



**WITAS - CHŁOPEK**  
KANCELARIA RADCÓW PRAWNYCH

Kraków, 23 maja 2022 r

**Do:**

**Prezes Krajowej Izby Odwoławczej**  
**Krajowa Izba Odwoławcza**  
ul. Postępu 17a  
0276 Warszawa

**Odwołujący:** **Megatel spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa**  
z siedzibą w Krakowie, adres: ul. Samuela Bogumiła Lindego 1c, 30-148 Kraków,  
KRS: 0000380266, REGON: 350304016, NIP: 6790010176,  
e-mail: [olaf.bialek@megatel.com.pl](mailto:olaf.bialek@megatel.com.pl) , tel. 601 973 557

**reprezentowana przez radcę prawnego Alberta Janebę,**  
Witas-Chłopek Kancelaria Radców Prawnych, ul. Podskale 18/19, 30-522 Kraków  
e-mail: [albert.janeba@jwrp.pl](mailto:albert.janeba@jwrp.pl) , tel. 795 951 604

**Zamawiający** **Politechnika Gdańska**, ul. G. Narutowicza 11/12, 80-233 Gdańsk  
e-mail: [dzp@pg.edu.pl](mailto:dzp@pg.edu.pl) , tel. 58 347 17 44

**Dotyczy:** postępowania pn. Dostawa klastra serwerów obliczeniowych do budowy superkomputera na potrzeby projektu CK STOS, nr postępowania: ZP/114/022/D/22

Nr ogłoszenia o zamówieniu w Dz. Urz. UE: 2022/S 091-249671

**ODWOŁANIE**

Na podstawie art. 505 ust. 1 w zw. z art. 513 pkt 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 z późn. zm.), dalej jako: „pzp”, w imieniu Megatel spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa z siedzibą w Krakowie (dalej jako: „Odwołujący”) wnoszę odwołanie wobec czynności dokonanej przez Zamawiającego polegającej na ustaleniu treści postanowień Specyfikacji Warunków Zamówienia (dalej „SWZ”) wraz



z załącznikami, a to projektowanych postanowień umowy stanowiących załącznik nr 3 do SWZ (dalej jako: „Umowa”) w sposób sprzeczny z ustawą pzp.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 11 maja 2022 roku, numer ogłoszenia 2022/S 091-249671. Zamawiający opublikował ogłoszenie o zamówieniu oraz SWZ na stronie <https://platformazakupowa.pl/transakcja/610978> w dniu 11.05.2022 roku. Niniejsze odwołanie składane jest więc w dniu 23.05.2022 r. z zachowaniem ustawowego 10-dniowego terminu.

Przedmiotem zamówienia jest dostawa klastra serwerów obliczeniowych do budowy superkomputera na potrzeby projektu CK STOS.

**Czynnościom Zamawiającego Odwołujący stawia zarzut naruszenia art. 433 pkt 1 ustawy pzp oraz art. 8 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 353<sup>1</sup> k.c. i art. 5 k.c.** poprzez ukształtowanie projektowanych postanowień umownych w sposób naruszający zasadę swobody umów, współzycia społecznego oraz równowagi kontraktowej stron, w warunkach nadużycia prawa podmiotowego do samodzielnego kształtowania warunków umowy przez Zamawiającego, z wykorzystaniem w projekcie umowy w sprawie zamówienia publicznego postanowień abuzywnych, a to w zakresie projektowanych postanowień **§10 ust. 1 lit. „c” oraz §11 ust. 5** poprzez obwarowanie karą umowną należną od wykonawcy na rzecz zamawiającego czynności zamawiającego polegającej na odstąpieniu od umowy z przyczyn leżących po stronie wykonawcy w sytuacji, gdy przesłanką takiego odstąpienia jest wyłącznie naruszenie „*granicznego terminu wykonania umowy*” przypadającego na 30.12.2022 roku, a dla odstąpienia tego oraz zapłaty kary umownej nie ma znaczenia jakie są powody niemożności dotrzymania tego terminu – co prowadzi do:

- nieuzasadnionego obciążenia wykonawcy odpowiedzialnością za opóźnienie w wykonaniu świadczenia;
- przerzucenia na wykonawcę całkowitej odpowiedzialności za brak możliwości wykonania dostawy w „granicznym terminie wykonania umowy” wynikający z niezależnych od wykonawcy okoliczności, przy czym faktycznie okoliczności uniemożliwiające wykonanie umowy w założonym „granicznym terminie wykonania umowy” nie tylko byłyby zupełnie niezależne od wykonawcy (np. przerwanie łańcucha dostaw z uwagi na globalną sytuację) ale częściowo nawet leżały po stronie Zamawiającego (brak możliwości spełnienia własnego świadczenia po określonej dacie, wynikająca z charakteru środków, jakie zamawiający ma zamiar na ten cel przeznaczyć);

**Żądanie co do sposobu rozstrzygnięcia odwołania:** W związku z powyższymi zarzutami Odwołujący wnosi o nakazanie Zamawiającemu zmiany kwestionowanych przez Odwołującego postanowień SWZ w zakresie i brzmieniu zaproponowanym przez Odwołującego w odwołaniu, w ten sposób by wykonawca ponosił odpowiedzialność za niewykonanie przedmiotu umowy w granicznym terminie, w postaci kary umownej, tylko w takim przypadku, gdy naruszenie tego granicznego terminu byłoby przez wykonawcę **zawinione**.



