

**CML Construction Services Sp. z o.o.**

ul. Parzniewska 10  
PL 05-800 Pruszków / Polska

Tel: +48 22 71 44 369

Fax + 48 22 71 44 908

tel. kom. +48 609 04 33 22

[krzysztof.misiewicz@bauholding.com](mailto:krzysztof.misiewicz@bauholding.com)



Pruszków, dnia 7 lutego 2022 r.

**Prezes Krajowej Izby Odwoławczej**  
**ul. Postępu 17a**  
**02 - 676 Warszawa**

**Zamawiający:** **Stołeczne Centrum Opiekuńczo- Lecznicze Sp. z o.o.,**  
ul. Mehoffera 72/74, 03-131 Warszawa  
E-mail: [przetargi@scol.warszawa.pl](mailto:przetargi@scol.warszawa.pl)  
Tel.: +228110688-270, Faks: +22 8111864

**Odwołujący:** **STRABAG Sp. z o.o.** ul. Parzniewska 10, 08-500 Pruszków,  
**reprezentowany przez** radcę prawnego Krzysztofa Misiewicza, adres do  
korespondencji: ul. Parzniewska 10, 05-800 Pruszków  
telefon: +48 509 431 996, fax: + 48 (22) 71 44 908  
mail: [krzysztof.misiewicz@bauholding.com](mailto:krzysztof.misiewicz@bauholding.com)

Kopię odwołania przekazano Zamawiającemu w dniu 7 lutego 2022 r. drogą elektroniczną na  
adres e-mail: [przetargi@scol.warszawa.pl](mailto:przetargi@scol.warszawa.pl)

Dotyczy: postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego o wartości zamówienia  
równej lub przekraczającej progi unijne prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego na  
wykonanie robót budowlanych **pn.: Budowa drugiego Pawilonu Medycznego w ZOL przy ul.  
Mehoffera 72/74 w Warszawie na potrzeby działalności leczniczej Zakładu, wchodzącego  
w skład SCOL Sp. z o.o. wraz z wyposażeniem. Numer referencyjny: ZP/1/2022**

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Suplemencie do Dziennika Urzędowego Unii  
Europejskiej w dniu 26 stycznia 2022 r. pod numerem **2022/S 018-042457**.

## **ODWOŁANIE**

Niniejszym działając na podstawie udzielonego mi pełnomocnictwa (w załączeniu) w imieniu i na  
rzecz STRABAG Sp. z o.o. na podstawie na podstawie art. 513 pkt 1, art. 515 ust. 2 pkt 1  
ustawy z dnia 11 września 2019 roku Prawo zamówień publicznych, zwaną w dalszej części  
„nowe pzp” wnoszę odwołanie od czynności Zamawiającego podjętej w postępowaniu o  
udzielenie zamówienia publicznego, na wykonanie robót budowlanych **pn.: „Budowa drugiego  
Pawilonu Medycznego w ZOL przy ul. Mehoffera 72/74 w Warszawie na potrzeby  
działalności leczniczej Zakładu, wchodzącego w skład SCOL Sp. z o.o. wraz z  
wyposażeniem.” (dalej: Postępowanie).**

### **I. Termin.**

- 26 stycznia 2022 r. Zostało opublikowane w Suplemencie do Dziennika Urzędowego Unii  
Europejskiej ogłoszenie o zamówieniu

Oznacza to, że składając odwołanie w dniu 7 lutego 2022 r. Odwołujący czyni zadość wymaganiom art. 515 ust. 2 pkt 1 pzp, w zw. z art. 509 ust. 2 pzp tj. wnosi odwołanie w ustawowo wymaganym terminie.

## II. Zarzuty

Odwołujący zarzuca Zamawiającemu:

1. Naruszenie **art. 16 pzp w zw. z art. 8 ust. 1 pzp w zw. z art. 647 kc** poprzez przyznanie Zamawiającemu w § 7 ust. 10 pkt 2 załącznika nr 4 do SWZ Projektowane postanowienia umowy (dalej: Umowa) prawa do odmowy dokonania odbioru końcowego i odstąpienia od Umowy w każdym przypadku wystąpienia wad nieusuwalnych nawet jeżeli wady mają charakter nieistotny, podczas gdy zgodnie z obowiązującymi przepisami uprawnienie do odmowy odbioru końcowego powinno mieć miejsce jedynie w przypadku wystąpienia wad istotnych. W przypadku wystąpienia wad nieistotnych nieusuwalnych Zamawiający powinien dokonać odbioru końcowego i obniżyć w odpowiednim stopniu wynagrodzenie Wykonawcy. Jednocześnie powinno zostać doprecyzowane, że prawo do odmowy dokonania odbioru końcowego przewidziane w § 7 ust. 10 pkt 1 Umowy dotyczy tylko przypadku wystąpienia wad istotnych.
2. Powiązane z powyższym naruszenie **art. 453 ust. 1 pzp w zw. z art. 450 pzp, art. 8 ust. 1 pzp** poprzez ustalenie w Dziale B w Rozdziale III pkt 10 SWZ oraz w Dziale A Rozdziale IV pkt 11 SWZ oraz § 14 ust. 8 Umowy, że:
  - (i) Bieg terminu gwarancji i rękojmi rozpoczyna się od dnia bezusterkowego odbioru końcowego podczas gdy zgodnie z § 7 ust. 10 pkt 3 umowy Zamawiający jest zobowiązany do dokonania odbioru końcowego, w przypadku, gdy występują jedynie wady nieistotne i od tego momentu Zamawiający przejmie przedmiot Umowy i będzie go użytkował zaś zgodnie z § 10 ust. 2 Umowy okres gwarancji liczony jest od daty odbioru końcowego a nie od daty usunięcia wad odbiorowych (wad nieistotnych);
  - (ii) zabezpieczenie należytego wykonania umowy (70%) zostanie zwrócone po bezusterkowym odbiorze końcowym, podczas gdy zabezpieczenie powinno zostać zwrócone po wykonaniu zamówienia i uznania przez zamawiającego za należyte wykonane, czyli po odbiorze końcowym nawet jeżeli w trakcie odbioru stwierdzono wady nieistotne.
3. Naruszenie **art. 16 pzp, art. 8 ust. 1 pzp, art. 134 ust. 1 pkt 20 pzp w związku z art. 353<sup>1</sup> kc i art. 647 kc w zw. z art. 484 § 2 kc w zw. z art. 483 kc i art. 473 § 1 kc** ze względu na: Zastrzeżenie w § 11 ust. 1 pkt 1), 3) Umowy kar umownych rażąco wygórowanych lub zastrzeżenie kar w sposób nieprecyzyjny:
  - (i) związanych z uchybieniem w dotrzymaniu terminów na wykonanie Etapów zgodnie z § 11 ust. 1 pkt 1) Umowy podczas gdy w treści § 2 ust. 2 Umowy nie zostały wskazane terminy realizacji Etapów. Składając w niniejszym postępowaniu ofertę Wykonawca nie jest w stanie ocenić terminów realizacji i Etapów i grożących z tego tytułu kar umownych, gdyż § 2 ust. 2 umowy nie zawiera terminów realizacji Etapów;
  - (ii) związanych z uchybieniem terminu usunięcia wad stwierdzonych przy odbiorze lub w okresie gwarancji i rękojmi (§11 ust. 1 pkt 3 Umowy) - w ocenie Wykonawcy kara umowna w wysokości 0,01% tj. równa wysokości kary za termin końcowy wynagrodzenia jest rażąco wygórowana; kara zwłokę w realizacji obowiązków w zakresie usuwania wad powinna być na niższym poziomie niż kara za uchybienie w terminie końcowym realizacji podstawowego zobowiązania umownego;
  - (iii) związanych z nieterminową zapłatą wynagrodzenia na rzecz podwykonawców w wysokości 5% wynagrodzenia podwykonawcy (§11 ust. 1 pkt 6 Umowy) kara jest niezależna od skali uchybienia tj. niezależnie od kwoty niezapłaconej jak i wielkości zwłoki w zapłacie co oznacza, że nieterminowa zapłata nawet niewielkiej kwoty o 1 dzień może skutkować pozbawieniem wykonawcy 5% wynagrodzenia podwykonawcy;
  - (iv) Zamawiający zastrzegł:
    - górny limit kar umownych w §11 ust. 7 Umowy na poziomie 100% wartości umowy

- górny limit kar z tytułu zwłoki w wykonaniu przedmiotu Umowy w wysokości 20% wartości wynagrodzenia
  - co w ocenie Wykonawcy jest poziomem wygórowanym i znacząco odstającym od realiów rynkowych, limit kar umownych w zakresie uchybienia terminowi nie powinien przekraczać 10% wartości wynagrodzenia zaś górny limit wszystkich kar nie powinien przekraczać łącznie wysokości kary z tytułu odstąpienia od umowy (§ 11 ust. 7 Umowy) tj. 20% wartości wynagrodzenia.
- (v) Zamawiający w § 11 ust. 6 Umowy w sytuacji odstąpienia od Umowy przewidział możliwość domagania się kar umownych z tytułu naruszeń umowy, jakie miały miejsce przed odstąpieniem od Umowy. W przypadku odstąpienia od Umowy, w szczególności ze skutkiem *ex tunc*, Zamawiający powinien mieć prawo do domagania się jedynie kary z tytułu odstąpienia bez kumulowania tej kary z innymi karami umownymi – nie powinno dochodzić do kumulowania kar z tytułu nieprawidłowego wykonania umowy z karą za niewykonanie umowy.
4. Naruszenie **art. 436 pkt 4 lit. b) pzp w zw. z w związku z art. 16 pzp i art. 647 kc** poprzez ustalenie w § 16 ust. 2 Umowy możliwości zmiany terminu realizacji bez możliwości zmiany wynagrodzenia wykonawcy w sytuacji, gdy przypadki opisane w lit. a), b), c), d), e), f) i h) są przypadkami albo niezależnymi od Wykonawcy (nie uwzględnionymi w ofercie) lub przypadkami obciążającymi Zamawiającego zgodnie z art. 647 kc.
5. Naruszenie art. 8 ust. 1 pzp w zw. z art. 16 pkt 3) pzp i art. 433 pkt 3 pzp w zw. z art. 353<sup>1</sup> kc, art. 629 kc i art. 647 kc poprzez wskazanie w § 5 ust. 1 Umowy oraz rozdziale XVII pkt 9 SWZ, że wynagrodzenie ma charakter kosztorysowy tj. ustalane na podstawie obmiaru powykonawczego (ustalane na podstawie ilości rzeczywiście wykonanych robót i cen przyjętych kosztorysie ofertowym) przy jednoczesnym zastrzeżeniu, że wynagrodzenie nie może ulec zwiększeniu ponad kwotę wskazaną w § 5 ust. 1 Umowy nawet jeżeli wyniku obmiaru powykonawczego zostanie ustalone zostanie, że rzeczywista wartość robót jest wyższa niż wskazana w § 5 ust. 1 Umowy. Oznacza to w istocie, że wynagrodzenie nie ma charakteru kosztorysowego, ale ma charakter ryczałtowy z możliwością jego obniżenia w sytuacji, gdy rzeczywiste ilości robót będą niższe niż wskazane w przedmiarze robót stanowiącym załącznik nr 9 do SWZ, a który to przedmiar został sporządzony przez Zamawiającego a którego wykonawca nie może samodzielnie korygować na etapie składania ofert (Rozdział XVII pkt 4 SWZ). Powoduje to przerzucenie na wykonawcę ryzyka prawidłowości przedmiaru sporządzonego przez Zamawiającego, a za którego prawidłowość sporządzenia odpowiedzialność ponosi Zamawiający. Zapis skutkuje również przerzuceniem ryzyka kontraktowego na wykonawcę w postaci konieczności ponoszenia kosztów, których w momencie składania oferty nie mógł przewidzieć Zamawiający przerzuca na wykonawcę ryzyko pokrycia kosztów wszystkich prac poza ustalony limit co oznacza, że w przypadku przekroczeń ilościowych, zmiany zakresu prac czy niedokładności kosztorysów wykonawca ponosi wyłączną odpowiedzialność, mimo że to nie wykonawca przygotowywał kosztorys (przedmiar). Taki sposób ustalenia wynagrodzenia jest niezgodny z zasadami kontraktowania bowiem to Zamawiający ponosi odpowiedzialność za prawidłowość sporządzenia przedmiaru a jednocześnie przerzuca on na wykonawcę ryzyko, które zgodnie z kontraktem obciąża Zamawiającego, co wprost prowadzi do uznania, że zapis ten stanowi klauzulę abuzywną w rozumieniu art. 433 pkt 3 Pzp.
6. Naruszenie art. 8 ust. 1 pzp w zw. z art. 16 pkt 3) pzp i art. 431 pzp w zw. z art. 353<sup>1</sup> kc i art. 354 § 2 kc poprzez zastrzeżenie w § 15 ust. 2 Umowy możliwości odstąpienia od Umowy przez Zamawiającego bez uprzedniego wezwania Wykonawcy do usunięcia uchybień co może prowadzić do zaskoczenia wykonawcy odstąpieniem od Umowy, brakiem możliwości usunięcia nieprawidłowości i brakiem zapewnienia dalszej realizacji umowy i tym samym narusza obowiązek lojalności kontraktowej ze strony Zamawiającego i brak współdziałania ze strony Zamawiającego jako wierzyciela w celu wykonania Umowy.
7. Naruszenie art. 99 ust. 1 pzp w zw. z art. 436 pkt 1 pzp poprzez:

- (i) ustalenie w § 2 ust. 3 Umowy wymogu zrealizowania prac związanych z wykonaniem przyłącza ciepłowniczego w terminach ustalonych jako konkretna data kalendarzowa podczas gdy termin wykonania poszczególnych robót budowlanych powinien być określonych w dniach, tygodniach, miesiącach lub latach. Jednocześnie brak jest obiektywnej przyczyny, która uzasadniałaby wskazanie konkretnej daty.
- (ii) Nieprawidłowy opis przedmiotu zamówienia, gdyż składając ofertę Wykonawca nie będzie wiedział czy będzie miał możliwość realizacji prac w okresie od 1 maja 2022 r. do 31 sierpnia 2022 r. (termin Zgodnie z Warunkami technicznymi przyłączenia – Załącznik nr 1 do warunków nr VAW/HPR/21/ 2110069 /1; Dodatek 4.1 do Załącznika 4 do projektowanych postanowień umowy), gdyż termin związania ofertą wykracza poza datę 1 maja 2022 r. – w rozdziale XIII ust. 1 SWZ Zamawiający wyznaczył termin związania ofertą na dzień 27 maja 2022 r. co oznacza, że do zawarcia umowy może dojść po dniu 1 maja 2022 r. i tym samym po zawarciu umowy Wykonawca nie będzie miał wystarczająco dużo czasu na realizację prac w tym zakresie gdyż czas realizacji prac z wszystkimi formalnościami to 2,5 – 3 miesiące pod warunkiem, że projekt usunięcia kolizji jest uzgodniony z właścicielem sieci tj Veolia
- (iii) nieprawidłowy opis przedmiotu zamówienia, gdyż na chwilę obecną Zamawiający nie dysponuje uzgodnionym z Veolia projektem prac związanych z wykonaniem przyłącza ciepłowniczego. W sytuacji, gdy Zamawiający nie będzie dysponował tym projektem w chwili zawarcia umowy konieczne będą dodatkowe 2-3 miesiące na uzgodnienie projektu i tym samym wykonawca składając ofertę nie jest w stanie ustalić czy i kiedy będzie miał możliwość wykonania prac w zakresie usunięcia kolizji projektowanego Budynku z istniejącą siecią ciepłowniczą

### III. Żądania

Mając na uwadze powyższe zarzuty naruszenia przepisów, Odwołujący wnosi o nakazanie Zamawiającemu dokonanie następujących czynności, zmiany treści SWZ oraz załącznika nr 4 do SWZ wzór umowy poprzez:

- (i) wyeliminowanie z Umowy możliwości odstąpienia od umowy w przypadku wystąpienia wad nieistotnych nieusuwalnych. Doprecyzowanie zapisów Umowy w ten sposób, aby odmowa dokonania odbioru końcowego miała miejsce jedynie w przypadku wystąpienia wad istotnych.;
- (ii) zmiana zapisów Umowy w zakresie rozpoczęcia biegu okresu gwarancji i rękojmi tak aby okres ten rozpoczynał się z chwilą dokonania odbioru końcowego (z chwilą wydania) tj. przejęciem przedmiotu umowy przez Zamawiającego i rozpoczęcie korzystania/użytkowania przez Zamawiającego
- (iii) zmiana zapisów Umowy tak aby zwrot zabezpieczenia należytego wykonania Umowy (70%) następował po odbiorze końcowym tj po uznaniu, że zamówienie zostało należyście wykonane;
- (iv) zmiana zapisów Umowy poprzez wyeliminowanie kar umownych z tytułu przekroczenia terminu wykonania Etapów w związku z brakiem wskazania w SWZ i Umowie terminów realizacji Etapów;
- (v) zmiana zapisów Umowy w zakresie kary umownej za nieterminowe usunięcie wad odbiorowych lub w okresie gwarancji i rękojmi poprzez obniżenie tej kary względem kary umownej za niedotrzymanie terminu końcowego np. poprzez powiązanie kary z wartością elementu obciążonego wadą.;
- (vi) zmiana zapisów Umowy w zakresie kar umownych związanych z nieterminową zapłatą wynagrodzenia na rzecz podwykonawców tak, aby kary nie były rażąco wygórowane i zostały powiązane z wysokością wynagrodzenia podwykonawcy, które nie zostało zapłacone w terminie i ustalenie tej kary nie jako jednorazowej, ale powiązanej z wielkością opóźnienia w zapłacie;
- (vii) Zmianę zapisów Umowy poprzez obniżenie limitu kar umownych tak aby limit ten nie przekraczał kary z tytułu odstąpienia od Umowy;

- (viii) Zmianę zapisów Umowy poprzez wyeliminowanie możliwości naliczenia kar umownych z tytułu naruszeń umowy, jakie miały miejsce przed odstąpieniem od umowy.
- (ix) Zmianę zapisów Umowy w ten sposób, aby była możliwość zmiany wynagrodzenia wykonawcy w sytuacji, gdy dojdzie do zmiany terminów wykonania umowy z przyczyn niezależnych od Wykonawcy a w szczególności z przyczyn, za które odpowiada Zamawiający;
- (x) Zmianę zapisów Umowy w taki sposób, aby wynagrodzenie wykonawcy jednoznacznie miało charakter kosztorysowy tj. ustalane obmiarem powykonawczym na podstawie rzeczywistych ilości wykonanych robót i cen jednostkowych ustalonych w kosztorysie ofertowym i nie miało charakteru wynagrodzenia ryczałtowego z możliwością jego obniżenia;
- (xi) Zmianę zapisów Umowy w taki sposób, aby Zamawiający przed skorzystaniem z prawa do odstąpienia od Umowy wezwał wykonawcę do usunięcia nieprawidłowości w odpowiednim terminie z zagrożeniem odstąpienia od Umowy w przypadku niezastosowania się wezwania.
- (xii) Zmianę zapisów SWZ i Umowy poprzez:
  - a) W przypadku zawarcia umowy przed dniem 1 maja 2022 r. wprowadzenie zapisów zobowiązujących Zamawiającego do przekazania wykonawcy projektu wykonania przyłącza ciepłowniczego wraz z odpowiednimi uzgodnieniami w chwili podpisania umowy
  - b) wyłączenie z zakresu przedmiotu umowy prac związanych z wykonaniem przyłącza ciepłowniczego i zrealizowanie tych prac przez Zamawiającego poza zakresem niniejszej Umowy w przypadku, gdy umowa zostanie zawarta po dniu 1 maja 2022 r. Jednocześnie w takim wypadku strony zawarłyby Aneks do umowy, w którym dokonałby ustaleń w zakresie wykonania prac związanych z wykonaniem przyłącza ciepłowniczego przez Zamawiającego, z jednoczesnym ustaleniem wpływ wykonania tych prac przez Zamawiającego na termin wykonania Umowy oraz wynagrodzenie Wykonawcy. W przypadku nie wykonania przyłącza ciepłowniczego przez Zamawiającego w terminie do 31.08.2022 r. przyznanie Wykonawcy prawa do odstąpienia od umowy ewentualnie zawarcie aneksu do Umowy ustalającego wpływ nie wykonania prac przez Zamawiającego do dnia 31.08.2022 r. na termin wykonania Przedmiotu umowy i wynagrodzenie Wykonawcy.

