Sygn. akt: KIO 3272/25

WYROK

Warszawa, dnia 15 września 2025 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodnicząca: Emilia Garbala

Protokolantka: Klaudia Kwadrans

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 10 września 2025 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 4 sierpnia 2025 r. przez wykonawcę **Remar Budownictwo sp. z o.o., 33-388 Gołkowice Górne 56**,

w postępowaniu prowadzonym przez: **SIM Małopolska sp. z o.o., ul. Tadeusza Kościuszki 2, 32-800 Brzesko**,

orzeka:

1. **uwzględnia odwołanie** w zakresie zarzutu nr 4a dotyczącego łącznej maksymalnej wysokości kar umownych oraz zarzutu nr 4b, nr 5 i nr 6 dotyczącego zasad dokonywania odbioru robót i nakazuje zamawiającemu unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia na podstawie art. 255 pkt 6 ustawy Prawo zamówień publicznych,
2. w pozostałym zakresie **oddala odwołanie**,
3. kosztami postępowania obciąża odwołującego w części 5/7 i zamawiającego w części 2/7, i:
   3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania, kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego oraz kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem wynagrodzenia pełnomocnika zamawiającego,
   3.2. zasądza od zamawiającego na rzecz odwołującego kwotę 1 315 zł 00 gr (słownie: jeden tysiąc trzysta piętnaście złotych zero groszy) stanowiącą należną część kosztów postępowania odwoławczego poniesionych przez odwołującego.

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 3272/25

UZASADNIENIE

Zamawiający – SIM Małopolska sp. z o.o., ul. Tadeusza Kościuszki 2, 32-800 Brzesko, prowadzi w trybie podstawowym bez negocjacji, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Wykonanie prac pozostałych do zakończenia zadania inwestycyjnego pn.: Budowa budynku mieszkalnego wielorodzinnego wraz z infrastrukturą na działce nr 1405/39 w miejscowości Miechów", numer referencyjny: 2/ZP/2025. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 28.07.2025 r., nr 2025/BZP 00348882-2025.

W dniu 04.08.2025 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wykonawcy Remar Budownictwo sp. z o.o., 33-388 Gołkowice Górne 56(dalej: „Odwołujący"), w którym Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1) art. 99 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2024 r. poz. 1320 ze zm.), zwanej dalej: „ustawą Pzp", poprzez nieprecyzyjne określenie zakresu robót wymaganych do ukończenia I i II etapu, co uniemożliwia jednoznaczne ustalenie podstawy rozliczenia w § 4 ust 1 wzoru umowy: „*1. Strony postanawiają, że rozliczenie za wykonane i odebrane roboty nastąpi na podstawie faktury częściowej za etap realizacji robót zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia oraz faktury końcowej za II etap realizacji robót zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia*" - podczas gdy zarówno umowa, jak i SWZ nie precyzują zakresu robót wymaganych do ukończenia etapu I i etapu II,

2) art. 106b ust. 1 ustawy o podatku od towarów i usług (VAT) oraz art. 647^1 § 5 Kodeksu cywilnego, poprzez wprowadzenie przez Zamawiającego w § 4 ust. 2 pkt 2) wzoru umowy warunków płatności w sposób uzależniający możliwość wystawienia faktury od dowodów zapłaty dla podwykonawców, co jest niezgodne z obowiązującymi przepisami prawa, tj:

„*2. Podstawą do wystawienia faktury będą: 1) (…)*

2) dowody potwierdzające dokonanie przez Wykonawcę zapłaty wymagalnego wynagrodzenia to jest potwierdzenie dokonania zapłaty na rachunek podwykonawcy, oświadczenie podwykonawcy o otrzymaniu wynagrodzenia oraz kopia faktury wystawionej przez podwykonawcę. W przypadku gdy Wykonawca nie zlecił Podwykonawcy wykonywania żadnych prac, do każdej faktury VAT Wykonawca będzie dołączał oświadczenie o nie zleceniu Podwykonawcy wykonania żadnych robót wchodzących w zakres robót, których dotyczy dana faktura wystawiona przez Wykonawcę."

Faktura powinna dokumentować wykonanie umówionych zakresów robót potwierdzonych protokołem odbioru

częściowego i końcowego i jej wystawienie nie może być uzależnione od innych czynników. Zamawiający wymaga przedstawienia dowodów zapłaty dla podwykonawców jako warunku wystawienia faktury końcowej. Takie postanowienie nie znajduje podstawy prawnej w przepisach dotyczących fakturowania i może prowadzić do nieuzasadnionego wstrzymania płatności należnych Wykonawcy, albowiem obowiązek zapłaty wynagrodzenia podwykonawcom nie może wpływać na prawo Wykonawcy do wystawienia faktury częściowej bądź końcowej za wykonane roboty budowlane.

3)art. 7 ust. 1 w zw. z art. 16 i art. 436 pkt 4 ustawy Pzp, poprzez niezapewnienie uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, wynikający z nieprecyzyjnych zasad dotyczących wynagrodzenia ryczałtowego oraz wprowadzenie do § 1 ust. 5 i § 3 ust. 4 i 5 wzoru umowy postanowień dotyczących wynagrodzenia ryczałtowego w sposób, który może prowadzić do nadmiernego obciążenia wykonawcy i nieuzasadnionego przerzucenia na niego ryzyka finansowego wynikającego z niekompletnej dokumentacji projektowej tj.:

poprzez postanowienia zawarte w § 1 ust 5 wzoru umowy: „*5. Strony wspólnie oświadczają iż wszystkie prace i dostawy, objęte zakresem prac wskazanym w ust. 2 i które muszą być wykonane w celu realizacji z najwyższą starannością przedmiotu umowy opisanego w § 1 ust.1 umowy stanowią prace objęte niniejszą umową i żadna z prac i dostaw nie będzie uznana za prace dodatkowe, za które Wykonawcy będzie przysługiwać jakiekolwiek dodatkowe wynagrodzenia oprócz wynagrodzenia opisanego w niniejszej umowie*."

oraz poprzez postanowienia zawarte w § 3 ust. 4 i 5 wzoru umowy:

„*4. Strony wspólnie postanawiają że nieprzewidziane przez nie jakiekolwiek prace, w tym budowlane wymagane do właściwej, niewadliwej realizacji przedmiotu umowy o którym mowa w § 1 ust.1 niniejszej umowy, nie będą stanowić dla Wykonawcy podstawy do zgłoszenia roszczeń o zapłatę wynagrodzenie ponad wynagrodzenie przewidziane postanowieniami niniejszej umowy.*

5.Wynagrodzenie określone w ust. 1 zawiera ryzyko ryczałtu i jest niezmienne przez cały okres realizacji umowy. Wynagrodzenie ryczałtowe oznacza, że Wykonawca nie może żądać podwyższenia wynagrodzenia, chociażby w czasie zawarcia umowy nie można było przewidzieć rozmiaru i kosztów robót budowlanych. Niedoszacowanie, pominięcie oraz brak rozpoznania zakresu zamówienia nie może być podstawą do żądania podwyższenia wynagrodzenia ryczałtowego określonego w ust. 1."

W sytuacji, gdy dokumentacja projektowa jest niekompletna, wykonawca nie ma możliwości prawidłowego oszacowania kosztów realizacji zamówienia, zwłaszcza poprzez konieczność uwzględnienia w ofercie kosztów nieprzewidzianych oraz trudnych do oszacowania na etapie składania oferty.

4)art. 436 pkt 3 w zw. z art. 16 i art. 8 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 353^1 kc , art. 647 kc w zw. z art. 484 § 2 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:

a)wprowadzenie do wzoru umowy w § 12 ust. 2 rażąco wygórowanego limitu kar umownych, tj. wskazanie że: „*Łączna maksymalna wysokość kar umownych przewidzianych w umowie nie może przekroczyć 50% wynagrodzenia całkowitego brutto określonego w § 3 ust.1 niniejszej umowy*", podczas gdy limit na tym poziomie znacząco odstaje od realiów rynkowych, a górny limit kar umownych nie powinien przekraczać łącznie wysokości kary z tytułu odstąpienia od umowy (§ 12 ust. 1 pkt 4) wzoru umowy) tj. 10% wartości wynagrodzenia. Ustalenie górnego limitu kar umownych przekraczającego wysokość kary umownej zastrzeżonej z tytułu odstąpienia od umowy z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy, która w istocie jest karą na okoliczność niewykonania zamówienia, jest nieproporcjonalne, prowadzi do naruszenia zasad kontraktowania i bezpodstawnie wzbogaca Zamawiającego. Zamawiający z tytułu nieprawidłowego wykonania umowy (np. nieterminowego wykonania umowy) będzie mógł naliczyć karę wyższą niż z tytułu niewykonania umowy w całości, co jest nadmiernym i nieproporcjonalnym obciążeniem Wykonawcy w stosunku do specyfiki realizacji zamówienia, naruszającym równowagę stron umowy i prowadzącym do naruszenia praw podmiotowych wykonawców.

b)wprowadzenie do § 11 ust. 8 wzoru umowy zapisu o sankcji w postaci kary umownej za nieuzasadnione zgłoszenie gotowości do odbioru końcowego, tj.: „*W sytuacji ujawnienia wad Zamawiający odstąpi od czynności odbioru końcowego przy uznaniu niezasadnego zgłoszenia gotowości do odbioru końcowego oraz naliczy stosowne kary umowne przewidziane w postanowieniach umowy*." - pomimo braku przewidzenia takiej sankcji w § 12 wzoru umowy.

Takie działanie prowadzi do arbitralnego obciążenia wykonawcy naruszając zasadę przejrzystości oraz równego traktowania wykonawców. Ponadto brak jednoznacznych kryteriów oceny zasadności zgłoszenia gotowości do odbioru końcowego skutkuje nieproporcjonalnym obciążeniem wykonawcy, co jest sprzeczne z zasadą

proporcjonalności wynikającą z Pzp oraz zasadą swobody kontraktowania określoną w art. 353^1 kc.

5)art. 7 ust. 1 w zw. z art.139 ustawy Pzp w zw. z art. 647 kc poprzez wprowadzenie do § 11 ust. 7 wzoru umowy postanowień przewidujących jednostronne prawo do odstąpienia od umowy przez Zamawiającego w przypadku stwierdzenia „wady" przedmiotu umowy, bez precyzyjnego określenia jej charakteru, a jednocześnie ograniczając termin odstąpienia do sytuacji wystąpienia „wady istotnej", tj:

„*7. W razie stwierdzenia w toku czynności odbioru końcowego wad przedmiotu umowy Zamawiający ma prawo zgodnie ze swoim wyborem odstąpić od umowy albo wezwać Wykonawcę do wykonania przedmiotu umowy na nowo. Uprawnienie Zamawiającego do odstąpienie od umowy przysługuje mu w terminie 14 dni od daty stwierdzenia istnienia wady istotnej.*

10. W sytuacji ujawnienia wad Zamawiający odstąpi od czynności odbioru końcowego przy uznaniu niezasadnego zgłoszenia gotowości do odbioru końcowego oraz naliczy stosowne kary umowne przewidziane w postanowieniach umowy".

Ponadto, Zamawiający przewidział możliwość odmowy odbioru końcowego oraz naliczenia kar umownych w sytuacji uznania zgłoszenia gotowości do odbioru za niezasadne, co prowadzi do uznaniowego traktowania wykonawcy i naruszenia zasad przejrzystości oraz proporcjonalności. Brak jednoznacznych kryteriów oceny wady oraz konsekwencji jej wystąpienia może skutkować nieproporcjonalnymi sankcjami wobec wykonawcy, co jest sprzeczne z zasadami wynikającymi z ustawy Pzp oraz art. 647 kc, zgodnie z którym Zamawiający ma obowiązek dokonania odbioru i może uchylić się od tego obowiązku tylko w przypadku, gdy przedmiot umowy obarczony jest wadami istotnymi. W przypadku wystąpienia wad nieistotnych Zamawiający jest zobowiązany dokonać odbioru.

