



Warszawa, dnia 19 lutego 2024 r.

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

Zamawiający:

EKSPLLOATATOR Sp. z o.o.

ul. Sportowa 25, Rotmanka
83-010 Straszyn
KRS: 0000228872
NIP: 6040022502, REGON: 193119760
e-mail: biuro@eksplloatator.pl

Odwołujący:

Budimex S.A.

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

Dotyczy: postępowania prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego pn. *Wykonanie robót budowlanych w celu realizacji zadania inwestycyjnego pn. „Budowa budynku Szkoły Podstawowej zlokalizowanej w Jagatowie przy ul. Żurawiej dz.154/20 obręb Jagatowo gmina Pruszcz Gdański”* (nr referencyjny: ZP/3/2024; dalej jako „**Postępowanie**”)

Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 09 lutego 2024 r. pod numerem 86576-2024.

ODWOŁANIE

Działając w imieniu Budimex S.A. z siedzibą w Warszawie (dalej jako „**Odwołujący**”) na podstawie art. 513 pkt 1) w zw. z art. 505 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (dalej jako „**ustawa Pzp**”), niniejszym wnoszę odwołanie od czynności Zamawiającego polegającej na ustaleniu treści Specyfikacji Warunków Zamówienia dotyczącej Postępowania (dalej jako: „**SWZ**”), w sposób naruszający przepisy ustawy Pzp i KC.



Niniejszym Odwołujący zarzuca Zamawiającemu naruszenie w szczególności następujących przepisów:

- 1. art. 8 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 5 i 353(1) KC w zw. z art. 647 KC w zw. art. 16 ustawy Pzp** poprzez wprowadzenie do wzoru umowy (dalej również jako „Umowa”) niespójnych i niejasnych postanowień dotyczących zasad odbioru robót budowlanych, uzależniających *de facto* dokonanie odbioru i wypłatę należnego wynagrodzenia od usunięcia nieistotnych usterek, co godzi w istotę i naturę umowy o roboty budowlane, stanowiąc wyraz uchylania się przez Zamawiającego od podstawowych obowiązków nałożonych na inwestora, będąc jednocześnie postanowieniem niekorzystnym dla wykonawców, naruszającym bezwzględnie obowiązujące przepisy prawa oraz równowagę stron umowy i prowadzącym do naruszenia praw podmiotowych wykonawców;
- 2. art. 8 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 5 i 353(1) KC w zw. z art. 473§ 1 KC w zw. z art. 483 KC w zw. z art. 484§2 KC w zw. z art. 16 ustawy Pzp** poprzez zastrzeżenie przez Zamawiającego w ramach Umowy kar umownych i górnego ich limitu o rażąco wygórowanej wysokości, co jest postanowieniem naruszającym równowagę stron umowy, wymuszającym na wykonawcach konieczność kalkulacji dodatkowych, niemożliwych do precyzyjnej kalkulacji, ryzyk w ramach ceny ofertowej;
- 3. art. 433 ust. 1 pkt 3) ustawy Pzp, art. 99 ust. 1 ustawy PZP w zw. z 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 projektu Umowy postanowień, z których wynika, że zamawiający nie wskazał minimalnej wartości lub wielkości świadczenia stron w przypadku, gdy przewiduje możliwość ograniczenia zakresu zamówienia, w sytuacji, w której dyspozycja art. 433 ustawy Pzp wprost wskazuje, że taka klauzula jest klauzulą abuzywną, co w konsekwencji oznacza, że przedmiot zamówienia nie został opisany w sposób jednoznaczny, wyczerpujący i dokładny, a 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;
- 4. art. 8 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 5 i 353(1) KC w zw. z art. 581 §1 i 2 KC** poprzez wprowadzenie w ramach Umowy postanowienia uprawniającego do nielimitowanego przedłużania okresu gwarancji przedmiotu umowy niezależnie od elementu podlegającego naprawie oraz możliwości korzystania z przedmiotu umowy przez Zamawiającego, co jest postanowieniem naruszającym równowagę stron umowy, wymuszającym na wykonawcach konieczność kalkulacji dodatkowych, niemożliwych do precyzyjnej kalkulacji, ryzyk w ramach ceny ofertowej;
- 5. art. 8 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 5 i 353(1) KC oraz art. 452 ustawy Pzp w zw. z art. 453 ust. 3 ustawy Pzp** poprzez wprowadzenie w ramach Umowy postanowienia uprawniającego do nielimitowanego przedłużania okresu rękojmi niezależnie od elementu podlegającego naprawie oraz możliwości korzystania z przedmiotu umowy przez Zamawiającego przy jednoczesnym wprowadzenia nieznanego ustawie Pzp mechanizmu wydłużania okresu zabezpieczenia należytego wykonania umowy i zmiany jego wysokości, co jest postanowieniem naruszającym równowagę stron umowy, wymuszającym na wykonawcach konieczność kalkulacji



dotychczasowych, niemożliwych do precyzyjnej kalkulacji, ryzyk w ramach ceny ofertowej;

- 6. art. 8 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 5 i 353(1) KC w zw. z art. 559 KC w zw. z art. 99 ust. 1 i 4 ustawy Pzp** poprzez zastrzeżenie przez Zamawiającego niedookreślonych terminów usuwania wad zidentyfikowanych w okresie rękojmi bez odniesienia się do czasu technologicznie możliwego właściwego dla danej wady przy jednoczesnym ustanowieniu domniemania odpowiedzialności za zaistnienie wady po stronie Wykonawcy, co nakłada na Wykonawcę zbyt duże ryzyka kontraktowe, niemożliwe do oszacowania przy uwzględnieniu uznaniowości kwalifikacji każdego z przypadków;
- 7. art. 8 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 5 i 353(1) KC w zw. z art. 464 i 465 ustawy Pzp w zw. z art. 16 ustawy Pzp** poprzez wprowadzenie do Umowy postanowień w sposób nieuprawniony uzależniających zatwierdzenie podwykonawców (a w konsekwencji solidarną odpowiedzialność Zamawiającego) od dopełnienia warunków i formalności nie przewidzianych przez ustawodawcę, co stanowi wyraz nadużycia prawa do kształtowania postanowień umownych przez Zamawiającego, będąc postanowieniem naruszającym bezwzględnie obowiązujące przepisy prawa i zasadę przejrzystości Postępowania;
- 8. art. 455 ust. 1 pkt 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. 16 ustawy Pzp w zw. z art. 99 ust. 1 ustawy Pzp** poprzez wprowadzenie postanowień umożliwiających zmianę umowy bez uwzględnienia wpływu zmian niemożliwych do przewidzenia przez wykonawcę na należne mu wynagrodzenie, a także wyłączenie roszczeń o zwiększenie kosztów wynikających z przedłużonego czasu wykonywania robót w sytuacjach, w których nie wynikają one z przyczyn obciążających Wykonawcę, co narusza zasady zmiany umowy, generując niemożliwe do skalkulowania ryzyka związane ze sposobem realizacji przedmiotowego zamówienia, będąc jednocześnie postanowieniem niekorzystnym dla wykonawców, naruszającym bezwzględnie obowiązujące przepisy prawa oraz równowagę stron umowy i prowadzącym do naruszenia praw podmiotowych wykonawców;
- 9. 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 657 KC w zw. z art. 16 ustawy Pzp** poprzez przerwienie na Wykonawcę ryzyka za prawidłowość dokumentacji projektowej nie pochodzącej od Wykonawcy i ponoszenia przez niego skutków finansowych błędów w niej występujących, co w konsekwencji zaburza równowagę stron umowy i prowadzi do naruszenia praw Wykonawcy, będąc jednocześnie postanowieniem naruszającym bezwzględnie obowiązujące przepisy prawa oraz równowagę stron umowy;
- 10. art. 439 ust. 1 i ust. 2 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. 353¹ KC** poprzez wprowadzenie do projektu umowy postanowień dotyczących zmian wysokości wynagrodzenia umownego należnego wykonawcy w sytuacji zmiany cen materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia, które są nieproporcjonalne, niedostosowane do realiów rynkowych, sformułowane w sposób wypaczający ideę waloryzacji i będący sprzeczny z celem określonym w art. 439 ustawy Pzp, determinując jej nieefektywność i nierealność, stanowiąc jednocześnie 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;

11. 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 353¹ KC poprzez wprowadzenie do projektu Umowy postanowień umożliwiających Zamawiającemu wstrzymanie wypłaty wynagrodzenia należnego wykonawcy w przypadku nieprzekazania wszystkich szczegółowo wymienionych i wymaganych przez Zamawiającego dowodów (dokumentów, załączników) potwierdzających zapłatę wynagrodzenia na rzecz podwykonawców bez wskazania części zatrzymanego wynagrodzenia w sytuacji, w której dyspozycja art. 447 ustawy Pzp umożliwi Zamawiającemu wstrzymanie zapłaty wynagrodzenia tylko w odpowiedniej części, tj. w zakresie, dla którego nie przedstawiono dowodów zapłaty, przy jednoczesnym zdefiniowaniu nazbyt rozbudowanych dowodów i oświadczeń potwierdzających zapłatę wynagrodzenia na rzecz podwykonawców, utrudniających prowadzenie robót i zapewnienie ich ciągłości, co w konsekwencji stanowi wymaganie nieproporcjonalne i nadmiarowe, stanowiąc 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.

W związku z powyższymi zarzutami Odwołujący wnosi o:

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

Interes i szkoda:

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

Zachowanie terminu i wymogów formalnych:

Odwołanie zostało wniesione z zachowaniem ustawowego terminu, gdyż ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 09 lutego 2024 r. Biorąc pod uwagę powyższe, 10-dniowy termin na wniesienie odwołania, o którym mowa w art. 515 ust. 2 pkt 1) ustawy Pzp został zachowany.

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



UZASADNIENIE

I. Uwagi ogólne

1. Biorąc pod uwagę fakt, że formułowane w ramach niniejszego Odwołania zarzuty dotyczą zasadniczo treści Umowy udostępnionej przez Zamawiającego w ramach załączników do treści SWZ, na wstępie wskazujemy, że jakkolwiek Odwołujący akceptuje, że Zamawiający jako gospodarz postępowania ma pewną swobodę w formułowaniu warunków realizacyjnych, to swoboda ta nie powinna mieć charakteru nieograniczonego, w tym nie może prowadzić do nadużycia własnego prawa podmiotowego. Treść przyszłego stosunku zobowiązaniowego kreowanego przez Zamawiającego, niezależnie od przysługującej Zamawiającemu uprzywilejowanej pozycji, powinien być tak ukształtowany aby realizacja zamówienia była możliwa. **Celem Zamawiającego powinno być również dążenie do osiągnięcia korzystnych rynkowo cen. Zamawiający nie powinien konstruować umowy w sposób, który negatywnie wpłynie na ilość złożonych w przetargu ofert. Nie może także przerzucić całości ryzyka gospodarczego na wykonawcę.**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, podkreślenia wymaga, że swobodę umów ograniczają m.in. zasady współżycia społecznego oraz bezwzględnie obowiązujące przepisy (art. 353¹ KC).
2. I tak, w dziedzinie stosunków zobowiązaniowych, z których znaczna część służy wymianie dóbr i usług, **podstawowe znaczenie ma wymóg zapewnienia tzw. słuszności (sprawiedliwości) kontraktowej, rozumianej jako równomierny rozkład uprawnień i obowiązków w stosunku prawnym, czy też korzyści i ciężarów oraz szans i ryzyk związanych z powstaniem i realizacją tego stosunku.** Badając umowę pod względem słuszności kontraktowej, trzeba pamiętać o podstawowym założeniu prawa cywilnego, według którego umowy służą realizacji woli stron je zawierających. O naruszeniu zasad współżycia społecznego w postaci wymogu sprawiedliwości umowy można więc mówić wtedy, gdy zawarta przez stronę umowa nie jest wyrazem jej w pełni swobodnie i rozważnie podjętej decyzji, gdyż na treść umowy wpłynął brak koniecznej wiedzy czy presja ekonomiczna (np. wynikająca z faktu korzystania przez kontrahenta z pozycji dominującej), a przyczyną tego nie jest niedbalstwo samego pokrzywdzonego. Dalsza przesłanka uznania umowy za wykraczającą poza granice kompetencji stron wynika z istoty zasad współżycia społecznego jako ocen i norm moralnych, a polega również na uwzględnieniu postawy drugiej strony umowy. Negatywna ocena umowy ze względu na kryteria moralne uzasadniona jest tylko w tych przypadkach, gdy kontrahentowi osoby pokrzywdzonej można postawić zarzut złego postępowania, polegającego na wykorzystaniu (świadomym lub spowodowanym niedbalstwem) swojej przewagi. Tak też jednoznacznie stwierdzał Sąd Najwyższy w wyrokach o sygn. IV CSK 478/07 oraz II CSK 528/10. **Takiej negatywnej ocenie powinna też podlegać umowa o zamówienie publiczne,**

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.



ukształtowana przez Zamawiającego z wykorzystaniem jego silniejszej pozycji w Postępowaniu, gdyż umowa taka powinna chronić interesy nie tylko Zamawiającego, ale również Wykonawcy.³

