



Warszawa, dnia 27 stycznia 2019 r.

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

**Zamawiający:** **Województwo Mazowieckie -  
Mazowiecki Zarząd Dróg Wojewódzkich  
w Warszawie**  
ul. Mazowiecka 14  
00-048 Warszawa  
e-mail: [przetargi@mzdw.pl](mailto:przetargi@mzdw.pl)  
platforma do komunikacji:  
<https://platformazakupowa.pl/pn/mzdw>

**Odwołujący:** **Budimex S.A.**  
ul. Siedmiogrodzka 9, 01-204 Warszawa  
zastępowany przez:  
Cezarego Soję  
*adres do doręczeń:*  
BUDIMEX S.A.  
ul. Siedmiogrodzka 9, 01-204 Warszawa  
e-mail: [oferty@budimex.pl](mailto:oferty@budimex.pl)

**Dotyczy:** postępowania prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego pn. „*Budowa zachodniej obwodnicy Grodziska Mazowieckiego w ciągu drogi DW nr 579 odcinek od km 2+209,60 do km 9+560,51*” – przewidziane do dofinansowania ze środków EFRR w ramach RPO WM na lata 2014-2020”” (Numer referencyjny: 003/20, dalej jako „**Postępowanie**”)

Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 17 stycznia 2020 r. pod nr 2020/S 012-022953.

## ODWOŁANIE

Działając w imieniu Budimex S.A. z siedzibą w Warszawie (dalej jako „**Odwołujący**”) na podstawie art. 180 ust. 1 w zw. z art. 179 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (dalej jako „**ustawa Pzp**”), niniejszym wnoszę odwołanie od czynności Zamawiającego polegającej na ustaleniu treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia dotyczącej Postępowania (dalej jako: „**SIWZ**”), w sposób naruszający przepisy ustawy Pzp.



**Niniejszym Odwołujący zarzuca Zamawiającemu naruszenie w szczególności następujących przepisów:**

**1) art. 139 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 5 i 353(1) kodeksu cywilnego w zw. z art. 647 kodeksu cywilnego w zw. z art. 151 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp** poprzez przyznanie Zamawiającemu w ramach Ogólnych warunków umowy na wykonanie robót budowlanych (Cześć V SIWZ, dalej także jako „OW”) uprawnienia do:

- a) zwrotu I (pierwszej) części zabezpieczenia należytego wykonania umowy (70%) oraz uzależnienie zwolnienia zabezpieczenia należytego wykonania umowy od akceptacji protokołu z końcowego odbioru realizacji przedmiotu (umowy) **bez wad - pkt 2.11 oraz pkt 17.20 OW;**
- b) potwierdzenia wykonania Kamienia milowego nr 3 (100% wartości robót w terminie nie dłuższym niż termin końcowego odbioru robót) od zaakceptowania przez Zamawiającego **bez wad** protokołem końcowego odbioru robót - **pkt 12.3 OW,**
- c) wypłaty pozostałych (ostatnich) **5%** wynagrodzenia ryczałtowego brutto po podpisaniu protokołu końcowego realizacji przedmiotu umowy w następstwie całkowitego zakończenia **bez wad** wszystkich prac składających się na przedmiot umowy – **pkt 18.7 w zw. pkt 17.17 OW,**

nawet jeśli charakter tych wad jest nieistotny, co godzi w istotę i naturę umowy o roboty budowlane, narusza bezwzględnie obowiązujące przepisy prawa oraz stanowi nadużycie przez Zamawiającego swojej pozycji dominującej prowadząc do naruszenia praw podmiotowych wykonawców;

**2) art. 139 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 353(1) kodeksu cywilnego w zw. z art. 5 kodeksu cywilnego w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp** poprzez wprowadzenie w ramach Ogólnych warunków umowy na wykonanie robót budowlanych postanowienia pkt 15.1 i 15.2, które umożliwiają Zamawiającemu Nielimitowane zmiany terminu realizacji umowy bez jednoczesnego pokrywania przez Zamawiającego kosztów pośrednich powstałych z tego tytułu po stronie wykonawcy, co powoduje obciążenie Wykonawcy ryzykiem niemożliwym do skalkulowania, generując ryzyko nieporównywalności złożonych ofert i stanowi nadużycie przez Zamawiającego swojej pozycji dominującej.

**W związku z powyższymi zarzutami Odwołujący wnosi o:**

- 1) uwzględnienie odwołania,
- 2) nakazanie Zamawiającemu dokonania zmiany treści SIWZ w sposób wskazany w uzasadnieniu niniejszego odwołania.

**Interes i szkoda:**

W wyniku naruszenia przez Zamawiającego wskazanych przepisów ustawy Pzp interes Odwołującego w uzyskaniu zamówienia doznał uszczerbku, ponieważ Odwołujący jest wykonawcą zainteresowanym pozyskaniem przedmiotowego zamówienia i może ponieść szkodę na skutek naruszeń, których dopuścił się Zamawiający. Szkoda ta polega na wyłączeniu możliwości pozyskania zamówienia, a w



konsekwencji osiągnięcia zysku w związku z jego realizacją. Powyższe dowodzi naruszenia interesu w uzyskaniu zamówienia, co czyni zadość wymaganiom określonym w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp do wniesienia niniejszego odwołania.

#### **Zachowanie terminu i wymogów formalnych:**

Odwołanie zostało wniesione z zachowaniem ustawowego terminu, gdyż ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 17 stycznia 2020 r. Tego samego dnia na platformie zakupowej dedykowanej dla komunikacji w przedmiotowym Postępowaniu opublikowana została Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia wraz z załącznikami. Biorąc pod uwagę powyższe, 10-dniowy termin na wniesienie odwołania, o którym mowa w art. 182 ust. 2 ustawy Pzp, został zachowany.

Odwołujący uścił wpis od niniejszego odwołania w wymaganej wysokości oraz przekazał kopię niniejszego odwołania wraz z załącznikami Zamawiającemu.

