Sygn. akt: KIO 2809/21

WYROK

z dnia 18 października 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Anna Kuszel-Kowalczyk

Protokolant: Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 12 października 2021 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 23 września 2021 r. przez wykonawcę NDI S.A. z siedzibą w Sopocie w postępowaniu prowadzonym przez Tramwaje Śląskie S.A. z siedzibą w Chorzowie

przy udziale Przedsiębiorstwa Inżynieryjnych Robót Kolejowych „TOR-KRAK" sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego

orzeka:

1. umarza postępowanie w zakresie zarzutu nr 4 odwołania tj. naruszenia art. 484 § 2 kodeksu cywilnego w zw. z art. 353^1 kodeksu cywilnego oraz w zw. z art. 58 kodeksu

cywilnego w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych - poprzez ustalenie wysokości kar umownych jako rażąco wygórowanych;

2. uwzględnia odwołanie w zakresie zarzutu dotyczącego naruszenia art. 431 ustawy

Prawo zamówień publicznych oraz art. 647 Kodeksu cywilnego, art. 651 Kodeksu cywilnego oraz art. 354 § 1 i 2 Kodeksu cywilnego w zw. z art. 353^1 Kodeksu cywilnego w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz zarzutu dotyczącego naruszenia art. 433 pkt 3) w zw. z art. 99 ust. 1 i 4 ustawy Prawo zamówień publicznych w zw. z art. 16 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz art. 353^1 Kodeksu cywilnego w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych i nakazuje zamawiającemu Tramwajom Śląskim S.A. z siedzibą w Chorzowie zmianę treści załącznika nr 8 do specyfikacji warunków zamówienia (SWZ) - Wzoru umowy poprzez:

- zmianę § 1 ust. 11 lit. a) w zakresie w jakim przenosi na wykonawcę robót budowlanych ryzyko związane z oceną rzetelności i wystarczalności dostarczonej przez Zamawiającego dokumentacji projektowej;

- wykreślenie § 1 ust. 11 lit. b),
- zmianę § 1 ust. 12 - w zakresie w jakim przenosi na wykonawcę ryzyko finansowe, związane z niejednoznacznym i niewyczerpującym opisem przedmiotu zamówienia;

3. w pozostałym zakresie oddala odwołanie,

4. kosztami postępowania obciąża zamawiającego - Tramwaje Śląskie S.A. z siedzibą w Chorzowie w części 2/3 i odwołującego NDI S.A. z siedzibą w Sopocie w części 1/3 i:

4.1. 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 oraz kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie:

trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania poniesione przez odwołującego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika, kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania poniesione przez zamawiającego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika, kwotę 238 zł 00 gr (słownie: dwieście trzydzieści osiem złotych zero groszy) stanowiącą koszty dojazdu pełnomocnika zamawiającego na posiedzenie i rozprawę oraz kwotę 34 zł 00 gr (słownie: trzydzieści cztery złote zero groszy) stanowiącą koszt opłat skarbowych od złożonych w postępowaniu pełnomocnictw,

4.2. zasądza od zamawiającego Tramwaje Śląskie S.A. z siedzibą w Chorzowie na rzecz odwołującego NDI S.A. z siedzibą w Sopocie kwotę 13 514 zł 67 gr (słownie: trzynaście tysięcy pięćset czternaście złotych sześćdziesiąt siedem groszy).

4.3. koszty wynagrodzenia pełnomocników znosi się wzajemnie.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2021 r. poz. 1129), na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Sygn. akt: KIO 2809/21

Uzasadnienie

Zamawiający Tramwaje Śląskie S.A. z siedzibą w Chorzowie - prowadzi

postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, w trybie przetargu nieograniczonego, którego przedmiotem jest „Przebudowa infrastruktury tramwajowej w ciągu ul. Wojska Polskiego w Sosnowcu, od ul. Gen. Andersa do ul. Orląt Lwowskich (dobudowa drugiego toru)" -zadanie nr 2.4 w ramach realizacji Projektu pn.: „Zintegrowany Projekt modernizacji i rozwoju infrastruktury tramwajowej w Aglomeracji Śląsko - Zagłębiowskiej wraz z zakupem taboru tramwajowego - etap II", nr ref.: UE/JRP/B/373/2021".

Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2021 roku, poz. 1129, dalej „ustawa Pzp").

W dniu 23 września 2021 roku wykonawca NDI S.A. z siedzibą w Sopocie (dalej „odwołujący") wniósł odwołanie od czynności zamawiającego polegającej na niezgodnym z przepisami prawa sporządzeniu treści specyfikacji warunków zamówienia (dalej „SWZ"), a ściśle wobec treści wzoru umowy stanowiącego załącznik nr 8 do SWZ (dalej „Wzór 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.

W związku z powyższym odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1) art. 431 ustawy Pzp oraz art. 647 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks Cywilny (t.j. Dz.U. z 2020 r. poz. 1740, dalej „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 ustawy 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 ustawy Pzp w zw. z art. 16 ustawy Pzp oraz art. 353^1 KC w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy 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 ustawy Pzp oraz art. 647 KC oraz art. 354 § 2 KC w zw. z art. 353^1 KC w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy 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. 353^1 KC oraz w zw. z art. 58 KC w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp - poprzez ustalenie wysokości kar umownych jako rażąco wygórowanych.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i odpowiednio zmianę lub usunięcie projektowanych postanowień Wzoru umowy:

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";

Ponadto odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu przekazania zmiany SWZ - treści Załącznika nr 8 tj. Wzoru umowy niezwłocznie wszystkim wykonawcom oraz zamieszczenie jej na stronie internetowej oraz o 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 wniesionego odwołania odwołujący odnośnie podniesionych zarzutów wskazał:

W dniu 15 września 2021 r. zamawiający umieścił na swojej stronie internetowej dokumenty zamówienia w tym Specyfikację Warunków Zamówienia wraz z załącznikami m.in. załącznikiem nr 8 tj. Wzorem umowy. Wobec rozpoznanych uchybień w treści Wzoru umowy, odwołujący pismem z dnia 21 września 2021 r. zwrócił się do zamawiającego o

zmianę postanowień Wzoru umowy będących przedmiotem niniejszego odwołania. Jednakowoż do czasu sporządzenia niniejszego odwołania, zapytanie to pozostało bez odpowiedzi.

I. Zarzut naruszenia art. 431 ustawy 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 ustawy Pzp oraz art. 433 pkt 3) w zw. z art. 99 ust. 1 i 4 ustawy Pzp w zw. z art. 16 ustawy Pzp oraz art. 353^1 KC w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp (uzasadnienie zarzutu nr 1 oraz nr 2).

