

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Anna Wojciechowska

Protokolant: Wiktoria Ceyrowska

po rozpoznaniu na rozprawie w Warszawie w dniu 26 maja 2025 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 28 kwietnia 2025 r. przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia w Konsorcjum firm: AGROBEX sp. z o.o. oraz AGROBEX Budowa sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu** postępowaniu prowadzonym przez **zamawiającego Gminę Rawicz**

orzeka:

1. **Umarza postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutów nr 2, 3, 6 i 7 odwołania wycofanych przez odwołującego.**
2. **Uwzględnia w części odwołanie w zakresie zarzutu nr 1 i nakazuje zamawiającemu: dokonanie modyfikacji Rozdziału VII SWZ i § 3 ust. 1 PPU przez określenie terminu realizacji zamówienia w jednostkach czasu na 18 miesięcy od dnia przekazania terenu budowy i uwzględnienie konsekwencji powyższych zmian w dokumentach zamówienia i ogłoszeniu o zamówieniu.**
3. **W pozostałym zakresie oddala odwołanie.**
4. **Kosztami postępowania obciąża zamawiającego Gminę Rawicz w części 1/3 oraz odwołującego wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia w Konsorcjum firm: AGROBEX sp. z o.o. oraz AGROBEX Budowa sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu w części 2/3 i**

4.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia w Konsorcjum firm: AGROBEX sp. z o.o. oraz AGROBEX Budowa sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu tytułem wpisu od odwołania, kwotę 3600 zł 00 gr (trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego, kwotę 3600 zł 00 gr (trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem wynagrodzenia pełnomocnika zamawiającego oraz kwotę 940 zł 70 gr (dziewięćset czterdzieści złotych siedemdziesiąt groszy) tytułem kosztów dojazdu zamawiającego na posiedzenie i rozprawę,

4.2. zasądza od zamawiającego Gminy Rawicz na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia w Konsorcjum firm: AGROBEX sp. z o.o. oraz AGROBEX Budowa sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu kwotę 4839 zł 53 gr (cztery tysiące osiemset trzydzieści dziewięć złotych pięćdziesiąt trzy grosze) stanowiącą uzasadnioną część kosztów strony poniesionych tytułem wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

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.

Przewodniczący:

Sygn. akt KIO 1670/25

Uzasadnienie

Zamawiający – Gmina Rawicz - prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. 2024 r., poz. 1320 z późn. zm. – dalej „ustawa pzp”), pn. *„Budowa budynków komunalnych przy ul. Targowej w Rawiczu wraz z wyposażeniem, zagospodarowaniem terenu oraz infrastrukturą towarzyszącą, nr ON.2710.6.2025*. Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 16 kwietnia 2025 r., numer wydania: Dz.U. S: 75/2025 oraz publikacji: 249905-2025.

W dniu 28 kwietnia 2025 r. odwołanie wnieśli wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia w Konsorcjum firm: AGROBEX sp. z o.o. oraz AGROBEX Budowa sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu – dalej Odwołujący. Odwołujący wniósł odwołanie wobec warunków zamówienia określonych w postępowaniu.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 436 pkt 1 w zw. z art. 16 w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy pzp w zw. z art. 5 i art. 353(1) Kodeksu cywilnego (dalej „kc”) przez określenie nierealnego, niemożliwego do dotrzymania, terminu realizacji zamówienia i określenie go w dacie sztywnej, co dodatkowo uniemożliwia wykonawcy oszacowanie ryzyka związanego z możliwością wykonania zamówienia we wskazanym terminie, a także uniemożliwia ocenę, ile faktycznie czasu na zrealizowanie umowy będzie miał wykonawca (Rozdział VII SWZ i §3 ust. 1 PPU);

2. art. 99 ustawy pzp w zw. z art. 436 pkt 1 w zw. z art. 16 w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy pzp w zw. z art. 5 i art. 353(1) kc

przez brak określenia terminu przekazania placu budowy, co dodatkowo przyczynia się do niemożliwości określenia przez wykonawcę czasu, jaki faktycznie będzie miał na zrealizowanie przedmiotu zamówienia (§ 5 ust. 5 PPU);

3. art. 431 oraz art. 16 ustawy pzp oraz art. 647 kc, w zw. z art. 627 kc, art. 642 i art. 642 kc, art. 654 kc, art. 5 kc, art. 353(1) kc, w zw. z art. 568 § 1 kc i art. 577 § 4 kc, w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy pzp przez wprowadzenie do PPU postanowień uzależniających wypłatę całości wynagrodzenia Wykonawcy od dokonania odbioru bezusterkowego, tj. niezależnie od ich istotności oraz charakteru ewentualnych wad, co sprzeciwia się właściwości (naturze) umowy o roboty budowlane, naruszając równowagę stron, przez nadużycie prawa podmiotowego do samodzielnego kształtowania warunków umowy przez Zamawiającego (§ 13 ust. 2 PPU);

4. art. 16 ustawy pzp w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy pzp w zw. z art. 5 i art. 353(1) kc w zw. z art. 473 § 1 kc w zw. z art. 483 kc oraz art. 471 kc przez wprowadzenie do PPU odpowiedzialności wykonawcy za niedotrzymanie terminu realizacji zamówienia, który to termin od początku został określony jako termin nierealny, przez nałożenie wygórowanych kar umownych, co narusza równowagę stron umowy, wymuszając na wykonawcach konieczność uwzględnienia dodatkowych, niemożliwych do precyzyjnego skalkulowania ryzyk w ramach ceny ofertowej (§10 ust. 1 pkt 1) lit. a) i b) PPU);

5. art. 433 pkt 1) - 3) w zw. z art. 16 w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy pzp w zw. z art. 5 i art. 353(1) kc oraz art. 471 kc i art. 484 kc, a także art. 99 ust. 1 ustawy pzp, przez wprowadzenie do PPU odpowiedzialności wykonawcy za utratę przez Zamawiającego dofinansowania, przy czym nie zostały wskazane ani okoliczności, których zaistnienie doprowadzi do utraty przez Zamawiającego dofinansowania, ani nawet jego wysokość, co całkowicie uniemożliwia Wykonawcy skalkulowanie tego ryzyka w cenie oferty, a w konsekwencji narusza równowagę stron umowy, wymuszając na wykonawcach konieczność uwzględnienia dodatkowe, niemożliwego do skalkulowania, ryzyka w ramach ceny ofertowej (§ 10 ust. 2 PPU);

6. art. 99 ust. 1 w zw. z art. 16 w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy pzp w zw. z art. 5 i art. 353(1) kc przez wprowadzenie SWZ i do PPU, obowiązków wykonawcy, których zakres nie jest określony, a w konsekwencji możliwy do wyceny na etapie składania ofert, co dodatkowo sprzeciwia się właściwości (naturze) umowy o roboty budowlane, naruszając bezwzględnie obowiązujące przepisy prawa, równowagę stron, w warunkach nadużycia prawa podmiotowego do samodzielnego kształtowania warunków umowy przez Zamawiającego (§ 2 ust. 2 PPU) oraz (Rozdział III pkt 6 ppk 3) SWZ);

7. art. 439 ust. 1 i ust. 2 w zw. z art. 16 ust. 1 ustawy pzp oraz art. 8 ust. 1 ustawy pzp w zw. z art. 58 kc przez sformułowanie w ramach PPU klauzuli waloryzacyjnej, dotyczącej zmiany wysokości wynagrodzenia wykonawcy wbrew wymaganiom art. 439 ustawy pzp, w sposób spreczny z celem tej regulacji, jakim jest przywrócenie ekonomicznej równowagi kontraktowej stron oraz w sposób stanowiący obejście tej regulacji (§ 15 ust. 1 pkt 1 lit. e) PPU).

Odwolujący w oparciu o wyżej wskazane zarzuty wniósł o uwzględnienie odwołania, jak również nakazanie Zamawiającemu dokonania modyfikacji dokumentów zamówienia (a także wprowadzenia ewentualnych innych zmian będących konsekwencją poniższych modyfikacji) przez:

1. nakazanie Zamawiającemu modyfikacji Rozdziału VII SWZ i § 3 ust. 1 PPU przez wydłużenie terminu realizacji zamówienia do 18 miesięcy od dnia przekazania terenu budowy oraz wykreślenie dodatkowego terminu realizacji zamówienia określonego datą dzienną.

2. nakazanie Zamawiającemu modyfikacji § 5 ust. 5 PPU przez wskazanie, iż przekazanie terenu budowy nastąpi w ciągu 7 dni od daty zawarcia umowy, tj. nadanie mu brzmienia:

„Zamawiający przekaże protokolarnie teren objęty zamówieniem w terminie 7 dni od zawarcia Umowy.”

3. nakazanie Zamawiającemu zmiany § 13 ust. 2 PPU przez wykreślenie postanowień przewidujących odbiór bezusterkowy.

4. nakazanie Zamawiającemu zmiany § 10 ust. 1 pkt 1) PPU przez obniżenie kar umownych, w następujący sposób:

„Kary umowne będą naliczane w następujących wypadkach i wysokościach:

1) Wykonawca zapłaci Zamawiającemu kary umowne:

a) za zwłokę w wykonaniu określonych w umowie robót w wysokości ~~40 000,00 zł~~ 1 000,00 zł za każdy dzień zwłoki,

b) za zwłokę w usunięciu wad stwierdzonych przy odbiorze lub w okresie gwarancji jakości i rękojmi za wady - w wysokości ~~40 000,00 zł~~ 200,00 zł za każdy dzień zwłoki liczonej od dnia wyznaczonego na usunięcie wad.”

5. nakazanie Zamawiającemu wykreślenia § 10 ust. 2 PPU.

6. nakazanie Zamawiającemu zmiany treści PPU poprzez wykreślenie § 2 ust. 2 Projektu Umowy oraz pkt 6 ppk 3) z Rozdziału III SWZ ewentualnie przekazanie listy niezbędnych formalności.

7. nakazanie Zamawiającemu modyfikacji § 15 ust. 1 pkt e) tiret pierwszy przez zmianę ilości miesięcy od daty złożenia oferty w postępowaniu, na 6 miesięcy oraz zmniejszenia dolnego limitu zmiany cen do 2 punktów procentowych, tj. nadanie mu brzmienia:

„wynagrodzenie będzie podlegało waloryzacji po upływie ~~40~~ 6 miesięcy od dnia złożenia przez Wykonawcę oferty w postępowaniu, gdy różnica pomiędzy wskaźnikiem miesięcznym inflacji publikowanym na miesiąc badania złożenia oferty, a wskaźnikiem miesięcznym inflacji publikowanym na moment składania wniosku przekroczy ~~42,00~~ 2,00 punktów procentowych”.