### **UZASADNIENIE**

#### **I. Uwagi ogólne**

1. Biorąc pod uwagę fakt, że formułowane w ramach niniejszego Odwołania zarzuty dotyczą zasadniczo treści Ogólnych warunków umowy na wykonanie robót budowlanych udostępnionej przez Zamawiającego w ramach załączników do SIWZ, na wstępie wskazujemy, że jakkolwiek Odwołujący akceptuje, że Zamawiający jako gospodarz postępowania ma pewną swobodę w formułowaniu warunków realizacyjnych, to swoboda ta nie powinna mieć charakteru nieograniczonego, w tym nie może prowadzić do nadużycia własnego prawa podmiotowego – swojej pozycji dominującej. Treść przyszłego stosunku zobowiązaniowego kreowanego przez Zamawiającego, niezależnie od przysługującej Zamawiającemu uprzywilejowanej pozycji, powinien być tak ukształtowany aby realizacja zamówienia była możliwa. **Celem zamawiającego powinno być również dążenie do osiągnięcia korzystnych rynkowo cen. Zamawiający nie powinien konstruować umowy w sposób, który negatywnie wpłynie na ilość złożonych w przetargu ofert. Nie może także przerzucić całości ryzyka gospodarczego na wykonawcę.**<sup>1</sup> Postanowienia umowy powinny zostać przy tym określone w sposób na tyle precyzyjny, aby wykonawca był w stanie określić cenę ofertową. W sytuacji, w której nie jest możliwe podanie katalogu zamkniętego okoliczności, z którymi wiążą się określone następstwa, zamawiający powinien dążyć do jak najpełniejszego ich wyszczególnienia.<sup>2</sup> W odniesieniu do określania zasad przyszłego stosunku zobowiązaniowego, podkreślenia wymaga, że swobodę umów ograniczają m.in. zasady współzycia społecznego oraz bezwzględnie obowiązujące przepisy (art. 353<sup>1</sup> KC).

2. I tak, w dziedzinie stosunków zobowiązaniowych, z których znaczna część służy wymianie dóbr i usług, **podstawowe znaczenie ma wymóg zapewnienia tzw. słuszności (sprawiedliwości) kontraktowej, rozumianej jako równomierny rozkład uprawnień i**

<sup>1</sup> Wyrok Sądu Okręgowego Warszawa-Praga z dnia 16 sierpnia 2005 r., sygn. akt IV Ca 508/05.

<sup>2</sup> Wyrok KIO z dnia 20 stycznia 2014 r., sygn. akt KIO 2949/13.



**obowiązków w stosunku prawnym, czy też korzyści i ciężarów oraz szans i ryzyk związanych z powstaniem i realizacją tego stosunku.** Badając umowę pod względem słuszności kontraktowej, trzeba pamiętać o podstawowym założeniu prawa cywilnego, według którego umowy służą realizacji woli stron je zawierających. O naruszeniu zasad współzycia społecznego w postaci wymogu sprawiedliwości umowy można więc mówić wtedy, gdy zawarta przez stronę umowa nie jest wyrazem jej w pełni swobodnie i rozważnie podjętej decyzji, gdyż na treść umowy wpłynął brak koniecznej wiedzy czy presja ekonomiczna (np. wynikająca z faktu korzystania przez kontrahenta z pozycji dominującej), a przyczyną tego nie jest niedbalstwo samego pokrzywdzonego. Dalsza przesłanka uznania umowy za wykraczającą poza granice kompetencji stron wynika z istoty zasad współzycia społecznego jako ocen i norm moralnych, a polega również na uwzględnieniu postawy drugiej strony umowy. Negatywna ocena umowy ze względu na kryteria moralne uzasadniona jest tylko w tych przypadkach, gdy kontrahentowi osoby pokrzywdzonej można postawić zarzut złego postępowania, polegającego na wykorzystaniu (świadomym lub spowodowanym niedbalstwem) swojej przewagi. Tak też jednoznacznie stwierdzał Sąd Najwyższy w wyrokach o sygn. IV CSK 478/07 oraz II CSK 528/10. **Takiej 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.**<sup>3</sup>

## **II. Zarzut dotyczący odbioru końcowego robót oraz końcowego odbioru realizacji przedmiotu umowy bez wad – zarzut nr 1**

1. Zamawiający w ramach OW opisał zasady: zwrotu I części zabezpieczenia należytego wykonania umowy (70%), wypłaty wynagrodzenia, terminów pośrednich (kamieni milowych), dokonania końcowego robót oraz końcowego odbioru realizacji przedmiotu umowy w ramach realizacji zamówienia, wskazując w szczególności, że:

- **pkt 2.11:** *W przypadku wykonania przedmiotu umowy zgodnie z postawionymi w niej warunkami, Wykonawcy zostanie zwrócone 70% zabezpieczenia należytego wykonania umowy w ciągu 30 dni od dnia akceptacji protokołu odbioru końcowego realizacji przedmiotu umowy **bez wad**. Pozostałe 30% zabezpieczenia posłuży zabezpieczeniu roszczeń z tytułu rękojmi i zostanie zwrócone nie później niż w terminie 15 dni po upływie okresu rękojmi.*
- **pkt 18.7:** *Pozostałe 5% wartości wynagrodzenia umownego brutto zostanie wypłacone po uzyskaniu przez Wykonawcę decyzji o pozwoleniu na użytkowanie obiektu budowlanego będącego przedmiotem umowy oraz podpisaniu protokołu końcowego realizacji przedmiotu umowy i przekazania obiektu do eksploatacji.*
- **pkt 12 OW Terminy pośrednie:** *Wykonawca jest zobowiązany do przestrzegania następujących ustalonych terminów pośrednich (kamieni milowych) wykonania robót oraz kolejności ich realizacji:*

<sup>3</sup> KIO w wyrokach o sygn. KIO 1910/11 i KIO 1918/11.



(...)

