



Warszawa, dnia 8 września 2023 r.

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

Zamawiający: **Państwowy Instytut Medyczny**
Ministerstwa Spraw Wewnętrznych i
Administracji
NIP: 521-400-45-58, REGON: 524384845
ul. Wołoska 137, 02-507 Warszawa
e-mail:
zamowieniapubliczne@cskmswia.gov.pl

Odwołujący: **Budimex S.A.**
ul. Siedmiogrodzka 9, 01-204 Warszawa
KRS: 0000001764
reprezentowany przez:
r.pr. Annę Wrzesień
adres do doręczeń:
BUDIMEX S.A.
ul. Siedmiogrodzka 9, 01-204 Warszawa
e-mail: anna.wrzesien@budimex.pl

Dotyczy: postępowania prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego pn. Przebudowa Budynków I i II Państwowego Instytutu Medycznego Ministerstwa Spraw Wewnętrznych i Administracji w Wesołej (nr sprawy: PIMMSWIA-2375/24/07/01/2023; dalej jako „**Postępowanie**”)

Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 29 sierpnia 2023 r. pod numerem 2023/S 165-521598.

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. 99 ust. 1 i 4 ustawy Pzp w zw. z art. 134 ust. 1 pkt 6) ustawy Pzp w zw. z art. 16 pkt 1) – 3) ustawy Pzp w zw. z art. 239 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 246 ustawy Pzp w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 353(1) KC w zw. z art. 387 KC** poprzez wyznaczenie terminu realizacji zamówienia w sposób odbiegający od realnych możliwości realizacji, nieadekwatny do przedmiotu zamówienia i nieuwzględniający wszystkich okoliczności, a co za tym idzie wyznaczenie go w sposób utrudniający uczciwą konkurencję i niemożliwy do spełnienia przez wykonawców funkcjonujących na rynku;
- 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 projektowanych postanowień umownych (Załącznik nr 15 do SWZ, dalej jako „Umowa”) postanowień dotyczących zasad odbioru robót budowlanych, uzależniających dokonanie odbioru robót i wypłatę należnego wynagrodzenia, a także rozpoczęcie biegu okresu gwarancji i rękojmi oraz zwrot 70% kwoty zabezpieczenia od bezusterkowego odbioru prac, nie różnicującego rodzaju wad zidentyfikowanych podczas odbiorów, 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;
- 3. 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;
- 4. 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. 16 ustawy Pzp** poprzez przyznanie Zamawiającemu w ramach §13 ust. 1 pkt 2) Umowy prawa do odstąpienia od umowy w sytuacji nieprzystąpienia do realizacji prac bądź ich zaniechania przez okres 2 dni kalendarzowych, bez uwzględnienia dopuszczalnych przerw w realizacji z uwagi na okresy świąteczne i bez uwzględnienia całokształtu działań podejmowanych przez wykonawcę, co prowadzi do niestabilności stosunku zobowiązaniowego i w konsekwencji nakłada na Wykonawcę zbyt duże ryzyka kontraktowe, niemożliwe do oszacowania.

W związku z powyższymi zarzutami Odwołujący wnosi o:

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



Interes i szkoda:

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

Zachowanie terminu i wymogów formalnych:

Odwołanie zostało wniesione z zachowaniem ustawowego terminu, gdyż ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 29 sierpnia 2023 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 uiszczył wpis od niniejszego odwołania w wymaganej wysokości oraz przekazał kopię niniejszego odwołania wraz z załącznikami Zamawiającemu.

UZASADNIENIE

I. Uwagi ogólne

1. Biorąc pod uwagę fakt, że formułowane w ramach niniejszego Odwołania zarzuty dotyczą zasadniczo treści Umowy udostępnionej przez Zamawiającego w ramach załączników do treści SWZ, na wstępie wskazujemy, że jakkolwiek Odwołujący akceptuje, że Zamawiający jako gospodarz postępowania ma pewną swobodę w formułowaniu warunków realizacyjnych, to swoboda ta nie powinna mieć charakteru nieograniczonego, w tym nie może prowadzić do nadużycia własnego prawa podmiotowego. Treść przyszłego stosunku zobowiązaniowego kreowanego przez Zamawiającego, niezależnie od przysługującej Zamawiającemu uprzywilejowanej pozycji, powinien być tak ukształtowany aby realizacja zamówienia była możliwa. **Celem Zamawiającego powinno być również dążenie do osiągnięcia korzystnych rynkowo cen. Zamawiający nie powinien konstruować umowy w sposób, który negatywnie wpłynie na ilość złożonych w przetargu ofert. Nie może także przerzucić całości ryzyka gospodarczego na wykonawcę** (tak wyrok Sądu Okręgowego Warszawa-Praga z dnia 16 sierpnia 2005 r., sygn. akt IV Ca 508/05). Postanowienia umowy powinny zostać przy tym określone w sposób na tyle precyzyjny, aby wykonawca był w stanie określić cenę ofertową. W sytuacji, w której nie jest możliwe podanie katalogu zamkniętego okoliczności, z którymi wiążą się określone następstwa, Zamawiający powinien dążyć do jak najpełniejszego ich wyszczególnienia (tak wyrok KIO z dnia 20 stycznia 2014 r., sygn. akt KIO 2949/13). W odniesieniu do określania zasad przyszłego stosunku zobowiązaniowego, podkreślenia wymaga, że swobodę umów ograniczają m.in. zasady współżycia społecznego oraz bezwzględnie obowiązujące przepisy (art. 353¹ 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 współzycia 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 współzycia 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** (tak KIO w wyrokach o sygn. KIO 1910/11 i KIO 1918/11).

