

HOOGELLS

Warszawa, 3 stycznia 2022 roku

Do:

Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej

ul. Postępu 17A, 02-677 Warszawa

Zamawiający:

Skarb Państwa –

Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad

ul. Wronia 53, 00-874 Warszawa

prowadzący postępowanie:

Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Lublinie

ul. Ogrodowa 21, 20-075 Lublin

e-mail: zam_publ_lublin@gddkia.gov.pl

adres platformy zakupowej: <https://gddkia.eb2b.com.pl/>

Odwołujący:

Związek Ogólnopolski Projektantów i Inżynierów

ul. Bobrowiecka 8, 00-728 Warszawa

nr KRS: 0000830976

reprezentowany przez:

adwokata Michała Wojciechowskiego

z kancelarii prawnej

Hoogells Oleksiewicz sp.k.

ul. Bobrowiecka 8, 00-728 Warszawa

tel.: +48 605 947 978

e-mail: michal.wojciechowski@hoogells.pl

Dotyczy:

postępowania o udzielenie zamówienia publicznego pn.: *Zaprojektowanie i budowa drogi ekspresowej S17 Piaski – Hrebenne, Odcinek nr 6: węzeł „Zamość Wschód” wraz z węzłem – węzeł „Zamość Południe” wraz*

Hoogells Oleksiewicz sp. k.

tel.: +48 22 254 26 32
fax: +48 22 391 52 38
kancelaria@hoogells.pl

Castor Park, II piętro
ul. Bobrowiecka 8,
00-728 Warszawa

NIP: 7010422255
KRS: 0000507185

www.hoogells.pl

HOOGELLS

z węzłem; dł. ok. 12,430 km, nr referencyjny O.LU.D-3.2410.4.2021.db, ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej nr 2021/S 248-655239 w dniu 22 grudnia 2021 r. („**Postępowanie**”).

ODWOŁANIE

- I. Działając na podstawie art. 513 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych¹ („**PZP**”) i art. 505 ust. 2 PZP w zw. z art. 515 ust. 1 pkt 1 lit. a) PZP w imieniu Związku Ogólnopolskiego Projektantów i Inżynierów z siedzibą w Warszawie („**Odwołujący**”, „**ZOPI**”), w oparciu o załączone pełnomocnictwo (**Załącznik nr 2** do niniejszego odwołania), **zaskarżam czynność podjęta** przez Skarb Państwa – Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad, w imieniu, którego postępowanie prowadzi Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Lublinie („**Zamawiający**”) w ramach Postępowania polegającą na ukształtowaniu treści specyfikacji warunków zamówienia obowiązującej w Postępowaniu („**SWZ**”) w zakresie dotyczącym projektowanych postanowień umowy w sposób niezgodny z przepisami PZP.
- II. Zaskarżonej powyżej czynności Zamawiającego **zarzucam naruszenie** art. 16 ust. 1 i 3 PZP w zw. z art. 99 ust. 1 i 4 PZP w zw. z art. 134 ust. 1 pkt 20 PZP w zw. z art. 8 ust. 1 PZP w zw. z art. 5 Kodeksu cywilnego („**KC**”) w zw. z art. 353¹ KC poprzez ukształtowanie treści projektowanych postanowień umowy tj. Subklauzuli 8.8 pkt I lit. (b) dotyczącej obowiązku zapłaty kary umownej w zakresie dotyczącym Kamienia Milowego nr 1, 4 oraz 6 w taki sposób, który punktem odniesienia dla jej wysokości czyni całkowite wynagrodzenie wykonawcy za realizację zamówienia dla danego odcinka budowanej drogi, **podczas gdy** kara taka powinna być adekwatna do uchybienia wykonawcy danej części zamówienia, nie powodować utrudnienia w dostępie do zamówienia dla wykonawców a także nie naruszać równowagi stron stosunku zobowiązaniowego zwłaszcza, że powyższe nie jest w żaden sposób uzasadnione potrzebami Zamawiającego.

¹ Ustawa z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity: Dz. U. z 2021 r., poz. 1129, ze zm.).

² Ustawa z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny (Dz. U. z 2020 r., poz. 1740, ze zm.).