Odwolujący uzasadniając zarzuty odwołania skierowane do rozpoznania wskazał:

Zarzut dotyczący terminu realizacji zamówienia (Rozdział VII SWZ i § 3 ust. 1 PPU):

Odwolujący podniósł, że termin realizacji zamówienia został de facto określony jako konkretna data, co jest wprost sprzeczne z art. 436 ust. 1 ustawy pzp. Biorąc bowiem pod uwagę termin składania ofert, który upływa w dniu 19 maja 2025 r. oraz termin związania ofertą, który upływa w dniu 16 sierpnia 2025 r., to szanse na to, żeby zamówienie, realizowane przez 12 miesięcy, skończyło się przed 22 czerwca 2026 r. są znikome. Powyższe powoduje, że nawet i tak niewystarczający, bo jedynie 12 miesięczny termin wykonania zamówienia zostanie faktycznie skrócony. Przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego o takim zakresie, biorąc pod uwagę terminy na środki ochrony prawnej, w ciągu jednego miesiąca, jest bowiem nierealne. Zamawiający nie uzasadnił ponadto, dlaczego określając termin wykonania zamówienia użył daty dziennej, co jest również sprzeczne z art. 436 ust. 1 ustawy pzp. Niezależnie od powyższego, 12 miesięczny termin realizacji zamówienia jest nierealny do dotrzymania. Przedmiotem zamówienia są roboty budowlane polegające na budowie budynków komunalnych przy ul. Targowej w Rawiczu wraz z wyposażeniem, zagospodarowaniem terenu oraz infrastrukturą towarzyszącą realizowane w ramach zadania budżetowego pn.: „Budowa budynków komunalnych przy ul. Targowej w Rawiczu”. Przedmiot zamówienia obejmuje: wykonanie robót budowlanych obejmujących:

- a) Budowę czterech budynków mieszkalnych wielorodzinnych, w tym przede wszystkim: robót ziemnych, robót budowlanych, robót instalacyjnych, montażowych
- b) Zagospodarowanie terenu wraz instalacjami i sieciami, utwardzeniami i terenami zielonymi oraz całą infrastrukturą towarzyszącą,
- c) zakup, dostawę i montaż wyposażenia obiektu,
- d) wykonanie innych prac niezbędnych do prawidłowego wykonania przedmiotu zamówienia.

Biorąc pod uwagę zakres czynności niezbędnych do wykonania zamówienia, w ocenie Odwołującego termin, ustalony przez Zamawiającego, jest za krótki o co najmniej 6 miesięcy. Szacunkowy czas realizacji zamówienia został przedstawiony w Harmonogramie stanowiącym załącznik do odwołania. Harmonogram przedstawia czas niezbędny do wykonania poszczególnych robót wraz z kolejnością ich wykonania wynikająca z uwarunkowań technologicznych. W harmonogramie zaznaczone zostały również minimalne możliwe terminy wykonania poszczególnych robót, jednak realizacji całości zamówienia nie można, zdaniem Odwołującego, wykonać w terminie krótszym niż 18 miesięcy. Z doświadczenia Odwołującego wynika bowiem, iż nie ma możliwości skrócenia ww. robót, tak aby zrealizować je w terminie 12 miesięcznym lub krótszym. Dodatkowo, Odwołujący wskazał, iż zamówienie o mniejszym zakresie (zamówienie nie obejmowało rozbiórek), gdzie Zamawiającym było Gminne Towarzystwo Budownictwa Społecznego sp. z o.o. w Lesznie, którego przedmiotem była Budowa kompleksu 5 budynków mieszkalnych wielorodzinnych na wynajem przy ul. Jana Długosza w Lesznie, Numer referencyjny: PIB/K2/1/2023, przewidywało termin realizacji – 15 miesięcy.

Żądanie:

Odwolujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu modyfikacji Rozdziału VII SWZ i § 3 ust. 1 PPU przez wydłużenie terminu realizacji zamówienia do 18 miesięcy od dnia przekazania terenu budowy oraz wykreślenie dodatkowego terminu realizacji zamówienia określonego datą dzienną.

Zarzut dotyczący kar umownych (§ 10 ust. 1 pkt 1) lit. a) i b) PPU):

Odwolujący wskazał, że pomimo, iż Zamawiający określił nierealny termin realizacji zamówienia, a także przewidział odbiór bezusterkowy, to dodatkowo planuje nałożyć na wykonawcę bardzo wygórowane kary za niedotrzymanie terminów wykonania robót i usunięcia wad. Odwołujący powołał się na wyrok KIO z dnia 27 sierpnia 2019 r. (KIO 1585/19) i wskazał, że formułowanie kar umownych nie może zniechęcać wykonawców do złożenia ofert w postępowaniu.

Oceniając projektowane przez Zamawiającego kary umowne stwierdzić należy, że ich wysokość, jak również zasady ich naliczania mają charakter rażąco wygórowany. Powołał się na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 28 grudnia 2018 r., sygn. akt KIO 2574/18. W tym kontekście szczególnie rażąco wysoka wydaje się być kara w za niedotrzymanie terminu realizacji zamówienia jak również zwłokę w usunięciu wad stwierdzonych przy odbiorze lub w okresie gwarancji jakości i rękojmi za wady w wysokości 10 000, 00 zł za każdy dzień zwłoki liczonej od dnia wyznaczonego na usunięcie wad. Tak wysoka kara prawie zawsze będzie w znacznym stopniu przekraczała wysokość ewentualnej szkody poniesionej przez Zamawiającego.

Żądanie: Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu zmiany § 10 ust. 1 pkt 1) PPU przez obniżenie kar umownych, w następujący sposób:

„Kary umowne będą naliczane w następujących wypadkach i wysokościach:

1) Wykonawca zapłaci Zamawiającemu kary umowne:

a) za zwłokę w wykonaniu określonych w umowie robót w wysokości ~~40 000,00 zł~~ 1 000,00 zł za każdy dzień zwłoki,

b) za zwłokę w usunięciu wad stwierdzonych przy odbiorze lub w okresie gwarancji jakości i rękojmi za wady - w wysokości ~~40 000,00 zł~~ 200,00 zł za każdy dzień zwłoki liczonej od dnia wyznaczonego na usunięcie wad.”

Zarzut dotyczący odszkodowania za utratę dofinansowania (§ 10 ust. 2 PPU):

Zamawiający przewidział odszkodowanie za utratę lub obniżenie dofinansowania, wpisując do PPU postanowienie następującej treści: „2. Jeżeli na skutek działania lub zaniechania Wykonawcy, Zamawiający poniesie szkodę w postaci utraty bądź obniżenia dofinansowania, Wykonawca zobowiązany jest do zapłaty odszkodowania w wysokości utraconej bądź obniżonej kwoty dofinansowania.” Przywołane postanowienie wprost narusza zasadę równowagi stron umowy i zasadę współzycia społecznego. Nie wynika z niego ani jaka jest wysokość dofinansowania otrzymanego przez Zamawiającego, ani jakie są okoliczności jego utraty, co powoduje, iż Wykonawca nie jest w stanie ocenić i w kalkulować w cenę oferty ryzyka związanego z naliczeniem ewentualnego odszkodowania. Powyższe postanowienie jest nie tylko niezgodne z art. 99 ustawy pzp, art. 433 pkt 1), 2) oraz 3) ustawy pzp oraz art. 471 kc, ale także w sposób nieuzasadniony nakłada na wykonawcę ryzyko niemożliwe do wyceny i uwzględnienia w ramach oferty. W ocenie Odwołującego takie postanowienie w sposób nieproporcjonalny nadużywa pozycji Zamawiającego jako podmiotu kształtującego postanowienia umowy w ramach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Żądanie: Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu wykreślenia § 10 ust. 2 PPU.

W dniu 22 maja 2025 r. Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o umorzenie postępowania w całości na podstawie art. 568 pkt 2 ustawy pzp z uwagi na dokonane modyfikacje dokumentów zamówienia. W zakresie zarzutów, które Izba skierowała do rozpoznania na rozprawie Zamawiający wskazał:

- zarzut 1: dotyczy terminu realizacji zamówienia, w tym określenia go w dacie sztywnej: „Zamawiający w ramach udzielonych wyjaśnień oraz dokonanych zmian dokonał zmiany terminu realizacji poprzez wykreślenie postanowienia zgodnie, z którym termin realizacji zamówienia wynosi 12 miesięcy od dnia zawarcia umowy (jednak nie później niż do 22 czerwca 2026 r.). W miejsce wykreślonego postanowienia wskazano, że termin wykonania zamówienia to 26 czerwca 2026 r. Zatem, Zamawiający wydłużył termin realizacji zamówienia w stosunku do terminu, który został pierwotnie wskazany. Ponadto Zamawiający w ramach wyjaśnień SWZ wskazał obiektywną przyczynę, która uzasadnia określenie terminu realizacji zamówienia poprzez wskazanie konkretnej daty. Powyższe wynika z odpowiedzi na pytanie nr 29 oraz ze zmiany SWZ w tym projekcie umowy oraz ogłoszenia.”

- zarzut 4: dotyczy wysokości kar umownych: „Zamawiający w ramach udzielonych wyjaśnień oraz dokonanych zmian zmienił wysokość kar umownych w ten sposób, że określoną sztywno ich wysokość zastąpił wartością procentową (0,02%). Ten procent w przypadku kary za zwłokę w wykonaniu przedmiotu umowy będzie liczony od wartości netto umowy zawartej z wykonawcą, a w przypadku kary za zwłokę w usunięciu wad stwierdzonych przy odbiorze lub w okresie gwarancji jakości i rękojmi za wady będzie liczony od wartości netto robót objętych wadami. Powyższe wynika z odpowiedzi na pytanie nr 23, 32, 33 oraz ze zmiany projektu umowy.”

