Sygn. akt: KIO 327/24

WYROK

Warszawa, dnia 19 lutego 2024 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Katarzyna Prowadzisz

Protokolant: Klaudia Kwadrans

po rozpoznaniu na rozprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 29 stycznia 2024 roku przez wykonawcę *ERBUD INTERNATIONAL spółka*
z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Jasionce
w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – *Państwowa Akademia Nauk Stosowanych w Krośnie*

orzeka:

1.Uwzględnia odwołanie w części.

Nakazuje Zamawiającemu, w zakresie zarzutu 1, wykreślenie § 9 pkt 7, § 9 pkt 11 oraz § 9 pkt 14 umowy (załącznik nr 1 do SWZ) w całości oraz nakazuje Zamawiającemu wykreślenie z § 9 pkt 10 umowy słów: *„Jeżeli Zamawiający uzna,*
że roboty zostały zakończone". W pozostałym zakresie zarzut odwołania uznaje
za niezasadny.

Nakazuje Zamawiającemu, w zakresie zarzutu 2, zmianę w odniesieniu do § 7 pkt 6 lit. d, e, n, o umowy (załącznik nr 1 do SWZ) przez uregulowanie zasad zmiany wynagrodzenia w przypadku zaistnienia okoliczności jakie zostały przewidziane przez Zamawiającego.

Nakazuje Zamawiającemu, w zakresie zarzutu 3, wykreślenie z projektowanych postanowień umowy z § 13 ust. 1 lit. f umowy: *„50 000,00 zł";* wykreślenie
z projektowanych postanowień umowy z § 13 ust. 1 lit. h umowy: *„50 %";* wykreślenie z projektowanych postanowień umowy z § 13 ust. 1 lit. i umowy: *„100 000 zł".*

W pozostałym zakresie zarzut odwołania uznaje za niezasadny.

Zarzut 4 odwołania Izba uznała za niezasadny.

*2.*Kosztami postępowania obciąża Zamawiającego – *Państwowa Akademia Nauk Stosowanych w Krośnie*oraz wykonawcę *ERBUD INTERNATIONAL spółka*
z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Jasionce:

*2.1*zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę *ERBUD INTERNATIONAL spółka ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Jasionce* tytułem wpisu od odwołania, kwotę 3 600, 00 zł (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez Zamawiającego *Państwowa Akademia Nauk Stosowanych w Krośnie* tytułem wynagrodzenia pełnomocnika,

*2.2*zasądza od Zamawiającego *Państwowej Akademii Nauk Stosowanych*
w Krośnie na rzecz wykonawcy *ERBUD INTERNATIONAL spółka*
z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Jasionce kwotę 7 500,00 zł (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wniesienia wpisu stosowanie do wyniku postępowania,

2.3zasądza od wykonawcy *ERBUD INTERNATIONAL spółka z ograniczoną odpowiedzialnością siedzibą w Jasionce* na rzecz Zamawiającego *Państwowej Akademii Nauk Stosowanych w Krośnie* kwotę 900,00 zł (słownie: dziewięćset złotych) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika stosowanie do wyniku postępowania.

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 327/23

U Z A S A D N I E N I E

Zamawiający – *Państwowa Akademia Nauk Stosowanych w Krośnie*prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia pod nazwą: ***„Remont, przebudowa, rozbudowa, nadbudowa Centrum Komunikacji Języków Obcych". obejmujący zamierzenie budowlane pn.: „Remont, przebudowa, rozbudowa, nadbudowa i zmiana sposobu użytkowania kamienic Państwowej Akademii Nauk Stosowanych w Krośnie przy ul. Rynek 5 i Rynek 6 w Krośnie, wraz z instalacjami wewnętrznymi oraz instalacjami przyłączeniowymi kanalizacji deszczowej i wody do budynków, na działkach nr ewid. 2154, 2153, 2148/2, 2140/3 obręb Śródmieście"***

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 22 stycznia 2024 roku pod nr 20234/BZP 00055547/01.

W dniu 29 stycznia 2024 roku Odwołujący działając na podstawie na podstawie art. 513 ustawy z dnia 11 września 2019 roku Prawo zamówień publicznych (tj. Dz.U. z 2023 r. poz. 1605 ze zm.; dalej: ustawa / ustawa Pzp) wniósł odwołanie od niezgodnej z przepisami ustawy Pzp oraz Kodeksu cywilnego (dalej: KC) czynności Zamawiającego polegającej na ustaleniu treści Specyfikacji Warunków Zamówienia dotyczącej Postępowania (dalej jako: „SWZ"), w sposób naruszający przepisy ustawy PZP oraz KC.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1)art. 8 ust. 1 ustawy w zw. z art. 5 i 353(1) KC w zw. z art. 647 KC w zw. z art. 453 ust. 1 i 2 w zw. z art. 16 ustawy przez uzależnienie dokonania odbioru prac objętych Umową od braku jakichkolwiek wad lub usterek;

2)art. 455 ust. 1 pkt 1 ustawy w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy w zw. z art. 5 i 353(1) KC w zw. z art. 16 ustawy w zw. z art. 99 ust. 1 ustawy w zw. z art. 433 pkt 3 ustawy przez wprowadzenie postanowień umożliwiających zmianę umowy wyłącznie

w zakresie terminu jej realizacji, bez uwzględnienia wpływu zmian niemożliwych

do przewidzenia przez wykonawcę na należne mu wynagrodzenie, co narusza zasady zmiany umowy, generując niemożliwe do skalkulowania ryzyka związane

ze sposobem realizacji przedmiotowego zamówienia;

3)art. 8 ust. 1 ustawy w zw. z art. 5 i 353(1) KC w zw. z art. 647 KC w zw. z art. 453 ust. 1 i 2 w zw. z art. 16 ustawy przez zdefiniowanie w ramach Umowy kar umownych w taki sposób, iż stanowią one zdublowanie mechanizmów zabezpieczenia interesów Zamawiającego w danym zakresie, nie stanowiąc środka do kompensacji realnej szkody po stronie Zamawiającego, co jest nadmiernym

i nieadekwatnym obciążeniem wykonawcy w stosunku do specyfiki realizacji

i uwarunkowań rynkowych, będąc jednocześnie postanowieniem niekorzystnym dla wykonawców, naruszającym równowagę stron umowy i prowadzącym do naruszenia praw podmiotowych wykonawców;

4)art. 8 ust. 1 ustawy w zw. z art. 5 i 353(1) KC w zw. z art. 647 KC w zw. z art. 453 ust. 1 i 2 ustawy w zw. z art. 16 ustawy przez wprowadzenie limitu kar umownych

w wysokości 50% całkowitego wynagrodzenia netto w sposób rażąco wygórowany, co jest nadmiernym i nieadekwatnym obciążeniem wykonawcy w stosunku

do specyfiki realizacji i uwarunkowań rynkowych, będąc jednocześnie postanowieniem niekorzystnym dla wykonawców, naruszającym równowagę stron umowy i prowadzącym do naruszenia praw podmiotowych wykonawców.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu dokonania zmiany treści SWZ w sposób wskazany w uzasadnieniu niniejszego odwołania.

Odwołujący podał, że ma interes w uzyskaniu zamówienia publicznego, którego dotyczy przedmiotowa sprawa i jest zainteresowany uzyskaniem tego zamówienia. W celu uzyskania zamówienia Odwołujący zainteresowany jest złożeniem oferty w niniejszym postępowaniu przetargowym. Zamawiający ukształtował jednak warunki realizacji zamówienia określone w projekcie Umowy w taki sposób, że naruszona została równowaga stron stosunku zobowiązaniowego – wszelkie ryzyka związane z realizacją zamówienia przerzucono na wykonawcę. W konsekwencji także Odwołujący jest narażony

na poniesienie ewentualnych bezpodstawnego ograniczenia dostępu do udziału

w postępowaniu, albowiem w perspektywie potencjalnie skutkować to może powstaniem

po stronie Odwołującego szkody m.in. w postaci utraty korzyści i zysków wynikających

z możliwości potencjalnego realizowania zamówienia, którego dotyczy postępowanie przetargowe. Uwzględnienie niniejszego odwołania pozwoli Odwołującemu potencjalnie złożyć ofertę i uzyskać przedmiotowe zamówienie i wynikające z niego korzyści.

W konsekwencji stanowi to wystarczającą przesłankę do skorzystania przez Odwołującego ze środków ochrony prawnej przewidzianych w ustawie, w tym dla wniesienia niniejszego odwołania.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący podał:

Uwagi ogólne

Biorąc pod uwagę fakt, że formułowane w ramach odwołania zarzuty dotyczą zasadniczo treści Umowy udostępnionej przez Zamawiającego w ramach załączników do treści SWZ,

na wstępie Odwołujący podała, że jakkolwiek Odwołujący akceptuje, że Zamawiający jako gospodarz postępowania ma pewną swobodę w formułowaniu warunków realizacyjnych,

to swoboda ta nie powinna mieć charakteru nieograniczonego, w tym nie może prowadzić

do nadużycia własnego prawa podmiotowego. Treść przyszłego stosunku zobowiązaniowego kreowanego przez

Zamawiającego, niezależnie od przysługującej Zamawiającemu uprzywilejowanej pozycji, powinien być tak ukształtowany aby realizacja zamówienia była możliwa. Celem Zamawiającego powinno być również dążenie do osiągnięcia korzystnych rynkowo cen. Zamawiający nie powinien konstruować umowy w sposób, który negatywnie wpłynie na ilość złożonych w przetargu ofert. Nie może także przerzucić całości ryzyka gospodarczego na wykonawcę (Wyrok Sądu Okręgowego Warszawa-Praga z dnia 16 sierpnia 2005 r., sygn. akt IV Ca 508/05). Postanowienia umowy powinny zostać przy tym określone w sposób na tyle precyzyjny, aby wykonawca był w stanie określić cenę ofertową. W sytuacji, w której nie jest możliwe podanie katalogu zamkniętego okoliczności, z którymi wiążą się określone następstwa, Zamawiający powinien dążyć do jak najpełniejszego ich wyszczególnienia (Wyrok KIO z dnia 20 stycznia 2014 r., sygn. akt KIO 2949/13). W odniesieniu do określania zasad przyszłego stosunku zobowiązaniowego, podkreślenia wymaga, że swobodę umów ograniczają m.in. zasady współżycia społecznego oraz bezwzględnie obowiązujące przepisy (art. 353(1) k.c.).

W ramach stosunków zobowiązaniowych, z których znaczna część służy wymianie dóbr i usług, podstawowe znaczenie ma wymóg zapewnienia tzw. słuszności (sprawiedliwości) kontraktowej, rozumianej jako równomierny rozkład uprawnień i obowiązków w stosunku prawnym, czy też korzyści i ciężarów oraz szans i ryzyk związanych z powstaniem i realizacją tego stosunku. Badając umowę pod względem słuszności kontraktowej, trzeba pamiętać o podstawowym założeniu prawa cywilnego, według którego umowy służą realizacji woli stron je zawierających. O naruszeniu zasad współżycia społecznego w postaci wymogu sprawiedliwości umowy można więc mówić wtedy, gdy zawarta przez stronę umowa nie jest wyrazem jej w pełni swobodnie i rozważnie podjętej decyzji, gdyż na treść umowy wpłynął brak koniecznej wiedzy czy presja ekonomiczna (np. wynikająca z faktu korzystania przez kontrahenta z pozycji dominującej), a przyczyną tego nie jest niedbalstwo samego pokrzywdzonego. Dalsza przesłanka uznania umowy za wykraczającą poza granice kompetencji stron wynika z istoty zasad współżycia społecznego jako ocen i norm moralnych, a polega również na uwzględnieniu postawy drugiej strony umowy. Negatywna ocena umowy ze względu na kryteria moralne uzasadniona jest tylko w tych przypadkach, gdy kontrahentowi osoby pokrzywdzonej można postawić zarzut złego postępowania, polegającego na wykorzystaniu (świadomym lub spowodowanym niedbalstwem) swojej przewagi. Tak też jednoznacznie stwierdzał Sąd Najwyższy w wyrokach o sygn. IV CSK 478/07 oraz II CSK 528/10. Takiej negatywnej ocenie powinna też podlegać umowa o zamówienie publiczne, ukształtowana przez Zamawiającego z wykorzystaniem jego silniejszej pozycji w Postępowaniu, gdyż umowa taka powinna chronić interesy nie tylko Zamawiającego, ale również Wykonawcy (tak wyrok sygn. akt KIO 1910/11 i KIO 1918/11).

II. Zarzuty dotyczące ograniczeń przy dokonywaniu odbiorów prac

W ramach § 9 Umowy Zamawiający wprowadził następujące postanowienia dotyczące dokonywania odbioru prac:

- „*7. Zamawiający przystąpi do odbioru końcowego robót w ciągu 7 dni roboczych od daty przekazania Zamawiającemu pisemnej informacji o zakończeniu robót i zakończy odbiór w ciągu 5 dni roboczych, od daty rozpoczęcia odbioru robót, chyba że w trakcie odbioru stwierdzone zostaną wymagające usunięcia wady, usterki czy niedoróbki. W takim przypadku ustalony zostanie termin przeprowadzenia ponownego odbioru końcowego robót.*

  Za datę zakończenia robót uznaje się datę przedłożenia Zamawiającemu kopii wniosku o pozwolenie na użytkowanie wniesionego przez Wykonawcę (na podstawie pełnomocnictwa) we właściwym urzędzie nadzoru budowalnego. Protokół odbioru końcowego robót bez uwag zostanie podpisany po dokonaniu bez uwag odbiorów i kontroli przez organy administracji publicznej, które są zobligowane przepisami prawa do dokonania odbiorów lub kontroli przedmiotu zamówienia,

  Z dniem zakończenia robót Wykonawca przekaże Zamawiającemu zabezpieczenia roszczeń z tytułu rękojmi za wady, na kwotę 30% zabezpieczenia należytego wykonania umowy";

- „*9. Jeżeli dokumenty wymienione w pkt. powyżej nie są kompletne, lub zawierają błędy, Inspektor nadzoru inwestorskiego nie dokona pisemnego potwierdzenia o zakończeniu robót i gotowości obiektu do odbioru, aż do chwili prawidłowego ich uzupełnienia*";
- „*10. Jeżeli Zamawiający uzna, że roboty zostały zakończone i nie będzie miał zastrzeżeń, co do kompletności oraz prawidłowości dostarczonych przez Wykonawcę dokumentów, w porozumieniu z Wykonawcą wyznaczy datę odbioru końcowego; w przeciwnym razie zażąda od Wykonawcy ponownego zgłoszenia robót do odbioru i uzupełnienia dokumentacji*";
- „*11. Odbiór końcowy nie może być dokonany, stwierdzone wady lub inne naruszenia postanowień niniejszej umowy obniżają przewidzianą przez Zamawiającego w dokumentacji projektowej zdolność użytkową wykonanych robót*";
- „*14. Protokół odbioru końcowego nie zostanie podpisany przez Zamawiającego do czasu usunięcia wad i usterek i niedoróbek stwierdzonych w czasie dokonywania czynności odbioru*".

