

Warszawa, dnia 29 stycznia 2024 roku

**Prezes
Krajowej Izby Odwoławczej**

ul. Postępu 17a
02 – 676 Warszawa

Odwołujący: **ERBUD INTERNATIONAL**
Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością
Jasionka 942, 36 – 002 Jasionka
KRS Nr: 0000000746
tel.: 17 771 43 33
e – mail: erbud-international@erbud.pl
reprezentowana przez:
adwokata Rafała Skrzypczaka
adres do doręczeń do pełnomocnika:
ERBUD Spółka Akcyjna
ul. Franciszka Klimczaka 1, 02 - 797 Warszawa
tel.: 22 548 70 00 ; 692-242-760
fax: 22 548 70 20
e – mail: rafal.skrzypczak@erbud.pl
(adres do korespondencji)

Zamawiający: **Państwowa Akademia Nauk Stosowanych
w Krośnie**
ul. Rynek 1, 38-400 Krosno
e-mail: przetargi@pans.krosno.pl

Dotyczy: Przetargu prowadzonego trybie podstawowym w celu udzielenia zamówienia publicznego oznaczonego „REMONT, PRZEBUDOWA, ROZBUDOWA, NADBUDOWA CENTRUM KOMUNIKACJI I JĘZYKÓW OBCYCH”

Ogłoszenie o zamówieniu: Ogłoszenie nr 2024/BZP 00055547/01 z dnia 2024-01-22

ODWOŁANIE

- I. Działając w imieniu Wykonawcy – ERBUD INTERNATIONAL Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością (zwana dalej również „Odwołujący” lub „ERBUD” - pełnomocnictwo w załączeniu), na podstawie art. 513 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo Zamówień Publicznych (dalej „PZP”), wnoszę niniejszym odwołanie od niezgodnej z przepisami ustawy PZP oraz k.c. czynności Zamawiającego polegającej na ustaleniu treści Specyfikacji Warunków Zamówienia dotyczącej Postępowania (dalej jako: „**SWZ**”), w sposób naruszający przepisy ustawy PZP oraz k.c.

- II. Ogłoszenie dot. niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia zostało opublikowane w BZP dnia **22 stycznia 2024 r.** Odwołujący uzyskał zatem informację o zaskarżonych w niniejszym odwołaniu czynnościach Zamawiającego w dniu **22 stycznia 2024 r.** W związku z tym niniejsze odwołanie zostało wniesione w terminie.
- III. Zaskarżonym czynnościom Zamawiającego, a w konsekwencji Zamawiającemu, zarzuca się:
- 1) **art. 8 ust. 1 PZP w zw. z art. 5 i 353(1) k.c. w zw. z art. 647 k.c. w zw. z art. 453 ust. 1 i 2 PZP w zw. z art. 16 PZP** poprzez uzależnienie dokonania odbioru prac objętych Umową od braku jakichkolwiek wad lub usterek;
 - 2) **art. 455 ust. 1 pkt 1) PZP w zw. z art. 8 ust. 1 PZP w zw. z art. 5 i 353(1) k.c. w zw. z art. 16 PZP w zw. z art. 99 ust. 1 PZP w zw. z art. 433 pkt 3) PZP** poprzez wprowadzenie postanowień umożliwiających zmianę umowy wyłącznie w zakresie terminu jej realizacji, bez uwzględnienia wpływu zmian niemożliwych do przewidzenia przez wykonawcę na należne mu wynagrodzenie, co narusza zasady zmiany umowy, generując niemożliwe do skalkulowania ryzyka związane ze sposobem realizacji przedmiotowego zamówienia;
 - 3) **art. 8 ust. 1 PZP w zw. z art. 5 i 353(1) k.c. w zw. z art. 647 k.c. w zw. z art. 453 ust. 1 i 2 PZP w zw. z art. 16 PZP** poprzez zdefiniowanie w ramach Umowy kar umownych w taki sposób, iż stanowią one zdublowanie mechanizmów zabezpieczenia interesów Zamawiającego w danym zakresie, nie stanowiąc środka do kompensacji realnej szkody po stronie Zamawiającego, co jest nadmiernym i nieadekwatnym obciążeniem wykonawcy w stosunku do specyfiki realizacji i uwarunkowań rynkowych, będąc jednocześnie postanowieniem niekorzystnym dla wykonawców, naruszającym równowagę stron umowy i prowadzącym do naruszenia praw podmiotowych wykonawców;
 - 4) **art. 8 ust. 1 PZP w zw. z art. 5 i 353(1) k.c. w zw. z art. 647 k.c. w zw. z art. 453 ust. 1 i 2 PZP w zw. z art. 16 PZP** poprzez wprowadzenie limitu kar umownych w wysokości 50% całkowitego wynagrodzenia netto w sposób rażąco wygórowany, co jest nadmiernym i nieadekwatnym obciążeniem wykonawcy w stosunku do specyfiki realizacji i uwarunkowań rynkowych, będąc jednocześnie postanowieniem niekorzystnym dla wykonawców, naruszającym równowagę stron umowy i prowadzącym do naruszenia praw podmiotowych wykonawców.
- IV. Mając na uwadze powyższe, Odwołujący wnosi o:
- 1) uwzględnienie odwołania,
 - 2) nakazanie Zamawiającemu dokonania zmiany treści SWZ w sposób wskazany w uzasadnieniu niniejszego odwołania.
- V. Odwołujący ma interes w uzyskaniu zamówienia publicznego, którego dotyczy przedmiotowa sprawa i jest zainteresowany uzyskaniem tego zamówienia. W celu uzyskania zamówienia Odwołujący zainteresowany jest złożeniem oferty w niniejszym postępowaniu przetargowym. Zamawiający ukształtował jednak warunki realizacji zamówienia określone w projekcie Umowy w taki sposób, że naruszona została równowaga stron stosunku zobowiązaniowego – wszelkie ryzyka związane z realizacją zamówienia przerzucono na wykonawcę. W konsekwencji także Odwołujący jest narażony na poniesienie ewentualnych