## Uzasadnienie

**Wskazanie interesu Odwołującego.** Odwołujący oświadcza, iż ma interes w złożeniu niniejszego odwołania, ponieważ obecne postanowienia SWZ, a to projektowanych postanowień umowy (wzoru umowy), naruszają przepisy ustawy pzp, a więc w rezultacie uniemożliwiają mu złożenie oferty zgodnej z przepisami ustawy pzp i ubieganie się tym samym o przedmiotowe zamówienie w warunkach uczciwej konkurencji z innymi wykonawcami. Odwołujący jest wykonawcą prowadzącym działalność gospodarczą w branży bezpośrednio związanej z przedmiotem zamówienia i jest zainteresowany pozyskaniem przedmiotowego zamówienia. Może więc ponieść szkodę na skutek naruszenia przepisów ustawy pzp przez Zamawiającego. Szkoda ta wynika z faktu, że kwestionowane postanowienia SWZ pozbawiają Odwołującego szans na pozyskanie zamówienia, a przynajmniej istotnie je ograniczają oraz prowadzą do nierównego traktowania potencjalnych wykonawców, naruszenia zasad uczciwej konkurencji i proporcjonalności. Skarżone postanowienia wzoru umowy prowadzą do tego, że na udział w postępowaniu mogą zdecydować się tylko takie podmioty, które stać na to, by nie uzyskać żadnego wynagrodzenia za realizację umowy a dodatkowo zapłacić Zamawiającemu karę w wysokości 20% spodziewanego wynagrodzenia jeżeli tylko obiektywne okoliczności na rynku w obecnej trudnej sytuacji geopolitycznej uniemożliwią realizację dostawy w ustalonym przez zamawiającego „*granicznym terminie wykonania umowy*”, po którym zamawiający deklaruje, że odstąpi od umowy ponieważ nie będzie w stanie spełnić swojego świadczenia wzajemnego (tj. zapłaty za towar).

Powyższe dowodzi naruszenia interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy (art. 505 ust. 1 pzp). Zaznaczyć należy, że w orzecznictwie KIO podkreśla się, że *„w odwołaniach od treści SIWZ wykonawca nie tyle wskazuje na brak bezpośredniej możliwości uzyskania zamówienia, co na wadliwe i niekonkurencyjne postanowienia SIWZ które utrudniają mu złożenie prawidłowej i zgodnej z przepisami P.z.p. oferty, zgodnie z art. 29 ust. 2 P.z.p. wystarczające jest tylko uprawdopodobnienie tego faktu. Tym samym krąg podmiotów, które mogą korzystać z odwołań od treści SIWZ jest szeroki. Uprawnienie to przysługuje każdemu wykonawcy który potencjalnie może ubiegać się o udzielenie tego zamówienia. Na tym etapie wystarczające jest wykazanie jedynie hipotetycznej szkody polegającej na niewłaściwym sformułowaniu treści SIWZ które może utrudniać wykonawcy dostęp do zamówienia. Tym samym wystarczająca jest dla uznania interesu danego wykonawcy jedynie deklaracja, że jest zainteresowany uzyskaniem tego zamówienia i tego faktu nie ma obowiązku udowodnić. Na tym etapie postępowania interes wykonawcy jest interesem faktycznym w szerokim tego słowa znaczeniu”.* (Wyrok KIO z dnia 31 lipca 2015 r. sygn. akt: KIO 1519/15, LEX nr 1771700). Stanowisko powyższe zachowuje aktualność w obecnym stanie prawnym.

**Niezgodność z prawem projektowanych postanowień umownych.** Zawarte w SWZ projektowane postanowienia umowy - §10 ust. 1 lit. c oraz §11 ust. 5 oznaczają, że wykonawca będzie obciążany za niewykonanie umowy (niezrealizowanie dostawy) w terminie, nawet jeżeli nastąpiło to z uwagi na niezależne od niego okoliczności – jest to odpowiedzialność za opóźnienie, co do zasady objęta zakazem ustanowionym w art. 433 pkt 1 pzp. Negatywne konsekwencje przewidziane przez Zamawiającego



w stosunku do wykonawcy – niezależnie od przyczyn naruszenia terminu określonego jako „graniczny termin wykonania umowy” – obejmą po pierwsze odstąpienie od umowy przez zamawiającego, a po drugie obowiązek zapłaty przez wykonawcę kary umownej za takie odstąpienie dokonane przez zamawiającego.

