



Warszawa, 22 marca 2024 r.

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

Zamawiający:

**Uniwersytet Medyczny
im. Karola Marcinkowskiego w Poznaniu**
ul. Fredry 10, 61-701 Poznań

postępowanie prowadzone przez:

**Dział Zamówień Publicznych
Uniwersytetu Medycznego
im. Karola Marcinkowskiego w Poznaniu**
ul. Fredry 10, 61-701 Poznań
tel.: (61) 854-60-18; (61) 854-60-13
e-mail: dzp@ump.edu.pl

Odwołujący:

Budimex S.A.
ul. Siedmiogrodzka 9, 01-204 Warszawa
KRS: 0000001764
reprezentowany przez:
r.pr. Martyna Nyszk
adres do doręczeń:
BUDIMEX S.A.
ul. Siedmiogrodzka 9, 01-204 Warszawa
e-mail: martyna.nyszk@budimex.pl
tel. 512 397 064

Dotyczy: postępowania prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego pn. „Przebudowa budynku Domu Studenckiego „Eskulap” w formule „zaprojektuj projekt wykonawczy i wybuduj”, numer referencyjny postępowania: PN-15/24 (dalej jako „**Postępowanie**”)

Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 12 marca 2024 r. pod nr S: 51/2024 148397-2024

ODWOŁANIE

Działając w imieniu Budimex S.A. z siedzibą w Warszawie (dalej jako „**Odwołujący**”) na podstawie art. 513 pkt 1 w zw. z art. 505 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (dalej jako „**ustawa Pzp**”), niniejszym wnoszę odwołanie od czynności Zamawiającego polegającej



na ustaleniu treści Specyfikacji Warunków Zamówienia dotyczącej Postępowania (dalej jako: „SWZ”), w tym dokonania zmian treści SWZ, w sposób naruszający przepisy ustawy Pzp i KC, tj.:

- 1) art. 8 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 5 i 353¹ 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 projektowanych postanowień umowy (Załącznik nr 1 do SWZ Projekt Umowy_Eskulap) (dalej jako: „Umowa”) górnego limitu wszystkich kar umownych 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; naruszającym równowagę stron umowy i prowadzącym do naruszenia praw podmiotowych wykonawców (**zarzut nr 1**)
- 2) art. 16 ustawy Pzp, art. 431 ustawy Pzp w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 647, art. 654, art. 5 i art. 353¹ KC** poprzez sformułowanie postanowień Umowy w sposób sprzeczny z istotą umowy o roboty budowlane, jak również wbrew zasadom współdziałania stron umowy w sprawie zamówienia publicznego i swobody kontraktowania poprzez brak nałożenia na Zamawiającego obowiązku odbioru końcowego w sytuacji zaistnienia wad nieistotnych w tym, w szczególności wad nie mających wpływu na uzyskanie pozwolenia na użytkowanie, stanowiąc jednocześnie wyraz nadużycia prawa Zamawiającego do kształtowania postanowień umownych i jego pozycji dominującej oraz będąc postanowieniem niekorzystnym dla wykonawców, naruszającym równowagę stron umowy i prowadzącym do naruszenia praw podmiotowych wykonawców (**zarzut nr 2**)
- 3) art. 433 pkt 4) ustawy Pzp, art. 99 ust. 1 i art. 16 ustawy Pzp w zw. z art. 5 KC, art. 58 KC, art. 353¹ KC w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp** poprzez wprowadzenie do Umowy postanowień niejednoznacznych, niedokładnych, z których jednocześnie wynika, że wykonawca będzie ponosił odpowiedzialność za okoliczności, za które wyłączną odpowiedzialność ponosi zamawiający, tj. za treść informacji, które zamawiający będzie przekazywał wykonawcy, w sytuacji, w której dyspozycja art. 433 ustawy Pzp wprost wskazuje, że taka klauzula jest klauzulą abuzywną, tym samym działanie Zamawiającego stanowi wyraz nadużycia prawa 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 3**)

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. Szkada ta polega na wyłączeniu możliwości pozyskania zamówienia, a w konsekwencji osiągnięcia zysku w związku z jego realizacją. Powyższe dowodzi naruszenia interesu w uzyskaniu zamówienia, co czyni zadość wymaganiom określonym w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp do wniesienia niniejszego odwołania.