II. Wyznaczenie nieadekwatnego, niemożliwego do spełnienia terminu realizacji zamówienia – zarzut nr 1

1. W ramach przedmiotowego Postępowania, Zamawiający wyznaczył termin realizacji zamówienia w ramach Rozdziału 6 SWZ, wskazując, że: *Zamówienie musi zostać zrealizowane w terminie: **nie dłuższym niż 60 tygodni od dnia podpisania umowy.*** Jednocześnie w ramach Rozdziału 21.2 ppkt 2 SWZ, Zamawiający w ramach kryteriów oceny ofert (z wagą 20%) przewidział **skrócenie terminu realizacji umowy, maksymalnie o 12 tygodni.**
2. Po analizie opisu przedmiotu zamówienia udostępnionego przez Zamawiającego w formie PFU, jak również po odbyciu (nieobowiązkowej) wizji lokalnej w dniu 7 września 2023 r., Odwołujący wskazuje, że **przewidziany przez Zamawiającego maksymalny termin realizacji zamówienia jest nierealny, niemożliwy do dotrzymania.** W konsekwencji, całkowicie fikcyjnym, uniemożliwiającym efektywne konkutowanie jest także przewidziane przez Zamawiającego kryterium w postaci skrócenia terminu realizacji – **skrócenie nierealnego do dotrzymania terminu realizacji jest bowiem ze swej istoty niemożliwe.** To prowadzi z kolei do wniosku, że *de facto* jedynym kryterium oceny ofert zastrzeżonym przez Zamawiającego w ramach przedmiotowego Postępowania jest kryterium ceny, wbrew treści dyspozycji art. 246 ustawy Pzp.
3. Zakres zamówienia, ilość opracowań projektowych, opinii, sprawdzeń czy ilość branż determinuje, że ustalenie 60-tygodniowego terminu realizacji jest całkowicie oderwane od specyfiki tego konkretnego zamówienia. W kontekście skomplikowania i złożoności tego projektu podkreślić



należy zwłaszcza, że obiekt ma być realizowany w systemie projektuj i buduj, wymagając uzyskania stosownych pozwoleń i czynienia ustaleń z konserwatorem zabytków. **Już sam zakres czynności projektowych pochłania według szacunków Odwołującego większość czasu przewidzianego na realizację przedmiotowej inwestycji.** W związku z przyjętą formułą realizacyjną Odwołujący w sposób precyzyjny wskazuje na zakres prac projektowych wymaganych treścią PFU i związany z nimi czasookres, uwzględniający procedury administracyjne, zaznaczając, że tak określony harmonogram został zweryfikowany tak z Biurem Technicznym funkcjonującym w organizacji Odwołującego, jak i z doświadczonym, niezależnym biurem projektowym:

1. uzyskanie decyzji środowiskowej – w razie konieczności Wykonawca ma obowiązek ją uzyskać – 10 tygodni
2. uzyskanie decyzji wodno-prawnej na uruchomienie studni – 12 tygodni
3. opracowanie i uzgodnienie ekspertyzy technicznej stanu ochrony przeciwpożarowej – 6 tygodni
4. kompleksowa inwentaryzacja wszystkich budynków znajdujących się na terenie (wraz z wykonaniem wskazanych ekspertyz technicznych) – 6 tygodni
5. inwentaryzacja zieleni – 2 tygodnie
6. badania gruntowe – 2 tygodnie

Punkty od 1 do 6 można realizować równolegle czasowo – łączny czas trwania pkt 1 do 6 – 12 tygodni

7. opracowanie projektu architektoniczno-budowlanego – 12 tygodni
8. uzgodnienie projektu z Konserwatorem Zabytków – 5 tygodni
9. uzyskanie prawomocnej i ostatecznej decyzji o pozwoleniu na budowę – 8 tygodni

Punkty od 7 do 9 można rozpocząć po wykonaniu pkt 3 i 4 czyli po 6 tygodniach, łączny czas trwania pkt 7-9 – 25 tygodni

(po realizacji tego zakresu wychodzimy na 31 tygodni od podpisania umowy: 25 tygodni trwania + 6 tydzień możliwego rozpoczęcia)

10. opracowanie projektu technicznego (wraz ze wszystkimi wymaganymi prawem uzgodnieniami) – 12 tygodni
11. opracowanie wykonawczej dokumentacji projektowej wraz ze wszystkimi wymaganymi prawem uzgodnieniami – 12 tygodni
12. opracowanie wykonawczej dokumentacji wnętrz wraz z wizualizacjami dla wybranych pomieszczeń – 12 tygodni
13. opracowanie projektu oświetlenia elewacji wraz z symulacją/wizualizacją – 12 tygodni
14. wykonanie i uzgodnienie projektów techniczno-wykonawczych dla projektowanych przyłączy – 12 tygodni
15. wykonanie czasowej organizacji ruchu – 2 tygodnie
16. wykonanie i uzgodnienie projektu zjazdów – 8 tygodni
17. w razie potrzeby wykonanie i uzgodnienie projektu zbiorników wody do celów przeciwpożarowych – 12 tygodni

Punkty od 10 do 16 można realizować równolegle czasowo, prace można rozpocząć po wykonaniu pkt 8 czyli po 23 tygodniach (31 tygodni – 8 tygodni zarezerwowanych na uzyskanie prawomocnej decyzji o pozwoleniu na budowę), łączny czas trwania pkt 10-17 – 12 tygodni



Łączny (minimalny) czas trwania wykonania prac projektowych, wraz z uzgodnieniami – 35 tygodni.

