Sygn. akt: KIO 2807/21

WYROK

z dnia 25 października 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Beata Konik

Protokolant: Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na rozprawie 20 października 2021 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 23 września 2021 roku przez odwołującego NDI spółkę akcyjną z siedzibą w Sopocie w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Tramwaje Śląskie spółkę akcyjną z siedziba w Chorzowie, przy udziale wykonawcy Przedsiębiorstwa Inżynieryjnych Robót Kolejowych „TOR-KRAK" spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Krakowie zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego,

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża Odwołującego i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania, po 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych, zero groszy), stanowiącą koszt poniesiony przez Zamawiającego oraz przez Odwołującego z tytułu zastępstwa przed Izbą.

2.2. zasądza od odwołującego NDI spółki akcyjnej z siedzibą w Sopocie na rzecz zamawiającego Tramwajów Śląskich spółki akcyjnej z siedzibą w Chorzowie kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych, zero groszy), stanowiącą koszt poniesiony przez Zamawiającego z tytułu zastępstwa przed Izbą.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 r. poz. 2019), na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący: .....

Sygn. akt: KIO 2807/21

UZASADNIENIE

Tramwaje Śląskie spółka akcyjna z siedziba w Chorzowie, (dalej: „Zamawiający") prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego o udzielenie zamówienia publicznego pn.: „Budowa linii tramwajowej wzdłuż ul. Grundmanna w Katowicach. Połączenie dwóch magistralnych linii tramwajowych funkcjonujących w układzie wschód zachód biegnących ul. Chorzowską i ul. Gliwicką"" zadanie nr 9, w ramach Projektu pn.: „Zintegrowany Projekt modernizacji i rozwoju infrastruktury tramwajowej w Aglomeracji Śląsko Zagłębiowskiej wraz z zakupem taboru tramwajowego etap I", nr postępowania: UE/JRP/B/428/20 21.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z 15 września 2021 r. nr 2021/S 179-467012.

Przedmiotowe postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest prowadzone na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 r. poz. 2019 ze zm.), tj. z dnia 18 maja 2021 r. (Dz.U. z 2021 r. poz. 1129), dalej jako „ustawa Pzp".

W postępowaniu tym wykonawca NDI spółka akcyjna z siedzibą w Sopocie (dalej: „Odwołujący") 23 września 2021 roku złożył odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wobec treści Specyfikacji Warunków Zamówienia (dalej: „SWZ"), w tym wobec treści wzoru umowy stanowiącego załącznik nr 8 do SWZ, zór umowy) w następującym zakresie:

1. § 1 ust. 11 pkt a)-b) Wzoru umowy w zakresie w jakim przerzuca na wykonawcę robót budowlanych ryzyko związane z oceną rzetelności i wystarczalności dostarczonej przez Zamawiającego dokumentacji projektowej;

2. § 1 ust. 12 Wzoru umowy o treści: „Wykonawca zobowiązany jest do wykonania w ramach wynagrodzenia określonego w § 9 ust. 1, obowiązków spoczywających na nim, w tym wynikających z Umowy, przepisów prawa, aktów administracyjnych i zasad sztuki budowlanej, a także wszelkich prac niezbędnych do wykonania Przedmiotu Umowy również tych, których konieczność ujawni się w trakcie realizacji robót objętych Umową, a które posiadający odpowiednią wiedzę i doświadczenie Wykonawca powinien był przewidzieć na podstawie dokumentacji projektowej, obowiązujących przepisów techniczno - budowlanych i administracyjnych, jak również wiedzy i doświadczenia" - w zakresie w jakim przerzuca na wykonawcę ryzyko, w tym także finansowe, niejednoznacznego, niewyczerpującego i utrudniającego uczciwą konkurencję opisania przedmiotu zamówienia;

3. § 8 ust. 7 i 9 w zw. z § 5 ust. 6 w zw. z § 10 ust. 2 Wzoru umowy w zakresie w jakim uzależnia dokonanie odbioru robót, a także dokonanie zapłaty wynagrodzenia należnego wykonawcy za zrealizowanie przedmiotu Umowy w całości lub w części, od zatwierdzenia przez Zamawiającego robót bez jakichkolwiek zastrzeżeń, tj. „gdy nie stwierdzi się żadnych wad ani usterek w przedmiocie odbioru";

4. § 14 ust. 1 pkt a)- c) oraz k) Wzoru Umowy w zakresie w jakim postanowienia te przewidują rażąco wygórowane kary umowne.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1) art. 431 PZP oraz art. 647 KC, art. 651 KC oraz art. 354 § 1 i 2 KC w zw. z art. 353^1

KC w zw. z art. 8 ust. 1 PZP - poprzez sformułowanie projektowanych postanowień Wzoru umowy w sposób sprzeczny z istotą umowy o roboty budowlane, jak również wbrew zasadom współdziałania stron umowy w sprawie zamówienia publicznego i swobody kontraktowania poprzez nieuprawnione przerzucanie na wykonawcę robót budowlanych odpowiedzialności w zakresie weryfikacji dostarczonej przez Zamawiającego dokumentacji projektowej;

2) art. 433 pkt 3) w zw. z art. 99 ust. 1 i 4 PZP w zw. z art. 16 PZP oraz art. 3531 KC w zw. z art. 8 ust. 1 PZP - poprzez nieuprawnione przerzucanie na wykonawcę odpowiedzialności za okoliczności leżące wyłącznie po stronie Zamawiającego, a związane z niejednoznacznym, niewyczerpującym, naruszającym reguły uczciwej konkurencji opisaniem przedmiotu zamówienia, co znalazło odzwierciedlenie w nałożonym na wykonawcę obowiązku uwzględnienia w ramach wynagrodzenia umownego „wszelkich prac niezbędnych do wykonania Przedmiotu Umowy, jak również tych, których konieczność ujawni się w trakcie realizacji robót objętych

Umową", co skutkuje niemożliwością oszacowania zakresu tychże prac, a w konsekwencji ich rzetelnej wyceny, prowadząc do nieporównywalności ofert, godząc tym samym w zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz wykraczając poza zasadę swobody kontraktowania;

