



Warszawa, dnia 26 lipca 2024 r.

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

**Zamawiający:** **Państwowy Instytut Medyczny**  
**Ministerstwa Spraw Wewnętrznych i**  
**Administracji**  
ul. Wołoska 137, 02-507 Warszawa  
NIP: 5214004558, REGON: 524384845  
e-mail:  
[zamowieniapubliczne@cskmswia.gov.pl](mailto:zamowieniapubliczne@cskmswia.gov.pl)  
tel.: +48 477221817

**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),  
e-mail: [martyna.nyszk@budimex.pl](mailto:martyna.nyszk@budimex.pl)  
tel.: +48 517 375 137

**Dotyczy:** postępowania prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego pn. Budowa nowego budynku wielofunkcyjnego „T” na potrzeby działu transportu oraz funkcji medycznych w ramach kompleksu Państwowego Instytutu Medycznego Ministerstwa Spraw Wewnętrznych i Administracji (nr sprawy: PIMMSWiA-2375/08/07/01/2024; dalej jako „**Postępowanie**”)

Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 16 lipca 2024 r. pod numerem 425809-2024, numer wydania: DZ.U.S: 137/2024

### **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. 436 pkt 1) ustawy Pzp, art. 99 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 16 ustawy Pzp w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 5 i art. 353<sup>1</sup> KC w zw. z art. 387 KC** poprzez oznaczenie w treści Ogłoszenia o zamówieniu, Specyfikacji Warunków Zamówienia oraz projektowanych postanowieniach umowy (Załącznik nr 4 do SWZ, dalej jako „Umowa”) terminu wykonania zamówienia oraz terminów pośrednich poprzez odniesienie się do daty kalendarzowej, pomimo, iż brak jest obiektywnych przyczyn uzasadniających takie działanie, przy jednoczesnym określeniu tych terminów w sposób nierealny, nieadekwatny do przedmiotu zamówienia i nieuwzględniający wszystkich okoliczności, a co za tym idzie wyznaczenie ich w sposób utrudniający uczciwą konkurencję i niemożliwy do spełnienia przez wykonawców funkcjonujących na rynku, co jednocześnie godzi w istotę i naturę umowy o roboty budowlane, stanowiąc wyraz nadużycia prawa Zamawiającego do kształtowania postanowień umownych i jego pozycji dominującej, będąc postanowieniem niekorzystnym dla wykonawców i prowadząc do zachwiania równowagi stron stosunku zobowiązaniowego i zasad współżycia społecznego równowagę stron umowy i prowadzącym do naruszenia praw podmiotowych wykonawców (**zarzut nr 1**);
- 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. 577§4 KC w zw. z art. 568§1 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 dotyczących zasad odbioru robót budowlanych, uzależniających *de facto* dokonanie odbioru robót i wypłatę należnego wynagrodzenia, a także rozpoczęcie biegu okresu gwarancji i rękojmi oraz 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 (**zarzut nr 2**);
- 3. art. 433 ust. 1 pkt 4) ustawy Pzp, w zw. z art. 99 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 5 KC, art. 58 KC, art. 353(1) KC w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp** poprzez wprowadzenie do projektu Umowy postanowień, z których wynika odpowiedzialność wykonawcy za okoliczności za które wyłączną odpowiedzialność ponosi zamawiający, tj. za prawidłowość identyfikacji uwarunkowań istotnych z punktu widzenia realizacji zamówienia, przekładających się na treść dokumentacji przygotowywanej przez zamawiającego, co stanowi o przerzuceniu na wykonawców wszelkich ryzyk związanych z nieprawidłowym i niejednoznacznym opisem przedmiotu zamówienia, co stanowi klauzulę abuzywną, prowadzącą do nadużycia przez Zamawiającego prawa do kształtowania postanowień umownych i jego pozycji dominującej, będąc jednocześnie postanowieniem niekorzystnym dla wykonawców, naruszającym bezwzględnie obowiązujące przepisy prawa oraz równowagę stron umowy i prowadzącym do naruszenia praw podmiotowych wykonawców (**zarzut nr 3**);
- 4. art. 8 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 5 i 353(1) KC w zw. z art. 647 KC** poprzez przyznanie Zamawiającemu w ramach §13 ust. 1 pkt 2) i 8) Umowy prawa do odstąpienia od umowy w przypadku nieprzystąpienia bądź zaniechania realizacji zamówienia w okresie 2 dni kalendarzowych jak również zwłoki w przedstawieniu Harmonogramu rzeczowo – finansowego



powyżej 7 dni bez uwzględnienia wpływu danego naruszenia na możliwość wykonania inwestycji, a także bez uwzględnienia możliwości wdrożenia działań naprawczych, co prowadzi do niestabilności stosunku zobowiązaniowego, uwzględniając zwłaszcza uznaniowość decyzji Zamawiającego w tym zakresie, a w konsekwencji nakłada na Wykonawcę zbyt duże ryzyka kontraktowe, niemożliwe do oszacowania, stanowiąc nadmierną i niewspółmierną dolegliwość, prowadzącą do naruszenia praw podmiotowych wykonawców (**zarzut nr 4**);

5. **art. 8 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 5 i 353(1) KC w zw. z art. 473§ 1 KC w zw. z art. 483 KC w zw. z art. 484§2 KC w zw. z art. 16 ustawy Pzp** poprzez zastrzeżenie przez Zamawiającego w ramach Umowy kar umownych i górnego ich limitu o rażąco wygórowanej wysokości, co jest postanowieniem naruszającym równowagę stron umowy, wymuszającym na wykonawcach konieczność kalkulacji dodatkowych, niemożliwych do precyzyjnej kalkulacji, ryzyk w ramach ceny ofertowej (**zarzut nr 5**);
6. **art. 8 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 5 i 353(1) KC, art. 431 i art. 99 ust. 1 i 4 ustawy Pzp** poprzez zastrzeżenie przez Zamawiającego arbitralnych i nieadekwatnych terminów usuwania wad i awarii, bez jakiegokolwiek zdefiniowania kluczowych pojęć i uwzględnienia czynności niezbędnych do wykonania w danym zakresie, co nakłada na Wykonawcę zbyt duże ryzyka kontraktowe, niemożliwe do oszacowania przy uwzględnieniu uznaniowości kwalifikacji każdego z przypadków, co w konsekwencji stanowi o nadużyciu przez Zamawiającego prawa do kształtowania postanowień umownych i jego pozycji dominującej, będąc jednocześnie postanowieniem niekorzystnym dla wykonawców, naruszającym bezwzględnie obowiązujące przepisy prawa, godzącym w istotę i naturę umowy o roboty budowlane, oraz równowagę stron umowy i prowadzącym do naruszenia praw podmiotowych wykonawców (**zarzut nr 6**);
7. **art. 8 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 5 i 353(1) KC w zw. z art. 581 §1 i 2 KC w zw. z art. 553 KC w zw. z art. 16 ust. 1 ustawy Pzp** poprzez wprowadzenie do Umowy postanowień zakładających przerwę w biegu terminu gwarancji i rękojmi w każdym przypadku wystąpienia wady, niezależnie od elementu podlegającego naprawie oraz możliwości korzystania z przedmiotu umowy przez Zamawiającego, co jest postanowieniem naruszającym równowagę stron umowy, wymuszającym na wykonawcach konieczność kalkulacji dodatkowych, niemożliwych do precyzyjnej kalkulacji, ryzyk w ramach ceny ofertowej (**zarzut nr 7**);
8. **art. 8 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 353(1) KC w zw. z art. 354§1 KC w zw. z art. 487§2 KC w zw. z art. 5 KC w zw. z art. 16 ustawy Pzp** poprzez wprowadzenie do wzoru umowy postanowień, skutkujących *de facto* pozbawieniem wykonawcy uprawnienia do domagania się dodatkowego wynagrodzenia w związku z przedłużeniem terminu realizacji zamówienia w sposób sprzeciwiający się właściwości (naturze) stosunku prawnego wynikającego z umowy o roboty budowlane- jako umowy nazwanej uregulowanej w art. art. 647 k.c. i nast. KC. – jak również zasadom współżycia społecznego oraz celowi społeczno – gospodarczemu, naruszając zasadę ekwiwalentności świadczeń stron umowy o roboty budowlane w relacji inwestor – wykonawca, co powoduje w konsekwencji obciążenie Wykonawcy ryzykiem niemożliwym do skalkulowania, generując ryzyko nieporównywalności złożonych ofert i uprzywilejowując w sposób nieuzasadniony jedną ze stron umowy (**zarzut nr 8**).



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

- 1) uwzględnienie odwołania,
- 2) nakazanie Zamawiającemu dokonania zmiany treści SWZ i ogłoszenia 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 26 lipca 2024 r. Biorąc pod uwagę powyższe, 10-dniowy termin na wniesienie odwołania, o którym mowa w art. 515 ust. 2 pkt 1) 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

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



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 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. Zarzut dotyczący wyznaczonych terminów realizacji zamówienia – zarzut nr 1

1. Zamawiający w ramach §2 ust. 1 Umowy przewidział następujące terminy realizacji dotyczące przedmiotowego postępowania:
- 1) *opracowanie Harmonogramu rzeczowo-finansowego (HRF), którego wzór określa załącznik Nr 5, w terminie 10 (słownie: dziesięć) dni roboczych od daty zawarcia Umowy;*
  - 2) *wykonanie prac określonych w §1 ust. 3 pkt 1 lit. a - e, potwierdzone podpisaniem protokołu odbioru bez istotnych uwag i zastrzeżeń przez upoważnionych przedstawicieli Stron –nie później niż do dnia 15 listopada 2024 r.);*
  - 3) *wykonanie prac, o których mowa w §1 ust. 3 pkt 1 lit. f – j, w tym kompletnej dokumentacji projektowej i wykonawczej, dokonanie w imieniu Zamawiającego niezbędnych zawiadomień/zgłoszeń i uzgodnień, potwierdzone podpisaniem protokołu odbioru bez istotnych*

<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.



*uwag i zastrzeżeń przez upoważnionych przedstawicieli Stron –nie później niż do dnia 30 czerwca 2025 r.);*

*4) wykonanie robót budowlanych i instalacyjnych, zgodnie ze Opisem przedmiotu zamówienia, potwierdzone podpisaniem końcowego protokołu odbioru robót budowlanych bez istotnych uwag i zastrzeżeń przez upoważnionych przedstawicieli Stron –nie później niż do dnia 15 listopada 2026 r.*

2. Analogiczne postanowienia wprowadzone zostały również w ramach Rozdziału 6 SWZ oraz pkt. 5.1.5. ogłoszenia o zamówieniu.

#### **Ad. Oznaczenie terminów realizacji data sztywna**

3. Zamawiający nie zastosował się do wprowadzonej w nowej ustawie Pzp zasady oznaczania terminu realizacji zamówienia poprzez zagwarantowanie wykonawcy określonego okresu czasu na realizację, która to została wyartykułowana w treści art. 436 pkt 1) ustawy Pzp, który wskazuje, że *umowa zawiera postanowienia określające w szczególności planowany termin zakończenia usługi, dostawy lub robót budowlanych, oraz, w razie potrzeby, planowane terminy wykonania poszczególnych części usługi, dostawy lub roboty budowlanej, **określone w dniach, tygodniach, miesiącach lub latach**, chyba że wskazanie daty wykonania umowy jest uzasadnione obiektywną przyczyną.*
4. Jak podkreśla się przy tym w doktrynie wprowadzona zmiana ustawy Pzp umotywowana była wyeliminowaniem z obrotu sytuacji zmuszających wykonawców do kalkulacji ryzyk **niemożliwych w istocie do przewidzenia związanych z tym jaki realnie czas pozostanie wykonawcom do realizacji zamówienia**. *Regulacja ma na celu zapewnienie, by wszyscy wykonawcy mieli jednakową wiedzę o czasie wymaganym do realizacji zamówienia. Ma to zapobiec sytuacji, gdy każdy wykonawca odrębnie, na podstawie własnego doświadczenia i wiedzy, estymował najpierw spodziewany termin zawarcia umowy (mimo że nie miał wpływu na tę datę), a następnie próbował wyliczyć pozostały mu czas na realizację zamówienia. Powyższe zmuszało wykonawców do uwzględniania związanych z tym ryzyk kontraktowych i kosztów* (tak: Prawo zamówień publicznych. Komentarz, red. H.Nowak, M.Winiarz, UZP, Warszawa 2021).
5. Uwzględniając motywy przyświecające wprowadzonej regulacji oraz fakt, iż każdy wyjątek od zasady wymaga ścisłego traktowania, określenie daty realizacji zamówienia datą kalendarzową możliwe jest tylko w sytuacjach wyjątkowych, o obiektywnym charakterze. Jako takie sytuacje komentatorzy wskazują przede wszystkim sytuacje związane z ograniczonym finansowaniem wynikającym z dofinansowania unijnego (tak np. Prawo zamówień publicznych. Komentarz, red. M.Jaworska, D. Grześkowiak – Stojek, J. Jarnicka, A. Matusiak). W przedmiotowym przypadku z taką sytuacją nie mamy jednak do czynienia – zgodnie bowiem z treścią ogłoszenia o zamówieniu oraz SWZ **zamówienie nie jest finansowane ze środków UE** (a więc nie jest związane tak sztywnymi datami i zasadami rozliczeń jak w przypadku funduszy unijnych). Co za tym idzie, z udostępnionych już materiałów przetargowych wynika, że brak w okolicznościach przedmiotowego przypadku obiektywnych motywów uzasadniających określenie terminu realizacji zamówienia sztywną datą kalendarzową.





6. Podkreślenia w tym kontekście wymaga, że czynnikiem kluczowym jest dysponowanie przez wykonawcę określonym okresem czasu na wykonanie odpowiednich czynności wchodzących w zakres zamówienia, **zwłaszcza przy kontrakcie o takiej skali i wartości jak będący przedmiotem przedmiotowego postępowania i zabezpieczonych przez Zamawiającego karach umownych dotyczących terminowości wykonania każdego z etapów zamówienia.** Tylko dysponowanie wiedzą co do konkretnego okresu czasu zagwarantowanego na wykonanie zamówienia z zestawieniem zakresu obowiązków nałożonych na wykonawców pozwala na realną ocenę możliwości podjęcia się realizacji danego przedsięwzięcia i zabezpieczenia wymaganych nakładów finansowych, sprzętowych i osobowych. Bez takiej informacji, wykonawcy nie mają w istocie żadnej możliwości aby ocenić realność przyjmowanego zobowiązania, nie mówiąc już o racjonalnym i rzetelnym skalkulowaniu należnego wynagrodzenia.
7. Zasadność określenia daty realizacji przedmiotowego zamówienia poprzez odniesienie się do jednostek referujących do dni, tygodni bądź lat jest tym bardziej celowe, że uwzględniając obecne tendencje rynkowe, a także chociażby postanowienia umowne zdefiniowane przez Zamawiającego wysoce prawdopodobnym jest kwestionowanie przez znaczną część uczestników rynku czynności zamawiającego związanych tak z ukształtowaniem treści SWZ, jak również z decyzjami na etapie badania i oceny złożonych ofert. Spowoduje to zapewne znaczne wydłużenie procedury przetargowej, determinujące, że pozostały czas na realizację zamówienia będzie czasem absolutnie niemożliwym, generującym wystąpienie sytuacji świadczenia niemożliwego.
8. Co więcej, Odwołujący podkreśla, że określona przez Zamawiającego data realizacji zamówienia, zgodnie z założeniami samego Zamawiającego jest datą modyfikowalną, co wynika z przesłanek zmiany umowy zdefiniowanych w §14 ust. 1 Umowy. **Skoro więc terminy dotyczące realizacji przedmiotowego zamówienia mają charakter modyfikowalny, to obrazuje to, że określenie daty wykonania zamówienia datą sztywną ma charakter sztuczny, stanowiąc nieproporcjonalną dolegliwość wyłącznie dla jednej strony stosunku zobowiązaniowego.**
9. Do tego aspektu nawiązywała Krajowa Izba Odwoławcza przykładowo w wyroku z dnia 17.04.2023 r. (sygn. akt KIO 836/23), podkreślając, że **jeśli daty wiążące zamawiającego w aspekcie dofinansowania czy innych zobowiązań związanych z przedmiotem zamówienia są modyfikowalne, to Zamawiający nie może skutecznie powoływać się na istnienie obiektywnej przyczyny umożliwiającej wdrożenie wyjątku od zasady wyartykułowanej w art. 436 pkt 1) ustawy Pzp.** Jak wskazała KIO w ww. wyroku: *ponieważ Zamawiający nie przedstawił innych dowodów, które pozwalałyby przyjąć wniosek Zamawiającego o braku możliwości zmiany określonych ram czasowych w sytuacji wydłużającego się procesu uzyskania środków europejskich na sfinansowanie KPO, Izba nie miała podstaw do przyjęcia tego wniosku. Uwzględniając natomiast wydłużającą się procedurę przetargową wobec wstępnych założeń, jakie towarzyszyły uzgodnieniom z wykonawcami (zawarcie umowy miałoby nastąpić już w marcu b.r.) utrzymanie konkretnej daty zakończenia inwestycji jest realnie zagrożone. Ponadto, Zamawiający wprowadził we wzorze umowy zapisy pozwalające na zmianę terminu, tym samym należy uznać, iż data końcowa nie jest bezwzględnie wymagana dla osiągnięcia celu projektu. Należy również odnotować, iż szereg klauzul Kontraktu odnosi się do terminów liczonych w dniach, co powoduje, iż wskazanie daty zakończenia Kontraktu ma wyłącznie charakter sztuczny i nie*



