



Warszawa, dnia 08 stycznia 2024 r.

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

**Zamawiający:**

**Miasto Bydgoszcz**

ul. Jezuitska 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. *Wykonanie robót budowlanych polegających na budowie hali lekkoatletycznej i strzelectwa sportowego na terenie kompleksu sportowego Zawisza przy ul. Gdańskiej 163 w Bydgoszczy* (nr sprawy: WZP.271.19.2023.E; dalej jako „**Postępowanie**”)

Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 28 grudnia 2023 r. pod numerem 00792768-2023.

**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 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. 484 KC w zw. z art. 483 KC w zw. z art. 16 ustawy Pzp** poprzez zdefiniowanie w ramach Umowy kar umownych w taki sposób, iż stanowią one zdublowanie mechanizmów zabezpieczenia interesów Zamawiającego w danym zakresie, nie stanowiąc środka do kompensacji realnej szkody po stronie Zamawiającego, a także określenie wysokości kar umownych oraz ich górnego limitu 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;
- 3. art. 455 ust. 1 pkt 1) ustawy Pzp w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 5 i 353(1) KC w zw. z art. 16 ustawy Pzp w zw. z art. 99 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 433 pkt 3) ustawy Pzp** poprzez wprowadzenie postanowień umożliwiających zmianę umowy wyłącznie w zakresie terminu jej realizacji, bez uwzględnienia wpływu zmian niemożliwych do przewidzenia przez wykonawcę na należne mu wynagrodzenie, co narusza zasady zmiany umowy, generując niemożliwe do skalkulowania ryzyka związane ze sposobem realizacji przedmiotowego zamówienia.

**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 wymaganiom 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 28 grudnia 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 uścił 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 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

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

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



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 stwierdzał 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 – zarzut nr 1

1. Zamawiający w ramach Umowy wprowadził m.in. następujące postanowienia:

- **§13 ust. 11 Umowy: Podpisanie Protokołu bez uwag lub podpisanie protokołu usunięcia wad, o którym mowa w ust. 7, rozpoczyna bieg terminu na zwrot (zwolnienie)\* zabezpieczenia należytego wykonania umowy, ustalonego w § 11 ust. 4 pkt 2 lit. a) umowy.**

2. Co za tym idzie, w ramach §13 ust. 11 Umowy, Zamawiający uzależnił zwolnienie zabezpieczenia od braku jakichkolwiek zastrzeżeń Zamawiającego dotyczących wykonanych robót. Tym samym, cytowane na wstępie postanowienie 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. 4 Umowy Zamawiający różnicuje sytuację wystąpienia każdej z nich, wskazując jednocześnie odpowiednio w ramach §14 ust. 1 Umowy oraz §15 ust. 4 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. 4 pkt 1) lit. b) w zw. z §13 ust. 5 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

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



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 rękopisów 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 rękopisami 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 obioru 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. 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. 11 Umowy. Analogicznie jak w przypadku ogólnych regulacji kodeksowych rozpoczęcie biegu gwarancji i rękojmi powinno być powiązane z wydaniem przedmiotu umowy (odborem 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. Takie stanowisko potwierdza też najnowsze orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej. Odwołujący zwraca w tym zakresie uwagę na wyrok z dnia 09 sierpnia 2023 r. (sygn. akt KIO 1893/23, KIO 1915/23), w ramach którego wskazane zostało, że: *W odniesieniu do § 6 ust. 13 wzoru umowy, skład orzekający uznał je za nieprawidłowe w zakresie określenia rozpoczęcia biegu terminu na zwrot wykonawcy zabezpieczenia należytego wykonania umowy od protokolarnego potwierdzenia usunięcia wad stwierdzonych przy odbiorze końcowym. Termin ten powinien rozpocząć bieg od podpisania przez strony protokołu odbioru końcowego i przekazania przedmiotu umowy do użytkowania. Izba w całości zgadza się z trafną argumentacją odwołującego wyrażoną w odwołaniu. Omawiane postanowienie umowne jest w szczególności*





**sprzeczne z art. 453 § 2 p.z.p. obligującym zamawiającego do pozostawienia należytego zabezpieczenia umowy na zabezpieczenie roszczeń z tytułu rękojmi za wady lub gwarancji w kwocie nie przekraczającej 30%. Na kanwie zaskarżonego postanowienia umownego może dojść do sytuacji, w której - pomimo odebrania obiektu i powstania uprawnień z tytułu rękojmi i gwarancji (§ 8 ust. 1 wzoru umowy) - wykonawca dalej musi utrzymywać zabezpieczenia należytego wykonania w pełnej kwocie, więc postawiony zarzut zasługuje na uwzględnienie.**

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

- **§13 ust. 11 Umowy:** Podpisanie Protokołu **bez wad o charakterze istotnym**, rozpoczyna bieg terminu na zwrot (zwolnienie)\* zabezpieczenia należytego wykonania umowy, ustalonego w § 11 ust. 4 pkt 2 lit. a) umowy.