Odwołujący wskazał, iż w myśl art. 431 obowiązującej od dnia 1 stycznia 2021 roku ustawy Pzp, Zamawiający i wykonawca wybrany w postępowaniu o udzielenie zamówienia obowiązani są współdziałać przy wykonaniu umowy w sprawie zamówienia publicznego, zwanej dalej ,,umową", 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).

Ponadto 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 zauważył, 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. Pogląd ten znajduje swoje uzasadnienie zarówno w doktrynie, jak i judykaturze. Odwołujący za punkt wyjścia swoich rozważań przyjął, że to na zamawiającym spoczywa obowiązek zorganizowania procesu budowlanego poprzez 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). Odwołujący przywołał orzeczenie Sądu Najwyższego z dnia 27 marca 2000 r., sygn. akt III CKN 629/98 oraz Sądu Apelacyjnego w Katowicach z dnia 22 listopada 2013 r. o sygn. akt V ACa 442/13. Odwołujący podniósł, że wykonawca robót budowlanych ma zatem obowiązek sprawdzić, czy dostarczone przez zamawiającego dokumenty są kompletne, czy są zatwierdzone przez właściwe organy i czy nie zawierają wad lub błędów dających się zauważyć bez konieczności posiadania wiadomości specjalnych (uprawnień projektanta). Odwołujący powołał sią na uzasadnienie do wyroku Sądu Najwyższego z dnia 29 kwietnia 2016 r., sygn. akt I CSK 306/15, wydanego w reżimie uprzednio obowiązującej ustawy - Prawo Zamówień Publicznych, lecz w ocenie odwołującego, w pełnej mierze zachowujący swą aktualność.

Mając na względzie powyższe, odwołujący wskazał, że 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 jako sprzeczne z ww. przepisami zarówno ustawy Pzp jak i KC.

Dalej odwołujący wskazał, że na mocy art. 99 ust. 1 i 4 ustawy 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.

Odwołujący stwierdził, że sytuacja, w której wykonawca ponosi niczym nieskrępowane ryzyko przewidzenia (czy braku przewidzenia), a następnie skalkulowania wszelkich niedookreślonych przez zamawiającego prac godzi w powyższe postulaty, naruszając także zasadę przejrzystości oraz równego traktowania wykonawców, o których mowa w art. 16

ustawy 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 nadmienił 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 wyrok Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej 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). Dalej odwołujący wskazał, że Trybunał Sprawiedliwości UE podkreśla przy tym, że zasada przejrzystości jest ściśle związana z zasadą pewności prawa, która w przypadku zamówień publicznych wymaga, aby zarówno przepisy prawa, jak i zapisy dokumentów zamówienia były jasne i precyzyjne, a ich skutki przewidywalne, zwłaszcza wówczas, gdy pociągają za sobą niekorzystne konsekwencje dla wykonawców (wyr. 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 C77/10, Marcello Costa (C-72/10) i Ugo Cifone (C-77/10), , pkt 73) (tak W. Hartung, komentarz do art. 18 Dyrektywy 2014/24/UE, Nb. 11 [w:] W. H., M. B., T. M., M. W., J. K., K. K., Dyrektywa 2014/24/WE w sprawie zamówień publicznych. Komentarz, wyd. 1, 2015).

Reasumując, odwołujący stwierdził, że na podstawie sformułowanego przez zamawiającego postanowienia § 1 ust. 12 Wzoru umowy, ani on, 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 ustawy Pzp), godzący w zasady określone w art. 16 ustawy Pzp oraz prowadzący do nieporównywalności ofert. Odwołujący stwierdził także, że 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). Na potwierdzenie swego stanowiska odwołujący przywołał wyrok KIO z dnia 1 sierpnia 2013 r., sygn. akt KIO 1711/13 oraz wyrok z dnia 18 maja 2015 r., sygn. akt KIO 897/15. Odwołujący podniósł również, iż przytoczone postanowienia Wzoru umowy stoją w sprzeczności do dyrektywy zawartej w art. 433 pkt 3) ustawy 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, iż jak wynika z powyższych, 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. Skądinąd przeciwny wniosek prowadziłby 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. Wymagałoby to bowiem wyraźnego sformułowania w umowie. Powyższy pogląd znajduje potwierdzenie w orzecznictwie Sądu Najwyższego (por. np.

wyrok Sądu Najwyższego - Izba Cywilna z dnia 27 września 2013 roku, sygn. akt I CSK

748/12), jak i w doktrynie (por. np. M. G. w kom. do art. 473 kc w M. G. /red./, Kodeks cywilny. Tom II. Komentarz. Art. 353-626. Wyd. 2, Warszawa 2019).

Jednocześnie wobec definitywnej treści obowiązującego od dnia 1.01.2021 roku art. 433 pkt 3) ustawy Pzp, odwołujący uznał, iż umowne rozszerzenie odpowiedzialności za okoliczności leżące wyłącznie po stronie zamawiającego jest niedopuszczalne. W tym zakresie na mocy art. 8 ust. 1 ustawy Pzp, art. 433 pkt 3) ustawy Pzp stanowi lex specialis w stosunku do art. 473 KC. Odwołujący zauważył, iż 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.

Dalej odwołujący przywołał treść uzasadnienia do rządowego projektu nowej ustawy Pzp: „W art. 433 projektu ustawy wyraźnie wskazuje się zasadę zakazu kształtowania praw i obowiązków zamawiającego i wykonawcy w sposób rażąco nieproporcjonalny do rodzaju zamówienia oraz ryzyk związanych z jego realizacją. Dopełnieniem jest przykładowy katalog abuzywnych klauzul wskazany w ust. 2 tego artykułu. W dalszym ciągu do umów w sprawie zamówienia publicznego, w zakresie nieuregulowanym niniejszą ustawą zastosowania znajduje Kodeks cywilny. Jednak specyfika kształtowania treści umowy, która de facto kształtowana jest przez zamawiającego, co powoduje w wielu przypadkach ww. negatywne praktyki powodują potrzebę wzmocnienia kwestii bardziej proporcjonalnego podejścia do praw i obowiązków stron. Skutkiem tego przepisu jest jasna dyrektywa dla zamawiających, aby postanowień umownych nie kształtować w sposób rażąco nieproporcjonalny, a co za tym idzie nie przerzucać wszystkich ryzyk realizacji zamówienia na wykonawcę. Wprowadzenie tej zasady nie ma na celu uniemożliwienie zamawiającym takiego ukształtowania treści umowy, który jest uzasadniony specyfiką, rodzajem, wartością, sprawną realizacją zamówienia, a jedynie eliminacje postanowień umowy rażąco naruszających interesy wykonawców. Wykonawcy mający zastrzeżenia do zaproponowanych postanowień umownych będą mogli je zweryfikować przez skorzystanie z odwołania w tym zakresie.”