Zachowanie terminu i wymogów formalnych:

Odwołanie zostało wniesione z zachowaniem ustawowego terminu, gdyż ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 12 marca 2024 r. Natomiast zmiany treści SWZ zostały opublikowane na stronie prowadzonego postępowania dnia 22 marca 2024 r. Biorąc pod uwagę powyższe, 10-dniowy termin na wniesienie odwołania, o którym mowa w art. 515 ust. 1 pkt 1) ustawy Pzp został zachowany.

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

UZASADNIENIE

I. Zarzuty dotyczące treści projektowanych postanowień Umowy

II.1. Uwagi wstępne

1. Biorąc pod uwagę fakt, że formułowane w ramach niniejszego Odwołania zarzuty dotyczą zasadniczo treści Umowy udostępnionej przez Zamawiającego w ramach załączników do treści SWZ, na wstępie wskazujemy, że jakkolwiek Odwołujący akceptuje, że Zamawiający jako gospodarz postępowania ma pewną swobodę w formułowaniu warunków realizacyjnych, to swoboda ta nie powinna mieć charakteru nieograniczonego, w tym nie może prowadzić do nadużycia własnego prawa podmiotowego. Treść przyszłego stosunku zobowiązaniowego kreowanego przez Zamawiającego, niezależnie od przysługującej Zamawiającemu uprzywilejowanej pozycji, powinien być tak ukształtowany aby realizacja zamówienia była możliwa. **Celem Zamawiającego powinno być również dążenie do osiągnięcia korzystnych rynkowo cen. Zamawiający nie powinien konstruować umowy w sposób, który negatywnie wpłynie na ilość złożonych w przetargu ofert. Nie może także przerzucić całości ryzyka gospodarczego na wykonawcę.**¹ Postanowienia umowy powinny zostać przy tym określone w sposób na tyle precyzyjny, aby wykonawca był w stanie określić cenę ofertową. W sytuacji, w której nie jest możliwe podanie katalogu zamkniętego okoliczności, z którymi wiążą się określone następstwa, Zamawiający powinien dążyć do jak najpełniejszego ich wyszczególnienia.² W odniesieniu do określania zasad przyszłego stosunku zobowiązaniowego,

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

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



podkreślenia wymaga, że swobodę umów ograniczają m.in. zasady współzycia społecznego oraz bezwzględnie obowiązujące przepisy (art. 353¹ KC).

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

II.2. Rażąco wygórowany limit kar umownych – zarzut nr 1

1. Zamawiający w ramach §14 ust. 4 Umowy określił maksymalną wysokość kar umownych do 50% wynagrodzenia umownego brutto, wskazując m.in. co następuje: „**Maksymalna wysokość kar umownych nie może przekroczyć 50% wynagrodzenia umownego brutto, o którym mowa w § 10 ust. 1 Umowy.**”
2. Odwołujący podnosi, że tak zdefiniowany limit kar umownych ma charakter rażąco wygórowany, prowadząc do tego, że obciążenie wykonawcy jest nieadekwatne, a kary umowne nie służą kompensacji szkody powstałej u Zamawiającego, tylko zbliżają tak ukształtowane postanowienie do mechanizmu służącego jego nieuzasadnionemu wzbogaceniu.
3. 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**

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



wypaczenia celu odpłatnej umowy. (...) Kara umowna powinna mieć wysokość, która będzie odczuwalna w stopniu dyscyplinującym stronę umowy, ale nie w stopniu prowadzącym do rażącego wzbogacenia jednej strony kosztem drugiej, a wręcz czyniącym niecelowym jej wykonywanie.

