

Warszawa, dnia 28 kwietnia 2025 r.

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

Zamawiający:

Gmina Rawicz

ul. Marszałka Józefa Piłsudskiego 21,
63-900 Rawicz

NIP - 699-187-10-57, REGON - 411050729

tel.: (65) 616 49 80

e-mail: przetargi@rawicz.eu

adres strony internetowej prowadzonego
postępowania:

<https://platformazakupowa.pl/transakcja/1065847>

Odwołujący:

Wykonawcy wspólnie ubiegający się o
zamówienie:

1) AGROBEX sp. z o.o.

ul. Jana Kochanowskiego 7 60-845 Poznań

Numer KRS:0000075908

**2) AGROBEX BUDOWA sp. z o.o. z siedzibą
w Poznaniu**

ul. Jana Kochanowskiego 7 60-845 Poznań

Numer KRS:0000896448

*reprezentowani przez r.pr. Karola
Kamińskiego z Kancelarii Krynicki, Dajczer,
Kamiński, Heromiński Spółka Partnerska
Radców Prawnych z siedzibą w Warszawie
ul. Nowy Świat 35 lok. 8, 00-029 Warszawa
tel. 223803350, fax: 223803351*

e-mail : biuro@kdkh.pl

ODWOŁANIE

- I. Działając na podstawie art. 513 pkt 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (dalej „Pzp”), w imieniu wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie tj. Agrobex sp. z o.o. i Agrobex Budowa sp. z o.o. (zwanych dalej łącznie: „Odwołującym”) wnoszę odwołanie wobec warunków zamówienia ustalonych przez Zamawiającego, którym jest: Gmina Rawicz, dalej „Zamawiający” w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest Budowa budynków komunalnych przy ul. Targowej w Rawiczu wraz z wyposażeniem, zagospodarowaniem terenu oraz infrastrukturą towarzyszącą, nr ON.2710.6.2025, zw. dalej „Postępowaniem”.

II. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 16 kwietnia 2025 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem wydania: Dz.U. S: 75/2025 oraz publikacji: 249905-2025.

III. ZARZUTY

Odwołujący zarzuca Zamawiającemu, naruszenie następujących przepisów ustawy:

1. **art. 436 pkt 1) w zw. z art. 16 w zw. z art. 8 ust. 1 Pzp w zw. z art. 5 i art. 353¹ Kodeksu cywilnego** (dalej „kc”) poprzez określenie nierealnego, niemożliwego do dotrzymania, terminu realizacji zamówienia i określenie go w dacie sztywnej, co dodatkowo uniemożliwia wykonawcy oszacowanie ryzyka związanego z możliwością wykonania zamówienia we wskazanym terminie, a także uniemożliwia ocenę, ile faktycznie czasu na zrealizowanie umowy będzie miał wykonawca (Rozdział VII SWZ i §3 ust. 1 PPU);
2. **art. 99 Pzp w zw. z art. 436 pkt 1) w zw. z art. 16 w zw. z art. 8 ust. 1 Pzp w zw. z art. 5 i art. 353¹ kc** poprzez brak określenia terminu przekazania placu budowy, co dodatkowo przyczynia się do niemożliwości określenia przez wykonawcę czasu, jaki faktycznie będzie miał na zrealizowanie przedmiotu zamówienia (§ 5 ust. 5 PPU);
3. **art. 431 oraz art. 16 Pzp oraz art. 647 kc, w zw. z art. 627 kc, art. 642 i art. 642 kc, art. 654 kc, art. 5 kc, art. 353¹ kc, w zw. z art. 568 § 1 kc i art. 577 § 4 kc, w zw. z art. 8 ust. 1 Pzp** poprzez wprowadzenie do PPU postanowień uzależniających wypłatę całości wynagrodzenia Wykonawcy od dokonania odbioru bezusterkowego, tj. niezależnie od ich istotności oraz charakteru ewentualnych wad, co sprzeciwia się właściwości (naturze) umowy o roboty budowlane, naruszając równowagę stron, poprzez nadużycie prawa podmiotowego do samodzielnego kształtowania warunków umowy przez Zamawiającego (§ 13 ust. 2 PPU);
4. **art. 16 ustawy Pzp w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 5 i art. 353¹ kc w zw. z art. 473 § 1 kc w zw. z art. 483 kc oraz art. 471 kc** poprzez wprowadzenie do PPU odpowiedzialności wykonawcy za niedotrzymanie terminu realizacji zamówienia, który to termin od początku został określony jako termin nierealny, poprzez nałożenie wygórowanych kar umownych, co narusza równowagę stron umowy, wymuszając na wykonawcach konieczność uwzględnienia dodatkowych, niemożliwych do precyzyjnego skalkulowania, ryzyk w ramach ceny ofertowej (§10 ust. 1 pkt 1) lit. a) i b) PPU);
5. **art. 433 pkt 1) - 3) w zw. z art. 16 w zw. z art. 8 ust. 1 Pzp w zw. z art. 5 i art. 353¹ kc oraz art. 471 kc i art. 484 kc, a także art. 99 ust. 1 Pzp**, poprzez wprowadzenie do PPU odpowiedzialności wykonawcy za utratę przez Zamawiającego dofinansowania, przy czym nie zostały wskazane ani okoliczności, których zaistnienie doprowadzi do utraty przez Zamawiającego dofinansowania, ani nawet jego wysokość, co całkowicie uniemożliwia Wykonawcy skalkulowanie tego ryzyka w cenie oferty, a w konsekwencji narusza równowagę stron umowy, wymuszając na wykonawcach konieczność uwzględnienia dodatkowych, niemożliwego do skalkulowania, ryzyka w ramach ceny ofertowej (§ 10 ust. 2 PPU);