Odwołujący mając na uwadze powyższe wskazuje na następujące proponowane brzmienie kwestionowanych postanowień:

### **Ad. III.(i)**

**Po uwzględnieniu zmiany treść załącznika nr 4 do SWZ – § 7 ust. 10 Umowy otrzymuje brzmienie:**

*§ 7 ust. 10 Z czynności przeprowadzonego odbioru sporządzany jest protokół odbioru robót zanikających/ulegających zakryciu, odbioru częściowego lub protokół odbioru końcowego, a jeżeli w toku odbioru zostaną stwierdzone wady, Zamawiającemu przysługują następujące uprawnienia:*

- 1) jeżeli wady istotne kwalifikują się do usunięcia, Zamawiający może odstąpić od czynności odbiorowych i wyznaczyć Wykonawcy termin ich usunięcia; po usunięciu stwierdzonych wad istotnych Wykonawca obowiązany jest do zawiadomienia o tym Zamawiającego oraz wezwania do ponownych czynności odbiorowych, zgodnie z procedurą wskazaną powyżej;*
- 2) jeżeli wady istotne nie kwalifikują się do usunięcia, to Zamawiający może odstąpić od umowy z przyczyn zależnych od Wykonawcy z konsekwencjami wymienionymi w § 11 lub żądać wykonania przedmiotu umowy po raz drugi, na koszt i odpowiedzialność Wykonawcy;*
- 3) jeżeli w trakcie odbioru końcowego stwierdzone zostanie istnienie wad nieistotnych, Zamawiający dokona odbioru końcowego, a stwierdzone wady zostaną opisane w odrębnym protokole, w którym zostanie wyznaczony termin ich usunięcia. Wykonawca obowiązany jest do zawiadomienia Zamawiającego o usunięciu wad. Usunięcie wad w tym przypadku zostanie stwierdzone protokołem.*

**Ad. III.(ii) i (iii) powyżej**

**Po uwzględnieniu zmiany treść SWZ – rozdziału III pkt 10 i rozdział IV pkt 11 SWZ:**

*Rozdział III pkt 10 Zamawiający zwolni lub zwróci Wykonawcy zabezpieczenie należytego wykonania umowy w wysokości 70% jego wartości wraz należnymi odsetkami, w przypadku wnoszenia zabezpieczenia w formie pieniężnej, wynikającymi z umowy rachunku bankowego, na którym było ono przechowywane, pomniejszone o koszt prowadzenia tego rachunku oraz prowizji bankowej za przelew pieniędzy, na rachunek bankowy Wykonawcy w terminie 30 dni od daty skutecznego dokonania odbioru końcowego.*

*Rozdział IV pkt 11 Zamawiający wymaga minimalny okres gwarancji i rękojmi na wykonane roboty nie krótszy niż 60 miesięcy ( 5 lat) i nie dłuższy niż 84 miesiące (7 lat) - bieg terminu gwarancji i rękojmi rozpoczyna się od dnia odbioru końcowego robót budowlanych, potwierdzonych protokołem odbioru końcowego z zastrzeżeniem, że okres gwarancji na wykonaną sieć ciepłowniczą, o której mowa w pkt 4.10 SWZ oraz na roboty i materiały używane do jej wykonania rozpoczyna się od dnia podpisania protokołu końcowego odbioru sieci ciepłowniczej lub przejęcia/przekazania wybudowanej sieci ciepłowniczej na majątek Veolia Energia Warszawa S.A. w przypadku gdy będzie ona późniejsza niż data protokołu końcowego odbioru sieci ciepłowniczej. **Termin gwarancji jest jednym z kryterium oceny ofert.***

**Ad. III.(iv)-(viii) powyżej**

**Po uwzględnieniu zmiany treść załącznika nr 4 do SWZ – § 11 Umowy otrzymuje brzmienie:**

§ 11 ust. 1 pkt 1) – skreślony

§ 11 ust. 1 pkt 3) *za każdy dzień zwłoki w usunięciu wad stwierdzonych przy odbiorze lub w okresie gwarancji lub rękojmi, licząc od dnia wyznaczonego na usunięcie wad - w wysokości 0,01% wynagrodzenia umownego brutto elementu Przedmiotu Umowy obciążonego wadą (zgodnie z kosztorysem ofertowym), za każdy dzień zwłoki, nie więcej niż 15% wynagrodzenia umownego brutto, o którym mowa w § 5 ust. 1,*

§ 11 ust. 1 pkt 6) *w przypadku braku zapłaty lub nieterminowej zapłaty wynagrodzenia należnego podwykonawcy lub dalszemu podwykonawcy w wysokości 0,1% niezapłaconego lub nieterminowo zapłaconego wynagrodzenia podwykonawcy za każdy dzień opóźnienia w zapłacie wynagrodzenia na rzecz podwykonawcy,*

§ 11 ust. 6 – skreślony

§ 11 ust. 7 *Łączna wysokość kar umownych przysługujących Zamawiającemu na mocy Umowy nie może przekroczyć 20% wartości brutto przedmiotu umowy, wskazanego w § 5 ust. 1 umowy.*

**Ad. III.(ix) powyżej**

**Po uwzględnieniu zmiany treść załącznika nr 4 do SWZ – § 16 ust. 2) Umowy poprzez dodanie po dotychczasowej treści (po pkt 4) dodatkowego zdania o następującym brzmieniu:**

§ 16 ust. 2 *W przypadkach wskazanych w powyżej w niniejszym ustępie w pkt 1) lit. a), c), d), e), f), h) oraz pkt 2) może dojść również do zmiany wynagrodzenia Wykonawcy określonego w § 5 ust. 1 Umowy, jeżeli zmiana ma wpływ na koszty wykonania przedmiotu umowy – w przypadku zmiany terminów na koszty ogólne budowy zaś w przypadku zmiany technologii na koszty wykonania robót, przy czym zmiany technologii zostaną potraktowane jako roboty zamienne i zostaną wycenione zgodnie z § 17 Umowy.*

**Ad. III.(x) powyżej**

**Po uwzględnieniu zmiany treść załącznika nr 4 do SWZ – § 5 ust. 1) Umowy otrzymuje brzmienie:**

*§ 5 ust. 1 Za całkowite i prawidłowe wykonanie przedmiotu umowy, Strony ustalają umowne wynagrodzenie kosztorysowe w wysokości:*

- 1) Netto .....zł (słownie: .....)*
- 2) VAT ..... zł (słownie: .....)*
- 3) Brutto ..... zł (słownie: .....).*

*Ostateczna wartość przedmiotu umowy może ulec zmniejszeniu lub zwiększeniu i zostanie ustalona po komisyjnym odbiorze przedmiotu umowy, zatwierdzonym protokołem odbioru, na podstawie przeprowadzonego obmiaru powykonawczego oraz kosztorysu powykonawczego, sporządzonego przez Wykonawcę i sprawdzonego przez Inspektorów nadzoru inwestorskiego.*

**Ad. III.(xi) powyżej**

**Po uwzględnieniu zmiany treść załącznika nr 4 do SWZ – § 15 ust. 3 Umowy otrzymuje brzmienie:**

*§ 15 ust. 3 W przypadkach wskazanych powyżej w ust. 1 pkt 1), 2) 3), 5), 6), 7) 8) i 9) Zamawiający przed skorzystaniem z prawa do odstąpienia od Umowy wezwie Wykonawcę do usunięcia nieprawidłowości w odpowiednim terminie z zagrożeniem, że w razie bezskutecznego upływu wyznaczonego terminu będzie uprawniony do odstąpienia od umowy. Odstąpienie od umowy może nastąpić wyłącznie w formie pisemnej. Wykonawca po otrzymaniu pisemnego zawiadomienia zobowiązany jest do niezwłocznego zabezpieczenia terenu budowy.*

**Ad. III.(xii) powyżej**

**Po uwzględnieniu zmiany treść załącznika nr 4 do SWZ – § 2 ust. 3 Umowy otrzymuje brzmienie:**

*§ 2 ust. 3 Terminy realizacji zakończenia prac związanych z wykonaniem Przyłącza ciepłowniczego, ustala się następująco:*

- 1) usunięcie kolizji projektowanego Budynku z istniejącą siecią ciepłowniczą (budowa rozdzielczej sieci ciepłowniczej, demontaż istniejącej sieci ciepłowniczej, budowa i demontaż prowizorycznej sieci ciepłowniczej) – prace będą realizowane w terminie od dnia 1 maja 2022 r. do 31 sierpnia 2022 r. o ile do zawarcia niniejszej Umowy doszło przed dniem 1 maja 2022 r., Zamawiający przy podpisaniu Umowy przekazał wykonawcy projekt wykonania przyłącza ciepłowniczego wraz z odpowiednimi uzgodnieniami*
- 2) wykonanie przyłącza sieci ciepłowniczej wraz z odbiorem oraz węzła cieplnego wraz z odbiorem w Budynku, w terminie nie później niż od 1 maja 2023 r. do 31 sierpnia 2023 r..*

*W przypadku zawarcia umowy po dniu 1 maja 2022 r. usunięcie kolizji projektowanego Budynku z istniejącą siecią ciepłowniczą zostanie wykonane przez Zamawiającego lub podmiot trzeci zatrudniony przez Zamawiającego na podstawie osobnej umowy w terminie do dnia 31 sierpnia 2022 r. W takim przypadku:*

- a) prace w zakresie usunięcia kolizji projektowanego Budynku z istniejącą siecią ciepłowniczą zostaną wyłączone z zakresu przedmiotu Umowy zgodnie z § 17 ust. 2 Umowy. W takim wypadku strony zawrą Aneks do niniejszej Umowy, w którym ustalą wykonanie tych prac przez Zamawiającego w terminie do dnia 31 sierpnia 2022 r. oraz wpływ wyłączenia prac na terminy wykonania niniejszej Umowy oraz wynagrodzenie wykonawcy*
- b) W przypadku gdy Zamawiający nie wykona prac w zakresie usunięcia kolizji projektowanego Budynku z istniejącą siecią ciepłowniczą do dnia 31 sierpnia 2022 r. Wykonawcy będzie przysługiwało prawo do odstąpienia od niniejszej Umowy, chyba że Strony w terminie do dnia 30 września 2022 r. zawrą aneks do Umowy, w którym*

*uregulują kwestię wykonania przez Zamawiającego prac w zakresie usunięcia kolizji projektowanego Budynku z istniejącą siecią ciepłowniczą w tym terminy jak również tym ustalą wpływ realizacji przez Zamawiającego prac w zakresie usunięcia kolizji projektowanego na realizację niniejszej Umowy w tym wynagrodzenie wykonawcy;*

#### IV. Interes prawny

Odwołujący posiada interes we wniesieniu odwołania. Odwołujący, jest podmiotem profesjonalnie działającym na rynku budowlanym, w tym w sektorze inwestycji realizowanych w trybie Ustawy PZP. Zapisy zawarte w SWZ, a w szczególności wzorze Umowy będącym załącznikiem do nr 4 SWZ są niezgodne z pzp i kc. Formułując zapisy SWZ oraz wzoru umowy Zamawiający narusza swoje obowiązki. Na skutek uchybień Zamawiającego, które stanowią przedmiot zarzutów niniejszego odwołania, Odwołujący nie jest w stanie przygotować i złożyć prawidłowej i zgodnej z PZP oferty, podczas gdy posiada wymagane w postępowaniu kwalifikacje tj. wiedzę, doświadczenie i potencjał wymagany przez Zamawiającego.

Odwołujący zamierza złożyć ofertę w niniejszym postępowaniu, a tym samym ma realne szanse na realizację zamówienia. W obliczu kwestionowanych niniejszym odwołaniem postanowień Umowy, Odwołujący nie jest w stanie skalkulować ceny oferty w sposób uwzględniający wymogi wskazanych wyżej przepisów PZP. Ponadto należy wskazać, że w sytuacji, gdy postanowienia Umowy zostały sformułowane w sposób sprzeczny z ustawą PZP oraz kodeksem cywilnym, w szczególności odwołujący nie ma możliwości złożenia konkurencyjnej oferty. Kwestionowane w niniejszym odwołaniu postanowienia Umowy pozbawiają Odwołującego możliwości uzyskania przedmiotowego zamówienia publicznego i jego realizacji na najkorzystniejszych dla Zamawiającego warunkach oraz warunkach uczciwej konkurencji.

