



Warszawa, 8 marca 2024 r.

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

Zamawiający: **Regionalne Centrum Krwiodawstwa i Krwiolecznictwa w Bydgoszczy**
ul. Ks. Ryszarda Markwarta 8, 85-015 Bydgoszcz
NIP: 554 22 31 201, REGON: 000293670
tel.: +48 52 322 18 71, faks: 52 322 86 36
osoba do kontaktu: Anna Majewska
e-mail: krew@rckik-bydgoszcz.com.pl

Odwołujący: **Budimex S.A.**
ul. Siedmiogrodzka 9, 01-204 Warszawa
KRS: 0000001764
reprezentowany przez:
r.pr. Magdalенę Maksimiuk
adres do doręczeń:
BUDIMEX S.A.
ul. Siedmiogrodzka 9, 01-204 Warszawa
e-mail: magdalena.maksimiuk@budimex.pl
tel.: + 48 512 482 095

Dotyczy: postępowania prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego pn. Przebudowa i rozbudowa Regionalnego Centrum Krwiodawstwa i Krwiolecznictwa w Bydgoszczy wraz z garażem podziemnym i infrastrukturą techniczną (numer referencyjny: 5/ZP/2024; dalej jako „Postępowanie”)

Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 27 lutego 2024 r. pod nr wydania Dz.U. S: 41/2024, numer publikacji ogłoszenia: 120171-2024.

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, tj.:



- 1) **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 również w przypadku odstąpienia od umowy przez Wykonawcę z własnej woli, a także zastrzeżenie 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 (**zarzut nr 1**);
- 2) **art. 8 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 5 i 353(1) KC w zw. z art. 643 KC w zw. z art. 647 KC w zw. z art. 16 ustawy Pzp** poprzez wprowadzenie do Umowy postanowień przyznających Zamawiającemu prawo odmowy odbioru dokumentacji projektowej bez względu na rodzaj zidentyfikowanych w niej uchybień, co stanowi 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 (**zarzut nr 2**);
- 3) **art. 8 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 5 i 353(1) KC w zw. z art. 647 KC w zw. z art. 453 ust. 1 i 2 ustawy Pzp w zw. z art. 16 ustawy Pzp** poprzez wprowadzenie do Umowy postanowień, uzależniających zwrot 70% kwoty zabezpieczenia od usunięcia wszelkich wad zidentyfikowanych w ramach przedmiotu umowy, stanowiąc *de facto* o wprowadzeniu do umowy bezusterkowego odbioru robót, co godzi w istotę i naturę umowy o roboty budowlane, będąc jednocześnie postanowieniem niekorzystnym dla wykonawców, naruszającym bezwzględnie obowiązujące przepisy prawa oraz równowagę stron umowy i prowadzącym do naruszenia praw podmiotowych wykonawców (**zarzut nr 3**);
- 4) **art. 447 ust. 1 pkt 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. 5 i 353¹ KC** poprzez wprowadzenie do Umowy niezgodnego z ustawą Pzp postanowienia dotyczącego wstrzymania płatności wynagrodzenia Wykonawcy w sytuacji, w której dyspozycja art. 447 ustawy Pzp umożliwia Zamawiającemu wstrzymanie zapłaty wynagrodzenia tylko w odpowiedniej części, tj. w zakresie, dla którego nie przedstawiono dowodów zapłaty i tylko w sytuacji braku uregulowania wynagrodzenia o wymagalnym charakterze, które to postanowienia są niekorzystne dla wykonawców, naruszają równowagę stron umowy i prowadzą do naruszenia praw podmiotowych wykonawców (**zarzut nr 4**);
- 5) **art. 16 ustawy Pzp w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 452 ustawy Pzp w zw. art. 353¹ KC, w zw. z art. 58 KC i w zw. z art. 5 KC** poprzez sformułowanie w ramach Umowy postanowienia dotyczącego uprawnienia do zatrzymania należnej kwoty zabezpieczenia poprzez potrącenie jej z najbliższych faktur, aż do osiągnięcia pełnej kwoty zabezpieczenia, bez odpowiedniego uzasadnienia, co godzi w istotę i naturę umowy o roboty budowlane, będąc jednocześnie postanowieniem niekorzystnym dla wykonawców, naruszającym bezwzględnie obowiązujące przepisy prawa, równowagę stron umowy i prowadzi do naruszenia praw podmiotowych wykonawców, a także dopuszcza zbyt dużą uznaniowość działań Zamawiającego (**zarzut nr 5**);



6) art. 8 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 5 i 353¹ KC art. 433 pkt 4) ustawy Pzp w zw. z art. 16 ustawy Pzp poprzez zastrzeżenie przez Zamawiającego możliwości nielimitowanych ograniczeń zakresu zamówienia, niweczącej cel dyspozycji art. 433 pkt 4) ustawy Pzp, naruszającej w konsekwencji równowagę stron umowy i prowadzącej do nadużycia prawa podmiotowego przez Zamawiającego (**zarzut nr 6**).