**pkt 12.3:** *III. Kamień milowy - wykonanie 100% robót (potwierdzone zaakceptowanym przez Zamawiającego **bez wad** protokołem końcowego odbioru robót) w terminie nie dłuższym niż termin końcowego odbioru robót.*

- **pkt 17.10:** *Jezeli w toku czynności odbioru końcowego robót zostaną stwierdzone **wady istotne**, tj. takie, które uniemożliwiają użytkowanie obiektu lub będą świadczyć o niezgodności wykonania obiektu z dokumentacją, projektową lub zasadami wiedzy technicznej Zamawiający przerwie czynności odbioru końcowego i wyznaczy termin usunięcia wad. Data stwierdzenia usunięcia wad jest terminem wznowienia czynności komisji odbioru końcowego robót. Inne **usterki zostaną zaklasyfikowane, jako nieistotne** i Zamawiający wyznaczy Wykonawcy termin do ich usunięcia.*
  - **pkt 17.17:** *Odbiór końcowy realizacji przedmiotu umowy dokonywany będzie komisyjnie po całkowitym zakończeniu **bez wad** wszystkich prac składających się na przedmiot umowy i dostarczeniu Zamawiającemu decyzji o pozwoleniu na użytkowanie obiektu budowlanego.*
  - **pkt 17.20:** *Protokół z końcowego odbioru realizacji przedmiotu podpisany **bez wad** będzie stanowił podstawę do zwolnienia zabezpieczenia należytego wykonania umowy.*
2. Z powyższych postanowień wynika, że Zamawiający oczekuje wykonania robót i przedmiotu umowy bez jakichkolwiek wad, zarówno wad istotnych (uniemożliwiających prawidłowe korzystanie z rezultatu prac) jak i wad nieistotnych (usterek nie mających wpływu na możliwość korzystania z efektu wykonanych prac). Zamawiający zdaje się co prawda rozróżniać pojęcia wad istotnych i nieistotnych (usterek) (vide ostatnie zdanie pkt 17.10 OW), niemniej we wprowadzonym rozróżnieniu nie jest konsekwentny. Zamawiający inne zasady odbioru przewiduje bowiem dla Odbioru końcowego robót (vide pkt 17.10 OW), inne zaś dla odbioru końcowego realizacji przedmiotu umowy (vide pkt 17.17 i 17.20 OW), pomimo, iż nie ma żadnych podstaw do wprowadzenia takiego rozróżnienia. Każdorazowo z wykonaniem robót budowlanych dotkniętych wadami o charakterze nieistotnym, sprzężone są obowiązki Zamawiającego w postaci odbioru robót oraz wypłaty należnego wynagrodzenia, co wprost wynika z art. 647 KC. Nie ulega przy tym wątpliwości, co potwierdza cytowane poniżej orzecznictwo, że jeśli w ramach wykonywanych robót zostaną zidentyfikowane wady o charakterze nieistotnym to **ich wystąpienie w żadnym razie nie blokuje możliwości korzystania z efektu wykonanych prac przez Zamawiającego**, a co za tym idzie niezasadnym byłoby też przesuwanie terminu rozpoczęcia biegu rękojmi za wady. Skoro tak (skoro odbiór usterek determinuje rozpoczęcie biegu rękojmi za wady, a Zamawiający może korzystać z efektu wykonanych prac), to w tym okresie nie ma już żadnych podstaw do zatrzymywania przez Zamawiającego kwoty zabezpieczenia należytego wykonania umowy. Byłoby to sprzeczne z regulacją art. 151 ust. 1 ustawy Pzp.
3. Zgodnie z kwestionowanymi postanowieniami OW, każde odstępstwo od stanu idealnego dawałoby Zamawiającemu prawo praktycznie nieograniczonej odmowy zwrotu I części zabezpieczenia należytego wykonania, potwierdzenia wykonania kamienia milowego nr 3 oraz zapłaty ostatniej części wynagrodzenia na rzecz Wykonawcy. Powyższe niezgodne jest tak z praktyką budowlaną jak i bezwzględnie obowiązującymi przepisami prawa.





4. **Biorąc pod uwagę powyższe, należy wskazać, że poprzez tak ukształtowane postanowienia umowne Zamawiający uchyła się od ciążącego na Nim, bezwzględnego obowiązku wynikającego z treści art. 647 kc, który wskazuje, że jednym z podstawowych obowiązków inwestora, w tym wypadku zamawiającego, w ramach umowy o roboty budowlane jest dokonanie odbioru robót i zapłaty umówionego wynagrodzenia.** Odbiór wykonanych robót jest kwestią kluczową w relacjach inwestor (zamawiający) — wykonawca. Stąd też, jakakolwiek praktyka uchylania się przez inwestorów od tego obowiązku, w szczególności w przypadku występowania w robotach nieistotnych wad jest jednoznacznie sankcjonowana, zwłaszcza, że doświadczenie realizacyjne pokazuje, że na etapie odbioru robót może dochodzić do sporów co do kwestii istnienia wad oraz ich charakteru a inwestorzy wykorzystują tego typu abuzywne postanowienia w celu nieuzasadnionego wstrzymywania wypłaty wynagrodzenia dla wykonawcy, zwrotu zabezpieczenia, czy też potwierdzenia wykonania robót w terminie umownych próbując wymusić usunięcie stwierdzonych podczas odbiorów wad, które realnie mają charakter nieznaczących uchybień.

5. W orzecznictwie jednolicie przyjmuje się, że w przypadku kodeksowej umowy o roboty budowlane o niewykonaniu zobowiązania nie można mówić, jeżeli wykonawca wykonał roboty lecz są one wadliwe. Decydujące znaczenie ma charakter wad. **W konsekwencji niedopuszczalnym jest wprowadzanie tzw. bezusterkowego odbioru robót. Ponadto, skoro za wykonanie zamówienia uznaje się wykonanie przedmiotu umowy nawet dotknięte wadami nieistotnymi, to tak odebrane roboty dają w następstwie asumpt do wypłaty wynagrodzenia oraz zwolnienia zabezpieczenia należytego wykonania umowy. Powyższe potwierdza jednolicie zarówno orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej jak i sądów powszechnych:**

- **Wyrok SN z dnia 14 lutego 2007 r., sygn. akt: II CNP 70/06**

*„Oddanie dzieła nie powoduje wymagalności wierzytelności przyjmującego zamówienie o wynagrodzenie, gdy oddane dzieło jest dotknięte wadą istotną, tj. czyniącą je niezdatnym do zwykłego użytku lub sprzeciwiającą się wyraźnie umowie. Jeżeli natomiast dzieło ma tylko wadę nieistotną, należy uznać, że jego oddanie powoduje, w myśl art. 642 § 1 KC, **wymagalność wierzytelności przyjmującego zamówienie o wynagrodzenie za dzieło.**”*

- **Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 22 czerwca 2007 r., sygn. akt: V CSK 99/07**

