

**budimex**

Warszawa, 23 października 2020 r.

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

**Zamawiający:**

**Uniwersytet Medyczny  
im. Karola Marcinkowskiego**  
ul. Fredry 10, 61-701 Poznań  
[www.ump.edu.pl](http://www.ump.edu.pl)  
*prowadzący sprawę:*  
Dział Zamówień Publicznych  
Uniwersytetu Medycznego  
im. Karola Marcinkowskiego  
ul. Fredry 10, pok. 113, 114, 61-701 Poznań  
Pani Sławomira Baranowska  
Pani Karolina Jendryca  
*e-mail:* [dzp@ump.edu.pl](mailto:dzp@ump.edu.pl)  
tel. +48 618546000

**Odwołujący:**

**Budimex S.A.**  
ul. *Siedmiogrodzka* 9, 01-204 Warszawa  
*reprezentowany przez:*  
r.pr. Ewelinę Sobiech  
*adres do doręczeń:*  
BUDIMEX S.A.  
ul. Siedmiogrodzka 9, 01-204 Warszawa  
*e-mail:* [ewelina.sobiech@budimex.pl](mailto:ewelina.sobiech@budimex.pl)  
tel. 500 878 205

**Dotyczy:** postępowania prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego pn. *Budowa budynku Collegium Humanum – Centrum Badań nad Człowiekiem Uniwersytetu Medycznego im. Karola Marcinkowskiego w Poznaniu na terenie zlokalizowanym pomiędzy ulicami Bukowska/Rokietnicką/Weigla/Polną wraz z zagospodarowaniem terenu oraz robotami towarzyszącymi* (nr referencyjny: PN-78/20; dalej jako „**Postępowanie**”)

Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 13 października 2020 r. pod nr 2020/S 199-481482.

**ODWOŁANIE**

Działając w imieniu Budimex S.A. z siedzibą w Warszawie (dalej jako „**Odwołujący**”) na podstawie art. 180 ust. 1 w zw. z art. 179 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (dalej jako „**ustawa Pzp**”), niniejszym wnoszę odwołanie od czynności Zamawiającego polegającej na ustaleniu treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia dotyczącej Postępowania (dalej jako: „**SIWZ**”), w sposób naruszający przepisy ustawy Pzp i kodeksu cywilnego.



**Niniejszym Odwołujący zarzuca Zamawiającemu naruszenie w szczególności następujących przepisów:**

- 1. art. 139 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 5 i 353(1) kodeksu cywilnego w zw. z art. 647 kodeksu cywilnego w zw. z art. 654 kodeksu cywilnego w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp oraz art. 151 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp** poprzez wprowadzenie do projektu Umowy (Załącznik nr 1 do SIWZ, dalej również jako „Umowa”) postanowień uzależniających dokonanie odbioru Przedmiotu Umowy i wypłaty należnego wynagrodzenia oraz zwrotu 70% wartości zabezpieczenia należytego wykonania umowy od usunięcia wszystkich nadających się do usunięcia wad zidentyfikowanych w ramach czynności odbioru, 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. 139 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 5 i 353(1) kodeksu cywilnego w zw. z art. 647 kodeksu cywilnego w zw. z art. 654 kodeksu cywilnego w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp** poprzez opisane procedury odbiorowej w sposób niejasny, nieprecyzyjny i naruszający zasadę równości stron umowy cywilnoprawnej, w szczególności w zakresie terminów przeprowadzenia tej procedury i konsekwencji dla Wykonawcy w ich naruszeniu niemożliwych do oszacowania przy uwzględnieniu uznaniowości wdrożenia przez Zamawiającego tego mechanizmu;
- 3. art. 139 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 5 i 353(1) kodeksu cywilnego w zw. z art. 473 §1 kodeksu cywilnego w zw. z art. 483 kodeksu cywilnego w zw. z art. 484 §2 kodeksu cywilnego z art. 647 kodeksu cywilnego w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp** poprzez zastrzeżenie przez Zamawiającego w ramach Umowy kar umownych za zwłokę i za opóźnienie bez precyzyjnego określenia podstaw ich naliczania, jak również zastrzeżenie kar umownych o rażąco wygórowanej wysokości, bez przewidzenia jakiegokolwiek limitu ich naliczenia;
- 4. art. 139 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 5 i 353(1) kodeksu cywilnego w zw. z art. 473 §1 kodeksu cywilnego w zw. z art. 483 kodeksu cywilnego w zw. z art. 484 §2 kodeksu cywilnego w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp** poprzez zastrzeżenie przez Zamawiającego w ramach Umowy postanowień dot. kar umownych w sposób nieprecyzyjny, wewnętrznie sprzeczny i nieproporcjonalny, w szczególności poprzez zastosowanie naprzemiennie sformułowań „za opóźnienie” i „za zwłokę”, bez jednoznacznego określenia, która z przyczyn będzie podstawą do ich naliczenia oraz zastrzeżenie kar umownych „za opóźnienie” dla przypadków nieterminowej realizacji przez Wykonawcę części obowiązków, bez względu na skalę naruszeń i zawinienie po stronie Wykonawcy, co prowadzi do niestabilności stosunku zobowiązaniowego i w konsekwencji nakłada na Wykonawcę zbyt duże ryzyka kontraktowe.





