



CML Construction Services Sp. z o.o.  
ul. Parzniewska 10, 05-800 Pruszków/Polska

Pruszków, dnia 22 grudnia 2023 r.

**PREZES KRAJOWEJ IZBY ODWOŁAWCZEJ**  
**ul. Postępu 17a**  
**02-676 Warszawa**

**Zamawiający:**

Uniwersytet Gdański  
ul. Jana Bażyńskiego 8  
80-309 Gdańsk

e-mail: [sekretariatdzp@ug.edu.pl](mailto:sekretariatdzp@ug.edu.pl)

tel. +48 58 523 23 20

**Odwolujący:**

**STRABAG Sp. z o.o.**

ul. Parzniewska 10,  
05-800 Pruszków

wpisany do rejestru przedsiębiorców Krajowego Rejestru  
Sądowego prowadzonego przez Sąd Rejonowy dla m.st  
Warszawy w Warszawie

XIV Wydział Gospodarczy Krajowego Rejestru Sądowego  
pod numerem KRS 0000054588

**reprezentowany przez:**

**radcę prawnego Krzysztofa Misiewicza**

**adres do korespondencji:**

CML Construction Services Sp. z o.o.  
ul. Parzniewska 10  
05-800 Pruszków

e-mail: [krzysztof.misiewicz@bauholding.com](mailto:krzysztof.misiewicz@bauholding.com)

tel.: 609 043 322

**Dotyczy:** postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych, którego wartość przekracza progi unijne, a którego przedmiotem jest: „Zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych dla zadania pn. „Budowa wielofunkcyjnej hali sportowej Uniwersytetu Gdańskiego wraz z zagospodarowaniem terenu i niezbędną infrastrukturą” zlokalizowanej w Gdańsku przy ul. Wita Stwosza 31/37.”

**Data przekazania ogłoszenia Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej: 11.12.2023 r.**

**Ogłoszenie opublikowano w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej dnia: 12.12.2023 r.**

**Nr publikacji ogłoszenia: 00751862-2023**

**Nr wydania Dz.U. S: 239/2023**

**Dokumentację zamieszczono na stronie internetowej prowadzonego postępowania dnia: 12.12.2023 r.**

**Nr postępowania: 5B10.291.1.190.2023.PC**

## **ODWOŁANIE**

Działając w imieniu Strabag Sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie (dalej jako „**Odwołujący**” lub „**Wykonawca**”) na podstawie przepisu art. 513 pkt 1 w zw. z art. 505 ust. 1 ustawy z dnia 11.09.2019 r. Prawo zamówień publicznych (zwanej dalej „**ustawą Pzp**”), wnoszę odwołanie na niezgodną z przepisami czynność Zamawiającego podjętą w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, polegającej na ustaleniu treści Specyfikacji Warunków Zamówienia, w tym w szczególności projektowanych postanowień umowy w sposób naruszający przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych oraz przepisy Kodeksu cywilnego.

### **I. Zarzuty:**

Odwołujący zarzuca Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

### **PROCEDURA ODBIOROWA**

#### **1. naruszenie art. 16 pkt 1, 2 i 3 ustawy Pzp w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 643 kc oraz w zw. z art. 647 kc poprzez zawarcie w treści Projektu umowy:**

- a. postanowień kształtujących tzw. bezusterkowy odbiór dokumentacji projektowej. Zamawiający nadużył prawa do kształtowania postanowień Projektu umowy w ten sposób, że przyjął w § 14 ust. 1 pkt. 1) i pkt. 2) Projektu umowy procedurę, która umożliwia mu odmowę przyjęcia dokumentacji projektowej w przypadku istnienia jakichkolwiek zastrzeżeń (a nie tylko zastrzeżeń o charakterze wad istotnych). Zamawiający przyjął, że jedynie podpisane przez Strony „bez zastrzeżeń” protokoły odbioru każdego z trzech etapów prac projektowych będą stanowiły potwierdzenie dokonania odbioru częściowego dokumentacji projektowej. Podobnie w przypadku odbioru końcowego dokumentacji projektowej – potwierdzeniem dokonania odbioru końcowego przedmiotu umowy w zakresie dokumentacji projektowej będzie podpisany przez strony „bez zastrzeżeń” protokół odbioru końcowego dokumentacji projektowej

Tymczasem taka procedura stoi w sprzeczności z przepisem art. 643 kc, bowiem w przypadku umowy o dzieło prawo Zamawiającego do odmowy odbioru powinno mieć miejsce jedynie w przypadku wystąpienia wad istotnych dzieła (dokumentacji), zaś w przypadku zgłoszenia gotowości do odbioru przedmiotu umowy z wadami nieistotnymi Zamawiający zobowiązany jest dokonać odbioru końcowego, a postanowienia umowy nie mogą pozostawiać dowolności w tym zakresie. Naruszające postanowienia dotyczące odbioru „bez zastrzeżeń” znajdują się również w postanowieniach Projektu umowy dotyczących sposobu rozliczenia się przez Strony za kompleksowe opracowanie dokumentacji projektowej (§ 4 ust. 1 pkt. 1) lit. a-c Projektu umowy).

- b. postanowień kształtujących niejako w sposób pośredni uprawnienie Zamawiającego do odmowy odbioru robót budowlanych w przypadku wystąpienia jakichkolwiek wad przedmiotu umowy. Zamawiający kształtując postanowienia dotyczące odbioru robót budowlanych (§ 14 ust. 2 pkt. 1)-3) Projektu umowy) przyjął co prawda, że odmowa odbioru może nastąpić wyłącznie w przypadku wystąpienia „wad istotnych” przedmiotu umowy, jednak zastosował definicję „wad istotnych” która swą treścią de facto obejmuje każdy rodzaj wad, również te o charakterze nieistotnym. Wniosek taki wynika ze sformułowania postanowienia § 14 ust. 6 pkt. 3) Projektu umowy, zgodnie z którego treścią:

*6. Strony przyjmują, że wada istotna występuje wtedy, gdy:*

- 1) uniemożliwia ona lub znacząco ogranicza czynienie właściwego użytku z przedmiotu prac lub robót (w tym także z uwagi na brak wymaganej dokumentacji) lub*
- 2) wyłącza lub znacząco ogranicza ich normalne wykorzystanie zgodnie z celem umowy lub odbiera im cechy właściwe lub zastrzeżone w umowie znacząco zmniejszając ich wartość lub*

**3) przedmiot zamówienia został, choćby w części, wykonany niezgodnie z opisem przedmiotu zamówienia lub zasadami wiedzy technicznej.**

Rozszerzenie ww. definicji na każdy rodzaj niezgodności z opisem przedmiotu zamówienia lub zasadami wiedzy technicznej prowadzi do wniosku, że Zamawiający tak naprawdę przyjął że każdy rodzaj wady może skutkować brakiem odbioru przedmiotu umowy, co sprzeciwia się wprost art. 647 kc.

## **OGRANICZENIE PRAWA DO DOCHODZENIA WYNAGRODZENIA I ODSZKODOWANIA W PRZYPADKU ZMIANY TERMINU REALIZACJI**

2. **naruszenie art. 16 pkt. 1) ustawy Pzp, art. 99 ust. 1 ustawy Pzp, art. 433 pkt 3 ustawy Pzp w związku z art. 8 ust 1 ustawy Pzp, art. 5 kc, art. 58 kc, art. 353<sup>1</sup> kc w zw. z art. 647 kc, art. 649 kc i art. 651 kc** poprzez niezasadne i bezpodstawne przerzucenie na wykonawcę odpowiedzialności i ryzyk, które leżą po stronie Zamawiającego, a tym samym nadużywanie swojego prawa do tworzenia warunków umowy o zamówienie publiczne, poprzez uregulowanie w § 3 ust. 11 Projektu umowy, że: *„Wykonawcy nie przysługuje żadne dodatkowe wynagrodzenie ani odszkodowanie z tytułu zmiany terminu realizacji zamówienia”*, bez zróżnicowania sytuacji w zależności od tego, po czyjej stronie leżą przyczyny ewentualnego przedłużenia terminów realizacji. Tymczasem wykonawca kalkulując swoje wynagrodzenie bierze pod uwagę zakładany czas realizacji, utrzymania zaplecza budowy, zatrudnienia pracowników i sprzętu, etc. i powinien mieć możliwość rekompensaty tych kosztów, gdyby do przedłużenia terminu realizacji doszło np. z przyczyn, które leżą po stronie Zamawiającego bądź są niezależne od Stron, a które mogą wystąpić w trakcie realizacji

Umowy. Zamawiający przewidział różne przesłanki uprawniające do zmiany umowy poprzez zmianę terminu realizacji (§ 17 ust. 1 pkt. 4) Projektu umowy) w okolicznościach niezależnych od Stron, jednak również i tu nie wskazał uprawnienia do zmiany wynagrodzenia w przypadku równoczesnej zmiany terminu realizacji.

### **BRAK MOŻLIWOŚCI ZMIANY WYNAGRODZENIA W PRZYPADKU ZMIANY ZAKRESU PRAC**

3. **naruszenie art. 16 pkt. 1) ustawy Pzp, art. 99 ust. 1 ustawy Pzp, art. 433 pkt 3 ustawy Pzp, art. 455 ust. 1 pkt. 1) ustawy Pzp w związku z art. 8 ust 1 ustawy Pzp, art. 5 kc, art. 58 kc, art. 353<sup>1</sup> kc w zw. z art. 647 kc, art. 649 kc i art. 651 kc** poprzez niewłaściwe sformułowanie postanowień Projektu umowy dotyczących możliwości zmiany jej zakresu (§ 17 ust. 1 pkt. 3) Projektu umowy), który sugeruje, że zmiany zakresu robót:

- wynikające ze zmiany decyzji administracyjnych lub
- wynikające z wystąpienia odmiennych warunków geologicznych, geotechnicznych, hydrologicznych niż te wskazane w OPZ
- wynikające z wystąpienia na terenie budowy niewybuchów, niewypałów lub znalezisk

mogą nastąpić, jednak w ich wyniku zmienić może się wyłącznie zakres umowy, bez jednoczesnej zmiany wynagrodzenia. Wskazane postanowienie poprzestaje bowiem na wskazaniu, że w przedstawionych okolicznościach zmienić może się przedmiot umowy. Tymczasem zgodnie z wymaganiami ustawy Pzp Zamawiający powinien sformułować postanowienia dotyczące zmian w postaci jasnych, precyzyjnych i jednoznacznych postanowień umownych (art. 455 ust. 1 pkt. 1) ustawy Pzp). Co istotne, wszystkie okoliczności wymienione w kwestionowanym postanowieniu § 17 ust. 1 pkt. 3) Projektu umowy stanowią zwyczajowo ryzyka Zamawiającego, a przerzucanie finansowych skutków ich wystąpienia na Wykonawcę również stanowi o wykorzystaniu przez Zamawiającego swojej pozycji przy kształtowaniu postanowień Projektu umowy. Stoi też w sprzeczności z treścią art. 433 pkt. 3) ustawy Pzp, zabraniającego Zamawiającemu przerzucania na wykonawcę odpowiedzialności za okoliczności, za które wyłączną odpowiedzialność ponosi Zamawiający.

### **OGRANICZENIE DLA TREŚCI UMÓW PODWYKONAWCZYCH**

4. **naruszenie art. 462 ust. 1 ustawy Pzp, art. 8 ust. 1 ustawy Pzp i art. 465 ust. 8 ustawy Pzp w zw. z art. 353<sup>1</sup> kc i w zw. z art. 647<sup>1</sup> § 3 kc** poprzez nadużycie uprawnień do kształtowania warunków umowy w zakresie wymagań dla zawierania przez wykonawcę umów z podwykonawcami i wprowadzenie do Projektu umowy postanowień § 13 ust. 7 ppkt. 1) i 2), które wprowadzają limit maksymalny wartości danej umowy z podwykonawcą, powyżej którego nie będzie możliwe zlecenie robót podwykonawcom, co może prowadzić do paraliżu realizacji umowy. Przedmiotowe postanowienia Projektu umowy są nadmiarowe, a kształtując je Zamawiający nie uwzględnił, że przepisy kodeksu cywilnego (art. 647<sup>1</sup> § 3 kc) limitują jego solidarną odpowiedzialność do wartości ustalonego z wykonawcą wynagrodzenia, a przez to dodatkowe ograniczenia w tym względzie nie są potrzebne, mogą natomiast znacząco utrudnić wykonawcy realizację jego umownych zobowiązań. Naruszające postanowienia umowy brzmią:

§ 13 ust. 7 Projektu umowy: *Umowa o podwykonawstwo, której przedmiotem są roboty budowlane musi spełniać dodatkowo następujące wymagania (oprócz wymagań określonych w ust. 6):*

1) Wysokość wynagrodzenia podwykonawcy lub dalszego podwykonawcy, **nie może być wyższa niż kwota, którą Zamawiający, zgodnie z postanowieniami umowy zawartej między Zamawiającym a Wykonawcą, zobowiązany jest zapłacić za roboty budowlane stanowiące równocześnie przedmiot umowy o podwykonawstwo, z uwzględnieniem wartości wynagrodzeń innych podwykonawców.**

2) Musi zawierać załącznik harmonogram rzeczowo–finansowy prac, określający wartości poszczególnych robót budowlanych. Harmonogram ten musi zawierać numerację pozycji oraz nazwy robót budowlanych odpowiadające numeracji pozycji oraz nazwom robót budowlanych, określonych w harmonogramie rzeczowo–finansowym prac, o którym mowa w § 2 ust. 6 (lub części robót budowlanych określonych w danej pozycji harmonogramu, w przypadku wykonywania przez podwykonawcę lub dalszego podwykonawcę jedynie części robót budowlanych określonych w danej pozycji harmonogramu). **Wartości robót budowlanych określone w harmonogramie rzeczowo–finansowym będącym załącznikiem do umowy o podwykonawstwo nie mogą być wyższe niż wartości tych robót budowlanych określone w harmonogramie rzeczowo–finansowym prac, o którym mowa w § 2 ust. 6.**

#### **NIEZGODNE Z PRZEPISAMI POSTANOWIENIA DOTYCZĄCE ZWROTU ZABEZPIECZENIA NALEŻYTEGO WYKONANIA UMOWY**

5. **naruszenie art. 453 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 647 kc** poprzez określenie w Projekcie umowy (§ 14 ust. 4 oraz § 19 ust. 2 pkt. 1) Projektu umowy) oraz w SWZ (pkt. XIX ppkt. 8 SWZ), że zabezpieczenie należytego wykonania umowy (70%) zostanie zwrócone dopiero po protokolarnym potwierdzeniu usunięcia wad (w tym nieistotnych) stwierdzonych przy odbiorze końcowym, podczas gdy stanowi to naruszenie ww. przepisów i bezzasadne wstrzymywanie 100% zabezpieczenia do czasu usunięcia wad nieistotnych, które umożliwiają użytkowanie przedmiotu umowy. Zgodnie z treścią art. 453 ust. 1 ustawy Pzp zabezpieczenie powinno zostać zwrócone po wykonaniu zamówienia i uznania przez Zamawiającego za należyte wykonane, czyli po odbiorze końcowym nawet jeżeli w trakcie odbioru stwierdzono wady nieistotne.