II. Zarzut dotyczący zasad związanych z dokonywaniem odbioru robót – zarzut nr 1

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

• **§9 ust. 2 pkt II ppkt 3) Umowy:** *Jeżeli w toku czynności odbiorowych zostaną stwierdzone:*

a) **wady nadające się do usunięcia**, to Zamawiający może odstąpić od czynności odbioru robót objętych Umową. W takim przypadku Wykonawca zobowiązany jest do niezwłocznego usunięcia wad bez wezwania Zamawiającego i ponownego zgłoszenia robót objętych Umową do odbioru,

b) wady nienadające się do usunięcia, a niewykluczające użytkowania robót objętych Umową zgodnie z przeznaczeniem, to Zamawiający zastrzega sobie prawo obniżenia wynagrodzenia umownego odpowiednio do utraconej wartości użytkowej, estetycznej i technicznej. Powyższe nie powoduje utraty uprawnień do naprawy wad, które wystąpiły w okresie rękojmi i gwarancji,

c) wady nienadające się do usunięcia i uniemożliwiające użytkowanie robót objętych Umową zgodnie z przeznaczeniem określonym w Umowie, to Zamawiający odstąpi od czynności odbioru robót objętych Umową i zażąda wykonania robót objętych Umową ponownie. Wykonawca zobowiązany jest do spełnienia tego żądania pod rygorem odmowy przez Zamawiającego dokonania odbioru robót objętych Umową i zapłaty wynagrodzenia umownego,

d) **drobne zaległe roboty czy wady**, których dokończenie, czy też usunięcie nie będzie miało znaczącego wpływu na użytkowanie robót objętych Umową zgodnie z przeznaczeniem, to Zamawiający **może dokonać odbioru robót** oraz polecić Wykonawcy usunięcie tych wad uzupełnienie drobnych zaległych robót z wyznaczeniem terminu na ich usunięcie. Jeśli Wykonawca nie usunie tych wad i nie uzupełni drobnych zaległych robót w terminie wyznaczonym przez Zamawiającego, to Zamawiający według własnego wyboru ma prawo do:

a. naliczenia kar umownych zgodnie niniejszą Umową oraz

b. zlecenia usunięcia wad i uzupełnienia zaległych robót osobie trzeciej na koszt i ryzyko Wykonawcy, bez konieczności uzyskania upoważnienia sądu. Wykonawca zwróci w takim przypadku Zamawiającemu kwotę brutto, jaką Zamawiający zapłacił takiej osobie trzeciej, bez prawa kwestionowania jej wysokości, na podstawie wystawionych na rzecz Wykonawcy not księgowych. Zamawiający ma prawo do potrącenia należności za wykonane roboty lub prace z faktur Wykonawcy, zabezpieczenia należytego wykonania Umowy lub dochodzenia ich na zasadach ogólnych.

Wykonawca zobowiązany jest do zawiadomienia Zamawiającego o usunięciu wad i wykonaniu zaległych prac i robót. Usunięcie wad i wykonanie zaległych prac i robót powinno być potwierdzone protokołarnie.

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



2. Analiza powyższych postanowień Umowy wskazuje, że jakkolwiek Zamawiający zdaje się mieć świadomość konieczności odmiennego potraktowania sytuacji wystąpienia wad prowadzących do niemożliwości prawidłowego korzystania z efektu wykonanych prac (wady istotne) oraz wad niewpływających znacząco na użytkowanie obiektu (wady nieistotne) to poprzez niespójność wprowadzonych przez siebie definicji i postanowień generuje sytuację, w której skutki wystąpienia obu przypadków mogą być zrównane, dopuszczając jednocześnie nieznanie przepisom i praktyce rozwiązania zmierzające do uchylania się od obowiązków inwestora w postaci odbioru przedmiotu umowy i wypłaty należnego wykonawcy wynagrodzenia. Wynika to przede wszystkim z następujących okoliczności:
 - Zamawiający w ramach §9 ust. 2 pkt II ppkt 3) lit. a) Umowy definiując przypadki umożliwiające mu odstąpienie od czynności odbiorowych **posłużył się sformułowaniem „wady”, nie dokonując jakiegokolwiek ich rozgraniczenia.** Zamawiający zadziałał w tym zakresie niespójnie względem §9 ust. 2 pkt II ppkt 3) lit. d) Umowy, w ramach którego definiując sytuacje, w których dopuszcza odbiór, pomimo istnienia pewnych uwag, w sposób precyzyjny określił jakie przypadki mogłyby być kwalifikowane w ramach dyspozycji tego przepisu,
 - Zamawiający w ramach §9 ust. 2 pkt II ppkt 3) lit. d) Umowy definiując swoje obowiązki w zakresie czynności **zastrzegł sobie uprawnienie (nie zaś obowiązek) podjęcia odpowiednich działań** (użycie sformułowania „może dokonać odbioru” zamiast „dokonuje”), co w konsekwencji generuje niepewność po stronie wykonawców co do decyzji dowolnie podejmowanych w tym zakresie przez Zamawiającego.
3. W konsekwencji, w ramach wskazanych postanowień Zamawiający wprowadził do postępowania *de facto* odbiór bezusterkowy, jednoznacznie wyłączony na gruncie ugruntowanego orzecznictwa w tym zakresie i praktyki realizacyjnej projektów wykonywanych w reżimie zamówień publicznych. Powyższe postanowienia mogą generować sytuację, w której pomimo możliwości korzystania z efektu wykonanych prac przez Zamawiającego i pomimo istnienia nieznacznych jedynie uchybień w robotach wykonanych przez wykonawcę zostaje on pozbawiony należnego mu wynagrodzenia, finansując *de facto* dane przedsięwzięcie powyżej uzasadnionych ram czasowych. Taka sytuacja generuje po stronie wykonawców w sposób oczywisty nadmierne ryzyka, prowadząc do sytuacji, w której wykonawca pozbawiony jest przysługujących mu praw w oparciu o identyfikację usterek o zupełnie błahym znaczeniu przy równoległej możliwości korzystania przez Zamawiającego z efektu wykonanych prac.
4. **W przypadku, w którym wykonawca wykonał swoje zobowiązanie, a zidentyfikowane braki mają charakter wyłącznie nieistotnych usterek, obowiązkiem Zamawiającego, wynikającym z treści art. 647 KC jest dokonanie odbioru robót i wypłata należnego wykonawcy wynagrodzenia.** Każdorazowo jeśli przedmiot umowy o roboty budowlane wypełnia treść zobowiązania wynikającego z dokumentacji projektowej i umożliwia zamawiającemu korzystanie z obiektu, to obowiązkiem zamawiającego jest dokonanie odbioru wykonanych prac.
5. Wszelkie nieistotne wady zidentyfikowane w ramach czynności odbiorowych i kwestia „rozliczenia” wykonawcy z ich usuwania odbywa się w ramach rękojmi i gwarancji, zabezpieczając więc w



sposób wystarczający interesy Zamawiającego w tym przedmiocie. Należy bowiem zauważyć, że **odebranie przedmiotu umowy (nawet z wadami nieistotnymi) rozpoczyna jednocześnie bieg okresu rękojmi i gwarancji.** Wynika to chociażby ze stosowanych w drodze analogii przepisów dotyczących rękojmi i gwarancji przy sprzedaży (art. 577§4 KC, art. 568§1 KC) wiążących rozpoczęcie biegu rękojmi i gwarancji z momentem wydania rzeczy kupującemu. Co za tym idzie, w takiej sytuacji to właśnie **roszczenia z rękojmi czy gwarancji są reżimem właściwym dla wywodzenia i egzekwowania uprawnień Zamawiającego z zakresu usuwania wszelkich nieprawidłowości dotyczących przedmiotu umowy** (art. 638§1 KC). Dopuszczenie do sytuacji, w której Zamawiający w sposób dowolny blokuje wypłatę wynagrodzenia dla wykonawcy, próbując wymusić usunięcie rzekomych wad stwierdzonych podczas odbiorów, które realnie mają charakter nieznaczących uchybień, pomimo, iż jego interesy i uprawnienia zabezpieczone są poprzez ustawowe instrumenty, nie ma nic wspólnego ani z zasadą równowagi stron stosunku zobowiązaniowego, ani z zasadą współdziałania zamawiającego i wykonawcy przy wykonywaniu umowy w sprawie zamówienia publicznego, wprost wyartykułowaną w ramach ustawy Pzp (art. 431 ustawy Pzp).

6. W orzecznictwie jednolicie przyjmuje się, że w przypadku kodeksowej umowy o roboty budowlane o niewykonaniu zobowiązania nie można mówić, jeżeli wykonawca wykonał roboty lecz są one wadliwe. Decydujące znaczenie ma charakter wad, przy czym za wady istotne przyjmuje się przypadki wyraźnego sprzeciwiania się postanowieniom umowy, uniemożliwiające korzystanie z efektu wykonanych prac. **W konsekwencji niedopuszczalnym jest wprowadzanie tzw. bezusterkowego odbioru robót, co potwierdza jednolicie orzecznictwo wydawane w tym przedmiocie:**

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

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

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

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

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

*„Jedynie w sytuacji, gdy oddane dzieło jest dotknięte **wadą istotną, tj. czyniącą je niezdatnym do zwykłego użytku lub sprzeciwiającą się wyraźnie umowie,***



zamawiający może odmówić jego odebrania. Jeżeli natomiast dzieło ma tylko wadę nieistotną, zamawiający nie może skutecznie uchylić się od odebrania dzieła. Te uwagi należy odnieść także do umowy o wykonanie robót budowlanych czy też umowy o wykonanie remontu budynku.

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

„Przez wykonanie - oddanie dzieła (odpowiednio robót budowlanych) rozumieć należy taką sytuację, gdy roboty zostały wykonane zgodnie z zakresem przedmiotowym umowy, na co nie ma wpływu ewentualne posiadania przez dzieło lub wykonane roboty budowlane, nieistotnych wad, usterek i niedoróbek. Nawet ujawnienie wad robót budowlanych nie zwalnia inwestora od obowiązku dokonania odbioru robót (wynika on z art. 647 KC), z tą bowiem chwilą nabywa on uprawnienia z tytułu rękopis 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 rękopis i gwarancji.”

7. Reasumując, w związku z tym, że **kwestia odbioru robót i wypłaty wynagrodzenia jest jednym z najistotniejszych elementów związanych z uprawnieniami wykonawcy dotyczącymi realizacji inwestycji**, postanowienia Umowy w tym przedmiocie nie mogą pozostawać niespójne i nieczytelne co do realnych intencji Zamawiającego, stwarzając pole do dowolnej ich interpretacji. Sprzeciwiałoby się to bowiem nie tylko omówionym powyżej zasadom odbioru prac w ramach umowy o roboty budowlane, ale też podstawowym zasadom przyświecającym udzielanie zamówień publicznych, w tym zasadzie przejrzystości i proporcjonalności. Postanowienia umowy w zakresie zasad dokonywania odbioru robót muszą być w konsekwencji maksymalnie precyzyjne, dostosowane do powszechnie obowiązujących przepisów prawa i realnych warunków funkcjonowania rynku budowlanego w Polsce. W konsekwencji, Wykonawca musi mieć pewność, że po wypełnieniu określonych działań odbiór robót rzeczywiście nastąpi (nie zaś może wystąpić), a definiowanie przypadków wstrzymujących czynności odbiorowych musi mieć charakter jednoznaczny. Skoro – jak zostało zasygnalizowane powyżej- w ramach §9 ust. 2 pkt II ppkt 3) lit. d) Umowy Zamawiający zdefiniował sytuacje, które mogłyby być zaakceptowane w ramach czynności odbiorowych, to analogiczny schemat postanowienia winien być zastosowany w pozostałych postanowieniach referujących do odbioru robót i możliwych decyzji Zamawiającego w tym przedmiocie.

Biorąc pod uwagę wszystkie powyższe okoliczności, Odwołujący wnosi o modyfikację treści §9 ust. 2 pkt II ppkt 3) Umowy w następujący sposób:

a) **wady istotne nadające się do usunięcia, tj. uniemożliwiające użytkowanie robót objętych Umową zgodnie z przeznaczeniem**, to Zamawiający może odstąpić od czynności odbioru robót objętych Umową. W takim przypadku Wykonawca zobowiązany jest do niezwłocznego usunięcia wad bez wezwania Zamawiającego i ponownego zgłoszenia robót objętych Umową do odbioru, (...)

d) **drobne zaległe roboty czy wady, których dokończenie, czy też usunięcie nie będzie miało znaczącego wpływu na użytkowanie robót objętych Umową zgodnie z przeznaczeniem**, to



Zamawiający **dokona odbioru robót** oraz polecił Wykonawcy usunięcie tych wad uzupełnienie drobnych zaległych robót z wyznaczeniem terminu na ich usunięcie. Jeśli Wykonawca nie usunie tych wad i nie uzupełni drobnych zaległych robót w terminie wyznaczonym przez Zamawiającego, to Zamawiający według własnego wyboru ma prawo do: (...).