**W związku z powyższymi zarzutami Odwołujący wnosi o:**

- 1) uwzględnienie odwołania,
- 2) nakazanie Zamawiającemu dokonania zmiany treści SIWZ 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. 179 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 13 października 2020 r. Tego samego dnia opublikowana została przez Zamawiającego Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia wraz z załącznikami. Biorąc pod uwagę powyższe, 10-dniowy termin na wniesienie odwołania, o którym mowa w art. 182 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 SIWZ, 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, powinna być tak ukształtowana, 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.*<sup>1</sup> Postanowienia umowy powinny zostać przy tym określone w sposób na tyle

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



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.<sup>2</sup> W odniesieniu do określania zasad przyszłego stosunku zobowiązaniowego, podkreślenia wymaga, że swobodę umów ograniczają m.in. zasady współzycia społecznego oraz bezwzględnie obowiązujące przepisy (art. 353<sup>1</sup> KC).

2. I tak, w dziedzinie stosunków zobowiązaniowych, z których znaczna część służy wymianie dóbr i usług, podstawowe znaczenie ma wymóg zapewnienia tzw. słuszności (sprawiedliwości) kontraktowej, rozumianej jako równomierny rozkład uprawnień i obowiązków w stosunku prawnym, czy też korzyści i ciężarów oraz szans i ryzyk związanych z powstaniem i realizacją tego stosunku. Badając umowę pod względem słuszności kontraktowej, trzeba pamiętać o podstawowym założeniu prawa cywilnego, według którego umowy służą realizacji woli stron je zawierających. O naruszeniu zasad 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, polegający na wykorzystaniu (świadomym lub spowodowanym niedbalstwem) swojej przewagi. Tak też jednoznacznie stwierdzał Sąd Najwyższy w wyrokach o sygn. IV CSK 478/07 oraz II CSK 528/10. Takiej negatywnej ocenie powinna też podlegać umowa o zamówienie publiczne, ukształtowana przez Zamawiającego z wykorzystaniem jego silniejszej pozycji w Postępowaniu, gdyż umowa taka powinna chronić interesy nie tylko Zamawiającego, ale również Wykonawcy.<sup>3</sup>

## II. Zarzuty dotyczące odbiorów – zarzuty nr 1 i nr 2

1. Zamawiający w ramach Umowy w §6 ust. 5 pkt 1 określił zasady odbioru robót, wskazując w szczególności:

*§6 ust. 5 pkt 1 Umowy: Jeżeli w toku czynności odbiorowych zostaną stwierdzone wady, Zamawiającemu przysługują następujące uprawnienia:*

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

*a) w przypadku nieistotnych wad nie mających wpływu na uzyskanie pozwolenia na użytkowanie, a które Wykonawca usunie w terminie 10 dni roboczych, Zamawiający może dokonać odbioru warunkowego; niezwłocznie po wywiązaniu się przez Wykonawcę z powyższego obowiązku (tj. usunięcie wad) zostanie wyznaczony nowy termin odbioru końcowego;*

*b) w przypadku istotnych wad mających wpływ na uzyskanie pozwolenia na użytkowanie*

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

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





*Zamawiający ma prawo odmówić odebrania określając w protokole powód ich nieodebrania i termin usunięcia wad, nie dłuższy jednak niż 7 dni; okres ten może zostać wydłużony za zgodą Zamawiającego, o ile czynniki niezależne od Wykonawcy uniemożliwiają mu usunięcie wad w tym terminie; niezwłocznie po wywiązaniu się przez Wykonawcę z powyższego obowiązku i ponownym dokonaniu zgłoszenia Zamawiającemu zakończenia (tj. usunięcia wad) zostanie wyznaczony nowy termin przystąpienia do odbioru końcowego.*

Jednocześnie w ramach §6 ust. 5 pkt 2 Umowy Zamawiający wskazał, że w przypadku stwierdzenia wad nienadających się do usunięcia, w zależności od charakteru wady możliwe jest obniżenie wynagrodzenia przez Zamawiającego, w przypadku zaś wad uniemożliwiających użytkowanie przedmiotu Umowy zgodnie z przeznaczeniem, odstąpienie od Umowy.