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 27 lutego 2024 r. Biorąc pod uwagę powyższe, 10-dniowy termin na wniesienie odwołania, o którym mowa w art. 515 ust. 1 pkt 1) ustawy Pzp został zachowany.

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

UZASADNIENIE

Uwagi ogólne

1. Biorąc pod uwagę fakt, że formułowane zarzuty dotyczą 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 współzycia społecznego oraz bezwzględnie obowiązujące przepisy (art. 353¹ KC).

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

I. Zarzut dotyczący kar umownych (zarzut nr 1)

1. Zamawiający w ramach §26 Umowy zdefiniował katalog kar umownych obciążających Wykonawcę, jak również maksymalny limit ich naliczania, wskazując m.in. co następuje:
 - §26 ust. 1: *Zamawiający uprawniony jest do naliczenia kar umownych oraz obciążenia nimi Wykonawcy w przypadku: (...)*

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.

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



- 1) *odstąpienia od umowy przez Zamawiającego z powodu okoliczności, za które odpowiada Wykonawca (w szczególności w sytuacjach opisanych w § 27. ust. 3 umowy) lub gdy Wykonawca odstąpi od umowy z własnej winy **lub woli** w wysokości 10% wartości wynagrodzenia umownego brutto ustalonego w § 19. ust. 1 umowy; (...)*
 - 5) *wystąpienia wad nienadających się do usunięcia **w wysokości 5% wartości wynagrodzenia** umownego brutto ustalonego w § 19. ust. 1 umowy;*
- §26 ust. 2: *Kary umowne określone w niniejszej umowie podlegają łączeniu. Przy czym łączna wysokość kar umownych nie może przekroczyć **20 %** (słownie: dwadzieścia procent) wynagrodzenia umownego brutto ustalonego w § 19. ust. 1 umowy.*
2. W przypadku kary umownej, o której mowa w §26 ust. 1 pkt 1) Umowy, Zamawiający uwzględnił w ramach omawianej klauzuli kategorię odstąpienia przez wykonawcę od umowy z własnej winy lub woli. Warto zwrócić w tym miejscu uwagę na fakt, że Zamawiający zastosował sformułowanie, które odbiera Wykonawcy prawo do odstąpienia od umowy w sytuacjach, w których winę za odstąpienie ponosi Zamawiający, a w których wykonawca potencjalnie miałby wolę do dokonania odstąpienia. W ocenie Odwołującego podział zastosowany przez Zamawiającego wskazuje na taką właśnie intencję, co z kolei prowadzi do wniosku, zgodnie z którym poprzez takie działanie Zamawiający formułuje postanowienia umowne z pokrzywdzeniem strony wykonawczej.
 3. W przypadku kary umownej, o której mowa w §26 ust. 1 pkt 5) Umowy, Zamawiający definiując podstawę jej naliczenia, posłużył się kategorią „występowania wad nienadających się do usunięcia”, i przypisał tej kategorii rażąco zawyżony poziom możliwych do naliczenia kar umownych w wysokości aż 5% wartości wynagrodzenia umownego brutto. W ocenie Odwołującego, obwarowanie karami umownymi tego rodzaju niezdefiniowanych w sposób ścisły obowiązków nie mieści się w zakresie pojęciowym „oznaczenia okoliczności”, za które dłużnik ponosić ma odpowiedzialność. Przede wszystkim jednak, biorąc pod uwagę tak niedookreślony opis kategorii, która umożliwia Zamawiającemu naliczenie kar umownych, poziom tych kar został określony na rażąco wygórowanym poziomie, co w bardzo istotny sposób wpływa na wycenę oferty. Od indywidualnych cech i predyspozycji każdego z wykonawców będzie zależało, w jakim zakresie uwzględni ryzyko wystąpienia „wad nienadających się do usunięcia” i w jakiej wysokości zdecyduje się do ryzyka wkalkulować do oferty. To z kolei w sposób naturalny prowadzić będzie do braku możliwości porównania złożonych ofert, bowiem limit 5% wartości wynagrodzenia, który Zamawiający przewidział, stanowi wartość niebagatelną w kontekście całości przedmiotu zamówienia.
 4. Odwołujący wskazując na konkretny przykład wady nienadającej się do usunięcia podaje krzywiznę ścian szczelinowych – jest to wada zupełnie nieistotna w kontekście możliwości i prawidłowości użytkowania obiektu, natomiast biorąc pod uwagę aspekty technologiczne (m.in. zbyt duże ryzyko uszkodzenia, a zatem utraty szczelności) może nie być możliwości usunięcia tego rodzaju nieistotnej wady. Tymczasem, biorąc pod uwagę kontestowane postanowienie umowy, wykonawca w przypadku zaistnienia takiego przypadku zobowiązany byłby do zapłaty kary umownej w wysokości aż 2.000.000,00 zł przy całkowitej wartości przedmiotu zamówienia na poziomie 40.000.000,00 zł, co stanowi niewspółmierne obciążenie wykonawcy w zestawieniu z relatywną bagatelnością uchybienia.



