



Warszawa, dnia 17 marca 2025 r.

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

**Zamawiający:**

**Miasto Suwałki**

ul. Mickiewicza 1, 16-400 Suwałki  
REGON: 790671030, NIP: 844-21-55-152  
tel.: 87 562 80 00  
e-mail: [zp@um.suwalki.pl](mailto:zp@um.suwalki.pl)  
e-mail: [iskorupska@um.suwalki.pl](mailto:iskorupska@um.suwalki.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  
tel. 517 375 137  
e-mail: [anna.wrzesien@budimex.pl](mailto:anna.wrzesien@budimex.pl)

**Dotyczy:** postępowania prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego pn. „*Biblioteka – Mediateka – Kreatywne Centrum Książki, Nauki, Edukacji i Technologii w Suwałkach*” (znak postępowania: ZP.271.9.2025, dalej jako „**Postępowanie**”)

Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 05 marca 2025 r. pod nr 143719-2025, numer wydania: Dz.U.S.: 45/2025.

**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, tj.:



- 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. art. 5 i art. 353<sup>1</sup> KC** poprzez oznaczenie w treści Specyfikacji Warunków Zamówienia oraz istotnych postanowień umowy (Załącznik nr 9 do SWZ, dalej jako „Umowa”) terminu wykonania zamówienia poprzez odniesienie się do daty kalendarzowej, pomimo, iż brak jest obiektywnych przyczyn uzasadniających takie działanie, co stanowi 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 współzycia społecznego równowagę stron umowy i prowadzącym do naruszenia praw podmiotowych wykonawców **(zarzut nr 1)**;
- 2) **art. 433 pkt 3) ustawy Pzp w zw. z art. 99 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 5 i 353(1) KC w zw. z art. 647 i 651 KC w zw. z art. 16 ustawy Pzp** poprzez wprowadzenie do treści SWZ wymogu weryfikacji przez wykonawcę dokumentacji projektowej na etapie przetargowych oraz postanowień przewidujących odpowiedzialność wykonawcy za okoliczności, za które wyłączną odpowiedzialność ponosi Zamawiający, tj. za prawidłowość dokumentacji projektowej nie pochodzącej od Wykonawcy oraz identyfikację uwarunkowań istotnych z punktu widzenia realizacji zamówienia, co stanowi o przerzuceniu na wykonawców wszelkich ryzyk związanych z nieprawidłowym i niejednoznacznym opisem przedmiotu zamówienia, stanowiąc 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 2)**;
- 3) **art. 447 ust. 1 pkt 1) ustawy Pzp w zw. z art. 447 ust. 2 ustawy Pzp w zw. z art. 16 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 5 i 353(1) KC** poprzez wprowadzenie do Umowy postanowień warunkujących zapłatę każdej faktury należnej wykonawcy od przedstawienia dowodów zapłaty na rzecz podwykonawców przy jednoczesnym braku wskazania części zatrzymywanego wynagrodzenia oraz bez jednoznacznego wskazania, iż chodzi o wynagrodzenie wymagalne w sytuacji, w której dyspozycja art. 447 ustawy Pzp umożliwia Zamawiającemu wstrzymanie zapłaty wynagrodzenia tylko w odpowiedniej części, tj. w zakresie, dla którego nie przedstawiono dowodów zapłaty i tylko w sytuacji braku uregulowania wynagrodzenia o wymagalnym charakterze **(zarzut nr 3)**;
- 4) **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 w zw. z art. 436 pkt 3) ustawy Pzp** poprzez zastrzeżenie przez Zamawiającego w ramach Umowy kar umownych i górnego ich limitu o rażąco wygórowanej wysokości, co jest nadmiernym i nieadekwatnym obciążeniem wykonawcy w stosunku do specyfiki realizacji i uwarunkowań rynkowych, stanowiąc jednocześnie wyraz nadużycia prawa Zamawiającego do kształtowania postanowień umownych i jego pozycji dominującej oraz będąc postanowieniem niekorzystnym dla wykonawców, wymuszającym na wykonawcach konieczność kalkulacji dodatkowych, niemożliwych do precyzyjnej kalkulacji, ryzyk w ramach ceny ofertowej, co narusza równowagę stron umowy i prowadzi do naruszenia praw podmiotowych wykonawców **(zarzut nr 4)**;



- 5) **art. 462, art. 463 i art. 464 ustawy Pzp w zw. z art. 16 ustawy Pzp w zw. z art. 647<sup>1</sup> § 3 KC, art. 5 KC, art. 58 KC, art. 353<sup>1</sup> KC w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp** poprzez wprowadzenie do Umowy postanowień ograniczających możliwość współpracy z podwykonawcami, a także możliwość wykonawcy do swobodnego kształtowania treści umowy z podwykonawcą w zakresie wynagrodzenia podwykonawcy oraz jego obowiązków gwarancyjnych, w sytuacji, w której dyspozycja art. 462 ustawy Pzp nie ogranicza Wykonawcy w prawie do zlecenia realizacji części zamówienia podwykonawcom, art. 463 i 464 ustawy Pzp wskazuje zaś w jakim zakresie ta swoboda może zostać ograniczona, co w konsekwencji stanowi wyraz nadużycia prawa Zamawiającego do kształtowania postanowień umownych i jego pozycji dominującej, będąc jednocześnie postanowieniem niekorzystnym dla wykonawców i podwykonawców, naruszającym bezwzględnie obowiązujące przepisy prawa oraz równowagę stron umowy i prowadzącym do naruszenia praw podmiotowych wykonawców (**zarzut nr 5**);
- 6) **art. 436 pkt 2) ustawy Pzp w zw. z art. 437 ust. 1 pkt 4) ustawy Pzp w zw. z art. 16 ustawy Pzp w zw. z art. 353(1) KC w zw. z art. 647 KC w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp oraz art. 455 ust. 1 pkt 1) ustawy Pzp w zw. z art. 433 pkt 3) ustawy Pzp** poprzez wprowadzenie do Umowy postanowień uprawniających Zamawiającego do zmiany zasad wypłaty wynagrodzenia należnego wykonawcom bez określenia precyzyjnych zasad możliwej modyfikacji w tym zakresie, przy jednoczesnym braku zagwarantowania możliwości korekty wysokości należnego wynagrodzenia uwzględniającego następczą konieczność finansowania inwestycji po stronie wykonawców, co generuje ryzyka niemożliwe do skalkulowania, a w konsekwencji narusza równowagę stron umowy i prowadzi do nadużycia prawa podmiotowego przez Zamawiającego, obciążając wykonawców konsekwencjami wystąpienia okoliczności, za które nie ponoszą oni odpowiedzialności (**zarzut nr 6**);
- 7) **art. 453 ust. 1 i 2 ustawy Pzp w zw. z art. 16 ustawy Pzp w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 5 i 353(1) KC** poprzez wprowadzenie do Umowy postanowień uzależniających zwrot 70% kwoty zabezpieczenia od usunięcia wszelkich wad i usterek 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 7**);
- 8) **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 §9 ust. 1 pkt 10 – 5) Umowy prawa do odstąpienia od umowy w niedookreślonych sytuacjach, nie uwzględniających przyczyn zaistnienia danego zdarzenia, a także finalnego wpływu na możliwość wykonania inwestycji, co prowadzi do niespójności postanowień umownych oraz niestabilności stosunku zobowiązaniowego i w konsekwencji nakłada na Wykonawcę zbyt duże ryzyka kontraktowe, niemożliwe do oszacowania przy uwzględnieniu uznaniowości wdrożenia przez Zamawiającego tego mechanizmu (**zarzut nr 8**);



- 9) **art. 8 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 647, art. 654, art. 5 i art. 353<sup>1</sup> KC w zw. z art. 16 ustawy Pzp** poprzez wprowadzenie do Umowy niespójnych, niejasnych i sprzecznych z przepisami postanowień Umowy dotyczących zasad odbioru robót, przejęcia terenu robót i wypłaty wynagrodzenia wykonawcy w przypadku odstąpienia od umowy przez Zamawiającego, z których wynika, że tylko w przypadku odstąpienia od umowy, które nastąpiło z przyczyn za które wykonawca nie odpowiada Zamawiający obowiązany jest do dokonania odbioru przerwanych prac, , co godzi w istotę i naturę umowy o roboty budowlane, stanowiąc wyraz uchylania się przez Zamawiającego od podstawowych obowiązków nałożonych na inwestora oraz wyraz nadużycia prawa Zamawiającego 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 9**);
- 10) **art. 436 pkt 4) lit. b) ustawy Pzp w zw. z art. 16 ustawy Pzp w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 58, art. 5 i art. 353<sup>1</sup> KC** poprzez wprowadzenie do Umowy postanowień ograniczających możliwość dokonania zmian wysokości wynagrodzenia umownego należnego wykonawcy w sytuacji zmian mających wpływ na koszty realizacji zamówienia, a wynikających z powszechnie obowiązujących przepisów prawa do wysokości określonej przez Zamawiającego, a nie wynikającej ze zmian wprowadzonych przez ustawodawcę, tj. poprzez sformułowanie tych postanowień w sposób sprzeczny z celem określonym w art. 436 pkt 4) lit. b ustawy Pzp, stanowiąc obejście przepisów ustawy Pzp dotyczących wprowadzenia obowiązku zmiany wynagrodzenia w przypadku zmiany przepisów prawa, stanowiąc jednocześnie wyraz nadużycia prawa Zamawiającego do kształtowania postanowień umownych i jego pozycji dominującej, będąc jednocześnie postanowieniem skrajnie niekorzystnym dla wykonawców, naruszającym bezwzględnie obowiązujące przepisy prawa oraz równowagę stron umowy i prowadzącym do naruszenia praw podmiotowych wykonawców (**zarzut nr 10**);
- 11) **art. 439 ust. 1 i ust. 2 ustawy Pzp w zw. z art. 16 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 58 KC w zw. z art. 353(1) KC** poprzez sformułowanie w ramach Umowy klauzuli waloryzacyjnej, dotyczącej zmiany wysokości wynagrodzenia wykonawcy w sytuacji zmiany cen materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia w sposób wypaczający ideę waloryzacji i będący sprzeczny z celem określonym w art. 439 ustawy Pzp, determinując jej nieefektywność i nierealność, będąc jednocześnie postanowieniem skrajnie niekorzystnym dla wykonawców, naruszającym bezwzględnie obowiązujące przepisy prawa oraz równowagę stron umowy i prowadzącym do naruszenia praw podmiotowych wykonawców (**zarzut nr 11**);
- 12) **art. 8 ust. 1 ustawy Pzp, art. 473 § 1 KC, art. 58 KC, art. 5 KC i art. 353<sup>1</sup> KC w zw. z art. 16 ustawy Pzp** poprzez wprowadzenie do Umowy postanowień dotyczących wyłącznej i niczym nieograniczonej odpowiedzialności wykonawcy, tj. postanowień stanowiących nadmierne i nieadekwatne obciążenie wykonawcy w stosunku do specyfiki realizacji i uwarunkowań rynkowych, wymuszające na wykonawcach konieczność kalkulacji dodatkowych, niemożliwych do precyzyjnej kalkulacji ryzyk w ramach ceny ofertowej, co w konsekwencji uniemożliwia racjonalną kalkulację ceny oferty i jej przygotowanie, a tym samym działanie Zamawiającego stanowi wyraz nadużycia 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 12**).

**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. Zamawiający ukształtował bowiem warunki udziału w Postępowaniu i treść umowy o udzielenie zamówienia publicznego w sposób nieproporcjonalny i nadmierny w stosunku do przedmiotu zamówienia, co w konsekwencji utrudnia przygotowanie i złożenie oferty przez Odwołującego w Postępowaniu. 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 5 marca 2025 r. Biorąc pod uwagę powyższe, uwzględniając przy tym dyspozycję art. 509 ust. 2 ustawy Pzp, 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 wstępne**

1. Biorąc pod uwagę fakt, że formułowane w ramach niniejszego Odwołania zarzuty dotyczą treści projektowanych warunków Umowy udostępnionych przez Zamawiającego w ramach załącznika do 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 – swojej pozycji dominującej. 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. 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 zamkniętego katalogu okoliczności, z którymi wiążą się określone następstwa, Zamawiający powinien dążyć do jak najpełniejszego ich wyszczególnienia.<sup>2</sup> W odniesieniu do określania zasad przyszłego stosunku zobowiązaniowego, podkreślenia wymaga, że swobodę umów ograniczają m.in. zasady współżycia społecznego oraz bezwzględnie obowiązujące przepisy prawa, w tym przepis 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, polegający 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 wyznaczonego terminu realizacji zamówienia – zarzut nr 1

1. Zamawiający w ramach §2 ust. 1 Umowy wskazał, że: *Termin realizacji zamówienia: do 900 dni od dnia podpisania umowy lecz nie później niż do dnia 30.09.2027 r.* Analogiczne wskazanie

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

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

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

[www.budimex.pl](http://www.budimex.pl)





znalazło się w ramach Rozdziału 7 SWZ.

2. Powyższe oznacza, że o ile Zamawiający sam założył, że przedmiotowe zamówienie wymagałoby 900 dni realizacji (czego Odwołujący nie kwestionuje, uznając to założenie za prawidłowe), o tyle wobec przyjętej konstrukcji ww. postanowienia realnie nie zagwarantował wykonawcom takiego czasu na wykonanie zamówienia, co wynika z poniższych okoliczności:
  - Zamawiający ustalił termin składania ofert na dzień 09.04.2025 r., określając jednocześnie, że wykonawcy związani są ofertą do dnia 07.07.2025 r.;
  - zakładając podpisanie umowy w ostatnim dniu związania ofertą (termin związania ofertą zabezpiecza bowiem czas niezbędny dla wszelkich czynności związanych z badaniem i oceną ofert) oznaczałoby to zagwarantowanie wykonawcom jedynie 815 dni na realizację zamówienia (a więc czasu o blisko 10% krótszego od planowanych i racjonalnych 900 dni realizacji);
  - aby zagwarantować wykonawcom szacowany przez samego Zamawiającego czas 900 dni realizacji zamówienia podpisanie umowy nastąpić musiałyby *de facto* w przeciągu 4 dni od daty aktualnie wyznaczonego terminu składania ofert, co jest założeniem niemożliwym do spełnienia w związku z ustawowymi terminami dotyczącymi chociażby przedkładania dokumentów podmiotowych czy ewentualnego kwestionowania decyzji o wyborze najkorzystniejszej oferty (900 dni liczonych od daty 09.04.2025 r. przypada bowiem na dzień 26.09.2027 r.).
3. Co za tym idzie, Zamawiający *de facto* 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, że każdy wyjątek od zasady wymaga ścisłego traktowania, określenie daty realizacji zamówienia datą kalendarzową



możliwe jest **tylko w sytuacjach wyjątkowych**, o obiektywnym charakterze, w sytuacji braku możliwości odmiennego działania i zastosowania wszelkich możliwych środków zapobiegających jej wystąpieniu. Za taką obiektywną przyczynę nie powinno być przy tym traktowane zbyt późne wszczęcie postępowania czy brak jego należytego przygotowania na odpowiednim etapie przez Zamawiającego, co wynika nie tylko z treści art. 436 pkt 1) ustawy Pzp, ale także z art. 433 pkt 3) ustawy Pzp, ustanawiającego zakaz przerwania na wykonawców odpowiedzialności za okoliczności obciążające zamawiającego (w tym przypadku terminowe wszczęcie postępowania).