#### **TERMIN REALIZACJI**

6. **naruszenie art. 353<sup>1</sup> kc, art. 58 kc w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp oraz art. 16 ustawy Pzp i art. 436 pkt. 1) ustawy Pzp w zw. z art. 433 pkt. 3) ustawy Pzp i art. 455 ust. 1 pkt. 1) ustawy Pzp oraz art. 28 ust. 1 Ustawy Prawo budowlane** poprzez wskazanie w SWZ (pkt. IV. Ppkt 1) i Projekcie umowy (§ 2 ust. 1) oraz w pkt. 5.1.6 Ogłoszenia terminu realizacji zamówienia z podziałem na:
  - a. prace projektowe - do wykonania w terminie 6 miesięcy od dnia zawarcia umowy (etap I prac projektowych), 8 miesięcy od dnia zawarcia umowy (etap II prac projektowych), w terminie nie dłuższym niż kompleksowe wykonanie robót budowlanych (etap III prac projektowych),
  - b. kompleksowe wykonanie robót budowlanych - do wykonania w terminie do 30 miesięcy od dnia zawarcia umowy,
  - c. świadczenie usług serwisu, przeglądów i konserwacji wszystkich systemów, instalacji, urządzeń, wyposażenia budowlanego i sportowego oraz usług pielęgnacji zieleni: w okresie gwarancji zaoferowanym przez Wykonawcę, wynoszącym minimum 36 miesięcy od dnia odbioru końcowego robót,

które to terminy mogą okazać się nierealne i niemożliwego do dotrzymania z punktu widzenia wszelkich procedur administracyjnych, które leżą po stronie Wykonawcy, niezbędnych dla wykonania prac projektowych i uzyskania pozwolenia na budowę, z przyczyn szczegółowo wykazanych w uzasadnieniu Odwołania. Sposób sformułowania postanowień dotyczących terminu realizacji robót budowlanych powodować może, że wydłużenie się terminów uzyskania pozwolenia na budowę doprowadzi do skrócenia realnego czasu na wykonanie robót budowlanych. Stąd zasadnym jest „oderwanie” terminu realizacji robót budowlanych od momentu podpisania umowy i uzależnienie jego rozpoczęcia od pozyskania prawomocnego pozwolenia na budowę. Dopiero posiadanie tej decyzji administracyjnej uprawnia do rozpoczęcia robót budowlanych. Aktualne sformułowanie postanowień SWZ i Projektu umowy niezasadnie przerzuca ryzyka związane z procedurami administracyjnymi na Wykonawcę.

## **LIMIT KAR UMOWNYCH**

7. **naruszenie art. 436 pkt 3 ustawy Pzp w zw. z art. 16 ustawy Pzp i art. 8 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 353<sup>1</sup> kc i art. 647 kc w zw. z art. 484 § 2 w zw. z art. 483 kc i art. 473 § 1 kc ze względu** na sformułowanie postanowień dotyczących kar umownych w sposób nadużywający swobody Zamawiającego do kształtowania postanowień umownych, uniemożliwiający wykonawcy prawidłowe oszacowanie ryzyk związanych z realizacją umowy oraz mogący prowadzić do niczym nieuzasadnionego wzbogacenia się Zamawiającego, poprzez wprowadzenie do Projektu umowy w § 16 ust. 2 rażąco wygórowanego limitu kar umownych na poziomie 30% wartości brutto wynagrodzenia, podczas gdy limit na tym poziomie znacząco odstaje od realiów rynkowych;

## **WYMAGANIE OD WYKONAWCY UWZGLĘDNIENIA W OFERCIE ZAKRESU PRAC I KOSZTÓW, KTÓRYCH NIE JEST W STANIE OSZACOWAĆ - UMIESZCZENIE URZĄDZEŃ W PASIE DROGOWYM**

8. **naruszenie art. 16 pkt. 1)-3) ustawy Pzp w zw. z art. 99 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 433 pkt. 3) ustawy Pzp i art. 8 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 353<sup>1</sup> kc i art. 647 kc** poprzez nieprawidłowy, niejednoznaczny i naruszający konkurencję opis przedmiotu zamówienia, który jednocześnie przerzuca na Wykonawcę ryzyka finansowe niemożliwe do oszacowania, które znajduje odzwierciedlenie w wymaganiach § 7 ust. 2 pkt. 7) Projektu umowy, gdzie Zamawiający wymaga by Wykonawca uwzględnił w ofercie koszt wbudowania urządzeń w pas drogowy, w tym zobowiązuje Wykonawcę do jednorazowego uregulowania należności za wbudowanie urządzeń w pas drogowy za cały okres określony zezwoleniem Zarządu Dróg i Zieleni w Gdańsku, podczas gdy zgodnie z obowiązującymi regulacjami prawnymi Wykonawca nie jest w stanie jednorazowo pokryć kosztów, o których mowa powyżej ani ich właściwie oszacować, z przyczyn szczegółowo opisanych w uzasadnieniu Odwołania.

## **II. Wnioski**

Mając na uwadze powyższe zarzuty, Odwołujący wnosi o nakazanie Zamawiającemu dokonania czynności zmiany załącznika nr 4 do SWZ – Projekt umowy oraz SWZ w sposób określony poniżej. Jednocześnie Odwołujący podkreśla, że:

- a) zaproponowana przez niego treść zmienionych postanowień Umowy stanowi wyłącznie kierunek zmian, które Odwołujący uznaje za adekwatne do podnoszonych zarzutów, bowiem gospodarzem postępowania jest Zamawiający.
- b) odwołujący wnosi o dokonanie zmian zgodnych z zarzutami i kierunkiem określonym we wnioskach niniejszego odwołania w całym Projekcie umowy i innych dokumentach zamówienia.

## PROCEDURA ODBIOROWA

1. **w zakresie zarzutu dotyczącego zastosowania przez Zamawiającego „bezusterkowego” odbioru dokumentacji projektowej oraz przedmiotu Umowy** Odwołujący wnosi o dostosowanie postanowień Projektu umowy do przepisów prawa, których naruszenie zarzuca Odwołujący i wprowadzenie w Projekcie umowy postanowień, które pozwolą na dokonanie odbioru dokumentacji projektowej oraz robót budowlanych w sytuacji gdy wystąpią wady nieistotne (które będą mogły zostać usunięte po odbiorze i których zakres oraz terminy usunięcia zostaną określone w protokole odbioru), a uprawnienie do wstrzymania się z odbiorem przysługiwać będzie wyłącznie w przypadku wad o istotnym charakterze, prawidłowo zdefiniowanych, tj. co do zasady uniemożliwiających normalne korzystanie z przedmiotu umowy. Zmiana taka mogłaby polegać w szczególności na wprowadzeniu do istniejących postanowień Projektu umowy np. następujących zmian:

w § 4 ust. 1 pkt. 1 lit. a)-c) Projektu umowy:

1. *Strony ustalają, że Wykonawca będzie wystawiał faktury następująco:*

1) *za kompleksowe opracowanie dokumentacji projektowej (§ 1 ust. 2 pkt 1) – trzy faktury:*

a) *faktura częściowa na wartość 20% kwoty wynagrodzenia, o którym mowa w § 3 ust. 2 pkt 1 – Wykonawca wystawi fakturę po dokonaniu odbioru kompletu dokumentacji objętej etapem I prac projektowych, o którym mowa w § 2 ust. 1 pkt 1 lit. a) oraz złożeniu wniosku o pozwolenie na budowę; podstawą do wystawienia faktury będzie protokół odbioru etapu I prac projektowych, o którym mowa w § 14 ust. 1 pkt 1 lit. g), podpisany przez Strony ~~bez zastrzeżeń~~ oraz wniosek o pozwolenie na budowę przekazany Zamawiającemu zgodnie z § 11 ust. 7,*

b) *faktura częściowa na wartość 30% kwoty wynagrodzenia, o którym mowa w § 3 ust. 2 pkt 1 – Wykonawca wystawi fakturę po dokonaniu odbioru kompletu dokumentacji objętej etapem II prac projektowych, o którym mowa w § 2 ust. 1 pkt 1 lit. b) oraz uzyskaniu decyzji o pozwoleniu na budowę; podstawą do wystawienia faktury będzie protokół odbioru etapu II prac projektowych, o którym mowa w § 14 ust. 1 pkt 1 lit. g), podpisany przez Strony ~~bez zastrzeżeń~~ oraz uzyskana decyzja o pozwoleniu na budowę przekazana Zamawiającemu zgodnie z § 11 ust. 8,*

c) *faktura końcowa na wartość 50% kwoty wynagrodzenia, o którym mowa w § 3 ust. 2 pkt 1 – Wykonawca wystawi fakturę po dokonaniu odbioru końcowego dokumentacji projektowej zgodnie z § 14 ust. 1 pkt 2; podstawą do wystawienia faktury będzie protokół odbioru końcowego dokumentacji projektowej, o którym mowa w § 14 ust. 1 pkt 2 lit. b), podpisany przez Strony ~~bez zastrzeżeń~~,*

w § 14 ust. 1 pkt. 1) i 2) Projektu Umowy:

# 1. Odbiór przedmiotu umowy, o którym mowa w § 1 ust. 2 pkt 1:

## 1) Odbiory częściowe dokumentacji projektowej:

a) w trakcie opracowywania dokumentacji projektowej dokonywane będą odbiory częściowe każdego z trzech etapów prac projektowych, o których mowa w § 2 ust. 1 pkt 1, zgodnie z podziałem tam określonym,

b) nie później niż w ostatnim dniu terminu wykonania każdego z trzech etapów prac projektowych, wskazanego w § 2 ust. 1 pkt 1 lit. a), lit. b) i lit. c), Wykonawca dostarczy 1 komplet dokumentacji wymaganej w ramach danego etapu prac projektowych w wersji papierowej oraz elektronicznej, w celu dokonania czynności sprawdzających przez Zamawiającego; przedmiotowa dokumentacja w wersji papierowej i elektronicznej muszą być jednakowe – Wykonawca zobowiązany jest załączyć stosowne oświadczenie do przekazywanego kompletu dokumentacji,

c) Zamawiający w terminie 14 dni roboczych od dnia dostarczenia mu 1 kompletu dokumentacji wymaganej w ramach danego etapu prac projektowych, zgodnie z lit. b), sprawdzi jej kompletność oraz powiadomi pisemnie Wykonawcę o braku albo o istnieniu zastrzeżeń do wykonania danego etapu prac projektowych, w tym dotyczących kompletności dokumentacji,

d) w przypadku zgłoszenia przez Zamawiającego zastrzeżeń, o których mowa w lit. c), Zamawiający:

- w przypadku zastrzeżeń polegających na istnieniu wad o charakterze istotnym (to jest takich które uniemożliwiają korzystanie z dokumentacji w sposób zgodny z przeznaczeniem) - pisemnie wyznaczy Wykonawcy stosowny termin na ich usunięcie, nie krótszy jednak niż 3 dni robocze, a Wykonawca zobowiązuje się je usunąć w wyznaczonym terminie,

- w przypadku zastrzeżeń polegających na istnieniu wad o charakterze nieistotnym – podpisze odpowiedni protokół odbioru a w nim Strony wyznaczą termin usunięcia wad o charakterze nieistotnym, nie krótszy jednak niż 3 dni robocze;

e) po zaakceptowaniu przez Zamawiającego 1 kompletu dokumentacji wymaganej w ramach danego etapu prac projektowych, Wykonawca niezwłocznie, jednak nie później niż w terminie 3 dni roboczych od otrzymania od Zamawiającego pisemnego powiadomienia, dostarczy Zamawiającemu pozostałe wymagane egzemplarze dokumentacji zgodnie z pkt 3,

f) po otrzymaniu przez Zamawiającego wszystkich wymaganych egzemplarzy zgodnie z postanowieniem zawartym w lit. e) oraz wywiązaniu się przez Wykonawcę ze wszystkich obowiązków objętych danym etapem prac projektowych, Strony sporządzą protokół odbioru danego etapu prac projektowych,

g) podpisane przez Strony ~~bez zastrzeżeń~~ protokoły odbioru każdego z trzech etapów prac projektowych będą stanowiły potwierdzenie dokonania odbioru częściowego dokumentacji projektowej w zakresie danego etapu prac projektowych, jak również przeniesienia przez Wykonawcę na Zamawiającego autorskich praw majątkowych, w zakresie określonym w § 12, do utworów powstałych w ramach wykonywania danego etapu prac projektowych,

h) czynności odbioru danego etapu prac projektowych nie wstrzymują prac nad kolejnym etapem – o ile to możliwe i celowe.