6)art. 16 pkt 1-3 w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 647 kc poprzez zawarcie w treści wzoru umowy postanowień umożliwiających Zamawiającemu odmowę odbioru przedmiotu umowy w sytuacji wystąpienia wad lub usterek, bez precyzyjnego określenia ich istotności oraz bez wskazania dalszej procedury odbiorowej, tj:

§ 2 ust. 3 wzoru umowy: „*Termin zakończenie realizacji przedmiotu umowy oznacza termin zakończenia wszystkich prac objętych przedmiotem umowy, podpisanie przez strony niniejszej umowy protokołu odbioru końcowego bez zastrzeżeń potwierdzającego wykonanie inwestycji, przekazanie dokumentacji o której mowa w § 11 ust. 4*."

oraz § 11 ust. 7 -9 wzoru umowy:

„*7. W razie stwierdzenia w toku czynności odbioru końcowego wad przedmiotu umowy Zamawiający ma prawo zgodnie ze swoim wyborem odstąpić od umowy albo wezwać Wykonawcę do wykonania przedmiotu umowy na nowo. Uprawnienie Zamawiającego do odstąpienie od umowy przysługuje mu w terminie 14 dni od daty stwierdzenia istnienia wady istotnej.*

8. W sytuacji ujawnienia wad Zamawiający odstąpi od czynności odbioru końcowego przy uznaniu niezasadnego zgłoszenia gotowości do odbioru końcowego oraz naliczy stosowne kary umowne przewidziane w postanowieniach umowy.

9. W sytuacji wystąpienia okoliczności o których mowa w § 11 ust.8 umowy Zamawiający umieści w protokole odbioru informacje iż do odbioru nie doszło."

Postanowienia powyższe naruszają nie tylko, zasadę uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców oraz proporcjonalności, prowadząc do jednostronnego uprzywilejowania Zamawiającego do uchylania się od odbioru robót i ograniczenia praw Wykonawcy, ale także wprowadzają do umowy „odbiór bezusterkowy", który jest sprzeczny z art. 647 kc, gdyż eliminuje obowiązek Zamawiającego do dokonania odbioru końcowego, w szczególności w przypadku gdy przedmiot umowy nadaje się do użytku, a wady nadają się do usunięcia. Ponadto, brak jest we wzorze umowy precyzyjnych kryteriów oceny wad, tym samym możliwość arbitralnej odmowy odbioru narusza zasady współdziałania stron umowy wynikające z art. 647 KC. W przypadku wystąpienia wad nieistotnych Zamawiający jest zobowiązany dokonać odbioru. Tymczasem powyższe postanowienie wzoru umowy de facto otwiera Zamawiającemu możliwość odmowy odbioru w przypadku istnienia jakichkolwiek, nawet drobnych uwag do co jakości wykonania, podczas gdy zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa uprawnienie inwestora Zamawiającego do odmowy odbioru końcowego powinno mieć miejsce jedynie w przypadku wystąpienia wad istotnych zaś w przypadku zgłoszenia gotowości do odbioru przedmiotu umowy o roboty budowlanej z wadami nieistotnymi Zamawiający zobowiązany jest dokonać odbioru końcowego, a postanowienia umowy nie mogą pozostawiać dowolności w tym zakresie.

7)niezgodność dokumentacji przetargowej z:

a)§ 5 ust. 1 Rozporządzenia Ministra Rozwoju i Technologii z 20.12.2021 r. w sprawie szczegółowego zakresu i formy dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych oraz programu funkcjonalno-użytkowego (Dz.U. z 2021 r. poz. 2454) poprzez niezgodne z przepisami określenie dokumentacji jako „Projekt Techniczny z elementami projektu wykonawczego", co nie istnieje w obowiązujących regulacjach prawnych i przepisach.

b)§ 5 ust. 1 Rozporządzenia Ministra Rozwoju z 11.09.2020 r. w sprawie szczegółowego zakresu i formy projektu

budowlanego (t.j. Dz.U. z 2022 r. poz. 1679 ze zm.), który jednoznacznie określa, że projekt wykonawczy stanowi uzupełnienie i uszczegółowienie projektu budowlanego, a nie jego część, tym samym dokumentacja przetargowa Zamawiającego poprzez brak w niej jednoznacznego rozróżnienia między projektem technicznym a projektem wykonawczym, jest niezgodna z obowiązującymi przepisami.

c)art. 99 ust. 1 ustawy Pzp poprzez nieprecyzyjne określenie przedmiotu zamówienia, co uniemożliwia wykonawcy prawidłowe oszacowanie zakresu prac i ryzyk związanych z realizacją zamówienia. Nadto nieprecyzyjny sposób opisu przedmiotu zamówienia, prowadzi do nieuzasadnionego przerzucenia obowiązków projektowych na wykonawcę.

Tym samym, zauważyć należy, że pod względem zakresu i formy dokumentacja przetargowa jest wadliwa i niekompletna w świetle przepisów techniczno-budowlanych, co może prowadzić do niezgodności realizacji zamówienia z obowiązującymi regulacjami oraz ryzyka wykonania robót budowlanych w sposób niezgodny z zatwierdzonym projektem.

8)art. 99 ust. 1 ustawy Pzp poprzez nałożenie obowiązku przedłożenia dokumentacji powykonawczej, jednakże nie sprecyzował, jakie dokumenty powykonawcze stanowią przedmiot zamówienia i co się na nie składa: „*Wraz ze zgłoszeniem o gotowości do odbioru końcowego Wykonawca zobowiązany jest do doręczenia Zamawiającemu dokumentacji powykonawczej w 2 egzemplarzach a także między innymi wszelkie atesty, certyfikaty, protokoły (jeżeli są wymagane przepisami prawa)*."

Zaznaczyć należy, że Przedmiot Zamówienia obejmuje roboty, co do których nie jest wymagane wykonanie dokumentacji powykonawczej, a na pewno nie tak szeroko pojętej jak określono w § 11 ust. 4 umowy. Uchybienia formalne wynikające z wadliwego opisu przedmiotu zamówienia (co wykazano w treści odwołania), a także obarczanie Wykonawcy dodatkowymi obowiązkami, o których mowa w § 11 ust. 4 wzoru umowy, prowadzi do niejasności w realizacji zamówienia i może skutkować trudnościami w jego prawidłowym wykonaniu.

W związku z tym w pkt II odwołania Odwołujący wniósł o:

„2. Na podstawie art. 255 pkt. 6) PZP o unieważnienie postępowania przetargowego, jako że występują nieusuwalne wady postępowania o zamówienie publiczne, które uniemożliwiają zawarcie ważnej i zgodnej z prawem umowy i obciążają postępowanie w sposób nieodwracalny. Jak wykazał Odwołujący stwierdzić należy nie tylko, że Zamawiający narusza fundamentalne zasady określone w PZP, ale też postępowanie obarczone jest uchybieniami formalnymi wynikającymi z wadliwego opisu przedmiotu zamówienia, (tj. niejednoznaczny, nieprecyzyjny, nieprzejrzysty, niespójny z udostępnionymi dokumentami zamówienia opis przedmiotu zamówienia), co stanowi wadę uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy. W związku z powyższym, mając na względzie obowiązek przestrzegania zasad legalności oraz transparentności postępowań o udzielenie zamówień publicznych, niniejszym wnoszę o podjęcie decyzji o unieważnieniu postępowania.

3. Uwzględnienie odwołania w całości, uchylenie niezgodnych z przepisami postanowień oraz dostosowanie dokumentacji przetargowej do obowiązujących regulacji prawnych, zapewniając jej kompletność, jednoznaczność i zgodność z obowiązującymi przepisami.

4.Nakazanie Zamawiającemu zmiany warunków płatności określonych w § 4 ust. 1 i 2 wzoru umowy, tak aby nie prowadziły do nadmiernego obciążenia wykonawcy, poprzez nadanie im brzmienia:

„*1. Strony postanawiają, że rozliczenie za wykonane i odebrane roboty nastąpi na podstawie faktur częściowych i faktury końcowej.*

2. Podstawą do wystawienia faktury będą: protokół odpowiednio odbioru częściowego lub końcowego sporządzony na piśmie".

5.Zobowiązanie Zamawiającego do zapewnienia uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców poprzez doprecyzowanie zasad wynagrodzenia ryczałtowego w § 3 ust. 4 i 5 oraz zasad waloryzacji wynagrodzenia § 18 ust. 2 wzoru umowy, poprzez nakazanie Zamawiającemu usunięcia postanowień § 3 ust. 4 i 5 wzoru umowy.

6.Zmianę postanowień dotyczących kar umownych, w szczególności § 12 ust. 2 wzoru umowy, tak aby nie prowadziły do nadmiernego obciążenia wykonawcy i nieuzasadnionego wzbogacenia Zamawiającego, poprzez nadanie następującego brzmienia: „*Łączna maksymalna wysokość kar umownych przewidzianych w umowie nie może przekroczyć 10% wynagrodzenia całkowitego brutto określonego w § 3 ust.1 niniejszej umowy*."

7.Usunięcie lub doprecyzowanie postanowień dotyczących jednostronnego prawa Zamawiającego do odstąpienia od umowy, zawartych w § 11 ust. 7-9 wzoru umowy, tak aby jasno określały charakter wad przedmiotu umowy, poprzez nadanie następującego brzmienia:

„*7. W razie stwierdzenia w toku czynności odbioru końcowego wad przedmiotu umowy, Zamawiający może żądać ich usunięcia w rozsądnym terminie, uzasadnionym technicznie i technologicznie.*

8. Zamawiający może odmówić odbioru tylko w przypadku wystąpienia wady istotnej, czyli takiej, która:

a) uniemożliwia prawidłowe użytkowanie obiektu zgodnie z jego przeznaczeniem,

b) powoduje zagrożenie dla bezpieczeństwa użytkowników.

9. W przypadku wad nieistotnych, Zamawiający zobowiązany jest do odbioru Przedmiotu Umowy i zapłaty wynagrodzenia Wykonawcy, a Wykonawca usunie wykazane usterki w uzgodnionym przez Strony terminie."

8. Uzupełnienie i doprecyzowanie dokumentacji przetargowej, zgodnie z wymogami art. 99 ust. 1 oraz art. 103 ust. 1 ustawy Pzp, tak aby była jednoznaczna, kompletna i zgodna z obowiązującymi przepisami.

9. Zapewnienie zgodności dokumentacji projektowej z przepisami Prawa budowlanego, w szczególności poprzez dostarczenie dokumentacji kwalifikującej odstąpienie od zatwierdzonego projektu oraz aktualnego projektu technicznego.

10. Doprecyzowanie rozwiązań technicznych w dokumentacji przetargowej, zgodnie z ustawą Prawo budowlane oraz art. 99 ust. 1 ustawy Pzp.

11. Zapewnienie zgodności dokumentacji z wymaganiami technicznymi, określonymi w § 11 Rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 12.04.2002 r.

12. Nakazanie Zamawiającemu usunięcia § 11 ust. 4 wzoru umowy."

Pismem z dnia 08.09.2025 r. Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o jego oddalenie.

W trakcie rozprawy Strony podtrzymały swoje stanowiska w sprawie, przy czym Odwołujący sprecyzował, które żądania wskazane w odwołaniu dotyczą których zarzutów.

Ponadto Zamawiający oświadczył, że dokonał otwarcia ofert w dniu 12.08.2025 r.

Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając na rozprawie złożone odwołanie i uwzględniając dokumentację z niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz stanowiska Stron złożone na piśmie i podane do protokołu rozprawy, zważyła, co następuje.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła wystąpienie przesłanek z art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, tj. istnienie po stronie Odwołującego interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia przez niego szkody z uwagi na kwestionowane czynności Zamawiającego.

Ponadto Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 528 ustawy Pzp.

Przed odniesieniem się do zarzutów postawionych w odwołaniu należy wyjaśnić, jak w postępowaniu odwoławczym przed Krajową Izbą Odwoławczą rozumiany jest „zarzut".

Przede wszystkim należy zwrócić uwagę, że zgodnie z art. 555 ustawy Pzp Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. Ponadto art. 516 ust. 1 pkt 7 - 10 ustawy Pzp stanowi, że odwołanie powinno wskazywać czynność lub zaniechanie zamawiającego, którym zarzuca się niezgodność z przepisami ustawy, zawierać zwięzłe przedstawienie zarzutów, określać żądanie oraz wskazywać okoliczności faktyczne i prawne uzasadniające wniesienie odwołania. Zarzut jest zatem substratem okoliczności faktycznych i prawnych, które powinny być wskazane w odwołaniu i to właśnie one zakreślają granice rozpoznania odwołania. Innymi słowy: podane w odwołaniu okoliczności faktyczne będące podstawą postawienia zarzutu (w tym argumentacja zawarta w uzasadnieniu odwołania), jak też wskazane podstawy prawne tego zarzutu określają jego granice (choć w przypadkach oczywistych Izba może samodzielnie dokonać subsumpcji). Oznacza to, że argumentacja (okoliczności faktyczne lub prawne) niezawarta w odwołaniu, a podnoszona przez odwołującego na dalszym etapie postępowania odwoławczego np. w kolejnych pismach procesowych lub na rozprawie, nie może być wzięta przez Izbę pod uwagę, gdyż stanowi już nowe zarzuty. Po wniesieniu odwołania odwołujący może jedynie składać dowody na poparcie zarzutów zawartych w odwołaniu (do zamknięcia rozprawy – art. 535 ustawy Pzp) i odnosić się do stanowiska zamawiającego lub przystępującego po stronie zamawiającego. Nie może natomiast rozszerzać swojej argumentacji faktycznej i prawnej zawartej w odwołaniu, np. z tego powodu że dopiero po wniesieniu odwołania zorientował się, że dobrze byłoby podnieść kolejny argument lub dobrze byłoby zmienić coś w dotychczasowej argumentacji. Takie nowe lub zmienione argumenty stanowią w istocie nowe zarzuty, które zgodnie z art. 555 ustawy Pzp nie mogą być przez Izbę rozpoznane. Dlatego niezwykle istotne jest, aby odwołujący pisząc odwołanie ujął w nim wszystkie argumenty faktyczne i prawne w sposób przemyślany, ponieważ na dalszych etapach postępowania odwoławczego nie będą one mogły być już zmieniane czy rozszerzane. Argumenty te, rozumiane jako zarzuty, stają się bowiem wiążące zarówno dla odwołującego, jak i dla Izby.

Dopuszczenie rozszerzania przez odwołujących zakresu pierwotnych zarzutów lub ich modyfikacji na rozprawie prowadziłoby też w istocie do przedłużenia ustawowego terminu na wnoszenie odwołań. Ponadto w razie rozpoznania przez Izbę nowych zarzutów rozszerzonych o okoliczności faktyczne lub prawne niepodniesione w odwołaniu, doszłoby do zachwiania zasady równości stron cechującej kontradyktoryjne postępowanie odwoławcze. W szczególności bowiem zamawiający o tym, jakie konkretnie zarzuty kierowane są pod jego adresem, dowiadywałby się np. dopiero na rozprawie, co uniemożliwiłoby mu przygotowanie argumentacji i zgromadzenie ewentualnych dowodów przemawiających na jego korzyść. Analogiczne zaburzenie zasady równości dotykałoby również ewentualnego przystępującego, którego oferta byłaby kwestionowana w odwołaniu. Dlatego zakaz rozpoznawania przez Izbę zarzutów niezawartych w odwołaniu ma charakter nie tylko formalny, ale służy też respektowaniu zasady równości stron w postępowaniu odwoławczym przed

Izbą.

Powyższe znajduje potwierdzenie w konsekwentnym orzecznictwie Izby i sądów, w tym np. w wyroku z dnia 09.05.2024 r. o sygn. akt XXIII Zs 16/24, w który Sąd Okręgowy stwierdził: „*Izba jest związana zarzutami odwołania i nie może wyjść poza ich zakres. Jednoznacznie wskazuje to zatem na konieczność ich przemyślanego i precyzyjnego formułowania przez odwołującego. Możliwość stawiania zarzutów upływa z terminem na wniesienie odwołania. Jeżeli więc odwołujący na późniejszym etapie postępowania odwoławczego podnosi okoliczności, które nie zostały wyraźnie i wprost ujęte w treści wniesionego odwołania, to ich spóźnione wskazywanie nie może być brane przez Izbę pod uwagę. Nawet jeżeli odwołujący próbowałby powiązać nowe zarzuty z ogólnie zakreślonymi okolicznościami faktycznymi wskazanymi w odwołaniu. Brak precyzyjnego przywołania podstawy prawnej i uzasadnienia zarzutu prowadzi do braku możliwości rozpatrzenia tego zarzutu przez Izbę (…). Stosownie zaś do treści art. 535 ustawy PZP odwołujący może przedstawiać dowody aż do zamknięcia rozprawy, natomiast okoliczności faktyczne, z których chce wywodzić skutki prawne, musi uprzednio przedstawić precyzyjnie w odwołaniu, pod rygorem ich nieuwzględnienia przez Krajową Izbę Odwoławczą z uwagi na treść wspomnianego już art. 555 ustawy PZP. Rozgraniczenia wymagają bowiem okoliczności faktyczne konstytuujące zarzut, czyli określone twierdzenia o faktach, z których wywodzone są skutki prawne, od dowodów na ich poparcie. W pierwszej kolejności w postępowaniu odwoławczym muszą zostać wskazane fakty, z których wywodzone są przez odwołującego skutki prawne*”.

Reasumując, w świetle art. 555 ustawy Pzp Izba rozpoznaje tylko zarzuty zawarte w odwołaniu, co należy rozumieć jako rozpoznanie odwołania tylko w granicach okoliczności faktycznych i prawnych podniesionych w tym odwołaniu. Tym samym okoliczności faktyczne i prawne podnoszone przez odwołującego już po złożeniu odwołania, jako nowe zarzuty, nie mogą zostać przez Izbę rozpoznane.

Zarzuty oddalone przez Izbę.

Zarzut nr 1

§ 4 ust. 1 projektu umowy:

1. Strony postanawiają, że rozliczenie za wykonane i odebrane roboty nastąpi na podstawie faktury częściowej za I etap realizacji robót zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia oraz faktury końcowej za II etap realizacji robót zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia.

Odwołujący wskazał w odwołaniu, że z uwagi na nieprecyzyjne określenie zakresu robót wymaganych do ukończenia etapu I i etapu II wykonawcy nie mogą jednoznacznie ustalić podstawy rozliczenia, co może skutkować poważnymi konsekwencjami finansowymi. „*W szczególności, gdy dokumentacja projektowa jest niekompletna, nieprecyzyjna i zawiera braki, taki zapis może skutkować arbitralnymi decyzjami zamawiającego, które obciążają wykonawcę dodatkowymi kosztami, których nie mógł przewidzieć na etapie składania oferty. Może to prowadzić do nieproporcjonalnego obciążenia finansowego wykonawcy, co jest sprzeczne z zasadą równości stron umowy oraz zasadą uczciwej konkurencji*”.

Odnosząc się do tak postawionego zarzutu w pierwszej kolejności należy zauważyć, że Odwołujący w żaden sposób nie wykazał, że dokumentacja projektowa rzeczywiście jest „*niekompletna, nieprecyzyjna i zawiera braki*”. Odwołujący nie podał nawet przykładowo, w których miejscach dokumentacji projektowej występują braki, czego dokładnie brakuje, które zapisy są niejasne i na czym ta niejasność polega. Nie podał też, jakiego rodzaju „arbitralne” decyzje Zamawiającego pociągające za sobą skutki finansowe dla wykonawcy, ta niekompletność i niejasność dokumentacji projektowej może powodować. Twierdzenia Odwołującego o wadach dokumentacji i skutkach tych wad są więc w żaden sposób nieskonkretyzowane, niepoparte żadnymi przykładami i przez to gołosłowne. Nie jest przy tym rolą Izby domyślać się, co Odwołujący miał na myśli: w których miejscach dokumentacji projektowej występują braki i na czym one polegają, ale jest rolą wnoszącego odwołanie sprecyzować swoje zarzuty i je udowodnić. Już tylko z tego powodu, tj. braku skonkretyzowania zarzutu nr 1, podlegał on oddaleniu.

Niezależnie od powyższego należy zauważyć, że wbrew argumentacji Odwołującego zakres robót wymaganych do ukończenia etapu I i etapu II został przez Zamawiającego określony w załączniku nr 1 do SWZ, tj. w opisie przedmiotu zamówienia i wskazano w nim:

„*I etap obejmuje:*

1. BUDYNEK MIESZKALNY WIELORODZINNY - prace wewnątrz:

- *wykończenia wewnętrzne w zakresie zgodnym z załączoną dokumentacją inwentaryzacji usterek poszczególnych branż tj. : sanitarnej, elektrycznej oraz architektonicznej.*
- *wymiana zamków oraz dorobienie kluczy (minimum 15 szt. na drzwi D6, 2x79 dla drzwi D1 - mogą to być dwie wkładki góra/dół na jeden klucz, 25szt na pomieszczenia techniczne, 79 szt. do skrzynek na listy, dorobienie kluczy do drzwi wejściowych do pomieszczeń technicznych i do klatki schodowej 2x79 szt. kluczy);*
- *Zestaw inkasencki;*
- *Samozamykacze do głównych drzwi wejściowych;*

- *wykonanie zabudowy (sufitów podwieszanych) w celu przykrycia widocznych instalacji na korytarzu (poziom parteru) wraz z ponownym montażem lamp;*

II etap obejmuje:

1. BUDYNEK MIESZKALNY WIELORODZINNY – prace elewacyjne:

- *należy naprawić wady w elewacji zgodnie z częścią rysunkową (m.in. malowanie, likwidacja wybrzuszeń, spuchnięć, odparzeń, ubytków);*
- *wykonanie zabezpieczeń dojść i wejść do budynku (klatka A,B,C);*
- *malowanie istniejących balkonów wraz z wyłożeniem żywicy epoksydowej na ich wierzchu;*

2. TEREN WOKÓŁ BUDYNKU

- *roboty elektryczne (regulacja studzienek w dół);*
- *wyrównanie terenów zielonych, w razie konieczności dołożenie humusu (ok.10cm grubości) zasiew trawy (kolor niebieski i różowy zagospodarowania zgodnie z plikiem RYS-1);*
- *usunięcie konarów, pielęgnacja (przycięcie) istniejących drzew (4 szt.) i krzewów (4 skupiska), z uwagi na okres lęgowy ptaków od 1 marca do 15 października w przypadku konieczności należy uzyskać opinie ornitologiczną sporządzoną przez osobę posiadającą odpowiednie uprawnienia np. ornitologa;*
- *zamontować kosze na śmieci w ilości 4 szt. w okolicach wejść do segmentów budynku oraz 1 na placu zabaw.*

3. PLAC ZABAW/ZIELONA SIŁOWNIA

- *roboty brukarskie - sprawdzenie nośności podbudowy i punktowe jej uzupełnienie, dołożenie około 5mb obrzeża na terenie siłowni i około 60mb na terenie placu zabaw;*
- *Montaż urządzeń siłowni w nawierzchni z kostki, ilość oraz rodzaj zgodnie z dokumentacją zgłoszenie robót budowlanych*
- *Montaż urządzeń zabawowych ilość i rodzaj zgodnie z załączoną dokumentacją zgłoszenia robót budowlanych (rezygnacja z biegacza oraz ławki z prostownikiem pleców)*
- *odhumusowanie, geowłóknina i dołożenie około 20-25 cm piasku oraz montaż urządzeń placu zabaw;*
- *ułożenie obrzeża;*
- *ogrodzenie 60mb z 2 furtkami szerokości 125 cm bez słupka dzielącego;*
- *wywiezienie śmieci/gruzu/resztek starego ogrodzenia*."