5. Zgodnie z treścią art. 473§1 KC *dłużnik może przez umowę przyjąć odpowiedzialność za niewykonanie lub za nienależyte wykonanie zobowiązania z powodu oznaczonych okoliczności, za które na mocy ustawy odpowiedzialności nie ponosi*. Co za tym idzie, **jeśli strony zdecydowałyby się na rozszerzenie odpowiedzialności wykonawcy, o którym mowa w art. 473§1 KC, to zgodnie z jego treścią, co potwierdza też stanowisko Sądu Najwyższego, muszą w umowie wskazać (oznaczyć, wymienić), za jakie inne - niż wynikające z ustawy - okoliczności dłużnik ma ponosić odpowiedzialność. Okoliczności te zatem muszą być w umowie wyraźnie określone (wyrok Sądu Najwyższego z dnia 27.09.2013r. sygn. akt I CSK 748/12), w przeciwnym razie taka kara umowna nie jest skutecznie zastrzeżona**. Konieczność wskazania konkretnego katalogu przyczyn sankcjonowania dłużnika dla skuteczności rozszerzenia jego odpowiedzialności ma swoje głębokie uzasadnienie. Katalog takich okoliczności byłby bowiem w praktyce nieograniczony, na co nie pozwala tak treść art. 473 KC (w przepisie bowiem mowa wprost o „oznaczonych okolicznościach”), jak i ogólne zasady dotyczące chociażby swobody umów i zakazu nadużywania prawa podmiotowego.
6. Odnosząc się do postanowienia uwzględnionego w ramach §26 ust. 2 Umowy (określającego limit kar na 20%) Odwołujący wskazuje, że tak zdefiniowany limit kar umownych ma charakter **rażąco wygórowany, prowadząc do tego, że obciążenie Wykonawcy jest nieadekwatne, a kara umowna nie służy kompensacji szkody powstałej u Zamawiającego**, a zbliża tak ukształtowane postanowienie do mechanizmu służącego jego nieuzasadnionemu wzbogaceniu. Za wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 28 grudnia 2018 r. (sygn. akt KIO 2574/18) podkreślamy zwłaszcza, że **wysokość kary pieniężnej (...) nie może prowadzić do rażąco wygórowanej odpowiedzialności kontraktowej wykonawcy. W przeciwnym razie kara zmienia swój charakter odszkodowawczy i może doprowadzić do wypaczenia celu odpłatnej umowy. (...) Kara umowna powinna mieć wysokość, która będzie odczuwalna w stopniu dyscyplinującym stronę umowy, ale nie w stopniu prowadzącym do rażącego wzbogacenia jednej strony kosztem drugiej, a wręcz czyniącym niecelowym jej wykonywanie**.
7. W tym kontekście Odwołujący podnosi więc, że w ramach orzecznictwa sądów powszechnych podkreśla się, że wysokość nałożonych kar umownych nie może przekraczać wysokości należnego wynagrodzenia, a **w sytuacji, w której wysokość kar w stosunku do wartości całego zobowiązania oscyluje w granicach kilkudziesięciu procent wartości umowy, sądy uznają je za nadmierną dolegliwość, świadczącą o ich niewspółmierności w rozumieniu art. 484§2 KC** (tak np. wyrok SO w Rzeszowie z dnia 25.09.2019 r.; sygn. akt VI Ga 173/13, w ramach którego Sąd za niewspółmierną uznał karę umowną na poziomie 40% należnego wynagrodzenia). Co więcej, w orzecznictwie wskazuje się również, że *roszczenie o zapłatę kary umownej na wypadek zwłoki lub opóźnienia nie przysługuje stronie odstępującej od umowy wzajemnej, jeżeli w umowie zastrzeżono również taką karę w związku z odstąpieniem od umowy* (tak wyrok SN z dn. 14.06.2018 r., sygn. akt V CSK 534/17), **co prowadzi do wniosku, że limit kar za opóźnienie nie powinien przekraczać wysokości kary ustanowionej na wypadek odstąpienia od umowy, która w przedmiotowym przypadku wynosi 10% (vide §26 ust. 1 pkt 1) Umowy**.