Hoogells Oleksiewicz sp. k.

tel.: +48 22 254 26 32
fax: +48 22 391 52 38
kancelaria@hoogells.pl

Castor Park, II piętro
ul. Bobrowiecka 8,
00-728 Warszawa

NIP: 7010422255
KRS: 0000507185

www.hoogells.pl

HOOGELLS

III. W oparciu o przedstawione powyżej zarzuty **wnoszę o:**

- a) merytoryczne rozpatrzenie przez Krajową Izbę Odwoławczą niniejszego odwołania i jego uwzględnienie w całości,
- b) dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z dokumentacji Postępowania oraz tych opisanych szczegółowo w treści niniejszego odwołania a także dowodów, które zostaną przedstawione na rozprawie przed Krajową Izbą Odwoławczą,
- c) nakazanie Zamawiającemu dokonania zmiany Subklauzuli 8.8 pkt I lit. (b) w taki sposób, aby punktem odniesienia dla wysokości kary umownej w niej określonej dla uchybienia wykonawcy w zakresie Kamienia Milowego nr 1, 4 oraz 6 była wartość wynagrodzenia wykonawcy za element zryczałtowany oznaczony w Wykazie Płatności jako Dokumenty Wykonawcy dla danego odcinka budowanej drogi,
- d) zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów doradztwa prawnego, według norm przepisanych i zgodnie z fakturą przedstawioną przez Odwołującego na rozprawie.

IV. Wymagania formalne odwołania:

- a) **Termin na wniesienie odwołania** – termin na wniesienie odwołania został zachowany, ponieważ Zamawiający w dniu 22 grudnia 2021 r. zamieścił dokumenty zamówienia będące przedmiotem zaskarżenia niniejszym odwołaniem na stronie internetowej, za pośrednictwem której komunikuje się z wykonawcami. Tego samego dnia (tj. 22 grudnia 2021 r.) zostało opublikowane ogłoszenie o zamówieniu w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej. W świetle powyższego, niniejsze odwołanie zostało wniesione w wymaganym przepisami PZP terminie, tj. do 3 stycznia 2022 r.
- b) **Wpis od odwołania** – Odwołujący informuje, że zgodnie z dyspozycją art. 516 ust. 2 pkt 1 PZP wpis od niniejszego odwołania wynosi 20.000 złotych. Dowód uiszczenia wpisu w tej wysokości został załączony do odwołania (**Załącznik nr 4** do niniejszego odwołania).
- c) **Legitymacja Odwołującego do wniesienia odwołania** - Odwołujący jest uprawniony do wniesienia niniejszego odwołania, ponieważ pozostaje

Hoogells Oleksiewicz sp. k.

tel.: +48 22 254 26 32
fax: +48 22 391 52 38
kancelaria@hoogells.pl

Castor Park, II piętro
ul. Bobrowiecka 8,
00-728 Warszawa

NIP: 7010422255
KRS: 0000507185

www.hoogells.pl

HOOGELLS

organizacją wpisaną na listę³ (data wpisu: 30 kwietnia 2020 r., nr decyzji: UZP/DP/022/1/20/PL), o której mowa w art. 469 pkt 15 PZP (tj. listę prowadzoną przez Prezesa UZP organizacji uprawnionych do wnoszenia środków ochrony prawnej) a przedmiotem niniejszego odwołania są zarzuty skierowane wobec treści projektowanych postanowień umowy stanowiącej dokument zamówienia. Tym samym, spełnione zostały przesłanki określone w art. 505 ust. 2 PZP. Warto w tym miejscu dodać, że Odwołujący jako podmiot, którego legitymacja do wniesienia odwołania znajduje swoją podstawą prawną w art. 505 ust. 2 PZP, nie jest zobowiązany do wykazywania spełnienia innych przesłanek, w szczególności przesłanek materialnoprawnych z art. 505 ust. 1 PZP tj. interesu w uzyskaniu zamówienia oraz szkody⁴.

Na marginesie warto zaznaczyć, że niniejsze odwołanie zostało złożone wyłącznie z daleko posuniętej ostrożności Odwołującego. Według wiedzy Odwołującego, poszczególni członkowie ZOPI działając w trybie art. 135 ust. 1 PZP wystosowali lub wystosują do Zamawiającego pytania odnoszące się do kwestii poruszonej niniejszym odwołaniem. Odwołujący liczy się zatem z koniecznością cofnięcia niniejszego odwołania, jeżeli Zamawiający wprowadzi do dokumentacji Postępowania zmiany prowadzące do zapewnienia zgodności wskazanych postanowień dokumentacji Postępowania z obowiązującymi przepisami prawa.