W w. postanowienia są sprzeczne z bezwzględnie obowiązującymi przepisami prawa. Przypomnieć należy, że art. 647 KC wskazuje, iż jednym z podstawowych obowiązków inwestora, w tym wypadku Zamawiającego, w ramach umowy o roboty budowlane jest dokonanie odbioru robót. Prawidłowość takiego działania potwierdza również orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej jak i sądów okręgowych, sankcjonujące wprowadzanie
tzw. bezusterkowego odbioru robót: Wyrok SN z 14.02.2007 r. sygn. akt II CNP 70/06, 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.
Odwołujący podał, że w związku z powyższym stwierdzić należy, iż zacytowane powyżej treści Umowy sprzeczne są z treścią art. 647 KC, a co za tym idzie, Odwołujący wnosi
o modyfikację SWZ przez nadanie poniżej wskazanym ustępom § 9 Umowy następującej treści:

- *7. Zamawiający przystąpi do odbioru końcowego robót w ciągu 7 dni roboczych*
  od daty przekazania Zamawiającemu pisemnej informacji o zakończeniu robót i zakończy odbiór w ciągu 5 dni roboczych, od daty rozpoczęcia odbioru robót, chyba że w trakcie odbioru stwierdzone zostaną wymagające usunięcia ***istotne*** *wady, usterki czy niedoróbki. W takim przypadku ustalony zostanie termin przeprowadzenia ponownego odbioru końcowego robót.*

  Za datę zakończenia robót uznaje się datę przedłożenia Zamawiającemu kopii wniosku o pozwolenie na użytkowanie wniesionego przez Wykonawcę (na podstawie pełnomocnictwa) we właściwym urzędzie nadzoru budowalnego. Protokół odbioru końcowego robót ***~~bez uwag~~*** *zostanie podpisany po dokonaniu bez* ***istotnych*** *uwag odbiorów i kontroli przez organy administracji publicznej, które są zobligowane przepisami prawa do dokonania odbiorów lub kontroli przedmiotu zamówienia,*
  Z dniem zakończenia robót Wykonawca przekaże Zamawiającemu zabezpieczenia roszczeń z tytułu rękojmi za wady, na kwotę 30% zabezpieczenia należytego wykonania umowy";

- „*9. Jeżeli dokumenty wymienione w pkt. powyżej nie są kompletne, lub zawierają błędy, Inspektor nadzoru inwestorskiego nie dokona pisemnego potwierdzenia o zakończeniu robót i gotowości obiektu do odbioru, aż do chwili prawidłowego ich uzupełnienia****, chyba że usterki te mają charakter nieistotny***";
- „*10. Jeżeli* ***~~Zamawiający uzna, że~~*** *roboty zostały zakończone i nie będzie* ***~~miał~~*** ***istotnych*** *zastrzeżeń, co do kompletności oraz prawidłowości dostarczonych przez Wykonawcę dokumentów,* ***Zamawiający*** *w porozumieniu z Wykonawcą wyznaczy datę odbioru końcowego; w przeciwnym razie zażąda od Wykonawcy ponownego zgłoszenia robót do odbioru i uzupełnienia dokumentacji*";

- „*11. Odbiór końcowy nie może być dokonany, stwierdzone **istotne** wady lub inne naruszenia postanowień niniejszej umowy obniżają przewidzianą przez Zamawiającego w dokumentacji projektowej zdolność użytkową wykonanych robót **lub zagrażają życiu lub zdrowiu***";
- „*14. Protokół odbioru końcowego nie zostanie podpisany przez Zamawiającego do czasu usunięcia **istotnych** wad i usterek i niedoróbek stwierdzonych w czasie dokonywania czynności odbioru*".

II. Zarzuty dotyczące zasad wprowadzania zmian do Umowy

W § 7 ust. 6 Umowy Zamawiający wprowadził następujące zapisy, które dopuszczają zmianę jedynie terminów realizacji określonych w Umowie, tj.:

„*Dopuszczalna jest zmiana umowy bez przeprowadzenia nowego postępowania o udzielenie Zamówienia jeśli zachodzą okoliczności wymienionych w art. 455 ust 1 i 2 ustawy Pzp, lub w przypadku wystąpienia co najmniej jednej z okoliczności wymienionej poniżej:* (…)

d) Konieczności przesunięcia terminu realizacji zamówienia, jeśli konieczność ta nastąpiła na skutek okoliczności, których nie można było przewidzieć w chwili zawierania umowy i nie leżących po stronie Wykonawcy. W takim przypadku termin zostanie przedłużony proporcjonalnie do czasu w którym nastąpił przestój w robotach.

e) Konieczności przesunięcia terminu realizacji zamówienia, jeśli konieczność ta nastąpiła na skutek okoliczności leżących po stronie Zamawiającego. W takim przypadku termin zostanie przedłużony proporcjonalnie do czasu w którym nastąpił przestój w robotach. (…)

n) Konieczności wprowadzenia zmian terminu zakończenia realizacji przedmiotu umowy

spowodowanych warunkami geologicznymi, lub terenowymi, znaleziskami archeologicznymi w szczególności: niewypały i niewybuchy, wykopaliska archeologiczne nieprzewidziane w SWZ. W takim przypadku termin zostanie przedłużony proporcjonalnie do czasu w którym nastąpił przestój w robotach.

o) Wystąpienia okoliczności, których obiektywnie nie można było przewidzieć w chwili zawarcia umowy. W takim przypadku termin zostanie przedłużony proporcjonalnie do czasu w którym nastąpił przestój w robotach

Warunki zmian:

- inicjowanie zmian - na wniosek Wykonawcy lub Zamawiającego,

- uzasadnienie zmian - prawidłowa realizacja przedmiotu umowy, obniżenie kosztów,

zapewnienie optymalnych parametrów technicznych i jakościowych robót, itp.

- forma zmian - aneks do umowy w formie pisemnej pod rygorem nieważności".

Cechą wspólną cytowanych postanowień umownych jest to, że dotyczą one okoliczności nieprzewidywalnych, niezawinionych przez Wykonawcę, które wpłynąć mogą na zakres
i sposób wykonywanych przez niego robót budowlanych. Całkowicie nieracjonalnym
w odniesieniu do tego rodzaju sytuacji jest odgórne założenie o braku wpływu tego rodzaju zmiennych na koszty realizacji prac. W tego rodzaju sytuacje wpisana jest bowiem pewna nieprzewidywalność, której nie da się z góry ustalić ani co do zasady ani co do wysokości. Innymi słowy, odgórne założenie, że zmiany projektowe, siła wyższa, kolizje, roboty dodatkowe czy zamienne nie wygenerują konieczności korekty wynagrodzenia należnego wykonawcy całkowicie „usztywnia" Umowę, uniemożliwiając jej dostosowanie
do zmieniających się uwarunkowań czy identyfikowanych na bieżąco elementów właściwych danej realizacji. Całkowicie niweczy to ideę zmiany umowy na wypadek wystąpienia tego rodzaju nieprzewidywalnych zjawisk, uniemożliwiając tak naprawdę prawidłowe skorzystanie z instytucji zmiany umowy, eliminując de facto szansę na właściwą reakcję w sytuacjach nieprzewidywalnych.

O tym, że odgórne założenie o braku wpływu zmian umowy na wysokość wynagrodzenia należnego wykonawcy jest założeniem nieprawidłowym świadczy zresztą już sama dyspozycja art. 455 ust. 1 pkt 1 ustawy, w ramach której ustawodawca wprost wszak określił, że dopuszczalne jest wprowadzenie zmian umowy niezależnie od wartości tej zmiany. Ustawodawca wprowadzając tego rodzaju postanowienie niewątpliwie miał więc świadomość, że każda zmiana umowy potencjalnie może wiązać się z koniecznością korekty jej wartości i wprost taką możliwość zaakcentował w treści przepisu.

Rezygnacja z odgórnego założenia o braku możliwości zmiany wynagrodzenia z jednej strony eliminuje ryzyka wystąpienia sytuacji nieprzewidywalnych przez wykonawców, których skali i wartości nie są oni w stanie przewidzieć, z drugiej zaś nie generowałaby żadnych negatywnych konsekwencji dla Zamawiającego. Dla dokonania jakiejkolwiek zmiany umowy konieczny jest wszak konsensus stron, stąd bez zgody Zamawiającego, jakakolwiek zmiana, bez względu na jej przedmiot i wartość i tak nie mogłaby być wprowadzona. Jeśli więc Zamawiający nie chciałby, bądź nie

mógł z uwagi na swoje możliwości finansowe, skorzystać z określonej podstawy zmiany umowy zdefiniowanej w §7 ust. 6 Umowy, bądź też nie wiązałby z jej wystąpieniem jakichkolwiek kosztów, to nawet przy wprowadzeniu postanowienia w kształcie postulowanym przez Odwołującego, takiego obowiązku nie nakładałaby na niego ani Umowa ani treść przepisów ustawy.

Postulowana przez Odwołującego korekta postanowień treści Umowy jest niezbędna także przez wzgląd na treść art. 99 ust. 1 ustawy, który w sposób jednoznaczny nakłada

na Zamawiającego odpowiedzialność za prawidłowe przygotowanie opisu przedmiotu zamówienia. Jak wynika bowiem z treści § 7 ust. 6 Umowy, zgodnie z założeniami Zamawiającego, Wykonawcy mieliby ponosić odpowiedzialność finansową za sytuacje przez siebie niezawinione mogące mieć swoje źródło tak w okolicznościach niemożliwych

do przewidzenia przez żadną ze stron, jak i w okolicznościach obciążających przykładowo Zamawiającego (np. nieprawidłowości w dokumentacji projektowej). W takiej sytuacji,

w której Wykonawcy mieliby ponosić wyłączną odpowiedzialność za sytuacje niemożliwie

do przewidzenia, rozkład obowiązków i ryzyk stron umowy jest poważnie zachwiany

i niezgodny z przepisami prawa. Trudno bowiem znaleźć uzasadnienie dla zasadności obciążania kosztami niezawinionych czy niemożliwych do przewidzenia sytuacji wpływających na harmonogram wykonywanych prac wyłącznie Wykonawcy, który nie byłby źródłem zaistniałej sytuacji. Co więcej, obciążanie konsekwencjami takiego działania wykonawcy, w sytuacji, w której jego źródłem byłyby okoliczności leżące po stronie Zamawiającego (co również mieściłoby się w zakresie dyspozycji § 7 ust. 6 Umowy) kwalifikowałoby wręcz projektowane przez Zamawiającego postanowienie umowne jako klauzulę abuzywną w rozumieniu art. 433 pkt 3 PZP.

W konsekwencji, tak ukształtowane postanowienia umowne nie pozwalają wykonawcom

n a jakiekolwiek oszacowanie ryzyk ofertowych związanych z ewentualnymi zmianami umowy, wygenerowanymi sytuacjami niemożliwymi do przewidzenia na moment składania oferty. Z uwagi na to, że każdy z wykonawców ryzyka w tym zakresie oszacować może

na zupełnie odmiennym poziomie, oferty bazujące na tak ukształtowanych postanowieniach umownych, stają się całkowicie nieporównywalne. Jest to z kolei sytuacja, nie tylko godząca w interesy wykonawców, ale i samego zamawiającego, który dbać powinien o prawidłowe wydatkowanie środków publicznych. Skoro natomiast wykonawcy zmuszani są do kalkulacji w ramach oferty ryzyk w sposób całkowicie spekulacyjny, kalkulacja ta może przybrać poziom nieadekwatny do późniejszych realiów realizacyjnych, co zmusi Zamawiającego

do ponoszenia zbędnych wydatków związanych z przedmiotową realizacją.

Podkreślając konieczność i zasadność modyfikacji wskazanych na wstępie postanowień umownych, przerzucających wszelkie ryzyka finansowe związane z zaistnieniem niezawinionych przez wykonawcę zdarzeń wpływających na realizację zamówienia wyłącznie na wykonawcę, Odwołujący podkreśla, że zgodnie z założeniem ustawodawcy wyrażonym w art. 431 ustawy, zamawiający i wykonawca winni współdziałać przy realizacji zamówienia, co choć będąc ogólną zasadą, podkreśla dodatkowo wagę symetrycznego rozkładu obowiązków i uprawnień związanych z realizacją zamówienia publicznego.

Odwołujący formułując zarzuty w tym zakresie, podkreślił przy tym, że maksymalna granica odpowiedzialności nałożonej na wykonawcę w toku realizacji winna wynikać z postanowień opisu przedmiotu zamówienia. Opis przedmiotu zamówienia, co wprost determinuje dyspozycja art. 99 ust. 1 ustawy powinien bowiem 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, iż perspektywą decydująca 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), w ramach którego wskazał, że okoliczność, że inny wykonawca składa ofertę zgodną z założeniem zamawiającego, nie ma znaczenia, wystarczy bowiem, że określenie przedmiotu zamówienia mogło wprowadzić w błąd jakiegokolwiek wykonawcę. W związku z tym jak wskazał Sąd Okręgowy w Gdańsku w wyroku z dnia 27 listopada 2006 r. (sygn. akt III Ca 1019/06) *„opis przedmiotu zamówienia powinien być na tyle jasny, aby pozwalał na identyfikację zamówienia. Zwroty użyte do określenia przedmiotu zamówienia powinny być dokładnie określone i niebudzące wątpliwości, a zagadnienie winno być przedstawione wszechstronnie, dogłębnie i szczegółowo* (...)".

Biorąc pod uwagę wszystkie powyższe okoliczności, Odwołujący wniósł

o modyfikację treści § 7 ust. 6 Umowy przez nadanie mu następującego brzmienia:

„Dopuszczalna jest zmiana umowy bez przeprowadzenia nowego postępowania o udzielenie Zamówienia jeśli zachodzą okoliczności wymienionych w art. 455 ust 1 i 2 ustawy Pzp, lub w przypadku wystąpienia co najmniej jednej z okoliczności wymienionej poniżej: (…)

d) Konieczności przesunięcia terminu realizacji zamówienia, jeśli konieczność ta nastąpiła na skutek okoliczności, których nie można było przewidzieć w chwili zawierania umowy i nie leżących po stronie Wykonawcy. W takim przypadku ***wynagrodzenie zostanie zmienione oraz*** *termin zostanie przedłużony proporcjonalnie do czasu w którym nastąpił przestój w robotach.*

e) Konieczności przesunięcia terminu realizacji zamówienia, jeśli konieczność ta nastąpiła na skutek okoliczności leżących po stronie Zamawiającego. W takim przypadku ***wynagrodzenie zostanie zmienione oraz*** *termin zostanie przedłużony proporcjonalnie do czasu w którym nastąpił przestój w robotach.* (…)

n) Konieczności wprowadzenia zmian terminu zakończenia realizacji przedmiotu umowy
spowodowanych warunkami geologicznymi, lub terenowymi, znaleziskami archeologicznymi w szczególności: niewypały i niewybuchy, wykopaliska archeologiczne nieprzewidziane w SWZ. W takim przypadku ***wynagrodzenie zostanie zmienione oraz*** *termin zostanie przedłużony proporcjonalnie do czasu w którym nastąpił przestój w robotach.*

o) Wystąpienia okoliczności, których obiektywnie nie można było przewidzieć w chwili zawarcia umowy. W takim przypadku ***wynagrodzenie zostanie zmienione oraz*** *termin zostanie przedłużony proporcjonalnie do czasu w którym nastąpił przestój w robotach*

Warunki zmian:

- inicjowanie zmian - na wniosek Wykonawcy lub Zamawiającego,

- uzasadnienie zmian - prawidłowa realizacja przedmiotu umowy, obniżenie kosztów,
zapewnienie optymalnych parametrów technicznych i jakościowych robót, itp.

