

Sygn. akt: KIO 3045/24

KIO 3049/24

## POSTANOWIENIE

Warszawa, dnia 6 września 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Agnieszka Trojanowska

po rozpoznaniu na posiedzeniu bez udziału stron na odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 23 sierpnia 2024 r przez:

A. wykonawcę Budimex spółka akcyjna z siedzibą w Warszawie, ul. Siedmiogrodzka 9 i

b. wykonawcę STRABAG Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Pruszkowie, ul. Parzniewska 10,

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Gmina Osielsko z siedzibą w Osielsku, ul. Szosa Gdańska 55A

Uczestnicy po stronie odwołującego :

- wykonawca Budimex spółka akcyjna z siedzibą w Warszawie, ul. Siedmiogrodzka 9 w sprawie sygn. akt KIO 3047/24
- wykonawca STRABAG Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Pruszkowie, ul. Parzniewska 10 w sprawie sygn. akt KIO 3045/24

postanawia:

1. umorzyć postępowanie,
2. nakazać zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych kwoty 40 000zł 00 gr (słownie: czterdzieści tysięcy złotych zero groszy) na rzecz wykonawcę Budimex spółka akcyjna z siedzibą w Warszawie, ul. Siedmiogrodzka 9 i wykonawcę STRABAG Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Pruszkowie, ul. Parzniewska 10 tytułem zwrotu uiszczonych wpisów.

Na orzeczenie - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie – Sądu Zamówień Publicznych.

Przewodnicząca: .....

Sygn. akt KIO 3045/24

KIO 3049/24

## Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pn. „Budowa Szkoły Podstawowej w Niemczu”, numer postępowania: liZP.271.B.10.2024 zostało ogłoszone w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 13 sierpnia 2024 r. pod numerem: Dz.U. S: 157/2024 488289-2024.

Sygn. akt KIO 3045/24

W dniu 23 sierpnia 2024 r. wykonawca Budimex spółka akcyjna z siedzibą w Warszawie wniósł odwołanie. Odwołanie zostało wniesione przez pełnomocnika działającego na podstawie pełnomocnictwa z dnia 5 marca 2024 r. udzielonego przez dwóch członków zarządu. Do odwołania dołączono dowód jego przekazania zamawiającemu.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 8 ust. 1 ustawy w zw. z art. 577 § 4, art. 568 § 1, art. 647, art. 654, art. 5 i art. 353(1) KC w zw. z art. 16 ustawy przez wprowadzenie do umowy postanowień dotyczących zasad odbioru, uzależniających de facto dokonanie odbioru (podpisanie protokołu odbioru końcowego) i wypłatę należnego wynagrodzenia, rozpoczęcie biegu terminu gwarancji i rękojmi, a także zwrot 70% kwoty zabezpieczenia od usunięcia wszelkich wad zidentyfikowanych w ramach przedmiotu umowy, tj. od odbioru bezusterkowego, co godzi w istotę i naturę umowy o roboty budowlane, stanowiąc wyraz uchylania się przez zamawiającego od podstawowych obowiązków nałożonych na inwestora, będąc jednocześnie postanowieniem niekorzystnym dla wykonawców, naruszającym bezwzględnie obowiązujące przepisy prawa oraz równowagę stron umowy i prowadzącym do naruszenia praw

podmiotowych wykonawców (zarzut nr 1);

2) art. 439 ust. 1 i ust. 2 ustawy, art. 433 pkt 3) ustawy w zw. z art. 16 ustawy w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy w zw. z art. 58, art. 5 i art. 353(1) KC przez wprowadzenie do umowy postanowień dotyczących zmian wysokości wynagrodzenia umownego należnego wykonawcy w sytuacji zmiany cen materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia, które są nieproporcjonalne, niedostosowane do realiów rynkowych, sformułowane w sposób wypaczający ideę waloryzacji i będący sprzeczny z celem określonym w art. 439 ustawy, determinując jej nieefektywność i nierealność, i tym samym utrudniając lub wręcz uniemożliwiając dokonanie odpowiedniej waloryzacji wynagrodzenia, a jednocześnie stanowiąc obejście przepisów ustawy o obowiązku waloryzacji wynagrodzenia w przypadku zmiany cen materiałów i kosztów związanych z realizacją zamówienia, co godzi w istotę i naturę umowy o roboty budowlane, stanowiąc klauzulę abuzywną i jednocześnie

wyraz nadużycia prawa zamawiającego do kształtowania postanowień umownych i jego pozycji dominującej, będąc jednocześnie postanowieniem niekorzystnym dla wykonawców, naruszającym bezwzględnie obowiązujące przepisy prawa oraz równowagę stron umowy i prowadzącym do naruszenia praw podmiotowych wykonawców (zarzut nr 2);

3) art. 8 ust. 1 ustawy w zw. z art. 5 i 353(1) KC w zw. z art. 473 § 1 KC w zw. z art. 483 KC w zw. z art. 484 § 2 KC w zw. z art. 16 ustawy przez zastrzeżenie przez zamawiającego w ramach umowy górnego limitu kar umownych o rażąco wygórowanej wysokości, co jest nadmiernym i nieadekwatnym obciążeniem wykonawcy w stosunku do specyfiki realizacji i uwarunkowań rynkowych, stanowiąc jednocześnie wyraz nadużycia prawa zamawiającego do kształtowania postanowień umownych i jego pozycji dominującej oraz będąc postanowieniem niekorzystnym dla wykonawców, naruszającym równowagę stron umowy i prowadzącym do naruszenia praw podmiotowych wykonawców (zarzut nr 3);

4) art. 8 ust. 1 ustawy w zw. z art. 647, art. 654, art. 5 i art. 353(1) KC w zw. z art. 16 ustawy przez wprowadzenie do umowy niespójnych, niejasnych i sprzecznych z przepisami postanowień umowy dotyczących zasad odbioru robót, przejęcia terenu robót i wypłaty wynagrodzenia wykonawcy w przypadku odstąpienia od umowy przez zamawiającego, z których wynika, że tylko w przypadku odstąpienia od umowy, które nastąpiło z przyczyn za które wykonawca nie odpowiada zamawiający obowiązany jest do dokonania odbioru robót i wypłaty wynagrodzenia wykonawcy za wykonane prace, a w każdym innym przypadku brak jest obowiązku odbioru wykonanych przez wykonawcę robót, przejęcia terenu robót i zapłaty wynagrodzenia za te roboty, co godzi w istotę i naturę umowy o roboty budowlane, stanowiąc wyraz uchylania się przez zamawiającego od podstawowych obowiązków nałożonych na inwestora oraz wyraz nadużycia prawa zamawiającego do kształtowania postanowień umownych i jego pozycji dominującej, będąc jednocześnie postanowieniem niekorzystnym dla wykonawców, naruszającym bezwzględnie obowiązujące przepisy prawa oraz równowagę stron umowy i prowadzącym do naruszenia praw podmiotowych wykonawców (zarzut nr 4);

5) art. 433 ust. 1 pkt 3) ustawy, art. 455 ust. 1 ustawy i art. 99 ust. 1 ustawy w zw. z art. 5 KC, art. 58 KC, art. 353(1) KC w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy przez wprowadzenie do umowy postanowień obligujących wykonawców do objęcia wyceną wszelkich kosztów związanych z realizacją umowy oraz rozpoznania przedmiotu umowy, abstrahujących od treści dokumentacji dostarczonej przez zamawiającego, tj. związane z przygotowaniem dokumentacji postępowania (odpowiedzialność za jej kompletność, poprawność, spójność, jednoznaczność co stanowi o przerzuceniu na wykonawców wszelkich ryzyk związanych z nieprawidłowym i niejednoznacznym opisem przedmiotu zamówienia a więc przerzucenia odpowiedzialności za okoliczności na które wykonawca nie ma wpływu i za które wyłączną odpowiedzialność może ponosić zamawiający, a w konsekwencji uniemożliwia racjonalną

kalkulację ceny oferty i jej przygotowanie, w sytuacji, w której dyspozycja art. 433 ustawy wprost wskazuje, że taka klauzula jest klauzulą abuzywną, a tym samym działanie zamawiającego stanowi wyraz nadużycia prawa do kształtowania postanowień umownych i jego pozycji dominującej, będąc jednocześnie postanowieniem niekorzystnym dla wykonawców, naruszającym bezwzględnie obowiązujące przepisy prawa oraz równowagę stron umowy i prowadzącym do naruszenia praw podmiotowych wykonawców (zarzut nr 5);

6) art. 8 ust. 1 ustawy, art. 473 § 1 KC, art. 58 KC, art. 5 KC i art. 353(1) KC w zw. z art. 16 ustawy przez wprowadzenie do umowy postanowień dotyczących wyłącznej i niczym nieograniczonej odpowiedzialności wykonawcy, tj. postanowienie stanowiące nadmierne i nieadekwatne obciążenie wykonawcy w stosunku do specyfiki realizacji i uwarunkowań rynkowych, wymuszające na wykonawcach konieczność kalkulacji dodatkowych, niemożliwych do precyzyjnej kalkulacji ryzyk w ramach ceny ofertowej, co w konsekwencji uniemożliwia racjonalną kalkulację ceny oferty i jej przygotowanie, a tym samym działanie zamawiającego stanowi wyraz nadużycia prawa do kształtowania postanowień umownych i jego pozycji dominującej, będąc jednocześnie postanowieniem niekorzystnym dla wykonawców, naruszającym bezwzględnie obowiązujące przepisy prawa oraz równowagę stron umowy i prowadzącym do naruszenia praw podmiotowych wykonawców (zarzut nr 6). Wniósł o:

1) uwzględnienie odwołania,

2) nakazanie zamawiającemu dokonania zmiany treści dokumentacji postępowania (w tym SWZ, umowy, Ogłoszenia) w sposób wskazany w uzasadnieniu tego odwołania.

Odwołujący wskazał, że w wyniku naruszenia przez zamawiającego wskazanych przepisów ustawy i Kodeksu Cywilnego interes odwołującego w uzyskaniu zamówienia doznał uszczerbku, ponieważ odwołujący jest wykonawcą zainteresowanym pozyskaniem przedmiotowego zamówienia i może ponieść szkodę na skutek naruszeń, których

dopuszczył się zamawiający. Szkoda ta polega na wyłączeniu możliwości pozyskania zamówienia, a w konsekwencji osiągnięcia zysku w związku z jego realizacją. Powyższe dowodzi naruszenia interesu w uzyskaniu zamówienia, co czyni zadość wymaganiom określonym w art. 505 ust. 1 ustawy do wniesienia niniejszego odwołania.

Jakkolwiek odwołujący akceptuje, że zamawiający jako gospodarz postępowania ma pewną swobodę w formułowaniu warunków realizacyjnych, to swoboda ta nie powinna mieć charakteru nieograniczonego, w tym nie może prowadzić do nadużycia własnego prawa podmiotowego – swojej pozycji dominującej. Treść przyszłego stosunku zobowiązaniowego kreowanego przez zamawiającego, niezależnie od przysługującej zamawiającemu uprzywilejowanej pozycji, powinien być tak ukształtowany, aby realizacja zamówienia była możliwa. Celem zamawiającego powinno być również dążenie do osiągnięcia korzystnych rynkowo cen. Nie może także przerzucić całości ryzyka gospodarczego na wykonawcę.

Postanowienia umowy powinny zostać przy tym określone w sposób na tyle precyzyjny, aby wykonawca był w stanie określić cenę ofertową. W sytuacji, w której nie jest możliwe podanie zamkniętego katalogu okoliczności, z którymi wiąże się określone następstwa, zamawiający powinien dążyć do jak najpełniejszego ich wyszczególnienia. W odniesieniu do określania zasad przyszłego stosunku zobowiązaniowego, podkreślenia wymaga, że swobodę umów ograniczają m.in. zasady współżycia społecznego oraz bezwzględnie obowiązujące przepisy prawa, w tym przepis art. 353(1) KC.

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

Zamawiający określił w umowie (Załącznik nr 9 do SWZ) zasady dokonania odbioru m.in. w następujący sposób:

§ 7 ust. 8 umowy „W przypadku stwierdzenia w trakcie odbioru wad lub usterek, Zamawiający może odmówić odbioru do czasu ich usunięcia a Wykonawca usunie je na własny koszt w terminie wyznaczonym przez zamawiającego”.

§ 7 ust. 10 umowy „Jeżeli w toku czynności odbioru robót budowlanych zostaną stwierdzone wady, to zamawiającemu przysługują następujące uprawnienia:

- 1) jeżeli wady nadają się do usunięcia, może odmówić odbioru do czasu usunięcia wad
- 2) jeżeli wady nie nadają się do usunięcia to:
  - a) jeżeli umożliwiają one użytkowanie przedmiotu odbioru zgodnie z przeznaczeniem, Zamawiający może obniżyć odpowiednio wynagrodzenie,
  - b) jeżeli wady uniemożliwiają użytkowanie przedmiotu odbioru zgodnie z przeznaczeniem, Zamawiający może odstąpić od umowy lub żądać wykonania przedmiotu odbioru po raz drugi”.

§7 ust. 11 umowy „Stwierdzenie usunięcia ujawnionych przy odbiorze robót budowlanych wad stanowi podstawę podpisania protokołu odbioru końcowego robót budowlanych” (pisownia zgodna z treścią umowy sporządzonej przez zamawiającego).

W ocenie odwołującego powyższe postanowienia umowy uprawniające zamawiającego do braku odbioru i podpisania protokołu odbioru końcowego w przypadku wystąpienia jakichkolwiek wad, tj. wad nieistotnych, usterek, są sprzeczne z przepisami powszechnie obowiązującego prawa, w tym w szczególności z art 647 KC.

Odwołujący zaznaczył, że ustalając w taki sposób procedurę odbiorową de facto zamawiający wprowadził bezusterkowy odbiór, jednoznacznie sankcjonowany i wyłączony na gruncie ugruntowanego orzecznictwa w tym zakresie i praktyki realizacyjnej projektów wykonywanych w reżimie zamówień publicznych. Powyższe postanowienia generują sytuację, w której pomimo możliwości korzystania z efektu wykonanych prac przez zamawiającego lub pomimo istnienia nieznaczących jedynie uchybień w robotach wykonanych przez wykonawcę zostaje on pozbawiony należnego mu wynagrodzenia, finansując de facto dane przedsięwzięcie powyżej uzasadnionych ram czasowych. Zgodnie z zamierzeniem zamawiającego i treścią cytowanych postanowień umownych wykonawca nie mógłby zatem uzyskać należnego mu wynagrodzenia i zobowiązany byłby do ponoszenia kosztów utrzymania obiektu, pomimo możliwości jego prawidłowego użytkowania.

W przypadku, w którym wykonawca wykonał swoje zobowiązanie, a zidentyfikowane braki mają charakter wyłącznie nieistotnych wad, usterek, obowiązkiem zamawiającego, wynikającym z treści art. 647 KC jest dokonanie odbioru robót i wypłata należnego wykonawcy wynagrodzenia. Ustawodawca nie przewidział w tym zakresie fakultatywności umożliwiającej przyjmowanie przez zamawiającego dowolnie obranej przez siebie daty odbioru. Każdorazowo, jeśli przedmiot umowy o roboty budowlane wypełnia treść zobowiązania wynikającego z dokumentacji projektowej i umożliwia zamawiającemu korzystanie z obiektu, to obowiązkiem zamawiającego jest dokonanie odbioru wykonanych prac i zapłata. W taki bowiem sposób - przez odniesienie do przedmiotowego znaczenia danej wady i jej przełożenia na funkcjonowanie przedmiotu umowy - definiowana jest „istotność” uchybień zidentyfikowanych w ramach przedmiotu umowy.

Wszelkie nieistotne wady zidentyfikowane w ramach czynności odbiorowych i kwestia „rozliczenia” wykonawcy z ich usuwania odbywa się w ramach rękojmi i gwarancji,

zabezpieczając więc w sposób wystarczający interesy zamawiającego w tym przedmiocie. Odwołujący zauważył, że odebranie przedmiotu umowy (nawet z wadami nieistotnymi) rozpoczyna jednocześnie bieg okresu rękojmi i gwarancji. Wynika to chociażby ze stosowanych w drodze analogii przepisów dotyczących rękojmi i gwarancji przy sprzedaży (art. 577§4 KC, art. 568§1 KC) wiążących rozpoczęcie biegu rękojmi i gwarancji z momentem wydania rzeczy kupującemu. Co za tym idzie, w takiej sytuacji to właśnie roszczenia z rękojmi czy gwarancji są reżimem właściwym dla wywodzenia i egzekwowania uprawnień zamawiającego z zakresu usuwania wszelkich nieprawidłowości dotyczących przedmiotu umowy (art. 638§1 KC). Dopuszczenie do sytuacji, w której zamawiający w sposób dowolny blokuje wypłatę wynagrodzenia dla wykonawcy, próbując wymusić usunięcie rzekomych wad stwierdzonych podczas odbiorów, które realnie mają charakter nieznaczących uchybień (nieistotnych wad, usterek), pomimo, że jego interesy i uprawnienia zabezpieczone są przez ustawowe instrumenty, nie ma nic wspólnego ani z zasadą równowagi stron stosunku zobowiązaniowego, ani z zasadą współdziałania zamawiającego i wykonawcy przy wykonywaniu umowy w sprawie zamówienia publicznego, wprost wyartykułowaną w ramach ustawy (art. 431 ustawy ).

Odwołujący wskazał, że przez tak ukształtowane postanowienia umowne zamawiający uchyla się od ciążącego na nim, bezwzględnie obowiązującego z treści art. 647 KC, który wskazuje, że jednym z podstawowych obowiązków inwestora, w tym wypadku zamawiającego, w ramach umowy o roboty budowlane jest dokonanie odbioru robót. Odbiór wykonanych robót jest kwestią kluczową w relacjach inwestor (zamawiający) — wykonawca. Stąd też, jakkolwiek praktyka uchylania się przez inwestorów od tego obowiązku, w szczególności przy odbiorach końcowych, jest jednoznacznie sankcjonowana, zwłaszcza, że doświadczenie realizacyjne pokazuje, że na etapie odbioru robót może dochodzić do sporów co do kwestii istnienia wad, a inwestorzy wykorzystują tego typu abuzywne postanowienia np. w celu nieuzasadnionego blokowania wypłaty wynagrodzenia dla wykonawcy, próbując wymusić usunięcie rzekomych wad stwierdzonych podczas odbiorów, które realnie mają charakter nieznaczących uchybień.