³ Lista dostępna jest na stronie internetowej UZP pod adresem: <https://www.uzp.gov.pl/kio/lista-organizacji-uprawnionych-do-wnoszenia-odwolania>

⁴ Tak: *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, H. Nowak, M. Winiarz (red.), Warszawa 2021, s. 1305.

Hoogells Oleksiewicz sp. k.

tel.: +48 22 254 26 32
fax: +48 22 391 52 38
kancelaria@hoogells.pl

Castor Park, II piętro
ul. Bobrowiecka 8,
00-728 Warszawa

NIP: 7010422255
KRS: 0000507185

www.hoogells.pl

HOOGELLS

UZASADNIENIE:

1. Opis zaistniałego w sprawie stanu faktycznego

- 1.1. Zamawiający wszczął Postępowanie w dniu 22 grudnia 2021 r.
- 1.2. Przedmiotem zamówienia jest zaprojektowanie i budowa drogi ekspresowej S17 Piaski – Hrebenne, Odcinek nr 6: węzeł „Zamość Wschód” wraz z węzłem – węzeł „Zamość Południe” wraz z węzłem; długości ok. 12,430 km.
- 1.3. Zgodnie z punktem 17.1 Instrukcji dla Wykonawców stanowiącej Tom I SWZ („IDW”) Zamawiający wskazał, że *cena oferty zostanie wyliczona przez Wykonawcę w oparciu o Wykaz Płatności (tabela elementów zryczałtowanych) sporządzony na formularzu stanowiącym integralną część SWZ – Tom IV.*

DOWÓD: IDW (**w aktach Postępowania**).

- 1.4. Wykaz Płatności, o którym mowa powyżej, został podzielony dodatkowo na trzy odcinki:
 - **Odcinek I** – Zaprojektowanie i budowa drogi ekspresowej S17 na odcinku węzeł „Zamość Wschód” (z węzłem) – węzeł Zamość Południe (bez węzła) od km ok. 0+569 do km ok. 11+800 na długości ok. 11,231 km oraz zaprojektowanie drogi ekspresowej S17 na odcinku początek opracowania - węzeł „Zamość Wschód” (bez węzła) – od km 0+000 do ok. km 0+569,
 - **Odcinek II** – Zaprojektowanie i budowa drogi ekspresowej S17 na odcinku węzeł „Zamość Południe” (z węzłem) – koniec opracowania od km ok. 11+800 do km 13+000 na długości ok. 1,200 km,
 - **Odcinek III** – Zaprojektowanie i rozbudowa drogi krajowej DK 74 na odcinku Zamość – Miączyn od km 277+200 do km ok. 278+900 oraz od km ok. 280+505 do km 281+380.
- 1.5. Każdy z wyżej wskazanych odcinków składał się z trzech pozycji ujętych w Wykazie Płatności tj.:
 - **Wymagań Ogólnych** (przy czym maksymalna wartość zobowiązania względem całości wynagrodzenia za dany odcinek została ustalona na poziomie **6%**);

Hoogells Oleksiewicz sp. k.

tel.: +48 22 254 26 32
fax: +48 22 391 52 38
kancelaria@hoogells.pl

Castor Park, II piętro
ul. Bobrowiecka 8,
00-728 Warszawa

NIP: 7010422255
KRS: 0000507185

www.hoogells.pl

HOOGELLS

- **Dokumentów Wykonawcy** (przy czym maksymalna wartość zobowiązania względem całości wynagrodzenia za dany odcinek została ustalona na poziomie **5%**);
- **Robót** (bez wskazania jakichkolwiek limitów, przy czym Zamawiający ustalił maksymalny ryczałt za cały odcinek II i III⁵);

przy czym Dokumentami Zamówienia określa się zgodnie z Subklauzulą 1.1.14 szeroko pojętą dokumentację projektową niezbędną do wykonania przedmiotu zamówienia.

- 1.6. W świetle powyższego, wynagrodzenie wykonawcy w zakresie **prac projektowych** składających się na przedmiot umowy zostało ograniczone **do 5%** maksymalnej wartości zobowiązania względem wynagrodzenia za dany odcinek, czyli do **całkowitego wynagrodzenia wykonawcy** za tę część świadczenia.

DOWÓD: Wykaz Płatności (**w aktach Postępowania**).