- zarzut nr 5: dotyczy wprowadzenia do postanowień umowy odpowiedzialności Wykonawcy za utratę dofinansowania bez wskazania wysokości dofinansowania oraz powodów jego utraty: „Zamawiający w ramach udzielonych wyjaśnień oraz dokonanych zmian wskazał, że Wykonawca zobowiązany jest do zapłaty odszkodowania w wysokości utraconej bądź obniżonej kwoty dofinansowania, jeżeli na skutek zawnionego działania lub zaniechania Wykonawcy, Zamawiający poniesie szkodę w postaci utraty bądź obniżenia dofinansowania. Tak więc do kwestionowanego postanowienia zostało wprowadzone sformułowanie „zawnionego”. Ponadto zamawiający wskazał wysokość uzyskanego dofinansowania oraz

okoliczności, kiedy dojdzie do zwrotu dofinansowania. Powyższe wynika z odpowiedzi na pytanie nr 41 oraz ze zmiany projektu umowy.”

Pismem z dnia 22 maja 2025 r. Odwołujący oświadczył, że cofa odwołanie w zakresie zarzutów zawartych w pkt III ust. 2, 3, 6 i 7 odwołania oraz podtrzymuje odwołanie w zakresie zarzutów zawartych w pkt III ust. 1, 4 i 5 odwołania i wnosi o rozpoznanie tych zarzutów w toku rozprawy, gdyż dokonane zmiany SWZ są dokonane jedynie dla pozoru wykazania bezprzedmiotowości orzekania w sprawie:

„IV. Ad zarzut 1 odwołania – termin realizacji zamówienia:

1. Zarzut ten opierał się na następujących okolicznościach faktycznych: data kalendarzowa zamiast liczby miesięcy liczonych od zawarcia umowy oraz nierealność terminu realizacji. Z tym zarzutem było połączone żądanie nakazania Zamawiającemu modyfikacji treści SWZ w taki sposób, aby termin realizacji zamówienia był liczony od zawarcia umowy i wynosił 18 m-cy.

2. Zamawiający jakkolwiek zmodyfikował treść SWZ przesuwając termin realizacji zamówienia z 22 na 26 czerwca 2025 r. (czyli 4 dni – sic!) to zmiana ta jednak w żaden sposób nie wpłynęła na bezprzedmiotowość postawionych zarzutów. W dalszym ciągu Zamawiający nie przewidział terminu liczonego od zawarcia umowy i w dalszym ciągu termin ten jest nierealny. Innymi słowy zmiana ta nie spowodowała, że okoliczności faktyczne zarzutu odpadły/stały się inne. Zarzut pozostaje w dalszym ciągu aktualny.

3. Dodatkowo Zamawiający nie przedstawia żadnej argumentacji merytorycznej potwierdzającej, iż termin realizacji zamówienia jest obiektywnie możliwy do dochowania – co w kontekście przepisu art. 533 ust. 2 Pzp także powinno być wzięte pod uwagę przez Izbę.

V. Ad zarzut 4 odwołania – wysokość kar umownych za zwłokę w wykonaniu przedmiotu umowy (§10 ust. 1 pkt 1) lit. a) PPU):

1. Odwołujący kwestionował wysokość kar umownych związanych z wykonaniem przedmiotu umowy z uwagi na nierealny termin wykonania i wygórowaną wysokość wynoszącą 10 tys. zł za dzień, żądając zmiany na 1 tys. zł za dzień.

2. Zamawiający zmodyfikował treść projektu umowy (w zakresie kar umownych za niedotrzymanie terminu realizacji) w ten sposób, iż zamiast 10 tys. wprowadził karę w wysokości 0,02% wartości umowy. Biorąc pod uwagę, iż szacowana wartość zamówienia opiewa na 50 mln zł to 0,02% z tej kwoty wynosi 10 tys. zł (sic!). Innymi słowy Zamawiający zmieniając SWZ nic nie zmienił.

VI. Ad zarzut 5 odwołania – odpowiedzialność wykonawcy za utratę dofinansowania (§ 10 ust. 2 PPU):

1. Zarzut Odwołującego sprowadzał się do kwestionowania odpowiedzialności wykonawcy za utratę przez Zamawiającego dofinansowania, w sytuacji, w której utratę teoretycznie może spowodować niedotrzymanie nierealnego terminu realizacji zamówienia i brak jasnych przesłanek zarówno utraty dofinansowania jak i samej odpowiedzialności wykonawcy.

2. Zamawiający dokonując modyfikacji ani nie zrezygnował z odpowiedzialności wykonawcy za utratę dofinansowania ani też nie wprowadził precyzyjnych przesłanek odpowiedzialności wykonawcy. W dalszym ciągu nie wiadomo, kiedy i na jakich warunkach następuje utrata dofinansowania przez Zamawiającego, a co za tym idzie wykonawca nie jest w stanie ocenić ryzyka z tym związanego. Samo wprowadzenie do postanowień umowy kwestii „zawinienia” nie tylko nie czyni zadość żądaniu odwołania, ale także powoduje, iż zarzut zachowuje swoją aktualność a dokonana zmiana nie powoduje braku substratu zaskarżenia.”

Pismem z dnia 23 maja 2025 r. Zamawiający wskazał m.in.:

- Zarzut nr 1: „Zamawiający wydłużył termin wykonania zamówienia w stosunku do terminu, który został pierwotnie wskazany. (...) Ponadto Zamawiający w ramach wyjaśnień SWZ wskazał obiektywną przyczynę, która uzasadnia określenie terminu wykonania zamówienia poprzez wskazanie konkretnej daty.”

- Zarzut nr 4: „Zamawiający w ramach udzielonych wyjaśnień oraz dokonanych zmian zmienił wysokość kwestionowanych kar umownych w ten sposób, że ich wysokość w kwocie 10 000,00 zł zastąpił wartością procentową (0,02%). Ten procent w przypadku kary za zwłokę w wykonaniu przedmiotu umowy będzie liczony od wartości netto umowy zawartej z wykonawcą, a w przypadku kary za zwłokę w usunięciu wad stwierdzonych przy odbiorze lub w okresie gwarancji jakości i rękojmi za wady będzie liczony od wartości netto robót objętych wadami. (...) Nie można zgodzić się z Odwołującym, że kwestionowane postanowienie nie zostało zmienione. Wysokość kar umownych będzie liczona od wartości netto umowy (w przypadku kary umownej za zwłokę w wykonaniu przedmiotu umowy) oraz wartości netto robót objętych wadami (w przypadku kary umownej za zwłokę w usunięciu wad stwierdzonych przy odbiorze lub w okresie gwarancji jakości i rękojmi za wady). Kary umowne będą więc uzależnione od wartości procentowej (0,02%) oraz wysokości wynagrodzenia netto

które zaoferuje wykonawca oraz wartości netto robót objętych wadami. Odwołujący w swoim piśmie mija się z prawdą, bowiem szacowana wartość zamówienia wynosi 47 412 616,08 zł, a nie 50 000 000 zł. Gdyby tą wartość odnieść do wartości procentowej to kara umowna wynosiłaby 9 482, 52 zł, a nie kwotę 10 000 zł. Ponadto, tak jak zostało to już wskazane powyżej wysokość kary umownej będzie zależna od wysokości wynagrodzenia, które zaoferuje wykonawca oraz wartości netto robót objętych wadami.”

- Zarzut nr 5: „Zamawiający w ramach udzielonych wyjaśnień oraz dokonanych zmian zmienił treść kwestionowanego postanowienia i wskazał, że wykonawca zobowiązany jest do zapłaty odszkodowania w wysokości utraconej bądź obniżonej kwoty dofinansowania, jeżeli na skutek zawnionego działania lub zaniechania wykonawcy, Zamawiający poniesie szkodę w postaci utraty bądź obniżenia dofinansowania. Tak więc do kwestionowanego postanowienia zostało wprowadzone sformułowanie „zawnionego”. Ponadto Zamawiający wskazał wysokość uzyskanego dofinansowania oraz okoliczności, kiedy dojdzie do zwrotu dofinansowania. (...) Ponadto w ramach odpowiedzi na pytanie nr 41 wskazano okoliczności w jakich Zamawiający utraci dofinansowanie. (...) Zatem, nie jest tak jak pisze Odwołujący, że nie wiadomo, kiedy i na jakich warunkach nastąpi utrata dofinansowania przez Zamawiającego.”

Zamawiający podtrzymał wniosek o umorzenie postępowania odwoławczego na podstawie art. 568 pkt 2 ustawy pzp.

Izba ustaliła, co następuje:

Izba ustaliła, że odwołanie czyni zadość wymogom proceduralnym zdefiniowanym w Dziale IX ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych, tj. odwołanie nie zawiera braków formalnych oraz zostało uiszczony od niego wpis. Izba ustaliła, że nie zaistniały przesłanki określone w art. 528 ustawy pzp, które skutkowałyby odrzuceniem odwołania.

Izba stwierdziła, że Odwołujący wykazał przesłanki dla wniesienia odwołania określone w art. 505 ust. 1 i 2 ustawy pzp, tj. posiadanie interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy pzp.

Izba stwierdziła, że w terminie wynikającym z art. 525 ust. 1 ustawy pzp do postępowania odwoławczego nie zgłosił przystąpienia żaden wykonawca.

Izba postanowiła oddalić wniosek Zamawiającego zgłoszony na posiedzeniu o zobowiązanie Pana Marcina Liszkowskiego występującego w imieniu Odwołującego do wykazania, że jest jedną z kręgu osób uprawnionych do reprezentacji na podstawie art. 510 ustawy pzp. Zamawiający argumentował, że wyżej wymieniony nie przedstawił dowodu, iż jest pracownikiem spółki Agrobex. Wskazania wymaga, że zgodnie z tym przepisem: „1. Pełnomocnikiem może być adwokat lub radca prawny, a ponadto osoba sprawująca zarząd majątkiem lub interesami strony lub uczestnika postępowania oraz osoba pozostająca ze stroną lub uczestnikiem postępowania w stosunku zlecenia, jeżeli przedmiot sprawy wchodzi w zakres tego zlecenia. 2. Pełnomocnikiem osoby prawnej, przedsiębiorcy, w tym nieposiadającego osobowości prawnej, lub jednostki nieposiadającej osobowości prawnej może być również pracownik tej jednostki.” Niewątpliwie, Pan M.L. został prawidłowo umocowany do reprezentowania Odwołującego przed Krajową Izbą Odwoławczą przez członków Konsorcjum, co wynika z treści załączonych do odwołania pełnomocnictw i nie było kwestionowane przez Zamawiającego. Na posiedzeniu Pan M.L. oświadczył do protokołu, że jest pracownikiem Agrobex sp. z o.o. Izba uznała złożone oświadczenie za wystarczające i dopuściła Pana Marcina Liszkowskiego do udziału w postępowaniu odwoławczym w charakterze pełnomocnika Odwołującego. Izba w całości podziela stanowisko wyrażone w orzeczeniu KIO 189/21 z dnia 18 lutego 2021 r., zgodnie z którym: „Oczywiście pożądanym jest, aby pełnomocnik, pozostający w stosunku zlecenia, był w stanie ten fakt wykazać w sytuacji, gdy pojawią się wątpliwości, co do istnienia tego stosunku czy jego charakteru, jednakże w ocenie Izby brak jest przepisu obligującego pełnomocnika do wykazywania istnienia tego stosunku.” Analogicznie w przedmiotowej sprawie, zdaniem Izby z art. 510 ustawy pzp nie wynika obowiązek wykazania pozostawania w stosunku pracy z mocodawcą. Prawdziwość oświadczenia Pana Marcina Liszkowskiego, że jest pracownikiem spółki Agrobex nie została zaś poddana w wątpliwość, która determinowałaby wykazywanie powyższej okoliczności.