W orzecznictwie jednolicie przyjmuje się, że w przypadku kodeksowej umowy o roboty budowlane o niewykonaniu zobowiązania nie można mówić, jeżeli wykonawca wykonał roboty, lecz są one wadliwe. Decydujące znaczenie ma charakter wad. W konsekwencji niedopuszczalnym jest wprowadzanie tzw. bezusterkowego odbioru robót, co potwierdza ugruntowane i jednolite zarówno orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej jak i sądów powszechnych:

- Wyrok SN z 14.02.2007 r.; sygn. akt II CNP 70/06
- Wyrok SA w Białymstoku z 04.04.2014 r.; sygn. akt I ACa 860/13:
- Wyrok SA we Wrocławiu z 18.12.2013 r.; sygn. akt I ACa 1302/13:
- Wyrok SA we Wrocławiu z 18.10.2012 r. I ACa 1046/12:
- Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 8 listopada 2019 r. (sygn. akt KIO 2017/19, KIO 2027/19).

Reasumując, przedmiotowe postanowienia umowne dają zamawiającemu uprawnienie do podjęcia takich samych działań zarówno w odniesieniu do wad istotnych (uniemożliwiających prawidłowe korzystanie z rezultatu prac) jak i wad nieistotnych (usterek niemających wpływu na możliwość korzystania z efektu wykonanych prac), co jest niezgodne tak z praktyką budowlaną jak i bezwzględnie obowiązującymi przepisami prawa. Przy czym takie uregulowanie procedury odbioru ma dale idące konsekwencje, gdyż od oficjalnego odbioru i podpisania protokołu końcowego odbioru robót zaczyna biec termin okresu gwarancji i rękojmi i następuje zwrot części zabezpieczenia należytego wykonania umowy.

Odwołujący podkreślił, że zamawiający nie tylko nie ma prawa do dowolności podejmowanych działań przy stwierdzeniu wad o charakterze nieistotnym, ale też nie ma uprawnienia do wstrzymywania wypłaty jakiegokolwiek części wynagrodzenia przy ich wystąpieniu, dążąc do odbioru robót bez jakiegokolwiek wad/usterek.

Jednocześnie, w związku z tym, że kwestia odbioru robót i wypłaty wynagrodzenia jest jednym z najistotniejszych elementów związanych z uprawnieniami wykonawcy dotyczącymi realizacji inwestycji, postanowienia umowy w tym przedmiocie nie mogą pozostawać niespójne i nieczytelne co do realnych intencji zamawiającego, stwarzając pole do dowolnej ich interpretacji. Sprzeciwiałoby się to bowiem nie tylko omówionym powyżej zasadom odbioru prac w ramach umowy o roboty budowlane, ale też podstawowym zasadom przyświecającym udzielanie zamówień publicznych, w tym zasadzie przejrzystości i proporcjonalności. Tym samym wykonawca postuluje o modyfikację postanowień związanych z procedurą odbioru by dostosować ją do wymogów prawa i zapewnić, że z chwilą podpisania protokołu odbioru końcowego wykonawca otrzyma należne wynagrodzenie oraz zwrot części zabezpieczenia, a także rozpocznie się okres gwarancji w trakcie którego zostaną usunięte wady nieistotne wady, usterek i braki formalne.

Wniósł o modyfikację treści umowy przez nadanie im następującego brzmienia:

§7 ust. 8 umowy „W przypadku stwierdzenia w trakcie odbioru wad istotnych lub usterek, Zamawiający może odmówić odbioru do czasu ich usunięcia a Wykonawca usunie je na własny koszt w terminie wyznaczonym przez zamawiającego”.

§7 ust. 10 umowy „Jeżeli w toku czynności odbioru robót budowlanych zostaną stwierdzone wady, to zamawiającemu przysługują następujące uprawnienia:

1) jeżeli wady nadające się do usunięcia:

- a) mają charakter istotny to Zamawiający może odmówić odbioru do czasu usunięcia tych wad,
- b) mają charakter nieistotny to Zamawiający dokona odbioru wyznaczając jednocześnie Wykonawcy termin usunięcia tych wad; 2) jeżeli wady nie nadają się do usunięcia to:
  - a) jeżeli umożliwiają one użytkowanie przedmiotu odbioru zgodnie z przeznaczeniem, Zamawiający może obniżyć odpowiednio wynagrodzenie,
  - b) jeżeli wady uniemożliwiają użytkowanie przedmiotu odbioru zgodnie z przeznaczeniem, Zamawiający może odstąpić od umowy lub żądać wykonania przedmiotu odbioru po raz drugi”.

§7 ust. 11 umowy „Stwierdzenie usunięcia ujawnionych przy odbiorze robót budowlanych braku wad istotnych stanowi podstawę podpisania protokołu odbioru końcowego robót budowlanych”.

Zamawiający wprowadził do umowy postanowienia dotyczące waloryzacji wynagrodzenia o następującej treści:

§15 ust. 9 umowy „Zamawiający dopuszcza dwukrotną waloryzację wynagrodzenia, przy czym pierwsza może nastąpić nie wcześniej niż po upływie 6 miesięcy od dnia zawarcia umowy. Wykonawca uprawniony jest, o ile zaistnieją przesłanki, do wystąpienia z następnym wnioskiem o waloryzację wynagrodzenia nie wcześniej niż po upływie pełnych 6 miesięcy od daty ostatniej zmiany umowy w wyniku waloryzacji przeprowadzonej na niniejszych zasadach, poprzedzającej wystąpienie z wnioskiem”.

§15 ust. 14 umowy „Waloryzacja nie obejmuje wynagrodzenia za roboty dodatkowe i zamienne w całym okresie realizacji umowy”

§15 ust. 16 umowy „Przez zmianę ceny materiałów lub kosztów rozumie się wzrost odpowiednio cen lub kosztów, jak ich obniżenie, względem ceny lub kosztu przyjętych w celu ustalenia wynagrodzenia Wykonawcy zawartego w ofercie w wysokości wynikającej z wyliczenia:

przy wzroście wskaźnika GUS:  $W \times (Ww\% - 5\%) = Wz1$ , przy spadku wskaźnika GUS:  $W \times (Ws\% - 5\%) = Wz2$ , gdzie:

W – wartość prac wykonanych w okresie objętym wnioskiem;

Ww – wartość wzrostu wskaźnika GUS z okresu objętego wnioskiem o zmianę wynagrodzenia;

Ws – wartość spadku wskaźnika GUS z okresu objętego wnioskiem o zmianę wynagrodzenia;

Wz1 - wartość zmiany umowy (podwyższenia kwoty wynagrodzenia); Wz2 - wartość zmiany umowy (obniżenie kwoty wynagrodzenia)”.

powiązany z §15 ust. 12 umowy „Zmiana wynagrodzenia, o której mowa w ust. 8 może mieć miejsce w sytuacji kiedy wzrost lub spadek wskaźnika GUS przekroczy poziom 5 % w okresie 6 miesięcy od dnia podpisania umowy”.

§15 ust. 21 umowy „Maksymalna łączna wartość zmian wynagrodzenia, w całym okresie obowiązywania umowy, wynikających z waloryzacji wynagrodzenia spowodowanych zmianą cen materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia nie może przekroczyć 5 % wysokości wynagrodzenia brutto Wykonawcy określonego w § 6 ust. 1”.

Odwołujący podkreślił, że ustawodawca zobowiązał zamawiającego na podstawie art. 439 ust. 1 i ust. 2 ustawy do uwzględnienia w umowie o roboty budowlane zasad wprowadzania zmian wysokości wynagrodzenia należnego wykonawcy, w przypadku zmiany cen lub kosztów związanych z realizacją zamówienia. Należy także podkreślić, że wykonawca na podstawie art. 439 ust. 5 ustawy jest zobowiązany odpowiednio zwaloryzować wynagrodzenie podwykonawcy.

Odwołujący nadmienia, że pomimo, że ustawodawca dał zamawiającemu względną swobodę co do ustalenia szczegółów związanych z wprowadzaniem mechanizmu waloryzacyjnym, to swoboda zamawiającego nie ma w tym przypadku charakteru nieograniczonego. Zgodnie z założeniem ustawodawcy taka swoboda podyktowana jest bowiem

wyłącznie tym, że zamawiający jako gospodarz postępowania posiada najszerszą wiedzę co do specyfiki zamówienia, mając możliwość dobrania najskuteczniejszych wskaźników waloryzacyjnych (zob. Uzasadnienie do rządowego projektu ustawy – Prawo zamówień publicznych, Sejm VIII kadencji, druk Nr 3624, s. 84). Postanowienia waloryzacyjne nie mogą jednak sprowadzać się jedynie do formalnego wypełnienia obowiązku ich zawarcia w umowie, lecz powinny pozwalać na rzeczywiste ich zastosowanie podczas realizacji zamówienia.

Jak podkreślono przy tym, w dokumencie pn. Przykładowe klauzule waloryzacyjne dla sektora budownictwa, opracowanym pod auspicjami Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych: „W obecnej sytuacji rynkowej w sektorze budownictwa, charakteryzującej się m.in. dynamicznymi zmianami cen towarów i usług, problemami z realizacją dostaw produktów i ich komponentów, a także brakami kadrowymi, prawidłowe kształtowanie oraz stosowanie waloryzacji umownej nabiera szczególnego znaczenia i jest niezwykle istotne dla uczestników rynku zamówień publicznych”.

Co za tym idzie, wprowadzając klauzule waloryzacyjne w ramach umowy o zamówienie publiczne zamawiający podporządkowany jest temu, aby mechanizm ten realnie działał podczas danej realizacji. Idea mechanizmu waloryzacyjnego musi być więc każdorazowo skutecznie wdrożona, nie mogąc być limitowaną przez dowolnie wprowadzane warunki, ograniczające bądź wyłączające jej skuteczność. Co więcej, a co wynika z ogólnych zasad udzielania zamówień publicznych, formułując klauzule waloryzacyjne zamawiający podporządkowany jest też zasadzie proporcjonalności i przejrzystości, która w odniesieniu do omawianego postanowienia umownego powinna ustalić czy określony przez

zamawiającego sposób waloryzowania wynagrodzenia pozwoli na realne przywrócenie równowagi ekonomicznej stron stosunku zobowiązaniowego.

Odwołujący zwrócił uwagę na fakt, że uregulowane w treści art. 439 ustawy przesłanki waloryzacji stanowią konkretne narzędzie dostosowania stosunku prawnego w celu przywrócenia stanu równowagi ekonomicznej między stronami umowy o zamówienie publiczne, który może zostać zachwiany ze względu na istotne czynniki zewnętrzne, na które żadna ze stron stosunku prawnego nie ma wpływu. Istnienie konieczności uwzględnienia w umowach o zamówienie publiczne tzw. „klauzuli waloryzacyjnej” z zasady ma niwelować więc stan podwyższonego ryzyka występującego w odniesieniu do stron stosunku prawnego, ale też ma za zadanie minimalizować negatywne konsekwencje zaistnienia okoliczności, na które strony nie mają wpływu. Ostatecznie, uwzględnienie klauzuli waloryzacyjnej urealnia poziom wynagrodzenia wykonawcy w porównaniu z rzeczywiście wykonanymi przez niego pracami, których wartość była oszacowana na wcześniejszym etapie, tj. zanim doszło do istotnej zmiany. Odwołujący celowo posługuje się sformułowaniami ogólnymi, takimi jak „ekwiwalentność” czy „urealnienie”, ponieważ wbrew powszechnemu przekonaniu klauzula waloryzacyjna nie stanowi wyłącznie o konieczności podwyższenia wynagrodzenia wykonawcy. W zależności bowiem od okoliczności, może przecież odnosić się zarówno do podwyższenia, jak i do obniżenia wynagrodzenia. W konsekwencji, zapewniona jest równość stron stosunku prawnego i rozkład ryzyk kontraktowych, z korzyścią zarówno dla wykonawcy, jak i zamawiającego.

Urealnienie poziomu wynagrodzenia wykonawcy i zapewnienie równego (czy choćby symetrycznego) rozkładu ryzyk kontraktowych zyskuje na znaczeniu w szczególności w aktualnej sytuacji gospodarczej. Ostatnie kilkanaście miesięcy przyniosło branży budowlanej wiele kluczowych zmian, które w istotny sposób zmieniły podejście wykonawców do składanych w postępowaniach ofert. Negatywne skutki trwającej wojny nie tylko nie omijają rynku budowlanego, ale oddziałują na niego w sposób i w skali dotychczas niewystępującej, co wiąże się chociażby z wahaniami cen surowców i materiałów czy zwiększonymi kosztami pozyskania siły roboczej. W konsekwencji, wykonawcy przystępując do procesu ofertowania tym bardziej muszą mieć pewność realnych gwarancji minimalizacji skutków ekonomicznych związanych z możliwymi dalszymi zmianami sytuacji gospodarczej, których nie można obecnie przewidzieć, a które mogą wystąpić w okresie realizacji przedmiotowego zamówienia.

Przekładając powyższą argumentację na grunt skarżonych postanowień umowy, odwołujący akcentuje uchybienia dotyczące jego treści, wymagające zmiany celem zagwarantowania klauzuli waloryzacyjnej realnego charakteru i ukształtowania sposobu waloryzowania wynagrodzenia pozwalającego na realne przywrócenie równowagi ekonomicznej stron stosunku zobowiązaniowego, tj.:

- 1) zastosowanie limitu waloryzacji na poziomie jedynie 5% wynagrodzenia brutto;
- 2) ukształtowania wzoru wyliczenia wartości waloryzacji w taki sposób, że de facto wynagrodzenie nie podlega waloryzacji o wartość wzrostu wskaźnika (np. wzrost przekracza 7%), a jedynie o różnicę pomiędzy wartością wzrostu wskaźnika pomniejszoną o aktywator w postaci 5% (np. wzrost zaledwie o 2% gdy wskaźnik przekroczy 7%);
- 3) dopuszczenie możliwości tylko dwukrotnie waloryzacji wynagrodzenia – co 6 miesięcy (pomimo, że realizacja umowy będzie trwała około 18 miesięcy);
- 4) wyłączenia z możliwości waloryzacji wynagrodzenia za roboty dodatkowe i zamienne. Limit waloryzacji wynagrodzenia

W przedmiocie dynamicznych zmian na rynku budowlanym obszernie wypowiedzieli się w ostatnim czasie autorzy raportu branżowego pt. „Wybuch wojny w Ukrainie a wzrost kosztów realizacji inwestycji budowlanych w Polsce” opracowanym wspólnie przez Partnera Technicznego (CCM) oraz Partnera Prawnego (DLA Piper). Raport uwzględnia wszystkie najważniejsze dane dotyczące zmian cen kluczowych surowców i materiałów wykorzystywanych w budownictwie za okres 24 lutego 2022 r. – 24 lutego 2023 r. Wydanie raportu poprzedzone zostało badaniem rynku, które objęło m.in. wszystkie firmy zrzeszone w Polskim Związku Pracodawców Budownictwa, ogólnopolskiej organizacji firm

infrastrukturalnych i budowlanych. Odpowiedzi respondentów wskazują wprost na istotny wzrost kosztów ponoszonych przez wykonawców w branży budowlanej, ale i na wiele dodatkowych czynników wpływających na ogólne pogorszenie sytuacji.

Jak wskazują dalej autorzy raportu, „W pierwszych tygodniach od wybuchu wojny w lutym 2022 roku ceny ropy naftowej i asfaltów drogowych wzrosły o około 30 proc. W tym czasie cena paliwa ON wrosła o ponad 40 proc., natomiast cena węgla (ARA i RB) była niemal dwukrotnie wyższa niż przed inwazją Rosji na Ukrainę. Choć ceny wszystkich analizowanych gatunków ropy naftowej wróciły do poziomu sprzed wojny już na przełomie lipca i sierpnia 2022 roku, nie odnotowano równie szybkich spadków cen materiałów ropopochodnych, w tym asfaltów drogowych oraz paliw. Ceny asfaltów wróciły do poziomu notowanego przed 24 lutego dopiero w grudniu 2022 roku. Z kolei ceny paliw, stanowiących istotny koszt robót budowlanych, nadal utrzymują się na poziomie co najmniej 20 proc. wyższym niż przed rokiem”.

Odwołujący w tym miejscu wskazał, że postanowienia dotyczące mechanizmu

waloryzacyjnego powinny odnosić się do kluczowych materiałów czy kosztów związanych z daną inwestycją i nie mogą być oderwane od zakresu i skali realizacji oraz celu wprowadzanego mechanizmu, bazującego przede wszystkim na adekwatności i realności. Jak, podkreśla się w tym aspekcie w doktrynie: zamawiający, wprowadzając do umowy odpowiednią klauzulę, ma pozostawioną swobodę określenia jej elementów, mając na względzie w szczególności: specyfikę zamówienia (np. w zakresie określenia, jakie elementy

materiałów i kosztów są kluczowe i w praktyce podlegają dużym wahaniom) (...). Również zmiany cen materiałów muszą dotyczyć tych, które znajdują zastosowanie do wykonania zamówienia, przy czym wydaje się, że pojęcie materiałów należy rozumieć szeroko. W przypadku umowy na roboty budowlane będą to m.in. wszelkie materiały budowlane, instalacyjne, elektryczne, ale też surowce czy nawet urządzenia do wbudowania (...) [tak: Prawo zamówień publicznych. Komentarz, red. M. Jaworska, Legalis 2022].

Poniżej odwołujący przedstawia dane Głównego Urzędu Statystycznego wraz z wypływającymi z nich wnioskami dotyczącymi przeciętnych wzrostów cen w Polsce w poprzednim roku kalendarzowym (tj. grudzień 2022 r. do grudzień 2023 r.):

- 1) Wskaźniki cen produkcji budowlano-montażowej w grudniu 2022 r. (pub. 23.01.2023 r.): „W grudniu 2022 r. w stosunku do listopada 2022 r. zanotowano wzrost cen robót budowlanych specjalistycznych o 0,8%, budowy budynków oraz budowy obiektów inżynierii lądowej i wodnej - po 0,5%. W porównaniu z grudniem 2021 r. podniesiono ceny budowy budynków o 15,4%, budowy obiektów inżynierii lądowej i wodnej - o 14,3%, jak również robót budowlanych specjalistycznych – o 13,1%. (...) 14,3% wzrost cen producentów w

budownictwie w porównaniu z grudniem 2021 r.”

(źródło:

cen\_produkcji\_budowlano-montazowej\_w\_grudniu\_2022\_r.pdf 2) Wskaźniki cen produkcji budowlano-montażowej w styczniu 2023 r.:

„W styczniu 2023 r. w stosunku do grudnia 2022 r. zanotowano niewielki wzrost cen budowy budynków oraz budowy obiektów inżynierii lądowej i wodnej - po 0,1%. Zaobserwowano natomiast spadek cen robót budowlanych specjalistycznych o 0,1%. W porównaniu ze styczniem 2022 r. podniesiono ceny budowy budynków o 14,2%, budowy obiektów inżynierii lądowej i wodnej - o 13,2%, jak również robót budowlanych specjalistycznych – o 11,5%.

