



Warszawa, dnia 20 marca 2023 r.

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

**Zamawiający:**

**Miasto Bydgoszcz**

ul. Jezuicka 1, 85-102 Bydgoszcz

NIP: 953-10-11-863, REGON: 092351297

*prowadzący postępowanie:*

Urząd Miasta Bydgoszczy

Wydział Zamówień Publicznych

ul. Grudziądzka 9-15, 85-130 Bydgoszcz

bud. B, II piętro, pok. 208

e-mail: [wzp@um.bydgoszcz.pl](mailto:wzp@um.bydgoszcz.pl)

e-mail: [przetargi@um.bydgoszcz.pl](mailto:przetargi@um.bydgoszcz.pl)

**Odwołujący:**

**Budimex S.A.**

ul. Siedmiogrodzka 9, 01-204 Warszawa

KRS: 0000001764

*reprezentowany przez:*

r.pr. Annę Wrzesień

*adres do doręczeń:*

BUDIMEX S.A.

ul. Siedmiogrodzka 9, 01-204 Warszawa

e-mail: [anna.wrzesien@budimex.pl](mailto:anna.wrzesien@budimex.pl)

**Dotyczy:** postępowania prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego pn. *Budowa, przebudowa oraz zmiana sposobu użytkowania obiektów Zajezdni Tramwajowej przy ul. Toruńskiej 278 w Bydgoszczy – Etap 1* (nr sprawy: WZP.271.1.2023.E; dalej jako „**Postępowanie**”)

Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 8 marca 2023 r. pod numerem 2023/S 048-142841.

**ODWOŁANIE**

Działając w imieniu Budimex S.A. z siedzibą w Warszawie (dalej jako „**Odwołujący**”) na podstawie art. 513 pkt 1) w zw. z art. 505 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (dalej jako „**ustawa Pzp**”), niniejszym wnoszę odwołanie od czynności Zamawiającego polegającej na ustaleniu treści Specyfikacji Warunków Zamówienia dotyczącej Postępowania (dalej jako: „**SWZ**”), w sposób naruszający przepisy ustawy Pzp i KC.



**Niniejszym Odwołujący zarzuca Zamawiającemu naruszenie w szczególności następujących przepisów:**

- 1. art. 8 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 5 i 353(1) KC w zw. z art. 647 KC w zw. z art. 453 ust. 1 i 2 ustawy Pzp w zw. z art. 16 ustawy Pzp** poprzez wprowadzenie do Umowy niespójnych postanowień, uzależniających zwrot 70% kwoty zabezpieczenia od usunięcia wszelkich wad zidentyfikowanych w ramach przedmiotu umowy, co godzi w istotę i naturę umowy o roboty budowlane, będąc jednocześnie postanowieniem niekorzystnym dla wykonawców, naruszającym bezwzględnie obowiązujące przepisy prawa oraz równowagę stron umowy i prowadzącym do naruszenia praw podmiotowych wykonawców;
- 2. art. 8 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 5 i 353(1) KC w zw. z art. 647 KC w zw. z art. 644 KC w zw. z art. 16 ustawy Pzp** poprzez zawarcie w treści Umowy postanowień uprawniających Zamawiającego – w przypadku odstąpienia od Umowy – do odmowy zapłaty wynagrodzenia w przypadku wystąpienia jakichkolwiek zastrzeżeń względem wykonanych robót, podczas gdy zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa uprawnienie Zamawiającego do odmowy odbioru i zapłaty wynagrodzenia dotyczy wyłącznie sytuacji zidentyfikowania wad istotnych, uniemożliwiających korzystanie z przedmiotu umowy zgodnie z jego przeznaczeniem;
- 3. 447 ust. 1 i 2 ustawy Pzp w zw. z art. 16 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 5 i 353(1) KC** poprzez wprowadzenie do Umowy postanowień, wskazujących na możliwość wstrzymania wypłaty wynagrodzenia należnego wykonawcy (tj. braku rozpoczęcia biegu terminu zapłaty względem całej faktury) w przypadku nieprzekazania dowodów potwierdzających zapłatę wynagrodzenia na rzecz podwykonawców bez wskazania części zatrzymywanego wynagrodzenia, podczas gdy dyspozycja art. 447 ustawy Pzp umożliwia Zamawiającemu wstrzymanie zapłaty wynagrodzenia tylko w odpowiedniej części, tj. w zakresie, dla którego nie przedstawiono dowodów zapłaty;
- 4. art. 8 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 5 i 353(1) KC w zw. z art. 484 KC w zw. z art. 483 KC w zw. z art. 16 ustawy Pzp** poprzez zdefiniowanie w ramach Umowy kar umownych w §12 ust. 2 pkt 1) lit. b) – f) w taki sposób, iż stanowią one zdublowanie mechanizmów zabezpieczenia interesów Zamawiającego w danym zakresie, nie stanowiąc środka do kompensacji realnej szkody po stronie Zamawiającego, względnie poprzez określenie ich wysokości w sposób rażąco wygórowany, co jest nadmiernym i nieadekwatnym obciążeniem wykonawcy w stosunku do specyfiki realizacji i uwarunkowań rynkowych, będąc jednocześnie postanowieniem niekorzystnym dla wykonawców, naruszającym równowagę stron umowy i prowadzącym do naruszenia praw podmiotowych wykonawców;
- 5. art. 8 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 5 i 353(1) KC w zw. z art. 484 KC w zw. z art. 483 KC w zw. z art. 16 ustawy Pzp w zw. z art. 433 pkt 3) ustawy Pzp** poprzez nałożenie na wykonawców podwójnej odpowiedzialności za przypadki niezgodnionego z Zamawiającym zamknięcia torowego bez jednoczesnego zdefiniowania zasad i procedury ustalania niezbędnych zamknięć torowych, co generuje sytuację nałożenia na wykonawców odpowiedzialności również za przypadki przez nich niezawinione, stanowiąc jednocześnie nadmierne i nieadekwatne obciążenie wykonawców w stosunku do specyfiki realizacji i uwarunkowań rynkowych, będąc jednocześnie postanowieniem niekorzystnym dla wykonawców, naruszającym równowagę stron.



**W związku z powyższymi zarzutami Odwołujący wnosi o:**

- 1) uwzględnienie odwołania,
- 2) nakazanie Zamawiającemu dokonania zmiany treści SWZ w sposób wskazany w uzasadnieniu niniejszego odwołania.