- forma zmian - aneks do umowy w formie pisemnej pod rygorem nieważności".

III. Zarzuty dotyczące wprowadzenia i wysokości poszczególnych kar umownych

W § 13 ust. 1 Umowy Zamawiający zawarł zapisy:

„1. Zamawiający może żądać od Wykonawcy zapłaty kar umownych: (…)

f) za nieprzedłożenie do zaakceptowania projektu umowy o podwykonawstwo, której przedmiotem są roboty budowlane, lub projektu jej zmiany, kara w wysokości 50 000,00 zł za każdą nieprzedłożoną umowę,

g) za nieprzedłożenie poświadczonej za zgodność z oryginałem kopii umowy
o podwykonawstwo lub jej zmiany w wysokości 2% wartości nieprzedłożonej umowy,
za każdy dzień zwłoki, po terminie o którym mowa w § 8 pkt.12 i pkt 15,

h) za nieprzedłożenie poświadczonej za zgodność z oryginałem kopii umowy
o podwykonawstwo której przedmiotem są dostawy lub usługi - kara w wysokości 50% wartości nieprzedłożonej umowy,

i) za wprowadzenie na plac budowy Podwykonawcy, bez przedłożenia Zamawiającemu poświadczonej za zgodność z oryginałem kopii umowy o podwykonawstwo, której przedmiotem są roboty budowlane, dostawy lub usługi - kara w wysokości 100 000,00 zł.
za każdego wprowadzonego Podwykonawcę".

Odwołujący podał, że nie kwestionuje uprawnienia Zamawiającego do zabezpieczenia interesów Zamawiającego przed zgłaszaniem się do Zamawiającego z żądaniem zapłaty wynagrodzenia podwykonawców nie zgłoszonych przez wykonawcę, jednakże wysokość ww. kar umownych świadczy przede wszystkim o tym, że nie mają one chronić Zamawiającego, lecz nie jako umożliwić mu pozyskać dodatkowe finansowanie inwestycji kosztem wykonawcy. Zamawiający w postaci udzielonego przez wykonawcę zabezpieczenia należytego wykonania Umowy posiadać będzie instrument prawny, z którego będzie mógł dochodzić ewentualnych roszczeń wobec wykonawcy z tytułu nienależytego wywiązania się z obowiązków związanych ze zgłaszaniem podwykonawców.

Z doświadczenia Odwołującego wynika, że kary umowne naliczane wykonawcom
za naruszenie obowiązków związanych ze zgłaszaniem podwykonawców stanowią procent wynagrodzenia podwykonawców, zwykle nie więcej niż kilka procent takiego wynagrodzenia.

Więcej, analizując poszczególne podstawy naliczania kar umownych w tym zakresie trudno też zidentyfikować realną szkodę po stronie Zamawiającego, która przez ten mechanizm sankcyjny miałaby być kompensowana, co w konsekwencji świadczyłoby o naruszeniu równowagi stron stosunku zobowiązaniowego.

Niezależnie od powyższego, nawet jeśli jednak uznać, że co do zasady zastrzeżenie tego rodzaju kar umownych byłoby zasadne i zmierzałoby do pokrycia jakiejkolwiek realnej szkody po stronie Zamawiającego, to wysokość omawianych kar umownych należałoby uznać za rażąco wygórowaną, prowadząc do tego, że obciążenie Wykonawcy byłoby nieadekwatne, a kara umowna nie służyłaby kompensacji szkody powstałej
u Zamawiającego, a zbliżała tak ukształtowaną karę umowną do mechanizmu służącego jego nieuzasadnionemu wzbogaceniu. Odwołujący wskazał wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 28 grudnia 2018 r. sygn. akt KIO 2574/18.

Rażąco wygórowany charakter omawianych kar unaoczniony jest zaś już chociażby przez zestawienie kar umownych przewidzianych przez Zamawiającego w ramach przedmiotowej Umowy i oznaczenie ich wysokości przy uwzględnieniu szacunkowej wartości przedmiotowego zamówienia (około 20 milionów złotych). Za uchybienia niezwiązane

z podstawowym celem inwestycji jakim jest prawidłowa pod kątem budowlanym i terminowa realizacja zamówienia, wykonawca miałby być obciążany nieadekwatnie wysokimi karami umownymi, sięgającymi w skrajnym przypadku nawet 0,5 % wysokości wynagrodzenia. Tak wysokie kary w sposób bezsprzeczny nie spełniałyby swojej funkcji, działając na wykonawców wręcz demobilizująco i zniechęcając w ogóle do podejmowania starań celem uzyskania jak najlepszego rezultatu realizacyjnego.

Brak zasadności dla przewidzenia tak daleko idących sankcji względem wykonawców potwierdza też analiza innych analogicznych postępowań, która winna być wzięta pod uwagę przez Zamawiającego, z uwagi na fakt, że jak podkreśliła Izba w wyroku z dnia

8 marca 2013 r. sygn. akt KIO 426/13 obowiązkiem zamawiającego przy kształtowaniu wymagań stawianych wykonawcom jest nie tylko odniesienie się do przedmiotu zamówienia, ale też ocena sytuacji rynkowej. Co za tym idzie, praktyka rynkowa i standardy stosowane przez innych publicznych zamawiających winny być wzięte pod uwagę podczas oceny rynkowości i współmierności wymagań i zobowiązań nakładanych przez Zamawiającego

na Wykonawców. Z analizy przeprowadzonej przez Odwołującego wynika z kolei,

że publiczni Zamawiający standardowo stosują kary umowne za naruszenie obowiązków dotyczących zgłaszania podwykonawców na poziomie kilku procent wynagrodzenia danego podwykonawcy.

Biorąc pod uwagę wszystkie powyższe okoliczności, Odwołujący wniósł o modyfikację treści § 13 ust. 1 Umowy przez nadanie mu następującego brzmienia:

„1. Zamawiający może żądać od Wykonawcy zapłaty kar umownych: (…)

f) za nieprzedłożenie do zaakceptowania projektu umowy o podwykonawstwo, której przedmiotem są roboty budowlane, lub projektu jej zmiany, kara w wysokości ***~~50 000,00 zł~~ 5% wartości nieprzedłożonej umowy z podwykonawcą,*** *za każdą nieprzedłożoną umowę,*

g) za nieprzedłożenie poświadczonej za zgodność z oryginałem kopii umowy

o podwykonawstwo lub jej zmiany w wysokości 2% wartości nieprzedłożonej umowy,

~~za każdy dzień zwłoki, po terminie o którym mowa w § 8 pkt.12 i pkt 15~~*,*

h) za nieprzedłożenie poświadczonej za zgodność z oryginałem kopii umowy

o podwykonawstwo której przedmiotem są dostawy lub usługi - kara w wysokości ***2%***

~~50%~~ *wartości nieprzedłożonej umowy,*

i) za wprowadzenie na plac budowy Podwykonawcy, bez przedłożenia Zamawiającemu poświadczonej za zgodność z oryginałem kopii umowy o podwykonawstwo, której przedmiotem są roboty budowlane, dostawy lub usługi - kara w wysokości ***~~100 000,00 zł.~~***

2% wartości nieprzedłożonej umowy, *za każdego wprowadzonego Podwykonawcę*".

IV. Zarzut dotyczący limitu kar umownych

W § 13 ust. 7 Umowy Zamawiający zawarł zapis:

„Łączna maksymalna wysokość kar umownych, których może dochodzić każda ze Stron

nie może przekroczyć 50% całkowitego wynagrodzenia netto, o którym mowa w § 7 ust. 1 Umowy".

Odwołujący podał, że w ramach orzecznictwa sądów powszechnych podkreśla się,

że wysokość nałożonych kar umownych nie może przekraczać wysokości należnego wynagrodzenia, a w sytuacji, w której wysokość kar w stosunku do wartości całego zobowiązania oscyluje w granicach kilkudziesięciu procent wartości umowy, sądy uznają

je za nadmierną dolegliwość, świadczącą o ich niewspółmierności w rozumieniu art. 484 § 2 KC (tak np. wyrok SO w Rzeszowie z dnia 25.09.2019 r.; sygn. akt VI Ga 173/13, w ramach którego Sąd za niewspółmierną uznał karę umowną na poziomie 40% należnego wynagrodzenia).

Biorąc pod uwagę powyższe, tj. brak możliwości realnego wyegzekwowania kar umownych przekraczających poziom 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), podkreślił Odwołujący zasadność dokonania modyfikacji treści SWZ w tym zakresie.

Wprowadzenie limitu kar jest obecnie powszechnym działaniem wśród zamawiających publicznych w przypadku inwestycji kubaturowych, którzy tak jak zostało to wskazane

w powoływanych powyżej wytycznych zawartych w orzecznictwie sądów powszechnych

i Krajowej Izby Odwoławczej, limit tych kar określają na poziomie zrównanym z poziomem kary umownej przewidzianej na wypadek odstąpienia od umowy.

Tak np. w ramach postępowania pn. „Budowa Gminnego Centrum Przesiadkowego

w Sokółce" - nr referencyjny: PI.I.271.6.2022 (limit kar umownych na poziomie 10% przy tożsamej wysokości kary umownej na wypadek odstąpienia od umowy z przyczyn leżących po stronie wykonawcy); w ramach postępowania na

Budowę Muzeum Sztuki Nowoczesnej
w Warszawie, nr postępowania 04/MSN/PN/2018 (limit kar umownych na poziomie 15% przy tożsamej wysokości kary umownej na wypadek odstąpienia od umowy z przyczyn leżących po stronie wykonawcy); czy w ramach postępowania pn. „Budowa budynku TR Warszawa
na Placu Defilad w Warszawie" (limit kar umownych na poziomie 10% przy tożsamej wysokości kary umownej na wypadek odstąpienia od umowy z przyczyn leżących po stronie wykonawcy).
Limit kar ustanawiany na bezwzględnym poziomie 20% (bez dodatkowych obostrzeń czy wyłączania z tego limitu niektórych podstaw naliczania kar) jako adekwatny i proporcjonalny potwierdza również Krajowa Izba Odwoławcza w najnowszym orzecznictwie. Odwołujący powołał się w tym zakresie na wyrok z dnia 21 grudnia 2023 r. sygn. akt KIO 3509/23, KIO 3515/23.
Biorąc pod uwagę wszystkie powyższe okoliczności, Odwołujący wniósł o modyfikację treści § 13 ust. 7 Umowy przez nadanie mu następującego brzmienia:
„*Łączna maksymalna wysokość kar umownych, których może dochodzić każda ze Stron nie może przekroczyć* ***20%*** ~~***50%***~~ *całkowitego wynagrodzenia netto, o którym mowa w § 7 ust. 1 Umowy*".

Wskazane powyżej uchybienia w konsekwencji oznaczają, że Zamawiający naruszył przepisy wskazane w zarzutach odwołania w sposób opisany w tych zarzutach odwołania.
W konsekwencji wskazane (skarżone) przez Odwołującego kwestie wymagają dokonania daleko idących modyfikacji. Z powyższych względów w pełni uzasadnione jest postawienie zarzutów naruszenia przepisów w sposób wskazany w niniejszym odwołaniu.

Po przeprowadzeniu posiedzenia i rozprawy z udziałem Stron na podstawie zebranego materiału w sprawie Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła,
co następuje:

Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 528 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień ustawy z 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2023 poz. 1605 ze zmianami; dalej „ustawa", „Pzp") skutkujących odrzuceniem odwołania. Odwołanie zostało złożone do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 29 stycznia 2024 roku od czynności Zamawiającego z dnia 22 stycznia 2023 roku. Kopia odwołania została przekazana w ustawowym terminie Zamawiającemu,
co wynika z akt sprawy odwoławczej.

Skład orzekający Izby rozpoznając sprawę uwzględnił akta sprawy odwoławczej, które zgodnie z par. 8 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 roku
w sprawie postępowania przy rozpoznawaniu odwołań przez Krajową Izbę Odwoławczą (Dz. U. z 2020 r. poz. 2453) stanowią odwołanie wraz z załącznikami oraz dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia w postaci elektronicznej lub kopię dokumentacji,
o której mowa w § 7 ust. 2, a także inne pisma składane w sprawie oraz pisma kierowane przez Izbę lub Prezesa Izby w związku z wniesionym odwołaniem.
Izba uwzględniła stanowiska prezentowane na rozprawie przez Strony postępowania odwoławczego.
Izba uwzględniła stanowisko Zamawiającego prezentowane w piśmie z dnia
2 lutego 2024 roku – **Odpowiedź na odwołanie**, w którym Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania w całości.

Izba ustaliła:

Na podstawie art. 552 ust. 1 ustawy Izba wydając wyrok bierze za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania odwoławczego.

Izba ustaliła, że zgodnie z Załącznik Nr 7 do Specyfikacji Warunków zamówienia (dalej: „*SWZ*"):

§ 7
1. Ryczałtowe wynagrodzenie Wykonawcy za wykonanie przedmiotu umowy, ustalone na podstawie wybranej, zgodnie ze Specyfikacją Warunków Zamówienia, oferty wynosi netto …….. zł (słownie: ..../100), plus należny podatek VAT, co stanowi kwotę brutto: …….. zł (słownie: ..../100).
§9 Odbiory
7. Zamawiający przystąpi do odbioru końcowego robót w ciągu 7 dni roboczych od daty przekazania Zamawiającemu pisemnej informacji o zakończeniu robót i zakończy odbiór w ciągu 5 dni roboczych, od daty rozpoczęcia odbioru robót, chyba że w trakcie odbioru stwierdzone zostaną wymagające usunięcia wady, usterki czy niedoróbki. W takim przypadku ustalony zostanie termin przeprowadzenia ponownego odbioru końcowego robót.
Za datę zakończenia robót uznaje się datę przedłożenia Zamawiającemu kopii wniosku

o pozwolenie na użytkowanie wniesionego przez Wykonawcę (na podstawie pełnomocnictwa) we właściwym urzędzie nadzoru budowalnego. Protokół odbioru końcowego robót bez uwag zostanie podpisany po dokonaniu bez uwag odbiorów i kontroli przez organy administracji publicznej, które są zobligowane przepisami prawa do dokonania odbiorów lub kontroli przedmiotu zamówienia,

Z dniem zakończenia robót Wykonawca przekaże Zamawiającemu zabezpieczenia roszczeń z tytułu rękojmi za wady, na kwotę 30% zabezpieczenia należytego wykonania umowy.