## 2) Odbiór końcowy dokumentacji projektowej:

a) odbiór końcowy dokumentacji projektowej nastąpi po:



- kompletnym wykonaniu przez Wykonawcę i odebraniu przez Zamawiającego wszystkich etapów prac projektowych, o których mowa w § 2 ust. 1 pkt 1, co będzie potwierdzone odpowiednimi protokołami odbioru, o których mowa w pkt 1 lit. g),
  - wywiązaniu się przez Wykonawcę ze wszystkich obowiązków związanych z wykonaniem przedmiotu umowy, o którym mowa w § 1 ust. 2 pkt 1, w tym przekazaniu prawomocnej decyzji o pozwoleniu na budowę,
  - potwierdzeniu przeniesienia autorskich praw majątkowych, w zakresie określonym w § 12, do dokumentacji projektowej, które będzie wyrażone poprzez stosowne oświadczenie Wykonawcy zawarte w protokole odbioru końcowego dokumentacji projektowej,
  - potwierdzeniu zgodności wersji papierowej dokumentacji projektowej z wersją elektroniczną,
  - przedstawieniu przez Wykonawcę wykazu przekazanych do odbioru dokumentów składających się na wykonanie przedmiotu umowy, o którym mowa w § 1 ust. 2 pkt 1, wraz z oświadczeniem Wykonawcy, że dokumentacja projektowa jest wykonana zgodnie z umową, obowiązującymi przepisami ustawy Prawo budowlane i Pzp oraz normami techniczno-budowlanymi, oraz że jest kompletna z punktu widzenia celu, któremu ma służyć,
- b) potwierdzeniem dokonania odbioru końcowego przedmiotu umowy, o którym mowa w § 1 ust. 2 pkt 1 będzie podpisany przez Strony ~~bez zastrzeżeń~~ protokół odbioru końcowego dokumentacji projektowej.

§ 14 ust. 6 Projektu umowy

6. Strony przyjmują, że wada istotna występuje wtedy, gdy:

- 1) uniemożliwia ona lub znacząco ogranicza czynienie właściwego użytku z przedmiotu prac lub robót (w tym także z uwagi na brak wymaganej dokumentacji) lub
- 2) wyłącza lub znacząco ogranicza ich normalne wykorzystanie zgodnie z celem umowy lub odbiera im cechy właściwe lub zastrzeżone w umowie znacząco zmniejszając ich wartość ~~lub~~
- ~~3) przedmiot zamówienia został, choćby w części, wykonany niezgodnie z opisem przedmiotu zamówienia lub zasadami wiedzy technicznej.~~

## OGRANICZENIE PRAWA DO DOCHODZENIA WYNAGRODZENIA I ODSZKODOWANIA W PRZYPADKU ZMIANY TERMINU REALIZACJI

2. w zakresie zarzutu dotyczącego bezpodstawnego przerzucenie na wykonawcę odpowiedzialności i ryzyk, które leżą po stronie Zamawiającego, a tym samym nadużywanie swojego prawa do tworzenia warunków umowy poprzez wprost wyłączenie uprawnienia do dochodzenia wynagrodzenia i odszkodowania w przypadku zmiany terminu realizacji Wykonawca wnioskuje o dokonanie zmian w treści Projektu umowy, polegających na:

- wykreśleniu § 3 ust. 11 Projektu umowy w całości:

~~11. Wykonawcy nie przysługuje żadne dodatkowe wynagrodzenie ani odszkodowanie z tytułu zmiany terminu realizacji zamówienia.~~

- dodaniu w § 17 ust. 1 pkt. 4) Projektu umowy w ostatnim akapicie, że w przypadku określonych tam okoliczności możliwa jest również zmiana wynagrodzenia Wykonawcy, tj. np.:

§ 17 ust. 1 pkt. 4) in fine Projektu umowy:

*W przypadku wystąpienia którejkolwiek z okoliczności wymienionych w lit. a)–g), termin określony w § 2 ust. 1 pkt 1 lub pkt 2 może ulec odpowiedniemu wydłużeniu o czas niezbędny do zakończenia wykonywania przedmiotu umowy w sposób należyty, nie dłużej jednak niż o okres trwania tych okoliczności oraz o czas niezbędny do usunięcia skutków tych okoliczności lub o czas niezbędny na realizację dodatkowych robót budowlanych wprowadzonych zgodnie z przepisami Pzp **a także możliwa jest zmiana wysokości wynagrodzenia określonego w § 3 ust. 1 i 2 Umowy.***

### **BRAK MOŻLIWOŚCI ZMIANY WYNAGRODZENIA W PRZYPADKU ZMIANY ZAKRESU PRAC**

**3. W zakresie zarzutu dotyczącego niewłaściwego sformułowania postanowień dotyczących zmiany zakresu umowy**, a przez to próby przerzucenia finansowych skutków wystąpienia określonych w § 17 ust. 1 pkt. 3) Projektu umowy ryzyk Zamawiającego na Wykonawcę wnioskuję o zmianę kwestionowanego postanowienia tak by w sposób jasny, precyzyjny i jednoznaczny wskazywało co może zmienić się w umowie w wyniku zaistniałych okoliczności, w szczególności zaś że ich wystąpienie może prowadzić do zmiany wynagrodzenia Wykonawcy. Zmiana ta mogłaby polegać np. na dodaniu w § 17 ust. 1 pkt. 3) po dotychczasowej treści akapitu w brzmieniu:

*W przypadku wystąpienia jakichkolwiek okoliczności wymienionych w pkt. 3) lit. a)-c) możliwa jest zmiana zakresu przedmiotu umowy oraz zmiana wysokości wynagrodzenia określonego w § 3 ust. 1 i 2 Umowy.*

### **OGRANICZENIE DLA TREŚCI UMÓW PODWYKONAWCZYCH**

**4. W zakresie zarzutu dotyczącego wprowadzenia nieuprawnionego limitu wynagrodzenia, na które umówić się może wykonawca z podwykonawcą w umowie podwykonawczej**, wnioskujemy o wykreślenie wprowadzonych ograniczeń, co może polegać w szczególności na dokonaniu następujących zmian w Projekcie umowy:

§ 13 ust. 7 Projektu umowy: *Umowa o podwykonawstwo, której przedmiotem są roboty budowlane musi spełniać dodatkowo następujące wymagania (oprócz wymagań określonych w ust. 6):*

~~1) Wysokość wynagrodzenia podwykonawcy lub dalszego podwykonawcy, nie może być wyższa niż kwota, którą Zamawiający, zgodnie z postanowieniami umowy zawartej między Zamawiającym a Wykonawcą, zobowiązany jest zapłacić za roboty budowlane stanowiące równocześnie przedmiot umowy o podwykonawstwo, z uwzględnieniem wartości wynagrodzeń innych podwykonawców.~~

2) Musi zawierać załącznik harmonogram rzeczowo-finansowy prac, określający wartości poszczególnych robót budowlanych. Harmonogram ten musi zawierać numerację pozycji oraz nazwy robót budowlanych odpowiadające numeracji pozycji oraz nazwom robót budowlanych, określonych w harmonogramie rzeczowo-finansowym prac, o którym mowa w § 2 ust. 6 (lub części robót budowlanych określonych w danej pozycji harmonogramu, w przypadku wykonywania przez podwykonawcę lub dalszego podwykonawcę jedynie części robót

~~budowlanych określonych w danej pozycji harmonogramu). Wartości robót budowlanych określone w harmonogramie rzeczowo-finansowym będącym załącznikiem do umowy o podwykonawstwo nie mogą być wyższe niż wartości tych robót budowlanych określone w harmonogramie rzeczowo-finansowym prac, o którym mowa w § 2 ust. 6.~~

## **NIEZGODNE Z PRZEPISAMI POSTANOWIENIA DOTYCZĄCE ZWROTU ZABEZPIECZENIA NALEŻYTEGO WYKONANIA UMOWY**

5. W zakresie zarzutu dotyczącego niezgodnego z prawem wydłużenia czasu w jakim Zamawiający jest uprawniony do zatrzymywania zabezpieczenia należytego wykonania umowy w pełnej wysokości, wnioskujemy o nadanie postanowieniom Projektu umowy i SWZ treści zgodnej z przepisami prawa, co może polegać w szczególności na wprowadzeniu następujących zmian:

§ 14 ust. 4 Projektu umowy: ~~Po protokolarnym potwierdzeniu usunięcia wad stwierdzonych przy odbiorze końcowym przedmiotu umowy, o którym mowa w § 1 ust. 2 pkt 1 i 2 i po upływie okresu rękojmi rozpoczynają swój bieg terminy na zwrot (zwolnienie) zabezpieczenia należytego wykonania umowy, o których mowa w § 19 ust. 2.~~

### **EWENTUALNIE:**

§ 14 ust. 4 Projektu umowy: ~~Po wykonaniu zamówienia i uznaniu przez Zamawiającego za należyte wykonane protokolarnym potwierdzeniu usunięcia wad stwierdzonych przy odbiorze końcowym przedmiotu umowy, o którym mowa w § 1 ust. 2 pkt 1 i 2 i po upływie okresu rękojmi rozpoczynają swój bieg terminy na zwrot (zwolnienie) zabezpieczenia należytego wykonania umowy, o których mowa w § 19 ust. 2.~~

§ 19 ust. 2 pkt. 1) Projektu umowy: Zabezpieczenie zostanie zwrócone Wykonawcy:

1) 70% w terminie 30 dni od dnia podpisania protokołu odbioru końcowego, o którym mowa w § 14 ust. 2 pkt 2 lit. g), ~~a w przypadku zgłoszenia w protokole odbioru końcowego wad nieistotnych, po protokolarnym potwierdzeniu ich usunięcia~~

### **EWENTUALNIE:**

§ 19 ust. 2 pkt. 1) Projektu umowy: Zabezpieczenie zostanie zwrócone Wykonawcy:

1) 70% w terminie 30 dni od dnia ~~wykonania zamówienia i uznania przez Zamawiającego za należyte wykonane podpisania protokołu odbioru końcowego, o którym mowa w § 14 ust. 2 pkt 2 lit. g), a w przypadku zgłoszenia w protokole odbioru końcowego wad nieistotnych, po protokolarnym potwierdzeniu ich usunięcia,~~

i analogicznie pkt. XIX ppkt. 8) SWZ poprzez wprowadzenie np. następującej zmiany:.

~~W terminie 30 dni od dnia wykonania przez Wykonawcę zamówienia i uznania go przez Zamawiającego za należyte wykonane (podpisania protokołu odbioru końcowego robót, a w przypadku zgłoszenia w protokole odbioru końcowego robót wad nieistotnych, po protokolarnym potwierdzeniu ich usunięcia), Zamawiający zwróci 70% kwoty zabezpieczenia wniesionego w pieniądzu, zatrzymując pozostałe 30% na zabezpieczenie roszczeń z tytułu rękojmi za wady lub gwarancji.~~

## TERMIN REALIZACJI

6. W zakresie zarzutu dotyczącego nieprawidłowego sformułowania terminu realizacji wnioskujemy o zmianę treści SWZ oraz Projektu umowy w sposób, który będzie zgodny z przepisami prawa i jednocześnie będzie odpowiadał realnym możliwościom wykonania przedmiotu zamówienia, w szczególności w sposób który będzie uzależniał etap rozpoczęcia robót budowlanych od uzyskania prawomocnego pozwolenia na budowę. Zmiany polegać mogłyby w szczególności na nadaniu postanowieniom SWZ i Projektu umowy następującego brzmienia:

### SWZ pkt IV. ppkt 1

#### 1. Termin wykonania przedmiotu zamówienia:

##### 1) opracowanie dokumentacji projektowej (rozdział III pkt 3 ppkt 1 SWZ):

- a) **etap I prac projektowych** – projekt budowlany obejmujący projekt zagospodarowania terenu i projekt architektoniczno–budowlany, niezbędny do uzyskania decyzji o pozwoleniu na budowę: **do 6 miesięcy od dnia zawarcia umowy**,
- b) **etap II prac projektowych** – projekty techniczne branżowe, kosztorysy (w układzie branżowym wraz z cenami jednostkowymi, zestawieniem materiałów i parametrami cenotwórczymi, wykonane w programie Norma), harmonogram rzeczowo–finansowy prac: **do 8 miesięcy od dnia zawarcia umowy**,
- c) **etap III prac projektowych** – projekty wykonawcze (w układzie branżowym) oraz wszystkie inne dokumenty projektowe niezbędne do realizacji robót: **sukcesywnie w trakcie trwania robót budowlanych, tj. w terminie nie dłuższym niż określony w ppkt 2**,

##### 2) kompleksowe wykonanie robót budowlanych (rozdział III pkt 3 ppkt 2 SWZ): ~~do 30 miesięcy od dnia zawarcia umowy~~ **do 22 miesięcy od dnia uzyskania prawomocnej decyzji o pozwoleniu na budowę**,

##### 3) świadczenie usług serwisu, przeglądów i konserwacji wszystkich systemów, instalacji, urządzeń, wyposażenia budowlanego i sportowego oraz usług pielęgnacji zieleni (rozdział III pkt 3 ppkt 3 SWZ): **w okresie gwarancji zaoferowanym przez Wykonawcę, wynoszącym minimum 36 miesięcy od dnia odbioru końcowego robót**.