4. 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).
5. Co więcej, w orzecznictwie wskazuje się również, że *roszczenie o zapłatę kary umownej na wypadek zwłoki lub opóźnienia nie przysługuje stronie odstępującej od umowy wzajemnej, jeżeli w umowie zastrzeżono również taką karę w związku z odstąpieniem od umowy* (tak wyrok SN z dn. 14.06.2018 r., sygn. akt V CSK 534/17), **co prowadzi do wniosku, że limit kar za opóźnienie nie powinien przekraczać wysokości kary ustanowionej na wypadek odstąpienia od umowy, która w przedmiotowym przypadku na dzień składania odwołania wynosi 10%** (vide §14 ust. 1 pkt 1) Umowy).
6. 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”*.
7. Nadto, Krajowa Izba Odwoławcza stoi na stanowisku, że negatywnej ocenie powinna 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 (np. tak w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 19 września 2011 r. sygn. KIO 1910/11 i KIO 1918/11).
8. Należy także podkreślić, że w wyroku z dnia 20 października 2023 r. (sygn. KIO 2886/23) Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniła odwołanie złożone przez Odwołującego (Budimex S.A.), tj. w tym sytuacji gdy zamawiający ukształtował górny limit kar umownych na rażąco wygórowanym poziomie, wskazując co następuje:



- 1) „określenie limitu kar umownych służy przede wszystkim umożliwieniu oszacowania wykonawcom ryzyka związanego z niewykonaniem lub nienależytym wykonaniem umowy oraz równoważeniu interesów stron umowy”
- 2) Izba za Odwołującym powołała się na treść uzasadnienia do projektu ustawy Pzp „Kierując się często uproszczonym postrzeganiem interesu zamawiającego, **postanowienia umów zawierają rozwiązania nazbyt restrykcyjne i nieproporcjonalne do rodzaju i wartości zamówienia publicznego (np. z zakresu wysokości i kategorii zastrzeganych kar umownych, przerzucanie odpowiedzialności za większość ryzyk na wykonawców, nieuwzględnienie okoliczności związanych z trudnymi do oszacowania gwałtownymi zmianami rynkowymi). Paradoksalnym skutkiem takiego działania jest niekorzystny wpływ na efektywność wydatkowania środków publicznych, przez wyższe ceny wskazywane przez wykonawców uwzględniające koszt nieproporcjonalnego ryzyka po ich stronie, a także zmniejszenie konkurencyjności postępowań, przez rezygnację potencjalnych wykonawców do udziału w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego**” (Uzasadnienie do rządowego projektu ustawy – Prawo zamówień publicznych, druk sejmowy nr 3625, Sejm VIII kadencji, s. 82; M. Jaworska [w:] Prawo zamówień publicznych. Komentarz red. Marzena Jaworska, Dorota Grześkowiak-Stojek, Julia Jarnicka, Agnieszka Matusiak, Warszawa 2023).
- 3) „(...) ustawodawca nie zdecydował się na ustalenie górnego limitu sumy kar umownych, pozostawiając tę kwestię zamawiającemu, **jednak – w ocenie Izby – nie oznacza to, że Zamawiający ma nieograniczoną swobodę w określaniu łącznej maksymalnej wysokości kar umownych.** Podkreśleniu bowiem wymaga, że **kary umowne, jak i określenie ich limitu, nie mogą służyć wzbogaceniu się strony uprawnionej do ich naliczenia, lecz powinny spełniać przede wszystkim funkcję odszkodowawczą i dyscyplinującą.** Ponadto nie jest przy tym dozwolone zastrzeżenie we wzorcu umownych kary umownej rażąco wygórowanej (tak wyrok Sądu Najwyższego z dnia 25 maja 2007 r. o sygn. akt: I CSK 484/06).
- 4) „W orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej wyrażone jest stanowisko, zgodnie z którym **nie można akceptować takich mechanizmów, które pozbawią wykonawcę przychodu z tytułu świadczonej usługi. Kara umowna powinna mieć wysokość, która będzie odczuwalna w stopniu dyscyplinującym stronę umowy, a w stopniu prowadzącym do rażącego wzbogacenia jednej strony kosztem drugiej, a wręcz czyniącym niecelowym jej wykonywanie (m.in. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 28 grudnia 2018 r. o sygn. akt KIO 25474/18)**”.
- 5) „W szczególności maksymalna wysokość kar nie może być określana na poziomie nieproporcjonalnym w odniesieniu do wysokości wynagrodzenia, ewentualnego ryzyka niewykonania lub nienależytego wykonania umowy i możliwości powstania lub rozmiarów szkody. Kary umowne i ich limit powinny przyczyniać się do prawidłowego wykonania zamówienia zgodnie ze zobowiązaniem wykonawcy, a więc służyć osiągnięciu celu udzielenia zamówienia. Powinny być odczuwalne, ale nie rażąco wygórowane czy zastrzeżone na poziomie, który mógłby powodować uznanie niecelowości wykonania