W kontekście interesu prawnego Odwołujący wskazuje za aktualnym stanowiskiem KIO, że *„środki ochrony prawnej określone w dziale VI P.z.p. przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. Na etapie postępowania o udzielenie zamówienia przed otwarciem ofert, np. w przypadku odwołań czy skarg dotyczących postanowień ogłoszenia i siwz przyjęć należy, iż każdy wykonawca deklarujący zainteresowanie uzyskaniem danego zamówienia posiada jednocześnie interes w jego uzyskaniu. Sformułowanie ww. przepisu w żaden sposób nie nakazuje badania sytuacji podmiotowej wykonawcy w celu ustalenia, jakiego typu warunki udziału w postępowaniu spełnia oraz w jaki sposób o dane zamówienie zamierza się ubiegać (samodzielnie, np. korzystając z doświadczenia innych podmiotów, w konsorcjum (...)). Również pojęcie szkody w takiej sytuacji nie może być badane w sposób równie ścisły jak w wypadku korzystania ze środków ochrony prawnej odnośnie złożonych ofert. Na etapie specyfikacji istotnych warunków zamówienia nie ma możliwości określenia i udowodnienia konkretnej szkody, którą wykonawca w trakcie dalszego biegu postępowania o udzielenie zamówienia może ponieść. Wystarczające jest tu wskazanie na naruszenie obowiązujących przepisów **prowadzące do powstania hipotetycznej szkody w postaci utrudniania dostępu do zamówienia lub spowodowania konieczności ubiegania się o udzielenie zamówienia niezgodnie z prawem (np. przez perspektywę zawarcia niezgodnej z przepisami prawa umowy w sprawie zamówienia). Przyjęcie założeń przeciwnych prowadzić by mogło do nadmiernego ograniczenia w korzystaniu ze środków ochrony prawnej dotyczących treści ogłoszenia i siwz.**” – vide: wyrok KIO z 4.10.2010 r., sygn. akt: KIO 2036/10.*

Interes w uzyskaniu danego zamówienia występuje również, gdy następstwem uzyskania zamówienia jest zawarcie umowy, której warunków na etapie realizacji nie można kwestionować. Dla uznania interesu danego wykonawcy wystarczająca jest jedynie deklaracja, że jest zainteresowany uzyskaniem tego zamówienia i tego faktu nie ma obowiązku udowodnić. Na tym etapie postępowania interes wykonawcy jest interesem faktycznym w szerokim tego słowa znaczeniu (por. wyrok KIO z 30.08.2017r., sygn. akt KIO 1718/17)



Czynności Zamawiającego objęte niniejszym odwołaniem nie tylko naruszają powołane na wstępie przepisy PZP, ale także ograniczają konkurencyjność i szeroko rozumiany dostęp do zamówienia, zwłaszcza poprzez uniemożliwienie Wykonawcom skalkulowania w ofercie ryzyk związanych z realizacją zamówienia i złożenie porównywalnych, konkurencyjnych ofert.

Z uwagi na powyższe, skoro treść SWZ i wzoru umowy narusza zasady Prawa zamówień publicznych oraz kc, Odwołujący ma interes prawny w złożeniu odwołania, jako że chciałby mieć możliwość złożenia najkorzystniejszej oferty w niniejszym postępowaniu i zawrzeć prawidłową i zgodną z powszechnie obowiązującymi przepisami umowę z Zamawiającym, zrealizować przedmiot zamówienia a następnie otrzymać należne wynagrodzenie.

## UZASADNIENIE

- 1. Zamawiający wbrew obowiązкови dokonania odbioru końcowego wynikającego z dyspozycji art. 647 kc we wzorze umowy wprowadził możliwość odmowy dokonania odbioru końcowego i odstąpienia od umowy w przypadku wystąpienia wad nieistotnych nieusuwalnych. Zapisy umowy czy SWZ wprowadzające odbiory bezusterkowe są sprzeczne z art. 647 kc, gdyż eliminują obowiązek zamawiającego (inwestora) do dokonania odbioru końcowego.**

Zgodnie z art. 647 kc jednym z podstawowych obowiązków inwestora, w tym wypadku Zamawiającego, w ramach umowy o roboty budowlane jest dokonanie odbioru robót. Odbiór wykonanych robót jest kwestią kluczową w relacjach inwestor (Zamawiający) – wykonawca. Dokonanie odbioru stanowi niejako pokwitowanie spełnienia świadczenia wystawiane przez inwestora.

Praktyka budowlana pokazuje, że na etapie odbioru końcowego dochodzi często do sporów pomiędzy inwestorem a wykonawcą. Osłą tego sporu jest kwestia wad w wykonanych robotach w związku, z których wystąpieniem, inwestorzy odmawiają dokonania odbioru a tym samym blokują możliwość otrzymania wynagrodzenia przez wykonawcę. W istocie poprzez odmowę dokonania odbioru inwestor próbuje wymusić usunięcie wad stwierdzonych na etapie odbioru końcowego przedmiotu umowy.

Tego typu spory były przedmiotem oceny w licznych wyrokach Sądu Najwyższego. W wyrokach tych Sąd Najwyższy ukształtował jednolitą linię orzecniczą, z której wynika, że w świetle art. 647 kc inwestor obowiązany jest dokonać odbioru końcowego i zapłacić wynagrodzenie należnego wykonawcy. Inwestor nie może uzależniać dokonania odbioru końcowego i zapłaty należnego wynagrodzenia od braku jakichkolwiek wad w wykonanym obiekcie. Inwestor może uchylić się od obowiązku dokonania odbioru końcowego tylko w przypadku wystąpienia wad istotnych, gdyż tylko w takim wypadku można wskazać, że wykonawca nie spełnił swojego świadczenia, w pozostałych wypadkach tj. wystąpienia wad nieistotnych mamy do czynienia z nieprawidłowym wykonaniem zobowiązania przez wykonawcę. W takiej sytuacji inwestor jest obowiązany dokonać odbioru końcowego a do protokołu odbioru może zostać dołączony wykaz wszystkich ujawnionych wad z terminami ich usunięcia lub oświadczeniem inwestora o wyborze innego uprawnienia przysługującego mu z tytułu odpowiedzialności wykonawcy za wady ujawnione przy odbiorze.

W tym zakresie można powołać się na następujące wyroki Sądu Najwyższego:

Wyrok Sądu Najwyższego - Izba Cywilna z dnia 22 czerwca 2007 r. V CSK 99/07

**1. Inwestor ma obowiązek odbioru obiektu budowlanego wykonanego zgodnie z projektem i zasadami wiedzy technicznej.**

**2. Strony umowy o roboty budowlane nie mogą uzależnić wypłaty wynagrodzenia należnego wykonawcy od braku jakichkolwiek usterek.**

Wyrok Sądu Najwyższego - Izba Cywilna z dnia 7 kwietnia 1998 r. II CKN 673/97

*W świetle obowiązków inwestora wynikających z art. 647 i 654 KC błędny jest pogląd, że w przepisach o umowy o roboty budowlane "nie wspomniano o terminie w jakim zamawiający jest obowiązany do zapłaty wynagrodzenia".*

*Z uzasadnienia*

*Wbrew dowolnej wykładni obowiązków inwestora zaprezentowanej w kasacji, Sąd Apelacyjny prawidłowo wyeksponował, że z samego przepisu art. 647 KC (tak zresztą jak i z art. 627 KC) wprost wynika, że ma on obowiązek odebrać wykonany obiekt i zapłacić umówione wynagrodzenie. Jak na to wskazał już Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 5 marca 1997 r., II CKN 28/97 (OSNIC 1997 Nr 6 - 7, poz. 90), jeśli wykonawca zgłosił wykonanie robót to obowiązek dokonania ich odbioru jest niezależny nawet od kwestionowania ich jakości. Odmowa jego spełnienia nie może być - jak ujęto w kasacji - elementem szantażu ze strony inwestora. Ponadto, zasada powiązania momentu powstania obowiązku zapłaty wynagrodzenia z przyjmowaniem wykonanych robót (nawet przed odbiorem obiektu) wynika także wprost z art. 654 KC. Błędny jest więc pogląd skarżącego, iż kwestia ta i w tym tytule kodeksu cywilnego nie została w ogóle uregulowana i termin zapłaty zależy od woli inwestora. Brak bardziej szczegółowej regulacji wynika jedynie stąd, że uprzednio decydowała - przede wszystkim - treść uchylonych aktów pozakodeksowych dotyczących rozliczeń jednostek gospodarki społecznej.*

Wyrok Sądu Najwyższego - Izba Cywilna z dnia 7 marca 2013 r. II CSK 476/12

*1. Skoro oświadczenie o potrąceniu może wywrzeć skutek dopiero z chwilą dojścia do adresata (art. 61 KC), to zawarte w odpowiedzi na pozew oświadczenie o potrąceniu doręczone jedynie nieumocowanemu do jego przyjęcia pełnomocnikowi powoda nie może być ocenione jako skuteczne, a przeciwne stanowisko narusza art. 91 KPC, 96 KC, 61 KC i 499 KC.*

*2. W sytuacji gdy wykonawca zgłosił zakończenie robót budowlanych wykonanych zgodnie z projektem i zasadami wiedzy technicznej zamawiający jest zobowiązany do ich odbioru (art. 647 KC). W protokole z tej czynności stanowiącym pokwitowanie spełnienia świadczenia i podstawę dokonania rozliczeń stron, niezbędne jest zawarcie ustaleń co do jakości wykonanych robót, w tym ewentualny wykaz wszystkich ujawnionych wad z terminami ich usunięcia lub oświadczeniem inwestora o wyborze innego uprawnienia przysługującego mu z tytułu odpowiedzialności wykonawcy za wady ujawnione przy odbiorze. Odmowa odbioru będzie uzasadniona jedynie w przypadku, gdy przedmiot zamówienia będzie mógł być kwalifikowany jako wykonany niezgodnie z projektem i zasadami wiedzy technicznej lub wady będą na tyle istotne, że obiekt nie będzie się nadawał do użytkowania.*

Podkreślić należy, że w orzecznictwie KIO również przyjmuje się, że Zamawiający narusza przepisy pzp w przypadku zastrzeżenia w projekcie umowy zapisów pozwalających na odmowę dokonania odbioru końcowego w przypadku stwierdzenia wad nieistotnych tj. zastrzeżenie odbiorów bezusterkowych. Orzeczenia KIO zapadły co prawda w oparciu o poprzednie obowiązująca ustawę, niemniej jednak obecnie obowiązujące pzp nie wprowadza w tym zakresie odmiennych uregulowań jak również przepisy kc nie uległy zmianie. W konsekwencji poglądy zawarte w wyrokach KIO w dalszym ciągu w tym zakresie zachowują aktualność. Odnosnie poglądów KIO dot. odbiorów bezusterkowych przy umowie o roboty budowlane można powołać się na:

- (i) wyrok KIO z dnia 19 stycznia 2021 r w sprawie KIO 3440/20 gdzie Izba wskazała, że:  
*„Izba w pełni podziela stanowisko oraz argumentację zaprezentowaną przez Odwołującego. Izba uznała, że nadużyciem ze strony Zamawiającego jest sformułowanie w treści IPU postanowień umożliwiających Zamawiającemu odmowę dokonania odbioru końcowego, w sytuacji stwierdzenia w toku tego odbioru jakiegokolwiek, nawet drobnej usterki czy też wady. Jak słusznie podnosił Odwołujący czy to przerwanie odbioru czy też odmowa odbioru rodzi ten sam skutek. Niewątpliwie nieuprawniona jest możliwość odmowy dokonania odbioru z powodu każdej, nawet najbardziej błahszej i nieistotnej wady czy też usterki. W kontekście powyższego Izba uznała zgłoszony zarzut za uzasadniony i jednocześnie zobowiązała Zamawiającego do tego, aby zmodyfikował treść IPU w powyższym zakresie”*

(ii) Wyrok KIO z dnia 8 listopada 2019 r. w sprawie KIO 2017/19

*„Izba podziela stanowisko zaprezentowane w wyroku Sądu Najwyższego - Izba Cywilna z dnia 7 marca 2013 r. II CSK 476/12, w którym zostało m.in. stwierdzone, że w sytuacji gdy wykonawca zgłosił zakończenie robót budowlanych wykonanych zgodnie z projektem i zasadami wiedzy technicznej zamawiający jest zobowiązany do ich odbioru (art. 647 KC). W protokole z tej czynności stanowiącym pokwitowanie spełnienia świadczenia i podstawę dokonania rozliczeń stron, niezbędne jest zawarcie ustaleń, co do jakości wykonanych robót, w tym ewentualny wykaz wszystkich ujawnionych wad z terminami ich usunięcia lub oświadczeniem inwestora o wyborze innego uprawnienia przysługującego mu z tytułu odpowiedzialności wykonawcy za wady ujawnione przy odbiorze. Odmowa odbioru będzie uzasadniona jedynie w przypadku, gdy przedmiot zamówienia będzie mógł być kwalifikowany, jako wykonany niezgodnie z projektem i zasadami wiedzy technicznej lub wady będą na tyle istotne, że obiekt nie będzie się nadawał do użytkowania.”*

Powyższe oznacza, że treść § 12 ust. 10 Umowy zaproponowana przez Zamawiającego narusza art. 647 kc, gdyż pozostawia Zamawiającemu możliwość uchylenia się od dokonania odbioru końcowego i odstąpienia od umowy w przypadku wystąpienia wad nieistotnych nieusuwalnych nawet jeżeli wady mają charakter nieistotny. W ocenie odwołującego uprawnienie Zamawiającego do odmowy dokonania odbioru czy też przerwania czynności odbiorowych powinno być ograniczone jedynie do przypadku wystąpienia wad istotnych i tylko w przypadku wad istotnych nieusuwalnych powinien mieć prawo do odstąpienia od Umowy. W związku z tym zapisy zawarte we wskazanych punktach umowy powinny zostać zmienione w taki sposób, aby dostosować je treści art. 647 kc tj. Zamawiający powinien mieć obowiązek dokonania właściwego odbioru końcowego w przypadku, gdy w wykonanych robotach brak jest wad istotnych. W przypadku wystąpienia wad nieistotnych zamawiający powinien dokonać.

**2. W Dziale B Rozdziale III pkt 10 SWZ oraz Dziale A w Rozdziale IV pkt 11 SWZ Zamawiający oraz § 14 ust. 8 Umowy powiązał:**

- zwolnienie zabezpieczenia należytego wykonania
- rozpoczęcie okresu gwarancji i rękojmi

**z odbiorem bezusterkowym. Jednocześnie nierozpoczęcie biegu okresu gwarancji i rękojmi w świetle zapisów umowy może nie nastąpić pomimo tego, że przedmiot umowy został odebrany a zamawiający rozpoczął jego użytkowanie.**

Jak wskazano przy zarzucie nr 1 odbiór końcowy powinien nastąpić w przypadku braku wad istotnych. Przy takim założeniu wady nieistotne stwierdzone w trakcie odbioru końcowego są usuwane już po odbiorze końcowym. Skoro wystąpienie wad nieistotnych nie może blokować odbioru końcowego to jednocześnie aktualizuje się kolejny zamawiającego wynikający z art. 453 pzp do zwrotu zabezpieczenia należytego wykonania umowy.

Zastrzegając możliwość zatrzymania zabezpieczenia do czasu usunięcia wad odbiorowych Zamawiający narusza obowiązek wynikający z art. 453 pzp.

Jednocześnie brak jest podstaw do przesunięcia terminu rozpoczęcia biegu okresu gwarancji i rękojmi poza datę odbioru końcowego. Zgodnie z art. 568 kc i art. 577 § 4 kc, które mają zastosowanie do umowy o roboty budowlane zgodnie z art. 656 § 1 kc w zw. z art. 638 § 1 i § 2 kc terminy rękojmi i gwarancji jest liczony od dnia wydania rzeczy (przedmiotu umowy). W przypadku umowy roboty budowlane wydanie przedmiotu umowy następuje poprzez podpisanie protokołu odbioru końcowego, który z jednej strony skutkuje przejściem obiektu we władanie zamawiającego a z drugiej stanowi pokwitowanie spełnienia świadczenia. Z tym też dniem Zamawiający może rozpocząć użytkowanie przedmiotu umowy, gdyż zgodnie z § 7 ust. 11 Umowy przed przystąpieniem do odbioru końcowego wykonawca jest zobowiązany uzyskać i przekazać Zamawiającemu ostateczne pozwolenie na użytkowanie. Przy obecnym brzmieniu

Umowy Zamawiający będzie użytkował przedmiot umowy a pomimo tego bieg gwarancji i rękojmi się nie rozpocznie.

- 3. W przypadku kar z tytułu nieterminowego wykonania Etapów z SWZ i Umowy nie wynikają terminy realizacji poszczególnych Etapów i Wykonawca składając ofertę nie będzie znał tych terminów. W ocenie odwołującego wskazane powyżej kary zastrzeżone przez zamawiające we wzorze umowy są rażąco wygórowane i odbiegają od praktyki rynku zamówień publicznych. Ustalony przez Zamawiającego limit kar umownych jest rażąco wygórowany i w istocie nie stanowi limitu.**

Wykonawca przygotowując ofertę powinien mieć możliwość oszacowania ryzyk związanych z realizacją przedmiotu umowy. Jednym z takich ryzyk jest ryzyko terminowe i powiązane z tym ryzyko naliczenia kar umownych na wypadek nieterminowego wykonania zobowiązania. Mając na względzie treść zapisów SWZ jak i Umowy Wykonawca nie jest w stanie ustalić, jakie są terminy realizacji poszczególnych Etapów wskazanych w par. 2 ust. 2 umowy, gdyż Etapy te będą określone dopiero po zawarciu umowy w harmonogramie zgodnie z § 2 ust. 4 Umowy. W konsekwencji wobec braku wskazania w SWZ terminów realizacji Etapów z treści zapisów Umowy powinny zostać wyeliminowane kary umowne za Etapy, gdyż

W ocenie Wykonawcy kary umowne z tytułu nieterminowego usuwania wad odbiorowych oraz wad w okresie gwarancji i rękojmi są rażąco wygórowane, w sytuacji gdy są równe karze umownej z tytułu nieterminowej realizacji przedmiotu umowy (kara z tytułu niedotrzymania terminu końcowego). Rażąco wygórowane są również kary z tytułu niezapłacenia czy nieterminowej zapłaty wynagrodzenia na rzecz podwykonawców, gdyż oderwane są od rzeczywistej skali uchybień wykonawcy w tym zakresie.

W zakresie niedopuszczalności zastrzeżenia kary umownej jako rażąco wygórowanej odwołać należy się poglądu zaprezentowanego w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 30 listopada 2017 r. sprawie KIO 2219/17, gdzie wskazano, że:

*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 z opóźnieniem świadczenie dłużnika. W sytuacji, gdy kara umowna równa się bądź zbliżona jest do wysokości wykonanego z opóźnieniem zobowiązania, w związku z którym ją zastrzeżono, można ją uważać za rażąco wygórowaną. Kara umowna może być „rażąco wygórowana” już w chwili jej zastrzeżenia lub stać się taką w następstwie późniejszych okoliczności, do których można przykładowo zaliczyć to, że szkoda wierzyciela jest znikoma, skutkiem czego zachodzi rażąca dysproporcja pomiędzy jej wysokością a wysokością należnej kary (tak też: Gudowski Jacek (red.), Kodeks cywilny. Komentarz. Księga trzecia. Zobowiązania, 2013). Izba zważyła, że Zamawiający konstruując postanowienia dotyczące kar umownych wypaczył w istocie ich rzeczywisty cel jakim jest naprawienie szkody wyrządzonej Zamawiającemu z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania świadczenia niepieniężnego, czym naruszył przepisy kodeksu cywilnego. Uprawnienie Zamawiającego do konstruowania zapisów umownych w sprawie zamówienia publicznego nie może być nadużywane i prowadzić do nieuzasadnionego wzbogacenia po stronie Zamawiającego poprzez ustalenie rażąco wygórowanych kar umownych.*

W ocenie Wykonawcy zastrzeżenie kar umownych z tytułu nieterminowego usuwania wad w tej samej wysokości co z tytułu nieterminowego wykonania całego przedmiotu umowy świadczy o tym, że kary dotyczące nieterminowego usuwania wad są nadmiernie wygórowane. Wykonanie przedmiotu umowy jest podstawowym obowiązkiem wykonawcy. Usuwanie wad czy to odbiorowych czy to wad w okresie gwarancji i rękojmi jest akcesoryjnym zobowiązaniem umownym względem obowiązku wykonania przedmiotu umowy. Skutkować powinno to tym, że kary z tytułu nieterminowego usuwania wad powinny być zastrzeżone na niższym poziomie niż

kary dotyczące wykonania całego przedmiotu umowy. Wykonawca stoi na stanowisku, że % wartość kary może być taka sama jak za termin końcowy jednak % ten powinien być odnoszony nie do wartości całej umowy (całego wynagrodzenia wykonawcy) ale powinien być odnoszony do wartości elementu obarczonego wadą.