8. 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**”.*
9. 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).

Biorąc pod uwagę wszystkie powyższe okoliczności, Odwołujący wnosi o modyfikację treści SWZ poprzez nadanie odpowiednim postanowieniom §26 Umowy, następującego brzmienia:

- §26 ust. 1: *Zamawiający uprawniony jest do naliczenia kar umownych oraz obciążenia nimi Wykonawcy w przypadku: (...)*
 - 2) *odstąpienia od umowy przez Zamawiającego z powodu okoliczności, za które odpowiada Wykonawca (w szczególności w sytuacjach opisanych w § 27. ust. 3 umowy) lub gdy Wykonawca odstąpi od umowy z własnej winy ~~lub woli~~ w wysokości 10% wartości wynagrodzenia umownego brutto ustalonego w § 19. ust. 1 umowy; (...)*
 - ~~5) wystąpienia wad nienadających się do usunięcia w wysokości 5% wartości wynagrodzenia umownego brutto ustalonego w § 19. ust. 1 umowy~~**



- §26 ust. 2: *Kary umowne określone w niniejszej umowie podlegają łączeniu. Przy czym łączna wysokość kar umownych nie może przekroczyć **20 10 %** (słownie: **dwadzieścia dziesięć procent**) wynagrodzenia umownego brutto ustalonego w § 19. ust. 1 umowy.*

II. Zarzut dotyczący prawa odmowy odbioru dokumentacji projektowej (zarzut nr 2)

1. Zamawiający w ramach Umowy wprowadził m.in. następujące postanowienia dotyczące odbioru dokumentacji projektowej i konsekwencji z nimi związanych:
 - **§5 ust. 2 Umowy:** *Zamawiający po otrzymaniu dokumentacji projektowej dokona jej sprawdzenia w terminie 14 dni od dnia otrzymania. Czynności sprawdzania Zamawiający zakończy podpisaniem protokołu odbioru bez uwag lub zwrotem dokumentacji z podaniem na piśmie przyczyn odmowy odbioru.*
 - **§5 ust. 4 Umowy:** *Za datę wykonania i odbioru przedmiotu umowy w zakresie dokumentacji projektowej uważa się datę podpisania przez obie Strony protokołu odbioru dokumentacji bez uwag.*
2. Z cytowanych powyżej postanowień umownych wynika, że, odmiennie niż w przypadku robót budowlanych, **Zamawiający nie rozróżnia rodzaju wad zidentyfikowanych w dokumentacji projektowej**, blokując możliwość odbioru i rozliczenia z tytułu wykonania tej części prac w sytuacji wystąpienia jakichkolwiek uwag do jej treści. Jest to o tyle istotne, że w ramach postanowień umownych, Zamawiający w żaden sposób nie stara się nawet akcentować wpływu zidentyfikowanych względem dokumentacji projektowej zastrzeżeń na możliwość realizacji prac na podstawie sporządzonej dokumentacji projektowej. **Otwiera to możliwość w zasadzie nieograniczonego definiowania zastrzeżeń względem sporządzonej dokumentacji projektowej**, co jest o tyle nieakceptowalne z punktu widzenia interesów wykonawców, że z terminowością realizacji tego zakresu zobowiązań skorelowana jest kara umowna zdefiniowana w §26 ust. 1 pkt 2) Umowy.
3. Tymczasem **podstawowym obowiązkiem obciążającym Zamawiającego jest dokonanie odbioru wykonanych prac, który pozostaje aktualny tak długo jak długo efekt prac Wykonawcy nie jest dotknięty istotnymi wadami, czyniącymi je niezdatnym do zwykłego użytku** (vide np. wyrok SA we Wrocławiu z 18.12.2013 r.; sygn. akt I ACa 1302/13). **Respektowanie tych obowiązków musi być przy tym w sposób klarowny i nie budzący jakichkolwiek wątpliwości wdrożone do postanowień Umowy**, będącej częścią SWZ, której treść nie dość, że oceniana jest pod kątem zgodności z przepisami kodeksu cywilnego, to dodatkowo podporządkowana jest podstawowym zasadom udzielania zamówień publicznych, w tym zasadzie przejrzystości, eliminującej możliwość pozostawiania jakichkolwiek kwestii w sferze domysłów czy dowolnych interpretacji.
4. Odwołujący podkreśla w tym kontekście, że orzecznictwo dotyczące klasyfikacji wad zidentyfikowanych w robotach budowlanych i konsekwencji z nich wynikających opiera się, z uwagi na odesłanie zawarte w treści art. 656§1 KC, na przepisach dotyczących umowy o dzieło.