4. Szacowany przez Odwołującego czas realizacji zakresu projektowego jest tym bardziej uzasadniony jeśli uwzględnić, że:
- dopiero po przeprowadzeniu inwentaryzacji i niezbędnych ekspertyz będzie możliwe rozpoczęcie prac projektowych. Nie znając stanu choćby konstrukcji więźby dachowej nie będzie wiadomo jaki zakres prac należy zaprojektować,
 - z uwagi na status budynku wszelkie zamierzenia projektowe i realizacyjne uzgadniane muszą być z Konserwatorem Zabytków,
 - dla zaprojektowania prawidłowych i osiągalnych rozwiązań niezbędna byłaby weryfikacja dostępności materiałów i urządzeń na rynku,
 - zgodnie z postanowieniami §4 ust. 2 Umowy, Zamawiający może składać zastrzeżenia do koncepcji projektowej w terminie 5 dni roboczych, które Wykonawca musi usunąć w terminie kolejnych 7 dni, a w przypadku gdyby Zamawiający miał kolejne uwagi procedura się powtarza, co może trwać w teorii w nieskończoność. Zgodnie z §4 ust. 4 Umowy dopiero akceptacja projektu budowlanego przez Zamawiającego jest podstawą do złożenia wniosku o wydanie decyzji o pozwoleniu na budowę i dalej akceptacja projektu wykonawczego jest podstawą do rozpoczęcia robót budowlano-montażowych.
5. Dążąc do uzyskania maksymalnej liczby punktów w ramach kryterium pozacenowego, przy uwzględnieniu zakładanych i koniecznych do wykonania prac projektowych, na realizację zamówienia wykonawcom pozostawałoby 13 tygodni, co jest terminem całkowicie abstrakcyjnym. Na bazie doświadczenia nabytego na podobnych realizacjach, **czas wykonania robót budowlanych Odwołujący szacuje na poziomie 80 tygodni licząc od daty uzyskaniu pozwolenia na budowę.** Z uwagi na przyjętą formułę realizacyjną, przedstawienie szczegółowego harmonogramu realizacji nie jest możliwe na obecnym etapie (bez zatwierdzonych ostatecznych rozwiązań projektowych), niemniej szacunkowo, uwzględniając konieczne do wykonania branże i ich skalę, Odwołujący szacuje, że realizacja robót budowlanych musiałaby uwzględniać następujące elementy i czasookres ich wykonywania:
- prace przygotowawcze, wyburzenia i demontaże, prace ziemne – minimum 8 tygodni;
 - wykonanie prac konstrukcyjnych, izolacyjnych i renowacyjnych – minimum 12 tygodni;
 - wykonanie prac instalacyjnych (sanitarnych, elektrycznych i teletechnicznych) wewnętrznych i zewnętrznych – minimum 26 tygodni;
 - wykonanie prac wykończeniowych wraz z dostawą wyposażenia obiektu oraz wykonanie prac związanych z zagospodarowaniem terenu – minimum 20 tygodni;
 - pomiary, przygotowanie dokumentacji powykonawczej – minimum 4 tygodnie;
 - odbiory budynku przez służby – minimum 4 tygodnie;
 - odbiór budynku przez nadzór budowlany wraz z uzyskaniem prawomocnej i ostatecznej decyzji o pozwoleniu na użytkowanie – minimum 6 tygodni.
- co łącznie daje łącznie 80 tygodni.
6. Brak realności przyjętego przez Zamawiającego założenia co do czasu realizacji przedmiotowego zamierzenia inwestycyjnego potwierdza też analiza innych realizacji o zbliżonej (bądź nawet mniejszej) skali i przeznaczeniu, np.:



- a) jeśli chodzi o czasookres trwania prac projektowych, Odwołujący zwraca uwagę chociażby na postępowanie pn. *Wykonanie dokumentacji projektowej i robót budowlanych dla zadania inwestycyjnego pn. Przebudowa dworca kolejowego Ząbki w systemie Projektuj i Buduj* (postępowanie nr KFZ/2022/WNP-014045). W przedmiotowym postępowaniu przy relatywnie mniejszym poziomie skomplikowania projektu (mniej skomplikowany obiekt, mniejsza ilość instalacji do uwzględnienia) **Zamawiający przewidział 34 tygodniowy okres projektowania**, wskazując, że (i) czas trwania wykonania samej koncepcji może trwać do 8 tygodni od podpisania umowy; (ii) wykonanie projektu architektonicznego i zagospodarowania może trwać do 20 tygodni od podpisania umowy, (iii) wykonanie projektu wykonawczego do kolejnego czasu niezbędnego do zarezerwowania, co może trwać do 34 tygodni od podpisania umowy.
- b) jeśli chodzi o czasookres trwania robót budowlanych, Odwołujący zwraca uwagę chociażby na postępowanie pn. Wykonanie robót budowlanych w ramach zadania inwestycyjnego pn. *„Rozbudowa i zmiana funkcji w budynku Szpitala Praskiego – część II”* (nr postępowania: DZP-1.260.27.2020), w ramach którego Zamawiający założył (po przeliczeniu na liczbę tygodni, bazując na zakładanych danych wynikających z dokumentacji postępowania) **około 107 tygodni na samą realizację robót budowlanych** dotyczących tego zamierzenia inwestycyjnego. Obiekt ten i wykonywane na nim prace mogą stanowić z kolei miarodajny punkt odniesienia o tyle, że ww. inwestycja dotyczyła budynku (mniejszego niż w przedmiotowym przypadku) o tożsamej funkcji jak w niniejszym Postępowaniu, znajdującego się również pod ochroną konserwatora zabytków, wymagającego wykonania analogicznych branż robót i zbliżonego zakresu i skomplikowania instalacji.
7. W kontekście stawianego w tym zakresie zarzutu, Odwołujący podkreśla jednocześnie, że Zamawiający jako podmiot wydatkujący publiczne środki, powinien zgromadzić dane pozwalające określić, jaki czas jest niezbędny na realizację zamówienia, który to czas powinien - zgodnie z przepisami prawa - uwzględnić przy planowaniu zamówienia. **Czynnikami, które powinny zostać uwzględnione są niewątpliwie skala zamówienia, a także szczegółowe uwarunkowania techniczne i organizacyjne związane z jego realizacją. Ocena okoliczności towarzyszących postępowaniu w całości obciąża zamawiającego, który te okoliczności powinien właściwie i racjonalnie oszacować i uwzględnić** (tak m.in. Krajowa Izba Odwoławcza w uchwale z dnia 13 stycznia 2011 r., KIO/KD 107/10). Przekładając to na niniejsze Postępowanie, wskazać więc należy, że Zamawiający ustalając termin realizacji zamówienia winien wziąć pod uwagę zakres nałożonych na wykonawcę zobowiązań, a także uwzględnić realia sytuacji rynkowej danej branży (w tym uwzględnić doświadczenia wynikające z analogicznych inwestycji). Co więcej – jakkolwiek Zamawiający ma prawo do ustalania zasad dotyczących zamówienia w sposób odpowiadający jego potrzebą - nieakceptowalnym jest ich ustalanie w oderwaniu od przedmiotu zamówienia.
8. **Akceptacja obecnie ukształtowanych terminów generuje ryzyko naruszenia zasad uczciwej konkurencji, gdyż oznaczałabym, iż o udzielenia zamówienia potencjalnie mógłby ubiegać się jedynie podmiot, który automatycznie wkałkuje w cenę ofertową kary umowne za nieuniknioną zwłokę w realizacji.** Nie budzi jednocześnie wątpliwości, że termin realizacji przedmiotu zamówienia stanowi jeden z elementów składowych opisu przedmiotu



zamówienia (vide: np. wyrok KIO z dnia 4 kwietnia 2016 r., sygn. akt KIO 418/16). W ramach art. 99 ust. 1 ustawy Pzp, ustawodawca nakazuje zaś wprost **uwzględnienie wszelkich okoliczności przy formułowaniu wymagań co do przedmiotu zamówienia się odnoszących, zaś art. 99 ust. 4 ustawy Pzp sankcjonuje już samo zagrożenie naruszenia uczciwej konkurencji**. W związku z tym, uwzględniając argumentację powyżej przedstawioną, zarzut wskazany w ramach zarzutu nr 1 petitum odwołania, w ocenie Odwołującego uznać należy za w pełni uzasadniony.