**Interes i szkoda:**

W wyniku naruszenia przez Zamawiającego wskazanych przepisów ustawy Pzp interes Odwołującego w uzyskaniu zamówienia doznał uszczerbku, ponieważ Odwołujący jest wykonawcą zainteresowanym pozyskaniem przedmiotowego zamówienia i może ponieść szkodę na skutek naruszeń, których dopuścił się Zamawiający. Szkoda ta polega na wyłączeniu możliwości pozyskania zamówienia, a w konsekwencji osiągnięcia zysku w związku z jego realizacją. Powyższe dowodzi naruszenia interesu w uzyskaniu zamówienia, co czyni zadość wymogom określonym w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp do wniesienia niniejszego odwołania.

**Zachowanie terminu i wymogów formalnych:**

Odwołanie zostało wniesione z zachowaniem ustawowego terminu, gdyż ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 8 marca 2023 r. Biorąc pod uwagę powyższe, 10-dniowy termin na wniesienie odwołania, o którym mowa w art. 515 ust. 2 pkt 1) ustawy Pzp w zw. z art. 509 ust. 2 ustawy Pzp, został zachowany.

Odwołujący uiszczył wpis od niniejszego odwołania w wymaganej wysokości oraz przekazał kopię niniejszego odwołania wraz z załącznikami Zamawiającemu.

**UZASADNIENIE**

**I. Uwagi ogólne**

1. Biorąc pod uwagę fakt, że formułowane w ramach niniejszego Odwołania zarzuty dotyczą zasadniczo treści Umowy udostępnionej przez Zamawiającego w ramach załączników do treści SWZ, na wstępie wskazujemy, że jakkolwiek Odwołujący akceptuje, że Zamawiający jako gospodarz postępowania ma pewną swobodę w formułowaniu warunków realizacyjnych, to swoboda ta nie powinna mieć charakteru nieograniczonego, w tym nie może prowadzić do nadużycia własnego prawa podmiotowego. Treść przyszłego stosunku zobowiązaniowego kreowanego przez Zamawiającego, niezależnie od przysługującej Zamawiającemu uprzywilejowanej pozycji, powinien być tak ukształtowany aby realizacja zamówienia była możliwa. **Celem Zamawiającego powinno być również dążenie do osiągnięcia korzystnych rynkowo cen. Zamawiający nie powinien konstruować umowy w sposób, który negatywnie wpłynie na ilość złożonych w przetargu ofert. Nie może także przerzucić całości ryzyka gospodarczego na wykonawcę.**<sup>1</sup> Postanowienia umowy powinny zostać przy tym określone w sposób na tyle precyzyjny, aby wykonawca był w stanie określić cenę

<sup>1</sup> Wyrok Sądu Okręgowego Warszawa-Praga z dnia 16 sierpnia 2005 r., sygn. akt IV Ca 508/05.  
www.budimex.pl



ofertową. W sytuacji, w której nie jest możliwe podanie katalogu zamkniętego okoliczności, z którymi wiążą się określone następstwa, Zamawiający powinien dążyć do jak najpełniejszego ich wyszczególnienia.<sup>2</sup> W odniesieniu do określania zasad przyszłego stosunku zobowiązaniowego, podkreślenia wymaga, że swobodę umów ograniczają m.in. zasady współżycia społecznego oraz bezwzględnie obowiązujące przepisy (art. 353<sup>1</sup> KC).

2. I tak, w dziedzinie stosunków zobowiązaniowych, z których znaczna część służy wymianie dóbr i usług, **podstawowe znaczenie ma wymóg zapewnienia tzw. słuszności (sprawiedliwości) kontraktowej, rozumianej jako równomierny rozkład uprawnień i obowiązków w stosunku prawnym, czy też korzyści i ciężarów oraz szans i ryzyk związanych z powstaniem i realizacją tego stosunku.** Badając umowę pod względem słuszności kontraktowej, trzeba pamiętać o podstawowym założeniu prawa cywilnego, według którego umowy służą realizacji woli stron je zawierających. O naruszeniu zasad współżycia społecznego w postaci wymogu sprawiedliwości umowy można więc mówić wtedy, gdy zawarta przez stronę umowa nie jest wyrazem jej w pełni swobodnie i rozważnie podjętej decyzji, gdyż na treść umowy wpłynął brak koniecznej wiedzy czy presja ekonomiczna (np. wynikająca z faktu korzystania przez kontrahenta z pozycji dominującej), a przyczyną tego nie jest niedbalstwo samego pokrzywdzonego. Dalsza przesłanka uznania umowy za wykraczającą poza granice kompetencji stron wynika z istoty zasad współżycia społecznego jako ocen i norm moralnych, a polega również na uwzględnieniu postawy drugiej strony umowy. Negatywna ocena umowy ze względu na kryteria moralne uzasadniona jest tylko w tych przypadkach, gdy kontrahentowi osoby pokrzywdzonej można postawić zarzut złego postępowania, polegającego na wykorzystaniu (świadomym lub spowodowanym niedbalstwem) swojej przewagi. Tak też jednoznacznie stwierdził Sąd Najwyższy w wyrokach o sygn. IV CSK 478/07 oraz II CSK 528/10. **Takiej 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.**<sup>3</sup>

## II. Zarzuty dotyczące zasad zwolnienia zabezpieczenia i rozliczenia umowy w przypadku odstąpienia – zarzut nr 1 i 2

1. Zamawiający w ramach Umowy wprowadził m.in. następujące postanowienia:
  - **§13 ust. 12 Umowy:** *Podpisanie Protokołu dotyczącego odbioru Etapu 2 przedmiotu umowy bez uwag lub podpisanie protokołu usunięcia wad, o którym mowa w ust. 8, rozpoczyna bieg terminu na zwrot (zwolnienie)\* zabezpieczenia należytego wykonania umowy, ustalonego w § 11 ust. 4 pkt 2 lit. a) umowy.*
  - **§20 ust. 4 pkt 3) lit. e) Umowy:** *W wypadku odstąpienia od umowy w części lub odstąpienia od umowy z przyczyn, które nie obciążają Wykonawcy, Wykonawcę oraz Zamawiającego obciążają następujące obowiązki (...) Wykonawcy należy się wynagrodzenie wyłącznie za odebrane przez Zamawiającego bez zastrzeżeń roboty budowlane.*

<sup>2</sup> Wyrok KIO z dnia 20 stycznia 2014 r., sygn. akt KIO 2949/13.

<sup>3</sup> KIO w wyrokach o sygn. KIO 1910/11 i KIO 1918/11.