6. W przedmiotowym przypadku, z udostępnionych materiałów przetargowych nie wynika aby zaistniały w nim obiektywne motywy uzasadniające określenie terminu realizacji zamówienia sztywną datą kalendarzową. Zamawiający wskazał co prawda w pkt 5.1.6. ogłoszenia o zamówieniu oraz Rozdziale 2 ust. 12 SWZ, że zamówienie planowane jest do realizacji z dofinansowaniem z funduszy UE, w żadnym miejscu nie wskazał jednak na łączące go i niemodyfikowalne daty wynikające z umowy dofinansowania. Nie wykazane zostało również aby wszczęcie postępowania nastąpiło terminowo, w dacie będącej wyrazem dbałości o zagwarantowanie wykonawcom odpowiedniego terminu realizacyjnego.
7. 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 na roboty budowlane o niebagatelnej wartości jak będący przedmiotem przedmiotowego postępowania i zabezpieczonych przez Zamawiającego karach umownych dotyczących terminowości wykonania 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.
8. 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 niewystarczającym dla sprostania wszystkich zobowiązań nałożonych na wykonawców.
9. 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 §6 ust. 1 pkt 2) 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.**





10. 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 specyfiki 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.*

**Biorąc pod uwagę wszystkie powyższe okoliczności, Odwołujący wnosi o modyfikację §2 ust. 1 Umowy (oraz analogicznie Rozdziału 7 SWZ) poprzez nadanie im następującego brzmienia:**

*Termin realizacji zamówienia: do 900 dni od dnia podpisania umowy ~~lecz nie później niż do dnia 30.09.2027 r.~~*

**III. Przerzucenie na wykonawców odpowiedzialności za prawidłowość dokumentacji projektowej – zarzut nr 2**

1. Zamawiający w Rozdziale 2 ust. 5 SWZ wprowadził postanowienie o następującej treści:  
*Wykonawca, któremu zostanie udzielone zamówienie, w terminie 2 dni od podpisania umowy przedłoży kosztorys szczegółowy ofertowy. Kosztorys szczegółowy ofertowy będzie materiałem pomocniczym Wykonawcy i Zamawiającego umożliwiającym: określenie rodzaju i ilości wykonywanych i odebranych robót. **Wykonawca winien zgłosić w trakcie postępowania przetargowego wszelkie zauważone błędy, omyłki, rozbieżności w dokumentacji***



***projektowej i wystąpić do Zamawiającego o wyjaśnienie. Dochodzenie przez Wykonawcę w terminie późniejszym roszczeń z tytułu niezgodności pomiędzy stanem rzeczywistym a stanem określonym w dokumentacji projektowej nie będzie możliwe, a skutki z tego tytułu obciążą Wykonawcę robót.***

2. Jednocześnie w ramach postanowień Umowy Zamawiający wskazał na konieczność objęcia wynagrodzeniem wszelkich okoliczności mających lub mogących mieć wpływ na koszty realizacji zamówienia, sugerując **konieczność poszukiwania tychże informacji poza treścią dokumentacji postępowania:**

- **§3 ust. 2 i 3 Umowy:**

*2. Wynagrodzenie ryczałtowe, o którym mowa w ust. 1. obejmuje wszystkie koszty związane z realizacją robót opisanych w § 1, w tym ryzyko Wykonawcy z tytułu oszacowania wszelkich kosztów związanych z realizacją przedmiotu umowy, **a także oddziaływaniem innych czynników mających lub mogących mieć wpływ na koszty.***

*3. Wykonawca oświadcza, że uwzględnił w swojej ofercie wszelkie koszty wynikające z wymagań określonych w opisie przedmiotu zamówienia, na podstawie własnych kalkulacji i szacunków, a w szczególności koszty ekspertyz, opinii, uzgodnień, oraz wszystkie inne koszty związane z realizacją robót budowlanych, w okresie gwarancji i rękojmi wszystkie niezbędne przeglądy techniczne, wymiany materiałów eksploatacyjnych i serwisy zamontowanych urządzeń i innych elementów, w tym ryzyko Wykonawcy z tytułu oszacowania wszelkich kosztów związanych z realizacją umowy, **a także oddziaływaniem innych czynników mających lub mogących mieć wpływ na koszty.***

- **§4 ust. 4 pkt 21 Umowy:**

*21) ponoszenie pełnej odpowiedzialności za szkody spowodowane uszkodzeniem infrastruktury podziemnej w tym gazowej, urządzeń jak kable energetyczne, instalacje, sieci i inne. **Zamawiający zastrzega, iż dokumentacja Zamawiającego nie stanowi wyłącznego źródła informacji o infrastrukturze podziemnej (w tym gazowej), urządzeniach podziemnych. Ich obecność lub brak Wykonawca stwierdzi samodzielnie korzystając z zasobów powszechnej ewidencji gruntów jak również na podstawie stosownych znaków i jakichkolwiek innych oznak mogących wskazywać na ich istnienie,***

3. 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(...)*”.

4. Przekładając powyższe na grunt kwestionowanych postanowień Odwołujący wskazuje, że Zamawiający za ich pośrednictwem uchyla się 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 nieprecyzyjnościami i brakami w opisie przedmiotu zamówienia (dokumentacji projektowej), wymagając wprost weryfikacji poprawności przygotowanego przez Zamawiającego opracowania pod rygorem utraty możliwości podnoszenia roszczeń wynikających z niezgodności czy braków dokumentacji projektowej, a także obligując wykonawców do uwzględnienia wszelkich innych okoliczności mogących mieć wpływ na realizację zamówienia, nawet wykraczających ponad treść udostępnionej dokumentacji.** Powyższe oznacza w konsekwencji, że wynagrodzenie skalkulowane w ramach oferty przez wykonawcę konsumować miałyby wszelkie prace związane z realizacją zamówienia, nawet jeśli nie wynikają one z przekazanej Dokumentacji Projektowej, względnie ich wdrożenie wynikałoby z konieczności „naprawiania” wad tejże dokumentacji.
5. Przerzucenie tej odpowiedzialności na Wykonawcę i pozbawienie go jakichkolwiek roszczeń wynikających z błędów dotyczących dokumentacji projektowej jest sprzeczne z art. 647 KC, z którego wynika jednoznacznie, że do podstawowych obowiązków Zamawiającego jako inwestora należy m.in. zapewnienie opracowania projektu oraz dostarczenie go wykonawcy oraz art. 651 KC, zgodnie z którym **Wykonawca ma jedynie obowiązek niezwłocznie zawiadomić inwestora o błędach w dokumentacji, ale w żadnym razie nie ponosi za te błędy odpowiedzialności.** W myśl jednolitego stanowiska doktryny i judykatury, trudno przy tym oczekiwać od wykonawcy robót budowlanych, by *a priori*, przed przystąpieniem do realizacji robót, był w stanie zidentyfikować wszelkie błędy dokumentacji projektowej. Jak trafnie zauważono chociażby w wyroku Sądu Najwyższego z dnia 27 marca 2000 r., sygn.. akt III CKN 629/98, **wykonawca umowy o roboty budowlane nie ma obowiązku dokonywania własnych szczegółowych obliczeń w celu wykrycia wady dostarczonego projektu, a w szczególności, jeżeli został on wykonany przez specjalistyczne biuro projektowe** (podobnie również K. Zagrobelny w: E. Gniewek, Komentarz, 2006, s.1065). Podobnie również wyrok Sądu Najwyższego z dnia 26 czerwca 2008 r., sygn. akt II CSK 101/08: „*z przepisu art. 651 k.c. nie wynika natomiast, aby wykonawca w każdym przypadku miał obowiązek szczegółowego sprawdzenia dostarczonej mu przez inwestora dokumentacji w celu wykrycia jej ewentualnych wad, zważywszy, że wykonawca nie musi dysponować specjalistyczną wiedzą z zakresu projektowania. W orzecznictwie SN wyrażono pogląd, który skład orzekający w tej sprawie w pełni podziela, że obowiązek wykonawcy określony w art. 651 k.c. należy rozumieć w ten sposób, iż musi on niezwłocznie zawiadomić inwestora o niemożliwości realizacji inwestycji na podstawie otrzymanego projektu lub o tym, że realizacja robót zgodnie z dostarczonym projektem spowoduje powstanie obiektu wadliwego. W tym ostatnim wypadku chodzi jednak o takie sytuacje, w których stwierdzenie nieprawidłowości dostarczonej dokumentacji nie wymaga specjalistycznej wiedzy z*



*zakresu projektowania". Tak również orzekła Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 30 listopada 2017 r., sygn. akt KIO 2219/17, stwierdzając, że „Wymaganie od wykonawcy złożenia przed podpisaniem umowy oświadczenia, że zapoznał się z projektami budowlanymi, projektami wykonawczymi, specyfikacjami technicznymi wykonania i odbioru robót budowlanych, decyzjami administracyjnymi oraz pozostałymi załącznikami do umowy i oświadcza, że akceptuje przyjęte w nich rozwiązania, że nie wnosi do nich jakichkolwiek zastrzeżeń oraz że nadają się one do prawidłowego wykonania zamówienia - takie oświadczenie w sposób nieuprawniony przerzuca na wykonawcę odpowiedzialność za błędy dokumentacji projektowej, co jest wprost sprzeczne z art. 651 KC. **Zamawiający nie może oczekiwać sprawdzenia prawidłowości dokumentacji projektowej od wykonawcy, a taki nakaz wynika z literalnego brzmienia wskazanej klauzuli. Wykonawca ma jedynie obowiązek niezwłocznie zgłaszać dostrzeżone wady dokumentacji projektowej na etapie realizacji robót budowlanych, co nie powoduje jednak odpowiedzialności wykonawcy za wady tego projektu.**”*

6. 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 błędny bądź niejednoznaczny) w dokumentacji zamówienia nie tylko naruszałyby regulacje dotyczące opisu przedmiotu zamówienia i rozkładu ryzyk umownych, ale też stanowią objęcie art. 455 ust. 1 ustawy Pzp.
7. Reasumując, w przedmiotowym przypadku Zamawiający próbuje obarczyć Wykonawcę ryzykiem inwestycyjnym w wymiarze większym niż jest to przewidziane dla wykonawcy w ramach tego postępowania (**realizacja typu „buduj”**, w którym dokumentacja projektowa dostarczana jest przez Zamawiającego), pozbawiając go w tym zakresie jakichkolwiek roszczeń. Kwestionowane w niniejszym zarzucie postanowienia SWZ, w sposób nieuprawniony naruszają również przepis art. 18 ust. 1 pkt. 1 ) oraz art. 20 ust. 1 i ust. 2 ustawy Prawo Budowlane, sprowadzając **Wykonawcę robót budowlanych do roli podmiotu zobowiązanego do kontroli pracy**

<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 wyjaśnienia 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.*



**wykonanej przez projektantów – tj. osoby sprawujące samodzielne funkcje techniczne w budownictwie, posiadających w tym zakresie określone specjalne uprawnienia i ponoszące, wynikającą z prawa odpowiedzialność za przygotowany projekt.** Wykonawca, w ramach realizacji inwestycji typu „buduj” nie tylko nie ma obowiązku, ale nawet nie musi mieć uprawnień pozwalających na weryfikację specjalistycznych założeń i obliczeń projektowych np. w zakresie obciążeń.

8. Na marginesie, Odwołujący podkreśla jednocześnie, że skarżone postanowienie Zamawiającego jest też niespójne z postanowieniem §6 ust. 1 pkt 8) Umowy, w ramach którego Zamawiający sam przyznał, że istnieje możliwość wprowadzenia do umowy modyfikacji wynikających z wad dokumentacji projektowej, czy braku przewidzenia w jej ramach prac niezbędnych do osiągnięcia pożądanego efektu. W ramach rzeczonego postanowienia umownego Zamawiający, odmiennie niż w przypadku Rozdziału 2 ust. 5 SWZ, dopuścił więc zgłaszanie „roszczeń” wynikających z błędów projektowych na etapie realizacji zamówienia. Powyższe, tym bardziej wskazuje na konieczność modyfikacji skarżonego postanowienia, tak aby wykonawcom zapewnione były jednoznaczne i spójne zasady działania, w sytuacjach zaistnienia nieprawidłowości w dokumentacji dostarczonej przez Zamawiającego.

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

- **Rozdział 2 ust. 5 SWZ:** *Wykonawca, któremu zostanie udzielone zamówienie, w terminie 2 dni od podpisania umowy przedłoży kosztorys szczegółowy ofertowy. Kosztorys szczegółowy ofertowy będzie materiałem pomocniczym Wykonawcy i Zamawiającego umożliwiającym: określenie rodzaju i ilości wykonywanych i odebranych robót. Wykonawca winien zgłosić w trakcie postępowania przetargowego wszelkie zauważone błędy, omyłki, rozbieżności w dokumentacji projektowej i wystąpić do Zamawiającego o wyjaśnienie, **przy czym obowiązki weryfikacyjne nałożone na Wykonawcę są ograniczone do czynności i informacji, możliwych do przeprowadzenia i zidentyfikowania przez Wykonawcę na etapie składania oferty. Wykonawcy przysługują przeciwko Zamawiającemu roszczenia z tytułu wszelkich pomyłek, niedokładności, rozbieżności lub braków lub innych wad dokumentacji projektowej, za które odpowiedzialność ponosi Zamawiający (w tym roszczenia o zmianę wynagrodzenia i terminu realizacji przedmiotu Umowy).***
- **§3 ust. 2 i 3 Umowy:**
  2. *Wynagrodzenie ryczałtowe, o którym mowa w ust 1. obejmuje wszystkie koszty związane z realizacją robót opisanych w § 1, w tym ryzyko Wykonawcy z tytułu oszacowania wszelkich kosztów związanych z realizacją przedmiotu umowy, a także oddziaływaniem innych czynników mających lub mogących mieć wpływ na koszty. **W celu uniknięcia wątpliwości strony potwierdzają, iż wystąpienie okoliczności, których Wykonawca jako podmiot profesjonalny nie mógł przewidzieć na etapie składania oferty w oparciu o dokumentację udostępnioną przez Zamawiającego uprawnia Wykonawcę do zwiększenia wynagrodzenia oraz zmiany terminu wykonania przedmiotu umowy.***
  3. *Wykonawca oświadcza, że uwzględnił w swojej ofercie wszelkie koszty wynikające z wymagań określonych w opisie przedmiotu zamówienia, na podstawie własnych kalkulacji i szacunków, a w*





szczegółności koszty ekspertyz, opinii, uzgodnień, oraz wszystkie inne koszty związane z realizacją robót budowlanych, w okresie gwarancji i rękojmi wszystkie niezbędne przeglądy techniczne, wymiany materiałów eksploatacyjnych i serwisy zamontowanych urządzeń i innych elementów, w tym ryzyko Wykonawcy z tytułu oszacowania wszelkich kosztów związanych z realizacją umowy, **a także oddziaływaniem innych czynników mających lub mogących mieć wpływ na koszty (z zastrzeżeniem postanowień ust. 2 powyżej).**

- **§4 ust. 4 pkt 21 Umowy:**

~~21) ponoszenie pełnej odpowiedzialności za szkody spowodowane uszkodzeniem infrastruktury podziemnej w tym gazowej, urządzeń jak kable energetyczne, instalacje, sieci i inne. Zamawiający zastrzega, iż dokumentacja Zamawiającego nie stanowi wyłącznego źródła informacji o infrastrukturze podziemnej (w tym gazowej), urządzeniach podziemnych. Ich obecność lub brak Wykonawca stwierdzi samodzielnie korzystając z zasobów powszechnej ewidencji gruntów jak również na podstawie stosownych znaków i jakichkolwiek innych oznak mogących wskazywać na ich istnienie.~~

#### **IV. Zarzuty dotyczące wstrzymania płatności należnej wykonawcy w związku z rozliczeniami z podwykonawcami – zarzut nr 3**

1. Zamawiający w ramach §3 Umowy wprowadził postanowienia o następującej treści:

6. Warunkiem zapłaty każdej faktury Wykonawcy jest przedłożenie przez Wykonawcę oświadczeń podwykonawców i dalszych podwykonawców wraz z dowodami zapłaty wszystkich zgłoszonych podwykonawców i dalszych podwykonawców, **potwierdzających, że otrzymali pełne wynagrodzenie należne im za roboty budowlane**, usługi lub dostawy wykonane w okresie objętym protokołem odbioru robót (końcowym lub częściowym), na podstawie którego wystawiona została faktura Wykonawcy lub odpowiednio oświadczenie, że w danym okresie rozliczeniowym nie wykonywali robót, usług lub dostaw.