Odwołujący zwrócił również uwagę na stanowisko Krajowej Izby Odwoławczej wyrażone w wyroku z dnia 10.05.2019 r. (brak sygnatury), w którym Izba stwierdziła, że „ryzyko zamawiającego przewyższa normalne ryzyko związane z prowadzeniem działalności gospodarczej, które występuje, gdy umowę zawierają dwaj przedsiębiorcy. Jednakże zasada swobody zamawiającego w kształtowaniu postanowień umownych nie jest nieograniczona. Ustalenie przez zamawiającego warunków umowy nie ma charakteru absolutnego, gdyż zamawiający nie może nadużywać swojego prawa podmiotowego, a granicami oceny, czy do takiego nadużycia doszło jest przepis art. 353^1 KC oraz klauzula generalna z art. 5 KC. O naruszeniu reguł sprawiedliwościowych można mówić wówczas, gdy dysproporcja wartości wzajemnych świadczeń jest rażąca. Postanowienia umowne podlegają ocenie co do sprzeczności z naturą stosunku zobowiązaniowego, który mają regulować lub braku zgodności z zasadami współżycia społecznego przez, przede wszystkim nieznajdujące odzwierciedlenia w realnych potrzebach zamawiającego, rozłożenie ryzyk kontraktowych, czy brak ekwiwalentności świadczeń.”. Odwołujący, mutatis mutandis podzielił pogląd zaprezentowany w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 30.11.2018 r., sygn. akt KIO 2358/18, KIO 2369/18. Odwołujący podkreślił, że chociaż 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 w jego ocenie, uczyni zadość istocie stosunku zobowiązaniowego stron umowy o roboty budowlane, a nadto doprowadzi, iż składane w toku postępowania oferty będą miarodajne i porównywalne.

II. Zarzut naruszenia art. art. 431 ustawy Pzp oraz art. 647 KC oraz art. 354 § 2 KC w zw. z art. 3531 KC w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp (uzasadnienie zarzutu nr 3).

Odnośnie uzasadnienia powyższego zarzutu 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 pejoratywnie ocenić należy 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.

Odwołujący uznał za sprzeczne z prawem, w szczególności z art. 647 KC 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.

W pierwszej kolejności, odwołujący wskazał, na pogląd doktryny: „do odmowy odbioru częściowego mają zastosowanie mutatis mutandis poglądy wyrażone w doktrynie i orzecznictwie odnoszące się do odmowy dokonania odbioru końcowego" (por. B. L. w kom. do art. 654 KC w: K. O. (red.), Kodeks cywilny. Komentarz, Legalis 2021). Dalej odwołujący zacytował: „Różnice w zakresie przedmiotu, skutków i funkcji każdego z tych dwóch rodzajów odbioru powodują, że podejście do okoliczności mających uzasadniać odmowę odbioru częściowego powinno być bardziej restrykcyjne. Innymi słowy rzecz ujmując, nie wszystkie okoliczności uzasadniające odmowę odbioru końcowego uzasadniają odmowę odbioru częściowego." (por. B. L. w kom. do art. 654 k.c. w: K. O. (red.), Kodeks cywilny. Komentarz, Legalis 2021). Odwołujący przywołał wyrok Sądu Najwyższego - Izba Cywilna z dnia 7 marca 2013 r. II CSK 476/12 oraz wyrok z dnia 12 marca 2021 r. w sprawie o sygn. akt V CSKP 14/21, a także wyrok KIO z dnia 19.01.2021 r., sygn. akt KIO 3440/20. Odwołujący podkreślił, 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, iż judykaturze ukształtował się jednolity pogląd, że strony nie mogą uzależnić wypłaty wynagrodzenia należnego wykonawcy od braku jakichkolwiek usterek dzieła (por. m.in. wyroki Sądu Najwyższego z dnia 5 marca 1997 r., II CKN 28/97, z dnia 30 października 2002 r., V CKN, 1287/00, z dnia 22 czerwca 2007 r., V CSK 99/07, z dnia 23 sierpnia 2012 r., II CSK 21/12, z dnia 7 marca 2013 r., II CSK 476/12 czy z dnia 27 listopada 2013 r., V CSK 544/12). Odwołujący wskazał ponadto, iż 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.

Odwołujący stwierdził, że mając na względzie 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". Jak podniesiono powyżej, 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. Narusza to równowagę między zamawiającym, a wykonawcą, pozostawiając tego ostatniego w niepewności odnośnie do wynagrodzenia oraz zwrotu poniesionych wydatków.

Odwołujący wskazał, że z orzecznictwa Sądu Najwyższego (por. np. wyroki Sądu Najwyższego z dnia 21 kwietnia 2017 roku, I CSK 333/16; z 7 marca 2013 roku, II CSK 476/12, oraz z dnia 22 czerwca 2007 roku, V CSK 99/07, OSP 2009, Nr 1, poz. 7)

jednoznacznie wynika, że umawianie się na tzw. odbiór bezusterkowy, czyli uzależnianie odebrania obiektu od braku jakichkolwiek wad, jest uznawane przez Sąd Najwyższy za sprzeczne z właściwością (naturą) zobowiązania wynikającego z umowy o roboty budowlane i naruszające równowagę między inwestorem a wykonawcą, pozostawiając tego ostatniego w niepewności odnośnie do należnego wynagrodzenia oraz zwrotu poniesionych wydatków. Przyjęcie takiego poglądu oznacza, że postanowienia umów o roboty budowlane przewidujące, że odebranie obiektu może nastąpić tylko w przypadku braku jakichkolwiek wad, są nieważne bezwzględnie jako wykraczające poza swobodę umów wyznaczoną właściwością (naturą) zobowiązania (art. 353^1 KC w zw. z art. 647 KC).

Odwołujący zwrócił uwagę na specyfikę 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. Podkreślenia tu wymaga, 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.

Dalej odwołujący wskazał, iż 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.

Odwołujący podniósł, także że z kolei w § 8 ust. 9 zawarto 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, odwołujący stwierdził, iż zamawiający może równie dobrze arbitralnie i dyskrecjonalnie nie dokonać odbioru końcowego w przypadku zaistnienia wady nieistotnej, pozbawiając tym samym wykonawcę prawa do wynagrodzenia, które wszak 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.

Mając na względzie powyższe, odwołujący stwierdził, iż zgodnie z zaprezentowanym stanowiskiem orzecznictwa, 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 uznać należy zmodyfikowanie kwestionowanych postanowień umownych i dostosowanie ich do treści art. 647 KC.

III. Zarzut naruszenia art. 484 § 2 KC w zw. art. 353^1 KC oraz w zw. z art. 58 KC w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp (uzasadnienie zarzutu nr 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 stwierdził, iż nie powinno przy tym budzić wątpliwości, iż kary umowne nie powinny prowadzić do nieuzasadnionego bogacenia się zamawiającego. 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 odwołał się do poglądu zaprezentowanego w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 30 listopada 2017 r. w sprawie o sygn. KIO 2219/17. W tym kontekście, odwołujący stwierdził, iż karanie wykonawcy niebagatelnymi karami za - de facto niewpływające na jakość i terminowość realizowanego przedmiotu umowy, jak również niegenerujące po stronie Zamawiającego szkód - 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.