(...) 13,1% wzrost cen producentów w budownictwie w porównaniu ze styczniem 2022 r.” (źródło:

cenprodukcji-budowlano-montazowej-w-styczniu-2023-roku,15,50.html)

- 3) Wskaźniki cen produkcji budowlano-montażowej w czerwcu 2023 r. (pub. 20.07.2023 r.): „W czerwcu 2023 r. w stosunku do maja 2023 r. zanotowano wzrost cen budowy obiektów inżynierii lądowej i wodnej oraz robót budowlanych specjalistycznych po 1,0%, a także budowy budynków - o 0,8%. W porównaniu z czerwcem 2022 r. podniesiono ceny budowy obiektów inżynierii lądowej i wodnej (o 11,4%), budowy budynków oraz robót budowlanych specjalistycznych (po 9,8%). (...) 10,4% wzrost cen producentów w budownictwie w

porównaniu z czerwcem 2022 r. poprzedniego roku”

(źródło:)

- 4) Wskaźniki cen produkcji budowlano-montażowej w grudniu 2023 r. (publikacja 19.01.2024 r.):

„W grudniu 2023 r. w stosunku do listopada 2023 r. zanotowano wzrost cen budowy obiektów inżynierii lądowej i wodnej o 0,4%, a robót budowlanych specjalistycznych i budowy budynków po 0,3%. W porównaniu z grudniem 2022 r. podniesiono ceny budowy obiektów inżynierii lądowej i wodnej (o 8,8%), robót budowlanych specjalistycznych (o 6,8%) oraz budowy budynków (o 6,4%) (...) 7,5% wzrost cen producentów w budownictwie w porównaniu z grudniem 2022 r.”

(źródło: )

- 5) Wnioski z opublikowanych danych dotyczących wskaźników cen produkcji budowlano – montaowej:

Ustalony więc przez zamawiającego limit waloryzacji na poziomie zaledwie 5% wartości wynagrodzenia brutto wykonawcy jest zupełnie nieadekwatny i nieproporcjonalny do inwestycji jaką zamierza zrealizować w tym postępowaniu. Nadto, jak wynika z powyższych danych, tak niski limit możliwej waloryzacji wynagrodzenia jest oderwany od realiów rynkowych.

Oparcie mechanizmu waloryzacyjnego na założeniach poczynionych przez zamawiającego sprawia, że rzeczony mechanizm waloryzacyjny jest de facto pozorny, stojący w konsekwencji w sprzeczności z założeniem ustawodawcy i treścią przepisu art. 439 ustawy. Mechanizm ten abstrahuje też od realiów rynkowych i tendencji makroekonomicznych, które zgodnie z wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 25.10.2022 r. (sygn. akt KIO 2532/22, KIO 2536/22, KIO 2544/22) stanowią jeden z elementów będących podstawą oceny prawidłowości działań zamawiającego w tym zakresie.

Wskazując na obowiązujące w budownictwie infrastrukturalnym tendencje rynkowe, Odwołujący podkreślił, że największy publiczny zamawiający w kraju, tj. GDDKiA przewiduje obecnie limit waloryzacji na poziomie 15%. Taka tendencja obserwowana jest zresztą również u innych publicznych zamawiających zlecających zamówienia typu infrastrukturalnego, czyli ponad trzykrotność proponowanego przez zamawiającego limitu waloryzacji (nie więcej niż 5%).

Co więcej, odwołujący podkreślił wymaga, że nawet wskazany 15% limit waloryzacji, stanowiący obecnie pewną „normę” rynkową jest wartością minimalną, co obrazują obecne postulaty branży budowlanej, która domaga się podwyższenia limitu waloryzacji nawet do 20%, co – zgodnie z wiedzą odwołującego – stanowi obecnie przedmiot rozmów i ustaleń z przedstawicielami strony zamawiającej (vide np. [budownictwiezagroza-tysiacom-firm-branza-domaga-sie-](#)

[zmianrzad-milczy-aa-pUan-79yk-wAJ9.html](#)). Odwołujący zwrócił uwagę, że w ciągu ostatnich kilku miesięcy na rynku głośnym echem odbiły się deklaracje rządu dotyczące dodatkowych środków na waloryzację w budownictwie infrastrukturalnym i podjęcie przez wielu wykonawców branży budowlanej negocjacji m.in. z GDDKiA dotyczących podwyższenia limitu waloryzacji z obowiązujących 10% do 15% i 20%. W wielu przypadkach zostały już podpisane aneksy do umów zwiększające limit waloryzacji właśnie do 15%.

Krajowa Izba Odwoławcza kilkakrotnie rozstrzygała odwołania na korzyść Budimex w zakresie dotyczącym postanowień waloryzacji, w tym limitów waloryzacji zastrzeżonych na zbyt niskim, nierynkowym poziomie. Budimex, że stanowisko odwołującego (przywołane także powyżej), że „idea mechanizmu waloryzacyjnego musi być więc każdorazowo skutecznie wdrożona, nie mogąc być limitowaną przez dowolnie wprowadzane warunki, ograniczające bądź wyłączające jej skuteczność. Formułując klauzule waloryzacyjne zamawiający podporządkowany jest też zasadzie proporcjonalności i przejrzystości, które powinna ustalić czy określony przez zamawiającego poziom zmiany ceny (poziom wahania cen) pozwoli na realne przywrócenie równowagi ekonomicznej stron stosunku zobowiązaniowego” podzieliła Krajowa Izba Odwoławcza w jednym z wyroków wydanych na korzyść Budimex (wyrok z dnia 29 lutego 2024 r. (sygn. akt KIO 408/24), gdzie Izba w ramach postępowania o analogicznym przedmiocie zamówienia (budowa przedszkola) jak w tym postępowaniu, orzekła na korzyść Budimex nakazując zamawiającemu modyfikację umowy „z uwzględnieniem okoliczności, że maksymalna zmiana wynagrodzenia umownego w wyniku zastosowania waloryzacji nie może być wyższa niż 15% całkowitego wynagrodzenia umownego”.

Wzór do wyliczenia wartości waloryzacji – obniżenie o poziom aktywatora

Nadto, nierealność przywrócenia równowagi ekonomicznej stron stosunku zobowiązaniowego przy tak ukształtowanej klauzuli waloryzacyjnej potęguje fakt, że ustanowiony przez zamawiającego aktywator waloryzacji na poziomie 5% (§15 ust. 12 umowy „Zmiana wynagrodzenia, o której mowa w ust. 8 może mieć miejsce w sytuacji kiedy wzrost lub spadek wskaźnika GUS przekroczy poziom 5% w okresie 6 miesięcy od dnia podpisania umowy”) został zastosowany we wzorze na wyliczenie poziomu waloryzacji i o ten aktywator wartość waloryzacji ma zostać pomniejszona („przy wzroście wskaźnika GUS:  $W \times (Ww\% - 5\%) = Wz1$ ”). W konsekwencji po przekroczeniu zmiany wartości wskaźnika (aktywowaniu możliwości waloryzacji wynagrodzenia przez wykonawcę) na poziomie 5% waloryzacja nie będzie uwzględniana co do tych 5% wzrostu, a tym samym wartość wynagrodzenia wzrośnie w stopniu minimalnym, nieadekwatnym do faktycznego wzrostu. Mając bowiem na uwadze aktualną sytuację rynkową (wzrost na poziomie 6-10%) waloryzacja będzie ograniczała się w praktyce do poziomu zaledwie 1%-5%. Jest to praktyka

nierynkowa, niestosowana standardowo przez zamawiających, a jednocześnie prowadząca do obejścia przepisów ustawy zobowiązujących zamawiającego do waloryzacji wynagrodzenia odpowiednio do wzrostu cen i materiałów (zachowania równowagi ekonomicznej).

W ocenie odwołującego, wprowadzenie dodatkowych warunków w postaci aktywatora na poziomie 5%, a następnie jeszcze obniżenie wartości waloryzacji o poziom tego aktywatora prowadzi do wniosku, że wynagrodzenie wykonawcy może w ogóle nie podlegać waloryzacji – w całości, lub w tylko w nieznacznej części. W realiach prowadzenia inwestycji budowlanych przez wprowadzenie takich dodatkowych obostrzeń związanych ze skorzystaniem z mechanizmu waloryzacji, zamawiający nie dąży więc do urealnienia tego mechanizmu i dostosowania go do specyfiki danej inwestycji, ale wręcz do jego unicestwienia. Wykonawcy przystępując do niniejszego postępowania pozostają więc w niepewności czy mechanizm waloryzacyjny w ogóle będzie mógł mieć zastosowanie, co stoi w sprzeczności z założeniem ustawodawcy wyartykułowanym przez treść art. 439 ustawy. Z punktu widzenia zamawiającego do głosu może dojść argument związany z relatywnie niską wartością „aktywatora”, ale w odniesieniu do ogólnego całego mechanizmu waloryzacji nie chodzi tylko i wyłącznie o wyeliminowanie konieczności dokonywania waloryzacji przy „niższych”, jak może się wydawać wartościach. W praktyce takie ukształtowanie waloryzacji w umowie prowadzi do całkowitej niemal eliminacji mechanizmu waloryzacyjnego, wbrew przepisom ustawy.

Dwukrotność waloryzacji



Kolejnym warunkiem ograniczającym możliwość waloryzacji jest zupełnie nieuzasadnione uznanie, przez zamawiającego, że waloryzacja wynagrodzenia może zostać zastosowana jedynie dwukrotnie w odstępach 6 miesięcznych w sytuacji, gdy realizacja umowy będzie trwała około 16-18 miesięcy (zakładając, że umowa zostanie zawarta na przełomie 2024/2025 r.). Ograniczenie możliwości zastosowania waloryzacji jedynie dwukrotnie stoi w sprzeczności z podstawowymi celami wprowadzenia waloryzacji i w sposób jaskrawy świadczy o pokrzywdzeniu wykonawcy (mając na uwadze, że waloryzacja jest możliwa zarówno przy spadku jak i wzroście cen). Zamawiający narzuca na wykonawców ograniczenia, które nie zostały przewidziane w ustawie (tj. brak możliwości wielokrotnego waloryzowania wynagrodzenia, tj. powyżej 2x), a które jednocześnie prowadzą do bezpodstawnego wyłączenia obowiązku zamawiającego w postaci waloryzacji wynagrodzenia po upływie około 12 miesięcy od zawarcia umowy wynagrodzenia bez względu na to jaka będzie sytuacja rynkowa (poziomy zmian/wzrostu cen).

Tym samym zamawiający przerzuca na wykonawcę całe ryzyko wzrostu cen i kosztów realizacji umowy po okresie około 12 miesięcy od zawarcia umowy (w sytuacji wykorzystania przez strony dwukrotnej możliwości waloryzacji co 6 miesięcy) i uniemożliwia mu wielokrotną

możliwość waloryzacji, wbrew celowi jakiemu art. 439 ustawy ma służyć, tj. obowiązkowej waloryzacji/zmianie wysokości wynagrodzenia w umowach zawartych na okres dłuższy niż 6 miesięcy. Wykonawca według obecnego brzmienia klauzuli waloryzacyjnej będzie ponosił 100% ryzyka wzrostu kosztów realizacji odnośnie robót wykonywanych na końcowym etapie realizacji zamówienia. Tego rodzaju postanowienie prowadzi do wniosku, że klauzula waloryzacyjna została ukształtowana z naruszeniem zasady swobody umów i równowagi stron, a wykonawca może nie otrzymać wynagrodzenia w wysokości, która odpowiadałaby zasadzie ekwiwalentności świadczeń. Każdy racjonalnie działający profesjonalny wykonawca, działając ze świadomością takich ograniczeń w zakresie możliwości waloryzacji, będzie zmuszony do uwzględnienia w cenie ofertowej ryzyka wzrostu cen, czym zamawiający działa na swoją niekorzyść.

Odwołujący powołał wyrok z dnia 4 kwietnia 2024 r. (sygn. KIO 850/24)

Wyłączenie waloryzacji w zakresie wynagrodzenia za roboty dodatkowe i zamienne

Następnie zamawiający w sposób zupełnie bezzasadny i pozbawiony podstawy prawnej wyłącza z możliwości waloryzacji, część wynagrodzenia wykonawcy, tj. wynagrodzenie należne wykonawcy za roboty dodatkowe i zamienne. Należy wskazać, że ustawodawca w ustawie nie wprowadził tego typu ograniczeń. Wręcz przeciwnie, zgodnie z treścią art. 439 ustawy "umowa, której przedmiotem są roboty budowlane, dostawy lub usługi, zawarta na okres dłuższy niż 6 miesięcy, zawiera postanowienia dotyczące zasad wprowadzania zmian wysokości wynagrodzenia należnego wykonawcy w przypadku zmiany ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia.". Ustawodawca nie wyłączył zatem, z obowiązku waloryzacji wynagrodzenia należnego wykonawcy, żadnej części wynagrodzenia wykonawcy, bez względu na to z jakiego tytułu jest to wynagrodzenia, skoro jest związane z realizacją zamówienia.

Istotą wykonania robót dodatkowych jest to, że są to roboty, których co prawda nie uwzględniono w zamówieniu podstawowym (z różnych przyczyn), ale stały się one niezbędne do realizacji danego zamówienia podstawowego i są wyceniane w momencie, w którym zamawiający zdecyduje się na ich udzielenie albo na podstawie samej treści umowy, albo na podstawie przepisów ustawy.

Zamawiający natomiast ukształtował w umowie roboty dodatkowe i zamienne w następujący sposób:

#### § 14 Zamówienia dodatkowe i roboty zamienne

1. Strony przewidują możliwość wprowadzenia rozwiązań zamiennych w stosunku do rozwiązań przyjętych w dokumentacji projektowej i specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót w zakresie materiałów, parametrów technicznych i technologii wykonania robót budowlanych.
2. Rozwiązania zamienne są możliwe do wykonania w przypadku gdy:
  - 1) niemożliwy jest sposób wykonania elementu robót zgodnie z dokumentacją projektową lub Specyfikacją Techniczną Wykonania i Odbioru Robót;
  - 2) na rynku niemożliwe jest nabycie materiałów, urządzeń i wyposażenia zgodnych z dokumentacją projektową;
  - 3) powstała konieczność zastosowania innych rozwiązań technicznych lub materiałowych ze względu na zmiany obowiązującego prawa lub zmieniających potrzeb zamawiającego ujawnionych po zawarciu umowy.
3. Zamawiający przewiduje możliwość wykonania robót dodatkowych, przy czym za zamówienie dodatkowe należy rozumieć zamówienie, które wykracza poza przedmiot zamówienia określony w szczegółowym opisie przedmiotu zamówienia, dokumentacji projektowej, STWiOR, a które jest niezbędne dla prawidłowego wykonania przedmiotu zamówienia.
4. Wykonawca zobowiązany jest wykonać roboty dodatkowe albo zamienne przy zachowaniu tych samych norm i standardów, jakie obowiązują dla przedmiotowej umowy.
5. Wystąpienie robót dodatkowych albo zamiennych wymaga wcześniejszego pisemnego uzgodnienia z zamawiającym w protokole konieczności na roboty dodatkowe albo zamienne. W przypadku robót dodatkowych konieczne jest przygotowanie przez Wykonawcę kosztorysu ofertowego opracowanego metodą szczegółową z zachowaniem parametrów cenotwórczych przedstawionych w ofercie przetargowej.

6. Rozliczenie robót dodatkowych następuje na podstawie zaakceptowanego przez zamawiającego kosztorysu ofertowego na roboty dodatkowe.
7. Zamawiający zastrzega sobie prawo do negocjowania ceny przedstawionej w kosztorysie ofertowym na roboty dodatkowe.
8. Wprowadzenie zamówień dodatkowych wymaga aneksu do umowy. Wykonawca nie może odmówić wykonania zamówienia dodatkowego lub wprowadzenia rozwiązań zamiennych jeżeli ich wykonanie jest konieczne dla realizacji umowy zgodnie z zasadami wiedzy technicznej lub spowoduje obniżenie kosztów realizacji zadania przy zachowaniu tych samych standardów technicznych.

Z powyższego wynika zatem, że wykonawca będzie zobowiązany do zrealizowania robót dodatkowych i robót zamiennych, analogicznie jak w przypadku zamówienia podstawowego skalkulowanego w ramach oferty („zachowaniu tych samych norm i standardów, jakie obowiązują dla przedmiotowej umowy”, „z zachowaniem parametrów cenotwórczych przedstawionych w ofercie przetargowej”), ale całe ryzyko wahań cen materiałów i kosztów związanych z realizacją tych robót zostało przerzucone na wykonawcę, wbrew treści przepisów ustawy. Nie ulega bowiem wątpliwości, że roboty dodatkowe i roboty zamienne są związane z realizacją zamówienia, a niekiedy nawet konieczne do prawidłowej realizacji

zamówienia i w ramach danego zamówienia należy się za nie wykonawcy odpowiednie wynagrodzenie.

Co więcej, takie ukształtowanie postanowień dotyczących braku możliwości waloryzacji wynagrodzenia za roboty dodatkowe i zamienne powoduje, że wykonawca de facto będzie obciążony konsekwencjami i odpowiedzialnością za działania i zaniechania zamawiającego, w postaci braku możliwości zmiany wartości swojego wynagrodzenia, np. gdy powstała konieczność zastosowania innych rozwiązań ze względu na zmianę potrzeb zamawiającego, nie zostały określone w dokumentacji przez zamawiającego, ale są niezbędne do realizacji zamówienia lub nie jest możliwe wykonanie robót zgodnie z dokumentacją sporządzoną przez zamawiającego (np. STWiORB). W ocenie odwołującego taką klauzulę należy uznać za abuzywną, określoną w art. 433 pkt 3) ustawy.

Nadto, może prowadzić do nadużyć ze strony zamawiającego, który w trakcie realizacji umowy będzie domagał się realizowania dużej ilości robót zamiennych i/lub robót dodatkowych, a następnie odmawiał waloryzacji znacznej części wynagrodzenia wykonawcy, gdy wykonawca wystąpi z takim wnioskiem w przypadku wzrostu cen materiałów i kosztów. W ten sposób Zamawiający, wbrew celowi wprowadzenia art. 439 ustawy jakim miało być przywrócenie równowagi ekonomicznej stron stosunku zobowiązaniowego, przerzuca w tym zakresie na wykonawcę całe ryzyko ekonomiczne realizacji umowy. Działając także na swoją niekorzyść, bowiem wykonawcy nie będą skłonni negocjować cen z zamawiającym lub ceny te zostaną skalkulowane na wyższym poziomie (zgodnie z § 14 ust. 7 umowy) skoro wynagrodzenie za roboty dodatkowe i zmienne nie będzie mogło być objęte waloryzacją.