### **III.Zarzut dotyczący kar umownych – zarzut nr 2**

1. W ramach §12 ust. 2 i 3 Umowy, Zamawiający wprowadził postanowienia odnoszące się do kar umownych i zasad ich naliczenia, wskazując m.in. na następujące podstawy sankcjonowania wykonawców w tym zakresie:
  - §12 ust. 2 pkt 1) lit. d) Umowy: za złożenie sprawozdania, o którym mowa w § 5 ust. 1 pkt 45 lit. e) z którego wynikać będzie niespełnienie wymogów określonych w § 5 ust. 1 pkt 45 lit. a) i g) w wysokości **5% wynagrodzenia brutto ogółem** (§ 3 ust. 2 niniejszej umowy),
  - §12 ust. 2 pkt 1) lit. e) Umowy: za prowadzenie robót budowlanych w przypadku, o którym mowa w § 5 ust. 1 pkt 45 lit d) w wysokości **0,1% wynagrodzenia umownego brutto ogółem** (§ 3 ust. 2 niniejszej umowy) za każdy dzień prowadzenia robót,
  - §12 ust. 2 pkt 1) lit. l) Umowy: za spowodowanie przez Wykonawcę przerwy w realizacji robót spowodowanej okolicznością, o której mowa w § 5 ust. 1 pkt 45 lit. d) – w wysokości **0,1% wynagrodzenia umownego brutto ogółem** (§ 3 ust. 2 niniejszej umowy), za każdy dzień przerwy w realizacji robót,
  - §12 ust. 2 pkt 1) lit. i) Umowy: za zwłokę w wykonaniu przedmiotu umowy w wysokości **0,5 % wynagrodzenia umownego brutto ogółem** (§ 3 ust. 2 niniejszej umowy) za każdy dzień zwłoki,
  - §12 ust. 2 pkt 1) lit. k) Umowy: za zwłokę w usunięciu wad stwierdzonych w okresie rękojmi za wady lub gwarancji jakości, w tym za zwłokę w usunięciu wad stwierdzonych przy odbiorze – w wysokości **0,5 % wynagrodzenia umownego brutto ogółem** (§ 3 ust. 2 niniejszej umowy) za każdy dzień zwłoki, liczony od upływu terminu wyznaczonego na usunięcie poszczególnych wad;
  - §12 ust. 3 Umowy: Łączna wysokość kar umownych należnych każdej ze stron umowy nie może przekroczyć 20% wynagrodzenia brutto Wykonawcy określonego w umowie, za wyjątkiem kary wymienionej w ust. 2 pkt 1 lit. k) powyżej, której wysokość nie może przekroczyć 20% wynagrodzenia umownego brutto ogółem (§ 3 ust. 2 niniejszej umowy) niezależnie od wysokości wcześniej naliczonych kar umownych.



2. Oceniając tak zdefiniowany katalog kar umownych, Odwołujący podnosi następujące zastrzeżenia:

- **kary umowne związane z elektromobilnością (§12 ust. 2 pkt 1) lit. d), e) oraz l) Umowy)**

3. Zacytowane na wstępie kary umowne zdefiniowane w §12 ust. 2 pkt 1) lit. d), e) oraz l) Umowy dotyczą zasadniczo uchybień związanych z wymaganiami dotyczącymi elektromobilności i obowiązkami sprawozdawczymi w tym zakresie. Co istotne, 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 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. c) Umowy, jak i poprzez karę umowną zdefiniowaną w ramach §12 ust. 2 pkt 1) lit. e) Umowy – jeśli wykonawca pomimo braku złożenia oświadczenia prowadziłby roboty budowlane bądź karę umowną zdefiniowaną w ramach §12 ust. 2 pkt 1) lit. l) Umowy – jeśli wykonawca na skutek opóźnień w składaniu oświadczeń dotyczących elektromobilności wstrzymałby wykonywanie prac.

4. 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. e) czy l) Umowy są nieadekwatne względem celu realizacji umowy o roboty budowlane;
- jakkolwiek 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. i) Umowy, stąd też zastrzeżenie kary umownej zdefiniowanej w §12 ust. 2 pkt 1) lit. l) Umowy również nie jest powiązane z realną szkodą po stronie Zamawiającego.

5. 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.

6. Rażąco wygórowany charakter omawianych kar unaoczniony jest zaś już chociażby poprzez zestawienie kar umownych przewidzianych przez Zamawiającego w ramach przedmiotowej Umowy i oznaczenie ich wysokości przy uwzględnieniu szacunkowej wartości przedmiotowego zamówienia (około 70 milionów złotych). Za **uchybień niezwiązane z podstawowym celem inwestycji jakim jest prawidłowa pod kątem budowlanym i terminowa realizacja zamówienia**, wykonawca miałby być obciążany nieadekwatnie wysokimi karami umownymi, sięgającymi w skrajnym przypadku nawet 5 % wysokości wynagrodzenia (ok. 3,5 milionów złotych), w przypadku do którego nawiązuje kara umowna zdefiniowana w §12 ust. 2 pkt 1) lit. d) Umowy (brak zapewnienia minimalnej ilości pojazdów elektrycznych lub napędzanych gazem ziemnym we flocie wykorzystywanej do realizacji prac). Jednocześnie, równoległe za uchybień związane z szeroko pojętą elektromobilnością, Wykonawca mógłby być obciążany karami w wysokości 70 tys. zł za każdy dzień, w przypadku prowadzenia prac bądź przerw w prowadzeniu prac na skutek nieprzedstawienia wymaganych oświadczeń związanych z elektromobilnością. 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. Nieadekwatność przyjęcia tak wysokich kar umownych potwierdzają również działania samego Zamawiającego, który w niedawnym postępowaniu pn. *Budowa, przebudowa oraz zmiana*