*uwzględnia specyfikacji zamówienia, w którym może wystąpić szereg okoliczności wpływających na terminowość Robót. Wprowadzona w art. 436 Ustawy regulacja dotycząca określania planowanego terminu zakończenia inwestycji objętej zamówieniem ma na celu ustalenie jasnych dla wykonawców ram czasowych, co stanowi istotny element opisu przedmiotu zamówienia, pozwalający na oszacowanie kosztów inwestycji, jak również oszacowanie odpowiednich sił i środków, jakie będą musiały być zaangażowane w celu dotrzymania nałożonych terminów. Możliwość odstąpienia od zasady ustalania terminu ilością dni, tygodni, miesięcy lub lat, przez wskazanie daty wykonania umowy musi być obiektywnie uzasadnione. Nie chodzi o samo formalne nazwanie przyczyny, która może obiektywnie uzasadniać takie odstąpienie, konieczne jest rzeczywiste istnienie uzasadnienia, co pozwala odnieść daną okoliczność do sytuacji faktycznie mającej znaczenie dla realizacji inwestycji.*

#### **Ad. Nierealność terminów realizacji założonych przez Zamawiającego**

10. Niezależnie od powyższego, założone przez Zamawiającego terminy realizacji są nierealne, niemożliwe do dotrzymania. **Wynika to już z samego założenia Zamawiającego dotyczącego szacowanej daty rozpoczęcia realizacji zamówienia.** W ramach pkt 5.1.3 ogłoszenia, Zamawiający wskazał bowiem **jako datę początkową 20.09.2024 r.**, co oznacza, uwzględniając aktualnie określony termin składania ofert wyznaczony na 21.08.2024 r., iż Zamawiający na przeprowadzenie procesu badania i oceny ofert oraz uprawomocnienie się wyboru oferty najkorzystniejszej przewidział niecały miesiąc. **Takie założenie jest całkowicie abstrakcyjne** – sam bowiem termin na kwestionowanie wyboru oferty najkorzystniejszej i oczekiwanie na wyznaczenie terminu rozprawy, wynikające odpowiednio z art. 515 ust. 1 pkt 1) lit. a) ustawy Pzp oraz art. 544 ust. 1 ustawy Pzp konsumuje bowiem obecnie zabezpieczony przez Zamawiającego czas na badanie i ocenę ofert, który niewątpliwie (choćby przez wzgląd na rozpoznanie niniejszego odwołania) ulegnie dodatkowemu skróceniu.
11. **Nierealność daty początkowej realizacji zamówienia określonej na dzień 20.09.2024 r. wynika zresztą z samego terminu związania ofertą, który zgodnie z pkt 16.1 SWZ upływa 18.11.2024 r.** Zasadnym wydaje się więc założenie, że jest to najwcześniejsza możliwa do przyjęcia data, w której rozpocznie się realizacja zamówienia. Tymczasem, Zamawiający przyjmując datę rozpoczęcia realizacji zamówienia o blisko dwa miesiące krótszą, już z tego tylko powodu, doprowadza zabezpieczone przez siebie okresy realizacji poszczególnych czynności, do całkowitej nierealności. Tytułem zobrazowania tej okoliczności, Odwołujący wskazuje na określony przez Zamawiającego w ramach §2 ust. 1 pkt 2) Umowy termin wykonania prac określonych w §1 ust. 3 pkt 1 lit. a – e Umowy (prace przygotowawcze, dokumentacja geologiczno – inżynierska, mapa do celów projektowych, projekt przyłączy do budynków) wyznaczony na dzień **15.11.2024 r.**
12. **Innymi słowy, zakładana przez Zamawiającego data drugiego z „kamieni milowych” przypada jeszcze w okresie związania ofertą, a więc w terminie, który sam ustawodawca zabezpieczył dla potrzeb badania i oceny ofert i w którym z dużym prawdopodobieństwem graniczącym z pewnością nie dojdzie jeszcze nawet do podpisania umowy.** Powyższe już samo w sobie obrazuje niezasadność odnoszenia się do terminów określanych datą kalendarzową i ich spekulacyjny i wątpliwy charakter, determinując już





z tego tylko powodu konieczność ich modyfikacji i określenia poprzez odniesienie się do jednostki czasu w postaci tygodni bądź miesięcy.

13. Co przy tym istotne, tak nierealnie określone terminy realizacji zamówienia, w tym każdy z zastrzeżonych kamieni milowych, zabezpieczone zostały przy tym dolegliwymi karami umownymi, zdefiniowanymi w §10 ust. 1 pkt 1) Umowy. Determinuje to, że ich realność nie może pozostawiać jakichkolwiek wątpliwości i niezbędną jest stosowna korekta w tym zakresie, uwzględniająca poszczególne czynności do wykonania w danym kamieniu milowym i ich czasochłonność.
14. Celem wykazania czasu koniecznego dla zabezpieczenia wykonania poszczególnych kamieni milowych i uprawdopodobnienia nierealności założeń Zamawiającego w tym zakresie, Odwołujący w załączeniu przedstawia harmonogram realizacji zamówienia uwzględniający wszystkie czynności zdefiniowane przez Zamawiającego w §1 ust. 3 Umowy. Przedstawiany Harmonogram, obrazuje tak poziom niedoszacowania terminów realizacyjnych określonych przez Zamawiającego, jak również wskazuje na konieczną liczbę tygodni dla realizacji poszczególnych kamieni milowych z uwzględnieniem technologicznej chronologii wykonywania poszczególnych prac.

**Dowód:** Harmonogram realizacji zamówienia w wersji PDF z naniesionym podpisem elektronicznym oraz (celem zwiększenia czytelności i możliwości weryfikacji założeń harmonogramu) w wersji Excel wraz z załączonym podpisem zewnętrznym (plik xades)

15. Omawiając przedmiotowy harmonogram i konfrontując go z założeniami Zamawiającego wynikającymi z Umowy, Odwołujący podkreśla jednocześnie, że:
  - nie kwestionuje założeń dotyczących terminu opracowania Harmonogramu rzeczowo - finansowego, zdefiniowanego w §2 ust. 1 pkt 1) Umowy i przy opracowaniu harmonogramu realizacyjnego przedkładał w załączeniu przyjął założenia Zamawiającego wykonania tego zakresu w terminie 10 dni od podpisania umowy;
  - błędem obarczone są założenia Zamawiającego, co do czasochłonności i realności terminów dotyczących wykonania prac projektowych, określonych w §2 ust. 2) i 3) Umowy, w konsekwencji których nierealnym staje się wykonanie dalszych czynności realizacyjnych w terminach narzuconych przez Zamawiającego. Po weryfikacji tych założeń z profesjonalnym biurem projektowym, Odwołujący zobrazował czasochłonność procesu projektowego na załączonym harmonogramie, dokonując dalej idącego rozbicia czynności wchodzących w skład poszczególnych czynności celem uprawdopodobnienia swoich żądań;
  - Z porównania aktualnych założeń co do terminów wykonania poszczególnych kamieni milowych wynika, że Zamawiający na realizację czynności dotyczących strictly robót budowlanych przewidział czas ok. 16,5 miesiąca licząc od zakończenia etapu 3. Odwołujący przyjął analogiczną proporcję w swoich założeniach uwidoczniionych na harmonogramie, nie kwestionując co do zasady takich założeń;
  - Harmonogram przygotowany został przy założeniu rozpoczęcia realizacji prac 18.11.2024 r. (końcowy termin związania ofertą). Bez względu na przyjęte daty realizacji,



przekładając założenia Zamawiającego na ilość miesięcy zabezpieczonych przez Zamawiającego na potrzeby przedmiotowego zamówienia (łącznie ok. 112 tygodni 25 miesięcy i 25 dni), założenie to jest niedoszacowane o ok. 18 tygodni (ok. 5 miesięcy) (minimalny termin realizacji wszystkich prac to łącznie 130 tyg, tj. ok 30 miesięcy).

**Biorąc pod uwagę wszystkie powyższe okoliczności, Odwołujący wnosi o modyfikację §2 ust. 1 Umowy (oraz analogicznie Rozdziału 6 SWZ oraz pkt 5.1.5. ogłoszenia) poprzez nadanie im następującego brzmienia:**

- 1) *opracowanie Harmonogramu rzeczowo-finansowego (HRF), którego wzór określa załącznik Nr 5, w terminie 10 (słownie: dziesięć) dni roboczych od daty zawarcia Umowy;*
- 2) *wykonanie prac określonych w §1 ust. 3 pkt 1 lit. a - e, potwierdzone podpisaniem protokołu odbioru bez istotnych uwag i zastrzeżeń przez upoważnionych przedstawicieli Stron –w terminie 39 tygodni od daty zawarcia Umowy;*
- 3) *wykonanie prac, o których mowa w §1 ust. 3 pkt 1 lit. f – j, w tym kompletnej dokumentacji projektowej i wykonawczej, dokonanie w imieniu Zamawiającego niezbędnych zawiadomień/zgłoszeń i uzgodnień, potwierdzone podpisaniem protokołu odbioru bez istotnych uwag i zastrzeżeń przez upoważnionych przedstawicieli Stron –w terminie 58 tygodni od podpisania Umowy;*
- 4) *wykonanie robót budowlanych i instalacyjnych, zgodnie ze Opisem przedmiotu zamówienia, potwierdzone podpisaniem końcowego protokołu odbioru robót budowlanych bez istotnych uwag i zastrzeżeń przez upoważnionych przedstawicieli Stron –w terminie 130 tygodni od podpisania Umowy*

**III.Zarzut dotyczący zasad związanych z dokonywaniem odbiorów – zarzut nr 2**

1. Zamawiający w ramach Umowy wprowadził następujące postanowienia dotyczące odbiorów wykonanych robót i związanych z nimi konsekwencjami:

- **§2 ust. 2. Umowy:** *Za dzień wykonania:*

- 1) *robót budowlanych i instalacyjnych Strony uznają wykonanie w całości, zgodnie z Umową oraz załącznikami do niej, robót budowlanych i instalacyjnych, o których mowa w § 1 ust. 3, potwierdzone podpisaniem przez obie Strony Protokołu końcowego odbioru robót **bez istotnych uwag i zastrzeżeń ze strony Zamawiającego;***
- 2) *Przedmiotu umowy – Strony uznają dzień wykonania robót budowlanych i instalacyjnych potwierdzonego Protokołem końcowym odbioru robót **bez istotnych uwag i zastrzeżeń ze strony Zamawiającego** oraz przedłożenia Zamawiającemu dokumentacji powykonawczej i uzyskanego przez Wykonawcę w imieniu Zamawiającego ostatecznego i prawomocnego pozwolenia na użytkowanie obiektu wraz ze zgłoszeniem zakończenia robót do PINB (o ile dotyczy).*

- **§3 ust. 4 Umowy:** *Rozliczenie za wykonanie Przedmiotu umowy odbędzie się na podstawie częściowych faktur oraz faktury końcowej, wystawionych przez Wykonawcę po wykonaniu poszczególnych zadań zgodnie z HRF oraz całego Przedmiotu umowy, **po protokolarnym jego odbiorze bez uwag ze strony Zamawiającego** oraz przekazaniu Zamawiającemu dokumentów określonych w § 4 i § 8, według następujących zasad:*

- 1) *faktury częściowe na kwoty określone w § 3 ust. 2 pkt. 1 i 2, dotyczące prac określonych w §1 ust. 3 pkt 1 lit. a - e oraz określonych w §1 ust. 3 pkt 1 lit. f – j. Podstawą do ich*



wystawienia będą podpisane przez obie strony Protokoły odbioru częściowego **bez istotnych uwag i zastrzeżeń** ze strony Zamawiającego.

- 2) faktury częściowe za roboty budowlane i instalacyjne, wystawiane dla każdego zadania nie częściej niż raz w miesiącu, potwierdzone podpisaniem przez obie Strony stosownym do zakresu wykonanych robót budowlanych i instalacyjnych Protokołem odbioru częściowego tych robót, **bez istotnych uwag i zastrzeżeń** Zamawiającego, płatne w następujący sposób:

- a) na kwotę stanowiącą łącznie 80% wynagrodzenia, o którym mowa w §3 ust. 2 pkt. 4 Umowy, płatne na podstawie prawidłowych faktur częściowych, wystawianych na podstawie Protokołów odbiorów częściowych bez istotnych uwag i zastrzeżeń ze strony Zamawiającego, po wykonaniu w całości i bez uwag konkretnej części robót (Zadań zgodnie z HRF), w wysokości wynikającej z zatwierdzonego przez Zamawiającego ww. harmonogramu dla danej pozycji ujętej w nim, po wykonaniu przez Wykonawcę całości tej pozycji ujętej w HRF, której dotyczy faktura częściowa;
- b) na kwotę stanowiącą łącznie 20% wynagrodzenia, o którym mowa w §3 ust. 2 pkt. 4 Umowy oraz wynagrodzenie za nadzór autorski, o którym mowa w § 3 ust. 2 pkt. 1, płatne na podstawie prawidłowej faktury wystawionej i doręczonej Zamawiającemu po podpisaniu przez obie Strony Protokołu odbioru końcowego Przedmiotu umowy, bez istotnych uwag i zastrzeżeń ze strony Zamawiającego.

- **§3 ust. 6 Umowy:** Wypłata wynagrodzenia Wykonawcy nastąpi w terminie do 60 dni od daty otrzymania przez Zamawiającego prawidłowo wystawionej faktury, na podstawie stosownego protokołu odbioru, **bez uwag i zastrzeżeń ze strony Zamawiającego**, jak określono w ust. 4 wraz z dokumentami, których wymóg dołączenia do faktury wynika z postanowień Umowy. W przypadku nieprawidłowo wystawionej faktury lub niezłączenia stosownych dokumentów/oświadczeń lub załączenia dokumentów/oświadczeń o treści niezgodnej z treścią Umowy termin, o którym mowa powyżej w zdaniu pierwszym, wydłuża się o czas dostarczenia przez Wykonawcę prawidłowo wystawionej faktury wraz z załącznikami.

- **§8 ust. 6 Umowy:** Z czynności odbioru końcowego sporządzony zostanie protokół zawierający wszystkie ustalenia dokonane w toku odbioru robót – podpisany przez obie Strony. Jeżeli w czasie odbioru prac zostaną stwierdzone **wady**, Zamawiającemu przysługują następujące uprawnienia:

- 1) **jeżeli wady są możliwe do usunięcia**, Zamawiający wyznaczy Wykonawcy termin ich usunięcia, odpowiedni z technologicznego punktu widzenia, nie dłuższy jednak niż 21 dni. Wykonawca zobowiązany jest do pisemnego zawiadomienia Zamawiającego o usunięciu wad. W przypadku nie usunięcia wad i/lub braku pisemnego zawiadomienia o usunięciu wad w wyznaczonym terminie, Zamawiającemu przysługuje prawo naliczenia kar umownych, zgodnie z § 10 ust. 1 pkt.1. Zamawiający ma prawo również zlecić wykonanie zastępcze tych prac, bez uprzedniego upoważnienia sądu, osobie trzeciej na ryzyko i koszt Wykonawcy;
- 2) **jeżeli wady nie są możliwe do usunięcia**, ale nie uniemożliwiają użytkowania Przedmiotu umowy zgodnie z przeznaczeniem, to Zamawiający może, wedle własnego wyboru:

- a) żądać ponownego wykonania robót,



- b) stosownie obniżyć wynagrodzenie za wykonanie Przedmiotu umowy,
- 3) **jeżeli wady nie są możliwe do usunięcia** i uniemożliwiają użytkowanie Przedmiotu umowy zgodnie z przeznaczeniem, Zamawiający może odstąpić od Umowy z przyczyn zależnych od Wykonawcy oraz naliczyć karę umowną, o której mowa w § 10 ust. 1 pkt. 3 lub żądać wykonania Przedmiotu umowy po raz drugi.
- **§8 ust. 7 Umowy:** **Po usunięciu wad stwierdzonych w toku odbioru**, zostanie sporządzony **Protokół odbioru końcowego bezusterkowo** wykonanych prac, który będzie podstawą do wystawienia przez Wykonawcę faktury. W przypadku ponownego stwierdzenia wad, postanowienia ustępu poprzedzającego stosuje się odpowiednio.
  - **§9 ust. 1 Umowy:** Wykonawca udziela Zamawiającemu gwarancji i rękojmi (w przypadku robót budowlano-instalacyjnych) oraz rękojmi (w przypadku dokumentacji) na wszelkie prace objęte przedmiotem niniejszej Umowy na okres:
    - 1) w przypadku dokumentacji: od dnia podpisania protokołu odbioru dokumentacji do dnia upływu gwarancji i rękojmi na roboty budowlane wykonane na jej podstawie;
    - 2) w przypadku robót budowlano-instalacyjnych - **minimum 60 miesięcy**. Bieg terminu gwarancji i rękojmi rozpoczyna się od dnia zakończenia odbioru końcowego całości robót budowlano-instalacyjnych, potwierdzonego obustronnie podpisanym **protokołem odbioru końcowego bez uwag ze strony Zamawiającego**.
    - 3) w przypadku materiałów i urządzeń – **minimum 36 miesięcy**. Bieg terminu gwarancji i rękojmi rozpoczyna się od dnia zakończenia odbioru końcowego całości robót budowlano-instalacyjnych, potwierdzonego obustronnie podpisanym **protokołem odbioru końcowego bez uwag ze strony Zamawiającego**. Jeżeli na poszczególne materiały lub urządzenia udzielona jest gwarancja producenta na okres dłuższy niż wskazany powyżej, okres gwarancji udzielonej przez Wykonawcę odpowiada okresowi gwarancji udzielonej przez producenta.
  - **§12 ust. 3 Umowy:** Zabezpieczenie należytego wykonania Umowy zostanie zwrócone/zwolnione (po dokonaniu ewentualnych potrąceń) w następujący sposób:
    - 1) 70% wartości zabezpieczenia – w terminie 30 dni od dnia wykonania Przedmiotu umowy tj. dnia przedłożenia Zamawiającemu uzyskanego przez Wykonawcę ostatecznego pozwolenia na użytkowanie obiektu wraz ze zgłoszeniem zakończenia robót do PINB (o ile dotyczy, w przeciwnym razie – od dnia przekazania obiektu do użytkowania), **potwierdzonego protokołem przekazania bez uwag i zastrzeżeń oraz podpisania przez Zamawiającego Protokołu odbioru końcowego bezusterkowo wykonanych prac**,
    - 2) 30% wartości zabezpieczenia – najpóźniej w terminie 15 dni po upływie okresu gwarancji i rękojmi za wady.
2. Analiza powyższych postanowień Umowy wskazuje, że jakkolwiek Zamawiający zdaje się mieć świadomość konieczności odmiennego potraktowania sytuacji wystąpienia wad istotnych i nieistotnych przedmiotu umowy, to poprzez niespójność wprowadzanych przez siebie postanowień zrównuje *de facto* skutki wystąpienia obu przypadków, modyfikując przy tym skorelowane z odbiorem końcowym robót, bezwzględnie obowiązujące zasady dotyczące biegu gwarancji i



rękojmi, a także zwrotu zabezpieczenia należytego wykonania umowy. W tym kontekście Odwołujący zwraca uwagę zwłaszcza na to, że:

- o ile w treści §2 ust. 2 Umowy oraz §3 ust. 4 pkt 1)- 2) Umowy Zamawiający uzależnia uznanie robót za wykonane oraz wypłatę należnego wykonawcy wynagrodzenia od odbioru robót bez istotnych uwag i zastrzeżeń (co sugeruje odbiór „usterkowy”) to **w ramach §8 ust. 7 Umowy wskazuje już na odbiór bezusterkowy jako podstawę wypłaty wynagrodzenia należnego wykonawcy**, wprost posługując się zresztą takim właśnie sformułowaniem,
- w ramach §8 ust. 6 Umowy Zamawiający **nie dokonuje jakiegokolwiek rozróżnienia wad zidentyfikowanych w ramach odbioru robót**, dokonując podziału wyłącznie na „wady możliwe do usunięcia” oraz „niemożliwe do usunięcia”, w żaden sposób nie różnicując natomiast skutków wystąpienia wad istotnych i nieistotnych przedmiotu umowy,
- w ramach §9 ust. 1 Umowy Zamawiający wprost wskazuje, że **rozpoczęcie biegu okresu gwarancji i rękojmi skorelowane jest z bezusterkowym odbiorem robót** („obustronnie podpisanym protokołem odbioru końcowego bez uwag ze strony Zamawiającego”), podobnie jak powiązany z tym terminem zwrot zabezpieczenia należytego wykonania umowy (§12 ust. 3 Umowy).