- 1.7. Jednocześnie, prace projektowe zostały w ramach *Szczególnych Warunków Kontraktu – Część A Dane Kontraktowe* **objęte Kamieniem Milowym nr 1 (dla Odcinka I), Kamieniem Milowym nr 4 (dla Odcinka II) oraz Kamieniem Milowym nr 6 (dla Odcinka III)** – zob. punkt Wymagana Minimalna Ilość Wykonania (Kamień Milowy). Zgodnie z treścią przywołanych zapisów umownych, Zamawiający wymagał, aby w ramach Kamienia Milowego nr 1, 4 oraz 6 wykonawca złożył do właściwego organu administracji publicznej **w terminie 10 miesięcy od Daty Rozpoczęcia** kompletny wniosek o wydanie decyzji o zezwoleniu na realizację inwestycji drogowej dla danego odcinka („**ZRID**”).

DOWÓD: Szczególne Warunki Kontraktu – Część A Dane Kontraktowe (**w aktach Postępowania**).

- 1.8. Zgodnie zaś z Subklauzulą 8.8 Kary umowne Zamawiający ustalił, że wykonawca zapłaci mu m. in. **karę umowną za niewykonanie każdego z Kamieni Milowych** (w tym także Kamienia Milowego nr 1, 4 oraz 6) z *przyczyn leżących po stronie Wykonawcy w terminie ustalonym w dokumencie Dane Kontraktowe lub*

⁵ Całkowite wynagrodzenie wykonawcy za Odcinek II zostało ograniczone do 10% wartości całego Kontraktu a wynagrodzenie za Odcinek III zostało ograniczone do 7% wartości całego Kontraktu.

Hoogells Oleksiewicz sp. k.

tel.: +48 22 254 26 32
fax: +48 22 391 52 38
kancelaria@hoogells.pl

Castor Park, II piętro
ul. Bobrowiecka 8,
00-728 Warszawa

NIP: 7010422255
KRS: 0000507185

www.hoogells.pl

HOOGELLS

w terminie zmienionym zgodnie z Warunkami Kontraktu, **w wysokości 0,02% wartości Odcinka netto**, którego dotyczy Kamień Milowy za każdy dzień zwłoki, z uwzględnieniem postanowień Subklauzuli 8.15 [Niedotrzymanie Minimalnej Ilości Wykonania]. Kary umowne za niespełnienie każdego z warunków dotyczących Wymaganej Minimalnej Ilości Wykonania naliczane będą oddzielnie.

- 1.9. Innymi słowy, w przypadku zwłoki w wykonaniu Kamienia Milowego nr 1, 4 czy 6 (prace projektowe) wykonawca zostanie obciążony obowiązkiem zapłaty kary umownej liczonej za każdy dzień zwłoki **w wysokości 0,02% całkowitej ceny oferty wykonawcy za dany odcinek budowanej drogi**.
- 1.10. Tym samym, **punktem odniesienia** dla ustalenia wysokości kary umownej za niedotrzymanie terminu realizacji Kamienia Milowego nr 1, 4 czy 6 Zamawiający uczynił nie tyle wynagrodzenie wykonawcy za etap prac projektowych dla danego odcinka budowanej drogi (zob. punkt 1.5 treści uzasadnienia niniejszego odwołania), ale **całkowite wynagrodzenie wykonawcy za wszystkie prace objęte danym odcinkiem** (na które składają się zarówno Koszty Ogólne, projektowanie jak i roboty budowlane).

2. Uzasadnienie prawne

- 2.1. Sformułowany w powyższy sposób mechanizm naliczania kary umownej **narusza szereg zasad PZP**, w szczególności zasadę uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, zasadę proporcjonalności oraz zasadę równowagi stron stosunku zobowiązaniowego. Uzasadnieniem dla powyższego pozostaje szereg okoliczności o charakterze faktycznym i prawnym.
- 2.2. **Po pierwsze**, warto zauważyć, że całkowita wartość prac projektowych w stosunku do pozostałej części świadczenia wykonawcy w każdym z odcinków jest stosunkowo niewielka i może wynieść (zgodnie zresztą z wartością wynikającą z Wykazu Płatności) **maksymalnie 5% wartości wynagrodzenia wykonawcy za dany odcinek**. Porównywanie wartości prac projektowych do wartości całego wynagrodzenia za dany odcinek jest uzasadnione specyfiką realizacji zamówień takich jak to, dla którego prowadzone jest Postępowanie (zaprojektuj i wybuduj). Najczęściej bowiem za etap projektowy odpowiada podmiot (konsorcjant lub podwykonawca) pozostający wyspecjalizowanym biurem projektowym. Pozostała