W konsekwencji, proponowany przez zamawiającego sposób waloryzacji wynagrodzenia wykonawcy, czyni przewidziany mechanizm waloryzacyjny nieefektywnym. Takie działanie nie zasługuje na aprobatę również z tego względu, że nieefektywny mechanizm waloryzacyjny oznaczać będzie, że rezerwy wynikające tak z braku możliwości waloryzowania cen materiałów i elementów kosztotwórczych, wykonawcy zmuszeni będą w kalkulować w cenę ofertową. W sposób oczywisty sytuacja taka nie jest korzystna dla samego zamawiającego i celu prowadzenia postępowania jakim jest zabezpieczenie prawidłowości wydatkowania środków publicznych i zapewnienie maksymalnej porównywalności składanych ofert.

Odwołujący podkreślił konieczność korekty mechanizmu waloryzacyjnego przewidzianego przez zamawiającego w ramach umowy.

Odwołujący wskazał raz jeszcze, że postanowienia waloryzacyjne nie mogą sprowadzać się jedynie do formalnego wypełnienia obowiązku ich zawarcia w umowie, lecz powinny pozwalać na rzeczywiste ich zastosowanie podczas realizacji zamówienia (tak: Prawo zamówień publicznych. Komentarz, red. M. Jaworska, Legalis 2022), co w przedmiotowym

przypadku – z uwagi na uwagi poczynione we wcześniejszej części uzasadnienia – nie zostało przez zamawiającego zagwarantowane.

Doprowadzenie do takiej sytuacji w sposób oczywisty niweczy też cel przepisu art. 439 ustawy, którego zadaniem było zabezpieczenie interesów obu stron umowy, w tym również interesów zamawiającego. Prawidłowe stosowanie klauzul waloryzacyjnych pozwala zamawiającemu na ponoszenie rzeczywistych kosztów wykonania zamówienia, nieobciążonych narzutem związanym z koniecznością ujęcia w cenę ryzyka ich wzrostu (por. Prawo zamówień publicznych. Komentarz, red. M. Jaworska, Legalis 2022).

Wniósł o modyfikację postanowień umowy przez nadanie im następującego brzmienia: §15 ust. 9 umowy ”Zamawiający dopuszcza dwukrotną waloryzację wynagrodzenia, przy czym pierwsza może nastąpić nie wcześniej niż po upływie 6 miesięcy od dnia zawarcia umowy. Wykonawca uprawniony jest, o ile zaistnieją przesłanki, do wystąpienia z kolejnymi wnioskami następnym wnioskiem o waloryzację wynagrodzenia nie wcześniej niż po upływie pełnych 6 miesięcy od daty ostatniej zmiany umowy w wyniku waloryzacji przeprowadzonej na niniejszych zasadach, poprzedzającej wystąpienie z wnioskiem”.

§15 ust. 14 umowy ”Waloryzacja nie obejmuje wynagrodzenia za roboty dodatkowe i zamienne w całym okresie realizacji umowy” – usunięcie postanowienia umowy

§15 ust. 16 umowy „Przez zmianę ceny materiałów lub kosztów rozumie się wzrost odpowiednio cen lub kosztów, jak ich obniżenie, względem ceny lub kosztu przyjętych w celu ustalenia wynagrodzenia Wykonawcy zawartego w ofercie w wysokości wynikającej z wyliczenia:

przy wzroście wskaźnika GUS:  $W \times (Ww\% - 5\%) = Wz1$ , przy spadku wskaźnika GUS:  $W \times (Ws\% - 5\%) = Wz2$ , gdzie:

W – wartość prac wykonanych w okresie objętym wnioskiem;

Ww – wartość wzrostu wskaźnika GUS z okresu objętego wnioskiem o zmianę wynagrodzenia;

Ws – wartość spadku wskaźnika GUS z okresu objętego wnioskiem o zmianę wynagrodzenia;

Wz1 - wartość zmiany umowy (podwyższenia kwoty wynagrodzenia); Wz2 - wartość zmiany umowy (obniżenie kwoty wynagrodzenia)“.

§15 ust. 21 umowy „Maksymalna łączna wartość zmian wynagrodzenia, w całym okresie obowiązywania umowy, wynikających z waloryzacji wynagrodzenia spowodowanych zmianą cen materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia nie może przekroczyć 15 % wysokości wynagrodzenia brutto Wykonawcy określonego w § 6 ust. 1“.

Alternatywnie: §15 ust. 21 umowy „Maksymalna łączna wartość zmian wynagrodzenia, w całym okresie obowiązywania umowy, wynikających z waloryzacji wynagrodzenia

spowodowanych zmianą cen materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia nie może przekroczyć 10 % wysokości wynagrodzenia brutto Wykonawcy określonego w § 6 ust. 1“.

Zamawiający wprowadził do projektu umowy postanowienia o następującej treści:

§9 ust. 6 umowy „Maksymalna wysokość kar nie może przekroczyć 25% wynagrodzenia umownego netto, określonego w § 6 ust. 1.“.

Zamawiający określił zatem maksymalną wysokość kar umownych na poziomie aż 25% wartości wynagrodzenia umownego, co w ocenie odwołującego należy uznać za rażąco wygórowaną wysokość limitu zastrzeżonych przez zamawiającego kar umownych.

Odwołujący wskazał, że podstawową funkcją kary umownej jest naprawa szkody wynikłej z niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania pieniężnego. Natomiast takie ukształtowanie postanowień umowy związanych z karami umownymi prowadzi do tego, że obciążenie wykonawcy byłoby nieadekwatne, a kary umowne nie służyłyby kompensacji szkody powstałej u zamawiającego, a zbliżały tak ukształtowane kary umowne do mechanizmu służącego jego nieuzasadnionemu wzbogaceniu.

Odwołujący podniósł, że w ramach orzecznictwa sądów powszechnych podkreśla się, że wysokość nałożonych kar umownych nie może przekraczać wysokości należnego wynagrodzenia, a w sytuacji, w której wysokość kar w stosunku do wartości całego zobowiązania oscyluje w granicach kilkudziesięciu procent wartości umowy (jak w przedmiotowym przypadku), sądy uznają je za nadmierną dolegliwość, świadczącą o ich niewspółmierności w rozumieniu art. 484§2 KC (tak np. wyrok SO w Rzeszowie z dnia 25.09.2019 r.; sygn. akt VI Ga 173/13).

W tym miejscu przytoczył stanowisko jakie zajęła Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 4 września 2018 r. (sygn. akt KIO 1601/18), wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 28 grudnia 2018 r. (sygn. akt KIO 2574/18)

Biorąc pod uwagę powyższe, tj. brak możliwości realnego wyegzekwowania kar umownych przekraczających poziom kilku lub odpowiednio kilkudziesięciu procent wynagrodzenia umownego, a także uwzględniając, że brak wprowadzenia proporcjonalnego limitu kar na obecnym etapie doprowadzi do skalkulowania przez wykonawców znacznie większych ryzyk (co przyczynić się może do nieracjonalnego wydatkowania środków publicznych), odwołujący podkreślił zasadność dokonania modyfikacji treści SWZ (umowy) w tym zakresie (zgodnie z wnioskiem konkretnej modyfikacji poniżej).

Odnosząc się ponownie do kwestii oceny sytuacji rynkowej, odwołujący powołał się na następujące postępowania, w których zamawiający ustalili istotnie niższy poziom procentowy maksymalnej wysokości kar umownych, tj. niższy niż przewidziane przez zamawiającego 25% wartości wynagrodzenia umownego netto:

1) Postępowanie pn.: „Budowa Gminnego Centrum Przesiadkowego w Sokółce”, Zamawiający: Gmina Sokółka, ogłoszenie nr 2022/S 140-396285 z dnia 22.07.2022 r.:

• § 25 ust. 4 umowy: „Łączna wysokość kar umownych, o których mowa w ustępach poprzedzających wynosi maksymalnie 10% wartości wynagrodzenia brutto”;

2) Postępowanie pn.: „Przebudowa budynku Domu Studenta nr 10 przy ul. Kanafojskiego 10 Uniwersytetu Warmińsko-Mazurskiego w Olsztynie”, Zamawiający: Uniwersytet Warmińsko Mazurski w Olsztynie, ogłoszenie nr

2022/BZP 00484893/01 z dnia 08.12.2022 r.:

• § 8 ust. 5 umowy: „Łączna wysokość kar umownych, których Zamawiający może dochodzić od Wykonawcy, wynosi 15 % wartości umowy określonej w § 3 ust. 1 umowy”;

3) Postępowanie pn.: „Budowa budynku dla Sądu Rejonowego w Legionowie i Prokuratury Rejonowej w Legionowie przy ul. Jana III Sobieskiego 47 i 47A z koniecznymi rozbiórkami wraz z zagospodarowaniem terenu i niezbędną infrastrukturą”, Zamawiający: Sąd Apelacyjny w Warszawie oraz Prokuratura Okręgowa Warszawa - Praga w Warszawie, ogłoszenie nr 2023/S 043-125850 z dnia 01.03.2023 r.:

• § 25 ust. 8 umowy: „Z zastrzeżeniem ust. 4, łączna wysokość naliczanych kar umownych ze wszystkich tytułów określonych w umowie nie przekroczy 15% Wynagrodzenia brutto określonego w § 18 ust. 1 umowy”.

Wniósł o modyfikację treści SWZ (postanowień umowy) w następujący sposób:

§9 ust. 6 umowy "Maksymalna wysokość kar nie może przekroczyć 10% wynagrodzenia umownego netto, określonego w § 6 ust. 1."

Alternatywnie:

§9 ust. 6 umowy "Maksymalna wysokość kar nie może przekroczyć 15% wynagrodzenia umownego netto, określonego w § 6 ust. 1."

Zamawiający wprowadził do projektu umowy postanowienia o następującej treści:

§11 ust. 4. umowy „W wypadku odstąpienia od umowy Wykonawcę oraz zamawiającego obciążają następujące obowiązki:

- a) Wykonawca zabezpieczy przerwane roboty w zakresie obustronnie uzgodnionym na koszt tej strony, z której to winy nastąpiło odstąpienie od umowy,
- b) Wykonawca zgłosi do dokonania przez zamawiającego odbioru robót przerwanych, jeżeli odstąpienie od umowy nastąpiło z przyczyn, za które Wykonawca nie odpowiada,
- c) w terminie 10 dni od daty zgłoszenia, o którym mowa w pkt b) powyżej, Wykonawca przy udziale zamawiającego sporządzi szczegółowy protokół inwentaryzacji robót w toku wraz z zestawieniem wartości wykonanych robót według stanu na dzień odstąpienia; protokół inwentaryzacji robót w toku stanowić będzie podstawę do wystawienia faktury VAT przez Wykonawcę,
- d) Zamawiający w razie odstąpienia od umowy z przyczyn, za które Wykonawca nie odpowiada, obowiązany jest do dokonania odbioru robót przerwanych oraz przejęcia od

Wykonawcy terenu robót w terminie 10 dni od daty odstąpienia oraz do zapłaty wynagrodzenia za roboty, które zostały wykonane do dnia odstąpienia”.

Zgodnie z powyższymi postanowieniami umowy, zamawiający uregulował kwestie związane z odbiorem robót, przekazaniem terenu robót i wypłatą wynagrodzenia wykonawcy jedynie w przypadku, gdy odstąpienie od umowy nastąpi z przyczyn, za które wykonawca nie odpowiada. Brak jest natomiast określenia obowiązków zamawiającego (jako inwestora) w przypadku odstąpienia od umowy z przyczyn leżących po stronie wykonawcy. Mimo, że wykonawca ponosi odpowiedzialność za odstąpienie od umowy, to w takiej sytuacji zamawiający nadal jest zobowiązany do odebrania prac/robót, które zostały przerwane, ale już w części zrealizowane w sposób prawidłowy przez wykonawcę, przejęcia terenu robót i wypłaty odpowiedniej części wynagrodzenia wykonawcy za wykonane prace. Jednocześnie w takim kształcie postanowienia §11 ust. 4. umowy są niejednoznaczne bowiem w §11 ust. 4. lit c) umowy zamawiający wskazał, że przez strony zostanie sporządzony protokół inwentaryzacji, który będzie stanowił podstawę do wystawienia faktury VAT przez wykonawcę, ale jednocześnie z §11 ust. 4. lit b) i d) umowy wynika, że zgłoszenie odbioru robót, odbiór robót i wypłata wynagrodzenia nastąpi wyłącznie w przypadku, gdy odstąpienie od umowy nastąpiło z przyczyn, za które wykonawca nie odpowiada.

Nadto, mając na uwadze, że przypadki odstąpienia od umowy przez zamawiającego są uregulowane w sposób bardzo ogólny, tj. §11 ust. 1 lit. c umowy „Wykonawca realizuje roboty przewidziane niniejszą umową w sposób niezgodny z niniejszą umową, dokumentacją projektową, specyfikacjami technicznymi lub wskazaniem zamawiającego” to powyższe wskazuje, że każde odstępstwo od stanu idealnego może zostać uznane, za realizację robót w sposób niezgodny z umową. Zamawiający będzie miał de facto arbitralną możliwość decydowania o odstąpieniu od umowy, odbiorze prac i wypłacie wynagrodzenia za wykonaną część zamówienia. Takie ukształtowanie obowiązków stron może zatem prowadzić do nadużyć ze strony zamawiającego, który będzie de facto uprawniony do odstąpienia od umowy z błahych powodów, nawet w przypadku zrealizowania już kluczowych części zamówienia w sposób prawidłowy, i braku zobowiązania do wypłaty wynagrodzenia wykonawcy za zrealizowaną część zamówienia.

Dodatkowo, w razie odstąpienia od umowy zamawiający ma np. prawo do naliczenia kary umownej, do powierzenia prac wykonawcy zastępczemu, ale nie może być uprawniony do wyłączenia swojego podstawowego obowiązku, tj. obowiązku odbioru prac i zapłaty wynagrodzenia wykonawcy.

Wykonawca, w przypadku odstąpienia od umowy, nie powinien być pozbawiony wypłaty części wynagrodzenia, za tę część prac, która wykonał prawidłowo i zgodnie ze sztuką budowlaną. Zamawiający przekazując zakres prac do realizacji innemu podmiotowi, będzie bezpodstawnie wzbogacony o tę część, za którą nie wypłacił wynagrodzenia wykonawcy, a

za którą z przyczyn oczywistych nie uiszczył wynagrodzenia także innemu podmiotowi realizującemu dalszą część zamówienia.

W ocenie odwołującego, takie działanie zamawiającego, w którym może arbitralnie decydować, czy i w jakim przypadku dokona odbioru wykonanych już prac jest sprzeczne z art. 647 KC. W przypadku, w którym wykonawca wykonał swoje zobowiązanie (nawet w części) obowiązkiem zamawiającego, wynikającym z treści art. 647 KC jest dokonanie odbioru tej części prac i wypłata należnego wykonawcy wynagrodzenia. Ustawodawca nie przewidział w tym zakresie fakultatywności umożliwiającej przyjmowanie przez zamawiającego dowolnie obranego sposobu, w tym arbitralnego decydowania lub nie o odbiorze wykonanych prac. Każdorazowo jeśli przedmiot umowy o roboty budowlane wypełnia treść zobowiązania wynikającego z dokumentacji i umożliwia zamawiającemu korzystanie z przedmiotu umowy (nawet w części), to obowiązkiem zamawiającego jest dokonanie odbioru wykonanych prac i zapłata wynagrodzenia.

Co istotne, tożsame zasady, nakazujące dokonanie odbioru i wypłatę wynagrodzenia obowiązują tak w przypadku dokonywania odbioru końcowego, jak i odbiorów częściowych. Co za tym idzie, w przypadku odstąpienia od umowy w części, za zrealizowaną część prac należy się wykonawcy wynagrodzenie, a zamawiający jest zobowiązany do odbioru tych prac, jeżeli zostały wykonane zgodnie z umową, zasadami i sztuką budowlaną oraz do wypłaty odpowiedniej części wynagrodzenia wykonawcy za zrealizowane prace. Brak jest podstaw do odmowy odbioru tych prac, bowiem odstąpienie w części dotyczy niewykonanej części umowy, a nie części wykonanej. Poprzez tak ukształtowane postanowienia umowne zamawiający uchyli się od ciężącego na nim, bezwzględnego obowiązku wynikającego z treści art. 647 KC, który wskazuje, że jednym z podstawowych obowiązków inwestora, w tym wypadku zamawiającego, w ramach umowy o roboty budowlane jest dokonanie odbioru robót.

Z analogiczną sytuacją dotyczącą uregulowania postanowień umowy związanych z odstąpieniem od umowy w części (brak obowiązku odebrania wykonanej części prac i zapłaty wynagrodzenia wykonawcy za tę część) Odwołujący miał do czynienia w opublikowanym niedawno postępowaniu „Budowa Magazynu Energii Elektrycznej w Żarnowcu”, numer postępowania: POST/PGE/INW 14/DZ/00205/2024”, gdzie w wyniku złożonego przez Budimex S.A. odwołania, Krajowa Izba Odwoławcza orzekła na korzyść odwołującego uznając takie ukształtowanie umowy za nieprawidłowe i nakazując jej modyfikację. Krajowa Izba Odwoławcza wskazała, że odbiór prac wykonanych nie jest uprawnieniem zamawiającego, które może sobie zastrzec w umowie (gdzie dowolnie może decydować czy dokona odbioru), ale jego obowiązkiem wynikającym z przepisów powszechnie obowiązującego prawa (wyrok z dnia 16 sierpnia 2024 r., sygn. KIO 2631/24 - niepublikowany).

Odwołujący wniósł o modyfikację postanowień umowy przez nadanie im następującego brzmienia:

§11 ust. 4. umowy „W wypadku odstąpienia od umowy Wykonawcę oraz zamawiającego obciążają następujące obowiązki:

- a) Wykonawca zabezpieczy przerwane roboty w zakresie obustronnie uzgodnionym na koszt tej strony, z której to winy nastąpiło odstąpienie od umowy,
- b) Wykonawca zgłosi do dokonania przez zamawiającego odbioru robót przerwanych, jeżeli odstąpienie od umowy nastąpiło z przyczyn, za które Wykonawca nie odpowiada,
- c) w terminie 10 dni od daty zgłoszenia, o którym mowa w pkt b) powyżej, Wykonawca przy udziale zamawiającego sporządzi szczegółowy protokół inwentaryzacji robót w toku wraz z zestawieniem wartości wykonanych robót według stanu na dzień odstąpienia; protokół inwentaryzacji robót w toku stanowić będzie podstawę do wystawienia faktury VAT przez Wykonawcę,
- d) Zamawiający w razie odstąpienia od umowy z przyczyn, za które Wykonawca nie odpowiada, obowiązany jest do dokonania odbioru robót przerwanych oraz przejęcia od Wykonawcy terenu robót w terminie 10 dni od daty odstąpienia oraz do zapłaty wynagrodzenia za roboty, które zostały wykonane do dnia odstąpienia”.