3) art. 431 PZP oraz art. 647 KC oraz art. 354 § 2 KC w zw. z art. 3531 KC w zw. z art. 8 ust. 1 PZP - poprzez sformułowanie projektowanych postanowień Wzoru umowy w sposób sprzeczny z istotą umowy o roboty budowlane, jak również wbrew zasadom współdziałania stron umowy w sprawie zamówienia publicznego i swobody kontraktowania poprzez brak nałożenia na Zamawiającego obowiązku odbioru robót ergo zapłaty za nie wynagrodzenia w sytuacji zaistnienia wad nieistotnych możliwych do usunięcia i umożliwiających Zamawiającemu użytkowanie Przedmiotu Umowy zgodnie z przeznaczeniem;

4) art. 484 § 2 KC w zw. art. 3531 KC oraz w zw. z art. 58 KC w zw. z art. 8 ust. 1 PZP - poprzez ustalenie wysokości kar umownych jako rażąco wygórowanych.

W związku z powyższym zarzutem, Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1) odnośnie do § 1 ust. 11 pkt a) Wzoru umowy - zmianę nadając mu następującą treść: „Wykonawca, w ramach swojej najlepszej wiedzy w zakresie realizacji robót budowalnych, oświadcza że:

a) zapoznał się ze wszystkimi dokumentami stanowiącymi integralną część Umowy, a w szczególności z dokumentacją projektową, w sposób który pozwala realizować roboty zgodnie z ich założeniami oraz zasadami sztuki budowlanej";

2) odnośnie do § 1 ust. 11 pkt b) Wzoru umowy - usunięcie;

3) odnośnie do § 1 ust. 12 Wzoru umowy - zmianę nadając mu następującą treść: „Wykonawca zobowiązany jest do wykonania w ramach wynagrodzenia określonego w § 9 ust. 1, obowiązków spoczywających na nim, w tym wynikających z Umowy, przepisów prawa, aktów administracyjnych i zasad sztuki budowlanej".

4) odnośnie do § 8 ust. 7 i 9 w zw. z § 5 ust. 6 w zw. z § 10 ust. 2 Wzoru umowy - zmianę nadając im następującą treść:

„§ 8 ust. 7: Odbiór częściowy lub końcowy robót nastąpi, gdy nie stwierdzi się wad lub usterek istotnych w przedmiocie odbioru z zastrzeżeniem ust. 8 i 9 niniejszego paragrafu";

„§ 8 ust. 9: Jeśli w toku czynności odbioru zostaną stwierdzone wady nieistotne, to Zamawiający:

a) jeżeli wady można usunąć i umożliwiają użytkowanie Przedmiotu Umowy zgodnie z przeznaczeniem, dokona odbioru wyznaczając termin usunięcia wad;

b) jeżeli wad nie można usunąć i umożliwiają użytkowanie przedmiotu odbioru zgodnie z przeznaczeniem i nie zagrażają bezpieczeństwu życia i zdrowia ludzi, Zamawiający dokona odbioru będąc jednocześnie uprawnionym do odpowiedniego obniżenia wynagrodzenia Wykonawcy".

„§ 10 ust. 2: Podstawą do wystawienia faktury częściowej przez Wykonawcę za wykonywanie Przedmiotu Umowy będzie zatwierdzony przez Zamawiającego protokół odbioru robót budowlanych. Wykonawca zobowiązany jest do wystawienia faktury nie później niż 30 dni od daty zatwierdzenia przez Zamawiającego protokołu odbioru robót budowlanych".

5) odnośnie do § 14 ust. 1 pkt a)- c) oraz k) Wzoru umowy - zmianę poprzez zrewidowanie wysokości kar umownych w następujący sposób:

„a) za zwłokę w przedłożeniu harmonogramu, o którym mowa w § 1 ust. 4 lub jego korekty lub aktualizacji zgodnie z postanowieniami § 1 ust. 5 i ust. 6 - w wysokości 0,05 % wynagrodzenia brutto określonego w § 9 ust. 1, za każdy rozpoczęty dzień zwłoki po upływie terminu określonego w § 1 ust. 4 lub odpowiednio w § 1 ust. 5 i ust. 6;

b) za zwłokę w wykonaniu całości Przedmiotu Umowy - w wysokości 0,1 % wynagrodzenia brutto określonego w § 9 ust. 1, za każdy rozpoczęty dzień zwłoki, po upływie terminu określonego w § 5 ust. 5;

c) za zwłokę w usunięciu wad stwierdzonych przy odbiorze, o których mowa w § 8 ust. 9 lit a) lub ujawnionych w okresie gwarancji lub rękojmi - w wysokości 0,03 % wynagrodzenia brutto określonego odpowiednio w § 9 ust. 1, za każdy rozpoczęty dzień zwłoki, po upływie terminu wyznaczonego na usunięcie wad;

k) za uchybienie przez Wykonawcę wymaganiu zatrudnienia przez Wykonawcę lub Podwykonawcę na podstawie umowy o pracę pracowników fizycznych - bezpośrednio wykonujących roboty określone w SWZ - jeżeli wykonanie tych czynności polega na wykonywaniu pracy w sposób określony w art. 22 § 1 ustawy z dnia 26 czerwca 1974 r. - Kodeks pracy (tekst jednolity Dz.U. z 2020 r. poz. 1320 ze zm.) - w wysokości 0,5 % wartości wynagrodzenia brutto, określonego w § 9 ust. 1 za każdy taki stwierdzony przypadek";

a ponadto Odwołujący wniósł o:

5) nakazanie Zamawiającemu przekazania zmiany SWZ - treści Załącznika nr 8 tj. Wzoru umowy niezwłocznie wszystkim wykonawcom oraz zamieszczenie jej na stronie internetowej;

6) obciążenie w całości Zamawiającego kosztami postępowania, tj. zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów wpisu od odwołania w wysokości 20.000,00 zł wraz z pozostałymi, uzasadnionymi kosztami postępowania odwoławczego w tym kosztami dojazdu na rozprawę i wynagrodzeniem pełnomocnika w wysokości określonej na podstawie rachunków przedłożonych do akt sprawy na rozprawie.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący wskazał, co następuje.