W obecnym kształcie, projekt umowy w przywołanych postanowieniach zakłada, że Zamawiający odstąpi od umowy w każdym przypadku, gdy dostawa nie będzie mogła być zrealizowana do dnia 30 grudnia 2022 roku. Zamawiający wprowadził w §11 ust. 5 „*nieprzekraczalny pod żadnym warunkiem, w tym z uwagi na okoliczności obiektywne o charakterze zewnętrznym oraz niezależnie od aktualnego etapu zrealizowania umowy*” termin, w przypadku naruszenia którego i odstąpi od umowy, i naliczy karę umowną za takie odstąpienie w wysokości 20% całkowitego wynagrodzenia brutto wykonawcy przewidzianego w umowie.

W art. 433 pkt 1 pzp, co do zasady zakazane zostało stosowanie w umowach w sprawie zamówienia publicznego postanowień przewidujących odpowiedzialność wykonawcy za opóźnienie. Tymczasem wskazane powyżej przepisy ewidentnie przewidują dotkliwą sankcję w postaci nie tylko odstąpienia od umowy ale i obowiązku zapłaty kary wysokości 20% wynagrodzenia w sytuacji, gdy przekroczenie terminu wykonania umowy **nie będzie wynikać w najmniejszym nawet stopniu z zawinienia wykonawcy**. Z jednej więc strony, Zamawiający w pozostałych postanowieniach dotyczących kar umownych (§10 ust. 1 lit. „a” i „b”) przewiduje odpowiedzialność tylko za zwłokę, ale już w §10 ust. 1 lit. „c” pod karą umowną zastrzeżoną na wypadek odstąpienia od umowy, wprowadza przez brzmienie §11 ust. 5 daleko idącą, bardzo dotkliwą i niewspółmierną do potencjalnych okoliczności mogących w obecnych czasach wpłynąć na czas dostawy, **karę umowną za naruszenie terminu bez względu na przyczynę tego naruszenia**.

Powyższe postanowienia projektu umowy naruszają art. 433 pkt 1 pzp, a także ustanawiają w umowie rażącą dysproporcję w zobowiązaniach stron umowy, naruszając zasadę swobody umów i zasady współzycia społecznego, wobec czego wymagają zmiany.

Należy zwrócić uwagę, że Zamawiający sam dał wyraz swojej świadomości wyjątkowo trudnej, bezprecedensowej sytuacji na rynku, odnosząc się w §11 ust. 3 do **mogącej wynikać z globalnej sytuacji gospodarczej lub geopolitycznej niedostępności sprzętu, a także utrudnień i zerwania łańcuchów dostaw**.

Podkreślenia wymaga, choć są to okoliczności powszechnie znane, że już pandemia oraz inne okoliczności o globalnym zasięgu mocno nadwyrężyły łańcuchy dostaw, zwłaszcza jeśli chodzi o branżę elektroniczną i podzespoły do zaawansowanych technologicznie urządzeń. Obecnie natomiast, na ten stan nałożyła się wojna w Ukrainie, która również wpływa bardzo niekorzystnie na łańcuchy dostaw.

Dość zauważyć, że nawet na Wikipedii znajduje się artykuł o „*Niedoborze półprzewodników (od 2020)*” a media ciągle publikują artykuły poświęcone temu zagadnieniu, głównie przez pryzmat branży motoryzacyjnej i sprzętu elektronicznego, spekulując czy kryzys dostaw zakończy się w 2023 czy jednak w 2024 roku, przy czym zauważalna jest tendencja wydłużania tego terminu w kolejnych prognozach. Potwierdzeniem powyższego, mogą być choćby publikacje portalu [businessinsider.com.pl](https://businessinsider.com.pl), gdzie



## WITAS-CHŁOPEK

KANCELARIA RADCÓW PRAWNYCH

czytamy: Szalejący w Chinach COVID-19 powoduje zatory w portach i problemy w transporcie wewnątrz kraju. Ponadto trwa wojna w Ukrainie, która też, pośrednio i bezpośrednio, zablokowała dostawy towarów. Ze skutkami tego już się mierzymy. A będzie tylko gorzej. ("Znow zaciął się globalny łańcuch dostaw. Firmy już odczuwają tego skutki", publikacja: 22.05.2022, dostępny elektronicznie: <https://businessinsider.com.pl/gospodarka/znow-zacial-sie-globalny-lancuch-dostaw-firmy-juz-odczuwaja-tego-skutki/kzbmc83>). Podobnie informuje portal [moto.pl](https://moto.pl): Przerwy w dostawach półprzewodników i innych podzespołów do samochodów stanowią dosłowny hamulec całego sektora motoryzacyjnego. Problem ten dotyczy również inne istotne działy, jak choćby sprzętu informatycznego. Jak sugerują niemieccy przedstawiciele koncernów motoryzacyjnych, kryzys potrwa nie do połowy 2022, a do 2024 roku ("Cała prawda o półprzewodnikach. Niemcy w końcu przyznają, kiedy kryzys się skończy", publikacja: 22.05.2022, dostępny elektronicznie: <https://moto.pl/MotoPL/7,175394,28482256,cala-prawda-o-polprzewodnikach-niemcy-w-koncu-przyznaja-kiedy.html>).