2. Z powyższych postanowień wynika zatem, że jakkolwiek Zamawiający próbuje różnicować pojęcia wad istotnych i nieistotnych (vide §6 ust. 1 pkt 2) Umowy) to takie rozróżnienie nie jest przez niego dokonywane w sposób konsekwentny, gdyż **treść cytowanych na wstępie postanowień umownych, wskazuje na uprawnienie Zamawiającego do odmowy dokonania odpowiednio odbiorów i płatności w sytuacji wystąpienia wad jakiegokolwiek rodzaju**. Tym samym, wskazane postanowienia Umowne z jednej strony cechują się niespójnością, co godzi w dyrektywę prowadzenia postępowania o udzielnie zamówienia publicznego w sposób przejrzysty i zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji, z drugiej zaś **dają Zamawiającemu uprawnienie do podjęcia takich samych działań zarówno w odniesieniu do wad uniemożliwiających prawidłowe korzystanie z rezultatu prac, jak i wad nie mających wpływu na możliwość korzystania z Przedmiotu Umowy, co godzi w bezwzględnie obowiązujące przepisy prawa jak również pozostaje niezgodne z praktyką budowlaną**.
3. Biorąc pod uwagę powyższe, należy wskazać, że poprzez tak ukształtowane postanowienia umowne Zamawiający uchyła się od ciążącego na Nim, **bezwzględnego obowiązku** wynikającego z treści art. 647 kodeksu cywilnego, który wskazuje, że **jednym z podstawowych obowiązków inwestora, w tym wypadku Zamawiającego, w ramach umowy o roboty budowlane jest dokonanie odbioru robót i skorelowane z nim wypłacenie należnego wykonawcy wynagrodzenia**. Odbiór wykonanych robót i w konsekwencji wypłata należnego wynagrodzenia jest kwestią kluczową w relacjach inwestor (zamawiający) — wykonawca. Stąd też, jakkolwiek praktyka uchylania się przez inwestorów od tego obowiązku powinna być sankcjonowana, zwłaszcza, że doświadczenie realizacyjne pokazuje, że na etapie odbioru robót może dochodzić do sporów co do kwestii istnienia wad oraz ich charakteru, a inwestorzy wykorzystują tego typu abuzywne postanowienia w celu nieuzasadnionego blokowania wypłaty wynagrodzenia dla wykonawcy, próbując wymusić usunięcie rzekomych wad, które realnie mają często charakter nieznaczących uchybień, nie blokujących w żadnym razie możliwości korzystania z wykonanego obiektu zgodnie z jego przeznaczeniem.
4. 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 bowiem charakter wad**.





**W konsekwencji niedopuszczalnym jest wprowadzanie tzw. bezusterkowego odbioru robót i uzależnianie wypłaty należnego wynagrodzenia od konieczności usunięcia wad o nieistotnym charakterze, co potwierdza jednolicie zarówno orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej jak i sądów powszechnych:**

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

*Stosownie do 647 k.c. przez umowę o roboty budowlane wykonawca zobowiązuje się do oddania przewidzianego w umowie obiektu, wykonanego zgodnie z projektem i zasadami wiedzy technicznej, a inwestor zobowiązuje się do dokonania wymaganych przez właściwe przepisy czynności związanych z przygotowaniem robót, w szczególności do przekazania terenu budowy i dostarczenia projektu, oraz do odebrania obiektu i zapłaty umówionego wynagrodzenia. Z powyższego przepisu wynika, iż jednym z podstawowych obowiązków zamawiającego jest dokonanie odbioru wykonanych przez wykonawcę robót. W sytuacji, zatem, gdy obiekt zostanie wykonany zgodnie z projektem, obowiązującymi przepisami i sztuką budowlaną oraz gdy zostanie wydana pozytywna decyzja o pozwoleniu na użytkowanie, to w przypadku zgłoszenia obiektu do odbioru zamawiający winien do niego przystąpić. Gdy natomiast w toku odbioru zostaną ujawnione nieistotne wady (usterki), które nie wpływają na możliwość użytkowania obiektu i są możliwe do ich niezwłocznego usunięcia, nie powinno to uniemożliwiać odbioru obiektu, zwłaszcza, gdy jest możliwe przejęcie obiektu i jego wykorzystywanie zgodnie z jego celem. Zamawiający winien w takim przypadku dokonać odbioru i określić termin na ich usunięcie. Trudno, w sytuacji bardzo dużych obiektów i o dużej ich wartości, jak objęty przedmiotowym zamówieniem, przyjąć, aby w sytuacji, gdy obiekt jest w stanie umożliwiającym jego wykorzystywanie zgodnie z przeznaczeniem, z powodu drobnych usterek, niewpływających w żadnej mierze na możliwość korzystania z niego zgodnie z jego przeznaczeniem (np. w sytuacji usterkowego osadzenia drzwi do pomieszczenia gospodarczego, co nie uniemożliwia, ani ich otwierania i zamykania, ani wykorzystania tego pomieszczenia zgodnie z przeznaczeniem i jest znikomej wartości na tle całego zamówienia) i np. obiekt zostanie przejęty do użytkowania, co jest*





*częstym zjawiskiem, odmówić racji wykonawcy, iż jest podstawa do jego odbioru końcowego. Celem i zamiarem konstruowania stosunku prawnego powinno być bowiem wywiązanie się każdej ze stron z jej obowiązków kontraktowych, ukształtowanych z uwzględnieniem obowiązujących przepisów prawa i celu wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, którym jest wybudowanie obiektu służącego do założonych celów (...).*

• **Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 18 września 2020 r. (sygn. akt KIO 1829/20 i KIO 1843/20)**

