

Poznań, dnia 14 lutego 2022 roku

**Prezes Krajowej Izby Odwoławczej**

**ul. Postępu 17a**

**02-676 Warszawa**

**Dotyczy :** Postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie podstawowym, o którym mowa w art. 275 pkt 1 ustawy z dnia 11 września 2019 roku – Prawo zamówień publicznych, którego przedmiotem jest zadanie inwestycyjne pod nazwą „Budowa Sali gimnastycznej przy szkole podstawowej w Chomęcicach”, numer sprawy : ZP-271.3.2022, numer ogłoszenia o zamówieniu : 2022/BZP 00050423/01 z dnia 8 lutego 2022 roku.

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

**Zamawiający :** Gmina Komorniki, ul. Stawna 1, 62-052 Komorniki, numer telefonu : 618 107 751, adres poczty elektronicznej : [sekretariat@komorniki.pl](mailto:sekretariat@komorniki.pl), REGON : 631258709, NIP : 777-31-40-250, adres strony internetowej prowadzonego postępowania : [www.platformazakupowa.pl/komorniki](http://www.platformazakupowa.pl/komorniki).

## **ODWOŁANIE**

Działając w imieniu Odwołującego - spółki pod firmą AGROBEX Sp. z o.o. na podstawie art. 513 ustawy z dnia 11 września 2019 roku Prawo zamówień publicznych (dalej zwana „PZP”) składam w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego przez Zamawiającego – Gminę Komorniki w trybie przetargu nieograniczonego pod nazwą „Budowa sali gimnastycznej przy szkole podstawowej w Chomęcicach ”, numer sprawy : ZP.271.3.2022 (dalej : „Zamówienie”) **odwołanie na :**

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

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

Niniejsze odwołanie wnoszone jest w postępowaniu o udzielenie zamówienia, którego wartość nie przekracza progów unijnych określonych na podstawie art. 3 ustawy z dnia 11 września 2019 roku – Prawo zamówień publicznych.

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

Składając niniejsze odwołanie Odwołujący **zarzuca** Zamawiającemu :

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

2) naruszenie art. 16 pkt 1) do 3) PZP oraz art. 8 ust. 1 PZP w związku z art. 353<sup>1</sup> k.c., w związku z art. 647 k.c., w związku z art. 471 k.c., w związku z art. 472 k.c. i w związku z art. 480 § 1 k.c., a nadto art. 439 ust. 1 PZP, co nastąpiło w ten sposób, że :

a) w § 3 ust. 3 projektowanych postanowień umowy Zamawiający uzależnił zastosowanie przez Wykonawcę materiałów zamiennych (a zatem także równoważnych) od pisemnej zgody Zamawiającego – w ten sposób postanowienia SWZ opisujące kryteria stosowane w celu oceny równoważności stają się iluzoryczne, gdyż możliwość ich zastosowania uzależniona zostaje dodatkowo od pisemnej zgody Zamawiającego, które nie wymaga jakiegokolwiek uzasadnienia; innymi słowy Zamawiający może odrzucić zaproponowany przez Wykonawcę produkt spełniający wszelkie przesłanki jego równoważności w ten sposób, że po prostu nie wyrazi zgody na jego zastosowanie,

b) w § 4 ust. 5 projektowanych postanowień umowy Zamawiający wskazał, że ryzyka związane ze szkodami na terenie budowy obciążają wykonawcę do czasu podpisania przez Strony „**bez zastrzeżeń**” protokołu odbioru technicznego – podczas, gdy :

- projektowana umowa w ogóle nie przewiduje przeprowadzania odbiorów technicznych, które miałyby być czynnością odrębną od odbiorów robót, ani też projektowana umowa nie definiuje pojęcia odbiorów technicznych,