negatywnych skutków bezpodstawnego ograniczenia dostępu do udziału w postępowaniu, albowiem w perspektywie potencjalnie skutkować to może powstaniem po stronie Odwołującego szkody m.in. w postaci utraty korzyści i zysków wynikających z możliwości potencjalnego realizowania zamówienia, którego dotyczy postępowanie przetargowe. Uwzględnienie niniejszego odwołania pozwoli Odwołującemu potencjalnie złożyć ofertę i uzyskać przedmiotowe zamówienie i wynikające z niego korzyści. W konsekwencji stanowi to wystarczającą przesłankę do skorzystania przez Odwołującego ze środków ochrony prawnej przewidzianych w Ustawie PZP, w tym dla wniesienia niniejszego odwołania.

VI. Jednocześnie w imieniu Odwołującego wnoszę o zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kwoty zapłaconej tytułem wpisu od niniejszego odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika Odwołującego na podstawie przedłożonej faktury VAT, według norm przepisanych.

VII. Kopia odwołania została przekazana Zamawiającemu.

Uzasadnienie

Uwagi ogólne

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 (Wyrok Sądu Okręgowego Warszawa-Praga z dnia 16 sierpnia 2005 r., sygn. akt IV Ca 508/05). Postanowienia umowy powinny zostać przy tym określone w sposób na tyle precyzyjny, aby wykonawca był w stanie określić cenę ofertową. W sytuacji, w której nie jest możliwe podanie katalogu zamkniętego okoliczności, z którymi wiążą się określone następstwa, Zamawiający powinien dążyć do jak najpełniejszego ich wyszczególnienia (Wyrok KIO z dnia 20 stycznia 2014 r., sygn. akt KIO 2949/13). W odniesieniu do określania zasad przyszłego stosunku zobowiązaniowego, podkreślenia wymaga, że swobodę umów ograniczają m.in. zasady współżycia społecznego oraz bezwzględnie obowiązujące przepisy (art. 353¹ k.c.).

W ramach 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 skorzystania

przez kontrahenta z pozycji dominującej), a przyczyną tego nie jest niedbalstwo samego pokrzywdzonego. Dalsza przesłanka uznania umowy za wykraczającą poza granice kompetencji stron wynika z istoty zasad współżycia społecznego jako ocen i norm moralnych, a polega również na uwzględnieniu postawy drugiej strony umowy. Negatywna ocena umowy ze względu na kryteria moralne uzasadniona jest tylko w tych przypadkach, gdy kontrahentowi osoby pokrzywdzonej można postawić zarzut złego postępowania, polegającego na wykorzystaniu (świadomym lub spowodowanym niedbalstwem) swojej przewagi. Tak też jednoznacznie stwierdzał Sąd Najwyższy w wyrokach o sygn. IV CSK 478/07 oraz II CSK 528/10. Takiej negatywnej ocenie powinna też podlegać umowa o zamówienie publiczne, ukształtowana przez Zamawiającego z wykorzystaniem jego silniejszej pozycji w Postępowaniu, gdyż umowa taka powinna chronić interesy nie tylko Zamawiającego, ale również Wykonawcy (tak KIO w wyrokach o sygn. KIO 1910/11 i KIO 1918/11).

II. Zarzuty dotyczące ograniczeń przy dokonywaniu odbiorów prac

W ramach § 9 Umowy Zamawiający wprowadził następujące zapisy dotyczące dokonywania odbioru prac:

- „7. *Zamawiający przystąpi do odbioru końcowego robót w ciągu 7 dni roboczych od daty przekazania Zamawiającemu pisemnej informacji o zakończeniu robót i zakończy odbiór w ciągu 5 dni roboczych, od daty rozpoczęcia odbioru robót, chyba że w trakcie odbioru stwierdzone zostaną wymagające usunięcia wady, usterki czy niedoróbki. W takim przypadku ustalony zostanie termin przeprowadzenia ponownego odbioru końcowego robót.
Za datę zakończenia robót uznaje się datę przedłożenia Zamawiającemu kopii wniosku o pozwolenie na użytkowanie wniesionego przez Wykonawcę (na podstawie pełnomocnictwa) we właściwym urzędzie nadzoru budowlanego. Protokół odbioru końcowego robót bez uwag zostanie podpisany po dokonaniu bez uwag odbiorów i kontroli przez organy administracji publicznej, które są zobligowane przepisami prawa do dokonania odbiorów lub kontroli przedmiotu zamówienia,
Z dniem zakończenia robót Wykonawca przekaze Zamawiającemu zabezpieczenia roszczeń z tytułu rękojmi za wady, na kwotę 30% zabezpieczenia należytego wykonania umowy”;*
- „9. *Jeżeli dokumenty wymienione w pkt. powyżej nie są kompletne, lub zawierają błędy, Inspektor nadzoru inwestorskiego nie dokona pisemnego potwierdzenia o zakończeniu robót i gotowości obiektu do odbioru, aż do chwili prawidłowego ich uzupełnienia”;*
- „10. *Jeżeli Zamawiający uzna, że roboty zostały zakończone i nie będzie miał zastrzeżeń, co do kompletności oraz prawidłowości dostarczonych przez Wykonawcę dokumentów, w porozumieniu z Wykonawcą wyznaczy datę odbioru końcowego; w przeciwnym razie zażąda od Wykonawcy ponownego zgłoszenia robót do odbioru i uzupełnienia dokumentacji”;*
- „11. *Odbiór końcowy nie może być dokonany, stwierdzone wady lub inne naruszenia postanowień niniejszej umowy obniżają przewidzianą przez Zamawiającego w dokumentacji projektowej zdolność użytkową wykonanych robót”;*
- „14. *Protokół odbioru końcowego nie zostanie podpisany przez Zamawiającego do czasu usunięcia wad i usterek i niedoróbek stwierdzonych w czasie dokonywania czynności odbioru”.*

Ww. zapisy są sprzeczne z bezwzględnie obowiązującymi przepisami prawa. Przypomnieć należy, że art. 647k.c. wskazuje, iż jednym z podstawowych obowiązków inwestora, w tym

wypadku Zamawiającego, w ramach umowy o roboty budowlane jest dokonanie odbioru robót. Prawdopodobnie takiego działania potwierdza również orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej jak i sądów okręgowych, sankcjonujące wprowadzanie tzw. bezusterkowego odbioru robót:

□ **Wyrok SN z 14.02.2007 r.; sygn. akt II CNP 70/06**

„Oddanie dzieła nie powoduje wymagalności wierzytelności przyjmującego zamówienie o wynagrodzenie, gdy oddane dzieło jest dotknięte wadą istotną, tj. czyniącą je niezdatnym do zwykłego użytku lub sprzeciwiającą się wyraźnie umowie. Jeżeli natomiast dzieło ma tylko wadę nieistotną, należy uznać, że jego oddanie powoduje, w myśl art. 642 § 1 KC, wymagalność wierzytelności przyjmującego zamówienie o wynagrodzenie za dzieło”.

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

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

□ **Wyrok SA we Wrocławiu z 18.10.2012 r. I ACa 1046/12**

„Przez wykonanie - oddanie dzieła (odpowiednio robót budowlanych) rozumieć należy taką sytuację, gdy roboty zostały wykonane zgodnie z zakresem przedmiotowym umowy, na co nie ma wpływu ewentualne posiadania przez dzieło lub wykonane roboty budowlane, nieistotnych wad, usterek i niedoróbek. Nawet ujawnienie wad robót budowlanych nie zwalnia inwestora od obowiązku dokonania odbioru robót (wynika on z art. 647 KC), z tą bowiem chwilą nabywa on uprawnienia z tytułu rękojmi przewidziane w art. 637 KC i art. 638 KC. Możliwość odstąpienia od umowy przewidziana jest jedynie wtedy, kiedy dzieło (roboty budowlane) posiada wady istotne. Zgłaszane zarzuty odnoszące się do wad nieistotnych, nie stanowią podstawy, ani do odmowy sporządzenia protokołu końcowego odbioru robót powierzonych stronie powodowej, ani też do odstąpienia od umowy. Ewentualnie mogłyby rodzić, o ile byłyby zasadne roszczenia z rękojmi i gwarancji”.

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

„Stosownie do 647 k.c. przez umowę o roboty budowlane wykonawca zobowiązuje się do oddania przewidzianego w umowie obiektu, wykonanego zgodnie z projektem i zasadami wiedzy technicznej, a inwestor zobowiązuje się do dokonania wymaganych przez właściwe przepisy czynności związanych z przygotowaniem robót, w szczególności do przekazania terenu budowy i dostarczenia projektu, oraz do odebrania obiektu i zapłaty umówionego wynagrodzenia. Z powyższego przepisu wynika, iż jednym z podstawowych obowiązków zamawiającego jest dokonanie odbioru wykonanych przez wykonawcę robót. W sytuacji, zatem, gdy obiekt zostanie wykonany zgodnie z projektem, obowiązującymi przepisami i sztuką budowlaną oraz gdy zostanie wydana pozytywna decyzja o pozwoleniu na użytkowanie, to w przypadku zgłoszenia obiektu do odbioru zamawiający winien do niego przystąpić. Gdy natomiast w toku odbioru zostaną ujawnione nieistotne wady (usterki), które nie wpływają na możliwość użytkowania obiektu i są możliwe do ich niezwłocznego usunięcia, nie powinno to uniemożliwiać odbioru obiektu, zwłaszcza, gdy jest możliwe przejęcie obiektu i jego wykorzystywanie zgodnie z jego celem. Zamawiający winien w takim przypadku dokonać 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 (...).”.