W pierwszej kolejności Odwołujący wskazał, że ma interes we wniesieniu niniejszego odwołania. Odwołujący jest przedsiębiorcą działającym na rynku budownictwa infrastrukturalnego oraz potencjalnym wykonawcą niniejszego zamówienia. W przypadku zatem złożenia atrakcyjnej pod względem cenowym i jakościowym oferty ma realną możliwość uzyskania niniejszego zamówienia publicznego. Na skutek niezgodnych z wyżej wskazanymi przepisami ustawy PZP działań Zamawiającego, Odwołujący może ponieść szkodę w postaci braku możliwości złożenia oferty w niniejszym postępowaniu. Zdaniem Odwołującego zamawiający opracował postanowienia Wzoru umowy w sposób przeczący zasadom równoważenia interesów stron, zachowania uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców oraz przejrzystości, uniemożliwiając w istocie rzetelne przygotowanie i złożenie porównywalnych ofert.

Odwołujący wskazał, że postanowienia Wzoru umowy stanowiące przedmiot tego odwołania, mają charakter uniwersalny, pojawiając się w większości wzorów umów sporządzonych w toku innych postępowań o udzielenie zamówień publicznych prowadzonych przez Zamawiającego. Pomimo kierowania analogicznych wniosków o ich zmianę lub usunięcie, także w innych postępowaniach postawa Zamawiającego jawi się jako nieprzejednana, w istocie czyniąc wniesienie odwołania jako konieczne i w pełni uzasadnione.

Ad zarzutu 1 i 2

Odwołujący wskazał, że w myśl art. 431 ustawy Pzp, Zamawiający i wykonawca wybrany w postępowaniu o udzielenie zamówienia obowiązani są współdziałać przy wykonaniu umowy w sprawie zamówienia publicznego, w celu należytej realizacji zamówienia. Przepis ten usankcjonował obowiązującą uprzednio na gruncie Kodeksu Cywilnego, a stosowaną odpowiednio w ramach zamówień publicznych, zasadę współdziałania stron w realizacji zobowiązań zgodnie z ich treścią i w sposób odpowiadający ich celowi społeczno-gospodarczemu oraz zasadom współżycia społecznego, a jeżeli istnieją w tym zakresie ustalone zwyczaje - także w sposób odpowiadający tym zwyczajom (art. 354 § 1 i 2 KC).

Odwołujący wskazał, że wobec faktu iż przedmiotowe Zamówienie realizowane będzie w formule „wybuduj", obejmując realizację robót budowlanych na warunkach określonych przez Zamawiającego, w zakresie zobowiązań tego ostatniego leży sporządzenie i dostarczenie wykonawcy dokumentacji projektowej prawidłowej, rzetelnej i nadającej się do wykonania przedmiotu umowy o roboty budowlane.

Odwołujący zwrócił uwagę, że wykonawca robót budowlanych na etapie przetargu nie

musi dysponować specjalistyczną wiedzą z zakresu projektowania, a jedynie przygotować ofertę zgodnie z wymaganiami określonymi przez samego zamawiającego; nie można twierdzić, że na wykonawcy ciąży obowiązek szczegółowego sprawdzenia projektu dostarczonego przez zamawiającego. Odwołujący wskazał, że pogląd ten znajduje swoje uzasadnienie zarówno w doktrynie, jak i judykaturze. Jak wskazał Odwołujący punktem wyjścia dla rozważań jest przyjęcie, że to na Zamawiającym spoczywa obowiązek zorganizowania procesu budowlanego przez zapewnienie opracowania dokumentacji projektowej przez osoby o odpowiednich kwalifikacjach zawodowych (tak m.in. D. Okolski [w:] Umowa o roboty budowlane, rozdział 1 pkt 1.2, wyd. 9, Warszawa 2018). Następnie Odwołujący przywołał stanowisko judykatury wskazując m.in. na to wyrażone przez Sąd

Najwyższy w wyroku z dnia 27 marca 2000 r. (sygn. akt III CKN 629/98) a także przez Sąd Apelacyjny w Katowicach wyroku z dnia 22 listopada 2013 r. (sygn. akt V ACa 442/13)

Odwołujący wskazał, że wykonawca robót budowlanych ma zatem obowiązek sprawdzić, czy dostarczone przez zamawiającego dokumenty są kompletne, czy są zatwierdzone przez właściwy organy i czy nie zawierają wad lub błędów dających się zauważyć bez konieczności posiadania wiadomości specjalnych (uprawnień projektanta). Odwołujący przywołał stanowisko Sądu Najwyższego wyrażone w wyroku z dnia 29 kwietnia 2016 r. (sygn. akt I CSK 306/15), wyrok Sądu Najwyższego z 27 marca 2000 r., III CKN 629/98, OSNC 2000, nr 9, poz. 173. Mając na względzie powyższe, sformułowane przez Zamawiającego postanowienia § 1 ust. 11 oraz § 1 ust. 12 Wzoru umowy w zakresie w jakim w sposób nieuprawniony, wbrew istocie stosunku zobowiązaniowego, o którym mowa w art. 647 KC, obarczają wykonawcę robót budowlanych obowiązkami w zakresie szczegółowej i specjalistycznej weryfikacji dostarczonej przez Zamawiającego dokumentacji projektowej, a nadto w zakresie w jakim przerzucają na wykonawcę obowiązek przewidzenia „wszelkich prac niezbędnych do wykonania Przedmiotu Umowy, jak również tych, których konieczność ujawni się w trakcie realizacji robót objętych Umową" bez możliwości zmiany wynagrodzenia jawi się, zdaniem Odwołującego, jako sprzeczne z ww. przepisami zarówno ustawy Pzp jak i KC.