*sposobu użytkowania obiektów Zajezdni Tramwajowej przy ul. Toruńskiej 278 w Bydgoszczy – Etap 1, ogłoszonym dnia 8 marca 2023 r., na skutek analogicznej argumentacji przedstawianej przez Odwołującego, zdecydował, iż adekwatnym i racjonalnym poziomem kar umownych związanych z elektromobilnością byłby następujący pułap kar, o zastosowanie którego Odwołujący wnosi również w przedmiotowym Postępowaniu:*

- *za złożenie sprawozdania, o którym mowa w § 5 ust. 1 pkt 45 lit. e) z którego wynikać będzie niespełnienie wymogów określonych w § 5 ust. 1 pkt 45 lit. a) i g) w wysokości **0,5% wynagrodzenia brutto ogółem** (§ 3 ust. 2 niniejszej umowy),*
- *za prowadzenie robót budowlanych w przypadku, o którym mowa w § 5 ust. 1 pkt 45 lit d) w wysokości **0,01% wynagrodzenia umownego brutto ogółem** (§ 3 ust. 2 niniejszej umowy) za każdy dzień prowadzenia robót,*
- *za spowodowanie przez Wykonawcę przerwy w realizacji robót spowodowanej okolicznością, o której mowa w § 5 ust. 1 pkt 45 lit. d) – w wysokości **0,01% wynagrodzenia umownego brutto ogółem** (§ 3 ust. 2 niniejszej umowy), za każdy dzień przerwy w realizacji robót,*

• **kary umowne ze zwłokę w wykonaniu przedmiotu umowy - §12 ust. 2 pkt 1) lit. i) Umowy**

9. Jakkolwiek Odwołujący nie neguje, że terminowość wykonania inwestycji stanowi jeden z podstawowych aspektów jej realizacji i zasadnie zabezpieczona jest karą umowną na rzecz Zamawiającego, to nie sposób uznać aby wysokość kary proponowana obecnie z tego tytułu miała charakter adekwatny i proporcjonalny do przewinienia, stanowiąc czynnik mobilizujący wykonawców. Uwzględniając bowiem szacowaną wartość inwestycji oscylującą w granicach 70 mln złotych, wykonawca obciążany byłby karą umowną w wysokości **ok 350 tys. złotych za każdy dzień zwłoki**. Co więcej, uwzględniając wysokości kar proponowane przez Zamawiającego, przy 40 dniach zwłoki w realizacji zamówienia, kara umowna, którą miałby być obciążony wykonawca byłaby zrównana z karą umowną za odstąpienie od umowy. Paradoksalnie więc przy zwłoce w wykonaniu zamówienia, przekraczającej planowany termin realizacji zaledwie o około 6 % (40 dni z minimalnego okresu realizacji wynikającego z podpisania umowy w ostatnim okresie związania ofertą oscylującego w granicach około 21 miesięcy), wykonawcy bardziej opłacałoby się od umowy odstąpić niż kontynuować jej realizację i narażać się na ponoszenie dalszych kosztów z nią związanych. Dobitnie obrazuje to, że zastrzeżona przez Zamawiającego kara umowna nie spełnia swojej funkcji, działając na wykonawców wręcz demobilizująco i zniechęcając w ogóle do podejmowania starań celem zakończenia kontraktu przy wystąpieniu pewnego rodzaju opóźnień.

10. Pułapy kar proponowane przez Zamawiającego **zupełnie abstrahują przy tym od realiów rynkowych**, w ramach których publiczni zamawiający przy inwestycjach o zbliżonej skali i wartości za zwłokę w realizacji zamówienia standardowo przyjmują karę umowną na poziomie ok. 0,05% wynagrodzenia umownego za każdy dzień zwłoki, np.:

- Postępowanie pn. *Rozbudowa zajezdni tramwajowej przy ul. Kołobrzeskiej 40 w Olsztynie* (ogłoszenie o zamówieniu nr 2021/S 201-521061 z dnia 15/10/2021 r.): kara umowna w wysokości 0,05% wartości wynagrodzenia za każdy dzień zwłoki w wykonaniu przedmiotu umowy;



- Postępowanie pn. „*Poprawa jakości i dostępności w diagnostyce i terapii chorób cywilizacyjnych poprzez rozbudowę szpitala specjalistycznego im. F. Ceynowy w Wejherowie*” (znak postępowania: D25C/251/N/25-49rj/19, Zamawiający: Szpitale Pomorskie Sp. z o.o.): kara umowna na poziomie 0,05% za każdy dzień zwłoki;
- Postępowanie pn. „*Budowa budynku CK STOS z zagospodarowaniem terenu w ramach projektu: "Utworzenie w Gdańsku Centrum Kompetencji STOS (Smart and Transdisciplinary knowledge Services) w zakresie infrastruktury B+R."* (znak postępowania: ZP/229/022/R/19, Zamawiający: Politechnika Gdańska): kara umowna na poziomie 0,05% za każdy dzień zwłoki.

