

Załącznik nr 1 – Tabela nr 1 do Odwołania Wegner Sp. z o.o. sp. k. z dnia 12 grudnia 2023 r.

Postanowienie / LP.	Obecne brzmienie postanowienia projektowanych postanowień umowy	Zakres żądanej zmiany treści projektowanych postanowień umowy	Uzasadnienie / Naruszenie
<p><u>Lp. 1</u> §2 ust. 1</p>	<p>1. Zakończenie realizacji przedmiotu zamówienia ustala się:</p> <p>1) Dla Zadania 1 „Przebudowa i zmiana sposobu użytkowania obiektu przy ul. Tuwima 12a w Łodzi wraz z zagospodarowaniem terenu i niezbędną infrastrukturą techniczną” do dnia 30 kwietnia 2024 r.</p> <p>2) Dla Zadania 2 „Przebudowa obiektu przy ul. Sienkiewicza 28/30 w Łodzi wraz z zagospodarowaniem terenu i niezbędną infrastrukturą techniczną” do dnia 30 czerwca 2024 r.</p>	<p>1. Zakończenie realizacji przedmiotu zamówienia ustala się:</p> <p>1) Dla Zadania 1 „Przebudowa i zmiana sposobu użytkowania obiektu przy ul. Tuwima 12a w Łodzi wraz z zagospodarowaniem terenu i niezbędną infrastrukturą techniczną” – na cztery miesiące od zawarcia umowy;</p> <p>2) Dla Zadania 2 „Przebudowa obiektu przy ul. Sienkiewicza 28/30 w Łodzi wraz z zagospodarowaniem terenu i niezbędną infrastrukturą techniczną” – na sześć miesięcy od zawarcia umowy.</p>	<p>Zgodnie z art. 436 pkt 1 Pzp zasadą jest określanie terminu realizacji zamówienia w dniach, tygodniach, miesiącach lub latach od dnia rozpoczęcia realizacji zamówienia. Wskazanie terminu wykonania umowy przez określenie konkretnej daty jest wyjątkiem od tej zasady. Możliwe jest tylko w przypadkach uzasadnionych obiektywną przyczyną.</p> <p>„Regulacja ma na celu zapewnienie, by wszyscy wykonawcy mieli jednakową wiedzę o czasie wymaganym do realizacji zamówienia. Ma to zapobiec sytuacji, gdy każdy wykonawca odrębnie, na podstawie własnego doświadczenia i wiedzy, estymował najpierw spodziewany termin zawarcia umowy (mimo że nie miał wpływu na tę datę), a następnie próbował wyliczyć pozostały mu czas na realizację zamówienia. Powyższe zmuszało wykonawców do uwzględniania związanych z tym ryzyk kontraktowych i kosztów”. ((H. Nowak. M. Winiarz, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, Warszawa 2021, Urząd Zamówień Publicznych, s. 1154).</p> <p>Zamawiający nie uzasadnił w dokumentach zamówienia, jaka obiektywna przyczyna skłoniła go do określenia terminu realizacji zamówienia konkretną datą. Określenie terminu konkretną datą prowadzi do nieuzasadnionego przerzucania nadmiernego ryzyka gospodarczego na wykonawcę, gdyż nie ma on pewności, jaki będzie rzeczywisty czas, w jakim zrealizuje zamówienie. Jednocześnie zamawiający dopuszcza możliwość zmiany (przedłużenia) terminu realizacji umowy (§19 ust. 3), tym bardziej uzasadnione jest żądanie, aby wskazał termin realizacji poprzez liczbę miesięcy.</p>
<p><u>Lp. 2</u> Pkt 5.10 SWZ</p>	<p>5.10. Wymagany okres gwarancji - minimum 61 miesięcy, maksymalnie 120 miesięcy od dnia odbioru przedmiotu umowy bez wad.</p>	<p>5.10. Wymagany okres gwarancji - minimum 61 miesięcy, maksymalnie 120 miesięcy od dnia odbioru przedmiotu umowy bez wad.</p>	<p>Odebranie obiektu jest czynnością, przez którą inwestor przyjmuje wykonany i zgłoszony obiekt. W przypadku, gdy inwestor bez uzasadnionego powodu odmawia odebrania obiektu, dopuszcza się zwłoki, które skutki określone są w art. 486 § 1 KC. Przyjmuje się w doktrynie i orzecznictwie, że zamawiający ma prawo odmówić odebrania</p>

Załącznik nr 1 – Tabela nr 1 do Odwołania Wegner Sp. z o.o. sp. k. z dnia 12 grudnia 2023 r.