6. art. 99 ust. 1 w zw. z art. 16 w zw. z art. 8 ust. 1 Pzp w zw. z art. 5 i art. 353¹ kc poprzez wprowadzenie SWZ i do PPU, obowiązków wykonawcy, których zakres nie jest określony, a w konsekwencji możliwy do wyceny na etapie składania ofert, co dodatkowo sprzeciwia się właściwości (naturze) umowy o roboty budowlane, naruszając bezwzględnie obowiązujące przepisy prawa, równowagę stron, w warunkach nadużycia prawa podmiotowego do samodzielnego kształtowania warunków umowy przez Zamawiającego (§ 2 ust. 2 PPU) oraz (Rozdział III pkt 6 ppk 3) SWZ);
7. art. 439 ust. 1 i ust. 2 w zw. z art. 16 ust. 1 Pzp oraz art. 8 ust. 1 Pzp w zw. z art. 58 kc poprzez sformułowanie w ramach PPU klauzuli waloryzacyjnej, dotyczącej zmiany wysokości wynagrodzenia wykonawcy wbrew wymaganiom art. 439 ustawy Pzp, w sposób sprzeczny z celem tej regulacji, jakim jest przywrócenie ekonomicznej równowagi kontraktowej stron oraz w sposób stanowiący obejście tej regulacji (§ 15 ust. 1 pkt 1 lit. e) PPU).

IV. ŻĄDANIA

Odwołujący wnosi o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu dokonania modyfikacji dokumentów zamówienia (a także wprowadzenia ewentualnych innych zmian będących konsekwencją poniższych modyfikacji) poprzez:

1. nakazanie Zamawiającemu modyfikacji Rozdziału VII SWZ i §3 ust. 1 PPU poprzez wydłużenie terminu realizacji zamówienia do 18 miesięcy od dnia przekazania terenu budowy oraz wykreślenie dodatkowego terminu realizacji zamówienia określonego datą dzienną
2. nakazanie Zamawiającemu modyfikacji § 5 ust. 5 PPU poprzez wskazanie, iż przekazanie terenu budowy nastąpi w ciągu 7 dni od daty zawarcia umowy, tj. nadanie mu brzmienia:

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

3. nakazanie Zamawiającemu zmiany § 13 ust. 2 PPU poprzez wykreślenie postanowień przewidujących odbiór bezusterkowy
4. nakazanie Zamawiającemu zmiany § 10 ust. 1 pkt 1) PPU poprzez obniżenie kar umownych, w następujący sposób:

„Kary umowne będą naliczane w następujących wypadkach i wysokościach:

- 1) Wykonawca zapłaci Zamawiającemu kary umowne:
 - a) za zwłokę w wykonaniu określonych w umowie robót w wysokości ~~10 000,00 zł~~ **1 000,00 zł** za każdy dzień zwłoki,
 - b) za zwłokę w usunięciu wad stwierdzonych przy odbiorze lub w okresie gwarancji jakości i rękojmi za wady - w wysokości ~~10 000,00 zł~~ **200,00 zł** za każdy dzień zwłoki liczonej od dnia wyznaczonego na usunięcie wad,

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

6. nakazanie Zamawiającemu zmiany treści PPU poprzez wykreślenie § 2 ust. 2 Projektu Umowy oraz pkt 6 ppk 3) z Rozdziału III SWZ ewentualnie przekazanie listy niezbędnych formalności.
7. nakazanie Zamawiającemu modyfikacji § 15 ust. 1 pkt e) tiret pierwszy poprzez zmianę ilości miesięcy od daty złożenia oferty w postępowaniu, na 6 miesięcy oraz zmniejszenia dolnego limitu zmiany cen do 2 punktów procentowych, tj. nadanie mu brzmienia:
„wynagrodzenie będzie podlegało waloryzacji po upływie ~~40~~ 6 miesięcy od dnia złożenia przez Wykonawcę oferty w postępowaniu, gdy różnica pomiędzy wskaźnikiem miesięcznym inflacji publikowanym na miesiąc ~~badania~~ złożenia oferty, a wskaźnikiem miesięcznym inflacji publikowanym na moment składania wniosku przekroczy ~~12,00~~ 2,00 punktów procentowych”.

V. ZACHOWANIE TERMINU I WYMOGÓW FORMALNYCH

1. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 16 kwietnia 2025 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej. Dzień 26 kwietnia 2025 r. przypadł w sobotę. Tym samym, odwołanie wniesione w dniu 28 kwietnia 2025 r. jest odwołaniem wniesionym z zachowaniem ustawowego terminu na jego wniesienie.
2. Odwołujący uiszczył wpis od odwołania w wymaganej wysokości, a Zamawiający otrzymał kopię odwołania.