Również Urząd Zamówień Publicznych wskazuje na nieprzewidywalność rynku i zaburzenia w łańcuchach dostaw, pogłębione wojną w Ukrainie: *Doświadczamy obecnie zjawiska zmieniających się warunków realizacji umów w sprawie zamówień publicznych, wywołanego czynnikami zewnętrznymi, m.in. konfliktem zbrojnym w Ukrainie. Zauważalne i problematyczne z punktu widzenia realizacji kontraktów są rynkowe konsekwencje tych zdarzeń, np. wzrost cen materiałów i kosztów pracowniczych, przerwanie łańcucha dostaw, ograniczenia w dostępności produktów i materiałów, czy też wyjazd z Polski pracowników, będących obywatelami Ukrainy.* (publikacja UZP pt. „Dopuszczalność zmiany umowy w sprawie zamówienia publicznego na podstawie art. 455 ust. 1 pkt 1 i 4 oraz art. 455 ust. 2 ustawy Pzp” dostępna elektronicznie: [https://www.uzp.gov.pl/\\_\\_data/assets/pdf\\_file/0018/54162/Dopuszczalnosc-zmiany-umowy-w-sprawie-zamowienia-publicznego-na-podstawie-art.-455-ust.-1-pkt-1-i-4-oraz-art.-455-ust.-2-ustawy-Pzp.pdf](https://www.uzp.gov.pl/__data/assets/pdf_file/0018/54162/Dopuszczalnosc-zmiany-umowy-w-sprawie-zamowienia-publicznego-na-podstawie-art.-455-ust.-1-pkt-1-i-4-oraz-art.-455-ust.-2-ustawy-Pzp.pdf))

Bacząc na powyższe, Zamawiający z jednej strony sam zastrzega w projektowanych postanowieniach umownych możliwość zmiany terminu czy modyfikacji oferowanego urządzenia z uwagi na bezprecedensową sytuację na rynku światowym (§11 ust. 2 i 3), a z drugiej wprowadza postanowienia, z których wynika wprost, że po dacie 30.12.2022 te okoliczności już nie mają znaczenia i nawet jak wystąpią, to jemu należy się zapłata (kary umownej). Taka zmiana perspektywy jest ewidentnie podyktowana tylko jedną okolicznością – trudnościami Zamawiającego ze sfinansowaniem zamówienia po 30.12.2022. W pewnym uproszczeniu Zamawiający stawia więc sprawę w następujący sposób – do końca roku jest skłonny zrozumieć jak działa rynek w obliczu pandemii, wojny i światowego kryzysu w dostawach, ale po 30.12.2022 już nie przyjmie zamówionego sprzętu, a jeszcze zażąda 20% umówionego wynagrodzenia od wykonawcy. Skutek obciążenia wykonawcy karą umowną nie jest więc związany z jakimikolwiek okolicznościami zewnętrznymi jak pandemia czy wojna w Ukrainie i związany z nimi kryzys w dostawach sprzętu elektronicznego, a sprowadza się do tego skąd pochodzą środki zamawiającego na sfinansowanie zamówienia.

Takie sformułowanie zapisów umownych przez Zamawiającego zmierza więc nawet do jego wzbogacenia kosztem Wykonawcy w przypadku, gdy z obiektywnych przyczyn danego urządzenia nie będzie w ogóle dało się dostarczyć do końca roku. Mimo bowiem, że Zamawiający zostanie bez zamawianego





urządzenia (sam jednak wybiera drogę odstąpienia od umowy i nie czekania na spełnienie świadczenia po końcu bieżącego roku), to uzyska 20% wynagrodzenia z oferty wybranego wykonawcy. Proste ryzyko występujące wyłącznie po stronie zamawiającego (brak możliwości pozyskania finansowania na zamówienie skutkujące brakiem możliwości zakupu) zostaje więc nie tyle wprost przerzucone na wykonawcę, ale jeszcze dodatkowo wykonawcy nakazuje się zapłacić Zamawiającemu karę umowną.