7. Wykonawca 5 dni przed upływem okresu rozliczeniowego (okres rozliczeniowy wynosi 1 miesiąc) przedłoży w formie papierowej i elektronicznej Inspektorom Nadzoru dokumenty do płatności. Niedostarczenie kompletu dokumentów w terminie **skutkować będzie brakiem płatności za dany okres rozliczeniowy. Płatność ta zostanie ujęta w następnym okresie pod ww. warunkami.**

11. W przypadku, gdy faktura wystawiona przez Wykonawcę nie zawiera danych wymaganych przez prawo lub Umowę lub też nie został do niej dołączony protokół odbioru robót lub inny dokument wymagany zgodnie z Umową, początek biegu terminu płatności, liczony jest od daty doręczenia Zamawiającemu faktury uzupełnionej o wymagane dane lub/i dokumenty.

2. Mając na uwadze treść wyżej przywołanych postanowień, Odwołujący zwraca uwagę, że Zamawiający posługuje się w jego ramach pojęciami odbiegającymi od wymagań ustawowych, **nie precyzując tak zakresu wynagrodzenia, które mogłoby potencjalnie zostać niewypłacone w razie nie sprostaniu obowiązkom dowodowym dotyczącym płatności**





**na rzecz podwykonawców** (potencjalnie zagrożona mogłaby być cała płatność – Zamawiający posługuje się bowiem w tym zakresie sformułowaniem „braku płatności za dany okres rozliczeniowy”), **jak i zakresu płatności na rzecz podwykonawców, których uregulowanie winno być wykazane** (Zamawiający posługuje się w tym zakresie sformułowaniem „pełne wynagrodzenie należne podwykonawcom”, wskazując więc na wszelkie należności i sugerując włączenie w ten zakres definicyjny również niewymagalnych płatności).

3. Co za tym idzie, wykonawcy nie mogą mieć pewności co do intencji Zamawiającego, w tym w szczególności, czy jego intencją nie jest rozszerzenie jego uprawnień poza dyrektywę wynikające z art. 447 ust. 1 i 2 ustawy Pzp, co w konsekwencji wymaga korekty i wyeliminowania powstałych na tym gruncie wątpliwości. Uprawnienia Zamawiającego w zakresie ewentualnego wstrzymania płatności na rzecz wykonawcy **winny być bowiem ograniczone w tym wypadku jedynie do wstrzymania płatności co do wymagalnych kwot nie potwierdzonych stosownymi dowodami zapłaty.**
4. Wynika to wprost literalnie z przepisów art. 447 ust. 1 pkt 1) ustawy Pzp, jak i art. 447 ust. 2 ustawy Pzp, zgodnie z którymi:
  - art. 447 ust. 1 pkt 1) ustawy Pzp: *W przypadku zamówień na roboty budowlane, których termin wykonania jest dłuższy niż 12 miesięcy, jeżeli umowa przewiduje zapłatę wynagrodzenia należnego wykonawcy w częściach, warunkiem zapłaty, przez zamawiającego, **drugiej i następnych części należnego wynagrodzenia za odebrane roboty budowlane jest przedstawienie dowodów zapłaty wymagalnego wynagrodzenia podwykonawcom i dalszym podwykonawcom, o których mowa w art. 464 ust. 1, biorącym udział w realizacji odebranych robót budowlanych;***
  - art. 447 ust. 2 ustawy Pzp: *W przypadku nieprzedstawienia przez wykonawcę wszystkich dowodów zapłaty, o których mowa w ust. 1, wstrzymuje się odpowiednio:*
    - 1) *wypłatę należnego wynagrodzenia za odebrane roboty budowlane,*
    - 2) *udzielenie kolejnej zaliczki**- w części równej sumie kwot wynikających z nieprzedstawionych dowodów zapłaty.*
5. **Zamawiający nie ma prawa modyfikacji zasad zapłaty wynagrodzenia wykonawcy, uwarunkowanej przedstawieniem przez niego dowodów potwierdzających zapłatę wymagalnego wynagrodzenia podwykonawcom lub dalszym podwykonawcom** (tak KIO w wyroku z 11.2.2014 r., KIO/UZP 139/14, KIO/UZP 148/14, KIO/UZP 150/14, niepubl.). Co za tym idzie, *gdy wykonawca tylko częściowo udokumentuje rozliczenia z tytułu umów o podwykonawstwo, otrzymuje wynagrodzenie w wysokości pomniejszonej o wysokość kwoty wymagalnych wynagrodzeń, niewypłaconych podwykonawcom lub dalszym podwykonawcom. Wstrzymuje się zatem odpowiednio wypłatę należnego wynagrodzenia za odebrane roboty budowlane oraz udzielenie kolejnej zaliczki w części równej sumie kwot wynikających z nieprzedstawionych dowodów zapłaty* (tak: Skubiszak-Kalinowska Irena, Wiktorowska Ewa, komentarz do art. 143a ustawy Pzp z 2004 r. [w:] *Prawo zamówień publicznych. Komentarz aktualizowany*, Lex, 2020 r.).



6. Niezależnie od powyższego, Zamawiający wprowadzając do Umowy kwestionowane regulacje, w sposób odbiegający od wymagań ustawowych określił też zakres płatności na rzecz wykonawcy, wobec których obowiązują wskazane powyżej obostrzenia. Zamawiający wskazał bowiem w tym zakresie na „każdą fakturę Wykonawcy”, podczas gdy z cytowanej powyżej treści art. 447 ust. 1 pkt 1) ustawy Pzp wynika wprost, że weryfikacja wymagalnych płatności na rzecz podwykonawców aktywuje się począwszy od drugiej faktury („drugiej i następnych części należnego wynagrodzenia”).

**Biorąc pod uwagę wszystkie powyższe okoliczności, Odwołujący wnosi o modyfikację treści §3 ust. 6, 7 i 11 Umowy poprzez nadanie im następującego brzmienia:**

*6. Warunkiem zapłaty każdej faktury Wykonawcy, **począwszy od drugiej**, jest przedłożenie przez Wykonawcę oświadczeń podwykonawców i dalszych podwykonawców wraz z dowodami zapłaty wszystkich zgłoszonych podwykonawców i dalszych podwykonawców, potwierdzających, że otrzymali **wymagalne wynagrodzenie** należne im za roboty budowlane, usługi lub dostawy wykonane w okresie objętym protokołem odbioru robót (końcowym lub częściowym), na podstawie którego wystawiona została faktura Wykonawcy lub odpowiednio oświadczenie, że w danym okresie rozliczeniowym nie wykonywali robót, usług lub dostaw.*

*7. Wykonawca 5 dni przed upływem okresu rozliczeniowego (okres rozliczeniowy wynosi 1 miesiąc) przedłoży w formie papierowej i elektronicznej Inspektorom Nadzoru dokumenty do płatności. ~~Niedostarczenie kompletu dokumentów w terminie skutkować będzie brakiem płatności za dany okres rozliczeniowy.~~ **Nieprzedstawienie przez Wykonawcę wszystkich dowodów zapłaty, o których mowa w ust. 6 powyżej będzie skutkowało wstrzymaniem płatności w części równej sumie kwot wynikających z nieprzedstawionych dowodów zapłaty. Płatność ta zostanie ujęta w następnym okresie pod ww. warunkami.***

*11. **Z zastrzeżeniem postanowień ust. 7 powyżej**, w przypadku, gdy faktura wystawiona przez Wykonawcę nie zawiera danych wymaganych przez prawo lub Umowę lub też nie został do niej dołączony protokół odbioru robót lub inny dokument wymagany zgodnie z Umową, początek biegu terminu płatności, liczony jest od daty doręczenia Zamawiającemu faktury uzupełnionej o wymagane dane lub/i dokumenty.*

**V. Zarzuty dotyczące kar umownych i górnego ich limitu – zarzut nr 4**

1. W ramach §8 Umowy, Zamawiający wprowadził do katalogu kar umownych m.in. następujące podstawy ich naliczania oraz następujący limit ich wysokości, jak również następujące zasady dochodzenia odszkodowania przewyższającego naliczone kary umowne:

• **§8 ust. 4 Umowy:**

*1) **za zwłokę w zakończeniu wykonania przedmiotu umowy** w stosunku do terminu określonego w § 2 ust. 1, w wysokości **0,3% wynagrodzenia brutto**, określonego w § 3 ust. 1 **za każdy dzień zwłoki;***

*2) **za nieterminowe usunięcie wad** stwierdzonych w protokole odbioru końcowego oraz w okresie gwarancji i rękojmi **w wysokości 0,2 % wynagrodzenia brutto** określonego w § 3*



*ust. 1 za każdy dzień zwłoki licząc od dnia wyznaczonego przez Zamawiającego na usunięcie wad;*

- **§8 ust. 7 Umowy:** Łączna maksymalna wysokość kar umownych należnych każdej ze stron nie może przekroczyć **30% wynagrodzenia umownego brutto**.
- **§8 ust. 9 Umowy:** **Zamawiający zastrzega sobie prawo do odszkodowania przewyższającego wysokość kar umownych do wysokości rzeczywiście poniesionej szkody i utraconych korzyści.**

### **Nieakceptowalna wysokość kar umownych**

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**

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 miała charakter adekwatny i proporcjonalny do przewinienia, stanowiąc czynnik mobilizujący wykonawców. Uwzględniając bowiem szacowaną wartość inwestycji (około 50.000.000,00 zł) za każdy dzień zwłoki w realizacji robót Wykonawcy ponosiliby odpowiedzialność rządu



150.000.000,00 zł. Stanowi to o tyle nieadekwatną wartość jeśli uwzględnić, że przekroczenie realizacji zamówienia o 1 dzień, stanowi w ujęciu procentowym zwłokę zaledwie o 0,11% względem czasu realizacji zakładanego przez Zamawiającego (1 dzień z 900 dni przewidzianych co do zasady na wykonanie zamówienia).

6. Co więcej, uwzględniając wysokości kar proponowane przez Zamawiającego, przy 50 dniach zwłoki w realizacji zamówienia, kara umowna, którą miałby być obciążony wykonawca byłaby zrównana z karą umowną za odstąpienie od umowy (wysokość kary za odstąpienie od umowy: 15%). Paradoksalnie więc przy zwłoce w wykonaniu zamówienia, przekraczającej planowany termin realizacji zaledwie o około 5% (50 dni z okresu realizacji planowanego zasadniczo na 900 dni), 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;
  - 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.

• **kary umowne za zwłokę w usuwaniu wad**

8. Odwołujący w całej rozciągłości podtrzymuje argumentację zaprezentowaną w pkt 5 – 7 powyżej. Dodatkowo, Odwołujący akcentuje konieczność jeszcze dalej idącej modyfikacji postanowień umownych w tym zakresie, o tyle, że dotyczą one przewinienia o relatywnie mniejszej wadze niż uchybienie terminowi realizacji zamówienia. Co do zasady bowiem w sytuacji wystąpienia wad i ich usuwania przez wykonawcę, zamawiający może już korzystać z efektów wykonanych prac, a podstawowy cel zamówienia jakim jest terminowe oddanie obiektu do użytkowania jest już zachowany.
9. W konsekwencji, za zwłokę w usuwaniu wad przedmiotu umowy, publiczni zamawiający standardowo przewidują kary niższe niż dotyczące zwłoki w terminowym wykonaniu kontraktu,



przewidując kary umowne na poziomie ok. 0,02% wynagrodzenia umownego za każdy dzień zwłoki, np.:

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

### **Limit kar umownych**

10. Niezależnie od powyższego, jak zostało to zasygnalizowane na wstępie Zamawiający w ramach §8 ust. 7 Umowy przewidział łączny limit kar umownych na poziomie 30%. 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 nie powinien przekraczać wysokości kary ustanowionej na wypadek odstąpienia od umowy, która w przedmiotowym przypadku wynosi 15% wartości całkowitej umowy** (vide §8 ust. 1 Umowy).

11. 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”*.

12. Analogiczne stanowisko zajęła również Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 20 października 2023 r. (sygn. KIO 2886/23), wydanego na skutek odwołania złożonego przez Odwołującego (Budimex S.A.), podkreślając, że:

- 1) *„określenie limitu kar umownych służy przede wszystkim umożliwieniu oszacowania wykonawcom ryzyka związanego z niewykonaniem lub nienależytym wykonaniem umowy oraz równoważeniu interesów stron umowy”*





- 20





- 6) Izba powołała się też na stanowisko wyrażone przez Urząd Zamówień Publicznych, który wskazał, że „*Ustalając górny limit kar umownych, zamawiający powinien mieć na uwadze, że **wysokość kary umownej nie powinna prowadzić do nieuzasadnionego wzbogacenia czy naruszenia zasady proporcjonalności, określonej w art. 16 pkt 3 Pzp.** Kara umowna jako surogat odszkodowania, powinna zmierzać do naprawienia szkody wyrządzonej zamawiającemu z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania świadczenia niepieniężnego, natomiast **nie powinna stanowić dla niego źródła dodatkowego zysku.** Ponadto, ustalając maksymalną wysokość kar umownych, zamawiający powinien pamiętać, że określenie restrykcyjnych lub nieproporcjonalnych do wysokości wynagrodzenia wykonawcy kar umownych może powodować, że w postępowaniu złożona zostanie mała liczba ofert lub wykonawcy uwzględnią w cenie ofertowej wysokość kar umownych, co powoduje wzrost ceny, albo nieuzasadnioną rozbieżność między cenami w sytuacji, gdy wykonawcy będą odmiennie wyceniać ryzyko i jego podstawy”;*
- 7) Izba dostrzegła również, że w trakcie prac nad projektem zmian do nowego Prawa zamówień publicznych proponowano, aby łączna wysokość kar umownych nie mogła przekroczyć 20% wartości umowy (...) W tym miejscu koniecznym jest podkreślenie, że **wysokość kary umownej za odstąpienie powinna być ustalana w powiązaniu z łączną maksymalną wysokością kar umownych, jakich strony mogą dochodzić na podstawie umowy, tj. na poziomie, który nie przekroczy określonego limitu sum kar umownych**”.
13. 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).



