

## POSTANOWIENIE

Warszawa, dnia 22 maja 2025 r.

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

Przewodnicząca: Monika Banaszkiewicz

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron i uczestników postępowania w dniu 22 maja 2025 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 24 kwietnia 2025 r. przez wykonawcę STRABAG Sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Gminę Wałbrzych – Miasto na Prawach Powiatu

Uczestnicy po stronie odwołującego:

A. Budimex S.A. z siedzibą w Warszawie

### postanawia:

1. umorzyć postępowanie odwoławcze,
2. nakazać zwrot z rachunku Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz odwołującego STRABAG Sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie kwoty 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) stanowiącej uiszczony wpis od odwołania.

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 1601/25

## Uzasadnienie

Zamawiający – Gmina Wałbrzych – Miasto na Prawach Powiatu – prowadzi z zastosowaniem przepisów ustawy z 11 września 2019 r. prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2024 r. poz. 1320 oraz z 2025 r. poz. 620 dalej: „ustawa Pzp”), w trybie w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie pn.: „Adaptacja na cele muzealne obiektu sortowni i wagi kolejowej z łącznikiem w zabytkowym kompleksie dawnej KWK Julia w Wałbrzychu przy ul. Wysockiego z uwzględnieniem działań dot. bioróżnorodności” (postępowanie nr BZP.271.59.2025). Wartość zamówienia jest wyższa, niż progi unijne. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 14 kwietnia 2025 r. pod numerem nr 239578-2025

W dniu 24 kwietnia 2025 r. wykonawca STRABAG Sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie wniósł na podstawie art. 513 pkt. 1 w zw. z art. 505 ust. 1 ustawy Pzp odwołanie (sygn. akt: KIO 1601/25) na niezgodną z przepisami czynność Zamawiającego podjętą w prowadzonym przez niego postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, polegającą na ustaleniu treści Specyfikacji Warunków Zamówienia, w tym załącznika nr 8 do SWZ „Projektowane postanowienia umowy” (dalej jako „Projektowane postanowienia umowy”), w sposób naruszający przepisy ustawy Pzp oraz przepisy Kodeksu cywilnego (dalej „KC”).

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

I.1. art. 134 ust. 1 pkt. 6 ustawy Pzp w zw. z art. 433 pkt. 3 ustawy Pzp, art. 434 ust. 1 ustawy Pzp, art. 436 pkt. 1 ustawy Pzp, art. 353(1) KC, art. 58 KC w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp, art. 16 pkt. 1, 2 i 3 ustawy Pzp w zw. z art. 99 ust. 1 ustawy Pzp poprzez wskazanie w SWZ (pkt. V SWZ - TERMIN WYKONANIA ZAMÓWIENIA) i w Projektowanych postanowieniach umowy (§ 2 ust. 1) terminu realizacji przedmiotu zamówienia w sposób sprzeczny z wymaganiami ustawy Pzp, tj. poprzez wskazanie daty dziennej wykonania przedmiotu Umowy, przy jednoczesnym braku uzasadnienia przez Zamawiającego wyznaczenia terminu realizacji datą dzienną, podczas gdy zgodnie z art. 436 pkt. 1 ustawy Pzp termin ten powinien być określony poprzez wskazanie dni, tygodni, miesięcy, lat od zaistnienia określonego zdarzenia;

I.2. art. 436 pkt. 3 ustawy Pzp w zw. z art. 16 pkt. 1, 2 i 3 ustawy Pzp, art. 8 ust. 1 ustawy Pzp, art. 134 ust. 1 pkt. 20 ustawy Pzp w związku z art. 353(1) KC i art. 647 KC w zw. z art. 483 KC i art. 484 § 2 KC poprzez wskazanie w § 22 ust. 3 Projektowanych postanowień umowy rażąco wygórowanego limitu kar umownych, jakich zapłaty może żądać Zamawiający od Wykonawcy, tj. na poziomie 25% wynagrodzenia umownego netto, co stanowi również ustalenie górnego limitu kar umownych przekraczającego wysokość kary umownej zastrzeżonej z tytułu (odstąpienia od umowy z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy w § 22 ust. 2 pkt. 1) Projektowanych postanowień umowy, która w istocie jest karą na okoliczność niewykonania zamówienia, co jest nieproporcjonalne, prowadzi do naruszenia zasad kontraktowania i bezpodstawnie wzbogaca Zamawiającego;

I.3. art. 433 pkt. 4 ustawy Pzp w zw. z art. 16 pkt. 1, 2 i 3 ustawy Pzp w zw. z art. 99 ust. 1 ustawy Pzp oraz art. 353<sup>1</sup> KC poprzez wskazanie w § 3 ust. 4 Projektowanych postanowień umowy uprawnienia Zamawiającego do rezygnacji z

części Przedmiotu Umowy, przy braku wskazania minimalnej wartości lub wielkości świadczenia stron, co stanowi klauzulę abuzywną, o której mowa w art. 433 pkt. 4 ustawy Pzp;

I.4.art. 453 ust. 1 ustawy Pzp, art. 16 pkt. 1,2 i 3 ustawy Pzp w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 353<sup>1</sup> KC w zw. z art. 643 KC, art. 647 KC oraz art. 654 KC poprzez:

(i) przyznanie Zamawiającemu w § 17 ust. 8 pkt 1) i 2) Projektowanych postanowień umowy prawa do odmowy dokonania odbioru końcowego w razie ujawnienia jakichkolwiek wad robót, nawet nieistotnych, podczas gdy uprawnienie takie może przysługiwać Zamawiającemu jedynie w przypadku wystąpienia wad istotnych robót, uniemożliwiających użytkowanie przedmiotu Umowy zgodnie z przeznaczeniem. W przypadku wystąpienia wad nieistotnych Zamawiający ma obowiązek dokonać odbioru robót;