2. Cechą wspólną ww. postanowień jest uzależnienie wdrożenia określonych mechanizmów (odpowiednio zwolnienia zabezpieczenia czy rozliczenia umowy przy odstąpieniu) od braku jakichkolwiek zastrzeżeń Zamawiającego dotyczących wykonanych robót. Tym samym, cytowane na wstępie postanowienia umowne dają Zamawiającemu **uprawnienie do podjęcia takich samych działań zarówno w odniesieniu do wad istotnych (uniemożliwiających prawidłowe korzystanie z rezultatu prac) jak i wad nieistotnych (usterek nie mających wpływu na możliwość korzystania z efektu wykonanych prac)**, co jest niezgodne zarówno z praktyką budowlaną jak i bezwzględnie obowiązującymi przepisami prawa.
3. Projektowane przez Zamawiającego postanowienia w tym zakresie generują jednocześnie niespójność w ramach Umowy, o tyle, że Zamawiający sam ma świadomość konieczności odmiennego potraktowania sytuacji wystąpienia wad istotnych i nieistotnych przedmiotu umowy. Definiując bowiem zasady odbioru robót w ramach §13 ust. 5 Umowy Zamawiający różnicuje sytuację wystąpienia każdej z nich, wskazując jednocześnie odpowiednio w ramach §14 ust. 1 Umowy oraz §15 ust. 5 Umowy, że **tak wypłata wynagrodzenia jak i rozpoczęcie biegu rękojmi i gwarancji skorelowane będą z podpisaniem protokołu odbioru końcowego**, który można uzyskać również w przypadku zidentyfikowania w ramach przedmiotu umowy wad o charakterze nieistotnym (vide §13 ust. 5 pkt 1) lit. b) w zw. z §13 ust. 6 Umowy).
4. Takie podejście Zamawiającego skorelowane jest zresztą z bezwzględnymi obowiązkami nałożonymi na inwestora poprzez dyspozycję art. 647 KC, który wskazuje, że jednym z podstawowych obowiązków inwestora, w tym wypadku Zamawiającego, w ramach umowy o roboty budowlane jest dokonanie odbioru robót. Prawidłowość takiego działania potwierdza również orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej jak i sądów okręgowych, sankcjonujące wprowadzanie tzw. bezusterkowego odbioru robót:
  - **Wyrok SN z 14.02.2007 r.; sygn. akt II CNP 70/06**  
*„Oddanie dzieła nie powoduje wymagalności wierzytelności przyjmującego zamówienie o wynagrodzenie, gdy oddane dzieło jest dotknięte wadą istotną, tj. czyniącą je niezdatnym do zwykłego użytku lub sprzeciwiającą się wyraźnie umowie. Jeżeli natomiast dzieło ma tylko wadę nieistotną, należy uznać, że jego oddanie powoduje, w myśl art. 642 § 1 KC, wymagalność wierzytelności przyjmującego zamówienie o wynagrodzenie za dzieło.”*
  - **Wyrok SA we Wrocławiu z 18.12.2013 r.; sygn. akt I ACa 1302/13:**  
*„Jedynie w sytuacji, gdy oddane dzieło jest dotknięte wadą istotną, tj. czyniącą je niezdatnym do zwykłego użytku lub sprzeciwiającą się wyraźnie umowie, zamawiający może odmówić jego odebrania. Jeżeli natomiast dzieło ma tylko wadę nieistotną, zamawiający nie może skutecznie uchylić się od odebrania dzieła. Te uwagi należy odnieść także do umowy o wykonanie robót budowlanych czy też umowy o wykonanie remontu budynku.”*
  - **Wyrok SA we Wrocławiu z 18.10.2012 r. I ACa 1046/12:**  
*„Przez wykonanie - oddanie dzieła (odpowiednio robót budowlanych) rozumieć należy taką sytuację, gdy roboty zostały wykonane zgodnie z zakresem przedmiotowym umowy, na co nie ma wpływu ewentualne posiadania przez dzieło lub wykonane roboty budowlane, nieistotnych wad,*



usterek i niedoróbek. Nawet ujawnienie wad robót budowlanych nie zwalnia inwestora od obowiązku dokonania odbioru robót (wynika on z art. 647 KC), z tą bowiem chwilą nabywa on uprawnienia z tytułu rękojmi przewidziane w art. 637 KC i art. 638 KC. Możliwość odstąpienia od umowy przewidziana jest jedynie wtedy, kiedy dzieło (roboty budowlane) posiada wady istotne. Zgłaszane zarzuty odnoszące się do wad nieistotnych, nie stanowią podstawy, ani do odmowy sporządzenia protokołu końcowego odbioru robót powierzonych stronie powodowej, ani też do odstąpienia od umowy. Ewentualnie mogłyby rodzić, o ile byłyby zasadne roszczenia z rękojmi i gwarancji.”

• **Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 8 listopada 2019 r. (sygn. akt KIO 2017/19, KIO 2027/19):**

Stosownie do 647 k.c. przez umowę o roboty budowlane wykonawca zobowiązuje się do oddania przewidzianego w umowie obiektu, wykonanego zgodnie z projektem i zasadami wiedzy technicznej, a inwestor zobowiązuje się do dokonania wymaganych przez właściwe przepisy czynności związanych z przygotowaniem robót, w szczególności do przekazania terenu budowy i dostarczenia projektu, oraz do odebrania obiektu i zapłaty umówionego wynagrodzenia. Z powyższego przepisu wynika, iż jednym z podstawowych obowiązków zamawiającego jest dokonanie odbioru wykonanych przez wykonawcę robót. W sytuacji, zatem, gdy obiekt zostanie wykonany zgodnie z projektem, obowiązującymi przepisami i sztuką budowlaną oraz gdy zostanie wydana pozytywna decyzja o pozwoleniu na użytkowanie, to w przypadku zgłoszenia obiektu do odbioru zamawiający winien do niego przystąpić. Gdy natomiast w toku odbioru zostaną ujawnione nieistotne wady (usterki), które nie wpływają na możliwość użytkowania obiektu i są możliwe do ich niezwłocznego usunięcia, nie powinno to uniemożliwiać odbioru obiektu, zwłaszcza, gdy jest możliwe przejęcie obiektu i jego wykorzystywanie zgodnie z jego celem. Zamawiający winien w takim przypadku dokonać odbioru i określić termin na ich usunięcie. Trudno, w sytuacji bardzo dużych obiektów i o dużej ich wartości, jak objęty przedmiotowym zamówieniem, przyjąć, aby w sytuacji, gdy obiekt jest w stanie umożliwiającym jego wykorzystywanie zgodnie z przeznaczeniem, z powodu drobnych usterek, niewpływających w żadnej mierze na możliwość korzystania z niego zgodnie z jego przeznaczeniem (np. w sytuacji usterkowego osadzenia drzwi do pomieszczenia gospodarczego, co nie uniemożliwia, ani ich otwierania i zamykania, ani wykorzystania tego pomieszczenia zgodnie z przeznaczeniem i jest znikomej wartości na tle całego zamówienia) i np. obiekt zostanie przejęty do użytkowania, co jest częstym zjawiskiem, odmówić racji wykonawcy, iż jest podstawa do jego odbioru końcowego. Celem i zamiarem konstruowania stosunku prawnego powinno być bowiem wywiązanie się każdej ze stron z jej obowiązków kontraktowych, ukształtowanych z uwzględnieniem obowiązujących przepisów prawa i celu wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, którym jest wybudowanie obiektu służącego do założonych celów (...).