### Projekt umowy §2 ust. 1

#### 1. Wykonawca zobowiązuje się do wykonania przedmiotu umowy w terminach:

##### 1) opracowanie dokumentacji projektowej, o której mowa w § 1 ust. 2 pkt 1:

- a) **etap I prac projektowych** – projekt budowlany obejmujący projekt zagospodarowania terenu i projekt architektoniczno–budowlany, niezbędny do uzyskania decyzji o pozwoleniu na budowę: **do 6 miesięcy od dnia zawarcia umowy**,
- b) **etap II prac projektowych** – projekty techniczne branżowe, kosztorysy (w układzie branżowym wraz z cenami jednostkowymi, zestawieniem materiałów i parametrami

cenotwórczymi, wykonane w programie Norma), harmonogram rzeczowo-finansowy prac: do 8 miesięcy od dnia zawarcia umowy,

- c) etap III prac projektowych – projekty wykonawcze (w układzie branżowym) oraz wszystkie inne dokumenty projektowe niezbędne do realizacji robót: sukcesywnie w trakcie trwania robót budowlanych, tj. w terminie nie dłuższym niż określony w pkt 2,
- 2) kompleksowe wykonanie robót budowlanych, o których mowa w § 1 ust. 2 pkt 2: ~~do 30 miesięcy od dnia zawarcia umowy~~ **do 22 miesięcy od dnia uzyskania prawomocnej decyzji o pozwoleniu na budowę,**
- 3) świadczenie usług serwisu, przeglądów i konserwacji wszystkich systemów, instalacji i urządzeń, wyposażenia budowlanego i sportowego oraz usług pielęgnacji zieleni, o których mowa w § 1 ust. 2 pkt 3: w okresie gwarancji, tj. ... miesięcy od dnia odbioru końcowego robót.

O analogiczną zmianę wnosimy też w pkt. 5.1.6 Ogłoszenia.

## LIMIT KAR UMOWNYCH

7. W zakresie zarzutu dotyczącego zastosowania rażąco wygórowanego i nierynkowego limitu kar umownych Wykonawca wnioskuję o wprowadzenie limitu, który będzie spełniał wymagania prawa. Taka zmiana mogłaby polegać w szczególności na wprowadzeniu do Projektu umowy następującej zmiany:

§ 16 ust. 2 Projektu umowy: Łączna maksymalna wysokość kar umownych naliczonych Wykonawcy, wynikających z niniejszej umowy, nie może przekroczyć ~~30~~**10**% wartości brutto wynagrodzenia, o którym mowa w § 3 ust. 1.

## WYMAGANIE OD WYKONAWCY UWZGLĘDNIENIA W OFERCIE ZAKRESU PRAC I KOSZTÓW, KTÓRYCH NIE JEST W STANIE OSZACOWAĆ – UMIESZCZENIE URZĄDZEŃ W PASIE DROGOWYM

8. W zakresie zarzutu polegającego na niewłaściwym sformułowaniu opisu przedmiotu zamówienia, co prowadzi do braku możliwości oszacowania wynagrodzenia przez wykonawców i grozi otrzymaniem przez Zamawiającego nieporównywalnych ofert wnioskujemy o:

§ 7 ust. 2 pkt 7 Projektu umowy: Uzyskać zgodę Zarządu Dróg i Zieleni w Gdańsku na czasowe zajęcie pasów drogowych. Koszt zajęcia pasa drogowego ~~i wbudowania urządzeń w pas drogowy~~ należy uwzględnić w wynagrodzeniu ryczałtowym. ~~Wykonawca zobowiązany jest do jednorazowego uregulowania należności za wbudowanie urządzeń w pas drogowy za cały okres określony zezwoleniem Zarządu Dróg i Zieleni w Gdańsku (w razie konieczności)~~

## III. Interes w uzyskaniu zamówienia

Odwołujący posiada interes we wniesieniu odwołania. Odwołujący, jest podmiotem profesjonalnie działającym na rynku budowlanym, w tym w sektorze inwestycji realizowanych w trybie ustawy

Pzp. Postanowienia zawarte w projekcie umowy, stanowiącym załącznik do SWZ, są niezgodne z ustawą Pzp i kodeksem cywilnym. Zamawiający wprowadził do wzoru umowy postanowienia nadużywające jego pozycji, przerzucające na wykonawców ryzyko i odpowiedzialność, która jest po stronie Zamawiającego. Dodatkowo w dokumentacji znajdują się postanowienia, które utrudniają Wykonawcy wycenę oferty (brak lub błędny opis przedmiotu zamówienia), a przez to mogą doprowadzić do uzyskania przez Zamawiającego nieporównywalnych ofert. Zamawiający wprowadził również do wzoru umowy postanowienia, pozwalające mu na odmowę odbioru opracowania projektowego w sytuacji występowania jakichkolwiek wad (procedura odbiorowa dokumentacji „bez zastrzeżeń”), co stoi w sprzeczności z przepisami prawa cywilnego i linią orzeczniczą, która wskazuje że takie uprawnienie może występować wyłącznie w przypadku wystąpienia wad istotnych dzieła. Również w zakresie wykonania robót budowlanych Zamawiający – poprzez nieuzasadnione rozszerzenie definicji „wad istotnych” – de facto wprowadził uprawnienie do odmowy odbioru robót w przypadku wystąpienia jakichkolwiek wad.

Z uwagi na powyższe, skoro treść SWZ i załączonego do niego Projektu umowy narusza zasady określone ustawą Pzp oraz kodeksem cywilnym, Odwołujący ma interes w złożeniu odwołania i w dążeniu do zmiany tych postanowień. Odwołujący chciałby mieć możliwość złożenia oferty w niniejszym postępowaniu, a jeśli zostanie ona wybrana – chciałby mieć możliwość zawarcia prawidłowej i zgodnej z powszechnie obowiązującymi przepisami prawa umowy oraz jej realizacji w sposób nie budzący sporów z Zamawiającym, wynikających z interpretacji określonych w odwołaniu postanowień Projektu umowy i PFU.

#### **IV. Termin i wymogi formalne**

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w DUUE w dniu 12 grudnia 2023 r. Oznacza to, że składając odwołanie najpóźniej w dniu 22 grudnia 2023 r. Odwołujący czyni zadość wymaganiom art. 515 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp, tj. wnosi odwołanie w ustawowo wymaganym terminie.

Odwołujący przed wniesieniem odwołania dokonał opłaty wpisowej od odwołania oraz przekazał kopię odwołania Zamawiającemu - dowody w załączeniu.

### **UZASADNIENIE**

#### **UWAGI OGÓLNE**

Pragniemy podkreślić, iż celem Odwołującego nie jest doprowadzenie do ukształtowania warunków realizacji przedmiotu zamówienia jak najbardziej dogodnych dla wykonawców, niezależnie od potrzeb Zamawiającego. Celem Odwołującego jest by Postępowanie zostało przeprowadzone, a Zamówienie zostało udzielone, z poszanowaniem przepisów prawa, zasady proporcjonalności, uczciwej konkurencji, równego traktowania stron oraz zachowania równowagi stron umowy na realizację Zamówienia. Tylko takie sformułowanie warunków umowy daje gwarancje należytego wykonania zamówienia i osiągnięcia zamierzonych celów zarówno przez Zamawiającego – zainteresowanego otrzymaniem przedmiotu umowy o wysokiej jakości, jak i po stronie Wykonawcy – zainteresowanego należytym wykonaniem Zamówienia i w konsekwencji uzyskaniem doświadczenia niezbędnego do prowadzenia działań na rynku zamówień publicznych oraz osiągnięciem zysku i profitów finansowych w postaci odpowiedniego wynagrodzenia, co



pozostaje w zgodzie z istotą prowadzenia działalności gospodarczej i odpłatnym charakterem zamówienia publicznego.

Konieczność realizacji uzasadnionych potrzeb Zamawiającego w oczywisty sposób wpływa na ograniczenie zasady swobody umów w obszarze zamówień publicznych, niemniej jednak **swoboda Zamawiającego w zakresie kształtowania postanowień umowy nie jest nieograniczona**. Należy zwrócić uwagę na treść orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 18 maja 2015 r., sygn. akt: KIO 897/15, w którym Izba zauważyła, że ustalenie przez Zamawiającego warunków umowy nie ma charakteru absolutnego, gdyż Zamawiający nie może nadużywać swojego prawa podmiotowego, a granicami oceny, czy do takiego nadużycia doszło jest przepis art. 353<sup>1</sup> Kodeksu cywilnego oraz klauzula generalna z art. 5 Kodeksu cywilnego

Odwołujący, w ślad za stanowiskiem zaprezentowanym przez Izbę wskazuje, iż „*Uprawnienie zamawiającego do kształtowania przedmiotu zamówienia zgodnie z jego potrzebami nie oznacza prawa do zupełnie dowolnego kształtowania wymagań SIWZ (w tym warunków umowy), które mogą prowadzić do obciążenia wykonawcy w stopniu wykraczającym ponad uzasadnione potrzeby zamawiającego.*

*Zamawiający w szczególności ma obowiązek ukształtować stosunek prawny w granicach określonych treścią art. 353<sup>1</sup> oraz art. 5 k.c., co oznacza, że postanowienia umowne nie mogą być sprzeczne z właściwością stosunku zobowiązaniowego, ustawą lub zasadami współżycia społecznego. Właściwość (naturę) stosunku należy rozumieć jako nakaz respektowania podstawowych cech stosunku kontraktowego, które stanowią o jego istocie.” (wyrok KIO z dnia 6 listopada 2014 roku, sygn. akt: KIO 2177/14).*

Podkreślić należy, iż Sąd Najwyższy w wyrokach o sygn. IV CSK 478/07 oraz II CSK 528/10 stwierdził, iż 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.

Mając na uwadze powyższe – Odwołujący poniżej przedstawia uzasadnienie poszczególnych zarzutów odwołania, dotyczących postanowień umowy o zamówienie publiczne, przedstawionych przez Zamawiającego w niniejszym Postępowaniu.

## PROCEDURA ODBIOROWA

W pierwszej kolejności wskazujemy, że przedmiotem niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest zarówno wykonanie prac projektowych, jak również wykonanie robót budowlanych na podstawie uprzednio wykonanego projektu. Zastrzeżenie to jest o tyle konieczne, że Zamawiający dokonując określenia warunków odbioru przedmiotu umowy oddzielnie opisał odbiory dokumentacji projektowej i oddzielnie odbiory robót budowlanych.

### W zakresie odbioru dokumentacji projektowej

W przypadku odbioru dokumentacji projektowej Zamawiający nie dokonał (jak w przypadku robót budowlanych) rozgraniczenia wad na istotne i nieistotne i przyjął procedurę, która uprawnia go do zgłoszenia wszelkiego rodzaju „zastrzeżeń”, a te „zastrzeżenia” mogą stać na przeszkodzie dokonania odbioru opracowań projektowych określonych umową. Jednocześnie – wg zasad przyjętych przez Zamawiającego – potwierdzeniem wykonania przedmiotu umowy jest podpisanie protokołów odbioru „bez zastrzeżeń”. Również tylko brak „zastrzeżeń” Zamawiającego uprawnia Wykonawcę do wystawienia faktur i otrzymania wynagrodzenia za wykonanie prac projektowych.

Tym samym Zamawiający zastrzegł na swoją korzyść arbitralne prawo do odmowy odbioru, jeśli wystąpią wady lub braki dokumentacji projektowej, niezależnie od ich charakteru (istotne/nieistotne), posługując się sformułowaniem „zastrzeżeń”. Tymczasem wymagania treści art. 643 kc dla odbioru dzieła są analogiczne do wymagań art. 647 kc dotyczących odbioru robót budowlanych. Art. 643 kc ustanawia dla Zamawiającego obowiązek odbioru dzieła, które przyjmujący zamówienie (wykonawca) wydaje mu zgodnie ze swym zobowiązaniem.

Orzecznictwo i doktryna potwierdzają, że Zamawiający nie ma obowiązku odebrania dzieła w razie wydania mu dzieła z wadami istotnymi, które uniemożliwiają korzystanie z niego zgodnie z przeznaczeniem lub sprzeciwiają się wyraźnie umowie<sup>1</sup>.

W wyroku z dnia 25 października 2021 r. Sądu Apelacyjnego w Poznaniu, sygn.. I AGa 14/20 (LEX nr 3273035) sąd wskazał między innymi, że „(...) Tylko wady, które czynią dzieło niezdatne do zwykłego użytku lub sprzeciwiające się wyraźnie umowie stron mogą być poczytane za wady, które pozwalają odmówić zamawiającemu odbioru; istnieje bowiem wtedy podstawa do przyjęcia, że świadczenie nie zostało przez przyjmującego zamówienie wykonane zgodnie z jego zobowiązaniem”.

A contrario jednak – jeśli dzieło ma wady, które nie mają istotnego charakteru, dla Zamawiającego otwiera się obowiązek dokonania odbioru dzieła.