Izba zwróciła uwagę, że poprzez przyjęcie postanowień o bezusterkowym odbiorze „w rękę Zamawiającego znalazło się niezwykle niebezpieczne (...) narzędzie. Niezależnie od faktycznych intencji i zamierzeń, Zamawiający miałby możliwość doprowadzić do wstrzymania ostatniej płatności na rzecz wykonawcy nawet w przypadku braku ku temu rzeczywistych podstaw. Ponadto, odmowa podpisania „protokołu bez wad” w sytuacji opisanego wyżej sporu, co do charakteru wad nieistotnych prowadziłaby do przekroczenia terminu realizacji zadania (...) a w konsekwencji do naliczenia na wykonawcę kar umownych z tytułu zwłoki. Istnienie we wzorze umowy mechanizmu pozwalającego na taką praktykę przeczy zasadzie równości stron umowy cywilnoprawnej”.

5. W omawianym przypadku Zamawiający w §6 ust. 5 Umowy podzielił wady Przedmiotu Umowy w zależności od tego, czy nadają się one do usunięcia, czy też nie da się ich usunąć. Dopiero w dalszej kolejności w ramach pierwszej kategorii (§6 ust. 5 pkt 1) Zamawiający rozróżnił wady na „nieistotne” (nie mające wpływu na uzyskanie pozwolenia na użytkowanie) – lit. a) - oraz „istotne” (mające wpływ na uzyskanie pozwolenia na użytkowanie) – lit. b). W świetle jednak powołanego wyżej orzecznictwa, w ocenie Odwołującego, **za nieistotne należy uznać** – wbrew stanowisku Zamawiającego zaprezentowanemu w treści Umowy – nie tylko te wady, których wystąpienie nie ma wpływu na uzyskanie pozwolenia na użytkowanie, a **wszystkie wady, które nie wpływają na możliwość użytkowania obiektu i są możliwe do ich niezwłocznego usunięcia** (vide Wyroki jak wyżej). Warto podkreślić, że zgodnie z treścią §6 ust. 5 pkt 1 lit. a) i b) Zamawiający posługuje się sformułowaniem wad „mających” lub „nie mających” wpływu (zresztą całkowicie niezidentyfikowanego) na uzyskanie pozwolenia na użytkowanie, nie zaś „uniemożliwiających” jego uzyskanie. Co więcej, to, czy dana wada będzie czy też nie będzie miała jakiegokolwiek wpływu na uzyskanie ww. pozwolenia będzie możliwe do ustalenia nie na etapie odbioru a dopiero odzienia, gdy procedura ta zostanie wszczęta przez odpowiedni organ administracyjny. Ocena ta zatem, dokonana arbitralnie i przedwstępnie przez samego Zamawiającego przed wszczęciem postępowania administracyjnego o uzyskanie pozwolenia na użytkowanie, **nie daje Wykonawcy pewności co do zakresu jego obowiązków umownych oraz konsekwencji ich naruszenia**. Powyższe w połączeniu z faktem, że ww. klasyfikacja dotyczy jedynie wad nadających się do usunięcia (§6 ust. 5 pkt 1) pozwala wysnuć wniosek, że **wady te w żadnym razie nie uniemożliwią użytkowania obiektu zgodnie z przeznaczeniem**. Rozumowanie to jest tym bardziej uzasadnione biorąc pod uwagę treść pkt 2) §6 ust. 5, dopiero w którym Zamawiający dokonuje podziału wad nienadających się do usunięcia na takie, które dają lub nie dają możliwości użytkowania obiektu zgodnie z przeznaczeniem.