- zgodnie z ugruntowanym orzecnictwem sądów wydawanym na tle przepisu art. 647 k.c., Zamawiający uprawniony jest do dokonania odmowy odbioru robót wyłącznie w przypadku, gdy roboty dotknięte są wadami istotnymi, nie zaś w przypadku, gdy w protokole odbioru wpisane zostały jakiegokolwiek zastrzeżenia,

c) w § 4 ust. 6 projektowanych postanowień umowy Zamawiający wskazał, że za datę wykonania przedmiotu umowy uznaje się dzień podpisania przez Strony „**bez zastrzeżeń**” protokołu odbioru końcowego robót – podczas gdy zgodnie z ugruntowanym orzecnictwem sądów wydawanym na tle przepisu art. 647 k.c., Zamawiający uprawniony jest do dokonania odmowy odbioru robót wyłącznie w przypadku, gdy roboty dotknięte są wadami istotnymi, nie zaś w przypadku, gdy w protokole odbioru wpisane zostały jakiegokolwiek zastrzeżenia,

d) w § 8 ust. 2 projektowanych postanowień umowy Zamawiający zawarł postanowienie które może być rozumiane w ten sposób, że wykonawca ponosi odpowiedzialność za niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania niezależnie od tego, czy spowodowane to zostało okolicznościami przez wykonawcę zawinionymi czy też niezawinionymi; Innymi słowy wskazane postanowienie bezpodstawnie rozszerza odpowiedzialność wykonawcy przewidzianą w art. 471 k.c. i 472 k.c., co traktować należy jako sprzeczne z zasadami współżycia społecznego wykorzystanie przez Zamawiającego uprzywilejowanej pozycji organizatora przetargu i twórcy projektowanych postanowień umowy,

e) w § 16 ust. 2 pkt 2) projektowanych postanowień umowy Zamawiający przyznał sobie uprawnienie do odstąpienia od umowy w przypadku, gdy wykonawca przerwał realizację robót na czas dłuższy niż trzydzieści dni „bez zgody Zamawiającego” podczas, gdy uprawnienie Zamawiającego do odstąpienia od umowy powinno być związane z przerwaniem przez wykonawcę prowadzenia robót z powodu okoliczności zawinionych przez Wykonawcę – przerwa w realizacji robót może być spowodowana okolicznościami nie zawinionymi przez Wykonawcę, a mimo to Zamawiający może nie wyrazić zgody na przerwę w realizacji robót i w ten sposób uprawniony będzie do odstąpienia od umowy,

f) w § 16 ust. 3 projektowanych postanowień umowy Zamawiający przyznał sobie uprawnienie do powierzenia wykonania umowy osobie trzeciej „na koszt i ryzyko” wykonawcy w każdym przypadku, gdy wykonawca realizuje przedmiot zamówienia w sposób sprzeczny z umową, podczas, gdy przepis art. 480 k.c. przyznaje takie uprawnienie wierzycielowi wyłącznie w przypadku zwłoki w wykonaniu zobowiązania (nie zaś w każdym przypadku wykonywania zobowiązania niezgodnie z umową), a nadto przepis art. 480 k.c. upoważnia wierzyciela do wykonania czynności na koszt dłużnika, ale już nie na jego ryzyko; nie ma żadnego powodu, dla którego wykonawca miałby ponosić ryzyko nienależytego wykonania robót przez podmiot trzeci; tak ukształtowany model wykonawstwa zastępczego jest niezgodny z zasadami współżycia społecznego,

g) w § 16 ust. 6 projektowanych postanowień umowy Zamawiający nałożył na wykonawcę obowiązek zabezpieczenia placu budowy w przypadku odstąpienia od umowy przez którąkolwiek ze Stron, nie regulując przy tym kwestii tego, kto ponosi koszty zabezpieczenia robót – wykonawca może odstąpić od umowy z przyczyn zawinionych przez Zamawiającego, i wówczas to Zamawiający winien ponosić koszty zabezpieczenia robót,