Odwołujący wskazał, że na mocy art. 99 ust. 1 i 4 Pzp Zamawiający zobowiązany jest do opisania przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty, jak również w sposób nieutrudniający uczciwej konkurencji. Sytuacja, w której wykonawca ponosi niczym nieskrępowane ryzyko przewidzenia (czy braku przewidzenia), a następnie skalkulowania wszelkich niedookreślonych przez Zamawiającego prac godzi zdaniem Odwołującego w powyższe postulaty, naruszając także zasadę przejrzystości oraz równego traktowania wykonawców, o których mowa w art. 16 Pzp. Co więcej, każdy z oferentów będzie wyceniał nieznany zakres prac, a zatem ocenie w ramach postępowania będą podlegać oferty zupełnie nieporównywalne, w których jedni wykonawcy przejmą i wycenią większy poziom ryzyka, inni zaś ograniczą owo ryzyko, niejako sztucznie zaniżając wartość oferty. Odwołujący wskazał także, iż zgodnie z wprowadzoną do krajowego porządku prawnego na skutek implementacji Dyrektywy 2014/24/UE w sprawie zamówień publicznych (Ustawa o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw z dnia 22 czerwca 2016 r. (Dz.U. z 2016 r. poz. 1020)) zasadą przejrzystości przygotowania i przeprowadzenia postępowania o udzielenia zamówienia publicznego - wymóg zachowania przejrzystości w działaniach instytucji zamawiającej polega m.in. na upublicznieniu informacji o zamiarze udzielenia zamówienia oraz przekazywaniu uczestnikom postępowania odpowiednich informacji o jego przebiegu i podejmowanych decyzjach. Odwołujący przywołał stanowisko TSUE wyrażone w wyroku z dnia16.2.2012 r. w sprawach połączonych C-72/10 i C-77/10, Marcello Costa (C-72/10) i Ugo Cifone (C- 77/10), , pkt 73; z 3.12.2007 r. w sprawie C-250/06, United Pan-Europe Communications Belgium SA i inni v. państwo belgijskie, Zb.Orz. 2007, s. 1-11135 oraz w wyroku TSUE z 13.12.2007 r. w sprawie C-250/06, United Pan-Europe Communications Belgium SA i inni v. państwo belgijskie, Zb.Orz. 2007, s. 1-11135; z 16.2.2012 r. w sprawach połączonych C-72/10 i C-77/10, Marcello Costa (C-72/10) i Ugo Cifone (C-77/10), , pkt 73). Zdaniem Odwołującego na podstawie sformułowanego przez Zamawiającego postanowienia § 1 ust. 12 Wzoru umowy, ani Odwołujący, ani żaden inny wykonawca, nie jest w stanie właściwie określić zakresu prac do wykonania i ich należycie wycenić. Innymi słowy, przedmiot zamówienia został przez Zamawiającego opisany w sposób niejednoznaczny i niewyczerpujący, tym samym w sposób utrudniający uczciwą konkurencję (art. 99 ust. 4 Pzp), godzący w zasady określone w art. 16 Pzp oraz prowadzący do nieporównywalności ofert. Jak wskazał Odwołujący, wprowadzenie takich obowiązków do umowy o roboty budowlane (tj. niedookreślenie zakresu prac do wykonania i uniemożliwienie ich wyceny) jest również sprzeczne z istotą stosunku zobowiązaniowego stron umowy o roboty budowlane (art. 647 KC). Odwołujący wskazał, że podobny pogląd wyraziła Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 1 sierpnia 2013 r. (sygn. akt KIO 1711/13) oraz w wyroku z dnia 18 maja 2015 r. (sygn. akt KIO 897/15). Odwołujący podniósł również, iż przytoczone postanowienia Wzoru umowne stoją w sprzeczności do dyrektywy zawartej w art. 433 pkt 3) Pzp zakazującej przerzucania na

wykonawcę pełnej odpowiedzialności tj. bez względu na okoliczności i przyczyny, naruszając jednocześnie treść art. 473 KC regulującego ewentualne rozszerzenie odpowiedzialności wykonawcy z powodu oznaczonych okoliczności, za które na mocy ustawy odpowiedzialności nie ponosi. Odwołujący wskazał, że za klauzulę abuzywną uznać należy regulację, na mocy której Wykonawca ponosi odpowiedzialność za okoliczności zależne wyłącznie od Zamawiającego (a do tych niewątpliwie należy jednoznaczne i wyczerpujące określenie przedmiotu zamówienia), jak również za te które nie wynikają z umowy (brak doprecyzowania zakresu prac) i na które Wykonawca nie ma wpływu. Przeciwny wniosek prowadziłby, zdaniem Odwołującego, do niemającego oparcia w zapisach umownych absolutnego rozszerzenia odpowiedzialności wykonawcy, tj. odpowiedzialności za zdarzenia, za które nie ponosi odpowiedzialności na zasadach kodeksu cywilnego, w tym za zdarzenia, na które nie ma jakiegokolwiek wpływu i co do których nie ma prawnego obowiązku przeciwdziałania. Odwołujący podkreślił, iż na mocy projektowanych postanowień umownych, wykonawca nie przyjmuje względem Zamawiającego odpowiedzialności za niewykonanie lub za nienależyte wykonanie zobowiązania z powodu oznaczonych okoliczności, za które na mocy ustawy odpowiedzialności nie ponosi. Jak wskazał

Odwołujący wymagałoby to wyraźnego sformułowania w umowie. Powyższy pogląd znajduje potwierdzenie w orzecznictwie Sądu Najwyższego (por. np. wyrok Sądu Najwyższego - Izba Cywilna z dnia 27 września 2013roku, sygn. akt I CSK 748/12), jak i w doktrynie (por. np. M.