Izba postanowiła dopuścić dowody z dokumentacji przedmiotowego postępowania, odwołanie wraz z załącznikami, odpowiedź na odwołanie wraz z załącznikami w tym z wnioskami o umorzenie postępowania na podstawie art. 568 pkt 2 ustawy pzp, pismo procesowe Odwołującego oraz dowody złożone przez Odwołującego i Zamawiającego na rozprawie.

Na podstawie tych dokumentów, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia, stanowiska i dowody złożone przez strony w trakcie posiedzenia i rozprawy, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła:

Na wstępie, działając na podstawie art. 520 oraz art. 568 pkt 1 ustawy pzp Izba postanowiła umorzyć postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutów nr 2, 3, 6 i 7 odwołania wycofanych przez Odwołującego pismem z dnia 22 maja 2025

r. Oświadczenie o cofnięciu zarzutów odwołania uznać należy za oświadczenie najdalej idące złożone przez Stronę, która zainicjowała postępowanie odwoławcze. Złożenie takiego oświadczenia warunkuje zakończenie postępowania odwoławczego w zakresie wycofanych zarzutów bez konieczności ich rozpoznawania i merytorycznego stanowiska Izby. Odwołujący podejmuje bowiem decyzję o ostatecznym zaniechaniu kontynuowania sporu przed Izbą w zakresie wycofanych zarzutów.

Dalej wskazania wymaga, że Izba postanowiła oddalić wniosek Zamawiającego o umorzenie postępowania w pozostałym zakresie (zarzut nr 1, 4 i 5 odwołania) na podstawie art. 568 pkt 2 ustawy pzp. W ocenie Izby słusznie Odwołujący podnosił, że dokonane przez Zamawiającego modyfikacje SWZ nie realizują żądań wyrażonych we wniesionym odwołaniu. Podkreślenia wymaga, że w odwołaniu kwestionującym treść dokumentów zamówienia zarzuty odwołania są ściśle powiązane z żądaniami, które precyzują jakie okoliczności faktyczne powodują, że aktualna treść SWZ narusza przepisy prawa. Dostrzeżenia wymaga, iż zgodnie z treścią art. 552 ust. 1 ustawy pzp Izba wydając orzeczenie bierze pod uwagę stan rzeczy ustalony na moment zamknięcia postępowania odwoławczego. Ustawodawca przewidział zatem sytuację, w której może dojść do zmian w toku postępowania o udzielenie zamówienia – co Izba zobowiązana jest uwzględnić wydając orzeczenie w sprawie w toku postępowania przed Izbą. Podkreślić należy, że przepisy ustawy nie zobowiązują Zamawiającego do zawieszenia postępowania o udzielenie zamówienia, wobec wniesionego odwołania. Rolą ustalenia stanu rzeczy na moment zamknięcia postępowania odwoławczego jest uwzględnienie aktualnego stanu faktycznego w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Izba jest więc w takim przypadku zobowiązana uwzględnić czynności zamawiającego, które miały miejsce po wniesieniu odwołania, do czasu wydania orzeczenia w sprawie. Aby ustalić czy w danym stanie faktycznym zaistniały przesłanki do umorzenia postępowania odwoławczego na podstawie art. 568 pkt 2 ustawy pzp, zgodnie z którym Izba umarza postępowanie odwoławcze w przypadku stwierdzenia, że dalsze postępowanie stało się z innej przyczyny zbędne, koniecznym jest zidentyfikowanie substratu zaskarżenia będącego podstawą dla wykonawcy do wniesienia środka ochrony prawnej i skorelowanie go z dokonanymi po wniesieniu odwołania czynnościami zamawiającego - w niniejszej sprawie modyfikacjami SWZ. W ocenie Izby analiza dokonanych przez Zamawiającego zmian dokumentów zamówienia w zestawieniu z postawionymi zarzutami i żądaniami odwołania niewycofanymi przez Odwołującego nie pozwalała na umorzenie postępowania odwoławczego w oparciu o art. 568 pkt 2 ustawy pzp. W przedmiotowej sprawie niewątpliwie substratem zaskarżenia był w odniesieniu do zarzutu nr 1: zbyt krótki termin realizacji zamówienia. Odwołujący wnioskował o jego wydłużenie do 18 miesięcy od dnia przekazania terenu budowy. Zamawiający w tym zakresie dokonał modyfikacji SWZ w ten sposób, że termin realizacji określony jako 12 miesięcy od dnia zawarcia umowy (jednak nie później niż do 22 czerwca 2026 r.), zastąpił terminem określonym datą 26 czerwca 2026 r. Zamawiający wydłużył termin o 4 dni co nie realizuje wniosku Odwołującego, stąd substrat zaskarżenia nie zdezaktualizował się w wyniku dokonanej zmiany. W zakresie zarzutu nr 4 Odwołujący wnioskował o obniżenie kar umownych z § 10 ust. 1 pkt 1) lit. a i b PPU z 10 000,00 zł za każdy dzień zwłoki na 1 000,00 zł. Zamawiający zmodyfikował zapisy odwołując się w ww. postanowieniach do wartości procentowej 0,02% liczonej dla lit. a od wartości netto umowy (9 482, 52 zł), a dla lit. b od wartości netto robót objętych wadami. Modyfikacje te również nie realizują żądań Odwołującego. Co do zarzutu nr 5 odwołania wniosek dotyczył wykreślenia § 10 ust. 2 PPU. Zamawiający dokonał zmian przez dodanie, że działania czy też zaniechania wykonawcy muszą być zawinione i wskazał cytując postanowienia umów o dofinansowanie w jakich sytuacjach Zamawiający utraci dofinansowanie oraz podał wartość dofinansowania. Modyfikacje te nie realizują postulatu odwołania, aby postanowienie to zostało wykreślone.

Dlatego Izba oddaliła wniosek Zamawiającego i skierowała zarzuty nr 1, 4 i 5 odwołania do rozpoznania na rozprawie.

Izba uznała, że odwołanie zasługuje na częściowe uwzględnienie w zakresie zarzutu nr 1 odwołania. W pozostałym zakresie (zarzut nr 4 i 5) odwołanie podlegało oddaleniu.

W zakresie podniesionych zarzutów skierowanych do rozpoznania Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Jak wynika z Rozdziału III SWZ Opis przedmiotu zamówienia; 1. *Przedmiotem zamówienia są roboty budowlane polegające na budowie budynków komunalnych przy ul. Targowej w Rawiczu wraz z wyposażeniem, zagospodarowaniem terenu oraz infrastrukturą towarzyszącą realizowane w ramach zadania budżetowego pn.: „Budowa budynków komunalnych przy ul. Targowej w Rawiczu”.*

2. *Przedmiot zamówienia obejmuje: wykonanie robót budowlanych obejmujących:*

- a) *Budowę czterech budynków mieszkalnych wielorodzinnych, w tym przede wszystkim: robót ziemnych, robót budowlanych, robót instalacyjnych, montażowych*
- b) *Zagospodarowanie terenu wraz instalacjami i sieciami, utwardzeniami i terenami zielonymi oraz całą infrastrukturą towarzyszącą,*
- c) *zakup, dostawę i montaż wyposażenia obiektu,*

d) wykonanie innych prac niezbędnych do prawidłowego wykonania przedmiotu zamówienia.”

Zgodnie z Rozdziałem VII SWZ: „Termin wykonania zamówienia. Termin wykonania zamówienia: 12 miesięcy od dnia zawarcia umowy (jednak nie później niż do 22 czerwca 2026 r.).”

Paragraf 3 PPU: „§ 3 1. Termin wykonania przedmiotu umowy: 12 miesięcy od dnia zawarcia umowy, tj. do dnia roku (jednak nie później niż do 22 czerwca 2026 r.). 2. Za termin zakończenia wykonania przedmiotu zamówienia uznaje się dzień zgłoszenia Zamawiającemu zakończenia robót określonych w §1. Zgłoszenie to musi być dodatkowo potwierdzone przez inżyniera kontraktu.”

Paragraf 10 PPU: „§ 10 1. Kary umowne będą naliczane w następujących wypadkach i wysokościach: 1) Wykonawca zapłaci Zamawiającemu kary umowne: a) za zwłokę w wykonaniu określonych w umowie robót w wysokości 10 000,00 zł za każdy dzień zwłoki, b) za zwłokę w usunięciu wad stwierdzonych przy odbiorze lub w okresie gwarancji jakości i rękojmi za wady - w wysokości 10 000,00 zł za każdy dzień zwłoki liczonej od dnia wyznaczonego na usunięcie wad (...) 2. Jeżeli na skutek działania lub zaniechania Wykonawcy, Zamawiający poniesie szkodę w postaci utraty bądź obniżenia dofinansowania, Wykonawca zobowiązany jest do zapłaty odszkodowania w wysokości utraconej bądź obniżonej kwoty dofinansowania. 3. Nałożone kary umowne podlegają sumowaniu. 4. Maksymalna wysokość kar umownych naliczonych na podstawie § 10 ust. 1 nie może przekroczyć 30% wynagrodzenia umownego brutto, o którym mowa w § 2 ust. 1. (...)”