Co za tym idzie, regulacje dotyczące rozróżnienia wad na wady istotne i nieistotne i konieczności odebrania przedmiotu umowy każdorazowo jeśli zawiera on jedynie wady o charakterze nieistotnym, mają swoje źródło w przepisach dotyczących umowy o dzieło, które znalazłyby zastosowanie, w przypadku odrębnego potraktowania wykonania dokumentacji projektowej jako przedmiotu umowy.

5. Co więcej, zasadność wprowadzenia korekt w zasadach odbioru dokumentacji projektowej jest tym większa, jeśli uwzględnić, że cytowane na wstępie postanowienia umowne w części dotyczą odbiorów częściowych (Zamawiający bowiem dokumentację projektową traktuje całościowo, a zatem trudno jednoznacznie stwierdzić, czy ma na myśli jedynie odbiór końcowy, czy również częściowe). Jak wskazuje z kolei wielu komentatorów, odbiory częściowe powinny być traktowane wręcz nieco bardziej liberalnie niż w przypadku odbiorów końcowych, z uwagi na fazę realizacji, w której znajdują się prace i możliwość pewnej ich korekty na dalszym etapie trwania umowy. Niektórzy komentatorzy idą nawet dalej wskazując, że odbiór częściowy wypełnia raczej rolę „finansowego” kwitowania prac, niż oceny ich jakości, która przeprowadzana jest zasadniczo w ramach odbioru końcowego (tak: Kodeks cywilny. Komentarz red. prof. ucz. UW dr hab. Konrad Osajda; jak również Kodeks cywilny. Komentarz red. prof. dr hab. Edward Gniewek, prof. dr hab. Piotr Machnikowski).
6. W konsekwencji, Odwołujący postuluje wprowadzenie korekt w zakresie postanowień związanych z odbiorem dokumentacji projektowej, tak aby wyeliminowane zostały tzw. bezusterkowe odbiory, jednolicie sankcjonowane w orzecznictwie sądów powszechnych, a wprowadzone w tym zakresie przez Zamawiającego do przedmiotowego Postępowania. Zamawiający jednoznacznie wyartykułował, że tylko podpisanie protokołu bez jakichkolwiek uwag czy zastrzeżeń stanowić może podstawę do odbioru dokumentacji i jej rozliczenia, co nie może budzić wątpliwości co do intencji mu przyświecających, determinujących dla wykonawców ryzyka niemożliwe do oszacowania i uwzględnienia w ramach składanej oferty.

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

- **§5 ust. 2 Umowy: Zamawiający po otrzymaniu dokumentacji projektowej dokona jej sprawdzenia w terminie 14 dni od dnia otrzymania. ~~Czynności sprawdzania Zamawiający zakończy podpisaniem protokołu odbioru bez uwag lub zwrotem dokumentacji z podaniem na piśmie przyczyn odmowy odbioru. W przypadku zastrzeżeń do dokumentacji polegających na istnieniu wad o charakterze nieistotnym – Zamawiający podpisze odpowiedni protokół odbioru a w nim Strony wyznaczą termin usunięcia wad; W przypadku stwierdzenia zastrzeżeń polegających na istnieniu wad o charakterze istotnym (to jest takich, które uniemożliwiają korzystanie z dokumentacji w sposób zgodny z przeznaczeniem) -Zamawiający jest uprawniony do odmowy odbioru dokumentacji i wyznaczenia Wykonawcy stosownego terminu na ich usunięcie.~~**