*„Interpretacja umowy sugerowana przez skarżącego prowadziłyby natomiast do wniosku, że każde odstępstwo od stanu idealnego (co do którego nie wiadomo, na podstawie jakich kryteriów byłby ustalany) dawałaby prawo inwestorowi odmowy odbioru obiektu. Takie postanowienia byłyby sprzeczne z naturą zobowiązania do wybudowania domu jednorodzinnego (art. 353(1) KC) i wskutek tego nieważne.”*

- **Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 27 listopada 2013 r., sygn. akt: V CSK 544/12**

*„Powstała sytuacja uzasadniała więc przyjęcie, że stwierdzone przez pozwaną wady jakościowe dzieła to wady nieistotne, których istnienie nie uprawniało pozwanej do odmowy odbioru dzieła. Tylko bowiem wady, które czynią dzieło niezdatne do zwykłego użytku lub sprzeciwiające się*



wyrażnie umowie mogą być poczytane za wady, które pozwalają odmówić zamawiającemu odbioru; istnieje bowiem wtedy podstawa do przyjęcia, że świadczenie nie zostało przez przyjmującego zamówienie wykonane zgodnie z jego zobowiązaniem (wyrok Sądu Najwyższego z dnia 23 sierpnia 2012 r. II CSK 21/12). Brak podstaw do odmowy dokonania odbioru powodował, że pozwana popadła w zwłokę dłużnika (art. 476 KC), **co uprawniało powoda do żądania zapłaty należnego mu wynagrodzenia (art. 477 § 1 KC).**”

- **Wyrok Sądu Apelacyjnego w Katowicach z dnia 6 września 2016 r., sygn. akt: V ACa 935/15**

„W świetle art. 647 KC odbiór należy do obowiązków zleceniodawcy i nie może być uzależniony od braku wad bądź usterek, bowiem przepis odwołuje się do „odbioru robót” a nie „bezusterkowego odbioru robót”. **Z chwilą obioru robót przedmiotu umowy realizuje się prawo wykonawcy do żądania wypłaty wynagrodzenia i prawa tego nie niweczy, co do zasady, stwierdzenie zauważonych usterek.**”

- **Wyrok Sądu Apelacyjnego w Gdańsku z dnia 24 lutego 2012 r., sygn. akt: V ACa 198/12**

„W świetle art. 647 KC odbiór robót należy do obowiązków inwestora i nie może być uzależniony od braku wad bądź usterek tych robót. Powołany przepis stanowi bowiem o odbiorze robót, a nie o „bezusterkowym” odbiorze robót.”

- **Wyrok Sądu Apelacyjnego w Białymstoku z dnia 1 kwietnia 2019 r., sygn. akt: I AGa 183/18**

„Wskazać bowiem trzeba, że w świetle ugruntowanego w orzecznictwie poglądu zgłoszenie do odbioru przez wykonawcę robót budowlanych, które spełniają cechy zamówienia określone w umowie, chociaż zawierają pewne wady lub braki, prawie zawsze rodzi po stronie inwestora obowiązek odebrania wykonanych prac, zgodnie z art. 647 KC Inwestor może bowiem uchylić się od tego obowiązku tylko poprzez wskazanie obiektywnie istniejących i osadzonych w treści umowy bądź przepisach prawa przyczyn, które czynią zgłoszenie wykonawcy nieskutecznym (por. Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 23 sierpnia 2012 r., II CSK 21/12, oraz Sąd Apelacyjny w Białymstoku w wyroku z dnia 30 maja 2014 r., I A Ca 124/14). Podnosi się przy tym, że strony umowy o roboty budowlane nie mogą uzależnić odbioru tych robót od braku jakichkolwiek usterek, albowiem jedynie wady istotne uzasadniają taką odmowę (zob. wyrok Sądu Apelacyjnego w Katowicach z dnia 7 marca 2014 r., V ACa 725/13). W świetle art. 647 KC odbiór robót należy do obowiązków inwestora (odpowiednio – zamawiającego) i nie może być uzależniony od braku wad bądź usterek tych robót. Powołany przepis stanowi bowiem o odbiorze robót, a nie o „bezusterkowym” odbiorze robót. Wskazywanie na konieczność odbioru „bezusterkowego” statuuje przesłankę, której w zapisie ustawowym nie ustanowiono (zob. wyrok Sądu Apelacyjnego w Gdańsku z dnia 24 lutego 2012 r., V ACa 198/12). Przez wykonanie robót budowlanych rozumieć należy taką sytuację, gdy roboty zostały wykonane zgodnie z zakresem przedmiotowym umowy, na co nie ma wpływu ewentualne posiadanie przez te roboty nieistotnych wad, usterek i niedoróbek (zob. wyrok Sądu Apelacyjnego we Wrocławiu z dnia 18 października 2012 r., I ACa 1046/12). Przepis art. 647 KC nie stanowi o tym, że odbiór robót odnosi się tylko do robót wykonanych w całości i bez wad, a zatem nie znajduje żadnego



*uzasadnienia stanowisko, że odbiór następuje tylko wtedy, gdy roboty zostały wykonane w całości i nie mają żadnych wad, czyli nastąpił odbiór „skuteczny”. Gdyby zaakceptować takie stanowisko, odbiory robót przeciągałyby się w czasie, a nierzadko nigdy nie dochodziłyby do skutku (zob. wyrok Sądu Apelacyjnego w Gdańsku z dnia 9 lipca 2013 r., V ACa 332/13).*

*Zastrzeżenie umowne, że roboty mogą być odebrane jedynie wówczas, gdy nie są obciążone jakimikolwiek usterkami zostało w orzecznictwie uznane za sprzeczne z naturą stosunku zobowiązaniowego (zob. SN w wyroku z dnia 21 kwietnia 2017 r., I CSK 333/16), co skutkuje jego nieważnością jako sprzecznego z normą art. 353<sup>1</sup> k.c. Należało je zatem wyeliminować z treści łączącego strony kontraktu. Ponieważ równocześnie zawarte w nim były na wypadek wystąpienia wad inne alternatywne regulacje – nieważność tego zastrzeżenia umownego nie może spowodować nieważności całej umowy (art. 58 § 3 KPC).*