11. Nieadekwatność przyjęcia tak wysokich kar umownych potwierdzają również działania samego Zamawiającego, który w niedawnym postępowaniu pn. *Budowa, przebudowa oraz zmiana sposobu użytkowania obiektów Zajezdni Tramwajowej przy ul. Toruńskiej 278 w Bydgoszczy – Etap 1*, ogłoszonym dnia 8 marca 2023 r., przewidywał karę umowną za zwłokę w realizacji zamówienia w wysokości 0,1 % za każdy dzień zwłoki (a więc karę 5-krotnie niższą), o której zastosowanie w ramach przedmiotowego Postępowania, Odwołujący również wnosi, zaznaczając, iż taki poziom kar, zagwarantował w przywoływanym postępowaniu konkurencję, zachęcając aż 6 wykonawców do wzięcia w nim udziału.

• **kary umowne za zwłokę w usuwaniu wad - §12 ust. 2 pkt 1) lit. k) Umowy**

12. W związku z tym, że brzmienie postanowień umownych w tym zakresie (w tym wysokość przewidzianych kar) jest analogiczne do kary umownej zastrzeżonej na wypadek zwłoki w realizacji przedmiotu zamówienia, Odwołujący w całej rozciągłości podtrzymuje argumentację zaprezentowaną w pkt 9 – 11 powyżej. Dodatkowo, Odwołujący akcentuje, że modyfikacja wysokości kar dotyczących zwłoki w usuwaniu wad powinna być wdrożona tym bardziej, że dotyczą one przewinienia o relatywnie mniejszej wadze niż uchybienie terminowi realizacji zamówienia. Co do zasady bowiem w sytuacji wystąpienia wad i ich usuwania przez wykonawcę, zamawiający może już korzystać z efektów wykonanych prac, a podstawowy cel zamówienia jakim jest terminowe oddanie obiektu do użytkowania jest już zachowany.

13. W konsekwencji, za zwłokę w usuwaniu wad przedmiotu umowy, publiczni zamawiający standardowo przewidują kary niższe niż dotyczące zwłoki w terminowym wykonaniu kontraktu, przewidując kary umowne na poziomie ok. 0,02% wynagrodzenia umownego za każdy dzień zwłoki, np.:

- Postępowanie pn. „*Budowa Gminnego Centrum Przesiadkowego w Sokółce*” – (ogłoszenie o zamówieniu nr 2022/S 067-175968 z dnia 05/04/2022 r.): kara umowna w wysokości 0,02% wartości wynagrodzenia za każdy dzień zwłoki w usuwaniu wad;
- Postępowanie pn. *Rozbudowa zajezdni tramwajowej przy ul. Kołobrzeskiej 40 w Olsztynie* (ogłoszenie o zamówieniu nr 2021/S 201-521061 z dnia 15/10/2021 r.): kara umowna w wysokości 0,025% wartości wynagrodzenia za każdy dzień zwłoki w usuwaniu wad.

14. Nieadekwatność przyjęcia tak wysokich kar umownych związanych ze zwłoką w usuwaniu wad (0,5% za każdy dzień) potwierdzają również działania samego Zamawiającego, który w niedawnym postępowaniu pn. *Budowa, przebudowa oraz zmiana sposobu użytkowania obiektów Zajezdni Tramwajowej przy ul. Toruńskiej 278 w Bydgoszczy – Etap 1*, ogłoszonym dnia 8 marca



2023 r., przewidział karę umowną za tego rodzaju uchybienia w wysokości 0,1 % za każdy dzień zwłoki (a więc karę 5-krotnie niższą), która winna stanowić w konsekwencji minimalny zakres zmian wdrożonych również w ramach przedmiotowego Postępowania.