- **§5 ust. 4 Umowy:** *Za datę wykonania i odbioru przedmiotu umowy w zakresie dokumentacji projektowej uważa się datę podpisania przez obie Strony protokołu odbioru dokumentacji bez uwag o charakterze istotnym.*

III. Zarzut dotyczący bezusterkowego odbioru robót w kontekście zabezpieczenia (zarzut nr 3)

1. Zamawiający w ramach Umowy wprowadził następujące postanowienie dotyczące odbiorów wykonanych robót i związanych z nimi konsekwencjami w kontekście zabezpieczenia:
 - **§24 ust. 6 pkt 1) Umowy:** *Kwota zabezpieczenia, wniesiona w pieniądzu będzie podlegała zwrotowi z odsetkami wynikającymi z umowy rachunku bankowego, na którym były one przechowywane, pomniejszonymi o koszty prowadzenia rachunku, prowizji bankowej za przelew pieniędzy na rachunek Wykonawcy, po należyтым wykonaniu zobowiązań umownych, wynikających z niniejszej umowy odpowiednio: 1) 70 % kwoty zabezpieczenia, w ciągu 30 dni po podpisaniu bezusterkowego protokołu odbioru końcowego przedmiotu umowy (zgodnie z procedurą opisaną w niniejszej umowie), (...).*
2. Analiza powyższego postanowienia 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 nieznanne przepisom i praktyce rozwiązania zmierzające do uchylania się od obowiązków inwestora w postaci odbioru przedmiotu umowy i wypłaty należnego wykonawcy wynagrodzenia albo – jak w tym przypadku – zwrotu zabezpieczenia. Zamawiający jest w swoim działaniu niekonsekwentny, bowiem z jednej strony odróżnia wady istotne od nieistotnych uchybień czy usterek, ale jednocześnie przewiduje bezusterkowy odbiór dokumentacji projektowej (o czym szczegółowo była mowa w zarzucie nr 2 powyżej), a także zwrot kwoty zabezpieczenia w wysokości aż 70% uzależnia od podpisania bezusterkowego protokołu odbioru końcowego. O ile zatem w treści Umowy Zamawiający daje wyraz posiadania świadomości znaczenia wad istotnych od błahych, we wspomnianych postanowieniach odchodzi od przyjętej zasady, co wprowadza istotną niespójność w dokumentacji Postępowania, do tego w dwóch bardzo istotnych obszarach – odbioru dokumentacji projektowej (o czym była już mowa) i zabezpieczenia.
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 postanowienie może generować sytuację, w której pomimo możliwości korzystania z efektu wykonanych prac przez Zamawiającego i pomimo istnienia nieznaczących 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 czy jak jest w tym przypadku – blokuje zwrot kwoty zabezpieczenia, próbując wymusić usunięcie rzekomych wad stwierdzonych podczas odbiorów, które realnie mają charakter nieznaczających 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 rękojmi przewidziane w art. 637 KC i art. 638 KC. Możliwość odstąpienia od umowy przewidziana jest jedynie wtedy, kiedy dzieło (roboty budowlane) posiada wady istotne. Zgłaszane zarzuty odnoszące się do wad nieistotnych, nie stanowią podstawy, ani do odmowy sporządzenia protokołu końcowego odbioru robót powierzonych stronie powodowej, ani też do odstąpienia od umowy. Ewentualnie mogłyby rodzić, o ile byłyby zasadne roszczenia z rękojmi i gwarancji.”

7. Reasumując, w związku z tym, że **kwestia odbioru robót i wynagrodzenia (a także konsekwentnie zwrotu zabezpieczenia) 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 systemowi 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.

Biorąc pod uwagę wszystkie powyższe okoliczności, Odwołujący wnosi o modyfikację treści §24 ust. 6 pkt 1) Umowy: Kwota zabezpieczenia, wniesiona w pieniądzu będzie podlegała zwrotowi z odsetkami wynikającymi z umowy rachunku bankowego, na którym były one przechowywane, pomniejszonymi o koszty prowadzenia rachunku, prowizji bankowej za przelew pieniędzy na rachunek Wykonawcy, po należyтым wykonaniu zobowiązań umownych, wynikających z niniejszej umowy odpowiednio: 1) 70 % kwoty zabezpieczenia, w ciągu 30 dni po podpisaniu **bezusterkowego** protokołu odbioru końcowego przedmiotu umowy (zgodnie z procedurą opisaną w niniejszej umowie), (...).