Zamawiający w ramach umowy wprowadził postanowienia o następującej treści:

§6 ust. 2 umowy „Wynagrodzenie ryczałtowe o którym mowa w ust 1. obejmuje wszystkie koszty związane z realizacją robót objętych dokumentacją projektową oraz specyfikacją techniczną wykonania i odbioru robót w tym ryzyko Wykonawcy z tytułu oszacowania wszelkich kosztów związanych z realizacją przedmiotu umowy, a także oddziaływania innych czynników mających lub mogących mieć wpływ na koszty”.

§6 ust. 3 umowy „Niedoszacowanie, pominięcie oraz brak rozpoznania zakresu przedmiotu umowy nie może być podstawą do żądania zmiany wynagrodzenia ryczałtowego określonego w ust. 1 niniejszego paragrafu”.

Odnosząc się do tak zdefiniowanych postanowień odwołujący podkreślił, że opis przedmiotu zamówienia, co wprost determinuje dyspozycja art. 99 ust. 1 ustawy powinien pozwolić każdemu z potencjalnie zainteresowanych danym zamówieniem wykonawcom, przygotowanie i złożenie ważnej oferty, w tym umożliwić precyzyjne obliczenie ceny za jego realizację. Zamawiający formułując opis przedmiotu zamówienia powinien w związku z tym posługiwać się dostatecznie dokładnymi i zrozumiałymi określeniami oraz uwzględniać wszystkie wymagania i okoliczności mogące

mieć wpływ na sporządzenie oferty, mając na uwadze to, że perspektywą decydującą dla oceny, czy wytyczne te zostały zachowane, jest perspektywa wykonawcy. Takie stanowisko potwierdził m.in. SO w Zielonej Górze w wyroku z dnia 13 maja 2005 r. (sygn. akt II Ca 109/05), oraz Sąd Okręgowy w Gdańsku w wyroku z dnia 27 listopada 2006 r. (sygn. akt III Ca 1019/06).

Natomiast zgodnie z treścią art. 433 ust. 1 pkt 3) ustawy „Projektowane postanowienia umowy nie mogą przewidywać: (...) 3) odpowiedzialności wykonawcy za okoliczności, za które wyłączną odpowiedzialność ponosi zamawiający”.

Przekładając powyższe na grunt kwestionowanych postanowień odwołujący wskazał, że zamawiający za ich pośrednictwem zdaje się uchylać od odpowiedzialności za prawidłowe przygotowanie opisu przedmiotu zamówienia, które jak wyraźnie wynika z poczynionych powyżej uwag jest jego wyłączną prerogatywą. Nie ulega wątpliwości, że to zamawiający jest gospodarzem tego postępowania i w sposób arbitralny decyduje o ukształtowaniu dokumentacji postępowania. Jednocześnie w treści umowy tak ukształtował jej postanowienia, że de facto przerzuca na wykonawcę odpowiedzialność za dokumentację, którą sam wytworzył, w tym za ich poprawności i kompletności. Zamawiający usiłuje przerzucić na wykonawców w zasadzie nieograniczony katalog ryzyk związanych z nieprecyzyjnością i brakami w opisie przedmiotu zamówienia, narzucając, że wynagrodzenie ryczałtowe należne wykonawcy ma konsumować wszelkie prace związane z realizacją zamówienia, które okażą się niezbędne, nawet jeśli nie wynikają one z przekazanej dokumentacji. Tak określony zakres zobowiązań nałożonych na wykonawcę nie tylko narusza jego prawa podmiotowe ale też generuje ryzyko całkowitej nieporównywalności złożonych ofert.

Zamawiający w ramach §6 ust. 2 i 3 umowy definiując zakres kosztów objętych wynagrodzeniem ryczałtowym oraz podstawy do jego zmiany, odnosi się bowiem do „wszelkich kosztów” i konieczności „rozpoznania zakresu przedmiotu umowy” w żaden sposób nie ograniczając obowiązków wykonawców w tym zakresie do informacji i danych możliwych do pozyskania na etapie kalkulacji oferty, w tym w szczególności wynikających z dostarczonego przez zamawiającego opisu przedmiotu zamówienia.

Jakkolwiek więc odwołujący akceptuje konieczność wszechstronnej analizy opisu przedmiotu zamówienia, i kalkulacji kosztów realizacji zamówienia na jej podstawie, to analiza ta powinna odbywać się wyłącznie w granicach wyznaczonych treścią dokumentacji dostarczonej przez zamawiającego, przy uwzględnieniu etapu postępowania, na którym obecnie się znajdujemy i danych weryfikacyjnych, którymi realnie mogą dysponować wykonawcy. Nie można zatem wymagać od wykonawcy, aby na etapie zawarcia umowy, składał oświadczenie o braku zastrzeżeń i uwag do dokumentacji postępowania przygotowanej przez zamawiającego. Zastrzeżenia i uwagi zgłaszane są na etapie postępowania przetargowego w formie korzystania ze środków ochrony prawnej i zadawania pytań do zamawiającego. Wszelkie zmiany treści dokumentacji, które zostały wprowadzone w wyniku działań ze strony wykonawcy są obowiązujące natomiast jeżeli na etapie realizacji zamówienia okaże się, że dokumentacja postępowania nie jest kompletna lub została sporządzona przez zamawiającego w sposób nieprawidłowy, to brak zgłoszenia

zastrzeżeń/uwag co do treści, a wynikające z okoliczności, których wykonawca nie był w stanie przewidzieć nie może nakładać na niego odpowiedzialności za jej treść, w związku z tym, że nie wniósł uwag lub zastrzeżeń co do jej treści na etapie postępowania przetargowego lub zawarcia umowy.

W konsekwencji, zgodnie z utartą praktyką orzecniczą i realizacyjną maksymalną granicę wyznaczającą zobowiązanie nałożone na wykonawcę stanowią elementy możliwe do przewidzenia na podstawie udostępnionej przez zamawiającego dokumentacji. Wszelkie prace i związane z nimi koszty realizacji zamówienia, których nie dało się wywieźć z udostępnionej dokumentacji, czy istniejących norm i przepisów prawa, siłą rzeczy nie mogą stanowić przedmiotu zamówienia, nie będąc nim objętymi, nie zostaną zatem ujęte w ofercie. Zamawiający domaga się jednak, aby wynagrodzenie obejmowało wszystkie koszty związane z realizacją robót objętych dokumentacją projektową oraz specyfikacją techniczną wykonania i odbioru robót, w tym także niedookreślone, potencjalne i właściwie niemożliwe do przewidzenia koszty związane z oddziaływaniem „innych czynników mających lub mogących mieć wpływ na koszty”.

Dla takich sytuacji ustawodawca przewidział wprost możliwość realizacji robót dodatkowych czy innych zmian w umowie, co oznacza, że postanowienia umowne włączające w zakres zobowiązania wykonawców koszty niemożliwe do przewidzenia lub niewynikające nieopisane, nieujęte (bądź opisane w sposób spreczny bądź niejednoznaczny) w dokumentacji zamówienia nie tylko naruszałyby regulacje dotyczące opisu przedmiotu zamówienia i rozkładu ryzyk umownych, ale też stanowią obejście art. 455 ust. 1 ustawy .

Z takiego zakresu możliwych do nałożenia na wykonawców zobowiązań standardowo zdają sobie zresztą sprawę publiczni zamawiający, którzy taki zakres obowiązków wprost artykułują w ramach projektowanych przez siebie postanowień umownych. Tak przykładowo w postępowaniu pn. „Budowa dwóch hal targowych wraz z infrastrukturą techniczną, murów oporowych, miejsc postojowych wraz z zagospodarowaniem terenu przy ul. Kawalerskiej w Białymstoku” (znak sprawy NDZ.231.17.2019.DM), gdzie zamawiający wyraźnie zaznaczył, że wykonawca ponosi pełną odpowiedzialność za skutki braku lub mylnego rozpoznania warunków realizacji umowy w zakresie możliwym do przewidzenia na podstawie SIWZ. Nie dotyczy to warunków niemożliwych do przewidzenia na etapie składania ofert”.

Odwołujący podkreślił, że wykonawca przygotowuje ofertę i kalkuluje jej cenę (wraz z ryzykiem realizacji zamówienia) na podstawie przygotowanej przez zamawiającego dokumentacji. Brak realizacji zamówienia w terminie lub w sposób nienależyty jest obciążony odpowiedzialnością odszkodowawczą, w tym naliczeniem wykonawcy kar umownych. Tym samym zaistnienie rozbieżności, niekompletności lub błędów w dokumentacji, za które odpowiedzialny jest zamawiający lub okoliczności niemożliwych do przewidzenia nie

powinno generować odpowiedzialności wyłącznie po stronie wykonawcy. Takie działanie zamawiającego stanowi wręcz

rażące nadużycie pozycji dominującej zamawiającego i w ocenie odwołującego nie zasługuje na akceptację.

Powyższe potwierdza orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej, przykładowo:

wyrok z dnia 30 listopada 2021 r., sygn. KIO 3335/21

wyrok z dnia 19 listopada 2021 r., sygn. KIO 3260/21.

W konsekwencji, zgodnie z utartą praktyką orzeczniczą i realizacyjną maksymalną granicę wyznaczającą zobowiązanie nałożone na wykonawcę stanowią elementy możliwe do przewidzenia na podstawie udostępnionej przez zamawiającego dokumentacji oraz wyłącznie w zakresie, na który wykonawca ma realny wpływ.

Respektując, także jedną z podstawowych zasad udzielania zamówień publicznych zdefiniowaną w art. 16 ustawy, tj. zasadę przejrzystości, wykonawcy muszą na etapie ubiegania się o udzielenie zamówienia dysponować jednoznacznymi i klarownymi informacjami dotyczącymi zakresu nałożonych na nich zobowiązań, które powinny być wprost skorelowane z udostępnionym opisem przedmiotu zamówienia i ogólnodostępnymi informacjami możliwymi do przeanalizowania przez profesjonalnego wykonawcę. Wyeliminowanie postanowień budzących wątpliwości interpretacyjne, sugerujących nałożenie na wykonawców zobowiązań wykraczających poza tak określone ramy, zachęcić może przy tym do uczestnictwa w danym postępowaniu przetargowym, eliminując ryzyko sporów na etapie realizacji zamówienia.

Brak uwzględnienia racjonalnego podejścia do podziału odpowiedzialności stron umowy w tym postępowaniu powoduje, że tak ukształtowany przez zamawiającego sposób ponoszenia odpowiedzialności przez wykonawców oznaczać będzie, że wykonawcy zmuszeni będą wkalkulować w cenę ofertową bardzo wysokie koszty ryzyka realizacji zamówienia. Brak należytego ustalenia zasad odpowiedzialności skutkować może tym, że podmiot, który ma możliwość złożenia konkurencyjnej cenowo oferty, nie uczyni tego ze względu na postanowienia umowne zakładające właściwie nieograniczoną odpowiedzialność wykonawcy. W sposób oczywisty sytuacja taka nie jest korzystna dla samego zamawiającego i celu prowadzenia postępowania jakim jest zabezpieczenie prawidłowości wydatkowania środków publicznych i zapewnienie maksymalnej porównywalności składanych ofert.

Wniósł o modyfikację treści umowy przez nadanie jej następującego brzmienia:

§6 ust. 2 umowy „Wynagrodzenie ryczałtowe o którym mowa w ust 1. obejmuje wszystkie koszty związane z realizacją robót objętych dokumentacją projektową oraz specyfikacją wykonania i odbioru robót w tym ryzyko Wykonawcy z tytułu oszacowania wszelkich kosztów związanych z realizacją przedmiotu umowy, a także oddziaływania innych czynników mających lub mogących mieć wpływ na koszty. W celu uniknięcia wątpliwości

strony oświadczają, że wystąpienie okoliczności, których Wykonawca jako podmiot profesjonalny nie mógł przewidzieć na etapie składania oferty w oparciu o dokumentację udostępnioną przez zamawiającego, uprawnia Wykonawcę do roszczenia o zwiększenie wynagrodzenia oraz zmianę terminu wykonania przedmiotu umowy”.

§6 ust. 3 umowy „Niedoszacowanie, pominięcie oraz brak rozpoznania zakresu przedmiotu umowy nie może być podstawą do żądania zmiany wynagrodzenia ryczałtowego określonego w ust. 1 niniejszego paragrafu, z zastrzeżeniem, że przedmiotowe postanowienie ograniczone jest do czynności i informacji, możliwych do przeprowadzenia i zidentyfikowania przez działającego z należytą starannością Wykonawcę na etapie składania oferty”.

Zamawiający w ramach umowy wprowadził postanowienia o następującej treści:

§4 ust. 1 umowy „Do obowiązków Wykonawcy należy: (...) 16) Uporządkowanie terenu budowy po zakończeniu robót, zaplecza budowy, jak również terenów sąsiadujących zajętych lub użytkowanych przez Wykonawcę w tym dokonania na własny koszt renowacji zniszczonych lub uszkodzonych w wyniku prowadzonych prac obiektów, fragmentów terenu dróg, nawierzchni lub instalacji; (...) 20) Ponoszenie wyłącznej odpowiedzialności za wszelkie szkody będące następstwem niewykonania lub nienależytego wykonania przedmiotu umowy, które to szkody Wykonawca zobowiązuje się pokryć w pełnej wysokości.”

§9 ust. 5 umowy „Strony postanawiają, że Wykonawca ponosi pełną i niczym nieograniczoną odpowiedzialność za nienależyte wykonanie zamówienia będącego przedmiotem niniejszej umowy oraz za wszelkie szkody wyrządzone przez swoich pracowników, Podwykonawców lub inne osoby z nim współpracujące”.

Powyższe postanowienia umowy oznaczają, że zamawiający nie przewidział postanowień ograniczających odpowiedzialność wykonawcy. Tym samym zamawiający wykorzystując swoją pozycję dominującą w postępowaniu próbuje wskazanymi postanowieniami umowy przerzucić na wykonawcę w całości ryzyko wszelkich szkód powstałych w związku z realizacją umowy, bez możliwości zwolnienia się z odpowiedzialności.

Odwołujący jest świadomy tego, że przepisy ustawy modyfikują zasadę równości stron stosunku zobowiązaniowego i stanowią specyficzne ograniczenie zasady swobody umów. Nierówność stron umowy w sprawie zamówienia publicznego wynika z przepisów ustawy, a w umowie w sprawie zamówienia publicznego zamawiający może formułować postanowienia wyłącznie korzystne dla niego, ale są pewne granice, tj. za niedopuszczalne należałoby uznać wprowadzanie do umowy skrajnie niekorzystnych dla wykonawców postanowień, jak wskazane powyżej.

Odwołujący doskonale zdaje sobie sprawę także z faktu, że ponosi pełną odpowiedzialność za należyte i terminowe

wykonanie zamówienia, natomiast powyższe postanowienia

sprawdają się do przerzucenia na wykonawców wyłącznej i niczym nieograniczonej odpowiedzialności, tj. nawet za okoliczności, za które wykonawca nie ponosi odpowiedzialności, a ponosi odpowiedzialność podmiot trzeci lub za takie, na które wykonawca zupełnie nie ma wpływu, w tym za siłę wyższą.

Zamawiający §4 ust. 1 pkt 16) umowy wskazał, że wykonawca ma zobowiązać się do „dokonania na własny koszt renowacji zniszczonych lub uszkodzonych w wyniku prowadzonych prac obiektów, fragmentów terenu dróg, nawierzchni lub instalacji” natomiast uszkodzenia i zniszczenia mogą nastąpić w wyniku prowadzonych prac, ale nie w wyniku okoliczności, za które wykonawca ponosi odpowiedzialność. W ocenie odwołującego tak dalece idące rozszerzenie odpowiedzialności, tj. nawet za niedookreślone, niekontrolowane działanie podmiotów trzecich lub samego zamawiającego jest obciążeniem niewspółmiernym do zakresu obowiązków wykonawców i rażącym naruszeniem równowagi stron stosunku zobowiązaniowego ze strony zamawiającego, który w ten sposób na etapie realizacji umowy próbuje zrzucić z siebie obowiązek ustalania odpowiedzialności i uniknąć sporu w tym zakresie przez przerzucenie w całości odpowiedzialności na wykonawcę bez względu na zaistniałe okoliczności.

Odwołujący wskazał, że zgodnie z treścią art. 16 ust. 3 ustawy zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób proporcjonalny. Zastosowane przez zamawiającego środki nie powinny wykraczać poza to, co jest niezbędne dla osiągnięcia zakładanego przez niego celu, przez który rozumie się zawarcie umowy na wykonanie przedmiotu zamówienia, które zostaje wszczęte dla zaspokojenia obiektywnie uzasadnionych potrzeb zamawiającego. W związku z tym zasada proporcjonalności odnosi się w szczególności do opisu przedmiotu zamówienia, stawianych wykonawcom wymagań w postępowaniu, które winny być adekwatne do przedmiotu zamówienia i potrzeb zamawiającego, nie powinny nadmiernie i bez uzasadnienia ograniczać prawa wykonawców do udziału w postępowaniu, czy stanowić dla nich zbędnych utrudnień w udziale w postępowaniu i pozyskaniu zamówienia.

Na podstawie art. 472 Kodeksu cywilnego możliwe jest umowne ograniczenie bądź rozszerzenie odpowiedzialności kontraktowej dłużnika. Granicą ograniczenia odpowiedzialności dłużnika jest zgodnie z art. 473 § 2 Kodeksu cywilnego вина умысла, bowiem nieważne jest zastrzeżenie wyłączające odpowiedzialność dłużnika za szkodę wyrządzoną umyślnie.

Odwołujący wskazał, że klauzule limitujące (ograniczające) odpowiedzialność wykonawcy w umowach o roboty budowlane stają się już standardem. Klauzule, które zawierają takie ograniczenia powszechnie występują także w umowach na Ogólnych Warunkach FIDIC np. ograniczenie odpowiedzialności stron przez wyłączenie z rozmiaru szkody, za jaką strony są odpowiedzialne względem siebie, utraconych korzyści oraz dodatkowo kwotowe

ograniczenie odpowiedzialności wykonawcy względem zamawiającego (ograniczenie kwotowe wysokości dochodzonego roszczenia przekraczającego wysokość kar umownych). Przykładem takiej klauzuli jest właśnie Subklauzula 17.6 Warunków Kontraktowych FIDIC (obecnie w edycji z 2017 r. – Subklauzula 1.15). Przewodnik FIDIC wyjaśnia, że uzasadnieniem do uwzględnienia Subklauzuli 17.6 jest zachowanie rozsądnej równowagi pomiędzy różnymi celami stron umowy, z których każda będzie chciała ograniczyć swoją odpowiedzialność, zachowując jednocześnie prawo do pełnego odszkodowania w przypadku niewykonania zobowiązania przez drugą stronę. Podobnie jak w przypadku większości innych form umów w dzisiejszych czasach, jednym z celów wprowadzenia tej Subklauzuli jest pomoc stronom w ocenie ich ryzyka na etapie zawierania umowy. Na poziomie praktycznym ma to na celu umożliwienie stronom zidentyfikowania i ubezpieczenia (w miarę możliwości) ich potencjalnych zobowiązań wynikających z umowy.