h) w § 17 ust. 16 lit. b) Zamawiający przewidział dokonanie waloryzacji wynagrodzenia dopiero wówczas, gdy wartość zmiany cen materiałów przekroczy 12% - tak wysoki wskaźnik wzrostu cen oznacza, że waloryzacja wynagrodzenia staje się czysto iluzoryczna, co jest sprzeczne z zasadami współżycia społecznego; zdaniem Odwołującego wskaźnik wzrostu cen materiałów uzasadniający zastosowanie waloryzacji winien wynosić 3%. Nadto Zamawiający wzmocnił iluzoryczność waloryzacji wymogiem, aby wzrost cen materiałów utrzymywał się przez dalsze dwa miesiące po przekroczeniu zakładanego wskaźnika wzrostu cen, co oznacza, że może zabraknąć czasu na dokonanie waloryzacji lub na dokonanie powtórnej waloryzacji, mimo, iż projektowana umowa zakłada możliwość dwukrotnej waloryzacji wynagrodzenia.

Odwołujący podaje, że wskazane powyżej uchybienie przepisowi art. 99 ust. 6 PZP może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, gdyż uniemożliwia on Odwołującemu złożenie oferty przy zastosowaniu produktów i materiałów równoważnych, innymi słowy – oferty korzystniejszej niż oferta, w ramach której Odwołujący nie ma możliwości zaproponowania produktów równoważnych.

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

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

- 1) odnośnie zarzutu sformułowanego w pkt 1 : dokonanie zmian w załączniku do SWZ zatytułowanym „Kryteria równoważności” zgodnie z wykazem proponowanych zmian załączonym do niniejszego odwołania (załącznik nr 1),
- 2) odnośnie zarzutu sformułowanego w pkt 2 lit. a) : dokonanie zmiany § 3 ust. 3 projektowanych postanowień umowy w ten sposób, iż otrzyma on następujące nowe brzmienie : „3. *Strony dopuszczają możliwość zastosowania materiałów zamiennych w stosunku do przyjętych w projekcie technicznym, spełniających wymogi obowiązujących norm.*”,
- 3) odnośnie zarzutu sformułowanego w pkt 2 lit. b) : dokonanie zmiany § 4 ust. 5 projektowanych postanowień umowy w ten sposób, iż otrzyma on następujące nowe brzmienie : „5. *Z chwilą protokolarnego przejścia terenu budowy na Wykonawcę przechodzą wszelkie ryzyka związane ze szkodami na tym terenie do czasu podpisania przez Strony protokołu odbioru końcowego robót.*”,
- 4) odnośnie zarzutu sformułowanego w pkt 2 lit. c) : dokonanie zmiany § 4 ust. 6 projektowanych postanowień umowy w ten sposób, iż otrzyma on następujące nowe brzmienie : „6. *Za datę wykonania przedmiotu Umowy uznaje się dzień podpisania przez Strony protokołu odbioru końcowego robót.*”,
- 5) odnośnie zarzutu sformułowanego w pkt 2 lit. d) : skreślenie w całości § 8 ust. 2 projektowanych postanowień umowy,
- 6) odnośnie zarzutu sformułowanego w pkt 2 lit. e) : dokonanie zmiany § 16 ust. 2 pkt 2) projektowanych postanowień umowy w ten sposób, iż otrzyma on następujące nowe brzmienie : „2) *Wykonawca przerwał realizację robót bez uzasadnionej przyczyny i przerwa trwa dłużej niż jeden miesiąc;*”,
- 7) odnośnie zarzutu sformułowanego w pkt 2 lit. f) : dokonanie zmiany § 16 ust. 3 projektowanych postanowień umowy w ten sposób, iż otrzyma on następujące nowe brzmienie : „3. *Zamawiający uprawniony jest do odstąpienia od umowy jeżeli Wykonawca pozostaje w zwłoce przekraczającej 30*

*(trzydzieści) dni co do terminów wynikających z harmonogramu robót lub realizuje Przedmiot Zamówienia w sposób sprzeczny z umową, a Zamawiający uprzednio bezskutecznie wezwał Wykonawcę do usunięcia takiego naruszenia lub bezskutecznie wezwał Wykonawcę do zmiany sposobu realizacji Umowy, wyznaczając odpowiedni termin.”,*