Tymczasem konstrukcja umowy o dofinansowanie czy nawet szerzej – to, skąd zamawiający pozyskuje środki na sfinansowanie zamówienia jest okolicznością, którą umiejscowić należy zupełnie poza wpływem wykonawcy. Nie może ulegać wątpliwości, że ta okoliczność występuje po stronie zamawiającego (nawet jeżeli nie do końca miał na nią wystarczający wpływ by w pełni uwzględniony został jego interes i zawarł taką umowę o dofinansowanie, jaką mu zaproponowano). Krótko mówiąc, fakt, że po 30 grudnia 2022 roku zamawiający nie jest w stanie spełnić swojego świadczenia, jest niekorzystnym uwarunkowaniem występującym po jego stronie. Dążenie do zniwelowania skutków tego uwarunkowania po stronie zamawiającego nie może jednak odbywać się w ten sposób, że wykonawca nie tylko ponosi ryzyko samego unicestwienia umowy z tego powodu (co oznacza brak pokrycia nawet kosztów dotychczas dołożonych starań w jak najszybsze kompletowanie zamówienia), ale i ryzyko dopłaty do całego przedsięwzięcia 20% spodziewanego wynagrodzenia – nawet gdy wykonawca w niczym nie zawini, a sam stanie się ofiarą np. przerw w łańcuchu dostaw wywołanych pandemią czy wojną lub podobnymi zdarzeniami o globalnym oddziaływaniu.

**Konstrukcja kary umownej w projektowanych postanowieniach w SWZ jest więc obecni przewidziana na okoliczność gdy skumulują się okoliczności niezależne od obu stron umowy (np. przerwanie łańcucha dostaw) z okolicznościami występującymi po stronie zamawiającego (brak możliwości spełnienia swojego świadczenia po określonej dacie).** Ciężar zapłaty kary umownej spoczywa wyłącznie na wykonawcy, Zamawiający natomiast niezależnie od tego jak potoczą się sprawy będące poza jakąkolwiek kontrolą stron, pozostanie z zamawianym urządzeniem albo 20% jego wartości.

Odwolujący rozumie, że zamawianego sprzętu Zamawiający może już nie chcieć przyjąć, jeżeli jego dostarczenie a tym samym i zapłata ceny miałyby nastąpić po 30.12.2022 roku. Nie sposób jednak w takiej sytuacji znaleźć uzasadnienia dla faktu, że konsekwencje finansowe zerwania łańcucha dostaw przez pandemię i wojnę, mają uderzać w Wykonawcę. **Nie można uznać za dopuszczalną na gruncie prawa zamówień publicznych takiej sytuacji, w której Zamawiający kompensuje sobie niemożliwość sfinansowania zamówienia z przyczyn leżących po jego stronie (umowa o dofinansowanie, którą zawarł), karą umowną od wykonawcy, który w żaden sposób nie zawinił naruszeniu terminu.** Narusza to zarówno dyspozycję art. 433 upkt 1 pzp, jak i art. 8 ust. 1 pzp w zw. z art. 353<sup>1</sup> i 5 kc.

Stanowisko Wykonawcy znajduje odzwierciedlenie w literaturze i orzecznictwie. Jak zauważa się, „*art 433 Pzp został wprowadzony w celu ograniczenia praktyk zamawiających polegających na kształtowaniu postanowień umów w sposób zabezpieczający wyłącznie ich interesy bez należytego ich wyważenia z interesami wykonawców.*” (Prawo Zamówień Publicznych. Komentarz, art. 433, red. H. Nowak, M. Winiarz, UZP 2021). W samym uzasadnieniu projektu ustawy – nowego Prawa



zamówień publicznych z 2019 roku – wskazywano: „Skutkiem tego przepisu jest jasna dyrektywa dla zamawiających, aby postanowień umownych **nie kształtować w sposób rażąco nieproporcjonalny, a co za tym idzie nie przerzucać wszystkich ryzyk realizacji zamówienia na wykonawcę.**” (Uzasadnienie do rządowego projektu – Prawo zamówień publicznych, druk nr 3624, <http://www.sejm.gov.pl/sejm8.nsf/druk.xsp?nr=3624>).

Z kolei w wyroku sygn. akt KIO 1597/20 (wyrok KIO z 7.08.2020 r., KIO 1597/20, LEX nr 3053308) Izba, uznając za zbyt daleko idące przypisanie wykonawcy odpowiedzialności za opóźnienia, wskazywała: „Ponadto, Izba podziela argumentację odwołującego Netia, że w związku z obecną sytuacją wywołaną stanem pandemii koronawirusa mogą wystąpić niezależne od wykonawcy opóźnienia i braki w dostępności urzędów z innych krajów, czy możliwy przedłużający się okres na uzyskanie decyzji administracyjnych, co należy wziąć pod uwagę przy konstruowaniu oferty. Umknęło przy tym zamawiającemu, że wykonawca nie powoływał się na okoliczności, które powodują ustawową ochronę prawną, a na okoliczność notoryjną - spowolnienia w sektorze publicznym i prywatnym, co utrudnia oszacowanie ewentualnych opóźnień, niezależnych od wykonawcy.”