<p>Pkt 4 Zał. 1 do SWZ</p>	<p>Okres gwarancji ustalamy na (min.61 - maks.120) miesięcy</p> <p>/należy podać w pełnych miesiącach/ od daty odbioru końcowego tych robót bez wad</p>	<p>Okres gwarancji ustalamy na (min.61 - maks.120) miesięcy</p> <p>/należy podać w pełnych miesiącach/ od daty odbioru końcowego tych robót bez wad</p>	<p>obiektu jedynie w przypadku, gdy został on wykonany niezgodnie z projektem i zasadami wiedzy technicznej lub gdy jest on obciążony istotnymi wadami (por. wyr. SN z 21.04.2017 r., I CSK 333/16, Legalis; wyr. SN z 7.03.2013 r., II CSK 476/12, Legalis; wyr. SN z 24.07.2009 r., II CSK 61/09.</p>
<p>§13 ust. 1</p>	<p>Na wykonane w ramach nin. umowy roboty budowlane, wmontowane urządzenia i materiały na podstawie dokumentacji projektowej, o której mowa w § 1 ust. 3, Wykonawca udziela gwarancji na okres ____ miesięcy, licząc od dnia odbioru tych robót bez wad. Wszelkie roszczenia z tytułu gwarancji Zamawiający będzie kierował do Wykonawcy, bez względu na to, jaki podmiot jest wykonawcą/ producentem wadliwej części przedmiotu Umowy. Niniejsza Umowa jest dokumentem gwarancyjnym w rozumieniu przepisów Kodeksu cywilnego.</p>	<p>Na wykonane w ramach nin. umowy roboty budowlane, wmontowane urządzenia i materiały na podstawie dokumentacji projektowej, o której mowa w § 1 ust. 3, Wykonawca udziela gwarancji na okres ____ miesięcy, licząc od dnia odbioru tych robót bez wad. Wszelkie roszczenia z tytułu gwarancji Zamawiający będzie kierował do Wykonawcy, bez względu na to, jaki podmiot jest wykonawcą/ producentem wadliwej części przedmiotu Umowy. Niniejsza Umowa jest dokumentem gwarancyjnym w rozumieniu przepisów Kodeksu cywilnego.</p>	<p>Z orzecznictwa SN (por. wyr. SN z 21.04.2017 r. (I CSK 333/16, Legalis; wyr. SN z 7.03.2013 r., II CSK 476/12, Legalis oraz wyr. SN z 22.06.2007 r., V CSK 99/07, OSP 2009, Nr 1, poz. 7) wynika, że umawianie się na tzw. odbiór bezusterkowy, czyli uzależnianie odebrania obiektu od braku jakichkolwiek wad, jest uznawane przez SN za sprzeczne z właściwością (naturą) zobowiązania wynikającego z umowy o roboty budowlane i naruszające równowagę między inwestorem a wykonawcą, pozostawiając tego ostatniego w niepewności odnośnie do należnego wynagrodzenia oraz zwrotu poniesionych wydatków. Przyjęcie takiego poglądu oznacza, że postanowienia umów o roboty budowlane przewidujące, że odebranie obiektu może nastąpić tylko w przypadku braku jakichkolwiek wad, są nieważne bezwzględnie jako wykraczające poza swobodę umów wyznaczoną właściwością (naturą) zobowiązania (art. 353¹ KC w zw. z art. 647 KC).</p>
<p>§13 ust. 5</p>	<p>Wykonawca na podstawie art. 558 § 1 Kodeksu cywilnego rozszerza swoją odpowiedzialność z tytułu rękopisem względem Zamawiającego na okres 5 lat od dnia odbioru przedmiotu Umowy bez wad.</p>	<p>Wykonawca na podstawie art. 558 § 1 Kodeksu cywilnego rozszerza swoją odpowiedzialność z tytułu rękopisem względem Zamawiającego na okres 5 lat od dnia odbioru przedmiotu Umowy bez wad.</p>	<p>Sąd Apelacyjny w Warszawie w wyroku z 27.06.2018 r. (V Aca 1302/17, Legalis) stwierdził: „Gdy roboty zostały wykonane zgodnie z zakresem przedmiotowym umowy, odmowa odbioru robót znajduje uzasadnienie jedynie w przypadku, gdy przedmiot umowy będzie mógł być kwalifikowany jako wykonany niezgodnie z projektem i zasadami wiedzy technicznej lub wady będą na tyle istotne, że obiekt nie będzie się nadawał do użytkowania Na gruncie umowy o roboty budowlane można przyjąć, że niewykonanie zobowiązania ma miejsce wówczas, gdy wada jest tego rodzaju, że uniemożliwia czynienie właściwego użytku z przedmiotu robót, wyłącza ich normalne wykorzystanie zgodnie z celem umowy albo odbiera im cechy właściwe lub wyraźnie zastrzeżone w umowie, istotnie zmniejszając ich wartość (wada istotna). Pozostałe wady, świadczą jedynie o nienależyтым wykonaniu zobowiązania determinując zaktualizowanie uprawnień zamawiającego z tytułu rękopisem lub gwarancji.”</p>
<p>§13 ust. 8</p>	<p>Część zabezpieczenia w wysokości 70 % gwarantująca należyte wykonanie Umowy zostanie zwrócona w ciągu 30 dni po końcowym odbiorze przedmiotu Umowy bez wad, na pisemny wniosek Wykonawcy.</p>	<p>Część zabezpieczenia w wysokości 70 % gwarantująca należyte wykonanie Umowy zostanie zwrócona w ciągu 30 dni po końcowym odbiorze przedmiotu Umowy bez wad, na pisemny wniosek Wykonawcy.</p>	<p>W wyroku z dnia 9 maja 2022 r., KIO 922/22, KIO 924/22 Krajowa Izba Odwoławcza uznała, że ponieważ w SWZ oraz załącznikach do SWZ nie zostało zdefiniowane pojęcie wady, to należy je rozumieć w sposób zgodny z przepisami ustawy - Kodeks cywilny.</p>