VI. INTERES I SZKODA

Odwołujący ma interes we wniesieniu odwołania. W wyniku naruszenia przez Zamawiającego ww. przepisów Ustawy, interes Odwołującego w uzyskaniu zamówienia doznał uszczerbku, gdyż objęte odwołaniem czynności Zamawiającego, tj. ukształtowane przez Zamawiającego postanowienia SWZ w zakresie terminu realizacji zamówienia i warunki przyszłej umowy uniemożliwiają Odwołującemu ubieganie się o udzielenie zamówienia, a tym samym wybór jego oferty i uzyskanie przedmiotowego zamówienia może okazać się niemożliwy. Wskazujemy, iż uwzględnienie odwołania umożliwi Odwołującemu złożenie oferty z realną szansą na uzyskanie zamówienia. Wskazujemy nadto, iż objęte odwołaniem czynności Zamawiającego prowadzą do możliwości poniesienia szkody przez Odwołującego - polegającej na uniemożliwieniu Odwołującemu złożenia oferty i ubiegania się o zamówienie i uzyskania zamówienia. Odwołujący ma interes we wniesieniu odwołania, gdyż sprzeczna z ustawą ww. czynność Zamawiającego w sposób negatywny oddziałuje na możliwości udziału Odwołującego w postępowaniu.

UZASADNIENIE

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

1. Zgodnie z Rozdziałem VII Termin wykonania zamówienia, Zamawiający określił termin wykonania zamówienia w następujący sposób:
„Termin wykonania zamówienia: 12 miesięcy od dnia zawarcia umowy (jednak nie później niż do 22 czerwca 2026 r.)”
2. Analogiczne postanowienie znajduje się w §3 PPU ust. 1:

„Termin wykonania przedmiotu umowy: 12 miesięcy od dnia zawarcia umowy, tj. do dnia roku (jednak nie później niż do 22 czerwca 2026 r.).”

3. W pierwszej kolejności termin realizacji zamówienia został *de facto* określony jako konkretna data, co jest wprost sprzeczne z art. 436 ust. 1 Pzp. Biorąc bowiem pod uwagę termin składania ofert, który upływa w dniu 19 maja 2025r. oraz termin związania ofertą, który upływa w dniu 16 sierpnia 2025r., to szanse na to, żeby zamówienie, realizowane przez 12 miesięcy, skończyło się przed 22 czerwca 2026r. są znikome. Powyższe powoduje, że nawet i tak niewystarczający, bo jedynie 12 miesięczny termin wykonania zamówienia zostanie faktycznie skrócony. Przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego o takim zakresie, biorąc pod uwagę terminy na środki ochrony prawnej, w ciągu jednego miesiąca, jest bowiem nierealne. Zamawiający nie uzasadnił ponadto, dlaczego określając termin wykonania zamówienia użył daty dziennej, co jest również sprzeczne z art. 436 ust. 1 Pzp.
4. Niezależnie od powyższego, 12 miesięczny termin realizacji zamówienia jest nierealny do dotrzymania.
5. Przedmiotem zamówienia są roboty budowlane polegające na budowie budynków komunalnych przy ul. Targowej w Rawiczu wraz z wyposażeniem, zagospodarowaniem terenu oraz infrastrukturą towarzyszącą realizowane w ramach zadania budżetowego pn.: „Budowa budynków komunalnych przy ul. Targowej w Rawiczu”. Przedmiot zamówienia obejmuje: wykonanie robót budowlanych obejmujących:
 - a) Budowę czterech budynków mieszkalnych wielorodzinnych, w tym przede wszystkim: robót ziemnych, robót budowlanych, robót instalacyjnych, montażowych
 - b) Zagospodarowanie terenu wraz instalacjami i sieciami, utwardzeniami i terenami zielonymi oraz całą infrastrukturą towarzyszącą,
 - c) zakup, dostawę i montaż wyposażenia obiektu,
 - d) wykonanie innych prac niezbędnych do prawidłowego wykonania przedmiotu zamówienia.
6. Biorąc pod uwagę zakres czynności niezbędnych do wykonania zamówienia, w ocenie Odwołującego termin, ustalony przez Zamawiającego, jest za krótki o co najmniej 6 miesięcy.
7. Szacunkowy czas realizacji zamówienia został przedstawiony w Harmonogramie stanowiącym załącznik do odwołania. Harmonogram przedstawia czas niezbędny do wykonania poszczególnych robót wraz z kolejnością ich wykonania wynikająca z uwarunkowań technologicznych. W harmonogramie zaznaczone zostały również minimalne możliwe terminy wykonania poszczególnych robót, jednak realizacji całości zamówienia nie można, zdaniem Odwołującego, wykonać w terminie krótszym niż 18 miesięcy. Z doświadczenia Odwołującego wynika bowiem, iż nie ma możliwości skrócenia ww. robót, tak aby zrealizować je w terminie 12 miesięcznym lub krótszym.