W związku z powyższym stwierdzić należy, iż zacytowane powyżej zapisy Umowy sprzeczne są z treścią art. 647 k.c., a co za tym idzie, Odwołujący wnosi o modyfikację SWZ poprzez nadanie poniżej wskazanym ustępom § 9 Umowy następującej treści:

- 7. Zamawiający przystąpi do odbioru końcowego robót w ciągu 7 dni roboczych od daty przekazania Zamawiającemu pisemnej informacji o zakończeniu robót i zakończy odbiór w ciągu 5 dni roboczych, od daty rozpoczęcia odbioru robót, chyba że w trakcie odbioru stwierdzone zostaną wymagające usunięcia **istotne** wady, usterki czy niedoróbki. W takim przypadku ustalony zostanie termin przeprowadzenia ponownego odbioru końcowego robót.
Za datę zakończenia robót uznaje się datę przedłożenia Zamawiającemu kopii wniosku o pozwolenie na użytkowanie wniesionego przez Wykonawcę (na podstawie pełnomocnictwa) we właściwym urzędzie nadzoru budowlanego. Protokół odbioru końcowego robót ~~bez uwag~~ zostanie podpisany po dokonaniu bez **istotnych** uwag odbiorów i kontroli przez organy administracji publicznej, które są zobligowane przepisami prawa do dokonania odbiorów lub kontroli przedmiotu zamówienia, Z dniem zakończenia robót Wykonawca przekaze Zamawiającemu zabezpieczenia roszczeń z tytułu rękojmi za wady, na kwotę 30% zabezpieczenia należytego wykonania umowy”;
- „9. Jeżeli dokumenty wymienione w pkt. powyżej nie są kompletne, lub zawierają błędy, Inspektor nadzoru inwestorskiego nie dokona pisemnego potwierdzenia o zakończeniu robót i gotowości obiektu do odbioru, aż do chwili prawidłowego ich uzupełnienia, **chyba że usterki te mają charakter nieistotny**”;
- „10. Jeżeli ~~Zamawiający uzna, że~~ roboty zostały zakończone i nie będzie **miał istotnych** zastrzeżeń, co do kompletności oraz prawidłowości dostarczonych przez Wykonawcę dokumentów, **Zamawiający** w porozumieniu z Wykonawcą wyznaczy datę odbioru końcowego; w przeciwnym razie zażąda od Wykonawcy ponownego zgłoszenia robót do odbioru i uzupełnienia dokumentacji”;
- „11. Odbiór końcowy nie może być dokonany, stwierdzone **istotne** wady lub inne naruszenia postanowień niniejszej umowy obniżają przewidzianą przez Zamawiającego w dokumentacji projektowej zdolność użytkową wykonanych robót **lub zagrażają życiu lub zdrowiu**”;
- „14. Protokół odbioru końcowego nie zostanie podpisany przez Zamawiającego do czasu usunięcia **istotnych** wad i usterek i niedoróbek stwierdzonych w czasie dokonywania czynności odbioru”.

II. Zarzuty dotyczące zasad wprowadzania zmian do Umowy

W § 7 ust. 6 Umowy Zamawiający wprowadził następujące zapisy, które dopuszczają zmianę jedynie terminów realizacji określonych w Umowie, tj.:

„Dopuszczalna jest zmiana umowy bez przeprowadzenia nowego postępowania o udzielenie Zamówienia jeśli zachodzą okoliczności wymienionych w art. 455 ust 1 i 2 ustawy Pzp, lub w przypadku wystąpienia co najmniej jednej z okoliczności wymienionej poniżej: (...)

d) Konieczności przesunięcia terminu realizacji zamówienia, jeśli konieczność ta nastąpiła na skutek okoliczności, których nie można było przewidzieć w chwili zawierania umowy i nie leżących po stronie Wykonawcy. W takim przypadku termin zostanie przedłużony proporcjonalnie do czasu w którym nastąpił przestój w robotach.

e) Konieczności przesunięcia terminu realizacji zamówienia, jeśli konieczność ta nastąpiła na skutek okoliczności leżących po stronie Zamawiającego. W takim przypadku termin zostanie przedłużony proporcjonalnie do czasu w którym nastąpił przestój w robotach. (...)

n) Konieczności wprowadzenia zmian terminu zakończenia realizacji przedmiotu umowy spowodowanych warunkami geologicznymi, lub terenowymi, znaleziskami archeologicznymi w szczególności: niewypały i niewybuchy, wykopaliska archeologiczne nieprzewidziane w SWZ. W takim przypadku termin zostanie przedłużony proporcjonalnie do czasu w którym nastąpił przestój w robotach.

o) Wystąpienia okoliczności, których obiektywnie nie można było przewidzieć w chwili zawarcia umowy. W takim przypadku termin zostanie przedłużony proporcjonalnie do czasu w którym nastąpił przestój w robotach