Hoogells Oleksiewicz sp. k.

tel.: +48 22 254 26 32
fax: +48 22 391 52 38
kancelaria@hoogells.pl

Castor Park, II piętro
ul. Bobrowiecka 8,
00-728 Warszawa

NIP: 7010422255
KRS: 0000507185

www.hoogells.pl

HOOGELLS

część prac objętych zamówieniem pozostaje w gestii generalnego wykonawcy (lub wykonawców). W tym sensie raczej rzadko spotykanym modelem realizacji tego typu kontraktów pozostaje ten, w którym wykonawca posiada „własne” biuro projektowe i nie musi zatrudniać w tym zakresie podwykonawców (m. in. z tego powodu dla etapu projektowania Zamawiający nie wprowadza obowiązku osobistego wykonania tej części zamówienia przez wykonawcę i dopuszcza w pełnym zakresie podwykonawstwo tej części zamówienia) lub angażować na tę okoliczność konsorcjantów. Tym samym, każdy dzień zwłoki w realizacji prac projektowych (Kamienia Milowego nr 1, 4 czy 6) oznacza dla podmiotu wykonującego prace projektowe obowiązek zapłaty kary umownej na poziomie 0,02% całego wynagrodzenia wykonawcy za dany odcinek drogi, co oznacza (czysto teoretycznie), że po 250 dniach ($0,02\% \times 250 = 5\%$) całe wynagrodzenie przysługujące mu za etap prac projektowych dla danego odcinka zostanie „skonsumowane” naliczoną karą umowną. Porównując zaś analogiczną karę umowną za etapy realizacji zamówienia dla poszczególnych Kamieni Milowych związane z realizacją robót budowlanych okazałoby się, że byłaby ona znacznie mniej dotkliwa dla podmiotu je wykonującego (wynagrodzenie za roboty budowlane może wynieść prawie 90% ceny ofertowej dla każdego z odcinków, przy zachowaniu tego samego mechanizmu obliczania kary umownej). Czysto zatem teoretycznie (i wyłącznie w celu zilustrowania rażącej dysproporcji pomiędzy karami za poszczególne świadczenia wykonawcy objęte tym samym odcinkiem), dla podmiotu wykonującego w całości roboty budowlane dla danego odcinka całe jego wynagrodzenie za etap robót budowlanych nim objętych wyczerpałoby się (dopiero) po 4.450 dniach zwłoki w wykonaniu danego kamienia milowego ($0,02\% \times 4.450 = 89\%$). W tym sensie wysokość kary umownej za zwłokę w wykonaniu prac projektowych objętych Kamieniem Milowym nr 1, 4 i 6 liczona od całości (całkowitego) wynagrodzenia wykonawcy dla danego odcinka **jest nieproporcjonalnie wysoka w stosunku do kar za zwłokę w wykonaniu robót budowlanych**. Omawianej nieproporcjonalności w żaden sposób nie ogranicza ustalony w umowie z wykonawcą limit kar umownych należnych Zamawiającemu.

- 2.3. **Po drugie**, omawiany mechanizm istotnie rzutuje na uczciwą konkurencję, w tym także na ewentualne podwykonawstwo prac projektowych. Tak jak zostało wskazane powyżej, najczęściej za etap projektowy odpowiada albo wyspecjalizowany w tym zakresie projektant (np. konsorcjant) albo będący nim

Hoogells Oleksiewicz sp. k.