III. Zarzut dotyczący kar umownych i ustalonego limitu ich wysokości – zarzut nr 2

1. W ramach §13 Umowy, Zamawiający wprowadził do katalogu kar umownych m.in. następujące podstawy ich naliczania oraz następujący limit ich wysokości:

- **§13 ust. 3 Umowy:**

1) za zwłokę w zakończeniu robót - **0,2%** wartości wynagrodzenia umownego netto określonego odpowiednio w § 4 ust. 2 pkt 1 (dot. I Etap Umowy) lub § 4 ust. 2 pkt 2 (dot. II Etap Umowy), za każdy dzień zwłoki,

2) za zwłokę w wykonaniu robót - **0,2%** wartości wynagrodzenia umownego netto określonego odpowiednio w § 4 ust. 2 pkt 1 (dot. I Etap Umowy) lub § 4 ust. 2 pkt 2 (dot. II Etap Umowy), za każdy dzień zwłoki,

3) za zwłokę w wykonaniu Umowy - **0,2%** wartości wynagrodzenia umownego netto określonego odpowiednio w § 4 ust. 2 pkt 1 (dot. I Etap Umowy) lub § 4 ust. 2 pkt 2 (dot. II Etap Umowy), za każdy dzień zwłoki,

5) za zwłokę w usuwaniu wad w okresie rękojmi i gwarancji lub usuwaniu wad w okresie wykonywania robót lub w wykonaniu robót zaległych wskazanych w Protokole Przekazania /Przejęcia do Eksploatacji - **0,1%** wartości wynagrodzenia umownego netto określonego odpowiednio w § 4 ust. 2 pkt 1 (dot. I Etap Umowy) lub § 4 ust. 2 pkt 2 (dot. II Etap Umowy), za każdy dzień zwłoki,

- **§13 ust. 9 Umowy:** Łączna maksymalna wysokość kar umownych, naliczanych odpowiednio dla I i II Etapu Umowy, których Zamawiający może dochodzić od Wykonawcy wynosi **dla każdego z Etapów 20%** wartości łącznego wynagrodzenia netto określonego odpowiednio w § 4 ust. 2 pkt 1 (dot. I Etap Umowy) lub § 4 ust. 2 pkt 2 (dot. II Etap Umowy).

2. Oceniając cytowane powyżej postanowienia umowne wskazać należy, że określony w ich ramach pułap wysokości kar umownych ma charakter rażąco wygórowany, prowadząc do tego, że obciążenie Wykonawcy jest nieadekwatne. Kara umowna określona w ten sposób nie służy kompensacji szkody powstałej u Zamawiającego, tylko zbliża tak ukształtowane kary umowne do mechanizmu służącego jego nieuzasadnionemu wzbogaceniu. Za wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 28 grudnia 2018 r. (sygn. akt KIO 2574/18) należy zwłaszcza podkreślić, że **wysokość kary pieniężnej (...) nie może prowadzić do rażąco wygórowanej odpowiedzialności kontraktowej wykonawcy. W przeciwnym razie kara zmienia swój charakter odszkodowawczy i może doprowadzić do wypaczenia celu odpłatnej umowy.** (...) Kara umowna powinna mieć wysokość, która będzie odczuwalna w stopniu dyscyplinującym stronę umowy, ale nie w stopniu prowadzącym do rażącego wzbogacenia jednej strony kosztem drugiej, a wręcz czyniącym niecelowym jej wykonywanie.

3. Rażąco wygórowany charakter zdefiniowanych na wstępie kar umownych potwierdza też analiza innych analogicznych postępowań, która winna być wzięta pod uwagę przez Zamawiającego, z uwagi na fakt, że jak podkreśliła Izba w wyroku z dnia 8 marca 2013 r. (sygn. akt KIO 426/13) obowiązkiem zamawiającego przy kształtowaniu wymagań stawianych wykonawcom jest nie tylko



odniesienie się do przedmiotu zamówienia, ale też **ocena sytuacji rynkowej**. Co za tym idzie, praktyka rynkowa i standardy stosowane przez innych publicznych zamawiających winny być wzięte pod uwagę podczas oceny rynkowości i współmierności wymagań i zobowiązań nakładanych przez Zamawiającego na Wykonawców.

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

- **kara umowna za zwłokę w zakończeniu robót/ 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 i każdego z etapów (łącznie wartość inwestycji: około 40 mln zł, w tym Etap I: ok. 35 mln zł, Etap II: około 5 mln zł) za każdy dzień zwłoki w realizacji robót czy wykonaniu umowy Wykonawcy ponosiliby odpowiedzialność rzędu: 70 tys. zł (Etap I) oraz 10 tys. zł (Etap II).
6. 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.
7. Co więcej, modyfikacja wysokości kar umownych w tym zakresie zasadna jest tym bardziej jeśli uwzględnić, że Zamawiający sankcjonując wykonawców za przewinienia z tego tytułu może nie ponieść realnej szkody. Odwołujący zwraca bowiem uwagę, że o ile Zamawiający w ramach §13 ust. 4 Umowy wprowadził mechanizm, iż „ta sama zwłoka” nie będzie przedmiotem podwójnego karania („jeśli zwłoka w zakresie danego terminu umownego jest wynikiem wcześniejszej zwłoki w innym terminie umownym, za którą już naliczona została kara umowna”) to nie przewidział sytuacji, w której uprzednia zwłoka w wykonaniu robót zostałaby zniwelowana, nie opóźniając realizacji całej inwestycji, a w konsekwencji zakończenia robót oraz wykonania Umowy.



- **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. Kołobrzeszkiej 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.
10. Niezależnie od powyższego, jak zostało to zasygnalizowane na wstępie Zamawiający w ramach §13 ust. 2 Umowy przewidział łączny limit kar umownych na poziomie 20% dla każdego z Etapów. 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 5% wartości całkowitej umowy** (vide §13 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. 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).
13. Przekładając powyższe rozważania, na grunt przedmiotowego przypadku, uwzględniając, że kara umowna za odstąpienie została przez Zamawiającego zdefiniowana w ramach §13 ust. 1 Umowy na poziomie 5% wynagrodzenia całkowitego określonego w §4 ust. 1 Umowy (szacunkowo około 2 mln złotych), podnieść więc należy, że jest ona znacznie niższa niż suma limitów związanych z karami umownymi za każdy z etapów postępowania wynoszących około 8 milionów złotych (20% wartości etapu I przy uwzględnieniu szacunkowej wartości tego zakresu: około 7 mln złotych, 20% wartości etapu II przy uwzględnieniu szacunkowej wartości tego zakresu: 1 mln złotych). W konsekwencji aby zrównać limity odpowiedzialności z tytułu kar umownych oraz karę umowną za odstąpienie, limity dotyczące każdego z etapów winny być obniżone do poziomu 5%.

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

- **§13 ust. 3 Umowy:**
 - 1) za zwłokę w zakończeniu robót - **0,1%** wartości wynagrodzenia umownego netto określonego odpowiednio w § 4 ust. 2 pkt 1 (dot. I Etap Umowy) lub § 4 ust. 2 pkt 2 (dot. II Etap Umowy), za każdy dzień zwłoki,
 - 2) za zwłokę w wykonaniu robót - **0,1%** wartości wynagrodzenia umownego netto określonego odpowiednio w § 4 ust. 2 pkt 1 (dot. I Etap Umowy) lub § 4 ust. 2 pkt 2 (dot. II Etap Umowy), za każdy dzień zwłoki,



3) za zwłokę w wykonaniu Umowy - **0,1%** wartości wynagrodzenia umownego netto określonego odpowiednio w § 4 ust. 2 pkt 1 (dot. I Etap Umowy) lub § 4 ust. 2 pkt 2 (dot. II Etap Umowy), za każdy dzień zwłoki,

5) za zwłokę w usuwaniu wad w okresie rękojmi i gwarancji lub usuwaniu wad w okresie wykonywania robót lub w wykonaniu robót zaległych wskazanych w Protokole Przekazania /Przejęcia do Eksploatacji - **0,02%** wartości wynagrodzenia umownego netto określonego odpowiednio w § 4 ust. 2 pkt 1 (dot. I Etap Umowy) lub § 4 ust. 2 pkt 2 (dot. II Etap Umowy), za każdy dzień zwłoki,

- **§13 ust. 9 Umowy:** Łączna maksymalna wysokość kar umownych, naliczanych odpowiednio dla I i II Etapu Umowy, których Zamawiający może dochodzić od Wykonawcy wynosi **dla każdego z Etapów 5%** wartości łącznego wynagrodzenia netto określonego odpowiednio w § 4 ust. 2 pkt 1 (dot. I Etap Umowy) lub § 4 ust. 2 pkt 2 (dot. II Etap Umowy).

IV. Zarzut dotyczący ograniczenie zakresu zamówienia bez wskazania minimalnej wartości lub wysokości świadczenia stron - zarzut nr 3

1. Zamawiający w ramach §4 ust. 8 Umowy wskazał, że: *Wynagrodzenie ulegnie obniżeniu o wartość robót niewykonanych przez Wykonawcę – niezależnie od przyczyny, **w tym w przypadku zmniejszenia przez Zamawiającego zakresu robót.** Wykonawca wyraża zgodę na obniżenie wynagrodzenia ryczałtowego o kwotę wynikającą z niewykonania części robót.*
2. Zamawiający za pośrednictwem ww. postanowienia umownego wskazał zatem, że przewiduje możliwość ograniczenia zakresu zamówienia, jednakże z treści projektu Umowy, nie wynika jaki jest minimalny gwarantowany zakres świadczenia stron, zobowiązań po stronie wykonawcy, w tym gwarantowana minimalna wysokość wynagrodzenia wykonawcy, z tytułu realizacji zamówienia, co stanowi wprost o naruszeniu przepisów ustawy Pzp. Zgodnie bowiem, z treścią art. 433 ust. 1 pkt 3) ustawy Pzp *„Projektowane postanowienia umowy nie mogą przewidywać: (...) 4) możliwości ograniczenia zakresu zamówienia przez zamawiającego **bez wskazania minimalnej wartości lub wielkości świadczenia stron**”.*
3. Treść wskazanego przepisu literalnie nie budzi jakichkolwiek wątpliwości, a bezwzględny obowiązek jego respektowania wielokrotnie potwierdzało orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej przykładowo w ramach wyroku z dnia 26 listopada 2021 r., KIO 3233/21: *„Zgodnie z art. 433 pkt 4 p.z.p., projektowane postanowienia umowy nie mogą przewidywać możliwości ograniczenia zakresu zamówienia przez zamawiającego bez wskazania minimalnej wartości lub wielkości świadczenia stron. **A contrario, zamawiający może ograniczyć zakres zamówienia, o ile określi w dokumentach zamówienia w sposób precyzyjny minimalną wartość lub wielkość świadczenia oraz związanego z tym gwarantowanego poziomu wynagrodzenia umownego.** Innymi słowy, zamawiający nie może ukształtować postanowień umowy w sposób, który pozostawiałby wykonawcę w niepewności co do gwarantowanego poziomu świadczenia”.*
4. Co więcej, Odwołujący dążąc do korekty postanowień w tym zakresie wskazuje, że wprowadzony przez Zamawiającego zakres ograniczeń realizacji części zamówienia musi mieć proporcjonalny charakter, tak aby uczestnictwo w ramach danego postępowania o udzielenie zamówienia miało



charakter przewidywalny i możliwy do oszacowania. Jak podkreśla się bowiem chociażby w ramach Komentarza do ustawy Pzp, wydanego pod auspicjami Urzędu Zamówień Publicznych: *art 433 Pzp został wprowadzony w celu ograniczenia praktyk zamawiających polegających na kształtowaniu postanowień umów w sposób zabezpieczający wyłącznie ich interesy **bez należytego ich wyważenia z interesami wykonawców** (...)* W zamówieniach publicznych klauzule abuzywne oznaczają projektowane postanowienia umowne kształtujące obowiązki wykonawcy w sposób **rażąco nieproporcjonalny do rodzaju zamówienia oraz ryzyk związanych z jego realizacją** [vide komentarz do art. 433 ustawy Pzp [w:] Prawo zamówień publicznych. Komentarz., red. H. Nowak, M. Winiarz, UZP 2021]. Podobnie również w ramach orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej, przykładowo:

- 1) wyrok z dnia 11 stycznia 2008 r., sygn. KIO/UZP: „*określenie przez zamawiającego tylko górnej granicy jego zobowiązania bez określania minimalnej ilości czy wartości, którą na pewno wyda na potrzeby realizacji zamówienia, nie spełnia wymogów art. 29 ust. 2 p.z.p. z 2004 r., który nakazuje, aby przedmiot zamówienia był opisany w sposób wyczerpujący i konkretny*”
- 2) wyrok z dnia 2 stycznia 2017 r., sygn. KIO 2346/16: „*Zastrzeżenie przez zamawiającego w § 2 ust. 2 projektu umowy nieograniczonej ingerencji w ilość zamawianych dostaw, poprzez jej zmniejszenie na etapie realizacji umowy oznacza bowiem po stronie wykonawców brak pewnej wiedzy na temat jednego z istotnych elementów kalkulacji ceny, tj. ilości zamawianych dostaw, warunkującego rzetelną wycenę oferty. Prowadzi także do naruszenie uczciwej konkurencji, ponieważ wykonawcy, w sytuacji braku jednoznacznych danych na temat ilości zamawianych dostaw, zdani są na własne, różne dla każdego wykonawcy oceny co do prawdopodobnych potrzeb zamawiającego w aspekcie ilościowym*”
- 3) wyrok z dnia 22 lipca 2015 r., sygn.. KIO 1372/15: „*Wykonawca wycenia ofertę w oparciu o zakres przedmiotu zamówienia. Jeśli zamawiający w nieograniczony sposób zastrzega sobie możliwość zmiany (zmniejszenia) przedmiotu zamówienia na etapie realizacji zamówienia, może to wskazywać na naruszenie przez niego w przyszłości, w toku realizacji zamówienia, art. 140 ust. 1 p.z.p., który stanowi, że zakres świadczenia wykonawcy wynikający z umowy jest tożsamy z jego zobowiązaniem zawartym w ofercie. (...) Jeśli zamawiający w nieograniczony sposób przewiduje możliwość ograniczenia zakresu przedmiotu zamówienia, powyższe czyni opis przedmiotu zamówienia niejednoznacznym. Wykonawca bowiem w tym zakresie może mieć uzasadnione problemy z wyceną swojej oferty*”.