- **limit kar umownych - §12 ust. 3 Umowy**

15. Niezależnie od powyższego, jak zostało to zasygnalizowane na wstępie Zamawiający w ramach §12 ust. 3 Umowy przewidział łączny limit kar umownych w taki sposób, że łączna wysokość naliczonych kar umownych z różnych tytułów nie może przekroczyć 40% (20% limitu na kary umowne z tytułu zwłoki w realizacji zamówienia i niezależny od niego limit 20% kar naliczonych z innych tytułów). W tym kontekście Odwołujący podnosi więc, że w ramach orzecznictwa sądów powszechnych podkreśla się, że wysokość nałożonych kar umownych nie może przekraczać wysokości należnego wynagrodzenia, a **w sytuacji, w której wysokość kar w stosunku do wartości całego zobowiązania oscyluje w granicach kilkudziesięciu procent wartości umowy, sądy uznają je za nadmierną dolegliwość, świadczącą o ich niewspółmierności w rozumieniu art. 484§2 KC** (tak np. wyrok SO w Rzeszowie z dnia 25.09.2019 r.; sygn. akt VI Ga 173/13, w ramach którego Sąd za niewspółmierną uznał karę umowną na poziomie 40% należnego wynagrodzenia). Co więcej, w orzecznictwie wskazuje się również, że *roszczenie o zapłatę kary umownej na wypadek zwłoki lub opóźnienia nie przysługuje stronie odstępującej od umowy wzajemnej, jeżeli w umowie zastrzeżono również taką karę w związku z odstąpieniem od umowy* (tak wyrok SN z dn. 14.06.2018 r., sygn. akt V CSK 534/17), **co prowadzi do wniosku, że limit kar za opóźnienia nie powinien przekraczać wysokości kary ustanowionej na wypadek odstąpienia od umowy, która w przedmiotowym przypadku wynosi 20%** (vide §16 ust. 1 pkt 19) Umowy).
16. Takie stanowisko zajęła też Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 4 września 2018 r. (sygn. akt KIO 1601/18), gdzie wskazane zostało, że: *„Zamawiający określił w umowie wiele przypadków, które mogą powodować naliczenie kar umownych. Jakkolwiek zasadne jest zabezpieczenie interesów Zamawiającego oraz należytego wykonania zamówienia to uregulowania dotyczące kar umownych nie mogą prowadzić do nieuzasadnionego wzbogacenia po stronie Zamawiającego czy naruszenia zasady proporcjonalności. W związku z powyższym Izba nakazała określenie limitu kar umownych do wysokości kary przewidzianej za niewykonanie zamówienia, co umożliwi również wykonawcom ocenę ryzyk i należyłą wycenę oferty”*.
17. Biorąc pod uwagę powyższe, tj. brak możliwości realnego wyegzekwowania kar umownych przekraczających poziom kilkudziesięciu procent wynagrodzenia umownego, a także uwzględniając, że brak wprowadzenia proporcjonalnego limitu kar na obecnym etapie doprowadzi do skalkulowania przez wykonawców znacznie większych ryzyk (co przyczynić się może do nieracjonalnego wydatkowania środków publicznych), podkreślamy zasadność dokonania modyfikacji treści SWZ w tym zakresie. Zwracamy przy tym uwagę, że wprowadzenie limitu kar jest obecnie powszechnym działaniem wśród zamawiających publicznych w przypadku inwestycji kubaturowych, którzy tak jak zostało to wskazane w powoływanych powyżej wytycznych zawartych w orzecznictwie sądów powszechnych i Krajowej Izby Odwoławczej, **limit tych kar określają na poziomie zrównanym z poziomem kary umownej przewidzianej na**



**wypadek odstąpienia od umowy.** Tak np. w ramach postępowania pn. „Budowa Gminnego Centrum Przesiadkowego w Sokółce” - nr referencyjny: PI.I.271.6.2022 (limit kar umownych na poziomie 10% przy tożsamej wysokości kary umownej na wypadek odstąpienia od umowy z przyczyn leżących po stronie wykonawcy); w ramach postępowania na Budowę Muzeum Sztuki Nowoczesnej w Warszawie, nr postępowania 04/MSN/PN/2018 (limit kar umownych na poziomie 15% przy tożsamej wysokości kary umownej na wypadek odstąpienia od umowy z przyczyn leżących po stronie wykonawcy); czy w ramach postępowania pn. „Budowa budynku TR Warszawa na Placu Defilad w Warszawie” (limit kar umownych na poziomie 10% przy tożsamej wysokości kary umownej na wypadek odstąpienia od umowy z przyczyn leżących po stronie wykonawcy).

18. Limit kar ustanawiany na bezwzględnym poziomie 20% (bez dodatkowych obostrzeń czy wyłączenia z tego limitu niektórych podstaw naliczania kar) jako adekwatny i proporcjonalny potwierdza również Krajowa Izba Odwoławcza w najnowszym orzecznictwie. Odwołujący powołuje się w tym zakresie na wyrok z dnia 21 grudnia 2023 r. (sygn. akt KIO 3509/23, KIO 3515/23), w ramach którego Izba wskazała, że: „Izba uznała, że również łączny limit kar umownych, określony w §16 ust. 6 Wzoru Umowy ustalony na poziomie 30% całkowitego wynagrodzenia brutto, wskazanego w §13 ust. 1 Umowy jest rażąco wygórowany. (...) Jednocześnie, Izba nie będąc związana żądaniami odwołującego, ustanowiła ten limit nieco wyżej niż żądał tego odwołujący, tj. na poziomie 20%, mając na uwadze wyważenie interesów i zamawiającego, i wykonawców ubiegających się o to zamówienie”.