8. Razem z zawiadomieniem o zakończeniu robót i zgłoszeniem gotowości do odbioru

Wykonawca przekaże Zamawiającemu:

a) kopię wniosku o pozwolenie na użytkowanie wniesionego przez Wykonawcę

(na podstawie pełnomocnictwa) we właściwym urzędzie nadzoru budowalnego.

b) oświadczenie kierownika budowy o zgodności wykonania obiektu budowlanego

z projektem oraz przepisami prawa, oraz oświadczenie o doprowadzeniu do należytego stanu i porządku terenu budowy, a także - w razie korzystania - ulicy, sąsiedniej nieruchomości, budynku lub lokalu,

c) oświadczenie o właściwym zagospodarowaniu terenów przyległych, jeżeli eksploatacja wybudowanego obiektu jest uzależniona od ich odpowiedniego zagospodarowania,

d) atesty, świadectwa jakości, certyfikaty, deklaracje właściwości użytkowych dla wbudowanych materiałów w języku polskim,

e) protokoły prób, pomiarów, sprawdzeń i szkoleń,

f) dokumentację projektową podstawową i powykonawczą wszystkich branż, oraz wbudowanych instalacji i zamienną, jeżeli w trakcie realizacji robót nastąpiły zmiany,

g) karty (książki) techniczne zamontowanych wszystkich instalacji i urządzeń wymagających serwisowania.

h) kopię zaświadczenia o wpisie na listę członków właściwej izby samorządu zawodowego osoby pełniącej funkcje kierownika budowy

i) instrukcje obsługi lub użytkowania w języku polskim,

j) gwarancje na wbudowane urządzenia w języku polskim,

k) dokumentację powykonawczą z naniesionymi zmianami w kolorze czerwonym

z podpisami uprawnionych osób, na oryginale lub kopii dokumentacji projektowej.

l) opracowany plan ewakuacji budynku wraz w wyliczeniem procedur postępowania

w przypadku potrzeby ewakuacji,

m) inne niezbędne dokumenty, zgodne z obowiązującymi w tym zakresie przepisami prawa, wskazane przed odbiorem końcowym na piśmie przez Zamawiającego.

9. Jeżeli dokumenty wymienione w pkt. powyżej nie są kompletne, lub zawierają błędy, Inspektor nadzoru inwestorskiego nie dokona pisemnego potwierdzenia o zakończeniu robót

i gotowości obiektu do odbioru, aż do chwili prawidłowego ich uzupełnienia.

10. Jeżeli Zamawiający uzna, że roboty zostały zakończone i nie będzie miał zastrzeżeń,

co do kompletności oraz prawidłowości dostarczonych przez Wykonawcę dokumentów,

w porozumieniu z Wykonawcą wyznaczy datę odbioru końcowego; w przeciwnym razie zażąda od Wykonawcy ponownego zgłoszenia robót do odbioru i uzupełnienia dokumentacji.

11. Odbiór końcowy nie może być dokonany, jeżeli stwierdzone wady lub inne naruszenia postanowień niniejszej umowy obniżają przewidzianą przez Zamawiającego w dokumentacji projektowej zdolność użytkową wykonanych robót.

12. W razie stwierdzenia w toku czynności odbioru wad, które nadają się do usunięcia, Zamawiający odmówi dokonania odbioru do czasu usunięcia wad, wyznaczając równocześnie uzasadniony technologicznie termin do ich usunięcia. W przypadku bezskutecznego upływu terminu – niezależnie od innych uprawnień przewidzianych umową

i przepisami Kodeksu Cywilnego– Zamawiający będzie uprawniony do zastępczego usunięcia wad poprzez zlecenie usunięcia wad i usterek osobie trzeciej, na koszt i ryzyko Wykonawcy. Koszt usunięcia wad przez osobę trzecią może zostać potrącony

z wynagrodzenia Wykonawcy lub zabezpieczenia należytego wykonania umowy. W okresie,

o którym mowa w zdaniu poprzednim Zamawiający może naliczyć Wykonawcę kary umowne w wysokości 0,5% wynagrodzenia umownego netto określonego w § 7 niniejszej umowy,

za każdy dzień zwłoki,

13. W razie stwierdzenia takich wad lub naruszeń w toku czynności odbioru, które nie nadają się do usunięcia, Zamawiający – niezależnie od innych uprawnień przewidzianych umową

i przepisami Kodeksu Cywilnego– może według własnego wyboru żądać wykonania robót po raz drugi na koszt Wykonawcy lub obniżyć odpowiednio wynagrodzenie Wykonawcy, zachowując przy tym prawo domagania się od Wykonawcy kar umownych, odszkodowania za poniesione szkody i naprawienia szkody wynikłej z opóźnienia.

14. Protokół odbioru końcowego nie zostanie podpisany przez Zamawiającego do czasu usunięcia wad i usterek i niedoróbek stwierdzonych w czasie dokonywania czynności odbioru.

Wynagrodzenie i rozliczenia finansowe

§ 7

6. Dopuszczalna jest zmiana umowy bez przeprowadzenia nowego postępowania

o udzielenie Zamówienia jeśli zachodzą okoliczności wymienionych w art. 455 ust 1 i 2 ustawy Pzp, lub w przypadku wystąpienia co najmniej jednej z okoliczności wymienionej poniżej:

(…)

b) Uzasadnionej rezygnacji przez Zamawiającego z części zakresu przedmiotu zamówienia, którego wykonanie okazało by się nieracjonalne na etapie prowadzenia robót budowlanych lub będzie wynikać z odrębnych decyzji organów administracji państwowej

W takim przypadku wynagrodzenie należne Wykonawcy zostanie pomniejszone o wartość nie wykonanych pozycji kosztorysowych.

c) Konieczności wykonania robót nie ujętych w dokumentacji projektowej, których niewykonanie mogłoby spowodować obniżenie funkcjonalności, lub estetyki budynku, zagrożenie dla zdrowia lub życia osób, zagrozić bezpieczeństwu budynku, lub budynków sąsiadujących, lub mogłoby grozić katastrofą budowlaną lub będzie wynikać z odrębnych decyzji organów administracji państwowej . W takim przypadku Wykonawcy zostanie zwiększone wynagrodzenie o wartość robót nie ujętych w dokumentacji projektowej

na zasadach opisanych w punkcie 24 niniejszego paragrafu.

d) Konieczności przesunięcia terminu realizacji zamówienia, jeśli konieczność ta nastąpiła

na skutek okoliczności, których nie można było przewidzieć w chwili zawierania umowy

i nie leżących po stronie Wykonawcy. W takim przypadku termin zostanie przedłużony proporcjonalnie do czasu w którym nastąpił przestój w robotach.

e) Konieczności przesunięcia terminu realizacji zamówienia, jeśli konieczność ta nastąpiła

na skutek okoliczności leżących po stronie Zamawiającego. W takim przypadku termin zostanie przedłużony proporcjonalnie do czasu w którym nastąpił przestój w robotach.

(…)

n) Konieczności wprowadzenia zmian terminu zakończenia realizacji przedmiotu umowy spowodowanych warunkami geologicznymi, lub terenowymi, znaleziskami archeologicznymi w szczególności: niewypały i niewybuchy, wykopaliska archeologiczne nieprzewidziane

w SWZ. W takim przypadku termin zostanie przedłużony proporcjonalnie do czasu w którym nastąpił przestój w robotach.

o) Wystąpienia okoliczności, których obiektywnie nie można było przewidzieć w chwili zawarcia umowy. W takim przypadku termin zostanie przedłużony proporcjonalnie do czasu w którym nastąpił przestój w robotach

Warunki zmian:

- inicjowanie zmian – na wniosek Wykonawcy lub Zamawiającego,

- uzasadnienie zmian – prawidłowa realizacja przedmiotu umowy, obniżenie kosztów, zapewnienie optymalnych parametrów technicznych i jakościowych robót, itp.

- forma zmian – aneks do umowy w formie pisemnej pod rygorem nieważności.

Kary umowne

§ 13

1. Zamawiający może żądać od Wykonawcy zapłaty kar umownych:

(…)

f) za nieprzedłożenie do zaakceptowania projektu umowy o podwykonawstwo, której przedmiotem są roboty budowlane, lub projektu jej zmiany, kara w wysokości 100 000,00 zł za każdą nieprzedłożoną umowę,

g) za nieprzedłożenie poświadczonej za zgodność z oryginałem kopii umowy

o podwykonawstwo lub jej zmiany w wysokości 2% wartości nieprzedłożonej umowy,

za każdy dzień zwłoki, po terminie o którym mowa w § 8 pkt.12 i pkt 15,

h) za nieprzedłożenie poświadczonej za zgodność z oryginałem kopii umowy

o podwykonawstwo której przedmiotem są dostawy lub usługi - kara w wysokości 50% wartości nieprzedłożonej umowy,

i) za wprowadzenie na plac budowy Podwykonawcy, bez przedłożenia Zamawiającemu poświadczonej za zgodność z oryginałem kopii umowy o podwykonawstwo, której przedmiotem są roboty budowlane, dostawy lub usługi - kara w wysokości 100 000,00 zł. za każdego wprowadzonego Podwykonawcę,

(…)

7. Łączna maksymalna wysokość kar umownych, których może dochodzić każda ze Stron nie może przekroczyć 50% całkowitego wynagrodzenia netto, o którym mowa w § 7 ust. 1 Umowy.

Izba zważyła w zakresie zarzutów odwołania:

Izba na wstępie wskazuję, zgodnie z art. 559 ust. 2 ustawy podstawy prawne oraz przytacza przepisy prawa:

Ustawa z dnia 11 września 2019 roku Prawo zamówień publicznych (dalej: ustawa):

- art. 8 ust. 1 ustawy - do czynności podejmowanych przez zamawiającego, wykonawców oraz uczestników konkursu w postępowaniu o udzielenie zamówienia i konkursie oraz
do umów w sprawach zamówień publicznych stosuje się przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. - Kodeks cywilny (Dz.U. z 2022 r. , i oraz z 2023 r.), jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej.
- art. 16 ustawy - Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób:
    1)zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców,
    2)przejrzysty,
    3)proporcjonalny.
- art. 99 ust. 1 ustawy - Przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty.
- art. 433 ustawy Projektowane postanowienia umowy nie mogą przewidywać:
1) odpowiedzialności wykonawcy za opóźnienie, chyba że jest to uzasadnione okolicznościami lub zakresem zamówienia;
2) naliczania kar umownych za zachowanie wykonawcy niezwiązane bezpośrednio lub pośrednio z przedmiotem umowy lub jej prawidłowym wykonaniem;
3) odpowiedzialności wykonawcy za okoliczności, za które wyłączną odpowiedzialność ponosi zamawiający;
4) możliwości ograniczenia zakresu zamówienia przez zamawiającego bez wskazania minimalnej wartości lub wielkości świadczenia stron.
- art. 436 pkt 3 ustawy - umowa zawiera postanowienia określające w szczególności:
3) łączną maksymalną wysokość kar umownych, których mogą dochodzić strony;
- art. 455 ust. 1 pkt 1 ustawy - Dopuszczalna jest zmiana umowy bez przeprowadzenia nowego postępowania o udzielenie zamówienia:
1) niezależnie od wartości tej zmiany, o ile została przewidziana w ogłoszeniu o zamówieniu lub dokumentach zamówienia, w postaci jasnych, precyzyjnych i jednoznacznych postanowień umownych, które mogą obejmować postanowienia dotyczące zasad wprowadzania zmian wysokości ceny, jeżeli spełniają one łącznie następujące warunki:
a) określają rodzaj i zakres zmian,
b) określają warunki wprowadzenia zmian,
c) nie przewidują takich zmian, które modyfikowałyby ogólny charakter umowy;
- art. 453 ust. 1 i ust. 2 ustawy
1. Zamawiający zwraca zabezpieczenie w terminie 30 dni od dnia wykonania zamówienia i uznania przez zamawiającego za należycie wykonane.
2. Zamawiający może pozostawić na zabezpieczenie roszczeń z tytułu rękojmi za wady lub gwarancji kwotę nie przekraczającą 30% zabezpieczenia.

Ustawa z dnia 23 kwietnia 1964 roku Kodeks cywilny (dalej: KC)

- art. 5 KC - Nie można czynić ze swego prawa użytku, który by był sprzeczny ze społeczno-gospodarczym przeznaczeniem tego prawa lub z zasadami współżycia społecznego. Takie działanie lub zaniechanie uprawnionego nie jest uważane za wykonywanie prawa i nie korzysta z ochrony.
- art. 353^1 KC - Strony zawierające umowę mogą ułożyć stosunek prawny według swego uznania, byleby jego treść lub cel nie sprzeciwiały się właściwości (naturze) stosunku, ustawie ani zasadom współżycia społecznego.
- art. 471 KC - Dłużnik obowiązany jest do naprawienia szkody wynikłej z niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania, chyba że niewykonanie lub nienależyte wykonanie jest następstwem okoliczności, za które dłużnik odpowiedzialności nie ponosi.
- art. 473 § 1 KC - Dłużnik może przez umowę przyjąć odpowiedzialność za niewykonanie lub za nienależyte wykonanie zobowiązania z powodu oznaczonych okoliczności, za które
na mocy ustawy odpowiedzialności nie ponosi.
- art. 483 § 1 KC - Można zastrzec w umowie, że naprawienie szkody wynikłej
z niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania niepieniężnego nastąpi przez zapłatę określonej sumy (kara umowna).
- art. 647 KC - Przez umowę o roboty budowlane wykonawca zobowiązuje się do oddania przewidzianego w umowie obiektu, wykonanego zgodnie z projektem i z zasadami wiedzy technicznej, a inwestor zobowiązuje się do dokonania wymaganych przez właściwe czynności związanych z przygotowaniem robót, w szczególności do przekazania terenu

budowy i dostarczenia projektu, oraz do odebrania obiektu i zapłaty umówionego wynagrodzenia.

W zakresie rozpoznania zarzutów odwołania w odniesieniu do wszystkich zarzutów odwołania:

Na wstępie Izba wskazuje, że zgodnie z art. 554 ust. 1 pkt 2 ustawy, Izba uwzględni odwołanie w całości lub w części, jeżeli stwierdzi niezgodność projektowanego postanowienia umowy z wymaganiami wynikającymi z przepisów ustawy oraz w przypadku uwzględnienia odwołania zgodnie z art. 554 ust. 3 pkt 1 lit. c ustawy, Izba może nakazać zmianę projektowanego postanowienia umowy albo jego usunięcie, jeżeli jest niezgodne z przepisami ustawy.

Na podstawie art. 554 ust. 6 ustawy, Izba nie może nakazać wprowadzenia do umowy postanowień o określonej treści, co w ocenie Izby oznacza, że kontrola projektowanych postanowień umowy odbywa się jedynie pod względem legalności, a nie celowości, efektywności ekonomicznej projektowanych postanowień, a tym samym wnioski strony o nakazanie wprowadzenia postanowień określonej treści nie mogą być przez Izbę uwzględnione. Izba nie może przypisywać sobie uprawnień jakich ustawa jej nie daje, bowiem nie może działać poza granicami ustawy (art. 7 Konstytucji). Izba, jeśli ustali,

że dane postanowienie umowne jest niezgodne z ustawą może jedynie nakazać wykreślenie postanowienia albo jego zmianę wskazując w uzasadnieniu, na czym polegało naruszenie, ale konkretna treść zmiany pozostaje w wyłącznej gestii Zamawiającego i to on za jej brzmienie ponosi wyłączną odpowiedzialność (tak też: Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej

z dnia 18 października 2022 roku sygn. akt KIO 2592/22, wyrok z dnia 13 listopada 2023 roku sygn. akt KIO 3135/23, KIO 3136/23, KIO 3179/23). Poza zakresem kognicji Izby jest kształtowanie określonych postanowień umowy oraz nakazywanie określonej treści umowy (tak też: wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 18 marca 2022 roku sygn. akt KIO 622/22).