5. Przekładając powyższe na grunt przedmiotowego postępowania podkreślenia wymaga więc, że Zamawiający nie tylko bezwzględnie zobowiązany jest do określenia minimalnej wartości realizacji, ale też, że określając limit możliwego ograniczenia zakresu zamówienia winien wziąć pod uwagę, że wykonawcy tworząc ofertę oraz oszacowując koszty realizacji danej inwestycji co do zasady biorą pod uwagę wykonanie całości inwestycji. Podmioty ubiegające się o zamówienie, składając ofertę liczą, że będą realizować całą umowę, na tej podstawie kalkulują więc **koszty personelu, zabezpieczeń, zagospodarowania placu budowy, ubezpieczeń, ochrony itp.** W sposób proporcjonalny obliczają też koszty pośrednie i zyski związane z daną realizacją. W skrajnych przypadkach **wyłączenia znaczącej części robót z zakresu umowy, taka realizacja może stać się nieopłacalna z perspektywy wykonawcy.** Byłoby to



nieuzasadnione nie tylko ekonomiczne, ale też nieadekwatne do koniecznego przygotowania osobowego i technicznego związanego z przygotowaniem oferty, niwecząc cel ubiegania się o dane zamówienie. W sytuacji, w której doszłoby do zmniejszenia zakresu rzeczowego realizacji, **wykonawca niezmiennie ponosić musiałby koszty stałe (plac budowy, ubezpieczenia, sprzęt itp.) na analogicznym poziomie jak przy wykonywaniu całej inwestycji.**

6. Ryzyko nieopłacalności i nierentowności przedsięwzięcia spotęgowane jest zwłaszcza w przypadku zamówień na roboty budowlane, które cechują się niską marżowością. Tym samym, w ocenie Odwołującego, Zamawiający winien wziąć pod uwagę wszystkie czynniki charakteryzujące planowanie robót budowlanych i specyfikę ich realizacji, wiążącej się z długookresowym planowaniem i zabezpieczaniem niezmiennych kosztów. Brak wskazania przez Zamawiającego zakresu zamówienia, które może nie zostać zrealizowane, zaburza więc równowagę ekonomiczną pomiędzy stronami, nie wykazując cech racjonalności i proporcjonalności, które winny cechować każde działanie Zamawiającego podejmowane w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.
7. Wprowadzenie realnego zakresu możliwego ograniczenia zamówienia uzasadnione jest tym bardziej jeśli uwzględnić praktykę rynku, która również, co było sygnalizowane już we wcześniejszej części uzasadnienia, winna zostać uwzględniona przy określaniu wymagań nakładanych na wykonawców. Praktyka rynkowa unaocznia bowiem, że pewnym standardem wśród publicznych Zamawiających jest obecnie określanie wielkości ograniczenia zakresu zamówienia na poziomie maksymalnie 10%, który to został **pozytywnie zweryfikowany poprzez zainteresowanie wykonawców w uczestnictwie i wykonawstwie postępowań opartych na takich warunkach realizacyjnych:**
 - postępowanie pn. „Budowa Uniwersyteckiego Centrum Stomatologicznego Gdańskiego Uniwersytetu Medycznego przy ul. M. Skłodowskiej – Curie w Gdańsku” - maksymalne ograniczenie do 10%;
 - postępowanie pn. „Rozbudowa Opery Nova w Bydgoszczy o IV krąg wraz z infrastrukturą parkingową” - maksymalne ograniczenie do 5%;
 - postępowanie pn. Budowa, przebudowa oraz zmiana sposobu użytkowania obiektów zajezdni tramwajowej przy ul. Toruńskiej 278 w Bydgoszczy – maksymalne ograniczenie do 10%;
 - postępowanie pn. Budowa hali lekkoatletycznej i strzelectwa sportowego na terenie kompleksu sportowego Zawisza przy ul. Gdańskiej 163 w Bydgoszczy – maksymalne ograniczenie do 10 % (minimalna wartość świadczenia stanowić będzie nie mniej niż 90% wynagrodzenia pierwotnego wskazanego w ofercie wykonawcy).
8. Mając powyższe na uwadze, w ocenie Odwołującego przedmiotowy zarzut zasługuje na uwzględnienie, Zamawiający powinien dokonać zmianę postanowień projektu Umowy poprzez wprowadzenie minimalnej i realnej wielkości lub wartości zobowiązania Zamawiającego, do którego zrealizowania Zamawiający będzie zobowiązany, w tym określenia gwarantowanej wysokości wynagrodzenia wykonawcy.

Biorąc pod uwagę wszystkie powyższe okoliczności, Odwołujący wnosi o modyfikację treści SWZ poprzez nadanie treści §4 ust. 8 Umowy następującego brzmienia:



*Wynagrodzenie ulegnie obniżeniu o wartość robót niewykonanych przez Wykonawcę – niezależnie od przyczyny, w tym w przypadku zmniejszenia przez Zamawiającego zakresu robót. Wykonawca wyraża zgodę na obniżenie wynagrodzenia ryczałtowego o kwotę wynikającą z niewykonania części robót, **z zastrzeżeniem, że Zamawiający będzie uprawniony do ograniczenia zakresu robót o nie więcej niż 10% wartości całości robót.***

V. Zarzut dotyczący wydłużenia okresu gwarancyjnego – zarzut nr 4

1. W ramach §12 Umowy Zamawiający wprowadził następujące regulacje związane z biegiem okresu gwarancyjnego:
 2. *Okres gwarancji jakości ulega odpowiedniemu przedłużeniu o czas, w którym elementy przedmiotu Umowy (w tym wykonane roboty, dostarczone i zamontowane wyposażenie, wszelkie urządzenia, sprzęt, oprogramowanie, systemy) nie mogą być używane zgodnie z ich przeznaczeniem **z powodu jakiegokolwiek wady.***
 3. *W każdym wypadku, kiedy wykonywane jest **jakiegokolwiek świadczenie gwarancyjne**, okres gwarancji jakości w odniesieniu do danego elementu przedmiotu Umowy ulega odpowiedniemu wydłużeniu.*
2. Analizując treść rzeczonych postanowień, wydaje się, że Zamawiający ma świadomość tego, że wydłużenie okresu gwarancyjnego może mieć związek wyłącznie z sytuacjami, w których Zamawiający z uwagi na wykonywane naprawy, nie mógł korzystać z danego elementu przedmiotu Umowy (§12 ust. 2 Umowy). Jednocześnie jednak, w ramach §12 ust. 3 Umowy jakiegokolwiek świadczenie gwarancyjne (bez względu na charakter naprawy i możliwość korzystania z danego elementu) automatycznie traktuje jako podstawę do wydłużenia okresu gwarancyjnego.
3. Co za tym idzie, zgodnie z założeniem Zamawiającego wydłużenie okresu gwarancji następowaloby niejako automatycznie bez badania okoliczności dotyczących charakteru wady, zastosowanego sposobu naprawy i możliwości korzystania z danego elementu przez Zamawiającego, co w konsekwencji powodowałoby dla wykonawców nadmierną i niewspółmierną dolegliwość. Zgłoszenie jakiegokolwiek, najbardziej nawet błażej wady, w świetle tak ukształtowanego postanowienia wydłużałby bowiem termin obowiązywania gwarancji, doprowadzając do jego wydłużania w sposób zupełnie dowolny i nieograniczony.
4. Z uwagi na podobieństwo zobowiązań wynikających z gwarancji przy sprzedaży oraz z gwarancji jakości obiektu, których udzielanie jest dopuszczalne przede wszystkim w świetle zasady swobody umów, oraz z uwagi na brak odrębnych regulacji gwarancji jakości obiektu uzasadnione jest stosowanie do niej **per analogiam przepisów o gwarancji przy sprzedaży**, o ile jest to możliwe w świetle treści gwarancji jakości obiektu [tak trafnie: W. Białończyk, Rękojmia, cz. I, s. 293; K. Kołakowski, w: Bieniek, Komentarz. Zobowiązania, 2011, t. II, s. 367, Nb 3; Ł. Żelechowski, w: Kodeks cywilny. Komentarz (red. K. Osajda), t. II, Warszawa 2013, art. 638, Nb 5; uchw. SN z 10.7.2008 r., III CZP 62/08, OSNC 2009, Nr 7–8, poz. 106].
5. Ustawodawca w art. 581 KC wskazał z kolei, że:

§ 1. Jeżeli w wykonaniu swoich obowiązków gwarant dostarczył uprawnionemu z gwarancji zamiast rzeczy wadliwej rzecz wolną od wad albo dokonał istotnych napraw rzeczy objętej



gwarancją, termin gwarancji biegnie na nowo od chwili dostarczenia rzeczy wolnej od wad lub zwrócenia rzeczy naprawionej. Jeżeli gwarant wymienił część rzeczy, przepis powyższy stosuje się odpowiednio do części wymienionej.

§ 2. W innych wypadkach termin gwarancji ulega przedłużeniu o czas, w ciągu którego wskutek wady rzeczy objętej gwarancją uprawniony z gwarancji nie mógł z niej korzystać.

6. Co za tym idzie, postanowienie wprowadzone przez Zamawiającego, determinujące wydłużenia okresu gwarancyjnego przy wykonywaniu jakichkolwiek świadczeń gwarancyjnych, jest **sprzeczne z istotą stosunku gwarancji** i jako takie pozostaje niedopuszczalne na gruncie art. 581 KC, który to przepis – zgodnie z orzecznictwem – ma charakter bezwzględnie obowiązujący (tak np. wyrok SR w Toruniu z dnia 25.04.2019 r.; sygn. akt V GC 2040/18). Ustawodawca wyraźnie wskazuje, że w przypadkach nieistotnych napraw wyłącznym uprawnieniem, które winno przysługiwać Zamawiającego jest ewentualne wydłużenie terminu obowiązywania gwarancji i to tylko w sytuacji, w której z elementu poddawanego naprawie Zamawiający nie mógł korzystać.
7. Jak wskazują komentatorzy **z przedłużeniem terminu gwarancji (tzw. warranty tolling) mamy w szczególności do czynienia wtedy, gdy miały miejsce nieistotne naprawy rzeczy**. Komentatorzy słusznie wskazują, że „okres gwarancyjny [...] kończy się [...] z reguły później, niż wynikałoby to ze zwykłego obliczenia, a to w związku z faktem wykonywania świadczeń gwarancyjnych” (Z. Gawlik, Komentarz..., uwaga 25) oraz, że „Cały założony okres gwarancyjny jest postawiony do dyspozycji uprawnionego celem wykorzystania go dla «gwarancyjnej eksploatacji» przedmiotu: z jednej strony zatem odpowiedzialność obejmuje wady ujawnione choćby w ostatnim dniu tego okresu, które reklamować można później, z drugiej zaś – sam ten okres gwarancyjny **ulega wydłużeniu w razie przeszkód w eksploatacji wywołanych wadą przedmiotu**” (ibidem, uwaga 21). **Podobnie jak w przypadku art. 581 § 1 k.c., również i na gruncie § 2 należy stanąć na stanowisku, że przepis ten nie może być umownie modyfikowany przez strony**. Niezależnie od postanowień zawartych w dokumencie gwarancyjnym, w razie ujawnienia się w rzeczy wad nieistotnych bądź też w razie zaistnienia innej przeszkody, **wskutek której kupujący nie mógł z rzeczy korzystać** (z wyłączeniem jednak sytuacji, w których rzecz poddano naprawom o charakterze istotnym bądź też rzecz wymieniono), **termin gwarancji ulegnie więc przedłużeniu o okres, w ciągu którego kupujący nie mógł z niej korzystać** (tak: Uliasz Roman, Komentarz do art. 556-581 Kodeksu cywilnego, LEX/el. 2013).
8. Biorąc pod uwagę powyższe, zasadnym jest zmodyfikowanie postanowienia zawartego w §13 ust. 2 i 3 Umowy, zgodnie z wytycznymi wynikającymi z treści art. 581 § 1 i 2 KC. Jakkolwiek omawiana regulacja kodeksowa ma za zadanie ochronę kupującego, będąc dla Niego uregulowaniem niezwykle korzystnym, to korzyści płynące ze wskazanej instytucji **nie mogą uprzywilejowywać w sposób nieuzasadniony jednej ze stron**, w sposób uniemożliwiający *de facto* drugiej stronie jakiegokolwiek oszacowanie kosztów związanych z obowiązkami gwarancyjnymi. W przedmiotowym przypadku jeśli okres gwarancyjny miałby wydłużać się względem danego elementu każdorazowo w sytuacji wystąpienia jakiegokolwiek wady i jej usuwania (co sugeruje §12 ust. 3 Umowy), **bez względu na to na czym polegała jej naprawa i czy w jakikolwiek sposób ingerowała w możliwość korzystania z danego elementu przez**



Zamawiającego, to rzeczony okres gwarancyjny mógłby w istocie trwać w nieskończoność, powodując konsekwencje niewspółmierne do zidentyfikowanych wad, kreując tym samym zobowiązanie niemożliwe do oszacowania na obecnym etapie, prowadzące do nieporównywalności złożonych ofert.