Gutowski w kom. do art. 473 kc w M. Gutowski /red./, Kodeks cywilny. Tom II. Komentarz. Art. 353-626. Wyd. 2, Warszawa 2019). Zdaniem Odwołującego wobec definitywnej treści obowiązującego od dnia 1.01.2021 roku art. 433 pkt 3) Pzp uznać należy, iż umowne rozszerzenie odpowiedzialności za okoliczności leżące wyłącznie po stronie Zamawiającego jest niedopuszczalne. W tym zakresie na mocy art. 8 ust. 1 PZP, art. 433 pkt 3) PZP stanowi lex specialis w stosunku do art. 473 KC. Odwołujący wskazał, że zakaz obciążania wykonawcy odpowiedzialnością za uchybienia Zamawiającego wypływał także z dotychczasowego orzecznictwa, m.in. w wyroku z dnia 17 czerwca 2016 r. (sygn. akt IV CSK 674/15), w którym Sąd Najwyższy uznał za niedopuszczalne przerzucenie na wykonawcę odpowiedzialności za błędy, zaniechania i opóźnienia podjęcia decyzji bądź dostarczenia dokumentacji wynikające z przyczyn leżących po stronie zamawiającego. Odwołujący wskazał też na pogląd zaprezentowany w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 30.11.2018 r., sygn. akt KIO 2358/18, KIO 2369/18. Odwołujący wskazał, że mimo, że przywołane orzeczenie odnosi się do kwestii wykreślenia z treści umowy przepisu art. 357 KC, to jednak wyrażona w jego treści idea może w pełni odnosić się do stanu faktycznego w niniejszym postępowaniu, zwłaszcza do ryzyk, które są niedookreślone w projekcie umowy i rozłożone nierównomierne.

Wobec powyższego, Odwołujący wniósł o zmianę, względnie usunięcie kwestionowanych postanowień Wzoru umowy jak wskazano powyżej, co uczyni zadość istocie stosunku zobowiązaniowego stron umowy o roboty budowlane, a nadto doprowadzi, iż składane w toku postępowania oferty będą miarodajne i porównywalne.

Ad zarzutu 3.

Odwołujący wskazał, że zgodnie z art. 647 KC jednym z podstawowych obowiązków Inwestora w ramach umowy o roboty budowlane jest dokonanie odbioru robót. Odbiór wykonanych robót jest kwestią kluczową w relacjach Inwestor (Zamawiający) - wykonawca. Dokonanie odbioru stanowi pokwitowanie spełnienia świadczenia wystawiane przez Inwestora. Odwołujący podniósł, iż zapis § 8 ust. 7 Wzoru umowy, który przewiduje, że odbiór częściowy lub końcowy robót może nastąpić tylko wtedy, gdy nie stwierdzi się żadnych wad ani usterek w przedmiocie odbioru jest sprzeczny z prawem, w szczególności z art. 647 KC, jak również ugruntowaną linią orzeczniczą oraz wykracza poza dozwolone granice zasady swobody umów. Podobnie ocenić należy, zdaniem Odwołującego, zapis § 10 ust. 2 zd. 1 w zakresie, w jakim przewiduje możliwość wystawienia przez wykonawcę faktury częściowej za wykonywanie Przedmiotu Umowy dopiero w momencie zatwierdzenia przez

Zamawiającego bezusterkowego protokołu odbioru robót. Za sprzeczne z prawem, w szczególności z art. 647 KC w ocenie Odwołującego uznać należy ponadto postanowienie § 8 ust. 9 Wzoru umowy w zakresie, w jakim przewiduje jedynie dla Zamawiającego dyskrecjonalne i arbitralne upoważnienie przemienne, tj. możliwość dokonania odbioru końcowego w przypadku stwierdzenia wad nieistotnych i nie przewiduje dla Zamawiającego obowiązku dokonania obioru końcowego w przypadku stwierdzenia wad nieistotnych. Odwołujący przywołał stanowisko doktryny i judykatury. Odwołujący wskazał m.in. na pogląd wyrażony w wyroku Sądu Najwyższego - Izba Cywilna z dnia 7 marca 2013 r. II CSK 476/12 oraz z dnia 12 marca 2021 r. w sprawie o sygn. akt V CSKP 14/21, a także stanowisko Krajowej Izby Odwoławczej w wyroku z dnia 19.01.2021 r., sygn. akt KIO 3440/20. Odwołujący wskazał, że z ww. obowiązkiem odbioru robót przez Zamawiającego skorelowane jest ściśle uprawnienie wykonawcy do otrzymania należnego mu

wynagrodzenia za zrealizowany (nawet wadliwie) zakres prac. Odwołujący wskazał, że jednolicie przyjmuje się w judykaturze, strony nie mogą uzależnić wypłaty wynagrodzenia należnego wykonawcy od braku jakichkolwiek usterek dzieła. Pogląd powyższy potwierdzony został także w najnowszym orzecznictwie Sądu Najwyższego, m.in. w wyroku z dnia 29 stycznia 2021 r. w sprawie o sygn. akt V CSKP 10/21 V CSKP 10/21. Mając na względzie powyższe postanowienie § 8 ust. 7 Wzoru umowy, statuujące iż „odbiór częściowy lub końcowy może nastąpić tylko wtedy, gdy nie stwierdzi się żadnych wad ani usterek w przedmiocie odbioru" pozostaje w sprzeczności z art. 647 Kodeksu Cywilnego, który odwołuje się do „odbioru robót", nie zaś do „bezusterkowego odbioru robót". Odwołujący podkreślił, że sądy konsekwentnie podnoszą, że nawet jeżeli strony w umowie postanowią inaczej, Wykonawca może skutecznie domagać się wynagrodzenia, kiedy w protokole odbioru stwierdzono, że roboty dotknięte są usterkami. Postanowienie przeciwne skutkowałoby tym, że każde odstępstwo od stanu idealnego dawałoby Zamawiającemu prawo praktycznie nieograniczonej odmowy odbioru. Odwołujący wskazał, że narusza to równowagę między Zamawiającym, a wykonawcą, pozostawiając tego ostatniego w niepewności odnośnie do wynagrodzenia oraz zwrotu poniesionych wydatków. Nie bez znaczenia zdaniem Odwołującego jest też specyfika Przedmiotu Umowy - wykonawca realizuje złożony obiekt, z którego jedynie część może być objęta wadą istotną lub nieistotną, a mimo to wykonawca pozbawiony zostanie prawa do wynagrodzenia niejako sankcyjnie. Odwołujący podkreślił, iż wykonawca w istocie samodzielnie musi wyłożyć środki na realizację zamówienia publicznego i dopiero środki te zostaną mu zwrócone w formie wynagrodzenia. Uzależnienie odzyskania zainwestowanych środków od braku istnienia jakichkolwiek wad stanowi rażące naruszenie równowagi stron i de facto przerzucenie ciężaru i ryzyka finansowania inwestycji publicznej na podmiot prywatny - wykonawcę. Odwołujący wskazał, że odwołanie w przedmiotowym § 8 ust. 7 Wzoru umowy do ust. 9 tegoż paragrafu nie tylko nie niweluje stanu niezgodności z prawem § 8 ust. 7, ale wręcz potwierdza, iż § 8 ust. 7 Wzoru umowy jest sprzeczny z prawem - i tak samo w sprzeczności z prawem pozostają zapisy § 8 ust. 9 Wzoru umowy. Z kolei w § 8 ust. 9 zawarto, zdaniem Odwołującego, całkowicie arbitralne i dyskrecjonalne upoważnienie przemienne dla Zamawiającego, z którego wynika, że w przypadku wady nieistotnej, Zamawiający jedynie może dokonać odbioru końcowego, wyznaczając termin usunięcia wad. Nie wskazano przy tym żadnych kryteriów, którymi Zamawiający miałby się kierować podejmując decyzję o odbiorze lub odmowie odbioru w przypadku wady nieistotnej. W konsekwencji, w ocenie Odwołującego, Zamawiający może arbitralnie i dyskrecjonalnie nie dokonać odbioru końcowego w przypadku zaistnienia wady nieistotnej, pozbawiając tym samym wykonawcę prawa do wynagrodzenia, które jest uzależnione od odbioru „bezusterkowego" nawet w przypadku, całkowicie nieistotnej, niewielkiej, bagatelnej wady, nie mającej żadnego znaczenia dla oceny należytego wykonania Przedmiotu Umowy i możliwości korzystania z tego Przedmiotu Umowy przez Zamawiającego i innych użytkowników.

