzysztof Misiewicz
radca prawny

Załączniki:

1. pełnomocnictwa
2. odpis z KRS
3. dowód uiszczenia opłaty od odwołania
4. dowód uiszczenia opłaty skarbowej od pełnomocnictw
5. dowód wysłania odpisu odwołania do zamawiającego