



Warszawa, 11 maja 2020 r.

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

**Zamawiający:** **Uniwersytet Technologiczno-Przyrodniczy im. Jana i Jędrzeja Śniadeckich w Bydgoszczy**  
Al. prof. S. Kaliskiego 7, 85-796 Bydgoszcz  
e-mail: [przetargi@utp.edu.pl](mailto:przetargi@utp.edu.pl)  
platforma do komunikacji:  
<https://platformazakupowa.pl/pn/utp>

**Odwołujący:** **Budimex S.A.**  
ul. Siedmiogrodzka 9, 01-204 Warszawa  
reprezentowany przez:  
r.pr. Katarzyna Jędrzejczak-Załęska  
*adres do doręczeń:*  
BUDIMEX S.A.  
ul. Siedmiogrodzka 9, 01-204 Warszawa  
e-mail: [katarzyna.jendrzejczak-zaleska@budimex.pl](mailto:katarzyna.jendrzejczak-zaleska@budimex.pl)

**Dotyczy:** postępowania prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego pn. „*Budowa budynku dydaktycznego dla potrzeb Uniwersytetu Technologiczno-Przyrodniczego w Bydgoszczy*” (Numer referencyjny: AZZP.243.030.2020; dalej jako „**Postępowanie**”).

Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 30 kwietnia 2020 r. pod nr 2020/S 085-200197.

## 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.

**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. 7 ust. 1 ustawy Pzp** poprzez przyznanie Zamawiającemu w ramach wzoru Umowy (Załącznik nr 7 do SIWZ, dalej jako „Umowa”) oraz SIWZ prawa do odmowy dokonania odbioru robót do czasu usunięcia wad oraz zatrzymania 10% wynagrodzenia w każdym przypadku ich wystąpienia, nawet jeśli wady mają charakter nieistotny, 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;
- 2) **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 §1 kodeksu cywilnego w zw. z art. 484§2 kodeksu cywilnego w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp** poprzez zastrzeżenie kar umownych bez przewidzenia jakiegokolwiek limitu.

**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 30 kwietnia 2020 r. Tego samego dnia na platformie zakupowej dedykowanej dla komunikacji w przedmiotowym Postępowaniu opublikowana została 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, powinien być tak ukształtowany aby realizacja zamówienia była możliwa. **Celem Zamawiającego powinno być również dążenie do osiągnięcia korzystnych rynkowo cen. Zamawiający nie powinien konstruować umowy w sposób, który negatywnie wpłynie na ilość złożonych w przetargu ofert. Nie może także przerzucić całości ryzyka gospodarczego na wykonawcę** (Wyrok Sądu Okręgowego Warszawa-Praga z dnia 16 sierpnia 2005 r., sygn. akt IV Ca 508/05.). Postanowienia umowy powinny zostać przy tym określone w sposób na tyle precyzyjny, aby wykonawca był w stanie określić cenę ofertową. W sytuacji, w której nie jest możliwe podanie katalogu zamkniętego okoliczności, z którymi wiążą się określone następstwa, Zamawiający powinien dążyć do jak najpełniejszego ich wyszczególnienia (Wyrok KIO z dnia 20 stycznia 2014 r., sygn. akt KIO 2949/13). W odniesieniu do określania zasad przyszłego stosunku zobowiązaniowego, podkreślenia wymaga, że swobodę umów ograniczają m.in. zasady współżycia społecznego oraz bezwzględnie obowiązujące przepisy (art. 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 współżycia społecznego w postaci wymogu sprawiedliwości umowy można więc mówić wtedy, gdy zawarta przez stronę umowa nie jest wyrazem jej w pełni swobodnie i rozważnie podjętej decyzji, gdyż na treść umowy wpłynął brak koniecznej wiedzy czy presja ekonomiczna (np. wynikająca z faktu korzystania przez kontrahenta z pozycji dominującej), a przyczyną tego nie jest niedbalstwo samego pokrzywdzonego. Dalsza przesłanka uznania umowy za wykraczającą poza granice kompetencji stron wynika z istoty zasad współżycia społecznego jako ocen i norm moralnych, a polega również na uwzględnieniu postawy drugiej strony umowy. Negatywna ocena umowy ze względu na kryteria moralne uzasadniona jest tylko w tych przypadkach, gdy kontrahentowi osoby pokrzywdzonej można postawić zarzut złego postępowania, polegającego na wykorzystaniu (świadomym lub spowodowanym niedbalstwem) swojej przewagi. Tak też jednoznacznie stwierdzał Sąd Najwyższy w wyrokach o sygn. IV CSK 478/07 oraz II CSK 528/10. **Takiej**



negatywnej ocenie powinna też podlegać umowa o zamówienie publiczne, ukształtowana przez Zamawiającego z wykorzystaniem jego silniejszej pozycji w Postępowaniu, gdyż umowa taka powinna chronić interesy nie tylko Zamawiającego, ale również Wykonawcy (KIO w wyrokach o sygn. KIO 1910/11 i KIO 1918/11.).