*Zgodzić się zatem należy z Sądem Okręgowym, że odmowa odbioru robót znajdowałaby uzasadnienie jedynie w przypadku, gdyby przedmiot umowy 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 (zob. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 7 marca 2013 r., II CSK 476/12).*

*Rozróżnienie wad istotnych od nieistotnych jest jednak o tyle ważne, że rzutuje na ocenę wykonania lub niewykonania zobowiązania. Jak wyjaśnił Sąd Apelacyjny w Białymstoku w wyroku z dnia 21 marca 2014 r. w sprawie sygn. akt I ACa 842/13, na gruncie umowy o roboty budowlane można przyjąć, że niewykonanie zobowiązania ma miejsce wówczas, gdy wada jest tego rodzaju, że uniemożliwia czynienie właściwego użytku z przedmiotu robót, wyłącza ich normalne wykorzystanie zgodnie z celem umowy albo odbiera im cechy właściwe lub wyraźnie zastrzeżone w umowie, istotnie zmniejszając ich wartość (wada istotna). Pozostałe wady, świadczą jedynie o nienależyтым wykonaniu zobowiązania. **Wyłącznie wady istotne uzasadniają odmowę odbioru robót, rzutując tym samym na wymagalność roszczenia o wynagrodzenie za ich wykonanie.** Wady nieistotne oznaczają natomiast wykonanie zobowiązania, ale w sposób nienależyty co do jakości, determinując zaktualizowanie uprawnień zamawiającego z tytułu rękojmi lub gwarancji (zob. wyrok Sądu Apelacyjnego w Krakowie z dnia 12 września 2012 r., I ACa 803/12).”*

- **Wyrok Sądu Apelacyjnego w Białymstoku z dnia 04 kwietnia 2014 r., sygn. akt: I ACa 860/13:**

*„Wykonanie robót budowlanych z wadami nie może być utożsamiane z ich niewykonaniem i nie rodzi po stronie zamawiającego uprawnienia do odmowy odbioru robót. Przyjmuje się, że 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. Wobec zgłoszenia zakończenia robót i braku uzasadnionych podstaw do odmowy odbioru, a także do skorzystania z uprawnienia do domagania się obniżenia wynagrodzenia strona jest zobowiązana do odbioru robót i do świadczenia pełnego wynagrodzenia wynikającego z umowy.”*

- **Wyrok Sądu Apelacyjnego we Wrocławiu z dnia 18 grudnia 2013 r., sygn. akt: I ACa 1302/13:**





*„Jedynie w sytuacji, gdy oddane dzieło jest dotknięte wadą istotną, tj. czyniącą je niezdatnym do zwykłego użytku lub sprzeciwiającą się wyraźnie umowie, zamawiający może odmówić jego odebrania. Jeżeli natomiast dzieło ma tylko wadę nieistotną, zamawiający nie może skutecznie uchylić się od odebrania dzieła. Te uwagi należy odnieść także do umowy o wykonanie robót budowlanych czy też umowy o wykonanie remontu budynku.”*

- **Wyrok Sądu Apelacyjnego we Wrocławiu z dnia 18 października 2012 r., sygn. akt: I ACa 1046/12:**

*„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.*

*2. 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 Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 4 września 2018 r., sygn. akt: KIO 1601/18**

*„Tylko wady, które czynią dzieło niezdatne do zwykłego użytku lub sprzeciwiające się wyraźnie umowie mogą być poczytane za wady, które pozwalają odmówić zamawiającemu odbioru; istnieje bowiem wtedy podstawa do przyjęcia, że świadczenie nie zostało przez przyjmującego zamówienie wykonane zgodnie z jego zobowiązaniem. W świetle powyższego Izba podzieliła argumentację Odwołującego, że postanowienia umowy naruszają przepisy kodeksu cywilnego w części w jakiej Zamawiający byłby uprawniony do odmowy odbioru końcowego nawet jeśli dzieło posiada wady nieistotne.”*

- **Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 4 listopada 2013 r., sygn. akt: KIO 2457/13**

*„W świetle orzecznictwa zapadłego na gruncie kodeksowej regulacji umowy o roboty budowlane uznać należy, iż jeżeli w toku odbioru roboty budowlanej nie wystąpią wady istotne, pozwalające uznać, że powierzona wykonawcy robota budowlana nie została w ogóle wykonana, obowiązkiem inwestora wykonane już roboty, choćby nienależycie wykonane, odebrać. Tak też Izba w wyroku wydanym w sprawie KIO 2135/12: „strony umowy o roboty budowlane nie mogą uzależnić przeprowadzenia odbioru robot i wypłaty wynagrodzenia należnego wykonawcy od braku jakichkolwiek usterek. Jeżeli wykonawca zgłosił zakończenie robot budowlanych inwestor obowiązany jest dokonać ich odbioru na podstawie art. 647 KC (tak wyrok SN z dnia 8 stycznia 2004 r, sygn. I CK24/03, publ.). Nawet stwierdzenie istnienia nieistotnych wad robot (a więc usterek) nie rodzi uprawnienia do odmowy dokonania odbioru robot. Jak stwierdził SA w Katowicach w wyroku z dnia 30 marca 2006 r. (sygn. I ACa 1900/05) wady nieistotne oznaczają wykonanie zobowiązania, ale w sposób nienależyty co do jakości, rzutu na uprawnienie*



*inwestora, który może domagać się ich usunięcia w oznaczonym terminie bądź obniżenia wynagrodzenia. Wynika z tego, iż w przypadku wykonania umówionego zakresu robot i zgłoszenia ich do odbioru po stronie Inwestora pozostanie obowiązek odbioru robot i zapłaty wynagrodzenia za wykonane roboty nawet jeżeli w treści protokołu zostały zgłoszone usterki (wady nieistotne). W takim przypadku Inwestor powinien dokonać odbioru zgłoszonych robot, a w treści protokołu powinny zostać zapisane ustalenia co do zakresu wykonanych robot, ich jakości i ewentualnych stwierdzonych usterek oraz ich charakter wraz z terminem ich usunięcia (wyrok SN z 5 marca 1997 r. II CKN 28/97; też wyrok SN z dnia 22 czerwca 2007 r, sygn. V CSK 99/07, publ. OSP 2009/1/7). ((O niewykonaniu zobowiązania z reguły nie można mówić, jeżeli wykonawca wykonał roboty lecz są one wadliwe. Decydujące znaczenie ma charakter wad. Z niewykonaniem zobowiązania z umowy o roboty budowlane mamy do czynienia wówczas, gdy roboty budowlane nie zostały wykonane w ogóle bądź gdy wada jest tego rodzaju, że uniemożliwia normalne wykorzystanie rezultatu robot lub odbiera im cechy wyraźnie oznaczone w umowie istotnie zmniejszając ich wartość. Ujawnienie wad robot budowlanych nie wpływa na obowiązek inwestora dokonania odbioru robot zgodnie z art. 647 KC, a z tą chwilą inwestor nabywa uprawnienia z tytułu rękojmi przewidziane w art. 637 i art. 638 KC" (tak wyrok SA w Katowicach z dnia 21 kwietnia 2009 r, sygn. V ACA 88/09, OSA 2010/8/58-70)"*

