



CML Construction Services Sp. z o.o.
ul. Parzniewska 10, 05-800 Pruszków/Polska

Wrocław, 2 września 2024 r.

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

Zamawiający: **Międzygminny Kompleks Unieszkodliwiania
Odpadów ProNatura Sp. z o. o.**
ul. E. Petersona 22
85-862 Bydgoszcz
tel.: 52 522 20 58
e – mail: biuro@pronatura.bydgoszcz.pl

Odwołujący: **Strabag Sp. z o. o.**
ul. Parzniewska 10
05-800 Pruszków
KRS 0000054588
email: pl_office.strabag@strabag.com
tel.+48 22 7144-800

reprezentowany przez:
radcę prawnego Kamilę Kubek

adres do korespondencji:
CML Construction Services Sp. z o.o.
ul. Wyścigowa 58 ,
53-012 Wrocław
tel.: + 604 16 29 06
e-mail:kamila.kubek@bauholding.com

Dotyczy: Postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego trybie przetargu nieograniczonego pn.: „Budowa instalacji recyklingu organicznego wraz z infrastrukturą towarzyszącą – projektowanie i roboty budowlane wraz z dostawą urządzeń w ramach Projektu pn. „Instalacja recyklingu organicznego poprzez fermentację bioodpadów w MKUO ProNatura Sp. z o.o. w Bydgoszczy” (Nr postępowania: MKUO ProNatura ZP/NO/43/24).

Data ogłoszenia w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 23.08.2024 r. pod numerem 506378-2024.

Odwołanie składane jest w postępowaniu, w którym wartość zamówienia przekracza progi unijne.

ODWOŁANIE

Działając w imieniu STRABAG Sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie na podstawie udzielonego mi pełnomocnictwa (w załączeniu wraz z dowodem uiszczenia opłaty skarbowej), na podstawie art. 505 ust. 1, art. 513 pkt 1, art. 515 ust. 2 pkt 1 ustawy z dnia 11 września 2019 roku Prawo zamówień publicznych (zwanej w dalszej części „**PZP**”) wnoszę odwołanie na niezgodną z przepisami czynność Zamawiającego podjętą w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na wykonanie robót budowlanych pn. *„Budowa instalacji recyklingu organicznego wraz z infrastrukturą towarzyszącą – projektowanie i roboty budowlane wraz z dostawą urządzeń w ramach Projektu pn. „Instalacja recyklingu organicznego poprzez fermentację bioodpadów w MKUO ProNatura Sp. z o.o. w Bydgoszczy”* (dalej: „**Postępowanie**”), polegającą na ustaleniu treści Specyfikacji Warunków Zamówienia, w tym załącznika nr 6 do SWZ *„Projektowane postanowienia umowy”* (dalej „**Umowa**”) w sposób naruszający przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych oraz przepisy Kodeksu cywilnego (dalej „**KC**”).

I. Zarzuty:

I.1. Odwołujący zarzuca Zamawiającemu:

- 1) **art. 5 k.c., art. 353¹ kc i art. 387 kc w związku z art. 8 ust.1 PZP i art. 134 ust.1 pkt 6 PZP** poprzez wyznaczenie terminu realizacji przedmiotu zamówienia oraz terminów pośrednich w Części I punkt 6 SWZ oraz § 4 ust. 1 Umowy w sposób sprzeciwiający się naturze stosunku zobowiązaniowego, naruszający bezwzględnie obowiązujące przepisy prawa i równowagę stron, prowadzący do nadużyć prawa podmiotowego, a także czyniący świadczenie obiektywnie niemożliwym do wykonania na warunkach Umowy i skutkujący nieważnością stosunku zobowiązaniowego,
- 2) **naruszenie art. 99 ust. 1 PZP, art. 433 pkt 3 ustawy PZP w związku z art. 16 pkt 1,2,3, art. 8 ust 1 ustawy PZP, art. 353¹ KC w zw. z art. 647 i art. 649 KC** poprzez nieuzasadnione i bezpodstawne przerzucenie na wykonawcę w § 17 ust. 2 Umowy w zw. z Częścią XII punkt 1 podp. 2 SWZ odpowiedzialności i ryzyka finansowego realizacji przedmiotu umowy w przedłużonym czasie, z przyczyn nieleżących po stronie Wykonawcy, w tym zależnych od Zamawiającego lub zależnych od działania organów administracji publicznej, zmiany warunków atmosferycznych, działania siły wyższej. Zamawiający przewiduje w takiej sytuacji możliwość zmiany wyłącznie terminu realizacji oraz terminów pośrednich, bez możliwości zmiany wynagrodzenia, w przypadku gdy dojdzie do opóźnień wynikających z działań lub zaniechań Zamawiającego lub w innych przypadkach np. opóźnień w wydaniu decyzji czy zgód ze strony organów administracyjnych, czy zaistnienia warunków atmosferycznych uniemożliwiających prowadzenie robót, podczas gdy takie ryzyko stanowi wyłączne ryzyko Zamawiającego, a

jego przerzucenia na wykonawcę jest klauzulą abuzywną określoną w art. 433 pkt 3 ustawy PZP.

- 3) **naruszenie art. 8 ust. 1 oraz 453 ust. 1 i 2 PZP w związku z art. 353¹ KC, art. 568 § 1 KC, art. 638 KC i art. 656 § 1 KC** poprzez ustalenie w treści § 16 ust. 3 Umowy, że redukcja zabezpieczenia należytego wykonania umowy następuje w terminie 30 dni od uznania umowy za wykonaną, tj. od dnia podpisania protokołu odbioru końcowego przedmiotu umowy bez zastrzeżeń lub usunięcia stwierdzonych w nim wad i usterek, podczas, gdy zgodnie z zapisami § 7 ust. 2 wzoru Umowy od momentu sporządzenia Protokołu Odbioru Końcowego biegnie okres rękojmi, z kolei na podstawie § 6 ust. 16 i 18 Zamawiający jest zobowiązany do dokonania odbioru końcowego, w przypadku, gdy występują jedynie wady i usterki nieistotne – a data podpisania takiego protokołu jest uważana za datę odbioru końcowego. Z chwilą dokonania odbioru końcowego Zamawiający przejmie przedmiot Umowy i będzie go użytkował. Przy zaproponowany zapisie umowy oznaczać będzie to, że zgodnie z art. 568 §1 KC okres rękojmi rozpocznie się z chwilą wydania przedmiotu umowy Zamawiającemu, lecz w odniesieniu do zabezpieczenia należytego wykonania umowy okres rękojmi, skutkujący redukcją kwoty zabezpieczenia, zostanie odroczony na bliżej nieokreślony czas. Tym samym w okresie rękojmi na gruncie Umowy, Wykonawca będzie zmuszony do utrzymywania ZNWU w kwocie wyższej niż wynika to z art. 453 ust. 2 PZP.
- 4) **Naruszenie art. 16 pkt. 1)-3) ustawy PZP i art. 8 ust. 1 ustawy PZP w zw. z art. 353¹ kc i art. 647 kc w zw. z art. 484 § 2 w zw. z art. 483 kc i art. 473 § 1 kc** ze względu na sformułowanie postanowień dotyczących kar umownych w sposób nadużywający swobody Zamawiającego do kształtowania postanowień umownych, uniemożliwiający wykonawcy prawidłowe oszacowanie ryzyk związanych z realizacją umowy oraz mogący prowadzić do niczym nieuzasadnionego wzbogacenia się Zamawiającego jak również ograniczać możliwości Wykonawcy w zakresie przysługujących mu instrumentów prawnych, poprzez:
 - a) określenie w § 14 ust. 1 pkt 1 Umowy kary umownej w wysokości 0,1% za każdy rozpoczęty dzień zwłoki,
 - b) określenie w § 14 ust. 1 pkt 1 Umowy kary umownej w wysokości 0,05% za każdy rozpoczęty dzień zwłoki,
 - c) brak w § 14 ust. 1 pkt. 2 rozwiązań pozwalających na umorzenie kary umownej za zwłokę w dotrzymaniu terminu pośredniego, w sytuacji terminowego wykonania przedmiotu umowy;
 - d) wprowadzenie do wzoru umowy w § 14 ust. 1 pkt 4 kary umownej w przypadku odstąpienia od Umowy przez Wykonawcę, które zostanie uznane przez Zamawiającego za nieuzasadnione – co w praktyce prowadzi do sankcjonowania każdej próby odstąpienia od Umowy przez Wykonawcę oraz niweczy karę zastrzeżoną w tym przypadku na rzecz Wykonawcy;

- e) wprowadzenie do wzoru umowy w § 14 ust. 4 kary umownej naliczanej za zwłokę w przywróceniu stanu zgodności z umową, w sytuacji w której osiągnięcie tego rezultatu zostanie powierzone przez Zamawiającego podmiotowi trzeciemu, na działanie którego Wykonawca nie będzie miał żadnego przełożenia;

I.2. Żądania:

Mając na uwadze powyższe zarzuty naruszenia przepisów, Odwołujący wnosi o nakazanie Zamawiającemu dokonania następujących czynności – zmiany treści Specyfikacji Warunków Zamówienia oraz wzoru Umowy stanowiącego załącznik nr 6 do SWZ poprzez:

- 1) w zakresie zarzutu nr 1 – poprzez o dostosowanie postanowień Części I punkt 6 SWZ oraz § 4 ust. 1 Umowy do rzeczywistej czasochłonności zlecanego przedmiotu Umowy, poprzez przyjęcie następujących terminów:

Lp	Pozycja harmonogramu terminy umowne	Jest	Powinno być
1	Projekt technologiczny	do 2 miesięcy od podpisania umowy	do 2 miesięcy od podpisania umowy
	Weryfikacja i wprowadzanie uwag do projektu technologicznego	1 miesiąc na weryfikację i wprowadzanie uwag	1 miesiąc na weryfikację i wprowadzanie uwag (do 3 m-cy od podpisania umowy)
2	Projekt budowlany z uzyskaniem pozwolenia na budowę	do 6 miesięcy od podpisania umowy	do 10 miesięcy od podpisania umowy
3	Roboty budowlane i montażowe technologii	do 22 m-cy od podpisania umowy	do 29 m-cy od podpisania umowy
4	Rozruch technologiczny fermentera	do 6 m-cy (do 28 m-cy od podpisania umowy)	do 6 m-cy (do 35 m-cy od podpisania umowy)
5	Badania laboratoryjne i odbiory końcowe	-	1 miesiąc na pobranie prób i wykonanie analiz (do 36 m-cy od podpisania umowy)
6	Termin wykonania zamówienia	Do 28 miesięcy od dnia podpisania umowy, przy zachowaniu terminów pośrednich	Do 36 miesięcy od dnia podpisania umowy, przy zachowaniu terminów pośrednich

- 2) w zakresie zarzutu nr 2 – nakazanie Zamawiającemu dostosowania postanowień wzoru Umowy i SWZ do przepisów prawa i nadanie Części XII punkt 1 podp. 2 zdanie pierwsze SWZ brzmienia wskazującego na istnienie po stronie Wykonawcy prawa do zwiększenia wynagrodzenia:

„Zmiana terminu wykonania zamówienia, w tym terminów pośrednich, oraz zmiana wynagrodzenia Wykonawcy w zakresie zwiększonych kosztów realizacji, spowodowana:”

- 3) w zakresie zarzutu nr 3 – dostosowanie postanowień wzoru Umowy do przepisów prawa i ustalenie, że bieg terminu gwarancji i rękojmi na przedmiot zamówienia, wyznaczony datą sporządzenia Protokołu Odbioru Końcowego, wyznacza termin redukcji zabezpieczenia należytego wykonania Umowy, tj. usunięcie zapisów § 16 ust. 3 Umowy, uzależniających początek rozpoczęcia biegu tego terminu od podpisania protokołu odbioru bez zastrzeżeń lub usunięcia wszelkich wad i usterek i nadanie mu treści:

Wykonawca zobowiązuje się, aby zabezpieczenie wykonania Umowy było w 100% ważne przez cały okres realizacji Umowy oraz 30 dni po zakończeniu jej realizacji (data podpisania bez przez Zamawiającego protokołu odbioru końcowego lub innego równoważnego dokumentu przewidzianego w Umowie), a w odpowiedniej części przez okres 15 dni od dnia upływu okresu rękojmi i mogło być wykorzystane w pełnej wysokości przez cały ten okres.

- 4) w zakresie zarzutu nr 4 - Odwołujący wnosi o zmianę zapisów wzoru Umowy w zakresie kar Umownych tak, aby kary te odpowiadały swojej istocie i nie prowadziły do nadmiernego uprzywilejowania Zamawiającego czy też możliwości jego wzbogacenia się kosztem Wykonawcy:

- a) w zakresie § 14 ust. 1 pkt. 1 nakazanie modyfikacji Umowy poprzez obniżenie kary umownej do poziomu 0,05% za każdy dzień zwłoki;
- b) w zakresie § 14 ust. 1 pkt. 2 nakazanie modyfikacji Umowy w taki sposób, aby Zamawiający został zobowiązany do niedochodzenia od Wykonawcy zapłaty tej kary umownej w przypadku, w którym Wykonawca dotrzyma terminu końcowego realizacji Umowy określonego w § 3 ust. 1 Umowy:

„za zwłokę w wykonaniu przedmiotu Umowy w stosunku do terminów pośrednich wynikających z niniejszej Umowy - w wysokości 0,025 % Wynagrodzenia Wykonawcy brutto, określonego w § 11 ust. 1 Umowy za każdy dzień zwłoki, łącznie nie więcej niż 20 % tego Wynagrodzenia. W przypadku wykonania przedmiotu Umowy w ramach wiążącego Strony terminu końcowego, Zamawiający zobowiązany jest do uchylecia naliczonej kary umownej.”

- c) w zakresie § 14 ust. 1 pkt 4 nakazanie modyfikacji Umowy w taki sposób, aby Zamawiający nie był uprawniony do naliczania kary umownej w przypadku nieuzasadnionego odstąpienia od Umowy:

„za odstąpienie od Umowy z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy lub nieuzasadnionego odstąpienia od umowy przez Wykonawcę – 20 % Wynagrodzenia Wykonawcy brutto określonego w § 11 ust. 1 Umowy”

- d) w zakresie § 14 ust. 4 kary umownej naliczanej za zwłokę w przywróceniu stanu zgodności z umową – wyłączenie możliwości jej naliczania w sytuacji, w której osiągnięcie tego rezultatu zostanie powierzone przez Zamawiającego podmiotowi trzeciemu:

„W przypadku stwierdzenia przez Zamawiającego, że Wykonawca nie realizuje któregośkolwiek z obowiązków wynikających z niniejszej Umowy lub też realizuje go niezgodnie z niniejszą Umową, Zamawiający wezwie Wykonawcę do prawidłowego wykonania przedmiotu Umowy w terminie wskazanym w tym wezwaniu. W razie nie dotrzymania terminu wskazanego w wezwaniu, o którym mowa powyżej, w przypadku opóźnienia spowodowanego okolicznościami za które odpowiedzialność ponosi Wykonawca, trwającego ponad 30 dni Zamawiający może naliczyć Wykonawcy karę za zwłokę w przywróceniu stanu zgodnego z umową w wysokości 500 zł za każdy dzień zwłoki licząc od dnia przewidzianego na wykonanie danego obowiązku w pierwotnym terminie albo zlecić wykonanie obowiązków na koszt i ryzyko Wykonawcy innemu podmiotowi bez uzyskiwania zgody sądu. Jeżeli zwłoka dotyczy okoliczności określonych w ust. 1 pkt 1 - 3 powyżej do kar umownych stosuje się tamte postanowienia.”

I.3. Interes we wniesieniu odwołania.

Odwołujący posiada interes we wniesieniu odwołania. Odwołujący jest podmiotem profesjonalnie działającym na rynku budowlanym, w tym w sektorze inwestycji realizowanych w trybie PZP. Zapisy zawarte w załączniku do SWZ - wzorze umowy, będącym są niezgodne z PZP i KC. Formułując zapisy wzoru umowy Zamawiający narusza podstawowe obowiązki inwestora (Zamawiającego) wynikające z umowy o roboty budowlane (art. 647 KC). Dodatkowo Zamawiający przerzuca na Wykonawcę ryzyko finansowe realizacji prac w przedłużonym czasie trwania Umowy oraz nieproporcjonalnie rozkłada ryzyka kontraktowe w pozostałych obszarach.

Kwestionowane w niniejszym odwołaniu czynności Zamawiającego pozbawiają Odwołującego możliwości uzyskania przedmiotowego zamówienia publicznego i jego realizacji na najkorzystniejszych dla Zamawiającego warunkach oraz warunkach uczciwej konkurencji oraz porównywalności ofert. Opisane czynności Zamawiającego mogą również skutkować powstaniem szkody po stronie Odwołującego.

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 przyjąć 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**. 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 wykonawców do zamówienia, pomimo że posiadają kwalifikacje niezbędne do wykonania przedmiotu zamówienia.

II. Termin.

- II.1.** Ogłoszenie o zamówieniu w dniu 23.08.2024 r. zostało opublikowane w Suplemencie do Dziennika Urzędowego Unii Europejskiej. Oznacza to, że składając odwołanie w dniu 02.09.2024 r. Odwołujący czyni zadość wymaganiom art. 515 ust. 2 pkt 1 PZP, tj. wnosi odwołanie w ustawowo wymaganym terminie

UZASADNIENIE

I. Termin realizacji i terminy pośrednie

Odwołujący wskazuje, że termin wykonania zamówienia, to obok opisu przedmiotu zamówienia jedna z najistotniejszych informacji z punktu widzenia kalkulacji oferty przetargowej. Zgodnie z wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z 12 listopada 2014r., KIO 2167/14 opisanie wymagań dotyczących przedmiotu zamówienia, warunków realizacji oraz terminów związanych z realizacją zamówienia, jest uprawnieniem zamawiającego podlegającym kontroli m.in. wykonawców w trybie zaskarżania czynności. W wyroku z 16 października 2014r., KIO 2029/13 wskazano, że termin realizacji zamówienia to jeden z podstawowych elementów SIWZ. Z kolei w wyroku z 06 listopada 2014r., KIO 2177/14

Krajowa Izba Odwoławcza zwróciła uwagę, że uprawnienie zamawiającego do kształtowania przedmiotu zamówienia zgodnie z jego potrzebami nie oznacza prawa do zupełnie dowolnego kształtowania wymagań SIWZ (w tym warunków umowy), które mogą prowadzić do obciążenia wykonawcy w stopniu wykraczającym ponad uzasadnione potrzeby zamawiającego. Zgodnie z wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 17 listopada 2016 r. (KIO 2091/16) **już samo wyznaczenie bardzo krótkiego terminu realizacji zamówienia, który nie jest możliwy do dotrzymania, stanowi czyn nieuczciwej konkurencji.**

Oczekiwane w niniejszym postępowaniu świadczenie wykonawcy będzie świadczeniem niemożliwym do spełnienia, w terminie narzuconym przez Zamawiającego dla każdego starannie działającego podmiotu. Niemożliwość ta ma charakter trwały, pierwotny i obiektywny. Wyznaczenie przez Zamawiającego niemożliwego do dotrzymania terminu stanowi tym samym naruszenie przepisów art. 387 KC, art. 353¹ oraz art. 5 KC w zw. z art. 8 ust. 1 PZP. Wskazać również należy na wyrok KIO z 27 maja 2011 r., KIO 1006/11, w którym wskazano, że ustalenie przez Zamawiającego nierealnych terminów na wykonanie zamówienia oceniane jest przez pryzmat niemożliwości świadczenia. Obowiązkiem Zamawiającego jest dokonanie opisu przedmiotu zamówienia, tak aby jego wykonanie było możliwe. Zamawiający nie może wykorzystywać swojej pozycji i narzucać takich warunków umowy, które sprzeciwiają się zarówno naturze stosunku zobowiązaniowego jak i zasadom współżycia społecznego, co ma miejsce w niniejszej sprawie poprzez narzucenie przez Zamawiającego nierealnych terminów wykonania, a tym samym naruszenie przepisów art. 353¹ i art. 5 KC.

Warto w tym miejscu przytoczyć również stanowisko Sądu Najwyższego, który w wyroku z dnia 14 stycznia 2016 r. w sprawie o sygn. akt: **IV CSK 223/15**, stwierdził, że: „(...) obowiązujący w Polsce system zamówień publicznych niejednokrotnie zmusza potencjalnego wykonawcę do oferowania minimalnego wynagrodzenia oraz godzenia się na krótki termin wykonania obiektu proponowany przez inwestora i wysokość kary umownej w wypadku niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania. W praktyce prowadzi to często do naruszenia faktycznej równości stron zawieranej umowy.

Na podstawie przeprowadzonej przez Odwołującego analizy harmonogramu Zamawiającego oraz zakresu niezbędnych działań, konieczne jest rozszerzenie tej pozycji o następujące po robotach budowlanych dostawy i montaż instalacji technologicznych oraz wydłużenie okresu realizacji robót budowlanych i montażowych technologii o **3** miesiące. Roboty montażowe technologii sensu stricto robotami budowlanymi nie są i nie mogą być realizowane w trakcie robót budowlanych. Chodzi tu w szczególności o montaż linii przygotowania i magazynowania wsadu, instalacji odwodnienia, uzbrojenia fermenterów w napędy i urządzenia pomiarowe, linii przygotowania i obróbki biogazu, linii odwodnienia pofermentu, uzbrojenia zbiorników magazynowych pofermentu.

Prowadzenie montażu ww. instalacji w trakcie realizacji robót budowlanych jest niemożliwe z wielu względów technologicznych i wiąże się z ryzykiem uszkodzenia czy wręcz zniszczenia urządzeń. Montaż urządzeń, ze względów technologicznych, może odbywać się wyłącznie po zakończeniu robót budowlanych. Urządzenia nie mogą być wystawione na oddziaływanie warunków atmosferycznych, posadowione na w pełni stabilnych posadzkach i zbiornikach zrealizowanych w trakcie robót budowlanych. Ponieważ czas przewidziany na realizację robót budowlanych jest ekstremalnie krótki (14 miesięcy) i nie uwzględnia obligatoryjnych przerw np. obowiązkowej na tego typu robotach przerwy zimowej, nie jest

możliwe wygospodarowanie czasu na montaż instalacji w ramach czy w trakcie czasu przewidzianego na wykonanie robót budowlanych.

Istotnym zagadnieniem, potwierdzającym brak technicznej możliwości instalacji linii technologicznej w toku prac budowlanych, jest ponadto kwestia suwnicy. Suwnica, która jest niezbędnym elementem instalacji, umożliwiającym inokulację i rozruch fermentera wymaga bowiem, na podstawie odrębnych przepisów, odbioru przez Urząd Dozoru Technicznego. Montaż suwnicy może zostać zrealizowany dopiero po zakończeniu robót budowlanych, w związku z czym przeprowadzenie montażu i dopuszczenie przez UDT nie może zostać przeprowadzone ani w trakcie robót budowlanych, ani w trakcie inokulacji i rozruchu fermentera, co potwierdza stanowisko o braku możliwości montażu linii technologicznej równoległe do realizowanych robót ogólnobudowlanych.

W zakresie prac projektowych warunkiem niemożliwym do spełnienia jest sporządzenie projektu budowlanego w terminie do 6 miesięcy, a następnie projektu technicznego i wykonawczego do 8 miesięcy od podpisania umowy (a więc w 2 miesiące od wykonania projektu budowlanego). Wnioskujemy zatem o wydłużenie terminu realizacji projektu budowlanego wraz z uzyskaniem Pozwolenia na Budowę o minimum 4 miesiące, **przy czym okres pracy nad projektem technicznym i projektami wykonawczymi powinien być włączony w okres realizacji robót – a poszczególne opracowania podlegać akceptacji Zamawiającego przed rozpoczęciem danego obszaru prac, w sposób sukcesywny, a nie stanowić przedmiot odrębnego terminu pośredniego.**

Projekt budowlany bazuje na projekcie technologicznym. Zamawiający zakłada że po sporządzeniu projektu technologicznego będzie miał 1 miesiąc na jego weryfikację i wprowadzenie uwag – a cała ta procedura odbywa się w ramach okresu 6 miesięcy na wykonanie projektu budowlanego. Projekt budowlany bazuje na projekcie technologicznym który determinuje istotne elementy projektu budowlanego np. nasycenie poszczególnych hal maszynami wpływa na lokalizację bram i innych elementów. Wytyczenie sieci między poszczególnymi obiektami również będzie się również mogło odbyć dopiero po ostatecznej akceptacji projektu technologicznego. W związku z tym, uwzględniając procedurę wykonania i akceptacji projektu technologicznego, na sporządzenie projektu budowlanego i złożenie wniosku o wydanie pozwolenia na budowę pozostaje 3 miesiące. W tym okresie należy m. in. skompletować wszystkie uzgodnienia niezbędne do złożenia wniosku. Należy tu dodatkowo nadmienić, że Zamawiający nie jest w chwili obecnej w posiadaniu warunków przyłączenia do sieci energetycznej, co może stanowić problem na etapie prac projektowych. Zamawiający nie uwzględnił również w harmonogramie czasu na zaopiniowanie przez siebie projektu budowlanego i złożenie wniosku o pozwolenie na budowę, co w praktyce skróci jeszcze bardziej czas, jakim wykonawca będzie dysponował na prace o ściśle projektowym charakterze.

Zamawiający nie przewidział w terminach realizacji kontraktu przerwy pomiędzy złożeniem wniosku o pozwolenie na budowę a uzyskaniem prawomocnego pozwolenia na budowę. Przy założeniu, że potrwa to minimum 1,5 miesiąca, **na wykonanie projektu technicznego i wykonawczego w zgodności uprawomocnionym pozwoleniem na budowę pozostanie mniej niż 2 tygodnie.** Nie przewidziano również czasu na opiniowanie i zatwierdzenie tych projektów, co w rezultacie wpłynie na skrócenie czasu na realizację robót budowlanych – oraz będzie ekspozycja wykonawcę na ryzyko kary umownej związanej z terminem pośrednim.

Zamawiający słusznie założył, że Inokulacja fermentera i rozruch będzie trwała do 6 miesięcy. Nie przyjął jednak odpowiednich ram czasowych na przeprowadzenie prób końcowych – co ma wpływ na cały harmonogram realizacji.

Badanie laboratoryjne jednego z parametrów gwarantowanych – produktywności biogazu zgodnie z metodyką VDI4630, trwają minimum 1 miesiąc. Do tego dochodzi czas na pobranie i transport próbek oraz ich wstępne przygotowanie oraz czas na opracowanie raportu. **Do testu VDI przystąpić można po osiągnięciu przez fermenter pełnych parametrów operacyjnych, a więc po 6 miesiącach od inokulacji.** W związku z powyższym niezbędne jest wydłużenie o co najmniej 1 miesiąc rozruchu fermentera lub wprowadzenie do harmonogramu pozycji odbiory końcowe – 1 miesiąc.

Reasumując, z technologicznego punktu widzenia konieczne jest wydłużenie czasu realizacji o:

4 miesiące - prace projektowe wraz z uzyskaniem Pozwolenia na Budowę

3 miesiące – roboty budowlane i montażowe technologii (w tym czas przeznaczony na sukcesywne opracowanie projektów technicznych i wykonawczych)

1 miesiąc próby odbiorowe wraz z badaniami laboratoryjnymi.

II. Wyłączenie prawa wykonawcy do zwrotu kosztów w wyniku wydłużonego okresu realizacji z przyczyn, za które wykonawca nie ponosi odpowiedzialności

Konieczność realizacji uzasadnionych potrzeb Zamawiającego w oczywisty sposób wpływa na ograniczenie zasady swobody umów w obszarze zamówień publicznych, niemniej jednak należy dostrzec, iż **swoboda Zamawiającego w zakresie kształtowania postanowień umowy nie jest nieograniczona**. Należy zwrócić uwagę na treść orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 18 maja 2015 r., sygn. akt: KIO 897/15, w którym Izba zauważyła, że ustalenie przez Zamawiającego warunków umowy nie ma charakteru absolutnego, gdyż Zamawiający nie może nadużywać swojego prawa podmiotowego, a granicami oceny, czy do takiego nadużycia doszło jest przepis art. 353¹ Kodeksu cywilnego oraz klauzula generalna z art. 5 Kodeksu cywilnego.

Odwołujący, w ślad za stanowiskiem zaprezentowanym przez Izbę wskazuje, iż uprawnienie zamawiającego do kształtowania przedmiotu zamówienia zgodnie z jego potrzebami nie oznacza prawa do zupełnie dowolnego kształtowania wymagań SWZ (w tym warunków umowy), które mogą prowadzić do obciążenia wykonawcy w stopniu wykraczającym ponad uzasadnione potrzeby zamawiającego.

Zamawiający w szczególności ma obowiązek „*ukształtować stosunek prawny w granicach określonych treścią art. 353¹ oraz art. 5 k.c., co oznacza, że postanowienia umowne nie mogą być sprzeczne z właściwością stosunku zobowiązaniowego, ustawą lub zasadami współżycia społecznego. Właściwość (naturę) stosunku należy rozumieć jako nakaz respektowania podstawowych cech stosunku kontraktowego, które stanowią o jego istocie.*” (wyrok KIO z dnia 6 listopada 2014 roku, sygn. akt: KIO 2177/14).

Podkreślić należy, iż Sąd Najwyższy w wyrokach o sygn. IV CSK 478/07 oraz II CSK 528/10 stwierdził, iż negatywnej ocenie powinna też podlegać umowa o zamówienie publiczne,

ukształtowana przez Zamawiającego z wykorzystaniem jego silniejszej pozycji w postępowaniu, gdyż umowa taka powinna chronić interesy nie tylko Zamawiającego, ale również Wykonawcy.

Zamawiający nadużywa swojej pozycji dominującej a jednocześnie stosuje klauzule abuzywną, określoną w art. 433 pkt 3 PZP poprzez wskazanie, że w przypadkach określonych w Części XII punkt 1 podp. 2 SWZ wykonawcy przysługuje zmiana tylko terminu realizacji zamówienia. Odwołujący zauważa, że w innych przypadkach określonych Zamawiający przewidział uprawnienie do zmiany wynagrodzenia, a jedynie we wskazanym podpunkcie - nie. Warto przy tym zauważyć, że okoliczności wskazane w ww. postanowieniu SWZ są okolicznościami całkowicie zewnętrznymi względem wykonawcy – a częściowo wręcz zależnymi od Zamawiającego (np. wstrzymanie robót przez Zamawiającego).

Oznacza to, że wyżej przytoczone okoliczności wymienione Części XII punkt 1 podp. 2 SWZ skutkują przedłożeniem czasu realizacji umowy kosztem wykonawcy. Wykonawca kalkulując ofertę wycenia podstawowy czas realizacji zadania. Kalkulacja obejmuje zakres prac wynikających z przekazanej przez Pozwanego dokumentacji projektowej, prac nieujętych a koniecznych do wykonania i możliwych do przewidzenia na etapie składania oferty, a także kosztów ogólnych jakie będą towarzyszyły tym pracom, w wyznaczonym okresie realizacji zadania. Wykonawca za każdy dodatkowy dzień realizacji umowy ponosi koszty stałe jak koszty budowy, koszty wynajmu maszyn, zatrudnionej kadry, koszty zabezpieczenia i gwarancji itd. Przedłużając czas realizacji z przyczyn niezawinionych przez wykonawcę nie pozostaje uzasadnione przerzucenie na niego kosztów z tym związanych. Wykonawca nie ma wiedzy czy i o ile nastąpi przedłużenie czasu realizacji kontraktu także nie może wycenić odpowiednio ryzyka w ofercie – zwłaszcza w odniesieniu do okoliczności opisanych w Części XII punkt 1 podp. 2 SWZ, które ze swej istoty mogą generować opóźnienie w trudnych do określenia granicach.

Powyższe znajduje odzwierciedlenie w wyrokach sądów powszechnych, które w przypadku sporów o dodatkowe wynagrodzenie zwracają uwagę na to że wykonawca mógł wycenić tylko prace mieszczące się w pierwotnym i znanym czasie realizacji zadania. W tym zakresie warto zwrócić uwagę na chociażby wyrok Sądu Apelacyjnego z dnia w Krakowie - I Wydział Cywilny z dnia 6 września 2017 r. I ACa 264/17:

*„Przede wszystkim uzasadniony jest zarzut, że Sąd Okręgowy dokonując oceny łączącej strony umowy nie uwzględnił, że składając ofertę i kalkulując wynagrodzenie oraz koszty jednostkowe strona powodowa brała pod uwagę okoliczności jakie wówczas były znane, a więc między innymi zakres robót, miejsce ich wykonania, czas przez jaki roboty miały być wykonywane. Wszystkie te elementy miały wpływ na ustaloną cenę. **Składając ofertę strona powodowa brała pod uwagę koszty jakie miałyby ponieść w okresie pierwotnie planowanym czyli do listopada 2012 roku** i wg tych kosztów skalkulowała cenę jednostkową oraz wynagrodzenie należne jej za wykonanie umowy. Cena obejmowała więc realizację robót do dnia 10 listopada 2012 roku (...)*

Poza sporem jest, że prace objęte umową wykonywane były dłużej od pierwotnie założonego terminu o ponad 8 miesięcy i powodowa spółka musiała przez ten czas ponosić koszty między innymi utrzymania pracowników, ubezpieczenia, gwarancji należytego wykonania umowy, telefonów, Internetu, ochrony, dzierżawy terenu na plac składowy, wynajmu mieszkań służbowych, utrzymania samochodów, obsługi geodezyjnej, podgrzewania betonu, zakupów spożywczych i środków czystości, delegacji służbowych.

Skoro przy kalkulacji uwzględniono wszystkie te koszty jakie musiałyby być poniesione przez powódkę przy realizacji umowy z zachowaniem pierwotnego terminu do 10 listopada 2012 roku, to w sytuacji kiedy prace były wykonywane przez kolejne 8 miesięcy, to niewątpliwie poniesione koszty były znacznie wyższe i kwota określona w ofercie i pierwotnej umowie nie odzwierciedlała rzeczywistego kosztu tej pracy. (...)

Rozszerzenie przesłanek Części XII punkt 1 podp. 2 SWZ dodatkowo o zmianę wynagrodzenia nie niesie żadnego bezpośredniego ryzyka Zamawiającemu, bowiem jest przesłanką zmiany umowy. Aby doszło do zmiany umowy potrzebna jest zgodna wola obu stron i zawarcie aneksu, co daje Zamawiającemu kontrolę nad wzrostem kosztów – wymagających wszak jego akceptacji.

III. Uzależnienie redukcji zabezpieczenia należytego wykonania umowy od podpisania protokołu odbioru przedmiotu umowy bez zastrzeżeń

Istotą trzeciego z podniesionych zarzutów jest dokonanie przez Zamawiającego zabiegu, który odrywa moment redukcji kwoty zabezpieczenia należytego wykonania umowy (której utrzymywanie stanowi istotny koszt dla wykonawcy) od momentu wykonania przedmiotu umowy i przejścia do fazy rękojmi. O tym, że moment ten powinien skutkować redukcją ZNWU przesądza wprost art. 453 ust. 1 i 2 PZP, który z jednej strony nakazuje zwrot zabezpieczenia w terminie 30 dni od wykonania umowy, a z drugiej uprawnia Zamawiającego do utrzymania w okresie rękojmi jedynie zabezpieczenia w obniżonym wymiarze. W związku z powyższym, moment uznania zamówienia za wykonane, o którym mowa w art. 453 ust. 1 PZP powinien być tożsamy z rozpoczęciem biegu przez okres rękojmi.

Na gruncie niniejszego postępowania moment rozpoczęcia okresu rękojmi został przez Zamawiającego określony prawidłowo – jako moment sporządzenia protokołu odbioru końcowego, nawet jeżeli jest on sporządzony warunkowo (§ 7 ust. 2 Umowy). Również § 6 ust. 18 wprost wskazuje, że datą odbioru końcowego jest data sporządzenia odpowiedniego protokołu – nawet jeżeli zawiera on wykaz usterek i wad do usunięcia.

Tymczasem **na potrzeby redukcji ZNWU, Zamawiający wprowadza odmienne rozwiązanie – w istocie sprowadzające się do odbioru bezusterkowego, który zresztą może nigdy nie nastąpić** (choćby na skutek obniżenia wynagrodzenia i rezygnacji z usunięcia części wad nieistotnych).

Zgodnie z art. 568 § 1 KC, który znajduje zastosowanie do umów o roboty budowlane zgodnie z art. 656 § 1 w zw. z art. 638, terminy wykonywania uprawnień wynikających z rękojmi liczone są od daty wydania rzecz kupującemu. Brak jest podstaw do przesuwania rozpoczęcia biegu okresu rękojmi na inny termin, tym bardziej, że Umowa nie przewiduje „bezusterkowego 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. Z chwilą dokonania odbioru dochodzi do przekazania przedmiotu umowy o roboty budowlane z wykonawcy na inwestora co należy utożsamiać z „wydaniem rzecz” w rozumieniu art. 568 § 1 KC.

Praktyka budowlana pokazuje, że na etapie odbioru końcowego dochodzi często do sporów pomiędzy inwestorem a wykonawcą. Osią 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 uspołecznionej.

Ratio legis art. 453 ust. 1 i 2 PZP nakazują utożsamiać moment redukcji kwoty zabezpieczenia należytego wykonania umowy z chwilą dokonania odbioru robót przez Zamawiającego. Interpretując taki zapis zgodnie z ww. wykładnią sądów powszechnych i Sądu Najwyższego, w przypadku wystąpienia wad nieistotnych dojdzie pomiędzy stronami do odbioru końcowego a przedmiot umowy zostanie wydany zamawiającemu i rozpocznie on korzystanie z niego. Skutkować powinno to zgodnie z art. 568 § 1 KC rozpoczęciem okresu rękojmi, a co za tym idzie – zwolnieniem części ZNWU, stosownie do dyspozycji art. 453 PZP.

IV. Nadużycie pozycji dominującej w zakresie kształtowania kar umownych

W zakresie niedopuszczalności zastrzeżenia kary umownej jako rażąco wygórowanej odwołać należy się też 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 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). 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”.

Mając na uwadze powyższe rozważania, Odwołujący wnosi o dodanie do Umowy zapisu zgodnie z którym w przypadku dochowania przez niego terminu końcowego realizacji Umowy, Zamawiający odstąpi od naliczenia kary umownej za termin pośredni wynikający z harmonogramu tj. kary określonej w § 14 ust. 1 pkt 2 Umowy. Należy bowiem wskazać, że w takim przypadku Zamawiający nie ponosi żadnej szkody, gdyż przedmiot Umowy zostanie wykonany w terminie. Sytuacja w której Zamawiający w takim przypadku uprawniony jest do żądania kary umownej za naruszenie terminu pośredniego gdy Wykonawca wykona Umowę w terminie końcowym oznacza, że Zamawiający wzbogaca się kosztem Wykonawcy, ponieważ środki uzyskane przez niego z kary umownej nie są przeznaczone na usunięcie jakiegokolwiek szkody jaką miałby hipotetycznie ponieść.

W zakresie kary umownej przewidzianej na wypadek „nieuzasadnionego” odstąpienia od Umowy przez wykonawcę, należy zauważyć, że kara ta nie pełni żadnych funkcji konstrukcyjnych, jakie są przypisywane karze umownej. Jediną funkcją, jaką kwestionowane rozwiązanie pełni, jest funkcja „mrożąca” – uniemożliwienie wykonawcy skorzystania z odstąpienia od umowy w przypadkach określonych w samej umowie, lub w powszechnie obowiązujących przepisach.

Praktyka obrotu gospodarczego wskazuje, że w zakresie kontraktów realizowanych dla zamawiających publicznych, każde odstąpienie od umowy dokonane przez wykonawcę, jest kwestionowane przez zamawiającego – zasadne jest przyjęcie założenia, że nie inaczej byłoby w tym przypadku. Zatem każde skorzystanie przez wykonawcę z przysługującego mu uprawnienia byłoby zagrożone sankcją, która podlegałaby egzekucji przez Zamawiającego w sposób automatyczny, bez oczekiwania na sądową ocenę zasadności czy też braku zasadności odstąpienia od umowy. Sankcja ta nie tylko niweczyłaby karę umowną zastrzeżoną na korzyść wykonawcy, ale również wprowadzała ryzyko finansowe w przypadku takiego odstąpienia, w którym nie byłoby mowy o karze obciążającej Zamawiającego. Co więcej – nie jest wykluczone równoległe dokonanie odstąpienia przez Zamawiającego i naliczenie równoległej kary umownej. Takie ułożenie stosunku umownego prowadzi do nieuzasadnionego ograniczenia środków prawnych przysługujących wykonawcy. W szczególności ryzyko kary umownej i dowolność jej stosowania (na etapie egzekucji „niezasadność” odstąpienia może wynikać wyłącznie z oceny Zamawiającego) czynią pozornym umowne czy ustawowe prawo do odstąpienia od umowy przez Wykonawcę.

W zakresie zarzutu dotyczącego § 14 ust. 4 Wykonawca wskazuje, że model przyjętej kary umownej – istniejącej równoległe z powierzeniem realizacji podmiotowi trzeciemu – prowadzi do podwójnego karania wykonawcy. Bez wątpienia bowiem rodzajem kary jest powierzenie przez Zamawiającego wykonania danego zakresu czynności podmiotowi trzeciemu – na koszt i ryzyko wykonawcy. W sytuacji takiej Zamawiający nie ponosi żadnej szkody (świadczenie jest wykonane), a wszelkie koszty i konsekwencje (w tym odpowiedzialność za cudze działanie) spadają na wykonawcę. Co więcej, w takim wypadku zachodzi również element punitivny – z reguły bowiem wykonanie zastępcze wiąże się z wyższym kosztem, niż wykonanie tych samych czynności przez wykonawcę, a więc z utratą części zarobku. Brak jest uzasadnienia, aby w takiej sytuacji, w sposób równoległy obciążać wykonawcę karą umowną za każdy dzień zwłoki w osiągnięciu określonego rezultatu – nie występuje tu bowiem żaden element odszkodowawczy czy mobilizujący wykonawcę, zaś jedynym osiągniętym skutkiem jest zubożenie wykonawcy i wzbogacenie Zamawiającego. Co więcej, w omawianym scenariuszu wykonawca traci jakikolwiek wpływ na wysokość grożącej mu kary (nie ma zatem mowy o elemencie mobilizującym), bowiem przewiduje się naliczanie kary aż do przywrócenia stanu pożądanego – co ma nastąpić staraniem podmiotu trzeciego, w stosunku do którego:

- a) Wykonawca nie ma żadnych relacji umownych ani możliwości kierowania jego pracami,
- b) Termin wykonania w ramach wykonawstwa zastępczego wyznaczył Zamawiający (podobnie jak konsekwencje jego niedotrzymania – lub ich brak),

-
- c) za uchybienia podmiotu trzeciego odpowiedzialność ponosi wykonawca.

Wobec powyższego oczywistym jest, że równoległe naliczanie kary umownej i prowadzenie procedury wykonawstwa zastępczego, stanowi rażące nadużycie uprawnień przez Zamawiającego, wywierając skutek jedynie w postaci wzbogacenia Zamawiającego.

Podobnie sama wysokość kar umownych przewidzianych za każdy dzień zwłoki – na poziomie odpowiednio 0,1% i 0,05% wynagrodzenia jest działaniem nieuprawnionym, które prowadzi do nadmiernego, rażącego wygórowania kary umownej. Wysokość wskaźników, którymi posłużył się Zamawiający jest charakterystyczna raczej dla kar rozliczanych w okresach tygodniowych.

Mając na uwadze powyższe wnoszę i wywodzę jak na wstępie.

Załączniki:

- 1) pełnomocnictwo wraz z dowodem uiszczenia opłaty skarbowej;
- 2) odpis z KRS;
- 3) dowód uiszczenia opłaty od odwołania;
- 4) dowód wysłania odpisu odwołania do zamawiającego;