6. W tym stanie rzeczy nie sposób uznać za uprawnione wstrzymanie się przez Zamawiającego z odbiorem końcowym Przedmiotu Umowy a w konsekwencji wypłaceniem Wykonawcy należnego wynagrodzenia (§9 ust. 13 w zw. z §2 ust. 1 pkt 2) Umowy) oraz zwrotem części zabezpieczenia należytego wykonania Umowy (§12 ust. 4 Umowy) w przypadku dostrzeżenia wad, o których mowa w treści §6 ust. 5 pkt 1 Umowy tj. takich, które są możliwe do usunięcia i nie uniemożliwiają użytkowania obiektu zgodnie z przeznaczeniem.
7. Na marginesie warto zauważyć, że z treści §6 ust. 5 Umowy nie wynika, jakoby miał on zastosowanie wyłącznie do odbioru końcowego, co oznacza, że tożsame zasady, nakazujące dokonanie odbioru i wypłatę wynagrodzenia w sytuacjach zidentyfikowania w przedmiocie umowy wad nieistotnych, mogą mieć zastosowanie także w odniesieniu do odbiorów częściowych (według stanu zaawansowania robót), co w przypadku odbioru częściowego jest nieuzasadnione tym bardziej, że tego typu odbiór powinien być wręcz traktowany bardziej liberalnie i nie wszystkie wady, które umożliwiałyby odmowę dokonania odbioru końcowego, stanowiłyby uzasadnienie dla odmowy dokonania odbioru częściowego. Należy tu bowiem wziąć pod uwagę chociażby fazę realizacji, w której znajdują się roboty i możliwość pewnej korekty na dalszym etapie prac. Niektórzy komentatorzy wskazują wręcz, 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). Co za tym idzie, również w przypadku odbioru częściowego, warunkiem wypłaty wynagrodzenia częściowego, nie może być ocena wykonania danego odcinka robót bez jakichkolwiek wad (tak istotnych jak i nieistotnych).
8. Wykonawca kwestionuje także uprawnienie Zamawiającego do skonstruowania §6 ust. 8 Umowy poprzez ustalenie, że *„Czynności odbioru końcowego zgłoszonego przez Wykonawcę zgodnie z zasadami określonymi powyżej, winny być rozpoczęte i przeprowadzone w terminie nie dłuższym niż 20 dni od dnia kiedy Zamawiający uznał Roboty za zakończone”*. Należy w tym miejscu podkreślić, że warunkiem rozpoczęcia odbiorów – zgodnie z treścią Umowy – jest powiadomienie Zamawiającego przez Wykonawcę o gotowości do odbioru (§6 ust. 1) oraz weryfikacja kompletności i zawartości dokumentów odbiorowych (§6 ust. 4 in fine). **W żadnym jednak fragmencie Umowy nie została wskazana ani definicja, ani warunki czy też jakakolwiek procedura „uznania Robót za zakończone”**. Brak jasnego określenia pojęcia jak wyżej powoduje, że termin 20 dni na przeprowadzenie przez Zamawiającego czynności odbiorowych jest de facto nierealny w wyegzekwowaniu, w wyniku czego daje Zamawiającemu możliwość prowadzenia tych czynności i opóźniania odbioru bez jakichkolwiek konsekwencji, mogąc doprowadzić do przekroczenia w ten sposób umownego terminu na realizację Przedmiotu Umowy i naliczenia Wykonawcy kar umownych.





9. **Biorąc pod uwagę powyższe okoliczności, Odwołujący wnosi o modyfikację treści SIWZ poprzez zmianę treści postanowień Projektu Umowy i nadanie im następującego brzemienia:**

- 1) §6 ust. 5 Umowy: Jeżeli w toku czynności odbiorowych zostaną stwierdzone wady, Zamawiającemu przysługują następujące uprawnienia:
  1. W przypadku wad nadających się do usunięcia Zamawiający dokona odbioru końcowego Przedmiotu Umowy zaś ich usunięcie odbędzie się w ramach rękojmi lub gwarancji za Przedmiot Umowy w terminie ustalonym przez Strony nie krótszym niż 10 dni roboczych; okres ten może zostać wydłużony za zgodą Zamawiającego o ile czynniki niezależne od Wykonawcy uniemożliwiają mu usunięcie wad w tym terminie.
  2. (w treści bez zmian w stosunku do Projektu Umowy)
- 2) §6 ust. 8 Umowy: Czynności odbioru końcowego zgłoszonego przez Wykonawcę zgodnie z zasadami określonymi powyżej, winny być rozpoczęte i przeprowadzone w terminie nie dłuższym niż 20 (dwadzieścia) dni od dnia zawiadomienia Zamawiającego przez wykonawcę o gotowości do dokonania odbioru końcowego zgodnie z §6 ust. 1 Umowy."
- 3) §6 ust. 2 pkt 4) Umowy: ulega usunięciu w całości,
- 4) §9 ust. 8 Umowy: Suma należności za faktury częściowe do momentu odbioru końcowego nie może przekroczyć 90% wartości wynagrodzenia Wykonawcy, o którym mowa w §7 ust. 1.
- 5) §9 ust. 9 Umowy: ulega usunięciu w całości,
- 6) §11 ust. 1 pkt 4) Umowy: ulega usunięciu w całości.

**III. Zarzuty dotyczące kar umownych – zarzuty nr 3 i nr 4**

1. W przedmiotowym postępowaniu, w ramach §11 ust. 1 Umowy, Zamawiający zdefiniował katalog kar umownych obciążających Wykonawcę, wskazując m.in. na następujące podstawy ich naliczania:
  - 1. Za niewykonanie lub nienależyte wykonanie umowy Wykonawca zapłaci Zamawiającemu karę umowną:
  - 1) za odstąpienie od umowy z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy w wysokości 10% wynagrodzenia umownego brutto, o którym mowa w §7 ust. 1;
  - 2) za zwłokę w wykonaniu umowy – w wysokości 0,25% wynagrodzenia umownego brutto, o którym mowa w §7 ust. 1 za każdy dzień zwłoki licząc od umownego terminu zakończenia robót określonego w §2 ust. 1 pkt 2;
  - 3) w przypadku zwłoki w realizacji poszczególnych etapów robót, określonych w harmonogramie realizacji robót budowlanych oraz harmonogramie rzeczowo-finansowym, karę umowną w wysokości 0,25% wynagrodzenia umownego brutto za każdy dzień zwłoki, w przypadku zwłoki w realizacji poszczególnych etapów robót, gdy suma wartości wszystkich założonych narastająco w HRF rodzajów robót przekracza o 10% sumę wartości wszystkich



wykonanych narastająco rodzajów robót – w wysokości 0,25% wynagrodzenia umownego brutto za każdy dzień zwłoki;