IV. Zarzut dotyczący wstrzymania płatności wynagrodzenia (zarzut nr 4)

1. Zamawiający w ramach §20 ust. 4 Umowy wskazał, że: *Warunkiem zapłaty wynagrodzenia Wykonawcy jest przedstawienie przez niego dowodów potwierdzających zapłatę wymagalnego wynagrodzenia podwykonawcom lub dalszym podwykonawcom pod rygorem wstrzymania wypłaty należnego wynagrodzenia za odebrane roboty budowlane. Wstrzymanie przez Zamawiającego wypłaty wynagrodzenia na tej podstawie nie stanowi naruszenia wskazanego poniżej terminu zapłaty wynagrodzenia Wykonawcy (który w okresie wstrzymania jest zawieszony) i nie może stanowić podstawy do naliczenia przez Wykonawcę jakichkolwiek odsetek.*
2. Mając na uwadze treść wyżej przywołanego postanowienia, Odwołujący zwraca uwagę, że Zamawiający posługuje się w jego ramach pojęciami odbiegającymi od wymagań ustawowych, **nie precyzując zakresu płatności na rzecz podwykonawców, których uregulowanie winno być wykazane** - Zamawiający posługuje się bowiem sformułowaniem „wynagrodzenia” - sugerującym odniesienie się do wszelkich „należności”, a więc włączeniem w ten zakres definicyjny również niewymagalnych płatności. Co więcej, Zamawiający nie precyzuje, że zdefiniowane przez niego wymagania warunkujące uregulowanie płatności częściowych na rzecz wykonawcy mają dotyczyć drugiej i następnych części należnego wynagrodzenia za odebrane roboty, tak jak wskazuje na to treść art. 447 ust. 1 pkt 1) ustawy Pzp.
3. Zgodnie bowiem z treścią art. 447 ust. 1 pkt 1) ustawy Pzp: „W przypadku zamówień na roboty budowlane, których termin wykonywania jest dłuższy niż 12 miesięcy, jeżeli umowa przewiduje zapłatę wynagrodzenia należnego wykonawcy w częściach, warunkiem zapłaty, przez zamawiającego, **drugiej i następnych części należnego wynagrodzenia** za odebrane roboty budowlane jest przedstawienie dowodów zapłaty **wymagalnego wynagrodzenia podwykonawcom i dalszym podwykonawcom**, o których mowa w art. 464 ust. 1, biorącym udział w realizacji odebranych robót budowlanych”. W konsekwencji, **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.).



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

- **§20 ust. 4 Umowy:** *Warunkiem zapłaty drugiej i następnych części wynagrodzenia Wykonawcy jest przedstawienie przez niego dowodów potwierdzających zapłatę wymagalnego wynagrodzenia podwykonawcom lub dalszym podwykonawcom pod rygorem wstrzymania wypłaty należnego wynagrodzenia za odebrane roboty budowlane. Wstrzymanie przez Zamawiającego wypłaty wynagrodzenia na tej podstawie nie stanowi naruszenia wskazanego poniżej terminu zapłaty wynagrodzenia Wykonawcy (który w okresie wstrzymania jest zawieszony) i nie może stanowić podstawy do naliczenia przez Wykonawcę jakichkolwiek odsetek. W celu uniknięcia wątpliwości Strony potwierdzają, że 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.*