Odwołujący podkreślił, zgodnie z powyżej zaprezentowanym stanowiskiem orzecznictwa, że nie jest uprawniona odmowa dokonania odbioru robót budowlanych przez Zamawiającego w przypadku gdy wykonane roboty mają wady, które mają charakter nieistotny. Tym samym za niezbędne, w ocenie Odwołującego, uznać należy zmodyfikowanie kwestionowanych postanowień umownych i dostosowanie ich do treści art. 647 KC.

Ad zarzutu 4.

W ocenie Odwołującego, sformułowane przez Zamawiającego zapisy § 14 ust. 1 lit.

a)-c) i k) Wzoru umowy w zakresie w jakim przedstawiają wartości rażąco wygórowane, żadną miarą nie przystają do wyartykułowanych na gruncie nowo obowiązującej ustawy Pzp postulatów m.in. w zakresie równoważenia interesów stron. Odwołujący wskazał, że nie powinno budzić wątpliwości, iż kary umowne nie powinny prowadzić do nieuzasadnionego bogacenia się zamawiającego. Odwołujący wskazał, że podstawowymi funkcjami kar umownych są funkcje odszkodowawcza i dyscyplinująca, motywujące wykonawcę do prawidłowego wykonania przedmiotu umowy, wobec czego powinny być one z nim związane.

W zakresie niedopuszczalności zastrzeżenia kary umownej jako rażąco wygórowanej Odwołujący przywołał stanowisko Izby w wyroku z dnia 30 listopada 2017 r. w sprawie o

sygn. KIO 2219/17. Zdaniem Odwołującego karanie wykonawcy niebagatelnymi karami za - de facto niewpływające na jakość i terminowość realizowanego przedmiotu umowy, jak również niegenerujące po stronie Zamawiającego szkody - uchybienie wykonawcy w zakresie obowiązku zatrudniania na podstawie umowy o pracy, czy przedkładania aktualizacji harmonogramu, jawi się jako sprzeczne z art. 484 § 2 KC wobec czego winno ulec zmianie zgodnie z żądaniem Odwołującego zawartym w petitum odwołania.

Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której oświadczył, że uwzględnia zarzuty wskazane w pkt 1, 2 i 4 petitum odwołania oraz wnosi o oddalenie odwołania w zakresie zarzutu wskazane w pkt 3 petitum odwołania. Zamawiający wyjaśnił, że w wyroku z dnia 18 października 2021 r. wydanym w sprawie o sygn. akt KIO 2809/21 Izba oddaliła analogiczny zarzut wskazując w motywach ustnych rozstrzygnięcia, że stanowisko odwołującego jest bezzasadne, gdyż postanowienia §8 wzoru umowy należy czytać w całości. Z uwagi na tożsamość zaskarżonych postanowień w obu postępowaniach, w ocenie Zamawiającego wyrok Izby w sprawie o sygn. akt KIO 2809/21 odnieść należy również do przedmiotowej sprawy.

Pismem z 19 września 2021 r. Zamawiający wniósł odpowiedź na odwołanie, w treści której oświadczył, że uwzględnia zarzuty wskazane w pkt 1-2 i 4 petitum odwołania, a w pozostałym zakresie, tj. co do zarzutu wskazanego w pkt 3 petitum odwołania, Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania.

Krajowa Izba Odwoławcza, rozpoznając na rozprawie złożone odwołanie i uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, stanowiska stron złożone na piśmie i podane do protokołu

rozprawy ustaliła, co następuje.

Odwołującemu zgodnie z treścią w art. 505 nowej ustawy Pzp przysługują środki ochrony prawnej, ponieważ jest zainteresowany ubieganiem się o to zamówienie publiczne.

Do przedmiotowego postępowania odwoławczego przystąpienie w charakterze uczestnika postępowania, po stronie Odwołującego 27 września 2021 r. skutecznie zgłosił wykonawca Przedsiębiorstwo Inżynieryjnych Robót Kolejowych „TOR-KRAK" spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Krakowie.

W związku z uwzględnieniem przez Zamawiającego zarzutów wskazanych w pkt 1-2 i 4 petitum odwołania, Izba działając na podstawie art. 522 ust. 4 ustawy Pzp umorzyć postępowanie odwoławcze w tym zakresie. W tym miejscu Izba wskazuje, że stosownie do treści ww. przepisu zdanie ostatnie zamawiający wykonuje, powtarza, lub unieważnia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia, zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu w zakresie uwzględnionych zarzutów.