8. Dodatkowo, Odwołujący wskazuje, iż zamówienie o mniejszym zakresie (zamówienie nie obejmowało rozbiórek), gdzie Zamawiającym było Gminne Towarzystwo Budownictwa Społecznego Sp. z o.o. w Lesznie, którego przedmiotem była Budowa kompleksu 5 budynków mieszkalnych wielorodzinnych na wynajem przy ul. Jana długosza w Lesznie, Numer referencyjny: PIB/K2/1/2023, przewidywało termin realizacji - 15 miesięcy.

9. **Żądanie nr 1:**

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

VIII. Brak określenia terminu przekazania placu budowy (§ 5 ust. 5 PPU)

1. Zamawiający nie wskazał w PPU jaki będzie termin przekazania placu budowy, określając jedynie, iż:

„5. Zamawiający przekaze protokolarnie teren objęty zamówieniem w terminie uzgodnionym z Wykonawcą.”

2. W kontekście tak krótkiego terminu realizacji umowy, brak określenia terminu przekazania placu budowy stanowi dla wykonawcy dodatkowe ryzyko niedotrzymania terminu końcowego realizacji zamówienia.

3. **Żądanie nr 2:**

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

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

IX. Wprowadzenie do PPU postanowień przewidujących odbiór bezusterkowy (§ 13 ust. 2 PPU)

1. Zgodnie z § 13 ust. 2 PPU Zamawiający przewidział:

„2. Podstawę do rozliczenia za cały przedmiot umowy stanowić będzie protokół końcowy odbioru robót (bez uwag) podpisany przez inżyniera kontraktu i kierownika budowy, przedstawiciela Zamawiającego oraz Wykonawcy.”

2. Przytoczone postanowienia projektu umowy, w celu dokonania rozliczenia za cały przedmiot zamówienia, przewidują konieczność podpisania protokołu bez uwag. Zamawiający przewidział zatem w umowie tzw. odbiór bezusterkowy, zakazany w orzecznictwie sądowym, orzecznictwie KIO oraz doktrynie jako sprzeczny z powszechnie obowiązującymi przepisami prawa (w szczególności Kodeksem cywilnym dalej „kc”) oraz naturą umowy o roboty budowlane, czy umowy o dzieło.

3. Zgodnie z treścią art. 627 kc, przez umowę o dzieło przyjmujący zamówienie zobowiązuje się do wykonania oznaczonego dzieła, a zamawiający do zapłaty wynagrodzenia. Art. 642 kc w §1 stanowi, iż w braku odmiennej umowy

przyjmującemu zamówienie należy się wynagrodzenie w chwili oddania dzieła, art. 643 kc - Zamawiający obowiązany jest odebrać dzieło, które przyjmujący zamówienie wydaje mu zgodnie ze swym zobowiązaniem. Natomiast, zgodnie z art. 647 kc, przez umowę o roboty budowlane wykonawca zobowiązuje się do oddania przewidzianego w umowie obiektu, wykonanego zgodnie z projektem i z zasadami wiedzy technicznej, a inwestor zobowiązuje się do dokonania wymaganych przez właściwe przepisy czynności związanych z przygotowaniem robót, w szczególności do przekazania terenu budowy i dostarczenia projektu, oraz do odebrania obiektu i zapłaty umówionego wynagrodzenia.

4. Na gruncie powyższych przepisów, w świetle ugruntowanej linii orzeczniczej, przyjmuje się, że Zamawiający ma obowiązek odebrania dzieła i dokonania zapłaty pomimo istnienia wad nieistotnych. Przyjęcie odmiennego stanowiska powodowałoby brak możliwości odbioru i zapłaty wynagrodzenia z powodu istnienia, w chwili oddania przedmiotu zamówienia, jakiegokolwiek, nawet najmniejszej, wady. W konsekwencji, brak odbioru pociągałby za sobą konieczność naliczenia kar umownych za niedotrzymanie terminu realizacji umowy. Jak wynika jednak z doświadczenia, dokonanie odbioru bezusterkowego, zwłaszcza przy skomplikowanych przedmiotach umowy o roboty budowlane, jest rzadko spotykane.
5. W tym kontekście podkreślenia wymaga, że zgodnie z ugruntowaną linią orzecniczą postanowienia umowy dopuszczające możliwość odmowy dokonania odbioru końcowego w przypadku istnienia jakichkolwiek wad lub mające podobne skutki są nieważne. Potwierdza przykładowo to treść wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 4 maja 2022 r., KIO 1041/22, w którym Krajowa Izba Odwoławcza powołując się na orzecznictwo Sądu Najwyższego i doktrynę wskazała: „[j]ak wskazuje się w doktrynie: Z orzecnictwa SN (por. wyr. SN z 21 kwietnia 2017 r. (I CSK 333/16, Legalis; wyr. SN z 7 marca 2013 r., II CSK 476/12, Legalis oraz wyr. SN z 22 czerwca 2007 r., V CSK 99/07, OSP 2009, Nr 1, poz. 7) wynika, że umawianie się na tzw. odbiór bezusterkowy, czyli uzależnianie odebrania obiektu od braku jakichkolwiek wad, jest uznawane przez SN za sprzeczne z właściwością (naturą) zobowiązania wynikającego z umowy o roboty budowlane i naruszające równowagę między inwestorem a wykonawcą, pozostawiając tego ostatniego w niepewności odnośnie do należnego wynagrodzenia oraz zwrotu poniesionych wydatków. Przyjęcie takiego poglądu oznacza, że postanowienia umów o roboty budowlane przewidujące, że odebranie obiektu może nastąpić tylko w przypadku braku jakichkolwiek wad, są nieważne bezwzględnie jako wykraczające poza swobodę umów wyznaczoną właściwością (naturą) zobowiązania (art. 353¹ k.c. w zw. z art. 647 k.c.)”.
6. Analogiczny pogląd wyraziła Izba w wyroku z dnia 29.02.2024r. KIO 408/24 „Zgodnie z art. 647 kodeksu cywilnego 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 orzecznictwie Sądu Najwyższego ukształtowała się jednolita linia orzecznicza, 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. Linie tę prezentują następujące wyroki Sądu Najwyższego: wyrok Sadu Najwyższego - Izba Cywilna z dnia 22 czerwca 2007 r. V CSK 99/07; wyrok Sadu Najwyższego - Izba Cywilna z dnia 7 kwietnia 1998 r. II CKN 673/97; wyrok z dnia 5 marca 1997 r., II CKN 28/97 (OSNIC 1997 Nr 6 - 7, poz. 90); wyrok Sadu Najwyższego - Izba Cywilna z dnia 7 marca 2013r. II CSK 476/12. Takie stanowisko potwierdza również orzecznictwo przywołane w odwołaniu.”