V. Zarzut dotyczący zatrzymania należnej kwoty zabezpieczenia poprzez potrącenie (zarzut nr 5)

1. Zamawiający w ramach §24 ust. 5 umowy wskazał, że: *W przypadku pokrycia kar umownych określonych w § 26. umowy z zabezpieczenia należytego wykonania umowy, Zamawiający w celu zabezpieczenia roszczeń wynikających z niniejszej umowy, zatrzyma należną kwotę zabezpieczenia poprzez potrącenie jej z najbliższych faktur, aż do osiągnięcia pełnej kwoty zabezpieczenia.*
2. W pierwszej kolejności Odwołujący nadmienia, że w celu kompleksowego omówienia problematyki braku możliwości zatrzymania należnej kwoty zabezpieczenia poprzez potrącenie w formie, jaką proponuje w treści kontestowanego postanowienia Zamawiający, kluczowe jest omówienie kwestii wynikających z przepisów KC dotyczących rękojmi i gwarancji. Zamawiający przyznaje sobie bowiem w §24 ust. 5 umowy prawo do utrzymywania pełnej kwoty zabezpieczenia, choć takie rozwiązanie stoi wprost w sprzeczności z cytowanymi niżej przepisami KC, w szczególności w proponowanej przez Zamawiającego konfiguracji, zgodnie z którą do konieczności uzupełnienia kwoty zabezpieczenia miałyby dojść w przypadku pokrycia każdej kary umownej określonej w §26 umowy.
3. Tymczasem, obowiązujące przepisy KC (w tym art. 581 KC w zestawieniu z art. 558 KC) wskazują wprost na brak możliwości modyfikacji (w tym również wydłużania) 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.
4. Chociaż 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. 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. W przypadku postanowienia, jakie Zamawiający uwzględnił w kontestowanym §24 ust. 5 umowy poziom zabezpieczenia należytego wykonania umowy może ulegać ciągłym modyfikacjom generując dla wykonawcy wciąż większe koszty, do tego niemożliwe do przewidzenia na tym etapie postępowania. Co ważne, tego typu postanowienie wcale nie poprawia sytuacji Zamawiającego, który i tak dysponuje szeregiem narzędzi umożliwiających mu osiągnięcie pożądanego efektu w postaci otrzymania prawidłowo zrealizowanego przedmiotu zamówienia. Do tych narzędzi należą zarówno kary umowne, jak i zabezpieczenie należytego wykonania umowy, które jednak nie powinny być uwzględniane w sposób stojący w sprzeczności z obowiązującymi przepisami – co w ocenie Odwołującego ma obecnie miejsce.

5. Pozostawienie omawianych postanowień umownych bez jakiegokolwiek modyfikacji doprowadzi do tego, że okres obowiązywania rękojmi miałby w zasadzie nieograniczony charakter, powodując konsekwencje niewspółmierne do zidentyfikowanych wad, kreując tym samym zobowiązanie niemożliwe do oszacowania na obecnym etapie, prowadzące do nieporównywalności złożonych ofert.
6. 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 ceny 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 należyte 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.*

7. 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 usunięcie treści §24 ust. 5 Umowy:

- **§24 ust. 5 Umowy: ~~W przypadku pokrycia kar umownych określonych w § 26. umowy z zabezpieczenia należytego wykonania umowy, Zamawiający w celu zabezpieczenia roszczeń wynikających z niniejszej umowy, zatrzyma należną kwotę zabezpieczenia poprzez potrącenie jej z najbliższych faktur, aż do osiągnięcia pełnej kwoty zabezpieczenia.~~**

VI. Zarzut dotyczący ograniczenia zakresu zamówienia (zarzut nr 6)

1. Zamawiający w ramach §29 ust. 1 pkt 5) lit. a) Umowy wskazał, że: *Strony przewidują możliwość dokonania zmiany niniejszej umowy, z uwzględnieniem przepisu art. 455 ustawy Pzp, w następującym zakresie: zmian wynagrodzenia należnego Wykonawcy: a) **polegających na jego zmniejszeniu w przypadku zmniejszenia zakresu rzeczowego przedmiotu umowy – w takim przypadku z wynagrodzenia ryczałtowego wyłączone zostaną kwoty odpowiadające kosztom zmniejszonego zakresu rzeczowego i wynagrodzenie z tego tytułu ustalone zostanie na podstawie uzgodnionego przez Strony kosztorysu; (...).***
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 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 zmiany 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 §29 ust. 1 pkt 5) lit. a) Umowy następującego brzmienia: *Strony przewidują możliwość dokonania zmiany niniejszej umowy, z uwzględnieniem przepisu art. 455 ustawy Pzp, w następującym zakresie: zmian wynagrodzenia należnego Wykonawcy: a) polegających na jego zmniejszeniu w przypadku zmniejszenia zakresu rzeczowego przedmiotu umowy – w takim przypadku z wynagrodzenia ryczałtowego wyłączone zostaną kwoty odpowiadające kosztom zmniejszonego zakresu rzeczowego i wynagrodzenie z tego tytułu ustalone zostanie na podstawie uzgodnionego przez Strony kosztorysu; **Strony ustalają, że w przypadku ograniczenia przez Zamawiającego zakresu przedmiotu Umowy minimalną wartością świadczenia stron jest 90% wynagrodzenia netto, o którym mowa w §19 ust. 1 Umowy.***

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

Załączniki:

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