(ii) przyznanie Zamawiającemu w § 21 ust. 6 Projektowanych postanowień umowy prawa do odmowy zapłaty faktury końcowej w razie ujawnienia w toku odbioru końcowego robót (przedmiotu umowy) jakichkolwiek wad robót, nawet wad nieistotnych, podczas gdy uprawnienie takie może przysługiwać Zamawiającemu jedynie w przypadku wystąpienia wad istotnych robót, uniemożliwiających użytkowanie przedmiotu Umowy zgodnie z przeznaczeniem. W przypadku wystąpienia wad nieistotnych Zamawiający ma obowiązek dokonać odbioru robót oraz dokonać zapłaty należnego Wykonawcy wynagrodzenia za wykonanie robót objętych odbiorem, a co za tym idzie - nie przysługuje mu uprawnienie do wstrzymania płatności Wykonawcy, czy też obciążenia go dodatkowym obowiązkiem wpłaty na konto depozytowe Zamawiającego kwoty stanowiącej równowartość kosztu usunięcia wad;

(iii) uwarunkowanie w § 20 ust. 10 i 11 pkt 1) i 2) Projektowanych postanowień umowy zwrotu wniesionego przez Wykonawcę zabezpieczenia należytego wykonania umowy w wysokości 70% zabezpieczenia od dokonania odbioru końcowego przedmiotu umowy i uznania go za należycie wykonany; co w połączeniu z uprawnieniem Zamawiającego przewidzianym w § 17 ust. 8 pkt 1) i 2) oraz § 21 ust. 6 Projektowanych postanowień umowy - do odmowy dokonania odbioru końcowego w razie ujawnienia jakichkolwiek wad, oznacza tym samym, uzależnienie zwrotu Wykonawcy zabezpieczenia należytego wykonania umowy od usunięcia wszelkich wad lub usterek w obiekcie/przedmiocie Umowy, podczas gdy uprawnienie takie może przysługiwać jedynie w przypadku wystąpienia wad istotnych obiektu/przedmiotu Umowy, uniemożliwiających użytkowanie obiektu/przedmiotu Umowy zgodnie z przeznaczeniem;

I.5.art. 8 ust. 1 ustawy Pzp, art. 134 ust. 1 pkt 20 ustawy Pzp, art. 16 ustawy Pzp w zw. z art. 353<sup>1</sup> KC, art. 58 KC, art. 647 KC i art. 568 § 1 KC poprzez uwarunkowanie w § 19 ust. 2 Projektowanych postanowień umowy początku biegu okresu rękojmi za wady od daty zakończenia odbioru końcowego robót (przedmiotu Umowy) i uznania go przez Zamawiającego za należycie wykonany, tj. bez ujawnienia jakichkolwiek wad; co w połączeniu z uprawnieniem Zamawiającego przewidzianym w § 17 ust. 8 pkt 1) i 2) oraz § 21 ust. 6 Projektowanych postanowień umowy - do odmowy dokonania odbioru końcowego w razie ujawnienia jakichkolwiek wad, oznacza tym samym uzależnienie początku biegu okresu rękojmi za wady od usunięcia wszelkich wad lub usterek w obiekcie/przedmiocie Umowy, podczas gdy uprawnienie takie może przysługiwać jedynie w przypadku wystąpienia wad istotnych obiektu/przedmiotu Umowy, uniemożliwiających użytkowanie obiektu/przedmiotu Umowy zgodnie z przeznaczeniem;

I.6.art. 436 pkt 3 ustawy Pzp w zw. z art. 16 pkt 1) - 3) ustawy Pzp i art. 8 ustawy Pzp w zw. z art. 353<sup>1</sup> KC i art. 647 KC w zw. z art. 484 § 2 KC w zw. z art. 483 KC i art. 473 § 1 KC poprzez sformułowanie postanowień dotyczących kar umownych w sposób nadużywający swobody Zamawiającego do kształtowania postanowień umownych, uniemożliwiający wykonawcy prawidłowe oszacowanie ryzyk związanych z realizacją umowy oraz mogący prowadzić do niczym nieuzasadnionego wzbogacenia się Zamawiającego poprzez wprowadzenie do Projektowanych postanowień umowy w § 22 ust. 2 pkt 2), 4), 5) i 9) wygórowanych kar umownych na poziomie odstającym od realiów rynkowych;

I.7.art. 99 ust. 1 ustawy Pzp, art. 16 pkt. 3 ustawy Pzp, art. 437 ust.1 pkt. 4) ustawy Pzp i art. 447 ust. 1 i 2 ustawy Pzp, art. 465 ustawy Pzp oraz art. 353<sup>1</sup> KC w zw. z art. 5 KC, art. 58 KC oraz art. 487 § 2 KC oraz art. 647 KC i art. 117§1 i 2 KC w zw. z art. 118 KC i art. 119 KC w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp poprzez sporządzenie Umowy w sposób naruszający zasady współzycia społecznego i równowagę Stron, a także nadmiernie obciążający Wykonawcę w zakresie, w jakim:

(i) w § 21 ust. 11 w zw. z ust. 10 Projektowanych postanowień umowy oraz w § 21 ust. 20, ust. 21 i ust. 22, Zamawiający przewidział możliwość wstrzymania wypłaty należnego Wykonawcy wynagrodzenia za daną fakturę lub całego wynagrodzenia (w tym faktury końcowej), do czasu dostarczenia przez Wykonawcę oświadczeń i dowodów zapłaty, o których mowa w ust. 10 (oświadczeń podwykonawców, dalszych podwykonawców i dostawców biorących udział w realizacji zamówienia o łącznej kwocie ich wierzytelności w związku z realizacją zadania wraz z terminami wymagalności oraz o otrzymaniu przez nich zapłaty wymagalnego wynagrodzenia wraz z przedstawieniem dowodów zapłaty, a w przypadku niedotrzymania terminu zapłaty określonego w umowie podwykonawczej, o otrzymaniu należnych im odsetek z tytułu nieterminowej zapłaty) i ust. 20 i 21 (oświadczeń wszystkich podwykonawców i dalszych podwykonawców, biorących udział w realizacji zadania stwierdzających, iż nastąpiło wygaśnięcie wszelkich roszczeń

pomiędzy Wykonawcą a podwykonawcami i dalszymi podwykonawcami albo deklaracją, że zapłata wskazanych kwot spowoduje wygaśnięcie roszczenia, wraz z rozliczeniem wynagrodzenia należnego podwykonawcom i dalszym podwykonawcom oraz przedstawienie wszystkich dowodów zapłaty);

w sytuacji, gdy niniejsze uprawnienie Zamawiającego jest niezgodne z art. 447 ust. 2 ustawy Pzp, zgodnie z którym w przypadku nieprzedstawienia przez Wykonawcę dowodów zapłaty, o których mowa w art. 447 ust. 1, wstrzymuje się odpowiednio wypłatę należnego wynagrodzenia za odebrane roboty budowlane, w części równej sumie kwot wynikających z nieprzedstawionych dowodów zapłaty, a nie oświadczeń podwykonawców, dalszych podwykonawców i dostawców, których wydania wyżej wymienione podmioty mogą odmówić;

(ii) w § 21 ust. 23 Projektowanych postanowień umowy Zamawiający, że chwilą dokonania zapłaty faktury końcowej, bądź przekazania należnych Wykonawcy kwot bezpośrednio podwykonawcy lub dalszemu podwykonawcy, bądź złożenia do depozytu sądowego kwot potrzebnych na pokrycie wynagrodzenia podwykonawcy lub dalszego podwykonawcy, zgodnie z ust. 21, stanowić będzie ostateczne rozliczenie pomiędzy Stronami oraz wygaśnięcie wszelkich roszczeń związanych z wykonywaniem umowy, z wyjątkiem roszczeń z tytułu rękojmi za wady przysługujących Zamawiającemu oraz roszczenia Wykonawcy o zwrot zabezpieczeń należytego wykonania umowy, w przypadku gdy zwrot taki będzie należny;

w sytuacji, gdy takie sformułowanie przez Zamawiającego postanowień umownych stanowi nieuprawnioną ingerencję w terminy przedawnień roszczeń określonych w Kodeksie cywilnym, w tym w 3 - letni termin przedawnienia roszczeń związanych z prowadzeniem działalności gospodarczej; oraz wyraźne określenie ustawodawcy w zakresie nieważności zrzeczenia się zarzutu przedawnienia roszczeń przed upływem terminu (art. 117 § 2 KC) oraz zakaz skracania oraz przedłużania terminów przedawnienia przez czynność prawną (art. 119 KC).

Odwołujący wnosil „o **nakazanie Zamawiającemu dokonania czynności zmiany treści SWZ, w tym zmiany Projektowanych postanowień umowy, stanowiących Załącznik nr 8 do SWZ, w sposób opisany poniżej:**

**II.1 w zakresie Zarzutu nr I.1 - poprzez wyeliminowanie w pkt. V SWZ i w § 2 ust. 1 Projektowanych postanowień umowy terminu wskazanego datą dzienną (kalendarzową) i wprowadzenie w to miejsce terminu, który będzie liczony w miesiącach od podpisania Umowy, tj. zrealizowanie przez Wykonawcę Przedmiotu Umowy powinno nastąpić w terminie do 14 miesięcy od dnia podpisania umowy.**

Mając na względzie zasygnalizowany kierunek zmiany, Odwołujący wnosi o:

a) **zmianę pkt V (TERMIN WYKONANIA ZAMÓWIENIA) SWZ poprzez nadanie mu następującego brzmienia:**

„ Termin realizacji zamówienia: do 14 miesięcy od dnia podpisania umowy, ~~lecz nie później niż do 31.08.2026 r.~~”

b) **zmianę § 2 ust. 1 Projektowanych postanowień umowy poprzez nadanie mu następującego brzmienia:**

„1. Wykonawca zobowiązany jest wykonać przedmiot Umowy, określony w § 1 Umowy, w nieprzekraczalnym terminie do 14 miesięcy od dnia podpisania umowy, ~~lecz nie później niż do 31.08.2026 r.~~”

**II.2 w zakresie Zarzutu nr I.2 - poprzez wskazanie w Projektowanych postanowieniach umowy limitu kar umownych w wysokości 15 % wynagrodzenia umownego netto.**

Mając na względzie zasygnalizowany kierunek zmiany, Odwołujący wnosi o zmianę § 22 ust. 3 Projektowanych postanowień umowy poprzez nadanie mu następującego brzmienia:

„3. Łączna maksymalna wysokość kar umownych należnych każdej Stronie, nie może przekroczyć 25 15 % wynagrodzenia umownego netto określonego w § 3 ust. 1 pkt 1 niniejszej umowy”.