3. W konsekwencji, w ramach wskazanych postanowień Zamawiający wprowadził do postępowania *de facto* odbiór bezusterkowy, jednoznacznie wyłączony na gruncie ugruntowanego orzecznictwa w tym zakresie i praktyki realizacyjnej projektów wykonywanych w reżimie zamówień publicznych. Powyższe postanowienia generują sytuację, w której pomimo możliwości korzystania z efektu wykonanych prac przez Zamawiającego i pomimo istnienia nieznacznych jedynie uchybień w robotach wykonanych przez wykonawcę może zostać on pozbawiony należnego mu wynagrodzenia, finansując *de facto* dane przedsięwzięcie powyżej uzasadnionych ram czasowych. **Zgodnie z zamierzeniem Zamawiającego i treścią cytowanych postanowień umownych wykonawca nie mógłby uzyskać należnego mu wynagrodzenia i zobowiązany byłby do ponoszenia kosztów utrzymania obiektu, pomimo możliwości jego prawidłowego użytkowania.** Taka sytuacja generuje po stronie wykonawców w sposób oczywisty nadmierne ryzyko, prowadząc do sytuacji, w której wykonawca pozbawiony jest przysługujących mu praw w oparciu o identyfikację usterek o zupełnie błahym znaczeniu przy równoległej możliwości korzystania przez Zamawiającego z efektu wykonanych prac.

4. **W przypadku, w którym wykonawca wykonał swoje zobowiązanie, a zidentyfikowane braki mają charakter wyłącznie nieistotnych usterek, obowiązkiem Zamawiającego, wynikającym z treści art. 647 KC jest dokonanie odbioru robót i wypłata należnego wykonawcy wynagrodzenia.** Ustawodawca nie przewidział w tym zakresie fakultatywności. Każdorazowo jeśli przedmiot umowy o roboty budowlane wypełnia treść zobowiązania wynikającego z dokumentacji projektowej i umożliwia zamawiającemu korzystanie z obiektu, to obowiązkiem zamawiającego jest dokonanie odbioru wykonanych prac.





5. Podobnie, zakładana przez Zamawiającego „bezusterkowość” odbiorów, generuje dodatkowo ryzyko nieuzasadnionego przesuwania w czasie rozpoczęcia biegu terminu gwarancji i rękojmi, pomimo, iż obiekt mógłby być już bez przeszkód eksploatowany przez Zamawiającego. W drodze analogii warto przywołać w tym aspekcie zasadę ustanowioną przez ustawodawcę w ramach art. 577 §4 KC, zgodnie z którą termin gwarancji liczony jest od momentu wydania rzeczy kupującemu. Podobnie w przypadku rękojmi za wady, jak wskazuje art. 568§1 KC bieg terminu determinowany jest momentem wydania rzeczy kupującemu. Przekładając to więc na grunt realizacji umowy o roboty budowlane, **zgodnie z zamierzeniem Zamawiającego i treścią cytowanych postanowień umownych wykonawca nie mógłby uzyskać należnego mu wynagrodzenia, a termin gwarancji i rękojmi nie mógłby się rozpocząć, pomimo, iż obiekt mógłby zostać już Zamawiającemu przekazany i możliwe byłoby jego prawidłowe użytkowanie.** Taka sytuacja generuje po stronie wykonawców w sposób oczywisty nadmierne ryzyka, prowadząc do sytuacji, w której termin gwarancji w sposób nieuzasadniony przesuwany może być w zasadzie w nieskończoność w oparciu o identyfikację usterek o zupełnie błahym znaczeniu przy równoległej możliwości korzystania przez Zamawiającego z efektu wykonanych prac.
6. **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) winien być związany z dokonaniem odbioru (nawet jeśli w jego ramach zidentyfikowane zostały nieistotne wady), to termin ten powinien być ukształtowany analogicznie co do zwrotu 70% zabezpieczenia.
7. W orzecznictwie jednolicie przyjmuje się, że w przypadku kodeksowej umowy o roboty budowlane o niewykonaniu zobowiązania nie można mówić, jeżeli wykonawca wykonał roboty lecz są one wadliwe. Decydujące znaczenie ma charakter wad, przy czym za wady istotne przyjmuje się przypadki wyraźnego sprzeciwiania się postanowieniom umowy, uniemożliwiające korzystanie z efektu wykonanych prac. **W konsekwencji niedopuszczalnym jest wprowadzanie tzw. bezusterkowego odbioru robót, co potwierdza jednolicie orzecznictwo wydawane w tym przedmiocie:**

- **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 Sądu Apelacyjnego w Białymstoku z 04.04.2014 r.; sygn. akt I ACa 860/13:**

„Wykonanie robót budowlanych z wadami nie może być utożsamiane z ich niewykonaniem i nie rodzi po stronie zamawiającego uprawnienia do odmowy odbioru robót. Przyjmuje się, że odmowa odbioru będzie uzasadniona jedynie w przypadku, gdy przedmiot zamówienia będzie mógł być kwalifikowany jako wykonany niezgodnie z projektem i zasadami wiedzy technicznej lub wady będą na tyle istotne, że obiekt nie będzie się nadawał do użytkowania. Wobec zgłoszenia zakończenia robót i braku uzasadnionych podstaw do odmowy odbioru, a także do skorzystania z uprawnienia do domagania się obniżenia wynagrodzenia strona jest zobowiązana do odbioru robót **i do świadczenia pełnego wynagrodzenia wynikającego z umowy.**”

• **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.”

8. Biorąc pod uwagę wszystkie powyższe okoliczności, Zamawiający nie tylko nie ma prawa do dowolności podejmowanych działań przy stwierdzeniu wad o charakterze nieistotnym, ale też nie ma uprawnienia do wstrzymywania wypłaty jakiegokolwiek części wynagrodzenia przy ich wystąpieniu. **Należy bowiem zauważyć, że odebranie przedmiotu umowy (nawet z wadami nieistotnymi) obliguje Zamawiającego do zapłaty wynagrodzenia (art. 647 KC), rozpoczynając jednocześnie bieg okresu rękojmi i gwarancji.** Co za tym idzie, w takiej sytuacji to właśnie roszczenia z rękojmi czy gwarancji są reżimem właściwym dla wywodzenia i egzekwowania uprawnień Zamawiającego z zakresu usuwania wszelkich nieprawidłowości dotyczących przedmiotu umowy (art. 638§1 KC). Dopuszczenie do sytuacji, w której Zamawiający jednocześnie wstrzymuje wypłatę wynagrodzenia i dysponuje kwotą zabezpieczenia wniesionego przez wykonawcę generuje sytuację „podwójnego zabezpieczenia” roszczeń Zamawiającego, stawiając go w skrajnie uprzywilejowanej sytuacji, co 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).

9. Jednocześnie, w związku z tym, że **kwestia odbioru robót i wypłaty wynagrodzenia jest jednym z najistotniejszych elementów związanych z uprawnieniami wykonawcy dotyczącymi realizacji inwestycji**, postanowienia Umowy w tym przedmiocie nie mogą pozostawać niespójne i nieczytelne co do realnych intencji Zamawiającego, stwarzając pole do dowolnej ich interpretacji. Sprzeciwiałoby się to bowiem nie tylko omówionym powyżej zasadom odbioru prac w ramach umowy o roboty budowlane, ale też podstawowym zasadom przyświecającym udzielanie zamówień publicznych, w tym zasadzie przejrzystości i proporcjonalności. Postanowienia umowy w zakresie zasad dokonywania odbioru robót muszą być w konsekwencji maksymalnie precyzyjne, dostosowane do powszechnie obowiązujących przepisów prawa i realnych warunków funkcjonowania rynku budowlanego w Polsce. W konsekwencji, Wykonawca musi mieć pewność, że po wypełnieniu określonych działań odbiór robót rzeczywiście nastąpi, dokonana zostanie wypłata należnego mu wynagrodzenia i rozpocznie się bieg terminu gwarancji i rękojmi oraz skorelowane z nim zwolnienie zabezpieczenia należytego wykonania umowy.

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

- **§3 ust. 4 Umowy:** *Rozliczenie za wykonanie Przedmiotu umowy odbędzie się na podstawie częściowych faktur oraz faktury końcowej, wystawionych przez Wykonawcę po wykonaniu poszczególnych zadań zgodnie z HRF oraz całego Przedmiotu umowy, **po protokolarnym jego odbiorze bez uwag ze strony Zamawiającego** oraz przekazaniu Zamawiającemu dokumentów określonych w § 4 i § 8, według następujących zasad (...).*
- **§3 ust. 6 Umowy:** *Wypłata wynagrodzenia Wykonawcy nastąpi w terminie do 60 dni od daty otrzymania przez Zamawiającego prawidłowo wystawionej faktury, na podstawie stosownego protokołu odbioru, **bez uwag i zastrzeżeń ze strony Zamawiającego**, jak określono w ust. 4 wraz z dokumentami, których wymóg dołączenia do faktury wynika z postanowień Umowy. W przypadku nieprawidłowo wystawionej faktury lub niezłączenia stosownych dokumentów/oświadczeń lub załączenia dokumentów/oświadczeń o treści niezgodnej z treścią Umowy termin, o którym mowa powyżej w zdaniu pierwszym, wydłuża się o czas dostarczenia przez Wykonawcę prawidłowo wystawionej faktury wraz z załącznikami.*
- **§8 ust. 6 Umowy:** *Z czynności odbioru końcowego sporządzony zostanie protokół zawierający wszystkie ustalenia dokonane w toku odbioru robót – podpisany przez obie Strony. Jeżeli w czasie odbioru prac zostaną stwierdzone wady, Zamawiającemu przysługują następujące uprawnienia: jeżeli wady są możliwe do usunięcia, **w zależności od charakteru zidentyfikowanych wad podejmuje następujące czynności:***
  - a) jeżeli wady mają charakter nieistotny (nie uniemożliwiają korzystania z obiektu zgodnie z przeznaczeniem) – Zamawiający dokonuje odbioru, wyznaczając Wykonawcy termin ich usunięcia, nie mający wpływu na uznanie robót za wykonane w dacie dokonanego już odbioru. Zamawiający wyznacza Wykonawcy termin usunięcia wad**



**nie dłuższy jednak niż 21 dni lub inny odpowiedni z technologicznego punktu widzenia.** Wykonawca zobowiązany jest do pisemnego zawiadomienia Zamawiającego o usunięciu wad. W przypadku nie usunięcia wad i/lub braku pisemnego zawiadomienia o usunięciu wad w wyznaczonym terminie, Zamawiającemu przysługuje prawo skorzystania z uprawnień z rękami i gwarancji;

**b) jeżeli wady mają charakter istotny (uniemożliwiają korzystanie z obiektu zgodnie z przeznaczeniem) – Zamawiający może odmówić dokonania odbioru, wyznaczając Wykonawcy termin ich usunięcia, po którym strony przystąpią ponownie do odbioru przedmiotu umowy.** Zamawiający wyznacza Wykonawcy termin usunięcia wad **nie dłuższy jednak niż 21 dni lub inny odpowiedni z technologicznego punktu widzenia.** Wykonawca zobowiązany jest do pisemnego zawiadomienia Zamawiającego o usunięciu wad. W przypadku nie usunięcia wad i/lub braku pisemnego zawiadomienia o usunięciu wad w wyznaczonym terminie, Zamawiającemu przysługuje prawo naliczenia kar umownych, zgodnie z § 10 ust. 1 pkt.1. Zamawiający ma prawo również zlecić wykonanie zastępcze tych prac, bez uprzedniego upoważnienia sądu, osobie trzeciej na ryzyko i koszt Wykonawcy (...)

- **§8 ust. 7 Umowy: Protokół odbioru bez istotnych uwag i zastrzeżeń, o którym mowa w ust. 6 lit. a) powyżej będzie podstawą do wystawienia przez Wykonawcę faktury.** W przypadku zidentyfikowania w czasie odbioru wad istotnych, protokół odbioru sporządzony zostanie po zgłoszeniu ich usunięcia i ponownym przeprowadzeniu procedury odbiorowej. W przypadku ponownego stwierdzenia wad istotnych, postanowienia ustępu poprzedzającego stosuje się odpowiednio.
- **§9 ust. 1 Umowy:** Wykonawca udziela Zamawiającemu gwarancji i rękami (w przypadku robót budowlano-instalacyjnych) oraz rękami (w przypadku dokumentacji) na wszelkie prace objęte przedmiotem niniejszej Umowy na okres:
  - 1) w przypadku dokumentacji: od dnia podpisania protokołu odbioru dokumentacji do dnia upływu gwarancji i rękami na roboty budowlane wykonane na jej podstawie;
  - 2) w przypadku robót budowlano-instalacyjnych - minimum 60 miesięcy. Bieg terminu gwarancji i rękami rozpoczyna się od dnia zakończenia odbioru końcowego całości robót budowlano-instalacyjnych, potwierdzonego obustronnie podpisanym **protokołem odbioru końcowego bez uwag ze strony Zamawiającego.**
  - 3) w przypadku materiałów i urządzeń – **minimum 36 miesięcy.** Bieg terminu gwarancji i rękami rozpoczyna się od dnia zakończenia odbioru końcowego całości robót budowlano-instalacyjnych, potwierdzonego obustronnie podpisanym **protokołem odbioru końcowego bez uwag ze strony Zamawiającego.** Jeżeli na poszczególne materiały lub urządzenia udzielona jest gwarancja producenta na okres dłuższy niż wskazany powyżej, okres gwarancji udzielonej przez Wykonawcę odpowiada okresowi gwarancji udzielonej przez producenta.
- **§12 ust. 3 Umowy:** Zabezpieczenie należytego wykonania Umowy zostanie zwrócone/zwolnione (po dokonaniu ewentualnych potrąceń) w następujący sposób:
  - 1) 70% wartości zabezpieczenia – w terminie 30 dni od dnia wykonania Przedmiotu umowy tj. dnia przedłożenia Zamawiającemu uzyskanego przez Wykonawcę ostatecznego pozwolenia na użytkowanie obiektu wraz ze zgłoszeniem zakończenia robót do PINB (o ile dotyczy, w



*przeciwnym razie – od dnia przekazania obiektu do użytkowania), potwierdzonego ~~protokołem przekazania bez uwag i zastrzeżeń~~ oraz podpisania przez Zamawiającego Protokołu odbioru końcowego ~~bezusterkowo wykonanych prac~~;*

- 2) 30% wartości zabezpieczenia – najpóźniej w terminie 15 dni po upływie okresu gwarancji i rękojmi za wady.

#### **IV. Ryzyka związane z prawidłowym opisem przedmiotu zamówienia i identyfikacją uwarunkowań właściwych dla danej realizacji oraz zakresu zobowiązań nałożonych w tym zakresie na wykonawcę – zarzut nr 3**

1. Zamawiający w ramach §1 ust. 4 i 5 Umowy wprowadził postanowienia o następującej treści:

*4. Wykonawca oświadcza, że zapoznał się z dokumentami opisującymi Przedmiot umowy, o których mowa w ust. 2 i **nie wnosi do nich uwag** a także, że miał możliwość zapoznania się z terenem inwestycji i jego otoczeniem, dokonania niezbędnych wizji lokalnych w terenie, **dokonania potrzebnych mu pomiarów, badań, sprawdzeń i odkrywek i nie wnosi do nich uwag**. Wykonawca uzyskał wszystkie niezbędne informacje dotyczące warunków i możliwości urządzenia zaplecza technicznego i zasilenia w niezbędne media oraz występowania elementów wymagających demontażu na czas robót i ponownego ich montażu, jeżeli nie podlegają wymianie na nowe i **nie wnosi do nich uwag**.*

*5. Wykonawca oświadcza, że wszystkie wymienione wyżej okoliczności uwzględnił w cenie swojej oferty. Wykonawca oświadcza, że nie polegał na żadnych informacjach, dokumentach ani oświadczeniach pochodzących od Zamawiającego innych, niż przekazane w toku postępowania o udzielenie zamówienia.*

2. Odnosząc się do tak zdefiniowanych postanowień Odwołujący na wstępie pragnie podkreślić, że opis przedmiotu zamówienia, co wprost determinuje dyspozycja art. 99 ust. 1 ustawy Pzp powinien 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 **uwzględnić 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(...)*”.