Warunki zmian:

- *inicjowanie zmian - na wniosek Wykonawcy lub Zamawiającego,*
- *uzasadnienie zmian - prawidłowa realizacja przedmiotu umowy, obniżenie kosztów, zapewnienie optymalnych parametrów technicznych i jakościowych robót, itp.*
- *forma zmian - aneks do umowy w formie pisemnej pod rygorem nieważności”.*

Cechą wspólną cytowanych na wstępie postanowień umownych jest to, że dotyczą one okoliczności nieprzewidywalnych, niezawinionych przez Wykonawcę, które wpłynąć mogą na zakres i sposób wykonywanych przez niego robót budowlanych. Całkowicie nieracjonalnym w odniesieniu do tego rodzaju sytuacji jest odgórne założenie o braku wpływu tego rodzaju zmiennych na koszty realizacji prac. W tego rodzaju sytuacji wpisana jest bowiem pewna nieprzewidywalność, której nie da się z góry ustalić ani co do zasady ani co do wysokości. Innymi słowy, odgórne założenie, że zmiany projektowe, siła wyższa, kolizje, roboty dodatkowe czy zamiennie nie wygenerują konieczności korekty wynagrodzenia należnego wykonawcy całkowicie „usztywnia” Umowę, uniemożliwiając jej dostosowanie do zmieniających się uwarunkowań czy identyfikowanych na bieżąco elementów właściwych danej realizacji. Całkowicie niweczy to ideę zmiany umowy na wypadek wystąpienia tego rodzaju nieprzewidywalnych zjawisk, uniemożliwiając tak naprawdę prawidłowe skorzystanie z instytucji zmiany umowy, eliminując de facto szansę na właściwą reakcję w sytuacjach nieprzewidywalnych.

O tym, że odgórne założenie o braku wpływu zmian umowy na wysokość wynagrodzenia należnego wykonawcy jest założeniem nieprawidłowym świadczy zresztą już sama dyspozycja art. 455 ust. 1 pkt 1) PZP, w ramach której ustawodawca wprost wszak określił, że dopuszczalne jest wprowadzenie zmian umowy niezależnie od wartości tej zmiany. Ustawodawca wprowadzając tego rodzaju postanowienie niewątpliwie miał więc świadomość, że każda zmiana umowy potencjalnie może wiązać się z koniecznością korekty jej wartości i wprost taką możliwość zaakcentował w treści przepisu.

Rezygnacja z odgórnego założenia o braku możliwości zmiany wynagrodzenia z jednej strony eliminuje ryzyka wystąpienia sytuacji nieprzewidywalnych przez wykonawców, których skali i wartości nie są oni w stanie przewidzieć, z drugiej zaś nie generowałaby żadnych negatywnych konsekwencji dla Zamawiającego. Dla dokonania jakiegokolwiek zmiany umowy konieczny jest wszak konsensus stron, stąd bez zgody Zamawiającego, jakakolwiek zmiana, bez względu na jej przedmiot i wartość i tak nie mogłaby być wprowadzona. Jeśli więc Zamawiający nie chciałby, bądź nie mógł z uwagi na swoje możliwości finansowe, skorzystać

z określonej podstawy zmiany umowy zdefiniowanej w §7 ust. 6 Umowy, bądź też nie wiązałyby z jej wystąpieniem jakichkolwiek kosztów, to nawet przy wprowadzeniu postanowienia w kształcie postulowanym przez Odwołującego, takiego obowiązku nie nakładałaby na niego ani Umowa ani treść przepisów PZP.

Postulowana przez Odwołującego korekta postanowień treści Umowy jest niezbędna także przez wzgląd na treść art. 99 ust. 1 PZP, który w sposób jednoznaczny nakłada na Zamawiającego odpowiedzialność za prawidłowe przygotowanie opisu przedmiotu zamówienia.

Jak wynika bowiem z treści § 7 ust. 6 Umowy, zgodnie z założeniami Zamawiającego, Wykonawcy mieliby ponosić odpowiedzialność finansową za sytuacje przez siebie niezawinione mogące mieć swoje źródło tak w okolicznościach niemożliwych do przewidzenia przez żadną ze stron, jak i w okolicznościach obciążających przykładowo Zamawiającego (np. nieprawidłowości w dokumentacji projektowej). W takiej sytuacji, w której Wykonawcy mieliby ponosić wyłączną odpowiedzialność za sytuacje niemożliwie do przewidzenia, rozkład obowiązków i ryzyk stron umowy jest poważnie zachwiany i niezgodny z przepisami prawa. Trudno bowiem znaleźć uzasadnienie dla zasadności obciążania kosztami niezawinionych czy niemożliwych do przewidzenia sytuacji wpływających na harmonogram wykonywanych prac wyłącznie Wykonawcy, który nie byłby źródłem zaistniałej sytuacji. Co więcej, obciążanie konsekwencjami takiego działania wykonawcy, w sytuacji, w której jego źródłem byłyby okoliczności leżące po stronie Zamawiającego (co również mieściłoby się w zakresie dyspozycji § 7 ust. 6 Umowy) kwalifikowałoby wręcz projektowane przez Zamawiającego postanowienie umowne jako klauzulę abuzywną w rozumieniu art. 433 pkt 3) PZP.