**II.3 w zakresie Zarzutu nr I.3 - poprzez wskazanie w Projektowanych postanowieniach umowy minimalnej wartości lub wielkości świadczenia stron w przypadku ograniczenia zakresu zamówienia przez Zamawiającego - ograniczenie zakresu zamówienia nie powinno dotyczyć wartości większej niż 5% wynagrodzenia umownego brutto, o którym mowa § 3 ust. 1 pkt 3) Projektowanych postanowień umowy, oraz wskazanie terminu na skorzystanie z możliwości wprowadzenia ograniczenia zakresu zamówienia przez Zamawiającego.**

Mając na względzie zasygnalizowany kierunek zmiany, Odwołujący wnosi o zmianę § 3 ust. 4 Projektowanych postanowień umowy poprzez nadanie mu następującego brzmienia:

„4. Dopuszcza się możliwość ograniczenia zakresu rzeczowego przedmiotu umowy w sytuacji, gdy wykonanie danych robót będzie zbędne do prawidłowego, tj. zgodnego z zasadami wiedzy technicznej i obowiązującymi na dzień odbioru robót przepisami, wykonania przedmiotu umowy określonego w § 1, z zastrzeżeniem, iż wartość zakresu zamówienia wyłączonego z przedmiotu Umowy nie może przekroczyć 5% wynagrodzenia umownego brutto, o którym mowa w § 3 ust. 1 pkt 3) Umowy. Zamawiający zobowiązuje się do uprzedniego zgłoszenia Wykonawcy ewentualnego ograniczenia/rezygnacji z robót nie później niż 30 dni przed planowanym według uzgodnionego harmonogramu terminem rozpoczęcia tej części robót, której dotyczy ograniczenie/rezygnacja”.

**II.4. w zakresie Zarzutu nr I.4 pkt (i), (ii) i (iii) - poprzez zobligowanie Zamawiającego do dokonania odbioru końcowego robót (przedmiotu Umowy), w przypadku gdy występują jedynie wady nieistotne robót i wyeliminowanie tym samym odbiorów bezusterkowych, a w konsekwencji usunięcie bezusterkowych**

odbiorów jako warunkujących: zwrot

zabezpieczenia należytego wykonania. umowy wniesionego przez Wykonawcę; a także płatność faktury końcowej bądź obciążenie Wykonawcy dodatkowymi kosztami do uiszczenia na konto depozytowe Zamawiającego, które to wymagania i wymogi nie wynikają z przepisów powszechnie obowiązującego prawa, tj. PZP oraz KC.

Mając na względzie zasygnalizowany kierunek zmiany, Odwołujący wnosi o:

a) zmianę § 17 ust. 8 pkt 1) i 2) Projektowanych postanowień Umowy poprzez nadanie im następującego brzmienia:

*„8. Jeżeli w toku czynności odbioru końcowego zostaną stwierdzone Wady to Zamawiającemu przysługują następujące uprawnienia:*

*1) jeżeli Wady te są istotne (tj. które uniemożliwiają użytkowanie Przedmiotu Umowy zgodnie z jego przeznaczeniem) i nadają się do usunięcia, to:*

*a) Zamawiający może odmówić odbioru do czasu usunięcia tych Wad istotnych. Wówczas stwierdzone podczas odbioru Wady istotne umieszcza się w protokole odmowy odbioru, z podaniem terminu ich usunięcia. Po usunięciu tych wad Wykonawca jest zobowiązany ponownie zgłosić osiągnięcie gotowości do odbioru i uzyskać potwierdzenie jej osiągnięcia przez Inwestora Zastępczego, w trybie opisanym w§ 16 ust. 2, 3, 4 i 5. Po potwierdzeniu gotowości do odbioru przez Inwestora Zastępczego, Zamawiający wyznacza nową datę odbioru, który zostanie przeprowadzony w trybie ustalonym w § 16 i 17.*

*b) Zamawiający może zażądać ich usunięcia wyznaczając odpowiedni termin,*

*2) jeżeli Wady nie nadają się do usunięcia, to:*

*a) jeżeli są to Wady nieistotne, tj. które nie uniemożliwiają one użytkowania przedmiotu Umowy zgodnie z jego przeznaczeniem, to Zamawiający dokona odbioru końcowego, ale może obniżyć odpowiednio wynagrodzenie Wykonawcy na zasadach przewidzianych w Kodeksie cywilnym;*

*b) jeżeli są to Wady istotne, tj. uniemożliwiają użytkowanie przedmiotu Umowy zgodnie z jego przeznaczeniem Zamawiający może odstąpić od Umowy lub żądać ponownego wykonania przedmiotu Umowy w zakresie dotkniętym tą wadą, zachowując prawo do naliczenia Wykonawcy kar umownych i odszkodowań na zasadach określonych w§ 22 Umowy oraz domagania się od Wykonawcy naprawienia szkód powstałych na skutek opóźnienia na zasadach ogólnych.”*

b) zmianę § 21 ust. 6 Projektowanych postanowień umowy poprzez nadanie mu następującego brzmienia:

*„6. W przypadku stwierdzenia podczas odbioru końcowego robót (przedmiotu Umowy) wad nieistotnych nadających się do usunięcia, zapłata części faktury końcowej odpowiadającej wartości robót, w których stwierdzono wystąpienie danych wad nieistotnych, zostanie, według wyboru Zamawiającego, wstrzymana do czasu skutecznego usunięcia tych wad i uznania przedmiotu Umowy za należyte wykonane, bądź zostanie dokonana pod warunkiem wpłaty na konto depozytowe Zamawiającego kwoty stanowiącej równowartość kosztu usunięcia tych wad, obliczonego przez Inspektora Nadzoru i zaakceptowanego przez Zamawiającego na podstawie kosztorysu usunięcia tych wad sporządzonego przez Wykonawcę. Kwota ta zostanie zwrócona Wykonawcy w terminie 15 dni od daty protokolarnego stwierdzenia usunięcia tych wad i uznania przedmiotu Umowy za należyte wykonane.”*

c) zmianę § 20 ust. 10 Projektowanych postanowień umowy poprzez nadanie mu następującego brzmienia:

*„10. Po dokonaniu odbioru końcowego przedmiotu Umowy, z którego zostanie sporządzony Protokół odbioru końcowego robót (przedmiotu Umowy) i uznania go za należyte wykonane; w terminie 30 dni zostanie zwolnione 70 % zabezpieczenia należytego wykonania Umowy, a pozostała część, tj.: 30 %, po upływie okresu rękojmi za wady. Zwolnienie zabezpieczenia okresu rękojmi za wady j.w. zostanie dokonane najpóźniej 15-ego dnia po upływie okresu rękojmi za wady.”*

d) zmianę § 20 ust. 11 pkt 1) i 2) Projektowanych postanowień umowy poprzez nadanie mu następującego brzmienia:

~~*„11. W przypadku stwierdzenia podczas odbioru końcowego przedmiotu umowy wad nadających się do usunięcia, zwalnianie zabezpieczenia będzie przebiegało w sposób następujący: (celowo usunięto)*~~

~~*1) jeżeli zabezpieczenie zostało wniesione w pieniądzu, to 70 % zabezpieczenia zostanie zwolnione w terminie 30 dni od daty protokolarnego stwierdzenia usunięcia wad i uznania całego przedmiotu Umowy za należyte wykonane. Natomiast zwolnienie zabezpieczenia okresu rękojmi za wady, tj. pozostałej części 30 % zabezpieczenia, zostanie dokonane najpóźniej 15-ego dnia po upływie okresu rękojmi za wady ostatniego elementu, (celowo usunięto)*~~

~~*2) jeżeli zabezpieczenie zostało wniesione w innej formie przewidzianej przez Prawo zamówień publicznych, to Wykonawca jest zobowiązany zapewnić zabezpieczenie w pełnej wysokości do czasu protokolarnego stwierdzenia usunięcia wad; a po usunięciu wad odpowiednio uzupełnić zabezpieczenie okresu rękojmi za wady (terminy, zakres) (celowo usunięto)*~~

II.5 w zakresie Zarzutu nr I.5 - poprzez wskazanie w Projektowanych postanowieniach umowy, że rozpoczęcie

biegu okresu rękojmi za wady następuje od dnia dokonania odbioru końcowego robót (przedmiotu Umowy), potwierdzonego sporządzeniem Protokołu odbioru końcowego robót (przedmiotu Umowy), a nie zaś od odbioru bezusterkowego robót (przedmiotu Umowy)

Mając na względzie zasygnalizowany kierunek zmiany, Odwołujący wnosi o zmianę § 19 ust. 2 Projektowanych postanowień umowy poprzez nadanie mu następującego brzmienia:

~~„2. Bieg okresu rękojmi za wady rozpoczyna się od daty zakończenia odbioru końcowego robót (przedmiotu Umowy), potwierdzonego sporządzeniem Protokołu odbioru końcowego robót (przedmiotu Umowy) i uznaniu go przez Zamawiającego za należyte wykonanie. W przypadku stwierdzenia podczas odbioru końcowego robót (przedmiotu Umowy) wad nadających się do usunięcia, od daty zakończenia odbioru końcowego robót (przedmiotu Umowy) rozpoczyna się okres rękojmi za wady wyłącznie dla elementów odebranych bez wad i uznanych za należyte wykonanie, natomiast dla elementów, na których stwierdzono wady, okres rękojmi za wady rozpoczyna się dopiero od daty protokolarnego stwierdzenia usunięcia wad i uznania za należyte wykonanie.”~~

II.6 w zakresie Zarzutu nr I.6 - poprzez zobligowanie Zamawiającego do dokonania zmiany Projektowanych postanowień umownych w zakresie kar umownych tak, aby kary te nie były rażąco wygórowane i pełniły funkcję prewencyjną, a nie represyjną kosztem Wykonawcy.

Mając na względzie zasygnalizowany kierunek zmiany, Odwołujący wnosi o:

a) zmianę § 22 ust. 2 pkt 2) Projektowanych postanowień Umowy poprzez nadanie mu następującego brzmienia:

~~„2) za niewykonanie przedmiotu Umowy w terminie określonym w § 2 ust. 1 niniejszej Umowy - w wysokości Q2 0,02 % wynagrodzenia umownego netto określonego w § 3 ust. 1 pkt 1 za każdy dzień zwłoki, po bezskutecznym upływie terminu określonego w § 2 ust. 1.”;~~

b) zmianę § 22 ust. 2 pkt 4) Projektowanych postanowień Umowy poprzez nadanie mu następującego brzmienia:

~~„4) z tytułu braku zapłaty lub nieterminowej zapłaty wynagrodzenia należnego podwykonawcom lub dalszym podwykonawcom - w wysokości 100 % 0,5 % należnej niezapłaconej podwykonawcy lub dalszemu podwykonawcy kwoty wynagrodzenia brutto wraz z odsetkami z tytułu nieterminowej zapłaty za okres od terminu kiedy niezapłacona należność stała się wymagalna do daty naliczenia kary;”~~

c) zmianę § 22 ust. 2 pkt 5) Projektowanych postanowień Umowy poprzez nadanie mu następującego brzmienia:

~~„5) z tytułu nieterminowej zapłaty wynagrodzenia należnego podwykonawcom lub dalszym podwykonawcom w wysokości 100 % kwoty odsetek z tytułu nieterminowej zapłaty za okres od terminu kiedy nieterminowo zapłacona należność stała się wymagalna do daty jej zapłaty;” (celowo usunięto)~~

d) zmianę § 22 ust. 2 pkt 9) Projektowanych postanowień Umowy poprzez nadanie mu następującego brzmienia:

~~„9) z tytułu braku zapłaty lub nieterminowej zapłaty wynagrodzenia należnego podwykonawcom z tytułu zmiany wysokości wynagrodzenia, o której mowa w art. 439 ust. 5 Pzp i w § 29 ust. 16 w wysokości 100 % 0,5% należnej niezapłaconej podwykonawcy kwoty wynagrodzenia brutto wraz z odsetkami z tytułu nieterminowej zapłaty za okres od terminu kiedy niezapłacona należność stała się wymagalna do daty naliczenia kary;”~~

II.7.w zakresie Zarzutu nr I.7 - poprzez wskazanie w Projektowanych postanowieniach umowy, że wyłączną podstawą do wstrzymania przez Zamawiającego zapłaty wynagrodzenia (faktura częściowa lub faktura końcowa) jest brak przedłożenia dowodów zapłaty wymagalnego wynagrodzenia na rzecz danego podwykonawcy lub dalszego podwykonawcy, zgodnie z dyspozycją art. 447 ust. 1 i 2 PZP oraz wykreślenie postanowień przewidujących wygaśnięcie roszczeń Wykonawcy z chwilą dokonania zapłaty faktury końcowej lub bezpośredniej płatności na rzecz podwykonawcy lub dalszego podwykonawcy;

Mając na względzie zasygnalizowany kierunek zmiany, Odwołujący wnosi o:

a) zmianę § 21 ust. 11 Projektowanych postanowień umowy poprzez nadanie mu następującego brzmienia:

~~„11. W przypadku niedostarczenia wszystkich oświadczeń i dowodów zapłaty wymagalnego wynagrodzenia podwykonawcom i dalszym podwykonawcom, o których mowa w ust. 10 Zamawiający wstrzymuje zapłatę faktury Wykonawcy w części równej sumie kwot wynikających z nieprzedstawionych dowodów zapłaty, do czasu dostarczenia tych dokumentów bez prawa żądania przez Wykonawcę odsetek z tego tytułu.”~~

b) zmianę § 21 ust. 20 Projektowanych postanowień umowy poprzez nadanie mu następującego brzmienia:

~~„20. Warunkiem wypłaty całego należnego Wykonawcy wynagrodzenia w ramach faktury końcowej będzie przedstawienie przez Wykonawcę do faktury końcowej pisemnych oświadczeń - wszystkich podwykonawców i dalszych podwykonawców biorących udział w realizacji zadania stwierdzających, iż nastąpiło wygaśnięcie wszelkich roszczeń pomiędzy Wykonawcą a podwykonawcami i dalszymi podwykonawcami z tytułu zawartych umów o podwykonawstwo wraz z rozliczeniem wynagrodzenia należnego - podwykonawcom i dalszym podwykonawcom - oraz przedstawienie wszystkich dowodów zapłaty wymagalnego wynagrodzenia~~

podwykonawcom i dalszym podwykonawcom biorącym udział w realizacji zadania.”

**c) zmianę § 21 ust. 22 Projektowanych postanowień umowy poprzez nadanie mu następującego brzmienia:**

„22. W sytuacji, o której mowa w ust. 21, Zamawiający będzie mógł:

1) zatrzymać Wykonawcy z faktury końcowej zapłatę wynagrodzenia do wysokości łącznej ostatecznej kwoty niezapłaconych przez Wykonawcę wymagalnych wierzytelności podwykonawców i dalszych podwykonawców wynikającej z oświadczeń, o których mowa w ust. 21, do czasu ich uregulowania przez Wykonawcę i podwykonawców, bez prawa żądania przez Wykonawcę odsetek z tego tytułu. Kwoty te zostaną zwolnione niezwłocznie po przedstawieniu przez Wykonawcę oświadczeń podwykonawców i dalszych podwykonawców

Owygaśnięciu wszelkich roszczeń pomiędzy Wykonawcą a podwykonawcami

1) dalszymi podwykonawcami lub dowodów zapłaty, albo

2) dokonać bezpośredniej zapłaty wynagrodzenia podwykonawcy lub dalszemu podwykonawcy w wysokości kwot wynikających z oświadczeń, o których mowa w ust. 21, albo

3) złożyć do depozytu sądowego kwotę potrzebną na pokrycie wynagrodzenia podwykonawcy lub dalszego podwykonawcy wynikającą z oświadczeń, o których mowa w ust. 21, w przypadku istnienia zasadniczej wątpliwości Zamawiającego co do wysokości należnej zapłaty lub podmiotu, któremu płatność się należy.”

**d) zmianę § 21 ust. 23 Projektowanych postanowień umowy poprzez nadanie mu następującego brzmienia:**

„23. Jednocześnie Strony zgodnie postanawiają, iż zapłata faktury końcowej, bądź przekazanie należnych Wykonawcy kwot bezpośrednio podwykonawcy lub dalszemu podwykonawcy, bądź złożenie do depozytu sądowego kwot potrzebnych na pokrycie wynagrodzenia podwykonawcy lub dalszego podwykonawcy, zgodnie z ust. 21, stanowić będzie ostateczne rozliczenie pomiędzy Stronami niniejszej Umowy oraz wygaśnięcie wszelkich roszczeń związanych z wykonywaniem niniejszej Umowy, z wyjątkiem roszczeń z tytułu rękojmi za wady przysługujących Zamawiającemu oraz roszczeń spornych pomiędzy Stronami i roszczenia Wykonawcy o zwrot zabezpieczeń należytego wykonania umowy, w przypadku gdy zwrot taki będzie należny.”

W dniu 13 maja 2025 r. do Prezesa Izby wpłynęła odpowiedź na odwołaniem w której Zamawiający oświadczył, że wnosi o:

1) umorzenie postępowania przed Krajową Izbą Odwoławczą, w sytuacji gdy Odwołujący wycofa zarzuty nieuznane przez Zamawiającego, ewentualnie

2) dopuszczenie dowodów powołanych w treści odpowiedzi na odwołanie, oraz

3) oddalenie odwołania w części nieuwzględnionej przez Zamawiającego.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie odnośnie poszczególnych zarzutów wskazał, że:

Zamawiający nie uwzględni odwołania w zakresie zarzutu nr I.1.