3. Przekładając powyższe na grunt kwestionowanych postanowień Odwołujący wskazuje, że Zamawiający za ich pośrednictwem zdaje się uchylać od odpowiedzialności za prawidłowe przygotowanie opisu przedmiotu zamówienia, które jak wyraźnie wynika z poczynionych powyżej uwag jest jego wyłączną prerogatywą. W konsekwencji, Zamawiający usiłuje przerzucić na wykonawcę w zasadzie nieograniczony katalog ryzyk związanych z nieprecyzyjnością i brakami w opisie przedmiotu zamówienia, narzucając, że wynagrodzenie ryczałtowe należne wykonawcy ma konsumować wszelkie prace związane z realizacją zamówienia, które okażą się niezbędne, **nawet jeśli nie wynikają one z przekazanej dokumentacji**. Tak zakreślony zakres zobowiązań nałożonych na wykonawcę **nie tylko narusza jego prawa podmiotowe ale też generuje ryzyko całkowitej nieporównywalności złożonych ofert**.
4. Zamawiający w ramach §1 ust. 4 Umowy wskazuje przede wszystkim na obowiązek wykonawcy przeprowadzenia *pomiarów, badań, sprawdzeń i odkrywek* oraz uzyskania *wszystkich niezbędnych informacji, co wskazuje na konieczność poszukiwania i uzupełniania opisu przedmiotu zamówienia bezpośrednio przez wykonawców i przerzucania na nich odpowiedzialności za elementy, które w sposób wyczerpujący i szczegółowy winny być opisane w dokumentacji postępowania*. W sposób szczególny Odwołujący zwraca uwagę na wskazany obowiązek dokonania potrzebnych pomiarów i badań, które nie tylko nie stanowią obowiązków wykonawców na obecnym etapie postępowania, ale też są niemożliwe do przeprowadzenia. Jedyną możliwością inwentaryzacji i weryfikacji uwarunkowań związanych z przedmiotową inwestycją jest bowiem uczestnictwo w wizji lokalnej, która nie zakłada przeprowadzania badań terenowych, których kosztów wykonawcy nie mają obowiązku zresztą ponosić, na etapie poprzedzającym ewentualne uzyskanie kontraktu.
5. Jakkolwiek więc Odwołujący akceptuje konieczność wszechstronnej analizy opisu przedmiotu zamówienia, to analiza ta powinna odbywać się wyłącznie w granicach wyznaczonych treścią dokumentacji dostarczonej przez Zamawiającego, przy uwzględnieniu etapu postępowania, na którym obecnie się znajdujemy i danych weryfikacyjnych, którymi realnie mogą dysponować wykonawcy. W konsekwencji, zgodnie z utartą praktyką orzeczniczą<sup>4</sup> i realizacyjną **maksymalną granicę wyznaczającą zobowiązanie nałożone na wykonawcę stanowią elementy możliwe do przewidzenia na podstawie udostępnionej przez Zamawiającego dokumentacji**. Wszelkie prace, których nie dało się wywieść z udostępnionej dokumentacji, przeprowadzonej wizji lokalnej czy istniejących norm i przepisów prawa, siłą rzeczy nie mogą stanowić przedmiotu zamówienia, nie będąc nim objętymi. Dla takich sytuacji ustawodawca przewidział wprost możliwość realizacji robót dodatkowych czy innych zmian w umowie, co oznacza, że postanowienia umowne włączające w zakres zobowiązania wykonawców prace nieopisane (bądź opisane w sposób sprzeczny bądź niejednoznaczny) w dokumentacji zamówienia

<sup>4</sup> por. np. wyrok KIO z dnia 19.11.2021 r., sygn. akt KIO 3260/21: *Sporządzenie dokumentacji przetargowej jest obowiązkiem zamawiającego i to zamawiający ponosi odpowiedzialność za jej wady. Wykonawcy przed złożeniem ofert mają obowiązek zapoznać się z tą dokumentacją i mogą żądać wyjaśnień jej treści, jak też mogą kwestionować jej treść w drodze odwołania, niemniej jednak nie może to oznaczać przerzucenia odpowiedzialności za prawidłowość wykonania tej dokumentacji na wykonawców.*





nie tylko naruszałoby regulacje dotyczące opisu przedmiotu zamówienia i rozkładu ryzyk umownych, ale też stanowią obejście art. 455 ust. 1 ustawy Pzp.

6. Z takiego zakresu możliwych do nałożenia na wykonawców zobowiązań standardowo zdają sobie zresztą sprawę publiczni zamawiający, którzy taki zakres obowiązków wprost artykułują w ramach projektowanych przez siebie postanowień umownych. Tak przykładowo w postępowaniu pn. „Budowa dwóch hal targowych wraz z infrastrukturą techniczną, murów oporowych, miejsc postojowych wraz z zagospodarowaniem terenu przy ul. Kawaleryjskiej w Białymstoku” (znak sprawy NDZ.231.17.2019.DM), gdzie Zamawiający wyraźnie zaznaczył, że Wykonawca *ponosi pełną odpowiedzialność za skutki braku lub mylnego rozpoznania warunków realizacji Umowy w zakresie możliwym do przewidzenia na podstawie SIWZ. Nie dotyczy to warunków niemożliwych do przewidzenia na etapie składania ofert*”.
7. W konsekwencji, respektując także jedną z podstawowych zasad udzielania zamówień publicznych zdefiniowaną w art. 16 ustawy Pzp, tj. zasadę przejrzystości, wykonawcy muszą na etapie ubiegania się o udzielenie zamówienia dysponować jednoznacznymi i klarownymi informacjami dotyczącymi zakresu nałożonych na nich zobowiązań, które powinny być wprost skorelowane z udostępnionym opisem przedmiotu zamówienia i ogólnodostępnymi informacjami możliwymi do przeanalizowania przez profesjonalnego wykonawcę. Wylimitowanie postanowień budzących wątpliwości interpretacyjne, sugerujących nałożenie na wykonawców zobowiązań wykraczających poza tak określone ramy, zachęcić może przy tym do uczestnictwa w danym postępowaniu przetargowym, eliminując ryzyko sporów na etapie realizacji zamówienia.

**Biorąc pod uwagę wszystkie powyższe okoliczności, Odwołujący wnosi o modyfikację treści SWZ poprzez nadanie treści §1 ust. 4 Umowy następującego brzmienia:**

*Wykonawca oświadcza, że zapoznał się z dokumentami opisującymi Przedmiot umowy, o których mowa w ust. 2 i nie wnosi do nich uwag a także, że miał możliwość zapoznania się z terenem inwestycji i jego otoczeniem, dokonania niezbędnych wizji lokalnych w terenie, dokonania potrzebnych mu pomiarów, badań, sprawdzeń i odkrywek i nie wnosi do nich uwag. Wykonawca uzyskał wszystkie niezbędne informacje dotyczące warunków i możliwości urządzenia zaplecza technicznego i zasilenia w niezbędne media oraz występowania elementów wymagających demontażu na czas robót i ponownego ich montażu, jeżeli nie podlegają wymianie na nowe i nie wnosi do nich uwag. **Zakres ww. obowiązków weryfikacyjnych nałożonych na Wykonawcę i składanych oświadczeń ograniczony jest do czynności i informacji, możliwych do przeprowadzenia i zidentyfikowania przez Wykonawcę na etapie składania oferty.***

**V. Możliwość odstąpienia od umowy w sytuacjach nie wskazujących na zagrożenie realizacji kontraktu – zarzut nr 4**

1. W ramach §13 ust. 1 pkt 2) i 8) Umowy, Zamawiający przewidział następujące sytuacje uprawniające go do odstąpienia od umowy:  
*Zamawiającemu przysługuje prawo do odstąpienia od Umowy w przypadkach określonych w przepisach prawa, w postanowieniach Umowy oraz jeżeli:*  
2) Wykonawca **nie przystąpił do prac projektowych, robót lub zaniechał ich realizacji tj. w sposób nieprzerwany nie realizuje Umowy przez okres 2 dni kalendarzowych, w szczególności ze względu na brak pracowników na budowie, co w ocenie Zamawiającego nie**





**gwarantuje dotrzymania umownego terminu wykonania robót.** Stwierdzenie takiego opóźnienia zostanie dokonane na piśmie przez inspektora nadzoru. W takim przypadku Zamawiający ma prawo do odstąpienia od Umowy w terminie 30 dni odpowiednio od dnia, w którym Wykonawca zgodnie z Umową powinien przystąpić do robót lub od dnia, w którym Wykonawca zaniechał realizacji robót;

8) w przypadku zwłoki Wykonawcy **w przedstawieniu do akceptacji Harmonogramu rzeczowo-finansowego i/lub jego korekty, trwającej co najmniej 7 dni roboczych, w terminie 30 dni od dnia stwierdzenia zaistnienia zwłoki.**

2. Do możliwości odstąpienia od umowy w przypadku braku przedstawienia do akceptacji Harmonogramu rzeczowo – finansowego i/lub jego korekty Zamawiający nawiązał równolegle w §4 ust.5 pkt 4) Umowy, w ramach którego wskazane zostało, że: *do obowiązków Wykonawcy należy również (...) dostarczenie Zamawiającemu do uzgodnienia Harmonogramu rzeczowo-finansowego (HRF) i/lub korekty Harmonogramu rzeczowo-finansowego (HRF) w terminie do 10 dni roboczych od daty podpisania Umowy lub odpowiednio od dnia otrzymania uwag do HRF. Wykonawca jest zobowiązany uwzględnić w Harmonogramie rzeczowo-finansowym, przewidywane terminy odbiorów robót dokumentowane obustronnie podpisanymi protokołami odbiorów częściowych. **W przypadku zwłoki Wykonawcy w przedstawieniu do akceptacji Harmonogramu rzeczowo-finansowego i/lub jego korekty, trwającej co najmniej 7 dni roboczych, Zamawiający ma prawo odstąpić od Umowy z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy, w terminie 30 dni od dnia stwierdzenia zajścia podstawy do odstąpienia.***
3. Odnosząc się do pierwszej z przesłanek odstąpienia, zdefiniowanej w §13 ust. 1 pkt 2) Umowy, Odwołujący wskazuje na następujące elementy dyskwalifikujące zasadność utrzymania postanowienia o takiej treści:
  - po pierwsze Zamawiający przewidział niezwykle krótki termin, z którym zrównuje uznanie umowy za nienależycie wykonywaną, tj. 2 dni kalendarzowe w braku przystąpienia bądź zaniechania realizacji prac. Tak określony termin, konsumuje *de facto* okres weekendu, nie uwzględniając też w żaden sposób innych przerw wynikających z dni ustawowo wolnych od pracy, które wykonawca obowiązany jest zagwarantować swoim pracownikom. Termin ten jest więc całkowicie abstrakcyjny, ignorujący prawa pracownicze wynikające z kodeksu pracy i ustaw pokrewnych;
  - po drugie postanowienie w tym zakresie opiera się na dużej swobodzie decyzyjnej Zamawiającego, który ocenić ma czy dana przerwa w realizacji prac nie gwarantuje dotrzymania umownego terminu wykonania robót. W przypadku przerwy w realizacji prac w skali 2 dni kalendarzowych takie domniemanie, uwzględniając czas trwania całego przedsięwzięcia, nie ma jakichkolwiek podstaw. Nawet jeśli bowiem taka przerwa w skali takiego okresu czasu by nastąpiła, w sposób oczywisty może być ona skonsumowana poprzez zidentyfikowanie prac w dalszym toku realizacji;
  - po trzecie postanowienie w tym zakresie sankcjonuje wystąpienie przerw w realizacji robót bez względu na przyczynę ich wystąpienia. Postanowienie to nie nawiązuje bowiem do zwłoki w realizacji prac przez wykonawcę, ale do jakichkolwiek przerw w ich wykonywaniu. Wykonawcy mogliby być sankcjonowani najdalej idącym mechanizmem w



postaci odstąpienia od umowy nawet w przypadku gdy przerwanie robót wynika z przyczyn całkowicie niezależnych od wykonawcy np. z przyczyn leżących po stronie osób trzecich w tym organów administracyjnych, jak również działania siły wyższej. Taka konstrukcja jest więc nie tylko nieuzasadniona i krzywdząca dla wykonawców, ale też wprost sprzeczna z art. 433 pkt 1) ustawy Pzp, który wskazuje na możliwość ponoszenia odpowiedzialności przez wykonawców wyłącznie za przypadki zawinione;

- po czwarte Zamawiający przewidując możliwość odstąpienia od umowy na tej podstawie nie uzależnił jej od działań podejmowanych przez wykonawcę czy potencjału na prawidłowe zakończenia kontraktu. Zamawiający nie uwzględnił w tym kontekście również standardowego mechanizmu wezwania do usunięcia uchybień w realizacji prac, wynikającego z konieczności współdziałania przy wykonywaniu umowy, wynikającego z art. 431 ustawy Pzp.
4. Odnosząc się natomiast do zastrzeżonej przez Zamawiającego możliwości odstąpienia od umowy na skutek braku przedstawienia do akceptacji Harmonogramu rzeczowo – finansowego i/lub jego korekty, Odwołujący podkreśla, że wywiązanie się z tego zobowiązania nie ma wpływu na możliwość realizacji zamówienia. Harmonogram rzeczowo – finansowy, stanowiąc dokument pomocniczy dla celów rozliczania kontraktu, sam w sobie nie stanowi celu zawartej umowy i nie wpływa na możliwość realizacji prac i ich weryfikacji. W konsekwencji, w tym przypadku Zamawiający przewiduje najdalej idącą sankcję umowną za sytuację błahą i nieistotną z punktu widzenia podstawowego celu zawartej umowy o zamówienie publiczne, opartą o formalne a nie merytoryczne uchybienie w zobowiązaniu umownym. W tym kontekście Odwołujący również podkreśla niezwykle krótki termin sankcjonowanej przez Zamawiającego zwłoki w tym zakresie, a także brak przewidzenia mechanizmu wezwania do usunięcia zidentyfikowanych braków, odwołując się do uzasadnienia zaprezentowanego w punkcie poprzedzającym.
5. Jednocześnie, Odwołujący zwraca uwagę, że zwłoka w przedstawieniu harmonogramu rzeczowo – finansowego jest już obwarowana przez Zamawiającego karą umowną w wysokości 1.000,00 zł za każdy dzień zwłoki (§10 ust. 1 pkt 13) Umowy), mobilizując wykonawców do wywiązywania się z obowiązków w tym zakresie w stopniu wystarczającym i adekwatnym względem rzeczonego przewinienia. Przy pozostawieniu dotychczasowych postanowień umownych, za 7 dniową zwłokę w przedstawieniu harmonogramu rzeczowo – finansowego, stanowiącego poboczne zobowiązanie umowne, wykonawca mógłby być pozbawiony możliwości realizacji zamówienia i jednocześnie obciążony karą umowną w łącznej wysokości ponad 11 mln zł (!) [kwota wynikająca z 20% kary za odstąpienie od umowy<sup>5</sup> + kara za zwłokę w przedstawieniu harmonogramu rzeczowo – finansowego możliwa do zdublowania przy obecnych postanowieniach umownych]. W sposób ewidentny zastrzeżenie takich sankcji obrazuje nieproporcjonalność i brak symetrii postanowień umownych.