9. Na tego typu okoliczności, jako eliminujące zasadność formułowania tego typu postanowień związanych z terminem obowiązywania gwarancji, zwraca uwagę również Krajowa Izba Odwoławcza. Przykładowo w ramach wyroku z dnia (sygn. akt KIO 2886/23), Izba wskazała, że: *„W ocenie Izby obecne brzmienie §17 ust. 18 Umowy stanowi nadużycie przez Zamawiającego prawa do jednostronnego kształtowania postanowień umowy oraz jest sprzeczne z zasadami współzycia społecznego (art. 353(1) k.c.). Sformułowane postanowienie de facto uniemożliwia bowiem drugiej stronie jakiegokolwiek oszacowania kosztów związanych z obowiązkami gwarancyjnymi. Izba za trafną uznała argumentację wyrażoną w odwołaniu, iż w niniejszym przypadku jeśli okres gwarancyjny miałby rozpoczynać się względem danego elementu na nowo każdorazowo w sytuacji wystąpienia jakiegokolwiek wady i jej usuwania (co sugeruje zdanie pierwsze §17 ust. 18 Umowy), bez względu na to na czym polegała jej naprawa i czy w jakikolwiek sposób ingerowała w możliwość korzystania z danego elementu przez Zamawiającego, to rzeczony okres gwarancyjny mógłby w istocie trwać w nieskończoność, powodując konsekwencje niewspółmierne do zidentyfikowanych wad, kreując tym samym zobowiązanie niemożliwe do oszacowania na obecnym etapie, prowadzące do nieporównywalności złożonych ofert”.*

Biorąc pod uwagę wszystkie powyższe okoliczności, Odwołujący wnosi o modyfikację treści SWZ poprzez usunięcie aktualnej treści §12 ust. 2 i 3 Umowy i nadanie im przykładowo następującego brzmienia:

Jeżeli Wykonawca usunął zidentyfikowaną wadę poprzez przeprowadzenie istotnych napraw lub dostarczenie zamiast rzeczy wadliwej rzeczy wolnej od wad, co uniemożliwiło korzystanie z danego elementu, termin gwarancji dla tegoż elementu biegnie na nowo od chwili usunięcia wad. W innych przypadkach termin gwarancji dla danego elementu ulega przedłużeniu o czas w ciągu, którego wskutek wady przedmiotu zamówienia objętego gwarancją Zamawiający nie mógł z tego przedmiotu zamówienia korzystać.

VI. Zarzut dotyczący wydłużenia okresu obowiązywania rękojmi – zarzut nr 5

1. Zamawiający w ramach §11 ust. 8 umowy wskazał, że: ***Jeśli w wykonaniu obowiązków wynikających z rękojmi za wady Wykonawca dokonał napraw przedmiotu Umowy, termin rękojmi za wady ulega przedłużeniu o okres odpowiadający okresowi od dnia zgłoszenia wystąpienia wady do dnia dokonania naprawy lub wymiany pod warunkiem potwierdzenia przez Zamawiającego skuteczności tej naprawy lub wymiany. Zamawiający może wyrazić zgodę na ograniczenie przedłużenia okresu rękojmi za wady do naprawionych lub wymienionych części przedmiotu Umowy, pod warunkiem dostarczenia przez Wykonawcę Zamawiającemu przedłużenia ważności zabezpieczenia należytego wykonania Umowy lub przedłożenia nowego na wskazaną przez Zamawiającego kwotę. Zgoda może być wyrażona przez Zamawiającego jeśli wniosek taki zostanie złożony przez Wykonawcę nie później niż na 2 miesiące przed upływem ważności zabezpieczenia. W przypadku,***



gdy Wykonawca nie dokona naprawy lub wymiany po zgłoszeniu wady przez Zamawiającego lub inne podmioty przez niego upoważnione i do naprawy lub wymiany dojdzie w wyniku zlecenia zastępczego uznaje się, że termin rękojmi za wady ulega wydłużeniu o czas od wykrycia wady do dnia wykonania naprawy lub wymiany. Powyższe zostanie potwierdzone przez Strony protokolarnie, a w przypadku odmowy podpisania protokołu przez Wykonawcę, Zamawiający uprawniony jest do jego jednostronnego podpisania.

2. Odnosząc się do treści rzeczzonego postanowienia umownego, Odwołujący w pierwszej kolejności wskazuje, że **ustawodawca – odmiennie niż w przypadku gwarancji (art. 581 KC) – nie wprowadził regulacji umożliwiających modyfikację (wydłużanie) okresu obowiązywania rękojmi za wady w związku z dokonywanymi naprawami rzeczy.** Stanowiło to celowy zabieg ustawodawcy, aby zabezpieczyć sprzedawcę przed kreowaniem jego odpowiedzialności w sposób nieograniczony w czasie.
3. W konsekwencji, jakkolwiek art. 558 KC umożliwia modyfikowanie zakresu odpowiedzialności z tytułu rękojmi, to wskazane założenie ustawodawcy nie powinno być ignorowane, zwłaszcza poprzez definiowanie nieograniczonej, niemożliwej do przewidzenia i oszacowania, odpowiedzialności na tej podstawie. Podtrzymując i odwołując się w tym miejscu do uzasadnienia zaprezentowanego względem zarzutu nr 4 (pkt V uzasadnienia odwołania), Odwołujący podkreśla, że zobowiązania nałożone na wykonawcę muszą być zdefiniowane w taki sposób aby ich wycena była możliwa, nie uprzywilejowując przy tym wyłącznie jednej strony umowy.
4. Pozostawienie omawianych postanowień umownych bez jakiegokolwiek modyfikacji doprowadzi do tego, że okres obowiązywania rękojmi miałby w zasadzie nieograniczony charakter – wydłużanie okresu rękojmi automatycznie **bez względu na to na czym polegała naprawa i czy w jakikolwiek sposób ingerowała w możliwość korzystania z danego elementu przez Zamawiającego oznacza bowiem, że rzeczony okres rękojmi mógłby w istocie trwać w nieskończoność**, powodując konsekwencje niewspółmierne do zidentyfikowanych wad, kreując tym samym zobowiązanie niemożliwe do oszacowania na obecnym etapie, prowadzące do nieporównywalności złożonych ofert.
5. Co więcej, regulując kwestię przedłużania okresu rękojmi, Zamawiający wprowadził też postanowienia umożliwiające odstąpienie bądź ograniczenie takiego działania oparte na zmianie wysokości bądź okresu ważności zabezpieczenia należytego wykonania umowy. **Przewidzenie takiego mechanizmu jest jednak niezgodne z przepisami art. 452 oraz 453 ustawy Pzp, które definiują tak dopuszczalną wysokość zabezpieczenia, jak i okres jego obowiązywania:**
 - Art. 452 ustawy Pzp:
 1. *Wysokość zabezpieczenia ustala się w stosunku procentowym do ceny całkowitej podanej w ofercie albo maksymalnej wartości nominalnej zobowiązania zamawiającego wynikającego z umowy, jeżeli w ofercie podano cenę jednostkową lub cenę jednostkowe.*
 2. *Zabezpieczenie ustala się w wysokości nieprzekraczającej 5% ceny całkowitej podanej w ofercie albo maksymalnej wartości nominalnej zobowiązania zamawiającego wynikającego z umowy.*
 - Art. 453 ustawy Pzp:



1. Zamawiający zwraca zabezpieczenie w terminie 30 dni od dnia wykonania zamówienia i uznania przez zamawiającego za należycie wykonane.
2. Zamawiający może pozostawić na zabezpieczenie roszczeń z tytułu rękojmi za wady lub gwarancji kwotę nie przekraczającą 30% zabezpieczenia.
3. Kwota, o której mowa w ust. 2, jest zwracana nie później niż w 15. dniu po upływie okresu rękojmi za wady lub gwarancji.

6. Przepisy ustawy Pzp nie dopuszczają więc dowolnej, w tym wynikającej z dokonywanych napraw przedmiotu umowy w ramach rękojmi, zmiany w zakresie wysokości i terminu obowiązywania zabezpieczenia należytego wykonania umowy. Co istotne, **przepisy art. 452 ust. 2 i 3 PZP mają charakter bezwzględnie obowiązujący**. Zamawiający nie może zatem żądać wniesienia zabezpieczenia w wyższej wysokości niż 5% ceny całkowitej oferty lub maksymalnej wartości nominalnej zobowiązania bez odpowiedniego uzasadnienia w specyfice przedmiotu zamówienia lub ryzyku związanym z jego realizacją, a także zabezpieczenia przewyższającego 10% podanych wyżej wartości. **Również żądanie wniesienia dodatkowego zabezpieczenia, przewyższającego łącznie z zabezpieczeniem należytego wykonania umowy dopuszczalną wysokość, określoną w art. 452 ust. 2 i 3 PZP (np. na wypadek niedokonania przez wykonawcę zamówienia na roboty budowlane zapłaty wynagrodzenia podwykonawcy lub dokonania nieterminowej zapłaty), stoi w sprzeczności z komentowanym przepisem** i może być kwestionowane przez wykonawców (por. wyr. KIO z 15.6.2015 r., KIO 1139/15, Legalis). Przepisy PZP nie dopuszczają też waloryzacji ustalonej przed podpisaniem umowy wartości zabezpieczenia, nawet jeśli umowa przewiduje waloryzację wynagrodzenia wykonawcy (ceny oferty) [vide Prawo zamówień publicznych. Komentarz, red. M.Jaworska, Legalis 2022].

Biorąc pod uwagę wszystkie powyższe okoliczności, Odwołujący wnosi o modyfikację treści §11 ust. 8 Umowy poprzez nadanie mu następującego brzmienia:

Jeżeli Wykonawca usunął zidentyfikowaną wadę poprzez przeprowadzenie istotnych napraw lub dostarczenie zamiast rzeczy wadliwej rzeczy wolnej od wad, co uniemożliwiło korzystanie z danego elementu, termin rękojmi dla tegoż elementu biegnie na nowo od chwili usunięcia wad. W innych przypadkach termin rękojmi ulega przedłużeniu o czas w ciągu, którego wskutek wady przedmiotu zamówienia objętego rękojmią Zamawiający nie mógł z tego przedmiotu zamówienia korzystać. Zamawiający może wyrazić zgodę na ograniczenie przedłużenia okresu rękojmi za wady do naprawionych lub wymienionych części przedmiotu Umowy, pod warunkiem dostarczenia przez Wykonawcę Zamawiającemu przedłużenia ważności zabezpieczenia należytego wykonania Umowy lub przedłożenia nowego na wskazaną przez Zamawiającego kwotę. Zgoda może być wyrażona przez Zamawiającego jeśli wniosek taki zostanie złożony przez Wykonawcę nie później niż na 2 miesiące przed upływem ważności zabezpieczenia. W przypadku, gdy Wykonawca nie dokona naprawy lub wymiany po zgłoszeniu wady przez Zamawiającego lub inne podmioty przez niego upoważnione i do naprawy lub wymiany dojdzie w wyniku zlecenia zastępczego uznaje się, że termin rękojmi za wady ulega wydłużeniu o czas od wykrycia wady do dnia wykonania naprawy lub wymiany. Powyższe zostanie potwierdzone przez Strony protokolarnie, a w przypadku odmowy podpisania protokołu przez Wykonawcę, Zamawiający uprawniony jest do jego jednostronnego podpisania.