- **Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 27 maja 2009 r., sygn. akt: KIO/UZP 607/09**

*„Należy zgodzić się z twierdzeniem, że samo stwierdzenie istnienia wad przy odbiorze nie może powodować odmowy odbioru wykonanych robót. Wykonanie robót z wadami (usterkami) może oznaczać bowiem niewykonanie w ogólności robót lub nienależyte wykonanie robót. Stąd znaczenie ma rozróżnienie wad istotnych i nieistotnych. Wady nieistotne oznaczają wykonanie zamówienia w sposób nienależyty co do jakości, ale nie mogą powodować odmowy odbioru robót. Wady istotne to takie, które czynią przedmiot umowy niezdatnym do użytku lub wyraźnie sprzeciwiają się umowie, w przypadku takich wad inwestor ma prawo odmówić czynności odbioru robót.”*

- **Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 8 listopada 2019 r., sygn. akt: KIO 2017/19, KIO 2027/19**

*„Stosownie do 647 k.c. przez umowę o roboty budowlane wykonawca zobowiązuje się do oddania przewidzianego w umowie obiektu, wykonanego zgodnie z projektem i 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. Z powyższego przepisu wynika, iż jednym z podstawowych obowiązków zamawiającego jest dokonanie odbioru wykonanych przez wykonawcę robót. W sytuacji, zatem, gdy obiekt zostanie wykonany zgodnie z projektem, obowiązującymi przepisami i sztuką budowlaną oraz gdy zostanie wydana pozytywna decyzja o pozwoleniu na użytkowanie, to w przypadku zgłoszenia obiektu do odbioru zamawiający winien do niego przystąpić. Gdy natomiast w toku odbioru zostaną ujawnione nieistotne wady (usterki), które nie wpływają na możliwość użytkowania obiektu i są możliwe do ich niezwłocznego usunięcia, nie powinno to uniemożliwiać odbioru obiektu, zwłaszcza, gdy jest możliwe przejęcie obiektu i jego wykorzystywanie zgodnie z jego celem.*



*Zamawiający winien w takim przypadku dokonać obioru i zakreślić termin na ich usunięcie. Trudno, w sytuacji bardzo dużych obiektów i o dużej ich wartości, jak objęty przedmiotowym zamówieniem, przyjąć, aby w sytuacji, gdy obiekt jest w stanie umożliwiającym jego wykorzystywanie zgodnie z przeznaczeniem, z powodu drobnych usterek, niewpływających w żadnej mierze na możliwość korzystania z niego zgodnie z jego przeznaczeniem (np. w sytuacji usterkowego osadzenia drzwi do pomieszczenia gospodarczego, co nie uniemożliwia, ani ich otwierania i zamykania, ani wykorzystania tego pomieszczenia zgodnie z przeznaczeniem i jest znikomej wartości na tle całego zamówienia) i np. obiekt zostanie przejęty do użytkowania, co jest częstym zjawiskiem, odmówić racji wykonawcy, iż jest podstawa do jego odbioru końcowego. Celem i zamiarem konstruowania stosunku prawnego powinno być bowiem wywiązanie się każdej ze stron z jej obowiązków kontraktowych, ukształtowanych z uwzględnieniem obowiązujących przepisów prawa i celu wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, którym jest wybudowanie obiektu służącego do założonych celów (...).*

**6. Biorąc pod uwagę wszystkie powyższe okoliczności, Odwołujący wnosi o:**

- **Modyfikację treści postanowień pkt 2.11, pkt 18.7, pkt 12.3, pkt 17.17, pkt 17.20, Ogólnych warunków umowy na wykonanie robót budowlanych poprzez dostosowanie ich do treści art. 647 kc, tj. nadanie im przykładowo następującego brzmienia:**
  - **pkt 2.11:** *W przypadku wykonania przedmiotu umowy zgodnie z postawionymi w niej warunkami, Wykonawcy zostanie zwrócone 70% zabezpieczenia należytego wykonania umowy w ciągu 30 dni od dnia akceptacji protokołu odbioru końcowego realizacji przedmiotu umowy **bez wad istotnych**. Pozostałe 30% zabezpieczenia posłuży zabezpieczeniu roszczeń z tytułu rękojmi i zostanie zwrócone nie później niż w terminie 15 dni po upływie okresu rękojmi.*
  - **pkt 12.3:** *III. Kamień milowy - wykonanie 100% robót (potwierdzone zaakceptowanym przez Zamawiającego **bez wad istotnych** protokołem końcowego odbioru robót) w terminie nie dłuższym niż termin końcowego odbioru robót.*
  - **pkt 17.10:** *Jezeli w toku czynności odbioru końcowego robót zostaną stwierdzone wady istotne, tj. takie, które uniemożliwiają użytkowanie obiektu lub będą świadczyć o **istotnej** niezgodności wykonania obiektu z dokumentacją, projektową lub zasadami wiedzy technicznej Zamawiający przerwie czynności odbioru końcowego i wyznaczy termin usunięcia wad. Data stwierdzenia usunięcia wad jest terminem wznowienia czynności komisji odbioru końcowego robót. Inne **wady** zostaną zaklasyfikowane, jako nieistotne i **Zamawiający dokona odbioru końcowego robót oraz** wyznaczy Wykonawcy termin do ich usunięcia.*
  - **pkt 17.17:** *Odbiór końcowy realizacji przedmiotu umowy dokonywany będzie komisyjnie po całkowitym zakończeniu **bez wad istotnych** wszystkich prac składających się na przedmiot umowy i dostarczeniu Zamawiającemu decyzji o pozwoleniu na użytkowanie obiektu budowlanego.*