Zgodnie z wyjaśnieniami SWZ z dnia 15 maja 2025 r.:

„23. Dotyczy Umowy § 10 ust. 1 pkt 1 a-b - Wykonawca wnosi o zmianę wysokości kary umownej na 1 000,00 zł. Odp.: Zamawiający w prowadzi następującą zmianę:

- zmianę w zakresie § 10 ust. 1 pkt 1 lit. a) umowy

„za zwłokę w wykonaniu przedmiotu umowy w wysokości 0,02% wartości netto niniejszej umowy za każdy dzień zwłoki,”

- w zakresie § 10 ust. 1 pkt 1 lit. b) umowy

„za zwłokę w usunięciu wad stwierdzonych przy odbiorze lub w okresie gwarancji jakości i rękojmi za wady w wysokości 0,02% wartości netto robót objętych wadami za każdy dzień zwłoki liczonej od dnia wyznaczonego na usunięcie wad”. (...)”

29. § 3 ust. 1 Umowy – wnosimy o zmianę poprzez nadanie brzmienia: „Termin wykonania przedmiotu umowy: 18 miesięcy od dnia przekazania terenu budowy”. W obecnym brzmieniu zapis jest sprzeczny z art. 436 pkt 1 PZP.

Odp.: Zamawiający wydłuża termin realizacji umowy do 26 czerwca 2026 r. Dokonując tym samym zmian w rozdziale VII SWZ oraz w § 3 ust. 1 w następujący sposób:

„Termin wykonania przedmiotu umowy do 26.06.2026 r.”

Zamawiający pragnie wyjaśnić szczegółowo okoliczności, które wpływają na ostateczny termin realizacji zadania - we wniosku o udzielenie wsparcia w ramach planu rozwojowego, działanie „Inwestycje w energooszczędne budownictwo mieszkaniowe dla gospodarstw domowych o niskich i średnich dochodach” oraz w ramach Funduszu Doplát, który jest integralną częścią umowy o dofinansowanie Zamawiający zadeklarował termin realizacji jako 26 czerwca 2026 roku (nadmienić warto, że ostateczny termin wynikający z zapisów regulaminu dofinansowania to 30 czerwca 2026 roku i wg uzyskanych informacji na tą chwilę nie ma możliwości jego wydłużenia). Warto zaznaczyć, że poza zakończeniem robót przez Wykonawcę w w/w terminie konieczne jest również dokonanie skutecznego odbioru zadania i spisania protokołu końcowego odbioru, co wymaga dodatkowego czasu ze strony Zamawiającego. (...)

32. § 10 ust. 1 pkt 1 lit a) Umowy – wnosimy o zmianę poprzez nadanie brzmienia: „za zwłokę w wykonaniu przedmiotu umowy w wysokości 0,01% wartości netto niniejszej umowy za każdy dzień zwłoki,”. Kara umowna w obecnym brzmieniu jest wygórowana.

Odp.: Zamawiający wprowadza następującą zmianę w zakresie § 10 ust. 1 pkt 1 lit. a) umowy

„za zwłokę w wykonaniu przedmiotu umowy w wysokości 0,02% wartości netto niniejszej umowy za każdy dzień zwłoki”. (...)

33. § 10 ust. 1 pkt 1 lit. b) Umowy – wnosimy o zmianę poprzez nadanie brzmienia: „za zwłokę w usunięciu wad stwierdzonych przy odbiorze lub w okresie gwarancji jakości i rękojmi za wady - w wysokości 0,01% wartości netto robót objętych wadami za każdy dzień zwłoki liczonej od dnia wyznaczonego na usunięcie wad”. Kara umowna w obecnym brzmieniu jest wygórowana.

Odp.: Zamawiający wprowadza następującą zmianę w zakresie § 10 ust. 1 pkt 1 lit. b) umowy „za zwłokę w usunięciu wad stwierdzonych przy odbiorze lub w okresie gwarancji jakości i rękojmi za wady w wysokości 0,02% wartości netto robót

objętych wadami za każdy dzień zwłoki liczonej od dnia wyznaczonego na usunięcie wad". (...)

41. § 10 ust. 2 Umowy – wnosimy o jego uchylenie jako rozszerzającego zakres odpowiedzialności cywilnej wynikającej z przepisów również na przypadki niezawinione przez Wykonawcę, a ponadto na przypadki, w których utrata bądź obniżenie dofinansowania wynikają jednocześnie z przyczyn leżących po stronie Zamawiającego.

Odp.: Zamawiający dokonał modyfikacji postanowienia umowy w tym zakresie. § 10 ust. 2 Umowy otrzymuje brzmienie:

„1. Jeżeli na skutek zawnionego działania lub zaniechania Wykonawcy, Zamawiający poniesie szkodę w postaci utraty bądź obniżenia dofinansowania, Wykonawca zobowiązany jest do zapłaty odszkodowania w wysokości utraconej bądź obniżonej kwoty dofinansowania 2. Gmina Rawicz zawarła umowę o udzielenie finansowego wsparcia na kwotę 7.111.892,41 zł w ramach planu rozwojowego oraz spełniła wymagania do uzyskania finansowego wsparcia z Funduszu Dopłat na kwotę 41.296.967,80 zł. W związku z osiągnięciem limitu dostępnych środków podpisanie umowy o udzielenie finansowego wsparcia z Funduszu Dopłat możliwe będzie stosownie do zasad udzielenia finansowego wsparcia określonych w art. 8b ust. 9 ustawy o finansowym wsparciu niektórych przedsięwzięć mieszkaniowych.”

Jednocześnie Zamawiający informuje, że przypadki i okoliczności, kiedy Beneficjent zobowiązany będzie do zwrotu udzielonego wsparcia określone zostały w zawartej umowie o dofinansowanie, i zgodnie z jej zapisami są to przypadki:

- 1) wykorzystania kwoty finansowego wsparcia albo jej części niezgodnie z celem jego udzielenia;
- 2) zawnionego przez Beneficjenta wsparcia opóźnienia terminu zakończenia realizacji przedsięwzięcia, o którym mowa w § 2 ust. 1 pkt 1;
- 3) rażącego opóźnienia w przedłożeniu rozliczenia kosztów przedsięwzięcia;
- 4) zbycia lub zmiany przeznaczenia utworzonych lokali mieszkalnych przed upływem 15 lat od dnia rozliczenia kosztów przedsięwzięcia, niezgodnie z trybem, o którym mowa w art. 21 ustawy;
- 5) nieprawidłowości występujących w trakcie realizacji przedsięwzięcia, wynikających z naruszenia zasad wskazanych w § 1 ust. 8;
- 6) odmowy poddania się kontroli, o której mowa w § 5 pkt 5 lub § 6;
- 7) złożenia fałszywych oświadczeń lub dokumentów.

Ponadto w przypadku wsparcia udzielanego z Funduszu Dopłat (dla którego umowa z Gminą Rawicz nie została jeszcze zawarta) w wytycznych programu wskazane zostały przypadki, kiedy to Beneficjent zobowiązany jest do zwrotu udzielonego wsparcia i są to w szczególności przypadki:

- 1) niewykonania przez beneficjenta wsparcia świadczenia, o którym mowa w art. 5 ust. 3 pkt 1 lub art. 5a ust. 2 pkt 1 ustawy, na rzecz inwestora w terminie 6 lat,
- 2) niezakończenia przedsięwzięcia przez inwestora w terminie: 5 lat – w przypadku, o którym mowa w art. 5 ust. 1 pkt 1 ustawy, 2 lat – w przypadku, o którym mowa w art. 5 ust. 1 pkt 2 ustawy,
- 3) nierozpoczęcia robót budowlanych w terminie 2 lat – w przypadkach, o których mowa w art. 3 ust. 1 pkt 1–4, art. 4 oraz art. 5c ustawy,
- 4) nie przeniesienia własności lokalu mieszkalnego, budynku mieszkalnego albo udziału we współwłasności budynku mieszkalnego w terminie 2 lat – w przypadkach, o których mowa w art. 3 ust. 1 pkt 5 i 6 ustawy, od dnia przekazania finansowego wsparcia na rachunek beneficjenta wsparcia.
- 5) wykorzystania kwoty finansowego wsparcia albo jej części niezgodnie z celem jego udzielenia.”

Dowody złożone przez Odwołującego:

1. materiały prasowe m.in. ze strony internetowej "rawicz24" na okoliczność, że Zamawiający miał możliwość wcześniej wszcząć procedurę: artykuły z 22 października 2024 r., 1 listopada 2024 r.
2. screen ze strony Banku Gospodarstwa Krajowego na okoliczność dat przyjmowania wniosków o wsparcie i terminów realizacji przedsięwzięć w ramach działania: „Inwestycje w energooszczędne budownictwo mieszkaniowe dla gospodarstw domowych o niskich i średnich dochodach”: I kw. 2023 – II kw. 2026 – przyjmowanie wniosków o wsparcie, do 31.08.2026 r. – realizacja przedsięwzięć.
3. lista zakwalifikowanych wniosków o dofinansowanie: wniosek Zamawiającego na kwotę 7 111 892,41 zł.
4. plan postępowań o udzielenie zamówień na rok 2025: postępowanie planowane do wszczęcia w I kwartale 2025 r.
5. informacja z Banku Gospodarstwa Krajowego o wstrzymaniu środków.

6. dokumentacja zdjęciowa terenu, na którym planowana jest inwestycja przedstawiająca budynki do rozbiórki i teren do uprzątnięcia.

7. dokumenty dotyczące postępowania na rozbiórkę budynków w Gminie m.in. na terenie planowanej inwestycji: informacja z otwarcia ofert, ogłoszenie o zamówieniu, zawiadomienie o unieważnieniu postępowania z dnia 4 kwietnia 2025 r.

8. harmonogram robót budowlanych dla przedmiotowej inwestycji wskazujący na termin wykonania zamówienia: 18 miesięcy.