umowy (por. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 16 stycznia 2023 r. o sygn.. akt KIO 3451/22)”

- 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 wskazała także, że limit kar umownych „*w praktyce udzielania zamówień publicznych wynosi na ogół 10% do maksymalnie 30 % (...) 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”.*
9. W tym miejscu Odwołujący zwraca również uwagę na wydany niedawno najnowszy wyrok Krajowej Izby Odwoławczej w sprawie limitu kar umownych, tj. wyrok KIO z dnia 27 grudnia 2023 r. (sygn. akt KIO 3724/23), w którym Izba uwzględniła odwołanie Odwołującego (Budimex S.A.) i nakazała ustalić maksymalny limit kar umownych, do którego zaliczała się również kara umowna za odstąpienie na poziomie 20% - ze wszystkich tytułów. Analogicznie na poziomie 20% Izba nakazała ustalić maksymalny limit kar umownych ze wszystkich tytułów w wyroku z dnia 11 grudnia 2023 r. o sygn. akt KIO 3515/23. Podane sygnatury najnowszych wyroków wskazują kierunek, w którym obecnie, tj. z uwzględnieniem aktualnej sytuacji rynkowej, kształtuje się jednolita linia orzecznicza Krajowej Izby Odwoławczej.
10. Biorąc pod uwagę powyższe, tj. brak możliwości realnego wyegzekwowania kar umownych przekraczających poziom kilkudziesięciu procent wynagrodzenia umownego, ukształtowanie mechanizmu, który pozwala Zamawiającemu na pozbawienie wykonawcy połowy wynagrodzenia z tytułu wykonania zamówienia, 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) lub podjęcia decyzji o odstąpieniu od złożenia oferty, podkreślamy zasadność dokonania modyfikacji treści SWZ w tym zakresie.



11. Odwołujący zwraca przy tym uwagę, że wprowadzenie limitu kar jest obecnie powszechnym działaniem wśród zamawiających publicznych, 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 lub niewiele wyższym niż poziom kary umownej przewidzianej na wypadek odstąpienia od umowy, w tym znacznie niższym niż Zamawiający przewidział w niniejszym postępowaniu na wypadek odstąpienia od umowy, przykładowo w postępowaniach o analogicznym przedmiocie zamówienia do niniejszego Postępowania:

- 1) w ramach postępowania pn.: „Przebudowa budynku Domu Studenta nr 10 przy ul. Kanafojskiego 10 Uniwersytetu Warmińsko-Mazurskiego w Olsztynie”, nr ogłoszenia 2022/BZP 00484893/01 z dnia 08.12.2022 r. (limit kar umownych **na poziomie 15% wynagrodzenia brutto** przy wysokości kary umownej za odstąpienie od umowy z przyczyn leżących po stronie wykonawcy **na poziomie 10 %**);
- 2) w ramach postępowania pn. pn. „Budowa przedszkola z oddziałem żłobkowym w Dębnicy”, nr referencyjny: Rg.271.2.2024.ZP (limit kar umownych **na poziomie wynosi 20%** przy wysokości kary umownej za odstąpienie od umowy z winy wykonawcy **na poziomie 10%**);
- 3) 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);
- 4) w ramach postępowania pn. „Budowa 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);
- 5) 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);
- 6) w ramach postępowania pn.: „Budowa budynku dla Sądu Rejonowego w Legionowie i Prokuratury Rejonowej w Legionowie przy ul. Jana III Sobieskiego 47 i 47A z koniecznymi rozbiórkami wraz z zagospodarowaniem terenu i niezbędną infrastrukturą”, ogłoszenie nr 2023/S 043-125850 z dnia 01.03.2023 r. (limit kar umownych **na poziomie 15%** wynagrodzenia brutto przy tożsamej wysokości kary umownej na wypadek odstąpienia od umowy z przyczyn leżących po stronie wykonawcy).

12. Zdaniem Odwołującego, ustalenie **łączniego limitu kar na poziomie 50%, stanowi o wprowadzeniu rażąco wygórowanego limitu kar umownych**, tym bardziej, że w przedmiotowym przypadku, ustalenie łączniego limitu kar na poziomie 50% przy jednoczesnym zastrzeżeniu możliwości dochodzenia odszkodowania przewyższającego ten limit



(tj. §14 ust. 3 Umowy „Zamawiający może dochodzić odszkodowania uzupełniającego przenoszącego wysokość zastrzeżonych kar umownych na zasadach ogólnych, do wysokości rzeczywiście poniesionej szkody”) stanowi rażący wyraz nadużycia pozycji dominującej przez Zamawiającego, prowadzący do zabezpieczenia mechanizmu służącego nieuzasadnionemu wzbogaceniu oraz stanowi wprowadzenie znacznej nierówności stron stosunku zobowiązaniowego, tym bardziej nieuzasadnionej, bowiem, że mamy do czynienia z umową o zamówienie publiczne.

13. Nadto, takie ukształtowanie treści umowy nie jest także korzystne dla samego Zamawiającego, z uwagi na to że wykonawcy będą kalkulować w cenie oferty znacznie wyższe ryzyko realizacji zamówienia, a Zamawiający, jako dysponent środków publicznych odpowiadający za ich prawidłowe wydatkowanie, powinien dążyć również do tego, aby osiągnąć korzystne rynkowe ceny ofert.
14. Dodatkowo takie ukształtowanie postanowień w zakresie kar umownych determinuje, że wykonawcy dostrzegając jakiegokolwiek problemy podczas realizacji, mogą zdecydować o zejściu z placu budowy, które relatywnie może się „bardziej” opłacać niż kontynuowanie naliczania kar mogących konsumować połowę ich wynagrodzenia (50%).
15. **Biorąc pod uwagę wszystkie powyższe okoliczności, Odwołujący wnosi o modyfikację treści SWZ poprzez:**

- **nadanie treści §14 ust. 4 Umowy następującego brzmienia:** „Maksymalna wysokość kar umownych nie może przekroczyć 10% wynagrodzenia umownego brutto, o którym mowa w § 10 ust. 1 Umowy”.

Alternatywnie:

- **nadanie treści §14 ust. 4 Umowy następującego brzmienia:** „Maksymalna wysokość kar umownych nie może przekroczyć 15% wynagrodzenia umownego brutto, o którym mowa w § 10 ust. 1 Umowy

II.3. Zarzut dotyczący braku obowiązku dokonania przez Zamawiającego odbioru końcowego w przypadku wad nieistotnych – zarzut nr 2

1. Zamawiający w ramach Umowy, w § 9 ust. 6 pkt 1) lit. a) Umowy przewidział, że:

„Jeżeli w toku czynności odbiorowych zostaną stwierdzone wady, Zamawiającemu przysługują następujące uprawnienia:

1) w przypadku wad nadających się do usunięcia, Zamawiający może odpowiednio:

a) w przypadku nieistotnych wad, w tym w szczególności wad nie mających wpływu na uzyskanie pozwolenia na użytkowanie, a które Wykonawca zobowiązuje się usunąć w terminie 10 dni roboczych, Zamawiający **może dokonać odbioru końcowego**; po usunięciu wad nieistotnych, Zamawiający dokona, przy udziale Wykonawcy, odbioru usunięcia wad, sporządzając protokół odbioru usunięcia wad nieistotnych;”



2. Z powyższego postanowienia wynika, iż Zamawiający w przypadku wystąpienia nieistotnych wad *nie mających wpływu na uzyskanie pozwolenia na użytkowanie* **może** dokonać odbioru końcowego, ale nie stanowi to jego obowiązku. Powyższa okoliczność wskazuje na fakt, że Zamawiający wprowadził więc *de facto* za pośrednictwem powyższego postanowienia możliwość dokonania odbioru bezusterkowego, jednoznacznie sankcjonowanego i wyłączonego w ramach postępowań o udzielenie zamówienia publicznego.
3. **Biorąc pod uwagę powyższe należy wskazać, że poprzez tak ukształtowane postanowienia umowne Zamawiający uchyla się od ciążącego 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.** Odbiór wykonanych robót jest kwestią kluczową w relacjach inwestor (zamawiający) — wykonawca. Stąd też, jakkolwiek praktyka uchylania się przez inwestorów od tego obowiązku, **w szczególności przy odbiorach końcowych.**
4. W orzecznictwie tymczasem jednolicie przyjmuje się, że w przypadku kodeksowej umowy o roboty budowlane **o niewykonaniu zobowiązania nie można mówić, jeżeli wykonawca wykonał roboty, lecz są one wadliwe.** Decydujące znaczenie ma charakter wad. **W konsekwencji niedopuszczalnym jest wprowadzanie tzw. bezusterkowego odbioru robót, co potwierdza jednolicie zarówno orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej jak i sądów powszechnych:**

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

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

- **Wyrok SA we Wrocławiu z 18.12.2013 r.; sygn. akt I ACa 1302/13:**

„Jedynie w sytuacji, gdy oddane dzieło jest dotknięte wadą istotną, tj. czyniącą je niezdatnym do zwykłego użytku lub sprzeciwiającą się wyraźnie umowie, zamawiający może odmówić jego odebrania. Jeżeli natomiast dzieło ma tylko wadę nieistotną, zamawiający nie może skutecznie uchylić się od odebrania dzieła. Te uwagi należy odnieść także do umowy o wykonanie robót budowlanych czy też umowy o wykonanie remontu budynku.”

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

„Stosownie do 647 k.c. przez umowę o roboty budowlane wykonawca zobowiązuje się do oddania przewidzianego w umowie obiektu, wykonanego zgodnie z projektem i zasadami wiedzy technicznej, a



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

5. W doktrynie prawa zamówień publicznych oraz w aktualnym orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej i sądów powszechnych dominuje pogląd, że ustanawianie przez Zamawiającego w umowie postanowień prowadzących w istocie do doprowadzenia do odbioru bezusterkowego, uznać należy bezwzględnie za naruszenie podstawowych obowiązków inwestora, a także podstawowych zasad systemu zamówień publicznych. Okoliczności te mogą stanowić uzasadnioną podstawę do żądania unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie art. 255 pkt. 6 ustawy Pzp z uwagi na fakt, iż postępowanie jest obciążone wadą uniemożliwiającą zawarcie ważnej umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Biorąc pod uwagę wszystkie powyższe okoliczności wnoszę o modyfikację treści SWZ (§ 9 ust. 6 pkt 1) lit. a) Projektu umowy) w następujący sposób:

*„a) w przypadku nieistotnych wad, w tym w szczególności wad nie mających wpływu na uzyskanie pozwolenia na użytkowanie, a które Wykonawca zobowiązuje się usunąć w terminie 10 dni roboczych, Zamawiający **może dokonać** odbioru końcowego. **Po** usunięciu wad nieistotnych Zamawiający dokona, przy udziale Wykonawcy, odbioru usunięcia wad **nieistotnych**, sporządzając protokół odbioru usunięcia wad nieistotnych;”*

II.4. Zarzut dotyczący odpowiedzialności wykonawcy za okoliczności, za które odpowiedzialność ponosi zamawiający (zarzut nr 3)

1. Zamawiający wprowadził do Umowy postanowienia o następującej treści:



- 1) Pierwotne brzmienie: §1 ust. 5 Umowy „Wykonawca oświadcza, że otrzymał i zapoznał się z SWZ wraz z wszystkimi załącznikami (w tym PFU) oraz uzupełnieniami, modyfikacjami i wyjaśnieniami do SWZ, uznał je za wystarczające do wykonania Umowy i nie wnosi do nich zastrzeżeń”.

Następnie dnia 22 marca 2024 r. (w odpowiedzi na pytanie nr 3) wprowadził zmianę powyższego postanowienia, które otrzymało następujące brzmienie: „Wykonawca oświadcza, że otrzymał i zapoznał się z SWZ wraz z wszystkimi załącznikami (w tym PFU) oraz uzupełnieniami, modyfikacjami i wyjaśnieniami do SWZ i nie wnosi do nich zastrzeżeń.”

- 2) Pierwotne brzmienie: §1 ust. 6 Umowy „**Wykonawca oświadcza, że uzyskał od Zamawiającego wszystkie niezbędne informacje i ma pełną wiedzę co do zakresu przedmiotu Umowy, trudności, ryzyka oraz wszelkich innych okoliczności, jakie mogą wpłynąć na realizację Umowy**”.

Następnie dnia 22 marca 2024 r. (w odpowiedzi na pytanie nr 3) wprowadził zmianę powyższego postanowienia, które otrzymało następujące brzmienie: „Wykonawca oświadcza, że uzyskał od Zamawiającego **informacje w zakresie trudności, ryzyka oraz innych okoliczności, jakie mogą wpłynąć na realizację Umowy, a także ma pełną wiedzę co do zakresu przedmiotu Umowy**”.

- 3) §1 ust. 7 Umowy „Wykonawca oświadcza, że posiada wiedzę, doświadczenie, wymagane uprawnienia oraz potencjał techniczny, ekonomiczny i kadrowy niezbędny do wykonania przedmiotu Umowy”.
2. Zgodnie z treścią art. 433 ust. 1 pkt 3) ustawy Pzp „Projektowane postanowienia umowy nie mogą przewidywać: (...) 3) odpowiedzialności wykonawcy za okoliczności, za które wyłączną odpowiedzialność ponosi zamawiający”.
3. Zamawiający w §1 ust. 6 Umowy próbuje przerzucić na wykonawcę odpowiedzialność za działania lub zaniechania, do których może dojść ze strony Zamawiającego. Należy podkreślić, że wykonawca zapoznaje się z dokumentacją postępowania przygotowaną przez Zamawiającego i to na jej podstawie przygotowuje ofertę (w tym harmonogram prac) i dokonuje kalkulacji jej ceny (wraz z ryzykiem realizacji zamówienia), a następnie realizuje umowę o określonej treści.
4. Wykonawca nie ma natomiast wpływu na to czy faktycznie wszystkie informacje i pełna wiedza co do przedmiotu zamówienia, tym bardziej „trudności, ryzyka i inne okoliczności” jakie potencjalnie mogą wpłynąć na realizację Umowy, zostały mu przekazane przez Zamawiającego. Mało realne jest aby nawet sam Zamawiający był w stanie przekazać pełną wiedzę co do każdego możliwego ryzyka czy okoliczności jakie mogą wystąpić w ramach realizacji zamówienia, abym miał pełną wiedzę o zakresie realizacji zamówienia. Wykonawca nie może zatem złożyć oświadczenia o treści wskazanej w §1 ust. 6 Umowy (nawet po zmianie SWZ dokonanej dnia 22 marca 2024 r.), a żądanie zaakceptowania Umowy z uwzględnieniem tego postanowienia stanowi wyraz nadużycia pozycji dominującej Zamawiającego i próby przerzucenia odpowiedzialności na wykonawcę, za