W. Dzierżoniowski podkreśla z kolei, że „**odpowiedzialność za nieterminowe wykonanie zobowiązania jest powiązana z winą dłużnika.** Na gruncie Kodeksu cywilnego możliwa jest modyfikacja ustawowej zasady odpowiedzialności opartej na winie, ponieważ art. 473 § 1 k.c. stanowi, że dłużnik może przez umowę przyjąć odpowiedzialność za niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania z powodu oznaczonych okoliczności, za które na mocy ustawy odpowiedzialności nie ponosi. Powyższa modyfikacja zasady odpowiedzialności dłużnika (wykonawcy) za niedotrzymanie terminu wykonania zobowiązania będzie co do zasady niedopuszczalna w umowie w sprawie zamówienia publicznego, a zamawiającemu nie będzie wolno kształtować umowy w taki sposób, że wykonawca będzie odpowiedzialny za zwykłe opóźnienie, niezawinione przez siebie. Zakaz ten dotyczyć będzie wszelkich postanowień umownych, wiążących jakąkolwiek postać odpowiedzialności wykonawcy z opóźnieniem. Przepis ten powinien być jednak postrzegany jako **przeszkoda w formułowaniu takich postanowień umownych, w których zwykłe opóźnienie wykonawcy (a nie zwłoka) stanowi podstawę do skorzystania przez zamawiającego z uprawnień prawokształtujących, takich jak np. uprawnienie zamawiającego do odstąpienia od umowy w związku z opóźnieniem wykonawcy czy też uprawnienie do obniżenia wynagrodzenia lub zwiększenia wysokości zabezpieczenia należytego wykonania umowy w przypadku opóźnienia wykonawcy.**”

Owszem, Odwołujący ma świadomość, że w stosunku do klauzuli abuzywnej z art. 433 pkt 1 pzp (zakaz obciążania wykonawcy odpowiedzialnością za opóźnienie) ustawodawca przewidział możliwość jej dopuszczenia w sytuacji gdy jest to „uzasadnione okolicznościami lub zakresem zamówienia”. Nie może jednak ulegać wątpliwości, że takie uzasadnienie może płynąć z tego, w jaki sposób Zamawiający pozyskuje środki na zakup zamówionego towaru. W literaturze trafnie zauważa się, że uzasadnienie wprowadzenia odpowiedzialności za opóźnienie „**jak się wydaje, należy je wiązać z właściwością zobowiązania, a nie potrzebą ochrony interesu zamawiającego**” (J. Jerzykowski [w:] W. Dzierżanowski, Ł. Jaźwiński, M. Kittel, M. Stachowiak, J. Jerzykowski, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2021, art. 433). Na gruncie niniejszej sprawy, wprowadzenie kary umownej za



odstąpienie zamawiającego od umowy wynikające z opóźnienia wykonawcy, prowadzi nie tyle nawet do ochrony interesu zamawiającego, ale nawet do jego wzbogacenia kosztem wykonawcy.

Zwrócić należy uwagę ponadto na wyrok KIO, która już mając na uwadze brzmienie art. 433 pkt 1 pzp i występujący w nim wyjątek od zakazu stosowania odpowiedzialności za opóźnienie wykonawcy, powołując się na orzecznictwo Sądu Najwyższego oraz analizy UZP, stwierdziła co następuje: **„Zakładając, że intencją Zamawiającego w warunkach niniejszego zamówienia było rozszerzenie odpowiedzialności wykonawcy, poprzez jej oderwanie od przesłanki zawinienia i w konsekwencji przyznanie Zamawiającemu uprawnienia do domagania się od wykonawcy zapłaty kary umownej (czy też skorzystania z innych uprawnień wierzyciela na wypadek nieterminowego spełnienia świadczenia), odstąpienia od umowy również w tych przypadkach, gdy opóźnienie w spełnieniu świadczenia jest następstwem okoliczności, za które wykonawca nie ponosi odpowiedzialności, działanie takie uznać należy za naruszające równowagę kontraktową i zasadę proporcjonalności, gdyż nie ma uzasadnionych powodów, aby wykonawca ponosił odpowiedzialność za wszelkie możliwe okoliczności, które spowodować mogą naruszenie postanowień umowy, a których nie da się w sposób racjonalny zidentyfikować przed zawarciem umowy oraz na które wykonawca nie ma żadnego wpływu.** Podkreślić należy, że przy formułowaniu postanowień dotyczących kar umownych w projektowanych zapisach umów w sprawie zamówienia publicznego, należy uwzględnić wyważenie interesów obu stron stosunku zobowiązaniowego wynikających z przyszłej umowy. (...) Izba w całości podziela pogląd wyrażony w opinii prezentowanej przez Urząd Zamówień Publicznych w raporcie dotyczącym stosowania kar umownych w zamówieniach publicznych (Warszawa, 2018 r.), przytoczony przez Odwołującego w treści odwołania, w szczególności, że "(...) Zamawiający powinni mieć na uwadze, że wykonawcy nie odpowiadają za zdarzenia, na których powstanie nie mają wpływu, a wysokość kar umownych nie może być dowolna". W wyroku z dnia 16 stycznia 2013 r. w sprawie II CSK 331/12, Sąd Najwyższy zauważył, że "obowiązek zapłaty kary umownej za opóźnienie powstaje wówczas, gdy naruszenie zobowiązania powstało na skutek okoliczności, za które dłużnik ponosi odpowiedzialność. Kara umowna co do zasady wpisana jest w reżim odpowiedzialności odszkodowawczej, stanowiąc ryczałtowe odszkodowanie za niewykonanie (niewłaściwe wykonanie) zobowiązania, zatem nie powinna być oderwana od przesłanek odpowiedzialności kontraktowej. Dłużnik może zwolnić się od obowiązku jej zapłaty wykazując, że niewykonanie zobowiązania było następstwem okoliczności, za które nie ponosi odpowiedzialności." Podobnie Sąd Najwyższy wypowiedział się w wyroku z dnia 17.06.2016 r. w sprawie IV CSK 674/15 wyjaśniając, że "Nie znajduje uzasadnienia stwierdzenie, z odwołaniem się do swobody zawarcia umowy przez wykonawcę, że powinien on przed zawarciem umowy ocenić zakres ryzyka gospodarczego, a następnie ponosić wszelkie konsekwencje niewykonania świadczenia w oznaczonym terminie, mimo obiektywnych, niezależnych od niego przeszkód o charakterze następczym. Za niedopuszczalne w szczególności należy uznać przerzucenie na wykonawcę odpowiedzialności za błędy, zaniechania i opóźnienia podjęcia decyzji bądź dostarczenia dokumentacji wynikające z przyczyn leżących po stronie zamawiającego. Na ogół zatem również okoliczności, jakie wystąpiły po zawarciu umowy, nie były znane i nie są objęte ryzykiem wykonawcy". W świetle brzmienia powyższego przepisu oraz zgodnie z art. 483 § 1 k.c., można zastrzec w umowie, że naprawienie szkody wynikłej z niewykonania lub nienależytego wykonania