9. Niezależnie od powyższego, zdaniem Odwołującego opisane w niniejszym punkcie uzasadnienia postanowienia dotyczące terminu realizacji nie mogą również mieścić się w zakresie swobody umów, o której mowa w art. 353(1) KC, jeśli same w sobie nie stanowią świadczenia niemożliwego, o którym mowa w art. 387 KC. W tym aspekcie Odwołujący podkreśla, iż treść przyszłego stosunku zobowiązaniowego kreowanego przez Zamawiającego, niezależnie od przysługującej zamawiającemu uprzywilejowanej pozycji, **powinien być tak ukształtowany aby realizacja zamówienia była możliwa**. W niniejszym przypadku mamy natomiast do czynienia z sytuacją, w której Zamawiający narzuca wykonawcom termin wykonania zamówienia niemożliwy do zachowania, co zdaniem Odwołującego narusza wyrażony w art. 353(1) postulat poszanowania zasad współżycia społecznego, przerzuca bowiem na wykonawców w sposób nieuzasadniony ciężar dochowania terminów, którym realnie nie mogą oni sprostać.
10. Opisany stan faktyczny zdaniem Odwołującego stawia wręcz wykonawców w sytuacji niemożliwości świadczenia. W tym aspekcie należy wskazać, że wedle zgodnych i ugruntowanych poglądów orzecznictwa i doktryny, ze świadczeniem niemożliwym mamy do czynienia w przypadku, gdyby strony umówiłyby się na spełnienie świadczenia, które już w chwili zawarcia umowy byłoby nierealne, niewykonalne. Owa niewykonalność musi spełniać jednak łącznie trzy cechy, tj. mieć charakter pierwotny, trwały i obiektywny. Obiektywna i trwała niewykonalność świadczenia występuje wówczas, gdy ograniczona jest poziomem aktualnego stanu wiedzy i techniki (tak m.in. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 19 marca 2014 r., sygn. akt KIO 444/14). Przy czym zwrócić należy w tym aspekcie uwagę na szczególną postać obiektywnej niemożności świadczenia (tzw. niemożność gospodarczą), na którą wskazał Sąd Apelacyjny w Warszawie w wyroku z dnia 07 grudnia 2012 roku, VI ACa 904/12, wskazując, iż „*Przepis art. 387 k.c. dotyczy wyłącznie przypadków niemożliwości obiektywnej, gdy istnieje stan niewykonalności świadczenia przez kogokolwiek, uzasadniony ograniczeniami wynikającymi z praw natury oraz stanu wiedzy i techniki. Za obiektywnie niemożliwe uznaje się także zachowania, które faktycznie są możliwe, ale ocena ekonomiczna wskazuje na ich całkowitą nieracjonalność*”. Przekładając powyższe na analizowany stan faktyczny, Odwołujący podnosi więc, iż zgodnie z aktualnym stanem wiedzy technicznej, niemożliwym jest terminowe wykonanie zobowiązania będącego przedmiotem niniejszego Postępowania przez żadnego wykonawcę w terminach narzuconych obecnie przez Zamawiającego. **Nawet z kolei jeśli przyjąć, że zobowiązanie takie wykonawcy mogą na siebie przyjąć przy założeniu doliczania „z góry” kar umownych, które zostaną im w tym zakresie naliczone, to spełnienie świadczenia na takich warunkach charakteryzowałoby się całkowitą nieracjonalnością, wypełniającą zaistnienie stanu tzw. niemożności gospodarczej**. Ponadto, Odwołujący podnosi, iż również w ramach orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej, fakt narzucenia nierealnych terminów realizacyjnych, niedostosowanych do zakresu i przedmiotu zamówienia, oceniane jest właśnie



przez pryzmat niemożliwości świadczenia (vide: wyrok KIO z dnia 27 maja 2011 r., sygn. akt KIO 1006/11).

11. Tak jak konsekwentnie wskazuje Odwołujący w ramach przedmiotowego odwołania, przy obecnie ukształtowanych terminach realizacyjnych, wykonanie zamówienia w maksymalnym przewidzianym czasookresie jest niemożliwe, a w konsekwencji niemożliwym jest również efektywna konkurencja w ramach kryteriów oceny ofert. W tym kontekście Odwołujący podkreśla, że *zasadą jest, że zamówienia powinny być udzielane na podstawie ustalonych obiektywnych kryteriów zapewniających zgodność z zasadami przejrzystości, niedyskryminacji, równego traktowania wykonawców oraz gwarantujących, że oferty będą oceniane w warunkach efektywnej konkurencji* (tak np. wyrok KIO z dnia 15.03.2018 r., sygn. akt KIO 365/18). Jak wskazał z kolei Sąd Okręgowy w Krakowie w wyroku z dnia 27.06.2012 r. (sygn. akt XII Ga 152/12): „*Chodzi bowiem o to, że siwz kierowane są do szerszego kręgu ewentualnych wykonawców, nie tylko do tej jednej spółki. Winny być więc skonstruowane w taki sposób aby, z obiektywnego punktu widzenia, każdy z nich miał możliwość podjęcia realnej próby spełnienia maksymalnie punktowanych kryteriów*”.