- 4) **za zwłokę** w usunięciu nieistotnych wad nie mających wpływu na uzyskanie pozwolenia na użytkowanie w przypadku dokonania przez Zamawiającego odbioru warunkowego – w wysokości 0,03% wynagrodzenia umownego brutto o którym mowa w §7 ust. 1 – **za każdy dzień opóźnienia**;
- 5) **za zwłokę** w usunięciu wad stwierdzonych w ramach rękojmi lub gwarancji w wysokości 0,01% wynagrodzenia umownego brutto o którym mowa w §7 ust. 1 – **za każdy dzień opóźnienia**;
- W dalszych postanowieniach **§11 ust. 1 pkt 7), 8), 10), 11), 12), 13) i 15)** Zamawiający przewidział kary umowne za **opóźnienie** w terminie realizacji poszczególnych obowiązków Wykonawcy tj.:
  - przedłożenia do zaakceptowania projektu umowy o podwykonawstwo oraz oryginału zawartej umowy o podwykonawstwo lub jej zmiany - pkt 7) i 8),
  - przedłożenia do akceptacji Harmonogramu Rzeczowo-Finansowego oraz zmian do niego – pkt 10),
  - przedłożenia wykazu osób zatrudnionych na podstawie umowy o pracę oraz kopii umów z pracownikami – pkt 11),
  - przedłożenia dokumentów do rozliczeń robót fakturami częściowymi – pkt 12),
  - dokonywania w okresie gwarancji przeglądów, konserwacji i napraw/wymiany urządzeń i materiałów eksploatacyjnych zgodnie z harmonogramem gwarancyjno-serwisowym – pkt 13),
  - przedstawienia dokumentu (polisy) potwierdzającego posiadanie kontynuacji ubezpieczenia – pkt 15).

Co istotne, w żadnym z powyższych zapisów ani też w innych postanowieniach Umowy **nie znalazło się zastrzeżenie o jakimkolwiek limicie wysokości kar umownych**, jakie Zamawiający może nałożyć na Wykonawcę w trakcie trwania Umowy.

2. Oceniając powyższy katalog kar umownych na wstępie zauważyć należy, że jako podstawę naliczania kar umownych zdefiniowanych w §11 ust. 1 pkt 4), 5), 7), 8), 10), 11), 12), 13) i 15) Umowy, Zamawiający wskazał „opóźnienie” w realizacji poszczególnych czynności przez Wykonawcę. W tym kontekście Odwołujący podnosi, że zgodnie z poglądami doktryny i judykatury **kara umowna winna opierać się na zasadzie winy dłużnika w niewykonaniu lub w nienależytym wykonaniu zobowiązania**. Co więcej, samo użycie w umowie słowa „opóźnienie” nie jest tożsame z odejściem od odpowiedzialności dłużnika na zasadzie winy na rzecz odpowiedzialności dłużnika na zasadzie ryzyka. W tym kontekście zwracamy uwagę przykładowo na stanowisko komentatorów zaprezentowane w komentarzu do art. 483 Kodeksu cywilnego (Komentarz do Kodeksu cywilnego, red. prof. Gutowski, II wyd. 1, 2016), w którym wskazano, iż „w zakresie kar zastrzeganych za opóźnione wykonanie





*zobowiązania kategorię podkreślić trzeba, że samo zastrzeżenie w umowie, że kara należy się "za opóźnienie" nie oznacza jeszcze, że chodzi tu o każde opóźnienie, a więc także to niezależne od winy dłużnika" (identycznie P. Drapała, w: System PrPryw t. 5, 2013, s. 1152, Nb 142).*