Kompleksowo kwestię odbioru dzieła i uprawnień Zamawiającego wyjaśnia Sąd Apelacyjny w Gdańsku w orzeczeniu z dnia 10 czerwca 2019 r. V AGa 239/18 (LEX nr 2712635), którego tezy brzmią:

1. Czynność odbioru składa się z elementu faktycznego, polegającego na objęciu przez zamawiającego w posiadanie dzieła o charakterze materialnym lub ucieleśnionego materialnie względnie umożliwieniu mu korzystania z innych rodzajów dzieła, oraz elementu wolicjonalnego, obejmującego oświadczenie zamawiającego (składane w sposób wyraźny lub dorozumiany), że dzieło zostało wykonane zgodnie z umową.
2. Obowiązek odbioru odnosi się do dzieła wykonanego przez przyjmującego zamówienie zgodnie z swoim zobowiązaniem i zaofiarowanego zamawiającemu. Zgodność tę należy oceniać, biorąc po uwagę treść zawartej przez strony umowy, elementy dopełniające stosunek prawny z mocy ustawy (art. 56), a także ogólne kryteria prawidłowego wykonania zobowiązania (art. 354 § 1). Oddawane dzieło powinno być zgodne z treścią stosunku obligacyjnego pod względem ilościowym i jakościowym, posiadać cechy i właściwości funkcjonalne uzgodnione przez strony, a także zostać zaofiarowane we właściwym miejscu i czasie. Odbiór powinien nastąpić niezwłocznie po oddaniu (zaofiarowaniu) dzieła przez przyjmującego zamówienie, chyba że dłuższy termin wynika z umowy lub jest uzasadniony charakterem podlegającego odbiorowi dzieła.
3. Oddanie przez przyjmującego zamówienie dzieła z wadą istotną, tj. czyniącą je niezdatnym do zwykłego użytku lub sprzeciwiającą się w sposób wyraźny umowie, uprawnia zamawiającego do odmowy odbioru dzieła, a tym samym wynagrodzenie nie staje się wymagalne. **W sytuacjach, w których dzieło wykazuje jedynie wadę nieistotną, jego oddanie powoduje w myśl art. 642 § 1 wymagalność wierzytelności przyjmującego zamówienie o wynagrodzenie, natomiast zamawiający powinien wówczas skorzystać z uprawnień z tytułu rekojmi.**
4. Odbiór dzieła stanowi pokwitowanie, a zarazem potwierdza spełnienie przez przyjmującego zamówienie świadczenia (wykonanie dzieła) zgodnie z treścią zobowiązania. Wskazuje się

<sup>1</sup> Tak Ciszewski Jerzy (red.), Nazaruk Piotr (red.), Kodeks cywilny. Komentarz aktualizowany  
Opublikowano: LEX/el. 2023, komentarz do przepisu art. 643 kc oraz wyrok SA w Warszawie z 22.09.2015 r., VI ACa 1273/14, LEX nr 1950215



zarazem, iż odbiór stwarza domniemanie faktyczne, że dzieło zostało wykonane zgodnie z umową. Domniemanie to zamawiający może obalić, wykazując, że dzieło nie zostało wykonane w pełni lub zostało wykonane nienależycie. **W chwili dokonywania odbioru zamawiający może poczynić odpowiednie zastrzeżenia dotyczące stwierdzonych wad, wskazać terminy ich usunięcia lub skorzystać z uprawnienia do obniżenia wynagrodzenia.**

W podobnym tonie do uprawnień Zamawiającego w przypadku występowania wad nieistotnych dzieła wypowiedział się Sąd Apelacyjny w Szczecinie w wyroku z dnia 29 czerwca 2017 r. o sygn.. I ACa 174/17 (LEX nr 2402408):

*Jakkolwiek (co do zasady) odbiór dzieła jest obowiązkiem zamawiającego to jednak ma on możliwość odmowy odbioru i zapłaty wynagrodzenia w sytuacji, gdy wykonawca wydaje mu dzieło z wadami istotnymi za jakie uznaje się wady uniemożliwiające korzystanie z przedmiotu umowy lub sprzeciwiają się wyraźnie umowie. **W przypadku wad nieistotnych otwiera się natomiast prawo do żądania ich usunięcia lub obniżenia ceny stosownie do treści art. 637 k.c.***

Powyższe stanowisko, wynikające z wyroków podziela Krajowa Izba Odwoławcza w swoich orzeczeniach, nakazując Zamawiającym zmianę postanowień umów, które naruszają ww. obowiązek dokonania odbioru dzieła w przypadku wystąpienia nieistotnych wad – tak np. Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 10 listopada 2021 r., sygn.. KIO 3098/21 (LEX nr 3348110) czy w wyroku z dnia 27 czerwca 2023 r., sygn.. KIO 1653/23. KIO 1676/23.

Mając na uwadze powyższe stanowisko orzecznictwa Odwołujący chce jeszcze wskazać, że występowanie niewielkich wad jest normalne w procesie projektowania czy wykonywania robót budowlanych w tak szerokim zakresie, jak jest to przedmiotem niniejszego postępowania. Przepisy prawa cywilnego dają Zamawiającemu odpowiednie instrumenty do żądania usunięcia wad czy np. odpowiedniego obniżenia wynagrodzenia w przypadku ich wystąpienia. Sam Zamawiający przewidział w swoim projekcie umowy karę umowną za zwłokę w usunięciu wad – zatem dostrzega inne instrumenty do egzekwowania usunięcia wad poza wyłącznie odmową odbioru. Z tych względów postanowienia umowne, które przewidują jedynie „bezusterkowy” (dokonywany „bez zastrzeżeń”) odbiór dokumentacji, powinny zostać skorygowane i dostosowane do wymagań prawa, na przykład w sposób zaproponowany przez Odwołującego we wnioskach niniejszego Odwołania.

### **W zakresie odbioru robót budowlanych**

W przypadku procedury odbiorowej robót budowlanych Zamawiający – wydawać by się mogło zgodnie z wymaganiami kodeksu cywilnego i zgodnie z orzecznictwem – dokonał rozgraniczenia wad na wady o charakterze istotnym i nieistotnym, wskazując że dokona odbioru robót budowlanych jeśli wystąpią wady o charakterze nieistotnym. Rozróżnienie to ma jednak wg Odwołującego wyłącznie charakter pozorny, do czego prowadzi szczegółowa analiza treści Projektu umowy, a szczególnie analiza wprowadzonej w § 14 ust. 6 definicji „wad istotnych”. Przedmiotowe postanowienie brzmi:

6. Strony przyjmują, że wada istotna występuje wtedy, gdy:

- 1) uniemożliwia ona lub znacząco ogranicza czynienie właściwego użytku z przedmiotu prac lub robót (w tym także z uwagi na brak wymaganej dokumentacji) lub
- 2) wyłącza lub znacząco ogranicza ich normalne wykorzystanie zgodnie z celem umowy lub odbiera im cechy właściwe lub zastrzeżone w umowie znacząco zmniejszając ich wartość lub
- 3) **przedmiot zamówienia został, choćby w części, wykonany niezgodnie z opisem przedmiotu zamówienia lub zasadami wiedzy technicznej.**

Ujęcie w definicji „wad istotnych” sytuacji, w których przedmiot zamówienia został, choćby w części, wykonany niezgodnie z opisem przedmiotu zamówienia lub zasadami wiedzy technicznej powoduje, że jako „wada istotna” może zostać zgłoszona każda wada, niezależnie od jej charakteru, skali, wartości, etc. Postanowienie to nie konkretyzuje wad, nie odnosi się też do wad znacznych, uniemożliwiających korzystanie z przedmiotu umowy zgodnie z przeznaczeniem, etc.

Takie podejście powoduje, że w rzeczywistości Zamawiający zachował sobie prawo do odmowy odbioru w każdej sytuacji, gdy w przedmiocie umowy (robotach budowlanych) zaistnieją wady. A to już wprost sprzeciwia się treści art. 647 kc. Dodać tu można, że Zamawiający zamierza zatrudnić przy realizacji przedmiotu umowy inspektorów nadzoru, którzy na bieżąco (a nie tylko na etapie odbioru końcowego) powinni kontrolować sposób wykonania przedmiotu Umowy.

Sposób rozumienia „wad istotnych”, uprawniających do odmowy odbioru robót budowlanych lub dzieła, wielokrotnie został wyjaśniany w orzecznictwie. Przytoczyć tu można np.:

**Wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 27 czerwca 2018 r., sygn.. V ACa 1302/17, (LEX nr 2522733)**

**1. Braki w dokumentacji powykonawczej nie uzasadniają odmowy odbioru robót a jedynie uprawniają zamawiającego do skorzystania z art. 637 k.c. w zw. z art. 656 k.c. § 1, tj. do żądania usunięcia wad w odpowiednim terminie. Zgłoszenie do odbioru przez wykonawcę robót budowlanych, które spełniają cechy zamówienia określone w umowie, chociaż zawierają pewne wady lub braki, rodzi po stronie inwestora obowiązek odebrania wykonanych prac, zgodnie z art. 643 k.c. Inwestor może uchylić się od tego obowiązku tylko poprzez wskazanie obiektywnie istniejących i osadzonych w treści umowy bądź przepisach prawa przyczyn, które czynią zgłoszenie wykonawcy nieskutecznym.**

**2. Strony umowy o roboty budowlane nie mogą uzależniać odbioru tych robót od braku jakichkolwiek usterek, albowiem jedynie wady istotne uzasadniają taką odmowę.**

**3. Na gruncie umowy o roboty budowlane można przyjąć, że niewykonanie zobowiązania ma miejsce wówczas, gdy wada jest tego rodzaju, że uniemożliwia czynienie właściwego użytku z przedmiotu robót, wyłącza ich normalne wykorzystanie zgodnie z celem umowy albo odbiera im cechy właściwe lub wyraźnie zastrzeżone w umowie, istotnie zmniejszając ich wartość (wada istotna). Pozostałe wady, świadczą jedynie o nienależytym wykonaniu zobowiązania determinując zaktualizowanie uprawnień zamawiającego z tytułu rękojmi lub gwarancji.**

Odwołujący podkreśla, że postanowienia umowy wprowadzające „odbioru bezusterkowe” (nawet w sposób pośredni), są sprzeczne z art. 647 kc, gdyż eliminują obowiązek zamawiającego (inwestora) do dokonania odbioru końcowego, w szczególności w przypadku gdy przedmiot umowy nadaje się do użytku, a wady nadają się do usunięcia.

Zgodnie z treścią przepisu art. 647 kc 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. Dokonanie odbioru stanowi niejako pokwitowanie spełnienia świadczenia wystawiane przez inwestora. Praktyka budowlana pokazuje, że na etapie odbioru końcowego dochodzi często do sporów pomiędzy inwestorem a wykonawcą. Osią tego sporu jest kwestia wad w wykonanych robotach, w związku z których wystąpieniem inwestorzy odmawiają dokonania odbioru, a tym samym blokują możliwość otrzymania wynagrodzenia przez wykonawcę. W istocie poprzez odmowę dokonania odbioru inwestor próbuje wymusić usunięcie wad stwierdzonych na etapie odbioru końcowego przedmiotu umowy. Tego typu spory były przedmiotem oceny w

licznych wyrokach Sądu Najwyższego. W wyrokach tych Sąd Najwyższy ukształtował jednolitą linię orzecniczą, z której wynika, że w świetle art. 647 kc **inwestor obowiązany jest dokonać odbioru końcowego i zapłacić wynagrodzenie należnego wykonawcy. Inwestor nie może uzależniać dokonania odbioru końcowego i zapłaty należnego wynagrodzenia od braku jakichkolwiek wad w wykonanym obiekcie**. Inwestor może uchylić się od obowiązku dokonania odbioru końcowego **tylko w przypadku wystąpienia wad istotnych**, gdyż tylko w takim wypadku można wskazać, że wykonawca nie spełnił swojego świadczenia, w pozostałych wypadkach tj. wystąpienia wad nieistotnych mamy do czynienia z nieprawidłowym wykonaniem zobowiązania przez wykonawcę. W takiej sytuacji inwestor jest obowiązany dokonać odbioru końcowego a do protokołu odbioru może zostać dołączony wykaz wszystkich ujawnionych wad z terminami ich usunięcia lub oświadczeniem inwestora o wyborze innego uprawnienia przysługującego mu z tytułu odpowiedzialności wykonawcy za wady ujawnione przy odbiorze.

### **Wyrok Sądu Najwyższego - Izba Cywilna z dnia 7 kwietnia 1998 r. II CKN 673/97**

*W świetle obowiązków inwestora wynikających z art. 647 i 654 KC błędny jest pogląd, że w przepisach o umowy o roboty budowlane "nie wspomniano o terminie w jakim zamawiający jest obowiązany do zapłaty wynagrodzenia".*

#### Z uzasadnienia

*Wbrew dowolnej wykładni obowiązków inwestora zaprezentowanej w kasacji, Sąd Apelacyjny prawidłowo wyeksponował, że z samego przepisu art. 647 KC (tak zresztą jak i z art. 627 KC) wprost wynika, że ma on obowiązek odebrać wykonany obiekt i zapłacić umówione wynagrodzenie. Jak na to wskazał już Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 5 marca 1997 r., II CKN 28/97 (OSNIC 1997 Nr 6 - 7, poz. 90), jeśli wykonawca zgłosił wykonanie robót to obowiązek dokonania ich odbioru jest niezależny nawet od kwestionowania ich jakości. Odmowa jego spełnienia nie może być - jak ujęto w kasacji - elementem szantażu ze strony inwestora. Ponadto, zasada powiązania momentu powstania obowiązku zapłaty wynagrodzenia z przyjmowaniem wykonanych robót (nawet przed odbiorem obiektu) wynika także wprost z art. 654 KC. Błędny jest więc pogląd skarżącego, iż kwestia ta i w tym tytule kodeksu cywilnego nie została w ogóle uregulowana i termin zapłaty zależy od woli inwestora. Brak bardziej szczegółowej regulacji wynika jedynie stąd, że uprzednio decydowała - przede wszystkim - treść uchylonych aktów pozakodeksowych dotyczących rozliczeń jednostek gospodarki uspołecznionej.*

Powyższe oznacza, że treść Projektu umowy zaproponowana przez Zamawiającego narusza zarówno art. 643 kc, jak i art. 647 kc, gdyż pozostawia Zamawiającemu możliwość uchylenia się od dokonania odbioru dokumentacji oraz dokonania odbioru robót budowlanych w każdym przypadku wystąpienia wad, nawet jeżeli wady mają charakter nieistotny (nie wpływają na sposób korzystania z przedmiotu umowy). W ocenie Odwołującego uprawnienie Zamawiającego do odmowy dokonania odbioru czy też przerwania czynności odbiorowych powinno być ograniczone jedynie do przypadku wystąpienia wad istotnych (prawidłowo zdefiniowanych). W związku z tym postanowienia zawarte we wskazanych punktach umowy powinny zostać zmienione w taki sposób, aby dostosować je treści art. 643 i art. 647 kc tj. Zamawiający powinien mieć obowiązek dokonania właściwego odbioru dokumentacji czy odbioru robót budowlanych (a nie tylko taką możliwość) w przypadku, gdy w wykonanym dziele czy w wykonanych robotach brak jest wad istotnych (prawidłowo zdefiniowanych). W przypadku wystąpienia wad nieistotnych zamawiający powinien dokonać odbioru, a do protokołu odbioru powinna zostać dołączona lista wad odbiorowych wraz z odpowiednim, uzgodnionym przez Strony, terminem ich usunięcia.