Bezpodstawne są więc twierdzenia Odwołującego, że zakres robót dla etapu I i etapu II został nieprecyzyjnie określony. Nawet jeśli w przytoczonym opisie coś jest dla Odwołującego niejasne, powinien wyraźnie wskazać w odwołaniu: co jest niejasne, dlaczego jest niejasne, czego w tym opisie brakuje. Wobec braku skonkretyzowania przez Odwołującego, co nieprecyzyjnego jest ww. opisie podziału robót na etap I i etap II, Izba nie ma podstaw do stwierdzenia w nim jakichkolwiek nieprawidłowości.

Ponadto dopiero na rozprawie Odwołujący wskazał, że obecna treść § 4 ust. 1 projektu umowy uniemożliwia wykonawcy właściwe fakturowanie. Należy zatem ponownie wskazać, że zgodnie z art. 555 ustawy Pzp Izba nie może rozpoznawać zarzutów niezawartych w odwołaniu, a w treści odwołania Odwołujący nie podniósł kwestii fakturowania. Czym innym jest bowiem „ustalenie podstawy rozliczenia", o której wspomniano w odwołaniu, a czym innym kwestia wystawiania faktur, która została podniesiona dopiero na rozprawie, zatem w ogóle nie podlega rozpoznaniu przez Izbę.

Dodatkowo Odwołujący sprecyzował na posiedzeniu, że wnosząc o zmianę warunków płatności określonych w ww. postanowieniu na: „*1. Strony postanawiają, że rozliczenie za wykonane i odebrane roboty nastąpi na podstawie faktur częściowych i faktury końcowej*", w istocie chodziło mu o to, aby usunąć z dokumentacji podział robót na etap I i etap II i pozostawić tylko rozliczenie zgodne z ww. żądaniem wskazanym w odwołaniu. W związku z tym, już tylko na marginesie (bo kwestia dotyczy wniosków, nie zarzutów) należy zauważyć, że żądanie usunięcia podziału robót na dwa etapy również w żaden sposób nie zostało wyrażone w odwołaniu, ale nawet jeśli taka była intencja Odwołującego to nie koresponduje ona z proponowaną przez niego zmianą treści § 4 ust. 1 projektu umowy. W szczególności nie wiadomo, kiedy miałaby być wystawiona faktura częściowa, skoro usunięty miałby być podział robót na etapy. Lakoniczne powoływanie się przez Odwołującego (również dopiero na rozprawie) na terminy wystawiania faktur wynikające z przepisów ordynacji podatkowej nadal bowiem nie rozwiązuje kwestii tego, od jakich zdarzeń te terminy miałyby być liczone, skoro nie byłoby podziału robót na etapy.

Reasumując, Odwołujący nie skonkretyzował zarzutu nr 1 pozostawiając go gołosłownym, a ponadto twierdzenie o braku sprecyzowania podziału robót na dwa etapy nie może być uznane za zasadne w świetle treści załącznika nr 1 do SWZ. Z uwagi na powyższe odwołanie w zakresie zarzutu nr 1 zostało oddalone. Dodatkowo Izba wskazuje, że wniosek odnoszący się do tego zarzutu, zarówno ten sformułowany w odwołaniu, jak i ten sformułowany na posiedzeniu, nie koresponduje z (lakoniczną) argumentacją zawartą w odwołaniu.

Zarzut nr 2

§ 4 ust. 2 pkt 1 i 2 projektu umowy:

4.Podstawą do wystawienia faktury będą:

1)protokół odbioru częściowego i końcowego sporządzony na piśmie.
2)dowody potwierdzające dokonanie przez Wykonawcę zapłaty wymagalnego wynagrodzenia, to jest potwierdzenie dokonania zapłaty na rachunek podwykonawcy, oświadczenie podwykonawcy o otrzymaniu wynagrodzenia oraz kopia faktury wystawionej przez podwykonawcę W przypadku gdy Wykonawca nie zlecił Podwykonawcy wykonywania żadnych prac, do każdej faktury VAT Wykonawca będzie dołączał oświadczenie o nie zleceniu Podwykonawcy wykonania żadnych robót wchodzących w zakres robót, których dotyczy dana faktura wystawiona przez Wykonawcę.

W pierwszej kolejności należy zauważyć, że podając podstawę prawną tego zarzutu Odwołujący nie wskazał żadnego przepisu ustawy Pzp, podczas gdy z art. 513 ustawy Pzp wynika, że odwołanie przysługuje m.in. na czynność zamawiającego niezgodną z przepisami ustawy, przy czym chodzi tutaj o przepisy ustawy Pzp. Odwołujący natomiast powołał się na art. 106b ust. 1 ustawy o podatku od towarów i usług (który w ogóle nie reguluje kwestii będącej istotą podniesionego zarzutu) oraz art. 647^1 § 5 kc bez powiązania ich w jakikolwiek sposób z przepisami ustawy Pzp. Dopiero na rozprawie Odwołujący dodał, że czynność opisana w zarzucie nr 2 stanowi też naruszenie art. 8 ustawy Pzp w zw. z art. 647 kc i 58 kc i 89 kc, gdyż kwestionowane w odwołaniu postanowienie projektu umowy zawiera wymóg zależny od warunku przyszłego, niepewnego i rozwiązującego, dlatego postanowienie to jest nieważne. Ponownie należy zatem wskazać, że w myśl art. 555 ustawy Pzp Izba nie może rozpoznawać zarzutów niezawartych w odwołaniu. Tymczasem kwestia sformułowania przez Zamawiającego wymogu pod warunkiem i związanej z tym ewentualnej nieważności postanowienia umownego nie była w ogóle podniesiona w odwołaniu, zatem jest to nowy zarzut, który nie podlega rozpoznaniu przez Izbę.

Wracając natomiast do argumentacji (zarzutu), która była zawarta w odwołaniu, jak też mając na uwadze, że Izba może samodzielnie dokonać subsumpcji, należy wskazać na art. 437 ust. 1 pkt 4 i pkt 7 lit. a) ustawy Pzp, zgodnie z którym:
1. Umowa, której przedmiotem są roboty budowlane, zawiera również postanowienia dotyczące:
4) zasad zapłaty wynagrodzenia wykonawcy, uwarunkowanej przedstawieniem przez niego dowodów potwierdzających zapłatę wymagalnego wynagrodzenia podwykonawcom lub dalszym podwykonawcom;
7) wysokości kar umownych, z tytułu:
a) braku zapłaty lub nieterminowej zapłaty wynagrodzenia należnego podwykonawcom lub dalszym podwykonawcom.

Z kolei zgodnie z art. 465 ust. 1 ustawy Pzp w przypadku umów, których przedmiotem są roboty budowlane, zamawiający dokonuje bezpośredniej zapłaty wymagalnego wynagrodzenia przysługującego podwykonawcy lub dalszemu podwykonawcy, który zawarł zaakceptowaną przez zamawiającego umowę o podwykonawstwo, której przedmiotem są roboty budowlane, lub który zawarł przedłożoną zamawiającemu umowę o podwykonawstwo, której przedmiotem są dostawy lub usługi, w przypadku uchylenia się od obowiązku zapłaty odpowiednio przez wykonawcę, podwykonawcę lub dalszego podwykonawcę.

Z przytoczonych przepisów wynika, że obowiązkiem wykonawcy jest zapłata należnego wynagrodzenia podwykonawcy, a jeżeli wykonawca nie wywiązuje się z tego obowiązku odpowiedzialność z tego tytułu wobec podwykonawcy ponosi zamawiający. W celu zmniejszenia ryzyka sytuacji, w której wykonawca będzie się uchylał od wypłaty wynagrodzenia podwykonawcy, zamawiający może przewidzieć kary umowne za takie uchylanie się, jak też może przewidzieć konieczność przedstawienia przez wykonawcę dowodów potwierdzających zapłatę wymagalnego wynagrodzenia podwykonawcy. Dowody wskazane w § 4 ust. 2 pkt 2 projektu umowy nie są więc niczym innym jak dowodami, o których mowa w art. 437 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp. Oczywiste jest bowiem, że wynagrodzenie dla wykonawcy może być wypłacone na podstawie wystawionej faktury i już na tym etapie Zamawiający zamierza zweryfikować, czy spełniony został wymóg dotyczący zapłaty wynagrodzenia podwykonawcom, od którego uzależniona jest zapłata wynagrodzenia wykonawcy. Świadczy o tym pominięta przez Odwołującego treść § 4 ust. 3 projektu umowy, w którym stwierdzono: „*W przypadku nieprzedstawienia przez Wykonawcę wszystkich dowodów zapłaty, o których mowa w ust. 2 pkt 2, Zamawiający wstrzymuje wypłatę należnego wynagrodzenia za odebrane roboty budowlane w części równej sumie kwot wynikających z nieprzedstawionych dowodów zapłaty do czasu ustalenia wysokości należnej zapłaty podmiotu, któremu płatność się należy*". Tym samym żądanie przez Zamawiającego dokumentów, o których mowa w § 4 ust. 2 pkt 2 projektu umowy jest realizacją spoczywającego na Zamawiającym obowiązku wynikającego z art. 437 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp i nie stanowi naruszenia prawa. Natomiast żądanie Odwołującego, by usunąć konieczność składania ww. dowodów prowadziłaby do naruszenia ww. przepisu i w istocie ułatwiałaby ewentualne uchylanie się wykonawcy od jego obowiązków wobec podwykonawcy. Z uwagi na powyższe odwołanie w zakresie zarzutu nr 2 zostało oddalone.

Zarzut nr 3

§ 1 ust. 5 projektu umowy:
5. Strony wspólnie oświadczają iż wszystkie prace i dostawy, objęte zakresem prac wskazanym w ust 2 i które muszą być wykonane w celu realizacji z najwyższą starannością przedmiotu umowy opisanego w § 1 ust.1 umowy stanowią prace objęte niniejszą umową i żadna z prac i dostaw nie będzie uznana za prace dodatkowe, za które Wykonawcy

będzie przysługiwać jakiekolwiek dodatkowe wynagrodzenia oprócz wynagrodzenia opisanego w niniejszej umowie.
§ 3 ust. 4 i 5 projektu umowy:
1. Strony wspólnie postanawiają że nieprzewidziane przez nie jakiekolwiek prace w tym budowlane wymagane do właściwej, niewadliwej realizacji przedmiotu umowy o którym mowa w § 1 ust.1 niniejszej umowy nie będą stanowić dla Wykonawcy podstawy do zgłoszenia roszczeń o zapłatę wynagrodzenie ponad wynagrodzenie przewidziane postanowieniami niniejszej umowy.
2. Wynagrodzenie określone w ust. 1 zawiera ryzyko ryczałtu i jest niezmienne przez cały okres realizacji umowy. Wynagrodzenie ryczałtowe oznacza, że Wykonawca nie może żądać podwyższenia wynagrodzenia, chociażby w czasie zawarcia umowy nie można było przewidzieć rozmiaru i kosztów robót budowlanych. Niedoszacowanie, pominięcie oraz brak rozpoznania zakresu zamówienia nie może być podstawą do żądania podwyższenia wynagrodzenia ryczałtowego określonego w ust. 1

W odwołaniu Odwołujący wskazał na nieprecyzyjne ukształtowanie zasad dotyczących wynagrodzenia ryczałtowego, „*które mogą prowadzić do nadmiernego obciążenia wykonawcy i nieuzasadnionego przerzucenia na niego ryzyka finansowego wynikającego z wadliwej dokumentacji projektowej, albowiem Wykonawca nie może dochodzić roszczeń o zapłatę wynagrodzenia za nieprzewidziane prace, nawet jeśli są one konieczne do właściwej realizacji przedmiotu umowy. Ponadto Wynagrodzenie ryczałtowe pozostaje niezmienne przez cały okres realizacji umowy, co oznacza, że wykonawca nie może żądać jego podwyższenia, nawet jeśli w momencie zawarcia umowy nie można było przewidzieć rzeczywistego zakresu i kosztów robót budowlanych. Takie postanowienia, w połączeniu z niekompletnym i niejednoznacznym opisem przedmiotu zamówienia, co odwołujący także zarzuca w treści niemniejszego odwołania, prowadzą do sytuacji, w której wykonawca nie ma możliwości prawidłowego oszacowania kosztów realizacji zamówienia. Tym samym, Zamawiający obarcza Wykonawcę ryzykiem nie tylko wykonania zamówienia w oparciu o przedstawione przez Zamawiającego na etapie przetargu warunki i okoliczności, ale także oczekuje tym samym od Wykonawców skalkulowania w ofercie ryzyk niemożliwych do zidentyfikowania na etapie przygotowania oferty, np. wynikających z braków w dokumentacji przetargowej*". Dodatkowo Odwołujący powołał się na art. 436 pkt 4 ustawy Pzp i wskazał w pkt II.5. odwołania, że wnosi o „*doprecyzowanie zasad wynagrodzenia ryczałtowego w §3 ust. 4 i 5 oraz zasad waloryzacji wynagrodzenia §18 ust. 2 wzoru umowy, poprzez nakazanie Zamawiającemu sunięcia postanowień §3 ust. 4 i 5 wzoru umowy*".

Pomijając osobliwy sposób sformułowania wniosku o „doprecyzowanie przez usunięcie", przede wszystkim należy zauważyć, że Odwołujący nie zawarł w odwołaniu żadnego uzasadnienia w zakresie kar umownych czy waloryzacji wynagrodzenia (brak podwyższenia wynagrodzenia ryczałtowego w przypadku robót nieprzewidzianych a waloryzacja wynagrodzenia to nie to samo), zatem nie ma podstaw, by uznać tę część odwołania za zasadną. Ponadto na rozprawie Odwołujący wskazał na ryzyko złożenia nieporównywalnych ofert z uwagi na różną ocenę ryzyka przez różnych wykonawców, ale zarzut ten (argumentacja) w ogóle nie był podniesiony w odwołaniu, zatem nie podlega rozpoznaniu Izby (art. 555 ustawy Pzp).

Odnosząc się natomiast do podniesionej na początku kwestii braku podwyższenia wynagrodzenia ryczałtowego w pierwszej kolejności należy zauważyć, że to właśnie jest cechą takiego wynagrodzenia, że pozostaje niezmienne bez względu na ilość robót, które okażą się konieczne do wykonania inwestycji objętej umową. Wynika to także z art. 632 § 1 kc, zgodnie z którym jeżeli strony umówiły się o wynagrodzenie ryczałtowe, przyjmujący zamówienie nie może żądać podwyższenia wynagrodzenia, chociażby w czasie zawarcia umowy nie można było przewidzieć rozmiaru lub kosztów prac. Tym samym niezmienność wynagrodzenia ryczałtowego różni je od wynagrodzenia kosztorysowego, w którym cena oferty jest w istocie ceną „szacunkową", a ostateczna wysokość wynagrodzenia zostaje ustalona na podstawie rozliczenia faktycznie wykonanych prac czy zużytych materiałów. Ryzyko związane z niezmiennością wynagrodzenia ryczałtowego ponoszą przy tym obie strony umowy: inwestor ponosi ryzyko, że „przepłaci", jeśli koszty realizacji inwestycji okażą się mniejsze niż umówione wynagrodzenie, natomiast wykonawca ponosi ryzyko straty finansowej, jeżeli koszty realizacji okażą się większe. Należy przy tym wyjaśnić, że wynagrodzenie ryczałtowe pozostaje niezmienne w zakresie tych robót, które są objęte umową. Natomiast wynagrodzenie to nie obejmuje robót wykraczających poza zakres określony umową.

Odrębną kwestią jest zatem podnoszony przez Odwołującego brak możliwości prawidłowego oszacowania kosztów realizacji zamówienia ze względu na wady opisu przedmiotu zamówienia. Konieczność wykonania robót dodatkowych z powodu wystąpienia takich wad może być podstawą żądania przez wykonawcę dodatkowego wynagrodzenia (por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 07.06.2024 r. o sygn. akt II CSKP 1176/22). Aby jednak odwołanie mogło być uznane za zasadne Odwołujący musiałby wykazać, że przygotowana przez Zamawiającego dokumentacja rzeczywiście jest niekompletna, zawiera braki, niejasności lub sprzeczności. Tymczasem po raz kolejny należy zauważyć, że Odwołujący w żaden sposób nie wykazał, aby dokumentacja faktycznie była dotknięta takimi wadami. Nie wskazał też, aby zadawał Zamawiającemu jakiekolwiek pytania dotyczące opisu przedmiotu zamówienia, zgłaszał

jakiekolwiek uwagi do dokumentacji i aby Zamawiający nie reagował na takie pytania czy zgłoszenia. Twierdzenia Odwołującego w zakresie wadliwości opisu przedmiotu zamówienia są więc ogólnikowe i gołosłowne. Izba nie ma podstaw do nakazywania zamawiającym modyfikacji dokumentów zamówienia wyłącznie na podstawie oświadczenia jednego z wykonawców, że „opis przedmiotu zamówienia je nieprecyzyjny", jeżeli wady tego opisu nie zostały wskazane i wykazane.

Wobec zatem braku wykazania jakichkolwiek wad opisu przedmiotu zamówienia Izba uznała, że brak możliwości oszacowania kosztów realizacji zamówienia i związane z tym ryzyko wynikające z niepodwyższenia wynagrodzenia ryczałtowego również nie zostało wykazane. Z uwagi na powyższe odwołanie w zakresie zarzutu nr 3 zostało oddalone.

Zarzut nr 7 (7a, 7b i 7c)

W ramach opisu przedmiotu zamówienia zamawiający zamieścił m.in. „Projekt techniczny z elementami projektu budowlanego". W związku z tym Odwołujący podniósł w odwołaniu, że Zamawiający dopuścił się istotnego naruszenia prawa poprzez niezgodność dokumentacji:

1)z § 5 ust. 1 rozporządzenia Ministra Rozwoju i Technologii w sprawie szczegółowego zakresu i formy dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych oraz programu funkcjonalno-użytkowego (Dz.U. z 2021 r. poz. 2454) o treści: „Projekt wykonawczy stanowi uzupełnienie i uszczegółowienie projektu budowlanego w zakresie i stopniu dokładności niezbędnych do sporządzenia przedmiaru robót, kosztorysu inwestorskiego, przygotowania oferty przez wykonawcę i realizacji robót budowlanych". Odwołujący podniósł, że określenie „Projekt techniczny z elementami projektu budowlanego" nie istnieje w obowiązujących przepisach,

2)z § 5 ust. 1 rozporządzenia Ministra Rozwoju w sprawie szczegółowego zakresu i formy projektu budowlanego (t.j. Dz.U. z 2022 r. poz. 1679 ze zm.) o treści: „Oprawia się następujące elementy projektu budowlanego:

1) projekt zagospodarowania działki lub terenu;
2) projekt architektoniczno-budowlany;
3) projekt techniczny;
4) załączniki projektu budowlanego:
a)opinie, uzgodnienia, pozwolenia i inne dokumenty, o których mowa w art. 33 ust. 2 pkt 1 ustawy,
b)oświadczenie właściwego zarządcy drogi o możliwości połączenia działki z drogą, zgodnie z przepisami o drogach publicznych, o którym mowa w art. 34 ust. 3 pkt 4 ustawy - w przypadku drogi krajowej lub wojewódzkiej,
c)informację dotyczącą bezpieczeństwa i ochrony zdrowia, o której mowa w art. 20 ust. 1 pkt 1b ustawy".

Odwołujący podniósł, że projekt wykonawczy stanowi uzupełnienie i uszczegółowienie projektu budowlanego, a nie jego część, tym samym dokumentacja przetargowa, z uwagi na brak jednoznacznego rozróżnienia między projektem technicznym a projektem wykonawczym, jest niezgodna z obowiązującymi przepisami.

3) z art. 99 ust. 1 ustawy Pzp poprzez nieprecyzyjne określenie przedmiotu zamówienia, co uniemożliwia wykonawcy prawidłowe oszacowanie zakresu prac i ryzyk związanych z realizacją zamówienia, a nieprecyzyjny sposób opisu przedmiotu zamówienia prowadzi do nieuzasadnionego przerzucenia obowiązków projektowych na wykonawcę.

Odwołujący dodał też, że niejednoznaczny, niekompletny i niezgodny z obowiązującymi przepisami sposób sporządzenia dokumentacji skutkuje *„nie tylko brakiem precyzyjnych rozwiązań technicznych i projektowych, uniemożliwiającym wykonawcom rzetelne oszacowanie zakresu prac, ryzyka oraz kosztów realizacji zamówienia, ale także niepełnym opisem przedmiotu zamówienia, który nie uwzględnia wszystkich wymagań technicznych i formalnych, co może prowadzić do błędnej interpretacji zakresu zamówienia przez wykonawców. W konsekwencji w przedmiotowym postępowaniu, dokumentacja projektowa jest niekompletna, a wykonawcy nie mają pełnej wiedzy o wymaganiach Zamawiającego*".

W związku z tym Odwołujący w pkt II.3 i 8 odwołania wniósł o:

„3. Uwzględnienie odwołania w całości, uchylenie niezgodnych z przepisami postanowień oraz dostosowanie dokumentacji przetargowej do obowiązujących regulacji prawnych, zapewniając jej kompletność, jednoznaczność i zgodność z obowiązującymi przepisami",

„8. Uzupełnienie i doprecyzowanie dokumentacji przetargowej, zgodnie z wymogami art. 99 ust. 1 oraz art. 103 ust. 1 ustawy Pzp, tak aby była jednoznaczna, kompletna i zgodna z obowiązującymi przepisami".

Po raz kolejny należy zauważyć, że uzasadnienie Odwołującego sprowadza się do lakonicznego i gołosłownego oświadczenia, że dokumentacja projektowa jest nieprecyzyjna, niekompletna, nie uwzględnia wszystkich wymagań technicznych i formalnych, ale Odwołujący nie wskazuje nawet przykładowo, w których miejscach dokumentacja ta jest nieprecyzyjna i niekompletna, jakich konkretnie wymagań technicznych lub formalnych nie uwzględnia, jakiej wiedzy brakuje w związku z tym wykonawcom ani które informacje w tej dokumentacji mogą prowadzić do jakich błędnych interpretacji. Dodatkowo Odwołujący zwraca uwagę na określenie zawarte w tej dokumentacji: „Projekt techniczny z elementami projektu budowlanego", ale nie wskazuje, w jaki sposób brak rozróżnienia między projektem technicznym a projektem wykonawczym (poza wskazaną przez niego niezgodnością z przepisami ww. rozporządzeń) wpływa na

sposób rozumienia opisu przedmiotu zamówienia czy na późniejszą realizację zamówienia, jakie konkretne skutki się z tym wiążą.

Ponadto żądania Odwołującego również nie są jasne. Z jednej strony żąda on uchylenia niezgodnych z przepisami postanowień, ale nawet nie wskazuje, które są to postanowienia (czy np. chodzi tylko o zmianę tytułu „Projekt techniczny z elementami projektu budowlanego"?). Z drugiej strony żąda jednak ich dostosowania, uzupełnienia i doprecyzowania, przy czym cały czas nie wiadomo, które konkretnie postanowienia miałyby zostać dostosowane, uzupełnione i doprecyzowane i przede wszystkim nie wiadomo, w jaki sposób. Sformułowanie o „kompletności, jednoznaczności i zgodności z obowiązującymi przepisami" jest pojemne i może być różnie rozumiane, co z kolei mogłoby skutkować wprowadzeniem przez Zamawiającego postanowień, które ponownie okazałyby się sporne i niesatysfakcjonujące dla Odwołującego.

Dlatego kolejny raz należy podkreślić, że nie jest rolą Izby domyślać się, o co odwołującemu chodzi, natomiast jest rolą odwołującego opisać i wykazać zasadność swoich zarzutów i żądań w konkretny sposób (zwłaszcza, że w świetle art. 555 ustawy Pzp nie jest dopuszczalne rozwijanie czy doprecyzowanie zarzutów dopiero w toku postępowania odwoławczego, np. na rozprawie). Wobec zatem braku jakichkolwiek konkretów w zarzucie nr 7 odwołanie w tym zakresie nie mogło być uznane za zasadne i podlegało oddaleniu.

Zarzut nr 8

§ 11 ust. 4 projektu umowy:

4. Wraz ze zgłoszeniem o gotowości do odbioru końcowego Wykonawca zobowiązany jest do doręczenia Zamawiającemu dokumentacji powykonawczej w 2 egzemplarzach a także między innymi wszelkie atesty, certyfikaty, protokoły (jeżeli są wymagane przepisami prawa).

Odwołujący podniósł w odwołaniu, że Zamawiający nałożył na wykonawcę obowiązek przedłożenia dokumentacji powykonawczej, ale nie sprecyzował, jakie dokumenty powykonawcze stanowią przedmiot zamówienia i co się na nie składa. Wskazał też, że: „*Zaznaczyć należy, że Przedmiot Zamówienia obejmuje roboty, co do których nie jest wymagane wykonanie dokumentacji powykonawczej, a na pewno nie tak szeroko pojętej jak określono w §11 ust. 4 umowy. Uchybienia formalne wynikające z wadliwego opisu przedmiotu zamówienia (co wykazano w treści odwołania), a także obarczanie Wykonawcy dodatkowymi obowiązkami, o których mowa w § 11 ust. 4 wzoru umowy, prowadzi do niejasności w realizacji zamówienia i może skutkować trudnościami w jego prawidłowym wykonaniu*". Na rozprawie Odwołujący dodał też, że ww. wymóg nie pozwala wykonawcy na oszacowanie kosztów realizacji zamówienia.

Odwołujący nie wskazał jednak, dla których robót nie ma obowiązku sporządzenia dokumentacji powykonawczej, a mimo to Zamawiający jej wymaga, na czym polega wadliwość opisu przedmiotu zamówienia (której w ocenie Izby nie wykazano w treści odwołania) i na czym może polegać związana z tym trudność w realizacji zamówienia. Z kolei brak możliwości oszacowania kosztów realizacji zamówienia nie został podniesiony w treści odwołania, zatem nie podlega rozpoznaniu przez Izbę (art. 555 ustawy Pzp).

Ponadto ma rację Zamawiający wskazując, że dokumentacja powykonawcza została zdefiniowana w ustawie Prawo budowlane (t.j. Dz.U. z 2025 r. poz. 418 ze zm.). W myśl art. 3 pkt 14 tej ustawy jest to dokumentacja budowy z naniesionymi zmianami dokonanymi w toku wykonywania robót oraz geodezyjnymi pomiarami powykonawczymi.

Wobec powyższego odwołanie w zakresie zarzutu nr 8 zostało oddalone.

Zarzuty uwzględnione przez Izbę.

Zarzut nr 4a

§ 12 ust. 1 pkt 4 i ust. 2 projektu umowy:

1. W razie niewykonania lub nienależytego wykonania przedmiotu umowy w terminie, określonym w § 2 ust. 2 niniejszej umowy, z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy lub naruszenia innych postanowień umownych, Zamawiający ma prawo naliczać kary umowne w następujących przypadkach:

4) w przypadku odstąpienia od umowy przez Zamawiającego z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy w wysokości 10% wynagrodzenia brutto określonego w § 3 ust. 1 niniejszej umowy.

2. Łączna maksymalna wysokość kar umownych przewidzianych w umowie nie może przekroczyć 50% wynagrodzenia całkowitego brutto określonego w § 3 ust. 1 niniejszej umowy.

Odwołujący wniósł o obniżenie łącznej maksymalnej wysokości kar umownych do 10% wskazując w uzasadnieniu, że obecny górny limit 50% stanowi nadużycie przez Zamawiającego swobody kontraktowej i naruszenie równowagi kontraktowej stron. Odwołujący podniósł, że: „*Ustalenie górnego limitu kar umownych przekraczającego wysokość kary umownej zastrzeżonej z tytułu odstąpienia od umowy z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy, która w istocie jest karą na okoliczność niewykonania zamówienia, jest nieproporcjonalne, prowadzi do naruszenia zasad kontraktowania i bezpodstawnie wzbogaca Zamawiającego. Zamawiający z tytułu nieprawidłowego wykonania umowy (np. nieterminowego wykonania umowy) będzie mógł naliczyć karę wyższą niż z tytułu niewykonania umowy w całości, co jest nadmiernym i nieproporcjonalnym obciążeniem Wykonawcy w stosunku do specyfiki realizacji zamówienia,*

naruszającym równowagę stron umowy i prowadzącym do naruszenia praw podmiotowych wykonawców". Dodał także, że *„nadmierne kary umowne mogą skutkować wzrostem oferowanych cen, gdyż wykonawcy, w obawie przed potencjalnymi konsekwencjami, mogą zawyżać swoje oferty, chcąc zabezpieczyć się przed ryzykiem finansowym. W efekcie ograniczenie liczby podmiotów ubiegających się o zamówienie prowadzi do zwiększenia kosztów dla zamawiających. Co więcej, uzyskiwanie przez zamawiających nieuzasadnionych korzyści, zwłaszcza finansowych, może przyczyniać się do dalszego umocnienia ich pozycji jako podmiotów dominujących na rynku*".

Izba nie zgodziła się z argumentacją Odwołującego, zgodnie z którą łączna maksymalna wysokość kar umownych, którą zamawiający musi określić w umowie (art. 436 pkt 3 ustawy Pzp) nie może być wyższa niż kara umowna za odstąpienie od umowy. Zrównanie wysokości kary za odstąpienie i limitu kar umownych nie znajduje odzwierciedlenia w przepisach ustawy Pzp bądź kc, a jak wskazano w rekomendacjach Prokuratorii Generalnej Rzeczypospolitej Polskiej: *„Wysokość kary umownej za odstąpienie powinna być ustalana w powiązaniu z maksymalną łączną wysokością kar umownych, jakich strony mogą dochodzić na podstawie umowy (zob. art. 436 pkt 3 p.z.p.). Zazwyczaj limit ten jest określany również poprzez podanie wartości procentowej. Co do zasady nie powinien być on równy karze umownej za odstąpienie. Do odstąpienia może bowiem dojść również po wykonaniu umowy w znacznej części, w sytuacji, gdy inne kary umowne (np. z tytułu braku zapłaty wynagrodzenia należnego podwykonawcom) zostały już naliczone. Rekomendujemy zatem, aby łączna maksymalna wysokość kar umownych przekraczała wysokość kary umownej za odstąpienie w rozsądnym zakresie*". Wobec powyższego Izba nie znalazła podstaw, by nakazać Zamawiającemu obniżenie maksymalnej łącznej wysokości kar umownych do 10%, tj. poziomu kary za odstąpienie od umowy.

Jednocześnie Izba zgadza się z Odwołującym, że przewidziany przez Zamawiającego limit kar umownych na poziomie 50% jest zbyt wysoki i nieprzystający do praktyki rynku zamówień publicznych. Art. 436 pkt 3 ustawy Pzp nie wskazuje wprawdzie wysokości tego limitu, niemniej jednak należy mieć też na uwadze art. 8 ustawy Pzp w zw. z art. 353^1 kc przewidującym ograniczenie zasady swobody umów, jeżeli treść lub cel stosunku prawnego sprzeciwiają się właściwości (naturze) tego stosunku, ustawie lub zasadom współżycia społecznego. Słusznie też wskazał Odwołujący, że nadmierna wysokość kar umownych zniechęca wykonawców do składania ofert i jednocześnie powoduje, że ci którzy zdecydują się złożyć ofertę wkalkulują w jej cenę ryzyko ponoszenia tych kar, co skutkuje wyższymi kosztami, jakie musi ponieść zamawiający. Podobne stanowisko wyraziła w swoich rekomendacjach Prokuratoria Generalna Rzeczypospolitej Polskiej: *„Zastrzeganie kar umownych w nadmiernej wysokości lub za uchybienia nieistotne dla realizacji umowy, prowadzi do złożenia wyższych ofert, uwzględniających ryzyko zapłaty wysokiej kary. Tak zastrzeżone kary umowne generują też poważne ryzyko sporów, co zagraża sprawności realizacji umowy. Kary zgodnej z umową wierzyciel może natomiast nie uzyskać z uwagi na ryzyko miarkowania*".

Kara umowna pełni funkcję odszkodowawczą i motywacyjną, ale maksymalna wysokość tych kar nie może być zbyt wysoka w stosunku do wysokości wynagrodzenia i możliwości powstania lub rozmiarów szkody. W szczególności kary umowne, w tym także ich maksymalna łączna wysokość, nie powinny niweczyć wskazanego wyżej celu polegającego na motywowaniu wykonawcy do należytej realizacji zamówienia. Tymczasem określenie łącznej maksymalnej wysokości kar umownych na poziomie znacznie wyższym niż wysokość kary za odstąpienie może skutkować tym, że wykonawcy bardziej będzie się opłacało doprowadzić do odstąpienia od umowy i zapłacić karę niższą (w tym wypadku 10%) niż dążyć do zrealizowania umowy z narażaniem się na karę kilkukrotnie wyższą (w tym wypadku górny limit - 50%). Ponoszone kary umowne powinny być dla wykonawcy odczuwalne, ale nie w stopniu takim, który wobec grożącej mu znacznej straty finansowej może spowodować, że uzna on kontynuowanie umowy za niecelowe.

Jak słusznie wskazano w wyroku Izby z dnia 16.10.2020 r. o sygn. akt KIO 2296/20: *„kara umowna nie może prowadzić do nieuzasadnionego wzbogacenia wierzyciela, dlatego też zamawiający winien potrafić w sposób rzeczowy wyjaśnić w jaki sposób, w oparciu o jakie mierniki wysokość kary umownej za uchybienie danemu obowiązkowi umownemu przyjął. Zamawiający przy ustalaniu katalogu kar umownych i ich wysokości winien wziąć pod uwagę wszystkie funkcje jakie kara umowna powinna pełnić i tak ukształtować postanowienia umowy, aby z jednej strony zabezpieczyć interes publiczny oraz prawidłową realizację zamówienia, z drugiej zaś nie przerzucać na potencjalnego wykonawcę zamówienia publicznego ryzyka niezależnego od wykonawcy oraz nie określać wysokości kary umownej w sposób dowolny, oderwany od realnego uszczerbku, który mógłby powstać po stronie zamawiającego. Zamawiający nie może również doprowadzić do wypaczenia instytucji kary umownej, której zasadniczą funkcją miałaby być funkcja stymulująca (represyjna) wykonawcę do prawidłowej realizacji zamówienia*".

W niniejszej sprawie Zamawiający uzasadniając przyjęty łączny maksymalny poziom kar umownych – 50% podkreślał brak narzuconego limitu w art. 436 pkt 3 ustawy Pzp, brak tożsamości tego limitu z karą za odstąpienie, ryzyko braku pokrycia ewentualnej szkody w przypadku limitu w wysokości 10% oraz możliwość miarkowania kary umownej. Jak wskazano już wyżej, Izba podziela stanowisko, że łączna maksymalna wysokość kar umownych nie powinna być utożsamiana z karą za odstąpienie i nie musi być z nią równa. Z drugiej strony Zamawiający nie przedstawił

żadnej argumentacji na temat ryzyka wystąpienia w przypadku tej inwestycji szkody i jej ewentualnych rozmiarów, z której wynikałoby, że maksymalna wysokość kar umownych powinna być aż kilkukrotnie wyższa od kary za odstąpienie. W praktyce rynku zamówień przyjmuje się za zasadny poziom 20% - 30% limitu łącznych kar umownych.

Wobec powyższego Izba uznała maksymalną łączną wysokość kar umownych ustalonych przez Zamawiającego na poziomie na 50% za wygórowaną i naruszającą zasadę swobody umów określoną w art. 353^1 kc, w szczególności poprzez przerzucenie zbyt dużego ryzyka kontraktowego na wykonawcę, co jest sprzeczne z zasadami współżycia społecznego.

Zarzut nr 4b, 5 i 6

§ 2 ust. 3 projektu umowy:

3. Termin zakończenie realizacji przedmiotu umowy oznacza termin zakończenia wszystkich prac objętych przedmiotem umowy, podpisanie przez strony niniejszej umowy protokołu odbioru końcowego bez zastrzeżeń potwierdzającego wykonanie inwestycji, przekazanie dokumentacji o której mowa w § 11 ust 4.

§ 11 ust. 7, 8, 9 i 10 projektu umowy:

7. W razie stwierdzenia w toku czynności odbioru końcowego wad przedmiotu umowy Zamawiający ma prawo zgodnie ze swoim wyborem odstąpić od umowy albo wezwać Wykonawcę do wykonania przedmiotu umowy na nowo. Uprawnienie Zamawiającego do odstąpienie od umowy przysługuje mu w terminie 14 dni od daty stwierdzenia istnienia wady istotnej.

8. W sytuacji ujawnienia wad Zamawiający odstąpi od czynności odbioru końcowego przy uznaniu niezasadnego zgłoszenia gotowości do odbioru końcowego oraz naliczy stosowne kary umowne przewidziane w postanowieniach umowy.

9. W sytuacji wystąpienia okoliczności o których mowa w § 11 ust. 8 umowy Zamawiający umieści w protokole odbioru informacje iż do odbioru nie doszło.

10. Odbiór ostateczny jest dokonywany przez Zamawiającego i przedstawiciela Wykonawcy w formie protokołu odbioru ostatecznego po usunięciu wszystkich wad ujawnionych w okresie gwarancji i rękojmi. Zwalnia on Wykonawcę ze wszystkich zobowiązań wynikających z umowy dotyczących usuwania wad gwarancji jakości oraz rękojmi.

Zarzutom opisanym w pkt 4b, 5 i 6 Odwołujący w petitum odwołania nadał odrębne numery, mimo że dotyczą w istocie tej samej kwestii zasad dokonywania przez Zamawiającego odbioru robót, ale w uzasadnieniu częściowo (w zakresie pkt 5 i 6) opisał je łącznie. Z uwagi na wspólną tematykę wskazaną w pkt 4b, 5 i 6 odwołania, Izba potraktowała to jako jeden zarzut i rozpoznała łącznie.

Kwestionując ww. postanowienia umowne Odwołujący stwierdził przede wszystkim, że wbrew art. 647 kc Zamawiający wprowadził możliwość odmowy dokonania odbioru końcowego w przypadku wystąpienia wad niezależnie od tego czy są to wady istotne czy nieistotne. Dokonanie odbioru zostało w zasadzie zupełnie uzależnione od woli Zamawiającego i od jego oceny, czy przedmiot zamówienia ma wady. Odwołujący podniósł, że: *„Zamawiający przydziela sobie jednostronne prawo do odstąpienia od umowy w przypadku stwierdzenia „wady" przedmiotu umowy, bez precyzyjnego określenia jej charakteru. Jednocześnie termin odstąpienia został ograniczony wyłącznie do sytuacji wystąpienia „wady istotnej". Zamawiający tym samy może według własnego uznania odstąpić od umowy lub wezwać wykonawcę do ponownego wykonania przedmiotu umowy, jeśli w toku odbioru końcowego zostaną stwierdzone wady. Ponadto w przypadku ujawnienia wad zamawiający może odmówić odbioru końcowego, uznając zgłoszenie gotowości do odbioru za niezasadne, oraz naliczyć stosowne kary umowne m.in., że sankcja w postaci kary umownej za nieuzasadnione zgłoszenie gotowości do odbioru końcowego, prowadzi do arbitralnego obciążenia wykonawcy z uwagi na brak jednoznacznych kryteriów oceny zasadności zgłoszenia gotowości do odbioru końcowego, co skutkuje też nieproporcjonalnym obciążeniem wykonawcy i jest sprzeczne z przepisami prawa. (…) Postanowienia umowy wprowadzają zatem „odbiory bezusterkowe", które są sprzeczne z art. 647 kc, gdyż eliminują obowiązek zamawiającego inwestora do dokonania odbioru końcowego, w szczególności w przypadku gdy przedmiot umowy nadaje się do użytku, a wady nadają się do usunięcia".* Odwołujący wskazał też, że sankcja w postaci kary umownej za nieuzasadnione zgłoszenie gotowości do odbioru końcowego prowadzi do arbitralnego obciążenia wykonawcy, a brak jednoznacznych kryteriów oceny zasadności zgłoszenia gotowości do odbioru końcowego skutkuje nieproporcjonalnym obciążeniem wykonawcy.

Zgodnie z art. 647 kc przez umowę o roboty budowlane wykonawca zobowiązuje się do oddania przewidzianego w umowie obiektu, wykonanego zgodnie z projektem i z zasadami wiedzy technicznej, a inwestor zobowiązuje się do dokonania wymaganych przez właściwe przepisy czynności związanych z przygotowaniem robót, w szczególności do przekazania terenu budowy i dostarczenia projektu, oraz do odebrania obiektu i zapłaty umówionego wynagrodzenia. Przepis ten zatem jasno stanowi, że jednym z obowiązków zamawiającego jako inwestora jest dokonanie odebrania obiektu, o ile tylko został on wykonany zgodnie z projektem i z zasadami wiedzy technicznej. Z jednomyślnego w tym zakresie orzecznictwa wynika także, że inwestor może odmówić odebrania robót w sytuacji, gdy są one dotknięte

wadami istotnymi. Przy czym za wady istotne uznaje się wady, które powodują, że obiekt nie nadaje się do użytkowania. Przykładowo w wyroku Sądu Apelacyjnego w Krakowie z dnia 20.06.2023 r. o sygn. akt I AGa 202/21 stwierdzono: *„Nadto Sąd Apelacyjny w niniejszym składzie podziela stanowisko, że odmowa odbioru jest uzasadniona jedynie w przypadku, gdy przedmiot zamówienia został wykonany niezgodnie z projektem i zasadami wiedzy technicznej lub wady są na tyle istotne, że obiekt nie będzie się nadawał do użytkowania (por. wyrok Sądu Apelacyjnego w Krakowie z 19. 12. 2019 r., I AGa 523/18). Jeżeli jednak tak daleko usterek nie było (a tak ocenić należy w realiach niniejszej sprawy), to uzasadnione było wyznaczenie terminu do ich usunięcia, a sankcją niedochowania tego terminu mogłaby być kara umowna*". Podobne stanowisko wielokrotnie wyrażała Krajowa Izba Odwoławcza, np. w wyroku z dnia 04.02.2025 r. o sygn. akt KIO 8/25, w którym wprawdzie uznała, że w konkretnym rozpoznawanym stanie faktycznym nie doszło do naruszenia art. 647 kc, ale jednocześnie wyraźnie stwierdziła, że *„Izba podziela w całości rozważania orzecznictwa Sądu Najwyższego jak i Krajowej Izby Odwoławczej przytoczone przez Odwołującego w odwołaniu, że inwestor nie może uzależniać dokonania odbioru końcowego i zapłaty należnego wynagrodzenia od braku jakichkolwiek wad w wykonanym obiekcie*". Również w wyroku z dnia 29.02.2024 r. o sygn. akt KIO 408/24 Izba stwierdziła: *„Inwestor może uchylić się od obowiązku dokonania odbioru końcowego tylko w przypadku wystąpienia wad istotnych, gdyż tylko w takim wypadku można wskazać, że wykonawca nie spełnił swojego świadczenia, w pozostałych wypadkach tj. wystąpienia wad nieistotnych, mamy do czynienia z nieprawidłowym wykonaniem zobowiązania przez wykonawcę. W takiej sytuacji inwestor jest obowiązany dokonać odbioru końcowego a do protokołu odbioru może zostać dołączony wykaz wszystkich ujawnionych wad z terminami ich usunięcia lub oświadczeniem inwestora o wyborze innego uprawnienia przysługującego mu z tytułu odpowiedzialności wykonawcy za wady ujawnione przy odbiorze*".

W przedmiotowej sprawie Zamawiający stwierdził w odpowiedzi na odwołanie, że ze zdania drugiego zawartego w § 11 ust. 7 projektu umowy o treści: „Uprawnienie Zamawiającego do odstąpienie od umowy przysługuje mu w terminie 14 dni od daty stwierdzenia istnienia wady istotnej", wynika że prawo odstąpienia od umowy przysługiwać mu będzie tylko w przypadku wystąpienia wad istotnych. Zamawiający wskazał: *„Interpretacja Odwołującego, jakoby Zamawiający mógł odstąpić od umowy w razie jakiejkolwiek wady, jest sprzeczna z literalnym brzmieniem przepisu oraz zasadą wykładni oświadczeń woli z art. 65 § 2 k.c. Postanowienie nie daje Zamawiającemu nieograniczonego prawa odstąpienia, lecz chroni jego interesy wyłącznie w sytuacjach, gdy wada jest na tyle poważna, że uniemożliwia należyte wykorzystanie przedmiotu umowy*".

W ocenie Izby Zamawiający skupia się na jednym zdaniu zawartym w§ 11 ust. 7 projektu umowy, natomiast pomija pozostałą treść przytoczonych wyżej postanowień, w których kilkukrotnie pojawia się odniesienie do „wad" bez dookreślenia, że chodzi o wady istotne. W szczególności w zdaniu pierwszym w § 11 ust. 7 mowa jest o odstąpieniu od umowy albo wezwaniu wykonawcy do wykonania przedmiotu umowy na nowo, jeżeli w toku odbioru końcowego Zamawiający stwierdzi „wady" przedmiotu umowy. Dopiero w drugim zdaniu tego postanowienia pojawia się termin 14 dni na odstąpienie w przypadku stwierdzenia „wady istotnej", co można czytać w ten sposób, że tylko w przypadku wystąpienia „wady istotnej" Zamawiający ma ograniczony czas na odstąpienie od umowy. Również w § 11 ust. 8 Zamawiający przewidział daleko idące sankcje, tj. odstąpienie od odbioru końcowego, uznanie niezasadności zgłoszenia gotowości do odbioru końcowego oraz naliczenie „stosownych" kar umownych, w sytuacji ujawnienia „wad" – przy czym ponownie nie sprecyzowano, że chodzi o wady „istotne". Wreszcie w § 2 ust. 3 projektu umowy stwierdzono, że termin zakończenia realizacji przedmiotu umowy następuje m.in. przez *„podpisanie przez strony niniejszej umowy protokołu odbioru końcowego bez zastrzeżeń*", co oznacza, że w istocie Zamawiający dopuszcza tylko odbiór bezusterkowy.

Tak sformułowane postanowienia projektu umowy są niezgodne z art. 647 kc i wykładnią tego przepisu, z której jasno wynika, że zamawiający może odmówić dokonania odbioru tylko w przypadku wykonania obiektu niezgodnie z projektem i z zasadami wiedzy technicznej, przy czym chodzi o wady istotne, nie pozwalające na korzystanie z obiektu. Natomiast wystąpienie wad nieistotnych nie może wstrzymywać odbioru i wypłaty wykonawcy wynagrodzenia, może być natomiast obwarowane odpowiednią sankcją za ich nieusunięcie w wyznaczonym terminie. Jedno zdanie w jednym ustępie projektu umowy, gdzie wprowadzono pojęcie „wad istotnych" nie zmienia faktu, że we wszystkich pozostałych postanowieniach Zamawiający posługuje się tylko słowem „wada" i nawet jeśli rzeczywiście intencją Zamawiającego było stosować te postanowienia umowy wyłącznie w przypadku ujawnienia wad istotnych to powinien dokonać korekty projektu umowy tak, by intencji tych nie trzeba się było domyślać i by brak ich wyraźnego wyrażenia w umowie nie stał się przedmiotem sporu na etapie jej realizacji.

Konsekwencją niezasadnego posługiwania się przez Zamawiającego w ww. postanowieniach umowy słowem „wada" i „odbioru końcowego bez zastrzeżeń" jest też niezasadność przewidzianych w tych postanowieniach sankcji. W § 11 ust. 8 są to sankcje w postaci: odstąpienia od odbioru końcowego, uznania niezasadności zgłoszenia gotowości do odbioru końcowego i naliczenia kar umownych, co w sytuacji niedookreślenia także sformułowania „niezasadność zgłoszenia gotowości do odbioru końcowego", rodzi podejrzenie, że sankcje te będą nakładane w przypadku stwierdzenia jakiejkolwiek, nawet błahej wady. Podobnie w § 11 ust. 7 wystąpienie jakiejkolwiek wady wiąże się z prawem

Zamawiającego do odstąpienia od umowy albo wezwania do wykonania przedmiotu umowy na nowo, przy czym jak wskazano już wyżej Zamawiający ograniczył sobie czasowo prawo nałożenia tylko jednej z tych sankcji, tj. odstąpienia od umowy i tylko w przypadku stwierdzenia „wady istotnej" (jedyne miejsce, gdzie pojawia się pojęcie „wady istotnej"). Z kolei odbiór końcowy „bez zastrzeżeń", czyli bezusterkowy, wskazany w § 2 ust. 3 projektu umowy oznacza w istocie wstrzymanie wypłaty wykonawcy wynagrodzenia nawet w przypadku wystąpienia wad nieistotnych. Nie można uznać, że wszystkie te konsekwencje i sankcje przewidziane przez Zamawiającego w ww. postanowieniach umowy są zasadne, skoro miałyby być wynikiem niezgodnego z art. 647 kc w zw. z art. 8 ustawy Pzp ujawnienia jakichkolwiek wad i odbioru bezusterkowego.

Wobec powyższego Izba stwierdziła, że odwołanie w zakresie zarzutu opisanego w odwołaniu łącznie w punktach 4b, 5 i 6, jest zasadne, jak też zasadne są żądania Odwołującego przedstawione w pkt II.7. odwołania.

Konkluzja do zarzutów nr 4a, 4b, 5 i 6.

Izba uznała zarzuty nr 4a, 4b, 5 i 6 za zasadne, ale nie może nakazać Zamawiającemu obniżenia maksymalnej łącznej wysokości kar umownych i zmiany postanowień umownych dotyczących odbioru robót, ponieważ Zamawiający w dniu 12.08.2025 r., tj. po wniesieniu odwołania, ale przed wydaniem przez Izbę orzeczenia, dokonał otwarcia ofert. Tymczasem zgodnie z art. 137 ust. 1 ustawy Pzp zamawiający może zmienić treść SWZ tylko przed upływem terminu składania ofert. Oznacza to, że po upływie tego terminu Zamawiający nie może dokonać modyfikacji SWZ, w tym projektu umowy (zał. nr 9 do SWZ), zatem nakazanie zmiany § 2 ust. 3, § 11 ust. 7-9 i § 12 ust. 2 projektu umowy przez Izbę byłoby niemożliwe do przeprowadzenia i tym samym niecelowe.

W tym stanie rzeczy jedynym wyjściem z sytuacji jest unieważnienie postępowania na podstawie art. 255 pkt 6 ustawy Pzp, zgodnie z którym zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. Wady powodujące, że umowa w sprawie zamówienia publicznego podlega unieważnieniu zostały wymienione w art. 457 ust. 1 ustawy Pzp, ale nie ma w tym przepisie przesłanki związanej z niewłaściwie sformułowanymi postanowieniami SWZ, w tym projektu umowy. Jest to wynikiem braku przeniesienia przez ustawodawcę do nowej ustawy Pzp (obowiązującej od 01.01.2021 r.) odpowiednika przepisu, który istniał w starej ustawie Pzp z 2004 r. i który przewidywał możliwość unieważnienia umowy w przypadku dopuszczenia się przez zamawiającego naruszenia, które miało lub mogło mieć wpływ na wynik postępowania.

Powyższe nie może jednak prowadzić do wniosku, że w świetle obecnie obowiązujących przepisów nie ma możliwości uchylenia czynności zamawiającego podjętych z naruszeniem przepisów prawa tylko dlatego, że dokonał on otwarcia ofert przed wydaniem przez Izbę orzeczenia. Takie podejście zachęcałoby wręcz zamawiających do otwierania ofert po wniesieniu odwołania na postanowienia SWZ a przed rozstrzygnięciem sprawy przez Izbę, gdyż pozwalałoby im zachować niezmienność niezgodnych z prawem postanowień i stawiać zarówno Izbę, jak i wykonawców przed faktem dokonanym.

Wobec zatem niedoskonałości art. 457 ust. 1 ustawy Pzp należy sięgnąć do art. 457 ust. 4 ustawy Pzp, zgodnie z którym w przypadkach innych niż wskazane w art. 457 ust. 1 i art. 458 ustawy Pzp można żądać stwierdzenia nieważności umowy na podstawie art. 189 kpc. Przepis ten daje możliwość żądania stwierdzenia nieważności umowy na zasadach ogólnych wynikających z kodeksu cywilnego, w tym m.in. na podstawie art. 58 kc, zgodnie z którym:

§ 1. Czynność prawna sprzeczna z ustawą albo mająca na celu obejście ustawy jest nieważna, chyba że właściwy przepis przewiduje inny skutek, w szczególności ten, iż na miejsce nieważnych postanowień czynności prawnej wchodzą odpowiednie przepisy ustawy.

§ 2. Nieważna jest czynność prawna sprzeczna z zasadami współżycia społecznego.

Izba stwierdziła w niniejszej sprawie, że łączna maksymalna wysokość kar umownych określona przez Zamawiającego na poziomie 50% (§ 12 ust. 2 projektu umowy) jest zbyt wysoka i narusza art. 8 ustawy Pzp w zw. z art. 353^1 kc, a także że zasady odbioru robót przewidziane w § 2 ust. 3 i w § 11 ust. 7-9 projektu umowy naruszają art. 8 ustawy Pzp w zw. z art. 647 kc. Biorąc pod uwagę naruszenia ww. przepisów, cel prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, którym jest wybór najkorzystniejszej oferty i zawarcie ważnej umowy oraz cel prowadzenia postępowania odwoławczego przed Izbą, którym jest wyeliminowanie wad postępowania o udzielenie zamówienia na etapie przed zawarciem umowy i doprowadzenie do zgodności czynności zamawiającego z przepisami ustawy Pzp, Izba uznała za zasadne nakazanie zamawiającemu unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia na podstawie art. 255 pkt 6 ustawy Pzp.

Izba postanowiła zatem jak w sentencji wyroku, orzekając na podstawie art. 552 ust. 1, art. 553 i art. 554 ust. 1 ustawy Pzp.

Orzeczenie Izby zostało wydane w oparciu o dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia oraz w oparciu o stanowiska Stron przedstawione w pismach procesowych i na rozprawie.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 574 ustawy Pzp oraz w oparciu o § 7 ust. 2 pkt 1, ust. 3 i ust. 6 w zw. z § 5 pkt 1 i pkt 2 lit. b) rozporządzenia w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437).

Izba stwierdziła, że bez względu na ilość punktów, w których Odwołujący przedstawił swoje zarzuty w petitum odwołania, w istocie odwołanie zawiera siedem zarzutów:

- nr 1 dotyczący płatności przy nieprecyzyjnym określeniu zakresu robót wymaganych do ukończenia I i II etapu,
- nr 2 dotyczący uzależnienia wystawienia faktury od złożenia dowodów zapłaty podwykonawcom,
- nr 3 dotyczący wynagrodzenia ryczałtowego,
- nr 4a dotyczący łącznej maksymalnej wysokości kar umownych,
- nr 4b, 5 i 6 dotyczący zasad odbioru robót,
- nr 7 dotyczący nieprecyzyjnego opisu przedmiotu zamówienia,
- nr 8 dotyczący obowiązku przedłożenia dokumentacji powykonawczej.

Spośród ww. siedmiu zarzutów, Izba dwa zarzuty uwzględniła (ponumerowane jako 4a oraz 4b, 5 i 6) i pięć zarzutów oddaliła (ponumerowane jako 1, 2, 3, 7 i 8). Oznacza to, że Zamawiający odpowiada za koszty postępowania odwoławczego w części 2/7, a Odwołujący – w części 5/7.

Na koszty postępowania odwoławczego składa się wpis od odwołania w wysokości 10.000 zł, wynagrodzenie pełnomocnika Odwołującego w wysokości 3.600 zł oraz wynagrodzenie pełnomocnika Zamawiającego w wysokości 3.600 zł, co razem daje kwotę 17.200 zł. Tym samym Zamawiający odpowiada za koszty postępowania odwoławczego w wysokości 4.914,29 zł (2/7 z 17.200 zł), a Odwołujący - w wysokości 12.285,71 zł (5/7 z 17.200 zł).

Odwołujący poniósł dotychczas koszty w wysokości 13.600 zł (wpis od odwołania + wynagrodzenie pełnomocnika), a powinien ponieść je w wysokości 12.285,71 zł. Zamawiający poniósł dotychczas koszty w wysokości 3.600 zł (wynagrodzenie pełnomocnika), a powinien ponieść je w wysokości 4.914,29 zł.

Wobec powyższego zasadny jest zwrot kosztów od Zamawiającego na rzecz Odwołującego w wysokości 1.314,29 zł, co skutkować będzie poniesieniem kosztów przez każdą ze Stron w wysokości adekwatnej do wyniku postępowania odwoławczego (13.600 –12.285,71 = 1.314,29 oraz 3.600 + 1.314,29 = 4.914,29). Przy czym zgodnie z § 7 ust. 6 ww. rozporządzenia koszty rozdzielone stosunkowo zostały zaokrąglone w górę do pełnych złotych, co ostatecznie dało kwotę 1.315,00 zł.

Przewodnicząca ...……..