W ocenie odwołującego zamawiający powinien zatem zmodyfikować treść umowy i ograniczyć odpowiedzialność wykonawcy, bowiem ustalenie niczym nieograniczonej i wyłącznej odpowiedzialności za wszelkie szkody po stronie wykonawcy (jednej ze stron umowy) powoduje nieuprawnione uprzywilejowanie zamawiającego, nie mieści się w granicach swobody umów i stanowi przejaw czynienia ze swego prawa użytku, który jest sprzeczny z zasadami współżycia społecznego.

Brak uwzględnienia tego standardu w tym postępowaniu powoduje, że tak ukształtowany przez zamawiającego sposób ponoszenia odpowiedzialności przez wykonawców oznaczać będzie, że wykonawcy zmuszeni będą wkalkulować w cenę ofertową bardzo wysokie koszty ryzyka realizacji zamówienia. Brak należytego ustalenia zasad odpowiedzialności skutkować może tym, że podmiot, który ma możliwość złożenia konkurencyjnej cenowo oferty, nie uczyni tego ze względu na postanowienia umowne zakładające nieograniczoną odpowiedzialność wykonawcy. W sposób oczywisty sytuacja taka nie jest korzystna dla samego zamawiającego i celu prowadzenia postępowania jakim jest zabezpieczenie prawidłowości wydatkowania środków publicznych i zapewnienie maksymalnej porównywalności składanych ofert.

Odwołujący wniósł o modyfikację treści umowy przez nadanie jej następującego brzmienia: §4 ust. 1 umowy „Do obowiązków Wykonawcy należy: (...) 16) Uporządkowanie terenu budowy po zakończeniu robót, zaplecza budowy, jak również terenów sąsiadujących zajętych lub użytkowanych przez Wykonawcę w tym dokonania na własny koszt renowacji obiektów, fragmentów terenu dróg, nawierzchni lub instalacji zniszczonych lub uszkodzonych z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy; (...) 20) Ponoszenie wyłącznej

odpowiedzialności za wszelkie szkody będące następstwem niewykonania lub nienależytego wykonania przedmiotu umowy, które to szkody Wykonawca zobowiązuje się pokryć w pełnej wysokości.”

§9 ust. 5 umowy „Strony postanawiają, że Wykonawca ponosi pełną i niczym nieograniczoną odpowiedzialność za nienależyte wykonanie zamówienia będącego przedmiotem niniejszej umowy oraz za wszelkie szkody wyrządzone przez swoich pracowników, Podwykonawców lub inne osoby z nim współpracujące”.



W dniu 26 sierpnia 2024 r. zamawiający poinformował o wniesieniu odwołania.

W dniu 29 sierpnia 2024 r. do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego zgłosił swój udział wykonawca Strabag spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Pruszkowie. Zgłoszenie zostało wniesione przez pełnomocnika działającego na podstawie pełnomocnictwa z dnia 28 listopada 2022 r. udzielonego przez dwóch prokurentów. Do zgłoszenia dołączono dowody jego przekazania stronom.

Przystępujący wskazał, że jest zainteresowany udziałem w przedmiotowym postępowaniu przetargowym i przygotowuje się do złożenia oferty. Ponieważ odwołanie złożone przez odwołującego dotyczy sposobu ukształtowania wzoru umowy, stanowiącego część Specyfikacji Warunków Zamówienia, przystępujący posiada interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść odwołującego. Przystępujący chce bowiem mieć możliwość udziału w postępowaniu, złożenia oferty a następnie zawarcia w przyszłości (jeśli jego oferta uznana zostanie za najkorzystniejszą) prawidłowej, zgodnej z przepisami prawa, umowy. Wynik sprawy może mieć wpływ na zakres praw i obowiązków przystępującego.

Interes przystępującego w przystąpieniu do postępowania odwoławczego przejawia się już w samym zainteresowaniu wynikiem danej sprawy odwoławczej. Przystępujący wskazał na stanowisko Krajowej Izby Odwoławczej w wyroku z dnia 20 stycznia 2014 r., sygn. KIO 5/14, wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 11 kwietnia 2013 r., KIO 712/13, wyroku Krajowej Izby Odwoławczej KIO z 25.03.2013 r., sygn. KIO 237/13, KIO 244/13. Podniósł, że zamawiający w przedmiotowym postępowaniu ukształtował postanowienia wzoru umowy niezgodnie z PZP oraz KC. Takie ukształtowanie postanowień umowy uniemożliwia zawarcie prawidłowej i zgodnej z przepisami PZP umowy o zamówienie publiczne. Przystępujący w pełni popiera stanowisko odwołującego i podziela zarzucane nieprawidłowości SWZ.

Przystępujący wniósł o rozstrzygnięcie odwołania na korzyść odwołującego.

Sygn. akt KIO 3049/24

W dniu 23 sierpnia 2024 r. odwołanie wniósł wykonawca Strabag spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Pruszkowie. Odwołanie zostało wniesione przez pełnomocnika działającego na podstawie pełnomocnictwa z dnia 28 listopada 2022 r. udzielonego przez dwóch prokurentów. Do odwołania dołączono dowód jego przekazania zamawiającemu.

Odwołujący postawił zamawiającemu następujące zarzuty:

#### ODBIÓR BEZUSTERKOWY

1) naruszenie art. 16 pkt 1, 2 i 3 ustawy w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy w zw. z art. 647 kc przez zawarcie w treści załącznika nr 9 do SWZ – wzór umowy w § 7 ust. 8, 10 i 11 postanowień kształtujących tzw. „bezusterkowy” odbiór robót budowlanych, dających zamawiającemu możliwość odmowy dokonania czynności odbioru końcowego w przypadku występowania jakichkolwiek wad, nawet wad o charakterze nieistotnym, podczas gdy zgodnie z treścią przepisów kodeksu cywilnego i utrwalonym orzecznictwem odbiór robót jest podstawowym obowiązkiem zamawiającego, a odmowa jego przeprowadzenia jest możliwa wyłącznie w przypadku wystąpienia wad o charakterze istotnym;

#### LIMIT KAR UMOWNYCH

2) naruszenie art. 436 pkt 3 ustawy w zw. z art. 16 pkt. 1)-3) ustawy i art. 8 ust. 1 ustawy w zw. z art. 353(1) 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, przez wprowadzenie do wzoru umowy w § 9 ust. 6 wygórowanego limitu kar umownych na poziomie równowartości 25 % wynagrodzenia umownego netto, podczas gdy limit na tym poziomie odstaje od realiów rynkowych.

Wniósł o nakazanie zamawiającemu dokonania czynności zmiany SWZ, w szczególności zaś wzoru umowy i załączników do niego w sposób określony poniżej. Jednocześnie odwołujący podkreślił, że:

- zaproponowana przez niego treść zmienionych postanowień SWZ czy wzoru umowy stanowi wyłącznie kierunek zmian, które odwołujący uznaje za adekwatne do podnoszonych zarzutów, bowiem gospodarzem postępowania jest zamawiający;
- odwołujący wniósł o dokonanie zmian zgodnych z zarzutami i kierunkiem określonym we wnioskach tego odwołania w szczególności w SWZ i wzorze umowy, a także w innych dokumentach zamówienia.

#### ODBIÓR BEZUSTERKOWY

1) w związku z zarzutem dotyczącym wprowadzenia w dokumentach zamówienia postanowień stanowiących o zastosowaniu tzw. „bezusterkowego” odbioru wniósł o dokonanie zmian we wzorze umowy, w sposób, który wyeliminuje niezgodne z prawem zasady dokonywania odbiorów. Zaproponował dokonanie w szczególności następujących zmian:

§ 7 ust. 8: W przypadku stwierdzenia w trakcie odbioru wad lub usterek, Zamawiający będzie postępować zgodnie z § 7 ust. 10 niniejszej umowy może odmówić odbioru do czasu ich

usunięcia a Wykonawca usunie je na własny koszt w terminie wyznaczonym przez zamawiającego.

§ 7 ust. 10: Jeżeli w toku czynności odbioru robót budowlanych zostaną stwierdzone wady, to zamawiającemu przysługują następujące uprawnienia:

1) jeżeli wady nadają się do usunięcia i mają charakter wad istotnych (to jest uniemożliwiają one użytkowanie przedmiotu odbioru zgodnie z przeznaczeniem), Zamawiający może odmówić odbioru do czasu usunięcia wad istotnych. Natomiast jeśli wady nadają się do usunięcia i nie mają charakteru wad istotnych, wówczas Zamawiający dokona odbioru, podpisując odpowiedni protokół, jednocześnie wyznaczając Wykonawcy odpowiedni termin na ich usunięcie wad, nie krótszy niż 14 dni, a Wykonawca usunie je na własny koszt;

2) jeżeli wady nie nadają się do usunięcia to:

a) jeżeli są to wady nieistotne, tj. umożliwiają one użytkowanie przedmiotu odbioru zgodnie z przeznaczeniem, Zamawiający dokona odbioru podpisując stosowny protokół, przy czym może obniżyć odpowiednio wynagrodzenie,

b) jeżeli wady mają charakter wad istotnych, tj. uniemożliwiają użytkowanie przedmiotu odbioru zgodnie z przeznaczeniem, Zamawiający może odstąpić od umowy lub żądać wykonania przedmiotu odbioru po raz drugi.

§ 7 ust. 11: Stwierdzenie usunięcia ujawnionych przy odbiorze robót budowlanych wad istotnych stanowi podstawę podpisania protokołu odbioru końcowego robót budowlanych. W przypadku jeśli podczas czynności odbiorowych stwierdzone zostaną wady o charakterze nieistotnym, wówczas Zamawiający dokonuje czynności odbioru i podpisuje protokół odbioru końcowego z jednoczesnym wskazaniem wad, które Wykonawca ma usunąć w odpowiednim terminie wyznaczonym przez zamawiającego, nie krótszym niż 14 dni.

#### LIMIT KAR UMOWNYCH

2) w zakresie naruszenia prawa, polegającego na ustanowieniu wygórowanego, nierynkowego limitu kar umownych, wniósł o dokonanie odpowiedniego obniżenia zastrzeżonego limitu do poziomu rynkowego i nadanie § 9 ust. 6 wzoru umowy następującej treści:

6. Maksymalna wysokość kar nie może przekroczyć 15 % wynagrodzenia umownego netto, określonego w § 6 ust. 1.

Odwolujący wskazał, że posiada interes we wniesieniu odwołania. Odwołujący jest podmiotem profesjonalnie działającym na rynku budowlanym, w tym w sektorze inwestycji realizowanych w trybie ustawy. Postanowienia zawarte w dokumentacji tego postępowania, w szczególności w SWZ i stanowiącym jego część wzorze umowy są niezgodne z ustawą i kodeksem cywilnym. Zamawiający wprowadził do wzoru umowy postanowienia nadużywające jego pozycji, przerzucające na wykonawców nadmierne ryzyka i

odpowiedzialność. Dotyczy to w szczególności „bezusterkowych” odbiorów oraz ustanowienia limitu kar umownych na nierynkowym, wygórowanym poziomie.

Z uwagi na powyższe, skoro treść dokumentów postępowania, w tym w szczególności wzoru umowy narusza zasady określone ustawą oraz kodeksem cywilnym, odwołujący ma interes w złożeniu odwołania i w dążeniu do zmiany tych postanowień. Odwołujący chciałby mieć możliwość złożenia oferty w tym 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, w tym wynikających z interpretacji określonych w odwołaniu postanowień wzoru umowy.

Odwolujący podkreślił, że jego celem 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. Zwrócił uwagę na treść orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 18 maja 2015 r., sygn. akt: KIO 897/15 i wyrok KIO z dnia 6 listopada 2014 roku, sygn. akt: KIO 2177/14).

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

## ODBIÓR BEZUSTERKOWY

Zamawiający zastosował we wzorze umowy postanowienia, które naruszają prawo przez zastosowanie tzw. „bezusterkowego” odbioru.

Zamawiający wbrew obowiązкови dokonania odbioru końcowego wynikającemu z dyspozycji art. 647 kc, w § 7 ust. 8, 10 i 11 wzoru umowy zawarł postanowienia, które pozwalają mu na

odmowę odbioru w przypadku stwierdzenia jakichkolwiek wad, niezależnie od tego czy są to wady istotne czy nieistotne. Dokonanie odbioru zostało w zasadzie uzależnione w tej sytuacji od woli zamawiającego, podczas gdy oczywistym jest, że w przedmiocie umowy mogą wystąpić np. drobne wady, których usunięcie będzie np. niemożliwe lub ekonomicznie nieuzasadnione. Takie wady nie powinny dawać zamawiającemu prawa do odmowy odbioru. Tymczasem brzmienie postanowień wzoru umowy daje zamawiającemu takie uprawnienie. Uprawnienie to wynika z § 7 ust. 8 wzoru umowy, gdzie wprost zamawiający napisał, że: „W przypadku stwierdzenia w trakcie odbioru wad lub usterek, Zamawiający może odmówić odbioru do czasu ich usunięcia a Wykonawca usunie je na własny koszt w terminie wyznaczonym przez zamawiającego”. Tu zamawiający nie różnicuje sytuacji w zależności od charakteru wad lub usterek, ale wszystkie traktuje jednakowo. Może się zatem zdarzyć, że na podstawie tego postanowienia zamawiający odmówi odbioru, jeśli pojawią się drobne wady. Tymczasem wstrzymywanie odbioru z powodu drobnych wad prowadzi do tego, że po stronie wykonawcy pozostaje odpowiedzialność za plac budowy, koszty utrzymania obiektu, etc. Jednocześnie brak odbioru powodować może, że wykonawca nie otrzyma całości należnego mu wynagrodzenia.

Następnie w § 7 ust. 10 wzoru umowy zamawiający określił swoje uprawnienia w przypadku stwierdzenia wad przy odbiorze, jednak podzielił tu wady na „usuwalne” i „nieusuwalne”. Tymczasem to rozróżnienie powinno dodatkowo odnosić się do tego, czy będziemy mieć do czynienia z wadami istotnymi czy nieistotnymi. W trakcie odbioru mogą bowiem wystąpić np. wady usuwalne o istotnym charakterze, tj. takie które uniemożliwiają użytkowanie przedmiotu odbioru zgodnie z przeznaczeniem. Wówczas zamawiającemu mogłoby przysługiwać uprawnienie do odmowy odbioru do czasu usunięcia wad, bowiem nie mógłby korzystać z przedmiotu umowy. Mogą jednak ujawnić się w trakcie odbioru wady usuwalne o charakterze nieistotnym. Takie wady, zgodnie z prawem, nie powinny blokować odbiorów. Podobnie wady nieusuwalne mogą mieć charakter istotny bądź nieistotny. Wady nieusuwalne o charakterze nieistotnym powinny obligować zamawiającego do odbioru i ewentualnie otwierać jego uprawnienie do obniżenia wynagrodzenia w odpowiednim stosunku. Tymczasem wady nieusuwalne o charakterze istotnym mogą prowadzić do odstąpienia bądź żądania wykonania przedmiotu odbioru po raz drugi – cel umowy bowiem nie zostałby osiągnięty.

Postanowienia które we wzorze umowy zastosował zamawiający odwołujący uznał za wprowadzające „odbiori bezusterkowe”, które 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 przez odmowę dokonania odbioru inwestor próbuje wymusić usunięcie wad stwierdzonych na etapie odbioru końcowego przedmiotu umowy, niezależnie od ich charakteru. 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.

W tym miejscu odwołujący przytoczył wyroki Sądu Najwyższego.

Podkreślił, że w orzecnictwie KIO również przyjmuje się, że zamawiający narusza przepisy ustawy w przypadku zastrzeżenia w projekcie umowy postanowień pozwalających na odmowę dokonania odbioru końcowego w przypadku stwierdzenia wad nieistotnych tj. zastrzeżenie odbiorów bezusterkowych. Orzeczenia KIO zapadły co prawda w oparciu o poprzednio obowiązującą ustawę, niemniej jednak obecnie obowiązujące Prawo zamówień publicznych w ustawie z 2019 r. nie wprowadza w tym zakresie odmiennych uregulowań. Przepisy kodeksu cywilnego również nie uległy zmianie. W konsekwencji poglądy zawarte w wyrokach KIO w dalszym ciągu w tym zakresie zachowują aktualność. W tym miejscu przytoczył te wyroki.

Powyższe oznacza, że treść wzoru umowy zaproponowana przez zamawiającego narusza art. 647 kc, gdyż pozostawia

zamawiającemu możliwość uchylecia się od dokonania odbioru końcowego nawet jeżeli wady mają charakter nieistotny (nie wpływają na sposób korzystania z przedmiotu umowy). Odwołujący zaproponował kierunek zmian w części II odwołania i wnosi o jego uwzględnienie.

## LIMIT KAR UMOWNYCH

W drugim z postawionych w odwołaniu zarzutów odwołujący zwrócił uwagę na naruszenie prawa w związku ze sformułowaniem postanowień dotyczących kar umownych. Zdaniem odwołującego Zamawiający określił limit kar umownych we wzorze umowy 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. Limit kar umownych został wskazany w § 9 ust. 6 wzoru umowy na poziomie 25% wynagrodzenia umownego netto. Taki limit jest zdaniem odwołującego wygórowany i odstaje od realiów rynkowych.

Przewidziany w § 9 ust. 6 wzoru umowy limit powinien zatem podlegać obniżeniu. Ustalenie limitu na poziomie 25% wynagrodzenia wykonawcy jest ustaleniem go na rażąco wysokim poziomie. Ustalenie limitu na wysokim poziomie może być traktowane również jako ominięcie klauzuli abuzywnej ustawy. Jest niewątpliwie poziomem ustalonym na rażąco wysokim poziomie, nieadekwatnym do ryzyka i celu ustanawiania kar umownych, a także ich limitu.