12. **Biorąc pod uwagę wszystkie powyższe okoliczności, Odwołujący wnosi o modyfikację treści Rozdziału 6 SWZ (oraz powiązanych z nim postanowień) poprzez nadanie jej następującego brzmienia:**

- *Zamówienie musi zostać zrealizowane w terminie: nie dłuższym niż 115 tygodni od dnia podpisania umowy*

III. Zarzut dotyczący zasad związanych z dokonywaniem odbioru robót – zarzut nr 2

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

- **§2 ust. 1 Umowy:** *Strony określają następujące terminy realizacji prac wchodzących w zakres Przedmiotu umowy:*
 - 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 przygotowawczych oraz wykonanie koncepcji architektoniczno-budowlanej potwierdzone podpisaniem protokołu odbioru **bez uwag i zastrzeżeń** przez upoważnionych przedstawicieli Stron – w terminie ... (słownie:) miesięcy od daty zawarcia Umowy,*
 - 3) *wykonanie kompletnej dokumentacji projektowej i wykonawczej, dokonanie w imieniu Zamawiającego niezbędnych zawiadomień/zgłoszeń i uzgodnień, potwierdzonych podpisaniem protokołu odbioru **bez uwag i zastrzeżeń** przez upoważnionych przedstawicieli Stron – w terminie ... (słownie:) miesięcy od daty zawarcia Umowy;*
 - 4) *wykonanie robót budowlanych i instalacyjnych, zgodnie ze Opisem przedmiotu zamówienia, potwierdzonych podpisaniem końcowego protokołu odbioru robót budowlanych **bez uwag i zastrzeżeń** przez upoważnionych przedstawicieli Stron – w terminie (słownie:) dni od daty zawarcia Umowy, tj. do dnia ;*
 - 5) *wykonywanie nadzoru autorskiego – do chwili uzyskania ostatecznej decyzji o pozwoleniu na użytkowanie, a w przypadku braku konieczności jej uzyskania, do chwili przekazania*



objektu do użytkowania oraz uzyskania od Zamawiającego **bezusterkowego** Protokołu końcowego odbioru robót.

Szczegółowe terminy realizacji poszczególnych elementów Przedmiotu umowy zostaną uwzględnione w zaakceptowanym przez Zamawiającego Harmonogramie rzeczowo-finansowym (HRF).

- **§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 uwag i zastrzeżeń** ze strony Zamawiającego;

2) Przedmiotu umowy – Strony uznają dzień wykonania robót budowlanych i instalacyjnych potwierdzonego Protokołem końcowym odbioru robót **bez 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) faktura częściowa na kwotę określoną w § 3 ust. 2 pkt. 1, dotyczącą prac przygotowawczych i opracowania dokumentacji projektowej, pomniejszoną o wartość wynagrodzenia z tytułu pełnienia nadzoru autorskiego. Podstawą do jej wystawienia będzie podpisany przez obie strony Protokół odbioru częściowego dot. całości dokumentacji projektowej **bez 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 podpisanym przez obie Strony stosownym do zakresu wykonanych robót budowlanych i instalacyjnych Protokołem odbioru częściowego tych robót, **bez uwag i zastrzeżeń** Zamawiającego, płatne w następujący sposób:

a) na kwotę stanowiącą łącznie 80% wynagrodzenia, o którym mowa w §3 ust. 2 pkt. 2 Umowy, płatne na podstawie prawidłowych faktur częściowych, wystawianych na podstawie Protokołów odbiorów częściowych **bez 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. 2 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 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 nie załączenia 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 (zarówno na roboty, jak i na materiały a także zamontowane urządzenia) - 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. 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 konieczne, 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 jednoznacznie wskazuje, że Zamawiający przypisuje sobie uprawnienie do odmowy dokonania odbiorów przedmiotu zamówienia, a w konsekwencji wypłaty wykonawcy należnego wynagrodzenia i rozpoczęcia okresu rękojmi i gwarancji oraz zwolnienia kwoty zabezpieczenia, w sytuacji wystąpienia jakichkolwiek wad. Zamawiający w żaden sposób, w żadnej części projektowanych postanowień umownych nie zróżnicował sytuacji wystąpienia wad istotnych i nieistotnych przedmiotu umowy, wprowadzając w ramach §8 ust. 6 Umowy podział jedynie na wady usuwalne i nieusuwalne.
3. Tym samym, cytowane na wstępie postanowienia umowne dają Zamawiającemu **uprawnienie do podjęcia takich samych działań zarówno w odniesieniu do wad istotnych (uniemożliwiających prawidłowe korzystanie z rezultatu prac) jak i wad nieistotnych (usterek nie mających wpływu na możliwość korzystania z efektu wykonanych prac)**, co jest niezgodne zarówno z praktyką budowlaną jak i bezwzględnie obowiązującymi przepisami prawa. Co za tym idzie, identyczne konsekwencje dla wykonawcy w postaci braku zapłaty wynagrodzenia czy rozpoczęcia biegu okresu gwarancji i rękojmi, a także braku zwolnienia części zabezpieczenia należytego wykonania umowy wystąpiłyby, zgodnie z zamierzeniem Zamawiającego, zarówno w przypadku braku odbioru robót wynikającego z wad istotnych, jak i w przypadku zidentyfikowania wyłącznie wad nieistotnych.
4. Co przy tym istotne, Zamawiający w żaden sposób nie próbuje nawet zdefiniować rodzaju wad i sytuacji, które uprawniać będą go do odmowy dokonania odbioru robót czy wypłaty należnego wynagrodzenia, co w konsekwencji kreuje **nieograniczony wręcz katalog przyczyn, na które Zamawiający może się powoływać niezasadnie blokując finalne rozliczenie kontraktu czy rozpoczęcie biegu okresu gwarancji i rękojmi**. W ramach §8 ust. 7 Umowy Zamawiający sam wręcz posługuje się sformułowaniami o „**bezusterkowości**” **wykonanych prac**, co potwierdza tylko intencje Zamawiającego w tych zakresach. Podobnie również w szeregu dalszych postanowień cytowanych na wstępie, w których Zamawiający posługuje się szeroką kategorią „**braku uwag i zastrzeżeń**”, konsumującą w konsekwencji wszelkie, najdrobniejsze nawet uchybienia.



5. Powyższe generuje więc sytuację, w której pomimo możliwości korzystania z efektu wykonanych prac przez Zamawiającego i pomimo istnienia nieznacznych jedynie uchybień w pracach wykonanych przez wykonawcę pozbawiony zostałby on należnego mu wynagrodzenia, finansując *de facto* dane przedsięwzięcie powyżej uzasadnionych ram czasowych. Podobnie, zakładana przez Zamawiającego „bezusterkowość” odbiorów wprowadzonych przez Zamawiającego, generuje dodatkowo ryzyko nieuzasadnionego przesuwania w czasie rozpoczęcia biegu terminu gwarancji i rękojmi, pomimo, iż obiekt mógłby być już bez przeszkód eksploatowany przez Zamawiającego.
6. 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 zasadniczej części 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.
7. **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.
8. 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. **W konsekwencji niedopuszczalnym jest wprowadzanie tzw. bezusterkowego odbioru robót, co potwierdza jednolicie zarówno orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej jak i sądów powszechnych:**
- **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.”