Podsumowując odwołujący stwierdził, iż przedstawiona argumentacja potwierdza słuszność zarzutów dotyczących nieprawidłowego sformułowania ww. postanowień dokumentów zamówienia, tj. projektowanych postanowień Wzoru umowy w sposób arbitralny, sprzeczny z przepisami ustawy Pzp i KC oraz wykraczający poza swobodę umów. W opinii Odwołującego, Zamawiający dopuścił się naruszenia przepisów wskazanych w petitum niniejszego odwołania, co może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.

Odwołujący podniósł, iż kwestionowane postanowienia wzoru umowy o udzielenie zamówienia publicznego naruszają ratio legis obowiązującej od dnia 1 stycznia 2021 roku ustawy Pzp, w szczególności w zakresie wyrażonego w art. 431 oraz 433 ustawy Pzp obowiązku zamawiającego do współdziałania przy realizacji umowy, jak również zapewnienia większej równowagi stron. Odwołujący, mając na względzie zapisy Wzoru umowy m.in.: przerzucające na wykonawcę ryzyko związane z nieprawidłowym tj.

niewyczerpującym i niejednoznacznym opisem przedmiotu zamówienia, obarczające wykonawcę odpowiedzialnością za okoliczności od niego niezależne i niemożliwe do przewidzenia na etapie sporządzania oferty, uznaniowo i dowolnie uprawniające Zamawiającego do odmowy dokonania odbioru robót pomimo zaistnienia wad usuwalnych o

charakterze nieistotnym, stwierdził, iż zamawiający nie sprostał postulatom zrównoważenia stron w umowach w sprawie zamówienia publicznego, czego konsekwencją powinno być uwzględnienie niniejszego odwołania i nakazanie zamawiającemu dokonanie zawnioskowanych przez wykonawcę korekt.

Zamawiający w dniu 12 października 2021 r. wniósł, przed otwarciem rozprawy, odpowiedź na odwołanie w której oświadczył, iż uznaje odwołanie w odniesieniu do zarzutu określonego w pkt 4 Odwołania oraz wnosił o:

1) oddalenie odwołania w zakresie zarzutów zawartych w pkt 1-3 odwołania,

2) dopuszczenie dowodów powołanych w treści odpowiedzi na odwołanie,

3) zasądzenie od odwołującego na rzecz zamawiającego kosztów postępowania odwoławczego

zgodnie z przedłożonym rachunkiem.

Zamawiający przedstawił również swoje stanowisko odnośnie podnoszonych zarzutów.

Po przeprowadzeniu rozprawy Izba, uwzględniając dokumentację przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności treść specyfikacji warunków zamówienia, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron zawarte w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie a także wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, ustaliła i zważyła, co następuje.

Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 528 ustawy Pzp.

Przystępując do rozpoznania odwołania, Izba ustaliła wystąpienie przesłanek z art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, tj. istnienie po stronie odwołującego interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwości poniesienia przez odwołującego szkody w wyniku kwestionowanych czynności zamawiającego.

W terminie wskazanym w art. 525 ust. 1 ustawy Pzp, do postępowania odwoławczego zgłosił przystąpienie po stronie odwołującego wykonawca Przedsiębiorstwo Inżynieryjnych Robót Kolejowych „TOR-KRAK" Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie. Izba uznała zgłoszone przystąpienie za skuteczne.

Zamawiający oświadczeniem złożonym przed otwarciem rozprawy, uwzględnił odwołanie w zakresie zarzutu nr 4 odwołania tj. naruszenia art. 484 § 2 kodeksu cywilnego w zw. z art. 353^1 kodeksu cywilnego oraz w zw. z art. 58 kodeksu cywilnego w zw. z art. 8 ust.

1 ustawy Prawo zamówień publicznych - poprzez ustalenie wysokości kar umownych jako rażąco wygórowanych. Wobec powyższego Krajowa Izba Odwoławcza, działając na podstawie art. 522 ust. 4 ustawy Pzp oraz art. 568 pkt 3 ustawy Pzp postanowiła umorzyć postępowanie odwoławcze w części dotyczącej tego zarzutu.

Zgodnie z art. 522 ust. 4 ustawy Pzp, w przypadku uwzględnienia przez zamawiającego części zarzutów przedstawionych w odwołaniu, Izba może umorzyć postępowanie odwoławcze w części dotyczącej tych zarzutów, pod warunkiem że w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego nie przystąpił w terminie żaden wykonawca albo wykonawca, który przystąpił po stronie zamawiającego, nie wniósł sprzeciwu wobec uwzględnienia tych zarzutów. W takim przypadku Izba rozpoznaje pozostałe zarzuty odwołania. Zamawiający wykonuje, powtarza lub unieważnia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia, zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu w zakresie uwzględnionych zarzutów. Stosownie do art. 568 pkt 3 ustawy Pzp, Izba umarza postępowanie odwoławcze, w formie postanowienia, w przypadku o którym mowa w art. 522.

Rozstrzyganie w przedmiocie zarzutów, które okazały się niesporne jest bezcelowe. Jednocześnie jednak informacja o częściowym umorzeniu postępowania odwoławczego musi znaleźć odzwierciedlenie w sentencji orzeczenia, a nie w uzasadnieniu. W art. 559 ust.

2 ustawy Pzp, określającym w sposób wyczerpujący elementy treści uzasadnienia wyroku wydanego przez Izbę nie ma bowiem żadnej wzmianki o możliwości zamieszczenia w

uzasadnieniu wyroku jakiegokolwiek rozstrzygnięcia.

W pozostałym zakresie, Izba stosownie do art. 522 ust. 4 ustawy Pzp, rozpoznała odwołanie.

Izba ustaliła i zważyła co następuje:

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Przebudowa infrastruktury tramwajowej w ciągu ul. Wojska Polskiego w Sosnowcu, od ul. Gen. Andersa do ul. Orląt Lwowskich (dobudowa drugiego toru)" -zadanie nr 2.4 w ramach realizacji Projektu pn.: „Zintegrowany Projekt modernizacji i rozwoju infrastruktury tramwajowej w Aglomeracji Śląsko - Zagłębiowskiej wraz z zakupem taboru tramwajowego - etap II", nr ref.: UE/JRP/B/373/2021.