tel.: +48 22 254 26 32
fax: +48 22 391 52 38
kancelaria@hoogells.pl

Castor Park, II piętro
ul. Bobrowiecka 8,
00-728 Warszawa

NIP: 7010422255
KRS: 0000507185

www.hoogells.pl

HOOGELLS

podwykonawca. Umowa podwykonawcza nie może bowiem (zgodnie z Subklauzulą 4.4, punkt III ppkt 3 lit. (f) (Wymagania dotyczące Umów o podwykonawstwo – przyp. Odwołującego): *ustalać kar umownych dla Podwykonawcy lub Dalszego Podwykonawcy w wyższej wysokości wyrażonej w procentach niż wysokość wyrażona w procentach tożsamyh kar przewidzianych w Umowie zawartej pomiędzy Zamawiającym a Wykonawcą*. W praktyce rynkowej, wykonawcy nie naruszając przywołanej Subklauzuli najczęściej (i) nie określają wprawdzie wyższej wartości procentowej dla kar umownych dla podwykonawców prac projektowych, ale czynią punktem odniesienia dla ich ustalenia nie wysokość wynagrodzenia podwykonawcy, co wynagrodzenie wykonawcy z umowy z zamawiającym, albo (ii) zobowiązują podwykonawcę do pokrycia wszelkich roszczeń zamawiającego związanych z etapem projektowania, albo (iii) w ramach podziału prac w ramach konsorcjum ustalają pełną odpowiedzialność konsorcjanta realizującego prace projektowe za ten, początkowy etap realizacji inwestycji. Zarówno pierwszy jak i drugi model skutkuje zatem **faktycznym „przerzuceniem”** na podwykonawcę (w trzecim modelu: na konsorcjanta-projektanta) etapu projektowego **bardzo dotkliwej kary umownej zastrzeżonej na rzecz zamawiającego**. Powyższe w prosty sposób prowadzi do znaczącego zniechęcenia podmiotów świadczących swoje usługi w zakresie projektowania (będących w większości małymi i średnimi przedsiębiorcami) do ubiegania się o przedmiotowe zamówienie a jednocześnie znacznie uprzywilejowuje tych wykonawców, którzy posiadają własne biura projektowe. Dotkliwość omawianej kary umownej wiąże się też z trudnością w wycenie świadczenia w zakresie Kamienia Milowego nr 1, ale też Kamienia Milowego nr 4 i 6 (w jaki sposób ograniczyć ryzyko wynikające z rażącej dysproporcji kar umownych za ten etap realizacji zamówienia i za kolejne etapy?).

- 2.4. **Po trzecie**, uczynienie punktem odniesienia dla wysokości kary umownej za Kamień Milowy nr 1, 4 i 6 całkowitego wynagrodzenia wykonawcy za dany odcinek budowanej drogi w sposób rażący **narusza zasadę proporcjonalności**. W szczególności wykracza ona ponad to, co jest konieczne do osiągnięcia celu, któremu ma służyć tj. zapewnieniu należytego wykonania umowy w części dotyczącej prac projektowych. W celu spełnienia swoich funkcji i niewychodzenia poza nie, **kara umowna powinna odnosić się do wartości części świadczenia**, którego należyte wykonanie zabezpiecza (etap prac projektowych w ramach danego odcinka budowanej drogi).

Hoogells Oleksiewicz sp. k.

tel.: +48 22 254 26 32
fax: +48 22 391 52 38
kancelaria@hoogells.pl

Castor Park, II piętro
ul. Bobrowiecka 8,
00-728 Warszawa

NIP: 7010422255
KRS: 0000507185

www.hoogells.pl

HOOGELLS

- 2.5. Na powyższe zwraca uwagę m. in. Urząd Zamówień Publicznych w dokumencie opublikowanym na stronie internetowej urzędu⁶ rekomendując *naliczanie kar umownych od części zamówienia, którego rzeczywiście dotyczy naruszenie umowy, za które zastrzeżona jest kara lub niezrealizowanej części umowy, a nie od całości.*
- 2.6. Podobne wnioski płyną z orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej. Dla przykładu warto w tym miejscu wskazać na wyrok Izby z 31 marca 2021 r., sygn. KIO 481/21, w którym także dokonano oceny punktu odniesienia dla wysokości kary umownej naliczanej wykonawcy: *Izba nakazała Zamawiającemu zmianę zapisów umownych poprzez odpowiednie rozdzielenie zastrzeżonych kar umownych do wysokości zamówienia podstawowego i zamówienia w opcji oraz odpowiednie odniesienie wysokości tych kar (kwotowe lub procentowe) do poziomu wynagrodzenia odpowiednio dla części podstawowej i prawa opcji. (...) Kara umowna jest ściśle powiązana z niewykonaniem lub nienależytym wykonaniem konkretnego świadczenia. Wysokość kary powinna zatem korespondować z tym świadczeniem. Zatem jeśli wykonawca nie wykonuje lub spóźnia się z realizacją świadczeń wynikających z zamówienia podstawowego, to kara umowna powinna odpowiadać procentowej lub kwotowej wysokości szkody jaką zamawiający może ponieść w związku z niewykonaniem lub nienależytym wykonaniem tej części zamówienia podstawowego. Jeśli zaś wykonawca spóźni się lub nie wykona przykładowo jednego nowego Punktu Kontrolnego, to kara za to powinna być skorelowana z wartością zamówienia opcjonalnego. W przeciwnym wypadku bowiem Zamawiający przenosiłby wartość umownego odszkodowana ponad rzeczywistą wartość szkody, którą może ponieść odrębnie w każdej części zamówienia, co należy uznać za działanie zmierzające do nadużycia pozycji Zamawiającego względem wykonawcy, który ma ograniczony wpływ na kształtowanie postanowień umownych.*
- 2.7. Omawiany problem sprowadza się w tym kontekście do ustalenia kary umownej na **rażąco wygórowanym poziomie** w stosunku do świadczenia, które kara umowna ma zabezpieczać. Problem ten nie dotyczy tylko szeroko pojętej branży budowlanej a w dodatku od dawna jest identyfikowany w praktyce udzielania