W konsekwencji, tak ukształtowane postanowienia umowne nie pozwalają wykonawcom na jakiegokolwiek oszacowanie ryzyk ofertowych związanych z ewentualnymi zmianami umowy, wygenerowanymi sytuacjami niemożliwymi do przewidzenia na moment składania oferty. Z uwagi na to, że każdy z wykonawców ryzyka w tym zakresie oszacować może na zupełnie odmiennym poziomie, oferty bazujące na tak ukształtowanych postanowieniach umownych, stają się całkowicie nieporównywalne. Jest to z kolei sytuacja, nie tylko godząca w interesy wykonawców, ale i samego zamawiającego, który dbać powinien o prawidłowe wydatkowanie środków publicznych. Skoro natomiast wykonawcy zmuszani są do kalkulacji w ramach oferty ryzyk w sposób całkowicie spekulacyjny, kalkulacja ta może przybrać poziom nieadekwatny do późniejszych realiów realizacyjnych, co zmusi Zamawiającego do ponoszenia zbędnych wydatków związanych z przedmiotową realizacją.

Podkreślając konieczność i zasadność modyfikacji wskazanych na wstępie postanowień umownych, przerzucających wszelkie ryzyka finansowe związane z zaistnieniem niezawinionych przez wykonawcę zdarzeń wpływających na realizację zamówienia wyłącznie na wykonawcę, Odwołujący podkreśla, że zgodnie z założeniem ustawodawcy wyrażonym w art. 431 PZP, zamawiający i wykonawca winni współdziałać przy realizacji zamówienia, co choć będąc ogólną zasadą, podkreśla dodatkowo wagę symetrycznego rozkładu obowiązków i uprawnień związanych z realizacją zamówienia publicznego.

Odwołujący formułując zarzuty w tym zakresie, podkreśla przy tym, że maksymalna granica odpowiedzialności nałożonej na wykonawcę w toku realizacji winna wynikać z postanowień opisu przedmiotu zamówienia. Opis przedmiotu zamówienia, co wprost determinuje dyspozycja art. 99 ust. 1 PZP powinien bowiem pozwolić każdemu z potencjalnie zainteresowanych danym zamówieniem wykonawcom, przygotowanie i złożenie ważnej oferty, w tym umożliwić precyzyjne obliczenie ceny za jego realizację. Zamawiający formułując opis przedmiotu zamówienia powinien w związku z tym postąpić dostatecznie dokładnie i zrozumiałymi określeniami oraz uwzględnić wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty, mając na uwadze to,

iż perspektywą decydująca dla oceny, czy wytyczne te zostały zachowane, jest perspektywa wykonawcy. Takie stanowisko potwierdził m.in. SO w Zielonej Górze w wyroku z dnia 13 maja 2005 r. (sygn. akt II Ca 109/05), w ramach którego wskazał, że okoliczność, że inny wykonawca składa ofertę zgodną z założeniem zamawiającego, nie ma znaczenia, wystarczy bowiem, że określenie przedmiotu zamówienia mogło wprowadzić w błąd jakiegokolwiek wykonawcę. W związku z tym jak wskazał Sąd Okręgowy w Gdańsku w wyroku z dnia 27 listopada 2006 r. (sygn. akt III Ca 1019/06) „opis przedmiotu zamówienia powinien być na tyle jasny, aby pozwalał na identyfikację zamówienia. Zwroty użyte do określenia przedmiotu zamówienia powinny być dokładnie określone i niebudzące wątpliwości, a zagadnienie winno być przedstawione wszechstronnie, dogłębnie i szczegółowo (...)”.

Biorąc pod uwagę wszystkie powyższe okoliczności, Odwołujący wnosi o modyfikację treści § 7 ust. 6 Umowy poprzez nadanie mu następującego brzmienia:

„Dopuszczalna jest zmiana umowy bez przeprowadzenia nowego postępowania o udzielenie Zamówienia jeśli zachodzą okoliczności wymienionych w art. 455 ust 1 i 2 ustawy Pzp, lub w przypadku wystąpienia co najmniej jednej z okoliczności wymienionej poniżej: (...)

d) Konieczności przesunięcia terminu realizacji zamówienia, jeśli konieczność ta nastąpiła na skutek okoliczności, których nie można było przewidzieć w chwili zawierania umowy i nie leżących po stronie Wykonawcy. W takim przypadku **wynagrodzenie zostanie zmienione oraz** termin zostanie przedłużony proporcjonalnie do czasu w którym nastąpił przestój w robotach.

e) Konieczności przesunięcia terminu realizacji zamówienia, jeśli konieczność ta nastąpiła na skutek okoliczności leżących po stronie Zamawiającego. W takim przypadku **wynagrodzenie zostanie zmienione oraz** termin zostanie przedłużony proporcjonalnie do czasu w którym nastąpił przestój w robotach. (...)