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

Stosownie do 647 k.c. przez umowę o roboty budowlane wykonawca zobowiązuje się do oddania przewidzianego w umowie obiektu, wykonanego zgodnie z projektem i zasadami wiedzy technicznej, a inwestor zobowiązuje się do dokonania wymaganych przez właściwe przepisy czynności związanych z przygotowaniem robót, w szczególności do przekazania terenu budowy i dostarczenia projektu, oraz do odebrania obiektu i zapłaty umówionego wynagrodzenia. Z powyższego przepisu wynika, iż jednym z podstawowych obowiązków zamawiającego jest dokonanie odbioru wykonanych przez wykonawcę robót. W sytuacji, zatem, gdy obiekt zostanie wykonany zgodnie z projektem, obowiązującymi przepisami i sztuką budowlaną oraz gdy zostanie wydana pozytywna decyzja o pozwoleniu na użytkowanie, to w przypadku zgłoszenia obiektu do odbioru zamawiający winien do niego przystąpić. Gdy natomiast w toku odbioru zostaną



ujawnione nieistotne wady (usterki), które nie wpływają na możliwość użytkowania obiektu i są możliwe do ich niezwłocznego usunięcia, nie powinno to uniemożliwiać odbioru obiektu, zwłaszcza, gdy jest możliwe przejęcie obiektu i jego wykorzystywanie zgodnie z jego celem. Zamawiający winien w takim przypadku dokonać obioru i określić termin na ich usunięcie. Trudno, w sytuacji bardzo dużych obiektów i o dużej ich wartości, jak objęty przedmiotowym zamówieniem, przyjąć, aby w sytuacji, gdy obiekt jest w stanie umożliwiającym jego wykorzystywanie zgodnie z przeznaczeniem, z powodu drobnych usterek, niewpływających w żadnej mierze na możliwość korzystania z niego zgodnie z jego przeznaczeniem (np. w sytuacji usterkowego osadzenia drzwi do pomieszczenia gospodarczego, co nie uniemożliwia, ani ich otwierania i zamykania, ani wykorzystania tego pomieszczenia zgodnie z przeznaczeniem i jest znikomej wartości na tle całego zamówienia) i np. obiekt zostanie przejęty do użytkowania, co jest częstym zjawiskiem, odmówić racji wykonawcy, iż jest podstawa do jego odbioru końcowego. Celem i zamiarem konstruowania stosunku prawnego powinno być bowiem wywiązanie się każdej ze stron z jej obowiązków kontraktowych, ukształtowanych z uwzględnieniem obowiązujących przepisów prawa i celu wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, którym jest wybudowanie obiektu służącego do założonych celów (...).

9. 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 w sposób dowolny blokuje wypłatę wynagrodzenia dla wykonawcy, próbując wymusić usunięcie rzekomych wad stwierdzonych podczas odbiorów, które realnie mają charakter nieznaczających uchybień, nie ma nic wspólnego ani z zasadą równowagi stron stosunku zobowiązaniowego, ani z zasadą współdziałania zamawiającego i wykonawcy przy wykonywaniu umowy w sprawie zamówienia publicznego, wprost wyartykułowaną w ramach ustawy Pzp (art. 431 ustawy Pzp).

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

- **§2 ust. 1 Umowy:** Strony określają następujące terminy realizacji prac wchodzących w zakres Przedmiotu umowy:
 - 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 przygotowawczych oraz wykonanie koncepcji architektoniczno-budowlanej potwierdzone podpisaniem protokołu odbioru **bez wad istotnych** przez upoważnionych przedstawicieli Stron – w terminie ... (słownie:) miesięcy od daty zawarcia Umowy,
 - 3) wykonanie kompletnej dokumentacji projektowej i wykonawczej, dokonanie w imieniu Zamawiającego niezbędnych zawiadomień/zgłoszeń i uzgodnień, potwierdzonych podpisaniem



protokołu odbioru **bez wad istotnych** przez upoważnionych przedstawicieli Stron – w terminie ... (słownie:) miesięcy od daty zawarcia Umowy;

4) wykonanie robót budowlanych i instalacyjnych, zgodnie z Opisem przedmiotu zamówienia, potwierdzonych podpisaniem końcowego protokołu odbioru robót budowlanych **bez wad istotnych** przez upoważnionych przedstawicieli Stron – w terminie (słownie:) dni od daty zawarcia Umowy, tj. do dnia

5) wykonywanie nadzoru autorskiego – do chwili uzyskania ostatecznej decyzji o pozwoleniu na użytkowanie, a w przypadku braku konieczności jej uzyskania, do chwili przekazania obiektu do użytkowania oraz uzyskania od Zamawiającego ~~bezwusterkowego~~ Protokołu końcowego odbioru robót.

Szczegółowe terminy realizacji poszczególnych elementów Przedmiotu umowy zostaną uwzględnione w zaakceptowanym przez Zamawiającego Harmonogramie rzeczowo-finansowym (HRF).

• **§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 wad istotnych** ze strony Zamawiającego;

2) Przedmiotu umowy – Strony uznają dzień wykonania robót budowlanych i instalacyjnych potwierdzonego Protokołem końcowym odbioru robót **bez wad istotnych** 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 protokołarnym jego odbiorze bez uwag** ze strony Zamawiającego oraz przekazaniu Zamawiającemu dokumentów określonych w § 4 i § 8, według następujących zasad:

1) faktura częściowa na kwotę określoną w § 3 ust. 2 pkt. 1, dotyczącą prac przygotowawczych i opracowania dokumentacji projektowej, pomniejszoną o wartość wynagrodzenia z tytułu pełnienia nadzoru autorskiego. Podstawą do jej wystawienia będzie podpisany przez obie strony Protokół odbioru częściowego dot. całości dokumentacji projektowej **bez wad istotnych** ze strony Zamawiającego.