3. **Jeśli strony zdecydowały się na rozszerzenie odpowiedzialności wykonawcy, o którym mowa w art. 473 §1 KC, to zgodnie ze stanowiskiem 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 27.09.2013 r. sygn. akt I CSK 748/12), w przeciwnym razie taka kara umowna nie jest skutecznie zastrzeżona.** Konieczność wskazania katalogu przyczyn opóźnienia dla skuteczności rozszerzenia odpowiedzialności dłużnika ma swoje głębokie uzasadnienie. Katalog takich okoliczności byłby w praktyce nieograniczony, na co nie pozwala przede wszystkim treść art. 473 KC (w przepisie bowiem mowa o „*oznaczonych okolicznościach*”). Nadto należy pamiętać, że zasada swobody umów doznaje ograniczeń i nie każde rozszerzenie odpowiedzialności dłużnika mieściłoby się w tych granicach. Przykładowo nie mogłyby to być okoliczności obciążające wierzyciela. Kara umowna jest bowiem sankcją cywilnoprawną za niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania przez dłużnika. Takie rozszerzenie byłoby więc sprzeczne z istotą (naturą) odpowiedzialności dłużnika za niewykonanie zobowiązania oraz z naturą kary umownej (tak wyrok Sądu Najwyższego z dnia 27.09.2013 r. sygn. akt I CSK 748/12).
4. Konieczność określenia katalogu przyczyn, innych niż zawinione przez wykonawcę, za które ma on ponosić odpowiedzialność wynika choćby z okoliczności, że opóźnienie może być spowodowane np. brakiem współdziałania ze strony organów administracyjnych. Zastrzeżenie kar umownych za okoliczności niezawinione przez wykonawcę sankcjonowane jest też w konsekwencji w ramach orzecznictwa KIO – przykładowo w wyroku o sygn. KIO 1339/17, gdzie wskazane zostało, że: **„Ponadto zastrzeżenie kary umownej za każde opóźnienie, które obejmuje wszelkie opóźnienia, zarówno zawinione, jak i niezawinione, co tym samym jest nieproporcjonalnym obciążeniem, gdyż wykonawca powinien odpowiadać jedynie za zawinione opóźnienie, czyli za zwłokę”**, czy w niedawnym wyroku z dnia 10 września 2020 r. w sprawach o sygn. KIO 1967/20 oraz KIO 1977/20. Abuzowność tego typu postanowień ustawodawca podkreśla też w nowym projekcie ustawy Pzp, w ramach którego za niedozwolone co do zasady uznano przypisywanie wykonawcom odpowiedzialności za przypadki wystąpienia opóźnień (vide art. 433 pkt 1 nowej ustawy Prawo zamówień publicznych).
5. Co więcej, w części postanowień Umowy dotyczących kar umownych tj. §11 ust. 1 pkt 4 i 5 Umowy Zamawiający zastosował zapis **niekonsekwentnie używając na przemian pojęć „za zwłokę” i „za opóźnienie”**, uniemożliwiając w ten sposób całkowicie jednoznaczną ocenę potencjalnych przyczyn naliczenia tych kar umownych. Działanie takie narusza wskazane na wstępie przepisy prawa powszechnie obowiązującego, nie dając jednocześnie wykonawcom możliwości realnej oceny ryzyk związanych z przystąpieniem do realizacji zamówienia i złożenia rzetelnej oferty.

6. Niezależnie od powyższego, należy podkreślić występujący w omawianej Umowie **brak określenia przez Zamawiającego jakiegokolwiek limitu, do którego Wykonawca będzie ponosił odpowiedzialność z tytułu kar umownych**. W tym kontekście Odwołujący wskazuje, że z art. 483 § 1 KC, który jest przepisem bezwzględnie obowiązującym, wynika **zakaz przewidywania w umowie kary umownej w nieokreślonej wysokości maksymalnej**. Mimo to, Umowa w żadnym miejscu nie wskazuje maksymalnej wysokości kary umownej naliczonej Wykonawcy. Jednocześnie znaczna część postanowień §11 Umowy wskazuje wysokość kary umownej **za każdy dzień zwłoki/opóźnienia w realizacji obowiązków Wykonawcy osobno**, co powoduje, że Umowa została tak skonstruowana, żeby **kara umowna mogła rosnąć w nieskończoność – co stoi w sprzeczności ze wspomnianym art. 483 § 1 KC**. Warto przy tym podkreślić, że przedmiotowa Umowa jest umową o roboty budowlane, zaś jej charakter jako takiej wskazany został w art. 647 KC, który stanowi, że umowa polega na tym, że wykonawca zobowiązuje się do wybudowania i oddania obiektu, zaś inwestor zobowiązuje się do odbioru obiektu i zapłaty umówionego wynagrodzenia. Natura umowy o roboty budowlane przesądza zatem, że obowiązek płacenia ma pozostawać głównie po stronie inwestora. Tym samym, postanowienie umowy, które pozwala inwestorowi żądać od wykonawcy kwoty równej kwocie, którą wykonawca może otrzymać tytułem wynagrodzenia, jest **niezgodne z naturą umowy o roboty budowlane**, a zatem postanowienie to **wykracza poza dozwolone granice swobody umów (art. 353 (1) KC)**.
7. W tym zakresie Odwołujący podnosi również, że w ramach orzecznictwa sądów powszechnych podkreśla się, iż wysokość nałożonych kar umownych nie może przekraczać wysokości należnego wynagrodzenia, a **w sytuacji, w której wysokość kar umownych 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 IV 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 dnia 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%**.
8. Zbieżne stanowisko zajęła także **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 należytą wycenę oferty”*.