**Biorąc pod uwagę powyższe, Odwołujący wnosi o modyfikację treści SWZ poprzez:**

- **usunięcie z katalogu kar umownych postanowień §12 ust. 2 pkt 1) lit. d) – e) i l) Umowy bądź nadanie im następującego brzmienia:**
  - d) za złożenie sprawozdania, o którym mowa w § 5 ust. 1 pkt 45 lit. e) z którego wynikać będzie niespełnienie wymogów określonych w § 5 ust. 1 pkt 45 lit. a) i g) w wysokości **0,5% wynagrodzenia brutto ogółem** (§ 3 ust. 2 niniejszej umowy),
  - e) za prowadzenie robót budowlanych w przypadku, o którym mowa w § 5 ust. 1 pkt 45 lit d) w wysokości **0,01% wynagrodzenia umownego brutto ogółem** (§ 3 ust. 2 niniejszej umowy) za każdy dzień prowadzenia robót,
  - l) za spowodowanie przez Wykonawcę przerwy w realizacji robót spowodowanej okolicznością, o której mowa w § 5 ust. 1 pkt 45 lit. d) – w wysokości **0,01% wynagrodzenia umownego brutto ogółem** (§ 3 ust. 2 niniejszej umowy), za każdy dzień przerwy w realizacji robót,
- **nadanie treści §12 ust. 2 pkt 1) lit. i) oraz k) Umowy następującego brzmienia:**
  - i) za zwłokę w wykonaniu przedmiotu umowy w wysokości **0,1 % wynagrodzenia umownego brutto ogółem** (§ 3 ust. 2 niniejszej umowy) za każdy dzień zwłoki,
  - k) za zwłokę w usunięciu wad stwierdzonych w okresie rękojmi za wady lub gwarancji jakości, w tym za zwłokę w usunięciu wad stwierdzonych przy odbiorze – w wysokości **0,1 % wynagrodzenia umownego brutto ogółem** (§ 3 ust. 2 niniejszej umowy) za każdy dzień zwłoki, liczony od upływu terminu wyznaczonego na usunięcie poszczególnych wad;
- **nadanie treści §12 ust. 3 Umowy następującego brzmienia:** Łączna wysokość kar umownych należnych każdej ze stron umowy nie może przekroczyć 20% wynagrodzenia





~~brutto Wykonawcy określonego w umowie, o którym mowa w §3 ust. 2 Umowy.–za wyjątkiem kary wymienionej w ust. 2 pkt 1 lit. k) powyżej, której wysokość nie może przekroczyć 20% wynagrodzenia umownego brutto ogółem (§ 3 ust. 2 niniejszej umowy) niezależnie od wysokości wcześniej naliczonych kar umownych.~~

#### IV. Zasady zmian postanowień umownych – zarzut nr 3

1. Zamawiający w ramach §19 ust. 3 Umowy wskazał, że:  
*Dopuszcza się **zmianę terminu wykonania przedmiotu umowy** z uwagi na wystąpienie:*
  - 1) siły wyższej uniemożliwiającej wykonanie przedmiotu umowy zgodnie z jej postanowieniami. Przez działanie siły wyższej Zamawiający rozumie wszelkie nadzwyczajne i nagłe zdarzenia o charakterze zewnętrznym, niezależne od obydwu Stron niniejszej umowy, niemożliwe do przewidzenia, takie jak katastrofy, pożary, powodzie, zalania, wybuchy, ataki terrorystyczne, niepokoje społeczne, epidemie, stany nadzwyczajne (strajki z wyjątkiem strajku u Wykonawcy), działania wojenne, o ile skutki wystąpienia siły wyższej nie miały miejsca w chwili złożenia oferty przez Wykonawcę,
  - 2) kolizji z niezinwentaryzowanym uzbrojeniem podziemnym,
  - 3) znalezisk skutkujących koniecznością wstrzymania robót,
  - 4) robót zleconych na podstawie art. 455 uPzp oraz § 3 ust. 4 niniejszej umowy (wydłużenie terminu o czas niezbędny do realizacji zleconych robót, jeśli ich wykonanie nie jest możliwe z zachowaniem terminu umownego),
  - 5) konieczności wprowadzenia zmian w dokumentacji projektowej,
  - 6) okoliczności leżących po stronie Zamawiającego i niezawinionych przez Wykonawcę,
  - 7) okoliczności niezależnych od Wykonawcy, których nie można było przewidzieć w chwili zawarcia umowy i które Zamawiający uzna za uzasadniające zmianę terminu.
2. Cechą wspólną cytowanych na wstępie postanowień umownych jest to, że **dotyczą one okoliczności nieprzewidywalnych, niezawinionych przez Wykonawcę**, które wpłynąć mogą na zakres i sposób wykonywanych przez niego robót budowlanych. Całkowicie nieracjonalnym w odniesieniu do tego rodzaju sytuacji jest odgórne założenie o braku wpływu tego rodzaju zmiennych na koszty realizacji prac. W tego rodzaju sytuacji wpisana jest bowiem pewna **nieprzewidywalność, której nie da się z góry ustalić ani co do zasady ani co do wysokości**. Innymi słowy, odgórne założenie, że zmiany projektowe, siła wyższa, kolizje, roboty dodatkowe czy zamienne nie wygenerują konieczności korekty wynagrodzenia należnego wykonawcy **całkowicie „usztynia” Umowę, uniemożliwiając jej dostosowanie do zmieniających się uwarunkowań czy identyfikowanych na bieżąco elementów właściwych danej realizacji**. Całkowicie niweczy to ideę zmiany umowy na wypadek wystąpienia tego rodzaju nieprzewidywalnych zjawisk, uniemożliwiając tak naprawdę prawidłowe skorzystanie z instytucji zmiany umowy, eliminując *de facto* szansę na właściwą reakcję w sytuacjach nieprzewidywalnych.
3. O tym, że odgórne założenie o braku wpływu zmian umowy na wysokość wynagrodzenia należnego wykonawcy jest założeniem nieprawidłowym świadczy zresztą już sama dyspozycja art. 455 ust. 1 pkt 1) ustawy Pzp, w ramach której ustawodawca wprost wszak określił, że



*dopuszczalne jest wprowadzenie zmian umowy **niezależnie od wartości tej zmiany.***

Ustawodawca wprowadzając tego rodzaju postanowienie niewątpliwie miał więc świadomość, że każda zmiana umowy potencjalnie może wiązać się z koniecznością korekty jej wartości i wprost taką możliwość zaakcentował w treści przepisu.