Na podstawie akt sprawy Izba ustaliła, iż Wzór umowy stanowiący załącznik nr 8 do SWZ, w brzmieniu po zmianie z dn. 8 października 2021 r., zawiera następujące brzmienie paragrafów, które są istotne dla rozstrzygnięcia sprawy:

§ 1. Przedmiot Umowy

1. Przedmiotem Umowy, zwanym także Przedmiotem Zamówienia, jest wykonanie robót budowlanych dla zadania inwestycyjnego pn. „Przebudowa infrastruktury tramwajowej w ciągu ul. Wojska Polskiego w Sosnowcu, od ul. Gen. Andersa do ul. Orląt Lwowskich (dobudowa drugiego toru) „ - zadanie nr 2.4 w ramach realizacji Projektu pn.: „Zintegrowany Projekt modernizacji i rozwoju infrastruktury tramwajowej w Aglomeracji Śląsko - Zagłębiowskiej wraz z zakupem taboru tramwajowego - etap II" współfinansowanego przez Unię Europejską ze środków Funduszu Spójności w ramach Programu Operacyjnego Infrastruktura i Środowisko.

2. Wykonawca zobowiązuje się do wykonania Przedmiotu Umowy zgodnie z treścią Umowy, Specyfikacją Warunków Zamówienia, a w szczególności dokumentacją projektową, specyfikacją techniczną wykonania i odbioru robót budowlanych, opisem przedmiotu zamówienia, warunkami wynikającymi z decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach realizacji przedsięwzięcia nr WOOŚ.420.35.2020.JB.9 z dnia 25.01.2021 r., wydanej przez Regionalnego Dyrektora Ochrony Środowiska w Katowicach, pozwoleniem na budowę nr 795/20 z dnia 05.10.2020 r. o znaku: WAB.6740.1.448.2020.DK, pozwoleniem na budowę nr 953/20 z dnia 11.12.2020 r. o znaku WAB.6740.1.896.2020.DK, decyzją nr 265/21 z dnia 04.05.2021 o znaku WAB.6740.1.206.2021.DK zmieniającą decyzję nr 795/2020 z dnia 05.10.2020 r., decyzją nr 413/21 z dnia 24.06.2021 r. o znaku WAB.6740.1.378.2021.DK wydanymi przez Prezydenta Miasta Sosnowca oraz decyzją nr 31/21/K z dnia 08.07.2021 r. o znaku IFXV.7840.7.18.2021 wydaną przez Wojewodę Śląskiego, harmonogramem, o którym mowa w ust. 4 oraz zgodnie ze złożoną ofertą. Dokumenty te będą uważane za integralną część niniejszej Umowy oraz będą odczytywane i interpretowane jako części Umowy w następującym porządku pierwszeństwa:

a) Umowa wraz z Załącznikami i Aneksami oraz wszelkie inne dokumenty powstałe w trakcie realizacji i uznane na piśmie przez obie Strony za część Umowy,

b) Specyfikacja Warunków Zamówienia (SWZ), wraz z pytaniami do treści SWZ i udzielonymi na nie odpowiedziami oraz dokonane przez Zamawiającego w toku postępowania o udzielenie zamówienia zmiany treści SWZ (jeżeli dotyczy),

c) Oferta datowana na dzień.....wraz z Załącznikami do tej Oferty,

d) Harmonogram rzeczowo - finansowy, o którym mowa w ust. 4 poniżej.

3. Szczegółowy zakres robót budowlanych stanowiących Przedmiot Umowy został określony w dokumentacji stanowiącej integralną część Specyfikacji Warunków Zamówienia, a w szczególności:

a) dokumentacji projektowej opracowanej przez firmę WYG International Sp. z o.o. po przekształceniu: Databout Sp. z o.o., ul. Bitwy Warszawskiej 1920 r nr 7, 02-366 Warszawa,

b) specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót budowlanych opracowanej przez firmę WYG International Sp. z o.o. po przekształceniu: Databout Sp. z o.o., ul. Bitwy Warszawskiej 1920 r nr 7, 02-366 Warszawa,

c) Opisie Przedmiotu Zamówienia („OPZ") (załącznik nr 2 do Umowy).

4. Wykonawca zobowiązany jest do opracowania i przedłożenia Zamawiającemu w terminie do 14 dni od daty podpisania Umowy szczegółowego Harmonogramu rzeczowo-finansowego.

Harmonogram rzeczowo - finansowy powinien składać się z następujących części:

a) prace w ramach Robót oraz pozostałe czynności niezbędne do wykonania Przedmiotu Umowy, przedstawiają kolejność, w jakiej Wykonawca zamierza realizować zadania objęte Umową z wyraźną graficzną ilustracją ścieżki krytycznej Robót, tj.: kolejność i terminy wykonywania Robót, tak aby osiągnąć zakończenie realizacji Przedmiotu Umowy w terminie określonym w Umowie, oraz

b) zasoby ludzkie i sprzętowe, zawierające szczegółowe informacje przedstawiające szacunek liczebności każdej grupy personelu Wykonawcy oraz każdego typu sprzętu Wykonawcy wymaganych na Placu Budowy dla każdego głównego etapu w każdym miesiącu realizacji Umowy, niezbędnych do realizacji Robót w terminie Umowy, oraz

c) przeroby i płatności zawierające wskazanie szacunkowych terminów wystawienia faktur za wykonanie danej części Przedmiotu Umowy i ich szacunkowej wartości. Wskazane w harmonogramie rzeczowo-finansowym szacunkowe terminy wystawienia faktur i ich wartości nie mają wpływu na podstawy wystawiania faktur określone w § 910 Umowy.

Harmonogram rzeczowo-finansowy podlega zatwierdzeniu przez Zamawiającego.

5. Wykonawca będzie przedkładał aktualizację Harmonogramu rzeczowo - finansowego, kiedykolwiek poprzedni Harmonogram rzeczowo - finansowy stanie się niespójny z faktycznym postępem prac lub Robót w terminie 14 dni od otrzymania żądania aktualizacji Harmonogramu rzeczowo-finansowego wystosowanego przez Inżyniera lub Zamawiającego.

6. Jeżeli w ciągu 14 dni od dostarczenia Harmonogramu rzeczowo - finansowego lub jakiejkolwiek jego aktualizacji do Zamawiającego i Inżyniera, Zamawiający lub Inżynier zgłosi do niego uwagi, to Wykonawca będzie zobowiązany do ich uwzględnienia lub odniesienia się do nich, w terminie 7 dni i ponownie przedłoży Harmonogram rzeczowo - finansowy lub jego aktualizację Zamawiającemu i

Inżynierowi, który jest uprawniony do wniesienia dalszych uwag w terminie 14 dni od dostarczenia Harmonogramu rzeczowo - finansowego lub jego aktualizacji.

7. Jakakolwiek aktualizacja Harmonogramu rzeczowo - finansowego nie zwalnia Wykonawcy z odpowiedzialności za należyte i terminowe wykonanie Przedmiotu Umowy.