## II. Zarzut dotyczący bezusterkowego odbioru robót – zarzut nr 1

1. Zamawiający w ramach Umowy opisał zasady odbioru robót w trakcie Postępowania, wskazując w szczególności, że:

- **IV. SIWZ TERMIN WYKONANIA ZAMÓWIENIA**  
*Wykonawca będzie zobowiązany zrealizować przedmiot zamówienia od dnia zawarcia umowy do dnia zakończenia realizacji zadania inwestycyjnego tj. **usunięcia wszystkich wad i usterek stwierdzonych w trakcie odbioru końcowego** i rozliczenia kosztów oraz zaakceptowania przez Zamawiającego protokołu końcowego wykonania Inwestycji i uzyskania ostatecznego pozwolenia na użytkowanie, nie dłużej jednak niż do 30.06.2022r.*
- **§8 ust. 1 pkt 2) i 6) Umowy:** *W trakcie realizacji i po wykonaniu Przedmiotu umowy będą stosowane odbiory:*  
*2) odbiór techniczny – do celów związanych z uzyskaniem decyzji o pozwoleniu na użytkowanie,*  
*6) odbiór końcowy.*
- **§8 ust. 2 pkt 2) zd. 1 Umowy:** *Warunkiem rozpoczęcia przez Zamawiającego i IZ odbioru robót, o którym mowa w ust. 1 pkt 2 jest całkowite zakończenie wszystkich robót oraz złożenie IZ wniosku Wykonawcy o dokonanie odbioru technicznego robót.*
- **§8 ust. 2 pkt 4) lit. a) i b) Umowy:** *Warunkiem dokonania przez IZ i Zamawiającego odbioru o którym mowa w ust. 1 pkt 6) powyżej jest przekazanie Zamawiającemu i IZ:*  
*a) **Protokołu odbioru usunięcia usterek stwierdzonych w trakcie Odbioru Technicznego,***  
*b) Ostatecznej decyzji o pozwoleniu na użytkowanie.*
- **§8 ust. 2 pkt 9) lit. b) Umowy:** *W razie stwierdzenia w toku czynności odbioru istnienia wad lub usterek, Zamawiający ma prawo:*  
*b) jeżeli nieistotne wady lub usterki nadają się do usunięcia i nie uniemożliwiają używanie Przedmiotu umowy zgodnie z przeznaczeniem, Zamawiający **może** dokonać ich odbioru, wyznaczając jednocześnie odpowiedni czas na ich usunięcie,*

2. Zamawiający zatem faktycznie wprowadził odbiór końcowy polegający na następującym mechanizmie: zakończenie wszystkich robót → odbiór techniczny z protokołem, gdzie będą



wpisane wady i usterki oraz czas na ich usunięcie → procedura uzyskania decyzji o pozwoleniu na użytkowanie → bezusterkowy odbiór końcowy.