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

a) na kwotę stanowiącą łącznie 80% wynagrodzenia, o którym mowa w §3 ust. 2 pkt. 2 Umowy, płatne na podstawie prawidłowych faktur częściowych, wystawianych na podstawie Protokołów odbiorów częściowych **bez wad istotnych** 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. 2 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 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 wad istotnych** 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 nie załączenia 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 kwalifikują się do usunięcia, Zamawiający 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, odpowiedni z technologicznego punktu widzenia, nie mający wpływu na uznanie robót za wykonane w dacie dokonanego już odbioru;**
 - b) jeżeli wady mają charakter istotny (uniemożliwiają korzystanie z obiektu zgodnie z przeznaczeniem) – Zamawiający może odmówić dokonania odbioru, wyznaczając Wykonawcy termin ich usunięcia, odpowiedni z technologicznego punktu widzenia, po którym strony przystąpią ponownie do odbioru przedmiotu umowy. 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:** Po przeprowadzeniu czynności odbiorowych, w ramach których nie zostaną stwierdzone wady istotne, zostanie sporządzony Protokół odbioru końcowego, który będzie podstawą do wystawienia przez Wykonawcę faktury.
- **§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 (zarówno na roboty, jak i na materiały a także zamontowane urządzenia) - 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. 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 konieczne, 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. Zarzut dotyczący kar umownych i ustalonego limitu ich wysokości – zarzut nr 3

1. W ramach §10 Umowy, Zamawiający wprowadził do katalogu kar umownych m.in. następujące podstawy ich naliczania oraz następujący limit ich wysokości:
 - **§10 ust. 1 Umowy:** Zamawiający może naliczyć Wykonawcy następujące kary umowne:
 - 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;**
 - 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 poświadczona 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.

- **§10 ust. 3 Umowy:** Suma naliczonych przez Zamawiającego kar umownych, z wyłączeniem kary o której mowa w ust. 1 pkt. 3 i pkt.14, 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.14, nie mogą przekroczyć **30 % łącznego** wynagrodzenia umownego brutto, określonego w § 3 ust. 1 Umowy.

2. 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.**

3. 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.

4. 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**

5. 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 (0,5% całkowitego wynagrodzenia za każdy dzień zwłoki) miała charakter adekwatny i proporcjonalny do przewinienia, stanowiąc czynnik mobilizujący wykonawców.



6. Pułapy kary w tym zakresie proponowane przez Zamawiającego zupełnie abstrahują 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 nawet ok. 0,05% wynagrodzenia umownego za każdy dzień zwłoki, np.:

- Postępowanie pn. *Rozbudowa zajezdni tramwajowej przy ul. Kołobrzeskiej 40 w Olsztynie* (ogłoszenie o zamówieniu nr 2021/S 201-521061 z dnia 15/10/2021 r.): kara umowna w wysokości 0,05% wartości wynagrodzenia za każdy dzień zwłoki w wykonaniu przedmiotu umowy;
- Postępowanie pn. *„Poprawa jakości i dostępności w diagnostyce i terapii chorób cywilizacyjnych poprzez rozbudowę szpitala specjalistycznego im. F. Ceynowy w Wejherowie”* (znak postępowania: D25C/251/N/25-49rj/19, Zamawiający: Szpitale Pomorskie Sp. z o.o.): kara umowna na poziomie 0,05% za każdy dzień zwłoki;
- Postępowanie pn. *„Budowa budynku CK STOS z zagospodarowaniem terenu w ramach projektu: „Utworzenie w Gdańsku Centrum Kompetencji STOS (Smart and Transdisciplinary knowledge Services) w zakresie infrastruktury B+R.”* (znak postępowania: ZP/229/022/R/19, Zamawiający: Politechnika Gdańska): kara umowna na poziomie 0,05% za każdy dzień zwłoki.

• **kara umowna za zwłokę w usuwaniu wad – kara umowna określona w §10 ust. 1 pkt 2) Umowy**

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

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

• **kara umowna za odstąpienie – kara umowna określona w §10 ust. 1 pkt 3) Umowy**

8. 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, która jednocześnie zgodnie z założeniem Zamawiającego miałaby nie łączyć się z innymi przewidzianymi karami umownymi. 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.

9. 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).

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

10. 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 tego rodzaju przewinienia Zamawiający przewidział kary umowne w wysokości odpowiednio 0,5% za każdy dzień zwłoki bądź kary o wysokości od 1 do 10% (!) wynagrodzenia całkowitego za dane przewinienie.
11. 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 przykładowo za brak zapłaty wynagrodzenia należnego podwykonawcy wynikającego z umowy o podwykonawstwo o bagatelnej wartości, Wykonawca ponosił będzie odpowiedzialność zupełnie niewspółmierną do rangi tego przewinienia – **kara umowna obliczana byłaby bowiem w takiej sytuacji nie od wartości umowy podwykonawczej, której dotyczy przewinienie, a od wartości całego wynagrodzenia Wykonawcy** (wynosząc w tym przypadku 10% wysokości wynagrodzenia należnego wykonawcy, a więc połowę kary przewidzianej za odstąpienie od umowy).
12. 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, np.:
 - 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), gdzie przewidziano:



- za każdy przypadek braku zmiany umowy o podwykonawstwo w zakresie terminu zapłaty (w przypadku, gdy będzie dłuższy, niż wskazany w § 18 ust. 3) – **w wysokości 200,00 zł**”.
 - 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,
 - braku zmiany umowy o podwykonawstwo w zakresie terminu zapłaty, o którym mowa w § 12 ust. 17 Umowy.
13. Niezależnie od powyższego, jak zostało to zasygnalizowane na wstępie Zamawiający w ramach §13 ust. 2 Umowy przewidział łączny limit kar umownych na poziomie 30%, z wyłączeniem kary, o której mowa w ust. 1 pkt 14. W tym kontekście Odwołujący podnosi więc, że w ramach orzecznictwa sądów powszechnych podkreśla się, że wysokość nałożonych kar umownych nie może przekraczać wysokości należnego wynagrodzenia, a **w sytuacji, w której wysokość kar w stosunku do wartości całego zobowiązania oscyluje w granicach kilkudziesięciu procent wartości umowy, sądy uznają je za nadmierną dolegliwość, świadczącą o ich niewspółmierności w rozumieniu art. 484§2 KC** (tak np. wyrok SO w Rzeszowie z dnia 25.09.2019 r.; sygn. akt VI Ga 173/13, w ramach którego Sąd za niewspółmierną uznał karę umowną na poziomie 40% należnego wynagrodzenia). Co więcej, w orzecznictwie wskazuje się również, że **roszczenie o zapłatę kary umownej na wypadek zwłoki lub opóźnienia nie przysługuje stronie odstępującej od umowy wzajemnej, jeżeli w umowie zastrzeżono również taką karę w związku z odstąpieniem od umowy** (tak wyrok SN z dn. 14.06.2018 r., sygn. akt V CSK 534/17), **co prowadzi do wniosku, że limit kar za opóźnienia nie powinien przekraczać**



wysokości kary ustanowionej na wypadek odstąpienia od umowy, która w przedmiotowym przypadku obecnie wynosi 20% (a przy uwzględnieniu wniosku Odwołującego 10%).