7. W przypadku więc, w którym wykonawca wykonał swoje zobowiązanie, a stwierdzone wady lub braki mają wyłącznie charakter nieistotnych, Zamawiający obowiązany jest dokonać odbioru robót i wypłacić wykonawcy wynagrodzenie, z czym związany jest obowiązek zwrotu części zabezpieczenia należytego wykonania umowy oraz rozpoczęcie biegu terminu gwarancji i rękojmi. Przepisy w tym zakresie mają charakter bezwzględnie obowiązujący. Warto w tym zakresie przytoczyć przykładowe orzecznictwo:
 - a. *„W odniesieniu do § 6 ust. 13 wzoru umowy, skład orzekający uznał je za nieprawidłowe w zakresie określenia rozpoczęcia biegu terminu na zwrot wykonawcy zabezpieczenia należytego wykonania umowy od protokolarnego potwierdzenia usunięcia wad stwierdzonych przy odbiorze końcowym. Termin ten powinien rozpocząć bieg od podpisania przez strony protokołu odbioru końcowego i przekazania przedmiotu umowy do użytkowania. Izba w całości zgadza się z trafną argumentacją odwołującego wyrażoną w odwołaniu. Omawiane postanowienie umowne jest w szczególności sprzeczne z art. 453 § 2 p.z.p. obligującym zamawiającego do pozostawienia należytego zabezpieczenia umowy na zabezpieczenie roszczeń z tytułu rękojmi za wady lub gwarancji w kwocie nie przekraczającej 30%. Na kanwie zaskarżonego postanowienia umownego może dojść do sytuacji, w której - pomimo odebrania obiektu i powstania uprawnień z tytułu rękojmi i gwarancji (§ 8 ust. 1 wzoru umowy) - wykonawca dalej musi utrzymywać zabezpieczenia należytego wykonania w pełnej kwocie, więc postawiony zarzut zasługuje na uwzględnienie.”*

(Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 24.07.2023 r., sygn. akt KIO 1893/23, KIO 1915/23);

- b. „Przez wykonanie - oddanie dzieła (odpowiednio robót budowlanych) rozumieć należy taką sytuację, gdy roboty zostały wykonane zgodnie z zakresem przedmiotowym umowy, na co nie ma wpływu ewentualne posiadania przez dzieło lub wykonane roboty budowlane, nieistotnych wad, usterek i niedoróbek. Nawet ujawnienie wad robót budowlanych nie zwalnia inwestora od obowiązku dokonania odbioru robót (wynika on z art. 647 KC), z tą bowiem chwilą nabywa on uprawnienia z tytułu rękojmi przewidziane w art. 637 KC i art. 638 KC. Możliwość odstąpienia od umowy przewidziana jest jedynie wtedy, kiedy dzieło (roboty budowlane) posiada wady istotne. Zgłaszane zarzuty odnoszące się do wad nieistotnych, nie stanowią podstawy, ani do odmowy sporządzenia protokołu końcowego odbioru robót powierzonych stronie powodowej, ani też do odstąpienia od umowy. Ewentualnie mogłyby rodzić, o ile byłyby zasadne roszczenia z rękojmi i gwarancji.” (Wyrok SA we Wrocławiu z 18.10.2012 r. I ACa 1046/12);
- c. „Z kolei w § 9 ust. 5 pkt. 1) Umowy zamawiający uzależnił zapłatę faktury końcowej wynoszącej min 10% wartości umownej od m.in. usunięcia stwierdzonych wad i / lub usterek odbiorowych. Z postanowienia tego nie wynikało jednak aby wady i usterek, o których mowa w tym zapisie, ograniczały się jedynie do istotnych Zamawiający przyznał w trakcie rozprawy że zapis ten jest nieprecyzyjny i budzi wątpliwości co do tego. czy uprawnia on go do odmowy zapłaty tzw. wynagrodzenia resztkowego w razie stwierdzenia także wad nieistotnych, co nie było jego intencją. W ocenie Izby przedmiotem jej oceny nie mogły być jednak niewyrażone w projekcie umowy intencje zamawiającego, lecz treść tej umowy, której odwołujący zarzucił niezgodność z przywołanymi przez siebie przepisami. Zgodnie z art. 647 KC do obowiązków inwestora (w tym przypadku zamawiającego) należy dokonanie odbioru obiektu i zapłaty umówionego wynagrodzenia. W przepisie tym nie ma natomiast mowy o „bezusterkowym odbiorze”. Stan wykonania robót ma miejsce również w takiej sytuacji, gdy wykonane roboty mają nieistotne wady, czy niedoróbki.” (Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 21.06.2024 r., sygn. akr KIO 1840/24).