5. Tym bardziej dziwi więc przyjęcie odmiennej koncepcji przez Zamawiającego względem zwolnienia zabezpieczenia i rozliczenia robót w sytuacji odstąpienia od umowy. Skoro bowiem, jak wynika z powyżej cytowanych orzeczeń i ze stanowiska przyjętego przez samego Zamawiającego, **odbiór robót (nawet z wadami nieistotnymi) uruchamia bieg terminu gwarancji i rękojmi, to właśnie roszczenia z rękojmi czy gwarancji stają się wówczas reżimem właściwym dla wywodzenia i egzekwowania uprawnień Zamawiającego** z zakresu usuwania wszelkich nieprawidłowości dotyczących przedmiotu umowy (art. 638§1 KC). Nieuzasadnionym byłoby więc



jednoczesne utrzymywanie przez Zamawiającego całej kwoty zabezpieczenia, tak jak przewidział to w ramach §13 ust. 12 Umowy. Analogicznie jak w przypadku ogólnych regulacji kodeksowych rozpoczęcie biegu gwarancji i rękojmi powinno być powiązane z wydaniem przedmiotu umowy (odbiorom końcowym) i rozpoczęciem korzystania (użytkowania) przez Zamawiającego. W związku z tym, regulacje dotyczące zwrotu 70% zabezpieczenia, jak i regulacje dotyczące rozpoczęcia biegu terminu rękojmi i gwarancji winny nawiązywać tylko i wyłącznie do tych zmiennych i **powinny być w tym zakresie ze sobą spójne. Rozpoczęcie biegu terminu rękojmi i gwarancji determinuje bowiem, iż zgodnie z art. 453 ust. 2 ustawy Pzp w dyspozycji Zamawiającego winno pozostawać wyłącznie 30% wartości zabezpieczenia,** co w konsekwencji oznacza, że skoro – jak zostało powyżej wskazane – termin rozpoczęcia biegu rękojmi i gwarancji (terminy te zostały w przypadku tego postępowania ze sobą zrównane) rozpoczyna się wraz z dokonaniem odbioru robót (nawet jeśli w jego ramach zidentyfikowane zostały nieistotne wady), to termin ten musi być ukształtowany analogicznie co do zwrotu 70% zabezpieczenia.

6. Podobnie nieuzasadnionym jest różnicowanie zasad rozliczania kontraktu w zależności od sposobu jego zakończenia. O ile bowiem przy odbiorze robót opisanym w ramach §13 Umowy, Zamawiający przewiduje rozliczenie kontraktu nawet w sytuacji wystąpienia wad nieistotnych, o tyle w §20 Umowy, w wypadku odstąpienia od umowy, przewiduje już rozliczenia z wykonawcą wyłącznie za roboty odebrane bez jakichkolwiek zastrzeżeń. Powyższe generuje więc sytuację, w której, **w sytuacji odstąpienia od umowy, o którym mowa w §20 ust. 4 pkt 3) Umowy, pomimo możliwości korzystania z efektu wykonanych prac przez Zamawiającego i pomimo istnienia nieznacznych jedynie uchybień w robotach wykonanych przez wykonawcę pozbawiony zostałby on należnego mu wynagrodzenia.**
7. Dopuszczenie do sytuacji, w której Zamawiający w sposób dowolny blokuje wypłatę wynagrodzenia dla wykonawcy, na skutek zidentyfikowanych wad, które realnie mają charakter nieznaczających uchybień, nie ma nic wspólnego ani z zasadą równowagi stron stosunku zobowiązaniowego, ani z zasadą współdziałania zamawiającego i wykonawcy przy wykonywaniu umowy w sprawie zamówienia publicznego, wprost wyartykułowaną w ramach ustawy Pzp (art. 431 ustawy Pzp). W przedmiotowym przypadku jest to zresztą tym bardziej nieuzasadnione, że §20 ust. 4 pkt 3) Umowy referuje do sytuacji, w której do odstąpienia od umowy doszłoby z przyczyn niezależnych od wykonawcy. Pozostawienie dotychczasowych postanowień umownych oznaczałoby więc w konsekwencji, że bez jakiegokolwiek przyczyny leżącej po stronie wykonawcy, pozbawiony byłby on wynagrodzenia za prace, z efektu których Zamawiający mógłby korzystać, co generowałoby po jego stronie nieuzasadnione przysporzenie.
8. Takie działanie zdaniem Odwołującego, wykraczałoby nadto ponad dyspozycję art. 644 KC, który wskazuje, że *dopóki dzieło nie zostało ukończone, zamawiający może w każdej chwili od umowy odstąpić płacąc umówione wynagrodzenie. Jednakże w wypadku takim zamawiający może odliczyć to, co przyjmując zamówienie oszczędził z powodu niewykonania dzieła.* Zasadą wykreowaną przez ustawodawcę jest więc pełne rozliczenie kontraktu, z możliwością odliczenia wyłącznie tych kosztów, które nie zostały poniesione przez wykonawcę, w związku z brakiem dalszego realizowania prac. *A contrario* koszty prac już wykonanych, z których Zamawiający ma możliwość



korzystać (a więc również koszty prac dotkniętych nieistotnymi jedynie usterkami) wchodzą natomiast w zakres obowiązkowego rozliczenia kontraktu.