W zakresie zarzutu 1:

naruszenia art. 8 ust. 1 ustawy w zw. z art. 5 i 353(1) KC w zw. z art. 647 KC w zw. z art. 453 ust. 1 i 2 w zw. z art. 16 ustawy przez uzależnienie dokonania odbioru prac objętych Umową od braku jakichkolwiek wad lub usterek – Izba zarzut uznała za zasadny w odniesieniu

do części kwestionowanych postanowień umowy.

Izba wskazuje w tym miejscu, co było już wyartykułowane wyżej w odniesieniu do wszystkich zarzutów odwołania, że Izba może jedynie nakazać wykreślenie podanych przez Odwołującego postanowień umowy i nie może nakazać wprowadzenia do treści umowy żadnych postanowień (art. 554 ust. 6 ustawy). Izba dokonuje oceny legalności postanowień projektowanych postanowień umowy, które podnosi Odwołujący, jednakże ocena ta odnosi się do przedstawionej argumentacji i stanowiska Odwołującego zawartej w uzasadnieniu zarzutu odwołania. W przedmiotowej sprawie odwoławczej Odwołujący w ramach zarzutu 1 kwestionuje postanowienia § 9 pkt 7, 9, 10 i 11 wzoru umowy przez uzależnienie dokonania odbioru praz objętych umową od braku jakichkolwiek wad lub usterek. W uzasadnieniu podniesionego zarzutu odwołania argumentacja Odwołującego zamyka się w dwóch zdaniach tj.: *Ww. zapisy są sprzeczne z bezwzględnie obowiązującymi przepisami prawa. Przypomnieć należy, że art. 647k.c. wskazuje, iż jednym z podstawowych obowiązków inwestora, w tym wypadku Zamawiającego, w ramach umowy o roboty budowlane jest dokonanie odbioru robót.* Oraz w zacytowaniu wybranych fragmentów czterech wyroków.

Izba podkreśla w tym miejscu, że w ramach rozpoznania zarzutów odwołania dokonuje oceny czynności Zamawiającego – w tym wypadku chodzi o postanowienia umowy –

w kontekście argumentacji uzasadniającej naruszenie wskazanych przepisów prawa jaki podnosi w odwołaniu Odwołujący.

Zestawiając jedyne argumenty jakie podniósł Odwołujący, a odnoszące się

do niezgodności z powszechnie obowiązującym prawem z wnioskami jakie przedstawił

co do zamiany treści § 9 pkt 7 umowy Izba stwierdziła, że zasadnym jest stanowisko Odwołującego odnoszące się do niezgodnego z prawem wprowadzenia do treści postanowienia umowy odbioru bezusterkowego, którego emanacja zawarta jest w treści: *Protokół odbioru końcowego robót bez uwag zostanie podpisany po dokonaniu bez uwag odbiorów i kontroli przez organy administracji publicznej, (…).*

W ocenie Izby, a czemu nie przeczył również Zamawiający, dokonanie „odbioru końcowego bez uwag" należy postrzegać jako dokonanie tzw. odbioru bezusterkowego. Izba podkreśla, że w orzecznictwie Sądu Najwyższego jednoznacznie zostało wskazane i wynika w sposób oczywisty, że postanowienia umowy odnoszące się do tzw. odbioru bezusterkowego,

co oznacza postanowienia umowy, które uzależniają odebranie obiektu od braku jakichkolwiek wad (w tym przypadku *po dokonaniu bez uwag odbiorów i kontroli*) jest uznawane przez Sąd Najwyższy za sprzeczne z właściwością (naturą) zobowiązania wynikającego z umowy o roboty budowlane i naruszające równowagę między inwestorem

a wykonawcą, pozostawiając tego ostatniego w niepewności odnośnie do należnego wynagrodzenia oraz zwrotu

poniesionych wydatków. W doktrynie piśmiennictwie jednoznacznie się wskazuje, w oparciu o jednoznaczne i bardzo liczne orzecznictwo Sądu Najwyższego odnoszące się do tego zakresu, że postanowienia umów o roboty budowlane przewidujące, że odebranie obiektu może nastąpić tylko w przypadku braku jakichkolwiek wad, są nieważne bezwzględnie jako wykraczające poza swobodę umów wyznaczoną właściwością (naturą) zobowiązania KC w zw. z art. 647 KC – (tak: *K. Osajda* (red. serii), *W. Borysiak* (red. tomu), Kodeks cywilny. Komentarz. Wyd. 31, Warszawa 2023r.).

W jednym z wyroków Sąd Najwyższy podał w uzasadnieniu, że: w orzecznictwie Sądu Najwyższego wskazuje się, że wynikający z KC obowiązek inwestora obioru robót nie można sprowadzać do sytuacji, w której odebranie ma dotyczyć wyłącznie obiektu całkowicie wolnego od wad. Przyjmowanie bowiem, że każde odstępstwo od takiego idealnego stanu dawałaby inwestorowi prawo odmowy odebrania obiektu pozostawałoby

w sprzeczności z naturą zobowiązania objętego umową o roboty budowlane i naruszałoby równowagę między inwestorem a wykonawcą, pozostawiając tego ostatniego w niepewności odnośnie do należnego wynagrodzenia oraz zwrotu poniesionych wydatków. Przyjmuje się, że projekt i zasady wiedzy technicznej powołane w przepisie KC stanowią kompromis między tym, co możliwe i konieczne w budownictwie, uwzględniają interes publiczny i prywatny użytkownika i tym samym stanowią kryterium dopuszczalności modyfikacji wymagań odnośnie do jakości obiektu budowlanego. Inwestor może bowiem skutecznie dochodzić usunięcia stwierdzonych wad (por. wyroki Sąd Najwyższego z dnia 5 marca 1997 r., , OSNC 1997, nr 6 - 7, poz. 90; z dnia 30 października 2002 r.,; z dnia 8 stycznia 2004 r., ; z dnia 22 czerwca 2007 r., , OSP 2009, nr 1, poz. 7; z dnia 9 września 2011 r.,). Zatem, gdy wykonawca zgłosił zakończenie robót budowlanych zamawiający jest zobowiązany do ich odbioru (KC), chyba że przedmiot zamówienia będzie mógł być kwalifikowany jako wykonany niezgodnie z projektem i zasadami wiedzy technicznej lub wady będą istotne (por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 24 lipca 2009 r., , ONC - ZD, 2010, B, poz. 51). Uzasadnienie dla takiego podejścia wywodzi się z dążenia do rozróżnienia sytuacji niewykonania zobowiązania od nienależytego wykonania zobowiązania, kiedy to zachowanie dłużnika jedynie częściowo pozostaje sprzeczne z treścią zobowiązania (por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 7 marca 2013 r.,) – tak wyrok SN z dnia 21 kwietnia 2017 r. sygn. akt I CSK 333/16.

W ramach rozpoznania tej sprawy również warto odnotować wyrok Sądu Najwyższego

z 2013 roku, w którym uzasadniono, że w orzecznictwie Sądu Najwyższego przyjęto trafny pogląd, który należy podzielić, iż w sytuacji gdy wykonawca zgłosił zakończenie robót budowlanych wykonanych zgodnie z projektem i zasadami wiedzy technicznej zamawiający jest zobowiązany do ich odbioru (art. 647 KC). W protokole z tej czynności stanowiącym pokwitowanie spełnienia świadczenia i podstawę dokonania rozliczeń stron, niezbędne jest zawarcie ustaleń co do jakości wykonanych robót, w tym ewentualny 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. Odmowa odbioru będzie uzasadniona jedynie w przypadku, gdy przedmiot zamówienia będzie mógł być kwalifikowany jako wykonany niezgodnie z projektem

i zasadami wiedzy technicznej lub wady będą na tyle istotne, że obiekt nie będzie się nadawał do użytkowania.

Stanowisko to znajduje uzasadnienie w potrzebie rozróżnienia niewykonania zobowiązania

z nienależytym wykonaniem zobowiązania, kiedy zachowanie dłużnika jedynie częściowo pozostaje sprzeczne z treścią zobowiązania. Natomiast utożsamienie sytuacji, gdy roboty budowlane nie zostały wykonane z sytuacją, gdy są one dotknięte wadami, czyniłoby zbędną regulację art. 637 KC w zw. z art. 656 KC. Ponadto naruszałoby równowagę między inwestorem a wykonawcą, uzależniając odbiór, a tym samym płatność należnego wykonawcy wynagrodzenia od wykluczenia istnienia jakiejkolwiek wady w chwili oddania przedmiotu zamówienia, jak i umożliwiając naliczanie kary umownej za niedotrzymanie terminu realizacji umowy warunkowanej przedstawieniem robót do odbioru w stanie idealnym, co w praktyce jest trudne do realizacji (por. wyroki Sądu Najwyższego z dnia 5 marca 1997 r., II CKN 28/97, OSNC 1997/6-7/90; z dnia 30 października 2002 r., V CKN, 1287/00; z dnia 8 stycznia 2004 r., I CK 24/03; z dnia 22 czerwca 2007 r., V CSK 99/07, OSP 2009/1/7; z dnia 9 września 2011 r., I CSK 696/10) – tak wyrok SN z dnia 7 marca 2013 r.

II CSK 476/12.

Izba stwierdza, że zgodnie z art. 647 Kodeksu cywilnego (dalej: KC) przez umowę o roboty budowlane wykonawca zobowiązuje się do oddania przewidzianego w umowie obiektu, wykonanego zgodnie z projektem i z zasadami wiedzy technicznej, a inwestor zobowiązuje się do dokonania wymaganych przez właściwe czynności związanych

z przygotowaniem robót, w szczególności do przekazania terenu budowy i dostarczenia projektu, oraz do odebrania obiektu i zapłaty umówionego wynagrodzenia. Na podstawie tego przepisu kodeksowego jednoznacznie uznaje się w orzecznictwie, że *wadą istotną* jest taka wada, która czyni obiekt niezdatny do umówionego użytku zgodnie z jego przeznaczeniem lub prowadzi do wykonania robót w sposób wyraźnie sprzeciwiających się umowie (tak: Wyrok SN z dnia 12 marca 2021 roku sygn. akt V cSKP 14/21). Sąd Apelacyjny w Poznaniu w wyroku z dnia 24 marca 2023 r. sygn. akt I AGa 209/20 podał, że: stosownie do treści KC odbiór obiektu należy wprawdzie do podstawowych obowiązków

inwestora. Niemniej, obowiązek ten odnosi się do obiektu wykonanego co do zasady zgodnie z zobowiązaniem i zaofiarowanego inwestorowi. Zgodność tą ocenia się biorąc pod uwagę treść zawartej przez strony umowy, elementy uzupełniające treść stosunku prawnego z mocy ustawy (KC), a także ogólne kryteria należytego wykonania zobowiązania (KC). Inwestor jest uprawniony do odmowy dokonania odbioru w przypadku, gdy oddawany obiekt jest dotknięty wadą istotną, tj. czyniącą go niezdatnym do użytku zgodnego z jego przeznaczeniem lub sprzeciwiającą się w sposób wyraźny umowie (wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z 3 lutego 2020 r., ; tak też Wyrok Sądu Apelacyjnego w Gdańsku z dnia 24 stycznia 2013 roku, V ACa 1019/12). Wskazać należy również za wyrokiem SN z 30 czerwca 1999 r. sygn. akt III CKN 1258/98, że umownemu obowiązkowi wykonawcy oddania obiektu odpowiada obowiązek inwestora odebrania tego obiektu i zapłaty umówionego wynagrodzenia. W piśmiennictwie dotyczącym przedmiotowego problemu odbioru wskazuje się za orzeczeniami sądów i Sądu Najwyższego, że inwestor nie ma prawa uchylić się od obowiązku dokonania odbioru zgłoszonych prac (*D. Okolski*, Umowa o roboty budowlane. Wyd. 10, Warszawa 2021).
W wyroku z 5 marca 1997 r. () SN uznał, że jeżeli wykonawca zgłosił zakończenie robót budowlanych, inwestor obowiązany jest dokonać ich odbioru. Ponadto zgodnie z orzeczeniem SA w Katowicach z 17 lutego 2000 r. sygn. akt ,
gdy zamawiający z przyczyn leżących po jego stronie uchybia obowiązkowi odbioru robót, następują skutki zwłoki po jego stronie i takie zachowanie pozostaje bez wpływu na roszczenie wykonawcy, który uprawniony jest do żądania wynagrodzenia, a roszczenie jego staje się wymagalne z chwilą, w której po spełnieniu obowiązków przez wykonawcę, odbiór powinien nastąpić.
Przyjmuje się, że inwestor ma prawo odmówić odebrania obiektu w przypadku, gdy został on wykonany niezgodnie z projektem i zasadami wiedzy technicznej lub gdy jest on obarczony istotnymi wadami (por. wyr. SN z 21.4.2017 r., , Legalis; wyr. SN z 7.3.2013 r., , Legalis; wyr. SN z 24.7.2009 r., , Legalis; por. również *M. Podleś*, Odpowiedzialność, w: *P. Pinior*, *P. Relidzyński*, *W. Wyrzykowski*, *E. Zielińska*, *M. Żaba* (red.), Prawo handlowe, 2019, s. 84). Wydaje się, że w myśl poglądu dominującego obecnie w orzecznictwie SN podstawy faktyczne uzasadniające odmowę odebrania obiektu należy oceniać *a casu ad casum*. Zależnie od rodzaju i przeznaczenia obiektu taka sama wada w jednym przypadku może być istotna, a w innym zupełnie pozbawiona znaczenia dla wartości użytkowych obiektu (*K. Osajda* (red. serii), *W. Borysiak* (red. tomu), Kodeks cywilny. Komentarz. Wyd. 31, Warszawa 2023).
Wadę istotną stanowi zatem wada czyniącą przedmiot niezdatnym do zwykłego użytku
lub sprzeciwiającą się wyraźnie umowie. W orzecznictwie Sądu Najwyższego wskazuje się, że wynikający z KC obowiązek inwestora obioru robót nie można sprowadzać
do sytuacji, w której odebranie ma dotyczyć wyłącznie obiektu całkowicie wolnego od wad (tak: wyrok SN z dnia 21 kwietnia 2017 r. sygn. akt I CSK 333/16).