<p><u>Lp. 3</u> §12¹ ust. 1</p>	<p><i>Zamawiający dopuszcza możliwość udzielenia na pisemny wniosek Wykonawcy zaliczki na poczet wykonania zamówienia (wykonania dokumentacji, robót i zakupu materiałów budowlanych) w przypadku dysponowania stosownymi środkami finansowymi (wysokość i ilość zaliczek określi Zamawiający).</i></p>	<p><i>Zamawiający dopuszcza możliwość udzielenia na pisemny wniosek Wykonawcy zaliczki na poczet wykonania zamówienia (wykonania dokumentacji, robót i zakupu materiałów budowlanych) w przypadku dysponowania stosownymi środkami finansowymi (wysokość i ilość zaliczek określi Zamawiający).</i></p>	<p>Z taką sytuacją mamy do czynienia w skarżonych projektowanych postanowieniach umownych. Wydaje się więc, że istotność wady powinna być oceniana jak wskazano powyżej. W konsekwencji należy przyjąć, że gdy przedmiot umowy będzie mógł być kwalifikowany jako wykonany niezgodnie z projektem i zasadami wiedzy technicznej lub wady będą na tyle istotne, że obiekt nie będzie się nadawał do użytkowania, to wtedy zamawiający będzie miał prawo odstąpienia od umowy. W innym przypadku będzie to niedopuszczalne.</p> <p>Zgodnie bowiem z art. 560 § 4 w zw. z art. 656 §1 w zw. z art. 638 § 1 KC do odstąpienia od umowy z powodu wady fizycznej robót budowlanych stosuje się odpowiednio przepisy dotyczące wad dzieła, a te z kolei odsyłają do umowy sprzedaży. Zamawiający może więc odstąpić od umowy z powodu wady robót wyłącznie w przypadku, gdy wady te mają charakter istotny.</p> <p>Wskazane postanowienie Umowy prowadzi do naruszenia:</p> <p><u>- art. 560 § 4 w zw. z art. 656 §1 w zw. z art. 638 § 1 KC w zw. z art. 8 ust. 1 Pzp;</u></p> <p><u>- art. 16 Pzp w zw. z art. 8 ust. 1 Pzp w zw. z art. 5 i art. 353¹ Kodeksu cywilnego</u> poprzez skonstruowanie postanowień w sposób, który powoduje - nieuzasadnione potrzebami Zamawiającego - uprzywilejowanie pozycji Zamawiającego i naruszenie zasady równowagi stron stosunku zobowiązaniowego, co pozostaje w sprzeczności z zasadami współzycia społecznego, godzi w naturę stosunku prawnego, naruszając tym samym równowagę kontraktową stron oraz stanowi nadużycie przez Zamawiającego przysługującego mu prawa podmiotowego do ukształtowania istotnych postanowień umownych;</p> <p>Warunkiem udzielenia zaliczek jest przewidzenie takiej możliwości w ogłoszeniu o zamówieniu lub w dokumentach zamówienia. Warunek ten jest podyktowany nie tylko zasadami przejrzystości prowadzonego postępowania, równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji, ale również istotą zaliczki, która zawsze musi być elementem umowy. Dlatego też zamawiający w ogłoszeniu o zamówieniu lub w dokumentach zamówienia powinien określić wszystkie zasady związane z udzielaniem zaliczek, w szczególności ich</p>
--	---	--	---

<p>Lp. 4 §13 ust. 6 zd. 1</p> <p>Pkt. 23.1 SWZ</p>	<p>Wykonawca wnosi zabezpieczenie należytego wykonania umowy (dalej: ZNWU lub zabezpieczenie) w wysokości 10 % wartości umowy brutto, tj. w kwocie..... zł (słownie..... zł).</p> <p>23.1. Wykonawca, który zostanie wybrany wniesie zabezpieczenie należytego wykonania umowy w wysokości 10 % ceny całkowitej podanej w ofercie w formie dopuszczonej przez ustawę Prawo zamówień publicznych, art. 450 uPzp.</p>	<p>Odwołujący wnosi o nakazanie zamawiającemu dodania do wzoru umowy ust. 1¹ o treści:</p> <p>Zamawiający udzieli Wykonawcy jednorazowo na poczet wykonania zamówienia zaliczki w wysokości 20% łącznego wynagrodzenia brutto, o którym mowa w §11 ust. 1.</p> <p>Wykonawca wnosi zabezpieczenie należytego wykonania umowy (dalej: ZNWU lub zabezpieczenie) w wysokości 5 % wartości umowy brutto, tj. w kwocie..... zł (słownie..... zł).</p> <p>23.1. Wykonawca, który zostanie wybrany wniesie zabezpieczenie należytego wykonania umowy w wysokości 5 % ceny całkowitej podanej w ofercie w formie dopuszczonej przez ustawę Prawo zamówień publicznych, art. 450 uPzp.</p>	<p>wysokość, możliwą liczbę, sposób rozliczania, w tym sposób weryfikowania stanu wykonania zamówienia w zakresie poprzednio udzielonych zaliczek, a także określić, czy będzie wymagał wniesienia zabezpieczenia zaliczki i ewentualnie w jakiej formie.</p> <p>Odwołujący wskazuje, że Izba nie może zastąpić zamawiającego w ukształtowaniu wzorca umowy, a także zastąpić odwołującego w sformułowaniu żądań dotyczących treści tej umowy. Przepis art. 554 ust. 6 Pzp nie stanowi jednak zakazu orzeczenia, w którym Izba, uwzględniając zarzut, nakaze uwzględnienie żądania odwołującego, które stanowi sformułowane postanowienie umowy oczekiwane przez odwołującego (tak: W. Dzierżanowski, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, kom. do art. 554, LEX).</p> <p>Zaniechanie uregulowania wszystkich elementów umowy dot. zaliczki, a w szczególności jej wysokości, stanowi naruszenie art. 442 ust. 1 Pzp w zw. z art. 16 Pzp.</p> <p>Zamawiający wbrew dyspozycji art. 452 ust. 3 Pzp określił wysokość zabezpieczenia należytego wykonania umowy na wartość wyższą niż wynika z art. 452 ust. 2 Pzp. Zamawiający może ustalić zabezpieczenie w wysokości wyższej niż 5%, jednak nieprzekraczającej 10% ceny całkowitej oferty albo maksymalnej wartości nominalnej zobowiązania zamawiającego wynikającego z umowy. Prawo do ustalenia zabezpieczenia w takiej wysokości istnieje jedynie w przypadku, kiedy jest to uzasadnione przedmiotem zamówienia lub wystąpieniem ryzyka związanego z jego realizacją. Warunkiem skuteczności wymagania zabezpieczenia w podwyższonej wysokości jest opisanie tego ponadstandardowego wymogu w dokumentach zamówienia. Pojęcie opisanie należy rozumieć jako podanie uzasadnienia odpowiedniego dla okoliczności faktycznych, a nie jedynie określenia takiego wymogu w dokumentach zamówienia.</p> <p>Przepisy art. 452 ust. 2 i 3 Pzp mają charakter bezwzględnie obowiązujący. Zamawiający nie może zatem żądać wniesienia zabezpieczenia w wyższej wysokości niż 5% ceny całkowitej oferty lub maksymalnej wartości nominalnej zobowiązania bez odpowiedniego uzasadnienia w specyfice przedmiotu zamówienia lub ryzyku związanym z jego realizacją, a także zabezpieczenia przewyższającego 10% podanych wyżej wartości.</p>
--	---	--	--

Załącznik nr 1 – Tabela nr 1 do Odwołania Wegner Sp. z o.o. sp. k. z dnia 12 grudnia 2023 r.