W orzecznictwie KIO przyjmuje się, że adekwatny limit kar umownych to nie więcej niż 10-20% wynagrodzenia wykonawcy i w cenie wykonawcy taki limit jest również limitem rynkowym. Przykładowo, odwołujący wskazał umowy o zamówienie publiczne, gdzie zamawiający zastosowali limit na wnioskowanym przez odwołującego poziomie 10-15% wynagrodzenia:

- 10% wynagrodzenia w przetargu Uniwersytetu Gdańskiego, gdzie przedmiotem była:

Budowa wielofunkcyjnej hali sportowej Uniwersytetu Gdańskiego wraz z zagospodarowaniem terenu i niezbędną infrastrukturą zlokalizowanej w Gdańsku przy ul. Wita Stwosza 31/37;

- 10% wynagrodzenia w przetargu Gminy Miasta Elbląg, gdzie przedmiotem jest Rewitalizacji kąpieliska miejskiego w Elblągu;

- 15% wynagrodzenia w przetargu, w którym zamawiającym była Gmina Miasta Toruń, a przedmiotem zamówienia: Budowa Szkoły Podstawowej przy ul. Strzałowej 15 w Toruniu, - 15% wynagrodzenia w przetargu dla Teatru Muzycznego w Poznaniu, którego przedmiotem było: zadanie inwestycyjne pn.: „Budowa nowej siedziby Teatru Muzycznego w Poznaniu”, - 15% wynagrodzenia w przetargu gdzie zamawiającym była Komenda Wojewódzka Policji w Poznaniu, a przedmiotem zamówienia była Budowa Laboratorium Kryminalistycznego Komendy Wojewódzkiej Policji w Poznaniu.

Odwołujący stoi na stanowisku, że limit kar umownych w wysokości 25% 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. Ponośzone 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 wniósł zatem o obniżenie górnego limitu kar umownych do poziomu 15% wynagrodzenia wykonawcy netto, który to limit stanowi wg odwołującego limit na poziomie rynkowym.

W dniu 26 sierpnia 2024 r. zamawiający poinformował o wniesieniu odwołania.

W dniu 29 sierpnia 2024 r. do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego o przystąpił wykonawca Budimex SA z siedzibą w Warszawie. Zgłoszenie zostało wniesione przez pełnomocnika działającego na podstawie pełnomocnictwa z dnia 5 marca 2024 r. udzielonego przez dwóch członków zarządu. Do zgłoszenia dołączono dowody jego przekazania stronom.

Przystępujący wskazał, że posiada interes prawny i faktyczny w przystąpieniu do tego postępowania odwoławczego i rozstrzygnięciu uwzględniającym odwołanie. Wskazał, że zarzuty podniesione w odwołaniu dotyczą zakwestionowania obecnego kształtu postanowień umownych i są w opinii przystępującego w pełni zasadne. Pozostawienie dotychczasowych postanowień treści dokumentacji Postępowania, w tym treści postanowień umowy, narusza bezwzględnie obowiązujące przepisy prawa i równowagę stron umowy, prowadzi do naruszenia praw podmiotowych wykonawców i jednocześnie stanowi wyraz nadużycia prawa zamawiającego do kształtowania postanowień umownych i jego pozycji dominującej. Uwzględnienie odwołania, a tym samym zmiana tych postanowień zgodnie z żądaniami zawartymi w odwołaniu przez odwołującego wpłynie pozytywnie w tym samym stopniu na sytuację przystępującego, jak na odwołującego.

W związku z powyższym żądanie zmiany treści SWZ (umowy) należy uznać za w pełni uzasadnione, a modyfikacja

zgodnie z żądaniami zawartymi w odwołaniu będzie skutkowała możliwością przeprowadzenia postępowania zgodnie z zasadami wyrażonymi w ustawie.

Ponadto, wskazania wymaga, że interes przystępującego w przystąpieniu do postępowania odwoławczego przejawia się już w samym zainteresowaniu wynikiem danej sprawy odwoławczej.

W tym kontekście przystępujący wskazał m.in. na stanowisko KIO wyrażone w wyroku z dnia 20 stycznia 2014 r. (sygn. akt KIO 5/14).

W ocenie przystępującego należy podkreślić, że uwzględnienie odwołania jest zasadne, gdyż działania zamawiającego zdefiniowane w ramach wniesionego odwołania naruszyły bezwzględnie obowiązujące przepisy prawa, w szczególności przepisy ustawy. Przystępujący poparł w całości zarzuty podniesione przez odwołującego i przedstawioną w ramach uzasadnienia odwołania argumentację oraz wniósł o uwzględnienie wniesionego odwołania w całości.

W dniu 5 września 2024 r. zamawiający złożył odpowiedź na odwołania wnosząc o:

1. oddalenie odwołań odwołującego 1 oraz odwołującego 2 w całości,
2. zasądzenie od odwołującego 1 oraz odwołującego 2 na rzecz zamawiającego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów zastępstwa procesowego,
3. dopuszczenie dowodów z dokumentów:
  - a) zmieniony załącznik nr 9 do SWZ – wzór umowy
  - na okoliczność uwzględnienia przez zamawiającego odwołań odwołującego 1 oraz odwołującego 2 w przeważającej części.

Odwołujący 1 oraz odwołujący 2 wnieśli odwołania w dniu 23.08.2024 r., które dotyczyły treści ogłoszenia o zamówieniu, tj. wzoru umowy o roboty budowlane. Zamawiający uwzględnił w przeważającej części zarzuty podniesione w odwołaniach i przed sporządzeniem niniejszej odpowiedzi dokonał zmiany załącznika nr 9 do SWZ – wzoru umowy, co będzie opisane poniżej, a pozostałe zarzuty podniesione w odwołaniu nie zasługują na uwzględnienie.

Z uwagi na okoliczność, że oba odwołania odnoszą się w przeważającej części do tych samych postanowień wzorca umownego, a oba odwołania nadają się do rozpoznania w jednym odwołaniu, zamawiający odniósł się do zarzutów podniesionych przez odwołującego 1 oraz odwołującego 2 w jednym piśmie.

#### I. Zarzuty dotyczące procedury odbioru

Zarzut odwołującego 1 o treści: wprowadzenie do umowy postanowień dotyczących zasad odbioru, uzależniających de facto dokonanie odbioru (podpisanie protokołu odbioru końcowego) i wypłatę należnego wynagrodzenia, rozpoczęcie biegu terminu gwarancji i rękojmi, a także zwrot 70% kwoty zabezpieczenia od usunięcia wszelkich wad zidentyfikowanych w ramach przedmiotu umowy, tj. od odbioru bezusterkowego, co godzi w istotę i naturę umowy o roboty budowlane, stanowiąc wyraz uchylania się przez zamawiającego od podstawowych obowiązków nałożonych na inwestora, będąc jednocześnie postanowieniem niekorzystnym dla wykonawców, naruszającym bezwzględnie

obowiązujące przepisy prawa oraz równowagę stron umowy i prowadzącym do naruszenia praw podmiotowych wykonawców;

Zarzut odwołującego 2 o treści: zawarcie w treści załącznika nr 9 do SWZ – wzór umowy w § 7 ust. 8, 10 i 11 postanowień kształtujących tzw. „bezusterkowy” odbiór robót budowlanych, dających zamawiającemu możliwość odmowy dokonania czynności odbioru końcowego w przypadku występowania jakichkolwiek wad, nawet wad o charakterze nieistotnym, podczas gdy zgodnie z treścią przepisów kodeksu cywilnego i utrwalonym orzecznictwem odbiór robót jest podstawowym obowiązkiem zamawiającego, a odmowa jego przeprowadzenia jest możliwa wyłącznie w przypadku wystąpienia wad o charakterze istotnym.

Mając na uwadze chęć jak najdokładniejszego zrównania praw i obowiązków stron w projekcie umowy, zamawiający uwzględnił zarzuty obu odwołujących i dokonał zmiany treści postanowień umowy dotyczących procedury odbioru końcowego robót budowlanych w następujący sposób:

- § 7 ust. 8 umowy otrzymuje brzmienie: „W przypadku stwierdzenia w trakcie odbioru

wad istotnych Zamawiający może odmówić odbioru do czasu ich usunięcia, a Wykonawca usunie je na własny koszt w terminie wyznaczonym przez zamawiającego”

- § 7 ust. 10 umowy otrzymuje brzmienie: „Jeżeli w toku czynności odbioru robót

budowlanych zostaną stwierdzone wady, to zamawiającemu przysługują następujące uprawnienia:

- 1) jeżeli wady nadające się do usunięcia:

a) mają charakter istotny, Zamawiający może odmówić odbioru do czasu usunięcia tych wad,

b) mają charakter nieistotny, Zamawiający dokona

odbioru,

wyznaczając jednocześnie Wykonawcy termin usunięcia tych wad; 2) jeżeli wady nie nadają się do usunięcia to:

a) jeżeli umożliwiają one użytkowanie przedmiotu odbioru zgodnie z

przeznaczeniem, Zamawiający może obniżyć odpowiednio wynagrodzenie,

b) jeżeli wady uniemożliwiają użytkowanie przedmiotu odbioru zgodnie z

przeznaczeniem, Zamawiający może odstąpić od umowy lub żądać wykonania przedmiotu odbioru po raz drugi”.

- § 7 ust. 11 umowy otrzymuje brzmienie: „Stwierdzenie usunięcia ujawnionych przy

odbiorze robót budowlanych wad istotnych stanowi podstawę podpisania protokołu odbioru końcowego robót budowlanych. W przypadku stwierdzenia podczas czynności odbiorowych wad o charakterze nieistotnym, Zamawiający dokonuje

czynności odbioru z jednoczesnym wskazaniem wad, które Wykonawca ma usunąć w terminie wyznaczonym przez zamawiającego.

Z uwagi na uwzględnienie zarzutów odwołujących 1 i 2 w powyższym przedmiocie, należy uznać za rozpoznanie zarzutów odwołań odnoszących się do wyżej wskazanych postanowień umowy za bezprzedmiotowe.

## II. Zarzuty dotyczące limitu kar umownych.

Zarzut odwołującego 1 o treści: zastrzeżenie przez zamawiającego w ramach umowy górnego limitu kar umownych o rażąco wygórowanej wysokości, co jest nadmiernym i nieadekwatnym obciążeniem wykonawcy w stosunku do specyfiki realizacji i uwarunkowań rynkowych, stanowiąc jednocześnie wyraz nadużycia prawa zamawiającego do kształtowania postanowień umownych i jego pozycji dominującej oraz będąc postanowieniem niekorzystnym dla wykonawców, naruszającym równowagę stron umowy i prowadzącym do naruszenia praw podmiotowych wykonawców;

Zarzut odwołującego 2 o treści: 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 wzoru umowy w § 9 ust. 6 wygórowanego limitu kar umownych na poziomie równowartości 25 % wynagrodzenia umownego netto, podczas gdy limit na tym poziomie odstaje od realiów rynkowych.

Mając na uwadze chęć równomiernego rozłożenia ryzyka kontraktowego i idąc niejako naprzeciw oczekiwaniom wykonawców, zamawiający uwzględnił w części odwołania obu odwołujących poprzez dokonanie następujących zmian w projekcie umowy:

- ☐ § 9 ust. 6 umowy otrzymuje brzmienie: „Maksymalna wysokość kar nie może przekroczyć 20% wynagrodzenia umownego netto, określonego w § 6 ust. 1”.

Zamawiający stanął na stanowisku, że wysokość zastrzeżonych w umowie kar umownych po dokonaniu zmian, nie może być rozumiana jako rażąco wygórowana, mając na podstawie sposób rozłożenia ryzyka kontraktowego oraz cel zastrzeżenia kar umownych w zamówieniu na roboty budowlane.

Według zamawiającego, określenie wysokości kar umownych w wysokości 10% wynagrodzenia umownego netto (jak tego chce odwołujący 1) lub w wysokości 15% wynagrodzenia umownego netto (jak tego chce odwołujący 2) nie zabezpiecza interesu zamawiającego przed ryzykiem kontraktowym powiązanim z niewykonaniem lub nienależytym wykonaniem przedmiotu umowy przez wykonawcę.

Zamawiający wskazał, że projekt umowy przewiduje stosunkowo niskie kary umowne za odstąpienie od umowy (2%) oraz za zwłokę w wykonaniu przedmiotu umowy lub usunięcia wad przedmiotu umowy (0,01% za każdy dzień zwłoki). Określenie limitu kar umownych na

poziomie 20% łącznego wynagrodzenia netto Wykonawcy oznacza zatem zabezpieczenie na wypadek, gdyby zwłoka wykonawcy wyniosła 2 000 dni zwłoki (!), zatem ryzyko naliczenia kary umownej w żądanej przez Wykonawcę wysokości należy ocenić za niewielkie.

Ponadto, wskazane przez odwołującego 1 przykłady limitów wysokości kar umownych w innych postępowaniach odnoszą się do wartości wynagrodzenia brutto wykonawcy (a nie netto, jak w tym postępowaniu), zatem wartości te nie są adekwatne do porównania.

Ustawodawca ani w ustawie prawo zamówień publicznych ani w kodeksie cywilnym nie wskazał, jaki jest maksymalny

limit kar umownych, których może domaga się od wykonawcy robót budowlanych zamawiający, wskazując jedynie w art. 484 § 2 kodeksu cywilnego, Jeżeli zobowiązanie zostało w znacznej części wykonane, dłużnik może żądać zmniejszenia kary umownej; to samo dotyczy wypadku, gdy kara umowna jest rażąco wygórowana.

Wykonawca zatem w żadnym wypadku nie będzie pozbawiony ochrony prawnej, jeżeli z uwagi na okoliczności faktyczne danej sprawy, będzie można dojść do wniosku, że zastrzeżona i naliczona w umowie kara umowna jest rażąco wygórowana. Zamawiający wskazał, że przepisy prawa stanowią, że miarkowania kary umownej można domagać się jedynie w przypadku, gdy zastrzeżone kary umowne są rażąco wygórowane, a nie w przypadki jakiegokolwiek wygórowania kary umownej.

Powołał Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 21 września 2022 r., I NSNc 583/21, Wyrok Sądu Apelacyjnego w Katowicach z dnia 24 czerwca 2022 r. V Aga 218/21.

W ocenie zamawiającego ograniczenie limitu wysokości kar umownych do 20% łącznego wynagrodzenia netto wykonawcy nie może mieć charakteru rażąco wygórowanego, a takiego wniosku tym bardziej nie można wywieść a priori z samej tylko treści postanowień umowy, nie biorąc pod uwagę wysokości kar umownych przewidzianych za poszczególne naruszenia jej postanowień.

Zamawiający wskazał, że w przypadku określenia limitu kar umownych na 10% lub 15%, Zamawiający nie będzie dysponować narzędziem do zdyscyplinowania wykonawcy, albowiem tak zastrzeżona wysokość kar umownych mieści się w zwykłym ryzyku kontraktowym, i zależnie od okoliczności, może być dla wykonawcy bardziej opłacalnym zerwać kontrakt lub doprowadzić do długiego przestoju na budowie, niż wdrożyć starania do należytego wykonania kontraktu.

Tym samym żądania odwołującego 1 oraz odwołującego 2 do dalszego obniżenia zastrzeżonych kar umownych należy uznać za nieuzasadnione.

### III. Zarzut dotyczący mechanizmu waloryzacji.

Zarzut odwołującego 1 o treści: „wprowadzenie do umowy postanowień dotyczących zmian wysokości wynagrodzenia umownego należnego wykonawcy w sytuacji zmiany cen materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia, które są nieproporcjonalne, niedostosowane do realiów rynkowych, sformułowane w sposób wypaczający ideę

waloryzacji i będący sprzeczny z celem określonym w art. 439 ustawy Pzp, determinując jej nieefektywność i nierealność, i tym samym utrudniając lub wręcz uniemożliwiając dokonanie odpowiedniej waloryzacji wynagrodzenia, a jednocześnie stanowiąc obejście przepisów ustawy o obowiązku waloryzacji wynagrodzenia w przypadku zmiany cen materiałów i kosztów związanych z realizacją zamówienia, co godzi w istotę i naturę umowy o roboty budowlane, stanowiąc klauzulę abuzywną i jednocześnie wyraz nadużycia prawa zamawiającego do kształtowania postanowień umownych i jego pozycji dominującej, będąc jednocześnie postanowieniem niekorzystnym dla wykonawców, naruszającym bezwzględnie obowiązujące przepisy prawa oraz równowagę stron umowy i prowadzącym do naruszenia praw podmiotowych wykonawców;”

Mając na uwadze chęć równomiernego rozłożenia ryzyka kontraktowego i idąc niejako naprzeciw oczekiwaniom wykonawców, zamawiający uwzględnił w części odwołania obu odwołujących poprzez dokonanie następujących zmian w projekcie umowy:

- § 15 ust. 14 umowy otrzymuje brzmienie: „Waloryzacji nie podlega wynagrodzenie za

roboty dodatkowe i zamiennie, chyba że ww. roboty są wykonywane w okresie dłuższym niż 6 miesięcy od dnia zawarcia aneksu do umowy, oraz odpowiadają opisowi pozycji w Kosztorysie ofertowym. Łączna wartość pozycji ujętych w protokole konieczności, a objętych wnioskiem o waloryzację zostanie przemnożona przez współczynnik waloryzacyjny (Wz) wyliczony zgodnie z ust. 16.

- § 15 ust. 21 umowy otrzymuje brzmienie: „Maksymalna łączna wartość zmian

wynagrodzenia, w całym okresie obowiązywania umowy, wynikających z waloryzacji wynagrodzenia spowodowanych zmianą cen materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia nie może przekroczyć 10% wysokości wynagrodzenia brutto Wykonawcy, określonego w § 6 ust. 1”.

W ocenie zamawiającego pozostałe postanowienia umowy zostały uregulowane w sposób zgodny z zasadami współżycia społecznego i gospodarczym przeznaczeniem prawa domagania się przez wykonawcę robót budowlanych waloryzacji wynagrodzenia w toku wykonania robót budowlanych.

Po pierwsze, wprowadzenie w § 15 ust. 16 projektu umowy miarkowania wskaźnika

waloryzacyjnego (-5%) ma służyć rozłożeniu ryzyka kontraktowego pomiędzy strony umowy. Zamawiający uważa, że słusznie zakłada, że przyjęcie wskaźnika GUS na poziomie do 5% nie podlegającego waloryzacji należy ocenić jako mieszczący się w zwykłym ryzyku kontraktowym stron, tj. w obecnej sytuacji gospodarczej oraz realiach politycznych, przyjęcie wystąpienia w toku realizacji przedmiotu umowy zmiany wskaźnika GUS nie więcej niż 5% powinno mieścić się w rzetelnie skonstruowanej przez Oferentów ofercie. Dopiero wystąpienie zmian we wskaźniku GUS powyżej 5% skutkować będzie koniecznością waloryzacji przedmiotu umowy.

Wprowadzenie w art. 439 ustawy prawo zamówień publicznych reguł waloryzacji

wynagrodzenia wykonawców ma przeciwdziałać ponadnormatywnym, trudnym do przewidzenia, zmianom cen na rynku, nie natomiast prowadzić do każdorazowego modyfikowania wynagrodzenia wykonawców w toku realizacji zamówienia publicznego. Rzetelnie i profesjonalnie działający oferent składając ofertę bierze pod uwagę zwykle występujące wahania cen na rynku już w momencie składania oferty. Dopiero zmiana cen powyżej rozsądnie zakładanego, średniego wskaźnika, powinno uzasadniać domaganie się przez wykonawcę zmiany wysokości swojego wynagrodzenia.