VII. Domniemanie odpowiedzialności Wykonawcy za wadę ujawnioną w okresie rękojmi przy jednoczesnym nieadekwatnym terminie jej usuwania – zarzut nr 6

1. Zamawiający w ramach §11 ust. 5 Umowy wskazał, że: *Wady ujawnione w okresie objętym rękojmią za wady lub w okresie wykonywania przedmiotu Umowy, o ile Wykonawca nie udowodni, że powstały z winy Zamawiającego, będą niezwłocznie usuwane przez Wykonawcę na jego koszt w wyznaczonym przez Zamawiającego terminie.*
2. W pierwszej kolejności, poprzez brzmienie tego postanowienia, Zamawiający wykreował więc domniemanie odpowiedzialności za zaistnienie wady po stronie Wykonawcy. Takie założenie jest jednak sprzeczne z założeniem ustawodawcy, który w ramach art. 559 KC nie wskazuje na istnienie domniemanie odpowiedzialności Wykonawcy, podkreślając, że odpowiada on wyłącznie za wady istniejące w momencie przekazania rzeczy bądź tkwiące w rzeczy w momencie: *Sprzedawca jest odpowiedzialny z tytułu rękojmi za wady fizyczne, które istniały w chwili przejścia niebezpieczeństwa na kupującego lub wynikły z przyczyny tkwiącej w rzeczy sprzedanej w tej samej chwili.*
3. Jedyna sytuacja, w której ustawodawca wykreował domniemanie istnienia wady w momencie wydania rzeczy, dotyczy sytuacji, w której stroną umowy byłby konsument (art. 556(2) KC). *A contrario takiego domniemanie ustawodawca nie zakładał dla obrotu profesjonalnego,* z którym mamy do czynienia w przedmiotowym przypadku. Odstąpienie od zasad ustawowych i uznanie za regułę, że za wszelkie wady zidentyfikowane w okresie rękojmi odpowiada wykonawca, prowadziłyby do uprzywilejowania wyłącznie jednej strony umowy, stanowiąc o nadużyciu prawa przez Zamawiającego i naruszając zasady współzycia społecznego. Taka sytuacja generuje też niemożliwość precyzyjnej identyfikacji ryzyk realizacyjnych i ich oszacowania, o tyle, że Wykonawca nie miałby pewności ani gwarancji w jaki sposób wykazywać odpowiedzialność Zamawiającego za zaistnienie wady, nie będąc w dyspozycji wszystkich informacji co do sposobu korzystania z danej rzeczy i zasad eksploatacji przyjętych przez Zamawiającego. To wyłącznie Zamawiający jest w dyspozycji tego typu danych, stąd mając pełen obraz sprawy, to wyłącznie on byłby podmiotem mogącym wykazać, że określona wada realnie istniała już w chwili wydania rzeczy.
4. Niezależnie od powyższego, w ramach omawianego postanowienia, Zamawiający zobowiązał też Wykonawców do niezwłocznego usuwania wad w okresie rękojmi, nie definiując w żaden sposób co rozumie pod tym pojęciem. Ustalając termin usuwania wad, Zamawiający winien uwzględnić to, że w określonych sytuacjach nawet przy podjęciu niezwłocznych działań przez wykonawcę i jego pełnym zaangażowaniu, oczekiwanie na komponenty niezbędne do skutecznego dokonania naprawy może znacznie przekroczyć termin zagwarantowany przez Zamawiającego. W konsekwencji, tego rodzaju zmienne winny być przez Zamawiającego uwzględnione, **tak aby wykonawca nie był obciążany konsekwencjami zmieniającej się sytuacji gospodarczej i zakłóconych łańcuchów dostaw,** które z uwagi na różne czynniki makroekonomiczne wciąż są obserwowane. Celem prawidłowej wyceny ofertowej, wykonawcy winni mieć przy tym pewność **ze tego rodzaju zmienne będą wzięte pod uwagę w toku wyznaczania terminu usuwania określonej wady.**



5. Analiza postanowień umownych stosowanych na rynku obrazuje jednocześnie, że standardowo publiczni zamawiający definiując czas na usunięcie wad i awarii, przewidują terminy uwzględniające samą postawę wykonawcy, żądając jego weryfikacji wystąpienia zdarzenia w określonym czasie, dając przy tym wyraz zrozumienia dla konieczności pewnego dalszego oczekiwania na wymianę elementów po tej weryfikacji następującej.
6. Pewna korekta omawianych postanowień jest więc o tyle zasadna, że przy obecnym brzmieniu postanowień umownych i pewnej niepewności co do kwalifikacji pojęcia „niezwłoczności” wykonawcy zmuszeni byłiby doliczyć już do ceny ofertowej dodatkowe koszty mające pokryć tego rodzaju ryzyka, uwzględniając zwłaszcza wysokie kary umowne przewidziane przez Zamawiającego na wypadek ich niedotrzymania (vide §13 ust. 3 pkt 5) Umowy – kara umowna określona obecnie na poziomie 0,1% wynagrodzenia całkowitego za zwłokę w usuwaniu wad w okresie rękojmi i gwarancji). W oczywisty sposób działanie takie nie służy jednak ani zapewnieniu konkurencji w ramach postępowania, ani racjonalności wydatkowania środków publicznych, stąd też uwzględnienie wniosków Odwołującego jest tym bardziej uzasadnione.

Biorąc pod uwagę wszystkie powyższe okoliczności, Odwołujący wnosi o modyfikację treści SWZ poprzez nadanie treści §11 ust. 5 Umowy następującego brzmienia:

*Wady ujawnione w okresie objętym rękojmią będą niezwłocznie usuwane przez Wykonawcę na jego koszt w wyznaczonym przez Zamawiającego, **technologicznie uzasadnionym terminie, o ile wady te istniały w chwili przejścia niebezpieczeństwa na Zamawiającego lub wynikły z przyczyny tkwiącej w Przedmiocie Umowy w tej samej chwili.***

VIII. Nieuprawniona ingerencja w zasady odpowiedzialności solidarnej – zarzut nr 7

1. Zamawiający w ramach §10 ust. 19 Umowy wprowadził postanowienie o następującej treści:
*Wykonawca powiadomi Zamawiającego z wyprzedzeniem nie mniejszym niż 7 dni o zamierzonej dacie rozpoczęcia pracy i wykonywania robót przez każdego podwykonawcę i o rozpoczęciu takiej pracy na terenie budowy, a w przypadku prac wykonywanych w miejscu podlegającym bezpośrednio nadzorowi Zamawiającego, również o nazwach, danych kontaktowych oraz przedstawicielach podwykonawców. **W przypadku niewypełnienia obowiązku wymienionego w zdaniu uprzednim, podwykonawcy usiłujący wykonywać prace, dostawy, usługi lub roboty budowlane bez uprzedniego dokonania w/w zawiadomienia będą traktowani, jako niezgłoszeni i niezatwierdzeni przez Zamawiającego oraz będą miały zastosowanie zapisy Umowy dotyczące usuwania z terenu budowy niezatwierdzonych podwykonawców.***
2. W konsekwencji, zgodnie z ww. postanowieniem, zatwierdzenie (a w konsekwencji jak się wydaje odpowiedzialność solidarna za zapłatę wynagrodzenia należnego podwykonawcom) uzależnione jest od dodatkowych działań, których nie przewidział ustawodawca w ramach przepisów ustawy Pzp. Zgodnie bowiem z art. 464 i 465 ustawy Pzp, wyłącznym wymaganiam, warunkującym bezpośrednią zapłatę przez Zamawiającego wynagrodzenia należnego podwykonawcy jest przedłożenie zamawiającemu umowy o podwykonawstwo i jej zaakceptowanie bądź niezgłoszenie sprzeciwu. Z takich reguł działania zdaje sobie niewątpliwie sprawę sam Zamawiający, który powielił w ramach wcześniejszych ustępów §10 Umowy postanowienia ustawy Pzp co do



obowiązków związanych ze zgłaszaniem umowy podwykonawczej i warunkujących bezpośrednią zapłatę wynagrodzenia należnego podwykonawcy.

3. Dalsze postanowienia, kreujące określone terminy na zgłoszenie przystąpienia przez podwykonawcę do realizacji prac i konsekwencje z ich uchybienia w postaci uznania podwykonawcy za niezgłoszonego, nie mają w ocenie Odwołującego umocowania w treści regulacji ustawy Pzp oraz KC, generując też nieczytelność co do intencji Zamawiającego i ponoszonej przez niego solidarnej odpowiedzialności.

Biorąc pod uwagę wszystkie powyższe okoliczności, Odwołujący wnosi o modyfikację treści §10 ust. 19 Umowy poprzez nadanie mu następującego brzmienia:

Wykonawca powiadomi Zamawiającego z wyprzedzeniem nie mniejszym niż 7 dni o zamierzonej dacie rozpoczęcia pracy i wykonywania robót przez każdego podwykonawcę i o rozpoczęciu takiej pracy na terenie budowy, a w przypadku prac wykonywanych w miejscu podlegającym bezpośrednio nadzorowi Zamawiającego, również o nazwach, danych kontaktowych oraz przedstawicielach podwykonawców. ~~W przypadku niewypełnienia obowiązku wymienionego w zdaniu uprzednim, podwykonawcy usiłujący wykonywać prace, dostawy, usługi lub roboty budowlane bez uprzedniego dokonania w/w zawiadomienia będą traktowani, jako niezgłoszeni i niezatwierdzeni przez Zamawiającego oraz będą miały zastosowanie zapisy Umowy dotyczące usuwania z terenu budowy niezatwierdzonych podwykonawców.~~

IX. Wyłączenie zmiany wynagrodzenia w sytuacjach niemożliwych do przewidzenia przez wykonawcę – zarzut nr 8

1. Zamawiający w ramach §15 ust. 5 i 8 Umowy wprowadził postanowienia o następującej treści:
*5. W przypadku wystąpienia którejkolwiek z okoliczności wymienionych w ust. 4 termin wykonania Umowy może ulec odpowiedniemu przedłużeniu o czas niezbędny do zakończenia wykonywania jej przedmiotu w sposób należyty, nie dłużej jednak niż o okres trwania tych okoliczności. **Wykonawca nie może żądać zwiększenia wynagrodzenia lub zwrotu innych kosztów bezpośrednich lub pośrednich spowodowanych przestojem lub dłuższym czasem wykonywania Umowy, chyba że zmiana wynika wyłącznie z okoliczności za które odpowiedzialność ponosi Zamawiający.***
*8. Wykonawcy **nie przysługuje roszczenie o zmianę Umowy w zakresie wynagrodzenia z tytułu zwiększonych lub dodatkowych kosztów wynikających z przedłużonego czasu wykonywania robót** (w tym za tzw. przestój, utrzymanie zaplecza, pracowników, podwykonawców itp.), jak też odszkodowanie za tego rodzaju koszty, **za wyjątkiem sytuacji kiedy odpowiedzialność za opóźnienie ponosi wyłącznie Zamawiający.***
2. Uwzględniając powyższe, a także treść §15 ust. 4 Umowy, do którego ww. postanowienie nawiązuje, wskazać należy, że wyspecyfikowane przez Zamawiającego sytuacje umożliwiające zmianę terminu realizacji, związane są w zasadzie wyłącznie z sytuacjami, na wystąpienie których wykonawca nie ma jakiegokolwiek wpływu, nie mogąc ich też przewidzieć (siła wyższa, zagrożenie dla bezpieczeństwa życia i zdrowia, działania administracji, odmienne warunki geologiczne i terenowe). Podobnie przedłużony czas wykonywania robót, do którego nawiązuje §15 ust. 8



Umowy bazować może na tych samych okolicznościach, nie mających swojego źródła w działaniach bądź zaniechaniach Zamawiającego.

3. Co za tym idzie, 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 niezależne od wykonawcy, takie jak: siła wyższa, kolizje, roboty dodatkowe czy zamiennie nie wygenerują konieczności korekty wynagrodzenia należnego wykonawcy **całkowicie „usztynnia” 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.
4. 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) ustawy 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.
5. Co więcej, niezasadność wprowadzenia do Umowy postanowienia o takiej treści wynika również z tej okoliczności, że zgodnie z §15 ust. 4 pkt 1) lit. e) Umowy zmiany terminu realizacji zamówienia mogą wynikać chociażby z wystąpienia robót dodatkowych czy zamiennych. W tym zakresie postanowienia Umowy byłyby w konsekwencji całkowicie irracjonalne, o tyle, że §15 ust. 5 Umowy wskazywałby na brak możliwości zmian w zakresie wartości umowy, które w sposób immamentny z tą kategorią prac muszą być wszak związane. Przyjęcie, że wykonywanie tak zleconych robót może wiązać się jedynie ze zmianą terminu, nie zaś ze zmianą wynagrodzenia, **całkowicie niweczy cel i realność tych mechanizmów, blokując w działaniach samego Zamawiającego**. Trudno bowiem wyobrazić sobie sytuację, w której wykonawcy zdecydują się na realizację jakichkolwiek robót zamiennych czy dodatkowych, w sytuacji braku rekompensaty w zakresie wynikającej z tego tytułu różnicy w wynagrodzeniu.
6. 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 generowałyby żadnych negatywnych konsekwencji dla Zamawiającego. **Dla dokonania jakiejkolwiek zmiany umowy konieczny jest wszak konsensus stron, stąd bez zgody Zamawiającego, jakkolwiek 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, bądź też nie wiązałby 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 ustawy Pzp.

7. Postulowana przez Odwołującego korekta postanowień treści Umowy jest niezbędna także przez wzgląd na treść art. 99 ust. 1 ustawy Pzp, który w sposób jednoznaczny nakłada na Zamawiającego odpowiedzialność za prawidłowe przygotowanie opisu przedmiotu zamówienia. Jak wynika bowiem z treści §15 ust. 5 i 8 Umowy, zgodnie z założeniami Zamawiającego, Wykonawcy mieliby ponosić odpowiedzialność finansową za sytuacje przez siebie niezawinione mogące mieć swoje źródło w okolicznościach niemożliwych do przewidzenia przez żadną ze stron (Zamawiający przyjął na siebie odpowiedzialność wyłącznie w zakresie zmiennych zawinionych w całości przez siebie, nie uwzględniając sytuacji nieprzewidywalnych). 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.
8. 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.
9. 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 ustawy 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.
10. 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 ustawy 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 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 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 §15 ust. 5 i 8 Umowy poprzez nadanie im następującego brzmienia:

5. W przypadku wystąpienia którejkolwiek z okoliczności wymienionych w ust. 4 termin wykonania Umowy może ulec odpowiedniemu przedłużeniu o czas niezbędny do zakończenia wykonywania jej przedmiotu w sposób należyty, nie dłużej jednak niż o okres trwania tych okoliczności. Wykonawca może żądać zwiększenia wynagrodzenia lub zwrotu innych kosztów bezpośrednich lub pośrednich spowodowanych przestojem lub dłuższym czasem wykonywania Umowy w sytuacjach, w których zmiana wynika z okoliczności za które odpowiedzialność ponosi Zamawiający bądź wynika z okoliczności niezależnych od Stron Umowy;

8. Wykonawcy przysługuje roszczenie o zmianę Umowy w zakresie wynagrodzenia z tytułu zwiększonych lub dodatkowych kosztów wynikających z przedłużonego czasu wykonywania robót (w tym za tzw. przestój, utrzymanie zaplecza, pracowników, podwykonawców itp.), jak też odszkodowanie za tego rodzaju koszty, w sytuacji kiedy odpowiedzialność za opóźnienie ponosi wyłącznie Zamawiający bądź wynika ono z okoliczności niezależnych od Stron Umowy.