*zobowiązania niepieniężnego nastąpi przez zapłatę określonej sumy (kara umowna), a przewidziana w tym przepisie kara umowna jest swego rodzaju odszkodowaniem służącym naprawieniu szkody wyrządzonej niewykonaniem lub nienależytym wykonaniem zobowiązania niepieniężnego. Jak daleko posunięta jest swoboda stron w ułożeniu łączącego je stosunku prawnego, w niektórych aspektach wprost wskazują przepisy Kodeksu cywilnego, gdzie np. art. 473 § 1 stanowi, iż dłużnik może przez umowę przyjąć (a więc druga strona może oczekiwać, że przyjmie i uzależniać od tego możliwość zawarcia z nim umowy) odpowiedzialność za niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania nawet z powodu oznaczonych okoliczności, za które na mocy ustawy odpowiedzialności nie ponosi. Przepis ustawy Pzp wskazuje jednak, że odpowiedzialność wykonawcy za opóźnienie musi być uzasadniona okolicznościami lub zakresem zamówienia, a zatem musi być **sformułowana w odniesieniu do ściśle określonych okoliczności**” (Wyrok KIO z 14.10.2021 r., KIO 2762/21, LEX nr 3324891).*

Tymczasem okoliczność, którą Zamawiający uznał za uzasadniającą tak daleko idące obarczenie wykonawcy odpowiedzialnością za opóźnienie (przesłanka odstąpienia od umowy i naliczenia kary umownej w związku z tym odstąpieniem) jest na gruncie niniejszej sprawy wyłącznie to, że po określonej dacie zapłata za świadczenie wykonawcy nie będzie mogła zostać pokryta z dofinansowania udzielonego Zamawiającemu. W świetle całokształtu powyższego, uznać to należy za nie tylko nieuzasadnione zastosowanie klauzuli uznanej za abuzywną w art. 433 pkt 1 pzp, ale i za naruszenie zasady swobody umów (art. 8 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 353<sup>1</sup> k.c. i art. 5 k.c.), prowadzące do ukształtowania stosunku umownego w sposób rażąco krzywdzący dla jednej ze stron, tj. wykonawcy, który – co dobitnie należy podkreślić – nie ma żadnych możliwości negocjowania poszczególnych zapisów umownych w postępowaniu w trybie przetargu nieograniczonego, a jego pismo w tej sprawie złożone w trybie wniosku o wyjaśnienie treści SWZ nie przyniosło oczekiwanych modyfikacji projektowanych postanowień umownych i doprowadzenia ich do zgodności z prawem.

**Proponowana zmiana brzmienia projektowanych postanowień umownych.** Zgodnie z art. 554 ust. 3 pkt 1 lit. "c" pzp, uwzględniając odwołanie, Izba może nakazać zmianę projektowanego postanowienia umowy albo jego usunięcie, jeżeli jest niezgodne z przepisami ustawy. Mając na uwadze powyższe, Odwołujący wnosi o nakazanie dokonania modyfikacji postanowień §10 ust. 1 lit. „c” oraz §11 ust. 5 przez wprowadzenie reguły odpowiedzialności wykonawcy przez zapłatę kary umownej wyłącznie za zawinione naruszenie obowiązków wynikających z umowy.