n) Konieczności wprowadzenia zmian terminu zakończenia realizacji przedmiotu umowy spowodowanych warunkami geologicznymi, lub terenowymi, znaleziskami archeologicznymi w szczególności: niewypały i niewybuchy, wykopaliska archeologiczne nieprzewidziane w SWZ. W takim przypadku **wynagrodzenie zostanie zmienione oraz** termin zostanie przedłużony proporcjonalnie do czasu w którym nastąpił przestój w robotach.

o) Wystąpienia okoliczności, których obiektywnie nie można było przewidzieć w chwili zawarcia umowy. W takim przypadku **wynagrodzenie zostanie zmienione oraz** termin zostanie przedłużony proporcjonalnie do czasu w którym nastąpił przestój w robotach

Warunki zmian:

- inicjowanie zmian - na wniosek Wykonawcy lub Zamawiającego,
- uzasadnienie zmian - prawidłowa realizacja przedmiotu umowy, obniżenie kosztów, zapewnienie optymalnych parametrów technicznych i jakościowych robót, itp.
- forma zmian - aneks do umowy w formie pisemnej pod rygorem nieważności”.

III. Zarzuty dotyczące wprowadzenia i wysokości poszczególnych kar umownych

W § 13 ust. 1 Umowy Zamawiający zawarł zapisy:

„1. Zamawiający może żądać od Wykonawcy zapłaty kar umownych: (...)

f) za nieprzedłożenie do zaakceptowania projektu umowy o podwykonawstwo, której przedmiotem są roboty budowlane, lub projektu jej zmiany, kara w wysokości 50 000,00 zł za każdą nieprzedłożoną umowę,

g) za nieprzedłożenie poświadczonej za zgodność z oryginałem kopii umowy o podwykonawstwo lub jej zmiany w wysokości 2% wartości nieprzedłożonej umowy, za każdy dzień zwłoki, po terminie o którym mowa w § 8 pkt. 12 i pkt 15,

- h) *za nieprzedłożenie poświadczonej za zgodność z oryginałem kopii umowy o podwykonawstwo której przedmiotem są dostawy lub usługi - kara w wysokości 50% wartości nieprzedłożonej umowy,*
- i) *za wprowadzenie na plac budowy Podwykonawcy, bez przedłożenia Zamawiającemu poświadczonej za zgodność z oryginałem kopii umowy o podwykonawstwo, której przedmiotem są roboty budowlane, dostawy lub usługi - kara w wysokości 100 000,00 zł. za każdego wprowadzonego Podwykonawcę”.*

Odwołujący nie kwestionuje uprawnień Zamawiającego do zabezpieczenia interesów Zamawiającego przed zgłaszaniem się do Zamawiającego z żądaniem zapłaty wynagrodzenia podwykonawców nie zgłoszonych przez wykonawcę, jednakże wysokość ww. kar umownych świadczy przede wszystkim o tym, że nie mają one chronić Zamawiającego, lecz nie jako umożliwić mu pozyskać dodatkowe finansowanie inwestycji kosztem wykonawcy. Zamawiający w postaci udzielonego przez wykonawcę zabezpieczenia należytego wykonania Umowy posiadać będzie instrument prawny, z którego będzie mógł dochodzić ewentualnych roszczeń wobec wykonawcy z tytułu nienależytego wywiązania się z obowiązków związanych ze zgłaszaniem podwykonawców.

Z doświadczenia Odwołującego wynika, że kary umowne naliczane wykonawcom za naruszenie obowiązków związanych ze zgłaszaniem podwykonawców stanowią procent wynagrodzenia podwykonawców, zwykle nie więcej niż kilka procent takiego wynagrodzenia.

Co więcej, analizując poszczególne podstawy naliczania kar umownych w tym zakresie trudno też zidentyfikować realną szkodę po stronie Zamawiającego, która przez ten mechanizm sankcyjny miałaby być kompensowana, co w konsekwencji świadczyłoby o naruszeniu równowagi stron stosunku zobowiązaniowego.

Niezależnie od powyższego, nawet jeśli jednak uznać, że co do zasady zastrzeżenie tego rodzaju kar umownych byłoby zasadne i zmierzałoby do pokrycia jakiegokolwiek realnej szkody po stronie Zamawiającego, to wysokość omawianych kar umownych należałoby uznać za rażąco wygórowaną, prowadząc do tego, że obciążenie Wykonawcy byłoby nieadekwatne, a kara umowna nie służyłaby kompensacji szkody powstałej u Zamawiającego, a zbliżała tak ukształtowaną karę umowną do mechanizmu służącego jego nieuzasadnionemu wzbogaceniu. Za wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 28 grudnia 2018 r. (sygn. akt KIO 2574/18) podkreślamy zwłaszcza, że „wysokość kary pieniężnej (...) nie może prowadzić do rażąco wygórowanej odpowiedzialności kontraktowej wykonawcy. W przeciwnym razie kara zmienia swój charakter odszkodowawczy i może doprowadzić do wypaczenia celu odpłatnej umowy. (...) Kara umowna powinna mieć wysokość, która będzie odczuwalna w stopniu dyscyplinującym stronę umowy, ale nie w stopniu prowadzącym do rażącego wzbogacenia jednej strony kosztem drugiej, a wręcz czyniącym niecelowym jej wykonywanie”.