<sup>5</sup> Szacunkowa wartość zamówienia wynikająca z pkt 2.1.3 ogłoszenia: 45.782.045,03 zł netto + VAT = 56.311.915,39 zł brutto. 56.311.915,39 zł brutto x20% = **11.262.383,08 zł**



6. Podobnie zresztą wynikająca z przedstawionych obliczeń kara umowna za odstąpienie od umowy za przerwę (nawet niezawinioną (!)) w realizacji prac w skali zaledwie 2 dni kalendarzowych w wysokości ponad 11 mln zł stanowiłaby nadmierną dolegliwość, wskazującą nie tyle na chęć realizacji zamówienia publicznego przez Zamawiającego, a chęć niezasadnego wzbogacenia.
7. W kontekście omawianych przesłanek odstąpienia od umowy, podkreślić należy, że **odstąpienie od umowy traktowane jest jako ostateczne rozwiązanie, które winno być wdrażane w sytuacjach rażących naruszeń po stronie wykonawcy, które nie rokują na prawidłowe zakończenie kontraktu**, które to stanowią nadrzędny cel realizacji danego przedsięwzięcia inwestycyjnego. Należy podkreślić, że wskutek odstąpienia od umowy powstaje taki stan jakby umowa w ogóle nie została zawarta czyli umowa nie wywiera skutków prawnych *ex tunc*. Przy tak dalekosiężnych skutkach mechanizm odstąpienia od umowy winien być w konsekwencji traktowany z dużą ostrożnością, zwłaszcza, że w praktyce jego wdrożenie, zwłaszcza przy ogólnym uregulowaniu przesłanek uprawniających do odstąpienia od umowy rodzi szereg problemów i komplikacji, nie tylko dla wykonawców, ale i dla zamawiających. Należy bowiem mieć na względzie, że odstąpienie od umowy jest oświadczeniem woli o charakterze prawno-kształtującym, co nie oznacza, że nie może ono być wadliwe lub bezskuteczne. Jak każde oświadczenie woli, którego skuteczność zależy od spełnienia określonych warunków w znaczeniu klasycznym, może być skutecznie kwestionowane przez jego adresata. Zrealizowane przez Zamawiającego odstąpienie od umowy ma charakter sankcyjny i trudno wyobrazić sobie w praktyce sytuację aby jego adresat zgodził się z takim stanem rzeczy (tak wyrok KIO z dnia 11 grudnia 2017 r., sygn. akt KIO 2522/17).
8. Przedstawiciele doktryny, dążąc do stabilizacji kontraktów publicznych w ogóle poddają w wątpliwość zasadność i celowość korzystania z mechanizmów odstąpienia od umowy przez zamawiających, akcentując ostateczność takiego rozwiązania. Co do zasady poddaje się więc w wątpliwość skorzystanie z prawa odstąpienia od umowy, co najmniej z dwóch powodów. Po pierwsze, pozostaje ono w sprzeczności z zasadą realnego wykonania zamówienia publicznego, wzmocnioną publicznoprawnym obowiązkiem dochodzenia roszczeń; zamawiającemu nie wolno godzić się na klauzulę prawa odstąpienia przysługującego wykonawcy, **ani zastrzegać na swoją rzecz prawa do przedwczesnego rozwiązania umowy o zamówienie, które ze względu na potrzeby zbiorowe powinno być do końca wykonane**. Po drugie, przepisy kodeksu cywilnego, a także prawa zamówień publicznych (w ślad za dyrektywami) **limitują przypadki tzw. ustawowego prawa do odstąpienia od umowy, które z punktu widzenia interesów obu stron uznaje się za wystarczające** (zob.: prof. dr hab. Ryszard Szostak, Umowy o zamówienie publiczne w zarysie, Warszawa 2018 r., str. 55).
9. Podobnie również Krajowa Izba Odwoławcza w najnowszym orzecznictwie, przykładowo w ramach wyroku z dnia 26.01.2023 r. (sygn. akt KIO 104/23), w ramach którego jednoznacznie wskazano, że: **„cechą stosunku zobowiązaniowego wynikającego z umów zawieranych w reżimie prawa zamówień publicznych jest trwałość, rozumiana w ten sposób, że ustawa Pzp nie przewiduje możliwości dowolnego rozwiązywania tego stosunku przez żadną ze stron. Ustawodawca dał wyraz zasadzie trwałości i ciągłości stosunku zobowiązaniowego wynikającego z umowy o udzielenie zamówienia publicznego poprzez określenie w Rozdziale 4 ustawy Pzp sytuacji uzasadniających odstąpienie do realizacji umowy**



oraz jej unieważnienie. **Przyznanie podmiotom publicznym możliwość dowolnego rozstrzygania umów, w oparciu o nieweryfikowalne obiektywne i dowolne przesłanki stoi w sprzeczności z interesem publicznym oraz zasadą racjonalnego i efektywnego gospodarowania środkami publicznymi.** Celem bowiem postępowania o zamówienie publiczne jest wybór oferty najkorzystniejszej w perspektywie całego okresu jej obowiązywania i realizacji na podstawie takiej umowy określonych potrzeb publicznych”.

10. Co za tym idzie zastrzeżenie odstąpienia od Umowy w kształcie wynikającym z postanowień §13 ust. 1 pkt 2) i 8) Umowy **nie koreluje z istotą funkcji odstąpienia od umowy**. Odstąpienie od umowy powinno być narzędziem sankcjonowania **poważnych naruszeń, sugerujących brak potencjału po stronie wykonawcy do zakończenia danego przedsięwzięcia**, o których nie można mówić w przypadku przesłanek odstąpienia omówionych w tej części uzasadnienia odwołania.

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

- **nadanie treści §13 ust. 1 pkt 2) Umowy następującego brzmienia:** *Wykonawca z przyczyn przez siebie zawinionych nie przystąpił do prac projektowych, robót lub zaniechał ich realizacji tj. w sposób nieprzerwany nie realizuje Umowy **przez okres 14 dni kalendarzowych**, w szczególności ze względu na brak pracowników na budowie, co w ocenie Zamawiającego nie gwarantuje dotrzymania umownego terminu wykonania robót. Stwierdzenie takiego opóźnienia zostanie dokonane na piśmie przez inspektora nadzoru. W takim przypadku Zamawiający ma prawo do odstąpienia od Umowy, **po uprzednim bezskutecznym wezwaniu do rozpoczęcia prac i wyznaczeniu terminu na ich rozpoczęcie nie krótszego niż 14 dni, w terminie 30 dni odpowiednio od dnia, w którym Wykonawca zgodnie z Umową powinien przystąpić do robót lub od dnia, w którym Wykonawca zaniechał realizacji robót;***
- **usunięcie treści §13 ust. 1 pkt 8) Umowy i skorelowanej z nią treści §4 ust. 5 pkt 4) Umowy alternatywnie nadanie im następującego brzmienia:**  
*w przypadku zwłoki Wykonawcy w przedstawieniu do akceptacji Harmonogramu rzeczowo-finansowego i/lub jego korekty, **co uniemożliwia realizację umowy**, trwającej co najmniej **14 dni roboczych**, po uprzednim bezskutecznym wezwaniu do jego przedstawienia i wyznaczeniu dodatkowego czasu na jego przedstawienie, nie krótszego niż 14 dni,*

**VI. Zarzut dotyczący kar umownych i ustalonego limitu ich wysokości – zarzut nr 5**

1. W ramach §10 ust. 1 Umowy, Zamawiający wprowadził do katalogu kar umownych m.in. następujące podstawy ich naliczania w następującej wysokości:
- 1) *za zwłokę w wykonaniu Przedmiotu umowy, zgodnie z terminami określonymi w § 2 ust. 1 lub za niedotrzymanie terminu wyznaczonego przez Zamawiającego na usunięcie wad, o którym mowa w § 8 ust. 6 za każdy rozpoczęty dzień kalendarzowy zwłoki licząc od dnia wyznaczonego terminu - w wysokości **0,5 % wynagrodzenia umownego brutto, określonego w § 3 ust. 1;***



- 2) za zwłokę w usunięciu wad stwierdzonych w okresie gwarancji i rękojmi, za każdy rozpoczęty dzień kalendarzowy zwłoki, licząc od dnia wyznaczonego na usunięcie wad – **w wysokości 0,2% wynagrodzenia umownego brutto, określonego w § 3 ust. 1;**
  - 3) z tytułu odstąpienia od Umowy przez którąkolwiek ze Stron z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy – **w wysokości 20% wynagrodzenia umownego brutto, określonego w § 3 ust. 1, która to kara nie łączy się z innymi karami za zwłokę w wykonaniu Umowy;**
  - 4) za brak zapłaty wynagrodzenia należnego podwykonawcom, w wysokości **10 % wynagrodzenia umownego brutto, określonego w § 3 ust. 1 za każdy taki przypadek;**
  - 5) za nieterminową zapłatę wynagrodzenia należnego podwykonawcom w wysokości **1 % wynagrodzenia umownego brutto, określonego w § 3 ust. 1 za każdy rozpoczęty dzień kalendarzowy każdej zwłoki;**
  - 6) za nieprzedłożenie do zaakceptowania projektu umowy o podwykonawstwo, której przedmiotem są roboty budowlane, lub projektu jej zmian w wysokości **0,5% wynagrodzenia umownego brutto, określonego w § 3 ust. 1 za każdy taki przypadek;**
  - 7) za nieprzedłożenie poświadczonej za zgodność z oryginałem kopii umowy o podwykonawstwo lub jej zmiany w wysokości **0,5% wynagrodzenia umownego brutto, określonego w § 3 ust. 1 za każdy dzień kalendarzowy zwłoki** liczonej od dnia podpisania dokumentu przez obie strony.
2. Jednocześnie, w ramach §10 ust. 3 Umowy Zamawiający przewidział następujące postanowienie w zakresie limitu kar umownych: *Suma naliczonych przez Zamawiającego kar umownych, z wyłączeniem kary o której mowa w ust. 1 pkt. 3 i pkt.4, nie może przekroczyć 20 % łącznego wynagrodzenia umownego brutto, określonego w § 3 ust. 1 Umowy. Łącznie wszystkie kary umowne naliczone przez Zamawiającego, z wyłączeniem kary o której mowa w ust. 1 pkt.4, nie mogą przekroczyć 30 % łącznego wynagrodzenia umownego brutto, określonego w § 3 ust. 1 Umowy.*
3. Oceniając cytowane powyżej postanowienia umowne wskazać należy, że określony w ich ramach pułap wysokości kar umownych ma charakter rażąco wygórowany, prowadząc do tego, że obciążenie Wykonawcy jest nieadekwatne. Kara umowna określona w ten sposób nie służy kompensacji szkody powstałej u Zamawiającego, tylko zbliża tak ukształtowane kary umowne do mechanizmu służącego jego nieuzasadnionemu wzbogaceniu. Za wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 28 grudnia 2018 r. (sygn. akt KIO 2574/18) należy zwłaszcza podkreślić, 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.**





4. Rażąco wygórowany charakter zdefiniowanych na wstępie kar umownych 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.

5. Uwzględniając powyższe i odnosząc się do poszczególnych kar umownych zdefiniowanych na wstępie, kwestionowanych w ramach niniejszego odwołania, Odwołujący wskazuje co następuje:

• **kara umowna za zwłokę w wykonaniu przedmiotu umowy - §10 ust. 1 pkt 1) Umowy**

6. 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 wynoszącą 56.311.915,39 zł brutto (wyliczenie oparte na szacunkowej wartości zamówienia określonej w ogłoszeniu), wykonawca obciążany byłby karą umowną w wysokości ponad 280 tys. złotych za każdy dzień zwłoki. Co więcej, uwzględniając wysokości kar proponowane przez Zamawiającego, przy 40 dniach zwłoki w realizacji zamówienia (a więc nieco ponad miesiąc, co nie jest okresem niweczącym możliwość skutecznego zakończenia kontraktu), 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 o ok. 5% (40 dni z okresu realizacji zamówienia obecnie wyznaczonego wynoszącego ok. 727 dni<sup>6</sup>), 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.

7. 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;

<sup>6</sup> Liczba dni pomiędzy ostatnim dniem związania oferty a określonym przez Zamawiającego terminem realizacji inwestycji wyznaczonym obecnie na 15.11.2026 r.





- 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,
  - Postępowanie pn. „budowa Centrum Dydaktyczno-Egzaminacyjnego Uniwersytetu Medycznego w Białymstoku wraz z zagospodarowaniem terenu oraz opracowaniem dokumentacji projektowej, uzyskaniem pozwolenia na budowę i ostatecznej złożeniem wniosku o wydanie decyzji o pozwoleniu na użytkowanie” (znak postępowania: AZP.25.3.2024, Zamawiający: Uniwersytet Medyczny w Białymstoku): kara umowna na poziomie 0,02% za każdy dzień zwłoki;
  - Postępowanie pn. Zaprojektowanie i budowa budynku biurowego w Łodzi przy ul. Limanowskiego 147/149 na potrzeby MPK- Łódź Sp. z o.o. (nr postępowania: WZ-091-128/23, Zamawiający Miejskie Przedsiębiorstwo Komunikacyjne Łódź sp. z o.o.): kara umowna na poziomie 0,01% za każdy dzień zwłoki.
8. Co więcej, rażąco wygórowany charakter kar umownych dotyczących zwłoki w wykonaniu przedmiotu umowy, poza przyjętym pułapem zastosowanego wskaźnika jej naliczania (0,5% wysokości wynagrodzenia za każdy dzień zwłoki), wynika dodatkowo z **zastosowanego mechanizmu „podwójnego karania”, abstrahującego jednocześnie od realnej szkody poniesionej przez Zamawiającego i zakresu uchybienia po stronie wykonawcy**. W przypadku omawianej podstawy naliczania kar umownych Zamawiający odsyła bowiem do terminów określonych w §2 ust. 1 Umowy, które wyodrębniają terminy wykonania poszczególnych zobowiązań umownych, rozdzielaając m.in. termin przygotowania inwestycji, wykonania kompletnej dokumentacji projektowej czy realizacji robót budowlanych (postanowienia szczegółowo przywołane i omówione w pkt II uzasadnienia niniejszego odwołania).
9. Z powyższego mechanizmu wynika więc, że Zamawiający przyjmuje zasadę **naliczanie kar umownych za niedotrzymanie wszelkich „terminów pośrednich” wynikających z §2 ust. 1 Umowy, bez względu na to czy ostateczny termin wykonania inwestycji zostałby dochowany**. Jest to tyle nieuzasadnione, że jeżeli przykładowo wykonanie dokumentacji projektowej nastąpiłoby z opóźnieniem, które jednak nie wpłynęłoby na finalne wykonanie wszystkich prac w określonym terminie, to cel Umowy zostałby na równi zrealizowany, bez jakiegokolwiek szkody dla Zamawiającego. Analogicznie, jeśli to opóźnienie w realizacji czynności projektowych stanowiłoby jedyną przyczynę finalnego opóźnienia realizacji całego zamówienia, to za niedochowanie terminów związanych z czynnościami projektowymi wykonawca poddany byłby podwójnemu karaniu – najpierw na etapie rozliczenia wykonania etapu 3 (§2 ust. 1 pkt 3) Umowy), a następnie na etapie rozliczania wykonania całej umowy (§2 ust. 1 pkt 4) Umowy).
- **kary umowne za zwłokę w usuwaniu wad – kara umowna określona w §10 ust. 1 pkt 2) Umowy**



10. W przypadku kary umownej za zwłokę w usuwaniu wad, Odwołujący akcentuje, że dotyczy ona przewinienia o relatywnie mniejszej wadze niż uchybienie terminowi realizacji zamówienia, co dostrzegał sam Zamawiający zachowując w ramach projektowanych przez siebie postanowień umownych pewną proporcję w tym zakresie. W związku z tym, uwzględniając argumentację i postulaty Odwołującego wyrażone w poprzednim punkcie, Odwołujący wskazuje w tym zakresie na zasadność proporcjonalnego obniżenia pułapu kary umownej również w tym zakresie. 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.
11. Odwołujący wskazuje jednocześnie, że za zwłokę w usuwaniu wad przedmiotu umowy, publiczni zamawiający standardowo przewidują 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.
  - Postępowanie pn. *Zaprojektowanie i budowa budynku biurowego w Łodzi przy ul. Limanowskiego 147/149 na potrzeby MPK- Łódź Sp. z o.o.* (nr postępowania: WZ-091-128/23, Zamawiający Miejskie Przedsiębiorstwo Komunikacyjne Łódź sp. z o.o.): kara umowna na poziomie 0,01% za każdy dzień zwłoki w usuwaniu wad;
  - Postępowanie pn. „*budowa Centrum Dydaktyczno-Egzaminacyjnego Uniwersytetu Medycznego w Białymstoku wraz z zagospodarowaniem terenu oraz opracowaniem dokumentacji projektowej, uzyskaniem pozwolenia na budowę i ostatecznej złożeniem wniosku o wydanie decyzji o pozwoleniu na użytkowanie*” (znak postępowania: AZP.25.3.2024, Zamawiający: Uniwersytet Medyczny w Białymstoku): kara umowna na poziomie 0,01% za każdy dzień zwłoki w usuwaniu wad.
- **kara umowna określona w §10 ust. 1 pkt 3) Umowy**
12. W ramach przedmiotowego postanowienia Zamawiający przewidział karę umowną z tytułu odstąpienia od umowy z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy w wysokości 20% całkowitego wynagrodzenia Wykonawcy. Jakkolwiek, Odwołujący nie neguje, że odstąpienie od umowy jako element niweczący cel podpisanej umowy stanowi sytuację niekorzystną dla Zamawiającego, która wymaga zabezpieczenia jego interesów, o tyle finansowe konsekwencje nałożone z tego tytułu na wykonawców nie mogą być nadmierne, zwłaszcza jeśli uwzględnić, że przyczyny i konsekwencje odstąpienia od umowy w sprawie zamówienia publicznego generują standardowo po stronie wykonawców zdecydowanie dalej idące konsekwencje, wykraczające ponad samo naliczenie kary umownej.
13. Standardowo za tego rodzaju przewinienie, publiczni Zamawiający przewidują karę umowną oscylującą w granicach 10% wynagrodzenia należnego wykonawcy, co wskazuje na „rynkowe” uznawanie takiego poziomu sankcji za adekwatny i proporcjonalny. Tytułem przykładu,



Odwołujący wskazuje następujące postępowania, w których przewidziano właśnie 10% karę umowną za odstąpienie od umowy z przyczyn leżących po stronie wykonawcy:

- postępowanie pn. *Budowa Centralnego Zintegrowanego Szpitala Klinicznego w Poznaniu - (etap IB CZSK) w zakresie Modułów 3a, 4a, 4b, 5a, 5b CZSK wraz z pawilonem wejściowym w formule „zaprojektuj i wybuduj”* (ogłoszenie nr 2022/S 225-647033 z dn. 22/11/2022);
- postępowanie pn. *Budowa Pawilonu Rehabilitacyjnego na terenie Lubuskiego Centrum Ortopedii im. dr. Lecha Wierusza w Świebodzinie Sp. z o.o. przy ul. Zamkowej 1 – II postępowanie* (ogłoszenie nr 2022/S 165-467899 z dn. 29/08/2022);
- postępowanie pn. *„Podniesienie jakości i kompleksowości leczenia poprzez konsolidację usług zdrowotnych w zakresie leczenia zachowawczego i zabiegowego w Szpitalu Miejskim św. Jana Pawła II w Elblągu, Zadanie nr 1: Rozbudowa budynku Szpitala Miejskiego św. Jana Pawła II w Elblągu poprzez rozbudowę bloku operacyjnego do budynku szpitala przy ul. Komeńskiego w związku z konsolidacją szpitali miejskich i reorganizacją oddziałów zabiegowych”* (ogłoszenie nr 2022/S 197-558032 z dn. 12/10/2022);
- postępowanie pn. *Budowa budynku szpitala dla potrzeb bloku operacyjnego, oddziałów szpitalnych, zaplecza diagnostyczno-laboratoryjnego i rehabilitacji* (ogłoszenie nr 2022/S 094-258351, z dn. 16/05/2022);
- Postępowanie pn. *„budowa Centrum Dydaktyczno-Egzaminacyjnego Uniwersytetu Medycznego w Białymstoku wraz z zagospodarowaniem terenu oraz opracowaniem dokumentacji projektowej, uzyskaniem pozwolenia na budowę i ostatecznej złożeniem wniosku o wydanie decyzji o pozwoleniu na użytkowanie”* (znak postępowania: AZP.25.3.2024, Zamawiający: Uniwersytet Medyczny w Białymstoku).