W ocenie Izby Projektowane postanowienia umowy (§ 9 pkt 7 oraz § 9 pkt 14 umowy),to postanowienia sprowadzające się do bezusterkowego odbioru końcowego.
Jednoznacznie i wyraźnie wybrzmiewa to z treści § 9 pkt 14 umowy, w którym Zamawiający uzależnił podpisanie protokołu odbioru końcowego od usunięcia wad i usterek i niedoróbek stwierdzonych w czasie dokonywania czynności odbioru. Skutkiem tego postanowienia projektowanej umowy z § 9 pkt 7 oraz § 9 pkt 14 są nieważne bezwzględnie jako wykraczające poza swobodę umów wyznaczoną właściwością (naturą) zobowiązania KC w zw. z art. 647 KC.
Tym samym niezbędne jest usuniecie z projektowanych postanowień umowy wszystkich postanowień wskazujących na bezusterkowy odbiór końcowy. Izba wskazuje,
że Zamawiający musi dostosować wszystkie postanowienia umowne oraz zawarte
w dokumentacji w taki sposób, aby nie znajdował się tam postanowienia uznawane
za bezwzględnie nieważne i odnoszące się do odbiorów bezusterkowych. Jednocześnie Zamawiający jest uprawniony do wprowadzenia procedury odbioru końcowego
z poszanowaniem zasady swobody umów wyznaczoną właściwością tego zobowiązania oraz określenia w projektowanych postanowieniach umowy regulacji uzależniających dokonanie odbioru końcowego od stwierdzenia wad istotnych.

Powyżej prezentowaną argumentację prawną Izba odnosi również do projektowanych postanowień umowy w § 9 pkt 11. W treści tej ponownie uzależniono odbiór końcowy
od stwierdzenia wad lub innych naruszeń postanowień umowy, co oznacza, że ponowienie Zamawiający powielił wcześniej określony odbiór bezusterkowy. Zamawiający wskazuje
na to, że wady lub inne naruszenia postanowień niniejszej umowy *obniżają przewidzianą przez Zamawiającego w dokumentacji projektowej zdolność użytkową wykonanych robót*.
W doktrynie jednakże podnosi się, że odmowa odbioru będzie uzasadniona jedynie
w przypadku, gdy przedmiot zamówienia będzie mógł być kwalifikowany jako wykonany niezgodnie z projektem i zasadami wiedzy technicznej lub wady będą na tyle istotne,
że obiekt nie będzie się nadawał do użytkowania. Nie ma mowy o „obniżeniu zdolności użytkowej wykonanych robót". Nie

sposób również traktować tego stwierdzenia jako odniesienia do wad istotnych. Za wadę istotną, która uprawnia do odmowy dokonania odbioru uznaje się wadę czyniącą obiekt niezdatnym do użytku zgodnego z jego przeznaczeniem lub sprzeciwiającą się w sposób wyraźny umowie. Nie sposób zgodzić się ze stanowiskiem Zamawiającego wyrażonym w piśmie z dnia 2 lutego 2024 roku oraz prezentowanym na rozprawie, że „*obniżenie zdolności użytkowej wykonanych robót zawsze stanowi zawsze o istotności wada.* W oparciu o obowiązujące powszechnie na podstawie orzecznictwa (wskazanego między innymi wyżej) obniżenie zdolności użytkowych nie jest jednoznaczne z wadami czyniącymi obiekt niezdatnym do użytku zgodnego z jego przeznaczeniem lub sprzeciwiającą się w sposób wyraźny umowie, a tak definiowana jest wada istotna.

W odniesieniu do projektowanych postanowień umowy z § 9 pkt 10 stwierdzić należy również ich niezgodność z obowiązującymi przepisami prawa. W szczególności należy podnieść, że o gotowości dokonania odbiorów końcowych w kontekście zakończenia robót wypowiada się wykonawca realizujący inwestycję przez zgłoszenie gotowości odbiorów. Jednoznacznie również wskazał na to Zamawiający w § 9 pkt 4 umowy, gdzie podał,
że to wykonawca zgłasza Zamawiającemu gotowość do odbioru końcowego robót pisemnie pod adresem Zamawiającego z określeniem daty zakończenia całości robót. Takie stanowisko aprobowane jest w orzecznictwie i Zamawiający nie jest uprawniony do oceny gotowości wykonawcy do przystąpienia do odbiorów końcowych w okolicznościach,
w których wykonawca taka gotowość deklaruje.
W zakresie odnoszącym się w projektowanych postanowieniach umowy
do kompletności dokumentów (§ 9 pkt 9 oraz § 9 pkt 10 umowy), a w konsekwencji wynikającej z tego faktu braku gotowości do dokonania czynności odbiorów w ocenie Izby Odwołujący nie przedstawił żadnego uzasadnienia faktycznego dającego poddać się ocenie. Brak jest bowiem w zakresie zarzutu odwołania, jak również w uzasadnieniu zarzutu odwołania, jakiegokolwiek odniesienia do oświadczenia o zakończeniu robót i gotowości
do odbioru końcowego po dokonanym zgłoszeniu o gotowości do końcowego odbioru robót oraz wymagania odnoszącego się do przedstawienia wyliczonych w projekcie umowy dokumentów jakie mają być załączone do zgłoszenia gotowości do odbioru.
Zgodnie z § 9 pkt 4 projektowanych postanowień umowy wykonawca zgłosi Zamawiającemu gotowość do odbioru końcowego robót pisemnie pod adresem Zamawiającego
z określeniem daty zakończenia całości robót, natomiast w oparciu o § 9 pkt 8 projektowanych postanowień umowy wykonawca razem z zawiadomieniem o zakończeniu robót i zgłoszeniem gotowości do odbioru obowiązany został do przekazania Zamawiającemu enumeratywnie wyliczonych dokumentów. Kompletność przedstawionych Zamawiającemu dokumentów, ich bezbłędność stanowi o możliwości dokonania odbioru. Odwołujący nie przedstawił żadnej argumentacji mającej uzasadniać konieczność zmian postanowień umowy w powyższym zakresie oraz nie przedstawił żadnego stanowiska uzasadniającego, że wymaganie odnoszące się do przedstawienia wraz ze zgłoszeniem gotowości do odbioru dokumentów wymaganych przez Zamawiającego narusza obowiązujące przepisy prawa.
W ocenie Izby, treść zarzutu – w tej warstwie odwołania – jak również brak jakiejkolwiek argumentacji faktycznej w uzasadnieniu faktycznym odwołania stanowi w zasadzie brak wskazania podstawy faktycznej w uzasadnieniu odwołania, a która na etapie prowadzenia postępowania odwoławczego nie daje się poddać ocenie. Brak podania faktycznych podstaw, argumentacji kwestionującej czynność Zamawiającego nie pozwala w zasadzie
na ocenę czynności Zamawiającego odnoszącą się do kwestionowanego wymagania przedstawienia określonych w postanowieniach umowy dokumentów, które mają zostać złożone wraz ze zgłoszeniem gotowości do odbioru.
Izba podkreśla, że ocenia czynność Zamawiającego w kontekście podniesionego zarzutu
i przypisanej mu argumentacji faktycznej. Natomiast brak takiej argumentacji powoduje,
że nie jest możliwie dokonanie oceny zarzutu w kontekście czynności Zamawiającego. Niezmiennie to po stronie wykonawcy składającego odwołanie ciąży obowiązek wykazania uzasadnienia i argumentacji podnoszonych naruszeń. Izba nie ma obowiązku, ani prawa, poszukiwania za Odwołującego uzasadnienia zarzutów podniesionych w odwołaniu.
Nie sposób poddać ocenie czynność Zamawiającego w sytuacji, gdy poza stwierdzeniem,
że z taką czynności Odwołujący się nie zgadza nie przedstawia Odwołujący żadnej argumentacji faktycznej. Wykonawca składający odwołanie obowiązany jest
do skonkretyzowania swojego stanowiska przez podanie uzasadnienia faktycznego oraz jednoznacznego odniesienia się do czynności czy zaniechań Zamawiającego. Izba nie może domyślać się intencji czy zamierzeń Odwołującego, jak również Izba nie może podejmować za Odwołującego czynności zmierzających do uzasadnienia zarzutu odwołania. W ramach środków ochrony prawnej następuje ocena działania Zmawiającego (podejmowanych przez niego czynności w postępowaniu bądź bezprawnych zaniechań), pod względem zgodności
z przepisami ustawy. Jednakże aby to było możliwe niezbędne jest podanie argumentacji faktycznej przez Odwołującego, argumentacji odnoszącej się postulowanej oceny. Oznacza to zatem konieczność odniesienia się do

elementów stanu faktycznego, jak również podjętych czynności lub zaniechań Zamawiającego w taki sposób, który pozwoli na uznanie, że podniesione zostały konkretne i uzasadnione faktycznie zarzuty wobec tych czynności lub zaniechań przypisanych Zamawiającemu.

Izba podkreśla, że orzecznictwo sądów powszechnych jak również Krajowej Izby Odwoławczej wskazuje na potrzebę ścisłego odczytywania treści zarzutu, w tym przede wszystkim niedopuszczalność wykraczania poza jego treść. Jak wskazano w nieprzerwanie aktualnym wyroku Sądu Okręgowego w Gliwicach z 29 czerwca 2009 r. w spr. X Ga 110/09, „Jeśli więc strona nie odwołuje się do konkretnych okoliczności faktycznych to skład orzekający nie może samodzielnie ich wprowadzić do postępowania tylko dlatego, że można je przyporządkować określonej, wskazanej w odwołaniu kwalifikacji prawnej." Na potrzebę ścisłego traktowania pojęcia zarzutu wskazał również Sąd Okręgowy w Rzeszowie w uzasadnieniu wyroku z dnia 18 kwietnia 2012 r. w spr. o sygn. I Ca 117/12: „Z analizy powyższych przepisów można wyciągnąć dwa zasadnicze wnioski dla niniejszej sprawy.

Po pierwsze, zarówno granice rozpoznania sprawy przez KIO jak i Sąd są ściśle określone przez zarzuty odwołania, oparte na konkretnej i precyzyjnej podstawie faktycznej. Sąd w postępowaniu toczącym się na skutek wniesienia skargi jest związany podniesionymi w odwołaniu zarzutami i wyznaczonymi przez nie granicami zaskarżenia." W orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej również ugruntowany jest również pogląd, że dla oceny zrzutu kluczowe znaczenie ma podanie w treści odwołania uzasadnienia faktycznego, wyczerpującego i zawierającego argumentację pozwalającą na ocenę poprawności zachowań (czynności, zaniechań) Zamawiającego, które kwestionuje we wniesionym odwołaniu Odwołujący. W orzecznictwie Sądu Najwyższego wskazuje się również, że powód nie jest obowiązany do wskazania w pozwie podstawy prawnej swego roszczenia. „Zgodnie z zasadą da mihi factum, dabo tibi ius – wynikającą w polskim prawie procesowym z nałożenia na powoda jedynie obowiązku przytoczenia okoliczności faktycznych uzasadniających żądanie – konstrukcja prawna podstawy rozstrzygnięcia należy do sądu." (wyrok Sądu najwyższego z dnia 26 czerwca 1997 roku sygn. akt I CKN 130/97).

Sąd Najwyższy podkreśla w swoim orzecznictwie, że obligatoryjnym elementem pozwu jest przytoczenie okoliczności faktycznych uzasadniających żądanie pozwu (art. 187 par. 1 ust. 2 KPC), okoliczności te stanowią podstawę faktyczną powództwa (causa petendi) – tak Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 2 maja 1957 roku sygn. akt II CR 305/57.

W orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej również ugruntowany jest pogląd, że o prawidłowości konstrukcji zarzutu odwołania nie może przesądzać kwalifikacja prawna zaskarżonej czynności, ponieważ ostatecznie to do Izby należy subsumcja stanu faktycznego pod określoną normę prawną, natomiast kluczowe znaczenie ma podanie w treści odwołania uzasadnienia faktycznego, wyczerpującego i zawierającego argumentację pozwalającą na ocenę zachowań (czynności, zaniechań) Zamawiającego, które kwestionuje we wniesionym odwołaniu Odwołujący. W tym zakresie aktualne pozostaje wypracowane na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 Prawo zamówień publicznych stanowisko co do konieczności podania uzasadnienie faktycznego podnoszonych zarzutów, bowiem przepisy uprzednio obwiązującej ustawy nie odbiegają od treści obowiązujących obecnie. Jednocześnie wypracowane w orzecznictwie stanowisko znajduje również swoje odwzorowanie w piśmiennictwie.

Wymaga odnotowania w tym miejscu, że postępowanie odwoławcze nie jest elementem procedury administracyjnej i nie wystarczy w odwołaniu wskazać, że z danymi czynnościami lub zaniechaniami Zamawiającego Odwołujący się nie zgadza, w postępowaniu odwoławczym niezbędne jest przedstawienie w odwołaniu uzasadnienia zawierającego okoliczności faktyczne i prawne uzasadniające twierdzenia Odwołującego i pozwalające Izbie, w postępowaniu kontradyktoryjnym, na ocenę działań Zamawiającego w kontekście podnoszonych przez Odwołującego naruszeń.

Mając na uwadze całą powyższą argumentację Izba uznała za zasadny zarzut odwołania w odniesieniu do § 9 pkt 7, § 9 pkt 11 oraz § 9 pkt 14 umowy (załącznik nr 1 do SWZ) i nakazała ich wykreślenie w całości z projektowanych postanowień umowy.

Mając na uwadze całą powyższą argumentację Izba uznała za zasadny zarzut odwołania w odniesieniu do § 9 pkt 10 umowy (załącznik nr 1 do SWZ)i nakazała wykreślenie z projektowanych postanowień umowy z § 9 pkt 10 umowy słów: *„Jeżeli Zamawiający uzna, że roboty zostały zakończone".*

W pozostałym zakresie w odniesieniu do § 9 pkt 10 umowy oraz w odniesieniu do § 9 pkt 9 umowy (załącznik nr 1 do SWZ) Izba uznała za niezasadne.

W zakresie zarzutu 2:

naruszenia art. 455 ust. 1 pkt 1 ustawy w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy w zw. z art. 5 i 353(1) KC w zw. z art. 16 ustawy w zw. z art. 99 ust. 1 ustawy w zw. z art. 433 pkt 3 ustawy przez wprowadzenie postanowień umożliwiających zmianę

umowy wyłącznie w zakresie terminu jej realizacji, bez uwzględnienia wpływu zmian niemożliwych do przewidzenia przez wykonawcę na należne mu wynagrodzenie, co narusza zasady zmiany umowy, generując niemożliwe do skalkulowania ryzyka związane ze sposobem realizacji przedmiotowego zamówienia – Izba zarzut uznała za zasadny.
W odniesieniu do tego zarzutu dotyczącego do § 7 pkt 6 lit. d, e, n, o umowy (załącznik nr 1 do SWZ)odnoszą się do sytuacji, które w zasadzie są nieprzewidywalne oraz stanowią okoliczności w zupełności niezawinione przez wykonawcę. Zarzut odwołania skupia się na tym, że zmiany jakie zostały określone w tych postanowieniach umowy, a niemożliwe do przewidzenia, ustanowione zostały bez wpływu na wynagrodzenie wykonawcy.
Zgodnie z § 7 pkt 6 projektowanych postanowień umowy Zamawiający dopuścił zmianę umowy bez przeprowadzenia nowego postępowania o udzielenie zamówienia w przypadku wystąpienia co najmniej jednej z okoliczności wymienionych w tym przepisie.