8) odnośnie zarzutu sformułowanego w pkt 2 lit. g) : dokonanie zmiany § 16 ust. 6 projektowanych postanowień umowy w ten sposób, iż po jego dotychczasowej treści dodane zostanie zdanie drugie w brzmieniu : *„Koszty zabezpieczenia placu budowy poniesie Strona ponosząca odpowiedzialność za okoliczności, które stanowiły podstawę odstąpienia od umowy.”,*

9) odnośnie zarzutu sformułowanego w pkt 2 lit. h) : dokonanie zmiany § 17 ust. 16 lit b) projektowanych postanowień umowy w ten sposób, iż otrzyma on następujące nowe brzmienie : *„b) wynagrodzenie będzie podlegało waloryzacji po upływie minimum 180 dni od dnia upływu terminu składania ofert w postępowaniu, które doprowadziło do zawarcia niniejszej umowy, gdy wartość zmiany cen ww. materiałów przekroczy w tym okresie 3% w stosunku do stawek przyjętych przez Wykonawcę w kosztorysie, stanowiącym załącznik nr 2 do umowy,”.*

#### **UZASADNIENIE**

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

Nadto Odwołujący wskazuje na fakt, że szereg postanowień projektu umowy Zamawiający sformułował w sposób, który powoduje, że tak ukształtowany stosunek prawny sprzeczny będzie z zasadami współżycia społecznego oraz z przepisami prawa. Przede wszystkim stosowanie materiałów zamiennych Zamawiający uzależnił od swojej zgody. Jednak Zamawiający nie zdefiniował pojęcia materiałów zamiennych, co oznacza, że pod tym pojęciem może on rozumieć także produkty równoważne. Zatem nawet, jeśli Odwołujący zaproponowałby zastosowanie materiałów i rozwiązań równoważnych, zgodnych ze (już przecież i tak nieprawidłowym) opisem cech przyjmowanych w celu oceny równoważności, to i tak Odwołujący nie ma pewności, czy Zamawiający wyrazi zgodę na zastosowanie przez Odwołującego takiego materiału równoważnego. Taki stan rzeczy stwarza wysoki stopień niepewności, zwłaszcza co do kosztów wykonania robót.

Nadto Zamawiający utożsamiał wykonanie przedmiotu umowy z podpisaniem przez niego protokołu końcowego odbioru robót bez jakichkolwiek zastrzeżeń. Oznacza to, że wpisanie do protokołu nawet drobnych zastrzeżeń powodować będzie, iż nie będzie można przyjąć, że wykonawca zrealizował przedmiot umowy. Zgodnie z przepisem art. 647 k.c. obowiązkiem inwestora jest odebranie robót. Zgodnie z wyrokiem Sądu Najwyższego z dnia 12 marca 2021 roku, V CSKP 14/21 *„Inwestor jest uprawniony do odmowy odbioru obiektu tylko wówczas, gdy jest on dotknięty wadą istotną, tj. taką, która czyni go niezdatnym do umówionego użytku zgodnie z przeznaczeniem lub prowadzi do wykonania robót w sposób wyraźnie sprzeciwiający się umowie. Jeżeli natomiast wady nie są istotne w powyższym znaczeniu, to inwestor nie może odmówić jego odbioru ...”*. Z treści wskazanego wyroku Sądu Najwyższego wyraźnie wynika, że Zamawiający, utożsamiając wykonanie przedmiotu umowy z podpisaniem protokołu odbioru robót bez zastrzeżeń, naruszył przepis art. 647 k.c. Z tych samych powodów przyjąć należy, że Zamawiający naruszył przepis art. 647 k.c. w postanowieniu projektowanej umowy, zgodnie z którym wykonawca ma ponosić odpowiedzialność za szkody zaistniałe na terenie budowy aż do momentu podpisania protokołu przeglądu technicznego bez zastrzeżeń. Zresztą w tym przypadku postanowienie § 4 ust. 5 projektowanej umowy jest niespójne z pozostałymi postanowieniami umowy, gdyż przepis ten mówi o protokole odbioru technicznego podczas, gdy w pozostałych postanowieniach umowy mowa jest o protokołach odbioru częściowych i końcowym.