9. **Biorąc pod uwagę wszystkie powyższe okoliczności, Odwołujący wnosi o modyfikację treści SWZ poprzez nadanie jej następującego brzmienia:**

- **§13 ust. 12 Umowy:** *Podpisanie Protokołu dotyczącego odbioru Etapu 2 przedmiotu umowy bez uwag lub podpisanie protokołu usunięcia wad, o którym mowa w ust. 8, rozpoczyna bieg terminu na zwrot (zwolnienie)\* zabezpieczenia należytego wykonania umowy, ustalonego w § 11 ust. 4 pkt 2 lit. a) umowy.*
- **§20 ust. 4 pkt 3) lit. e) Umowy:** *W wypadku odstąpienia od umowy w części lub odstąpienia od umowy z przyczyn, które nie obciążają Wykonawcy, Wykonawcę oraz Zamawiającego obciążają następujące obowiązki (...) Wykonawcy należy się wynagrodzenie wyłącznie za odebrane przez Zamawiającego **bez wad istotnych** roboty budowlane.*

**III. Zarzut dotyczący możliwości wstrzymania wypłaty wynagrodzenia należnego wykonawcy – zarzut nr 3**

1. Zamawiający w ramach §16 ust. 6 Umowy wskazał, że: *W przypadku niewykonania obowiązków, o których mowa w ust. 2, 4, 5 i 14 **termin zapłaty faktury nie rozpoczyna biegu.** Zamawiający dopuszcza możliwość zapłaty części wynagrodzenia określonego w fakturze, w przypadku braku przedłożenia wszystkich oświadczeń, o których mowa w ust. 4 lub 5 jeżeli między Wykonawcą, podwykonawcą lub dalszym podwykonawcą dojdzie do sporu w zakresie zapłaty należności, o ile Wykonawca udokumentuje istnienie sporu. Termin zapłaty faktury (w części, co do której przedłożono oświadczenia oraz w części przekraczającej kwotę będącej przedmiotem sporu, o którym mowa w zdaniu poprzednim) rozpoczyna bieg z datą uznania istnienia sporu przez Zamawiającego.*
2. Z literalnego brzmienia powyższego postanowienia wynika, że sankcja w postaci wstrzymania zapłaty wynagrodzenia (braku rozpoczęcia biegu terminu zapłaty), zgodnie z zamierzeniem Zamawiającego, miałyby odnosić skutek względem całej danej faktury, niezależnie od stopnia braku wywiązania się wykonawcy z obowiązków, o których mowa w ust. 2,4,5 i 14 (tj. obowiązków dostarczenia potwierdzenia zapłaty wynagrodzenia na rzecz podwykonawców). Jedyny wyjątek od tej zasady Zamawiający w kolejnych zdaniach ww. postanowienia wiąże wyłącznie z istnieniem sporu co do danej należności istniejącego pomiędzy wykonawcą a podwykonawcą – tylko w takiej sytuacji dostrzega bowiem możliwość dokonania częściowej płatności z danej faktury.
3. W tym kontekście Odwołujący wskazuje więc, że zgodnie z art. 447 ustawy Pzp uprawnienie do wstrzymania wypłaty wynagrodzenia należnego wykonawcy **jest limitowane** i dotyczy tylko tej części, która związana jest wymagalnym wynagrodzeniem na rzecz podwykonawców czy dalszych podwykonawców. Innymi słowy, weryfikacja prowadzona przez Zamawiającego poprzedzająca wypłatę wynagrodzenia należnego wykonawcy może dotyczyć wyłącznie wymagalnego wynagrodzenia podwykonawców (art. 447 ust. 1 pkt 1) ustawy Pzp), a w razie nieprzedstawienia dowodów zapłaty tak rozumianego wymagalnego wynagrodzenia Zamawiający uprawniony jest do





wstrzymania wypłaty wyłącznie tej części wynagrodzenia wykonawcy, które z tym uchybieniem byłoby związane (art. 447 ust. 2 pkt 2) ustawy Pzp).

4. Co za tym idzie, literalna treść skarżonego postanowienia ewidentnie wykracza ponad dyrektywę wynikającą z art. 447 ust. 2 pkt 2) ustawy Pzp, a wykonawcy nie mogą mieć pewności co do realnych intencji Zamawiającego, co w konsekwencji wymaga korekty i wyeliminowania powstałych na tym gruncie wątpliwości. Uprawnienia Zamawiającego w zakresie ewentualnego wstrzymania płatności na rzecz wykonawcy **winny być bowiem ograniczone w tym wypadku jedynie do wstrzymania płatności co do kwot nie potwierdzonych stosownymi dowodami zapłaty.**
5. **Zamawiający nie ma przy tym prawa modyfikacji zasad zapłaty wynagrodzenia wykonawcy, uwarunkowanej przedstawieniem przez niego dowodów potwierdzających zapłatę wymagalnego wynagrodzenia podwykonawcom lub dalszym podwykonawcom** (tak KIO w wyroku z 11.2.2014 r., KIO/UZP 139/14, KIO/UZP 148/14, KIO/UZP 150/14, niepubl.). Co za tym idzie, *gdy wykonawca tylko częściowo udokumentuje rozliczenia z tytułu umów o podwykonawstwo, otrzymuje wynagrodzenie w wysokości pomniejszonej o wysokość kwoty wymagalnych wynagrodzeń, niewypłaconych podwykonawcom lub dalszym podwykonawcom. **Wstrzymuje się zatem odpowiednio wypłatę należnego wynagrodzenia za odebrane roboty budowlane oraz udzielenie kolejnej zaliczki w części równej sumie kwot wynikających z nieprzedstawionych dowodów zapłaty*** (tak: Skubiszak-Kalinowska Irena, Wiktorowska Ewa, komentarz do art. 143a ustawy Pzp z 2004 r. [w:] *Prawo zamówień publicznych. Komentarz aktualizowany*, Lex, 2020 r.).
6. **Biorąc pod uwagę wszystkie powyższe okoliczności, Odwołujący wnosi o modyfikację treści SWZ poprzez nadanie jej następującego brzmienia:**
  - §16 ust. 6 Umowy: *W przypadku niewykonania obowiązków, o których mowa w ust. 4 i 5, Zamawiający wstrzyma wypłatę wynagrodzenia należnego Wykonawcy z danej faktury w części równej sumie kwot wynikających z nieprzedstawionych dowodów zapłaty. Ponadto, Zamawiający dopuszcza możliwość zapłaty wynagrodzenia dotyczącego części, co do której między Wykonawcą, podwykonawcą lub dalszym podwykonawcą dojdzie do sporu w zakresie zapłaty należności, o ile Wykonawca udokumentuje istnienie sporu. Termin zapłaty faktury co do części dotyczącej kwoty będącej przedmiotem sporu, o którym rozpoczyna bieg z datą uznania istnienia sporu przez Zamawiającego.*

#### IV. Zarzut dotyczący kar umownych – zarzut nr 4

1. W ramach §12 ust. 2 Umowy, Zamawiający wprowadził postanowienia odnoszące się do kar umownych i zasad ich naliczenia, wskazując m.in. na następujące podstawy sankcjonowania wykonawców w tym zakresie:
  - b) *za niezłożenie oświadczenia, o którym mowa w § 5 ust. 1 pkt 36 lit. b) bądź też nieudzielenie wyjaśnień lub nieprzedłożenie żądanych dokumentów, w przypadku o którym mowa w § 5 ust. 1 pkt 36 lit. c), w terminie wyznaczonym przez Zamawiającego, w wysokości 1% wynagrodzenia umownego brutto ogółem (§3 ust. 2 niniejszej umowy) za każdy przypadek,*