W zakresie kar umownych związanych z nieterminową zapłatą wynagrodzenia na rzecz podwykonawców Zamawiający określił karę umowną w wysokości 5% wynagrodzenia podwykonawcy. Tak ustalona kara umowna jest oderwana od rzeczywistej skali uchybień Wykonawcy w tym zakresie. W przypadku gdy wynagrodzenie podwykonawcy wynosi 1.000.000 zł kara umowna w każdym przypadku wynosić będzie 50.000 zł Kara ta będzie należna nawet w przypadku gdy wykonawca o jeden dzień opóźni się z zapłatą 1.000 zł na rzecz podwykonawcy. W ocenie odwołującego kara w przypadku nieterminowej zapłaty na rzecz podwykonawców nie powinna być ustalana jako jednorazowa, ale wysokość kary powinna być powiązana z wielkością opóźnienia w zapłacie oraz wartością kwoty wynagrodzenia podwykonawcy, która nie została zapłacona w terminie. W związku z tym odwołujący proponuje aby kara umowna była liczona jako % nieterminowo zapłaconego wynagrodzenia i naliczana za każdy dzień opóźnienia w zapłacie.

Zwrócić należy uwagę, że kary umowne w powyższym zakresie mają zapewnić terminową zapłatę wynagrodzenia podwykonawcom, a także nakazujących wprowadzenie w umowie o realizację zamówienia publicznej sankcji za uchybienie tym obowiązkom. Przepisy te zostały wprowadzone do uprzednio obowiązującej ustawy pzp na mocy ustawy z 8 listopada 2013 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych (Dz.U. 2013 poz. 1473) i w aktualnym pzp zostały powielone. Jak dowiedzieć się można z uzasadnienia do powyższej ustawy postanowienia te wprowadzone zostały mając na względzie potrzebę zapewnienia terminowej płatności wynagrodzenia podwykonawcom i dalszym podwykonawcom zamówień publicznych oraz realizacji zamówień przez podwykonawców i dalszych podwykonawców spełniających wymagania i warunki postawione przez zamawiającego w SIWZ. Projektodawca wskazał, że: *„W celu zapewnienia skuteczności proponowanych rozwiązań konieczne jest wprowadzenie wymogów w zakresie przewidzienia przez zamawiającego w umowie o zamówienie publiczne obowiązków wykonawcy związanych z wymaganiami dotyczącymi podwykonawstwa oraz kar umownych z tytułu ich niewykonania lub nienależytego wykonania (...) Obowiązek przedkładania tych umów ma służyć realizacji celu projektowanej ustawy, jakim jest ochrona podwykonawców, i umożliwiać zamawiającemu pozyskanie informacji na ich temat, ich akceptacji i zawartych z nimi umów, sprawdzania wypłaty wymagalnego na ich podstawie wynagrodzenia oraz dokonywania bezpośredniej zapłaty na rzecz podwykonawców lub dalszych podwykonawców, którzy nie otrzymali wynagrodzenia od swoich zleceniodawców.”* Dodatkowo odwołać należy się do poglądów doktryny, zgodnie z którymi: *„Dostrzeżenia wymaga, że kary umowne, które powinny znaleźć się w umowie o roboty budowlane nie są w jakikolwiek sposób uzależnione od powstania szkody. Nie pełnią zatem funkcji kompensacyjnej (jako zryczałtowane odszkodowanie umowne), lecz **funkcję prewencyjną**, mającą na celu dyscyplinowanie podmiotów odpowiedzialnych w umowie o podwykonawstwo za zapłatę wynagrodzenia.”* (Prawo zamówień publicznych. Komentarz. red. Marzena Jaworska, Dorota Grześkowiak-Stojek, Julia Jarnicka, Agnieszka Matusiak, Rok 2019).

Intencją unormowań zawartych w art. 437 ust. 1 pzp jest więc przede wszystkim zabezpieczenie zapłaty wynagrodzenia należnego podwykonawcom a nie zrekompensowanie szkody zamawiającego. Konstrukcja tych przepisów zakłada, że podwykonawcy na bieżąco będą zgłaszani przez wykonawców do zamawiających i dzięki temu zostaną objęci ochroną w ramach solidarnej odpowiedzialności a jednocześnie wykonawca będzie zobowiązany do terminowej zapłaty wynagrodzenia na rzecz podwykonawców, czemu ma służyć obowiązek przedkładania dowodów zapłaty wynagrodzenia na rzecz podwykonawców wynikający z art. 447 pzp. W celu zapewnienia prawidłowej realizacji tych obowiązków ustawodawca zobowiązał zamawiających do ustanowienia w umowach o roboty budowlane kar umownych zabezpieczających realizację tych obowiązków. Istotne jest to, że kary te w istocie nie mają w pierwszym rzędzie zabezpieczać interesów zamawiającego, ale mają zabezpieczać interesy podwykonawców.

W zakresie limitu kar umownych wskazanego w § 11 ust. 7 Umowy ustalenie go na poziomie 100% wynagrodzenia wykonawcy jest ustalenie go na rażąco wysokim poziomie. W orzecznictwie KIO przyjmuje się, że adekwatny limit kar umownych to 20% wynagrodzenia wykonawcy, który ewentualnie może zostać podwyższony w przypadku naliczenia kary umownej z tytułu odstąpienia od umowy ewentualnie ustalenie limitu kar umownych na poziomie kary umownej z tytułu odstąpienia od umowy.

**WYROK z dnia 18 września 2020 r. Sygn. akt: KIO 1829/20, KIO 1834/20**  
1.4 Modyfikację § 29 ust. 4 Wzoru Umowy i nadanie mu brzmienia: "Łączna suma naliczonych kar umownych nie przekroczy 20% ceny brutto przedmiotu Umowy, z zastrzeżeniem, że jeżeli została naliczona kara umowna za odstąpienie od Umowy z przyczyn leżących po stronie wykonawcy, to łączna suma kar nie przekroczy 30% ceny brutto Umowy".  
W ocenie Izby określenie limitu kar umownych na poziomie 100% wartości przedmiotu zamówienia w praktyce oznacza brak jakiegokolwiek limitu kar - z przyczyn określonych w § 29 Wzoru Umowy Zamawiający zastrzegł sobie uprawnienie do hipotetycznego pozbawienia wykonawcy całego wynagrodzenia z tytułu realizacji zadania. Wskazać przy tym należy, że zgodnie z § 29 ust. 1 pkt 12 wykonawca zapłaci Zamawiającemu karę umowną w razie odstąpienia od umowy z przyczyn leżących po stronie wykonawcy w wysokości 10% ceny brutto. Trudno w tej sytuacji uznać, że wykonawca mający świadomość, że kara za odstąpienie od umowy wynosi 10% ceny brutto, w obliczu wystąpienia istotnych trudności z prawidłową realizacją przedmiotu zamówienia czekał, aż Zamawiający w oparciu o § 29 ust. 4 Wzoru Umowy całkowicie pozbawi go wynagrodzenia. W efekcie uznać należy, że faktyczny limit kar umownych nie został określony.

**WYROK z dnia 4 września 2018 r. Sygn. akt: KIO 1601/18**  
wprowadzenie w § 5 IPU postanowienia, zgodnie z którym Zamawiający określi górny limit kar umownych związanych z nienależytym wykonaniem zamówienia, które są określone w § 5 ust. 2 - 10 IPU, w wysokości odpowiadającej wysokości kary umownej zastrzeżonej w § 5 ust. 1 IPU na okoliczność niewykonania zamówienia; Zamawiający określił w umowie wiele przypadków, które mogą powodować naliczenie kar umownych. Jakkolwiek zasadne jest zabezpieczenie interesów Zamawiającego oraz należytego wykonania zamówienia to uregulowania dotyczące kar umownych nie mogą prowadzić do nieuzasadnionego wzbogacenia po stronie Zamawiającego czy naruszenia zasady proporcjonalności. W związku z powyższym Izba nakazała określenie limitu kar umownych do wysokości kary przewidzianej za niewykonanie zamówienia, co umożliwi również wykonawcom ocenę ryzyk i należyłą wycenę oferty.

Odwołujący stoi na stanowisku, że limit kar umownych w wysokości 100% wynagrodzenia narusza dyspozycję art. 436 pkt 3 pzp. Potwierdzeniem tego jest poniższy pogląd doktryny W szczególności maksymalna wysokość kar nie może być określana na poziomie, który może być traktowany jako rażąco wygórowany w odniesieniu do wysokości wynagrodzenia czy ewentualnych zagrożeń związanych z niewykonaniem lub nienależytym wykonaniem umowy, w tym możliwości powstania lub rozmiarów szkody. Ponoszone kary umowne powinny być odczuwalne, ale nie w stopniu, który może powodować uznanie niecelowości wykonania umowy (por. wyr. KIO z 28.12.2018 r., KIO 2574/18, Legalis). Dostrzec również należy, że przepis stanowi o określeniu maksymalnego limitu kar umownych, **których mogą dochodzić strony**, tym samym nakłada również obowiązek określania kar umownych, do których zapłaty zobowiązany jest również zamawiający, z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania ciążących na nim obowiązków. (Prawo zamówień publicznych. Komentarz, pod red. M. Jaworska, komentarz do art. 436)

W zakresie niedopuszczalności możliwości naliczenia kar umownych z tytułu naruszeń umowy, jakie miały miejsce przed odstąpieniem od umowy i łączenia tych kar z karą z tytułu odstąpienia

od umowy odwołać należy się do Uchwały Sądu Najwyższego - Izba Cywilna z dnia 18 lipca 2012 r. w sprawie III CZP 39/12, gdzie wskazano, że

***Roszczenie o zapłatę kary umownej na wypadek zwłoki lub opóźnienia nie przysługuje stronie odstępującej od umowy wzajemnej, jeżeli w umowie zastrzeżono również taką karę w związku z odstąpieniem od umowy.***

W uzasadnieniu tej uchwały Sąd Najwyższy wskazał, że:

*Konstrukcja kary umownej z tytułu nienależytego wykonania zobowiązania (ściślej, za szkodę powstałą w następstwie nienależytego wykonania zobowiązania), w tym obejmującą opóźnienie lub zwłokę w wykonaniu zobowiązania, zakłada, że dojdzie do wykonania zobowiązania, ale w sposób nienależyty (np. co do terminu), natomiast konstrukcja kary umownej na wypadek niewykonania zobowiązania zakłada, że zobowiązanie nie zostanie wykonane. Jeżeli więc umowa przewiduje karę umowną za zwłokę lub opóźnienie w wykonaniu zobowiązania oraz karę umowną na wypadek odstąpienia od umowy, oznacza to, że pierwsza z tych kar jest zastrzegana jedynie za szkodę spowodowaną opóźnieniem lub zwłoką - jako jednych z postaci nienależytego wykonania zobowiązania, które jednak zostanie wykonane - natomiast drugi rodzaj kary umownej dotyczy rekompensaty za szkodę doznaną przez wierzyciela wskutek niewykonania zobowiązania, w następstwie odstąpienia od umowy, chociażby przyczyną wykonania tego uprawnienia była wcześniejsza zwłoka dłużnika lub inne okoliczności, za które odpowiedzialność ponosi dłużnik. (...)*

***Konsekwencją przyjęcia stanowiska, że zakresy pojęć nienależytego wykonania zobowiązania oraz niewykonania zobowiązania nie są tożsame jest również konieczność rozróżnienia odpowiedzialności za szkodę spowodowaną nienależytym wykonaniem zobowiązania oraz za szkodę spowodowaną niewykonaniem zobowiązania. W razie odstąpienia od umowy wchodzić będzie w rachubę odpowiedzialność za szkodę spowodowaną niewykonaniem zobowiązania, która pochłania odpowiedzialność za szkodę, wcześniej doznaną, z tytułu nienależytego wykonania zobowiązania, które miało miejsce przed odstąpieniem od umowy.***

Konsekwencją powyższego poglądu względem zapisów zaproponowanych przez Zamawiającego w zakresie kumulowania kar jest to, że kary umowne przewidziane na wypadek nieprawidłowego wykonania umowy tracą rację bytu z chwilą odstąpienia od umowy i są niejako zastępowane przez karę z tytułu odstąpienia od umowy, która rekompensuje zamawiającemu negatywne konsekwencje związane z odstąpieniem od umowy.