8. Z powyższych względów, przytoczone powyżej postanowienie PPU należy uznać również za wykraczające poza granice swobody kontraktowania oraz sprzeczne z zasadą równowagi stron oraz zasadami współżycia społecznego, a tym samym za naruszające zasady prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

9. **Żądanie nr 3:**

Odwołujący wnosi o nakazanie Zamawiającemu zmiany § 13 ust. 2 PPU poprzez wykreślenie postanowień przewidujących odbiór bezusterkowy.

X. **Kary umowne (§ 10 ust. 1 pkt 1) lit. a) i b) PPU)**

1. Zamawiający przewidział, iż kary umowne będą naliczane w następujących wypadkach i wysokościach:
„Wykonawca zapłaci Zamawiającemu kary umowne:
 - a) *za zwłokę w wykonaniu określonych w umowie robót w wysokości 10 000,00 zł za każdy dzień zwłoki,*
 - b) *za zwłokę w usunięciu wad stwierdzonych przy odbiorze lub w okresie gwarancji jakości i rękojmi za wady - w wysokości 10 000,00 zł za każdy dzień zwłoki liczonej od dnia wyznaczonego na usunięcie wad,”*
2. Pomimo, iż Zamawiający określił nierealny termin realizacji zamówienia, a także przewidział odbiór bezusterkowy, to dodatkowo planuje nałożyć na wykonawcę bardzo wygórowane kary za niedotrzymanie terminów wykonania robót i usunięcia wad.
3. W pierwszej kolejności wskazać należy, iż *„Przy formułowaniu postanowień dotyczących kar umownych w zamówieniach publicznych niezwykle istotne jest wyważenie interesów obu stron stosunku zobowiązaniowego wynikających z przyszłej umowy. Zamawiający posiada uzasadniony interes, którego celem jest zagwarantowanie należytej realizacji zamówienia publicznego i dbałość o finanse publiczne, z drugiej strony nie można zapominać o interesie przedsiębiorców, ubiegających się o udzielenie zamówienia. Działania zamawiającego nie mogą prowadzić do przerzucenia na wykonawców zbyt dużych ryzyk i odpowiedzialności za zdarzenia, na które nie mają oni wpływu”* tak: wyrok KIO z dnia 27.08.2019 r. (KIO 1585/19). Powyższe oznacza, iż formułowanie kar umownych nie może zniechęcać wykonawców do złożenia ofert w postępowaniu.
4. Oceniając projektowane przez Zamawiającego kary umowne stwierdzić należy, że ich wysokość, jak również zasady ich naliczania mają charakter rażąco wygórowany. Zgodnie z wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 28 grudnia 2018 r., sygn. akt KIO 2574/18 *„należy podkreślić, że wysokość kary pieniężnej (...) nie może prowadzić do rażąco wygórowanej odpowiedzialności kontraktowej wykonawcy. W przeciwnym razie kara zmienia swój charakter odszkodowawczy i może doprowadzić do wypaczenia celu odpłatnej umowy. (...) Kara umowna powinna mieć wysokość, która będzie odczuwalna w stopniu dyscyplinującym stronę umowy, ale nie w stopniu prowadzącym do rażącego wzbogacenia jednej strony kosztem drugiej, a wręcz czyniącym niecelowym jej wykonywanie.”*
5. W tym kontekście szczególnie rażąco wysoka wydaje się być kara w za niedotrzymanie terminu realizacji zamówienia jak również zwłokę w usunięciu wad stwierdzonych przy odbiorze lub w okresie gwarancji jakości i rękojmi za wady w wysokości 10 000, 00 zł za każdy dzień zwłoki liczonej od dnia wyznaczonego na usunięcie wad. Tak wysoka kara prawie zawsze będzie w znacznym stopniu przekraczała wysokość ewentualnej szkody poniesionej przez Zamawiającego.
6. **Żądanie nr 4:**

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

"Kary umowne będą naliczane w następujących wypadkach i wysokościach:

- 1) Wykonawca zapłaci Zamawiającemu kary umowne:
 - a) za zwłokę w wykonaniu określonych w umowie robót w wysokości ~~10 000,00 zł~~ **1 000,00 zł** za każdy dzień zwłoki,
 - b) za zwłokę w usunięciu wad stwierdzonych przy odbiorze lub w okresie gwarancji jakości i rękojmi za wady - w wysokości ~~10 000,00 zł~~ **200,00 zł** za każdy dzień zwłoki liczonej od dnia wyznaczonego na usunięcie wad,

XI. Odszkodowanie za utratę dofinansowania (§ 10 ust. 2 PPU)

1. Zamawiający przewidział odszkodowanie za utratę lub obniżenie dofinansowania, wpisując do PPU postanowienie następującej treści:

„2. Jeżeli na skutek działania lub zaniechania Wykonawcy, Zamawiający poniesie szkodę w postaci utraty bądź obniżenia dofinansowania, Wykonawca zobowiązany jest do zapłaty odszkodowania w wysokości utraconej bądź obniżonej kwoty dofinansowania.”

2. Przywołane postanowienie wprost narusza zasadę równowagi stron umowy i zasadę współzycia społecznego. Nie wynika z niego bowiem ani jaka jest wysokość dofinansowania otrzymanego przez Zamawiającego, ani jakie są okoliczności jego utraty, co powoduje, iż Wykonawca nie jest w stanie ocenić i w kalkulować w cenę oferty ryzyka związanego z naliczeniem ewentualnego odszkodowania.
3. Powyższe postanowienia jest nie tylko niezgodne z art. 99 Pzp, art. 433 pkt 1), 2) oraz 3) Pzp oraz art. 471 kc, ale także w sposób nieuzasadniony nakłada na wykonawcę ryzyko niemożliwe do wyceny i uwzględnienia w ramach oferty. W ocenie Odwołującego takie postanowienie w sposób nieproporcjonalny nadużywa pozycji Zamawiającego jako podmiotu kształtującego postanowienia umowy w ramach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

4. Żądanie nr 5:

Odwołujący wnosi o nakazanie Zamawiającemu wykreślenia § 10 ust. 2 PPU.

XII. Przerzucenie odpowiedzialności na wykonawcę, za niekompletny opis przedmiotu zamówienia (§ 2 ust. 2 PPU) oraz (Rozdział III pkt 6 ppk 3) SWZ);.

1. Zgodnie z § 2 ust. 2 PPU, Zamawiający określił:

„Ustalona wysokość wynagrodzenia ryczałtowego jest ostateczna, niezależna od rozmiaru wykonanych robót budowlanych i innych świadczeń oraz ponoszonych przez Wykonawcę kosztów ich realizacji. Wynagrodzenie zawiera wszelkie koszty niezbędne do zrealizowania zamówienia wynikające wprost z dokumentacji projektowej wraz z załącznikami, specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót budowlanych, jak również w nich nie ujęte, a bez których nie można wykonać przedmiotu umowy.”

2. Zgodnie z Rozdziałem III pkt 6 ppk 3) SWZ) Zamawiający nałożył na wykonawców następujący obowiązek:

„Wykonawca przy realizacji robót, w ramach zaoferowanej ceny ofertowej zobowiązany będzie również do:

(...)

załatwienia wszelkich formalności w imieniu Zamawiającego wynikających z wydanych decyzji, uzgodnień niezbędnych do prawidłowego wykonania zadania,”

3. Zgodnie z art. 99 ust. 1 ustawy Pzp przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. W przypadku robót budowlanych przedmiot zamówienia opisuje się przez dokumentację projektową oraz STWIOR.
4. To Zamawiający ponosi więc odpowiedzialność za należyte tj. wyczerpujące oraz jednoznaczne opisanie przedmiotu umowy (zamówienia). W powyższym zakresie Zamawiający dąży do przerzucenia na wykonawcę odpowiedzialności za niewyczerpujący lub niejednoznaczny opis przedmiotu zamówienia. Za roboty nieprzewidziane w dokumentacji projektowej wykonawcy należy się dodatkowe wynagrodzenie. Brak wynagrodzenia prowadziłby bowiem do bezpodstawnego wzbogacenia się przez Zamawiającego.

5. **Żądanie nr 6:**

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

XIII. Waloryzacja (§ 15 ust. 1 pkt e) tiret pierwszy)

1. W ramach § 15 ust. 1 pkt e) PPU Zamawiający sformułował klauzulę waloryzacyjną, dotyczącą zmiany wysokości wynagrodzenia wykonawcy w sytuacji zmiany cen materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia wbrew wymaganiom art. 439 ustawy Pzp.