3. **Należy wskazać, że poprzez tak ukształtowane postanowienia umowne Zamawiający uchyliła się od ciężącego na Nim, bezwzględnego obowiązku wynikającego z treści art. 647 kc, który wskazuje, że jednym z podstawowych obowiązków inwestora, w tym wypadku Zamawiającego, w ramach umowy o roboty budowlane jest dokonanie odbioru robót.** Odbiór wykonanych robót jest kwestią kluczową w relacjach inwestor (zamawiający) — wykonawca. Stąd też, jakkolwiek praktyka uchylania się przez inwestorów od tego obowiązku jest jednoznacznie sankcjonowana, zwłaszcza, że doświadczenie realizacyjne pokazuje, że na etapie odbioru robót może dochodzić do sporów co do kwestii istnienia wad a inwestorzy wykorzystują tego typu abuzywne postanowienia w celu nieuzasadnionego blokowania wypłaty wynagrodzenia dla wykonawcy, próbując wymusić usunięcie rzekomych wad stwierdzonych podczas odbiorów, które realnie mają charakter nieznacznych uchybień.
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 charakter wad. **W konsekwencji niedopuszczalnym jest wprowadzanie tzw. bezusterkowego odbioru robót, 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 SA w Białymstoku z 04.04.2014 r.; sygn. akt I ACa 860/13:**  
*„Wykonanie robót budowlanych z wadami nie może być utożsamiane z ich niewykonaniem i nie rodzi po stronie zamawiającego uprawnienia do odmowy odbioru robót. Przyjmuje się, że odmowa odbioru będzie uzasadniona jedynie w przypadku, gdy przedmiot zamówienia będzie mógł być kwalifikowany jako wykonany niezgodnie z projektem i zasadami wiedzy technicznej lub wady będą na tyle istotne, że obiekt nie będzie się nadawał do użytkowania. Wobec zgłoszenia zakończenia robót i braku uzasadnionych podstaw do odmowy odbioru, a także do skorzystania z uprawnienia do domagania się obniżenia wynagrodzenia strona jest zobowiązana do odbioru robót i do świadczenia pełnego wynagrodzenia wynikającego z umowy.”*
  - **Wyrok SA we Wrocławiu z 18.12.2013 r.; sygn. akt I ACa 1302/13:**  
*„Jedynie w sytuacji, gdy oddane dzieło jest dotknięte wadą istotną, tj. czyniącą je niezdatnym do zwykłego użytku lub sprzeciwiającą się wyraźnie umowie, zamawiający może odmówić jego odebrania. Jeżeli natomiast dzieło ma tylko wadę nieistotną, zamawiający nie może skutecznie uchylić się od odebrania dzieła. Te uwagi należy odnieść także do umowy o wykonanie robót budowlanych czy też umowy o wykonanie remontu budynku.”*



- **Wyrok 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.*

*2. Zgłaszane zarzuty odnoszące się do wad nieistotnych, nie stanowią podstawy, ani do odmowy sporządzenia protokołu końcowego odbioru robót powierzonych stronie powodowej, ani też do odstąpienia od umowy. Ewentualnie mogłyby rodzić, o ile byłyby zasadne roszczenia z rękojmi i gwarancji.”*

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

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

5. Dodatkowo zauważyć należy, że tak ukształtowany stosunek umowy ma istotne znaczenie dla ryzyka Wykonawcy. W wypadku nie dokonania odbioru końcowego Wykonawcy nie zostanie



wypłacone pozostałe 10% wartości wynagrodzenia zatrzymanej do momentu podpisania protokołu odbioru końcowego (§3 ust. 5 zd. 2 Umowy oraz ppkt. V SIWZ). W sytuacji, w której wykonawca wykonał ciężące na nim zobowiązanie (czyli w momencie kiedy można już korzystać z obiektu zgodnie z jego przeznaczeniem, a zatem po wykonaniu prac budowlanych chociażby dotknięte były one nieznacznymi usterekami) to zobowiązaniem Zamawiającego jest zapłata wynagrodzenia w pełnej wysokości.