14. Zasadność modyfikacji postanowień umownych w tym zakresie jest tym większa, że umowa nie przewiduje analogicznych postanowień za odstąpienie od umowy z przyczyn leżących po stronie Zamawiającego, co tym bardziej obrazuje brak symetrii w projektowanych postanowieniach umownych, która zniwelowana może zostać właśnie poprzez korektę pułapu narzuconej kary umownej.

• **kary umowne określone w §10 ust. 1 pkt 4) – 7) Umowy**

15. Wspólnym mianownikiem kar umownych zdefiniowanych przez Zamawiającego w §10 ust. 1 pkt 4) – 7) Umowy jest powiązanie podstawy ich naliczenia z ewentualnymi nieprawidłowościami występującymi na linii wykonawca – podwykonawca, w tym związanymi z treścią zawieranych umów podwykonawczych. Za wszelkie tego rodzaju przewinienia Zamawiający przewidział kary umowne, których wysokość ustalana ma być poprzez odniesienie do wartości wynagrodzenia należnego Wykonawcy, określonego w §3 ust. 1 Umowy.

16. W konsekwencji, rażąco wygórowany charakter tych kar umownych wynika już z samej konstrukcji wyliczenia wartości danej kary umownej, która dotycząc ewentualnych uchybień związanych z umowami podwykonawczymi i ich zgłaszaniem Zamawiającemu, odnosi się jednocześnie do wynagrodzenia należnego Wykonawcy. Prowadzi to do sytuacji, w której za niejednokrotnie bagatelne przewinienia, nie niweczące celu i merytorycznej prawidłowości realizowanej umowy, wykonawcy obciążani byłiby niewspółmiernymi sankcjami.



17. Uwzględniając, proponowany w tym zakresie pułap kar przewidywany przez Zamawiającego (odpowiednio 10% wynagrodzenia umownego za brak zapłaty na rzecz podwykonawcy; 1% za każdy dzień zwłoki w zapłacie na rzecz podwykonawcy; 0,5% za każdy przypadek nieprzedłożenia umowy podwykonawczej do akceptacji; 0,5% za każdy dzień zwłoki w przedstawieniu kopii umowy podwykonawczej poświadczonej za zgodność z oryginałem), Odwołujący przedstawia poniżej symulację wysokości ewentualnych kar umownych, opartą na określonej przez Zamawiającego wartości szacunkowej zamówienia (45.782.045,03 zł netto, tj. 56.311.915,39 zł brutto), obrazującą rażąco wygórowany charakter poszczególnych kar umownych z tej grupy:

- w przypadku braku zapłaty na rzecz podwykonawcy jakiegokolwiek kwoty wynagrodzenia, wykonawcy obciążeni byłiby karą umowną w wysokości **5.631.191, 54 zł (!)** [vide §10 ust. 1 pkt 4) Umowy]. W konsekwencji, w przypadku braku zapłaty na rzecz podwykonawcy choćby kilkuset złotych (Zamawiający nie wprowadza w tym zakresie jakiegokolwiek ograniczenia) wykonawca miałby być obciążony karą umowną w wysokości blisko 6 mln złotych. Co więcej, w przypadku dwukrotnej takiej sytuacji, bazującej na zaległości nawet o tak nieznaczącej skali, kary umowne za te przewinienia zrównane byłyby z karą umowną za odstąpienie. **Innymi słowy, przy dwukrotnym braku zapłaty symbolicznej nawet kwoty na rzecz podwykonawcy, wykonawcy bardziej „opłaci się” odstąpić od umowy niż kontynuować jej realizację.** Obrazuje to zupełną niewspółmierność kary umownej względem rangi przewinienia;
- w przypadku braku przedstawienia poświadczonej za zgodność z oryginałem kopii umowy o podwykonawstwo wykonawca obciążany byłby karą 281.559,58 zł za każdy dzień zwłoki (!) w tym zakresie [vide §10 ust. 1 pkt 7) Umowy]. Co za tym idzie, za uchybienie o formalnym charakterze, w żaden sposób nie wpływające na możliwość realizacji umowy i nie generujące po stronie Zamawiającego jakichkolwiek reperkusji, wykonawca obciążany byłby zupełnie niewspółmierną sankcją, sięgającą setek tysięcy złotych. Co istotne, przy obecnych postanowieniach umownych, Zamawiający w sposób tożsamy sankcjonowałby zwłokę w realizacji zamówienia, jak i zwłokę w przedstawieniu dokumentów w prawidłowej formie. Sankcjonuje to zupełny brak symetrii postanowień umownych, które w ten sam sposób sankcjonowałyby uchybienia merytoryczne, odnoszące się do istoty zawartej umowy, jak i uchybienia formalne w żaden sposób nie wpływające na powodzenie inwestycji.

18. Rażąco wygórowany charakter tych kar potwierdza też analiza innych analogicznych postępowań, w których to Zamawiający za tego typu przewinienia przewidywali kary umowne bądź w zryczałtowanej wysokości bądź odnoszące się do wartości danej umowy podwykonawczej lub wysokości nieuregulowanej płatności, np.:

- postępowanie pn. *„Podniesienie jakości i kompleksowości leczenia poprzez konsolidację usług zdrowotnych w zakresie leczenia zachowawczego i zabiegowego w Szpitalu Miejskim św. Jana Pawła II w Elblągu, Zadanie nr 1: Rozbudowa budynku Szpitala Miejskiego św. Jana Pawła II w Elblągu poprzez rozbudowę bloku operacyjnego do budynku szpitala przy ul. Komeńskiego w związku z konsolidacją szpitali miejskich i reorganizacją oddziałów zabiegowych”* (ogłoszenie nr 2022/S 197-558032 z dn. 12/10/2022), gdzie przewidziano:



- za brak zapłaty wynagrodzenia należnego Podwykonawcom lub dalszym Podwykonawcom **w wysokości 500,00 zł** za każde dokonanie przez Zamawiającego bezpośredniej płatności na rzecz Podwykonawców lub dalszych Podwykonawców,
  - za nieterminową zapłatę wynagrodzenia należnego Podwykonawcom lub dalszym Podwykonawcom **500,00 zł** za każdy dzień opóźnienia od dnia upływu terminu zapłaty do dnia zapłaty,
  - za brak dokonania wymaganej przez Zamawiającego zmiany Umowy o podwykonawstwo w zakresie dostaw lub usług w zakresie terminu zapłaty we wskazanym przez Zamawiającego terminie, w wysokości **500,00 złotych**".
- postępowanie pn. *Budowa budynku kliniczno-dydaktyczno-badawczego Pomorskiego Uniwersytetu Medycznego w Szczecinie wraz z infrastrukturą techniczną i zagospodarowaniem terenu przy ul. Unii Lubelskiej w Szczecinie* (ogłoszenie nr 2022/S 077-209258 z dn. 20/04/2022), gdzie przewidziano karę umowną w wysokości **5.000,00 (pięć tysięcy) złotych** za naruszenie polegające na:
  - nieprzedłożeniu do zaakceptowania Zamawiającemu projektu umowy, o podwykonawstwo której przedmiotem są roboty budowlane (lub projektu jej zmiany) zgodnie postanowieniami § 21 Umowy,
- Postępowanie pn. *„budowa Centrum Dydaktyczno-Egzaminacyjnego Uniwersytetu Medycznego w Białymstoku wraz z zagospodarowaniem terenu oraz opracowaniem dokumentacji projektowej, uzyskaniem pozwolenia na budowę i ostatecznej złożeniem wniosku o wydanie decyzji o pozwoleniu na użytkowanie”* (znak postępowania: AZP.25.3.2024, Zamawiający: Uniwersytet Medyczny w Białymstoku), gdzie przewidziano następujące kary umowne:
  - w przypadku braku zapłaty lub nieterminowej zapłaty wynagrodzenia należnego podwykonawcom lub dalszym podwykonawcom z tytułu zmiany wysokości wynagrodzenia, o której mowa w art. 439 ust. 5 ustawy Pzp - w wysokości **1% niezapłaconego podwykonawcy lub dalszemu podwykonawcy wynagrodzenia** za każdy dzień przekroczenia terminu liczonego od upływu terminu zapłaty, a w przypadku nieterminowej zapłaty wynagrodzenia należnego podwykonawcom lub dalszym podwykonawcom, w wysokości **0,5% niezapłaconego podwykonawcy lub dalszemu podwykonawcy wynagrodzenia** za każdy dzień przekroczenia terminu liczonego od upływu terminu zapłaty,
  - w przypadku nieprzedłożenia do zaakceptowania projektu umowy o podwykonawstwo, której przedmiotem są roboty budowlane, lub projektu jej zmian - w wysokości **5 000,00 zł** (słownie: pięć tysięcy złotych) za każdy nieprzedłożony do akceptacji projekt umowy lub jego zmianę,
  - w przypadku nieprzedłożenia poświadczonej za zgodność z oryginałem kopii umowy o podwykonawstwo lub jej zmiany w wysokości **5 000,00 zł** (słownie: pięć tysięcy złotych) za każdą nieprzedłożoną umowę lub jej zmianę;
- Postępowanie pn. *Zaprojektowanie i budowa budynku biurowego w Łodzi przy ul. Limanowskiego 147/149 na potrzeby MPK- Łódź Sp. z o.o.* (nr postępowania: WZ-091-128/23,





Zamawiający Miejskie Przedsiębiorstwo Komunikacyjne Łódź sp. z o.o.), gdzie przewidziano następujące postanowienia:

- *za nieterminową zapłatę wynagrodzenia należnego podwykonawcom lub dalszym podwykonawcom, w wysokości **5 000,00 PLN, za każdy przypadek odrębnie;***
- *za nieprzedłożenie Zamawiającemu, w terminie określonym w § 7 ust. 3 niniejszej umowy, do uprzedniego zaakceptowania projektu umowy o podwykonawstwo, której przedmiotem są roboty lub projektu jej zmiany, w wysokości **500,00 PLN, za każdy dzień zwłoki,***
- *za nieprzedłożenie Zamawiającemu, w terminie określonym w § 7 ust. 7 lub ust. 9 niniejszej umowy, poświadczonej za zgodność z oryginałem kopii umowy o podwykonawstwo lub jej zmiany, w wysokości **300,00 PLN, za każdy dzień zwłoki.***

19. Z powyższych „rynkowych” postanowień umownych wynika, że w sytuacjach, w których kara umowna za brak zapłaty bądź nieterminową płatność na rzecz podwykonawcy wyrażona była w kwocie ryczałtowej wynosiła ona 5.000,00 zł, będąc – w porównaniu do kar umownych przewidzianych w przedmiotowym przypadku karą – odpowiednio ponad tysiąc krotnie (!) i ponad 100 krotnie mniejszą (z dodatkowym uwzględnieniem, że w przedmiotowym przypadku kara umowna za nieterminową płatność jest 100 krotnie większa za każdy dzień zwłoki). W ocenie Odwołującego w sposób dobitny obrazuje to rażąco wygórowany charakter kar przewidzianych przez Zamawiającego w przedmiotowym przypadku.

20. Niezależnie od powyższego, jak zostało to zasygnalizowane na wstępie Zamawiający w ramach §10 ust. 3 Umowy przewidział limity kar umownych, wynoszące odpowiednio 20% (z wyłączeniem kary za odstąpienie i zaniechanie zapłaty wynagrodzenia podwykonawcy) oraz maksymalnie 30% (z wyłączeniem kary umownej za płatność na rzecz podwykonawców). Z powyższego wynika więc, że:

- **limit kar umownych w przedmiotowych przypadku realnie nie został określony**, o tyle, że z ustanowionego górnego pułapu w wysokości 30% wyłączona została kara umowna za brak płatności na rzecz podwykonawców. W konsekwencji, w hipotetycznej sytuacji naliczenia kar umownych w łącznej wysokości 30%, Zamawiający miałby możliwość dalszego naliczania kar na podstawie §10 ust. 1 pkt 4) Umowy i w skrajnym przypadku skonsumować wręcz całe wynagrodzenie przysługujące wykonawcy. W sposób oczywisty, ukształtowanie postanowienia w taki sposób niweczy więc cel określania limitu kar umownych, nie wprowadzając realnie żadnego górnego limitu odpowiedzialności wykonawcy,
- **pułap limitu określonego przez Zamawiającego na poziomie 30% przekracza wysokość kary umownej za odstąpienie od umowy** (która i tak zdaniem Odwołującego winna podlegać korekcie), generując sytuację, w której wykonawca kontynuujący prace pomimo naliczonych kar, w sytuacji późniejszego odstąpienia od umowy z jakiegokolwiek przyczyny, poniósłby większą dolegliwość niż w przypadku „automatycznego” odstąpienia od umowy wynikającego z jakichkolwiek problemów zidentyfikowanych na budowie. W sposób oczywisty zniechęca to wykonawców do wzięcia udziału w postępowaniu i starań w kontynuacji prac na kontrakcie, pomimo wystąpienia jakichkolwiek niesprzyjających okoliczności.





21. W tym kontekście Odwołujący podnosi jednocześnie, 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 – przy uwzględnieniu wniosku Odwołującego – winna wynosić 10%** (obecnie 20% - §10 ust. 1 pkt 3) Umowy).
22. 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”*.
23. 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. Wskazujemy równocześnie, że poziom 10% limitu kar umownych, jako zakresu zrównanego z karą umowną za odstąpienie od umowy, jest aktualnie powszechnie spotykanym, rynkowym standardem, np.:
- 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;
  - postępowanie 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.

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



• **§10 ust. 1 Umowy:**

1) za zwłokę w wykonaniu Przedmiotu umowy, zgodnie z terminami określonymi w § 2 ust. 1 lub za niedotrzymanie terminu wyznaczonego przez Zamawiającego na usunięcie wad, o którym mowa w § 8 ust. 6 za każdy rozpoczęty dzień kalendarzowy zwłoki licząc od dnia wyznaczonego terminu - w wysokości **0,05 % wynagrodzenia umownego brutto, określonego w § 3 ust. 1, z zastrzeżeniem, iż w przypadku naliczenia kar umownych za niedotrzymanie terminów pośrednich związanych z wykonaniem zadań określonych w §2 ust. 1 pkt 1) – 3), zostaną one anulowane jeśli zakończenie realizacji całego zamówienia zostanie zakończone w terminie określonym w §2 ust. 1 pkt 4).**

2) za zwłokę w usunięciu wad stwierdzonych w okresie gwarancji i rękojmi, za każdy rozpoczęty dzień kalendarzowy zwłoki, licząc od dnia wyznaczonego na usunięcie wad – **w wysokości 0,02% wynagrodzenia umownego brutto, określonego w § 3 ust. 1;**

3) z tytułu odstąpienia od Umowy przez którąkolwiek ze Stron z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy – **w wysokości 10% wynagrodzenia umownego brutto, określonego w § 3 ust. 1, która to kara nie łączy się z innymi karami za zwłokę w wykonaniu Umowy;**

4) za brak zapłaty wynagrodzenia należnego podwykonawcom, w wysokości **0,5% niezapłaconego podwykonawcy lub dalszemu podwykonawcy wynagrodzenia za każdy taki przypadek;**

5) za nieterminową zapłatę wynagrodzenia należnego podwykonawcom w wysokości **0,2 % niezapłaconego podwykonawcy lub dalszemu podwykonawcy wynagrodzenia za każdy dzień przekroczenia terminu liczonego od upływu terminu zapłaty**

6) za nieprzedłożenie do zaakceptowania projektu umowy o podwykonawstwo, której przedmiotem są roboty budowlane, lub projektu jej zmian w wysokości **5.000,00 zł za każdy taki przypadek;**

7) za nieprzedłożenie poświadczonej za zgodność z oryginałem kopii umowy o podwykonawstwo lub jej zmiany w wysokości **500,00 zł za każdy dzień kalendarzowy zwłoki** liczonej od dnia podpisania dokumentu przez obie strony.

• **§10 ust. 3 Umowy:** Suma naliczonych przez Zamawiającego kar umownych nie może przekroczyć 10 % łącznego wynagrodzenia umownego brutto, określonego w § 3 ust. 1 Umowy.