<p>§11 ust. 10</p>	<p><i>W przypadku niedostarczenia oświadczeń, o których mowa w ust. 9 od wszystkich podwykonawców przedmiotu zamówienia, lub innej niekompletności dokumentów, o których mowa w ust. 9 albo dostarczenia oświadczeń, z których wynika, iż Wykonawca zalega z płatnościami wobec podwykonawców w związku z realizacją prac, a także w przypadku dostarczenia oświadczeń potwierdzających istnienie sporu, Zamawiający będzie miał prawo do wstrzymania płatności stosownej części lub całości faktury VAT, przy czym powyższe nie stanowi opóźnienia w zapłacie i nie będzie skutkowało naliczeniem odsetek od nieterminowych płatności. Zatrzymana kwota stanowić będzie zabezpieczenie roszczenia podwykonawcy w stosunku do Zamawiającego do czasu, aż roszczenie podwykonawcy zostanie zaspokojone albo oddalone przez odpowiedni sąd lub arbitraż, albo podwykonawca zrzeknie się roszczenia albo do czasu uzupełnienia dokumentów. Wstrzymana płatność zostanie zwolniona przez Zamawiającego mimo nieprzedstawienia oświadczenia podwykonawcy, jeśli ten bezpodstawnie odmawia jego podpisania, Wykonawca bezspornie udowodni poprzez przedstawienie stosownych dokumentów, że należne płatności zostały wykonane.</i></p>	<p><i>W przypadku niedostarczenia oświadczeń, o których mowa w ust. 9 od wszystkich podwykonawców przedmiotu zamówienia, lub innej niekompletności dokumentów, o których mowa w ust. 9 albo dostarczenia oświadczeń, z których wynika, iż Wykonawca zalega z płatnościami wobec podwykonawców w związku z realizacją prac, a także w przypadku dostarczenia oświadczeń potwierdzających istnienie sporu, Zamawiający będzie miał prawo do wstrzymania płatności stosownej części lub całości faktury VAT, przy czym powyższe nie stanowi opóźnienia w zapłacie i nie będzie skutkowało naliczeniem odsetek od nieterminowych płatności. Zatrzymana kwota stanowić będzie zabezpieczenie roszczenia podwykonawcy w stosunku do Zamawiającego do czasu, aż roszczenie podwykonawcy zostanie zaspokojone albo oddalone przez odpowiedni sąd lub arbitraż, albo podwykonawca zrzeknie się roszczenia albo do czasu uzupełnienia dokumentów. Wstrzymana płatność zostanie zwolniona przez Zamawiającego mimo nieprzedstawienia oświadczenia podwykonawcy, jeśli ten bezpodstawnie odmawia jego podpisania, Wykonawca bezspornie udowodni poprzez przedstawienie stosownych dokumentów, że należne płatności zostały wykonane.</i></p>	<p>Zamawiający nie uzasadnił w dokumentach zamówienia powodu żądania zabezpieczenia o wartości przekraczającej 5% ceny całkowitej oferty lub maksymalnej wartości nominalnej zobowiązania.</p> <p>Zapis ten narusza art. 452 ust. 2 i 3 Pzp.</p> <p>Tworzenie dodatkowych zabezpieczeń ponad dopuszczalne określone w art. 452 ust. 2 Pzp stoi w sprzeczności z przepisem art. 452 ust. 2. Przykładowo w wyroku KIO z 15.06.2015 r., KIO 1139/15, Izba stwierdziła:</p> <p>„Chociaż zamawiający, jako wierzyciel, może być zainteresowany wprowadzeniem do umowy dodatkowej gwarancji wykonania obowiązków wykonawcy, w tym polegającej na zobowiązaniu wykonawców do przedkładania zamawiającemu zabezpieczenia płatności dla podwykonawców, to należy jednak uznać, że dopuszczalność wprowadzania zabezpieczenia, które służy do pokrycia ewentualnych roszczeń zamawiającego względem wykonawcy o zwrot świadczenia spełnionego przez zamawiającego na rzecz podwykonawcy lub dalszego podwykonawcy, wynikającego z jego solidarnej odpowiedzialności za zapłatę za roboty budowlane wykonane przez podwykonawcę lub dalszego podwykonawcę, narusza normy zawarte w art. 143d ust. 1, art. 147 ust. 1 i art. 150 ust. 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2013 r. poz. 907) oraz jest sprzeczne z art. 647¹ KC w zw. z art. 139 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.”</p> <p>Zapis ten narusza art. 465 Pzp, 452 ust. 2 oraz jest sprzeczny z art. 647¹ KC w zw. z art. 8 ust. 1 Pzp</p>
<p>Lp. 5 §13 ust. 9</p>	<p><i>Część zabezpieczenia w wysokości 30 % służąca do pokrycia roszczeń z tytułu rękojmi za wady lub roszczeń z gwarancji, zostanie zwrócona w ciągu 30 dni po upływie okresu rękojmi (lub gwarancji – zależnie od tego,</i></p>	<p><i>Część zabezpieczenia w wysokości 30 % służąca do pokrycia roszczeń z tytułu rękojmi za wady lub roszczeń z gwarancji, zostanie zwrócona w ciągu 15 dni po upływie okresu rękojmi (lub gwarancji – zależnie od tego,</i></p>	<p>Zapis jest niezgodny z art. 453 ust. 2 Pzp.</p> <p>Zgodnie z literalnie brzmiącym i bezwzględnie obowiązującym przepisem zabezpieczenie należytego wykonania umowy w zakresie rękojmi i gwarancji jest zwracane nie później niż w 15. dniu po upływie okresu rękojmi za wady lub gwarancji.</p>

Załącznik nr 1 – Tabela nr 1 do Odwołania Wegner Sp. z o.o. sp. k. z dnia 12 grudnia 2023 r.