Ponadto Zamawiający narusza dobre obyczaje i zasady współżycia społecznego, gdy formułuje postanowienia projektowanej umowy w taki sposób, iż mogą one być rozumiane jako rozszerzenie odpowiedzialności wykonawcy za okoliczności, za zaistnienie których wykonawca nie ponosi winy. Ta uwaga dotyczy § 8 ust. 2 projektowanej umowy, zgodnie z którym wykonawca ma ponosić wyłączną odpowiedzialność za wszelkie szkody będące następstwem niewykonania lub nienależytego wykonania przedmiotu Umowy, które to szkody Wykonawca zobowiązuje się pokryć w pełnej wysokości. Wskazane postanowienie jest nieprecyzyjne. Może ono być rozumiane jako konstytuujące odpowiedzialność wykonawcy na zasadzie ryzyka. Ponadto, jeżeli intencją Zamawiającego nie było rozszerzanie odpowiedzialności wykonawcy, to wskazane postanowienie jest zbędne, gdyż przepisy art. 471 k.c., 472 k.c. i następne w sposób dostatecznie jasny precyzują zasady odpowiedzialności w przypadku niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania. Nieudolne powielanie tych przepisów może wprowadzać wątpliwości co do intencji stron umowy. W ten sposób Zamawiający naruszył przepis art. 8 ust. 1 PZP w związku z art. 353<sup>1</sup> k.c. Nadto Zamawiający naruszył w ten sposób przepis art. 16 pkt 2) PZP nakazujący mu przeprowadzenie postępowania w sposób przejrzysty.

Nadto Odwołujący wskazuje, że w § 16 ust. 2 pkt 2) projektowanych postanowień umowy Zamawiający przyznał sobie uprawnienie do odstąpienia od umowy w przypadku, gdy wykonawca przerwał realizację robót na czas dłuższy niż trzydzieści dni **„bez zgody Zamawiającego”**. Zdaniem Odwołującego uprawnienie Zamawiającego do odstąpienia od umowy powinno być związane z przerwaniem przez wykonawcę prowadzenia robót z powodu okoliczności zawinionych przez wykonawcę. Przecież może się zdarzyć, że wykonawca przerwie roboty z powodu niezawinionych przez siebie okoliczności. Nie jest ani słuszne ani zasadne, aby w takim przypadku Zamawiający uprawniony był do odstąpienia od umowy tylko z tego względu, że nie wyraził zgody na zaistnienie tych (niezawinionych przez wykonawcę) okoliczności. Wskazane postanowienie proponowanej umowy także narusza zasady współżycia społecznego, a zatem narusza art. 8 ust. 1 PZP w związku z art. 353<sup>1</sup> k.c.

Te same przepisy zostały zdaniem Odwołującego naruszone w przypadku § 16 ust. 3 projektowanych postanowień umowy, gdzie Zamawiający przyznał sobie uprawnienie do powierzenia

wykonania umowy osobie trzeciej „na koszt i ryzyko” wykonawcy w każdym przypadku, gdy wykonawca realizuje przedmiot zamówienia w sposób sprzeczny z umową. Zgodnie z przepisem art. 480 § 1 k.c. w razie zwłoki dłużnika w wykonaniu zobowiązania czynienia, wierzyciel może, zachowując roszczenie o naprawienie szkody, żądać upoważnienia przez sąd do wykonania czynności na koszt dłużnika. Jak z powyższego wynika, omawiany przepis upoważnia wierzyciela do powierzenia wykonania zastępczego tylko w przypadku zwłoki dłużnika nie zaś w każdym przypadku wykonywania zamówienia w sposób sprzeczny z umową, gdyż pod tym pojęciem mieszczą się wszelkie, nawet najdrobniejsze uchybienia wykonawcy. Nadto zgodnie z rozwiązaniem kodeksowym wykonawstwo zastępcze polega na wykonaniu czynności na koszt dłużnika, ale już nie na jego ryzyko. Zdaniem Odwołującego, rozwiązanie przewidziane w art. 480 k.c. w sposób dostateczny zabezpiecza interesy Zamawiającego. Sprzeczne z zasadami współzycia społecznego jest takie kształtowanie stosunku zobowiązaniowego, w którym wykonawcę ma obciążać ryzyko nienależytego wykonania zobowiązania przez wykonawcę zastępczego. Nadto sprzeczne z zasadami współzycia społecznego jest rozwiązanie, w ramach którego Zamawiający może zastosować instytucję wykonawstwa zastępczego w przypadku, gdy wykonawca dopuszcza się nawet tylko drobnych uchybień.