Dowody złożone przez Zamawiającego:

1. umowa o dofinansowanie zawarta dnia 22 października 2024 r. pomiędzy Bankiem Gospodarstwa Krajowego a Zamawiającym udzielająca wsparcia w wysokości 7 111 892,41 zł netto: par. 2 ust. 1 pkt 1): „*zakończenie realizacji przedsięwzięcia nastąpi nie później niż w terminie 36 miesięcy od dnia rozpoczęcia realizacji przedsięwzięcia, z uwzględnieniem par. 1 ust. 10.*”, par. 1 ust. 10: „*Beneficjent wsparcia oświadcza, że termin zakończenia realizacji przedsięwzięcia jest zgodny z planem rozwojowym w ramach działania „Inwestycje w energooszczędne budownictwo mieszkaniowe dla gospodarstw domowych o niskich i średnich dochodach”.*”

2. korespondencja między Zamawiającym, a Bankiem Gospodarstwa Krajowego: Zamawiający 9 maja 2025 r. zwrócił się z zapytaniem o możliwość realizacji zamówienia w terminie wykraczającym poza termin 30 czerwca 2026 r. i otrzymał odpowiedź, że na ten moment Bank nie ma informacji o możliwości wydłużenia tego terminu oraz że nie podejmuje decyzji w tym zakresie.

3. lista pytań, które wpłynęły do Zamawiającego (243 pytania): pytanie 29 – wniosek o wydłużenie terminu realizacji do 18 miesięcy od dnia przekazania placu budowy; pytania o planowany termin rozpoczęcia budowy: pytanie 64 i 169.

4. wydruk z platformy, lista wykonawców, którzy zadawali pytania: 15 podmiotów.

5. ogłoszenie dot. inwestycji w Lesznie.

6. harmonogram Odwołującego z adnotacjami Zamawiającego.

Zarzut nr 1 odwołania dotyczący terminu realizacji zamówienia.

Zarzut zasługiwał na uwzględnienie.

Przedmiot sporu w zakresie podniesionego zarzutu dotyczył terminu realizacji zamówienia. Odwołujący podnosił, że termin określony datą sztywną na dzień 26 czerwca 2026 r. jest nierealny w świetle wymagań technologicznych i generuje po stronie wykonawcy ryzyko niedoszacowania w cenie oferty. Odwołujący wnosił o jego wydłużenie do 18 miesięcy od dnia przekazania placu budowy. Analiza dokumentów zamówienia oraz zgromadzonych w sprawie dowodów doprowadziła Izbę do przekonania, że zarzut zasługuje na uwzględnienie.

Na wstępie wskazania wymaga, że z zgodnie z art. 436 pkt 1 ustawy pzp: „*Umowa zawiera postanowienia określające w szczególności: 1) planowany termin zakończenia usługi, dostawy lub robót budowlanych, oraz, w razie potrzeby, planowane terminy wykonania poszczególnych części usługi, dostawy lub roboty budowlanej, określone w dniach, tygodniach, miesiącach lub latach, chyba że wskazanie daty wykonania umowy jest uzasadnione obiektywną przyczyną.*” Przepis ustanawia więc zasadę określenia terminu realizacji zamówienia w jednostkach czasu, od której odstępianie stanowi wyjątek i jest możliwe wyłącznie w sytuacji wystąpienia uzasadnionej obiektywnej przyczyny. Wprowadzenie powyższej regulacji niewątpliwie miało na celu ograniczenie procedury kalkulowania w cenie oferty ryzyka kontraktowego i kosztów związanych z terminem wykonania zamówienia. Wskazanie bowiem konkretnej daty realizacji determinuje po stronie wykonawców konieczność przewidywania czasu na realizację zamówienia w zależności od tego, kiedy spodziewają się, że zakończy się etap postępowania o udzielenie zamówienia publicznego i nastąpi podpisanie umowy. Przepis służy więc zwiększeniu porównywalności ofert. Ustawa nie precyzuje przy tym jakie obiektywne przyczyny mogą uzasadniać odstępianie od tej zasady, dlatego też ocena prawidłowości takiego działania musi odbywać się w oparciu o okoliczności właściwe dla konkretnej sprawy.

Dodać dalej należy, że w myśl art. 353 (1) k.c.: „*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.*”, a w myśl art. 16 ustawy pzp: „*Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób: 1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców; 2) przejrzysty; 3) proporcjonalny.*”

Przenosząc powyższe na kanwę niniejszej sprawy Izba zauważa, że w wyniku modyfikacji Zamawiający wydłużył termin

wykonania zamówienia tylko o 4 dni. Zamawiający wyjaśnił, że termin określony datą sztywną wynika z konieczności rozliczenia uzyskanego przez niego dofinansowania przedsięwzięcia będącego przedmiotem zamówienia. Rozumiejąc przyczyny, które legły u podstaw takiemu określeniu przez Zamawiającego terminu, determinację w realizacji przedsięwzięcia i osiągnięciu celu, w tym działania na rzecz interesu publicznego to zdaniem Izby Zamawiający nie dokonał analizy czy termin przez niego wskazany jest możliwy do dotrzymania. Mając na względzie wnioski wynikające ze zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego oraz doświadczenia życiowego należało przyznać rację Odwołującemu, że termin zakreślony przez Zamawiającego jest nierealny i przerzuca na wykonawcę większość ryzyk związanych z realizacją przedsięwzięcia, w tym mając na względzie, że termin został określony datą sztywną, są to ryzyka niemożliwe do oszacowania uwzględniając również postanowienia dotyczące kar umownych i odszkodowania za utratę bądź obniżenie dofinansowania. Jakkolwiek w sytuacjach uzasadnionych obiektywną przyczyną zamawiający jest uprawniony do podania terminu jako datę wykonania umowy a nie w jednostkach czasu to jednak tak ustalony termin musi być obiektywnie możliwy do dotrzymania. Termin 26 czerwca 2026 r. na realizację niniejszego zamówienia jest w świetle materiału dowodowego i stanowisk Stron terminem nierealnym.

Izba zauważa przede wszystkim, że Zamawiający zgodził się z Odwołującym, iż wykonanie prac budowlanych do momentu uzyskania stanu surowego zamkniętego wymaga 12 miesięcy realizacji, przy czym Zamawiający zaznaczył, że równolegle w tym czasie mogą być prowadzone inne prace, w tym wykończeniowe (o czym dalej) i łącznie czas potrzebny na wykonanie zamówienia to 12 miesięcy. Wynika to z adnotacji własnych Zamawiającego na harmonogramie prac Odwołującego złożonego jako dowód w sprawie. Mając na względzie, że postępowanie o udzielenie zamówienia jest w toku to nie jest obiektywnie realne, aby przekazanie placu budowy nastąpiło 26 czerwca 2025 r. co zapewniłoby wykonawcy termin 12 miesięcy na realizację zamówienia. Izba zauważa za Odwołującym, że termin składania ofert na moment zamknięcia rozprawy został wyznaczony na dzień 30 maja 2025 r., natomiast termin związania ofertą do dnia 28 sierpnia 2025 r. Zamawiający złożył jako dowód listę pytań, które wpłynęły w postępowaniu – 243 pytania, i przyznał, że na wiele z nich jeszcze nie udzielił wyjaśnień. Niewątpliwie proces udzielania odpowiedzi z uwzględnieniem czasu niezbędnego dla wykonawców na zapoznanie się z nimi przedłuży postępowanie o kolejne dni. Po otwarciu ofert nastąpią czynności ich badania i oceny. Należy mieć także na uwadze, że przedmiotowe postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego więc Zamawiający będzie zobowiązany wezwać wykonawcę najwyżej ocenionego do złożenia podmiotowych środków dowodowych z terminem na ich złożenie nie krótszym niż 10 dni i dokonać badania ich prawidłowości. Następnie Zamawiający będzie zobowiązany wstrzymać się z podpisaniem umowy w okresie stand still (kolejnych 10 dni). Zamawiający powinien również uwzględnić czas niezbędny na ewentualne postępowanie odwoławcze. Dalej potrzebny jest czas na formalności związane z podpisaniem umowy, a po jej zawarciu, zgodnie ze zmodyfikowanymi postanowieniami dokumentów zamówienia, Zamawiający ma 5 dni na przekazanie placu budowy od dnia zawarcia umowy. Jak słusznie podnosił Odwołujący, Zamawiający jest zobowiązany przygotować teren pod inwestycję, a jak wynika z dokumentacji zdjęciowej złożonej jako dowód przez Odwołującego, należy dokonać rozbiórki budynków i uprzątnięcia terenu. Zamawiający prowadził postępowanie na wykonanie tych prac, które jak wynika z dowodów złożonych przez Odwołującego zostało unieważnione. Zamawiający wskazywał, że rozbiórka zostanie zlecona poza procedurą przetargową i zajmie około tygodnia, nie przedstawił jednak nawet na rozprawie szczegółów co do planowanego terminu uprzątnięcia terenu. Zdaniem Izby ma to znaczenie, gdyż przy dacie sztywnej realizacji zamówienia okoliczność ta wpływa na możliwość oszacowania przez wykonawców, kiedy może nastąpić przekazanie placu budowy. Izba zauważa przy tym, że wśród listy pytań wykonawców dotyczących treści dokumentów zamówienia część z nich dotyczy właśnie określenia przez Zamawiającego, kiedy planuje rozpoczęcie budowy. Wykonawcy nie mają w takich okolicznościach możliwości właściwego ustalenia, ile będą mieli faktycznie czasu na realizację zamówienia, a jak już wskazano powyżej, termin ten będzie zdecydowanie krótszy niż 12 miesięcy, który to okres jest niezbędny na wykonanie zamówienia jak przyznał sam Zamawiający (adnotacje na harmonogramie Odwołującego). Powyższe okoliczności prowadzą do oczywistego wniosku, że Zamawiający nie określił terminu realizacji w sposób realny kierując się wyłącznie terminem rozliczenia dofinansowania.