Rażąco wygórowany charakter omawianych kar unaoczniony jest zaś już chociażby poprzez zestawienie kar umownych przewidzianych przez Zamawiającego w ramach przedmiotowej Umowy i oznaczenie ich wysokości przy uwzględnieniu szacunkowej wartości przedmiotowego zamówienia (około 20 milionów złotych). Za uchybienia niezwiązane z podstawowym celem inwestycji jakim jest prawidłowa pod kątem budowlanym i terminowa realizacja zamówienia, wykonawca miałby być obciążony nieadekwatnie wysokimi karami umownymi, sięgającymi w skrajnym przypadku nawet 0,5 % wysokości wynagrodzenia. Tak wysokie kary w sposób bezsprzeczny nie spełniałyby swojej funkcji, działając na wykonawców wręcz demobilizująco i zniechęcając w ogóle do podejmowania starań celem uzyskania jak najlepszego rezultatu realizacyjnego.

Brak zasadności dla przewidzenia tak daleko idących sankcji względem wykonawców potwierdza też analiza innych analogicznych postępowań, która winna być wzięta pod uwagę

przez Zamawiającego, z uwagi na fakt, że jak podkreśliła Izba w wyroku z dnia 8 marca 2013 r. (sygn. akt KIO 426/13) obowiązkiem zamawiającego przy kształtowaniu wymagań stawianych wykonawcom jest nie tylko odniesienie się do przedmiotu zamówienia, ale też ocena sytuacji rynkowej. Co za tym idzie, praktyka rynkowa i standardy stosowane przez innych publicznych zamawiających winny być wzięte pod uwagę podczas oceny rynkowości i współmierności wymagań i zobowiązań nakładanych przez Zamawiającego na Wykonawców. Z analizy przeprowadzonej przez Odwołującego wynika z kolei, że publiczni Zamawiający standardowo stosują kary umowne za naruszenie obowiązków dotyczących zgłaszania podwykonawców na poziomie kilku procent wynagrodzenia danego podwykonawcy.

Biorąc pod uwagę wszystkie powyższe okoliczności, Odwołujący wnosi o modyfikację treści § 13 ust. 1 Umowy poprzez nadanie mu następującego brzmienia:

„1. Zamawiający może żądać od Wykonawcy zapłaty kar umownych: (...)

f) za nieprzedłożenie do zaakceptowania projektu umowy o podwykonawstwo, której przedmiotem są roboty budowlane, lub projektu jej zmiany, kara w wysokości ~~50 000,00 zł~~ **5% wartości nieprzedłożonej umowy z podwykonawcą**, za każdą nieprzedłożoną umowę,

g) za nieprzedłożenie poświadczonej za zgodność z oryginałem kopii umowy o podwykonawstwo lub jej zmiany w wysokości 2% wartości nieprzedłożonej umowy, ~~za każdy dzień zwłoki, po terminie o którym mowa w § 8 pkt 12 i pkt 15,~~

h) za nieprzedłożenie poświadczonej za zgodność z oryginałem kopii umowy o podwykonawstwo której przedmiotem są dostawy lub usługi - kara w wysokości ~~2%~~ **50%** wartości nieprzedłożonej umowy,

i) za wprowadzenie na plac budowy Podwykonawcy, bez przedłożenia Zamawiającemu poświadczonej za zgodność z oryginałem kopii umowy o podwykonawstwo, której przedmiotem są roboty budowlane, dostawy lub usługi - kara w wysokości ~~100 000,00 zł.~~ **2% wartości nieprzedłożonej umowy**, za każdego wprowadzonego Podwykonawcę”.

IV. Zarzut dotyczący limitu kar umownych

W § 13 ust. 7 Umowy Zamawiający zawarł zapis:

„Łączna maksymalna wysokość kar umownych, których może dochodzić każda ze Stron nie może przekroczyć 50% całkowitego wynagrodzenia netto, o którym mowa w § 7 ust. 1 Umowy”.

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 k.c. (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).

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).

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

Biorąc pod uwagę wszystkie powyższe okoliczności, Odwołujący wnosi o modyfikację treści § 13 ust. 7 Umowy poprzez nadanie mu następującego brzmienia:

„Łączna maksymalna wysokość kar umownych, których może dochodzić każda ze Stron nie może przekroczyć 20% 50% całkowitego wynagrodzenia netto, o którym mowa w § 7 ust. 1 Umowy”.

Wskazane powyżej uchybienia w konsekwencji oznaczają, że Zamawiający naruszył przepisy wskazane w zarzutach odwołania w sposób opisany w tych zarzutach odwołania. W konsekwencji wskazane (skarżone) przez Odwołującego kwestie wymagają dokonania daleko idących modyfikacji.

Z powyższych względów w pełni uzasadnione jest postawienie zarzutów naruszenia przepisów w sposób wskazany w niniejszym odwołaniu.

Mając na uwadze wszystkie wskazane powyżej okoliczności, wnoszę jak na wstępie.

Załączniki:

1. potwierdzenie zapłaty wpisu od odwołania;
2. pełnomocnictwo od Odwołującego;
3. informacja z KRS dot. Odwołującego;
4. dowód przekazania kopii odwołania Zamawiającemu.