Zamawiający nie uwzględni odwołania w zakresie zarzutu nr I.2, jednocześnie dokona zmiany § 22 ust. 3 projektu umowy poprzez zmniejszenie limitu łącznej maksymalnej wysokości kar umownych z 25% na 20% wynagrodzenia umownego netto określonego w § 3 ust. 1 pkt 1 umowy przy pozostawieniu kary w wysokości 15% wynagrodzenia netto przysługującego Wykonawcy za odstąpienie od umowy.

Zamawiający nie uwzględni odwołania w zakresie zarzutu nr I.3.

Zarzut nr I.4 Zamawiający w zakresie pkt (i) nie uznaje odwołania, jednocześnie dokona zmiany postanowień § 17 ust. 8 pkt 1) i pkt 2) projektu umowy,

w zakresie pkt (ii) uznaje odwołanie w całości

w zakresie pkt (iii) odnoszącego się do § 20 ust. 11 pkt 1) i 2) projektu umowy uznaje odwołanie w całości,

Zamawiający nie uznaje odwołania w zakresie zarzutu nr I.4 punkt (iii) w części dotyczącej § 20 ust. 10 projektu umowy

Zamawiający nie uznaje odwołania w zakresie zarzutu nr I.5

Zamawiający w zakresie zarzutu nr I.6 w części dotyczącej § 22 ust. 2 pkt 2) projektu umowy nie uwzględni odwołania, jednocześnie dokona zmiany zapisów dotyczącej przedmiotowej kary umownej, w następujący sposób:

„2) za niewykonanie przedmiotu Umowy w terminie określonym w § 2 ust. 1 niniejszej Umowy - w wysokości 0,1 % wynagrodzenia umownego netto określonego w § 3 ust. 1 pkt 1 umowy za każdy dzień zwłoki po bezskutecznym upływie terminu określonego w § 2 ust. 1.”

Zamawiający w zakresie zarzutu nr I.6 w części dotyczącej § 22 ust. 2 pkt 4) projektu umowy nie uwzględni odwołania, jednocześnie dokona zmiany zapisów dotyczących przedmiotowej kary umownej, w następujący sposób:

„4) z tytułu braku zapłaty lub nieterminowej zapłaty wynagrodzenia należnego podwykonawcy(om)

lub dalszym podwykonawcom – w wysokości 0,2 % wartości nieuregulowanych zobowiązań, licząc

za każdy dzień zwłoki w stosunku do terminu określonego w umowie o podwykonawstwo,”

Zamawiający w zakresie zarzutu nr I.6 w części dotyczącej § 22 ust. 2 pkt 5) projektu umowy uwzględni odwołanie.

Zamawiający w zakresie zarzutu nr I.6 w części dotyczącej § 22 ust. 2 pkt 9) projektu umowy nie uwzględni odwołania, jednocześnie dokona zmiany zapisów dotyczących przedmiotowej kary umownej, w następujący sposób:

„9) z tytułu braku zapłaty lub nieterminowej zapłaty wynagrodzenia należnego podwykonawcy(om) lub dalszym podwykonawcom z tytułu zmiany wysokości wynagrodzenia, o której mowa w art. 439 ust.5 Pzp i w §29 ust.16 - w wysokości 0,5% za każdy dzień zwłoki należnej niezapłaconej podwykonawcy kwoty wynagrodzenia,”  
Zamawiający w zakresie zarzutu nr I.7 w części dotyczącej § 21 ust. 11 w zw. z ust. 10 projektu umowy nie uwzględni odwołania, jednocześnie dokona zmiany zapisów § 21 ust. 11 projektu umowy, w następujący sposób:

„11) W przypadku niedostarczenia wszystkich dowodów zapłaty należnego wynagrodzenia podwykonawcom i dalszym podwykonawcom, o których mowa w ust. 10 Zamawiający wstrzymuje zapłatę faktury Wykonawcy w części równej sumie kwot wynikających z nieprzedstawionych dowodów zapłaty, do czasu dostarczenia tych dokumentów bez prawa żądania przez Wykonawcę odsetek z tego tytułu.”

Zamawiający w zakresie zarzutu nr I.7 w części dotyczącej § 21 ust. 20 projektu umowy nie uwzględni odwołania, jednocześnie dokona zmiany zapisów § 21 ust. 20 projektu umowy, w następujący sposób:

„20) Warunkiem wypłaty całego należnego Wykonawcy wynagrodzenia w ramach faktury końcowej będzie przedstawienie przez Wykonawcę do faktury końcowej wszystkich dowodów zapłaty należnego wynagrodzenia podwykonawcom i dalszym podwykonawcom biorącym udział w realizacji zadania.”

Zamawiający w zakresie zarzutu nr I.7 w części dotyczącej § 21 ust. 22 projektu umowy nie uwzględni odwołania, jednocześnie dokona zmiany zapisów § 21 ust. 22 pkt 1) projektu umowy, w następujący sposób:

„1) zatrzymać Wykonawcy z faktury końcowej zapłatę wynagrodzenia do wysokości łącznej ostatecznej kwoty niezapłaconych przez Wykonawcę należnych wierzytelności podwykonawców i dalszych podwykonawców wynikającej z oświadczeń, o których mowa w ust. 21 do czasu ich uregulowania przez Wykonawcę i podwykonawców, bez prawa żądania przez Wykonawcę odsetek z tego tytułu. Kwoty te zostaną zwolnione niezwłocznie po przedstawieniu przez Wykonawcę oświadczeń podwykonawców i dalszych podwykonawców o wygaśnięciu wszelkich roszczeń pomiędzy Wykonawcą a podwykonawcami i dalszymi podwykonawcami lub dowodów zapłaty, albo”.