- **pkt 17.20:** *Protokół z końcowego odbioru realizacji przedmiotu podpisany bez wad istotnych będzie stanowił podstawę do zwolnienia zabezpieczenia należytego wykonania umowy.*

### **III. Zarzut dotyczący obciążenia Wykonawcy wszelkimi kosztami powstałym w związku ze wstrzymaniem robót (niezależnie od przyczyny wstrzymania robót oraz okresu jego trwania) oraz braku mechanizmu rekompensującego wykonawcy koszty wynikające ze zmiany terminu realizacji umowy narzuconej przez Zamawiającego lub za którą odpowiedzialności nie ponosi Wykonawca – zarzut nr 2**

1. Zamawiający w ramach Ogólnych warunków umowy na wykonanie robót budowlanych przerzucił na Wykonawcę całość ryzyka i odpowiedzialności finansowej za zmianę terminów realizacji zamówienia publicznego wynikłą z przyczyn leżących wyłącznie po jego stronie oraz z przyczyn niezależnych od strony umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Zgodnie bowiem z pkt 15.1 i 15.2 OW:

*„15.1 Na pisemne polecenie Zamawiającego i/lub Inspektora nadzoru inwestorskiego Wykonawca wstrzyma realizację robót w taki sposób i na taki okres, jaki Zamawiający i/lub Inspektor nadzoru inwestorskiego uzna za konieczny. Wykonawca odpowiednio zabezpieczy wykonane roboty zgodnie z wymaganiami Inspektora nadzoru inwestorskiego. **Wszelkie koszty powstałe w związku ze wstrzymaniem robót ponosi Wykonawca.***

*15.2 Jeżeli wstrzymanie realizacji robót nastąpiło z przyczyn leżących po stronie Zamawiającego, termin wykonania robót ulegnie przedłużeniu o okres wstrzymania robót lub o okres uzgodniony pomiędzy stronami.”*

Zamawiający nie wskazuje:

- a) przyczyn uprawniających Go do dokonania takiego wstrzymania (tj. czy są one zależne od Zamawiającego czy też niezależne od stron umowy)
- b) okresu na jaki okres może dokonać takiego wstrzymania i którego koszty Wykonawca miałyby uwzględnić w swojej ofercie,

nie przewidując jednocześnie uprawnienia Wykonawcy do dochodzenia kosztów wstrzymania robót (*nota bene* powstałych z przyczyn od niego niezależnych) oraz mechanizmu ich zwrotu.

2. Zgodnie ze skarżonym postanowieniami, Zamawiający może w każdej chwili zmienić termin realizacji Umowy, a Wykonawca zmuszony będzie do ponoszenia kosztów takiej zmiany, również takiej, która nie powstała z przyczyn leżących po jego stronie. Konstruując takie postanowienie Zamawiający nie wprowadził żadnych dodatkowych postanowień, które regulowałyby kwestie rekompensowania Wykonawcy kosztów poniesionych w związku ze zmianą terminu realizacji. W sytuacji, w której Zamawiający może jednostronnie, całkowicie niezależnie od Wykonawcy, podjąć decyzję o zmianie terminu realizacji Umowy, nie będąc jednocześnie obowiązany do pokrycia ponoszonych z tej przyczyny przez Wykonawcę kosztów, rozkład obowiązków i ryzyk stron umowy jest poważnie zachwiany i niezgodny z przepisami prawa.

3. Jak trafnie wskazała Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 13 listopada 2018 r., sygn. akt KIO 2177/18, wydanym na gruncie zbliżonego stanu faktycznego: *„zgodnie z art. 36 ust. 1 pkt 16*



*ustawy Pzp obowiązkiem zamawiającego jest zawrzeć w treści SIWZ "istotne dla stron postanowienia, które zostaną wprowadzone do treści zawieranej umowy w sprawie zamówienia publicznego, ogólne warunki umowy albo wzór umowy, jeżeli zamawiający wymaga od wykonawcy, aby zawarł z nim umowę w sprawie zamówienia publicznego na takich warunkach". Z treści tego przepisu wynika dla zamawiającego z jednej strony zobowiązanie do ustalenia warunków umowy już na etapie publikacji SIWZ, ale również uprawnienie do ich ukształtowania zgodnie ze swoimi potrzebami i wymaganiami. Tym samym ustawodawca, odbierając zamawiającemu prawo do swobodnego wyboru kontrahenta, jednocześnie ustanowił dla niego prawo podmiotowe do jednostronnego ustalenia warunków umowy. Jest również rzeczą zrozumiałą, iż zamawiający, ustalając warunki umowy, dba o zabezpieczenie swoich interesów i interesów publicznych oraz wykonanie przedmiotu zamówienia zgodnie z potrzebami. **Nie oznacza to jednak, że prawo zamawiającego do określenia zapisów umowy nie doznaje pewnych ograniczeń - zamawiający nie może prawa podmiotowego nadużywać.** Wynika to i z zasady swobody umów (treść lub cel stosunku nie może sprzeciwiać się właściwości - naturze stosunku, ustawie ani zasadom współżycia społecznego) i z brzmienia jednej z najważniejszych zasad prawa cywilnego wyrażonej w art. 5 Kodeksu cywilnego, zgodnie z którym nie można czynić ze swego prawa użytku, który by był sprzeczny ze społeczno-gospodarczym przeznaczeniem tego prawa lub z zasadami współżycia społecznego. Takie działanie lub zaniechanie uprawnionego nie jest uważane za wykonywanie prawa i nie korzysta z ochrony. W konsekwencji, w ocenie Izby, zapisy takie powodują naruszenie zasad określonych przepisami k.c. **Skoro zamawiający może jednostronnie podjąć decyzję o wystąpieniu przerwy w wykonywaniu robót, nie będąc jednocześnie zobligowanym do przedłużenia terminu realizacji, a także pokrycia kosztów ponoszonych przez wykonawcę (w szczególności poniesionych w związku z koniecznością zabezpieczenia robót, pozostawiania w gotowości zaplecza budowy), który pozostaje na placu budowy, stwierdzić należy, że rozkład obowiązków i uprawnień stron w umowie, rozumiany jako konieczność zapewnienia wzajemności lub odpowiedniości uprawnień, został zachwiany. Z powyższych powodów Izba uwzględniła przedmiotowy zarzut, nakazując zamawiającemu zmianę treści SIWZ (w tym projektu umowy), w sposób opisany w sentencji orzeczenia."***