- c) *za prowadzenie robót budowlanych w przypadku, o którym mowa w § 5 ust. 1 pkt 36 lit d) w wysokości 0,1% wynagrodzenia umownego brutto ogółem (§ 3 ust. 2 niniejszej umowy) za każdy dzień prowadzenia robót,*
- d) *za spowodowanie przez Wykonawcę przerwy w realizacji robót spowodowanej okolicznością, o której mowa w § 5 ust. 1 pkt 36 lit. d - w wysokości 0,1% wynagrodzenia umownego brutto ogółem (§ 3 ust. 2 niniejszej umowy), za każdy dzień przerwy w realizacji robót,*
- e) *za niezłożenie każdego ze sprawozdań, o których mowa w § 5 ust. 1 pkt 36 lit. e) i f), w wyznaczonym dla każdego z nich terminie, w wysokości 1% wynagrodzenia umownego brutto ogółem (§ 3 ust. 2 niniejszej umowy) za każdy przypadek,*
- f) *za złożenie sprawozdania, o którym mowa w § 5 ust. 1 pkt 36 lit. e), z którego wynikać będzie niespełnienie wymogów określonych w § 5 ust. 1 pkt 36 lit a) i g) w wysokości 5% wynagrodzenia brutto ogółem (§ 3 ust. 2 niniejszej umowy).*

2. Zaprezentowany powyżej katalog kar umownych dotyczy zasadniczo uchybień związanych z wymaganiami dotyczącymi elektromobilności i obowiązkami sprawozdawczymi w tym zakresie. Co istotne, za brak przedstawienia wymaganych oświadczeń w tym zakresie czy stwierdzenie, że flota pojazdów wykonawcy nie spełnia wymagań ustawy o elektromobilności Zamawiający przewidział jednocześnie sankcję odstąpienia od umowy skorelowaną z karą umowną za odstąpienie w wysokości 20% (vide §20 ust. 1 pkt 3) i 4) Umowy). W konsekwencji, **odrębne definiowanie dodatkowych kar umownych związanych z zaistnieniem tego rodzaju sytuacji stanowi zdublowanie mechanizmów chroniących interesy Zamawiającego** w tym zakresie, mając więc charakter nieadekwatny i nieproporcjonalny. Co więcej, również w ramach katalogu kar zaprezentowanego przez Zamawiającego w ramach §12 Umowy, te same sytuacje mogłyby być sankcjonowane przez Zamawiającego kilkakrotnie, doprowadzając do zdublowanej ochrony wyłącznie interesów Zamawiającego. W tym kontekście, należy zwrócić uwagę, że brak złożenia oświadczeń dotyczących elektromobilności mógłby być przez Zamawiającego sankcjonowany poprzez nałożenie kary zarówno na podstawie §12 ust. 2 pkt 1) lit. b) Umowy, jak i poprzez karę umowną zdefiniowaną w ramach §12 ust. 2 pkt 1) lit. c) Umowy – jeśli wykonawca pomimo braku złożenia oświadczenia prowadziłby roboty budowlane bądź karę umowną zdefiniowaną w ramach §12 ust. 2 pkt 1) lit. d) Umowy – jeśli wykonawca na skutek opóźnień w składaniu oświadczeń dotyczących elektromobilności wstrzymałby wykonywanie prac.
3. Co więcej, analizując poszczególne podstawy naliczania kar umownych w tym zakresie **trudno też zidentyfikować realną szkodę po stronie Zamawiającego, która przez ten mechanizm sankcyjny miałaby być kompensowana**, co w konsekwencji świadczyłoby o naruszeniu równowagi stron stosunku zobowiązaniowego. W tym zakresie warto zwrócić uwagę chociażby, że:
- jakkolwiek nieterminowość złożenia oświadczeń dotyczących pojazdów wykorzystywanych we flocie wykonawcy nie wpływa na możliwość prowadzenia prac w ramach inwestycji, stąd podstawy naliczania kar zdefiniowanych w §12 ust. 2 pkt 1) lit. b) czy e) Umowy są nieadekwatne względem celu realizacji umowy o roboty budowlane;
  - jakiegokolwiek przerwy w prowadzeniu robót nie mają samodzielnego znaczenia względem powodzenia inwestycji, o tyle, że nadrzędnym zobowiązaniem wykonawcy jest terminowe



wykonanie prac, który to termin realizacji zabezpieczony jest odrębną karą umowną zdefiniowaną w §12 ust. 2 pkt 1) lit. j) Umowy, stąd też zastrzeżenie kary umownej zdefiniowanej w §12 ust. 2 pkt 1) lit. d) Umowy również nie jest powiązane z realną szkodą po stronie Zamawiającego.