W zakresie zarzutu wskazanego w pkt 3 petitum odwołania, wobec jego podtrzymania przez Odwołującego, Izba skierowania sprawę do rozpoznania na rozprawie.

Odwołanie zostało rozpoznane w granicach zawartych w nim zarzutów (art. 555 ustawy Pzp), podtrzymanych na rozprawie z uwzględnieniem zasady kontradyktoryjności postępowania (art. 534 ust. 1 nowej ustawy Pzp). Rozpoznając przedmiotowe odwołanie Izba miała na uwadze treść akt postępowania (§8 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie postępowania przy rozpoznawaniu odwołań przez Krajową Izbę Odwoławczą z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz.U. z 2020 r. poz. 2453).

Izba ustaliła następujące okoliczności faktyczne jako istotne dla rozstrzygnięcia sprawy.

Na podstawie akt sprawy Izba ustaliła, iż Wzór umowy stanowiący załącznik nr 8 do SWZ, uległ modyfikacji 8 października 2021 r. i w związku z tym, projektowane postanowienia umowy istotne dla rozstrzygnięcia sprawy zawierają następujące brzmienie:

„5. Rozpoczęcie i zakończenie Robót Budowlanych

6. Za termin wykonania przedmiotu umowy uważa się dzień pisemnego zgłoszenia przez Wykonawcę do Zamawiającego gotowości do odbioru końcowego robót tj. po dokonaniu wpisu przez kierownika budowy w Dzienniku Budowy o gotowości do odbioru

końcowego robót i potwierdzeniu przez właściwego inspektora nadzoru Zamawiającego oraz spełnieniu obowiązków wynikających z § 8 ust. 6, pod warunkiem, iż odbiór końcowy zostanie zakończony odebraniem Przedmiotu Umowy przez Zamawiającego zgodnie z postanowieniami § 8 ust. 7 i 9.

§ 8. Odbiory

1. Strony ustalają następujące rodzaje odbiorów:

a) odbiór robót zanikających lub ulegających zakryciu,

b) odbiór częściowy,

c) odbiór techniczny z dopuszczeniem do ruchu,

d) odbiór końcowy,

e) odbiór gwarancyjny w czasie obowiązywania gwarancji przynajmniej raz w roku po okresie zimowym.

2. Z czynności odbioru zostanie sporządzony protokół, który zawierać będzie wszystkie ustalenia i zalecenia poczynione w trakcie odbioru.

3. Odbiory robót zanikających lub ulegających zakryciu dokonywane będą przez Inżyniera Kontraktu w terminie 7 dni roboczych, licząc od daty ich pisemnego zgłoszenia.

3a. Odbiór techniczny z dopuszczeniem do ruchu przeprowadza się po zgłoszeniu Wykonawcy gotowości do przywrócenia ruchu tramwajowego po każdoczesnym wyłączeniu ruchu tramwajowego. Protokół odbioru technicznego stanowi wyłącznie potwierdzenie gotowości przywrócenia ruchu tramwajowego po jego wyłączeniu i nie potwierdza wykonania Przedmiotu Umowy.

4. Odbiór końcowy robót zorganizowany będzie przez Zamawiającego w terminie nie dłuższym niż 21 dni od daty pisemnego zgłoszenia robót do odbioru i potwierdzenia przez Inżyniera Kontraktu gotowości do odbioru wykonanych robót.

5. Wraz ze zgłoszeniem odbioru częściowego lub końcowego Wykonawca przekaże Inżynierowi niezbędne dokumenty, a w szczególności świadectwa jakości, certyfikaty, dopuszczenia, aprobaty techniczne, świadectwa wykonania prób, atesty dotyczące odbieranych robót, pozwolenia i decyzje administracyjne (jeśli okażą się niezbędne) oraz inne wynikające z przepisów prawa.

6. Na dzień zgłoszenia odbioru końcowego Wykonawca przedłoży Zamawiającemu/ Inżynierowi Kontraktu wszystkie dokumenty pozwalające na ocenę prawidłowości wykonania przedmiotu odbioru, w szczególności dokumenty, o których mowa w ust. 5 oraz dziennik

budowy.

7. Odbiór częściowy lub końcowy robót może nastąpić tylko wtedy, gdy nie stwierdzi się żadnych wad ani usterek w przedmiocie odbioru z zastrzeżeniem ust. 8 i 9 niniejszego paragrafu.

8. Jeśli w toku czynności odbioru zostaną stwierdzone istotne wady, które uniemożliwiają użytkowanie przedmiotu Umowy zgodnie z przeznaczeniem, to Zamawiającemu przysługują następujące uprawnienia:

a) jeśli wady nadają się do usunięcia, może on odmówić odbioru do czasu ich usunięcia,

b) jeśli wady nie nadają się do usunięcia, może zażądać wykonania przedmiotu odbioru po raz drugi na koszt i ryzyko Wykonawcy lub odstąpić od Umowy z winy Wykonawcy,

- zachowując prawo do naliczenia Wykonawcy kar umownych i odszkodowania na zasadach ogólnych.

9. Jeśli w toku czynności odbioru zostaną stwierdzone wady nieistotne, to Zamawiającemu przysługują następujące uprawnienia:

a) jeżeli wady można usunąć i umożliwiają użytkowanie Przedmiotu Umowy zgodnie z przeznaczeniem, może dokonać odbioru końcowego wyznaczając termin usunięcia wad;

b) jeżeli wad nie można usunąć i umożliwiają użytkowanie przedmiotu odbioru zgodnie z

przeznaczeniem i nie zagrażają bezpieczeństwu życia i zdrowia ludzi,

Zamawiający może obniżyć odpowiednio wynagrodzenie Wykonawcy.