Odwołujący proponuje by wskazanym zapisom Umowy nadane zostało następujące brzmienie (zmiany oznaczone kolorem czerwonym):

#### **§ 10. Kary umowne oraz inne formy odszkodowania**

1. Strony ustalają, że Zamawiający jest uprawniony do żądania od Wykonawcy zapłaty następujących kar umownych:



- a) za zwłokę w dostarczeniu kompletnego, zgodnego z umową Przedmiotu Umowy – w wysokości 0,5 % całkowitego wynagrodzenia brutto za wykonanie Przedmiotu Umowy za każdy dzień zwłoki,
- b) za zwłokę w usunięciu każdej z wad zgłoszonych przez Zamawiającego w okresie rękojmi lub gwarancji - w wysokości 0,2 % całkowitego wynagrodzenia brutto za wykonanie Przedmiotu Umowy za każdy dzień zwłoki w usunięciu wady;
- c) za odstąpienie od Umowy przez Zamawiającego w całości lub w części z przyczyn ~~leżących po stronie Wykonawcy~~ *zawinionych przez Wykonawcę* - w wysokości 20% całkowitego wynagrodzenia brutto za wykonanie Przedmiotu Umowy;

(...)

### § 11. Zmiany Umowy

(...)

5. Zamawiający zastrzega, iż z uwagi na warunki zewnętrznego dofinansowania ostateczny, nieprzekraczalny pod żadnym warunkiem, w tym z uwagi na okoliczności obiektywne o charakterze zewnętrznym oraz niezależnie od aktualnego etapu zrealizowania umowy, termin zakończenia realizacji umowy ustala się na dzień 30 grudnia 2022 r. (dalej jako: graniczny termin wykonania umowy). Zamawiający informuje, a Wykonawca przyjmuje do wiadomości i własnego ryzyka, iż po terminie, o którym mowa w zdaniu poprzedzającym, Zamawiający, z uwagi na obwarowania związane z dofinansowaniem zewnętrznym, nie będzie dysponował środkami na realizację przedmiotu zamówienia i w razie braku możliwości zakończenia realizacji umowy do 30 grudnia 2022 r., w terminie do 14 dni od upływu granicznego terminu wykonania umowy, Zamawiający odstąpi od umowy bez wyznaczania dodatkowego terminu ~~z przyczyn dotyczących Wykonawcy, zachowując prawo do naliczenia Wykonawcy kary umownej, o której mowa w par. 10 ust. 1 pkt c) umowy.~~ *W celu usunięcia wszelkich wątpliwości zastrzega się, że takie odstąpienie od umowy przez Zamawiającego może skutkować żądaniem od Wykonawcy zapłaty kary umownej określonej w §10 ust. 1 lit. „c” Umowy wyłącznie jeżeli brak możliwości zakończenia realizacji umowy do 30 grudnia 2022 r. będzie wynikał z winy Wykonawcy i nie będzie związany z okolicznościami określonymi w ust. 3, tj. w szczególności powodowaną globalną sytuacją gospodarczą lub geopolityczną niedostępnością sprzętu, utrudnieniami w łańcuchach dostaw lub ich zerwaniem.*

6. W razie zaistnienia sytuacji, o której mowa w ust. 5 niniejszego paragrafu, Wykonawcy nie przysługują względem Zamawiającego żadne roszczenia związane z dostawą całości lub części przedmiotu umowy, jak również żadne roszczenia odszkodowawcze. Wykonawca podpisując niniejszą umowę zrzeka się tych roszczeń i przyjmuje na siebie związane z tym ryzyka. W razie zrealizowania elementów Przedmiotu Umowy do odstąpienia od umowy przez Zamawiającego w trybie, o którym mowa w ust. 5 niniejszego paragrafu, Wykonawca zobowiązany będzie niezwłocznie, na swój koszt i ryzyko zdemontować i odebrać te elementy pod rygorem złożenia ich na przechowanie przez Zamawiającego na koszt i ryzyko Wykonawcy.



# WITAS-CHŁOPEK

KANCELARIA RADCÓW PRAWNYCH

Mając na uwadze całokształt powyższego, wniesienie odwołania jest w pełni uzasadnione.

Za Odwołującego,

Radca prawny Albert Janeba (KR-4189)

**Załączniki:**

- 1) Pełnomocnictwo;
- 2) Potwierdzenie uiszczenia opłaty skarbowej od pełnomocnictwa;
- 3) Potwierdzenie uiszczenia wpisu;
- 4) Odpis z Krajowego Rejestru Sądowego Odwołującego;
- 5) Odpis z Krajowego Rejestru Sądowego komplementariusza Odwołującego;
- 6) Dowód przekazania kopii odwołania Zamawiającemu.