W oparciu o art. 455 ust. 1 pkt 1 ustawy prawodawca określił dopuszczalność zmian umowy bez przeprowadzenia nowego postępowania o udzielenie zamówienia niezależnie
od wartości tej zmiany, o ile została przewidziana w ogłoszeniu o zamówieniu lub dokumentach zamówienia, w postaci jasnych, precyzyjnych i jednoznacznych postanowień umownych, które mogą obejmować postanowienia dotyczące zasad wprowadzania zmian wysokości ceny, jeżeli spełniają one łącznie następujące warunki: a) określają rodzaj i zakres zmian, b) określają warunki wprowadzenia zmian, c) nie przewidują takich zmian, które modyfikowałyby ogólny charakter umowy. Powyższa regulacja stanowi wynik implementację do polskiego porządku prawnego regulacji, do obecnie obowiązującej ustawy Prawo zamówień publicznych z 2019 roku dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającą dyrektywę 2004/18/WE (Dz. Urz. UE L 94 z 28.03.2014, str. 65, z późn. zm. – dyrektywa klasyczna, art. 72 ust 1 i ust 2) oraz dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/25/UE z dnia
26 lutego 2014 r. w sprawie udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych, uchylającą dyrektywę 2004/17/WE (Dz. Urz. UE L 94 z 28.03.2014, str. 243, z późn. zm. – dyrektywa sektorowa, art. 89 ust. 1 i ust. 2).
Szczególne znaczenie art. 455 ust. 1 pkt 1 ustawy przejawia się w tym, że dopuszczalne
w ramach realizacji umowy jest dokonanie zmiany tej umowy, niezależnie od wartości
tej zmiany, przy czym zmiany te muszą zostać przewidziane w ogłoszeniu
o zamówieniu lub dokumentach zamówienia. Wymaga wyraźnego podkreślenia w tym miejscu, a co bezpośrednio również powiązane jest w tej sprawie odwoławczej z zarzutem odwołania, że na podstawie ww. przepisu ustawy możliwe jest dokonywanie zmian umowy
o charakterze istotnym, a w szczególności należy to odnieść do zmiany ceny, która
w oparciu o te zmiany jest możliwa i zgodna z postanowieniami ustawy. Zamiany umowy powinny być przewidziane przez Zamawiającego i powinny być w szczególności
w postaci jasnych, precyzyjnych i jednoznacznych postanowień umownych. Izba podkreśla
w tym miejscu, że Odwołujący kwestionuje w ramach podniesionego zarzutu brak przewidzenia przez Zamawiającego wpływu niemożliwych do przewidzenia zmian
na wynagrodzenie wykonawcy.
Zamawiający w odniesieniu do przewidzianych zmian umowy w § 7 pkt 6 lit. d, e, n, o umowy nie przewidział zmiany wynagrodzenia wykonawcy, jednocześnie przewidując,
że okoliczności jakie podane są w tych postanowieniach, w każdym przypadku, mogą prowadzić do przesunięcia terminu realizacji umowy.
Izba podziela stanowisko prezentowane przez Odwołującego w trakcie rozprawy,
że wszystkie koszty jakie wykonawca będzie ponosił w wyniku przestojów w robotach,
a wynikających z przyczyn określonych w § 7 pkt 6 lit. d, e, n, o projektowanych postanowień umowy będzie obowiązany do poniesienia samodzielnie, choć przyczyny takich zmian
nie wynikają z winy wykonawcy. Takie działanie Zamawiającego musi zostać wyeliminowane, bowiem postanowienia tej umowy nakładają na wykonawcę niemożliwe
do skalkulowania, niemożliwe do przewidzenia okoliczności, jakie mogą być podstawą przestoju lub wydłużenia terminu realizacji, a koszty takich sytuacji zostały w sposób nieuprawniony przeniesione na wykonawcę – choć możliwości ich przewidzenia i ujęcia
w cenie oferty.
Zgodnie z art. 353^1 KC, wyrażającym ogólną normę kompetencyjną, obejmującą trzy czynniki wyznaczające zakres kompetencji stron – właściwość (naturę) stosunku, ustawę i zasady współżycia społecznego – wyrażają nazywane powszechnie granicami swobody umów. Badając czy regulacja sytuacji prawnej dokonana przez strony w umowie

mieści się w tych granicach, należy brać pod uwagę zarówno treść stosunku (co oznacza tu treść umowy,
tj. zawarte w niej postanowienia co do uprawnień i obowiązków stron), jak i cel stosunku (red. prof. dr hab. Edward Gniewek, prof. dr hab. Piotr Machnikowski, *Kodeks cywilny. Komentarz*. Wydanie 11 2023 rok, Legalis).
W ramach przedmiotowej umowy Zamawiający zawarł w § 7 pkt 6 lit. d, e, n, o projektowanych postanowień umowy postanowienia, które przenoszą na wykonawcę obowiązki polegające na przejęciu na siebie kosztów realizacji zamówienia, które nie są zawinione przez wykonawcę, zarówno co do czasu jak i zakresu. W żaden sposób Zamawiający nie uzasadnił słuszności tak przyjętych postanowień umowy, a wręcz przyznał w trakcie rozprawy, że wprowadzone ww. postanowienia umowy w przypadku ich zaistnienia będą generowały koszty po stronie wykonawcy (choćby same koszty utrzymywania miasteczka kontenerowego w okresie przestoju). Działanie Zamawiającego co do braku uregulowania zmiany wynagrodzenia przypadającemu wykonawcy, w przypadku okoliczności przez wykonawcę niezawinionych, a generujących koszty po jego stronie Izba uznaje za naruszające granicę swobody umów oraz art. 455 ust. 1 pkt 1 ustawy, który
to przepis jednoznacznie kształtuje uprawnienie do zmiany ceny, w przypadkach zdefiniowanych jasno i precyzyjnie okoliczności zmiany umowy.
W ocenie Izby Odwołujący, wbrew twierdzeniu Zamawiającego z pisma procesowego,
nie musi przedstawiać żadnych propozycji zmian postanowień umowy przewidujące mechanizmy wprowadzania takich zmian. Jednocześnie w sposób oczywisty takie stanowisko Zamawiającego potwierdza, że zdaje sobie sprawę z tego, że niezbędne jest wprowadzenie do umowy mechanizmów zmiany ceny / wynagrodzenia w okolicznościach jakie Zamawiający zawarł w § 7 pkt 6 lit. d, e, n, o projektowanych postanowień umowy. Odwołujący / wykonawca nie ma obowiązku zastępować Zamawiającego przy tworzeniu postanowień umowy. Nie sposób zgodzić się z twierdzeniem Zamawiającego, że zmiany umowy wymagałyby prowadzenia negocjacji, bowiem w każdym przypadku możliwym jest wprowadzenie mechanizmu (klauzul) uzasadniającego sposób kalkulacji kwoty za przestój / zmianę terminu realizacji zamówienia w oparciu o wskazane podstawy. Bez takiego mechanizmu, w zasadzie koszty te, o ile zaistnieją w trakcie realizacji, zostaną przeniesione
na wykonawcę. Jednocześnie wykonawca nie jest w stanie skalkulować w cenie oferty tych kosztów, bo nie sposób dokonać kalkulacji kosztów jakie co do zasady są nieprzewidywalne, niezależne od wykonawcy, lub zależą od okoliczności leżących tylko po stronie Zamawiającego, lub warunków archeologicznych czy też obiektywnie niemożliwe do przewidzenia okoliczności spowodowały zmianę terminu realizacji inwestycji.
W ocenie Izby nie znajduje uzasadnienia stanowisko Zamawiającego z pisma procesowego odnoszące się do treści art. 455 ust. 1 pkt 4 ustawy, bowiem należy podkreślić, że zgodnie
z tą regulacją powiązana jest ona zawsze ze zmianą ceny, która nie może przekroczyć określonego pułapu. Izba za niezasadne uznaje również stanowisko Odwołującego referujące do opisu przedmiotu zamówienia (art. 99 ustawy), bowiem Odwołujący w żadne sposób nie powiązał opisu przedmiotu zamówienia z postanowieniami umowy jakie kwestionuje w ramach tego zarzutu.
Mając na uwadze powyższe, Izba nakazuje zmianę projektowanych postanowień umowy, w odniesieniu do § 7 pkt 6 lit. d, e, n, o umowy (załącznik nr 1 do SWZ) przez uregulowanie zasad zmiany wynagrodzenia w przypadku zaistnienia okoliczności jakie zostały przewidziane przez Zamawiającego. Bez wprowadzenia zmian do projektowanych postanowień umowy o zasad zmiany wynagrodzenia w okolicznościach określonych przez Zamawiającego ww. postanowieniu umownym, treść umowy będzie nadal naruszać powszechnie obwiązujące przepisy i będzie niezgodna z ustawą naruszając równowagę stron stosunku zobowiązaniowego jednocześnie na przyszłość uniemożliwiając w tym zakresie współdziałanie stron przy realizacji umowy.
W zakresie zarzutu 3:
naruszenia art. 8 ust. 1 ustawy w zw. z art. 5 i 353(1) KC w zw. z art. 647 KC w zw. z art. 453 ust. 1 i 2 w zw. z art. 16 ustawy przez zdefiniowanie w ramach Umowy kar umownych w taki sposób, iż stanowią one zdublowanie mechanizmów zabezpieczenia interesów Zamawiającego w danym zakresie, nie stanowiąc środka do kompensacji realnej szkody
po stronie Zamawiającego, co jest nadmiernym i nieadekwatnym obciążeniem wykonawcy
w stosunku do specyfiki realizacji i uwarunkowań rynkowych, będąc jednocześnie postanowieniem niekorzystnym dla wykonawców, naruszającym równowagę stron umowy
i prowadzącym do naruszenia praw podmiotowych wykonawców – Izba zarzut uznała za zasadny w odniesieniu do części kwestionowanych postanowień umowy.

Po pierwsze, Izba wskazuje w tym miejscu w szczególności na treść postawionego przez Odwołującego zarzutu odwołania. Odwołujący zarzucił Zamawiającemu,
że projektowane postanowienia umowy w § 13 ust. 1 lit. f, g, h, i *stanowią zdublowanie mechanizmów zabezpieczenia interesów Zamawiającego w danym zakresie.* Jednocześnie w zakresie uzasadnienia odwołania brak jest jakiejkolwiek

argumentacji wyjaśniającej,
a przede wszystkim uzasadniającej, naruszenie wskazanych w zakresie zarzutów przepisów prawa w wyniku podnoszonego „dublowania mechanizmów zabezpieczenia interesów Zamawiającego". Samo wskazanie zarzutu nie spełnia wymagań w odniesieniu
do przedstawienia uzasadnienia faktycznego, które musi zawrzeć Odwołujący
w uzasadnieniu odwołania, aby w ogóle możliwe było odniesienie i uznanie czynności Zamawiającego za zasadną. W tym zakresie Izba w całości przyjmuje za właściwą argumentację prawną przedstawioną w zakresie rozpoznania zarzutu 1 *in fine*. Izba podkreśla w tym miejscu, że nie jest w żaden sposób uprawniona do zastępowania Odwołującego w jego argumentacji oraz nie może poszukiwać za Odwołującego argumentacji uzasadniającej podniesione naruszenia wskazanych przepisów prawa. Natomiast stanowiska prezentowane na rozprawie, a odnoszące się do wyjaśnienia zdublowania mechanizmów zabezpieczenia interesów Zamawiającego stanowi argumentacją spóźnioną, podniesioną po upływie terminu na wniesienie odwołania.
W zakresie rozpoznania zarzutu w warstwie dotyczącej dublowania mechanizmów zabezpieczenia Izba musiałaby poddać pod ocenę argumentację przedstawioną
na rozprawie przez Odwołującego (takiej brak w uzasadnieniu zarzutu odwołania) i w oparciu o to stanowisko rozpoznać zarzut – co jest niedopuszczalne i Izba tego nie dokonała.

Po drugie, w dalszej części zarzutu odwołania Odwołujący wskazał, że zdefiniowane kary umowne nie stanowią środka do kompensacji realnej szkody po stronie Zamawiającego,
co jest nadmiernym i nieadekwatnym obciążeniem wykonawcy w stosunku do specyfiki realizacji i uwarunkowań rynkowych, będąc jednocześnie postanowieniem niekorzystnym
dla wykonawców, naruszającym równowagę stron umowy i prowadzącym do naruszenia praw podmiotowych wykonawców.
W pierwszej kolejności Izba odnosi się do stanowiska Odwołującego podanego
w uzasadnieniu odwołania, że *ww. kar umownych świadczy przede wszystkim o tym,*
że nie mają one chronić Zamawiającego, lecz nie jako umożliwić mu pozyskać dodatkowe finansowanie inwestycji kosztem wykonawcy. Tak przedstawione stanowisko Odwołującego, w żaden sposób niewykazane i nieuprawdopodobnione charakteryzuje się w ocenie Izby jedynie jakimś przeświadczeniem samego Odwołującego. Jednocześnie nie ma ono żadnego głębszego znaczenia prawnego, bowiem – co należy podkreślić – Zamawiający publiczny ogłaszając postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego musi mieć zagwarantowane środki na jego realizację. W tym zakresie Izba nie stwierdziła, aby doszło do naruszenia przepisów prawa postanowieniami określonymi w projektowanych postanowieniach umowy w § 13 ust. 1 lit. f, g, h, i, do których referuje Odwołujący. Ocena projektowanych postanowień umownych następuje w pryzmacie legalności i w tym zakresie niezbędne jest wykazanie naruszeń przez Odwołującego.
Odwołujący podał, że z jego doświadczenia wynika, że tego typu kary określane są jako kilka procent wartości umowy podwykonawcy, ale na tą okoliczność nie przedstawił żadnych dowodów oraz nie wyjaśnił w jaki sposób miałoby to wpływać na legalność projektowanych postanowień umowy. Tym samym i ta argumentacja w ocenie Izby nie uzasadnia podniesionego naruszenia wskazanych w zarzucie przepisów.
Następnie, w ocenie Izby zasadnie przedstawił natomiast Odwołujący, że trudno jest zidentyfikować realną szkodę po stronie Zamawiającego, która przez ten mechanizm sankcyjny miałaby być kompensowana, co w konsekwencji świadczy o naruszeniu równowagi stron stosunku zobowiązaniowego. Zgodnie z art. 483 § 1 KC w umowie można zastrzec, że naprawienie szkody wynikłej z niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania niepieniężnego nastąpi przez zapłatę określonej sumy (kara umowna). Natomiast ułatwienie Zamawiającemu dochodzenia odszkodowania nie powinno skutkować tym, że wykonawca będzie obowiązany do zapłaty Zamawiającemu kar umownych, gdzie trudno jest zidentyfikować szkodę po stronie Zamawiającego, w wysokości która,
w określonych przypadkach, może nawet przekraczać wartość umowy z podwykonawcą,
a w konsekwencji szkoda zamawiającego będzie znacznie mniejsza. Oczywiście Zamawiający powinien być uprawniony do uzyskania pełnego pokrycia szkody wyrządzonej mu przez wykonawcę w wyniku niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania, jednakże temu służy instytucja uregulowana w art. 484 § 1 zd. 2 KC (tzw. kara zaliczalna). Na podstawie tego przepisu możliwe jest dokonanie w umowie zastrzeżenia, zgodnie
z którym wierzyciel uprawniony jest do dochodzenia, obok kary umownej, odszkodowania uzupełniającego do wysokości rzeczywiście poniesionej szkody, co w projektowanych postanowieniach umowy w znajduje odzwierciedlenie w § 13 ust. 6.
Kwestionowane w projektowanych postanowieniach umowy kary umowne, w zasadzie
ich wysokość, podane w projektowanych postanowieniach umowy w § 13 ust. 1 lit. f, h, i dotyczą umów podwykonawczych oraz wprowadzania na plac budowy podwykonawców robót budowlanych, dostaw i usług. Izba