„e) zmian wysokości wynagrodzenia należnego wykonawcy, w przypadku zmiany ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia (waloryzacja). W sytuacji waloryzacji wynagrodzenia Wykonawcy, wynagrodzenie podwykonawcy podlega waloryzacji, jeżeli w zakresie umowy podwykonawczej również doszło do zmiany ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia, na zasadach, o których mowa w art. 439 ust. 5 ustawy Pzp. Zamawiający określa, że:

- *wynagrodzenie będzie podlegało waloryzacji po upływie 10 miesięcy od dnia złożenia przez Wykonawcę oferty w postępowaniu, gdy różnica pomiędzy wskaźnikiem miesięcznym inflacji publikowanym na miesiąc badania oferty, a wskaźnikiem miesięcznym inflacji publikowanym na moment składania wniosku przekroczy 12,00 punktów procentowych,”*

2. Przywołane postanowienia czynią obowiązkową waloryzację narzędziem iluzorycznym i nie odpowiadają realiom rynkowym. Dotyczy to w szczególności 12 punktowej wartości granicznej oraz 10 miesięcznego terminu od daty złożenia oferty, przy czym dodatkowo Zamawiający przewidział, iż zamierza badać wskaźnik inflacji również na miesiąc badania oferty, co tym bardziej powoduje iluzoryczność waloryzacji.
3. Zgodnie z art. 439 PZP w myśl założeń ustawodawcy wynagrodzenia wykonawców mają być urealnione w stosunku do zmieniających się warunków rynkowych realizacji zamówień z użyciem obowiązkowych klauzul waloryzacyjnych. Przyjęcie 12 punktowej wartości granicznej, w około 12 miesięcznym okresie realizacji umowy oznacza, iż ewentualny wzrost cen materiałów niemalże w całości obciąży wykonawcę i uniemożliwi przeprowadzenie rzetelnej waloryzacji w związku ze zmianą cen materiałów budowlanych.
4. Odwołujący wskazuje, że zapis ten wypacza całkowicie ideę waloryzacji wynagrodzenia umownego. Podkreślenia wymaga, iż waloryzacja nie jest wymierzona przeciwko Zamawiającemu, a wręcz przeciwnie - leży w jego interesie. W przypadku jej faktycznego braku (jak w niniejszym postępowaniu) każdy z Wykonawców składających ofertę będzie zmuszony wliczyć w cenę wszelkie ryzyka związane ze wzrostem swoich kosztów - zatem Zamawiający poniesie te ryzyka, niezależnie od tego, czy i w jakim stopniu one wystąpią.
5. *„Zmiana ma na celu przywrócenie równowagi ekonomicznej między stronami umowy, która może zostać zachwiana przez różnego rodzaju zdarzenia, mogące wystąpić nawet przy stabilnie funkcjonującym systemie gospodarczym, a co podyktowane jest zawieraniem kilkuletnich kontraktów. Jak trafnie wskazuje się w doktrynie, stosowanie klauzul waloryzacyjnych w umowie w sprawie zamówienia publicznego pozwala na zachowanie równowagi ekonomicznej stron umowy w stosunku do stanu na dzień złożenia oferty przez wykonawcę, minimalizując ryzyko pokrzywdzenia obu stron umowy na skutek zmiany siły nabywczej pieniądza w okresie realizacji zamówienia. Klauzule te zapewniają bowiem konieczną elastyczność w kształtowaniu kosztów związanych z realizacją zamówienia w dłuższym okresie, umożliwiając jednocześnie bieżące dostosowanie stosunku zobowiązaniowego łączącego zamawiającego z wykonawcą do zmiany okoliczności. Obligatoryjne stosowanie klauzul waloryzacyjnych w umowach zawieranych na okres dłuższy niż 12 miesięcy zdejmując z wykonawcy ciężar zadeklarowania w ofercie niezmienną cenę, co prowadziło do jednostronnego obciążenia wykonawcy ryzykiem późniejszej zmiany stosunków gospodarczych. Waloryzacja wynagrodzenia wykonawcy jest również korzystna dla zamawiających, gdyż umożliwia ponoszenie przez nich rzeczywistych kosztów wykonania zamówienia, bez wliczania ryzyka ich wzrostu już w cenę oferty. Wreszcie wskazuje się, że stosowanie klauzul waloryzacyjnych zapobiega również powstawaniu sytuacji, kiedy wykonanie zamówienia przestaje być opłacalne, a tym samym sprzyja trwałości stosunku umownego, co niewątpliwie jest korzystne dla obu stron umowy [por. M. Jaworska, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, komentarz do art. 439, Warszawa 2021 oraz A. Matusiak, Waloryzacja umów, Zamówienia Publiczne. Doradca. 2021, nr 9].”* Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 2024-01-29, KIO 99/24.

6. Żądanie nr 7:

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

„wynagrodzenie będzie podlegało waloryzacji po upływie ~~10~~ 6 miesięcy od dnia złożenia przez Wykonawcę oferty w postępowaniu, gdy różnica pomiędzy wskaźnikiem miesięcznym inflacji publikowanym na miesiąc ~~badania~~ złożenia oferty, a wskaźnikiem miesięcznym inflacji publikowanym na moment składania wniosku przekroczy ~~12,00~~ 2,00 punktów procentowych,”.

XIV. Mając na uwadze powyższe odwołanie jest zasadne i konieczne i wnoszę o jego uwzględnienie.

Załączniki:

1. Harmonogram realizacji zamówienia;
2. Pełnomocnictwa;
3. KRS Agrobex i KRS Agrobex Budowa;
4. Dowód uiszczenia wpisu od odwołania;
5. Potwierdzenie uiszczenia opłaty skarbowej od pełnomocnictw;
6. Dowód przestania kopii odwołania Zamawiającemu.