### **Dochodzenie odszkodowania przewyższającego wysokość kar umownych**

14. Jakkolwiek postanowienie zastrzegające prawo do dochodzenia odszkodowania przewyższającego wysokość kar umownych ma charakter standardowy i akceptowalny, to Zamawiający w sposób niesymetryczny prawo to zastrzegł wyłącznie na swoją korzyść. Uwzględniając fakt, że wśród katalogu kar umownych zastrzeżone zostały również kary umowne na rzecz wykonawcy (§8 ust. 3 Umowy), analogiczne uprawnienie do dochodzenia odszkodowania przewyższającego wysokość naliczonych kar umownych, winno w konsekwencji być zastrzeżone również na rzecz wykonawców. Wynika to bezpośrednio z przywołanych na wstępie i omówionych regulacji art. 353(1) KC i braku przyzwolenia dla nadużywania pozycji dominującej przez Zamawiającego. Prawa i obowiązki każdej ze stron umowy o zamówienie publiczne winny być określone w sposób równomierny, a każde działanie Zamawiającego podporządkowane jest chociażby zasadzie proporcjonalności wyrażonej w art. 16 ustawy Pzp. **W ocenie Odwołującego, zastrzeganie w analogicznych sytuacjach uprawnień wyłącznie na korzyść Zamawiającego w takiej rozsądnej proporcji nie pozostaje, prowadząc do nadużycia uprawnień przez Zamawiającego.**

15. Reasumując jednocześnie wszystkie dotychczasowe uwagi dotyczące zasad dochodzenia kar umownych i ich wysokości (w tym wysokości limitu kar umownych) brak postulowanej korekty w tych postanowieniach na obecnym etapie doprowadzi zdaniem Odwołującego do skalkulowania przez wykonawców w ramach ofert znacznie większych ryzyk (co przyczynić się może do nieracjonalnego wydatkowania środków publicznych). W sposób oczywisty tego typu postanowienia, w efekcie których wykonawcy zmuszani byłiby do spekulacyjnego doliczania do ceny ofertowej kosztów ryzyk związanych z wysokością grożących im ewentualnie kar umownych czy ryzyk dotyczących braku możliwości dochodzenia swoich praw w sytuacji odstąpienia od umowy z przyczyn leżących po stronie Zamawiającego, zniechęcają wykonawców do wzięcia udziału w Postępowaniu, wpływając niekorzystnie na jego konkurencyjność.

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

- **§8 ust. 4 Umowy:**

1) *za zwłokę w zakończeniu wykonania przedmiotu umowy w stosunku do terminu określonego w § 2 ust. 1, w wysokości **0,1% wynagrodzenia brutto**, określonego w § 3 ust. 1 za każdy dzień zwłoki;*

2) *za nieterminowe usunięcie wad stwierdzonych w protokole odbioru końcowego oraz w okresie gwarancji i rękojmi **w wysokości 0,02 % wynagrodzenia brutto** określonego w § 3 ust. 1 za każdy dzień zwłoki licząc od dnia wyznaczonego przez Zamawiającego na usunięcie wad;*

- **§8 ust. 7 Umowy:** *Łączna maksymalna wysokość kar umownych należnych każdej ze stron nie może przekroczyć **15% wynagrodzenia umownego brutto**.*

- **§8 ust. 9 Umowy:** ***Strony zastrzegają sobie prawo do odszkodowania przewyższającego wysokość kar umownych do wysokości rzeczywiście poniesionej szkody i utraconych korzyści.***



## VI. Nadmierna ingerencja Zamawiającego w swobodę umów między wykonawcą a podwykonawcą - zarzut nr 5

1. Zamawiający w ramach §12 ust. 6 pkt 2) lit. g) – i) Umowy wprowadził postanowienia o następującej treści:  
*6. Zamawiający w terminie 7 dni, zgłosi w formie pisemnej ewentualne zastrzeżenia lub sprzeciw do projektu umowy o podwykonawstwo, której przedmiotem są roboty budowlane:*  
*2) Zamawiający w terminie 7 dni od przedstawienia projektu umowy o podwykonawstwo na roboty budowlane, zgłosi pisemnie zastrzeżenia, w sytuacji gdy:*  
*g) umowa o podwykonawstwo zawiera cenę na wyższym poziomie niż cena za ten zakres robót określona w ofercie Wykonawcy, lub też umowa o podwykonawstwo zawiera ceny jednostkowe na wyższym poziomie niż ceny jednostkowe zawarte w ofercie Wykonawcy,*  
*h) umowa o podwykonawstwo nie zawiera cen, w tym również cen jednostkowych,*  
*i) umowa o podwykonawstwo nie zawiera uregulowań dotyczących zakresu odpowiedzialności za wady, przy czym zastrzega się, aby okres tej odpowiedzialności nie był krótszy od okresu odpowiedzialności Wykonawcy za wady wobec Zamawiającego.*
2. W związku z tym, Odwołujący wskazuje, że Zamawiający w sposób pozbawiony podstaw prawnych próbuje ograniczać wykonawcy możliwość swobodnego ukształtowania stosunku prawnego (umów) z podwykonawcami, która wynika wprost z przepisów kodeksu cywilnego, tj. art. 353<sup>1</sup> KC. Odwołujący nie zaprzecza, że Zamawiający na podstawie ustawy Pzp ma możliwość ingerowania w treść umów zawieranych przez wykonawcę z podwykonawcami, ale **ta ingerencja jest ograniczona do przypadków i zakresu wskazanego w ustawie Pzp**, co wynika z art. 463, art. 464 oraz art. 437 ust. 1 ustawy Pzp.
3. Zgodnie z ustawą Pzp umowa o podwykonawstwo na roboty budowlane:
  - 1) nie może „zawierać postanowień kształtujących prawa i obowiązki podwykonawcy, w zakresie kar umownych oraz postanowień dotyczących warunków wypłaty wynagrodzenia, w sposób dla niego mniej korzystny niż prawa i obowiązki wykonawcy, ukształtowane postanowieniami umowy zawartej między zamawiającym a wykonawcą” (art. 463 ustawy Pzp)
  - 2) nie może przewidywać postanowień, z których wynika, że termin zapłaty wynagrodzenia podwykonawcy lub dalszemu podwykonawcy jest dłuższy niż 30 dni od dnia doręczenia wykonawcy lub dalszemu podwykonawcy faktury lub rachunku (art. 464 ust. 2 ustawy Pzp).

### **Ograniczenia dotyczące wysokości wynagrodzenia należnego podwykonawcom i cen jednostkowych**

4. Uwzględniając powyższe, a także okoliczność, że wszelkie ograniczenia zasady swobody umów należy traktować w sposób ścisły, podkreślenia wymaga, że Zamawiający nie jest uprawnionym do ingerencji w ustalenia pomiędzy wykonawcą a podwykonawcą (i analogicznie pomiędzy podwykonawcą i dalszym podwykonawcą) dotyczące samej wysokości wynagrodzenia. Powyższe



pośrednio potwierdza orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej, która przykładowo w wyroku z dnia 26 listopada 2021 r., sygn. KIO 3267/21 wskazała, że „Przepis art. 464 p.z.p. dotyczy postanowień kształtujących prawa i obowiązki podwykonawcy, w zakresie kar umownych oraz postanowień dotyczących warunków wypłaty wynagrodzenia. Przepis ten może być zastosowany do umów podwykonawczych w ramach wszystkich rodzajów umów o zamówienie publiczne (roboty budowlane, usługi lub dostawy). Ma on charakter bezwzględnie obowiązujący i stanowi wyjątek od zasady swobody umów uregulowanej w art. 3531 k.c. Jednakże przepis odnosi się wyłącznie do uregulowań dotyczących kar umownych i warunków wypłaty wynagrodzenia. Oznacza to również, że interpretacja postanowień tego przepisu **winna odbywać się w sposób ścisły.** (...) W przypadku umów na usługi i dostawy ustawodawca w sposób ścisły określił poziom ingerencji zamawiających w umowy z podwykonawcami, ograniczając go do kar umownych i zapłaty wynagrodzenia. Zatem w tym przypadku ograniczenie swobody umów, w tym zakres tego ograniczenia, wynika wprost z przepisu ustawy”.

5. Nadto, należy podkreślić, że zakres odpowiedzialności Zamawiającego jako inwestora za wynagrodzenie podwykonawcy wynika wprost z ustawy, tj. przepisów kodeksu cywilnego. Zgodnie z art. 647<sup>1</sup> § 3 KC, odpowiedzialność Zamawiającego (inwestora) za zapłatę wynagrodzenia podwykonawcy jest ograniczona, do wysokości ustalonej w umowie między podwykonawcą a wykonawcą, chyba że ta wysokość przekracza wysokość wynagrodzenia należnego wykonawcy za roboty budowlane, których szczegółowy przedmiot wynika odpowiednio ze zgłoszenia albo z umowy. W takim przypadku odpowiedzialność inwestora za zapłatę podwykonawcy wynagrodzenia jest ograniczona do wysokości wynagrodzenia należnego wykonawcy za roboty budowlane, których szczegółowy przedmiot wynika odpowiednio ze zgłoszenia albo z umowy. Natomiast zgodnie z art. 647<sup>1</sup> § 6 KC „Postanowienia umowne sprzeczne z treścią § 1-5 są nieważne”.
6. Z powyższego wynika więc, że odpowiedzialność Zamawiającego co do płatności należnej na rzecz podwykonawcy ma charakter ograniczony (limitowany przepisami KC), nie uzasadniając tak dalekiej ingerencji w treść umów podwykonawczych jak zaplanował Zamawiający, nie mającej umocowania w przepisach ustawy Pzp. Odwołujący zwraca przy tym uwagę, że niejednokrotnie umowy podwykonawcze podpisywane i finalnie negocjowane są już na etapie realizacji zamówienia, wymagając niejednokrotnie aktualizacji założeń czynionych na etapie składania oferty. W konsekwencji, rynkową koniecznością, mającą na celu kontynuację i prawidłowe wykonanie zamówienia może być zawarcie umowy podwykonawczej opiewającej na kwotę przekraczającą założone przez Wykonawcę wynagrodzenie za ten zakres. „Usztywnienie” wysokości wynagrodzenia, na które wykonawca mógłby umówić się z podwykonawcą, sparaliżować może finalnie realizację kontraktu.
7. Przekroczenie ingerencji Zamawiającego w stosunek łączący wykonawcę z podwykonawcami dodatkowo unaoczniony jest poprzez wymóg określania w tych umowach cen jednostkowych, podczas gdy sama umowa łącząca Wykonawcę z Zamawiającym takich wymagań nie zawiera. Tak jak w przypadku umowy o zamówienie publiczne w ramach przedmiotowego Postępowania wynagrodzenie należne wykonawcy określane jest w sposób ryczałtowy, podobny schemat określania wysokości wynagrodzenia niejednokrotnie stosowany jest w przypadku umów podwykonawczych (ryczałtowe wynagrodzenia za dany zakres prac). **Żaden przepis ustawy**



**Pzp nie nakłada na Wykonawców konkretnego schematu konstrukcji umów podwykonawczych, w tym sporządzania ich w sposób bardziej szczegółowy niż w przypadku samej umowy o realizację zamówienia publicznego zawartej z Zamawiającym.** Żaden przepis ustawy Pzp nie wskazuje też na uprawnienie Zamawiającego do tak dalekiej ingerencji związanej z ustalaniem wynagrodzenia na rzecz podwykonawców i jego opisu zawartego w ramach umowy.

8. Informacją ustawowo wymaganą jest w konsekwencji wyłącznie określenie wysokości wynagrodzenia należnego podwykonawcy bez jakichkolwiek dalszych wymagań czy obostrzeń. Ta informacja w przedmiotowym przypadku przekazywana jest natomiast Zamawiającemu za pośrednictwem §12 ust. 6 pkt 1) lit. c) Umowy.

#### **Zakres odpowiedzialności podwykonawcy za wady**

9. Wymóg Zamawiającego aby okres odpowiedzialności podwykonawcy za wady nie był krótszy od okresu odpowiedzialności Wykonawcy za wady wobec Zamawiającego również **nie wpisuje się w omówiony na wstępie zakres możliwej ingerencji Zamawiającego w treść umów podwykonawczych** – nie mając nic wspólnego ani z warunkami zapłaty wynagrodzenia należnego podwykonawcy (art. 463 ustawy Pzp), ani z terminem płatności należnego im wynagrodzenia (art. 464 ust. 2 ustawy Pzp).
10. Co więcej, abstrahując od tego, że wymóg ten stanowi przekroczenie uprawnień Zamawiającego w tym zakresie zdefiniowanych w ustawie Pzp, to dodatkowo nie ma jakiegokolwiek umocowania celowościowego. Interesy Zamawiającego zabezpieczone są bowiem w tym przypadku poprzez odpowiedzialność generalnego wykonawcy, udzielającego gwarancji i rękojmi za wady na cały przedmiot zamówienia. W konsekwencji, **to Wykonawca jest podmiotem w pełni i w całości odpowiedzialnym z tytułu ewentualnych wad wykonawczych**, a sposób realizacji jego ewentualnych obowiązków w tym zakresie nie jest w żaden sposób ustawowo ograniczony do „przerzucania” tej odpowiedzialności na podwykonawców.
11. Dodatkowo, określanie takich wymagań przez Zamawiającego paradoksalnie nie wpisuje się w ustawową koncepcję zwiększania ochrony podwykonawców – **wymuszając w umowach z podwykonawcami postanowienia bardziej restrykcyjne niż niejednokrotnie rynkowo stosowane w praktyce.**
12. Reasumując wszystkie powyższe uwagi, zastosowany przez Zamawiającego mechanizm, w postaci wymogu maksymalnej wysokości wynagrodzenia należnego podwykonawcy zrównanego z wynagrodzeniem należnym wykonawcy, wymogu określania w umowach z podwykonawcami cen jednostkowych oraz określania odpowiedzialności gwarancyjnej podwykonawcy stanowi jednocześnie próbę obejścia przepisu art. 462 ustawy Pzp, w ramach którego ustawodawca ukształtował zasadę możliwości realizacji zamówienia przy współpracy z podwykonawcami, nie wprowadzając jednocześnie jakiegokolwiek ograniczenia w tym zakresie. W konsekwencji, nie istnieje żaden ustawowy limit możliwego do podzlecenia zakresu realizacji, a ingerencja w ten obszar nie znajduje umocowania w przepisach ustawy Pzp, ograniczając swobodę wykonawcy co do planowego sposobu realizacji zamówienia.





13. Odwołujący podkreśla w konsekwencji, że relacje łączące wykonawcę z podwykonawcą – zakres i zasady łączącej ich współpracy – co do zasady pozostawione są swobodzie stron tych umów podwykonawczych, w którą Zamawiający nie powinien ingerować. Przepisy ustawy Pzp (w tym m.in. art. 464 i 463 ustawy Pzp) dotyczące kształtowania umów podwykonawczych mają na celu ochronę podwykonawców, a nie Zamawiającego. Przepisy te jako wyjątek od zasady swobody umów powinny być przy tym interpretowane w sposób ścisły, nie ingerując w zasady realizacji i współpracy ponad uzasadnione ustawowo potrzeby.