6. Inwestorzy wykorzystują więc tego typu abuzywne postanowienia w celu nieuzasadnionego blokowania wypłaty wynagrodzenia dla wykonawcy, próbując wymusić usunięcie rzekomych wad stwierdzonych podczas odbiorów, które realnie mają charakter nieznaczących uchybień. Problematyczny pozostaje również bieg terminu gwarancji. Zgodnie z §10 ust. 4 Umowy, niezbędne jest protokolarne przejęcie obiektu przez Zamawiającego. Zdaniem Odwołującego, w sytuacji, gdy Zamawiający jest zobowiązany do odbioru przedmiotu umowy, gdy nie ma on wad istotnych i ma możliwość rozpoczęcia korzystania z niego, to analogicznie jak w art. 577 § 4 KC powinno to skutkować rozpoczęciem okresu gwarancji jakości. Zarówno art. 577 § 4 KC w przypadku dotyczącym gwarancji jakości, jak i art. 568 § 1 KC w przypadku rękojmi, wiążą rozpoczęcie okresu odpowiedzialności za wady z momentem wydania rzeczy. W ocenie Odwołującego brak jest podstaw prawnych aby w przypadku stwierdzenia nieistotnych wad odsuwać w czasie termin rozpoczęcia rękojmi i gwarancji, a w konsekwencji wydłużać okresy rękojmi i gwarancji, zwiększając ryzyko i koszt obsługi gwarancyjnej oraz rękojmi przez Wykonawcę. Analogicznie jak w przypadku ogólnych regulacji kodeksowych, rozpoczęcie biegu gwarancji jakości powinno być powiązane z wydaniem przedmiotu umowy (odborem końcowym) i rozpoczęciem korzystania (użytkowania) przez Zamawiającego. Nie ulega przy tym wątpliwości, co potwierdza cytowane powyżej orzecznictwo, że jeśli w ramach wykonywanych robót zostaną zidentyfikowane wady o charakterze nieistotnym to ich wystąpienie w żadnym razie nie blokuje możliwości korzystania z efektu wykonanych prac przez Zamawiającego, a co za tym idzie niezasadnym byłoby przesuwanie terminu rozpoczęcia biegu gwarancji jakości i rękojmi za wady.
7. Powyższe świadczy o niespójności pojęć i definicji wprowadzonych przez Zamawiającego. Tymczasem jako gospodarz postępowania, winien przekazać Wykonawcom klarowne i jednoznaczne instrukcje dotyczące tego jakie kroki będą podejmowane w określonych sytuacjach w szczególności tak istotnej kwestii jak odbiór końcowy.
8. **Biorąc pod uwagę wszystkie powyższe okoliczności, Odwołujący wnosi o modyfikację treści SIWZ poprzez dostosowanie ich do treści art. 647 kc, tj. nadanie im przykładowo następującego brzmienia:**

- **IV. TERMIN WYKONANIA ZAMÓWIENIA**

*Wykonawca będzie zobowiązany zrealizować przedmiot zamówienia od dnia zawarcia umowy do dnia podpisania protokołu końcowego wykonania Inwestycji, nie dłużej jednak niż do 30.06.2022r.*

- **§8 ust. 2 pkt 4) lit. a). Umowy:**

*„Protokołu odbioru usuniętych istotnych wad lub usterek, jeśli przy Odbiorze Technicznym Zamawiający skorzystał z uprawnienia braku odbioru wynikającego z §8 ust. 2 pkt 9) lit. a)”*



- **§8 ust. 2 pkt 9) lit. b) Umowy:** *W razie stwierdzenia w toku czynności odbioru istnienia wad lub usterek, Zamawiający ma prawo:*
  - b) jeżeli nieistotne wady lub usterki nadają się do usunięcia i nie uniemożliwiają używania Przedmiotu umowy zgodnie z przeznaczeniem, Zamawiający **dokonuje** ich odbioru, wyznaczając jednocześnie odpowiedni czas na ich usunięcie,*

### III. Zarzuty dotyczące kar umownych – zarzut nr 2

1. **W przedmiotowym postępowaniu, Zamawiający zdefiniował katalog kar umownych nie określając w ramach Umowy górnego łącznego limitu, do którego Wykonawca będzie ponosił odpowiedzialność z tytułu kar umownych.** W tym kontekście zwracamy uwagę, 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 opóźnienia nie powinien przekraczać wysokości kary ustanowionej na wypadek odstąpienia od umowy, która w przedmiotowym przypadku wynosi 10%** (§12 ust. 2 pkt. 1 lit. h) Umowy).
2. 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**”.*
3. Biorąc pod uwagę powyższe, tj. brak możliwości realnego wyegzekwowania kar umownych przekraczających poziom kilkudziesięciu procent wynagrodzenia umownego, a także uwzględniając, że brak wprowadzenia limitu wszystkich 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 SIWZ 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 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 CK STOS z zagospodarowaniem terenu w ramach projektu: "Utworzenie w Gdańsku Centrum Kompetencji STOS (Smart and Transdisciplinary knOwledge Services) w zakresie infrastruktury B+R."*”, znak postępowania: ZP/229/022/R/19 (limit kar umownych na poziomie 20% przy tożsamej wysokości kary umownej na wypadek odstąpienia od umowy z przyczyn leżących po stronie wykonawcy).

4. **Biorąc pod uwagę wszystkie powyższe okoliczności, Odwołujący wnosi o modyfikację treści SIWZ poprzez:**
- **ustalenie w ramach Umowy limitu kar na poziomie 10% wynagrodzenia umownego brutto.**

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

**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.