	który okres jest dłuższy), na pisemny wniosek Wykonawcy.	który okres jest dłuższy), na pisemny wniosek Wykonawcy.	
<u>Lp. 6</u>			
§15 ust. 1 pkt 7	7) w przypadku braku zapłaty lub nieterminowej zapłaty wynagrodzenia należnego podwykonawcy (w tym dalszemu podwykonawcy) w wysokości 0,02 % wynagrodzenia brutto, o którym mowa w § 11 ust. 1 za każdy rozpoczęty dzień opóźnienia względem terminu, o którym mowa w § 9 ust.11;	7) w przypadku braku zapłaty lub nieterminowej zapłaty wynagrodzenia należnego podwykonawcy (w tym dalszemu podwykonawcy) w wysokości 0,02 % wynagrodzenia brutto, o którym mowa w § 11 ust. 1 za każdy rozpoczęty dzień zwłoki względem terminu, o którym mowa w § 9 ust.11;	W orzecznictwie i doktrynie zgodnie przyjmuje się, że konstrukcja kary umownej opiera się na zasadach odpowiedzialności odszkodowawczej z art. 471 KC (poza kwestią szkody), stanowiąc odszkodowania. Zakres odpowiedzialności z tytułu kary umownej pokrywa się w pełni z zakresem ogólnej odpowiedzialności dłużnika za niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania. Granice dopuszczalnego kształtowania obowiązku zapłaty kary umownej wyznaczają – poza art. 483 KC – także przepisy o charakterze imperatywnym. Wierzyciel, na rzecz którego zastrzeżona została kara umowna, musi wykazać istnienie i treść zobowiązania łączącego go z dłużnikiem, a także fakt niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania. Nie musi zaś wykazywać, że wykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania nastąpiło na skutek okoliczności, za które dłużnik ponosi odpowiedzialność (z uwagi na domniemanie zawarte w art. 471 KC). Dłużnik może zaś uwolnić się od obowiązku zapłaty kary umownej, jeżeli obali wynikające z tego przepisu domniemanie, że niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania (np. opóźnienie w spełnieniu świadczenia) było następstwem okoliczności, za które ponosi odpowiedzialność (zob. np. wyr. SN z 6.10.2010 r., II CSK 180/10, Legalis; wyr. SA w Katowicach z 28.02.2014 r., V ACa 756/13, Legalis; wyr. SA w Poznaniu z 6.07.2018 r., I AGa 108/18, Legalis).
§17 ust. 2 pkt 4	gdy Wykonawca pozostaje w opóźnieniu z wykonaniem przedmiotu umowy w stosunku do terminów Harmonogramu roboczo-finansowego, pomimo uprzedniego wyznaczenia przez Zamawiającego terminu do nadrobienia zaległości;	gdy Wykonawca pozostaje w zwłoce z wykonaniem przedmiotu umowy w stosunku do terminów Harmonogramu roboczo-finansowego, pomimo uprzedniego wyznaczenia przez Zamawiającego terminu do nadrobienia zaległości;	Zapis ten jest wprost sprzeczny z art. 433 pkt 1 Pzp. Przepis art. 433 pkt 1) Pzp dopuszcza możliwość ukształtowania odpowiedzialności wykonawcy za opóźnienie pod warunkiem, że jest to uzasadnione okolicznościami lub zakresem zamówienia. W ocenie Odwołującego ma to jednak postać wyjątku od generalnej zasady. Już pobieżna ocena przedmiotu postępowania wskazuje, że zamawiający nie ma podstaw do rozszerzania odpowiedzialności wykonawcy powołując się na to, że jest to „uzasadnione okolicznościami lub zakresem zamówienia”. Wskazane postanowienie Umowy prowadzi do naruszenia: - art. 16 Pzp w zw. z art. 8 ust. 1 Pzp, w zw. z art. 5 i art. 353¹ Kodeksu cywilnego a także z art. 471 i 476 w zw. z art. 483 § 1 KC oraz z art.

			<p>473 §1 KC poprzez skonstruowanie postanowień w sposób, który powoduje - nieuzasadnione potrzebami Zamawiającego - uprzywilejowanie pozycji Zamawiającego i naruszenie zasady równowagi stron stosunku zobowiązaniowego, co pozostaje w sprzeczności z zasadami współżycia społecznego, godzi w naturę stosunku prawnego, naruszając tym samym równowagę kontraktową stron oraz stanowi nadużycie przez Zamawiającego przysługującego mu prawa podmiotowego do ukształtowania istotnych postanowień umownych; a przede wszystkim – jest sprzeczne z ustawą.</p>
<p><u>Lp. 7</u> Dodanie §15 ust. 1a</p>		<p>Dodanie §15 ust. 1a</p> <p>1a. Zamawiający zapłaci Wykonawcy kary umowne:</p> <p>1) w przypadku odstąpienia od Umowy przez którąkolwiek ze Stron z przyczyn leżących po stronie Zamawiającego</p> <p>- w wysokości 10 % wynagrodzenia brutto, o którym mowa w § 11 ust. 1 z tym zastrzeżeniem, że kara umowna liczona będzie w odniesieniu do wartości umowy dot. danego obiektu, którego dotyczy niedotrzymanie terminu wykonania robót;</p> <p>2) w wysokości 0,2% wynagrodzenia określonego w § 11 ust. 1 Umowy za każdy rozpoczęty dzień zwłoki, lecz nie więcej niż 10% kwoty określonej odpowiednio w § 11 ust. 1 Umowy – w przypadku zwłoki Zamawiającego w realizacji obowiązków w procedurze odbioru prac,</p>	<p>W ocenie Odwołującego dla zachowania równowagi kontraktowej stron, Wykonawca powinien mieć możliwość odstąpienia od Umowy w przypadku, gdy Zamawiający pozostaje w zwłoce z dokonywaniem odbioru prac Wykonawcy.</p> <p>Nadużyciem prawa Zamawiającego jest też jego niczym nieograniczone uprawnienie do odstąpienia od Umowy w całości ze skutkiem wstecznym, a także uprawnienie do odstąpienia w przypadku bliżej nieokreślonej co do czasu trwania zwłoki w usuwaniu jakichkolwiek wad, a zatem także wad nieistotnych pozostających bez wpływu na użytkowanie Przedmiotu Umowy.</p> <p>Wskazane postanowienie Umowy prowadzi do naruszenia:</p> <p>- art. 16 Pzp w zw. z art. 8 ust. 1 Pzp w zw. z art. 5 i art. 353¹ Kodeksu cywilnego poprzez skonstruowanie postanowień w sposób, który powoduje - nieuzasadnione potrzebami Zamawiającego - uprzywilejowanie pozycji Zamawiającego i naruszenie zasady równowagi stron stosunku zobowiązaniowego, co pozostaje w sprzeczności z zasadami współżycia społecznego, godzi w naturę stosunku prawnego, naruszając tym samym równowagę kontraktową stron oraz stanowi nadużycie przez Zamawiającego przysługującego mu prawa podmiotowego do ukształtowania istotnych postanowień umownych;</p>
<p><u>Lp. 8</u> §10 ust. 3</p>	<p>Naliczoną karę umowną Zamawiający może potrącić z należności Wykonawcy objętej fakturą za wykonanie Umowy.</p>	<p>Naliczoną karę umowną Zamawiający może potrącić z należności Wykonawcy objętej fakturą za wykonanie Umowy.</p>	<p>Odwołujący wskazuje, iż katalog kar umownych określonych przez Zamawiającego zawiera kilkanaście przypadków i każdy z przypadków zawiera wysokie kary, w części liczone od wynagrodzenia maksymalnego brutto. Ponadto Zamawiający zastrzegł dodatkowo nieograniczone</p>