Mając na uwadze powyższe, Odwołujący wnioskuję o dokonanie odpowiednich, dostosowujących umowę do przepisów prawa zmian w postanowieniach umowy.

## OGRANICZENIE PRAWA DO DOCHODZENIA WYNAGRODZENIA I ODSZKODOWANIA W PRZYPADKU ZMIANY TERMINU REALIZACJI

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu również naruszenie przepisów prawa poprzez niezasadne i bezpodstawne przerzucenie na wykonawcę odpowiedzialności i ryzyk, które leżą po stronie Zamawiającego, a tym samym nadużywanie swojego prawa do tworzenia warunków umowy o zamówienie publiczne.

Podstawą dla takiego sformułowania zarzutu jest regulacja poczyniona przez Zamawiającego w treści § 3 ust. 11 Projektu umowy, zgodnie z którą „Wykonawcy nie przysługuje żadne dodatkowe wynagrodzenie ani odszkodowanie z tytułu zmiany terminu realizacji zamówienia”. Przedmiotowe postanowienie w sposób arbitralny wyłącza możliwość zmian wynagrodzenia, niezależnie od tego jakie przyczyny stać będą u podstaw ewentualnego przedłużenia terminów realizacji Przedmiotu Umowy. Można sobie wyobrazić szereg okoliczności, które doprowadzić mogą do wydłużenia terminu realizacji, a których nie można przypisywać wykonawcy. Część z nich sam Zamawiający przewidział w § 17 ust. 1 pkt. 4) Projektu umowy wymieniając tu katalog okoliczności uprawniających do zmiany terminu realizacji, tj.:

4) Zmiany dotyczącej terminu realizacji umowy, określonego w § 2 ust. 1 pkt 1 lub pkt 2:

a) w wyniku zaistnienia siły wyższej, o której mowa w § 20,

b) w wyniku wystąpienia nieprzewidzianych, niekorzystnych warunków atmosferycznych lub terenowych, w szczególności: silnego wiatru, gwałtownych opadów deszczu, gradobicia, burzy z wyładowaniami atmosferycznymi, intensywnych opadów śniegu, zawiei i zamieci śnieżnych, oblodzenia, silnych mrozów, odnalezienia na terenie robót niewybuchów lub niewypałów, uniemożliwiających lub utrudniających prowadzenie robót na warunkach przewidzianych w umowie lub zgodnie z ich technologią i warunkami technicznymi zapewniającymi właściwą jakość wykonania albo innych zdarzeń wymuszających przerwę w realizacji zamówienia niezależnych od Wykonawcy, w szczególności: konieczności wykonania wykopalisk archeologicznych, wystąpienia odmiennych od przyjętych w opisie przedmiotu zamówienia warunków geologicznych, geotechnicznych, hydrologicznych lub terenowych, np. istnienia niezainwentaryzowanych lub błędnie zinwentaryzowanych obiektów budowlanych lub podziemnych urządzeń, instalacji lub obiektów infrastrukturalnych – wystąpienie tych okoliczności musi być potwierdzone przez inspektora nadzoru,

c) w wyniku wprowadzenia zmian umowy wynikających z okoliczności, o których mowa w art. 455 ust. 1 pkt 3 i 4 oraz ust. 2 Pzp, których wprowadzenie będzie miało wpływ na termin wykonania przedmiotu umowy,

d) w wyniku wstrzymania wykonania przedmiotu umowy lub jego części przez Zamawiającego lub właściwe organy administracji publicznej na podstawie przepisów ustawy Prawo budowlane, **z przyczyn nieleżących po stronie Wykonawcy**, o ile takie działanie powoduje, że nie jest możliwe wykonanie umowy w terminie umownym,

e) w wyniku wystąpienia opóźnienia w wydawaniu decyzji, zezwoleń, uzgodnień itp. czynności lub ich zaniechania, do wydania których właściwe organy są zobowiązane na mocy przepisów prawa, jeżeli opóźnienie przekroczy okres, przewidziany w przepisach prawa, w którym ww. decyzje powinny zostać wydane oraz nie są one następstwem okoliczności, za które odpowiedzialność ponosi Wykonawca,

f) w wyniku wprowadzenia zmian przedmiotu umowy wynikających z okoliczności, o których mowa w pkt 3, jeżeli wprowadzenie tych zmian będzie miało wpływ na termin wykonania przedmiotu umowy,

g) gdy zaistniała inna, niemożliwa do przewidzenia w momencie zawarcia umowy okoliczność w szczególności: prawna, ekonomiczna lub techniczna, za którą żadna ze Stron nie ponosi odpowiedzialności.

W przypadku wystąpienia którejkolwiek z okoliczności wymienionych w lit. a)–g), termin określony w § 2 ust. 1 pkt 1 lub pkt 2 może ulec odpowiedniemu wydłużeniu o czas niezbędny do zakończenia wykonywania przedmiotu umowy w sposób należyty, nie dłużej jednak niż o okres trwania tych okoliczności oraz o czas niezbędny do usunięcia skutków tych okoliczności lub o czas niezbędny na realizację dodatkowych robót budowlanych wprowadzonych zgodnie z przepisami Pzp.

Zamawiający przewiduje zatem, że np. może sam wstrzymać roboty bądź spowodować okoliczności, które wpłyną na niezawinione opóźnienie wykonawcy, jednak **całe finansowe ryzyko związane z tymi okolicznościami spoczywać ma na Wykonawcy**. Zamawiający narusza przez to zasadę równowagi stron stosunku zobowiązaniowego, co pozostaje w sprzeczności z zasadami współżycia społecznego, godzi w naturę stosunku prawnego, naruszając tym samym równowagę kontraktową stron oraz stanowi nadużycie przez Zamawiającego przysługującego mu prawa podmiotowego ukształtowania istotnych postanowień umownych.

Podobnie też dlaczego wykonawca robót ma ponosić pełną odpowiedzialność za terminowe działania administracji publicznej, za działania i zaniechania której nie odpowiada i nie ma na nie wpływu? Ostatecznym beneficjentem Umowy jest Zamawiający, bowiem to on otrzymuje gotowy rezultat robót w postaci obiektu. Zadaniem wykonawcy jest otrzymanie od Zamawiającego ekwiwalentu za wykonany obiekt i nie tylko pokrycie kosztów, ale także wyrobienie zysku, gdyż jest to podstawowa zasada prowadzenia działalności gospodarczej. W momencie braku pewności co do pokrycia kosztów ryzyko wzięcia udziału w takim przetargu przewyższa potencjalną zyskowność wobec czego albo wykonawcy rezygnują ze skradania ofert albo je sztucznie zawyżają o prognozowaną wartość możliwego ryzyka.

Wskazujemy, że wykonawca kalkulując swoje wynagrodzenie bierze pod uwagę zakładany czas realizacji, który wymagać będzie od niego utrzymania zaplecza budowy, zatrudnienia pracowników i sprzętu, etc. Tego typu koszty rozliczane są w okresach miesięcznych i każdy kolejny miesiąc realizacji przekłada się na realne koszty, które ponosić będzie wykonawca – z przyczyn niezależnych od niego.

Wyłączenie prawa do zmiany wynagrodzenia, a nawet otrzymania odszkodowania, w tym przypadku należy ocenić jako nadużywanie przez Zamawiającego jego uprawnień do kształtowania postanowień umowy i jako przerzucanie na wykonawcę ryzyk, które są wyłączną odpowiedzialnością Zamawiającego. Zgodnie z treścią art. 433 pkt. 3) ustawy Pzp – *Projektowane postanowienia umowy nie mogą przewidywać: odpowiedzialności wykonawcy za okoliczności, za które wyłączną odpowiedzialność ponosi zamawiający*. Wobec powyższego, w ocenie Odwołującego, tak arbitralne sformułowanie treści § 3 ust. 11 Projektu umowy narusza przepisy prawa i powinno zostać wyeliminowane. Jednocześnie Odwołujący zaproponował, by § 17 ust. 1 pkt. 4) Projektu umowy został rozszerzony o uprawnienie do wprowadzenia zmian przedmiotu umowy w zakresie zmiany wynagrodzenia. Tego typu zmiana jest jedynie otwarciem możliwego katalogu zmian umowy, jednak Strony unikną poprzez takie rozszerzenie sytuacji, w której zmiana

umowy będzie w ogóle niemożliwa z punktu widzenia przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych.

Wracając do zagadnienia przerzucania ryzyk podkreślić należy, że KIO w wyroku z 10.12.2021 r. (KIO 2864/21, KIO 2872/21, Legalis) wskazała, że art. 433 ustawy Pzp został wprowadzony w celu ograniczenia praktyk zamawiających polegających na kształtowaniu postanowień umów w sposób zabezpieczający wyłącznie interesy zamawiających, bez należytego ich wyważenia z interesami wykonawców. Potrzeba zmian w tym zakresie wynikała przede wszystkim z faktu, że zamawiający jako gospodarz postępowania o udzielenie zamówienia publicznego posiadał szczególnie uprzywilejowaną pozycję, co niejednokrotnie prowadziło do próby nieuzasadnionego lub nadmiernego przerzucenia ryzyk kontraktowych na wykonawcę. Co istotne w omawianym wyroku Izba dopatrzyła się naruszenia klauzuli abuzywnej w momencie „przerzucenia na wykonawców w zasadzie wszystkich ryzyk kosztowych niezależnie od tego, że są one w ramach wzoru umowy podzielone na zależne i niezależne od wykonawcy. Zwiększenie jednej lub drugiej kategorii kosztów nie ma bowiem wpływu na wartość rekompensaty rocznej, skoro nie można jej zapłacić w wielkości wyższej niż wynikająca z planu finansowego, a ten z kolei wynika ze złożonej oferty, której z kolei nie sposób odpowiednio oszacować wobec przerzucenia wszelkich ryzyk znanych i nieznanym na wykonawcę”.

Z powyższego wynika jasno, że to Zamawiający ma odpowiadać za to, co zgodnie z zasadami kontraktowania powinno leżeć po stronie jego odpowiedzialności, bez obarczania za to Wykonawcy. Bezspornie zapewnia to równowagę stron umowy i zapobiega nadużyciom w zakresie, z jakimi w poprzednim stanie prawnym zmagali się wykonawcy.

Należy również dodać, że oprócz naruszenia klauzuli abuzywnej i zachwiania równowagi kontraktowej stan niepewności zakresu zamówienia, gwarancji jego realizacji do końca jak i ponoszenia ryzyka zdarzeń nieprzewidzianych wykonawca musi doliczyć do ceny składanej oferty. Niedające się oszacować koszty powodują sztuczny i nieproporcjonalny wzrost cen ofert często o kilkadziesiąt procent. Stanowi to zatem nie przejaw błędnego czy nieuzasadnionego sposobu kalkulowania po stronie wykonawcy a przejaw niegospodarności prowadzenia zamówienia przez Zamawiającego, a więc naruszenie dyscypliny finansów publicznych, co może być badane w toku kontroli udzielenia zamówienia.

Z powyższych przyczyn Wykonawca wnosi jak we wnioskach niniejszego odwołania – o zmianę i przywrócenie równowagi Stron umowy w kwestionowanym zakresie.

### **BRAK MOŻLIWOŚCI ZMIANY WYNAGRODZENIA W PRZYPADKU ZMIANY ZAKRESU PRAC**

Odwołujący zarzuca Zamawiającemu również, że formułując postanowienia dotyczące zmian zakresu umowy również przerzucił na Wykonawcę odpowiedzialność za kwestie, które są odpowiedzialnością Zamawiającego. W zakresie przerzucania ryzyk wszelkie twierdzenia powołane powyżej, przy opisie poprzedniego zarzutu, pozostają aktualne.