9. Warto w tym miejscu przytoczyć także pogląd wyrażony w tym kontekście przez Krajową Izbę Odwoławczą w powoływanym już powyżej **Wyroku z dnia 18 września 2020 r. (sygn. akt KIO 1829/20 i KIO 1843/20)**, w którym podkreślono, że brak jakiegokolwiek limitu kary umownej stanowi de facto **zastrzeżenie przez Zamawiającego uprawnienia do hipotetycznego pozbawienia wykonawcy całego wynagrodzenia z tytułu realizacji zadania**, co jest działaniem całkowicie nieuprawnionym. Zwrócono także uwagę na korelację pomiędzy wartością kary umownej za odstąpienie od umowy (która w omawianym stanie faktycznym wynosiła – podobnie jak w przypadku niniejszej Umowy – 10% wynagrodzenia za przedmiot umowy brutto). Zdaniem Izby *„trudno uznać, że wykonawca mający świadomość, że kara za odstąpienie od umowy wynosi 10% ceny brutto, w obliczu wystąpienia istotnych trudności z prawidłową realizacją przedmiotu zamówienia będzie czekał, aż Zamawiający całkowicie pozbawi go wynagrodzenia”* a w konsekwencji – jak rozumie stanowisko Izby Odwoławczej - od umowy takiej odstąpi, pozostawiając przedmiot umowy niezrealizowany, a Zamawiającego zmuszając do wszczęcia kolejnej procedury przetargowej. Zdaje się, że nie taki powinien być cel wprowadzenia kar umownych, które mają służyć zdyscyplinowaniu Wykonawcy oraz rozsądnej penalizacji naruszeń przez niego umowy, nie naruszając jednak istoty umowy o roboty budowane, która poleca na wykonaniu zleconych prac za wynagrodzeniem. Izba zwróciła także uwagę, że *„określenie realnego limitu kar umownych pozwala wykonawcom zainteresowanym udziałem w postępowaniu na prawidłowe skalkulowanie ryzyk w cenach ofert”*, na czym także zależy Odwołującemu w ramach niniejszego Postępowania.
10. Reasumując, wprowadzenie limitu kar umownych jest obecnie powszechnym działaniem zamawiających publicznych w przypadku inwestycji kubaturowych, drogowych czy też kolejowych, którzy tak jak zostało to wskazane w powołanych powyżej orzeczeniach, limit tych kar określają często na poziomie zrównanym z poziomem kary umownej przewidzianej na wypadek odstąpienia od umowy. Wyraz temu zjawisku daje także nieśmiało sam Zamawiający wskazując w §15 ust. 2 pkt 4) lit. b), że *„kary umowne za opóźnienie w wykonaniu umowy lub jej części, określone w §11 ust. 1 pkt 2 mogą być liczone jedynie za okres do dnia odstąpienia od umowy oraz zmniejszają wysokość należnej kary umownej za odstąpienie od umowy”*. Powyższe z jednej strony wskazuje na pośrednią chęć ograniczenia kar umownych do 10% wartości wynagrodzenia brutto, z drugiej zaś potwierdza niespójność oraz brak konsekwencji w formułowaniu zapisów umownych, bowiem ograniczenie to miałoby odniesienie tylko do kar za nieterminowe wykonanie umowy, z pominięciem innych kar przewidzianych Umową (vide §15 ust. 2 pkt 4) lit. a)), a ponadto wchodziłoby w grę jedynie w przypadku, gdy doszło do odstąpienia od Umowy. Innymi słowy, **jeśli odstąpienie nie miało miejsca lub kary zostały naliczone z innych niż nieterminowość w wykonaniu Przedmiotu Umowy przyczyn, kary mogą być przez Zamawiającego naliczane i dochodzone bez jakiegokolwiek limitu.**

# budimex

11. **Biorąc pod uwagę powyższe okoliczności, Odwołujący wnosi o modyfikację treści SIWZ poprzez:**
- 1) **ustalenie w ramach Umowy limitu naliczenia kar umownych ze wszystkich tytułów łącznie na poziomie 10% wynagrodzenia, o którym mowa w §7 ust. 1 Umowy brutto,**
  - 2) **modyfikację §11 ust. 1 pkt 4) i 5) Umowy poprzez nadanie im następującego brzmienia:**
    - a) **4) za zwłokę w usunięciu nieistotnych wad nie mających wpływu na uzyskanie pozwolenia na użytkowanie w przypadku dokonania przez Zamawiającego odbioru warunkowego – w wysokości 0,03% wynagrodzenia umownego brutto o którym mowa w §7 ust. 1 – za każdy dzień zwłoki; - jeśli postanowienie to nie ulegnie usunięciu w wyniku zarzutów nr 1 i 2 niniejszego odwołania;**
    - b) **5) za zwłokę w usunięciu wad stwierdzonych w ramach rękojmi lub gwarancji w wysokości 0,01% wynagrodzenia umownego brutto o którym mowa w §7 ust. 1 – za każdy dzień zwłoki;**
  - 3) **modyfikację §11 ust. 1 pkt 7), 8), 10), 11), 12), 13) i 15) Umowy poprzez zamianę kary „za opóźnienie” na karę „za zwłokę”.**

**Biorąc pod uwagę wszystkie powyższe okoliczności, skorzystanie ze środków ochrony prawnej stało się konieczne i uzasadnione, stąd Odwołujący wnosi o uwzględnienie niniejszego Odwołania w całości wraz z obciążeniem Zamawiającego kosztami postępowania.**

#### **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.

*Ewelina Sobiech*  
RADCA PRAWNY  
WA-7864