			<p>prawo żądania zapłaty odszkodowania przewyższającego kary umowne (§10 ust. 2).</p> <p>Skoro Zamawiający jest uprawniony do potrącania kar umownych z wynagrodzenia Wykonawcy, to Wykonawca w istocie nie ma możliwości przeciwstawienia się uznaniu określonych działań za zawinione. Zamawiający więc przyjmie domniemanie, że nienależyte wykonanie umowy nastąpiło z przyczyn leżących po stronie wykonawcy, naliczy karę i ją potrąci.</p> <p>Zaprojektowany przez Zamawiającego katalog kar i ich wysokość wydaje się przekraczać granice motywacji Wykonawcy do realizacji zamówienia (por. wyrok KIO z dnia 19 lutego 2010 r., KIO/UZP 1839/09). W ocenie Odwołującego, Zamawiający nadużywa kar umownych jako środka motywującego Wykonawcę. Wykonawca może zostać obciążony nadmiernymi karami umownymi, naliczanymi przy tym niezależnie od siebie, co oznacza możliwość dublowania się kar umownych za jedno zdarzenie. Co więcej, limit odpowiedzialności z tytułu kar umownych jest wysoki (20%), a przy tym odpowiedzialność odszkodowawcza powyżej kar umownych – jak już wyżej wskazano – nie jest w żaden sposób ograniczona.</p> <p>Jak podkreślono w „Raporcie dotyczącym stosowania kar umownych w zamówieniach publicznych” z marca 2018 r. dostępnym na stronie UZP: <i>Zbyt represyjne reguły odpowiedzialności w karach umownych mogą zniechęcać do składania ofert i mogą stanowić przyczynę małego zainteresowania wykonawców ubieganiem się o uzyskanie zamówienia publicznego, co wpływa na konkurencyjność postępowań oraz niekiedy konieczność ich unieważnienia. W takim przypadku wykonawcy na etapie sformułowania warunków umownych mają pełne prawo kwestionować czynności podjęte przez zamawiających jako naruszające zasadę proporcjonalności udzielania zamówień publicznych, a przez to niezgodne z ustawą Prawo zamówień publicznych. Do Urzędu Zamówień Publicznych docierają sygnały wskazujące na stosowanie w zamówieniach publicznych nadmiernych z punktu widzenia wykonawców kar umownych. Przyczyny takiego stanu rzeczy są zapewne złożone. Z jednej strony zapisy umowne dotyczące kar umownych stanowią konsekwencję braku należytej staranności w wykonywaniu zamówień publicznych przez wykonawców. Z drugiej strony stanowią sposób na przerzucenie odpowiedzialności za brak należytej staranności służb zamawiających przy opisywaniu przedmiotu zamówienia.</i></p>
--	--	--	--

Załącznik nr 1 – Tabela nr 1 do Odwołania Wegner Sp. z o.o. sp. k. z dnia 12 grudnia 2023 r.