4. Co więcej, niezasadność wprowadzenia do Umowy postanowienia o takiej treści wynika również z tej okoliczności, że zgodnie z §19 ust. 3 pkt 4) Umowy, obejmować ma ono również roboty zlecane na podstawie art. 455 ustawy Pzp, a więc także dotyczyć ma robót dodatkowych, zamiennych czy zaniechanych. W tym zakresie postanowienia Umowy byłyby w konsekwencji niespójne o tyle, że §3 ust. 7 Umowy wskazuje w takich sytuacjach na mechanizm wyliczenia wartości zmiany wynagrodzenia, §19 ust. 3 pkt 4) Umowy wskazywałby z kolei na brak możliwości zmian w zakresie wartości umowy. Przyjęcie z kolei, że wykonywanie tak zleconych robót może wiązać się jedynie ze zmianą terminu, nie zaś ze zmianą wynagrodzenia, **całkowicie niweczy cel i realność tych mechanizmów, blokując w działaniach samego Zamawiającego.** Trudno bowiem wyobrazić sobie sytuację, w której wykonawcy zdecydują się na realizację jakichkolwiek robót zamiennych czy dodatkowych, w sytuacji braku rekompensaty w zakresie wynikającej z tego tytułu różnicy w wynagrodzeniu.
5. Rezygnacja z ogólnego założenia o braku możliwości zmiany wynagrodzenia z jednej strony eliminuje ryzyka wystąpienia sytuacji nieprzewidywalnych przez wykonawców, których skali i wartości nie są oni w stanie przewidzieć, z drugiej zaś nie generowałyby żadnych negatywnych konsekwencji dla Zamawiającego. **Dla dokonania jakiegokolwiek zmiany umowy konieczny jest wszak konsensus stron, stąd bez zgody Zamawiającego, jakkolwiek zmiana, bez względu na jej przedmiot i wartość i tak nie mogłaby być wprowadzona.** Jeśli więc Zamawiający nie chciałby, bądź nie mógł z uwagi na swoje możliwości finansowe, skorzystać z określonej podstawy zmiany umowy zdefiniowanej w §19 ust. 3 Umowy, bądź też nie wiązałby z jej wystąpieniem jakichkolwiek kosztów, to nawet przy wprowadzeniu postanowienia w kształcie postulowanym przez Odwołującego, takiego obowiązku nie nakładałaby na niego ani Umowa ani treść przepisów ustawy Pzp.
6. Postulowana przez Odwołującego korekta postanowień treści Umowy jest niezbędna także przez wzgląd na treść art. 99 ust. 1 ustawy Pzp, który w sposób jednoznaczny nakłada na Zamawiającego odpowiedzialność za prawidłowe przygotowanie opisu przedmiotu zamówienia. Jak wynika bowiem z treści §19 ust. 3 pkt 1) – 3), a także pkt 5) – 7) Umowy, zgodnie z założeniami Zamawiającego, Wykonawcy mieliby ponosić odpowiedzialność finansową za sytuacje przez siebie niezawinione mogące mieć swoje źródło tak w okolicznościach niemożliwych do przewidzenia przez żadną ze stron, jak i w okolicznościach obciążających przykładowo Zamawiającego (np. nieprawidłowości w dokumentacji projektowej). W takiej sytuacji, w której Wykonawcy mieliby ponosić wyłączną odpowiedzialność za sytuacje niemożliwe do przewidzenia, rozkład obowiązków i ryzyk stron umowy jest poważnie zachwiany i niezgodny z przepisami prawa. Trudno bowiem znaleźć uzasadnienie dla zasadności obciążania kosztami niezawinionych czy niemożliwych do przewidzenia sytuacji wpływających na harmonogram wykonywanych prac wyłącznie Wykonawcy, który nie byłby źródłem zaistniałej sytuacji. Co więcej, obciążanie konsekwencjami takiego działania wykonawcy, w sytuacji, w której jego źródłem byłoby okoliczności leżące po stronie Zamawiającego (co również mieściłoby się w zakresie dyspozycji



§19 ust. 3 Umowy) kwalifikowałoby wręcz projektowane przez Zamawiającego postanowienie umowne jako klauzulę abuzywną w rozumieniu art. 433 pkt 3) ustawy Pzp.