Wyjaśniamy, że w przypadku treści § 17 ust. 1 pkt. 3 Zamawiający wydaje się zapomnieć o konieczności wskazania, że w tych okolicznościach zmienić się może wynagrodzenie wykonawcy. O możliwości zmiany terminu w tych przypadkach napisał w § 17 ust. 1 pkt. 4 lit. f) Projektu umowy. Podkreślić należy, że w tym przypadku Zamawiający odnosi się do następujących okoliczności:

3) *Zmiany dotyczącej przedmiotu umowy, określonego w § 2 ust. 1 pkt 2:*

a) *poprzez zmianę zakresu robót budowlanych przewidzianych w opisie przedmiotu zamówienia – załączniku nr 5 do SWZ, w przypadku zmiany decyzji administracyjnych, zezwoleń, uzgodnień*

oraz opinii podmiotów zewnętrznych, na podstawie których prowadzone są roboty budowlane objęte niniejszą umową, powodujące zmianę dotychczasowego zakresu robót przewidzianego w opisie przedmiotu zamówienia lub innych dokumentach opisujących przedmiot zamówienia,

b) poprzez zmianę w szczególności sposobu wykonania przedmiotu umowy, zakresu robót budowlanych, lokalizacji robót budowlanych w sytuacji wystąpienia innych warunków geologicznych, geotechnicznych, hydrologicznych niż te wskazane w opisie przedmiotu zamówienia lub innych dokumentach opisujących przedmiot umowy, np. istnienia niezainwentaryzowanych lub błędnie zainwentaryzowanych obiektów budowlanych lub podziemnych urządzeń, instalacji lub obiektów infrastrukturalnych – wystąpienie tych okoliczności musi być potwierdzone przez inspektora nadzoru,

c) poprzez zmianę w szczególności sposobu wykonania przedmiotu umowy, zakresu robót budowlanych, lokalizacji robót budowlanych w sytuacji wystąpienia na placu budowy niewybuchów, niewypałów lub znalezisk archeologicznych, które uniemożliwiają lub utrudniają wykonanie robót na warunkach przewidzianych w umowie lub zgodnie z ich technologią i warunkami technicznymi zapewniającymi właściwą jakość wykonania – wystąpienie tych okoliczności musi być potwierdzone przez inspektora nadzoru.

Wszystkie ww. okoliczności odnoszą się do sytuacji, których Wykonawca przewidzieć nie może i które są niezależne niego. Powinny one zatem – zgodnie również z twierdzeniami podnoszonymi przy opisie powyższego zarzutu nr 2 – umożliwiać uzyskanie przez Wykonawcę wynagrodzenia – skoro zmienić ma się zakres robót wycenionych w ofercie.

Podkreślić tu należy, że zgodnie z wymaganiami ustawy Pzp Zamawiający powinien sformułować postanowienia dotyczące zmian w postaci jasnych, precyzyjnych i jednoznacznych postanowień umownych (art. 455 ust. 1 pkt. 1) ustawy Pzp). W tym przypadku – wg Odwołującego – Zamawiający naruszył również ww. przepis, bowiem postanowienia te nie są precyzyjne i pozwalają na dowolną ich interpretację.

Raz jeszcze podkreślamy, że wszystkie okoliczności wymienione w kwestionowanym postanowieniu § 17 ust. 1 pkt. 3) Projektu umowy stanowią zwyczajowo ryzyka Zamawiającego. To on ponosi odpowiedzialność np. za warunki gruntowe występujące na swoim placu budowy. Przerzucanie finansowych skutków wystąpienia tych ryzyk na Wykonawcę również stanowi o wykorzystaniu przez Zamawiającego swojej pozycji przy kształtowaniu postanowień Projektu umowy. Stoi też w sprzeczności z treścią art. 433 pkt. 3) ustawy Pzp, zabraniającego Zamawiającemu przerzucania na wykonawcę odpowiedzialności za okoliczności, za które wyłączną odpowiedzialność ponosi Zamawiający.

Tym samym Wykonawca wnosi o doprecyzowanie kwestionowanych postanowień i rozszerzenie uprawnień do zmian umowy poprzez wskazanie, że nie tylko termin i zakres, ale też wynagrodzenie możliwe jest do zmiany w określonych w § 17 ust. 1 pkt. 3) okolicznościach.

## **OGRANICZENIE DLA TREŚCI UMÓW PODWYKONAWCZYCH**

Zamawiający nadużył również swoich uprawnień do kształtowania warunków umowy stawiając wymagania dla treści umów podwykonawczych, zawieranych przez Wykonawcę z jego podwykonawcami. Nadużycie to wyraża się w następującym sformułowaniu postanowień § 13 ust. 7 ppkt. 1) i 2), które wprowadzają limit maksymalnej wartości danej umowy z podwykonawcą, powyżej którego nie będzie możliwe zlecenie robót podwykonawcom:

§ 13 ust. 7 Projektu umowy: *Umowa o podwykonawstwo, której przedmiotem są roboty budowlane musi spełniać dodatkowo następujące wymagania (oprócz wymagań określonych w ust. 6):*

1) **Wysokość wynagrodzenia podwykonawcy lub dalszego podwykonawcy, nie może być wyższa niż kwota, którą Zamawiający, zgodnie z postanowieniami umowy zawartej między Zamawiającym a Wykonawcą, zobowiązany jest zapłacić za roboty budowlane stanowiące równocześnie przedmiot umowy o podwykonawstwo, z uwzględnieniem wartości wynagrodzeń innych podwykonawców.**

2) *Musi zawierać załącznik harmonogram rzeczowo–finansowy prac, określający wartości poszczególnych robót budowlanych. Harmonogram ten musi zawierać numerację pozycji oraz nazwy robót budowlanych odpowiadające numeracji pozycji oraz nazwom robót budowlanych, określonych w harmonogramie rzeczowo–finansowym prac, o którym mowa w § 2 ust. 6 (lub części robót budowlanych określonych w danej pozycji harmonogramu, w przypadku wykonywania przez podwykonawcę lub dalszego podwykonawcę jedynie części robót budowlanych określonych w danej pozycji harmonogramu). **Wartości robót budowlanych określone w harmonogramie rzeczowo–finansowym będącym załącznikiem do umowy o podwykonawstwo nie mogą być wyższe niż wartości tych robót budowlanych określone w harmonogramie rzeczowo–finansowym prac, o którym mowa w § 2 ust. 6.***

Przedmiotowe postanowienia Projektu umowy są nadmiarowe, a kształtując je Zamawiający nie uwzględnił, że przepisy kodeksu cywilnego (art. 647<sup>1</sup> § 3 kc) limitują jego solidarną odpowiedzialność do wartości ustalonego z wykonawcą wynagrodzenia, a przez to dodatkowe ograniczenia w tym względzie nie są potrzebne, mogą natomiast znacząco utrudnić wykonawcy realizację jego umownych zobowiązań.

W ocenie Odwołującego o ile formułowanie takich postanowień może było uzasadnione w poprzednim stanie prawnym, o tyle aktualnie § 647<sup>1</sup> § 3 kc przewiduje: Inwestor ponosi odpowiedzialność za zapłatę podwykonawcy wynagrodzenia w wysokości ustalonej w umowie między podwykonawcą a wykonawcą, chyba że ta wysokość przekracza wysokość wynagrodzenia należnego wykonawcy za roboty budowlane, których szczegółowy przedmiot wynika odpowiednio ze zgłoszenia albo z umowy, o których mowa w § 1 albo 2. W takim przypadku odpowiedzialność inwestora za zapłatę podwykonawcy wynagrodzenia jest ograniczona do wysokości wynagrodzenia należnego wykonawcy za roboty budowlane, których szczegółowy przedmiot wynika odpowiednio ze zgłoszenia albo z umowy, o których mowa w § 1 albo 2.

Podkreślić należy, że formułowanie takich postanowień przez zamawiającego prowadzić może do paraliżu realizacji umowy w sytuacji np. kolejnej zmiany cen rynkowych. Aktualnie trudno przewidzieć jaka będzie sytuacja na rynku, w tym sytuacja podwykonawców, w całym okresie realizowania przedmiotowej umowy. Wykonawca nie jest w stanie zakontraktować już na tym etapie (składania oferty) robót z podwykonawcami i zagwarantować sobie cen, szczególnie mając na względzie charakter umowy: projektuj + buduj. Pierwszy okres realizacji umowy to projektowanie, roboty budowlane do których zatrudniani będą podwykonawcy nastąpią odpowiednio później.

Z powyższych względów stawianie takich ograniczeń w realizacji umowy, mając na względzie jednoczesny brak konsekwencji dla zamawiającego w przypadku jeśli faktycznie wykonawca przekroczy limity wskazane przez zamawiającego, uznać należy za nadmiarowe i stanowiące o



nadużyciu jego pozycji w projektowaniu postanowień przyszłej umowy o zamówienie publiczne. Stąd Odwołujący wnosi o ich usunięcie.

### **NIEZGODNE Z PRZEPISAMI POSTANOWIENIA DOTYCZĄCE ZWROTU ZABEZPIECZENIA NALEŻYTEGO WYKONANIA UMOWY**

Odwołujący zarzucił również Zamawiającemu, że narusza przepisy poprzez określenie w Projekcie umowy (§ 14 ust. 4 oraz § 19 ust. 2 pkt. 1) Projektu umowy) oraz w pkt. XIX ppkt. 8 SWZ, że zabezpieczenie należytego wykonania umowy (70%) zostanie zwrócone dopiero po protokolarnym potwierdzeniu usunięcia wad (w tym nieistotnych) stwierdzonych przy odbiorze końcowym.

W ocenie Odwołującego takie sformułowanie przesłanek zwrotu zabezpieczenia po okresie realizacji stoi wprost w sprzeczności z art. 435 ustawy Pzp, zgodnie z którego treścią Zamawiający zwraca zabezpieczenie w terminie 30 dni od dnia wykonania zamówienia i uznania przez Zamawiającego za należyte wykonane. Takim należyтым wykonaniem – zgodnie z treścią art. 647 kc i zgodnie z orzecznictwem, przywołanym przy zarzucie nr 1 powyżej – jest podpisanie protokołu odbioru końcowego. Przeciwnie podejście prowadziłoby do sytuacji, w której Zamawiający mógłby mimo odbioru nie zwracać wykonawcy zabezpieczenia przez czas nieokreślony, uzależniony w zasadzie od jego decyzji co do skwitowania usunięcia wad nieistotnych.

Tymczasem Zamawiający ma zwrócić zabezpieczenie w terminie 30 dni od zaistnienia okoliczności wykonania zamówienia i uznania za należyte wykonane (protokół odbioru). Ma zatem dodatkowy czas na zweryfikowanie, czy zobowiązania wykonawcy są wykonane. Może też z zabezpieczenia skorzystać w wysokości odpowiadającej np. nie usuniętym wadom. Tym samym wydłużanie okresu zatrzymywania całego zabezpieczenia jest niezasadne i stanowi dodatkowy instrument nacisku na wykonawcę, nie zapominając o finansowym obciążeniu – Wykonawca za utrzymanie nawet zabezpieczenia w formie niepieniężnej uiszczać musi miesięczne opłaty. Takie sformułowanie postanowień Umowy powoduje zatem również, że Wykonawca nie jest w stanie oszacować kosztów utrzymania zabezpieczenia bo nie wie jak długo Zamawiający będzie je utrzymywał.

Z powyższych względów w ocenie Odwołującego postanowienia Projektu umowy i SWZ powinny zostać zmienione i doprowadzone do zgodności z prawem, na przykład w sposób zaproponowany przez Odwołującego we wnioskach odwołania.

### **TERMIN REALIZACJI**

Odwołujący wskazuje, że w jego ocenie sposób sformułowania przez Zamawiającego postanowień dotyczących terminu realizacji przedmiotu umowy w zakresie kompleksowego wykonania robót budowlanych (pkt. IV ppkt.1 SIWZ i § 2 ust. 1 pkt. 2) Projektu umowy) narusza przepisy ustawy Pzp.

Zgodnie z art. 28 ust. 1 Ustawy Prawo budowlane roboty budowlane można rozpocząć jedynie na podstawie decyzji o pozwoleniu na budowę, z zastrzeżeniem art. 29-31 (zastrzeżenia nie mają w niniejszej sprawie zastosowania). Na tej podstawie stwierdzić należy, że wykonawca przedmiotowego zamówienia publicznego nie będzie miał możliwości rozpoczęcia robót będących przedmiotem umowy wcześniej, niż przed uzyskaniem decyzji o pozwoleniu na budowę.

Jednocześnie przebieg procesu etapu projektowego wymaga uzyskania znacznej ilości decyzji, zgód, pozwoleń, uzgodnień, które to warunki znajdują się poza kontrolą wykonawcy. Należy podkreślić, że Projekt umowy w §17 ust.1 pkt. 4 ppkt. e) przewiduje możliwość zmiany terminu w przypadku wystąpienia opóźnienia w wydawaniu decyzji, zezwoleń, uzgodnień itp. czynności lub ich zaniechania, do wydania których właściwe organy są zobowiązane na mocy przepisów prawa, jeżeli opóźnienie przekroczy okres, przewidziany w przepisach prawa, jednakże zapis ten nie obejmuje czynności, które mogą być niezbędne do uzyskania decyzji o pozwoleniu na budowę, natomiast nie ma przepisów prawa, które regulowałyby okres ich wydania. Do czynności takich należą np.: uzgadnianie projektów usunięcia kolizji (gestorzy), zawarcie umowy drogowej, uzgodnienie projektu (GZDiZ w Gdańsku), uzyskanie zgody właściciela terenu na wejście na teren w celu umieszczenia/przebudowy sieci infrastrukturalnych, ewentualne uzyskanie decyzji celu publicznego lub warunków zabudowy dla ulicy Wita Stwosza, czy uzgodnienia dotyczące włączenia do sieci Tristar. W przypadku wysoce prawdopodobnego wystąpienia takich sytuacji, zgodnie z literalnym brzmieniem zapisu umowy wskazującym, że opóźnienie musi przekroczyć okres przewidziany w przepisach prawa, wykonawca będzie miał ograniczoną możliwość zmiany terminu kompleksowego wykonania robót budowlanych.