**Biorąc pod uwagę wszystkie powyższe okoliczności, Odwołujący wnosi o modyfikację treści SWZ poprzez nadanie treści §12 ust. 6 pkt 2) lit. g) – i) Umowy następującego brzmienia:**

*6. Zamawiający w terminie 7 dni, zgłosi w formie pisemnej ewentualne zastrzeżenia lub sprzeciw do projektu umowy o podwykonawstwo, której przedmiotem są roboty budowlane:*

*2) Zamawiający w terminie 7 dni od przedstawienia projektu umowy o podwykonawstwo na roboty budowlane, zgłosi pisemnie zastrzeżenia, w sytuacji gdy:*

~~*g) umowa o podwykonawstwo zawiera cenę na wyższym poziomie niż cena za ten zakres robót określona w ofercie Wykonawcy, lub też umowa o podwykonawstwo zawiera ceny jednostkowe na wyższym poziomie niż ceny jednostkowe zawarte w ofercie Wykonawcy,*~~

~~*h) umowa o podwykonawstwo nie zawiera informacji dotyczących cen, w tym również cen jednostkowych,*~~

~~*i) umowa o podwykonawstwo nie zawiera uregulowań dotyczących zakresu odpowiedzialności za wady, przy czym zastrzega się, aby okres tej odpowiedzialności nie był krótszy od okresu odpowiedzialności Wykonawcy za wady wobec Zamawiającego.*~~

**VII. Zmiany umowy dotyczące zasad płatności – zarzut nr 6**

1. W ramach §6 ust. 1 pkt 3) i 4) Umowy Zamawiający, wśród podstaw do zmiany Umowy, wprowadził postanowienia o następującej treści:

*3) zmiany sposobu rozliczania umowy, w tym w szczególności w zakresie zwiększenia lub zmniejszenia liczby faktur, częstotliwości wystawiania faktur, dokonywania płatności w tym w szczególności w zakresie wartości kwotowej poszczególnych faktur, na rzecz wykonawcy, może nastąpić wskutek zaistnienia przyczyn organizacyjnych lub finansowych leżących po stronie zamawiającego, wynikających w szczególności ze zmiany zasad płatności programów lub funduszy lub innych źródeł finansowania inwestycji objętej niniejszą umową, lub zmian w budżecie jednostki;*

*4) koniecznością wypadkowej modyfikacji zasad płatności wynagrodzenia umownego (m.in. trybu i częstotliwości wystawiania faktur, zasad i terminów rozliczeń oraz dokonywania płatności między stronami) oraz zasad i trybu odbioru przedmiotu zamówienia (m.in. rodzajów i terminów dokonywania czynności odbiorowych), wynikającą z potrzeby wydatkowania środków budżetowych ujętych w planie rzeczowo-finansowym Zamawiającego z uwagi na zamknięcie danego roku budżetowego, czy zaistnienia innej okoliczności uzasadniającej wprowadzenie takiej modyfikacji,*

2. Z treści ww. postanowień wynika więc:





- możliwość nieograniczonych wręcz modyfikacji zasad wypłaty wynagrodzenia należnego wykonawcy, bez gwarancji płatności w określonych, jakkolwiek przewidywalnych transzach,
  - brak zagwarantowania wykonawcom jakiegokolwiek mechanizmu rekompensującego zmiany zasad wypłaty wynagrodzenia, które generować będą po stronie wykonawcy konieczność finansowania inwestycji w wymiarze przekraczającym zakładane i możliwe do przewidzenia na etapie składania ofert ramy.
3. W tym kontekście podkreślenia wymaga, że wykonawcy tworząc ofertę oraz szacując koszty realizacji danej inwestycji **biorą pod uwagę zasady płatności ustalone w treści umowy, które wpływają na wymagany okres finansowania inwestycji i wynikające z tego koszty obciążające wykonawcę, które należy doliczyć do oferty.** Nie bez przyczyny, ustawodawca treścią art. 436 pkt 2) oraz art. 437 pkt 4) ustawy Pzp nakazał Zamawiającemu określenie w umowie zasad i warunków zapłaty wynagrodzenia, jako elementu stanowiącego *essentialia negotii* umowy o roboty budowlane, warunkującego samą decyzję wykonawców o uczestnictwie w danym postępowaniu i ocenie możliwości jego realizacji.
4. Ustawodawca wprowadzając do ustawy Pzp mechanizm częściowych płatności podkreślał, że takie rozwiązanie powinno poprawić **płynność finansową** wykonawców, **obniżyć po ich stronie koszty realizacji umowy w zakresie konieczności pozyskiwania finansowania**, a w konsekwencji przełożyć się na zwiększenie konkurencyjności, atrakcyjności ubiegania się o zamówienia publiczne szerszej grupy wykonawców (zob. Uzasadnienie do rządowego projektu ustawy – Prawo zamówień publicznych, Druk sejmowy Nr 3624, Sejm VIII kadencji, s. 85). Sam ustawodawca z jednej strony potwierdzał więc, że zasady wypłaty należnego wynagrodzenia mają bezpośredni wpływ na szacowanie wartości oferty, z drugiej zaś, że ukształtowanie zasad w tym zakresie przekłada się na samą decyzję o wzięciu udziału w danym postępowaniu, odzwierciedlając podstawowe zasady Prawa zamówień publicznych.
5. Uprawnienie zastrzeżone przez Zamawiającego **wykracza zatem poza dozwoloną i akceptowalną swobodę umów**, wypaczając ideę płatności częściowych jako determinanty składanych i szacowanych ofert. Co więcej, rzeczzone uprawnienie, jako nie określające jakichkolwiek granic możliwej zmiany umowy w tym zakresie, stawiając wykonawców przed niewiadomą co do kosztów jakie należałoby skalkulować w samej ofercie, nie stanowi wystarczającej podstawy do zmiany umowy na podstawie art. 455 ust. 1 ustawy Pzp.
6. Przy obecnym kształcie postanowień umownych, wykonawcy mogą zostać następco zaskoczeni zasadami płatności, jakie miałyby zostać wdrożone w ramach realizacji kontraktu, determinującymi konieczną skalę zaangażowania finansowego po ich stronie bez możliwości jakiegokolwiek rekompensaty. W konsekwencji, wykonawcy w całości obciążani byłiby skutkami zaistnienia zdarzeń, na które nie mają jakiegokolwiek wpływu, mających swoje źródło w „przyczynach organizacyjnych i finansowych leżących po stronie Zamawiającego” czy „potrzebą wydatkowania środków budżetowych ujętych w planie finansowym”, co zbliża wręcz takie postanowienie do niedozwolonej klauzuli abuzywnej zdefiniowanej w art.433 pkt 3) ustawy Pzp.



7. Nie przewidując konkretnych ram możliwych modyfikacji zakresu wypłaty wynagrodzenia, Zamawiający próbuje więc w sposób nieuprawniony przerzucić na wykonawców całość ryzyka i odpowiedzialności finansowej za zaistnienie takiej sytuacji. Wobec powyższego **wykonawca nie jest w stanie oszacować w jakim zakresie może dojść do modyfikacji zasad wypłaty wynagrodzenia**, wprost przekładających się na szacowanie wartości oferty. Kalkulacja takich ryzyk przy takim zastrzeżeniu poczynionym przez Zamawiającego byłaby przy tym na tyle spekulacyjna, że prowadzić mogłaby wprost do nieporównywalności składanych ofert. W konsekwencji oznacza to, że obecny kształt postanowień przewidzianych przez Zamawiającego, z uwagi na jego nieprecyzyjność, nie tylko nie gwarantuje mu wdrożenia oczekiwanej zmiany, ale też naraża go na kalkulację ryzyk po stronie wykonawców z tego wynikających, które to ryzyka mogą nigdy się nie zaktualizować (co oznaczałoby wydatkowanie środków publicznych zakładające ekstraordynaryjne koszty).

**Biorąc pod uwagę wszystkie powyższe okoliczności, Odwołujący wnosi o modyfikację treści SWZ poprzez nadanie treści §6 ust. 1 pkt 3) i 4) Umowy następującego brzmienia:**

*3) zmiany sposobu rozliczania umowy, w tym w szczególności w zakresie zwiększenia lub zmniejszenia liczby faktur, częstotliwości wystawiania faktur, dokonywania płatności w tym w szczególności w zakresie wartości kwotowej poszczególnych faktur, na rzecz wykonawcy, może nastąpić wskutek zaistnienia przyczyn organizacyjnych lub finansowych leżących po stronie zamawiającego, wynikających w szczególności ze zmiany zasad płatności programów lub funduszy lub innych źródeł finansowania inwestycji objętej niniejszą umową, lub zmian w budżecie jednostki; **przy czym Wykonawca będzie wówczas uprawniony do wystąpienia z wnioskiem o dokonanie zmiany wysokości należnego mu wynagrodzenia wraz z uzasadnieniem zawierającym w szczególności szczegółowe wyliczenie całkowitej kwoty, o jaką wynagrodzenie Wykonawcy powinno ulec zmianie, z uwagi na zmianę poziomu finansowania inwestycji po stronie Wykonawcy.***

*4) koniecznością wypadkowej modyfikacji zasad płatności wynagrodzenia umownego (m.in. trybu i częstotliwości wystawiania faktur, zasad i terminów rozliczeń oraz dokonywania płatności między stronami) oraz zasad i trybu odbioru przedmiotu zamówienia (m.in. rodzajów i terminów dokonywania czynności odbiorowych), wynikającą z potrzeby wydatkowania środków budżetowych ujętych w planie rzeczowo-finansowym Zamawiającego z uwagi na zamknięcie danego roku budżetowego, czy zaistnienia innej okoliczności uzasadniającej wprowadzenie takiej modyfikacji, **przy czym Wykonawca będzie wówczas uprawniony do wystąpienia z wnioskiem o dokonanie zmiany wysokości należnego mu wynagrodzenia wraz z uzasadnieniem zawierającym w szczególności szczegółowe wyliczenie całkowitej kwoty, o jaką wynagrodzenie Wykonawcy powinno ulec zmianie, z uwagi na zmianę poziomu finansowania inwestycji po stronie Wykonawcy.***

**VIII. Wstrzymanie zwrotu zabezpieczenia należytego wykonania umowy do momentu usunięcia wszelkich wad – zarzut nr 7**

1. Zamawiający w ramach §13 ust. 8 i 9 Umowy wprowadził następujące zasady dotyczące zwrotu zabezpieczenia należytego wykonania Umowy:



*8. Zabezpieczenie należytego wykonania umowy zostanie zwrócone Wykonawcy w następujących terminach:*

- 1) 70% wysokości zabezpieczenia – w terminie 30 dni od dnia wykonania zamówienia i uznania przez Zamawiającego za należyte wykonane,*
- 2) 30% wysokości zabezpieczenia – w terminie 15 dni po upływie okresu rękojmi za wady lub gwarancji.*

*Strona 25 z 30*

**9. Zamawiający wstrzyma się ze zwrotem części zabezpieczenia należytego wykonania umowy o której mowa w ust. 8 pkt 1 w przypadku kiedy Wykonawca nie usunął w wyznaczonym terminie stwierdzonych w trakcie odbioru wad i usterek.**

2. Jednocześnie w ramach §10 ust. 3 Umowy Zamawiający wskazał, że: *Okres odpowiedzialności Wykonawcy wobec Zamawiającego z tytułu rękojmi za wady fizyczne oraz gwarancji jakości rozpoczyna się od daty odbioru końcowego.*
3. Biorąc pod uwagę powyższe, **Zamawiający poprzez treść §13 ust. 9 Umowy dokonuje obejścia przepisu art. 453 ust. 2 ustawy Przp**, w ramach którego wprost wskazano, że: *Zamawiający może pozostawić na zabezpieczenie roszczeń z tytułu rękojmi za wady lub gwarancji kwotę nie przekraczającą 30% zabezpieczenia.* Próba pozostawienia w dyspozycji Zamawiającego wyższej kwoty (dodatkowo części z 70% zabezpieczenia zdefiniowanego w §13 ust. 8 Umowy) nie mieści się więc w regulacjach ustawowych, czyniąc jednocześnie postanowienia Umowy w tym zakresie wzajemnie niespójnymi.
4. Odwołujący podkreśla w tym aspekcie, że analogicznie jak w przypadku ogólnych regulacji kodeksowych rozpoczęcie biegu gwarancji i rękojmi powiązane jest z wydaniem przedmiotu umowy (odborem końcowym) i rozpoczęciem korzystania (użytkowaniem) przez Zamawiającego (vide art. 577§4 KC oraz art. 568§1 KC). W przedmiotowym przypadku Zamawiający doskonale zdaje sobie sprawę z tych regulacji, określając w §10 ust. 3 Umowy, że okres rękojmi i gwarancji rozpoczyna się wraz z odborem końcowym, który zgodnie z §7 ust. 8 pkt 2) Umowy następuje również w przypadku, w którym zidentyfikowane zostały wady niestanowiące przeszkody w użytkowaniu obiektu.
5. W związku z tym, regulacje dotyczące zwrotu 70% zabezpieczenia oraz regulacje dotyczące rozpoczęcia biegu terminu rękojmi i gwarancji powinny być 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) związany jest wyłącznie z dokonaniem odbioru (nawet jeśli w jego ramach zidentyfikowane zostały nieistotne wady), to termin ten powinien być ukształtowany analogicznie co do zwrotu 70% zabezpieczenia, nie pozostawiając w tym zakresie jakiegokolwiek pola do dowolnej interpretacji czy modyfikacji tych zasad.
6. Uzależnienie przez Zamawiającego zwrotu zabezpieczenia należytego wykonania umowy od usunięcia wszelkich wad i usterek jest więc o tyle niekonsekwentne, że **Zamawiający w ramach**



cytowanego na wstępie §10 ust. 3 Umowy dał wyraz temu, iż zdaje sobie sprawę z tego, że kwestia ewentualnego „rozliczania” usuwania wad i usterek jest domeną zobowiązań z tytułu rękojmi i gwarancji. Co za tym idzie, niezrozumiałym jest z jakich względów równolegle wykonawcy ponosić mieliby odpowiedzialność w postaci „wstrzymywania” zwrotu 70% zabezpieczenia należytego wykonania umowy, która to kwota jest związana *stricte* z etapem realizacji zamówienia, podczas gdy usuwanie wad i usterek zidentyfikowanych podczas odbioru końcowego rozliczane ma być jednocześnie w innym reżimie (zobowiązań gwarancyjnych).

7. Do tych aspektów nawiązała Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 24.07.2023 r., sygn. akt KIO 1893/23, KIO 1915/23, wskazując, że: *W odniesieniu do § 6 ust. 13 wzoru umowy, skład orzekający uznał je za nieprawidłowe w zakresie określenia rozpoczęcia biegu terminu na zwrot wykonawcy zabezpieczenia należytego wykonania umowy od protokolarnego potwierdzenia usunięcia wad stwierdzonych przy odbiorze końcowym. Termin ten powinien rozpocząć bieg od podpisania przez strony protokołu odbioru końcowego i przekazania przedmiotu umowy do użytkowania. Izba w całości zgadza się z trafną argumentacją odwołującego wyrażoną w odwołaniu. Omawiane postanowienie umowne jest w szczególności sprzeczne z art. 453 § 2 p.z.p. obligującym zamawiającego do pozostawienia należytego zabezpieczenia umowy na zabezpieczenie roszczeń z tytułu rękojmi za wady lub gwarancji w kwocie nie przekraczającej 30%. **Na kanwie zaskarżonego postanowienia umownego może dojść do sytuacji, w której - pomimo odebrania obiektu i powstania uprawnień z tytułu rękojmi i gwarancji (§ 8 ust. 1 wzoru umowy) - wykonawca dalej musi utrzymywać zabezpieczenia należytego wykonania w pełnej kwocie, więc postawiony zarzut zasługuje na uwzględnienie.***

**Biorąc pod uwagę wszystkie powyższe okoliczności, Odwołujący wnosi o modyfikację treści SWZ poprzez wykreślenie postanowienia zdefiniowanego w §13 ust. 9 Umowy:**

~~9. Zamawiający wstrzyma się ze zwrotem części zabezpieczenia należytego wykonania umowy o której mowa w ust. 8 pkt 1 w przypadku kiedy Wykonawca nie usunął w wyznaczonym terminie stwierdzonych w trakcie odbioru wad i usterek.~~

#### **IX. Możliwość odstąpienia od umowy w sytuacjach niedookreślonych – zarzut nr 8**

1. Zamawiający w ramach §9 ust. 1 pkt 1) – 5) Umowy przewidział następujące podstawy do odstąpienia od Umowy:

*Niezależnie od podstaw odstąpienia określonych w Pzp i kodeksie cywilnym Zamawiającemu przysługuje prawo odstąpienia od umowy w całości lub w części niewykonanej w następujących przypadkach i terminach określonych poniżej:*