7. W konsekwencji, tak ukształtowane postanowienia umowne nie pozwalają wykonawcom na jakiegokolwiek oszacowanie ryzyk ofertowych związanych z ewentualnymi zmianami umowy, wygenerowanymi sytuacjami niemożliwymi do przewidzenia na moment składania oferty. Z uwagi na to, że każdy z wykonawców ryzyka w tym zakresie oszacować może na zupełnie odmiennym poziomie, oferty bazujące na tak ukształtowanych postanowieniach umownych, stają się całkowicie nieporównywalne. Jest to z kolei sytuacja, nie tylko godząca w interesy wykonawców, ale i samego zamawiającego, który dbać powinien o prawidłowe wydatkowanie środków publicznych. Skoro natomiast wykonawcy zmuszani są do kalkulacji w ramach oferty ryzyk w sposób całkowicie spekulacyjny, kalkulacja ta może przybrać poziom nieadekwatny do późniejszych realiów realizacyjnych, co zmusi Zamawiającego do ponoszenia zbędnych wydatków związanych z przedmiotową realizacją.
8. Podkreślając konieczność i zasadność modyfikacji wskazanych na wstępie postanowień umownych, przerzucających wszelkie ryzyka finansowe związane z zaistnieniem niezawinionych przez wykonawcę zdarzeń wpływających na realizację zamówienia wyłącznie na wykonawcę, Odwołujący podkreśla, że zgodnie z założeniem ustawodawcy wyrażonym w art. 431 ustawy Pzp, zamawiający i wykonawca winni współdziałać przy realizacji zamówienia, co choć będąc ogólną zasadą, podkreśla dodatkowo wagę symetrycznego rozkładu obowiązków i uprawnień związanych z realizacją zamówienia publicznego.
9. Odwołujący formułując zarzuty w tym zakresie, podkreśla przy tym, że maksymalna granica odpowiedzialności nałożonej na wykonawcę w toku realizacji winna wynikać z postanowień opisu przedmiotu zamówienia. Opis przedmiotu zamówienia, co wprost determinuje dyspozycja art. 99 ust. 1 ustawy Pzp powinien bowiem pozwolić każdemu z potencjalnie zainteresowanych danym zamówieniem wykonawcom, przygotowanie i złożenie ważnej oferty, **w tym umożliwić precyzyjne obliczenie ceny za jego realizację**. Zamawiający formułując opis przedmiotu zamówienia powinien w związku z tym posługiwać się dostatecznie dokładnymi i zrozumiałymi określeniami oraz **uwzględniać wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty**, mając na uwadze to, iż perspektywą decydującą dla oceny, czy wytyczne te zostały zachowane, jest perspektywa wykonawcy. Takie stanowisko potwierdził m.in. SO w Zielonej Górze w wyroku z dnia 13 maja 2005 r. (sygn. akt II Ca 109/05), w ramach którego wskazał, że okoliczność, że inny wykonawca składa ofertę zgodną z założeniem zamawiającego, nie ma znaczenia, wystarczy bowiem, że określenie przedmiotu zamówienia mogło wprowadzić w błąd jakiegokolwiek wykonawcę. W związku z tym jak wskazał Sąd Okręgowy w Gdańsku w wyroku z dnia 27 listopada 2006 r. (sygn. akt III Ca 1019/06) *„opis przedmiotu zamówienia powinien być na tyle jasny, aby pozwalał na identyfikację zamówienia. Zwroty użyte do określenia przedmiotu zamówienia powinny być dokładnie określone i niebudzące wątpliwości, a zagadnienie winno być przedstawione wszechstronnie, dogłębnie i szczegółowo(...)”*.



**Biorąc pod uwagę wszystkie powyższe okoliczności, Odwołujący wnosi o modyfikację treści §19 ust. 3 Umowy poprzez nadanie mu następującego brzmienia:**

*Dopuszcza się zmianę terminu wykonania przedmiotu umowy **oraz wysokości wynagrodzenia** z uwagi na wystąpienie:*

- 1) siły wyższej uniemożliwiającej wykonanie przedmiotu umowy zgodnie z jej postanowieniami. Przez działanie siły wyższej Zamawiający rozumie wszelkie nadzwyczajne i nagłe zdarzenia o charakterze zewnętrznym, niezależne od obydwu Stron niniejszej umowy, niemożliwe do przewidzenia, takie jak katastrofy, pożary, powódzie, zalania, wybuchy, ataki terrorystyczne, niepokoje społeczne, epidemie, stany nadzwyczajne (strajki z wyjątkiem strajku u Wykonawcy), działania wojenne, o ile skutki wystąpienia siły wyższej nie miały miejsca w chwili złożenia oferty przez Wykonawcę,*
- 2) kolizji z niezinwentaryzowanym uzbrojeniem podziemnym,*
- 3) znalezisk skutkujących koniecznością wstrzymania robót,*
- 4) robót zleconych na podstawie art. 455 uPzp oraz § 3 ust. 4 niniejszej umowy (wydłużenie terminu o czas niezbędny do realizacji zleconych robót, jeśli ich wykonanie nie jest możliwe z zachowaniem terminu umownego),*
- 5) konieczności wprowadzenia zmian w dokumentacji projektowej,*
- 6) okoliczności leżących po stronie Zamawiającego i niezawinionych przez Wykonawcę,*
- 7) okoliczności niezależnych od Wykonawcy, których nie można było przewidzieć w chwili zawarcia umowy i które Zamawiający uzna za uzasadniające zmianę terminu.*

**Biorąc pod uwagę wszystkie powyższe okoliczności, skorzystanie ze środków ochrony prawnej stało się konieczne i uzasadnione, a Odwołujący wnosi o jego uwzględnienie.**

**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.