Wykonawca nie ma wpływu na czas trwania procedur i uzgodnień i z tych przyczyn ich przedłużanie się powinno być co najmniej podstawą do przedłużenia terminu realizacji zamówienia, przewidzianą przez Zamawiającego zgodnie z art. 455 ust. 1 pkt. 1) ustawy Pzp. Jest to uzasadnione w szczególności w sytuacji, gdy uzyskanie decyzji o pozwoleniu na budowę warunkuje rozpoczęcie etapu realizacji. Z powyższych względów Odwołujący stoi na stanowisku, że Zamawiający nie wskazując takiej podstawy do zmiany w sposób nieuprawniony przerzuca na Odwołującego wszelkie ryzyka związane z etapem projektowania i uzyskania decyzji o pozwoleniu na budowę, nadużywając w ten sposób swojego uprawnienia do kształtowania warunków umowy o zamówienie publiczne.

Z powyżej opisanych powodów, w umowach tego samego typu tj. umów, w których zakresie jest zarówno wykonanie prac projektowych, jak i realizacja inwestycji, zwyczajowo terminy na wykonanie zakresów projektowania i realizacji ustalane są oddzielnie. Jako przykład Odwołujący może podać zawartą przez niego w trybie zamówienia publicznego umowę z Inwestorem: Zakładem Wodociągów i Kanalizacji Spółką z o.o. z siedzibą w Świnoujściu na realizację zadania pn.: „Budowa ujęcia wody powierzchniowej słonawej wraz z infrastrukturą towarzyszącą, dla zaopatrzenia w wodę m. Świnoujście – realizacja zadania w trybie zaprojektuj i wybuduj – część A”.

Wyżej wymieniona umowa w § 4 ustala terminy realizacji robót:

w ust. 1 – dla zadania nr 1 tj. m.in. opracowania projektu/projektów zagospodarowania działki lub terenu i projektu/projektów architektoniczno-budowlanych wraz ze złożeniem wniosku/wniosków o udzielenie pozwolenia na budowę,

w ust. 2 – dla zadania nr 2 tj. budowy ujęcia powierzchniowego wody słonawej ze starorzecza Mulnik wraz z infrastrukturą..... – termin został oznaczony jako „9 miesięcy od uprawomocnienia się decyzji o pozwoleniu na budowę”.

Podobnie, w postępowaniu publicznym prowadzonym przez Zamawiającego: Województwo Pomorskie z siedzibą w Gdańsku na realizację inwestycji pn.: „Budowa nowego budynku biurowego poprzez wyeksponowanie zespołu dawnych i współczesnych elementów architektury w ramach rewitalizacji przestrzeni Dolnego Miasta Gdańska”, Zamawiający w §6 ust. 3 wzoru umowy przedstawił wymagane terminy wykonania:

„3. Realizacja Przedmiotu umowy odbywać się będzie w III etapach:

I etap: wykonanie dokumentacji projektowej rozbiórek dawnych warsztatów szkolnych oraz dokumentacji projektowej nowego budynku biurowego maksymalnie do 4 miesięcy od podpisania umowy w wyniku czego otrzymane zostanie pozwolenie na budowę ;

II etap: wykonanie robót budowlanych związanych z rozbiórkami dawnych warsztatów szkolnych, wykonanie dokumentacji wykonawczej, przygotowanie placu pod budowę: maksymalnie do 1 miesiąca od dnia otrzymania pozwolenia na budowę;

III etap: wykonanie budowy nowego budynku biurowego maksymalnie do 14 miesięcy od dnia zakończenia robót budowlanych związanych z rozbiórkami dawnych warsztatów szkolnych, tj. nie później niż do dnia 20 grudnia 2023 roku.”.

Można również wskazać, że w postępowaniu publicznym prowadzonym przez Zamawiającego: Skarb Państwa - Dyrektora Urzędu Morskiego w Gdyni oraz Zarządem Morskiego Portu Gdynia S.A. z siedzibą w Gdyni na realizację inwestycji pn.: „Budowa falochronów osłonowych, stanowiących wodną infrastrukturę dostępową do Portu Zewnętrznego w Porcie Gdynia, w formule zaprojektuj i wybuduj” Zamawiający w §3 ust. 1 w następujący sposób określił termin wykonania przedmiotu umowy:

„1. Termin wykonania Przedmiotu Umowy ustala się:

1) prace projektowe wraz z uzyskaniem pozwolenia na budowę: 490 dni od dnia podpisania Umowy,

2) roboty budowlane wraz z uzyskaniem pozwoleniem na użytkowanie: 819 dni od dnia uzyskania pozwolenia na budowę.”

Uzasadniona jest zatem zmiana terminu rozpoczęcia realizacji robót budowlanych i jej urealnienie, poprzez odniesienie do uzyskania prawomocnej decyzji o pozwoleniu na budowę.

Z tych względów projektowane postanowienia umowy o zamówienie w tym zakresie powinny ulec zmianie, zgodnie z wnioskiem Odwołującego.

## LIMIT KAR UMOWNYCH

W zakresie zarzutu dotyczącego limitu kar umownych Odwołujący wskazywał w szczególności na jego wygórowany charakter, nie przystający do realiów rynkowych.

Przewidziany w § 16 ust. 2 Projektu umowy limit powinien podlegać obniżeniu. Ustalenie limitu na poziomie 30% wynagrodzenia wykonawcy jest ustaleniem go na rażąco wysokim poziomie, któremu można również zarzucić pozorność, co stanowi naruszenie przepisów kodeksu cywilnego, określonych w zarzucie. Ustalanie limitu na tak wysokim poziomie może być traktowane również jako ominięcie klauzuli abuzywnej ustawy Pzp. Jest niewątpliwie poziomem nieadekwatnym do ryzyka i celu ustanawiania kar umownych, a także ich limitu. Standardem rynkowym są limity na poziomie 10%-20% wartości wynagrodzenia wykonawcy.

Zamawiający, ustalając górny limit kar umownych powinien mieć na uwadze, że wysokość kary umownej nie powinna prowadzić do nieuzasadnionego wzbogacenia Zamawiającego czy naruszenia zasady proporcjonalności (w art. 16 ustawy Pzp). Postanowienia dotyczące wysokości limitu kar umownych nie mogą również wypaczać celu, jakim jest naprawienie szkody wyrządzonej Zamawiającemu z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania świadczenia niepieniężnego, bowiem kary umowne są surogatem odszkodowania. Kara umowna, zgodnie z art. 483 § 1 kc jest

instytucją związaną z naprawieniem szkody wynikłej z niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania niepieniężnego.

W orzecznictwie KIO przyjmuje się, że limit kar nie powinien przekraczać kary umownej z tytułu odstąpienia od umowy (jak to jest w niniejszym przypadku). Jest to uzasadnione o tyle, że funkcje kar umownych mają mieć charakter prewencyjny, a nie represyjny i odstraszący. W sytuacji kiedy kara za odstąpienie staje się korzystniejsza niż dalsza realizacja kontraktu i ryzyko naliczenia kar na znacznie wyższym poziomie to dochodzi do utraty sensu i charakteru ustanawiania kar umownych zgodnie z prawem. Takie tezy KIO postawiła w szczególności w wyroku z dnia 18 września 2020 r. Sygn. akt: KIO 1829/20, KIO 1834/20 oraz z dnia 4 września 2018 r. Sygn. akt: KIO 1601/18 wskazując na zasadność obniżenia limitu kar umownych.

Odwołujący stoi też na stanowisku, że limit kar umownych w wysokości 30% wynagrodzenia narusza dyspozycję art. 436 pkt 3 pzp. Potwierdzeniem tego jest poniższy pogląd doktryny:

*W szczególności maksymalna wysokość kar nie może być określana na poziomie, który może być traktowany jako rażąco wygórowany w odniesieniu do wysokości wynagrodzenia czy ewentualnych zagrożeń związanych z niewykonaniem lub nienależytym wykonaniem umowy, w tym możliwości powstania lub rozmiarów szkody. Ponoszone kary umowne powinny być odczuwalne, ale nie w stopniu, który może powodować uznanie niecelowości wykonania umowy (por. wyr. KIO z 28.12.2018 r., KIO 2574/18, Legalis). Dostrzec również należy, że przepis stanowi o określeniu maksymalnego limitu kar umownych, **których mogą dochodzić strony**, tym samym nakłada również obowiązek określania kar umownych, do których zapłaty zobowiązany jest również zamawiający, z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania ciążących na nim obowiązków. (Prawo zamówień publicznych. Komentarz, pod red. M. Jaworska, komentarz do art. 436)*

Odwołujący wnosi zatem o weryfikację postanowień Projektu umowy i przyjęcie przez Zamawiającego limitu kar umownych na rynkowym poziomie 10% wynagrodzenia brutto określonego umową.

## **WYMAGANIE OD WYKONAWCY UWZGLĘDNIENIA W OFERCIE ZAKRESU PRAC I KOSZTÓW, KTÓRYCH NIE JEST W STANIE OSZACOWAĆ – UMIESZCZENIE URZĄDZEŃ W PASIE DROGOWYM**

Zgodnie z postanowieniem §7 ust. 2 pkt 7 Projektu umowy obowiązkiem Wykonawcy jest ponieść koszt zajęcia pasa drogowego i wbudowania urządzeń w pas drogowy. Umowa precyzuje dalej, że Wykonawca zobowiązany jest do jednorazowego uregulowania należności za wbudowanie urządzeń w pas drogowy za cały okres określony zezwoleniem Zarządu Dróg i Zieleni w Gdańsku (w razie konieczności).

Koszty zajęcia pasa drogowego regulowane są Ustawą z dnia 21 marca 1985 r. o drogach publicznych (t.j. Dz. U. z 2023 r. poz. 645, 760. 1193, 1688), w szczególności art. 40.

Art. 40 ust. 1 ustala, że zajęcie pasa drogowego na cele niezwiązane z budową, przebudową, remontem, utrzymaniem i ochroną dróg, wymaga zezwolenia zarządcy drogi, wydanego w drodze decyzji administracyjnej. Kolejny ustęp 2 określa przypadki, których może dotyczyć ww. zezwolenie:

- 1) prowadzenia robót w pasie drogowym;
- 2) umieszczania w pasie drogowym liniowych urządzeń obcych;

3) umieszczania w pasie drogowym urządzeń obcych innych niż wymienione w pkt 2 oraz reklam;

4) zajęcia pasa drogowego na prawach wyłączności w celach innych niż wymienione w pkt 1–3.

W odniesieniu do zapisów Projektu umowy należy stwierdzić, że Zamawiający zobowiązuje Wykonawcę do poniesienia opłat związanych z wydaniem zezwolenia przywołanego w art. 40 ust. 2 pkt 1 – prowadzenia robót w pasie drogowym, art. 40 ust. 2 pkt 2 - umieszczania w pasie drogowym liniowych urządzeń obcych.

Przepisy art. 40 ww. Ustawy ustalają również sposób ustalania opłat ponoszonych w wyniku zajęcia drogowego, odmienny dla przypadków:

- prowadzenia robót w pasie drogowym – jest to iloczyn liczby metrów kwadratowych zajętej powierzchni pasa drogowego, stawki opłaty za zajęcie 1 m<sup>2</sup> pasa drogowego i liczby dni zajmowania pasa drogowego (ust. 3),  
termin uiszczenia opłaty wynosi 14 dni od dnia, w którym decyzja ustalająca ich wysokość stała się ostateczna;
- umieszczania w pasie drogowym liniowych urządzeń obcych – jest to iloczyn liczby metrów kwadratowych powierzchni pasa drogowego zajętej przez rzut poziomy liniowego urządzenia obcego, stawki opłaty za zajęcie 1 m<sup>2</sup> pasa drogowego pobieranej za każdy rok umieszczenia liniowego urządzenia obcego w pasie drogowym (ust. 5),  
Opłatę roczną za pierwszy rok umieszczenia urządzenia w pasie drogowym uiszcza się w terminie 14 dni od dnia, w którym decyzja ustalająca ich wysokość stała się ostateczna, a za lata następne w terminie do dnia 15 stycznia każdego roku, z góry za dany rok.

W każdym z ww. przypadków wysokość stawek opłaty za zajęcie 1 m<sup>2</sup> pasa drogowego ustala Minister właściwy do spraw transportu (dla dróg, których zarządcą jest Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad), lub jednostka samorządu terytorialnego (ust. 7 i 8), zatem wysokość stawek opłat w przyszłości może być zmieniona, a ich przyszła wysokość jest obecnie nie do przewidzenia.

Odwołujący wskazuje, że w związku z wyżej wymienionymi przepisami prawa, w stosunku do umieszczenia w pasie drogowym liniowych urządzeń obcych:

- nie jest w stanie określić okresu umieszczenia urządzenia w pasie drogowym,
- nie jest w stanie określić stawki opłaty za cały okres umieszczenia z uwagi na możliwość jej zmiany,
- nie jest możliwe uiszczenie opłaty jednorazowej.

Z powyższych względów uzasadnionym jest – zgodnie z wnioskiem Odwołującego – by przedmiotowy zakres został wyłączony z zakresu umowy i by sam Zamawiający poczynił odpowiednie uzgodnienia i poniósł koszty w tym zakresie. W przeciwnym razie Zamawiający ryzykuje, że wykonawcy uwzględnią tu różny zakres kosztów i różny zakres prac, bądź – znając powyższe uregulowania – nie uwzględnią ich wcale, bowiem nie będą w stanie ich oszacować. W takim przypadku postępowanie obciążone będzie wadą, bowiem oferty złożone przez wykonawców będą nieporównywalne.

---

\* \* \*

**Mając na uwadze powyższe wnoszę i wywodzę jak na wstępie.**

Krzysztof Misiewicz  
radca prawny

Załączniki:

1. pełnomocnictwo
2. odpis z KRS
3. dowód uiszczenia opłaty od odwołania
4. dowód uiszczenia opłaty skarbowej od pełnomocnictwa
5. dowód wysłania odpisu odwołania do zamawiającego