8. Nieprzestrzeganie Harmonogramu rzeczowo - finansowego, z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy, stanowi naruszenie Warunków Kontraktu oraz przesłankę do wezwania Wykonawcy przez Zamawiającego do prawidłowej realizacji Przedmiotu Umowy.

9. Wykonawca zobowiązany jest do opracowania i wdrożenia projektu tymczasowej i docelowej organizacji ruchu drogowego oraz opracowania projektu organizacji ruchu tramwajowego na czas prowadzenia robót, zgodnie z wymaganiami zawartymi w Opisie Przedmiotu Zamówienia oraz uzyskanie ich zatwierdzenia przez upoważnione podmioty.

10. Na wypadek konieczności uzyskania wymaganych prawem wszelkich pozwoleń, zezwoleń, decyzji, wykonania obowiązków informacyjnych, względnie dokonania odpowiednich zgłoszeń w związku z realizacją Umowy, wszelkich czynności w tym zakresie dokona Wykonawca na własny koszt i ryzyko. Koszty wszelkich opłat i kar związanych z realizacją Inwestycji poniesie Wykonawca.

11. Wykonawca oświadcza, że:

a) zapoznał się ze wszystkimi dokumentami stanowiącymi integralną część Umowy,

a w szczególności z dokumentacją projektową w sposób rzetelny (tj. zweryfikował jej kompletność, wystarczalność i prawidłowość), który pozwala realizować roboty zgodnie z projektem oraz zasadami sztuki budowlanej i nie wnosi do nich zastrzeżeń ani żadnych uwag,

b) dokumentacja projektowa w pełni nadaje się do prawidłowego wykonania Przedmiotu Umowy,

c) posiada odpowiednie przygotowanie techniczne oraz ma dostęp do niezbędnego sprzętu oraz potencjału finansowego i ludzkiego, który pozwoli na zrealizowanie robót objętych Umową zgodnie z zasadami sztuki budowlanej oraz obowiązującymi przepisami,

d) z należytą starannością wynikającą z zawodowego charakteru prowadzonej działalności gospodarczej ocenił wszelkie warunki dla wykonania robót objętych Umową i nie wnosi do nich zastrzeżeń.

12. 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.

13. Oświadczenie Wykonawcy zawarte w ust. 11 lit a i b powyżej nie wyłącza uprawnienia Wykonawcy do zmiany Umowy na zasadach określonych w § 17 Umowy, w tym w oparciu o przesłanki określone w §17 ust. 2 Umowy pod warunkiem wykazania przez Wykonawcę, że doświadczony wykonawca zachowując należytą staranność (biorąc pod uwagę koszt i czas) nie wykryłby błędu, nieprawidłowości, innej wady badając dokumenty stanowiące integralną część Umowy, a w szczególności dokumentację projektową przed złożeniem oferty.

14. Zobowiązanie Wykonawcy zawarte w ust. 12 powyżej nie wyłącza uprawnienia Wykonawcy do zmiany Umowy na zasadach określonych w § 17 Umowy, w tym w oparciu o przesłanki określone w §17 ust. 2 Umowy pod warunkiem wykazania przez Wykonawcę, że doświadczony wykonawca zachowując należytą staranność (biorąc pod uwagę koszt i czas) nie wykryłby błędu, nieprawidłowości, innej wady stanowiącej podstawę do wykonania prac niezbędnych do wykonania Przedmiotu Umowy również tych, których konieczność ujawni się w trakcie realizacji robót objętych Umową, badając dokumenty stanowiące integralną część Umowy, a w szczególności dokumentację projektową przed złożeniem oferty.

§ 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.

3. (...)

§ 17. Zmiana Umowy

1. Zamawiający zgodnie z art. 455 ust. 1 pkt 1 ustawy p.z.p. przewiduje możliwość dokonania istotnych zmian postanowień zawartej Umowy w stosunku do treści oferty, na podstawie której dokonano wyboru wykonawcy. Zmiana możliwa jest w przypadku wystąpienia co najmniej jednej z okoliczności wymienionych poniżej, z uwzględnieniem podanych warunków ich wprowadzenia oraz warunków określonych w art. 455 p.z.p.. Powyższe nie wyłącza możliwości zmiany Umowy w pozostałych przypadkach określonych w art. 455 p.z.p..

2. W przypadku wystąpienia wad w dokumentacji projektowej, skutkujących koniecznością dokonania zmian, poprawek lub uzupełnień, jeżeli uniemożliwia to lub istotnie utrudnia realizację określonego zakresu robót lub zastosowanie przewidzianych rozwiązań groziłoby niewykonaniem lub wykonaniem nienależytym przedmiotu Umowy, w tym mających wpływ na dotrzymanie terminu realizacji określonego w § 5 ust. 5. W takim przypadku zmianie ulegnie:

- czas realizacji przedmiotu umowy określony w § 5 ust. 5. Umowy o okres wynikający z czasu niezbędnego na dokonanie poprawek lub uzupełnień dokumentacji projektowej, w tym uzyskanie niezbędnych decyzji, o ile okaże się to konieczne oraz, o ile wystąpi, wydłużonej realizacji objętych nimi robót, z uwzględnieniem odpowiednich zmian w Harmonogramie Rzeczowo - Finansowym, lub

- zmiana sposobu wykonania przedmiotu Umowy w zakresie wynikającym ze zmian dokumentacji projektowej wprowadzonych celem umożliwienia realizacji określonego zakresu robót zgodnie z zasadami sztuki budowlanej lub w celu uniknięcia zagrożenia niewykonania lub nienależytego wykonania Umowy, lub

- wysokość wynagrodzenia Wykonawcy określonego w § 9 ust. 1 Umowy o koszt koniecznych do wykonania robót w związku z wprowadzonymi zmianami w dokumentacji projektowej z uwzględnieniem postanowień ust. 12.

3. Zmiany spowodowane następującymi okolicznościami:

a) odbiegającymi w sposób istotny od przyjętych w dokumentacji projektowej warunkami geologicznymi, które mogą skutkować niewykonaniem przedmiotu Umowy w części lub/i w całości, przy dotychczasowych założeniach,

b) istotnym brakiem zinwentaryzowania lub zinwentaryzowanie w sposób istotnie wadliwy obiektów budowlanych lub sieci uzbrojenia terenu;

W takim przypadku zmianie ulegnie:

- czas realizacji przedmiotu umowy określony w § 5 ust. 5. Umowy o okres wynikający z czasu niezbędnego na dokonanie poprawek lub uzupełnień dokumentacji projektowej, w tym uzyskanie niezbędnych decyzji, o ile okaże się to konieczne oraz, o ile wystąpi, wydłużonej realizacji objętych nimi robót, z uwzględnieniem odpowiednich zmian w Harmonogramie Rzeczowo - Finansowym, lub

• zmiana sposobu wykonania przedmiotu Umowy w zakresie wynikającym ze zmian dokumentacji projektowej wprowadzonych celem umożliwienia realizacji określonego zakresu robót na skutek wystąpienia okoliczności opisanych powyżej w szczególności poprzez zmianę parametrów technicznych, materiałów i technologii Robót, lokalizacji obiektów budowlanych, urządzeń lub sieci, w zakresie pozwalającym na wykonanie Robót w sposób należyty, lub

• wysokość wynagrodzenia Wykonawcy określonego w § 9 ust. 1 Umowy o koszt koniecznych do wykonania robót w związku z wprowadzonymi zmianami w dokumentacji projektowej z uwzględnieniem postanowień ust. 12.