14. 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**”.*
15. Biorąc pod uwagę powyższe, tj. brak możliwości realnego wyegzekwowania kar umownych przekraczających poziom kilkudziesięciu procent wynagrodzenia umownego, a także uwzględniając, że brak wprowadzenia proporcjonalnego limitu kar na obecnym etapie doprowadzi do skalkulowania przez wykonawców znacznie większych ryzyk (co przyczynić się może do nieracjonalnego wydatkowania środków publicznych), podkreślamy zasadność dokonania modyfikacji treści SWZ w tym zakresie. Zwracamy przy tym uwagę, że wprowadzenie limitu kar jest obecnie powszechnym działaniem wśród zamawiających publicznych w przypadku inwestycji kubaturowych, którzy tak jak zostało to wskazane w powoływanych powyżej wytycznych zawartych w orzecznictwie sądów powszechnych i Krajowej Izby Odwoławczej, **limit tych kar określają na poziomie zrównanym z poziomem kary umownej przewidzianej na wypadek odstąpienia od umowy**. Tak np. w ramach postępowania pn. „Budowa Gminnego Centrum Przesiadkowego w Sokółce” - nr referencyjny: PI.I.271.6.2022 (limit kar umownych na poziomie 10% przy tożsamej wysokości kary umownej na wypadek odstąpienia od umowy z przyczyn leżących po stronie wykonawcy); w ramach postępowania na Budowę Muzeum Sztuki Nowoczesnej w Warszawie, nr postępowania 04/MSN/PN/2018 (limit kar umownych na poziomie 15% przy tożsamej wysokości kary umownej na wypadek odstąpienia od umowy z przyczyn leżących po stronie wykonawcy); czy w ramach postępowania pn. „Budowa budynku TR Warszawa na Placu Defilad w Warszawie” (limit kar umownych na poziomie 10% przy tożsamej wysokości kary umownej na wypadek odstąpienia od umowy z przyczyn leżących po stronie wykonawcy).
16. **Biorąc pod uwagę wszystkie powyższe okoliczności, Odwołujący wnosi o modyfikację treści SWZ poprzez nadanie poszczególnym postanowieniom umownym następującego brzmienia:**
- **§10 ust. 1 Umowy:** *Zamawiający może naliczyć Wykonawcy następujące kary umowne:*
 - 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 **0,1 % 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 0,05% 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;**
- 4) za brak zapłaty wynagrodzenia należnego podwykonawcom, w wysokości **0,5 % wynagrodzenia umownego brutto, określonego w § 3 ust. 1 za każdy taki przypadek;**
- 5) za nieterminową zapłatę wynagrodzenia należnego podwykonawcom w wysokości **0,2 % 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 **0,1% wynagrodzenia umownego brutto, określonego w § 3 ust. 1 za każdy taki przypadek;**
- 7) za nieprzedłożenie poświadczonych za zgodność z oryginałem kopii umowy o podwykonawstwo lub jej zmiany w wysokości **0,1% wynagrodzenia umownego brutto, określonego w § 3 ust. 1 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.**

V. Zastrzeżenie możliwości odstąpienia od umowy z powodu nieprzystąpienia bądź zaniechania realizacji robót przez okres 2 dni kalendarzowych – zarzut nr 4

1. Zamawiający w ramach §13 ust. 1 pkt 2 Umowy jako podstawę odstąpienia od umowy wskazał sytuację, w której *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.
2. Oceniając tak sformułowane postanowienie umowne, Odwołujący wskazuje, iż w jego ocenie pozostawienie go w takim kształcie oznaczałoby nieograniczony wręcz katalog sytuacji, w których Zamawiający mógłby skorzystać z prawa odstąpienia od Umowy. Brak realizacji prac przez okres 2 dni kalendarzowych nie jest bowiem niczym niezwykłym i niespotykanym, uwzględniając chociażby okresy świąteczne i konieczność zagwarantowania pracownikom dni wolnych od pracy. Brak realizacji prac przez okres 2 dni kalendarzowych w żaden sposób nie może przy tym stanowić domniemania wystąpienia po stronie Wykonawcy problemów realizacyjnych, mogących wpływać na ocenę szans na terminowe zakończenie projektu. Okresowi 2 dni kalendarzowych nie sposób



bowiem przypisać żadnej reprezentatywnej wielkości w perspektywie okresu realizacji całego zamierzenia inwestycyjnego.

3. 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 (brak realizacji prac przez okres 2 dni kalendarzowych nie stanowi natomiast w ocenie Odwołującego żadnego rażącego uchybienia po jego stronie). 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).
4. 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).
5. Co za tym idzie zastrzeżenie odstąpienia od Umowy na podstawie zdefiniowanej w 13 ust. 1 pkt 2) 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**. W konsekwencji, zdaniem Odwołującego w odniesieniu do omawianego przypadku takie uprawnienie winno być zastrzeżone na rzecz Zamawiającego wyłącznie w odniesieniu do okresu zaniechania realizacji prac stanowiącego jakąkolwiek reprezentatywną wielkość, przy jednoczesnym wyraźnym i spójnym zastrzeżeniu, że ocena dokonywana przez pryzmat omawianego postanowienia dotyczyć ma wyłącznie przypadków zawinionych przez wykonawcę.



6. **Biorąc pod uwagę wszystkie powyższe okoliczności, Odwołujący wnosi o modyfikację treści SWZ poprzez nadanie treści §13 ust. 1 pkt 2) Umowy następującego brzmienia:**

*Wykonawca nie przystąpił do prac projektowych, robót lub zaniechał ich realizacji tj. w sposób nieprzerwany nie realizuje Umowy przez okres **7 dni roboczych**, w szczególności ze względu na brak pracowników na budowie, co w ocenie Zamawiającego nie gwarantuje dotrzymania umownego terminu wykonania robót. Stwierdzenie **takiej zwłoki** 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.*

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.