podkreśla w tym miejscu, że zarzutem odwołania nie jest objęte kwestionowanie ukształtowania ww. kar umownych lecz ich wysokość. Zamawiający podał w piśmie procesowym, że przepisu ustawy nie zawierają wskazówek interpretacyjnych w zakresie wysokości kar umownych. W ocenie Izby w zakresie wysokości kar umownych niezbędnym jest odniesienie wysokości tak ukształtowanej kary do realnie możliwej do poniesienia szkody przez Zamawiającego. W postanowieniu Sądu Najwyższego z dnia 30 stycznia 2023 roku, sygn. akt I CSK 3624/22 Sąd Najwyższy wskazał, że „w orzecznictwie Sądu Najwyższego wyjaśniono, że szkoda spowodowana niewykonaniem lub nienależytym wykonaniem zobowiązania każdorazowo determinuje interes wierzyciela chroniony przez zapłatę kary umownej. Strony zastrzegając w umowie karę umowną dokonują w istocie kalkulacji przyszłej hipotetycznej szkody. (…) Skoro kara umowna jest sposobem na kompensatę szkody, to sprzeczne z zasadami słuszności kontraktowej jest jej traktowanie przez wierzyciela jako instrumentu niezasadnego wzbogacenia się kosztem dłużnika (zob. m.in. uchwała Sądu Najwyższego z 18 lipca 2012 r., , OSNC 2013, nr 2, poz. 17; uzasadnienie uchwały Sądu Najwyższego z 16 stycznia 1984 r.„ OSNC 1984, nr 8, poz. 131 oraz wyroki Sądu Najwyższego z 28 stycznia 2011r .,
, OSNC - ZD 2011, nr 4, poz. 85; i z 24 maja 2012 r., , niepubl.).”
W ocenie Izby, mając również na uwadze, że Zamawiający w żaden sposób nie wyjaśnił,
nie wykazał nawet hipotetycznego poziomu możliwej po stronie Zamawiającego szkody
z powodów naruszeń objętych karami umownymi w projektowanych postanowieniach umowy w § 13 ust. 1 lit. f, h, i, Izba uznała, że zarzut odwołania w odniesieniu do wysokości
(czy to kwotowej czy procentowej) kar umownych we wskazanych postanowieniach umowy nie stanowią środka do kompensacji realnej szkody, co jest istotą wprowadzenia kar umownych. Izba jednocześnie podkreśla, że za wyrokiem Sądu Apelacyjnego w Poznaniu
z dnia 29 czerwca 2022 r. sygn. akt I AGa 205/21, że „określenie kary umownej nie musi być wyrażone poprzez wskazanie konkretnej kwoty stanowiącej całość kary umownej, istotnym jest natomiast, że kara umowna powinna być możliwa do wyliczenia już w momencie zawarcia umowy, a jej wysokość nie powinna wymagać dowodzenia”. Ma to o tyle istotne znaczenie, że nakazując wykreślenie z wysokości kar (kwot i wartości procentowych)
z projektowanych postanowieniach umowy w § 13 ust. 1 lit. f, h, i, nie kwestionuje możliwość ich procentowego czy kwotowego określenie, lecz samą wysokość tych wartości. Jednocześnie ww. stanowisko zawarte w orzeczeniu Sądu Apelacyjnego stanowi wytyczną dla Zamawiającego, obok konieczność kształtowania kary umownej jako kompensacji szkody, sposobu i możliwości ujęcia kar umowy w projektowanych postanowieniach umowy.
W odniesieniu do projektowanych postanowieniach umowy w § 13 ust. 1 lit. g Odwołujący powiązał brak realnej szkody po stronie zamawiającego z odniesieniem ukształtowanego wymagania co do kary umownej określonej na poziomie 2% *wartości nieprzedłożonej umowy.* Przy czym w powiązaniu z wnioskami jakie kształtuje nie odnosi się do procentowego określenia na poziomie 2% wartości umowy o podwykonawstwo lecz
w naliczaniu tej kary *za każdy dzień zwłoki, po terminie o którym mowa w § 8 pkt.12 i pkt 15.*
Zgodnie z § 8 pkt 12 projektowanych postanowień umowy wykonawca, podwykonawca
lub dalszy podwykonawca zamówienia na roboty budowlane przedkłada Zamawiającemu poświadczoną za zgodność z oryginałem (przez osobę umocowaną, lub notarialnie) kopię zawartej umowy o podwykonawstwo, której przedmiotem są roboty budowlane, w terminie
7 dni od dnia jej zawarcia. (…). Natomiast zgodnie z § 8 pkt 15 projektowanych postanowień umowy wykonawca, podwykonawca lub dalszy podwykonawca zamówienia na roboty budowlane przedkłada Zamawiającemu poświadczoną za zgodność z oryginałem (przez osobę umocowaną, lub notarialnie) kopię zawartej umowy na podwykonawstwo, której przedmiotem są dostawy lub usługi, w terminie 7 dni od dnia jej zawarcia, z wyłączeniem umów o podwykonawstwo o wartości mniejszej niż 0,5% wartości umowy w sprawie zamówienia publicznego oraz umów o podwykonawstwo, których przedmiot został wskazany przez Zamawiającego w specyfikacji warunków zamówienia, jako niepodlegający niniejszemu obowiązkowi. Wyłączenie powyższe nie dotyczy umów o podwykonawstwo
o wartości większej niż 50 000,00 zł.
W obu przypadkach Zamawiający wyznaczył długi okres czasu tj. 7 dnia od dnia zawarcia umowy o podwykonawstwo, w którym ma zostać, poświadczoną za zgodność z oryginałem (przez osobę umocowaną, lub notarialnie) kopia zawartej umowy o podwykonawstwo, złożona Zamawiającemu. Wymaga podkreślenia, że Odwołujący nie kwestionował terminu
7 dni określonego w § 8 pkt 12 i pkt 15 projektowanych postanowień umowy jako okresu niewystarczającego, krótkiego, który mógłby być okresem niewystarczającym do złożenia Zamawiającemu poświadczonej za zgodność z oryginałem (przez osobę umocowaną,
lub notarialnie) kopii zawartej umowy o podwykonawstwo. W żaden sposób nie odnosił się
do tak określonego terminu. W ocenie Izby stanowisko Zamawiającego prezentowane
w trakcie rozprawy, a wskazujące na to, że wykreślenie wskazanych przez Odwołującego postanowień umowy „*za każdy dzień zwłoki, po terminie o którym mowa w § 8 pkt.12 i pkt 15*” spowoduje, że niewypełnienie obowiązku złożenia

poświadczonej za zgodność
z oryginałem (przez osobę umocowaną, lub notarialnie) kopii zawartej umowy
o podwykonawstwo, po zapłaceniu jednorazowej kary 2 % wartości umowy, nie będzie stanowiło dla wykonawcy żadnej dotkliwości w przypadku, gdy nadal nie będzie składał Zamawiającemu dokumentów. Tym samym postanowienia umowne jakie mają chronić Zamawiającego przed niezłożeniem do Zamawiającego poświadczonej za zgodność
z oryginałem (przez osobę umocowaną, lub notarialnie) kopii zawartej umowy
o podwykonawstwo będą w zasadzie nieskuteczne. W ocenie Izby wyznaczenie określonego terminu przez Zamawiającego na złożenie poświadczonej za zgodność z oryginałem (przez osobę umocowaną, lub notarialnie) kopii zawartej umowy o podwykonawstwo przez wskazanie jednoznacznie, że ma to nastąpić w terminie 7 dniu oraz określenie poziomu kary umownej za każdy dzień zwłoki ponad ten termin nie stanowi w ocenie Izby naruszenia podnoszonych przepisów prawa w zakresie ukształtowanego zarzutu odwołania.

Mając na uwadze całą powyższą argumentację Izba uznała za zasadny zarzut odwołania w odniesieniu do treści w § 13 ust. 1 lit. f, h, i umowy (załącznik nr 1 do SWZ)
w odniesieniu do wysokości kar umownych i nakazała:

-wykreślenie z projektowanych postanowień umowy z § 13 ust. 1 lit. f umowy: „***50 000,00 zł***”,

-wykreślenie z projektowanych postanowień umowy z § 13 ust. 1 lit. h umowy: „***50 %”***,

-wykreślenie z projektowanych postanowień umowy z § 13 ust. 1 lit. i umowy: „***100 000 zł”***,

W pozostałym zakresie, w odniesieniu do § 13 ust. 1 lit. g umowy (załącznik nr 1 do SWZ) Izba uznała za niezasadne.

W zakresie zarzutu 4:

Naruszenia art. 8 ust. 1 ustawy w zw. z art. 5 i 353(1) KC w zw. z art. 647 KC w zw. z art. 453 ust. 1 i 2 ustawy w zw. z art. 16 ustawy przez wprowadzenie limitu kar umownych
w wysokości 50% całkowitego wynagrodzenia netto w sposób rażąco wygórowany,
co jest nadmiernym i nieadekwatnym obciążeniem wykonawcy w stosunku do specyfiki realizacji i uwarunkowań rynkowych, będąc jednocześnie postanowieniem niekorzystnym
dla wykonawców, naruszającym równowagę stron umowy i prowadzącym do naruszenia praw podmiotowych wykonawców – **Izba zarzut uznała za niezasadny**.

Izba wskazuje, że zgodnie z art. 436 pkt 3 ustawy umowa zawiera postanowienia określające w szczególności łączną maksymalną wysokość kar umownych, których mogą dochodzić strony. W ocenie Izby Zamawiający nie naruszył tego przepisu.

W ocenie Izby przepisy ustawy nie zabraniają Zamawiającemu ustanowienia limitu
kar umownych w wysokości 50% wynagrodzenia brutto. Izba zaznacza przy tym,
że w orzecznictwie utrzymane jako prawidłowe są takie limity kar jak np.: 50% (tak - Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 28 czerwca 2022 roku sygn. akt KIO 1553/22).

Limit jaki został ustanowiony przez Zamawiającego jest w ocenie Izby niewątpliwie wysoki, ale nie świadczy to o jego niezgodności z prawem. Takich okoliczności w żaden sposób również nie wykazał Odwołujący.

Zamawiający w sposób jednoznaczny określił przesłanki nakładania kar umownych w *§ 13 Kary umowne* projektowanych postanowień umowy, co pozwala wykonawcy na świadome skalkulowanie w cenie oferty ryzyk związanych z naliczeniem kar umownych do określonego poziomu. Jednocześnie wymaga podkreślenia, że Zamawiający ma prawo do ukształtowania zarazem postanowień dotyczących rodzaju kar umownych, ich wysokości oraz limitu kar umownych w sposób zabezpieczający interesy podmiotu publicznego w realizacja inwestycji, zgodnie z potrzebami i wymaganiami związanymi z celem, specyfiką (w tym specyfiką przedmiotu zamówienia stanowiącego w tym przypadku obiekt zabytkowy) i wielkością zamówienia. Postanowienia kształtujące zarazem wysokość poszczególnych kar umownych oraz limitu kar umownych winny być proporcjonalne do przedmiotu zamówienia oraz ewentualnego uszczerbku jakie może doznać Zamawiający wskutek niewykonania lub nienależytego wykonania zamówienia. Przedmiotem zamówienia jest Remont, przebudowa, rozbudowa, nadbudowa Centrum Komunikacji i Języków Obcych obejmujący zamierzenie budowlane pn.: ,,Remont, przebudowa, rozbudowa, nadbudowa i zmiana sposobu użytkowania kamienic Państwowej Akademii Nauk Stosowanych w Krośnie przy ul. Rynek 5
i Rynek 6 w Krośnie, wraz z instalacjami wewnętrznymi oraz instalacjami przyłączeniowymi kanalizacji deszczowej i wody do budynków, na działkach nr ewid. 2154, 2153, 2148/2, 2140/3 obręb Śródmieście”. Zamawiający wskazał również w Rozdziale II, pkt 1 SWZ,
że na obszarze inwestycji obowiązują rygory ochrony wynikające z położenia terenu w strefie historycznego centrum miasta Krosna i w strefie ochrony archeologicznej oraz częściowo
w strefie ścisłej ochrony konserwatorskiej. Nadrzędnym założeniem planowanego remontu, przebudowy, rozbudowy i

nadbudowy jest ochrona kompozycji bryły i elewacji wraz
z detalem architektonicznym, układu wnętrza i jego elementów architektonicznych, oraz ochrona układu urbanistycznego Starego Miasta Krosna. Inwestycja jest realizowana
w oparciu o pozyskane zalecenia konserwatorskie WUOZ: K-IRN.5183.159.2022.KH z dnia 27.10.2022 r. wraz z uzupełnieniem z dnia 13.12.2022 r. oraz Pozwolenie Konserwatorskie KIRN. 5142.96.2023.KH z dnia 20.04.2023 r. Obiekt zalicza się do kategorii IX, XVII. Budynki wpisane są do rejestru zabytków: - kamienica Rynek 5 pod numerem A-6 z 23.09.1982 r.; - kamienica Rynek 6 pod numerem A-1700 (d. A-7) z 24.09.1982 r. oraz znajdują się
na obszarze układu urbanistycznego wpisanego do rejestru zabytków pod numerem A-376
z 27.08.2009 r.

Izba nie stwierdziła naruszenia przepisów podnoszonych w zarzucie odwołania przez ustanowienia rażąco wygórowanego limitu kar umownych. W ocenie Izby limit ten jest
w świetle zasad doświadczenia życiowego racjonalny oraz pojawiający się w obrocie gospodarczym, choć może niezbyt często, to wydaje się być w pełni uzasadniony charakterem prowadzonej inwestycji oraz charakterem obiektów, a także wpisu obiektów
do rejestrów zabytków. Zamawiający jako gospodarz postępowania w granicach przepisów prawa prowadzi je zgodnie z ustanowionymi przez siebie zasadami oraz ze świadomością grożących mu z tego tytułu niedogodności. Mając na uwadze, że kontrola projektowanych postanowień umowy odbywa się jedynie pod względem legalności, a nie celowości, efektywności ekonomicznej projektowanych postanowień Izba nie stwierdziła naruszeń, które nakazywałby w obliczu ustawy uwzględnienia podnoszonego zarzutu odwołania

Izba wskazuje, że zgodnie z art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy Izba uwzględnia odwołanie
w całości lub w części, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ
lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, konkursu
lub systemu kwalifikowania wykonawców. Zgodnie z art. 557 ustawy w wyroku oraz
w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego.

W rozpoznawanie sprawie odwołanie okazało się zasadne w części z przyczyn wskazanych przez Izbę w uzasadnieniu wyroku.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 557, art. 574 ustawy z 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 5 pkt 2 lit. b oraz § 7 ust. 2 pkt 1 i § 7 ust. 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. *w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania* (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437), stosownie do wyniku postępowania.

Wobec powyższego orzeczono jak w sentencji wyroku.

Przewodnicząca: ……..……..……..……..……..……..……..……...