⁶ https://www.uzp.gov.pl/data/assets/pdf_file/0023/42737/Zalacznik-1-Dobre-i-zle-praktyki-kontraktowe.pdf

Hoogells Oleksiewicz sp. k.

tel.: +48 22 254 26 32
fax: +48 22 391 52 38
kancelaria@hoogells.pl

Castor Park, II piętro
ul. Bobrowiecka 8,
00-728 Warszawa

NIP: 7010422255
KRS: 0000507185

www.hoogells.pl

HOOGELLS

zamówień publicznych⁷: *stosunkowo często wykonawcy spotykają się ze wzorami umów, w których zastrzega się kary umowne na rażąco wygórowanym poziomie. Najczęstsze przejawy takiego zachowania to: ustalanie wysokości kar umownych za **nieterminowe wykonanie świadczenia częściowego** (np. realizacji pojedynczego zamówienia lub załatwienia reklamacji) **w odniesieniu do wartości całej wieloletniej umowy**. Skutkiem jest nakładanie na wykonawców kar umownych, które zbliżają się do wartości dostawy, która została zrealizowana z opóźnieniem, lub ją przekraczają.*

2.8. **Po czwarte**, omawiany mechanizm naliczania kary umownej **narusza zasadę równowagi stron stosunku zobowiązaniowego**. Wprawdzie zasada ta wywodzi się z przepisów KC, jednak to właśnie one znajdują odpowiednie zastosowanie do czynności podejmowanych przez Zamawiającego z racji odesłania zawartego w art. 8 ust. 1 PZP. W tym sensie, Zamawiający nie powinien nadużywać swojego prawa do określenia (tak jak w omawianym przypadku) postanowień umownych prowadząc *de facto* do **narzucenia potencjalnym wykonawcom skrajnie niekorzystnych warunków realizacji zamówienia**. Co ważne, takie ukształtowanie zasad współpracy z przyszłym wykonawcą nie znajduje jakiegokolwiek podstawy w uzasadnionych potrzebach Zamawiającego.

2.9. Na koniec, warto zwrócić uwagę, że identyczny (wręcz: tożsamy) spór prowadzony był pomiędzy Stronami (tyle, że z bydgoskim oddziałem Zamawiającego) niniejszego postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. KIO 2149/21. W przywołanej sprawie został wydany w dniu 1 października 2021 r. wyrok, w którym Krajowa Izba Odwoławcza **uwzględniła odwołanie i nakazała zmianę omawianego postanowienia umownego**, w taki sposób, by kara umowna w nim określona za niedotrzymanie terminu wykonania Kamienia Milowego nr 1 obliczana była od wartości wynagrodzenia Wykonawcy za element zryczałtowany oznaczony w Wykazie Płatności nr II, tj. Dokumenty Wykonawcy. W treści uzasadnienia do przywołanego wyroku Krajowa Izba Odwoławcza w szczególności przyjęła, że:

- (...) kara umowa za zwłokę w wykonaniu prac projektowych (Kamienia Milowego nr 1), liczona od całości wynagrodzenia wykonawcy, pozostawała

⁷ L. Więclaw-Bator, A. Jówko, L. Kruszcza, *Umowy o roboty budowlane i usługi związane z realizacją przedsięwzięć budowlanych*, wydawnictwo Wolters Kluwer, Warszawa 2021, str. 276.