10. W przypadku, o którym mowa w ust. 9 lit a powyżej, po usunięciu wszystkich wad nieistotnych wskazanych w Protokole Odbioru Końcowego Zamawiający i Wykonawca spisują z udziałem Inżyniera Kontraktu Protokół Usunięcia Wad Nieistotnych

§ 10 Zasady zapłaty

1. Rozliczenie wykonanych robót będzie następowało etapami, zgodnie z podziałem w tabeli elementów kosztorysu ofertowego stanowiącego załącznik nr 1 do Umowy w okresach miesięcznych, na podstawie faktur częściowych, do limitu 90% wynagrodzenia netto określonego odpowiednio w § 9 ust. 1, dostarczonych Zamawiającemu wraz z kompletem dokumentów rozliczeniowych, w tym m. in. protokołami odbioru robót częściowych, obmiarami i kosztorysami z każdego etapu robót, potwierdzonymi i zaakceptowanymi przez Inżyniera Kontraktu. Faktura końcowa może zostać wystawiona po dokonaniu odbioru końcowego i będzie wynosiła różnicę pomiędzy wypłaconym dotychczas wynagrodzeniem, a ostatecznym wynagrodzeniem ustalonym zgodnie z zapisami § 9 ust. 2.

2. Podstawą do wystawienia faktury częściowej przez Wykonawcę za wykonywanie Przedmiotu Umowy będzie zatwierdzony przez Zamawiającego protokół odbioru robót budowlanych (częściowy lub Protokół odbioru Końcowego) z zastrzeżeniem ust. 2a. Wykonawca zobowiązany jest do wystawienia faktury nie później niż 30 dni od daty zatwierdzenia przez Zamawiającego protokołu odbioru robót budowlanych.

2a. Wynagrodzenie Wykonawcy powyżej limitu 90%, o którym mowa w ust. 1 powyżej wypłaca się Wykonawcy po podpisaniu Protokołu Usunięcia Wad Nieistotnych. Wykonawca zobowiązany jest do wystawienia faktury nie później niż 30 dni od daty zatwierdzenia przez Zamawiającego protokołu usunięcia wad Nieistotnych, o którym mowa w § 8 ust. 10 powyżej.(...)".

Izba zważyła co następuje.

W ocenie Izby odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie, z następujących powodów.

W pierwszej kolejności Izba wskazuje, że nie podważa prawidłowości stanowiska Odwołującego w zakresie obowiązku odbioru robót budowlanych w przypadku wystąpienia wad nieistnych. Należało jednak odpowiedzieć sobie na pytanie czy obawy Odwołującego są zasadne w świetle postanowień wzoru umowy. W ocenie Izby odpowiedź na to pytanie jest negatywna. Jak bowiem wprost wynika z treści §3 wzoru umowy, obowiązkiem Zamawiającego jest dokonanie odbioru robót budowlanych zatem i sam Zamawiający nie kwestionuje tego obowiązku. Po drugie, w ocenie Izby brzmienie § 8 ust. 9 pozwala na wniosek, że wystąpienie wad nieistotnych nie wyłącza możliwości dokonania odbioru, a jedynie przewiduje dla zamawiającego uprawnienie do żądania usunięcia wad lub obniżenia wynagrodzenia Wykonawcy (odpowiednio § 8 ust. 9 lit. a lub § 8 ust. 9 lit b wzoru umowy). § 8 ust. 7 wzoru umowy przewiduje możliwość odbioru gdy nie stwierdzi się żadnych wad ani usterek, jednakże z zastrzeżeniem ust. 8 i 9 tego paragrafu, które to precyzują uprawnienia zamawiającego w sytuacji, gdy wystąpią wady istotne lub nieistotne przedmiotu umowy. Użyte w ust. 7 § 8 sformułowanie „z zastrzeżeniem" należy więc odczytywać jako „z uwzględnieniem" regulacji na okoliczność wystąpienia wad istotnych i nieistotnych w przedmiocie umowy. W efekcie uwzględnienia postanowień modyfikujących (§ 8 ust. 8 i 9) powstanie sytuacja zawężenia zakresu uprawnień zawartych w przepisie centralnym tj. w § 8 ust. 7 wzoru umowy. Innymi słowy, „możliwość" o której mowa w § 8 ust. 9 wzoru umowy odnieść należy nie do samego odbioru bądź jego odmowy ale do dokonania odbioru z zastrzeżeniem w zakresie terminu na usunięcie wad nieistotnych, o czym mowa w pkt lit a) albo co do obniżenia ceny o czym stanowi pkt lit. b).

Reasumując, w ocenie Izby zamawiający zobowiązany jest do dokonania odbioru w sytuacji wystąpienia wad nieistotnych, a owa „dyskrecjonalność" na którą wskazuje odwołujący dotyczy tylko wskazania z jakich uprawnień istniejących po jego stronie zamawiający skorzysta. Tym samym w ocenie Izby nie istnieje ryzyko odmowy odbioru robót w przypadku zaistnienia wad nieistotnych.

Odnosząc się do argumentacji tego zarzutu kierowanego wobec § 10 ust. 2 wzoru

umowy, Izba wskazuje po pierwsze, na lakoniczne uzasadnienie co do podstaw kwestionowania tego postanowienia umowy. W tym miejscu przypomnieć należy, że na zarzut składa się wskazanie podstawy prawnej oraz okoliczności faktycznych uzasadniających wskazane naruszenie. Po drugie, Izba wskazuje na treść art. 522 ust. 1 ustawy Pzp, który obliguje Izbę do uwzględnienia przy wyrokowaniu stanu rzeczy ustalonego w toku postępowania odwoławczego. Natomiast ze stanu sprawy wynika, że w toku postępowania odwoławczego zamawiający zmienił brzmienie § 10 ust. 2 wzoru umowy, w stopniu, który spowodował wystąpienie braku substratu zaskarżenia w tym zakresie. Wobec powyższego ten element zarzutu nie mógł zostać uwzględniony przy rozpatrywaniu przedmiotowego zarzutu odwołania.

W związku z powyższym orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 575 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. poz. 2019 ze zm.) oraz § 8 ust. 2 pkt 1 w związku § 5 pkt 1 i 2 lit b) w związku z § 2 ust. 2 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu wysokości wpisu od odwołania (Dz. U. poz. 2437).

Przewodniczący: .....