- 1) Wykonawca nie wywiązuje się z zobowiązań wynikających z umowy lub narusza jej postanowienia,** w tym nie wywiązuje się z obowiązku odebrania placu budowy w terminie określonym w § 4 ust. 4 pkt 2 Umowy,
- 2) Wykonawca nie zastosuje się do żądania, aby jego personel naprawił zaniedbanie,**
- 3) Wykonawca odmawia lub zaniedbuje wykonanie poleceń** wydanych przez Zamawiającego lub osobę przez niego upoważnioną,



4) Wykonawca zleca usługi Podwykonawcy niezatwierdzonemu przez Zamawiającego,  
5) **wystąpił jakikolwiek brak zdolności do czynności prawnych utrudniający wykonanie umowy.**

2. Jak wynika z powyżej cytowanych postanowień umownych Zamawiający definiując podstawy do odstąpienia od Umowy sformułował je w sposób abstrahujący od przyczyn zaistnienia danej sytuacji, nie uzależniając ich od działań podejmowanych przez wykonawcę i stopnia zawinienia występującego po jego stronie, a także nie uwzględniając potencjału na prawidłowe zakończenia kontraktu. Nade wszystko Zamawiający **posłużył się niedookreślonymi i ocennymi sformułowaniami**, determinującymi, że nawet najbardziej błahe przewinienie w sposób dowolny mogłoby zostać zakwalifikowane przez Zamawiającego jako uchybienie uprawniające do odstąpienia od umowy. Zamawiający w kwestionowanych postanowieniach umownych posługuje się takimi sformułowaniami jak „zaniedbanie”, „odmowa wykonania poleceń” w żaden sposób nie różnicując tych sformułowań i nie traktując o ich istotności, w tym wpływie na finalne prawidłowe wykonanie kontraktu.
3. Powyższe determinuje, że **faktycznie odstąpienie od umowy nastąpić mogłoby niejako automatycznie według dowolnego uznania Zamawiającego**, nawet w sytuacji poleceń nie mających wpływu na prawidłową realizację kontraktu, czy wystąpienia sytuacji niezależnych od żadnej ze stron umowy. Tymczasem 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 dalekosieżnych 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 prawnokształtującym, 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 §9 ust. 1 pkt 1) – 5) 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 omawianych przypadków takie uprawnienie winno być zastrzeżone na rzecz Zamawiającego wyłącznie w odniesieniu do istotnych naruszeń wynikających z przyczyn leżących po stronie wykonawcy, konsekwencją których może być zniweczenie podstawowego celu zawartej umowy. Taki postulat pozostaje przy tym spójny z pozostałymi przesłankami odstąpienia od umowy zdefiniowanymi przez Zamawiającego, które opierają się na weryfikowalnych sformułowaniach, podkreślających skutek wystąpienia danego uchybienia i jego rangę (np. „**istotna** zmiana okoliczności”; „**bez uzasadnionej przyczyny**”; „może zagrażać **istotnemu** interesowi”, „jest prawdopodobne, że nie zdoła wykonać wszystkich prac objętych umową w terminie”).

**Biorąc pod uwagę wszystkie powyższe okoliczności, Odwołujący wnosi o modyfikację treści SWZ poprzez nadanie treści §9 ust. 1 pkt 1) – 5) Umowy następującego brzmienia:**

*Niezależnie od podstaw odstąpienia określonych w Pzp i kodeksie cywilnym Zamawiającemu przysługuje prawo odstąpienia od umowy w całości lub w części niewykonanej w następujących przypadkach i terminach określonych poniżej:*

- 1) Wykonawca **z przyczyn leżących po jego stronie** nie wywiązuje się z zobowiązań wynikających z umowy lub narusza jej postanowienia, w tym nie wywiązuje się z obowiązku odebrania placu budowy w terminie określonym w § 4 ust. 4 pkt 2 Umowy,*
- 2) Wykonawca **bezpodstawnie** nie zastosuje się do żądania, aby jego personel naprawił zaniedbanie **skutkujące istotnym naruszeniem postanowień niniejszej Umowy,***
- 3) Wykonawca odmawia lub zaniedbuje wykonanie poleceń wydanych przez Zamawiającego lub osobę przez niego upoważnioną, **co skutkuje istotnym naruszeniem postanowień niniejszej Umowy,***
- 4) Wykonawca zlecił usługi Podwykonawcy niezatwierdzonemu przez Zamawiającego,*
- 5) **Po stronie Wykonawcy** wystąpił **jakiegokolwiek** brak zdolności do czynności prawnych istotnie utrudniający wykonanie umowy.*

**X. Zarzut dotyczący braku obowiązku dokonania odbioru wykonanych prac w przypadku odstąpienia od umowy z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy – zarzut nr 9**

1. Zamawiający w ramach §9 ust. 10 pkt 2) – 5) Umowy Zamawiający zdefiniował m.in. następujące obowiązki obciążające strony w przypadku odstąpienia od umowy:  
*W wypadku odstąpienia od umowy, Wykonawcę oraz Zamawiającego obciążają następujące obowiązki:*
  - 2) Wykonawca zgłosi Zamawiającemu konieczność odbioru robót przerwanych, **jeżeli odstąpienie od umowy nastąpiło z przyczyn, za które Wykonawca nie odpowiada,***





3) w terminie 7 dni od daty zgłoszenia, o którym mowa w pkt 2) niniejszego ustępu, Wykonawca przy udziale Zamawiającego sporządzi szczegółowy protokół inwentaryzacji robót w toku wraz z zestawieniem wartości wykonanych robót według stanu na dzień odstąpienia; protokół inwentaryzacji robót w toku stanowić będzie podstawę do wystawienia faktury VAT przez Wykonawcę,

4) Zamawiający **w razie odstąpienia od umowy z przyczyn, za które Wykonawca nie odpowiada**, obowiązany jest do dokonania odbioru robót przerwanych oraz przejścia od Wykonawcy terenu robót w terminie 10 dni od daty odstąpienia oraz do zapłaty wynagrodzenia za roboty, które zostały wykonane do dnia odstąpienia,

5) Zamawiający wyznaczy termin dokonania przez Wykonawcę odbioru robót przerwanych, **jeżeli odstąpienie od umowy nastąpiło z przyczyn, za które Zamawiający nie odpowiada**.

2. Z powyższego wynika więc, że o ile Zamawiający przewidział w przypadku odstąpienia od Umowy z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy wypłatę należnego mu wynagrodzenia za zakres wykonanych prac (vide §9 ust. 2 i 4 Umowy), o tyle **nie uregulował dla takiego przypadku mechanizmu odbioru prac przerwanych, generując w konsekwencji wewnętrzną niespójność postanowień umownych**. Otwartym pozostaje bowiem w takim przypadku pytanie w jaki sposób, w przypadku odstąpienia od umowy z przyczyn leżących po stronie wykonawcy, miałyby nastąpić rozliczenie wykonanych prac. Zobowiązanie do odbioru robót przerwanych i szczegóły z nim związane uregulowane zostały wyłącznie w odniesieniu do odstąpienia od umowy z przyczyn leżących po stronie Zamawiającego.
3. Wykonawca, w przypadku odstąpienia od umowy, nawet z przyczyn leżących po jego stronie, nie powinien być pozbawiony wypłaty części wynagrodzenia, za tę część prac, którą wykonał prawidłowo i zgodnie ze sztuką budowlaną, **a sposób działania w razie zaistnienia takiego przypadku powinien być jednoznacznie opisany**. Warunkiem *sine qua non* dla wypłaty należnego wynagrodzenia w takiej sytuacji (które zostało przewidziane przez Zamawiającego w §9 ust. 2 i 4 Umowy) w sposób oczywisty jest dokonanie odbioru prac przerwanych i udokumentowanie zakresu zrealizowanej części zamówienia.
4. W ocenie Odwołującego, takie działanie Zamawiającego, w którym może arbitralnie decydować, czy i w jakim przypadku dokona odbioru wykonanych już prac jest sprzeczne z art. 647 KC. W przypadku, w którym wykonawca wykonał swoje zobowiązanie (nawet w części) obowiązkiem Zamawiającego, wynikającym z treści art. 647 KC **jest dokonanie odbioru tej części prac i wypłata należnego wykonawcy wynagrodzenia**. Ustawodawca nie przewidział w tym zakresie fakultatywności umożliwiającej przyjmowanie przez Zamawiającego dowolnie obranego sposobu, w tym arbitralnego decydowania lub nie o odbiorze wykonanych prac. Każdorazowo jeśli przedmiot umowy o roboty budowlane wypełnia treść zobowiązania wynikającego z dokumentacji i umożliwia zamawiającemu korzystanie z przedmiotu Umowy (nawet w części), to obowiązkiem zamawiającego jest dokonanie odbioru wykonanych prac i zapłata wynagrodzenia.
5. Co istotne, tożsame zasady, nakazujące dokonanie odbioru i wypłatę wynagrodzenia obowiązują tak w przypadku dokonywania odbioru końcowego, jak i odbiorów częściowych. Co za tym idzie, w przypadku odstąpienia od umowy w części, za zrealizowaną część prac należy się wykonawcy wynagrodzenie, a Zamawiający jest zobowiązany do odbioru tych prac, jeżeli zostały wykonane



zgodnie z umową, zasadami i sztuką budowlaną oraz do wypłaty odpowiedniej części wynagrodzenia wykonawcy za zrealizowane prace. **Brak jest podstaw do odmowy odbioru tych prac, bowiem odstąpienie w części dotyczy niewykonanej części Umowy, a nie części wykonanej.** Poprzez tak ukształtowane postanowienia umowne Zamawiający uchyla się od ciężącego na nim, bezwzględnego obowiązku wynikającego z treści art. 647 KC, który wskazuje, że jednym z podstawowych obowiązków inwestora, w tym wypadku Zamawiającego, w ramach umowy o roboty budowlane jest dokonanie odbioru robót.

6. Z analogiczną sytuacją dotyczącą uregulowania postanowień umowy związanych z odstąpieniem od umowy w części (brak obowiązku odebrania wykonanej części prac i zapłaty wynagrodzenia wykonawcy za tę część) Odwołujący miał do czynienia w opublikowanym niedawno postępowaniu „Budowa Magazynu Energii Elektrycznej w Żarnowcu”, numer postępowania: POST/PGE/INW14/DZ/00205/2024”, gdzie w wyniku złożonego przez Budimex S.A. odwołania, Krajowa Izba Odwoławcza orzekła na korzyść Odwołującego uznając takie ukształtowanie umowy za nieprawidłowe i nakazując jej modyfikację. Krajowa Izba Odwoławcza wskazała, że odbiór prac wykonanych nie jest uprawnieniem zamawiającego, które może sobie zastrzec w umowie (gdzie dowolnie może decydować czy dokona odbioru), ale jego obowiązkiem wynikającym z przepisów powszechnie obowiązującego prawa (wyrok z dnia 16 sierpnia 2024 r., sygn. KIO 2631/24).

**Biorąc pod uwagę wszystkie powyższe okoliczności, Odwołujący wnosi o modyfikację treści §9 ust. 10 pkt 2) – 5) Umowy poprzez nadanie jej następującego brzmienia:**

*W wypadku odstąpienia od umowy, Wykonawcę oraz Zamawiającego obciążają następujące obowiązki:*

- 2) Wykonawca zgłosi Zamawiającemu konieczność odbioru robót przerwanych, jeżeli odstąpienie od umowy nastąpiło z przyczyn, za które Wykonawca nie odpowiada,*  
(...)
- 4) Zamawiający w razie odstąpienia od umowy z przyczyn, za które Wykonawca nie odpowiada, obowiązany jest do dokonania odbioru robót przerwanych oraz przejęcia od Wykonawcy terenu robót w terminie 10 dni od daty odstąpienia oraz do zapłaty wynagrodzenia za roboty, które zostały wykonane do dnia odstąpienia,*
- 5) Zamawiający wyznaczy termin dokonania przez Wykonawcę odbioru robót przerwanych, jeżeli odstąpienie od umowy nastąpiło z przyczyn, za które Zamawiający nie odpowiada.*

**XI. Zarzut dotyczący zmian wysokości wynagrodzenia wynikającego ze zmiany powszechnie obowiązujących przepisów prawa – zarzut nr 10**

1. Zamawiający w ramach §14 ust. 1 Umowy zdefiniował postanowienie o następującej treści:  
*W związku z art. 44 ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 o finansach publicznych, Zamawiający określa maksymalną wartość zmiany wynagrodzenia należnego Wykonawcy w całym okresie realizacji zamówienia, w przypadkach określonych w § 15 ust. 1 i § 16 ust. 1, na poziomie do 3% ceny wynagrodzenia umownego netto.*
2. Co przy tym istotne zmiany wysokości wynagrodzenia umownego zdefiniowane w §15 ust. 1 Umowy dotyczą zmian umowy związanych ze zmianą powszechnie obowiązujących przepisów prawa (art. 436 pkt 4) lit. b) ustawy Pzp); zmiany zdefiniowane w §16 ust. 1 Umowy dotyczą



natomiast waloryzacji kontraktu wynikającej ze zmian cen materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia (art. 439 ustawy Pzp). Postanowienia §15 ust. 1 i §16 ust. 1 Umowy dotyczą więc innych ustawowych przesłanek wymuszających zmiany wysokości wynagrodzenia należnego wykonawcy, w odniesieniu do których obowiązują inne obostrzenia i restrykcje.

3. Odwołujący wskazuje, że **w art. 436 pkt 4) lit. b ustawy Pzp w przeciwieństwie do mechanizmu waloryzacji wynagrodzenia określonego w art. 439 ustawy Pzp, ustawodawca nie przewiduje możliwości wskazania przez Zamawiającego maksymalnej wartości zmiany wynagrodzenia umownego wykonawcy** w przypadku gdy zmieniają się koszty realizacji zamówienia wynikające ze zmian wprowadzonych w przepisach prawa wskazanych w art. 436 pkt 4) lit. b ustawy Pzp. **Wysokość zmian regulowana jest w tym przypadku przez ustawodawcę, a nie przez Zamawiającego w treści umowy.** Zamawiający ma obowiązek wprowadzić do umowy o zamówienie publiczne zasady zmiany wynagrodzenia i odpowiednio zmienić wynagrodzenie umowne wykonawcy po wykazaniu przez wykonawcę wpływu tych zmian na koszty realizacji zamówienia, bez względu na wysokość tej zmiany, tj. zgodnie z przepisami prawa, a nie z treścią umowy.
4. Swoboda w kształtowaniu postanowień umowy przez Zamawiającego zwłaszcza w tym przypadku nie ma charakteru nieograniczonego, jest ograniczona zakresem zmian wprowadzonych w przepisach prawa. Wprowadzenie przez Zamawiającego postanowienia § 16 ust. 1 Umowy, które ogranicza możliwość zmian wynagrodzenia wyłącznie do łącznej wysokości 3% stanowi wprost naruszenie przepisów ustawy Pzp i wyraz nadużycia pozycji dominującej przez Zamawiającego. Wykonawca nie może być obciążany konsekwencjami zmian ustawowych, na które nie ma jakiegokolwiek wpływu i których nie może przewidzieć. W przypadku wystąpienia takich sytuacji, ustawodawca założył pełną rekompensatę wzrostu kosztów.