X. Przerzucenie na Wykonawców odpowiedzialności za dokumentację projektową – zarzut nr 9

1. Zamawiający w ramach §9 ust. 4 Umowy wskazał, że: *Niezależnie od innych postanowień niniejszej Umowy, zgłoszenie przez Wykonawcę robót do odbioru, odebraniu tych robót przez Zamawiającego i otrzymanie przez niego od Zamawiającego części wynagrodzenia należnego za te roboty zgodnie z Harmonogramem rzeczowo-finansowym wskazanym w niniejszej Umowie powoduje utratę prawa Wykonawcy do powoływania się na wadliwość dokumentacji projektowej (w tym Projektu budowlanego) lub inne niezależne od niego przyczyny wadliwości tych robót (w tym w toku obowiązkowej kontroli budowy prowadzonej przez właściwy organ przed wydaniem decyzji o pozwoleniu na użytkowanie). Wykonawca ponosi odpowiedzialność za uzyskanie wymaganej ostatecznej decyzji o pozwoleniu na użytkowanie oraz przekazanie obiektu do eksploatacji Zamawiającemu, spełniającego wszystkie wymagania Umowy wraz ze wszelkimi wymaganymi dokumentami.*

2. Tym samym, wprowadzając do Umowy takie postanowienie, Zamawiający przerzucił na Wykonawcę ryzyko i skutki popełnionych przez siebie błędów w trakcie tworzenia dokumentacji



projektowej. Takie postanowienie umowne jest niedopuszczalne. Tak jak zostało to wskazane powyżej, w ramach uzasadnienia zarzutu nr 8, Zamawiający, w myśl art. 99 ustawy Pzp, obowiązany jest do prawidłowego opisanie przedmiotu zamówienia, przy czym w przypadku kontraktu typu „buduj” opis ten dokonywany jest poprzez udostępnianą przez Zamawiającego dokumentację projektową. W związku z tym to Zamawiający, a nie Wykonawca, powinien ponosić odpowiedzialność za ewentualne błędy projektowe. Przygotowanie dokumentacji jest bowiem jego wyłączną prerogatywą.

- Przerzucenie tej odpowiedzialności na Wykonawcę jest sprzeczne z 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. Jak wynika z ww. przepisu KC, co potwierdza również orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej: **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.**” (Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 30 listopada 2017 r., sygn. akt KIO 2219/17). Co przy tym istotne, identyfikacja uchybień dokumentacji może mieć miejsce na każdym etapie realizacji, nawet po ich zgłoszeniu do odbioru, czy na etapie uzyskiwania pozwolenia na użytkowanie, w ramach którego dostrzeżone przez organ potencjalnie mogą być uchybienia, niedostrzeżone przez strony wykonujące umowę.
- Kwestionowane w niniejszym zarzucie postanowienia wzoru umowy, 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 wykonanej przez projektantów – tj. osoby sprawujące samodzielne funkcje techniczne w budownictwie, posiadające 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.** W konsekwencji, Wykonawca – z uwagi na swoją rolę w Postępowaniu – tym bardziej zabezpieczony musi być w możliwości ewentualnego powoływania się na uchybienia dokumentacji, bez względu na etap, w którym uchybienie to zostanie zidentyfikowane.

Biorąc pod uwagę wszystkie powyższe okoliczności, Odwołujący wnosi o modyfikację §9 ust. 4 Umowy poprzez nadanie mu następującego brzmienia:

~~Niezależnie od innych postanowień niniejszej Umowy, zgłoszenie przez Wykonawcę robót do odbioru, odebraniu tych robót przez Zamawiającego i otrzymanie przez niego od Zamawiającego części wynagrodzenia należnego za te roboty zgodnie z Harmonogramem rzeczowo-finansowym wskazanym w niniejszej Umowie powoduje utratę prawa Wykonawcy do powoływania się na wadliwość dokumentacji projektowej (w tym Projektu budowlanego) lub inne niezależne od niego przyczyny wadliwości tych robót (w tym w toku obowiązkowej kontroli budowy prowadzonej przez właściwy organ przed wydaniem decyzji o pozwoleniu na użytkowanie). Wykonawca ponosi odpowiedzialność za uzyskanie wymaganej ostatecznej decyzji o pozwoleniu na użytkowanie oraz przekazanie obiektu do~~



eksploatacji Zamawiającemu, spełniającego wszystkie wymagania Umowy wraz ze wszelkimi wymaganymi dokumentami.

XI. Zarzut dotyczący klauzuli waloryzacyjnej - zastosowanie limitu waloryzacji na poziomie 5% wynagrodzenia umownego - zarzut nr 10

1. Zamawiający do projektu Umowy wprowadził postanowienia dotyczące waloryzacji wynagrodzenia o następującej treści:

§5 ust. 11 Umowy „*Maksymalna dopuszczalna wartość zmiany wynagrodzenia umownego netto w efekcie zastosowania postanowień, o których mowa w niniejszym paragrafie wynosi 5 % wynagrodzenia z dnia podpisania Umowy, odpowiednio za I Etap i za II Etap Umowy*”.

2. Ustawodawca zobowiązał Zamawiającego na podstawie art. 439 ust. 1 i ust. 2 ustawy Pzp do uwzględnienia w umowie o roboty budowlane zasad wprowadzania zmian wysokości wynagrodzenia należnego wykonawcy, w przypadku zmiany cen lub kosztów związanych z realizacją zamówienia. Należy także podkreślić, że wykonawca na podstawie art. 439 ust. 5 ustawy Pzp jest zobowiązany odpowiednio zwaloryzować wynagrodzenie podwykonawcy.

3. W tym miejscu Odwołujący nadmienia, że pomimo, iż ustawodawca dał Zamawiającemu względną swobodę co do ustalenia szczegółów związanych z wprowadzaniem mechanizmów waloryzacyjnych, to swoboda Zamawiającego nie ma w tym przypadku charakteru nieograniczonego. Zgodnie z założeniem ustawodawcy taka swoboda podyktowana była bowiem wyłącznie tym, że Zamawiający jako gospodarz postępowania posiada najszerszą wiedzę co do specyfiki zamówienia, mając możliwość dobrania najskuteczniejszych 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 rzeczywistością 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. Ostatnie kilkanaście miesięcy przyniosło branży budowlanej wiele kluczowych zmian, które w istotny sposób zmieniły podejście wykonawców do składanych w postępowaniach ofert. 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. Należy także podkreślić, że biorąc pod uwagę opublikowane przez Główny Urząd Statystyczny w dane za lata roku 2022 r. i 2023 r., tj. wskaźnik cen produkcji budowlano – montażowej (będący wskaźnikiem przywołanym przez Zamawiającego w ramach §5 Umowy) należałoby stwierdzić, że poziom zmian cen jest nieproporcjonalnie wysoki do zastrzeżonego przez Zamawiającego dopuszczalnego maksymalnego limitu zmian wysokości wynagrodzenia.
10. Poniżej Odwołujący przedstawia dane Głównego Urzędu Statystycznego:

budimex

- 1) Wskaźniki cen produkcji budowlano-montażowej w styczniu 2022 r. (publikacja 18.02.2022 r.)
*„W styczniu 2022 r. w stosunku do grudnia 2021 r. zanotowano wzrost cen budowy budynków oraz budowy obiektów inżynierii lądowej i wodnej - po 1,1%, jak również robót budowlanych specjalistycznych - o 1,2%. W porównaniu ze styczniem 2021 r. podniesiono ceny budowy budynków o 8,7%, budowy obiektów inżynierii lądowej i wodnej - o 8,5% oraz robót budowlanych specjalistycznych – o 7,5%. (...) **8,3% wzrost cen producentów w budownictwie w porównaniu ze styczniem 2021 r.**”*

(źródło:

https://stat.gov.pl/files/gfx/portalinformacyjny/pl/defaultaktualnosci/5464/15/38/1/wskazniki_cen_produkcji_budowlano-montazowej_w_styczniu_2022.pdf)

- 2) Wskaźniki cen produkcji budowlano-montażowej w czerwcu 2022 r. (publikacja 20.07.2022 r.)
„W czerwcu 2022 r. w stosunku do maja 2022 r. zanotowano wzrost cen budowy budynków o 1,7%, budowy obiektów inżynierii lądowej i wodnej - o 1,4% oraz robót budowlanych specjalistycznych - o 1,1%. W porównaniu z czerwcem 2021 r. podniesiono ceny budowy budynków o 14,4%, budowy obiektów inżynierii lądowej i wodnej - o 13,2%, jak również robót budowlanych specjalistycznych – o 11,6%.”

(źródło:

https://stat.gov.pl/files/gfx/portalinformacyjny/pl/defaultaktualnosci/5464/15/43/1/wskazniki_cen_produkcji_budowlano-montazowej_w_czerwcu_2022_r..pdf)

- 3) Wskaźniki cen produkcji budowlano-montażowej w grudniu 2022 r. (publikacja 23.01.2023 r.)
*„W grudniu 2022 r. w stosunku do listopada 2022 r. zanotowano wzrost cen robót budowlanych specjalistycznych o 0,8%, budowy budynków oraz budowy obiektów inżynierii lądowej i wodnej - po 0,5%. W porównaniu z grudniem 2021 r. podniesiono ceny budowy budynków o 15,4%, budowy obiektów inżynierii lądowej i wodnej - o 14,3%, jak również robót budowlanych specjalistycznych – o 13,1%. (...) **14,3% wzrost cen producentów w budownictwie w porównaniu z grudniem 2021 r.**”*

(źródło:

https://stat.gov.pl/files/gfx/portalinformacyjny/pl/defaultaktualnosci/5464/15/49/1/wskazniki_cen_produkcji_budowlano-montazowej_w_grudniu_2022_r.pdf)

- 4) Wskaźniki cen produkcji budowlano-montażowej w styczniu 2023 r. (publikacja GUS 20.02.2023 r.)
„W styczniu 2023 r. w stosunku do grudnia 2022 r. zanotowano niewielki wzrost cen budowy budynków oraz budowy obiektów inżynierii lądowej i wodnej - po 0,1%.”

budimex

Zaobserwowano natomiast spadek cen robót budowlanych specjalistycznych o 0,1%. W porównaniu ze styczniem 2022 r. podniesiono ceny budowy budynków o 14,2%, budowy obiektów inżynierii lądowej i wodnej - o 13,2%, jak również robót budowlanych specjalistycznych – o 11,5%.

(...) 13,1% wzrost cen producentów w budownictwie w porównaniu ze styczniem 2022 r."

(źródło: <https://stat.gov.pl/obszary-tematyczne/ceny-handel/wskazniki-cen/wskazniki-cen-produkcji-budowlano-montazowej-w-styczniu-2023-roku,15,50.html>)

- 5) Wskaźniki cen produkcji budowlano-montażowej w czerwcu 2023 r. (publikacja 20.07.2023 r.)
„W czerwcu 2023 r. w stosunku do maja 2023 r. zanotowano wzrost cen budowy obiektów inżynierii lądowej i wodnej oraz robót budowlanych specjalistycznych po 1,0%, a także budowy budynków - o 0,8%. W porównaniu z czerwcem 2022 r. podniesiono ceny budowy obiektów inżynierii lądowej i wodnej (o 11,4%), budowy budynków oraz robót budowlanych specjalistycznych (po 9,8%). (...) 10,4% wzrost cen producentów w budownictwie w porównaniu z czerwcem 2022 r. poprzedniego roku”

(źródło: <https://stat.gov.pl/obszary-tematyczne/ceny-handel/wskazniki-cen/wskazniki-cen-produkcji-budowlano-montazowej-w-czerwcu-2023-roku,15,55.html>)

- 6) Wskaźniki cen produkcji budowlano-montażowej w grudniu 2023 r. (publikacja 19.01.2024 r.)
„W grudniu 2023 r. w stosunku do listopada 2023 r. zanotowano wzrost cen budowy obiektów inżynierii lądowej i wodnej o 0,4%, a robót budowlanych specjalistycznych i budowy budynków po 0,3%. W porównaniu z grudniem 2022 r. podniesiono ceny budowy obiektów inżynierii lądowej i wodnej (o 8,8%), robót budowlanych specjalistycznych (o 6,8%) oraz budowy budynków (o 6,4%) (...) 7,5% wzrost cen producentów w budownictwie w porównaniu z grudniem 2022 r.”