<p>Lp. 9 §10 ust. 5 i 7</p>	<p>5. Jeżeli w toku czynności odbioru końcowego zostaną stwierdzone wady Zamawiającemu przysługują następujące uprawnienia:</p> <p>1) jeżeli wady nadają się do usunięcia Zamawiający przystępuje do odbioru, wskazuje wady i termin ich usunięcia;</p> <p>2) jeżeli wady nie nadają się do usunięcia to:</p> <p>a) jeżeli wady nie uniemożliwiają użytkowania przedmiotu odbioru zgodnie z przeznaczeniem, Zamawiający może obniżyć odpowiednio wynagrodzenie;</p> <p>b) jeżeli wady uniemożliwiają użytkowanie zgodnie z przeznaczeniem, Zamawiający może żądać wykonania przedmiotu odbioru po raz drugi, na koszt Wykonawcy lub odstąpić od Umowy z winy Wykonawcy.</p> <p>7. Jeżeli wady stwierdzone przy odbiorze końcowym nie zostaną usunięte w terminie ustalonym w protokole, Zamawiający przystępuje do odbioru końcowego, z zastrzeżeniem że w takim wypadku Zamawiający ma prawo obniżyć wynagrodzenie Wykonawcy o wartość rynkową kosztów usunięcia tych wad. Zamawiający może powierzyć usunięcie wad wykonawcy zastępczemu na koszt wykonawcy.</p>	<p>5. Jeżeli w toku czynności odbioru końcowego zostaną stwierdzone wady Zamawiającemu przysługują następujące uprawnienia:</p> <p>1) jeżeli wady nadają się do usunięcia Zamawiający przystępuje do odbioru, wskazuje wady i termin ich usunięcia;</p> <p>2) jeżeli wady nie nadają się do usunięcia to:</p> <p>a) jeżeli wady nie uniemożliwiają użytkowania przedmiotu odbioru zgodnie z przeznaczeniem, Zamawiający może obniżyć odpowiednio wynagrodzenie;</p> <p>b) jeżeli wady uniemożliwiają użytkowanie zgodnie z przeznaczeniem, Zamawiający może żądać wykonania przedmiotu odbioru po raz drugi, na koszt Wykonawcy lub odstąpić od Umowy z winy Wykonawcy.</p> <p>7. Jeżeli wady stwierdzone przy odbiorze końcowym nie zostaną usunięte w terminie ustalonym w protokole, Zamawiający przystępuje do odbioru końcowego, z zastrzeżeniem że w takim wypadku Zamawiający ma prawo obniżyć wynagrodzenie Wykonawcy o wartość rynkową kosztów usunięcia tych wad. Zamawiający może powierzyć usunięcie wad wykonawcy zastępczemu na koszt wykonawcy.</p>	<p>Odebranie obiektu jest czynnością, przez którą inwestor przyjmuje wykonany i zgłoszony obiekt. W przypadku, gdy inwestor bez uzasadnionego powodu odmawia odebrania obiektu, dopuszcza się zwłoki, które skutki określone są w art. 486 § 1 KC. Przyjmuje się w doktrynie i orzecznictwie, że zamawiający ma prawo odmówić odebrania obiektu jedynie w przypadku, gdy został on wykonany niezgodnie z projektem i zasadami wiedzy technicznej lub gdy jest on obciążony istotnymi wadami (por. wyr. SN z 21.04.2017 r., I CSK 333/16, Legalis; wyr. SN z 7.03.2013 r., II CSK 476/12, Legalis; wyr. SN z 24.07.2009 r., II CSK 61/09. Z orzecznictwa SN (por. wyr. SN z 21.04.2017 r. (I CSK 333/16, Legalis; wyr. SN z 7.03.2013 r., II CSK 476/12, Legalis oraz wyr. SN z 22.06.2007 r., V CSK 99/07, OSP 2009, Nr 1, poz. 7) wynika, że umawianie się na tzw. odbiór bezusterkowy, czyli uzależnianie odebrania obiektu od braku jakichkolwiek wad, jest uznawane przez SN za sprzeczne z właściwością (naturą) zobowiązania wynikającego z umowy o roboty budowlane i naruszające równowagę między inwestorem a wykonawcą, pozostawiając tego ostatniego w niepewności odnośnie do należnego wynagrodzenia oraz zwrotu poniesionych wydatków. Przyjęcie takiego poglądu oznacza, że postanowienia umów o roboty budowlane przewidujące, że odebranie obiektu może nastąpić tylko w przypadku braku jakichkolwiek wad, są nieważne bezwzględnie jako wykraczające poza swobodę umów wyznaczoną właściwością (naturą) zobowiązania (art. 3531 KC w zw. z art. 647 KC).</p> <p>Sąd Apelacyjny w Warszawie w wyroku z 27.06.2018 r. (V Aca 1302/17, Legalis) stwierdził: „Gdy roboty zostały wykonane zgodnie z zakresem przedmiotowym umowy, odmowa odbioru robót znajduje uzasadnienie jedynie w przypadku, gdy przedmiot umowy będzie mógł być kwalifikowany jako wykonany niezgodnie z projektem i zasadami wiedzy technicznej lub wady będą na tyle istotne, że obiekt nie będzie się nadawał do użytkowania Na gruncie umowy o roboty budowlane można przyjąć, że niewykonanie zobowiązania ma miejsce wówczas, gdy wada jest tego rodzaju, że uniemożliwia czynienie właściwego użytku z przedmiotu robót, wyłącza ich normalne wykorzystanie zgodnie z celem umowy albo odbiera im cechy właściwe lub wyraźnie zastrzeżone w umowie, istotnie zmniejszając ich wartość (wada istotna). Pozostałe</p>

			<p>wady, świadczą jedynie o nienależyтым wykonaniu zobowiązania determinując zaktualizowanie uprawnień zamawiającego z tytułu rękojmi lub gwarancji.”</p> <p>W wyroku z dnia 9 maja 2022 r., KIO 922/22, KIO 924/22 Krajowa Izba Odwoławcza uznała, że ponieważ w SWZ oraz załącznikach do SWZ nie zostało zdefiniowane pojęcie wady, to należy je rozumieć w sposób zgodny z przepisami ustawy - Kodeks cywilny. Z taką sytuacją mamy do czynienia w skarżonych projektowanych postanowieniach umownych. Wydaje się więc, że istotność wady powinna być oceniana jak wskazano powyżej. W konsekwencji należy przyjąć, że gdy przedmiot umowy będzie mógł być kwalifikowany jako wykonany niezgodnie z projektem i zasadami wiedzy technicznej lub wady będą na tyle istotne, że obiekt nie będzie się nadawał do użytkowania, to wtedy zamawiający będzie miał prawo odstąpienia od umowy. W innym przypadku będzie to niedopuszczalne.</p> <p>Zgodnie bowiem z art. 560 § 4 w zw. z art. 656 §1 w zw. z art. 638 § 1 KC do odstąpienia od umowy z powodu wady fizycznej robót budowlanych stosuje się odpowiednio przepisy dotyczące wad dzieła, a te z kolei odsyłają do umowy sprzedaży. Zamawiający może więc odstąpić od umowy z powodu wady robót wyłącznie w przypadku, gdy wady te mają charakter istotny.</p> <p>Wskazane postanowienia umowy prowadzą do naruszenia</p> <p><u>- art. 560 § 4 w zw. z art. 656 §1 w zw. z art. 638 § 1 KC w zw. z art. 8 ust. 1 Pzp</u></p> <p><u>- art. 16 Pzp w zw. z art. 8 ust. 1 Pzp w zw. z art. 5 i art. 3531 Kodeksu cywilnego</u> poprzez skonstruowanie postanowień w sposób, który powoduje - nieuzasadnione potrzebami Zamawiającego - uprzywilejowanie pozycji Zamawiającego i naruszenie zasady równowagi stron stosunku zobowiązaniowego, co pozostaje w sprzeczności z zasadami współżycia społecznego, godzi w naturę stosunku prawnego, naruszając tym samym równowagę kontraktową stron oraz stanowi nadużycie przez Zamawiającego przysługującego mu prawa podmiotowego do ukształtowania istotnych postanowień umownych.</p>
<p>Lp. 10 § 7 ust. 5</p>	<p>5. Wykonawca zobowiązuje się traktować jako poufne wszelkie informacje dotyczące Zamawiającego lub</p>	<p>5. Wykonawca zobowiązuje się traktować jako poufne wszelkie informacje dotyczące Zamawiającego lub</p>	<p>Przepisy ustawy o dostępie do informacji publicznej (dalej: „udip”) nie naruszają przepisów innych ustaw określających odmienne zasady i tryb dostępu do informacji będących informacjami publicznymi, pod warunkiem że nie ograniczają obowiązków przekazywania informacji</p>