**Biorąc pod uwagę wszystkie powyższe okoliczności, Odwołujący wnosi o modyfikację treści §14 ust. 1 Umowy poprzez zniesienie limitu zmian umowy w odniesieniu do zmian wynikających z art. 436 pkt 4) lit. b) ustawy Pzp:**

*W związku z art. 44 ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 o finansach publicznych, Zamawiający określa maksymalną wartość zmiany wynagrodzenia należnego Wykonawcy w całym okresie realizacji zamówienia, w przypadkach określonych w ~~§15 ust. 1~~ i § 16 ust. 1 (...).*

## **XII. Zarzuty dotyczące klauzuli waloryzacyjnej - zarzut nr 11**

1. Zamawiający w §16 Umowy wprowadził następujące zasady waloryzacji kontraktu, z uwagi na wystąpienie okoliczności, o których mowa w art. 439 ustawy Pzp:
  1. *Zgodnie z art. 439 ustawy Pzp, wysokość wynagrodzenia należnego Wykonawcy może podlegać waloryzacji, w przypadku zmiany ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia.*
  2. *Przez zmianę ceny materiałów lub kosztów rozumie się wzrost odpowiednio cen lub kosztów, jak i ich obniżenie, względem ceny lub kosztów przyjętych w celu ustalenia wynagrodzenia Wykonawcy zawartego w ofercie.*
  3. *Zamawiający ustala następujące zasady, stanowiące podstawę wprowadzenia zmian wysokości wynagrodzenia należnego Wykonawcy:*



1) wynagrodzenie będzie waloryzowane zgodnie ze wskaźnikiem cen produkcji budowlano-montażowej opublikowanym przez Główny Urząd Statystyczny (GUS). W przypadku gdyby wskaźniki przestały być dostępne, zastosowanie znajdą inne, najbardziej zbliżone, wskaźniki publikowane przez Prezesa GUS.

2) minimalny poziom zmiany ceny produkcji budowlano-montażowej, uprawniający Wykonawcę do żądania zmiany wynagrodzenia, ustala się na poziomie 5% w stosunku do cen i kosztów obowiązujących w analogicznym okresie roku poprzedniego. Waloryzacji podlegać będzie wynagrodzenie za zakres ujęty w harmonogramie rzeczowo-finansowym za okres od 6 miesięcy od podpisania umowy.

3) **waloryzacja wynagrodzenia będzie jednorazowa na koniec realizacji Umowy, ale przed podpisaniem przez Strony protokołu końcowego tj. Wykonawcy przedmiotu zamówienia będzie przysługiwało roszczenie o waloryzację wynagrodzenia po zgłoszeniu zakończenia robót.**

4) poziom zmiany wynagrodzenia zostanie ustalony na podstawie wskaźnika zmiany cen produkcji budowlano-montażowej ogłoszonego w komunikacie Prezesa GUS, dotyczącego miesiąca w którym nastąpi podpisanie protokołu końcowego w stosunku do analogicznego miesiąca roku poprzedniego;

5) Wyliczenie wartości waloryzacji wynagrodzenia odbywać się będzie w oparciu o następujący wzór:

$$W = F_v \times IW \times WR$$

W- wartość waloryzacji brutto

F<sub>v</sub> – suma faktur VAT (brutto) wystawionych w przez Wykonawcę w ramach realizacji umowy za okres określony w ust. 3 pkt 2,

IW - wskaźnik zmiany cen produkcji budowlano-montażowej, opublikowany przez Główny Urząd Statystyczny (zmiana rok do roku odpowiadająca miesięcowi w którym podpisany został protokół końcowy),

WR – współczynnik podziału ryzyka z tytułu zmienności cen równy 50%.

2. Jednocześnie, tak jak zostało zasygnalizowane w ramach uzasadnienia zarzutu nr 10, w ramach §14 ust. 1 Umowy wprowadzono postanowienie o treści: *W związku z art. 44 ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 o finansach publicznych, Zamawiający określa maksymalną wartość zmiany wynagrodzenia należnego Wykonawcy w całym okresie realizacji zamówienia, w przypadkach określonych w § 15 ust. 1 i § 16 ust. 1, na poziomie do 3% ceny wynagrodzenia umownego netto.*

3. Oceniając prawidłowość tak zdefiniowanej klauzuli waloryzacyjnej Odwołujący na wstępie nadmienia, że pomimo, iż ustawodawca dał Zamawiającemu względną swobodę co do ustalenia szczegółów związanych z wprowadzaniem mechanizmu waloryzacyjnego, to swoboda Zamawiającego nie ma w tym przypadku charakteru nieograniczonego. Zgodnie z założeniem ustawodawcy taka swoboda podyktowana jest bowiem wyłącznie tym, że Zamawiający jako gospodarz postępowania posiada najszerszą wiedzę co do specyfiki zamówienia, mając możliwość doboru najlepszych wskaźników waloryzacyjnych (zob. Uzasadnienie do rządowego projektu ustawy – Prawo zamówień publicznych, Sejm VIII kadencji, druk Nr 3624, s. 84). **Postanowienia waloryzacyjne nie mogą jednak sprowadzać się jedynie do formalnego wypełnienia obowiązku ich zawarcia w umowie, lecz powinny pozwalać na rzeczywiste ich zastosowanie podczas realizacji zamówienia.**



4. Jak podkreślono przy tym, w dokumencie pn. Przykładowe klauzule waloryzacyjne dla sektora budownictwa, opracowanym pod auspicjami Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych: „*W obecnej sytuacji rynkowej w sektorze budownictwa, charakteryzującej się m.in. dynamicznymi zmianami cen towarów i usług, problemami z realizacją dostaw produktów i ich komponentów, a także brakami kadrowymi, prawidłowe kształtowanie oraz stosowanie waloryzacji umownej nabiera szczególnego znaczenia i jest niezwykle istotne dla uczestników rynku zamówień publicznych*”.
5. Co za tym idzie, wprowadzając klauzule waloryzacyjne w ramach umowy o zamówienie publiczne Zamawiający podporządkowany jest temu, aby mechanizm ten realnie działał podczas danej realizacji. **Idea mechanizmu waloryzacyjnego musi być więc każdorazowo skutecznie wdrożona, nie mogąc być limitowaną poprzez dowolnie wprowadzane warunki, ograniczające bądź wyłączające jej skuteczność.** Co więcej, a co wynika z ogólnych zasad udzielania zamówień publicznych, formułując klauzule waloryzacyjne Zamawiający podporządkowany jest też zasadzie proporcjonalności i przejrzystości, która w odniesieniu do omawianego postanowienia umownego powinna ustalić czy określony przez Zamawiającego sposób waloryzowania wynagrodzenia pozwoli na realne przywrócenie równowagi ekonomicznej stron stosunku zobowiązaniowego.
6. Odwołujący zwraca uwagę na fakt, że uregulowane w treści art. 439 ustawy Pzp przesłanki waloryzacji stanowią konkretne narzędzie dostosowania stosunku prawnego w celu przywrócenia stanu równowagi ekonomicznej między stronami umowy o zamówienie publiczne, który może zostać zachwiany ze względu na istotne czynniki zewnętrzne, na które żadna ze stron stosunku prawnego nie ma wpływu. Istnienie konieczności uwzględnienia w umowach o zamówienie publiczne tzw. „klauzuli waloryzacyjnej” z zasady ma niwelować więc stan podwyższonego ryzyka występującego w odniesieniu do stron stosunku prawnego, ale też ma za zadanie minimalizować negatywne konsekwencje zaistnienia okoliczności, na które strony nie mają wpływu. Ostatecznie, uwzględnienie klauzuli waloryzacyjnej urealnia poziom wynagrodzenia wykonawcy w porównaniu z rzeczywiście wykonanymi przez niego pracami, których wartość była oszacowana na wcześniejszym etapie, tj. zanim doszło do istotnej zmiany.
7. Odwołujący celowo posługuje się sformułowaniami ogólnymi, takimi jak „ekwiwalentność” czy „urealnienie”, ponieważ wbrew powszechnemu przekonaniu klauzula waloryzacyjna nie stanowi wyłącznie o konieczności podwyższenia wynagrodzenia wykonawcy. W zależności bowiem od okoliczności, może przecież odnosić się zarówno do podwyższenia, jak i do obniżenia wynagrodzenia. W konsekwencji, zapewniona jest równość stron stosunku prawnego i rozkład ryzyk kontraktowych, z korzyścią zarówno dla wykonawcy, jak i zamawiającego.
8. Urealnienie poziomu wynagrodzenia wykonawcy i zapewnienie równego (czy choćby symetrycznego) rozkładu ryzyk kontraktowych zyskuje na znaczeniu w szczególności w aktualnej sytuacji gospodarczej. Negatywne skutki trwającej wojny nie tylko nie omijają rynku budowlanego, ale oddziałują na niego w sposób i w skali dotychczas niewystępującej, co wiąże się chociażby z wahaniami cen surowców i materiałów czy zwiększonymi kosztami pozyskania siły roboczej. **W konsekwencji, wykonawcy przystępując do procesu ofertowania tym bardziej muszą mieć pewność realnych gwarancji minimalizacji skutków**





**ekonomicznych związanych z możliwymi dalszymi zmianami sytuacji gospodarczej, których nie można obecnie przewidzieć, a które mogą wystąpić w okresie realizacji przedmiotowego zamówienia.**

9. Przekładając powyższą argumentację na grunt skarżonych postanowień Umowy, Odwołujący akcentuje uchybienia dotyczące jej treści, wymagające zmiany celem zagwarantowania klauzuli waloryzacyjnej realnego charakteru i ukształtowania sposobu waloryzowania wynagrodzenia pozwalającego na realne przywrócenie równowagi ekonomicznej stron stosunku zobowiązaniowego, tj.:

- 1) zastosowanie limitu waloryzacji na poziomie jedynie 3% wynagrodzenia ofertowego;
- 2) zastosowanie mechanizmu jednorazowej waloryzacji, determinującej brak korekty wynagrodzenia aż do momentu zakończenia kontraktu.

#### **Limit waloryzacji na poziomie 3%**

20. Analiza danych publikowanych przez GUS w ostatnich latach wskazuje na co najmniej kilkuprocentowe zmiany wskaźników zmian cen produkcji budowlano - montażowej, które nie zostałyby pokryte limitem zaledwie 3% wynagrodzenia wykonawcy. Uwzględniając powyższe, a także planowany okres realizacji przedmiotowego zamówienia, tj. co do zasady 900 dni (około 30 miesięcy), generujący możliwość wielu niemożliwych do przewidzenia zmian rynkowych wpływających chociażby na ceny materiałów budowlanych, wprowadzony przez Zamawiającego limit waloryzacji tym bardziej winien ulec korekcie.
21. Oparcie mechanizmu waloryzacyjnego na założeniach poczynionych przez Zamawiającego sprawia, że rzeczony mechanizm waloryzacyjny jest *de facto* pozorny, stojący w konsekwencji w sprzeczności z założeniem ustawodawcy i treścią przepisu art. 439 ustawy Pzp. **Mechanizm ten abstrahuje też od realiów rynkowych i tendencji makroekonomicznych**, które zgodnie z wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 25.10.2022 r. (sygn. akt KIO 2532/22, KIO 2536/22, KIO 2544/22) stanowią jeden z elementów będących podstawą oceny prawidłowości działań Zamawiającego w tym zakresie.
22. Wskazując na obowiązujące w budownictwie infrastrukturalnym tendencje rynkowe, Odwołujący podkreśla, że **największy publiczny Zamawiający w kraju, tj. GDDKiA przewiduje obecnie limit waloryzacji na poziomie 15%.** Taka tendencja obserwowana jest zresztą również u innych publicznych zamawiających zlecających zamówienia budowlane, czyli **pięciokrotność proponowanego przez Zamawiającego limitu waloryzacji (nie więcej niż 3%)**.
23. Co więcej, podkreślenia wymaga, że nawet wskazany 15% limit waloryzacji, stanowiący obecnie pewną „normę” rynkową jest wartością absolutnie minimalną, co obrazują obecne postulaty branży budowlanej, która domaga się podwyższenia limitu waloryzacji nawet do 20%, co – zgodnie z wiedzą Odwołującego – stanowi obecnie przedmiot rozmów i ustaleń



z przedstawicielami strony zamawiającej (vide np. <https://www.muratorplus.pl/biznes/wiesci-rynku/zbyt-niska-waloryzacja-w-budownictwiezagraza-tysiacom-firm-branza-domaga-sie-zmian-rzad-milczy-aa-pUan-79yk-wAJ9.html>).

24. Nadto, Odwołujący wskazuje, że analogiczne stanowisko Budimex podzieliła Krajowa Izba Odwoławcza w jednym z wyroków wydanym na korzyść Odwołującego (wyrok z dnia 29 lutego 2024 r., sygn. akt KIO 408/24), w ramach którego Izba nakazała Zamawiającemu modyfikację Umowy „z uwzględnieniem okoliczności, że maksymalna zmiana wynagrodzenia umownego w wyniku zastosowania waloryzacji nie może być wyższa niż **15% całkowitego wynagrodzenia umownego**”. Krajowa Izba Odwoławcza w powyższym wyroku uznała m.in., że przewidziany przez Zamawiającego maksymalny limit waloryzacji na poziomie zaledwie 5% wynagrodzenia umownego (a więc nawet większy niż proponowany obecnie przez zamawiającego) nie został określony prawidłowo i podkreśliła, że: „Izba wzięła pod uwagę, że materiały złożone przez Odwołującego wykazują, że progi stosowane przez różnych zamawiających przy budowie obiektów budowlanych przedmiotowo zbliżonych do budowanego przez Zamawiającego uwzględniają znacznie niższy poziom dopuszczający zmianę wynagrodzenia, uwzględniając rzeczywiste prognozy wynikające z przyjętego sposobu przeprowadzania waloryzacji, czy to przy zastosowaniu wskaźników GUS, czy odpowiednich publikatorów, jak w przypadku Zamawiającego - Sekocenbud. Ze złożonych przez Odwołującego materiałów wynika również, że wskazany przez Zamawiającego próg 5% jest niespotykany w umowach o zamówienia publiczne przy realizacji inwestycji zbliżonych przedmiotowo. Jak wynika ze złożonego zestawienia próg ten kształtuje się od 6% nawet do 50%. **Zamawiający ustalając tak niski próg próbuje całością ryzyka kontraktowego obciążyć jedną stronę umowy, podczas gdy, nawet w przypadku umów zawieranych w trybie ustawy Pzp, konieczne jest dążenie do osiągnięcia równowagi stron stosunku umownego.** Izba uważa, że zaproponowany przez Odwołującego sposób zmian wzoru umowy jest wystarczający do urealnienia zasad waloryzacji w prowadzonym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. **Dlatego też nakazano Zamawiającemu zmianę zapisów z uwzględnieniem, że maksymalna zmiana wynagrodzenia umownego nie może być wyższa niż 15% całkowitego wynagrodzenia umownego.** Izba nakazała również zmianę zapisów umowy, z których wynika, że zmiana wynagrodzenia nastąpi procentowo o wartość procentową ustaloną według podanych reguł, gdy wahania cen materiałów lub kosztów przekroczą 5%. W obliczu znacznych wahań wskaźników makroekonomicznych, w tym inflacji urealnienie wysokości dopuszczającej możliwość waloryzacji jest konieczne.