(źródło: <https://stat.gov.pl/obszary-tematyczne/ceny-handel/wskazniki-cen/wskazniki-cen-produkcji-budowlano-montazowej-w-grudniu-2023-roku,15,61.html>)

11. Mając powyższe na uwadze, Odwołujący w tym miejscu wskazuje, że zastosowany przez Zamawiającego limit na poziomie 5% wynagrodzenia umownego, jest zupełnie nieadekwatny i nieproporcjonalny do inwestycji jaką zamierza zrealizować w niniejszym Postępowaniu i skali zmian cenotwórczych występujących na rynku budowlanym w Polsce. Odwołujący podkreśla, że postanowienia dotyczące mechanizmu waloryzacyjnego powinny odnosić się do kluczowych materiałów czy kosztów związanych z daną inwestycją i nie mogą być oderwane od zakresu i skali



realizacji oraz celu wprowadzanego mechanizmu, bazującego przede wszystkim na adekwatności i realności.

12. Odwołujący podkreśla w tym miejscu, że również według źródeł publikujących uśrednione notowania wzrostów cen jak np. Sekocenbud, **wzrosty cen za ostatni rok w budownictwie wyniosły około 21%, czyli kilkukrotność proponowanego przez Zamawiającego limitu waloryzacji.** Powyższe dane odzwierciedlają tylko wzrosty na przestrzeni jednego zamkniętego roku kalendarzowego, natomiast planowany termin realizacji kontraktu jest dłuższy, więc wzrosty te tym bardziej mogą przekraczać proponowany przez Zamawiającego limit waloryzacji. Według obecnego kształtu postanowień projektowanych przez Zamawiającego, całkowite ryzyko wzrostu cen w takiej skali przerzucone byłoby na wykonawców, co w sposób oczywisty sprzeczne jest z zasadą współdziałania i współżycia społecznego.
13. **Ustalony więc przez Zamawiającego maksymalny limit zmian wynagrodzenia (waloryzacji) jest zatem zupełnie oderwany od realiów rynkowych, na co wskazują również dane GUS przedstawione powyżej przez Odwołującego.** Odwołujący podkreśla, że według źródeł publikujących uśrednione notowania wzrostów cen jak wzrosty cen za ostatni rok w budownictwie wyniosły około 10 %, czyli dwukrotność proponowanego przez Zamawiającego limitu waloryzacji. Ustalony przez Zamawiającego próg zmian jest więc całkowicie oderwany od realiów rynkowych, determinując, że ryzykiem wystąpienia wzrostów cen obciążony byłby w większym stopniu wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia.
14. 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.
15. 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 typu infrastrukturalnego. Jak wskazane zostało na oficjalnej stronie internetowej GDDKiA: „*Podpisanie aneksów a tym samym zmiana limitu poziomu waloryzacji do +/-15 procent było możliwe dzięki decyzjom podjętym w drodze Uchwał Rady Ministrów, dotyczącym zwiększonego finansowania inwestycji drogowych. Rozwiązanie to było konieczne w związku ze znacznym wzrostem wydatków ponoszonych przez wykonawców, wynikającym z negatywnych skutków agresji Rosji na Ukrainę.*”
16. Biorąc pod uwagę wszystkie powyższe okoliczności, Odwołujący podkreśla konieczność korekty mechanizmu waloryzacyjnego przewidzianego przez Zamawiającego w ramach § 5 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 – z uwagi na uwagi poczynione we wcześniejszej części uzasadnienia – nie zostało przez Zamawiającego zagwarantowane.

17. 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.

18. 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 wnoszę o modyfikację treści SWZ (postanowień Umowy) poprzez modyfikację treści postanowienia § 5 ust. 11 Umowy i nadanie mu następującego brzmienia:

§5 ust. 11 Umowy *„Maksymalna dopuszczalna wartość zmiany wynagrodzenia umownego netto w efekcie zastosowania postanowień, o których mowa w niniejszym paragrafie **wynosi 15 % wynagrodzenia z dnia podpisania Umowy**, odpowiednio za I Etap i za II Etap Umowy”.*

XII. Zarzut dotyczący wstrzymania wypłaty wynagrodzenia należnego wykonawcy - zarzut nr 11

1. Zamawiający w zakresie wypłaty należnego wykonawcy wynagrodzenia wprowadził do Umowy postanowienia o następującej treści:

§6 ust. 15 Umowy *„Warunkiem uruchomienia płatności za faktury przejściowe Wykonawcy jest złożenie przez niego oświadczenia o opłaceniu wymagalnych faktur podwykonawców robót, dostaw i usług na dzień wystawienia faktury przez Wykonawcę Zamawiającemu oraz złożenie przez Wykonawcę oświadczeń podwykonawców robót, dostaw i usług o niezaleganiu przez Wykonawcę z wymagalnymi płatnościami na ich rzecz. **Zamawiający ma prawo zażądać aktualizacji oświadczeń przed dokonaniem płatności faktury, przy czym żądanie takie powinien zgłosić nie później niż na 7 dni przed terminem zapłaty faktury. Zamawiający może żądać też poza oświadczeniami dowodów finansowych dokonania zapłaty tych należności”.***

§6 ust. 16 Umowy *„Warunkiem uruchomienia płatności za fakturę końcową (zarówno końcową Etapu I jak i końcową Etapu II) Wykonawcy jest złożenie przez niego oświadczenia o opłaceniu wszystkich wymagalnych **i niewymagalnych** należności podwykonawcom robót, dostaw i usług*



oraz złożenie przez Wykonawcę oświadczeń podwykonawców robót, dostaw i usług o otrzymaniu od Wykonawcy pełnej zapłaty należności wymagalnych i niewymagalnych wraz z oświadczeniem podwykonawców robót, dostaw i usług, że powyższe otrzymane należności wyczerpały już całość ich należności z danej umowy podwykonawczej. Zamawiający ma prawo zażądać aktualizacji takich dowodów lub oświadczeń przed dokonaniem płatności faktury, przy czym żądanie takie powinien zgłosić nie później niż na 7 dni przed terminem zapłaty faktury. Zamawiający może żądać też poza oświadczeniami dowodów finansowych dokonania zapłaty tych należności”.

2. Mając na uwadze treść wyżej przywołanych postanowień, Odwołujący zwraca uwagę, że w jego ocenie stanowią one próbę rozszerzenia uprawnień Zamawiającego poza treść obowiązujących przepisów, w szczególności art. 447 ustawy Pzp, co w konsekwencji wymaga korekty poprzez dostosowanie ich do aktualnie obowiązującego prawa.
3. W pierwszej kolejności Odwołujący zwraca uwagę, że Zamawiający w sposób nieuprawniony przyznał sobie prawo do żądania aktualizacji oświadczeń (dowodów) podwykonawców o zapłacie wymagalnego wynagrodzenia przez wykonawcę przed dokonaniem płatności faktury wykonawcy. Takie wymaganie jest zupełnie nieuzasadnione i nadmierowe. Jeżeli wykonawca dostarczył już Zamawiającemu stosowne oświadczenie (dowód) od podwykonawcy, z którego wynika, że wynagrodzenie zostało zapłacone w całości lub w części, która była wymagalna, to Zamawiający nie ma podstawy prawnej do żądania kolejnego oświadczenia potwierdzającego tę samą okoliczność.
4. Takie ukształtowanie procedury wypłaty wynagrodzenia nie ma także żadnego merytorycznego uzasadnienia, ani podstawy w przepisach ustawy Pzp. Będzie prowadziło do nadmiernego formalizmu oraz będzie stanowiło zbyt duże obciążenie dla wykonawców, którzy będą zmuszeni minimum dwukrotnie wykonać ten sam obowiązek na żądanie Zamawiającego – uzyskiwać kolejne oświadczenia od podwykonawców. Co więcej, Zamawiający będzie każdorazowo miał możliwość Zamawiającemu wstrzymania wypłaty wynagrodzenia a tym samym przedłużania terminu zapłaty wynagrodzenia wykonawcy, nawet w przypadku, gdy Zamawiający dysponuje już dowodem (oświadczeniem podwykonawcy) potwierdzającym uiszczenie płatności wynagrodzenia podwykonawcy. Opisana procedura wypłaty wynagrodzenia wykonawcy może prowadzić do absurdalnych sytuacji, w których Zamawiający wstrzyma wypłatę wynagrodzenia wykonawcy, który nie dostarczy ponownie tego samego dokumentu, tj. oświadczenia podwykonawcy, że otrzymał już wymagalne wynagrodzenia lub wskazania w oświadczeniu podwykonawcy, że co prawda nie otrzymał całego wynagrodzenia, ale część, która nie została zapłacona jest jeszcze nie wymagalna.
5. Dodatkowo Odwołujący wskazuje, że zgodnie z art. 447 ust. 1 -2 ustawy Pzp uprawnienia Zamawiającego w zakresie ewentualnego żądania dowodów i wstrzymania płatności na rzecz wykonawcy, w przypadku ich niedostarczenia **powinny być ograniczone jedynie do wstrzymania płatności co do wymagalnych kwot nie potwierdzonych stosownymi dowodami zapłaty.** Natomiast Zamawiający w treści §6 ust. 16 Umowy, w sposób zupełnie pozbawiony podstawy prawnej, uzależnia uruchomienie płatności za fakturę końcową od przedstawienia oświadczeń podwykonawców nie tylko co do zapłaty wymagalnego wynagrodzenia,



ale także wynagrodzenia jeszcze niewymagalnego i wskazania, że „otrzymane należności wyczerpały już całość ich należności z danej umowy podwykonawczej”. Co więcej, Zamawiający w ramach projektowanych postanowień umowy nie definiuje jaką część wynagrodzenia w sytuacji braku przedstawienia dowodów zapłaty mógłby wstrzymać, sugerując, że „zagrożona” jest płatność całej faktury VAT.

6. **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.).
7. Ukształtowanie takich zasad wypłaty wynagrodzenia, w ramach których w przypadku nieudokumentowania zapłaty wynagrodzenia niewymagalnego podwykonawcy lub braku złożenia ponownie tego samego oświadczenia podwykonawcy (o wypłacie wymagalnego wynagrodzenia) zagrożone byłoby całe i/lub dana, ale wciąż istotna część wynagrodzenia należnego wykonawcy, nie tylko jest wprost sprzeczne z przywołanymi powyżej, bezwzględnie obowiązującymi przepisami prawa, ale też byłoby postanowieniem nadmiernym i nieadekwatnym. Zdaniem Odwołującego, zakres żądanych dowodów płatności na rzecz podwykonawców ma charakter niezgodny z przepisami ustawy Pzp, determinując, że formalne kwestie dotyczące obsługi kontraktowej paraliżować mogą płynną realizację zamówienia, wymagając zaangażowania znacznej ilości osób obsługujących kontrakt pod kątem formalnym. O ile, art. 447 ustawy Pzp, nie definiuje pojęcia dowodów płatności, pozostawiając Zamawiającemu w ich określaniu względną swobodę, o tyle jak każde postanowienie umowne i działanie Zamawiającego, **podlegają one ocenie pod kątem proporcjonalności**. Zdaniem Odwołującego, „mnożenie” dokumentów, które miałyby być przedkładane przez wykonawców w tym zakresie, cech niezbędności i proporcjonalności nie posiadają.

Biorąc pod uwagę wszystkie powyższe okoliczności, Odwołujący wnosi o modyfikację treści SWZ (postanowień projektu Umowy) poprzez nadanie jej następującego brzmienia:

§ 6 ust. 15 Umowy „**Warunkiem uruchomienia w całości płatności za faktury przejściowe (począwszy od drugiej faktury)** Wykonawcy jest złożenie przez niego oświadczenia o opłaceniu wymagalnych faktur podwykonawców robót, dostaw i usług na dzień wystawienia faktury przez Wykonawcę Zamawiającemu oraz złożenie przez Wykonawcę oświadczeń podwykonawców robót, dostaw i usług o niezaleganiu przez Wykonawcę z wymagalnymi płatnościami na ich rzecz. ~~Zamawiający ma prawo zażądać aktualizacji oświadczeń przed dokonaniem płatności faktury, przy czym żądanie takie powinien zgłosić nie później niż na 7 dni przed terminem zapłaty faktury.~~

budimex

*Zamawiający może żądać też poza oświadczeniami dowodów finansowych dokonania zapłaty tych należności. **W przypadku nieprzedstawienia przez wykonawcę wszystkich dowodów zapłaty Zamawiający wstrzyma wypłatę należnego wynagrodzenia za odebrane roboty budowlane w części równej sumie kwot wynikających z nieprzedstawionych dowodów zapłaty**”.*

~~§ 6 ust. 16 Umowy "Warunkiem uruchomienia płatności za fakturę końcową (zarówno końcową Etapu I jak i końcową Etapu II) Wykonawcy jest złożenie przez niego oświadczenia o opłaceniu wszystkich wymagalnych i niewymagalnych należności podwykonawcom robót, dostaw i usług oraz złożenie przez Wykonawcę oświadczeń podwykonawców robót, dostaw i usług o otrzymaniu od Wykonawcy pełnej zapłaty należności wymagalnych i niewymagalnych wraz z oświadczeniem podwykonawców robót, dostaw i usług, że powyższe otrzymane należności wyczerpały już całość ich należności z danej umowy podwykonawczej. Zamawiający ma prawo zażądać aktualizacji takich dowodów lub oświadczeń przed dokonaniem płatności faktury, przy czym żądanie takie powinien zgłosić nie później niż na 7 dni przed terminem zapłaty faktury. Zamawiający może żądać też poza oświadczeniami dowodów finansowych dokonania zapłaty tych należności”.~~

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

Załączniki:

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