**VII. Nieadekwatny czas na usuwanie wad i awarii – zarzut nr 6**

1. Zamawiający w ramach Umowy wskazał na następujące obowiązki obciążające wykonawcę w zakresie usuwania wad i awarii:

- §4 ust. 15 pkt 6) ppkt 15) Umowy: usuwania ewentualnych **awarii zainstalowanych urządzeń** w okresie gwarancji po otrzymaniu powiadomienia o awarii za pośrednictwem fax-u lub e-maila i potwierdzeniu tego faktu listem poleconym; Wykonawca zobowiązany jest do usunięcia awarii **w ciągu 24 godzin** od otrzymania fax-u / e-maila lub bezzwłocznie w przypadku zagrożenia życia lub zdrowia;



- §9 ust. 3 pkt 1) Umowy: *Jeżeli w okresie gwarancji i rękojmi zostaną stwierdzone wady Przedmiotu umowy, Zamawiającemu przysługują następujące uprawnienia: jeżeli wady są możliwe do usunięcia, Zamawiający wyznaczy Wykonawcy termin ich usunięcia, **odpowiedni z technologicznego punktu widzenia, nie dłuższy jednak niż 21 dni**. Wykonawca zobowiązany jest do pisemnego zawiadomienia Zamawiającego o usunięciu wad. W przypadku nie usunięcia wad w wyznaczonym terminie Zamawiającemu przysługuje prawo naliczenia kar umownych zgodnie z § 10 ust. 1 pkt. 2 oraz zlecenia usunięcia wad innemu wykonawcy, bez uprzedniego upoważnienia sądu, na koszt i ryzyko Wykonawcy;*
- §8 ust. 6 pkt 1) Umowy: *jeżeli wady są możliwe do usunięcia, Zamawiający wyznaczy Wykonawcy **termin ich usunięcia, odpowiedni z technologicznego punktu widzenia, nie dłuższy jednak niż 21 dni** (...);*
- §4 ust. 2 Umowy: *Zamawiający, każdorazowo w terminie 7 dni roboczych od dnia otrzymania wielobranżowej koncepcji projektowej wraz z kosztorysem, projektu architektoniczno-budowlanego oraz projektu wykonawczego wraz z kosztorysem inwestorskim dokona ich akceptacji, bądź w przypadku braków lub wad, zgłosi Wykonawcy zastrzeżenia – wyznaczając Wykonawcy termin do ich usunięcia, **lecz nie dłuższy niż 7 dni**, licząc od dnia zgłoszenia przez Zamawiającego pisemnego żądania usunięcia wad.*

#### **Ad. Czas usunięcia awarii zainstalowanych urządzeń**

2. Odnosząc się do postanowienia zdefiniowanego w § 4 ust. 15 pkt 6) ppkt 15) Umowy dotyczącego usunięcia awarii urządzeń w czasie trwania okresu gwarancji Odwołujący zwraca uwagę, że wprowadzając tak krótkie terminy na usunięcie awarii, Zamawiający nie zdefiniował co rozumie pod pojęciem awarii i jakie przypadki do tej grupy należałoby zakwalifikować. Zamawiający określone przez siebie terminy potraktował jednocześnie jako „bezwarunkowe”, nie biorąc pod uwagę, iż w określonych sytuacjach nawet przy podjęciu niezwłocznych działań przez wykonawcę i jego pełnym zaangażowaniu, oczekiwanie na komponenty niezbędne do skutecznego dokonania naprawy może znacznie przekroczyć termin zagwarantowany przez Zamawiającego.
3. W konsekwencji, tego rodzaju zmienne winny być przez Zamawiającego uwzględnione, **tak aby wykonawca nie był obciążany konsekwencjami zmieniającej się sytuacji gospodarczej i zakłóconych łańcuchów dostaw**, które z uwagi na różne czynniki makroekonomiczne wciąż są obserwowane. Celem prawidłowej wyceny ofertowej, wykonawcy winni mieć przy tym pewność **jakie zdarzenia obligowały będą ich do niezwłocznej reakcji** dotyczącej wystąpienia awarii, zwłaszcza uwzględniając oczekiwany przez Zamawiającego krótki czas dokonania naprawy (liczony w godzinach). Wydaje się więc, że tak definiowania niezwłoczności działań powinna dotyczyć sytuacji istotnie krytycznych, zagrażających bezpieczeństwu i funkcjonowaniu obiektu. Pozostałe sytuacje, typowo występujące w każdym obiekcie, winny być natomiast kwalifikowane jako wady, z zagwarantowanym „standardowym” czasem na ich usunięcie.
4. O ile Odwołujący rozumie i nie neguje konieczności pilnej reakcji na awarię urządzeń, zwłaszcza w jednostce świadczącej pomoc medyczną, o tyle nie powinien być sankcjonowany za sytuacje od siebie niezależne – w postaci chociażby oczekiwania na komponenty danego urządzenia, które



uległo awarii. Stąd też, proporcjonalnym wydaje się oczekiwanie od wykonawców bezzwłocznej reakcji na zaistniałą awarię przy jednoczesnym pilnym usunięciu jej skutków i wprowadzeniu rozwiązania umożliwiającego dalsze funkcjonowanie obiektu, przy jednoczesnym finalnym procedowaniu naprawy urządzenia według standardowych terminów odnoszących się do zidentyfikowanej wady urządzenia, będącej przedmiotem awarii.

5. Taki schemat kształtowania odpowiedzialności wykonawcy wydaje się zresztą pewnym rynkowym standardem. Tytułem przykładu Odwołujący przywołuje w tym kontekście postanowienia umowy dotyczącej zamówienia pn. „Skierniewickie Centrum Sportu i Rekreacji” z bieżącego roku, w ramach której wskazano, że: *Wykonawca zapewnia dostępność autoryzowanego serwisu w okresie trwania Okresu Gwarancji i Rękojmi, przy czym **czas reakcji nie może być dłuższy niż 24 godzin od daty zgłoszenia awarii i awaria powinna być usunięta w możliwie najkrótszym czasie, jednakże nie później niż w ciągu 2 Dni Roboczych przypadkach (przy czym, jeśli usunięcie awarii nie jest obiektywnie możliwe we wskazanym powyżej terminie Zamawiający na uzasadniony wniosek Wykonawcy wskaże inny termin jej usunięcia).** W przypadku nagłych awarii Zamawiający jest uprawniony do zgłoszenia Wady mailem na adres wskazany przez Wykonawcę.*

#### **Ad. Usuwanie wad odbiorowych oraz wad w okresie gwarancji**

6. W odniesieniu do tej grupy przypadków Zamawiający przewidział, odpowiednio w §9 ust. 3 pkt 1) oraz §8 ust. 6 Umowy analogiczny termin usuwania wad, określając go jako: *odpowiedni z technologicznego punktu widzenia, nie dłuższy jednak niż 21 dni.* W przypadku tej grupy przypadków Zamawiający dostrzegł więc, postulowaną we wcześniejszych punktach uzasadnienia odwołania konieczność wzięcia pod uwagę technologicznych możliwości naprawy, w sposób niezasadny przyjmując jednak sztywną, autorytarnie ustaloną granicę, że czasem technologicznie uzasadnionym w każdym przypadku miały być okres nie przekraczający 21 dni.
7. W ocenie Odwołującego, wprowadzona przez Zamawiającego zasada wyznaczenia terminów usunięcia wad przedmiotu umowy winna być w konsekwencji odwrócona, tj. celowym i proporcjonalnym jest wprowadzenie do umowy określonego terminu usuwania wad z jednoczesną możliwością jego korekty w sytuacjach, w których termin ten z przyczyn niezależnych od strony, wynikających z technologicznego punktu widzenia nie byłby realny do dotrzymania. Taka konstrukcja jest przy tym powszechnie spotykana i akceptowana, np.:
- postępowanie pn. Zaprojektowanie i budowa budynku biurowego w Łodzi przy ul. Limanowskiego 147/149 na potrzeby MPK- Łódź Sp. z o.o. (nr postępowania: WZ-091-128/23, Zamawiający Miejskie Przedsiębiorstwo Komunikacyjne Łódź sp. z o.o.): *Wykonawca zobowiązany jest do wykonania zobowiązań z tytułu rękojmi niezwłocznie, jednak nie później niż w terminie 7 dni od dnia zgłoszenia wady. 5. Termin, o którym mowa w ust. 4 niniejszego paragrafu, może zostać wydłużony lub skrócony przez Zamawiającego w uzasadnionych przypadkach, w szczególności ze względu na wystąpienie obiektywnych przesłanek, w tym technologii usuwania wad, zasad wiedzy technicznej, warunków atmosferycznych;*
  - postępowanie pn. „budowa Centrum Dydaktyczno-Egzaminacyjnego Uniwersytetu Medycznego w Białymstoku wraz z zagospodarowaniem terenu oraz opracowaniem dokumentacji projektowej, uzyskaniem pozwolenia na budowę i ostatecznej złożeniem



wniosku o wydanie decyzji o pozwoleniu na użytkowanie” (znak postępowania: AZP.25.3.2024, Zamawiający: Uniwersytet Medyczny w Białymstoku): *Terminy usunięcia ujawnionych wad w okresie gwarancji, będzie określał Zamawiający, biorąc pod uwagę niezbędny czas i techniczne możliwości ich usunięcia, pisemnie informując o nich Wykonawcę.*

#### **Ad. Usuwanie wad zidentyfikowanych w koncepcji projektowej lub dokumentacji projektowej**

8. Zgodnie z §4 ust. 2 Umowy, na usunięcie uchybień/ wad zidentyfikowanych przez Zamawiającego w Koncepcji programowej lub dokumentacji programowej, wykonawca miałby **zaledwie 7 dni, przy czym termin ten określony został w sposób sztywny, bez możliwości uwzględnienia okoliczności danego przypadku.** W tym kontekście, Odwołujący podkreśla więc, że projektowanie (nawet już na etapie koncepcji) wiąże się z koniecznością koordynacji międzybranżowej, uzgodnieniami funkcjonalności stref i pomieszczeń, a także koniecznością zasięgnięcia wstępnych opinii rzeczoznawców – w tym na przykład ppoż. Proces ten, będąc procesem wielowątkowym i czasochłonnym, niejednokrotnie może więc wykraczać poza odgórnie ustalony przez Zamawiającego termin 7 dni.
9. W przypadku uwag o mniejszym znaczeniu jak najbardziej możliwe jest ich uwzględnienie, wprowadzenie do dokumentów oraz ponowne przedstawienie koncepcji i/lub dokumentacji (zarówno w formie papierowej) w terminie 7 dni. W przypadku zaś uwag o znaczeniu fundamentalnych, lub związanych ze zmianą/ poprawą układu funkcjonalnego przyszłego obiektu szpitalnego koniecznym może być (w celu uniknięcia przyszłych niezgodności z przepisami-budowlanymi) zasięgnięcie i uwzględnienie dodatkowych opinii przyszłego „Użytkownika”, projektantów branżowych (dodatkowa koordynacja międzybranżowa), dodatkowe skonsultowanie koncepcji z rzeczoznawcami – w tym ppoż., dokonanie dodatkowych studiów i analiz oraz finalne naniesienie zmian. W takim przypadku określony termin 7 dni stanie się absolutnie niewystarczającym.
10. W konsekwencji, w ocenie Odwołującego termin na usuwanie wad projektowych winien być skorelowany z zakresem oczekiwanych przez Zamawiającego zmian, których nie da się „z góry” oszacować i zamknąć w sztywnym terminie 7 dni roboczych. Podobnie jak w przypadku usuwania wad w okresie rękojmi winny więc być uwzględnione realne możliwości dokonania oczekiwanych korekt.
11. Biorąc pod uwagę wszystkie powyższe okoliczności, Odwołujący wnosi o korektę omawianych postanowień, podkreślając pozostawienie w mocy zasadniczych założeń przyświecających w tym zakresie Zamawiającemu, wyrażając gotowość do niezwłocznego podejmowania czynności, z uwzględnieniem jednak realnych możliwości, w tym możliwości pozyskania uzgodnień czy komponentów niezbędnych do realizacji. Odwołujący podkreśla przy tym, że jest ona o tyle konieczna z punktu widzenia wykonawców, że jakiegokolwiek uchybienia w dotrzymaniu terminów usuwania wad sankcjonowane są bardzo wysokimi karami umownymi, ustalonymi obecnie przez Zamawiającego na poziomie odpowiednio 0,5% i 0,2% wynagrodzenia umownego za każdy dzień zwłoki (vide §10 ust. 1 pkt 1) – 2) Umowy).





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

- §4 ust. 15 pkt 6) ppkt 15) Umowy: *usuwania ewentualnych awarii zainstalowanych urządzeń (tj. zdarzeń krytycznych zagrażających bezpieczeństwu i funkcjonowaniu obiektu) w okresie gwarancji po otrzymaniu powiadomienia o awarii za pośrednictwem fax-u lub e-maila i potwierdzeniu tego faktu listem poleconym; Wykonawca zobowiązany jest do przystąpienia do usunięcia awarii w ciągu 24 godzin od otrzymania fax-u / e-maila lub bezzwłocznie w przypadku zagrożenia życia lub zdrowia i jej usunięcia w terminie maksymalnie 2 dni bądź innym technologicznie uzasadnionym i uzgodnionym przez strony.*
- §9 ust. 3 pkt 1) Umowy: *Jeżeli w okresie gwarancji i rękojmi zostaną stwierdzone wady Przedmiotu umowy, Zamawiającemu przysługują następujące uprawnienia: jeżeli wady są możliwe do usunięcia, Zamawiający wyznaczy Wykonawcy termin ich usunięcia, nie dłuższy jednak niż 21 dni lub inny odpowiedni z technologicznego punktu widzenia (...)*
- §8 ust. 6 pkt 1) Umowy (z uwzględnieniem zmian wynikających z pkt II uzasadnienia odwołania): *(...) Zamawiający wyznaczy Wykonawcy termin ich usunięcia, nie dłuższy jednak niż 21 dni lub inny odpowiedni z technologicznego punktu widzenia (...).*
- §4 ust. 2 Umowy: *Zamawiający, każdorazowo w terminie 7 dni roboczych od dnia otrzymania wielobranżowej koncepcji projektowej wraz z kosztorysem, projektu architektoniczno-budowlanego oraz projektu wykonawczego wraz z kosztorysem inwestorskim dokona ich akceptacji, bądź w przypadku braków lub wad, zgłosi Wykonawcy zastrzeżenia – wyznaczając Wykonawcy termin do ich usunięcia, nie dłuższy niż 14 dni lub inny uzasadniony w danym przypadku i uzgodniony przez strony, licząc od dnia zgłoszenia przez Zamawiającego pisemnego żądania usunięcia wad.*

**VIII. Zarzut dotyczący biegu gwarancji i rękojmi – zarzut nr 7**

1. Zamawiający w ramach §9 ust. 4 Umowy wskazał, że: *W przypadku stwierdzenia wad w okresie gwarancji i rękojmi - okres gwarancji i rękojmi nie biegnie w okresie pomiędzy zgłoszeniem wady a pisemnym potwierdzeniem usunięcia wad.*
2. Co za tym idzie, zgodnie z §9 ust. 4 Umowy, Zamawiający założył wydłużenie okresu gwarancji i rękojmi w przypadku identyfikacji każdej wady o okres pomiędzy zgłoszeniem wady, a pisemnym potwierdzeniem jej usunięcia. W konsekwencji, wydłużenie okresu gwarancji i rękojmi następowałoby niejako automatycznie bez badania okoliczności dotyczących charakteru wady, zastosowanego sposobu naprawy i możliwości korzystania z danego elementu przez Zamawiającego, co w konsekwencji powodowałoby dla wykonawców nadmierną i niewspółmierną dolegliwość. Zgłoszenie jakiegokolwiek, najbardziej nawet błąej wady, w świetle tak ukształtowanego postanowienia wydłużałby bowiem termin obowiązywania gwarancji, doprowadzając do jego wydłużania w sposób zupełnie dowolny i nieograniczony.



3. Z uwagi na podobieństwo zobowiązań wynikających z gwarancji przy sprzedaży oraz z gwarancji jakości obiektu, których udzielanie jest dopuszczalne przede wszystkim w świetle zasady swobody umów, oraz z uwagi na brak odrębnych regulacji gwarancji jakości obiektu uzasadnione jest stosowanie do niej **per analogiam przepisów o gwarancji przy sprzedaży**, o ile jest to możliwe w świetle treści gwarancji jakości obiektu [tak trafnie: W. Białończyk, Rękojmia, cz. I, s. 293; K. Kołakowski, w: Bieniek, Komentarz. Zobowiązania, 2011, t. II, s. 367, Nb 3; Ł. Żelechowski, w: Kodeks cywilny. Komentarz (red. K. Osajda), t. II, Warszawa 2013, art. 638, Nb 5; uchw. SN z 10.7.2008 r., III CZP 62/08, OSNC 2009, Nr 7–8, poz. 106].
4. Ustawodawca w art. 581 KC wskazał z kolei, że:
- § 1. Jeżeli w wykonaniu swoich obowiązków gwarant dostarczył uprawnionemu z gwarancji zamiast rzeczy wadliwej rzecz wolną od wad albo dokonał istotnych napraw rzeczy objętej gwarancją, termin gwarancji biegnie na nowo od chwili dostarczenia rzeczy wolnej od wad lub zwrócenia rzeczy naprawionej. Jeżeli gwarant wymienił część rzeczy, przepis powyższy stosuje się odpowiednio do części wymienionej.*
- § 2. W innych wypadkach termin gwarancji ulega przedłużeniu o czas, w ciągu którego wskutek wady rzeczy objętej gwarancją uprawniony z gwarancji nie mógł z niej korzystać.*
5. Co za tym idzie, postanowienie wprowadzone przez Zamawiającego w §9 ust. 4 Umowy, determinujące wydłużenia okresu gwarancji i rękojmi przy wykonywaniu jakichkolwiek świadczeń gwarancyjnych, jest **sprzeczne z istotą stosunku gwarancji** i jako takie pozostaje niedopuszczalne na gruncie art. 581 KC, który to przepis – zgodnie z orzecnictwem – ma charakter bezwzględnie obowiązujący (tak np. wyrok SR w Toruniu z dnia 25.04.2019 r.; sygn. akt V GC 2040/18). Ustawodawca wyraźnie wskazuje, że w przypadkach nieistotnych napraw wyłącznym uprawnieniem, które winno przysługiwać Zamawiającemu jest ewentualne wydłużenie terminu obowiązywania gwarancji i to tylko w sytuacji, w której z elementu poddanego naprawie Zamawiający nie mógł korzystać.
6. Jak wskazują komentatorzy **z przedłużeniem terminu gwarancji (tzw. warranty tolling) mamy w szczególności do czynienia wtedy, gdy miały miejsce nieistotne naprawy rzeczy**. Komentatorzy słusznie wskazują, że „okres gwarancyjny [...] kończy się [...] z reguły później, niż wynikałoby to ze zwykłego obliczenia, a to w związku z faktem wykonywania świadczeń gwarancyjnych” (Z. Gawlik, Komentarz..., uwaga 25) oraz, że „Cały założony okres gwarancyjny jest postawiony do dyspozycji uprawnionego celem wykorzystania go dla «gwarancyjnej eksploatacji» przedmiotu: z jednej strony zatem odpowiedzialność obejmuje wady ujawnione choćby w ostatnim dniu tego okresu, które reklamować można później, z drugiej zaś – sam ten okres gwarancyjny ulega wydłużeniu w razie przeszkód w eksploatacji wywołanych wadą przedmiotu” (ibidem, uwaga 21). **Podobnie jak w przypadku art. 581 § 1 k.c., również i na gruncie § 2 należy stanąć na stanowisku, że przepis ten nie może być umownie modyfikowany przez strony**. Niezależnie od postanowień zawartych w dokumencie gwarancyjnym, w razie ujawnienia się w rzeczy wad nieistotnych bądź też w razie zaistnienia innej przeszkody, wskutek której kupujący nie mógł z rzeczy korzystać (z wyłączeniem jednak sytuacji, w których rzecz poddano naprawom o charakterze istotnym bądź też rzecz wymieniono), **termin gwarancji ulegnie więc przedłużeniu o okres, w ciągu którego**