4. Niezależnie od powyższego, nawet jeśli jednak uznać, że co do zasady zastrzeżenie tego rodzaju kar umownych byłoby zasadne i zmierzałoby do pokrycia jakiegokolwiek realnej szkody po stronie Zamawiającego, to wysokość omawianych kar umownych należałoby uznać za rażąco wygórowaną, prowadząc do tego, że obciążenie Wykonawcy byłoby nieadekwatne, a kara umowna nie służyłaby kompensacji szkody powstałej u Zamawiającego, a zbliżała tak ukształtowaną karę umowną do mechanizmu służącego jego nieuzasadnionemu wzbogaceniu. Za wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 28 grudnia 2018 r. (sygn. akt KIO 2574/18) podkreślamy zwłaszcza, że **wysokość kary pieniężnej (...) nie może prowadzić do rażąco wygórowanej odpowiedzialności kontraktowej wykonawcy. W przeciwnym razie kara zmienia swój charakter odszkodowawczy i może doprowadzić do wypaczenia celu odpłatnej umowy. (...) Kara umowna powinna mieć wysokość, która będzie odczuwalna w stopniu dyscyplinującym stronę umowy, ale nie w stopniu prowadzącym do rażącego wzbogacenia jednej strony kosztem drugiej, a wręcz czyniącym niecelowym jej wykonywanie.**
5. Rażąco wygórowany charakter omawianych kar unaoczniony jest zaś już chociażby poprzez zestawienie kar umownych przewidzianych przez Zamawiającego w ramach przedmiotowej Umowy. O ile bowiem za nieterminowość związaną ze składaniem wszelkich innych oświadczeń, do złożenia których zobowiązany został wykonawca (takich jak harmonogram rzeczowo – finansowy; oświadczenia dotyczące prawidłowości utylizacji odpadów budowlanych czy kosztorysy ofertowe), Zamawiający przewidział w ramach §12 ust. 2 pkt 1) lit. a) karę umowną w wysokości 500,00 zł za każdy dzień, nie więcej jednak niż 25.000,00 zł, o tyle, za niezłożenie w terminie oświadczeń czy sprawozdań związanych z obowiązkami dotyczącymi elektromobilności, przewidziana została przez Zamawiającego **kara blisko 50- krotnie wyższa, nie skorelowana nadto ze skalą danego naruszenia.** W ramach §12 ust. 2 pkt 1) lit. b) oraz e) niezłożenie bądź nieterminowe złożenie oświadczeń czy sprawozdań związanych z wymogami dotyczącymi elektromobilności sankcjonowane jest bowiem karą umowną w wysokości 1% wynagrodzenia brutto za każdy przypadek. Powyższe oznacza, uwzględniając wartość inwestycji szacowaną na około 120 mln złotych, że **nawet jednodniowe opóźnienie w złożeniu tego typu oświadczeń czy sprawozdań sankcjonowane byłoby karą umowną w wysokości 1.200.000,00 zł.** Podobnie, zastrzeżona przez Zamawiającego kara umowna za spowodowanie przerwy w wykonywaniu robót na skutek uchybień dotyczących oświadczeń o elektromobilności w wysokości 0,01% wynagrodzenia umownego za każdy dzień (§12 ust. 2 pkt 1) lit. d) Umowy), w sposób nieuzasadniony zrównana została z karą umowną za nieterminowość wykonania przedmiotu umowy (§12 ust. 2 pkt 1) lit. j) Umowy). Jak zasygnalizowane zostało już powyżej, przyjęcie takiego samego punktu odniesienia w obu tych sytuacjach jest o tyle nieuzasadnione, że przerwy w wykonaniu robót, o których mowa w §12 ust. 2 pkt 1) lit. d) Umowy, nie mają bezpośredniego przełożenia na prawidłowość wykonania inwestycji, tak długo jak zastrzeżony termin realizacji zamówienia byłby zachowany.



6. Wszystkie powyższe okoliczności determinują, że za **uchybień niezwiązane z podstawowym celem inwestycji jakim jest prawidłowa pod kątem budowlanym i terminowa realizacja zamówienia**, wykonawca miałby być nieadekwatnie wysokimi karami umownymi, sięgającymi w skrajnym przypadku nawet 5 % wysokości wynagrodzenia (ok. 6 milionów złotych), w przypadku do którego nawiązuje kara umowna zdefiniowana w §12 ust. 2 pkt 1) lit. f) Umowy (brak zapewnienia minimalnej ilości pojazdów elektrycznych lub napędzanych gazem ziemnym we flocie wykorzystywanej do realizacji prac). Tak wysokie kary w sposób bezsprzeczny nie spełniałyby swojej funkcji, działając na wykonawców wręcz demobilizująco i zniechęcając w ogóle do podejmowania starań celem uzyskania jak najlepszego rezultatu realizacyjnego.
7. Brak zasadności dla przewidzenia tak daleko idących sankcji względem wykonawców potwierdza też analiza innych analogicznych postępowań, która winna być wzięta pod uwagę przez Zamawiającego, z uwagi na fakt, że jak podkreśliła Izba w wyroku z dnia 8 marca 2013 r. (sygn. akt KIO 426/13) obowiązkiem zamawiającego przy kształtowaniu wymagań stawianych wykonawcom jest nie tylko odniesienie się do przedmiotu zamówienia, ale też **ocena sytuacji rynkowej**. Co za tym idzie, praktyka rynkowa i standardy stosowane przez innych publicznych zamawiających winny być wzięte pod uwagę podczas oceny rynkowości i współmierności wymagań i zobowiązań nakładanych przez Zamawiającego na Wykonawców. Z analizy przeprowadzonej przez Odwołującego wynika z kolei, że publiczni Zamawiający standardowo w ogóle nie wyodrębniają kar umownych dotyczących jakichkolwiek uchybień związanych z szeroko pojętą elektromobilnością. Wynika to być może z okoliczności, że bezpośrednio na podstawie ustawy o elektromobilności i paliwach alternatywnych, również zamawiający nie są sankcjonowani poprzez mechanizm nakładania jakichkolwiek kar pieniężnych.
8. **Biorąc pod uwagę powyższe, Odwołujący wnosi o modyfikację treści SWZ poprzez:**
- **usunięcie z katalogu kar umownych postanowień §12 ust. 2 pkt 1) lit. b) – f) Umowy bądź nadanie im następującego brzmienia:**
    - b) *za niezłożenie oświadczenia, o którym mowa w § 5 ust. 1 pkt 36 lit. b) bądź też nieudzielenie wyjaśnień lub nieprzedłożenie żądanych dokumentów, w przypadku o którym mowa w § 5 ust. 1 pkt 36 lit. c), w terminie wyznaczonym przez Zamawiającego, w wysokości 25.000,00 zł za każdy przypadek,*
    - c) *za prowadzenie robót budowlanych w przypadku, o którym mowa w § 5 ust. 1 pkt 36 lit d) w wysokości 0,01% wynagrodzenia umownego brutto ogółem (§ 3 ust. 2 niniejszej umowy) za każdy dzień prowadzenia robót,*
    - d) *za spowodowanie przez Wykonawcę przerwy w realizacji robót spowodowanej okolicznością, o której mowa w § 5 ust. 1 pkt 36 lit. d - w wysokości 0,01% wynagrodzenia umownego brutto ogółem (§ 3 ust. 2 niniejszej umowy), za każdy dzień przerwy w realizacji robót,*
    - e) *za niezłożenie każdego ze sprawozdań, o których mowa w § 5 ust. 1 pkt 36 lit. e) i f), w wyznaczonym dla każdego z nich terminie, w wysokości 25.000,00 zł za każdy przypadek,*
    - f) *za złożenie sprawozdania, o którym mowa w § 5 ust. 1 pkt 36 lit. e), z którego wynikać będzie niespełnienie wymogów określonych w § 5 ust. 1 pkt 36 lit a) i g) w wysokości 0,5% wynagrodzenia brutto ogółem (§ 3 ust. 2 niniejszej umowy).*