4. Co równie istotne, **Zamawiający nie przewidział w ramach kwestionowanego postanowienia jakichkolwiek limitów czasowych przesunięć w terminie realizacji.** Co za tym idzie, **wykonawcy nie dysponują jakimikolwiek danymi co do tego przez jak długi czas i w jakim okresie obowiązani są do zabezpieczania placu i zaplecza budowy oraz dotychczasowych prac, nie mogąc też zaplanować ewentualnego zaangażowania brygad w inne realizowane (bądź planowane) inwestycje.** Co wymaga przy tym podkreślenia, gotowość do pracy zespołu ludzi, utrzymanie kadry kierowniczo-inżynierskiej, zapewnienie maszyn i innych sprzętów generuje znaczny nakład sił i środków, przyczyniając się do znacznych kosztów leżących po stronie wykonawcy.
5. W konsekwencji, tak ukształtowane postanowienie umowne nie pozwala wykonawcom na jakiegokolwiek oszacowanie ryzyk ofertowych związanych z wdrożeniem omawianego postanowienia umownego. **Z uwagi na to, że każdy z wykonawców ryzyka w tym zakresie oszacować może na zupełnie odmiennym poziomie, oferty bazujące na tak ukształtowanych**





**postanowieniach umownych, stają się całkowicie nieporównywalne.** Jest to z kolei sytuacja, nie tylko godząca w interesy wykonawców, ale i samego zamawiającego, który powinien dbać o prawidłowe wydatkowanie środków publicznych. Skoro natomiast wykonawcy zmuszani są do kalkulacji w ramach oferty ryzyk w sposób całkowicie spekulacyjny, kalkulacja ta może przybrać poziom nieadekwatny do późniejszych realiów realizacyjnych, co zmusi Zamawiającego do ponoszenia zbędnych wydatków związanych z przedmiotową realizacją.

6. Powyższe argumenty aprobowane są w dotychczasowym orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej, w ramach którego wskazuje się, że:

• **wyrok KIO z 07.11.2016 r., sygn. akt KIO 2004/16:**

*„Postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia sprowadzających się do wykonywania jakichkolwiek żądań zamawiającego lub podmiotów od niego zależnych, wpływających na wykonanie zakontraktowanego przedmiotu zamówienia, nie sposób uznać za podanie parametrów wyjściowych dla kalkulacji ryzyka kontraktowego, które przynajmniej w jakiś sposób ryzyko to delimitują i ograniczają, i w ten sposób czynią dopuszczalnym i możliwym do zaakceptowania. Określenie ryzyka kontraktowego w zamówieniach publicznych nie może polegać na li tylko na nałożeniu na wykonawców obowiązku znoszenia uznaniowych i nieokreślonych decyzji zamawiającego, które w niewiadomy sposób wpłynąć mogą na kalkulowany sposób, okres i koszt wykonania przedmiotu zamówienia. Powyższe nie mieści się w ramach dyspozycji art. 29 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2015 r. poz. 2164)”,*

• **wyrok KIO z 22.01.2014 r., sygn. akt KIO 24/14:**

*„Zamawiający ma obowiązek uwzględnić i podać wszystkie informacje, mające wpływ na sporządzenie oferty i skalkulowanie ceny. Jeżeli nawet istnieje pewne ryzyko co do zakresu usługi w całym okresie jej realizacji, to nie może ono być w całości przerzucane na wykonawcę, który powinien mieć pewność w odniesieniu do stałych elementów, pozwalających na przyjęcie założeń kalkulacyjnych ekonomiczności kontraktu za zaoferowaną cenę.”*

**7. Biorąc pod uwagę powyższe Odwołujący wnosi o modyfikację treści SIWZ poprzez wprowadzenie do Ogólnych warunków umowy na wykonanie robót budowlanych (pkt 15.1 OW oraz pkt 15.2 OW)**

a) **zasady, zgodnie z którą Wykonawca zobowiązany jest do poniesienia kosztów przestoju, ale wyłącznie tych, za których powstanie ponosi odpowiedzialność Wykonawca oraz**

b) **mechanizmu rekompensującego wykonawcy koszty powstałe w wyniku zmiany terminu realizacji, której przyczyną jest wystąpienie okoliczności niezależnych od Wykonawcy,**

**przykładowo poprzez wprowadzenie postanowień o następującej treści:**

*„15.1 Na pisemne polecenie Zamawiającego i/lub Inspektora nadzoru inwestorskiego Wykonawca wstrzyma realizację robót w taki sposób i na taki okres, jaki Zamawiający i/lub Inspektor nadzoru inwestorskiego uzna za konieczny. Wykonawca odpowiednio zabezpieczy wykonane roboty zgodnie z wymaganiami Inspektora nadzoru*



inwestorskiego. **Wszelkie koszty powstałe w związku ze wstrzymaniem robót do którego doszło z przyczyn, za które odpowiedzialność ponosi Wykonawca ponosi Wykonawca.**

15.2 Jeżeli wstrzymanie realizacji robót nastąpiło z przyczyn leżących po stronie Zamawiającego **lub z przyczyn niezależnych od stron**, termin wykonania robót ulegnie przedłużeniu o okres wstrzymania robót lub o okres uzgodniony pomiędzy stronami.

**Wszelkie koszty powstałe w związku ze wstrzymaniem robót do którego doszło z przyczyn niezależnych od Wykonawcy ponosi Zamawiający.**

**Biorąc pod uwagę wszystkie powyższe okoliczności, skorzystanie ze środków ochrony prawnej stało się konieczne i uzasadnione, a Odwołujący wnosi o jego uwzględnienie.**

**Załączniki:**

1. Pełnomocnictwo wraz z dowodem uiszczenia opłaty skarbowej,
2. Dokumenty rejestrowe Odwołującego,
3. Dowód przesłania kopii odwołania Zamawiającemu,
4. Dowód uiszczenia wpisu od odwołania,