**kupujący nie mógł z niej korzystać** (tak: Uliasz Roman, Komentarz do art. 556-581 Kodeksu cywilnego, LEX/el. 2013).

7. Biorąc pod uwagę powyższe, zasadnym jest zmodyfikowanie postanowienia zawartego w §9 ust. 4 Umowy, zgodnie z wytycznymi wynikającymi z treści art. 581 § 1 i 2 KC. Jakkolwiek omawiana regulacja kodeksowa ma za zadanie ochronę kupującego, będąc dla Niego uregulowaniem niezwykle korzystnym, to korzyści płynące ze wskazanej instytucji **nie mogą uprzywilejowywać w sposób nieuzasadniony jednej ze stron**, w sposób uniemożliwiający *de facto* drugiej stronie jakiegokolwiek oszacowanie kosztów związanych z obowiązkami gwarancyjnymi. W przedmiotowym przypadku jeśli okres gwarancyjny miałby wydłużać się względem danego elementu każdorazowo w sytuacji wystąpienia jakiegokolwiek wady i jej usuwania (co sugeruje §9 ust. 4 Umowy), **bez względu na to na czym polegała jej naprawa i czy w jakimkolwiek sposób ingerowała w możliwość korzystania z danego elementu przez Zamawiającego, to rzeczony okres gwarancyjny mógłby w istocie trwać w nieskończoność**, powodując konsekwencje niewspółmierne do zidentyfikowanych wad, kreując tym samym zobowiązanie niemożliwe do oszacowania na obecnym etapie, prowadzące do nieporównywalności złożonych ofert.
8. Na marginesie, Odwołujący wskazuje, że w przypadku rękojmi **ustawodawca – odmiennie niż w przypadku gwarancji (art. 581 KC) – nie wprowadził regulacji umożliwiających modyfikację (wydłużanie) okresu obowiązywania rękojmi za wady w związku z dokonywanymi naprawami rzeczy**. Stanowiło to celowy zabieg ustawodawcy, aby zabezpieczyć sprzedawcę przed kreowaniem jego odpowiedzialności w sposób nieograniczony w czasie. W konsekwencji, jakkolwiek art. 558 KC umożliwia modyfikowanie zakresu odpowiedzialności z tytułu rękojmi, to wskazane założenie ustawodawcy nie powinno być ignorowane, zwłaszcza poprzez definiowanie nieograniczonej, niemożliwej do przewidzenia i oszacowania, odpowiedzialności na tej podstawie.
9. W konsekwencji, jakkolwiek art. 558 KC umożliwia modyfikowanie zakresu odpowiedzialności z tytułu rękojmi, to wskazane założenie ustawodawcy nie powinno być ignorowane, zwłaszcza poprzez definiowanie nieograniczonej, niemożliwej do przewidzenia i oszacowania, odpowiedzialności na tej podstawie, czy kreowania postanowień mniej korzystnych niż w przypadku regulacji dotyczących gwarancji. Stąd też, zasadnym jest zastosowanie analogicznego schematu postanowień umownych dotyczącego obu reżimów.

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

- §9 ust. 4 Umowy: *W przypadku stwierdzenia wad w okresie gwarancji i rękojmi - okres gwarancji i rękojmi nie biegnie w okresie pomiędzy zgłoszeniem wady a pisemnym potwierdzeniu usunięcia wad w przypadkach, w których wskutek wady rzeczy objętej gwarancją uprawniony z gwarancji nie mógł z niej korzystać.*

**IX. Zarzut dotyczący braku mechanizmu rekompensującego wykonawcy koszty wynikające ze zmiany terminu realizacji umowy - zarzut nr 8**



1. Zamawiający w ramach §14 Umowy wskazał na okoliczności stanowiące podstawę do zmiany Umowy, wskazując m.in., że:

- §14 ust. 1 Umowy: *Niezależnie od przypadków przewidzianych w art. 455 ust. 1 pkt. 2-4 oraz ust. 2 ustawy pzp, Zamawiający przewiduje możliwość dokonania następujących **zmian w Umowie w zakresie zmiany terminu wykonania Umowy lub poszczególnych terminów częściowych określonych w Umowie**, jeżeli niemożność dotrzymania pierwotnego terminu stanowi konsekwencję:*

- 1) *okoliczności natury obiektywnej, których nie można było przewidzieć w chwili zawierania Umowy uniemożliwiające dotrzymanie terminów realizacji wskazanych w Umowie, w szczególności przypadków siły wyższej lub niedostępności materiałów lub urządzeń u krajowych dystrybutorów;*
- 2) *niezawinionych przez Wykonawcę działań lub bezczynności organów administracji lub podmiotów trzecich, niezależnych od Wykonawcy;*
- 3) *konieczności uprzedniego uzyskania wyroku sądowego lub innego orzeczenia sądu lub organu, której nie przewidywano przy zawarciu Umowy;*
- 4) *warunków atmosferycznych nie pozwalających na realizację robót, dla których określona odpowiednimi normami technologia wymaga właściwych warunków atmosferycznych, występujących ciągle przez okres co najmniej 5 dni kalendarzowych;*
- 5) *zmiany terminu realizacji z przyczyn leżących po stronie Zamawiającego.*

*W powyższych przypadkach termin wykonania Umowy lub poszczególne terminy częściowe mogą ulec odpowiedniej zmianie – jeżeli przy zachowaniu należytej staranności z uwzględnieniem profesjonalnego charakteru Wykonawcy nie można było uniknąć takiej zmiany.*

- §14 ust. 8 Umowy: *Zamawiający dopuszcza możliwości **zmiany wysokości wynagrodzenia** należnego Wykonawcy i zakresu przedmiotu zamówienia, jeżeli w wyniku wykonanej przez Wykonawcę inwentaryzacji okaże się, że **nie ma konieczności realizacji niektórych prac objętych przedmiotem zamówienia**, kwota Wynagrodzenia należnego Wykonawcy za wykonanie całości Przedmiotu umowy wskazana w § 3 ust. 1 Umowy, zostanie odpowiednio pomniejszona o wartość prac nierealizowanych przez Wykonawcę.*

2. Uwzględniając powyższe, należy więc stwierdzić, że jedyną przesłanką do zmiany wynagrodzenia (poza jego waloryzacją, której wprowadzenie wynika bezpośrednio z ustawy Pzp) jaką przewidział Zamawiający w ramach Umowy jest zmniejszenie wynagrodzenia z tytułu ograniczenia zakresu prac (§14 ust. 8 Umowy). Zamawiający nie przewidział natomiast w szczególności postanowień regulujących rekompensowanie kosztów powstałych po stronie Wykonawcy w wyniku zmiany terminu realizacji Umowy wygenerowanej na podstawie okoliczności opisanych w §14 ust. 1 Umowy.

3. Jest to o tyle istotne, że zmiana terminu realizacji umowy opisana w §14 ust. 1 Umowy **dotyczy okoliczności niezależnych i niezawinionych przez Wykonawcę, w tym okoliczności obciążających Zamawiającego**. Co za tym idzie, w przypadku wystąpienia niezawinionych przez siebie okoliczności, wykonawca byłby wyłączną stroną ponoszącą konsekwencje finansowe zaistniałych zdarzeń. Przy takiej konstrukcji postanowień umownych, rozkład obowiązków i ryzyk stron umowy jest poważnie zachwiany i niezgodny z przepisami prawa, stanowiąc jednocześnie -



w odniesieniu do zmian terminów realizacji wynikających z przyczyn leżących po stronie Zamawiającego – klauzulę abuzywną z art. 433 pkt 3) ustawy Pzp.

4. Bezsporne jest, że umowa o roboty budowlane stanowi umowę wzajemną, w której podstawowym obowiązkiem inwestora – w zamian za otrzymanie świadczenia w postaci obiektu budowlanego – jest zapłata na rzecz wykonawcy umówionego wynagrodzenia będącego świadczeniem wzajemnym (tak np. B. Lackoroński, komentarz do art. 647 k.c. [w:] K. Osajda (red. serii), W. Borysiak (red. tomu), Kodeks cywilny. Komentarz. Wyd. 32, Warszawa 2024, nb. 24).
5. Z kolei, wynagrodzenie wykonawcy – niezależnie od jego charakteru - obejmuje również tzw. koszty pośrednie (koszty ogólne budowy i koszty zarządu) bezpośrednio związane m.in. z planowanym czasem realizacji danej umowy o roboty budowlane. Tzw. koszty pośrednie (w tym koszty ogólne budowy i koszty zarządu) stanowią uznany przez ustawodawcę element wynagrodzenia wykonawcy w umowie o roboty budowlane w zamówieniach publicznych i jako takie są przez wykonawcę uwzględniane w ramach jego kalkulacji. Świadczy o tym chociażby brzmienie § 1 ust. 1 pkt 4 Rozporządzenia Rozwoju i Technologii z dnia 20 grudnia 2021 roku w sprawie określenia metod i podstaw projektowych oraz planowanych kosztów robót budowlanych określonych w programie funkcjonalno-użytkowym, zgodnie z którym pod pojęciem kosztów pośrednich należy rozumieć „*składnik kalkulacyjny wartości kosztorysowej, uwzględniający nieujęte w kosztach bezpośrednich koszty zaliczane zgodnie z odrębnymi przepisami do kosztów uzyskania przychodów, w szczególności koszty ogólne budowy oraz koszty zarządu*”.
6. Zatem, zgodnie z powyższym przepisem oraz poglądami doktryny „*do kosztów ogólnych budowy można zakwalifikować wydatki związane z organizacją i obsługą procesów produkcyjnych na placu budowy*” (tak np.: J. Pieróg, komentarz do § 1 rozporządzenia Ministra Infrastruktury w sprawie określenia metod i podstaw sporządzania kosztorysu inwestorskiego, obliczania planowanych kosztów prac projektowych oraz planowanych kosztów robót budowlanych określonych w programie funkcjonalno-użytkowym [w:] J. Pieróg (red.), Zamówienia publiczne. Akty wykonawcze. Komentarz, Warszawa 2015, Legalis).
7. Przez koszty ogólne rozumie się przy tym koszty ponoszone przez wykonawcę w odniesieniu do konkretnej budowy, które nie są objęte kosztami bezpośrednimi takie jak koszty wynagrodzeń, ubezpieczeń, ochrony, mediów, utrzymania placu budowy itp. Koszty zarządu (administracyjne) związane są natomiast z utrzymywaniem i funkcjonowaniem struktur danego przedsiębiorstwa. W każdym przypadku zarówno w kosztach ogólnych, jak i kosztach zarządu uwzględnione są wartości adekwatne i związane z realizacją poszczególnych inwestycji, **szacowane z uwzględnieniem zakładanego czasu jej trwania**. Koszty te stanowią bezspornie składnik należnego wykonawcy wynagrodzenia, które uwzględnia w swojej istocie również planowany czas realizacji konkretnej umowy.
8. Próba pozbawienia wykonawcy uprawnienia do domagania się wynagrodzenia w związku z przedłużeniem terminu realizacji zamówienia (przejawiająca się w tym przypadku poprzez brak zdefiniowania stosownego mechanizmu korekty wynagrodzenia należnego wykonawcy) stoi zatem w rażącej sprzeczności zasadą ekwiwalentności świadczeń – co narusza zasady swobody umów (art. 353(1) k.c.). W kontekście tego zagadnienia, Odwołujący zwraca również uwagę na. wyrok





Sądu Apelacyjnego w Krakowie z dnia 6 września 2017 roku, w które wskazano, że **wykonawca realizujący umowę w dłuższym zakresie niż pierwotnie przewidziany jest uprawniony do domagania się od zamawiającego dodatkowego wynagrodzenia z tym związanego (tj. na podstawie art. 647 k.c.):** „Poza sporem jest, że prace objęte umową wykonywane były dłużej od pierwotnie założonego terminu o ponad 8 miesięcy i powodowa spółka musiała przez ten czas ponosić koszty między innymi utrzymania pracowników, ubezpieczenia, gwarancji należytego wykonania umowy, telefonów, Internetu, ochrony, dzierżawy terenu na plac składowy, wynajmu mieszkań służbowych, utrzymania samochodów, obsługi geodezyjnej, podgrzewania betonu, zakupów spożywczych i środków czystości, delegacji służbowych. **Skoro przy kalkulacji uwzględniono wszystkie te koszty jakie musiałyby być poniesione przez powódkę przy realizacji umowy z zachowaniem pierwotnego terminu do 10 listopada 2012 r., to w sytuacji kiedy prace były wykonywane przez kolejne 8 miesięcy, to niewątpliwie poniesione koszty były znacznie wyższe i kwota określona w ofercie i pierwotnej umowie nie odzwierciedlała rzeczywistego kosztu tej pracy.** Z umowy łączącej strony wynika, że wynagrodzenie w pełni ma pokryć koszt prawidłowego wykonania przedmiotu umowy, w tym ukończenia robót podwykonawczych w terminie. Nie może budzić wątpliwości, że w sytuacji kiedy wykonywanie umowy trwało znacznie dłużej niż przewidziano w pierwotnie zawartej umowie i termin zakończenia robót został przesunięty, co zostało potwierdzone aneksami, to wykonanie umowy i zakończenie prac w terminie przewidzianym w ostatnim aneksie jest prawidłowym wykonaniem umowy. Z drugiej zaś strony **dłuższe wykonywanie umowy pociąga za sobą wyższe koszty ponoszone przez wykonawcę robót, który musi utrzymać plac budowy, zabezpieczyć go, ochronić, ponieść koszty mediów, samochodów, wynagrodzeń pracowników itd. przez dłuższy czas, a czego nie przewidywał składając ofertę i kalkulując koszty jakie będzie musiał ponieść.** Skoro więc wynagrodzenie ma w pełni pokryć koszty prawidłowego wykonania, a umowa wykonana w przedłużonym czasie jest wykonana prawidłowo, to wynagrodzenie należne powodowi winno także obejmować koszty jakie strona powodowa musiała ponieść z tego tylko powodu, że wykonywanie umowy trwało dłużej. (...) W ocenie Sądu Apelacyjnego zasadne jest rozszczenie powódki określone jako wynagrodzenie za wykonane roboty budowlane, a więc na podstawie łączącej strony umowy i art. 647 k.c.3”.

9. W związku z tym, również orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej krytycznie wypowiada się względem postanowień projektu umów o zamówienie publiczne, które w jakikolwiek sposób limitują możliwość pokrywania kosztów powstałych po stronie wykonawców na skutek przedłużenia realizacji umowy. Jak wskazała Krajowa Izba Odwoławcza przykładowo w wyroku z dnia 13.11.2018 r. (sygn. akt KIO 2177/18): *Jest również rzeczą zrozumiałą, iż zamawiający, ustalając warunki umowy, dba o zabezpieczenie swoich interesów i interesów publicznych oraz wykonanie przedmiotu zamówienia zgodnie z potrzebami. Nie oznacza to jednak, że prawo zamawiającego do określenia zapisów umowy nie doznaje pewnych ograniczeń - zamawiający nie może prawa podmiotowego nadużywać.* Wynika to i z zasady swobody umów (treść lub cel stosunku nie może sprzeciwiać się właściwości - naturze stosunku, ustawie ani zasadom współżycia społecznego) i z brzmienia jednej z najważniejszych zasad prawa cywilnego wyrażonej w art. 5 Kodeksu cywilnego, zgodnie z którym nie można czynić ze swego prawa użytku, który by był sprzeczny ze społeczno-gospodarczym przeznaczeniem tego prawa lub z zasadami współżycia społecznego. Takie działanie lub zaniechanie uprawnionego nie jest uważane za wykonywanie prawa i nie korzysta z ochrony. W konsekwencji, w ocenie Izby, zapisy



*takie powodują naruszenie zasad określonych przepisami k.c. Skoro zamawiający może jednostronnie podjąć decyzję o wystąpieniu przerwy w wykonywaniu robót, nie będąc jednocześnie zobligowanym do przedłużenia terminu realizacji, a także pokrycia kosztów ponoszonych przez wykonawcę (w szczególności poniesionych w związku z koniecznością zabezpieczenia robót, pozostawania w gotowości zaplecza budowy), który pozostaje na placu budowy, stwierdzić należy, że rozkład obowiązków i uprawnień stron w umowie, rozumiany jako konieczność zapewnienia wzajemności lub odpowiedniości uprawnień, został zachwiany. Z powyższych powodów Izba uwzględniła przedmiotowy zarzut, nakazując zamawiającemu zmianę treści SIWZ (w tym projektu umowy), w sposób opisany w sentencji orzeczenia.”*

**Biorąc pod uwagę wszystkie powyższe okoliczności, Odwołujący wnosi o modyfikację treści SWZ poprzez dodanie w ramach §14 ust. 1 Umowy, następującego sformułowania:**

*W przypadku zmian terminów realizacji na ww. podstawie Wykonawcy przysługuje prawo do żądania dodatkowego wynagrodzenia, pokrywającego wszelkie udokumentowane koszty powstałe w wyniku przedłużonej realizacji umowy.*

**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.