W § 16 ust. 6 projektowanych postanowień umowy Zamawiający nałożył na wykonawcę obowiązek zabezpieczenia placu budowy w przypadku odstąpienia od umowy przez którąkolwiek ze Stron, nie regulując przy tym kwestii tego, kto ponosi koszty zabezpieczenia robót. Należy sądzić, że skoro taki obowiązek nałożony został na wykonawcę, to musi on także ponieść koszty zabezpieczenia robót. Tymczasem nie jest to rozwiązanie uczciwe. Może się bowiem zdarzyć, że odstąpienie od umowy nastąpi z powodu okoliczności, które dotyczą Zamawiającego. W takim przypadku to Zamawiający powinien ponieść koszty zabezpieczenia robót. Wskazane rozwiązanie narusza zasady współzycia społecznego, a zatem także art. 8 ust. 1 PZP w związku z art. 353<sup>1</sup> k.c.

W § 17 ust. 16 lit. b) Zamawiający przewidział dokonanie waloryzacji wynagrodzenia dopiero wówczas, gdy wartość zmiany cen materiałów przekroczy 12%. Tak wysoki wskaźnik wzrostu cen oznacza, że waloryzacja wynagrodzenia staje się czysto iluzoryczna. Może się bowiem okazać, że nawet przy obecnie wysokiej inflacji, taki wskaźnik nie zostanie osiągnięty. Zdaniem Odwołującego wskaźnik wzrostu cen nie powinien być wyższy niż 3%. Iluzoryczność waloryzacji wzmaga dodatkowe postanowienie o tym, że wzrost cen ma się utrzymywać jeszcze przez dalsze dwa miesiące. Może się okazać, że nawet po przekroczeniu zakładanego wzrostu cen, zabraknie po prostu czasu na dokonanie waloryzacji, a z pewnością zabraknie czasu na dokonanie ponownej waloryzacji, mimo, iż umowa przewiduje możliwość dwukrotnego waloryzowania wynagrodzenia. Także i to postanowienie proponowanej umowy uznać należy za sprzeczne z zasadami współzycia społecznego (art. 8 ust. 1 PZP w związku z art. 353<sup>1</sup> k.c.), ale także za sprzeczne z art. 439 ust. 1 PZP, z tego powodu, iż mimo, że formalnie wprowadzona do umowy, to jednak klauzula waloryzacyjna ma taką treść, iż w zasadzie nie będzie ona miała zastosowania. Zaproponowane postanowienie stanowi w istocie obejście przepisu art. 439 ust. 1 PZP.

Mając na uwadze powyższe odwołanie niniejsze jest uzasadnione.

Załączniki :

- dowód uiszczenia wpisu od niniejszego odwołania,
- dowód przekazania niniejszego odwołania Zamawiającemu wraz z załącznikami,
- pełnomocnictwo udzielone pracownikowi Odwołującego – Panu Marcinowi Liszkowskiemu,
- pełnomocnictwo udzielone radcy prawnemu – Panu Sławomirowi Uschler,
- Informacja odpowiadająca odpisowi aktualnemu z Rejestru Przedsiębiorców Krajowego Rejestru Sądowego dla Odwołującego,
- KRS spółki Agrobex
- załącznik nr 1 – uwagi do opisu kryteriów stosowanych w celu oceny równoważności wraz z załącznikami dokumentacji wskazującej materiały poprzez znaki towarowe patenty lub pochodzenie.