Zamawiający w zakresie zarzutu nr I.7 w części dotyczącej § 21 ust. 23 projektu umowy uwzględni odwołanie w całości.”

Odwolujący wskazał, że posiada interes we wniesieniu odwołania. Odwołujący podniósł, że jest podmiotem profesjonalnie działającym na rynku budowlanym, w tym w sektorze inwestycji realizowanych w trybie ustawy Pzp. Wskazał on, że postanowienia zawarte w SWZ, w tym w Projektowanych postanowieniach umowy, będących Załącznikiem nr 8 do SWZ, są niezgodne z ustawą Pzp i KC. Odwołujący zauważył, że na skutek uchybień Zamawiającego, które stanowią przedmiot zarzutów odwołania, Odwołujący nie jest w stanie przygotować i złożyć prawidłowej i zgodnej z ustawą Pzp oferty, podczas gdy posiada wymagane w postępowaniu kwalifikacje, tj. wiedzę, doświadczenie i potencjał wymagany przez Zamawiającego. W obliczu kwestionowanych odwołaniem postanowień Umowy, Odwołujący wskazał, że nie jest w stanie skalkulować ceny oferty w sposób uwzględniający wymogi wskazanych w odwołaniu przepisów ustawy Pzp. Ponadto Odwołujący wskazał, że w sytuacji, gdy postanowienia Umowy zostały sformułowane w sposób sprzeczny z ustawą Pzp oraz KC, w szczególności Odwołujący nie ma możliwości złożenia konkurencyjnej oferty. Kwestionowane w odwołaniu postanowienia Umowy pozbawiają Odwołującego w jego ocenie możliwości uzyskania przedmiotowego zamówienia publicznego i jego realizacji na najkorzystniejszych dla Zamawiającego warunkach oraz warunkach uczciwej konkurencji.

Przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego w ustawowym terminie zgłosił wykonawca Budimex S.A. z siedzibą w Warszawie. Strony nie zgłosiły opozycji, ani zastrzeżeń co do skuteczności przystąpienia tego wykonawcy do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego. Izba postanowiła dopuścić wykonawcę Budimex S.A. z siedzibą w Warszawie do udziału w postępowaniu odwoławczym po stronie Odwołującego.

Przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego w ustawowym terminie nie zgłosił żaden wykonawca.

W dniu 20 maja 2025 r. do Prezesa Izby wpłynęło pismo procesowe Budimex S.A. z siedzibą w Warszawie.

W dniu 21 maja 2025 r. do Prezesa Izby wpłynęło pismo procesowe Odwołującego, w którym oświadczył on, że:

- 1.z uwagi na uwzględnienie w całości przez Zamawiającego części zarzutów przedstawionych w odwołaniu wniesionym przez Odwołującego (tj. zarzutów wskazanych w petitum odwołania w pkt I.4 ppkt (ii); pkt I.4 ppkt (iii) – w części dotyczącej § 20 ust. 11 pkt 1) i 2); pkt I.6 – w części dotyczącej § 22 ust. 2 pkt 5); pkt I.7 – w części dotyczącej § 21 ust. 23) – Odwołujący wnosil o umorzenie postępowania odwoławczego w tym zakresie;
- 2.z uwagi na uwzględnienie przez Zamawiającego części zarzutów przedstawionych w odwołaniu wniesionym przez Odwołującego, tj. w sposób częściowo zgodny z żądaniem Odwołującego, lecz w formie satysfakcjonującej Odwołującego (tj. zarzutów wskazanych w petitum odwołania w pkt I.2; pkt I.4 ppkt (i); pkt I.6 – w części dotyczącej § 22 ust. 2 pkt 2), § 22 ust. 2 pkt 4), § 22 ust. 2 pkt 9); pkt I.7 – w części dotyczącej § 21 ust. 11 w zw. z ust. 10, § 21 ust. 20, § 21 ust. 22) – Odwołujący wycofał zarzuty w tej części i wnosil o umorzenie odpowiedniej części postępowania odwoławczego w tym zakresie;

3.z uwagi na nieuwzględnienie przez Zamawiającego części zarzutów przedstawionych w odwołaniu wniesionym przez Odwołującego (tj. zarzutów wskazanych w petitum odwołania w pkt I.1; I.3; I.4 pkt (iii) – w części dotyczącej § 20 ust. 10, pkt I.5) – Odwołujący wycofał zarzuty w części nieuwzględnionej przez Zamawiającego i wniósł o umorzenie postępowania odwoławczego również w tym zakresie.

Mając na uwadze powyższe Odwołujący wniósł o umorzenie postępowania odwoławczego na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron.

Wobec powyższego postępowanie odwoławcze należało umorzyć, stosownie do dyspozycji art. 522 ust. 3 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 574 i 575 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz § 9 ust. 1 pkt 2 lit. b) 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. 2020 r. poz. 2437), z którego wynika, że koszty, o których mowa w § 5 pkt 2, znosi się wzajemnie, jeżeli przed otwarciem rozprawy zamawiający uwzględnił w części zarzuty przedstawione w odwołaniu i pozostałe zarzuty zostały przez odwołującego wycofane, a w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego nie przystąpił żaden wykonawca albo uczestnik postępowania odwoławczego, który przystąpił po stronie zamawiającego, nie wniósł sprzeciwu wobec uwzględnienia przez zamawiającego w części zarzutów przedstawionych w odwołaniu – w takim przypadku Izba orzeka o dokonaniu zwrotu odwołującemu z rachunku Urzędu kwoty uiszczonej tytułem wpisu.

Przewodnicząca:.....