działania lub zaniechania, za które odpowiedzialność ponosi Zamawiający (np. braki lub błędy w przekazywanych wykonawcy informacjach związanych z realizacją zamówienia). W dalszym ciągu pomimo, zmian treści SWZ postanowienie to przerzuca odpowiedzialność na wykonawcę za działania i zaniechania Zamawiającego w sposób nieuprawniony i niezgodny z treścią ustawy Pzp.

5. Wykonawca ma wiedzę i informacje co do zakresu zamówienia wynikające z dokumentacji przetargowej (akceptuje treść SWZ i jej modyfikacje) i z jego doświadczenia (posiada wiedzę, doświadczenie i zasoby do realizacji zamówienia), ale w tym zakresie składa oświadczenie wskazane w §1 ust. 5 i ust. 7 Umowy. Nie odpowiada natomiast za treść informacji przekazywanych mu przez Zamawiającego, w tym braku informacji lub informacji niepełnej lub błędnej.
6. Dodatkowo postanowienie jest sformułowane w sposób niejednoznaczny i bardzo ogólny. Pozostanie go w takim kształcie mogłoby generować obarczenie wykonawcy odpowiedzialnością odszkodowawczą, w przypadku zaistnienia jakichkolwiek rozbieżności, błędów w przekazywanych przez Zamawiającego informacjach. Należy podkreślić, że informacje mogą być przekazywane przez Zamawiającego w różnej formie, także dokumentacji, a za treść tych informacji i treść dokumentów odpowiedzialny jest Zamawiający (w szczególności SWZ, OPZ). Nie można zatem za jej błędy, braki obarczać odpowiedzialnością wykonawcę. Wykonawca podpisując umowę z Zamawiającym może jedynie oświadczyć i potwierdzić, że się z informacjami zawartymi w dokumentacji przetargowej zapoznał, akceptuje je i będzie realizował umowę zgodnie z treścią tej dokumentacji, a czy uzyskał pełny i prawidłowy zakres tych informacji zależy wyłącznie od Zamawiającego.
7. Powyższe potwierdza orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej, przykładowo:
 - 1) Wyrok z dnia 30 listopada 2021 r., sygn. KIO 3335/21: *„Za niedopuszczalne w świetle art. 433 pkt 3 p.z.p. należałoby uznać takie postanowienia umowne, które nakładałyby na wykonawcę odpowiedzialność za wady dokumentacji projektowej, którą zamawiający przekazał wykonawcy w celu realizacji zamówienia”*
 - 2) Wyrok z dnia 19 listopada 2021 r., sygn. KIO 3260/21: *„Sporządzenie dokumentacji przetargowej jest obowiązkiem zamawiającego i to zamawiający ponosi odpowiedzialność za jej wady. Wykonawcy przed złożeniem ofert mają obowiązek zapoznać się z tą dokumentacją i mogą żądać wyjaśnień jej treści, jak też mogą kwestionować jej treść w drodze odwołania, niemniej jednak nie może to oznaczać przerwania odpowiedzialności za prawidłowość wykonania tej dokumentacji na wykonawców”*
8. **Biorąc pod uwagę wszystkie powyższe okoliczności, Odwołujący wnosi o modyfikację treści SWZ (Umowy) poprzez usunięcie treści §1 ust. 6 Umowy (zmienionej dnia 22 marca 2024 r.):**

~~„Wykonawca oświadcza, że uzyskał od Zamawiającego informacje w zakresie trudności, ryzyka oraz innych okoliczności, jakie mogą wpłynąć na realizację Umowy, a także ma pełną wiedzę co do zakresu przedmiotu Umowy”.~~



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.