## V. Zarzut dotyczący odpowiedzialności wykonawców za niezgodnione zamknięcia torowe – zarzut nr 5

1. Zamawiający w ramach §5 ust. 1 pkt 38) Umowy wskazał, iż *w przypadku prowadzenia robót w sposób uniemożliwiający ruch tramwajowy na terenie miasta Bydgoszczy Wykonawca będzie ponosił koszty komunikacji zastępczej, także w przypadku spowodowania niezgodnionego wcześniej z Zamawiającym i Użytkownikiem zamknięcia torowego w wyniku którego żaden tramwaj nie wyjedzie na teren miasta Bydgoszczy.* Jednocześnie, w ramach §12 ust. 2 pkt 1) lit. t) Umowy Zamawiający przewidział karę umowną **za spowodowanie niezgodnionego wcześniej z Zamawiającym i Użytkownikiem zamknięcia torowego w wyniku którego żaden tramwaj nie wyjedzie na teren miasta Bydgoszczy - w wysokości 100 000,00 zł w każdym takim przypadku za każdy rozpoczęty dzień naruszenia, z zastrzeżeniem iż za rozpoczęty dzień naruszenia zakwalifikowany będzie przypadek, gdy od godziny 4:00 niemożliwym będzie wyjazd tramwajów na teren miasta Bydgoszczy, niezależnie czy naruszenie zostanie usunięte tego samego dnia w późniejszym czasie.**
2. Co przy tym istotne, w ramach postanowień Umowy, Zamawiający **nie zawarł jakichkolwiek postanowień dotyczących procedury, formy czy terminów dokonywania uzgodnień zamknięć torowych**, co determinuje, że sytuacja, do której nawiązuje §5 ust. 1 pkt 38) Umowy może zostać wygenerowana poprzez działania i zaniechania samego Zamawiającego. Oczywistym bowiem pozostaje, że w toku realizacji tego typu projektu zamknięcia torowe będą musiały mieć miejsce, stąd brak reakcji ze strony Zamawiającego czy Użytkownika na składane przez wykonawcę wnioski czy nieuzasadniona odmowa dokonania zamknięcia, w oczywisty sposób wpływać będą na prawidłowość realizacji inwestycji, w skrajnych przypadkach wymuszając na wykonawcach, obciążonych koniecznością zapewnienia ciągłości technologicznej prowadzonych prac, do niezgodnionego zamknięcia torowego.
3. W konsekwencji, uwzględniając zwłaszcza daleko idące sankcje nałożone na wykonawców w tym zakresie, **podstawy ich odpowiedzialności muszą być zdefiniowane w sposób przejrzysty i nie budzący wątpliwości**, tak jak wymaga tego art. 16 ustawy Pzp. Wykonawcy nie mogą bowiem pozostawać w niepewności co do tego czy celem Zamawiającego jest obciążanie ich konsekwencjami działań, za które nie będą ponosić oni odpowiedzialności. Wprowadzanie postanowień przeciwnych jest zresztą jednoznacznie sankcjonowane tak przez ustawodawcę jak i orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej, stąd ich korekta, eliminująca wszelkie wątpliwości w tym zakresie jest niezbędna. W drodze analogii, Odwołujący wskazuje w tym zakresie przykładowo na wyrok KIO 1339/17, gdzie wskazane zostało, że: **„Ponadto zastrzeżenie kary umownej za każde opóźnienie, które obejmuje wszelkie opóźnienia, zarówno zawinione, jak i niezawinione, co tym samym jest nieproporcjonalnym obciążeniem, gdyż wykonawca powinien odpowiadać jedynie za zawinione opóźnienie, czyli za zwłokę”**. Abuzywność tego typu postanowień ustawodawca podkreśla też bezpośrednio w ramach art. 433 pkt 3) ustawy Pzp, który wskazuje na niemożliwość zastrzegania przez zamawiającego kar umownych za sytuacje za które wyłączną odpowiedzialność ponosi Zamawiający.



4. Niezależnie od powyższego, nieprawidłowość postanowień projektowanych przez Zamawiającego w tym zakresie dotyczy również przewidzenia **podwójnej odpowiedzialności wykonawców za sytuacje związane z niezgodnionymi zamknięciami torowymi**. Wykonawcy nie tylko zobowiązani byłiby bowiem do pokrycia kosztów komunikacji zastępczej związanej z takim zamknięciem torowym (§5 ust. 1 pkt 38) Umowy), ale równocześnie sankcjonowani byłiby karą umowną w wysokości 100 tys. złotych za każdy dzień takiego niezgodnionego zamknięcia (§12 ust. 2 pkt 1) lit. t) Umowy). Odsyłając w tym zakresie do rozważań zaprezentowanych w pkt IV uzasadnienia niniejszego odwołania, Odwołujący podkreśla w tym miejscu raz jeszcze, że zgodnie z założeniem ustawodawcy **kara umowna służyć ma kompensacji szkody powstałej po stronie zamawiającego**, co wprost wyartykułowane zostało w ramach art. 483 KC. W przedmiotowym przypadku, szkoda związana z niezgodnionym zamknięciem torowym jest z kolei wprost skorelowana z kosztami komunikacji zastępczej, koniecznej do zapewnienia mieszkańcom miasta. Do pokrycia tego rodzaju kosztów, wykonawcy zobowiązani jednak zostali w pełnej wysokości, w ramach §5 ust. 1 pkt 38) Umowy, trudno więc zidentyfikować inną realną szkodę po stronie Zamawiającego, która miałaby być kompensowana poprzez mechanizm kary umownej o niebagatelnej zresztą wysokości 100 tys. złotych za każdy dzień. Pozostawienie w mocy tego rodzaju mechanizmu sankcyjnego prowadziłoby w konsekwencji do naruszenia równowagi stron stosunku zobowiązaniowego, determinując, że kara umowna zdefiniowana w §12 ust. 2 pkt 1) lit. t) Umowy stanowiłoby źródło nieuzasadnionego wzbogacenia po stronie Zamawiającego.
5. **Biorąc pod uwagę, wszystkie powyższe okoliczności, Odwołujący wnosi o modyfikację treści SWZ poprzez:**
- **usunięcie postanowienia §12 ust. 2 pkt 1) lit. t) Umowy;**
  - **nadanie treści §5 ust. 1 pkt 38) Umowy następującego brzmienia: *w przypadku prowadzenia robót w sposób uniemożliwiający ruch tramwajowy na terenie miasta Bydgoszczy Wykonawca będzie ponosił koszty komunikacji zastępczej, także w przypadku spowodowania niezgodnionego wcześniej z Zamawiającym i Użytkownikiem (z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy) zamknięcia torowego w wyniku którego żaden tramwaj nie wyjedzie na teren miasta Bydgoszczy.***

Anna Wrzesień

  
radca prawny

**Załączniki:**

1. Pełnomocnictwo wraz z dowodem uiszczenia opłaty skarbowej,
2. Dokumenty rejestrowe Odwołującego,
3. Dowód przesłania kopii odwołania Zamawiającemu,
4. Dowód uiszczenia wpisu od odwołania.