**4. W § 16 ust. 2 pkt 1 Umowy Zamawiający przewidział możliwości zmiany terminu realizacji bez możliwości zmiany wynagrodzenia wykonawcy w sytuacji, gdy przypadki opisane w podpunktach lit. a), b), c), d), e), f) i h) są przypadkami albo niezależnymi od Wykonawcy (nie uwzględnionymi w ofercie) lub przypadkami obciążającymi Zamawiającego zgodnie z art. 647 kc.**

Zamawiający w § 16 ust. 2 pkt 1 Umowy przewidział okoliczności, które mogą spowodować zmianę terminu realizacji. Takie sformułowanie zapisu § 16 ust. 2 pkt 1 Umowy oznacza, że może dojść jedynie do zmiany terminu zaś wynagrodzenie wykonawcy pomimo zmiany terminu nie ulegnie zmianie. Mając na względzie takie ograniczenie należy wskazać, że zgodnie z;

- lit. a) dochodzi do zmiany terminu z powodu opóźnień powstałych z przyczyn leżących po stronie Zamawiającego. W sytuacji, gdy opóźnienia w realizacji przedmiotu umowy generuje Zamawiający poza zmianą terminu powinno ulec również zmianie wynagrodzenie wykonawcy o koszty związane z realizacją robót w przedłużonym terminie.

- lit. b) gdy wystąpią niekorzystne warunki atmosferyczne uniemożliwiające prawidłowe wykonanie robót, Wykonawca składając ofertę zakłada, że będzie miał możliwość realizacji robót w zakładanym terminie a standardowo występujące warunki pogodowe nie spowodują przeszkód w realizacji robót, które uniemożliwiłyby dotrzymanie terminów umownych. W sytuacji gdy warunki atmosferyczne odbiegają od tych możliwych do przewidzenia i które wykonawca powinien był uwzględnić przy sporządzaniu oferty to oznacza, że przekraczają one ryzyko kontraktowe wykonawcy a koszty realizacji prac poza takimi terminami nie są uwzględnione w

ofercie wykonawcy. W konsekwencji w takim wypadku wykonawca powinien mieć możliwość domagania się zmiany wynagrodzenia;

- lit. c) gdy wystąpi konieczność wykonania robót zamiennych lub innych robót niezbędnych do wykonania przedmiotu Umowy – w takim wypadku jednoznacznie powinno zostać wskazane, że zachodzą podstawy do wprowadzenia zmiany wynagrodzenia zgodnie z § 17 umowy. W ocenie odwołującego zapis lit c) powinien zostać jednoznacznie powiązany z § 17 umowy; gdyż na chwilę obecną jest to niejasne;

- lit d) gdy wystąpią opóźnienia w dokonaniu określonych czynności lub ich zaniechanie przez właściwe organy administracji państwowej, które nie są następstwem okoliczności, za które Wykonawca ponosi odpowiedzialność, Zamawiający zastrzegł, że wstrzymanie ma nastąpić z przyczyn nie leżących po stronie Wykonawcy co oznacza, że przyczyny te muszą leżeć po stronie Zamawiającego lub osób trzecich za które wykonawca nie ponosi odpowiedzialności. W takim wypadku brak jest uzasadnienia dla pokrywania kosztów przedłużenia przez Wykonawcę;

- lit e) gdy wystąpią opóźnienia w wydawaniu decyzji, zezwoleń, uzgodnień, itp., do wydania których właściwe organy są zobowiązane na mocy przepisów prawa, jeżeli opóźnienie przekroczy okres, przewidziany w przepisach prawa, w którym ww. decyzje powinny zostać wydane oraz nie są następstwem okoliczności, za które Wykonawca ponosi odpowiedzialność. Analogicznie jak wyżej w takim wypadku brak jest uzasadnienia dla pokrywania kosztów przedłużenia przez Wykonawcę;

- lit f) jeżeli wystąpi brak możliwości wykonywania przedmiotu zamówienia z powodu nie dopuszczania do ich wykonywania przez uprawniony organ lub nakazania ich wstrzymania przez uprawniony organ, z przyczyn niezależnych od Wykonawcy. Analogicznie jak wyżej w takim wypadku brak jest uzasadnienia dla pokrywania kosztów przedłużenia przez Wykonawcę

- lit. h) w przypadku odkrycia na terenie budowy przedmiotów, co do których zaistnieje podejrzenie o znaczeniu historycznym bądź innych przedmiotów podlegających ochronie. Odkrycie pod powierzchnią gruntu nieprzewidywalnych znalezisk co może oznaczać materiały wybuchowe, materiały niebezpieczne, znaleziska archeologiczne itp. Posłużenie się sformułowaniem „odkrycie” oznacza, że wystąpienie tych znalezisk jest nieprzewidywalne w chwili składania oferty i tym samym wykonawca składając ofertę nie zakłada występowania tych znalezisk, kosztów związanych z ich usunięciem oraz kosztów przedłużenia terminu. Zwrócić należy uwagę, że to obowiązkiem zamawiającego jest prawidłowe opisanie przedmiotu zamówienia również w zakresie terenu budowy, który ma być przekazany wykonawcy. Zgodnie z art. 647 do podstawowych obowiązków inwestora (zamawiającego) należy przekazania terenu budowy, przy czym prawidłowo realizacja tego obowiązku zakłada, że wykonawca na przekazanym terminie będzie miał możliwość wykonania robót budowlanych. W konsekwencji to zamawiający odpowiada bądź za poinformowanie wykonawcy o znaleziskach, jakie występują pod powierzchnią gruntu tak aby wykonawca wycenił koszt ich usunięcia oraz czas potrzebny na dokonanie tych czynności bądź przekazanie terenu budowy, gdzie takie przeszkody w wykonywaniu robót nie występują. W związku z tym wystąpienie podpowierzchniowych znalezisk stanowiących przeszkodę w wykonaniu robót budowlanych jest ryzykiem zamawiającego, który z jednej strony powinien wydłużyć termin realizacji umowy a z drugiej strony pokryć koszty przedłużenia realizacji umowy oraz koszty usunięcia znalezisk, które były nieprzewidywalne dla wykonawcy w chwili składania oferty;

Odnosnie wszystkich powyższych przypadków wskazać należy, że przedłużenie terminu realizacji umowy nie pozostaje neutralne kosztowo dla wykonawcy. Wykonawca w przedłużonym czasie musi pokrywać koszty ogólne budowy, na które składają się koszty takie jak

- (i) media
- (ii) kontenery zaplecza budowy
- (iii) koszty dzierżawy terenu (o ile wystąpią)
- (iv) personel Wykonawcy
- (v) koszty finansowania (koszty utrzymania zabezpieczenia należytego wykonania umowy, koszty przedłużenia ubezpieczeń)
- (vi) ochrona budowy



Wykonawca kalkuluje koszty ogólne budowy przy zakładanym terminie realizacji. W sytuacji, gdy termin realizacji ulega przedłużeniu, skutkuje to zwiększonymi kosztami ogólnymi budowy w okresie przedłużenia. W konsekwencji zmiana terminu nie rekompensuje wykonawcy wszystkich negatywnych konsekwencji wystąpienia wyżej wskazanych i nieprzewidywalnych okoliczności, które nie są możliwe do uwzględnienia w ofercie. W związku z tym okoliczności te powinny skutkować zmianami umowy nie tylko w zakresie terminu ale również wynagrodzenia.

- 5. W przypadku wynagrodzenia kosztorysowego tj. ustalanego na podstawie obmiaru powykonawczego (ustalanego na podstawie ilości rzeczywiście wykonanych robót i cen przyjętych kosztorysie ofertowym) brak jest podstaw do zastrzeżenia, że wynagrodzenie nie może ulec zwiększeniu ponad kwotę wskazaną w § 5 ust. 1 Umowy nawet jeżeli wyniku obmiaru powykonawczego zostanie ustalone zostanie, że rzeczywista wartość robót jest wyższa niż wskazana w § 5 ust. 1 Umowy. W sytuacji, gdy Zamawiający chciałby ustalić maksymalne wynagrodzenie wykonawcy to powinien ustalić wynagrodzenie ryczałtowe.**

*Zgodnie z art. 630 § 1 kc Jeżeli w toku wykonywania dzieła zajdzie konieczność przeprowadzenia prac, które nie były przewidziane w zestawieniu prac planowanych będących podstawą obliczenia wynagrodzenia kosztorysowego, a zestawienie sporządził zamawiający, przyjmujący zamówienie może żądać odpowiedniego podwyższenia umówionego wynagrodzenia.*

Powyższy przepis zakłada, że wynagrodzenie kosztorysowe może zostać zmienione (podwyższone) w przypadku, gdy zestawienie planowanych prac sporządził zamawiający. W niniejszym postępowaniu zestawienie planowanych prac stanowi Przedmiar Robót, który stanowi załącznik nr 9 do SWZ. Zamawiający sporządził Przedmiar Robót jako element opisu przedmiotu zamówienia i tym samym realizację obowiązku Zamawiającego wynikającego z art. 99 ust. 1 pzp. W związku z tym w świetle powyższego przepisu ryzyko prawidłowości przedmiotu powinien ponosić Zamawiający, który nie powinien przerzucać tego ryzyka na wykonawcę tak jak zostało to uregulowane w § 5 ust. 1 Umowy poprzez wykluczenie możliwości podwyższenia wynagrodzenia w przypadku, gdy w toku realizacji umowy okaże się, że trzeba było wykonać większe ilości robót niż przewidziane w przedmiarze.

Przemawia za tym również to, że Zamawiający w Dziale A Rozdziale IX pkt 1 SWZ nakazał wykonawcy złożenie wraz z ofertą kosztorysu ofertowego, który ma zostać przygotowany przez wykonawcę na bazie Przedmiaru Robót stanowiącego załącznik nr 9 do SWZ. Jednocześnie w Dziale A Rozdział XVII pkt 4 SWZ zakazał wykonawcy wprowadzania zmian do Przedmiaru Robót. W konsekwencji wykonawca jest związany treścią Przedmiaru Robót sporządzonego przez Zamawiającego.

Uwzględniając powyższe Zamawiający z jednej strony oczekuje niezmienności Przedmiaru Robót z jednoczesnym wyeliminowaniem możliwości zmiany wynagrodzenia wykonawcy w przypadku, gdy w toku realizacji przedmiotu umowy okaże się, że kosztorys zawierał błędy a ilości robót określone w przedmiarze nie odpowiadają rzeczywistym ilościom robót, które zostaną ustalone w obmiarze powykonawczym. Oznacza to, że wbrew dyspozycji art. 433 pkt 3 pzp Zamawiający przerzuca na wykonawcę odpowiedzialność za okoliczności, za które wyłączną odpowiedzialność ponosi zamawiający.

- 6. Możliwości odstąpienia od Umowy przez Zamawiającego bez uprzedniego wezwania Wykonawcy do usunięcia uchybień co może prowadzić do zaskoczenia wykonawcy odstąpieniem od Umowy, brakiem możliwości usunięcia nieprawidłowości i brakiem zapewnienia dalszej realizacji umowy i tym samym narusza art. 431 pzp nakładający na Zamawiającego obowiązek współdziałania zamawiającego przy wykonaniu umowy.**

Zgodnie z art. 431 pzp zamawiający powinien współdziałać z wykonawcą przy wykonaniu umowy w sprawie zamówienia publicznego, w celu należytej realizacji zamówienia.

Regulacja ta koresponduje z obowiązkiem wierzyciela do współdziałania w wykonaniu zobowiązania wynikającym z art. 354 § 2 kc.

Zastrzeżenie przez Zamawiającego możliwości odstąpienia od Umowy bez wcześniejszego wezwania wykonawcy do usunięcia nieprawidłowości w realizacji umowy nie jest działaniem „w celu należytej realizacji umowy”. Zamawiający działając w celu należytej realizacji umowy zamiast odstępować od umowy w pierwszej kolejności powinien wskazać wykonawcy na uchybienia, które zaistniały w toku realizacji umowy i wezwać wykonawcę do usunięcia stwierdzonych nieprawidłowości. Dopiero w przypadku, gdy uchybienia te nie zostaną usunięte w odpowiednim terminie Zamawiający powinien uzyskać uprawnienie do odstąpienia od umowy. Z takim rozumieniem pojęcia działania „w celu należytej realizacji umowy” przemawia treść art. 491 kc, który zakłada, że wierzyciel zanim skorzysta z prawa do odstąpienia od umowy powinien wezwać dłużnika do usunięcia nieprawidłowości, gdyż nadrzędnym celem stron umowy powinno być zrealizowanie umowy a nie szukanie pretekstu do jej rozwiązania poprzez odstąpienie.

**7. Zamawiający nakłada na Wykonawcę wymogu zrealizowania prac związanych z wykonaniem przyłącza ciepłowniczego w określonych terminach pomimo tego, że na chwilę obecną do SWZ nie załączył uzgodnionego projektu prac w tym zakresie jak również nie wiadomo, kiedy dojdzie do zawarcia umowy. Okoliczności te determinują czy i w jakim zakresie będzie możliwe wykonanie tych prac.**

Wykonawca nie kwestionuje co do zasady konieczności wykonania prac w zakresie usunięcia kolizji projektowanego Budynku z istniejącą siecią ciepłowniczą (budowa rozdzielczej sieci ciepłowniczej, demontaż istniejącej sieci ciepłowniczej, budowa i demontaż prowizorycznej sieci ciepłowniczej). Problem jaki występuje w tym zakresie polega na chwilę obecną na tym, że Zamawiający do chwili ogłoszenia niniejszego postępowania nie opracował projektu usunięcia kolizji (projekt przekładek) i nie dokonał uzgodnienia tego projektu z właścicielem sieci tj. firmą Veolia – taki uzgodniony projekt nie został załączony do SWZ. Zamiast tego do SWZ został załączony *Załącznik nr 4 do Ppu: Warunki realizacji Przyłącza ciepłowniczego*. W 4 tego załącznika wskazano, że:

*Usunięcie kolizji z istniejącą siecią ciepłowniczą oraz przyłączenie do sieci ciepłowniczej zostaną wykonane zgodnie z **warunkami technicznymi z dnia 28.07.2021r. o znaku: VWAU/HPR/21/2110069/1** stanowiącymi dodatek 4.1 do niniejszego załącznika.*

W załączniku tym tj. w załączniku Załącznik nr 1 do warunków nr VWAU/HPR/21/ 2110069 /1 Warunki techniczne przyłączenia wskazano, że:

*Prace związane z usunięciem kolizji z osiedlową siecią ciepłowniczą, zostaną wykonane, **na podstawie uzgodnionej w Veolia Energia Warszawa S.A. dokumentacji technicznej, po podpisaniu stosownej umowy**. W tym celu Inwestor winien niezwłocznie zgłosić się do Biura Rozwoju Rynku Veolia Energia Warszawa S.A. celem podpisania stosownej umowy oraz umożliwienia przygotowania inwestycji do realizacji.*

Dodatkowy istotny warunkiem realizacji prac jest to, że:

***Wszelkie prace (w tym wcinka) związane z przerwą w przesyle ciepła mogą być wykonywane w terminie od 1 maja do 31 sierpnia.***

Powyższe oznacza, że pierwszej kolejności należy opracować dokumentację techniczną (projekt) wykonania przyłącza, następnie dokonać uzgodnień tego projektu z Veolia i w ostatnim kroku powinno dojść do zawarcia umowy pomiędzy Zamawiającym a Veolia na wykonanie przyłącza (w tym usunięcie kolizji). Czynności te na chwilę obecną nie zostały dokonane przez Zamawiającego a do SWZ nie została załączona uzgodniona z Veolia dokumentacja oraz nie została załączona umowa na wykonanie przyłącza.

Co więcej zgodnie z załącznikiem 4.1 samo zawarcie umowy z Veolia nie jest wystarczające do zrealizowania prac w zakresie przyłącza a na etapie realizacji prac w zakresie usunięcia kolizji należy dokonać dalszych uzgodnień z Veolia obejmujących zgodnie z załącznikiem 4.1

- Przy realizacji sieci ciepłowniczej, własnym staraniem, prace należy prowadzić pod nadzorem Veolia Energia Warszawa S.A., zgodnie z warunkami obowiązującymi w Veolia Energia Warszawa S.A. w okresie wykonywania robót, w tym dotyczącymi sprawowania nadzorów.

- Rozpoczęcie oraz zakończenie robót dot. sieci ciepłowniczych i węzłów cieplnych należy zgłaszać do Veolia Energia Warszawa S.A., dla potrzeb dokonywania odbiorów technicznych i końcowych oraz zakwalifikowania do eksploatacji.

Zatem nawet jak dojdzie do zawarcia umowy pomiędzy Veolia a Zamawiającym aby ją wykonać konieczne będzie uzgodnienie z Veolia terminów:

- terminów nadzoru Veolia nad wykonywanymi pracami – trzeba uzgodnić dostępność inspektorów nadzoru ze strony Veolia
- po wykonaniu prac dokonać odbioru prac przez Veolia – trzeba uzgodnić dostępność inspektorów nadzoru ze strony Veolia celem odbioru.

Z informacji praktycznych (bazując na doświadczeniu wykonawcy w realizacji tego typu prac oraz informacji telefonicznych uzyskanych od Veolia) wynika, że:

- jeżeli projekt nie jest uzgodniony to termin realizacji z wszystkimi formalnościami (uzgodnienie projektu, zawarcie umowy, uzgodnienie terminów nadzorów, uzgodnienie terminu odbioru i jego przeprowadzenie) – wymagany czas to 5 – 6 miesięcy;
- jeżeli projekt jest uzgodniony to termin realizacji z wszystkimi formalnościami (uzgodnienie terminów nadzoru, uzgodnienie terminu odbioru i jego przeprowadzenie) – wymagany czas to 2,5 – 3 miesięcy;

Przy uwzględnieniu tych wymagań czasowych to najpóźniej na dzień 30 maja 2022 r. Zamawiający powinien dysponować umową zawartą z Veolia – przy założeniu, że pracę będzie można realizować do 31 sierpnia 2022 r. a nie jak wskazano w § 2 ust. 3 umowy do 31 lipca 2022 r. Czy na ten dzień Zamawiający będzie taką umową dysponował na chwilę obecną nie wiadomo.

Pomimo nie dokonania powyższych czynności w § 2 ust. 3 Umowy Zamawiający określa terminy realizacji prac w zakresie usunięcia kolizji poprzez wskazanie konkretnych dat kalendarzowych na wykonanie prac w zakresie usunięcia kolizji. Wyraźnego podkreślenia wymaga, że prace te:

- mogą być wykonywane tylko w określonych terminach tj. pomiędzy 1 maja a 31 sierpnia
- prace te muszą być wykonane przed realizacją budynku, gdyż blokują one możliwość jego realizacji – trzeba najpierw usunąć kolizję, aby przystąpić do wykonania budynku, gdyż elementy sieci są zlokalizowane w miejscu, gdzie ma być posadowiony budynek – należy przełożyć rury które idą pod fundamentami i budynkiem.

Jednocześnie w Rozdziale XIII pkt 1 SWZ zamawiający określił termin związania ofertą do dnia 27 maja 2022 r.

Zestawienie powyższych okoliczności powoduje, że:

- Wykonawca składając ofertę nie wie czy i kiedy będzie mógł przystąpić do wykonania prac z usunięciem kolizji;
- w przypadku, gdy do zawarcia umowy dojdzie najpóźniejszym możliwym terminie tj. 27 maja 2022 r. skróceniu ulegnie czas faktycznego wykonania prac, które muszą się zakończyć do dnia 31 sierpnia 2022 r. (zakładając, że zamawiający zmieni termin wskazany w § 2 ust. 3 umowy z 31 lipca 2022 r. na 31 sierpnia 2022 r.)
- w przypadku przedłużenia się niniejszego postępowania i zawarcia umowy po dniu 27 maja 2022 r. termin realizacji prac w zakresie usunięcia kolizji ulegnie dalszemu skróceniu i uwzględniając konieczność ich zakończenia do dnia 31 sierpnia 2022 r. wykonanie prac w 2022 r. będzie niemożliwe z przyczyn, za które odpowiedzialność ponosi zamawiający. W takim wypadku realizacja przedmiotu umowy będzie musiała zostać wstrzymana do 1 maja 2023 r.

Wykonawca wskazuje, że Zamawiający nieprawidłowo opisał przedmiot zamówienia (nie zawarł umowy z Veolia jako czynność niezbędna do wykonania przedmiotu umowy) jednocześnie ustalając terminy wykonania prac w zakresie kolizji poprzez wskazanie dat kalendarzowych, które na chwilę obecną są niemożliwe do dotrzymania.

Z uwagi na powyższe wnoszę jak na wstępie.

Załączniki:

1. pełnomocnictwo
2. odpis z KRS
3. dowód uiszczenia opłaty od odwołania
4. dowód uiszczenia opłaty skarbowej od pełnomocnictwa
5. dowód wysłania odpisu odwołania do zamawiającego