4. Zmian będących następstwem działania organów administracji niezależnych od

Wykonawcy, w tym:

a) brak lub opóźnienie wydania decyzji lub innego dokumentu w terminie ustawowym lub 60 dni od daty wystąpienia Wykonawcy o wydanie stosownego dokumentu niezbędnego do prawidłowej realizacji Przedmiotu Umowy, mimo iż wystąpienie Wykonawcy spełniało wszystkie warunki formalne;

b) odmowa lub opóźnienie wydania przez właściwy organ administracji wymaganych decyzji, zezwoleń, uzgodnień itp.

W takim przypadku zmianie ulegnie:

• czas realizacji przedmiotu umowy określony w § 5 ust. 5. Umowy o okres wynikający z czasu trwania przeszkody/okoliczności, o których mowa powyżej a które uniemożliwiają realizację przedmiotu Umowy z uwzględnieniem wpływu powyższych okoliczności na możliwość wykonania przedmiotu Umowy, z

uwzględnieniem odpowiednich zmian w Harmonogramie Rzeczowo -

Finansowym,

5. Zmiany spowodowane wyjątkowo niesprzyjającymi warunkami atmosferycznymi uniemożliwiającymi prowadzenie robót, prowadzenie prób, sprawdzeń, odbiorów. Przez wyjątkowo niesprzyjające warunki atmosferyczne należy rozumieć takie warunki, które łącznie:

a) biorąc pod uwagę wymogi reżimów technologicznych determinujących wykonanie poszczególnych Robót skutkują wstrzymaniem prowadzenia tychże

Robót,

b) ilość dni występowania czynników atmosferycznych lub intensywność opadów skutkująca przeszkodami, o których mowa powyżej, jest większa od średniej miesięcznej dla danego miesiąca, z ostatniego pięciolecia, licząc od daty składania ofert wstecz.

W takim przypadku zmianie ulegnie:

• czas realizacji przedmiotu umowy określony w § 5 ust. 5. Umowy o okres wynikający z czasu trwania przeszkody/okoliczności, o których mowa powyżej a które uniemożliwiają realizację przedmiotu Umowy z uwzględnieniem wpływu powyższych okoliczności na możliwość wykonania przedmiotu Umowy, z uwzględnieniem odpowiednich zmian w Harmonogramie Rzeczowo - Finansowym,

6. Zmiany spowodowane wystąpieniem siły wyższej uniemożliwiającej prowadzenie robót, prowadzenie prób, sprawdzeń, odbiorów.

W takim przypadku zmianie ulegnie:

• czas realizacji przedmiotu umowy określony w § 5 ust. 5. Umowy o okres wynikający z czasu trwania przeszkody/okoliczności, o których mowa powyżej a które uniemożliwiają realizację przedmiotu Umowy z uwzględnieniem wpływu powyższych okoliczności na możliwość wykonania przedmiotu Umowy, z uwzględnieniem odpowiednich zmian w Harmonogramie Rzeczowo - Finansowym,

• zmiana sposobu wykonania przedmiotu Umowy w zakresie wynikającym ze zmian dokumentacji projektowej wprowadzonych celem umożliwienia realizacji

określonego zakresu robót w celu przezwyciężenia okoliczności opisanych powyżej w szczególności poprzez zmianę parametrów technicznych, materiałów i technologii Robót, lokalizacji obiektów budowlanych, urządzeń lub sieci, w zakresie pozwalającym na wykonanie Robót w sposób należyty, lub

- wysokość wynagrodzenia Wykonawcy określonego w § 9 ust. 1 Umowy o koszt koniecznych do wykonania robót w związku z wprowadzonymi zmianami w dokumentacji projektowej z uwzględnieniem postanowień ust. 12

7. Zmiany spowodowane zmianą sposobu rozliczania Umowy lub dokonywania płatności na rzecz Wykonawcy na skutek zmian zawartej przez Zamawiającego Umowy o dofinansowanie Projektu lub wytycznych dotyczących realizacji Projektu:

W takim przypadku zmianie ulegnie:

- sposób rozliczeń lub płatności zgodnie z wymogami zmienionej umowy o dofinansowanie Projektu lub nowych wytycznych dotyczących realizacji Projektu.

8. W przypadku, gdy ze względu na nowe okoliczności zewnętrzne niemożliwe do przewidzenia w dacie zawierania Umowy realizacja części Przedmiotu Umowy utraciła zasadność lub powodowałyby zagrożenie realizacji celów projektu, możliwa jest uzasadniona tymi okolicznościami zmiana odpowiednio zakresu rzeczowego przedmiotu Umowy, zmiana wynagrodzenia Wykonawcy określonego w § 9 ust. 1 Umowy ustalonego w oparciu o kosztorys ofertowy Wykonawcy w oparciu o pozycje odpowiadające ograniczonemu zakresowi rzeczowemu przedmiotu Umowy oraz skrócenie terminu określonego w § 5 ust. 5. o okres odpowiadający okresowi skróconej realizacji przedmiotu Umowy.

9. Zmiany spowodowane kolizją robót wchodzących w zakres Przedmiotu Umowy z planowanymi lub równolegle prowadzonymi przez inne podmioty lub Zamawiającego

robotami i inwestycjami.

W takim wypadku zmianie ulegnie:

- czas realizacji przedmiotu umowy określony w § 5 ust. 5. Umowy o okres, w którym niemożliwe lub znacznie utrudnione było prowadzenie Robót w związku z

wystąpieniem kolizji, z uwzględnieniem odpowiednich zmian w Harmonogramie Rzeczowo - Finansowym, lub

- zmiana sposobu wykonania przedmiotu Umowy w zakresie wynikającym z zaistniałej kolizji, o ile zmiany te są niezbędne dla wykonania przedmiotu Umowy w sposób należyty, w szczególności poprzez zmianę parametrów technicznych, materiałów i technologii Robót, lokalizacji obiektów budowlanych, urządzeń lub sieci, w zakresie pozwalającym na wykonanie Robót w sposób należyty, lub

- wysokość wynagrodzenia Wykonawcy określonego w § 9 ust. 1 Umowy o koszt koniecznych do wykonania robót w związku z wprowadzonymi zmianami w sposobie wykonania Przedmiotu Umowy z uwzględnieniem postanowień ust. 12.