Zamawiający przerzucił na wykonawców szereg ryzyk związanych z wykonaniem przedmiotowej inwestycji, a jak wynika ze złożonych w sprawie dowodów, Zamawiający mógł i planował ogłosić postępowanie znacznie wcześniej. Zamawiający podnosił na rozprawie, że w październiku 2024 r. podpisał umowę na dofinansowanie inwestycji na kwotę 7.111.892,41 zł, ale wstrzymywał się z ogłoszeniem postępowania oczekując na przekazanie środków w ramach wsparcia finansowego z Funduszu Dopłat na kwotę 41.296.967,80 zł. Zamawiający ogłosił postępowanie dopiero w kwietniu 2025 r. pomimo, że wsparcie finansowe nie zostało w dalszym ciągu udzielone. Zdaniem Izby, słusznie argumentował Odwołujący, że nic nie stało na przeszkodzie, aby Zamawiający zastrzegł w ogłoszeniu możliwość unieważnienia postępowania w sytuacji braku przyznania środków i ogłosił postępowanie już w IV kwartale 2024 r. Zamawiający zaniechał powyższego oczekując obecnie, że wykonawca przejmie ryzyko realizacji zamówienia w

terminie obiektywnie niemożliwym do dotrzymania, co jak już Izba wskazała, wynika z samych oświadczeń Zamawiającego i adnotacji na harmonogramie złożonym przez Odwołującego i przyznanego czasu koniecznego na wykonanie zamówienia – 12 miesięcy. Jakkolwiek zrozumiałe jest, że Zamawiający dąży do zrealizowania zamówienia działając na rzecz interesu publicznego to jednak Zamawiający powinien dołożyć należytej staranności, aby ten cel został osiągnięty. Zaniechania Zamawiającego w tym zakresie nie mogą następczo powodować, że wszelkie ryzyka związane z nieterminowym wykonaniem zamówienia zostają przerzucone na wykonawcę, który uzyska zamówienia. Już z tych powodów zarzut zasługiwał na uwzględnienie.

Dalej podnieść należy, że zdaniem Izby Odwołujący uprawdopodobnił, że realny termin na wykonanie zamówienia to 18 miesięcy od dnia przekazania placu budowy. Zamawiający złożył na rozprawie dowód: harmonogram Odwołującego z naniesionymi uwagami własnymi co do realizacji poszczególnych robót, niemniej jednak zdaniem Izby Zamawiający nie podważył skutecznie założeń Odwołującego. Słusznie Odwołujący argumentował, że Zamawiający przesunął wszystkie roboty wykończeniowe oraz związane z zagospodarowaniem terenu wokół budynków na okres od 8 do 12 miesięcy do wykonania w całości równoległe z pracami takimi jak: pokrycie dachowe i elewacja oraz balkony. Jakkolwiek Izba podziela stanowisko Zamawiającego, że mając na względzie, iż przedmiotem zamówienia jest budowa czterech budynków mieszkalnych i część robót może być wykonywana równoległe przy odpowiednich zasobach sprzętowych i kadrowych to nieprawidłowe jest założenie, że wykonawca w 12 miesiącu będzie jednocześnie kładł dach, wykańczał wnętrza i badał szczelność. Zamawiający przewidział również, że w okresie, kiedy wykonawca będzie w trakcie robót dotyczących pokrycia dachowego, elewacji i balkonów, a więc kiedy na budowę może jeszcze wjeżdżać ciężki sprzęt, to będzie realizował też prace związane z zagospodarowaniem terenu: roboty drogowe, zieleń i plac zabaw. Wiarygodne są twierdzenia Odwołującego oparte na doświadczeniu życiowym, że nie jest możliwe takie wykonywanie robót i ww. prace powinny następować po sobie, co dotyczy przede wszystkim zagospodarowania terenu, który stanowi końcowe prace budowlane, ale również robót wykończeniowych, które wymagają stanu surowego zamkniętego i odpowiedniej temperatury i wilgotności, jak wykonywanie sufitów podwieszanych, paneli czy stolarki wewnętrznej. Założenia Zamawiającego są zdaniem Izby niezgodne ze sztuką budowlaną, co wynika z samej dokumentacji przedmiotowego zamówienia. Dla przykładu Izba powołuje w tym zakresie: „SPECYFIKACJA TECHNICZNA WYKONANIA I ODBIORU ROBÓT BUDOWLANYCH, BRANŻA ARCHITEKTONICZNO- BUDOWLANA, BUDOWA BUDYNIÓW MIESZKALNYCH WIEŁORODZINNYCH (KOMUNALNYCH) NR 1 I 2 PRZY UL. TARGOWEJ W RAWICZU” SST 08 TYNKI WEWNĘTRZNE I ZEWNĘTRZNE (...) 5. Wykonanie robót 5.1. Ogólne zasady wykonania tynków. *Przystąpieniem do wykonania robót tynkowych powinny być zakończone wszystkie roboty stanu surowego, roboty instalacyjne podtynkowe, zamurowania przebiegów i bruzd, osadzone ościeżnice drzwiowe i okienne. Zaleca się przystąpić do wykonywania tynków po okresie osiadania i skurczów murów. Tynki wykonywać w temperaturze nie niższej niż + 5 °C pod warunkiem, że w ciągu doby nie nastąpi spadek poniżej 00 °C. Zaleca się chronić świeżo wykonane tynki zewnętrzne w ciągu pierwszych dwóch dni przed nasłonecznieniem dłuższym niż dwie godziny dziennie. W okresie wysokich temperatur świeżo wykonane tynki powinny być w czasie wiązania i twardnienia zwilżane wodą. (...) SST 10 PANELE PODŁOGOWE – POSADZKI (...) 5. Wykonanie robót 5.1. Układanie paneli Roboty wykładzinowe należy wykonywać w temperaturach nie niższych niż + 5 stopni i temperatura ta powinna się utrzymywać w ciągu całej doby. Wykonane wykładziny w ciągu pierwszych dwóch dni powinny być chronione przed nasłonecznieniem i przewiewem (...) SST 11 SUFITOWE PODWIESZANE (...) 5. Wykonanie robót Przed przystąpieniem do wykonywania sufitów podwieszanych powinny być zakończone wszystkie roboty stanu surowego, roboty instalacyjne podtynkowe, zamurowane przebiegi i bruzdy, osadzone ościeżnice drzwiowe i okienne. Zaleca się przystąpienie do wykonywania robót po okresie wstępnego osiadania i skurczów murów, tj. po upływie 4-6 miesięcy po zakończeniu stanu surowego.”* Fragmenty te potwierdzają, że pewne roboty muszą zostać zakończone celem utrzymania właściwej temperatury i wilgotności dla prawidłowego wykonania robót wykończeniowych, a nawet zaleca się przystąpienie do ich realizacji po okresie wstępnego osiadania murów. W ocenie Izby Zamawiający podjął próbę wykazania, że termin 12 miesięcy, który również nie został zapewniony przez Zamawiającego przy obecnych zapisach SWZ, będzie wystarczający dla realizacji wszystkich prac, niemniej jednak w świetle powyższych okoliczności należało uznać, że jest to próba nieudana. Zamawiający argumentował również, iż wyłącznie Odwołujący i jeszcze jeden wykonawca z 15 podmiotów zainteresowanych przetargiem pytało o termin realizacji zamówienia, ale nie stanowi to okoliczności przesądzającej, że termin wykonania zamówienia został określony prawidłowo. Izba zauważyła, że wiele pytań dotyczy kwestii technicznych i technologicznych związanych z realizacją zamówienia, część rozbiórki i uprzątnięcia terenu, co oznacza, że wykonawcy skupili się na ww. kwestiach. Jak słusznie zauważył Odwołujący, odwołanie zostało zamieszczone na stronie internetowej prowadzonego postępowania więc wykonawcy mają wiedzę, że zarzut dotyczący terminu wykonania zamówienia będzie rozpoznawany w postępowaniu odwoławczym. O prawidłowości tego terminu nie świadczy także okoliczność, że żaden z wykonawców nie przystąpił do postępowania po stronie Odwołującego. Izba zwraca uwagę, że również po stronie Zamawiającego nie przystąpił żaden wykonawca celem obrony właściwych postanowień SWZ w tym zakresie. Izba doszła do przekonania,

że Odwołujący uprawdopodobnił, że termin realizacji dla przedmiotowego zamówienia powinien wynosić 18 miesięcy od dnia przekazania placu budowy. Pytanie nr 29 z listy pytań przekazanych przez Zamawiającego jako dowód dotyczy właśnie wniosku wykonawcy o wydłużenie terminu do 18 miesięcy od dnia przekazania placu budowy, a więc nie tylko Odwołujący poczynił takie założenia w harmonogramie prac. Jednocześnie Zamawiający nie przedstawił żadnej analizy czy zakładany przez niego termin jest realny. Zamawiający kierował się wyłącznie datą rozliczenia dofinansowania pozostawiając wszelkie ryzyka nieterminowego wykonania zamówienia wykonawcy, który uzyska zamówienie. Z dowodów złożonych przez Zamawiającego wynika, że Zamawiający podjął próbę uzyskania informacji o możliwości przesunięcia terminu realizacji po wniesieniu odwołania, co tylko potwierdza, że termin nie został określony w sposób obiektywnie możliwy do dotrzymania, a wynika z umowy o dofinansowanie. Izba zwraca przy tym uwagę, że odpowiedź Banku Gospodarstwa Krajowego jest taka, że na dziś terminu rozliczenia dofinansowania nie można przesunąć, co nie oznacza, że nie będzie to możliwe w przyszłości.

Dlatego też Izba uwzględniła w tym zakresie odwołanie uznając, że Zamawiający naruszył powołane w odwołaniu przepisy ustawy pzp, w tym naruszył zasadę proporcjonalności, która nakazuje zachowanie równowagi pomiędzy dążeniem Zamawiającego do realizacji własnych celów i zabezpieczenia wykonania zamówienia a interesami potencjalnych wykonawców zainteresowanych udziałem w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

Dodatkowo Izba zaznacza, że uznała za nieprzydatne dla rozstrzygnięcia dowody dotyczące realizacji: „Budowa kompleksu 5 budynków mieszkalnych wielorodzinnych na wynajem przy ul. Jana Długosza w Lesznie”, Numer referencyjny: PIB/K2/1/2023. Izba rozpoznaje odwołanie w określonym stanie faktycznym, a przedstawione przez Strony dane są niepełne i niewystarczające dla porównania z przedmiotową inwestycją, mając na względzie, że na termin realizacji zamówienia wpływ ma wiele czynników, jak warunki terenowe, technologia wykonania robót, ich ilość, rodzaj, stan w jakim budynki mają zostać oddane do użytku. Dlatego rozstrzygając spór Izba pominęła te dowody.

Zarzut nr 4 odwołania dotyczący kar umownych z § 10 ust. 1 pkt 1 lit. a i b PPU.

Zarzut nie potwierdził się.