#### **Jednokrotna waloryzacja**

25. Jakkolwiek ustawodawca w ramach art. 439 ust. 2 pkt 3) ustawy Pzp wskazał na konieczność określenia przez Zamawiającego *okresów, w których może następować zmiana wynagrodzenia wykonawcy*, o tyle w ocenie Odwołującego uprawnienie w tym zakresie nie ma charakteru nieograniczonego i winno być rozpatrywane łącznie z dyspozycją art. 439 ust. 1 ustawy Pzp. **Skoro bowiem ustawodawca wskazał na konieczność waloryzowania kontraktów zawartych na okres dłuższy niż 6 miesięcy, to obrazuje to, że taka jednostka czasu oceniana jest przez Zamawiającego jako mogąca generować zmianę cen materiałów i kosztów związanych z realizacją zamówienia, która winna zostać skorygowana.**



26. Ustawodawca mając na uwadze tendencje rynkowe i sytuację ekonomiczną na rynku celowo dokonał zmiany ustawy Pzp w zakresie art. 439 w celu umożliwienia zmiany wynagrodzenia wykonawców także w zakresie umów zawartych na okres dłuższy niż 6 miesięcy (wcześniej 12 miesięcy). Zamawiający w niniejszym Postępowaniu zupełnie bez uzasadnienia narzuca na wykonawców ograniczenia, które nie zostały przewidziane w ustawie Pzp, a które jednocześnie prowadzą do bezpodstawnego wyłączenia obowiązku Zamawiającego w postaci waloryzacji wynagrodzenia po upływie ponad 6 miesięcy od zawarcia umowy wynagrodzenia bez względu na to jaka będzie sytuacja rynkowa (poziomy zmian/wzrostu cen).
27. Uwzględniając powyższe, zarówno wzory klauzul waloryzacyjnych publikowane pod auspicjami Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, jak i orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej, podkreśla konieczność „cyklicznej” waloryzacji. Opublikowany w dniu 30 listopada 2022 r. pod auspicjami Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych katalog przykładowych klauzul waloryzacyjnych, stanowiących efekt doświadczeń zamawiających i wykonawców funkcjonujących na rynku zamówień publicznych **bazuje na mechanizmie bieżącej waloryzacji w ujęciu „miesiąc do miesiąca”**, który to mechanizm jest zresztą powszechnie praktykowany również przez największych zamawiających w kraju. Orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej wskazuje natomiast na zasadność wprowadzania do wzorów umownych postanowień, zgodnie z którymi pierwsza waloryzacja miałyby mieć miejsce **najpóźniej po 6 miesiącach obowiązywania umowy** (tak wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 25.10.2022 r.; sygn. akt KIO 2532/22, KIO 2536/22, KIO 2544/22).
28. Taka konstrukcja okresów waloryzacyjnych jest o tyle uzasadniona, że umożliwia bieżącą korektę wynagrodzenia należnego wykonawcy, nie obciążając go w przypadku wzrostu cen, koniecznością zwiększonego finansowania realizacji zamówienia przez nieproporcjonalnie długi okres czasu. Uwzględniając, że przedmiotowa realizacja co do zasady trwać ma 900 dni (około 30 miesięcy), w sytuacji, w której wzrost cen nastąpiłby w pierwszym półroczu realizacji zamówienia, Wykonawca przez kolejne 2 lata, nie miałby jakiegokolwiek rekompensaty zwiększonych nakładów, finansując więc zamówienie i „kredytując” w ten sposób Zamawiającego, który różnicę w kosztach obowiązany byłby pokryć dopiero w odległej perspektywie.
- \*\*\*
29. Biorąc pod uwagę wszystkie powyższe okoliczności, Odwołujący podkreśla konieczność korekty mechanizmu waloryzacyjnego przewidzianego przez Zamawiającego w ramach Umowy. Odwołujący wskazuje raz jeszcze, że postanowienia waloryzacyjne nie mogą sprowadzać się jedynie do formalnego wypełnienia obowiązku ich zawarcia w umowie, lecz powinny pozwalać na rzeczywiste ich zastosowanie podczas realizacji zamówienia (tak: Prawo zamówień publicznych. Komentarz, red. M. Jaworska, Legalis 2022), co w przedmiotowym przypadku – ze względu na uwagi poczynione we wcześniejszej części uzasadnienia – nie zostało przez Zamawiającego zagwarantowane.
30. Takie działanie nie zasługuje na aprobatę również z tego względu, że **nieefektywny mechanizm waloryzacyjny oznaczać będzie, że rezerwy wynikające tak z braku możliwości waloryzowania cen materiałów i elementów kosztotwórczych, wykonawcy**



**zmuszeni będą wkalkulować w cenę ofertową.** W sposób oczywisty sytuacja taka nie jest korzystna dla samego Zamawiającego i celu prowadzenia Postępowania jakim jest zabezpieczenie prawidłowości wydatkowania środków publicznych i zapewnienie maksymalnej porównywalności składanych ofert.

31. Doprowadzenie do takiej sytuacji w sposób oczywisty niweczy też cel przepisu art. 439 ustawy Pzp, którego zadaniem było zabezpieczenie interesów obu stron umowy, w tym również interesów Zamawiającego. W tym kontekście podkreślenia wymaga zwłaszcza to, że prawidłowe stosowanie klauzul waloryzacyjnych pozwala Zamawiającemu na ponoszenie rzeczywistych kosztów wykonania zamówienia, nieobarczonych narzutem związanym z koniecznością ujęcia w cenie ryzyka ich wzrostu (por. Prawo zamówień publicznych. Komentarz, red. M. Jaworska, Legalis 2022).

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

- §16 ust. 3 Umowy:  
3) ***waloryzacja wynagrodzenia będzie odbywała się nie częściej niż co 6 miesięcy jednorazowa na koniec realizacji Umowy, ale przed podpisaniem przez Strony protokołu końcowego tj. Wykonawcy przedmiotu zamówienia będzie przysługiwało roszczenie o waloryzację wynagrodzenia po zgłoszeniu zakończenia robót.***  
4) ***poziom zmiany wynagrodzenia zostanie ustalony na podstawie wskaźnika zmiany cen produkcji budowlano-montażowej ogłoszonego w komunikacie Prezesa GUS, dotyczącego miesiąca w którym nastąpi podpisanie protokołu końcowego Wykonawca wystąpi z wnioskiem o waloryzację w stosunku do analogicznego miesiąca roku poprzedniego;***  
5) ***Wyliczenie wartości waloryzacji wynagrodzenia odbywać się będzie w oparciu o następujący wzór:***  
$$W = F_v \times I_W \times W_R$$

*W - wartość waloryzacji brutto*  
*F<sub>v</sub> – suma faktur VAT (brutto) wystawionych w przez Wykonawcę w ramach realizacji umowy za okres określony w ust. 3 pkt 2 objęty wnioskiem o zmianę wynagrodzenia;*  
*I<sub>W</sub> - wskaźnik zmiany cen produkcji budowlano-montażowej, opublikowany przez Główny Urząd Statystyczny (zmiana rok do roku odpowiadająca miesiącowi w którym podpisany został protokół końcowy);*  
*W<sub>R</sub> – współczynnik podziału ryzyka z tytułu zmienności cen równy 50%.*
- §14 ust. 1 Umowy: ***W związku z art. 44 ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 o finansach publicznych, Zamawiający określa maksymalną wartość zmiany wynagrodzenia należnego Wykonawcy w całym okresie realizacji zamówienia, w przypadkach określonych w § 15 ust. 1 i § 16 ust. 1, na poziomie do 15% ceny wynagrodzenia umownego netto.***

**XIII. Zarzut dotyczący nieograniczonej odpowiedzialności wykonawcy – zarzut nr 12**



1. Zamawiający w ramach §4 ust. 4 pkt 26) i 29) Umowy wprowadził postanowienia o następującej treści:

*26) uporządkowanie terenu budowy po zakończeniu robót, zaplecza budowy, jak również terenów sąsiadujących zajętych lub użytkowanych przez Wykonawcę w tym **dokonania na własny koszt renowacji zniszczonych lub uszkodzonych w wyniku prowadzonych prac obiektów, fragmentów terenu dróg, nawierzchni lub instalacji,***

*29) ponoszenie **wyłącznej odpowiedzialności za wszelkie szkody** będące następstwem niewykonania lub nienależytego wykonania przedmiotu zamówienia, które to szkody Wykonawca zobowiązuje się pokryć w pełnej wysokości.*

2. Powyższe postanowienia Umowy oznaczają, że Zamawiający nie przewidział postanowień ograniczających odpowiedzialność wykonawcy. Tym samym Zamawiający wykorzystując swoją pozycję dominującą w Postępowaniu próbuje wskazanymi postanowieniami Umowy przerzucić na wykonawcę w całości ryzyko wszelkich szkód powstałych w związku z realizacją Umowy, bez możliwości zwolnienia się z odpowiedzialności.
3. Odwołujący jest świadomy tego, że przepisy ustawy Pzp modyfikują zasadę równości stron stosunku zobowiązaniowego i stanowią specyficzne ograniczenie zasady swobody umów. Nierówność stron umowy w sprawie zamówienia publicznego wynika z przepisów ustawy Pzp, a w umowie w sprawie zamówienia publicznego zamawiający może formułować postanowienia wyłącznie korzystne dla niego, ale są pewne granice, tj. za niedopuszczalne należałoby uznać wprowadzanie do umowy skrajnie niekorzystnych dla wykonawców postanowień, jak wskazane powyżej.
4. Odwołujący doskonale zdaje sobie sprawę także z faktu, że ponosi pełną odpowiedzialność za należyte i terminowe wykonanie zamówienia, natomiast powyższe postanowienia sprowadzają się do przerzucenia na wykonawców wyłącznej i niczym nieograniczonej odpowiedzialności nawet za okoliczności, za które wykonawca nie ponosi odpowiedzialności, a ponosi odpowiedzialność podmiot trzeci lub za takie, na które wykonawca zupełnie nie ma wpływu, w tym za siłę wyższą.
5. Zamawiający §4 ust. 4 pkt 26) Umowy wskazuje, że wykonawca ma zobowiązać się do „*dokonania na własny koszt renowacji zniszczonych lub uszkodzonych w wyniku prowadzonych prac obiektów, fragmentów terenu dróg, nawierzchni lub instalacji*” **natomiast uszkodzenia i zniszczenia mogą nastąpić w wyniku prowadzonych prac, ale nie w wyniku okoliczności, za które wykonawca ponosi odpowiedzialność.** W ocenie Odwołującego tak dalece idące rozszerzenie odpowiedzialności, tj. nawet za niedookreślone, niekontrolowane działanie podmiotów trzecich lub samego Zamawiającego jest obciążeniem niewspółmiernym do zakresu obowiązków wykonawców i rażącym naruszeniem równowagi stron stosunku zobowiązaniowego ze strony Zamawiającego, który w ten sposób na etapie realizacji Umowy próbuje zrzucić z siebie obowiązek ustalania odpowiedzialności i uniknąć sporu w tym zakresie poprzez przerzucenie w całości odpowiedzialności na wykonawcę bez względu na zaistniałe okoliczności.
6. Odwołujący wskazuje, że zgodnie z treścią art. 16 ust. 3 ustawy Pzp Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób proporcjonalny. Zastosowane





przez Zamawiającego środki nie powinny wykraczać poza to, co jest niezbędne dla osiągnięcia zakładanego przez niego celu, przez który rozumie się zawarcie umowy na wykonanie przedmiotu zamówienia, które zostaje wszczęte dla zaspokojenia obiektywnie uzasadnionych potrzeb zamawiającego. W związku z tym zasada proporcjonalności odnosi się w szczególności do opisu przedmiotu zamówienia, stawianych wykonawcom wymagań w postępowaniu, które winny być adekwatne do przedmiotu zamówienia i potrzeb zamawiającego, nie powinny nadmiernie i bez uzasadnienia ograniczać prawa wykonawców do udziału w postępowaniu, czy stanowić dla nich zbędnych utrudnień w udziale w postępowaniu i pozyskaniu zamówienia.

7. Na podstawie art. 472 Kodeksu cywilnego możliwe jest umowne ograniczenie bądź rozszerzenie odpowiedzialności kontraktowej dłużnika. Granicą ograniczenia odpowiedzialności dłużnika jest zgodnie z art. 473 § 2 Kodeksu cywilnego **wina umyślna**, bowiem nieważne jest zastrzeżenie wyłączające odpowiedzialność dłużnika za szkodę wyrządzoną umyślnie.
8. Odwołujący wskazuje, że klauzule limitujące (ograniczające) odpowiedzialność wykonawcy w umowach o roboty budowlane stają się już standardem. Klauzule, które zawierają takie ograniczenia powszechnie występują także w umowach na Ogólnych Warunkach FIDIC np. ograniczenie odpowiedzialności stron przez wyłączenie z rozmiaru szkody, za jaką strony są odpowiedzialne względem siebie, utraconych korzyści oraz dodatkowo kwotowe ograniczenie odpowiedzialności wykonawcy względem zamawiającego (ograniczenie kwotowe wysokości dochodzonego roszczenia przekraczającego wysokość kar umownych). Przykładem takiej klauzuli jest właśnie Subklauzula 17.6 Warunków Kontraktowych FIDIC (obecnie w edycji z 2017 r. – Subklauzula 1.15). Przewodnik FIDIC wyjaśnia, że uzasadnieniem do uwzględnienia Subklauzuli 17.6 jest zachowanie rozsądnej równowagi pomiędzy różnymi celami stron umowy, z których każda będzie chciała ograniczyć swoją odpowiedzialność, zachowując jednocześnie prawo do pełnego odszkodowania w przypadku niewykonania zobowiązania przez drugą stronę. Podobnie jak w przypadku większości innych form umów w dzisiejszych czasach, jednym z celów wprowadzenia tej Subklauzuli jest **pomoc stronom w ocenie ich ryzyka na etapie zawierania umowy. Na poziomie praktycznym ma to na celu umożliwienie stronom zidentyfikowania i ubezpieczenia (w miarę możliwości) ich potencjalnych zobowiązań wynikających z umowy.**
9. W ocenie Odwołującego Zamawiający powinien zatem zmodyfikować treść Umowy i ograniczyć odpowiedzialność wykonawcy, bowiem ustalenie niczym nieograniczonej i wyłącznej odpowiedzialności za wszelkie szkody po stronie wykonawcy (jednej ze stron umowy) powoduje nieuprawnione uprzywilejowanie Zamawiającego, nie mieści się w granicach swobody umów i stanowi przejaw czynienia ze swego prawa użytku, który jest sprzeczny z zasadami współzycia społecznego.
10. **Brak uwzględnienia tego standardu w niniejszym postępowaniu powoduje, że tak ukształtowany przez Zamawiającego sposób ponoszenia odpowiedzialności przez wykonawców oznaczać będzie, że wykonawcy zmuszeni będą wkalkulować w cenę ofertową bardzo wysokie koszty ryzyka realizacji zamówienia.** Brak należytego ustalenia zasad odpowiedzialności skutkować może tym, że podmiot, który ma możliwość złożenia konkurencyjnej cenowo oferty, nie uczyni tego ze względu na postanowienia umowne zakładające



nieograniczoną odpowiedzialność Wykonawcy. W sposób oczywisty sytuacja taka nie jest korzystna dla samego Zamawiającego i celu prowadzenia Postępowania jakim jest zabezpieczenie prawidłowości wydatkowania środków publicznych i zapewnienie maksymalnej porównywalności składanych ofert.

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

*26) uporządkowanie terenu budowy po zakończeniu robót; zaplecza budowy, jak również terenów sąsiadujących zajętych lub użytkowanych przez Wykonawcę ~~w tym dokonania na własny koszt renowacji zniszczonych lub uszkodzonych w wyniku prowadzonych prac obiektów, fragmentów terenu dróg, nawierzchni lub instalacji;~~*

*29) ponoszenie ~~wyłącznej~~ odpowiedzialności za wszelkie szkody będące następstwem niewykonania lub nienależytego wykonania przedmiotu zamówienia, które to szkody Wykonawca zobowiązuje się pokryć w pełnej wysokości.*

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

**Załączniki:**

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