Załącznik nr 1 – Tabela nr 1 do Odwołania Wegner Sp. z o.o. sp. k. z dnia 12 grudnia 2023 r.

<p>§15 ust. 1 pkt 4</p>	<p>inwestycji pozyskane w trakcie realizacji przedmiotu zamówienia, a w szczególności dane finansowe i projektowe. Postanowienie to będzie uwzględnione we wszystkich umowach zawieranych z podwykonawcami lub osobami, którymi wykonawca posługuje się przy wykonywaniu niniejszej Umowy. W razie ich ujawnienia Zamawiający obciąży Wykonawcę karą umowną, o której mowa w § 15 ust. 1 pkt 4.</p> <p><i>za ujawnienie przez Wykonawcę lub jakikolwiek podmiot, którym Wykonawca posługuje się przy wykonaniu umowy, informacji o których mowa w § 7 ust. 5 w wysokości 5 000,00 zł brutto, za każdy taki stwierdzony przypadek;</i></p>	<p>inwestycji pozyskane w trakcie realizacji przedmiotu zamówienia, a w szczególności dane finansowe i projektowe. Postanowienie to będzie uwzględnione we wszystkich umowach zawieranych z podwykonawcami lub osobami, którymi wykonawca posługuje się przy wykonywaniu niniejszej Umowy. W razie ich ujawnienia Zamawiający obciąży Wykonawcę karą umowną, o której mowa w § 15 ust. 1 pkt 4.</p> <p><i>za ujawnienie przez Wykonawcę lub jakikolwiek podmiot, którym Wykonawca posługuje się przy wykonaniu umowy, informacji o których mowa w § 7 ust. 5 w wysokości 5 000,00 zł brutto, za każdy taki stwierdzony przypadek;</i></p>	<p>publicznej do centralnego repozytorium informacji publicznej, prowadzonego przez ministra właściwego do spraw informatyzacji. Oznacza to, że udip. reguluje ogólne zasady postępowania w sprawach dotyczących dostępu do informacji publicznej, a jej przepisów nie stosuje się wyłącznie wtedy, gdy są one nie do pogodzenia z przepisami ustaw szczególnych, które w sposób odmienny regulują zasady i tryb dostępu do informacji publicznej (tak np. wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Gorzowie Wielkopolskim z 19 czerwca 2019 r., II SAB/Go 125/19, Legalis). Taką ustawą jest m.in. Pzp., będąca regulacją szczególną względem udip. i która – w art. 18 ustanawia ogólną zasadę jawności postępowania o udzielenie zamówienia a następnie reguluje ograniczenia tej zasady.</p> <p>W poprzednio obowiązującej ustawie z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych zagadnienie to było uregulowane w art. 139 ust. 3, który wprost stanowił, że umowy są jawne i podlegają udostępnieniu na zasadach określonych w przepisach o dostępie do informacji publicznej. Natomiast w aktualnie obowiązującym Pzp. takiego przepisu nie ma. To sprawia, że podnoszone są czasem wątpliwości co do kwestii jawności umów. Brak odpowiednika art. 139 dPzp w Pzp regulacji mogłyby sugerować, że umowy te nie są jawne. Taka interpretacja jest niewłaściwa.</p> <p>Przesądza o tym przede wszystkim art. 73 ust. 1 Pzp, który wyraźnie stanowi, że umowa w sprawie zamówienia stanowi załącznik do protokołu postępowania, a tym samym podlega udostępnieniu po dokonaniu wyboru najkorzystniejszej oferty (art. 74 ust. 2 Pzp.). W związku z tym nie powinno ulegać żadnej wątpliwości, że na gruncie Pzp umowa w sprawie zamówienia powinna być jawna.</p> <p>Ponadto przepisy Pzp. nie wyłączają w żaden sposób ogólnych regulacji dostępu do informacji, w tym dotyczących kwalifikacji umowy w sprawie zamówienia publicznego jako informacji publicznej w rozumieniu udip.</p> <p>Również umowy o podwykonawstwo stanowią informację publiczną w rozumieniu udip, jeżeli dotyczą realizacji udzielonego wykonawcy przez podmiot zobowiązany na gruncie udip do udostępnienia informacji publicznej zamówienia, w ramach którego zaangażowano środki publiczne. W takim przypadku umowa o podwykonawstwo dotyczy dysponowania środkami publicznymi (wyrok WSA w Olsztynie z 16 marca 2021 r., II SAB/Ol 18/21).</p>
--------------------------------	---	---	--

			Wskazane postanowienie Umowy narusza: <u>- art. 18 Pzp w zw. z art. 73 ust. 1 Pzp oraz art. 74 ust. 1 Pzp.</u>
--	--	--	--