W zakresie tego zarzutu Odwołujący podnosił, że kary umowne za niedotrzymanie terminu realizacji i usunięcia stwierdzonych wad w okresie gwarancji i rękojmi są rażąco wygórowane biorąc pod uwagę ryzyka wynikające z określonego datą sztywną terminu wykonania zamówienia. Argumentował, że tak wysoka kara prawie zawsze będzie w znacznym stopniu przekraczała wysokość ewentualnej szkody poniesionej przez Zamawiającego. Zdaniem Izby wysokości kary umownej po dokonanych przez Zamawiającego modyfikacjach są adekwatne do stopnia naruszenia i proporcjonalne, dlatego zarzut ten nie zasługiwał na uwzględnienie.

Na wstępie wskazania wymaga, że kary umowne pełnią nie tylko rolę odszkodowawczą, ale również rolę motywującą wykonawcę do należytej realizacji umowy, w tym dotrzymania określonych umową terminów. Kara umowna jest dodatkowym zastrzeżeniem umownym, wprowadzanym do umowy w ramach swobody kontraktowania, mającym na celu wzmocnienie skuteczności więzi powstałej między stronami w wyniku zawartej przez nie umowy i służyć realnemu wykonaniu zobowiązań. Kara umowna zastępuje odszkodowanie, a ponadto pełni rolę stymulacyjną i represyjną. Klauzula umowna, zobowiązująca jedną ze stron do zapłaty określonej kwoty, w przypadku zaistnienia określonych okoliczności zdejmuje z wierzyciela obowiązek udowodnienia rozmiarów faktycznej szkody. Stanowi to dodatkowy czynnik mobilizujący dłużnika do wykonania zobowiązania. Dłużnik, godząc się na karę umowną, bierze tym samym na siebie gwarancję jego wykonania. Zapłata kary umownej stanowi niejako automatyczną sankcję cywilnoprawną przysługującą wierzycielowi w stosunku do dłużnika w wypadku niewykonania przez niego lub nienależytego wykonania zobowiązania z przyczyn, za które dłużnik odpowiada. W umowie można łączyć kary za różne tytuły. Nie jest przy tym dozwolone zastrzeżenie we wzorcu umownym kary umownej rażąco wygórowanej (tak też: wyrok Sądu Najwyższego z dnia 25 maja 2007 r., sygn. akt: I CSK 484/06). O tym, czy w danym wypadku można mówić o karze umownej rażąco wygórowanej, nie może sama przez się decydować jej wysokość przyjęta procentowo w określonym akcie prawnym, lecz przede wszystkim stosunek, w jakim do siebie pozostają dochodzona kara umowna i spełnione ze zwłoką świadczenie dłużnika. W sytuacji, gdy kara umowna równa się bądź zbliżona jest do wysokości wykonanego nieterminowo zobowiązania, w związku, z którym ją zastrzeżono, można ją uważać za rażąco wygórowaną. Kara umowna może być „rażąco wygórowana” już w chwili jej zastrzeżenia lub stać się taką w następstwie późniejszych okoliczności, do których można przykładowo zaliczyć to, że szkoda wierzyciela jest znikoma, skutkiem czego zachodzi rażąca dysproporcja pomiędzy jej wysokością a wysokością należnej kary (tak też: Gudowski Jacek (red.), Kodeks cywilny. Komentarz. Księga trzecia. Zobowiązania, 2013).

Przenosząc powyższe na kanwę niniejszej sprawy Izba zauważa, że Zamawiający modyfikując postanowienia dotyczące kar umownych kwestionowanych przez Odwołującego określił ich wysokość jako procent odpowiednio - dla

zwłoki w realizacji zamówienia – wartości umowy netto, a dla zwłoki w usunięciu wad i usterek – wartości netto robót objętych wadami. Zdaniem Izby wartość 0,02% od ww. kwot nie stanowi rażąco wygórowanej kary. Sfinansowanie przedmiotowej inwestycji to koszt jak wskazywał Zamawiający około 50 mln. zł netto. Nie jest przy tym wiadome na jakiej podstawie Odwołujący uznał, że kara w takiej wysokości „prawie zawsze będzie w znacznym stopniu przekraczała wysokość ewentualnej szkody poniesionej przez Zamawiającego.” Jak już zostało wskazane, celem kary umownej jest również motywowanie wykonawcy do należytego wykonania zamówienia. Zdaniem Izby funkcji takiej nie będzie realizowała kara umowna w wysokości objętej żądaniem odwołania, czyli 1000,00 zł za każdy dzień zwłoki, w sytuacji, gdy przedmiotem zamówienia jest wielomilionowa inwestycja realizująca interes publiczny – budowa mieszkań komunalnych. Dostrzeżenia wymaga, że wysokość kary została dostosowana do wagi naruszenia. Zamawiający jest uprawniony do zabezpieczenia własnego interesu przejawiającego się w ukończeniu inwestycji w odpowiednim terminie tak aby można był z niej korzystać. Dlatego kara umowna za zwłokę w wykonaniu całego zamówienia jest wyższa od kary umownej za niedotrzymanie terminów usunięcia wad i usterek w okresie gwarancji i rękojmi, kiedy można już użytkować przedmiot zamówienia. Izba zwraca uwagę, że zarzut został sformułowany w sytuacji, gdy ryzyka wykonawcy związane z nierealnie określonym przez Zamawiającego terminem wykonania inwestycji były niemożliwe do oszacowania. Izba uwzględniła zarzut 1 i nakazała zmianę terminu zgodnie z wnioskiem Odwołującego, co wiąże się ze zmniejszeniem ryzyk wykonawcy w tym zakresie. Zarzut dotyczący kar umownych był postawiony jako zarzut główny odwołania a nie ewentualny i jaki taki podlegał oddaleniu, gdyż Izba nie stwierdziła naruszenia zasady proporcjonalności oraz powołanych w odwołaniu przepisów kodeksu cywilnego, w tym dotyczących odpowiedzialności za nienależyte wykonanie umowy.

Zarzut nr 5 odwołania dotyczący odpowiedzialności wykonawcy za utratę przez Zamawiającego dofinansowania § 10 ust. 2 PPU.

Zarzut nie zasługiwał na uwzględnienie.

Odwołujący w odniesieniu do tego zarzutu argumentował, że kwestionowane postanowienie narusza zasadę równowagi stron umowy i zasadę współzycia społecznego, ponieważ nie wynika z niego ani jaka jest wysokość dofinansowania otrzymanego przez Zamawiającego, ani jakie są okoliczności jego utraty, co powoduje, iż Wykonawca nie jest w stanie ocenić i wkalkulować w cenę oferty ryzyka związanego z naliczeniem ewentualnego odszkodowania. Wskazywał, że postanowienie w sposób nieproporcjonalny nadużywa pozycji Zamawiającego jako podmiotu kształtującego postanowienia umowy w ramach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Mając na względzie dokonane przez Zamawiającego modyfikacje postanowienia § 10 ust. 2 PPU oraz udzielone wykonawcom wyjaśnienia Izba uznała, że zarzut nie potwierdził się.

Na wstępie wskazania wymaga, że Zamawiający dokonał modyfikacji postanowienia § 10 ust. 2 PPU w ten sposób, że wskazał wysokość dofinansowania otrzymanego oraz środków finansowych, które planuje uzyskać. Zamawiający podał także sytuacje, które mogą skutkować utratą przez niego dofinansowania. Izba dostrzega, że postanowienia te zawierają odwołania do zapisów umowy i wytycznych programu, które nie zostały przedstawione, niemniej jednak słusznie argumentował Zamawiający, że jest to odpowiedzialność wykonawcy wynikająca z przepisów kodeksu cywilnego – art. 471 k.c., zgodnie z którym: „*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. Umów należy dotrzymywać (pacta sunt servanda).*” Warunki realizacji przedmiotowej inwestycji oraz obowiązki wykonawcy określa umowa o zamówienie publiczne, a więc odpowiedzialność wykonawcy jest ograniczona do okoliczności objętych zobowiązaniem. Zamawiający dodał w § 10 ust. 2 PPU, że chodzi o przypadki „*zawinionego działania lub zaniechania Wykonawcy*”. Podobnie jak przy zarzucie nr 4 niniejszy zarzut został postawiony przy postanowieniach dotyczących nierealnego terminu wykonania zamówienia, kiedy ryzyko przerzucone na wykonawcę związane z możliwością utraty przez Zamawiającego dofinansowania było niemożliwe do oszacowania i wkalkulowania w cenę oferty. Izba uwzględniła zarzut nr 1 odwołania i nakazała zmianę terminu zgodnie z żądaniem Odwołującego co zmniejsza ryzyka wynikające z kwestionowanego postanowienia. Jak już Izba wskazała, odpowiedzialność wykonawcy będzie ograniczona do jego zawinionego działania lub zaniechania i obowiązków wynikających z umowy. Z tych powodów zarzut podlegał oddaleniu.

Mając na względzie powyższe orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 557, art. 574 i art. 575 ustawy pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 pkt 1 i 2 lit. a i b oraz § 7 ust. 2 pkt 1 i ust. 3 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 obciążając kosztami postępowania Zamawiającego oraz Odwołującego.

Na koszty postępowania odwoławczego składał się wpis uiszczony przez Odwołującego w wysokości 20 000,00 zł, koszty poniesione przez Odwołującego z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika w kwocie 3600,00 zł, koszty poniesione przez Zamawiającego z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika w kwocie 3600,00 zł oraz koszty dojazdu Zamawiającego na posiedzenie i rozprawę w wysokości 940,70 zł (łącznie 28 140,70 zł).

Jeden z trzech zarzutów Izba uwzględniła, pozostałe dwa oddaliła. Odwołujący poniósł koszty w wysokości 23 600,00 zł tytułem wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika, natomiast Zamawiający w wysokości 4540,70 zł tytułem wynagrodzenia pełnomocnika i kosztów dojazdu na posiedzenie i rozprawę. W zakresie zarzutu uwzględnionego Zamawiający odpowiadał za koszty do wysokości 9380,23 zł ($28\ 140,70\ \text{zł} \times 1/3$). Natomiast w zakresie zarzutów oddalonych za koszty odpowiadał Odwołujący do wysokości 18 760,47 zł ($28\ 140,70\ \text{zł} \times 2/3$). Odwołujący poniósł dotychczas koszty w wysokości 23 600,00 zł, a odpowiadał za nie do wysokości 18 760,47 zł. Dlatego też, Izba zasądziła od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę 4839,53 zł stanowiącą różnicę ww. kwot, na podstawie faktur VAT i spisu kosztów złożonych przez Odwołującego i Zamawiającego na rozprawie.

Przewodniczący: