Sygn. akt: KIO 3293/25

WYROK

Warszawa, dnia 15 września 2025 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Ryszard Tetzlaff**

Protokolant: **Aldona Karpińska**

po rozpoznaniu na rozprawie **12 września 2025 r.** odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **5 sierpnia 2025 r.** przez wykonawcę: **TECHBAU BUDOWNICTWO Sp. z o.o., ul. Pruszkowska 41, 05-090 Nowe Grocholice (poczta Raszyn)** w postępowaniu prowadzonym przez **Szpital Miejski w Gliwicach Sp. z o.o.,ul. Zygmunta Starego 20, 44-100 Gliwice**

orzeka:

1. oddala odwołanie,

2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę: TECHBAU BUDOWNICTWO Sp. z o.o., ul. Pruszkowska 41, 05-090 Nowe Grocholice (poczta Raszyn) i

2.1. zalicza na poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000, 00 zł (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) wniesioną przez wykonawcę TECHBAU BUDOWNICTWO Sp. z o.o., ul. Pruszkowska 41, 05-090 Nowe Grocholice (poczta Raszyn) tytułem uiszczonego wpisu, kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez TECHBAU BUDOWNICTWO Sp. z o.o., ul. Pruszkowska 41, 05-090 Nowe Grocholice (poczta Raszyn) tytułem wydatków pełnomocnika Odwołującego oraz kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez Szpital Miejski w Gliwicach Sp. z o.o., ul. Zygmunta Starego 20, 44-100 Gliwice tytułem wydatków pełnomocnika Zamawiającego;

2.2 zasądza od wykonawcy: **TECHBAU BUDOWNICTWO Sp. z o.o., ul. Pruszkowska 41, 05-090 Nowe Grocholice (poczta Raszyn)** na rzecz **Szpitala Miejskiego w Gliwicach Sp. z o.o.,ul. Zygmunta Starego 20, 44-100 Gliwice** kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem zwrotu wydatków pełnomocnika Zamawiającego.

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 3293/25

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie podstawowym z możliwością negocjacji, o którym mowa w art. 275 pkt 2 ustawy Pzp, pn.: *„Budowa budynku na potrzeby Zakładu Diagnostyki Obrazowej (zaprojektuj i wybuduj)”*, nr referencyjny postępowania: 35-P-25, zostało wszczęte ogłoszeniem opublikowanym w Biuletynie Zamówień Publicznych: 2025/BZP 00356311 z 31.07.2025 r. przez: Szpital Miejski w Gliwicach Sp. z o.o., ul. Zygmunta Starego 20, 44-100 Gliwice zwany dalej: *„Zamawiającym”*. Do ww. postępowania o udzielenie zamówienia zastosowanie znajdują przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2024 r. poz. 1320), zwana dalej: *„Pzp”* albo *„ustawy Pzp”* albo *„PZP”*. W dniu 31.07.2025 r. Zamawiający opublikowała na platformie zakupowej ogłoszenie i dokumenty postępowania: .

Dnia 05.08.2025 r. (wpływ do Prezesa KIO w wersji elektronicznej podpisane podpisem cyfrowym za pośrednictwem elektronicznej skrzynki podawczej - ePUAP) odwołanie względem postanowień Specyfikacji Warunków Zamówienia oraz projektowanych postanowień umowy z 31.07.2025 r. złożyła TECHBAU BUDOWNICTWO Sp. z o.o., ul. Pruszkowska 41, 05-090 Nowe Grocholice (poczta Raszyn) zwanej dalej: *„TECHBAU BUDOWNICTWO Sp. z o.o.”* albo *„Odwołującym”.* Zarzucił:

1. naruszenie art. 436 pkt 1 ustawy Pzp, art. 99 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 16 ustawy Pzp w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp w zw. art. 5 i art. 3531 kc w zw. z art. 387 kc w zw. z art. 35 ust. 6 pkt 1 ustawy Prawo budowlane, poprzez oznaczenie w treści Specyfikacji Warunków Zamówienia oraz w Projektowanych postanowieniach Umowy terminu wykonania zamówienia w sposób nierealny, nieadekwatny do przedmiotu zamówienia i nieuwzględniający wszystkich okoliczności oraz obowiązujących przepisów prawa, a co za tym idzie wyznaczenie go w sposób utrudniający uczciwą konkurencję i niemożliwy do spełnienia przez wykonawców funkcjonujących na rynku, co jednocześnie godzi w istotę i naturę umowy o roboty budowlane stanowiąc wyraz nadużycia prawa Zamawiającego do kształtowania postanowień umownych i jego pozycji dominującej, będąc postanowieniem niekorzystnym dla wykonawców i prowadząc do zachwiania równowagi stron stosunku zobowiązaniowego i zasad współżycia społecznego równowagę stron umowy i prowadzącym do naruszenia praw podmiotowych wykonawców;

2. naruszenie art. 353¹ k.c., art. 58 k.c., art. 647 k.c. w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp, art. 134 ust. 1 pkt 20 ustawy Pzp, w związku z art. 16 ustawy Pzp, poprzez ustalenie w Projektowanych postanowieniach Umowy odbioru prac i robót w sposób sprzeczny z powszechnie obowiązującym prawem, tj. podpisywanie protokołu odbioru bez zastrzeżeń czy odbioru robót bez wad. Powyższe bezsprzecznie godzi w istotę i naturę umowy o roboty budowlane, stanowiąc wyraz uchylania się przez Zamawiającego od podstawowych obowiązków nałożonych na inwestora, będąc jednocześnie postanowieniami niekorzystnymi dla wykonawców, naruszającymi bezwzględnie obowiązujące przepisy prawa oraz równowagę Stron umowy i prowadzącymi do naruszenia praw podmiotowych wykonawców;
3. naruszenia art. 353¹ k.c., art. 354 §1 i 2 k.c. oraz art. 5 k.c. w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp oraz art. 16 pkt 1 ustawy Pzp, poprzez skonstruowanie Projektowanych postanowień Umowy w sposób powodujący uprzywilejowanie Zamawiającego oraz naruszenie zasady równowagi stron stosunku zobowiązaniowego, co pozostaje w sprzeczności z zasadami współżycia społecznego, godzi w naturę stosunku zobowiązaniowego oraz stanowi nadużycie przez Zamawiającego przysługujących mu praw podmiotowych, prowadząc do naruszenia podstawowych zasad przygotowania i przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, poprzez ustanowienie rażąco wygórowanych i nieproporcjonalnych kar umownych, a więc zastosowanie przez Zamawiającego środków nadmiernych i wykraczających poza działania, które są konieczne dla osiągnięcia celu, jakiemu służyć ma kara umowna;
4. naruszenia art. 353¹ k.c., art. 5 k.c. i art. 484 § 2 k.c. w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez zastrzeżenie w §14 ust. 1 Projektowanych postanowień Umowy rażąco wygórowanych kar umownych, tj.
1) za zwłokę Wykonawcy w stosunku do terminu zakończenia poszczególnych Etapów określonych w § 2 ust. 1 - w wysokości 0,1 % wynagrodzenia brutto określonego w § 6 ust. 1 umowy za każdy rozpoczęty dzień zwłoki, jaki upłynie pomiędzy umownym terminem zakończenia danego Etapu a faktycznym dniem zakończenia danego Etapu,
2) za zwłokę w opracowaniu Harmonogramu rzeczowo-finansowego, o którym mowa w §2 ust. 3 w stosunku do przewidzianego tam terminu oraz za zwłokę w uwzględnieniu w całości lub w części uwag Zamawiającego do Harmonogramu rzeczowo-finansowego w sytuacji określonej w §2 ust. 6 – w wysokości 0,05% wynagrodzenia brutto określonego w § 6 ust. 1 umowy, za każdy jeden dzień zwłoki,
3) za zwłokę w usunięciu wad stwierdzonych przy odbiorze końcowym lub w okresie obowiązywania gwarancji i rękojmi na wady - w wysokości 0,5 % wynagrodzenia brutto określonego w § 6 ust. 1 umowy, za każdy jeden dzień zwłoki,
4) za odstąpienie przez którąkolwiek ze stron w całości albo w części w następstwie okoliczności, za które Wykonawca ponosi odpowiedzialność, w wysokości 10% wynagrodzenia brutto określonego w § 6 ust. 1 umowy,
5) z tytułu braku zapłaty wynagrodzenia należnego podwykonawcom lub dalszym podwykonawcom w terminie w wysokości 0,02% kwoty wynagrodzenia brutto określonego w § 6 ust. 1 umowy za każdy stwierdzony przypadek,
6) z tytułu nieprzedłożenia do zaakceptowania projektu Umowy o podwykonawstwo, której przedmiotem są roboty budowlane lub projektu jej zmiany w wysokości 0,05% wynagrodzenia brutto określonego w § 6 ust. 1 umowy za każdy stwierdzony taki przypadek,
7) z tytułu braku zmiany Umowy o, podwykonawstwo, której przedmiotem są dostawy lub usługi w zakresie terminu zapłaty w wysokości 0,02% kwoty wynagrodzenia brutto określonego w §6 ust. 1 umowy za każdy dzień liczony od dnia wyznaczonego przez Zamawiającego na dokonanie tej zmiany, aż do dnia otrzymania przez Zamawiającego skorygowanej Umowy o podwykonawstwo,
8) W przypadku niezrealizowania Obowiązku zatrudnienia, o których mowa w §18 Umowy na podstawie umowy o pracę zgodnie z zasadami określonymi w §18 Umowy lub nieprzedstawienia Zamawiającemu dokumentów potwierdzających zatrudnienie takich osoby w terminach określonych w §18 Umowy, Wykonawca zapłaci Zamawiającemu karę umowną w wysokości 0,05% kwoty wynagrodzenia brutto określonego w§6 ust. 1 umowy odpowiednio za każdą osobę lub stwierdzony taki przypadek. W przypadkach określonych w zdaniu pierwszym Wykonawca lub podwykonawca robót budowlanych będzie zobowiązany w terminie 5 dni od dnia wezwania przez Zamawiającego dokonać zatrudnienia wskazanej osoby na umowę o pracę oraz przedstawienia Zamawiającemu dokumentów potwierdzających zatrudnienie takiej osoby,
9) W przypadku niewywiązania się z obowiązku, o którym mowa w pkt 8 powyżej w zdaniu drugim w terminie w nim określonym Wykonawca zapłaci Zamawiającemu karę umowną w wysokości 0,05% kwoty wynagrodzenia brutto określonego w §6 ust. 1 umowy odpowiednio za każdą osobę lub stwierdzony taki przypadek
10) za każdy stwierdzony przypadek, w którym roboty objęte przedmiotem Umowy będzie wykonywał, bez zgody Zamawiającego, podmiot inny niż Wykonawca –w wysokości 5.000,00 zł za każdy przypadek,
11) za każdy stwierdzony przypadek realizacji przedmiotu zamówienia obejmującej czynności wchodzące w zakres kompetencji osób wskazanych w wykazie osób skierowanych przez Wykonawcę do realizacji zamówienia wykazanych w ofercie, bez udziału tych osób, w wysokości 0,02% nagrodzenia umownego brutto określonego w § 6 ust. 1 umowy za każdą z osób, których ten przypadek dotyczy, za każdy taki przypadek z osobna,
12) za wbudowanie materiałów niezgodnych z dokumentacją projektową i niezatwierdzonych przez Zamawiającego, w wysokości 5 % wynagrodzenia brutto, o którym mowa w § 6 ust. 1 umowy; 5. naruszenie art. 353¹ k.c., art. 354 §1 i 2 k.c., art. 498 §1 k.c. oraz art. 5 k.c. w zw. z art. 8 ust. 1 oraz art. 16 pkt 1 ustawy Pzp, poprzez zastrzeżenie w §14 ust. 3 zd. 2

Projektowanych postanowień Umowy, że Zamawiający zastrzega sobie prawo do potrącania kar umownych z Wynagrodzenia należnego Wykonawcy (faktury), nawet niewymagalnego, podczas gdy zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa wierzytelność, aby można było ją potrącić, musi być wymagalna. Wnosił o:
1) uwzględnienie Odwołania w całości;
2) nakazanie Zamawiającemu wprowadzenia zmiany postanowienia §2 ust. 1 Projektowanych postanowień Umowy i nadanie następującej treści:

Strony określają że Przedmiot Umowy zostanie zrealizowany do dnia 30.06.2026 r., przy czym:

1) Etap I: Wykonanie prac projektowych i uzyskanie decyzji pozwolenia na budowę lub braku sprzeciwu dla zgłoszenia zamiaru wykonania robót budowlanych (w zależności od wymogów Prawa Budowlanego), w nieprzekraczalnym terminie 18 tygodni od daty zawarcia umowy,
2) Etap II: Wykonanie robót budowlanych i pozytywne uzyskanie wszystkich wymaganych prawem odbiorów prób i zgód na użytkowanie, zgodnie z przepisami ustawy Prawo budowlane w nieprzekraczalnym terminie do dnia 30.06.2026 r.
3) nakazanie Zamawiającemu dodania postanowienia do §3 ust. 12 Projektowanych postanowień Umowy i zobowiązania Zamawiającego do przeprowadzenia procedury unieważnienia lub zmiany obowiązującego pozwolenia na budowę: „ROZBUDOWA I PRZEBUDOWA BUDYNKU HOSPICJUM PRZY UL. DASZYŃSKIEGO 29 W GLIWICACH" z grudnia 2016 (decyzja o pozwoleniu na budowę nr 452/2017 z 21 kwietnia 2017 oraz decyzja nr AB-400/2024 z 14 sierpnia 2024), w zakresie który koliduje z obszarem objętym postępowaniem;
4) nakazanie Zamawiającemu usunięcia postanowień dotyczących konieczności uzyskania przez Wykonawcę warunków przyłączenia, zabezpieczenia lub likwidacji kolizji projektowanych obiektów z istniejącym uzbrojeniem na etapie projektu budowlanego, pozyskaniem map do celów projektowych (załączono do PFU) i innych dokumentów niewymaganych formalnie m.in.: Inwentaryzacja zieleni (załączono do PFU), wyniki badań gruntowo-wodnych (załączono do PFU);
5) nakazanie Zamawiającemu wprowadzenia zmiany postanowienia §4 ust. 5, §4 ust. 6, §4 ust. 12, §4 ust. 23, §4 ust. 24 pkt 1 oraz §6 ust. 7 pkt 2 Projektowanych postanowień Umowy, poprzez nakazanie Zamawiającemu zmodyfikowania wskazanych postanowień i nadanie im następującej treści:
a) §4 ust. 5: Po podpisaniu przez obie Strony Umowy bez zastrzeżeń protokołu odbioru kompletnego Projektu budowlanego, Wykonawca przystąpi do uzyskania pozwolenia na budowę.
b) §4 ust. 6: Po uzyskaniu przez Wykonawcę ostatecznego i prawomocnego pozwolenia na budowę, lub braku sprzeciwu dla zgłoszenia zamiaru wykonania robót budowlanych (w zależności od wymogów Prawa Budowlanego), Wykonawca złoży Zamawiającemu kompletny Projekt budowlany wraz z uzyskanym ostatecznym i prawomocnym pozwoleniem na budowę lub informacją o braku sprzeciwu. Z czynności odbioru zostanie sporządzony i podpisany bez zastrzeżeń protokół odbioru Etapu I.
c) §4 ust. 12: Strony ustalają, że częściowymi protokołami odbioru dokumentowany będzie miesięczny postęp robót budowlanych na koniec każdego miesiąca, określającymi jakość wykonanych robót zgodnie z dokumentacją projektową i postęp robót zgodnie z postanowieniami Harmonogramu rzeczowo-finansowego. O gotowości do przystąpienia do odbioru częściowego Wykonawca zawiadomi 10 Zamawiającego, na co najmniej dwa dni naprzód przed planowanym dniem dokonania odbioru częściowego. W terminie dwóch dni od dnia zawiadomienia Zamawiającego o gotowości przystąpienia do odbioru częściowego, strony podpiszą protokół odbioru częściowego. W przypadku stwierdzenia wad w wykonanych robotach, Zamawiający albo Zamawiający odmówi odbioru częściowego, w przypadku stwierdzenia wad w wykonanych robotach i wyznaczy Wykonawcy odpowiedni termin na ich usunięcie. Po usunięciu stwierdzonych wad Strony ponownie przystąpią do odbioru częściowego.
d) §4 ust. 23: Za dzień faktycznego Odbioru końcowego uznaje się dzień podpisania przez upoważnionych przedstawicieli Stron Umowy Protokołu odbioru końcowego robót., przy czym w przypadku gdy w toku procedury odbiorowej nie zostaną wykryte wady stanowiące przeszkodę w odbiorze Przedmiotu Umowy, uznaje się, że wykonanie Przedmiotu nastąpiło w terminie określonym Umową, zaś w przeciwnym razie – wykrycia wad stanowiących przeszkodę w odbiorze – uznaje się, że Wykonawca pozostaje w zwłoce z wykonaniem Przedmiotu Umowy do dnia faktycznego Odbioru końcowego.
e) §4 ust. 24 pkt 1: Jeżeli w toku czynności odbioru końcowego zostaną stwierdzone wady lub brak realizacji przez Wykonawcę innych zobowiązań przez niego przyjętych na podstawie umowy, niezależnie od uprawnień przewidzianych w niniejszym paragrafie oraz wynikających z przepisów ogólnych, Zamawiający zastrzega sobie prawo: 1) odmowy dokonania odbioru końcowego, jeżeli przeszkodę odbioru można usunąć, do czasu jej usunięcia, jeżeli wadę można usunąć - usunięcia wad w wyznaczonym przez Zamawiającego terminie.
f) §6 ust. 7 pkt 2: Strony postanawiają, iż wynagrodzenie Wykonawcy, o którym mowa w ust. 2 będzie zapłacone w następujący sposób: 2) za wykonanie robót budowlanych nie częściej niż raz w miesiącu, zgodnie z Harmonogramem rzeczowo-finansowym, na podstawie podpisanych bez zastrzeżeń protokołów częściowego odbioru, a ostatnia płatność na podstawie podpisanego protokołu odbioru końcowego.
6) nakazanie Zamawiającemu zmniejszenia wysokości kar umownych i zmodyfikowania treści postanowienia §14 ust 1 Umowy, poprzez nadanie im następującej treści:
1) za zwłokę Wykonawcy w stosunku do terminu zakończenia poszczególnych Etapów określonych w § 2 ust. 1 - w

wysokości 0,01 % wynagrodzenia brutto określonego w § 6 ust. 2 pkt 1 umowy lub w §6 ust. 2 pkt 2 umowy za każdy rozpoczęty dzień zwłoki, jaki upłynie pomiędzy umownym terminem zakończenia danego Etapu a faktycznym dniem zakończenia danego Etapu,

2) za zwłokę w opracowaniu Harmonogramu rzeczowo-finansowego, o którym mowa w §2 ust. 3 w stosunku do przewidzianego tam terminu oraz za zwłokę w uwzględnieniu w całości lub w części uwag Zamawiającego do Harmonogramu rzeczowo-finansowego w sytuacji określonej w §2 ust. 6 – w wysokości 0,01% wynagrodzenia brutto określonego w § 6 ust. 1 umowy, za każdy jeden dzień zwłoki,

3) za zwłokę w usunięciu wad stwierdzonych przy odbiorze końcowym lub w okresie obowiązywania gwarancji i rękojmi na wady - w wysokości 0,01 % wynagrodzenia brutto określonego w § 6 ust. 1 umowy, za każdy jeden dzień zwłoki,

4) za odstąpienie przez którąkolwiek ze stron w całości albo w części w następstwie okoliczności, za które Wykonawca ponosi odpowiedzialność, w wysokości 5% wynagrodzenia brutto określonego w § 6 ust. 1 umowy,

5) z tytułu braku zapłaty wynagrodzenia należnego podwykonawcom lub dalszym podwykonawcom w terminie w wysokości 0,01% kwoty wynagrodzenia brutto określonego w § 6 ust. 1 umowy za każdy stwierdzony przypadek,

6) z tytułu nieprzedłożenia do zaakceptowania projektu Umowy o podwykonawstwo, której przedmiotem są roboty budowlane lub projektu jej zmiany w wysokości 0,01% wynagrodzenia brutto określonego w § 6 ust. 2 pkt 2 umowy za każdy stwierdzony taki przypadek,

7) z tytułu braku zmiany Umowy o, podwykonawstwo, której przedmiotem są dostawy lub usługi w zakresie terminu zapłaty w wysokości 0,01% kwoty wynagrodzenia brutto określonego w §6 ust. 2 pkt 2 umowy za każdy dzień liczony od dnia wyznaczonego przez Zamawiającego na dokonanie tej zmiany, aż do dnia otrzymania przez Zamawiającego skorygowanej Umowy o podwykonawstwo,

8) W przypadku niezrealizowania Obowiązku zatrudnienia, o których mowa w §18 Umowy na podstawie umowy o pracę zgodnie z zasadami określonymi w §18 Umowy lub nieprzedstawienia Zamawiającemu dokumentów potwierdzających zatrudnienie takich osoby w terminach określonych w §18 Umowy, Wykonawca zapłaci Zamawiającemu karę umowną w wysokości 0,01% kwoty wynagrodzenia brutto określonego w§6 ust. 1 umowy odpowiednio za każdą osobę lub stwierdzony taki przypadek. W przypadkach określonych w zdaniu pierwszym Wykonawca lub podwykonawca robót budowlanych będzie zobowiązany w terminie 5 dni od dnia wezwania przez Zamawiającego dokonać zatrudnienia wskazanej osoby na umowę o pracę oraz przedstawienia Zamawiającemu dokumentów potwierdzających zatrudnienie takiej osoby,

9) W przypadku niewywiązania się z obowiązku, o którym mowa w pkt 8 powyżej w zdaniu drugim w terminie w nim określonym Wykonawca zapłaci Zamawiającemu karę umowną w wysokości 0,01% kwoty wynagrodzenia brutto określonego w §6 ust. 1 umowy odpowiednio za każdą osobę lub stwierdzony taki przypadek,

10) za każdy stwierdzony przypadek, w którym roboty objęte przedmiotem Umowy będzie wykonywał, bez zgody Zamawiającego, podmiot inny niż Wykonawca –w wysokości 1.000,00 zł za każdy przypadek,

11) za każdy stwierdzony przypadek realizacji przedmiotu zamówienia obejmującej czynności wchodzące w zakres kompetencji osób wskazanych w wykazie osób skierowanych przez Wykonawcę do realizacji zamówienia wykazanych w ofercie, bez udziału tych osób, w wysokości 0,01% wynagrodzenia umownego brutto określonego w § 6 ust. 1 umowy za każdą z osób, których ten przypadek dotyczy, za każdy taki przypadek z osobna,

12) za wbudowanie materiałów niezgodnych z dokumentacją projektową i niezatwierdzonych przez Zamawiającego, w wysokości 0,5 % wynagrodzenia brutto, o którym mowa w § 6 ust. 1 umowy;

7) nakazanie Zamawiającemu wprowadzenia zmiany postanowienia §14 ust. 3 zd. 2 Projektowanych postanowień Umowy, poprzez zobowiązanie Zamawiającego do uprzedniego wezwania Wykonawcy do zapłaty, a następnie – po bezskutecznym upływie wyznaczonego terminu – umożliwienie Zamawiającemu dokonania potrącenia wskazanej kwoty z Wynagrodzenia Wykonawcy i nadanie mu następującej treści: Zamawiającemu przysługuje prawo do potrącenia należności z tytułu kar umownych z Wynagrodzenia Wykonawcy po bezskutecznym upływie 7 dni od dnia skutecznego doręczenia Wykonawcy wezwaniu do zapłaty. Ponadto, wnosił o:

8) dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z dokumentów załączonych do niniejszego Odwołania lub przedłożonych w toku postępowania przed Krajową Izbą Odwoławczą, na okoliczności wskazane w uzasadnieniu Odwołania lub w dacie ich powołania w postępowaniu przed Izbą;

9) zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów doradztwa prawnego, według norm przepisanych i zgodnie z fakturą przedstawioną przez Odwołującego na rozprawie.

Uwagi ogólne

Biorąc pod uwagę fakt, że formułowane w ramach dalszej części Odwołania zarzuty dotyczą zasadniczo treści Projektowanych postanowień Umowy udostępnionej przez Zamawiającego w ramach załączników do treści SWZ, na wstępie wskazuję, że jakkolwiek Odwołujący akceptuje, że Zamawiający jako gospodarz Postępowania ma pewną swobodę w formułowaniu warunków realizacji zamówienia, to swoboda ta nie powinna mieć charakteru nieograniczonego, w tym nie może prowadzić do nadużycia własnego prawa podmiotowego. Treść przyszłego stosunku zobowiązaniowego kreowanego przez Zamawiającego, niezależnie od przysługującej Zamawiającemu uprzywilejowanej pozycji, powinna być

tak ukształtowana, aby realizacja zamówienia była możliwa. Celem Zamawiającego powinno być również dążenie do osiągnięcia korzystnych rynkowo cen. Zamawiający nie powinien konstruować umowy w sposób, który negatywnie wpłynie na ilość złożonych w przetargu ofert. Nie może także przerzucić całości ryzyka gospodarczego na wykonawcę. /Wyrok Sądu Okręgowego Warszawa – Praga z dnia 16 sierpnia 2005 r., sygn. akt: IV Ca 508/05/. Postanowienia umowy powinny zostać przy tym określone w sposób na tyle precyzyjny, aby wykonawca był w stanie określić cenę ofertową.

W sytuacji, w której nie jest możliwe podanie katalogu zamkniętego okoliczności, z którymi wiążą się określone następstwa, Zamawiający powinien dążyć do jak najpełniejszego ich wyszczególnienia. /Wyrok KIO z 20.01.2014 r., sygn. akt: KIO 2949/13/. W odniesieniu do określania zasad przyszłego stosunku zobowiązaniowego, podkreślenia wymaga, że swobodę umów ograniczają m.in. zasady współżycia społecznego oraz bezwzględnie obowiązujące przepisy prawa (art. 353^1 k.c.). W dziedzinie stosunków zobowiązaniowych, z których znaczna część służy wymianie dóbr i usług, podstawowe znaczenie ma wymóg zapewnienia tzw. słuszności (sprawiedliwości) kontraktowej, rozumianej jako równomierny rozkład uprawnień i obowiązków w stosunku prawnym, czy też korzyści i ciężarów oraz szans i ryzyk związanych z powstaniem i realizacją tego stosunku. Badając zatem umowę pod względem słuszności kontraktowej, trzeba pamiętać o podstawowym założeniu prawa cywilnego, według którego umowy służą realizacji woli stron je zawierających. O naruszeniu zasad współżycia społecznego, w postaci wymogu sprawiedliwości umowy, można więc mówić wtedy, gdy zawarta prze stronę umowa nie jest wyrazem jej w pełni swobodnie i rozważnie podjętej decyzji, gdyż na treść umowy wpłynął brak koniecznej wiedzy czy presja ekonomiczna (np. wynikająca z faktu korzystania przez kontrahenta z pozycji dominującej), a przyczyną tego nie jest niedbalstwo samego pokrzywdzonego. Dalsza przesłanka uznania umowy za wykraczającą poza granice kompetencji stron wynika z istoty zasad współżycia społecznego jako ocen i norm moralnych, a polega również na uwzględnieniu postawy drugiej strony umowy. Negatywna ocena umowy ze względu na kryteria moralne uzasadniona jest tylko w tych przypadkach, gdy kontrahentowi osoby pokrzywdzonej można postawić zarzut złego postępowania, polegającego na wykorzystaniu (świadomym lub spowodowanym niedbalstwem) swojej przewagi. Tak też jednoznacznie stwierdził Sąd Najwyższy w wyrokach o sygn. IV CSK 478/07 oraz II CSK 528/10. Takiej negatywnej ocenie powinna też podlegać umowa o zamówienia publiczne, ukształtowana przez Zamawiającego z wykorzystaniem jego silniejszej pozycji w postępowaniu, gdyż umowa taka powinna chronić interesy nie tylko Zamawiającego, ale również Wykonawcy / Wyrok KIO sygn. akt: KIO 1910/11 i KIO 1918/11/.

[Naruszenie art. 436 pkt 1 ustawy Pzp, art. 99 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 16 ustawy Pzp w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp w zw. art. 5 i art. 3531 k.c. w zw. z art. 387 k.c. w zw. z art. 35 ust. 6 pkt 1 ustawy Prawo budowlane]

Na wstępie wskazał, że zgodnie z zasadą swobody umów wyrażoną w art. 3531 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. W prawie zamówień publicznych zasada ta doznaje wielu ograniczeń, niemniej zgodnie z art. 387 k.c. nie można zawrzeć umowy o świadczenie niemożliwe, gdyż będzie ona nieważna. Do obligatoryjnych postanowień umów o udzielenie zamówienia publicznego zgodnie z art. 436 pkt 1 ustawy Pzp należy określenie planowanego terminu zakończenia usługi, dostawy lub robót budowlanych, oraz, w razie potrzeby, planowanego terminu wykonania poszczególnych części usługi, dostawy lub roboty budowlanej, w dniach, tygodniach, miesiącach lub latach, chyba że wskazanie daty wykonania umowy jest uzasadnione obiektywną przyczyną. Zgodnie z wyrokiem KIO z dnia 26 września 2018r. (sygn. akt: KIO 1826/18) i z dnia 19 grudnia 2018r. (sygn. akt: KIO 2525/18), termin wykonania zamówienia musi być realny, zgodny z obowiązującymi przepisami, uwzględniający wszystkie okoliczności związane z realizacją zamówienia. Przekładając powyższe na grunt niniejszej sprawy, należy zauważyć, że zgodnie z treścią §2 ust. 1 Projektowanych postanowień Umowy: Strony określają że Przedmiot Umowy zostanie zrealizowany do dnia 15 maja 2026 r., przy czym: 1) Etap I: Wykonanie prac projektowych i uzyskanie decyzji pozwolenia na budowę lub braku sprzeciwu dla zgłoszenia zamiaru wykonania robót budowlanych (w zależności od wymogów Prawa Budowlanego), w nieprzekraczalnym terminie 10 tygodni od daty zawarcia umowy, 2) Etap II: Wykonanie robót budowlanych i pozytywne uzyskanie wszystkich wymaganych prawem odbiorów prób i zgód na użytkowanie, zgodnie z przepisami ustawy Prawo budowlane w nieprzekraczalnym terminie do dnia 15.05.2026 r. Jak wynika z przytoczonych postanowień Umowy, Zamawiający przewidział 10 tygodni od zawarcia umowy na wykonanie dokumentacji projektowej przez Wykonawcę oraz na uzyskanie przez niego ostatecznej decyzji o pozwoleniu na budowę. Powyższe, co należy podkreślić ze stanowczością, jest niemożliwe do zrealizowania, a ponadto jest niezgodne z obowiązującymi przepisami prawa m.in. z ustawą z dnia 7 lipca 1994 r. – Prawo budowlane. Zgodnie z treścią art. 35 ust 6 ustawy Prawo budowlane, organ administracji architektoniczno – budowlanej jest zobowiązany wydać pozwolenie na budowę w terminie do 65 dni od daty złożenia kompletnego wniosku. Należy pamiętać, że otrzymanie pozwolenia na budowę jest procesem podlegającym określonym zasadom czasowym i procedurom administracyjnym. W terminie 65 dni, o którym mowa powyżej, organ administracji dokonuje starannej analizy dokumentacji pod kątem zgodności z wymogami formalnymi oraz zgodnością projektu z obowiązującymi przepisami i standardami technicznymi, w tym oceną bezpieczeństwa konstrukcji. Niemniej, należy mieć na uwadze, że termin 65 dni na wydanie pozwolenia może ulec wydłużeniu z uwagi na wpływające odwołania np. ze strony sąsiadów danej nieruchomości czy też z powodu innej sytuacji, która będzie wymagała dodatkowej analizy. Co więcej, trzeba także pamiętać o tym, że uzyskanie pozwolenia na budowę, nie oznacza automatycznie gotowości do rozpoczęcia prac budowlanych. Zarówno inwestor, jak i inne zainteresowane strony, mają ograniczony czas na

ewentualne skorzystanie z prawa do odwołania się od tej decyzji. Termin ten wynosi 14 dni od momentu otrzymania zawiadomienia o wydaniu pozwolenia (art. 127 § 1 w zw. z art. 129 §2 k.p.a.). Dopiero po jego upływie, decyzja staje się wiążąca, otwierając drogę do rozpoczęcia prac. Odnosząc powyższe do treści Umowy, podkreślenia wymaga, że po pierwsze wskazany przez Zamawiającego 10 tygodniowy termin na wykonanie dokumentacji projektowej oraz na uzyskanie ostatecznej decyzji o pozwoleniu na budowę jest niezgodny z obowiązującymi przepisami prawa, m.in. z ustawą Prawo budowlane, a ponadto – jest terminem nierealnym i niemożliwym do zachowania m.in. z uwagi na czas potrzebny do przeprocedowania wniosku przez organ czy umożliwienia zainteresowanym wniesienia odwołania od decyzji. Pozostawienie wskazanego terminu 10 tygodni, a więc 70 dni wymagałoby sporządzenia dokumentacji projektowej w terminie 5 dni od daty zawarcia umowy, co jest niewykonalne, o czym Zamawiający jako doświadczony w uzyskaniu zamówień publicznych podmiot powinien wiedzieć. Już ten fakt czyni ustalony przez Zamawiającego termin wykonania tej części zamówienia, terminem nierealnym i całkowicie nieadekwatnym do zobowiązań nałożonych na wykonawcę, abstrahujący od tendencji rynkowych dotyczących analogicznych inwestycji. W tym miejscu należy zaznaczyć, że przygotowanie projektu budowlanego powinno być poprzedzone m.in.:

1) weryfikacją projektu koncepcyjnego wraz załącznikami pod kątem optymalizacji realizacji inwestycji (PFU, str. 5);
2) dokonaniem wspólnie z przedstawicielem Zamawiającego oględzin terenu i obiektów, weryfikacją dla potrzeb projektowych założeń podanych w dokumentacji zamówienia, w tym Programie Funkcjonalno-Użytkowym i umowie oraz dokonanie analiz niezbędnych do rozwiązań zagadnień i wykonania czynności związanych ze sporządzeniem dokumentacji projektowej (Projektowane postanowienia umowne, str. 4);
3) pozyskaniem do celów projektowych aktualnych wypisów i wyrysów z miejscowych planów zagospodarowania przestrzennego (Projektowane postanowienia umowne, str. 4);
4) uwzględnieniem uzyskanych warunków przyłączenia, zabezpieczenia lub likwidacji kolizji projektowanych obiektów z istniejącym uzbrojeniem (Projektowane postanowienia umowne, str. 4);
5) w razie potrzeby wystąpieniem o decyzję o uwarunkowaniach środowiskowych realizacji inwestycji (Projektowane postanowienia umowne, str. 5);
6) pozyskaniem map do celów projektowych zawierających wszystkie wskazane przez projektanta naniesienia niezbędne do wykonania dokumentacji projektowej w tym oznaczenia literowe i graficzne oraz klauzule właściwych ośrodków dokumentacji geodezyjnej (Projektowane postanowienia umowne, str. 5);
7) pozyskaniem aktualnych wypisów z rejestru gruntów niezbędnych do wykonania dokumentacji (Projektowane postanowienia umowne, str. 5);
8) uzyskaniem dla projektów budowlanych wszystkich wymaganych prawem ostatecznych, opinii, sprawdzeń i uzgodnień w formie klauzul, pism, postanowień w tym synchronizacyjnych lub decyzji wynikających ze specyfiki opracowywanych projektów (Projektowane postanowienia umowne, str. 5)

Zgodnie z treścią §4 ust. 1 i 3 Projektowanych postanowień Umowy, sam proces weryfikacji projektu budowlanego trwa 10 dni liczonych od złożenia kompletnego projektu budowalnego, Wykonawca ma 7 dni od przekazania zastrzeżeń na ich uwzględnienie i ponowne przekazanie Zamawiającemu projektu budowlanego, po którym analogicznie powinien przypadać czas na weryfikację i ewentualne kolejne wprowadzenie korekt związanych z ewentualnymi kolejnymi zastrzeżeniami. Odwołujący zwraca uwagę, że wykonanie projektu budowlanego wymaga dokonania szeregu analiz, wielobranżowych uzgodnień, uzgodnień formalnych, uzyskania promes od gestorów sieci (czas uzyskania promes wynosi zazwyczaj od 7 lub 21 dni lub dłużej w zależności od konkretnego operatora).

Ponadto w przypadku przedmiotowej inwestycji niezbędne do uzyskania pozwolenia na budowę jest unieważnienie lub zmiana obowiązującego pozwolenia na budowę: „ROZBUDOWA I PRZEBUDOWA BUDYNKU HOSPICJUM PRZY UL. DASZYŃSKIEGO 29 W GLIWICACH" z grudnia 2016 r. (decyzja o pozwoleniu na budowę nr 452/2017 z 21 kwietnia 2017 oraz decyzja nr AB-400/2024 z 14 sierpnia 2024), która koliduje zakresem z obszarem objętym postępowaniem. Wykonawca nie ma możliwości prawnej do wykonania tego zakresu prac w przewidzianym przez Zamawiającego terminie. Zgodnie z treścią PFUw ramach Umowy, Wykonawca będzie zobowiązany do opracowania dokumentacji projektowej zawierającej:

1) projekty budowlane,
2) projekty techniczne,
3) projekty wykonawcze,
4) przedmiar robót,
5) kosztorysy inwestorskie,
6) specyfikację techniczną wykonania i odbioru robót budowlanych.

Odwołujący zwrócił uwagę, że opracowanie wielobranżowej dokumentacji wykonawczej w przypadku obiektu szpitalnego o wysokim stopniu skomplikowania powinno wynosić minimum 2 miesiące od akceptacji projektu budowlanego. Zamawiający wszczynając postępowanie o udzielenie zamówienia winien nie tylko dokonać opisu przedmiotu zamówienia, w sposób umożliwiający mu uzyskanie spełnienia uzasadnionych potrzeb w tym zakresie, ale także ocenić możliwości rynku, czy tak dokonany opis nie doprowadzi do takiego utrudnienia wzięcia udziału w

postepowaniu wykonawcom, iż tylko jeden z nich (lub ściśle ograniczony krąg) będzie w stanie sprostać postawionym wymaganiom. Dokonany opis nie może prowadzić do eliminacji wykonawców, którzy są zdolni w sposób należyty wykonać dane zamówienie (wyrok z 07.04.2016 r., KIO 443/16). Pozostawienie zaskarżonego postanowienia w niezmienionej formie i treści spowoduje, że tylko nieliczna grupa wykonawców lub żaden z nich będzie skłonny złożyć ofertę, co w sposób zasadniczy doprowadzi do złożenia wygórowanej cenowo oferty i tym samym doprowadzi do naruszenia zasady racjonalnego i efektywnego wydatkowania środków publicznych. W ocenie Odwołującego, niezbędny czas, który należałoby przewidzieć dla uzyskania ostatecznej decyzji o pozwoleniu na budowę powinien wynosić co najmniej 79 dni, wobec tego, jak łatwo można policzyć, minimalny czas procedowania i uzyskiwania ostatecznej decyzji administracyjnej właściwej dla przedmiotowego Postępowania, kluczowych dla etapu projektowania, przekracza czas zabezpieczony przez Zamawiającego na realizację całego Etapu I zamówienia. Co prawda Zamawiający w §15 ust. 1 pkt 1 lit. a) Umowy dopuścił zmianę terminu realizacji zamówienia w przypadku przekroczenia przez organy administracji określonych przez prawo lub regulaminy terminów lub terminów wydawania przez organy administracji lub inne podmioty decyzji, zezwoleń, uzgodnień itp. W nawiązaniu do powyższego zarzutu, warto podkreślić, że powyższa przesłanka nie znajdzie zastosowania podczas realizacji zamówienia, ponieważ organ – zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa – wydając decyzję w terminie 65 dni będzie działał zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa, trudno więc będzie skorzystać Wykonawcy ze wskazanej przesłanki, celem wydłużenia terminu realizacji Umowy, gdy np. będzie wykonywał dokumentację projektową w terminie 10 czy 15 dni, zamiast przewidzianych przez Zamawiającego 5 dni od zawarcia Umowy. Odwołujący wskazał także na brak zasadności określania terminu końcowego realizacji Przedmiotu Umowy na dzień 15.05.2026 r., ponieważ nie jest on uzasadniony obowiązującymi Zamawiającego przepisami. Zgodnie z treścią Załącznika do Decyzji wykonawczej Rady zmieniającej decyzję wykonawcząz 17.06.2022 r. w sprawie zatwierdzenia oceny planu odbudowy i zwiększania odporności Polski, zgodnie z pkt D1.1.1 - Rozwój i modernizacja infrastruktury centrów opieki wysokospecjalistycznej i innych podmiotów leczniczych, realizacja inwestycji zostanie zakończona do dnia 30 czerwca 2026 r. Powyższe wskazuje, że nie ma przeciwskazań do wydłużenia terminu realizacji Przedmiotu Umowy do dnia 30 czerwca 2026 r., co pozwoli na wydłużenie terminu realizacji Etapu I i pozwoli uniknąć postanowień niemożliwych do zrealizowania, które zgodnie z art. 387 §1 k.c. są nieważne.

Odwołujący wskazuje także, że niniejsze postępowanie odwoławcze także wpłynie na skrócenie terminu realizacji Przedmiotu Umowy, wobec tego zachowanie przewidzianego przez Zamawiającego terminu realizacji Przedmiotu Umowy jest niemal niemożliwe do zrealizowania przy zachowaniu 10 tygodni na wykonanie Etapu I. Co do zasady, Krajowa Izba Odwoławcza ma 15 dni na rozpoznanie odwołania, niemniej jest to termin instrukcyjny, więc może zostać wydłużony. Ponadto, nie wykluczone, że oferenci będą składali także kolejne odwołania, np. dotyczące wyboru oferty. Mając na uwadze powyższe, czas przewidziany przez Zamawiającego na realizację Etapu I, tj. sporządzenie dokumentacji projektowej oraz uzyskanie pozwolenia na budowę jest nieadekwatny do rzeczywistego czasu, w którym możliwe będzie uzyskanie takiej decyzji, nie mówiąc już o sporządzeniu dokumentacji projektowej i następnie uzyskaniu ostatecznej decyzji o pozwoleniu na budowę, a więc wskazany przez Zamawiającego termin jest nierealny do zachowania. Wobec tego, Odwołujący wnosi o uwzględnienie treści Odwołania i wprowadzenie zmian w Projektowanych postanowieniach Umowy zgodnie z wnioskiem z petitum pisma.

[Naruszenie art. 353[1] k.c., art. 58 k.c., art. 647 k.c. w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp, art. 134 ust. 1 pkt 20 ustawy Pzp, w związku z art. 16 ustawy Pzp,]

W Projektowanych postanowieniach Umowy pojawiają się postanowienia, które uzależniają odbiór robót budowlanych od występowania wad, zastrzeżeń lub nieprawidłowości. Wymienione w petitum postanowienia odnoszą się do odbioru robót i prac projektowych. Wskazać zatem należy, że zgodnie z treścią art. 627 k.c., przez umowę o dzieło przyjmujący zamówienie zobowiązuje się do wykonania oznaczonego dzieła, a zamawiający do zapłaty wynagrodzenia. Podkreślenia w tym miejscu wymaga, że wykonanie dokumentacji projektowej stanowi umowę o dzieło. Zgodnie z linią orzeczniczą, którą uznać można za utrwaloną, o prawnie doniosłym oddaniu (wydaniu) dzieła (tj. oddaniu rodzącym skutki prawne określone zwłaszcza w art. 642, 643 oraz 646 k.c.) można mówić wówczas, gdy dzieło nie ma wad dyskwalifikujących je w stopniu pozwalającym stwierdzić, że nie zostało ono w ogóle wykonane. Inwestor nie jest uprawniony do odmowy odbioru prac pod pretekstem wystąpienia wad – zarówno w przypadku umowy o roboty budowlane jak i umowy o dzieło. Sąd Najwyższy w zakresie uregulowań umowy o dzieło wskazał: Obowiązek zapłaty przez zamawiającego wynagrodzenia – co do zasady - aktualizuje się w razie wydania dzieła przez przyjmującego zamówienie, mimo istnienia wad nieistotnych. Strony nie mogą uzależnić wypłaty wynagrodzenia należnego wykonawcy od braku jakichkolwiek usterek dzieła (wyrok Sądu Najwyższego - Izba Cywilna z dnia 29 stycznia 2021 r., V CSKP 10/21). Zgodnie zaś z treścią art. 647 k.c., 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 czynności związanych z przygotowaniem robót, w szczególności do przekazania terenu budowy i dostarczenia projektu oraz do odebrania obiektu i zapłaty umówionego wynagrodzenia. Z powyższej definicji jasno wynika, że dokonanie odbioru stanowi obowiązek inwestora. W orzecznictwie słusznie przyjmuje się, że odbiór robót jest elementem przełomowym w stosunkach pomiędzy stronami umowy o roboty budowlane, gdyż z jednej strony potwierdza wykonanie zobowiązania i otwiera wykonawcy prawo do żądania wynagrodzenia, bądź wskazuje na jego niewykonanie lub

nienależyte wykonanie w całości lub w części wobec istnienia wad i rodzi odpowiedzialność za wady ujawnione przy odbiorze, a z drugiej strony wyznacza początek biegu terminów rękojmi za wady (wyrok Sądu Apelacyjnego w Katowicach z 17.02.2000 r., I ACa 1027/99). Podkreślił jednak, że obowiązek dokonania odbioru prac zgłoszonych przez wykonawcę i dokonanie za nie zapłaty nie ma charakteru bezwzględnego. Inwestor może odmówić odbioru, gdy w wykonanych robotach występują tego rodzaju wady, że należy je oceniać jako niewykonanie umowy przez wykonawcę, co oznacza także, że wykonawcy nie przysługuje zapłata wynagrodzenia. (wyrok SA w Lublinie z 3.11.2017 r., I ACa 292/16, LEX nr 2449759).

Odbiór następuje po stwierdzeniu przez inwestora prawidłowości wykonania obiektu. Odmowa dokonania odbioru może mieć miejsce w przypadku jego istotnych wad, a więc wykonania go w sposób poważnie odbiegający od projektu, treści umowy, zasad wiedzy technicznej, norm wynikających z przepisów budowlanych. (B. Gliniecki [w:] Kodeks cywilny. Komentarz, red. M. Balwicka - Szczyrba, A. Sylwestrzak, Warszawa 2022, art. 647). Taka okoliczność została uwzględniona w treści Projektowanych postanowień Umowy i jest uzasadniona w zakresie niezakończenia robót, co zostało opisane w §4 ust. 19 Projektowanych postanowień Umowy.Postanowienia umowne, z których wynika, że Zamawiający może odmówić odbioru robót w przypadku wystąpienia wad, które nadają się do usunięcia, są nieważne. W wyroku z 3 sierpnia 2017 r., I ACa 689/16, Sąd Apelacyjny w Warszawie stwierdził, że "… odbiór robót jest obowiązkiem zamawiającego, a postanowienie umowne, które uzależnia prawo wykonawcy od podpisania bezusterkowego protokołu odbioru uznać należy za nieważne, jako sprzeczne z istotą umowy o roboty budowlane w rozumieniu art. 647 k.c. W świetle ugruntowanego już w orzecznictwie poglądu, zgłoszenie do odbioru przez wykonawcę robót budowlanych, które spełniają cechy zamówienia określone w umowie, chociaż zawierają pewne wady lub braki, rodzi po stronie inwestora obowiązek odebrania wykonanych prac, zgodnie z art. 643 k.c. Inwestor może uchylić się od tego obowiązku tylko poprzez wskazanie obiektywnie istniejących i osadzonych w treści umowy bądź przepisach prawa przyczyn, które czynią zgłoszenie wykonawcy nieskutecznym." Przez wykonanie robót budowlanych rozumieć należy taką sytuację, gdy roboty zostały wykonane zgodnie z zakresem przedmiotowym umowy, na co nie ma wpływu ewentualne posiadanie przez te roboty nieistotnych wad, usterek i niedoróbek (wyrok Sądu Apelacyjnego we Wrocławiu z dnia 18 października 2012 r., I ACa 1046/12). Przepis art. 647 k.c. nie stanowi o tym, że odbiór robót odnosi się tylko do robót wykonanych w całości bez wad, a zatem nie znajduje żadnego uzasadnienia stanowisko, że odbiór następuje tylko wtedy, gdy roboty zostały wykonane w całości i nie mają żadnych wad, czyli nastąpił odbiór „skuteczny". Gdyby zaakceptować takie stanowisko, odbiory robót przeciągałyby się w czasie, a nierzadko nigdy nie dochodziłyby do skutku (wyrok Sądu Apelacyjnego w Gdańsku z dnia 9 lipca 2013 r., V ACa 332/13). Przenosząc powyższe rozważania na grunt niniejszej sprawy, nie ma wątpliwości, że użyte w Umowie postanowienia dotyczące wszelkich odbiorów bez wad, zastrzeżeń czy usterek, bądź odmowa odbioru robót ze względu na bliżej nieokreślone nieprawidłowości są nieważne. Mając na uwadze przeprowadzoną analizę, Odwołujący wnosi o zobowiązanie Zamawiającego do wprowadzenia zmian w Umowie zgodnie z wnioskiem z petitum pisma.

[Naruszenia art. 353¹ k.c., art. 5 k.c. i art. 484 § 2 k.c. w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp]

W ocenie Odwołującego, mając na względzie treść §14 ust. 1 Umowy, Zamawiający określając wysokość kar umownych nie dopasował ich wysokości proporcjonalnie do danego naruszenia, tj. Wykonawca będzie zobowiązany do zapłaty Zamawiającemu kar umownych w następujących przypadkach i wysokościach:

1) za zwłokę Wykonawcy w stosunku do terminu zakończenia poszczególnych Etapów określonych w § 2 ust. 1 - w wysokości 0,1 % wynagrodzenia brutto określonego w § 6 ust. 1 umowy za każdy rozpoczęty dzień zwłoki, jaki upłynie pomiędzy umownym terminem zakończenia danego Etapu a faktycznym dniem zakończenia danego Etapu,

2) za zwłokę w opracowaniu Harmonogramu rzeczowo-finansowego, o którym mowa w §2 ust. 3 w stosunku do przewidzianego tam terminu oraz za zwłokę w uwzględnieniu w całości lub w części uwag Zamawiającego do Harmonogramu rzeczowo-finansowego w sytuacji określonej w §2 ust. 6 – w wysokości 0,05% wynagrodzenia brutto określonego w § 6 ust. 1 umowy, za każdy jeden dzień zwłoki,

3) za zwłokę w usunięciu wad stwierdzonych przy odbiorze końcowym lub w okresie obowiązywania gwarancji i rękojmi na wady - w wysokości 0,5 % wynagrodzenia brutto określonego w § 6 ust. 1 umowy, za każdy jeden dzień zwłoki,

4) za odstąpienie przez którąkolwiek ze stron w całości albo w części w następstwie okoliczności, za które Wykonawca ponosi odpowiedzialność, w wysokości 10% wynagrodzenia brutto określonego w § 6 ust. 1 umowy,

5) z tytułu braku zapłaty wynagrodzenia należnego podwykonawcom lub dalszym podwykonawcom w terminie w wysokości 0,02% kwoty wynagrodzenia brutto określonego w § 6 ust. 1 umowy za każdy stwierdzony przypadek,

6) z tytułu nieprzedłożenia do zaakceptowania projektu Umowy o podwykonawstwo, której przedmiotem są roboty budowlane lub projektu jej zmiany w wysokości 0,05% wynagrodzenia brutto określonego w § 6 ust. 1 umowy za każdy stwierdzony taki przypadek,

7) z tytułu braku zmiany Umowy o, podwykonawstwo, której przedmiotem są dostawy lub usługi w zakresie terminu zapłaty w wysokości 0,02% kwoty wynagrodzenia brutto określonego w §6 ust. 1 umowy za każdy dzień liczony od dnia wyznaczonego przez Zamawiającego na dokonanie tej zmiany, aż do dnia otrzymania przez Zamawiającego skorygowanej Umowy o podwykonawstwo,

8) W przypadku niezrealizowania Obowiązku zatrudnienia, o których mowa w §18 Umowy na podstawie umowy o pracę zgodnie z zasadami określonymi w §18 Umowy lub nieprzedstawienia Zamawiającemu dokumentów potwierdzających zatrudnienie takich osoby w terminach określonych w §18 Umowy, Wykonawca zapłaci Zamawiającemu karę umowną w wysokości 0,05% kwoty wynagrodzenia brutto określonego w§6 ust. 1 umowy odpowiednio za każdą osobę lub stwierdzony taki przypadek. W przypadkach określonych w zdaniu pierwszym Wykonawca lub podwykonawca robót budowlanych będzie zobowiązany w terminie 5 dni od dnia wezwania przez Zamawiającego dokonać zatrudnienia wskazanej osoby na umowę o pracę oraz przedstawienia Zamawiającemu dokumentów potwierdzających zatrudnienie takiej osoby,
9) W przypadku niewywiązania się z obowiązku, o którym mowa w pkt 8 powyżej w zdaniu drugim w terminie w nim określonym Wykonawca zapłaci Zamawiającemu karę umowną w wysokości 0,05% kwoty wynagrodzenia brutto określonego w §6 ust. 1 umowy odpowiednio za każdą osobę lub stwierdzony taki przypadek
10) za każdy stwierdzony przypadek, w którym roboty objęte przedmiotem Umowy będzie wykonywał, bez zgody Zamawiającego, podmiot inny niż Wykonawca –w wysokości 5.000,00 zł za każdy przypadek,
11) za każdy stwierdzony przypadek realizacji przedmiotu zamówienia obejmującej czynności wchodzące w zakres kompetencji osób wskazanych w wykazie osób skierowanych przez Wykonawcę do realizacji zamówienia wykazanych w ofercie, bez udziału tych osób, w wysokości 0,02% nagrodzenia umownego brutto określonego w § 6 ust. 1 umowy za każdą z osób, których ten przypadek dotyczy, za każdy taki przypadek z osobna,
12) za wbudowanie materiałów niezgodnych z dokumentacją projektową i niezatwierdzonych przez Zamawiającego, w wysokości 5 % wynagrodzenia brutto, o którym mowa w § 6 ust. 1 umowy.

Po przeanalizowaniu powyższego postanowienia, nie ulega wątpliwości, że wysokości kar umownych są niewspółmiernie wysokie. Zakładając, że np. wynagrodzenie brutto za wykonanie przedmiotu Umowy wyniesie 24 600 000,00 zł brutto, to kara za zwłokę w wykonaniu przedmiotu Umowy (§14 ust. 1 pkt 1) wyniosłaby 24 600,00 zł brutto za każdy rozpoczęty dzień zwłoki. Natomiast, kara za wbudowanie materiałów niezgodnych z dokumentacją projektową i niezatwierdzonych przez Zamawiającego wyniosłaby obecnie 1 230 000,00 zł brutto. Podobnie, kary określone przez Zamawiającego kwotowo także powinny zostać zmiarkowane zgodnie z wnioskiem zawartym w petitum pisma. Odwołujący zwracił uwagę nie tylko na wysokość ustanowionych kar umownych, ale także na postanowienia z §14 ust. 1 pkt 1, 6 i 7 Projektowanych postanowień Umowy, które odnoszą się do całości wynagrodzenia brutto Wykonawcy, a w ocenie Odwołującego powinny odnosić się do wynagrodzenia, które przysługuje Wykonawcy za konkretny Etap. Zgodnie bowiem z treścią §6 ust. 2 Projektowanych postanowień Umowy, wynagrodzenie Wykonawcy zostało podzielone na dwa Etapy, tj. Etap I – wynagrodzenie za wykonanie dokumentacji projektowej oraz uzyskanie ostatecznej decyzji pozwolenia na budowę, Etap II – wynagrodzenie za zrealizowane roboty budowlane. Nie ma więc uzasadnienia dla naliczania kar umownych za zwłokę w wykonaniu Etapu II od całości wynagrodzenia brutto, podczas gdy Etap I zostanie wykonany w wyznaczonym terminie. Podobnie, Odwołujący nie widzi podstaw do naliczania kar umownych za nieprzedłożenie projektu umowy o podwykonawstwo w zakresie robót budowlanych od całości wynagrodzenia, gdy zasadnym byłoby naliczanie kary umownej od wynagrodzenia przewidzianego za Etap II.

W myśl art. 484 § 1 k.c. kara umowna należy się wierzycielowi w razie niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania w zastrzeżonej na ten wypadek wysokości, bez względu na wysokość poniesionej szkody. W tym stanie rzeczy bardzo ważne jest wyważenie interesów obu stron stosunku zobowiązaniowego wynikającego z umowy w sprawie zamówienia publicznego. Z jednej strony zamawiający, uwzględniając funkcje, jakie kary umowne mają realizować przy wykonywaniu przedsięwzięć publicznych, powinni tak kształtować postanowienia umowne dotyczące tego zagadnienia, aby odpowiednio zabezpieczyć interes publiczny i właściwą realizację zamówienia publicznego. Z drugiej zaś strony, powinność zamawiających do należytego zabezpieczenia interesu publicznego nie może prowadzić do przerzucenia na wykonawców odpowiedzialności za zdarzenia, które pozostają poza ich kontrolą, czyli na których powstanie nie mają oni wpływu. Niedopuszczalne jest również kształtowanie wysokości kar w sposób całkowicie dowolny, bez jakiegokolwiek racjonalnego powiązania z uszczerbkiem po stronie zamawiającego. W tym kontekście kary umowne powinny być określone w wysokości adekwatnej do ewentualnej szkody - tak aby spełniały swoje funkcje, ale nie zniechęcały do udziału w zamówieniach publicznych.

Z zasady swobody umów określonej w art. 353¹ k.c. wynika, że treść lub cel stosunku prawnego nie może sprzeciwiać się jego właściwości (naturze), ustawie ani zasadom współżycia społecznego. Jak się przyjmuje w orzecznictwie, „Zarówno treść, jak i cel umowy nie mogą być sprzeczne z właściwością stosunku zobowiązaniowego, przepisami prawa oraz z zasadami współżycia społecznego. Postanowienia umowy, bez względu zatem na swobodę umów, nie mogą naruszać istoty i charakteru danego zobowiązania, przepisów bezwzględnie obowiązujących oraz ogólnych zasad słuszności, dobrych obyczajów, uczciwości, czy rzetelności, które mieszczą się w pojęciu zasad współżycia społecznego.” (wyrok KIO z 02.02.2021r.; sygn. akt: KIO 3512/20). Z uwagi na powyższe, Zamawiający powinien kształtować treść przyszłego stosunku zobowiązaniowego w sposób umożliwiający jego prawidłową realizację. Natomiast w niniejszym przypadku Zamawiający wymaga wykonania zamówienia przenosząc całe ryzyko na wykonawcę, polegające m.in. na naliczaniu nieproporcjonalnych i wygórowanych kar umownych, pozostawiając przy tym szerokie

możliwości interpretacyjne przesłanek dot. zasadności naliczania kar umownych. W ocenie Odwołującego, Zamawiający ukształtował zaskarżone postanowienia Umowy z przekroczeniem akceptowanej i dopuszczalnej na gruncie przepisów Prawa zamówień publicznych modyfikacji zasady równości stron kontraktowych. „To, że zamawiający ustanawia wzór umowy nie oznacza, że może jednostronnie narzucać uciążliwą regulację obowiązków po stronie przeciwnej. Jednostronne ustanawianie warunków umowy nie stanowi realizacji swobody zawierania umów, a wręcz ją narusza, ustanawiając przywilej dyktowania warunków tylko po jednej stronie w tym przypadku zamawiającego" (wyrok KIO z 30.10.2017r.; sygn. akt: KIO 2163/17). Ponadto, takie ukształtowanie postanowień przyszłej umowy należy zakwalifikować jako nadużycie prawa podmiotowego przez Zamawiającego. Zgodnie bowiem z art. 5 k.c., „nie można czynić ze swego prawa użytku, który by był sprzeczny ze społeczno-gospodarczym przeznaczeniem tego prawa lub z zasadami współżycia społecznego. Takie działanie lub zaniechanie uprawnionego nie jest uważane za wykonywanie prawa i nie korzysta z ochrony". Jednocześnie, Zamawiający zastrzegając kary umowne w obecnym kształcie, narusza zasadę proporcjonalności postępowania. „W zakresie warunków zamówienia określanych przez zamawiającego, w tym postanowień umowy w sprawie zamówienia publicznego – zachowanie proporcjonalności oznacza znalezienie równowagi pomiędzy interesami zamawiającego i poszczególnych wykonawców (por. wyrok SO w Poznaniu z 11.08.2006 r., IX Ga 137/06, niepubl.)" (Dzierżanowski W., Jaźwiński Ł., Jerzykowski J., Kittel M. Stachowiak M., Prawo zamówień publicznych. Komentarz, LEX, 2021). Zaskarżona czynność Zamawiającego nie wpisuje się w powyższy standard postępowania. Zaskarżone postanowienia umowne naruszają zatem wprost przepisy Kodeksu cywilnego i przepisy Prawa zamówień publicznych wskazane w niniejszym odwołaniu oraz kształtują uprawnienia Zamawiającego w sposób nieadekwatny do charakteru inwestycji i nadmierny w stosunku do wymogu racjonalnego wydatkowania środków publicznych. Z uwagi na powyższe, uzasadnione i konieczne jest wprowadzenie zmian postanowień przyszłej Umowy w sprawie zamówienia publicznego w sposób zaproponowany przez Odwołującego w petitum pisma. Odwołujący zauważa, że Projektowane postanowienia Umowy prowadzą do nieuzasadnionego uprzywilejowania Zamawiającego oraz naruszają zasadę równowagi stron stosunku zobowiązaniowego, która i tak w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego doznaje znaczącego ograniczenia wobec braku możliwości negocjowania przez strony warunków przyszłej umowy o zamówienie publiczne. Stosownie do treści art. 353¹ k.c., statuującego zasadę swobody umów, strony zawierające umowę mogą ułożyć stosunek prawny według swojego uznania, jakkolwiek treść lub cel tego stosunku prawnego nie może sprzeciwiać się właściwości (naturze) stosunku, ustawie ani zasadom współżycia społecznego. Do podobnych kryteriów odwołuje się art. 354 k.c. określający reguły wykonywania zobowiązań. W myśl przywołanego przepisu zarówno dłużnik, jak i wierzyciel powinni wykonywać swoje zobowiązania zgodnie z ich treścią i w sposób odpowiadający ich celowi społeczno-gospodarczemu oraz zasadom współżycia społecznego, a jeżeli istnieją w tym zakresie ustalone zwyczaje – także w sposób odpowiadający tym zwyczajom. Reguły te znajdują zastosowanie także do umów w sprawie zamówienia publicznego /wyrok Sądu Najwyższego z dn. 12.01.2012 r., sygn. akt: IV CSK 219/11/. Zarówno w doktrynie /A. Olejniczak [w:] Kodeks cywilny. Komentarz. Tom III. Zobowiązania - część ogólna, wyd. II, red. A. Kidyba, Warszawa 2014, art. 353(1)/, jak i orzecznictwie Sądu Najwyższego /wyrok SN z dn. 06.01.1976 r., sygn. akt: I CR 713/75; wyrok SN z dn. 07.01.1980 r., sygn. akt: II CR 464/79; uchwała SN (7) z dn. 22.05.1991 r., sygn. akt: III CZP 15/91; wyrok SN z dn. 11.09.2003 r., sygn. akt: III CKN 579/01; wyrok SN z dn. 23.06.2005 r., sygn. akt: II CK 739/04/ wskazuje się, że postanowieniami umownymi naruszającymi zasady współżycia społecznego są takie klauzule, które kształtują prawa i obowiązki stron w sposób nieodpowiadający słuszności kontraktowej, a w szczególności rażąco nierównoważnie kształtujące wzajemne prawa i obowiązki stron. Jak zostało to już zasygnalizowane, nie ulega żadnej wątpliwości, że w przypadku umów w sprawie zamówienia publicznego zamawiający posiada zdecydowanie silniejszą pozycję, samodzielnie kształtując zarówno opis przedmiotu zamówienia, jak również warunki umowy. Wykonawcy, poza nielicznymi wyjątkami wskazanymi w ustawie Pzp, nie mają możliwości oddziaływania na treść przyszłego stosunku zobowiązaniowego, a w szczególności negocjowania poszczególnych postanowień umowy w sprawie zamówienia publicznego. Powyższe jednak nie może prowadzić do sytuacji, w której wykonawcy będą stawiani przed wyborem zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego o treści narzuconej przez zamawiającego bądź rezygnacji z udziału w postępowaniu, a tym samym realizacji swoich celów gospodarczych i osiągania zysku. Mając na względzie poczynione powyżej uwagi, w ocenie Odwołującego, brak wprowadzenia zmian, o które wnioskuje Odwołujący, będzie prowadziło do istotnego zaburzenia równowagi kontraktowej stron przyszłej umowy, a tym samym ograniczy krąg podmiotów, które mogłyby być zainteresowane złożeniem oferty w niniejszym postępowaniu. Zgodnie bowiem z art. 16 ustawy Pzp, zapewnienie zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców oznacza, że na każdym etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego Zamawiający jest zobligowany do sprawiedliwego traktowania uczestników postępowania - wykonawcy powinni być traktowani jednakowo, bez stosowania jakichkolwiek przywilejów, a także bez środków dyskryminujących. Zamawiający nie może tworzyć i wprowadzać nieuzasadnionych barier ograniczających prawo oferentów do wzięcia udziału w przetargu, nie może również działać w sposób, który będzie eliminować z udziału w postępowaniu określonej grupy wykonawców albo też stwarzać określonej grupie uprzywilejowanej pozycji /Wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Warszawie z dnia 25 sierpnia 2017 roku, sygn. akt: VIII SA/Wa 13/17/ Pozostawienie postanowień dotyczących kar umownych w niezmienionej formie może prowadzić do niczym nieuzasadnionego uprzywilejowania pozycji Zamawiającego, a w konsekwencji – może skutkować nie tylko sporami na

etapie realizacji Umowy, ale przede skalkulowaniem ryzyk w cenie ofertowej przez wykonawców na dużo wyższym poziomie. To z kolei może prowadzić zarówno do zwiększenia kosztów wykonania Zamówienia po stronie wykonawców, a w skrajnym przypadku – powodować nieporównywalność ofert złożonych w postępowaniu, gdyż brak będzie informacji na temat tego, jakie konkretnie ryzyka i w jaki sposób zostały skalkulowane przez każdego z wykonawców. Konkludując, skonstruowany w dotychczasowym brzmieniu sposób nakładania kar umownych nie tylko pozostaje niezgodny z ustawą Prawo zamówień publicznych oraz z Kodeksem cywilnym, jak również jest niekorzystny i niecelowy zarówno z punktu widzenia Odwołującego jak i Zamawiającego i powinien zostać zmieniony. Wobec powyższego, zasadnym jest wprowadzenie modyfikacji postanowień Projektowych postanowień Umowy, umożliwiając realizację zamówienia zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa i dobrymi obyczajami.

[Naruszenie art. 353¹ k.c., art. 354 §1 i 2 k.c., art. 498 §1 k.c. oraz art. 5 k.c. w zw. z art. 8 ust. 1 oraz art. 16 pkt 1 ustawy Pzp]

Zgodnie z treścią §14 ust. 3 zd. 2 Projektowanych postanowień Umowy, Zamawiający zastrzega sobie prawo do potrącenia kar umownych z Wynagrodzenia należnego Wykonawcy (faktury), nawet niewymagalnego. Zgodnie np. z treścią wyroku Sądu Apelacyjnego w Warszawie z 14 kwietnia 2016 r., I ACa 960/15, LEX nr 2063764: „Zatem przed złożeniem oświadczenia o potrąceniu wierzytelności z tytułu kary umownej konieczne jest wezwanie dłużnika do jej zapłaty (art. 455 k.c.). (…) Skutkiem prawnym wezwania do zapłaty jest aktywizacja obowiązku wykonania zobowiązania. W sytuacji niedochowania powyższego wymogu oświadczenie o potrąceniu wierzytelności o charakterze bezterminowym będzie bezskuteczne, gdyż wierzytelność z tytułu kary umownej nie będzie jeszcze wymagalna.” Ponadto, zgodnie z wyrokiem Sądu Najwyższego z 5.03.2019 r., II CSK 41/18, LEX nr 2629855: „W odniesieniu do roszczenia pozwanych o zapłatę kar umownych Sąd Apelacyjny trafnie wywiódł, że skoro strony w umowie nie oznaczyły terminu spełnienia świadczenia z tytułu kar umownych, zobowiązanie takie ma charakter bezterminowy (por. uchwała Sądu Najwyższego z dnia 5 listopada 2014 r., III CZP 76/14, OSNC 2015, nr 7-8, poz. 86). Wymagalność roszczeń wynikających z zobowiązań bezterminowych, jak również początek biegu przedawnienia takich roszczeń należy określać przy uwzględnieniu art. 455 k.c. Roszczenie takie staje się zatem wymagalne w dniu, w którym świadczenie powinno być spełnione, gdyby wierzyciel wezwał dłużnika do wykonania zobowiązania w najwcześniej możliwym terminie (art. 120 § 1 zd. 2 w zw. z art. 455 k.c.)”. Zgodnie zaś z treścią art. 498 §1 k.c., Gdy dwie osoby są jednocześnie względem siebie dłużnikami i wierzycielami, każda z nich może potrącić swoją wierzytelność z wierzytelności drugiej strony, jeżeli przedmiotem obu wierzytelności są pieniądze lub rzeczy tej samej jakości oznaczone tylko co do gatunku, a obie wierzytelności są wymagalne i mogą być dochodzone przed sądem lub przed innym organem państwowym. Przez wymagalność wierzytelności rozumie się stan, w którym wierzyciel ma prawną możliwość żądania zaspokojenia przysługującej mu wierzytelności, a dłużnik jest obowiązany spełnić świadczenie. Wówczas też następuje dopuszczalność potrącenia (por. wyr. SN z 18.1.2008 r., V CSK 367/07, Legalis; wyr. SA w Białymstoku z 21.12.2015 r., I ACa 770/15, Legalis oraz wyr. SA w Białymstoku z 16.3.2016 r., I ACa 809/15, Legalis). 73. Ponadto, zgodnie z treścią postanowienia Sądu Najwyższego z dnia 12 lutego 2019 r. sygn. akt: II CSK 41, Stan wymagalności wierzytelności oznacza, że upłynął już termin spełnienia świadczenia. Zamawiający poniekąd spełnił powyższy warunek, ponieważ zgodnie z treścią §14 ust. 4 Projektowanych postanowień Umowy przewidział 7 dniowy termin od dnia skutecznego doręczenia wezwania do zapłaty - na zapłatę przez Wykonawcę kary umownej. Niemniej, aby można było potrącić dochodzoną wierzytelność, musi ona być wymagalna. Podsumowując, aby Zamawiający mógł skutecznie potrącić należności z tytułu kar umownych, konieczne jest wezwanie dłużnika do zapłaty i upływ (odpowiedniego) terminu wskazanego w wezwaniu (7 dni od skutecznego doręczenia wezwania do zapłaty). Ponadto, aby można było potrącić naliczone kary umowne, wierzytelność musi być wymagalna. Mając na uwadze powyższe, Odwołujący wnosi o zmianę treści postanowienia §14 ust. 3 zd.2 Projektowanych postanowień Umowy zgodnie z propozycją z petitum pisma.

Zamawiający w dniu 06.08.2025 r. (za pośrednictwem platformy: https://epropublico.pl/Ogloszenia/Details/b5b44448-9743-46e3-9ab4-ca458b05b898) wezwał wraz kopią odwołania, w trybie art. 524 Pzp, uczestników postępowania przetargowego do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym. Żadne zgłoszenie przystąpienia nie miało miejsca.

W dniu 22.08.2025 r. (wpływ do Prezesa KIO w wersji elektronicznej podpisane podpisem cyfrowym za pośrednictwem elektronicznej skrzynki podawczej - ePUAP) Zamawiający wobec wniesienia odwołań do Prezesa KIO wniósł na piśmie, w trybie art. art. 521 Pzp, odpowiedź na odwołanie, w której wnosił o oddalenie odwołanie w całości, a częściowo uwzględnił zarzut 1. Stwierdził:

1) uwzględnia zarzut naruszenia art. 436 pkt 1 ustawy Pzp, art. 99 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 16 ustawy Pzp w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp w zw. art. 5 i art. 3531 kc w zw. z art. 387 kc w zw. z art. 35 ust. 6 pkt 1 ustawy Prawo budowlane w części w jakiej zgłoszenie tego zarzutu jest usprawiedliwione dla:

a) przedłużenia terminu realizacji Etapu I, tj. wykonania prac projektowych i uzyskania decyzji pozwolenia na budowę lub braku sprzeciwu dla zgłoszenia zamiaru wykonania robót budowlanych (w zależności od wymogów Prawa Budowlanego), w nieprzekraczalnym terminie 14 tygodni od daty zawarcia umowy,

b) przedłużenia terminu realizacji Etapu II, tj. wykonania robót budowlanych i pozytywnego uzyskania wszystkich

wymaganych prawem odbiorów prób i zgód na użytkowanie, zgodnie z przepisami ustawy Prawo budowlane w nieprzekraczalnym terminie do dnia 22.05.2026 r.

2) podnosił, że w pozostałym zakresie podniesione w nim zarzuty są całkowicie niezasadne, a w konsekwencji Zamawiający wnosi o oddalenie odwołania. W zakresie w jakim Zamawiający uwzględnia w części zarzut odwołania w sposób określony w pkt 1 powyżej dokona stosownej modyfikacji treści SWZ, w tym projektowanych postanowień umownych stanowiących załącznik nr 13 do SWZ.

W zakresie częściowo uwzględnionego zarzutu Ad. 1 Zamawiający podnosi co następuje. Zarzut naruszenia art. 436 pkt 1 ustawy Pzp, art. 99 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 16 ustawy Pzp w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp w zw. art. 5 i art. 3531 kc w zw. z art. 387 kc w zw. z art. 35 ust. 6 pkt 1 ustawy Prawo budowlane, poprzez oznaczenie w treści Specyfikacji Warunków Zamówienia oraz w Projektowanych postanowieniach Umowy terminu wykonania zamówienia w sposób nierealny, nieadekwatny do przedmiotu zamówienia zasługuje na uwzględnienie w części w jakiej zgłoszenie tego zarzutu jest usprawiedliwione dla przedłużenia terminu realizacji Etapu I do 14 tygodni od daty zawarcia umowy i przedłużenia terminu realizacji Etapu II do dnia 22.05.2026 r.

Uwzględniając wskazane wyżej przedłużenie terminu realizacji Etapu I, przy założeniu, że wydanie pozwolenia na budowę będzie następowało w maksymalnym ustawowym terminie 65 dni, Wykonawca ma 33 dni na opracowanie dokumentacji projektowej, jej odbiór i złożenie wniosku o wydanie decyzji o pozwoleniu na budowę. Termin ten w ocenie Zamawiającego jest w zupełności wystarczający, a po zmianie, termin na wykonanie Etapu I uwzględnia maksymalny ustawowy termin 65 dni, w którym pozwolenie na budowę powinno zostać wydane.

Podkreślił, że przewidziany w art. 35 ust. 6 pkt 1 ustawy Prawo budowlane, termin 65 dni na wydanie decyzji w sprawie pozwolenia na budowę liczony od dnia złożenia wniosku o wydanie takiej decyzji jest terminem maksymalnym stanowiącym przesłankę nałożenia kary na organ administracji architektoniczno-budowlanej. Niemniej nadal, również organ administracji architektoniczno-budowlanej, jest związany zawartą w art. 35 §1 k.p.a. zasadą załatwiania spraw bez zbędnej zwłoki, co oznacza, że jeżeli wyjaśnienie i załatwienie sprawy może nastąpić wcześniej niż przed upływem 65 dni, to organ nie może oczekiwać z wydaniem decyzji na upływ wskazanego wyżej 65 dniowego terminu.

Nie można również podzielić prezentowanego przez Odwołującego poglądu jakoby termin wykonania Etapu I bezwzględnie musiał obejmować takie okoliczności jak ewentualne odwołania od decyzji o pozwoleniu na budowę. Zasadniczo pozwolenie na budowę powinno zostać wydane maksymalnie w terminie 65 dni od dnia złożenia wniosku o jego wydanie. Uzależnianie więc terminu wykonania Etapu I od zdarzeń, których wystąpienie jest niepewne w sposób sztuczny przedłużałoby ten termin. To samo dotyczy uwzględniania okresu na uzyskanie przez decyzję o pozwoleniu na budowę waloru ostateczności. Zasadniczo bowiem stroną postępowania administracyjnego w sprawie wydania pozwolenia na budowę będzie Zamawiający, a decyzja o pozwoleniu na budowę jest zgodna z żądaniem strony (Zamawiającego), a w związku z tym będzie podlegać wykonaniu na mocy art. 130 §4 k.p.a., jeszcze przed upływem terminu do wniesienia odwołania.

Wszelkie okoliczności fakultatywne, nie leżące po stronie wykonawcy, a wpływające na możliwość wykonania Etapu I w zakładanym terminie stanowią przesłankę zmiany umowy w sprawie zamówienia, a podstawą ich wprowadzenia są klauzule przeglądowe zawarte §15 projektowanych postanowień umownych zawartych w Załączniku nr 13 do SWZ. Dotyczy to także uzgodnień wielobranżowych, uzgodnień formalnych czy też promes od gestorów sieci, jeżeli z przyczyn nieleżących po stronie wykonawcy, zostaną wydane z przekroczeniem terminów ustawowych lub zwyczajowo na takie uzgodnienia przyjętych.

Natomiast, co się tyczy terminu na odbiór projektu budowlanego przez Zamawiającego, należy wskazać, że wykonawca powinien opracować projekt w taki sposób, aby nie było konieczne wnoszenie do niego jakichkolwiek zastrzeżeń przez Zamawiającego i niepotrzebne przedłużanie procedury odbiorowej. Ponadto, w toku opracowywania dokumentacji projektowej wykonawca może dokonywać częściowych uzgodnień i konsultacji z Zamawiającym, w tym w ramach przewidzianych w umowie narad technicznych organizowanych w siedzibie Zamawiającego, co znacząco powinno skrócić czas potrzebny Zamawiającemu na weryfikację dokumentacji projektowej oraz wyeliminować ryzyko wnoszenia przez Zamawiającego zastrzeżeń w toku procedury odbiorowej. Dodać trzeba, że umowny 10 dniowy termin na dokonanie uzgodnienia projektu budowlanego jest terminem maksymalnym, co oznacza, że Zamawiający może – zwłaszcza w okolicznościach wskazanych wyżej – dokonać wcześniejszego uzgodnienia projektu budowlanego. W tym miejscu dodać należy, że zamówienie finansowane jest ze środków ramach Krajowego Planu Odbudowy i Zwiększania Odporności w zakresie inwestycji D1.1.1 „Rozwój i modernizacja infrastruktury centrów opieki wysokospecjalistycznej i innych podmiotów leczniczych". Zamawiający musi zrealizować przedsięwzięcie w terminie pod rygorem wypowiedzenia umowy o dofinansowanie ze skutkiem natychmiastowym, które skutkuje koniecznością zwrotu dofinansowania wraz z odsetkami w wysokości określonej jak dla zaległości podatkowych. W konsekwencji Zamawiający mając na względzie to ryzyko jest zainteresowany sprawną realizacją przez wykonawcę przedmiotu zamówienia, bez zbędnych przestojów, jak również czynności po swojej stronie będzie wykonywał bez zbędnej zwłoki.

Wreszcie wskazał, że zarzut braku zasadności określenia terminu końcowego realizacji przedmiotu umowy na dzień 15.05.2026 r. oparty został wyłącznie o treść załącznika do decyzji wykonawczej Rady zmieniającej decyzję

wykonawczą z 17.06.2022 r. w sprawie zatwierdzenia oceny planu odbudowy i zwiększania odporności Polski, gdzie dla inwestycji D1.1.1 - Rozwój i modernizacja infrastruktury centrów opieki wysokospecjalistycznej i innych podmiotów leczniczych, gdzie wskazano termin zakończenia inwestycji do dnia 30.06.2026 r. Ma to zdaniem Wykonawcy uzasadniać przedłużenie terminu realizacji zamówienia do dnia 30.06.2026 r.

Po pierwsze wskazał, że poza odwołaniem się do wspomnianego wyżej dokumentu Odwołujący nie wskazuje jakichkolwiek przesłanek merytorycznych, dla których należałoby uznać, że termin realizacji Etapu II jest nierealny. Odwołujący nie wskazuje jakichkolwiek okoliczności, prac i czynności, których wykonanie nie jest możliwe w terminie do 15.05.2026 r. Jedyną okolicznością zgłoszoną na poparcie tego zarzutu jest rzekoma możliwość realizacji inwestycji do dnia 30.06.2026 r., z której Odwołujący wywodzi, że również przedmiotowe zamówienia powinno być realizowane do 30.06.2026 r. Zarzut ten jest więc gołosłowny.

Po drugie, Odwołujący wskazując, na możliwość realizacji zamówienia do 30.06.2026 r. nie bierze w ogóle pod uwagę faktu, iż na całość przedsięwzięcia realizowanego przez Zamawiającego składa się szereg zadań. Przedmiotowe zamówienie jest jednym z zadań, a dodatkowo konieczne jest m.in. wyposażenie budowanego w ramach zamówienia obiektu w sprzęt medyczny. Już chociażby z tego względu zamówienie nie może być realizowane do 30.06.2026 r.

Po trzecie, Odwołujący nie bierze pod uwagę konieczności rozliczenia dofinansowania i potrzebnego na to czasu. Jak zaś wynika z §4 ust. 6 umowy o dofinansowanie (wzór umowy stanowi element powszechnie dostępnej dokumentacji naboru wniosków na stronie: https://www.funduszeeuropejskie.gov.pl/nabory/d111rozwoj-i-modernizacja-infrastruktury-centrow-opieki-wysokospecjalistycznej-i-innych-podmiotowleczniczych/), ostatnia płatność dofinansowania nie może nastąpić po 30.06.2026 r. Płatność zaś może nastąpić po przekazaniu odpowiednich dokumentów rozliczeniowych, w tym faktur. W tej sytuacji realizacja zamówienia do 30.06.2026 r. uniemożliwiałaby Zamawiającemu rozliczenie wydatków i uzyskanie płatności dofinansowania przed dniem 30.06.2026 r.

Zatem zarzut braku realności terminu realizacji Etapu II jest gołosłowny i bezpodstawny. Jedynie z ostrożności, kierując się względami zwiększenia konkurencji w postępowaniu, Zamawiający zdecydował się na wydłużenie tego terminu o tydzień, do dnia 22.05.2026 r. Jest to jednak maksymalne wydłużenie tego terminu, biorąc pod uwagę konieczność wyposażenia budynku w sprzęt i dokonanie rozliczenia przyznanego dofinansowania.

Końcowo, z ostrożności, mając na względzie, że zarzut odwołania dotyczy również naruszenia art. 436 pkt 1 ustawy Pzp, Zamawiający podnosi, że w przedmiotowym przypadku był uprawniony do ustalenia terminu realizacji zamówienia poprzez wskazanie konkretnej daty. Zgodnie z art. 436 pkt 1 ustawy Pzp, określenie planowanego terminu zakończenia usługi, dostawy lub robót budowlanych powinno być zasadniczo dokonane w dniach, tygodniach, miesiącach lub latach. Niemniej przepis ten dopuszcza również ustalenie planowanego terminu zakończenia usługi, dostawy lub robót budowlanych poprzez wskazanie daty w przypadkach gdy jest to uzasadnione obiektywna przyczyną. W tym przypadku ustalenie terminu realizacji zamówienia poprzez wskazanie konkretnej daty jest uzasadnione obiektywną przyczyną – koniecznością zrealizowania i rozliczenia przedsięwzięcia dofinansowanego ze środków KPO do 30 czerwca 2026 r. Realizowanie lub rozliczanie przedsięwzięcia po tym terminie skutkuje dla Zamawiającego rozwiązaniem umowy o dofinansowanie, utratą środków z dofinansowania i w konsekwencji koniecznością samodzielnego pokrycia wydatków, co przekracza możliwości finansowe Zamawiającego. Jak wskazuje się w doktrynie zamówień publicznych, „Jedynie wówczas, gdy jest to uzasadnione przyczynami obiektywnymi, zamawiający jest władny oznaczyć termin wykonania umowy poprzez wskazanie daty. Ustawa nie precyzuje tego rodzaju okoliczności. Mogą one wynikać zarówno z przyczyn związanych z zadaniami obciążającymi zamawiającego (np. konieczność wydrukowania kart wyborczych w terminie zapewniającym przeprowadzenie wyborów), jak i ochroną interesów gospodarczych zamawiającego (np. zrealizowanie przedmiotu umowy w terminie umożliwiającym zadośćuczynienie zobowiązaniom zamawiającego wynikającym z innych stosunków prawnych), czy też uwarunkowań przyrodniczych realizacji przedmiotu umowy (np. wykonanie robót przed terminem lęgowym).”/ J. Jerzykowski [w:] W. Dzierżanowski, Ł. Jaźwiński, M. Kittel, M. Stachowiak, J. Jerzykowski, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, Warszawa 2021, art. 436/. W przedmiotowym przypadku obiektywna okoliczność polega na konieczności dochowania postanowień umowy o dofinansowanie w zakresie terminu realizacji i rozliczenia środków z dofinansowania na realizację przedsięwzięcia, których niedotrzymanie skutkuje koniecznością zwrotu dofinansowania. W tej sytuacji realizacja zamówienia po wskazanej dacie nie ma dla Zamawiającego żadnego gospodarczego sensu.

W pozostałym zakresie z podniesionymi zarzutami w żadnym razie nie można się zgodzić. Wszystkie czynności Zamawiającego podjęte w postępowaniu odpowiadają prawu, jak również Zamawiający nie zaniechał jakiejkolwiek czynności, do której był zobowiązany przepisami prawa. W konsekwencji Zamawiający wnosi o oddalenie w pozostałym zakresie przedmiotowego odwołania, wywodząc jak następuje.

Informacyjnie w tym miejscu wskazać jeszcze należy, że Zamawiający nie uwzględnił żądania dodania postanowienia do projektowanych postanowień umownych zobowiązania Zamawiającego do przeprowadzenia procedury unieważnienia lub zmiany obowiązującego pozwolenia na budowę: „ROZBUDOWA I PRZEBUDOWA BUDYNKU HOSPICJUM PRZY UL. DASZYŃSKIEGO 29 W GLIWICACH”, bowiem w pkt 1.3 (str. 7) programu funkcjonalno-użytkowego (stanowiącego załącznik nr 11 do SWZ znajduje się analogiczne zobowiązanie Zamawiającego o treści: Obszar wykorzystywany przez Hospicjum objęty jest obowiązującym pozwoleniem na budowę: „ROZBUDOWA I

PRZEBUDOWA BUDYNKU HOSPICJUM PRZY UL. DASZYŃSKIEGO 29 W GLIWICACH" z grudnia 2016, decyzja pozwoleniu na budowę nr 452/2017 z 21 kwietnia 2017 oraz decyzja nr AB-400/2024 z 14 sierpnia 2024. Uwaga: Obszar objęty pozwoleniem częściowo koliduje z przedmiotową inwestycją, m.in. w miejscu projektowanego budynku zlokalizowane są miejsca postojowe. W ramach odrębnego opracowania wykonany zostanie projekt budowlany zamienny likwidujący kolizje oraz pozwalający na realizację przedmiotowego Zamówienia (po stronie Zamawiającego). Z postanowienia tego wynika zobowiązanie Zamawiającego do przeprowadzenia procedury zmiany pozwolenia na budowę dotyczącego Hospicjum, a w konsekwencji Zamawiający uznał dokonanie żądanej przez Odwołującego zmiany za zbyteczne, gdyż prowadziłoby do niepotrzebnego powielania tych samych zapisów w różnych miejscach dokumentów zamówienia.

Zarzut Ad. 2)

Przedmiotowy zarzut jest całkowicie bezpodstawny, ponieważ został postawiony w oparciu o zupełnie błędną wykładnię projektowanych postanowień umownych. Wykładni tej przede wszystkim należy zarzucić wybiórczość, bowiem została ona przeprowadzona w oparciu o niektóre tylko postanowienia umowne, bez odniesienia do całości jej treści.

Jak wskazuje się w doktrynie prawa cywilnego, przewidziane w art. 65 §2 k.c. wymaganie badania zgodnego zamiaru stron i celu umowy ogranicza w pewnym stopniu możliwość werbalnej interpretacji umowy, niemniej jednak to prawidłowa, pełna i wszechstronna wykładania umowy nie może pomijać treści zwerbalizowanej na piśmie, bowiem napisane sformułowania i pojęcia, a także semantyka i struktura aktu umowy są jednym z istotnych wykładników woli stron, pozwalają ją poznać i ocenić. /A. Janiak [w:] Kodeks cywilny. Komentarz. Tom I. Część ogólna, wyd. II, red. A. Kidyba, Warszawa 2012, art. 65/. Słusznie również w orzecznictwie wskazuje się, że „Nie można więc ograniczyć zabiegów interpretacyjnych do jednego tylko postanowienia umowy, przeciwnie, w każdej kwestii analizą objąć należy wszystkie postanowienia, dotyczące tejże kwestii."/ Wyrok SN z 26.08.1994 r., I CKN 100/94/.

Zaprezentowana przez Odwołującego wykładnia umowy w ramach przedmiotowego zarzutu koncentruje się na użyciu w projektowanych postanowieniach umownych słów „bez zastrzeżeń", „bez wad", jednak bez uwzględnienia całości postanowień umowy oraz kontekstu użycia tych słów, a w konsekwencji prowadzi do błędnego wniosku, że odbiory mogą zostać dokonane wyłącznie w sytuacji, gdy przedmiot odbioru nie posiada jakichkolwiek wad, w tym nieistotnych.

Odnosząc się w szczegółach do przedstawionej przez Odwołującego wykładni umowy należy na początku zastrzec, że obowiązek odbioru prac przez Zamawiającego nie ma charakteru bezwzględnego w tym sensie, że po jego stronie istnieje możliwość odmowy odbioru przedmiotu umowy, którą usprawiedliwia istnienie wad istotnych, uniemożliwiających korzystanie z tego przedmiotu umowy. W przeciwnym bowiem razie trudna byłoby do pogodzenia z logiką i doświadczeniem życiowym okoliczność, w której pomimo istotnej wadliwości wykonanych robót czy dzieła, Zamawiający miałby zapłacić wykonawcy całość wynagrodzenia umownego.

Odwołujący koncentruje się przede wszystkim na użytym w umowie w odniesieniu do protokołu odbioru zwrocie „bez zastrzeżeń" błędnie wyciągając z niego wniosek, że chodzi o brak jakichkolwiek wad w przedmiocie odbioru. Tymczasem przedmiotowy zwrot oznacza jedynie wskazanie, że w treści protokołu nie może być zastrzeżeń, które uniemożliwiają odbiór. W żaden jednak sposób nie wynika z użytego zwrotu, iż zastrzeżenia te obejmują również wady nieistotne, które nie uniemożliwiają odbioru. Gdyby zamiarem Zamawiającego było uzależnienie odbioru od nieistnienia jakichkolwiek wad, w tym wad nieistotnych to używałby określenia „bezusterkowy protokół odbioru".

Regulacja ta nie jest pozbawiona logiki. Chodzi tu bowiem o to, że z każdego odbioru sporządza się protokół, w którym dokumentuje się przebieg procedury odbiorowej oraz określa się stwierdzone wady w przedmiocie odbioru (jeżeli występują). Zatem każda procedura odbiorowa potwierdzana jest protokołem odbioru, lecz nie każdy protokół odbioru uprawnia wykonawcę do wystawienia faktury. Nie uprawnia bowiem do wystawienia faktury i otrzymania wynagrodzenia taki protokół odbioru, w którym pojawiają się zastrzeżenia uniemożliwiające jego wypłatę. Zgodnie zaś z regułami ogólnymi kodeksu cywilnego, które będą tu miały zastosowanie, zastrzeżenia uniemożliwiające nabycie przez wykonawcę uprawnienia do otrzymania wynagrodzenia mogą pojawić się wyłącznie po stwierdzeniu wad, które uniemożliwiają odbiór, w tym w szczególności wad istotnych. Żadne zaś z postanowień umownych nie określa, by odmowa odbioru i zastrzeżenia miałyby być składane w każdym przypadku istnienia wad w przedmiocie odbioru, także wad istotnych. Przeciwnie, postanowienia umowy wskazują, że możliwy jest odbiór robót w takim przypadku, gdy mają one wady, jednak nie są one istotne. Przykładowo, zgodnie z treścią §7 ust. 9 pkt 2 projektowanych postanowień umownych, gwarancja obejmuje usuwanie wszelkich wad i usterek tkwiących w przedmiocie rzeczy w momencie jego odbioru oraz powstałych w okresie gwarancji. Jeśliby zatem odbiór możliwy był jedynie wówczas, gdy przedmiot odbioru pozbawiony jest jakichkolwiek wad, to przedmiotowe postanowienie umowne nie miałoby żadnego sensu, a niedopuszczalna jest wykładnia umowy w taki sposób, który pomijałby lub pozbawiałby sensu inne postanowienia umowy.

Również użycie słowa „wady" w kontekście odmowy dokonania odbioru nie przesądza, iż Zamawiający uprawniony jest do uchylenia się od czynności odbioru w każdym przypadku, nawet takim, w którym dostrzeżona podczas odbioru wada ma charakter nieistotny, marginalny, jak np. w postanowieniu §4 ust. 12 projektowanych postanowień umownych, które reguluje kwestię odbiorów częściowych. Postanowienie to należy wykładać w granicach obowiązujących przepisów prawa, w tym wskazanego w art. 647 k.c., i spoczywającego na inwestorze, obowiązku odbioru zrealizowanego obiektu

stanowiącego rezultat prac budowlanych wykonawcy. W konsekwencji, Zamawiający nie może bezpodstawnie odmawiać odbioru. Odmowa odbioru może następować wyłącznie w przypadkach, gdy niezgodność wykonanych robót (obiektu) z treścią zobowiązania jest na tyle duża, że stanowi wadę istotną przedmiotu odbioru.

Prawidłowość przedstawionej wyżej wykładni projektowanych postanowień umownych potwierdza treść kolejnych jednostek redakcyjnych dotyczących odbioru końcowego.

Zgodnie z §14 ust. 19 przesłanką przerwania przez Zamawiającego procedury odbioru końcowego jest wystąpienie wad uniemożliwiających korzystanie z przedmiotu umowy, a więc innymi słowy wystąpienie wady istotnej. Inny rodzaj wady nie uprawnia Wykonawcy do przerwania procedury odbioru końcowego.

Z kolei postanowienie §4 ust. 23 statuuje, że tylko wystąpienie wad stanowiących przeszkodę w odbiorze przedmiotu umowy pozwala uznać, że wykonawca pozostaje w zwłoce z wykonaniem przedmiotu umowy. Zatem istnienie innych wad (wad nieistotnych) nie stanowi przeszkody w dokonaniu odbioru przedmiotu umowy.

Wskazane wyżej reguły należy odnieść do wszystkich tych kwestionowanych przez Odwołującego postanowień umownych dotyczących odbiorów, w których pojawia się zwrot „bez zastrzeżeń" lub słowo „wada". W przeciwnym wypadku wykładania projektowanych postanowień umownych nie ma charakteru kompleksowej (biorącej pod uwagę znaczenie wszystkich postanowień dotyczących odbiorów), a w konsekwencji nie może zostać uznana za poprawną.

Zarzut Ad. 3 i 4)

Stawiany przez Odwołującego zarzut jakoby wysokość kar umownych w projektowanych postanowieniach umownych była rażąco wygórowana jest całkowicie bezpodstawny. Odnosząc się do tego zarzutu należy w pierwszej kolejności wskazać, że przedmiotowe zamówienie jest realizowane ze środków KPO. Jak już wyżej wskazano, realizowanie lub rozliczanie przedsięwzięcia po terminie 30 czerwca 2026 r. pozbawia to przedsięwzięcie jakiegokolwiek znaczenia gospodarczego dla Zamawiającego. Co więcej, skutkuje dla Zamawiającego bardzo dotkliwymi sankcjami finansowymi, bowiem wskutek rozwiązania umowy o dofinansowanie, którego przesłanką jest niezrealizowanie przedsięwzięcia objętego dofinansowaniem w terminie, Zamawiający zobowiązany jest do zwrotu otrzymanego dofinansowania wraz z odsetkami jak dla zaległości podatkowych, a nadto stoi przed koniecznością rozliczenia wykonanych robót z własnych środków, co dotyczy także innych zadań składających się na przedsięwzięcie niż objęte niniejszym postępowaniem, a takie rozliczenie przekracza jego możliwości budżetowe.

W konsekwencji powyższego, po stronie Zamawiającego istnieje poważne ryzyko finansowe i nie ma powodów, dla których również i wykonawca nie miałby części tego ryzyka przyjąć po swojej stronie, będąc w ten sposób odpowiednio zmotywowanym do sprawnego i terminowego zrealizowania przedmiotu zamówienia.

Jak podkreśla się w doktrynie prawa cywilnego, kara umowna pełni m.in. funkcję stymulacyjną i kompensacyjną. W zakresie tej pierwszej z funkcji chodzi o stworzenie dla wykonawcy odpowiedniego bodźca do wykonania zobowiązania, zaś w tej drugiej funkcji chodzi o ustanowienie pewnego surogatu odszkodowania z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania niepieniężnego. / A. Lutkiewicz-Rucińska [w:] Kodeks cywilny. Komentarz aktualizowany, red. M. Balwicka-Szczyrba, A. Sylwestrzak, LEX/el. 2025, art. 483/.

Jak słusznie wskazała Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 30 maja 2025 r.: „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." /wyrok KIO z 30.05.2025, sygn. akt KIO 1670/25/.

W odniesieniu do żądania Odwołującego, jeśliby zmniejszyć karę umowną za zwłokę w wykonaniu poszczególnych Etapów realizacji zamówienia do wysokości 0,01% wynagrodzenia brutto, to posługując się podaną przez Odwołującego przykładową kwotą wynagrodzenia, kara ta wynosiłaby 2.460 zł za każdy dzień zwłoki. Zatem gdyby wykonawca dopuścił się 30 dniowej zwłoki w wykonaniu zamówienia, która przekreślałaby jakąkolwiek możliwość rozliczenia inwestycji przed 30 czerwca 2025 r. i skutkowałaby dla Zamawiającego koniecznością zwrotu dofinansowania, zobowiązany byłby do zapłaty kary umownej w wysokości 73.800,00 zł. Jest to kwota marginalna w porównaniu do wartości zamówienia i z pewnością perspektywa takiej kary umownej nie byłaby w żaden sposób dla wykonawcy motywująca do terminowego wykonania zamówienia. Co więcej, taka kwota kary umownej w żaden sposób nie rekompensowałaby Zamawiającemu szkody związanej z brakiem możliwości zrealizowania celu przedsięwzięcia (należy pamiętać, że niezrealizowanie jednego z zadań składających się na przedsięwzięcie objętego niniejszym postępowaniem rzutuje na możliwość wykonania pozostałych zadań), a dodatkowo w żaden sposób nie rekompensowałaby szkody finansowej związanej z koniecznością zwrotu dofinansowania. Innymi słowy, Zamawiający obciążony byłby praktycznie całością ryzyka niewykonania przedsięwzięcia, podczas gdy po stronie wykonawcy ryzyko byłoby pomijalne, wyrażone kwotą stanowiącą pomijalną część wartości przedsięwzięcia.

Podobnie z żądaniem zmniejszenia kary umownej za wbudowanie materiałów niezgodnych z dokumentacją projektową i niezatwierdzonych przez Zamawiającego. Zabudowanie materiałów niezgodnych z dokumentacją projektową może skutkować brakiem możliwości uzyskania pozwolenia na użytkowanie. Konieczna może być również częściowa lub całościowa rozbiórka budynku w celu zabudowania materiałów zgodnych z dokumentacja projektową. Po stronie

Zamawiającego skutkować to może niewykonaniem zamówienia w terminie i utratą środków dofinansowania z KPO. Wobec takiego ryzyka wskazywana przez Odwołującego kara umowna w wysokości 1.230.000,00 zł nie jest wygórowana, a przy tym spełnia rolę stymulującą wykonawcę do niezabudowywania materiałów niezgodnych z dokumentacja projektową.

Także wysokość pozostałych zastrzeżonych w projektowanych postanowieniach umownych kar umownych nie może zostać określona jako wygórowana.

Pozostając przy zaproponowanej przez Odwołującego podstawie naliczania kar umownych – 24.600.000,00 zł brutto, w zakresie pozostałych kar umownych, według projektowanych postanowień umownych w dotychczasowym brzmieniu:

1) kara umowna za zwłokę w opracowaniu harmonogramu rzeczowo-finansowego wynosi 12.300,00 zł za każdy dzień zwłoki, co w porównaniu z wartością całego zamówienia stanowi niewielką kwotę i w niewielkim stopniu odpowiada ponoszonemu przez Zamawiającemu ryzyku niezrealizowania zamówienia w terminie, zważywszy że harmonogram ten stanowi podstawę realizacji zamówienia; proponowana przez Odwołującego wysokość kary umownej wynosi w przedmiotowym przypadku 2.460,00 zł, co ma się nijak do ponoszonego przez Zamawiającego ryzyka niezrealizowania inwestycji i z pewnością nie będzie w żaden sposób motywować wykonawcę do opracowania harmonogramu w terminie,

2) kara umowna za zwłokę w usunięciu wad stwierdzonych przy odbiorze końcowym lub w okresie obowiązywania gwarancji i rękojmi na wady wynosi 123.000,00 zł za każdy dzień zwłoki, co odpowiada ryzyku Zamawiającego i dostatecznie motywuje wykonawcę; proponowana przez Odwołującego wysokość kary wynosi w przedmiotowym przypadku 2.460,00 zł, co w żadnym stopniu nie będzie motywowało wykonawcy do usuwania stwierdzonych wad w terminie; przy okazji zauważyć należy, że proponowane przez Odwołującego kary nie uwzględniają istotności okoliczności, na które są zastrzegane, bowiem kara umowna za zwłokę w usunięciu wady (okoliczność bardzo istotna) jest równa karze umownej za zwłokę w opracowaniu harmonogramu rzeczowo-finansowego (okoliczność mniej istotna), podczas gdy sam Odwołujący czyni z tego zarzut Zamawiającemu,

3) kara umowna za odstąpienie przez którąkolwiek ze stron w całości albo w części w następstwie okoliczności, za które Wykonawca ponosi odpowiedzialność wynosi 2.460.000,00 zł i ustalona została na zwyczajowej w obrocie prawnym wysokości 10% wynagrodzenia, podczas gdy Odwołujący

proponuje karę umowną w wysokości 5% wynagrodzenia, co stanowi kwotę 1.230.000,00 zł; kwota ta nie będzie stanowić skutecznej bariery przed prowokowaniem przez wykonawcę zdarzeń, które będą skutkowały koniecznością odstąpienia od umowy z przyczyn leżących po stronie wykonawcy,

4) kara umowna z tytułu braku zapłaty wynagrodzenia należnego podwykonawcom lub dalszym podwykonawcom w terminie wynosi 4.920,00 zł za każdy stwierdzony przypadek i jest ustalona na poziomie motywującym wykonawcę do realizacji obowiązku zapłaty wynagrodzenie podwykonawcom, co zapobiega ryzyku przestoju w wykonywanych robotach w wyniku zejścia podwykonawców z placu budowy związanego z brakiem bieżącej płynności; proponowana przez Odwołującego kara umowna dla tego wypadku wynosiłaby 2.460,00 zł, co nie jest wystarczającą motywacją do unikania przypadków braku płatności podwykonawcom,

5) kara umowna tytułu nieprzedłożenia do zaakceptowania projektu Umowy o podwykonawstwo, której przedmiotem są roboty budowlane lub projektu jej zmiany wynosi 12.300,00 zł za każdy stwierdzony przypadek, co dostatecznie motywuje wykonawcę do przedkładania projektów umów podwykonawczych zamawiającemu w celu kontroli prawidłowości postanowień tych umów w kontekście bezpośredniej płatności podwykonawcom; proponowana przez Odwołującego kara umowna dla tego wypadku wynosiłaby 2.460,00 zł, co uznać należy za niewystarczającą motywację dla realizacji przedmiotowego obowiązku,

6) kara umowna z tytułu braku zmiany Umowy o podwykonawstwo, której przedmiotem są dostawy lub usługi w zakresie terminu zapłaty wynosi 4.920,00 zł za każdy dzień liczony od dnia wyznaczonego przez Zamawiającego na dokonanie tej zmiany, aż do dnia otrzymania przez Zamawiającego skorygowanej Umowy i dostatecznie motywuje wykonawcę do dostosowywania terminów zapłaty w umowach podwykonawczych do wymagań umownych zapobiegając brakowi bieżącej płynności w płatnościach dla podwykonawców, a w konsekwencji możliwym przestojom w robotach proponowana przez Odwołującego kara umowna dla tego wypadku wynosiłaby 2.460,00 zł, co uznać należy za niewystarczającą motywację dla realizacji przedmiotowego obowiązku,

7) kara umowna dla przypadków niewywiązywania się z obowiązków zatrudnienia na podstawie umowy o pracę i dla przypadków niewywiązywania się z obowiązków przedstawiania dokumentów potwierdzających zatrudnienie wynosi 12.300,00 zł odpowiednio za każdą osobę lub stwierdzony taki przypadek, co stanowi niewielką część wartości zamówienia, a jednocześnie dostatecznie motywuje do realizacji przedmiotowych obowiązków; Odwołujący dla każdego z tych przypadków proponuje karę umowną w wysokości 2.460,00 zł co nie daje gwarancji, że będzie przestrzegał obowiązków zatrudniania na umowę o pracę i przedkładania dokumentów potwierdzających to zatrudnienie,

8) kara umowna za każdy stwierdzony przypadek, w którym roboty objęte przedmiotem Umowy będzie wykonywał, bez zgody Zamawiającego, podmiot inny niż Wykonawca wynosi 5.000,00 zł i z pewnością nie jest wygórowana mając na względzie wartość zamówienia oraz odpowiednią motywację wykonawcy do ujawniania każdego przypadku zatrudnienia podwykonawcy do wykonywania robót, a także możliwość kontroli warunków zatrudniania podwykonawców i

bezpośredniej płatności wynagrodzenia, co jest czynnikiem sprawnego zrealizowania przedmiotu zamówienia; proponowana przez Odwołującego wysokość kary umownej dla przedmiotowego przypadku wynosi 1.000,00 zł za każdy przypadek, co w porównaniu z wartością zamówienia i ryzykiem spoczywającym na Zamawiającym jest kwotą pomijalną, w żaden sposób nie motywującą do realizacji obowiązków umownych w tym zakresie,

9) kara umowna za każdy stwierdzony przypadek realizacji przedmiotu zamówienia obejmującej czynności wchodzące w zakres kompetencji osób wskazanych w wykazie osób skierowanych przez Wykonawcę do realizacji zamówienia wykazanych w ofercie, bez udziału tych osób wynosi 4.920,00 zł za każdy stwierdzony przypadek i jest odpowiednia motywacją dla Wykonawcy do tego by realizował zamówienie z udziałem osób, których doświadczenie spełnia wymogi określone przez Zamawiającego, co ma zapewnić właściwą jakość robót; proponowana przez Odwołującego kara umowna wynosi 2.460,00 zł co nie stwarza wystarczającej motywacji dla wykonawcy, aby zamówienie było realizowane przez osoby które wskazała w swojej ofercie.

Zauważył, że żadna z wyżej wymienionych kar umownych nie zbliża się swą wartością do wartości nienależycie wykonanego zamówienia, a w konsekwencji nie może zostać uznana za wygórowaną. Zważył, że Odwołujący podnosząc zarzut wygórowanych kar umownych w żaden sposób nie wykazał, że kary umowne nie są racjonalnie powiązane z uszczerbkiem po stronie Zamawiającego. W żaden sposób nie odniósł się również do rozkładu ryzyka pomiędzy Zamawiającym a Wykonawcą. Nie wykazał również, że wysokość kar umownych nie jest adekwatna do szkody jaka może po stronie Zamawiającego wystąpić wskutek niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązań wykonawcy. Zarzuty Odwołującego w powyższym zakresie opierają się jedynie o subiektywne twierdzenia i w tym sensie są gołosłowne.

Niezasadnie także Odwołujący zarzuca Zamawiającemu, że podstawą wyznaczenia wysokości kar umownych stanowi całkowite wynagrodzenie umowne brutto, niezależnie od tego, którego Etapu umowy dotyczą naruszenia tymi karami sankcjonowane.

Po pierwsze trzeba zwrócić uwagę, że zwłoka w realizacji prac, niezależnie od tego czy dotyczy I Etapu czy II Etapu generuje dla Zamawiającego podobne ryzyko – nieukończenia zamówienia w terminie i konieczność zwrotu dofinansowania wraz z odsetkami. Bez znaczenia jest tu czy opóźnienie wystąpi na Etapie I czy na Etapie II realizacji prac. Jeśli bowiem wystąpi w Etapie I to będzie rzutować na terminowość pracw II Etapie o odpowiednie przesunięcie terminowe wynikające ze zwłoki, gdyż nie można przystąpić do realizacji Etapu II, bez ukończenia Etapu I – nie można rozpocząć prac budowlanych nie posiadając pozwolenia na budowę. Jeżeli natomiast opóźnienie będzie dotyczyć drugiego etapu i będzie skutkowało niewykonaniem umowy i koniecznością zwrotu dofinansowanie, to jakie będzie miało znaczenie, że Etap I został wykonanyw terminie – szkoda po stronie Zamawiającego wynikająca z braku realizacji dofinansowanego przedsięwzięcia i konieczności zwrotu środków z odsetkami będzie taka sama.

Po drugie, zauważyć należy, że choć podstawa kwotowa naliczania kar umownych dla każdej z nich jest taka sama, jednakże wartości procentowe są różne i adekwatne do wagi naruszenia zobowiązań umownych. Skoro zaś wartość procentowa kary umownej w każdym przypadku jest dobrana w sposób adekwatny do wagi naruszenia zobowiązań umownych przy tej samej podstawie obliczenia, to nie ma znaczenia, że podstawą naliczenia kar umownych jest w każdym przypadku ta sama wartość kwotowa wynagrodzenia umownego.

W świetle powyższego nie ma żadnych podstaw do twierdzenia, że Zamawiający naruszył zasadę swobody umów bądź zasady równości stron kontraktowych, jak również zasadę proporcjonalności postępowania. Zamawiający skorzystał w granicach prawa ze swego uprawnienia do zabezpieczenia własnego interesu i interesu publicznego przejawiającego się w ukończeniu inwestycji w odpowiednim terminie, tak by minimalizować ryzyko zwrotu dofinansowania wraz z odsetkami. /przywołany wyżej wyrok KIO z 30.05.2025, sygn. akt: KIO 1670/25/Nie ma również jakichkolwiek podstaw do twierdzenia Odwołującego jakoby Zamawiający przenosił całe ryzyko realizacji zamówienia na wykonawcę. Jest wręcz przeciwnie, to Odwołujący zgłaszając żądanie znaczącego wydłużenia terminu realizacji zamówienia i żądanie znaczącego zmniejszenia kar umownych próbuje zredukować ryzyko wykonawcy do minimum. Wobec powyższego przedmiotowy zarzut nie może zostać uwzględniony.

Zarzut Ad. 5)

Przedmiotowy zarzut należy uznać za całkowicie bezpodstawny.

Po pierwsze wskazał, że Odwołujący nie dostrzegł, iż kwestionowane przez niego postanowienie §14 ust. 3 zd. 2 statuuje funkcjonujące dość powszechnie w obrocie prawnym potrącenie umowne. W potrąceniu umownym strony mogą w odmienny sposób niż to określono w art. 498 k.c. ukształtować przesłanki, skutki, czy sposób potrącenia. Jak jednolicie wskazuje się w doktrynie prawa cywilnego:

1) „Do potrącenia może dojść na podstawie umowy zawartej między stronami, w której ustalą one zasady dokonania potrącenia wzajemnych wierzytelności w przyszłości. W umowie tej mogą być ustalone inne warunki umożliwiające dokonanie potrącenia, niż to wynika z art. 498 i n. 7 Do potrącenia umownego (kompensaty) może więc dojść, gdy wierzytelności nie są wymagalne. Jest ono możliwe do zastosowania także wtedy, gdy potrącane wierzytelności nie są jednorodzajowe.” / G. Sikorski [w:] Kodeks cywilny. Komentarz aktualizowany, red. M. Balwicka-Szczyrba, A. Sylwestrzak, LEX/el. 2025, art. 498/.

2) „Do potrącenia może dojść na podstawie umowy zawartej między stronami, w której ustalą one zasady dokonania potrącenia wzajemnych wierzytelności w przyszłości. W umowie tej mogą być ustalone inne warunki umożliwiające

dokonanie potrącenia, niż to wynika z art. 498 i n. (por. np. R. Zdzieborski [w:] M. Michalski, R. Zdzieborski, Ustawa o niektórych..., s. 159 i przywołana tam literatura; J. Lachowski, Kompensaty umowne..., s. 16 i n.; A. Janiak [w:] Kodeks cywilny..., t. 3, Część ogólna, red. A. Kidyba, 2010, s. 692). Do potrącenia umownego (kompensaty) może więc dojść, gdy wierzytelności nie są wymagalne. Możliwe jest ono do zastosowania także wtedy, gdy potrącane wierzytelności nie są jednorodzajowe." /G. Sikorski [w:] Kodeks cywilny. Komentarz aktualizowany, red. P. Nazaruk, LEX/el. 2024, art. 498/

3) „W umownym potrąceniu strony mogą w sposób odmienny niż to przyjęto w komentowanych przepisach ukształtować przesłanki, skutki czy sposób potrącenia (por. wyrok SN z dnia 10 listopada 2000 r., IV CKN 163/00, LEX nr 52500). W szczególności przedmiotem umownej kompensacji mogą być wierzytelności niejednorodne (wyrok SN z dnia 17 grudnia 1998 r., II CKN 849/98, OSNC 1999, nr 7–8, poz. 128), niewymagalne, przyszłe, a także wynikające z zobowiązań naturalnych, a więc niezaskarżalne (wyrok SA w Krakowie z dnia 17 stycznia 2001 r., I ACa 1022/00, TPP 2003, nr 1, s. 121; wyrok SA w Katowicach z dnia 24 marca 2004 r., I ACa 1383/03, LEX nr 193548; L. Stecki (w:) J. Winiarz, Komentarz, t. I, 1989, s. 514; J. Lachowski, Kompensaty umowne wierzytelności przyszłychw prawie cywilnym, Glosa 2001, nr 2, s. 16 i n.; tenże, Kompensata..., s. 41 i n.; Ł. Paszkiewicz, Netting (saldowanie) jako czynność prawna, Pr. Bank. 2003, nr 11, s. 67 i n., G. Sikorski (w:) J. Ciszewski, Komentarz, 2013, s. 887)." /A. Janiak [w:] Kodeks cywilny. Komentarz. Tom III. Zobowiązania - część ogólna, wyd. II, red. A. Kidyba, Warszawa 2014, art. 498/

W świetle powyższego kwestionowane przez Odwołującego postanowienie §14 ust. 3 zd. 2 projektowanych postanowień umownych jest dopuszczalne i nie narusza bezwzględnie obowiązujących przepisów prawa.

Po drugie, w sposób niezrozumiały Odwołujący zdaje się poddawać pod wątpliwość oznaczenie terminu zapłaty kary umownej określone w §14 ust. 4 projektowanych postanowień umowy, twierdząc jakoby tylko „poniekąd" Zamawiający spełnił warunek oznaczenia terminu świadczenia i domagając się stosownej zmiany projektowanych postanowień umownych w tym zakresie. W ocenie Zamawiającego nie ma jakichkolwiek podstaw do kwestionowania sposobu oznaczenia terminu spełnienia świadczenia w postaci kar umownych i stosownie do art. 455 k.c., przy uwzględnieniu treści przedmiotowego postanowienia, powinno to nastąpić w terminie 7 dni od dnia skutecznego doręczenia Stronie wezwania do zapłaty.

Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej po zapoznaniu się z przedstawionymiponiżej dowodami, po wysłuchaniu oświadczeń, jak i stanowisk stron złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy, ustalił i zważył, co następuje.

Skład orzekający Izby ustalił, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 528 Pzp, a Wykonawca wnoszący odwołanie posiadał interes w rozumieniu art. 505 ust. 1 Pzp, uprawniający do jego złożenia.

W tym zakresie, Izba nie podzieliła stanowiska Zamawiającego o braku interesuOdwołującego w rozumieniu art. 505 ust. 1 Pzp, z uwagi na brak udziału Odwołującego w obligatoryjnej wizji lokalnej, co w konsekwencji będzie skutkowało tym, że w wypadku złożenia przez niego oferty, będzie musiał taką ofertę odrzucić na podstawie art. 226 ust 1 pkt 18 Pzp. Ta argumentacja jest oparta na wyroku KIO z 21.09.2021 r. o sygn. akt: KIO 2565/21. W pierwszej kolejności, Izba wskazuje, że Zamawiający oświadczył, że wymagał udziału w obligatoryjnej wizji lokalnej, w dniach między 4, a 14.08.2025 r. Odwołanie zostało złożone w dniu 05.08.2025 r. w konsekwencji, na dzień złożenia odwołania nie upłynął jeszcze termin na udział w takiej wizji lokalnej, więc chociażby z tej przyczyny Odwołujący interes w rozumieniu art. 505 ust. 1 Pzp posiadał. Sytuacja w przedmiotowym postępowaniu jest odmienna, gdyż w przywołanym orzeczeniu KIO z 21.09.2021 r. o sygn. akt: KIO 2565/21, wizja lokalna miała miejsce 21.08.2021 r., a odwołanie w tej sprawie wpłynęło 30.08.2021 r. Nadto, Izba podziela stanowisko wyrażone w przytoczonym poniżej orzeczeniu, że jeśli w okolicznościach danej sprawy Zamawiający zdecyduje się przeprowadzić więcej wizji lokalnych to, w ocenie składu orzekającego, przepisy Pzp nie stoją temu na przeszkodzie. Zgodnie z nim:*„(…)Zamawiający wskazywał również, że przepisy Pzp nie przewidują możliwości organizowania przez zamawiającego więcej niż jednej wizji lokalnej (w tym przy zmianie SWZ, czy wydłużeniu terminu składania ofert). Przepis art. 131 ust 2 pkt 1 Pzp traktuje o odbyciu przez wykonawcę wizji lokalnej, zatem nie przewiduje wielości wizji. Podobnie przepisy nie przewidują możliwości złożenia wniosku przez wykonawców o przeprowadzenie kolejnej wizji lokalnej. Wobec tego zamawiający stwierdził, że przeprowadził obligatoryjną wizję lokalną zgodnie z warunkami określony w SWZ i nie miał obowiązku organizowania kolejnej wizji. Poza tym w Pzp brak przepisu, w treści którego zawarta byłaby norma o charakterze bezwzględnym nakazująca zamawiającemu przeprowadzenie kolejnej wizji lokalnej na wniosek odwołującego lub w przypadku zmiany SWZ. Izba nie zgodziłaz przytoczoną powyżej argumentacją zamawiającego. Po pierwsze to, że Pzp używa sformułowania dotyczącego wizji lokalnej w liczbie pojedynczej i nie przewiduje wielości takich wizji nie oznacza, że zamawiający jest zobligowany przewidzieć tylko jedną wizje lokalną w postępowaniu. Jeśli zamawiający zdecyduje się na obligatoryjne przeprowadzenie wizji lokalnej to powinien ją odpowiednio zaplanować i opisać to w SWZ. Jeśli w okolicznościach danej sprawy zamawiający zdecyduje się przeprowadzić więcej wizji lokalnych to, w ocenie składu orzekającego, przepisy Pzp nie stoją temu na przeszkodzie. Odwołujący przez złożone na posiedzeniu dowody wykazał, że w praktyce zamawiający wyznaczają dodatkowe terminy wizji lokalnych w prowadzonych przez siebie postępowaniach i takiej praktyki nie można uznać za nagannej. (…)'* (za wyrokiem KIO z 08.04.2025 r., sygn. akt: KIO 1067/25). Nadto, Izba zgadza się na możliwość złożenia takiej oferty przez

Odwołującego w ramach konsorcjum z jednym z podmiotów, którzy brali udział w wizji lokalnej, jednakże w takiej sytuacji Odwołujący winien taką okoliczność udowodnić, jak miało to miejsce w ramach rozprawy zakończonej wyrokiem KIO z 29.04.2025 r., sygn. akt: KIO 1340/25: *„(…)Z przedłożonej umowy konsorcjum wynika, że została ona zawarta przed odbyciem wizji lokalnej, mianowicie 10 stycznia br. Wobec braku dowodu przeciwnego, Izba nie znalazła podstaw, ażeby odmówić wiarygodności ww. dowodowi.(…)"*. Odwołujący takiej umowy konsorcjum nie przedstawił na rozprawie, jednakże w ocenie Izby, ta ostatnia okoliczność jest irrelewantna z uwagi na wcześniej przedstawione okoliczności, które skutkują uznaniem, iż Odwołujący posiadał interes w rozumieniu art. 505 ust. 1 Pzp, uprawniający do złożenia odwołania.

Skład orzekający Izby dopuścił w niniejszej sprawie dowody z: dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne nadesłanej przez Zamawiającego do akt sprawy w postaci elektronicznej, w tym w szczególności Specyfikacji Warunków Zamówienia zwanej dalej: „SWZ", Programu Funkcjonalno – Użytkowego (zwanego dalej: „PFU", zał. nr 11) wraz z załącznikami, Projektowanych postanowień umownych (zał. nr 13 do SWZ) oraz wyjaśnienia treści SWZ.

Izba zaliczyła w poczet materiału dowodowego złożoną na rozprawie przez Zamawiającego:
•korespondencję z podmiotem finansującym zamówienie na potwierdzenie, że termin realizacji został przesunięty do końca grudnia 2026 r., ale nie dotyczy to szpitali.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy skład orzekający Izby wziął pod uwagę argumentacje wynikającą z odwołania, odpowiedzi na odwołanie, jak i stanowiska i oświadczenia stron złożone ustnie do protokołu.

Odnosząc się generalnie do podniesionych w treści odwołania zarzutów, stwierdzić należy, że odwołanie zasługuje na oddalenie.

Odwołujący sformułował w odwołaniu zarzuty naruszenia przez Zamawiającego:
1. art. 436 pkt 1 Pzp, art. 99 ust. 1 Pzp w zw. z art. 16 Pzp w zw. z art. 8 ust. 1 Pzp w zw. art. 5 i art. 3531 kc w zw. z art. 387 kc w zw. z art. 35 ust. 6 pkt 1 ustawy Prawo budowlane, poprzez oznaczenie w treści SWZ oraz w Projektowanych postanowieniach Umowy terminu wykonania zamówienia w sposób nierealny, nieadekwatny do przedmiotu zamówienia i nieuwzględniający wszystkich okoliczności oraz obowiązujących przepisów prawa, a co za tym idzie wyznaczenie go w sposób utrudniający uczciwą konkurencję i niemożliwy do spełnienia przez wykonawców funkcjonujących na rynku, co jednocześnie godzi w istotę i naturę umowy o roboty budowlane stanowiąc wyraz nadużycia prawa Zamawiającego do kształtowania postanowień umownych i jego pozycji dominującej, będąc postanowieniem niekorzystnym dla wykonawców i prowadząc do zachwiania równowagi stron stosunku zobowiązaniowego i zasad współżycia społecznego równowagę stron umowy i prowadzącym do naruszenia praw podmiotowych wykonawców;
2. art. 353¹ k.c., art. 58 k.c., art. 647 k.c. w zw. z art. 8 ust. 1 Pzp, art. 134 ust. 1 pkt 20 Pzp, w zw. z art. 16 Pzp, poprzez ustalenie w Projektowanych postanowieniach Umowy odbioru prac i robót w sposób sprzeczny z powszechnie obowiązującym prawem, tj. podpisywanie protokołu odbioru bez zastrzeżeń czy odbioru robót bez wad. Powyższe bezsprzecznie godzi w istotę i naturę umowy o roboty budowlane, stanowiąc wyraz uchylania się przez Zamawiającego od podstawowych obowiązków nałożonych na inwestora, będąc jednocześnie postanowieniami niekorzystnymi dla wykonawców, naruszającymi bezwzględnie obowiązujące przepisy prawa oraz równowagę Stron umowy i prowadzącymi do naruszenia praw podmiotowych wykonawców;
3. art. 353¹ k.c., art. 354 §1 i 2 k.c. oraz art. 5 k.c. w zw. z art. 8 ust. 1 Pzp oraz art. 16 pkt 1 Pzp, poprzez skonstruowanie Projektowanych postanowień Umowy w sposób powodujący uprzywilejowanie Zamawiającego oraz naruszenie zasady równowagi stron stosunku zobowiązaniowego, co pozostaje w sprzeczności z zasadami współżycia społecznego, godzi w naturę stosunku zobowiązaniowego oraz stanowi nadużycie przez Zamawiającego przysługujących mu praw podmiotowych, prowadząc do naruszenia podstawowych zasad przygotowania i przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, poprzez ustanowienie rażąco wygórowanych i nieproporcjonalnych kar umownych, a więc zastosowanie przez Zamawiającego środków nadmiernych i wykraczających poza działania, które są konieczne dla osiągnięcia celu, jakiemu służyć ma kara umowna;
4. art. 353¹ k.c., art. 5 k.c. i art. 484 § 2 k.c. w zw. z art. 8 ust. 1 Pzp, poprzez zastrzeżenie w §14 ust. 1 Projektowanych postanowień Umowy rażąco wygórowanych kar umownych, tj.
1) za zwłokę Wykonawcy w stosunku do terminu zakończenia poszczególnych Etapów określonych w § 2 ust. 1 - w wysokości 0,1 % wynagrodzenia brutto określonego w § 6 ust. 1 umowy za każdy rozpoczęty dzień zwłoki, jaki upłynie pomiędzy umownym terminem zakończenia danego Etapu a faktycznym dniem zakończenia danego Etapu,
2) za zwłokę w opracowaniu Harmonogramu rzeczowo-finansowego, o którym mowa w §2 ust. 3 w stosunku do przewidzianego tam terminu oraz za zwłokę w uwzględnieniu w całości lub w części uwag Zamawiającego do Harmonogramu rzeczowo-finansowego w sytuacji określonej w §2 ust. 6 – w wysokości 0,05% wynagrodzenia brutto określonego w § 6 ust. 1 umowy, za każdy jeden dzień zwłoki,
3) za zwłokę w usunięciu wad stwierdzonych przy odbiorze końcowym lub w okresie obowiązywania gwarancji i rękojmi na wady - w wysokości 0,5 % wynagrodzenia brutto określonego w § 6 ust. 1 umowy, za każdy jeden dzień zwłoki,
4) za odstąpienie przez którąkolwiek ze stron w całości albo w części w następstwie okoliczności, za które Wykonawca ponosi odpowiedzialność, w wysokości 10% wynagrodzenia brutto określonego w § 6 ust. 1 umowy,

5) z tytułu braku zapłaty wynagrodzenia należnego podwykonawcom lub dalszym podwykonawcom w terminie w wysokości 0,02% kwoty wynagrodzenia brutto określonego w § 6 ust. 1 umowy za każdy stwierdzony przypadek,
6) z tytułu nieprzedłożenia do zaakceptowania projektu Umowy o podwykonawstwo, której przedmiotem są roboty budowlane lub projektu jej zmiany w wysokości 0,05% wynagrodzenia brutto określonego w § 6 ust. 1 umowy za każdy stwierdzony taki przypadek,
7) z tytułu braku zmiany Umowy o, podwykonawstwo, której przedmiotem są dostawy lub usługi w zakresie terminu zapłaty w wysokości 0,02% kwoty wynagrodzenia brutto określonego w §6 ust. 1 umowy za każdy dzień liczony od dnia wyznaczonego przez Zamawiającego na dokonanie tej zmiany, aż do dnia otrzymania przez Zamawiającego skorygowanej Umowy o podwykonawstwo,
8) W przypadku niezrealizowania Obowiązku zatrudnienia, o których mowa w §18 Umowy na podstawie umowy o pracę zgodnie z zasadami określonymi w §18 Umowy lub nieprzedstawienia Zamawiającemu dokumentów potwierdzających zatrudnienie takich osoby w terminach określonych w §18 Umowy, Wykonawca zapłaci Zamawiającemu karę umowną w wysokości 0,05% kwoty wynagrodzenia brutto określonego w§6 ust. 1 umowy odpowiednio za każdą osobę lub stwierdzony taki przypadek. W przypadkach określonych w zdaniu pierwszym Wykonawca lub podwykonawca robót budowlanych będzie zobowiązany w terminie 5 dni od dnia wezwania przez Zamawiającego dokonać zatrudnienia wskazanej osoby na umowę o pracę oraz przedstawienia Zamawiającemu dokumentów potwierdzających zatrudnienie takiej osoby,
9) W przypadku niewywiązania się z obowiązku, o którym mowa w pkt 8 powyżej w zdaniu drugim w terminie w nim określonym Wykonawca zapłaci Zamawiającemu karę umowną w wysokości 0,05% kwoty wynagrodzenia brutto określonego w §6 ust. 1 umowy odpowiednio za każdą osobę lub stwierdzony taki przypadek
10) za każdy stwierdzony przypadek, w którym roboty objęte przedmiotem Umowy będzie wykonywał, bez zgody Zamawiającego, podmiot inny niż Wykonawca –w wysokości 5.000,00 zł za każdy przypadek,
11) za każdy stwierdzony przypadek realizacji przedmiotu zamówienia obejmującej czynności wchodzące w zakres kompetencji osób wskazanych w wykazie osób skierowanych przez Wykonawcę do realizacji zamówienia wykazanych w ofercie, bez udziału tych osób, w wysokości 0,02% nagrodzenia umownego brutto określonego w § 6 ust. 1 umowy za każdą z osób, których ten przypadek dotyczy, za każdy taki przypadek z osobna,
12) za wbudowanie materiałów niezgodnych z dokumentacją projektową i niezatwierdzonych przez Zamawiającego, w wysokości 5 % wynagrodzenia brutto, o którym mowa w § 6 ust. 1 umowy;
5. art. 353¹ k.c., art. 354 §1 i 2 k.c., art. 498 §1 k.c. oraz art. 5 k.c. w zw. z art. 8 ust. 1 oraz art. 16 pkt 1 Pzp, poprzez zastrzeżenie w §14 ust. 3 zd. 2 Projektowanych postanowień Umowy, że Zamawiający zastrzega sobie prawo do potrącania kar umownych z Wynagrodzenia należnego Wykonawcy (faktury), nawet niewymagalnego, podczas gdy zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa wierzytelność, aby można było ją potrącić, musi być wymagalna.

Izba dokonała następujących ustaleń odnośnie do przedmiotowego odwołania.

W pierwszej kolejności Izba przywołuje stan faktyczny wynikający z treści odwołania i odpowiedzi na odwołanie. Jednocześnie, podkreślając, że nie było sporu co do stanu faktycznego, ale oceny tego stanu przez Zamawiającego. W konsekwencji Izba przywołuje wszystkie postanowienia PFU oraz Projektowanych postanowień umownych wskazane przez Odwołującego oraz Zamawiającego.

W pozostałym zakresie Izba odniesie się przy rozpoznawaniu zarzutów.

Biorąc pod uwagę stan rzeczy ustalony w toku postępowania (art. 552 ust.1 Pzp), oceniając wiarygodność i mo dowodową, po wszechstronnym rozważeniu zebranego materiału (art. 542 ust. 1 Pzp), Izba stwierdziła co następuje.

Odnośnie zarzutu pierwszego, Izba uznała w/w zarzut za podlegający oddaleniu.

W tym wypadku, Zamawiającego dokonał częściowego uwzględnienia w części w jakiej zgłoszenie tego zarzutu jest usprawiedliwione dla:
a) przedłużenia terminu realizacji Etapu I, tj. wykonania prac projektowych i uzyskania decyzji pozwolenia na budowę lub braku sprzeciwu dla zgłoszenia zamiaru wykonania robót budowlanych (w zależności od wymogów Prawa Budowlanego), w nieprzekraczalnym terminie 14 tygodni od daty zawarcia umowy,
b) przedłużenia terminu realizacji Etapu II, tj. wykonania robót budowlanych i pozytywnego uzyskania wszystkich wymaganych prawem odbiorów prób i zgód na użytkowanie, zgodnie z przepisami ustawy Prawo budowlane w nieprzekraczalnym terminie do dnia 22 maja 2026 r.

Oświadczył, że dokona stosownej modyfikacji treści SWZ, w tym projektowanych postanowień umownych stanowiących załącznik nr 13 do SWZ.

Na rozprawie Odwołujący oświadczył, że mimo działania Zamawiającego podtrzymuje pierwotny zarzut oraz wnioski co do oczekiwanej przez niego modyfikacji terminu realizacji Etapu I oraz Etapu II. Izba uznała, że po pierwsze nie dysponuje w przesłanej dokumentacji postępowania informacją (potwierdzeniem) o dokonaniu zapowiedzianych przez Zamawiającego zmian co do spornych terminów. Takie potwierdzenie nie zostało także złożone na rozprawie. Po drugie, zapowiedziana przez Zamawiającego zmiana dalej nie czyni zadość wnioskowanym żądaniom

Odwołującego, który podtrzymał zarzut na rozprawie. W konsekwencji, Izba nie umarzała postępowania w zakresie tego zarzutu, uznając, że dalej istnieje spór między stronami.

Odnośnie wnioskowanych terminów przez Odwołującego, Izba uznała, że Zamawiający udowodnił, że termin realizacji II etapu wynika z okoliczności od niego niezależnych, gdyż do 30.06.2026 r. musi rozliczyć się w ramach środków, które otrzymał z KPO w przeciwnym razie grozi mu utrata środków. W tym zakresie, Zamawiający przedstawił dowód, który potwierdza wskazany termin. Odwołujący co prawda wskazywał na rozprawie, że inni zamawiający przesuwają termin realizacji zamówienia do czerwca 2026 r., ale nie przedstawił na tą okoliczność żadnego dowodu. Podobnie, Odwołujący nie przedstawił dowodu, że Komisja Europejska przesunęła możliwość rozliczenia środków z KPO do końca 2026 r., przy czym Zamawiający wskazywał, że środki są przyznawane w ramach różnych podmiotów. Odnośnie, służby zdrowia termin 30.06.2026 r. nie został zmieniony. Złożony przez Zamawiającego dowód rzeczywiście odnosi się do inwestycji realizowanych w ramach komponentu D KPO w sektorze Zdrowia. Jeśli uznać, że Zamawiający przedłużył lub przedłuży termin do 22.05.2026 r. wydaje się, że jest to wszystko co z uwagi na okoliczności na tym etapie mógłby zrobić.

Odnośnie, zaś terminu wskazanego dla I etapu, to Izba wskazuje, że niezależnie od tego, czy Zamawiający przedłużył lub przedłuży termin do 14 tygodni, to należy wskazać na § 15 ust.1 pkt 1 lit. a Projektowanych postanowień umowy: *„(…) 1. Zamawiający dopuszcza niżej wymienione zmiany postanowień zawartej umowy, w następujących przypadkach:*

1) Zmiana terminów realizacji zamówienia będzie możliwa w przypadku:

a) działań organów administracji i innych podmiotów o kompetencjach zbliżonych do organów administracji, w szczególności eksploatatorów infrastruktury oraz właścicieli gruntów pod inwestycję, w tym:

− przekroczenie określonych przez prawo lub regulaminy, a jeśli takich regulacji nie ma typowych w danych okolicznościach, terminów wydawania przez organy administracji lub inne podmioty decyzji, zezwoleń, uzgodnień itp.,

− odmowy wydania przez organy administracji lub inne podmioty wymaganych decyzji, zezwoleń, uzgodnień z przyczyn niezawinionych przez Wykonawcę, w tym odmowy udostępnienia przez właścicieli nieruchomości do celów realizacji inwestycji,

− przy czym przesunięcie terminu wykonania umowy nastąpi o czas niezbędny na ustanie ww. czynników. (…)". Zamawiający jednoznacznie wskazał w odpowiedzi na odwołanie, że: „Wszelkie okoliczności fakultatywne, nie leżące po stronie wykonawcy, a wpływające na możliwość wykonania Etapu I w zakładanym terminie stanowią przesłankę zmiany umowy w sprawie zamówienia, a podstawą ich wprowadzenia są klauzule przeglądowe zawarte §15 projektowanych postanowień umownych zawartych w Załączniku nr 13 do SWZ. Dotyczy to także uzgodnień wielobranżowych, uzgodnień formalnych czy też promes od gestorów sieci, jeżeli z przyczyn nieleżących po stronie wykonawcy, zostaną wydane z przekroczeniem terminów ustawowych lub zwyczajowo na takie uzgodnienia przyjętych.". Powyższe, stanowisko Zamawianego w ocenie Izby, jest dla niego wiążące i winno uwzględniać istniejące uwarunkowania faktyczne w każdej sytuacji indywidualnie. Jednocześnie, Izba wskazuje, że Zamawiający de facto oświadczył na rozprawie, w kontekście kar umownych i ryzyka związanego z niedotrzymaniem terminów oraz wliczenia tych kar do ceny oferty, że w takiej sytuacji, ryzyko zostanie rozłożone równomiernie. Izba także w tym kontekście przywołuje także stanowisko Zamawiającego z odpowiedzi, że: „(…) Uwzględniając wskazane wyżej przedłużenie terminu realizacji Etapu I, przy założeniu, że wydanie pozwolenia na budowę będzie następowało w maksymalnym ustawowym terminie 65 dni, Wykonawca ma 33 dni na opracowanie dokumentacji projektowej, jej odbiór i złożenie wniosku o wydanie decyzji o pozwoleniu na budowę. Termin ten w ocenie Zamawiającego jest w zupełności wystarczający, a po zmianie, termin na wykonanie Etapu I uwzględnia maksymalny ustawowy termin 65 dni, w którym pozwolenie na budowę powinno zostać wydane. Należy przy tym podkreślić, że przewidziany w art. 35 ust. 6 pkt 1 ustawy Prawo budowlane, termin 65 dni na wydanie decyzji w sprawie pozwolenia na budowę liczony od dnia złożenia wniosku o wydanie takiej decyzji jest terminem maksymalnym stanowiącym przesłankę nałożenia kary na organ administracji architektoniczno-budowlanej. Niemniej nadal, również organ administracji architektoniczno-budowlanej, jest związany zawartą w art. 35 §1 k.p.a. zasadą załatwiania spraw bez zbędnej zwłoki, co oznacza, że jeżeli wyjaśnienie i załatwienie sprawy może nastąpić wcześniej niż przed upływem 65 dni, to organ nie może oczekiwać z wydaniem decyzji na upływ wskazanego wyżej 65 dniowego terminu. (…)".

Odnośnie, kwestii dalszych, tj. żądania dodania postanowienia do projektowanych postanowień umownych zobowiązania Zamawiającego do przeprowadzenia procedury unieważnienia lub zmiany obowiązującego pozwolenia na budowę: „ROZBUDOWA I PRZEBUDOWA BUDYNKU HOSPICJUM PRZY UL. DASZYŃSKIEGO 29 W GLIWICACH", Izba wskazuje na w pkt 1.3 (str. 7) PFU, gdzie znajduje się analogiczne zobowiązanie Zamawiającego o treści: Obszar wykorzystywany przez Hospicjum objęty jest obowiązującym pozwoleniem na budowę: „ROZBUDOWA I PRZEBUDOWA BUDYNKU HOSPICJUM PRZY UL. DASZYŃSKIEGO 29 W GLIWICACH" z grudnia 2016, decyzja pozwoleniu na budowę nr 452/2017 z 21 kwietnia 2017 oraz decyzja nr AB-400/2024 z 14 sierpnia 2024. Uwaga: Obszar objęty pozwoleniem częściowo koliduje z przedmiotową inwestycją, m.in. w miejscu projektowanego budynku zlokalizowane są miejsca postojowe. W ramach odrębnego opracowania wykonany zostanie projekt budowlany zamienny likwidujący kolizje oraz pozwalający na realizację przedmiotowego Zamówienia (po stronie Zamawiającego). W efekcie żądanie Odwołującego jest niezasadne.

Odnośnie wniosku Odwołującego o nakazanie Zamawiającemu usunięcia postanowień dotyczących konieczności uzyskania przez Wykonawcę warunków przyłączenia, zabezpieczenia lub likwidacji kolizji projektowanych obiektów z istniejącym uzbrojeniem na etapie projektu budowlanego, pozyskaniem map do celów projektowych (załączono do PFU)i innych dokumentów niewymaganych formalnie m.in.: Inwentaryzacja zieleni (załączono do PFU), wyniki badań gruntowo-wodnych (załączono do PFU), Izba wskazuje, że ten wniosek jest gołosłowny i nie znajduje w dalszej części odwołania jakiegokolwiek jego uzasadnienia. Nie jest rolą Izby odkodowywanie intencji Odwołującego w tym zakresie oraz jego kontekstu, ani uznanie na zasadzie analogii argumentacji przedstawionej w innym zakresie przez Odwołującego.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

Odnośnie zarzutu drugiego, Izba uznała w/w zarzut za podlegający oddaleniu.

W tym zakresie, w ocenie Izby, przytoczone przez Odwołującego orzecznictwo, jak i samo stanowisko, co do tego, że odbiór robót może mieć miejsce w wypadku zaistnienia usterek nieistotnych, nie było przez Zamawiającego kwestionowane. Zamawiający w ramach odpowiedzi na odwołanie oraz na rozprawie, wyraźnie wskazał, że takie właśnie są jego intencje w zakresie zaskarżonych projektowanych postanowień umownych. W ocenie Izby, takie stanowisko nie wynika, jedynie z jego sytuacji procesowej, ale ma także uzasadnienie w samych postanowieniach. Izba przy tym podziela przedstawioną wykładnie, uznaje za trafne stanowisko, że wykładnia spornych postanowień musi uwzględnienia całość postanowień umowy oraz kontekstu użycia tych słów. Niewątpliwe, obowiązek odbioru prac przez Zamawiającego nie ma charakteru bezwzględnego, po jego stronie istnieje możliwość odmowy odbioru przedmiotu umowy, którą usprawiedliwia istnienie wad istotnych, uniemożliwiających korzystanie z tego przedmiotu umowy.

Przedstawione wyżej, stanowisko Zamawiającego potwierdza chociażby treści §7 ust. 9 pkt 2 projektowanych postanowień umownych, zgodnie z którą gwarancja obejmuje usuwanie wszelkich wad i usterek tkwiących w przedmiocie rzeczy w momencie jego odbioru oraz powstałych w okresie gwarancji. Uznanie, że przedmiot odbioru musi być pozbawiony jakichkolwiek wad, czyniłoby przedmiotowe postanowienie umowne nielogicznymi, a niedopuszczalna jest wykładnia umowy w taki sposób, który pomijałby lub pozbawiałby sensu inne postanowienia umowy. Podobnie, postanowienie §4 ust. 12 projektowanych postanowień umownych, które reguluje kwestię odbiorów częściowych. Postanowienie to należy wykładać w granicach obowiązujących przepisów prawa, w tym wskazanego w art. 647 k.c., i spoczywającego na inwestorze, obowiązku odbioru zrealizowanego obiektu stanowiącego rezultat prac budowlanych wykonawcy.

Z kolei, zgodnie z §14 ust. 19 przesłanką przerwania przez Zamawiającego procedury odbioru końcowego jest wystąpienie wad uniemożliwiających korzystanie z przedmiotu umowy, a więc innymi słowy wystąpienie wady istotnej. Zaś §4 ust. 23 statuuje, że tylko wystąpienie wad stanowiących przeszkodę w odbiorze przedmiotu umowy pozwala uznać, że wykonawca pozostaje w zwłoce z wykonaniem przedmiotu umowy. Zatem istnienie innych wad (wad nieistotnych) nie stanowi przeszkody w dokonaniu odbioru przedmiotu umowy. W efekcie, Izba uznaje, że wszystkie zaskarżone postanowienia projektowanych postanowień umownych odnoszą się do wad istotnych, a nie nieistotnych i taka winna być ich wykładnia. Zgodnie z wykładnią autentyczną przedstawioną przez Zamawiającego.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

Odnośnie zarzutu trzeciego (jest oznaczony jako zarzut trzeci i czwarty), Izba uznała w/w zarzut za podlegający oddaleniu.

W pierwszej kolejności, Izba wskazuje, że Zamawiający wykazał w ramach zarzutu pierwszego, że realizowanie lub rozliczanie przedsięwzięcia po terminie 30.06.2026 r. pozbawia to przedsięwzięcie jakiegokolwiek znaczenia gospodarczego dla Zamawiającego. Rozwiązanie umowy o dofinansowanie, którego przesłanką jest niezrealizowanie przedsięwzięcia objętego dofinansowaniem w terminie, skutkuje zwrotem otrzymanego dofinansowania wraz z odsetkami i koniecznością rozliczenia wykonanych robót z własnych środków. Istnieje więc poważne ryzyko finansowe i także wykonawca, miałby części tego ryzyka ponosić, będąc w ten sposób odpowiednio zmotywowanym do sprawnego i terminowego zrealizowania przedmiotu zamówienia. Takie stanowisko przedstawił też Zamawiający na rozprawie, na co Izba wskazywał już przy rozpatrywaniu zarzutu pierwszego.

W tym kontekście Izba przypomina także za orzecznictwem: *„(...) 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 służy 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 zastrzeganie 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 zastrzegania 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). (…)". (za wyrokiem KIO z 30.05.2025 r., sygn. akt: KIO 1670/25).

Odnośnie, przedmiotowej sprawy, Izba podzieliła stanowisko Zamawiającego z odpowiedzi na odwołanie i uznała za własne, że: *„(…) jeśliby zmniejszyć karę umowną za zwłokę w wykonaniu poszczególnych Etapów realizacji zamówienia do wysokości 0,01% wynagrodzenia brutto, to posługując się podaną przez Odwołującego przykładową kwotą wynagrodzenia, kara ta wynosiłaby 2.460 zł za każdy dzień zwłoki. Zatem gdyby wykonawca dopuścił się 30 dniowej zwłoki w wykonaniu zamówienia, która przekreślałaby jakąkolwiek możliwość rozliczenia inwestycji przed 30 czerwca 2025 r.* (2026 r. poprawka autora uzasadnienia) *i skutkowałaby dla Zamawiającego koniecznością zwrotu dofinansowania, zobowiązany byłby do zapłaty kary umownej w wysokości 73.800,00 zł. Jest to kwota marginalna w porównaniu do wartości zamówienia i z pewnością perspektywa takiej kary umownej nie byłaby w żaden sposób dla wykonawcy motywująca do terminowego wykonania zamówienia. Co więcej, taka kwota kary umownej w żaden sposób nie rekompensowałaby Zamawiającemu szkody związanej z brakiem możliwości zrealizowania celu przedsięwzięcia (…), a dodatkowo w żaden sposób nie rekompensowałaby szkody finansowej związanej z koniecznością zwrotu dofinansowania. (…)".* Podobnie odnośnie żądania zmniejszenia kary umownej za wbudowanie materiałów niezgodnych z dokumentacją projektową i niezatwierdzonych przez Zamawiającego. Zabudowanie materiałów niezgodnych z dokumentacją projektową może skutkować brakiem możliwości uzyskania pozwolenia na użytkowanie. Izba uznała także za zasadne dalsze stanowisko Zamawiającego, zgodnie z którym: *„(…) Pozostając przy zaproponowanej przez Odwołującego podstawie naliczania kar umownych – 24.600.000,00 zł brutto, w zakresie pozostałych kar umownych, według projektowanych postanowień umownych w dotychczasowym brzmieniu:*

1) kara umowna za zwłokę w opracowaniu harmonogramu rzeczowo-finansowego wynosi 12.300,00 zł za każdy dzień zwłoki, co w porównaniu z wartością całego zamówienia stanowi niewielką kwotę i w niewielkim stopniu odpowiada ponoszonemu przez Zamawiającemu ryzyku niezrealizowania zamówienia w terminie, zważywszy że harmonogram ten stanowi podstawę realizacji zamówienia; proponowana przez Odwołującego wysokość kary umownej wynosi w przedmiotowym przypadku 2.460,00 zł, co ma się nijak do ponoszonego przez Zamawiającego ryzyka niezrealizowania inwestycji i z pewnością nie będzie w żaden sposób motywować wykonawcę do opracowania harmonogramu w terminie,

2) kara umowna za zwłokę w usunięciu wad stwierdzonych przy odbiorze końcowym lub w okresie obowiązywania gwarancji i rękojmi na wady wynosi 123.000,00 zł za każdy dzień zwłoki, co odpowiada ryzyku Zamawiającego i dostatecznie motywuje wykonawcę; proponowana przez Odwołującego wysokość kary wynosi w przedmiotowym przypadku 2.460,00 zł, co w żadnym stopniu nie będzie motywowało wykonawcy do usuwania stwierdzonych wad w terminie; przy okazji zauważyć należy, że proponowane przez Odwołującego kary nie uwzględniają istotności okoliczności, na które są zastrzegane, bowiem kara umowna za zwłokę w usunięciu wady (okoliczność bardzo istotna) jest równa karze umownej za zwłokę w opracowaniu harmonogramu rzeczowo-finansowego (okoliczność mniej istotna), podczas gdy sam Odwołujący czyni z tego zarzut Zamawiającemu,

3) kara umowna za odstąpienie przez którąkolwiek ze stron w całości albo w części w następstwie okoliczności, za które Wykonawca ponosi odpowiedzialność wynosi 2.460.000,00 zł i ustalona została na zwyczajowej w obrocie prawnym wysokości 10% wynagrodzenia, podczas gdy Odwołujący proponuje karę umowną w wysokości 5% wynagrodzenia, co stanowi kwotę 1.230.000,00 zł; kwota ta nie będzie stanowić skutecznej bariery przed prowokowaniem przez wykonawcę zdarzeń, które będą skutkowały koniecznością odstąpienia od umowy z przyczyn leżących po stronie wykonawcy,

4) kara umowna z tytułu braku zapłaty wynagrodzenia należnego podwykonawcom lub dalszym podwykonawcom w terminie wynosi 4.920,00 zł za każdy stwierdzony przypadek i jest ustalona na poziomie motywującym wykonawcę do realizacji obowiązku zapłaty wynagrodzenie podwykonawcom, co zapobiega ryzyku przestoju w wykonywanych robotach w wyniku zejścia podwykonawców z placu budowy związanego z brakiem bieżącej płynności; proponowana przez Odwołującego kara umowna dla tego wypadku wynosiłaby 2.460,00 zł, co nie jest wystarczającą motywacją do unikania przypadków braku płatności podwykonawcom,

5) kara umowna tytułu nieprzedłożenia do zaakceptowania projektu Umowy o podwykonawstwo, której przedmiotem są roboty budowlane lub projektu jej zmiany wynosi 12.300,00 zł za każdy stwierdzony przypadek, co dostatecznie motywuje wykonawcę do przedkładania projektów umów podwykonawczych zamawiającemu w celu kontroli prawidłowości postanowień tych umów w kontekście bezpośredniej płatności podwykonawcom; proponowana przez Odwołującego kara umowna dla tego wypadku wynosiłaby 2.460,00 zł, co uznać należy za niewystarczającą motywację dla realizacji

przedmiotowego obowiązku,
6) kara umowna z tytułu braku zmiany Umowy o podwykonawstwo, której przedmiotem są dostawy lub usługi w zakresie terminu zapłaty wynosi 4.920,00 zł za każdy dzień liczony od dnia wyznaczonego przez Zamawiającego na dokonanie tej zmiany, aż do dnia otrzymania przez Zamawiającego skorygowanej Umowy i dostatecznie motywuje wykonawcę do dostosowywania terminów zapłaty w umowach podwykonawczych do wymagań umownych zapobiegając brakowi bieżącej płynności w płatnościach dla podwykonawców, a w konsekwencji możliwym przestojom w robotach proponowana przez Odwołującego kara umowna dla tego wypadku wynosiłaby 2.460,00 zł, co uznać należy za niewystarczającą motywację dla realizacji przedmiotowego obowiązku,
7) kara umowna dla przypadków niewywiązywania się z obowiązków zatrudnienia na podstawie umowy o pracę i dla przypadków niewywiązywania się z obowiązków przedstawiania dokumentów potwierdzających zatrudnienie wynosi 12.300,00 zł odpowiednio za każdą osobę lub stwierdzony taki przypadek, co stanowi niewielką część wartości zamówienia, a jednocześnie dostatecznie motywuje do realizacji przedmiotowych obowiązków; Odwołujący dla każdego z tych przypadków proponuje karę umowną w wysokości 2.460,00 zł co nie daje gwarancji, że będzie przestrzegał obowiązków zatrudniania na umowę o pracę i przedkładania dokumentów potwierdzających to zatrudnienie,
8) kara umowna za każdy stwierdzony przypadek, w którym roboty objęte przedmiotem Umowy będzie wykonywał, bez zgody Zamawiającego, podmiot inny niż Wykonawca wynosi 5.000,00 zł i z pewnością nie jest wygórowana mając na względzie wartość zamówienia oraz odpowiednią motywację wykonawcy do ujawniania każdego przypadku zatrudnienia podwykonawcy do wykonywania robót, a także możliwość kontroli warunków zatrudniania podwykonawców i bezpośredniej płatności wynagrodzenia, co jest czynnikiem sprawnego zrealizowania przedmiotu zamówienia; proponowana przez Odwołującego wysokość kary umownej dla przedmiotowego przypadku wynosi 1.000,00 zł za każdy przypadek, co w porównaniu z wartością zamówienia i ryzykiem spoczywającym na Zamawiającym jest kwotą pomijalną, w żaden sposób nie motywującą do realizacji obowiązków umownych w tym zakresie,
9) kara umowna za każdy stwierdzony przypadek realizacji przedmiotu zamówienia obejmującej czynności wchodzące w zakres kompetencji osób wskazanych w wykazie osób skierowanych przez Wykonawcę do realizacji zamówienia wykazanych w ofercie, bez udziału tych osób wynosi 4.920,00 zł za każdy stwierdzony przypadek i jest odpowiednia motywacją dla Wykonawcy do tego by realizował zamówienie z udziałem osób, których doświadczenie spełnia wymogi określone przez Zamawiającego, co ma zapewnić właściwą jakość robót; proponowana przez Odwołującego kara umowna wynosi 2.460,00 zł co nie stwarza wystarczającej motywacji dla wykonawcy, aby zamówienie było realizowane przez osoby które wskazała w swojej ofercie. (…)".

Izba zgadza się również, że żadna z wyżej wymienionych kar umownych nie zbliża się swą wartością do wartości nienależycie wykonanego zamówienia, a w konsekwencji nie może zostać uznana za wygórowaną, a Odwołujący w żaden sposób nie wykazał, że kary umowne nie są racjonalnie powiązane z uszczerbkiem po stronie Zamawiającego. W żaden sposób nie odniósł się również do rozkładu ryzyka pomiędzy Zamawiającym a Wykonawcą. Nie wykazał również, że wysokość kar umownych nie jest adekwatna do szkody jaka może po stronie Zamawiającego wystąpić wskutek niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązań wykonawcy. Nadto, w ocenie Izby nietrafione jest również stanowisko Odwołującego, odnośnie tego, że podstawą wyznaczenia wysokości kar umownych stanowi całkowite wynagrodzenie umowne brutto, niezależnie od tego, którego Etapu umowy dotyczą naruszenia tymi karami sankcjonowane. Zamawiający przedstawił w tym zakresie stanowisko w odpowiedzi na odwołanie, które Izba podzieliła.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

Odnośnie zarzutu czwartego (jest oznaczony w odwołaniu jako piąty), Izba uznała w/w zarzut za podlegający oddaleniu.

W tym zakresie, Izba podziela stanowisko wyrażone przez Zamawiającegow odpowiedzi na odwołanie. Wskazując dodatkowo za orzecznictwem: *„(…) Jak trafnie wskazane zostało w wyroku 535/21: „Instytucja potrącenia umownego nie jest uregulowana w prawie polskim, ale jej dopuszczalności należy upatrywać w zasadzie swobody umów, która na gruncie prawa polskiego została wyrażona w art. 3531 Kodeksu cywilnego. Pogląd ten został wyrażony również przez Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 26 stycznia 2005 r., w którego tezie zauważono, że „Pojęcie »kompensaty« (w istocie odpowiednika potrącenia) jest wykorzystywane do odróżnienia potrącenia umownego od potrącenia ustawowego (art. 498 i następne k.c.) i urzeczywistnia się w porozumieniu kompensacyjnym, będącym pozakodeksową umową, której podstawę prawną stanowi art. 3531 k.c." Należy również podkreślić, że do konstrukcji tej nie stosuje się przepisów Kodeksu cywilnego dotyczących potrącenia ustawowego. Strony umowy mają dużą dowolność w ustalaniu warunków potrącenia, w tym również co do czasu i sposobu jego dokonywania. Dopuszczalne jest także porozumienie, zgodnie z którym potrącenie jest skuteczne bez konieczności składania dodatkowych oświadczeń woli. Skuteczność dokonanego potrącenia musi być zatem oceniona na podstawie wszystkich postanowień umownych i wszystkich okoliczności faktycznych. (…)"* (za wyrokiem KIO z 16.08.2021 r., sygn. akt: KIO 1725/21). Nadto stwierdzając, że będące przedmiotem zarzutu potrącenie to niekwestionowane w doktrynie i orzecznictwie potrącenie umowne. Do potrącenia może dojść na podstawie umowy zawartej między stronami, w której ustalą one zasady dokonania potrącenia wzajemnych wierzytelności w

przyszłości. W umowie tej mogą być ustalone inne warunki umożliwiające dokonanie potrącenia, niż to wynika z art. 498 i n. (por. np. R. Zdzieborski [w:] M. Michalski, R. Zdzieborski, Ustawa o niektórych..., s. 159 i przywołana tam literatura: J.L., Kompensaty umowne..., s. 16 i n.: A. Janiak [w:] Kodeks cywilny..., t. 3, Część ogólna, red. A. Kidyba, 2010, s. 692). Do potrącenia umownego (kompensaty) może więc dojść, gdy wierzytelności nie są wymagalne. Możliwe jest ono do zastosowania także wtedy, gdy potrącane wierzytelności nie są jednorodzajowe. Dopuszczalne jest także określenie przez strony daty skuteczności potrącenia, tzn. czy działa ono wstecz, czy leż skuteczne jest od dnia zawarcia porozumienia w przedmiocie potrącenia między stronami. Możliwe jest także dokonanie umownego potrącenia wierzytelności przedawnionych lub innych wynikających z zobowiązań naturalnych. Powszechnie przyjmowane jest to także w orzecznictwie (por. wyroki SN: z 3.06.1965 r., 1 CR 471/64, OSNC 1966/4, poz. 57; z 21.12.1967 r., ICR 481/67, OSNC 1968/11, poz. 186; z 17.12.1998 r., II CKN 849/98, OSAC 1999/7—8, poz. 128). Potrącenie umowne jest bowiem umową stron nieuregulowaną przepisami ustaw (nienazwaną), ewentualnie szczególnym rodzajem umowy, której celem jest modyfikacja sposobu wykonania istniejącego zobowiązania. Niezależnie od przyjętej kwalifikacji prawnej znajdą do niej zastosowanie postanowienia art. 3531 (por. np. J. Lachowski, Kompensata umowna a potrącenie... , s. 41 i n.; M. Pyziak-Szafnicka, Potrącenie... , s. 340; J. Lachowski, Kompensaty umowne... , s. 16 i n.). Potwierdzają to także zapisy ustawowe (por. art. 4 ust. 2 u.n.z.f., art. 93 ust. 2 pr. bank).(vide: Ciszewski Jerzy (red.), Nazaruk Piotr (red.), Kodeks cywilny. Komentarz. Opublikowano: WKP 2019).

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

W tym stanie rzeczy, Izba oddaliła odwołanie na podstawie art. 553 zdanie pierwsze i art. 554 ust. 1 pkt 1 Pzp oraz orzekł jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono z uwzględnieniem przywołanych poniżej przepisów, w tym także w oparciu o § 8 ust. 2 zdanie pierwsze rozporządzenia wskazanego poniżej. Jednocześnie, obciążając kosztami Odwołującego.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 557 Pzp oraz art. 575 Pzp, z uwzględnieniem postanowień Rozporządzenia Prezesa Rady Ministróww sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437).

Przewodniczący:

……