Hoogells Oleksiewicz sp. k.

tel.: +48 22 254 26 32
fax: +48 22 391 52 38
kancelaria@hoogells.pl

Castor Park, II piętro
ul. Bobrowiecka 8,
00-728 Warszawa

NIP: 7010422255
KRS: 0000507185

www.hoogells.pl

HOOGELLS

nieproporcjonalnie wysoka w stosunku do kar za zwłokę w wykonaniu robót budowlanych.

- Sposób ukształtowania kary umownej z Subklauzuli 8.8. I lit. b, kwestionowanej przez odwołującego w odwołaniu, **naruszał zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców** prowadząc do ograniczenia dostępu do zamówienia dla określonej grupy wykonawców zdolnych do realizacji zamówienia, w tym także małym i średnim przedsiębiorstwom zdolnym do uczestniczenia w wykonaniu zamówienia (...).
 - (...) sporna kara umowna **naruszała zasadę proporcjonalności** poprzez zastosowanie środków nadmiernych i wykraczających poza to, co jest konieczne dla osiągnięcia celu, jakiemu służyć ma kara umowna. (...) Zamawiający cele zastrzeżenia kary umownej, jakimi są jej funkcje odszkodowawcza i motywacyjna, może osiągnąć w ten sposób, że **kara umowa za zwłokę w wykonaniu prac projektowych zostanie ustalona na odpowiednim poziomie procentowym liczonym od wartości prac projektowych**, a nie od wartości całości kontraktu, obejmującej także roboty budowlane. (...).
 - Ponadto stwierdzono, że kara umowna **naruszała także zasadę równowagi stron stosunku zobowiązaniowego**. (...).
- 2.10. Z informacji posiadanych przez Odwołującego przywołany powyżej wyrok Izby wydany w sprawie KIO 2149/21 nie został zaskarżony do Sądu Okręgowego w Warszawie – sądu zamówień publicznych.
- 2.11. Z uwagi na powyżej przytoczoną argumentację, w celu przywrócenia zgodności omawianego mechanizmu naliczania kary umownej za nieosiągnięcie Kamienia Milowego nr 1, 4 oraz 6 należałoby nakazać Zamawiającemu, aby kara umowna przewidziana Klauzulą 8.8 pkt I lit. (b) za niedotrzymanie tych terminów obliczana była każdorazowo od wartości wynagrodzenia wykonawcy za prace projektowe (Dokumenty Wykonawcy z Wykazu Płatności dla każdego z odcinków) a nie od wartości całego wynagrodzenia wykonawcy za dany odcinek budowanej drogi.

Hoogells Oleksiewicz sp. k.

tel.: +48 22 254 26 32
fax: +48 22 391 52 38
kancelaria@hoogells.pl

Castor Park, II piętro
ul. Bobrowiecka 8,
00-728 Warszawa

NIP: 7010422255
KRS: 0000507185

www.hoogells.pl

HOOGELLS

3. Podsumowanie

- 3.1. W świetle powyższego, wskazane w treści niniejszego odwołania zarzuty są zasadne i zasługują na uwzględnienie.
- 3.2. Wnoszę zatem jak na wstępie, z uwzględnieniem całokształtu przedstawionej powyżej argumentacji.

w imieniu Odwołującego
adwokat Michał Wojciechowski

Wykaz załączników:

1. Informacja odpowiadająca odpisowi aktualnemu z rejestru przedsiębiorców dla Odwołującego.
2. Pełnomocnictwo udzielone przez Odwołującego na rzecz adwokata Michała Wojciechowskiego.
3. Dowód uiszczenia opłaty skarbowej od pełnomocnictwa od Odwołującego dla adwokata Michała Wojciechowskiego.
4. Dowód uiszczenia wpisu od odwołania.
5. Potwierdzenie przesłania odwołania wraz z załącznikami Zamawiającemu za pomocą poczty elektronicznej.
6. Potwierdzenie przesłania odwołania wraz z załącznikami Zamawiającemu za pomocą platformy zakupowej.

Hoogells Oleksiewicz sp. k.

tel.: +48 22 254 26 32
fax: +48 22 391 52 38
kancelaria@hoogells.pl

Castor Park, II piętro
ul. Bobrowiecka 8,
00-728 Warszawa

NIP: 7010422255
KRS: 0000507185

www.hoogells.pl