I dalej, wprowadzenie mechanizmu waloryzacji do umowy ma za zadanie chronić interesy nie tylko wykonawcy, ale i zamawiającego w ten sposób, że rozkładane są ryzyka i ciężary związane ze zmianami cen na rynku na obie strony umowy. Nie jest zasadne domaganie się przez odwołującego 1 przerzucenie ryzyka zmiany wskaźnika GUS już od jego zmiany o 0,01% w całości na zamawiającego. Znamienne jest także, że przecież formuła obliczania wysokości wskaźnika waloryzacyjnego przyjęta w umowie nie jest limitowana w górę do żadnej wysokości, zatem nawet w przypadku wystąpienia zmiany wskaźnika GUS o 16% lub więcej (co miało miejsce w przyszłości), ryzyko wystąpienia takiego wskaźnika nie będzie ograniczone.

Powołał Wyrok KIO z dnia 6 marca 2024 r. KIO 498/24, Wyrok KIO z dnia 29 stycznia 2024 r. KIO 99/24, Wyrok KIO z dnia 28 marca 2023 r. KIO 703/23, Wyrok KIO z dnia 24 sierpnia 2022 r. KIO 2063/22, Wyrok KIO z dnia 11 lutego 2022 r. KIO 230/22.

Nie jest także zasadny zarzut odwołującego 1 w części, w jakiej domaga się on zniesienia limitu liczby waloryzacji w okresie wykonywania przedmiotu umowy. Z uwagi na przewidziany w umowie czas realizacji zamówienia (18 miesięcy), wprowadzenie limitu 2krotności waloryzacji w trakcie jego realizacji jest rozsądny, proporcjonalny i zgodny z zasadą równowagi interesów stron kontraktu.

Powołał Wyrok KIO z dnia 6 marca 2024 r. KIO 498/24, Wyrok KIO z dnia 6 maja 2022 r. KIO 1048/22.

W ocenie zamawiającego, nie ma racji odwołujący 1 wskazując, że nie jest zasadne wyłączenie możliwości dochodzenia zmiany wynagrodzenia wykonawcy dotyczącego robót dodatkowych lub zamiennych ustalanych w toku realizacji robót budowlanych.

Zamawiający wskazał, że wynagrodzenie z tytułu robót dodatkowych lub zamiennych ustalane jest przez strony w toku wykonywania przedmiotu umowy, zatem wykonawca ma możliwość pertraktowania z zamawiającym, uwzględniając realia rynkowe, które ten zastał już w trakcie wykonywania przedmiotu umowy. Z tego też względu ryzyko zmiany cen w toku realizacji zadania i wykonania robót dodatkowych lub zamiennych jest dla wykonawcy zdecydowanie niższe, niż w przypadku „podstawowego” zakresu przedmiotu umowy, który jest rozłożony w czasie. Zgodnie z projektowanymi postanowieniami umowy, to wykonawca

przedstawia kosztorys ofertowy na roboty dodatkowe, zatem jest on w stanie już w swoim podstawowym wynagrodzeniu za roboty dodatkowe w kalkulować ryzyko związane z ewentualną zmianą cen.

Dokonana przez zamawiającego zmiana postanowień umowy, która przewiduje możliwość domagania się zmiany wynagrodzenia za roboty dodatkowe i zamiennie, w przypadku gdy okres wykonywania tych robót przekracza 6 miesięcy, jest w pełni zgodne z art. 439 ustawy prawo zamówień publicznych. Zamawiający dokonując zmiany projektu umowy, poddał waloryzację wynagrodzenia za te roboty takim samym zasadom, jak roboty podstawowe.

Uwzględnienie odwołania odwołującego 1 w pełnym zakresie, prowadziłoby do przerzucenia ryzyka kontraktowego w zakresie zmian cen na rynku w całości na zamawiającego oraz dałoby oferentom możliwość dowolnego określenia oferty początkowej, a w konsekwencji jej zaniżenia w celu uzyskania zamówienia publicznego tylko po to, aby po upływie 6 miesięcy wystąpić z wnioskiem o waloryzację wynagrodzenia niezależnie od wysokości zmiany wskaźnika GUS.

W ocenie zamawiającego takie ukształtowanie postanowień umowy byłoby rażąco sprzeczne nie tylko z art. 439 ustawy prawo zamówień publicznych, ale także z ogólnymi regułami postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w istocie wypaczając reguły konkurencyjności.

#### IV. Zarzut dotyczący odpowiedzialności za ryzyka.

Zarzut odwołującego 1 o treści: wprowadzenie do umowy postanowień obligujących wykonawców do objęcia wyceną wszelkich kosztów związanych z realizacją umowy oraz rozpoznania przedmiotu umowy, abstrahujących od treści dokumentacji dostarczonej przez zamawiającego, tj. związane z przygotowaniem dokumentacji postępowania (odpowiedzialność za jej kompletność, poprawność, spójność, jednoznaczność co stanowi o przerzuceniu na wykonawców wszelkich ryzyk związanych z nieprawidłowym i niejednoznacznym opisem przedmiotu zamówienia a więc przerzucenia odpowiedzialności za okoliczności na które wykonawca nie ma wpływu i za które wyłączną odpowiedzialność może ponosić Zamawiający, a w konsekwencji uniemożliwia racjonalną kalkulację ceny oferty i jej przygotowanie, w sytuacji, w której dyspozycja art. 433 ustawy Pzp wprost wskazuje, że taka klauzula jest klauzulą abuzywną, a tym samym działanie zamawiającego stanowi wyraz nadużycia prawa do kształtowania postanowień umownych i jego pozycji dominującej, będąc jednocześnie postanowieniem niekorzystnym dla wykonawców, naruszającym bezwzględnie obowiązujące przepisy prawa oraz równowagę stron umowy i prowadzącym do naruszenia praw podmiotowych wykonawców.

Zamawiający uwzględnił zarzut odwołania odwołującego 1 i dokonał zmiany postanowienia umowy w ten sposób, że:

- § 6 ust. 2 umowy otrzymuje brzmienie: „Wynagrodzenie ryczałtowe, o którym mowa w



ust. 1 obejmuje wszelkie koszty związane z realizacją robót objętych dokumentacją projektową oraz specyfikacją techniczną wykonania i odbioru robót, w tym ryzyko Wykonawcy z tytułu oszacowania wszelkich kosztów związanych z realizacją przedmiotu umowy, a także oddziaływania innych czynników mających lub mogących mieć wpływ na koszty. Powyższe zastrzeżenie nie dotyczy okoliczności, których Wykonawca, działając z należytą starannością, jako profesjonalista na rynku robót budowlanych, nie mógł przewidzieć na etapie składania oferty.";

- § 6 ust. 3 umowy otrzymuje brzmienie: „Niedoszacowanie, pominięcie oraz brak

rozpoznania zakresu przedmiotu umowy nie może być podstawą do żądania zmiany wynagrodzenia ryczałtowego określonego w ust. 1 niniejszego paragrafu, z zastrzeżeniem ust. 2 powyżej.”.

W ocenie zamawiającego dokonane w projekcie umowy zmiany w pełni uwzględniają treść odwołania odwołującego 1 w przedmiotowym zakresie, co czyni rozpoznanie zarzutu odwołującego 1 bezprzedmiotowym.

#### V. Zarzut dotyczący odpowiedzialności Wykonawcy.

Zarzut odwołującego nr 1 o treści: wprowadzenie do umowy postanowień dotyczących wyłącznej i niczym nieograniczonej odpowiedzialności wykonawcy, tj. postanowienie stanowiące nadmierne i nieadekwatne obciążeniem wykonawcy w stosunku do specyfiki realizacji i uwarunkowań rynkowych, wymuszające na wykonawcach konieczność kalkulacji dodatkowych, niemożliwych do precyzyjnej kalkulacji ryzyk w ramach ceny ofertowej, co w konsekwencji uniemożliwia racjonalną kalkulację ceny oferty i jej przygotowanie, a tym samym działanie zamawiającego stanowi wyraz nadużycia prawa do kształtowania postanowień umownych i jego pozycji dominującej, będąc jednocześnie postanowieniem niekorzystnym dla wykonawców, naruszającym bezwzględnie obowiązujące przepisy prawa oraz równowagę stron umowy i prowadzącym do naruszenia praw podmiotowych wykonawców

Zamawiający uwzględnił odwołanie odwołującego 1 i wprowadził do umowy następujące zmiany:

- § 4 ust. 1 pkt 16 umowy otrzymuje brzmienie: „Uporządkowanie terenu budowy po zakończeniu robót, zaplecza budowy, jak również terenów sąsiadujących zajętych lub użytkowanych przez Wykonawcę w tym dokonania na własny koszt renowacji obiektów, fragmentów terenu dróg, nawierzchni lub instalacji zniszczonych lub uszkodzonych z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy”;

§ 9 ust. 5 umowy otrzymuje brzmienie: „Strony postanawiają, że Wykonawca ponosi pełną odpowiedzialność za nienależyte wykonanie zamówienia będącego przedmiotem niniejszej

umowy oraz za wszelkie szkody wyrządzone przez swoich pracowników, Podwykonawców lub inne osoby z nim współpracujące.”

Z uwagi na uwzględnienie zarzutu odwołującego 1 w całości, czyni to prowadzenie postępowania odwoławczego w tym zakresie bezprzedmiotowym.

W ocenie zamawiającego, skoro w przeważającej części uwzględnił on zarzuty odwołań odwołującego 1 oraz odwołującego 2, a w pozostałym zakresie zarzuty te są niezasadne, należało wnieść jak w petitum odpowiedzi na odwołania.

W dniu 5 września 2024 r. w sprawie KIO 3045/24 odwołujący Budimex w związku z dokonanymi przez zamawiającego zmianami w dokumentacji postępowania i odpowiedzią na odwołanie zamawiającego przekazaną odwołującemu dnia 5 września 2024 r.:

- 1) wniósł o umorzenie postępowania odwoławczego w zakresie zarzutów odwołania uwzględnionych przez zamawiającego;
- 2) wycofał odwołanie w zakresie zarzutów nieuwzględnionych przez zamawiającego.

Izba zważyła, co następuje:

Izba dopuściła wykonawcę Strabag jako uczestnika w sprawie KIO 3045/24 i wykonawcę Budimex jako uczestnika w sprawie KIO 3049/24 po stronie odwołujących.

Izba nie dopatrzyła się okoliczności mogących skutkować odrzuceniem odwołań na podstawie art. 528 ustawy.

Izba oceniła, że odwołujący wykazali przesłankę materialnoprawną dopuszczalności odwołania o której mowa w art. 505 ust. 1 ustawy.

Zamawiający nie wyraził swojego stanowiska procesowego w sposób jednoznaczny i pozwalający na ustalenie jakiego rozstrzygnięcia oczekuje. Z jednej strony bowiem zamawiający wniósł o oddalenie obu odwołań, ale w uzasadnieniu swojego stanowiska co do poszczególnych zarzutów składał oświadczenia o uwzględnieniu danego zarzutu w całości lub w części, co mogłoby być przesłanką do umorzenia postępowania na podstawie art. 522 ust. 3 ustawy, jak oczekiwał tego odwołujący Budimex, jednak zamawiający nie wniósł o umorzenie na tej podstawie prawnej. Nadto jednocześnie zamawiający podnosił bezprzedmiotowość odwołań z uwagi na dokonanie modyfikacji treści załącznika nr 9, w taki sposób, że zaskarżona część postanowień tego załącznika przestała istnieć, mimo tej konstatacji zamawiający nie

wnosił o umorzenie postępowania na podstawie art. 568 pkt 2 ustawy.

W tej sytuacji Izba musiała ocenić procesowo zaistniałą sytuację. W ocenie Izby zmiana postanowień SWZ w załączniku nr 9 spowodowała, że zaskarżona treść tych postanowień na dzień rozstrzygnięcia nie istnieje, a zatem brak jest substratu zaskarżenia.

W ocenie Izby nie budzi wątpliwości, że w przedmiotowej sprawie, w związku z dokonanymi czynnościami zamawiającego może znaleźć zastosowanie art. 568 pkt 2 ustawy, zgodnie z którym Izba umarza postępowanie odwoławcze w przypadku stwierdzenia, że dalsze postępowanie stało się z innej przyczyny zbędne.

Zgodnie ze stanowiskiem doktryny podstawą do umorzenia postępowania jest również stwierdzenie przez Izbę, że postępowanie stało się z innej przyczyny zbędne lub niedopuszczalne. Ustawodawca nie doprecyzował, o jakie sytuacje chodzi. Z pewnością dyspozycją przepisu objęte będą sytuacje utraty bytu prawnego przez stronę odwołania, na skutek likwidacji lub śmierci odwołującego. Wydaje się również, że podstawa umorzenia zaistnieje, jeśli zamawiający przed zakończeniem rozprawy unieważni postępowanie, wówczas spór stanie się bezprzedmiotowy, a ewentualnemu zaskarżeniu w drodze odwołania będzie podlegała nowa czynność zamawiającego." (Komentarz Prawo Zamówień Publicznych, pod red. Marzeny Jaworskiej, Wydawnictwo C. H. Beck, W-wa 2021, str. 1236). W ocenie Izby do takich sytuacji zalicza się również sytuacja, która zaistniała w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego oraz postępowaniu odwoławczym.

Zamawiający po wniesieniu odwołania dokonał czynności, zgodnych z żądaniem odwołania i korzystnych dla odwołujących. Zamawiający zdecydował o konieczności zmiany spornych postanowień umownych i tej zmiany dokonał, choć nie pokrywa się ona w pełni z oczekiwaniami wykonawców, to jednak wychodzi naprzeciw ich oczekiwaniom. O fakcie tym zamawiający poinformował wykonawców biorących udział w postępowaniu.

Tym samym przed rozpoczęciem posiedzenia przed Izbą nie istniały już czynności, do których odnosili się zarzuty odwołania i których prawidłowość kwestionowali odwołujący. Dodatkowo wniosek o umorzenie złożył odwołujący Budimex, co również potwierdza, że z jego punktu widzenia odwołanie stało się bezprzedmiotowe.

Powyższe oznacza, że w momencie orzekania przez Izbę nie istniał substrat odwołania, będący podstawą korzystania ze środków ochrony prawnej przez odwołującego.

A jednocześnie z dniem zmiany spornych postanowień umownych otwierał się wykonawcom ponownie termin na wniesienie odwołania odnoszącego się do nowych czynności zamawiającego. Podobnie jak w przypadku unieważnienia postępowania spór stał się bezprzedmiotowy.

Aby Izba mogła rozpoznać wniesione odwołanie – musi ono dotyczyć czynności zamawiającego (art. 513 pkt 1 ustawy). Zatem na moment wniesienia odwołania musi istnieć substrat zaskarżenia, będący podstawą dla wykonawcy do wniesienia środka ochrony prawnej. W tej sprawie niewątpliwie substratem zaskarżenia była czynność zamawiającego polegająca na ukształtowaniu projektowanych postanowień umownych w załączniku nr 9 w ich pierwotnym brzmieniu, na które wskazywali odwołujący w odwołaniach.

Następnie dostrzeżenia wymaga, iż zgodnie z treścią art. 552 ust. 1 ustawy Izba wydając orzeczenie bierze pod uwagę stan rzeczy ustalony na moment zamknięcia postępowania odwoławczego. Ustawodawca przewidział zatem sytuację, w której może dojść do zmian w toku postępowania o udzielenie zamówienia – co Izba zobowiązana jest uwzględnić wydając orzeczenie w sprawie w toku postępowania przed Izbą. Zauważenia również wymaga, że przepisy ustawy nie zobowiązują zamawiającego do zawieszenia postępowania o udzielenie zamówienia, wobec wniesionego odwołania.

Izba wskazuje, że treść art. 552 ust. 1 ustawy, podobnie jak w przypadku art. 316 § 1 kpc, w myśl którego podstawą wydania przez sąd wyroku jest stan rzeczy istniejący w chwili zamknięcia rozprawy – nakazuje uwzględnienie aktualnego stanu faktycznego w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Ponadto stan rzeczy - o którym mowa jest w przepisie art. 552 ust. 1 ustawy - należy analogicznie - jak w art. 316 § 1 kpc - interpretować jako okoliczności faktyczne ustalone przed zamknięciem rozprawy oraz stan prawny, tj. obowiązujące przepisy, które mogą stanowić podstawę rozstrzygnięcia (wyrok SN z 25.06.2015 r., sygn. akt: V CSK 535/14, wyrok Sądu Apelacyjnego ze Szczecina z 13.09.2018 r., sygn. akt: I Aga 159/18).

Rolą ustalenia stanu rzeczy na moment zamknięcia postępowania odwoławczego jest uwzględnienie aktualnego stanu faktycznego w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Izba jest więc w takim przypadku zobowiązana uwzględnić czynności zamawiającego, które miały miejsce po wniesieniu odwołania, do czasu wydania orzeczenia w sprawie.

Skoro zamawiający unieważnił sporny wybór, tym samym spór przestał istnieć. Uznać w takiej sytuacji w ocenie składu orzekającego Izby należy, że prowadzenie dalszego postępowania odwoławczego jest bezcelowe, czyli jak stanowi przepis ustawy – zbędne. Jest to przesłanka umożliwiająca umorzenie postępowania odwoławczego i zdaniem Izby może być ona wykorzystywana właśnie w podobnych sytuacjach. W innym wypadku bowiem odwołania podtrzymywane przez odwołujących podlegałyby oddaleniu jako bezzasadne wobec nieistniejącej czynności zamawiającego. Orzekanie przez Izbę wobec nowych czynności zamawiającego nie może mieć miejsca, gdyż wykraczałoby poza ramy postępowania odwoławczego, które wyznacza treść wniesionego odwołania.

W konsekwencji mając na względzie okoliczności tej sprawy, orzeczono jak w sentencji, na podstawie przepisu art. 568 pkt 2 ustawy, umarzając postępowanie odwoławcze.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 557 Pzp w zw. z § 9

ust. 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz.U. z 2020 r., poz. 2437) z którego wynika, że w przypadku umorzenia postępowania odwoławczego przez Izbę w całości na skutek stwierdzenia, że dalsze postępowanie stało się z innej przyczyny zbędne lub niedopuszczalne, koszty o których mowa w § 5 pkt 2, znosi się wzajemnie.

Na podstawie art. 574 ustawy Izba orzekała o dokonaniu zwrotu odwołującym uiszczonego przez nich wpisu, o czym orzeczono w pkt 2 sentencji orzeczenia.

W tym stanie rzeczy Izba na podstawie art. 568 pkt 2) ustawy umorzyła postępowanie odwoławcze, orzekając w formie postanowienia na podstawie art. 553 zd. 2 ustawy.

Przewodnicząca: .....