10. Wszystkie powyższe postanowienia stanowią katalog zmian, na które Zamawiający może wyrazić zgodę. Nie stanowią one jednocześnie zobowiązania do wyrażenia takiej zgody.

11. Nie stanowi zmiany Umowy i nie wymaga podpisania Aneksu:

1) zmiana danych teleadresowych,

2) zmiana danych związanych z obsługą administracyjno - organizacyjną Umowy (np. zmiana nr rachunku bankowego),

3) zmiana Harmonogramu Rzeczowo - Finansowego w zakresie terminów wykonania etapów Umowy, z zastrzeżeniem ust. 13 niniejszego paragrafu,

4) zmiana osób, przy pomocy których Wykonawca i Zamawiający realizuje Przedmiot Umowy na inne spełniające warunki określone w SWZ, np. osób z uprawnieniami budowlanymi. Dla skutecznej zmiany danej osoby niezbędne jest uzyskanie zgody Zamawiającego na zaproponowaną osobę, przedmiotowa zmiana nie wymaga aneksu do Umowy, przy czym w przypadku zmiany osoby, na którą Wykonawca powoływał się w celu wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji, Wykonawca jest obowiązany wykazać Zamawiającemu, że

proponowana inna osoba samodzielnie spełnia je w stopniu nie mniejszym niż osoba, na którą Wykonawca powoływał się w trakcie postępowania o udzielenie zamówienia.

12. Strona, która występuje z propozycją zmiany Umowy, w oparciu o przedstawiony powyżej katalog zmian Umowy zobowiązana jest do sporządzenia i uzasadnienia wniosku o taką zmianę oraz przedstawienia wszelkich dowodów na poparcie swojego stanowiska. Wszelkie zmiany Umowy dla swej ważności będą wymagały formy pisemnej w postaci aneksu do Umowy pod rygorem nieważności. Propozycja zmiany Umowy w zakresie zmiany wynagrodzenia określonego w § 9 ust. 1 Umowy, w tym w związku z koniecznością wykonania robót zamiennych, powinna zawierać również specyfikację oraz cenę dla każdego elementu robót w wysokości zatwierdzonej w kosztorysie ofertowym, a jeżeli taki element nie został wskazany w Umowie, cena powinna zostać ustalona na podstawie szczegółowej kalkulacji dokonanej w oparciu o dostępne krajowe dane statystyczne oraz informacje zawarte w biuletynach krajowych profesjonalnych doradców analizujących rynkowe ceny robót budowlanych i inżynieryjnych, aktualnych w dacie ustalenia wartości tej zmiany. Zamawiający uprawniony jest do weryfikacji propozycji zmiany wynagrodzenia i zgłoszenia zastrzeżeń.

W przypadku, gdy proponowana cena nie jest przewidziana w ww. katalogu zostanie ona ustalona w oparciu o uzasadniony koszt takiej roboty, przy uwzględnieniu wszystkich okoliczności towarzyszących w szczególności średniej ceny rynkowej dla takiej roboty na obszarze prowadzenia robót.

13. Do zmiany Harmonogramu Rzeczowo-Finansowego w zakresie wydłużenia terminów wykonania etapów Umowy uprawniony będzie:

a) Zamawiający poprzez pisemne powiadomienie Wykonawcy co najmniej z 3 dniowym wyprzedzeniem przed upływem terminu do wykonania danego etapu

Umowy;

b) Wykonawca poprzez pisemne powiadomienie Zamawiającego co najmniej z 7 dniowym wyprzedzeniem przed upływem terminu wykonania danego etapu Umowy, pod warunkiem wyrażenia przez Zamawiającego pisemnej zgody na dokonanie tej zmiany w terminie 5 dni od dnia otrzymania powiadomienia od Wykonawcy.

Każde z wyżej wymienionych powiadomień powinno zawierać uzasadnienie oraz wskazanie wnioskowanej zmiany terminu. Zmiana terminów wykonania etapów wskazanych w Harmonogramie Rzeczowo-Finansowym nie może naruszać terminu zakończenia Umowy, jak również nie uprawnia Wykonawcy do żądania zmiany wysokości wynagrodzenia za wykonanie Umowy.

Ponadto Izba ustaliła, iż Rozdział III SWZ pn. Krótka charakterystyka przedmiotu zamówienia otrzymał następujące brzmienie:

1. Przedmiotem zamówienia jest wykonanie robót budowlanych dla zadania pn.: „Przebudowa infrastruktury tramwajowej w ciągu ul. Wojska Polskiego w Sosnowcu, od ul. Gen. Andersa do ul. Orląt Lwowskich (dobudowa drugiego toru)" - zadanie nr 2.4 w ramach realizacji Projektu pn.: „Zintegrowany Projekt modernizacji i rozwoju infrastruktury tramwajowej w Aglomeracji Śląsko - Zagłębiowskiej wraz z zakupem taboru tramwajowego - etap II" współfinansowanego przez Unię Europejską ze środków Funduszu Spójności w ramach Programu Operacyjnego Infrastruktura i Środowisko - szczegółowy opis przedmiotu zamówienia zawiera załącznik nr 1.

2. Kod CPV:

45234121-0 - Roboty w zakresie kolei tramwajowej

3. Roboty budowlane będą realizowane zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i współczesnej wiedzy technicznej przy zastosowaniu obowiązujących przepisów, norm i specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót, w oparciu o dokumentację projektową opracowaną przez WYG International Sp. z o.o. po przekształceniu: Databout Sp. z o.o., ul.

Bitwy Warszawskiej 1920 r. nr 7, 02-366 Warszawa

Zgodnie z pkt 4 załącznika nr 1 do SWZ „Opis przedmiotu zamówienia" Roboty należy wykonywać według dokumentacji projektowej wykonanej przez:

4.1. WYG International Sp. z o.o. po przekształceniu: Databout Sp. z o.o., ul. Bitwy Warszawskiej 1920 r. nr 7, 02-366 Warszawa

oraz zgodnie z :

4.2. Decyzją o środowiskowych uwarunkowaniach realizacji przedsięwzięcia nr WOOŚ.420.35.2020.JB.9 z dnia 25.01.2021 r., wydaną przez Regionalnego Dyrektora Ochrony Środowiska w Katowicach,

4.3. Pozwoleniem na budowę nr 795/20 z dnia 05.10.2020 r. o znaku

WAB.6740.1.448.2020.DK wydane przez Prezydenta Miasta Sosnowca,

4.4. Pozwoleniem na budowę nr 953/20 z dnia 11.12.2020 r. o znaku

WAB.6740.1.896.2020.DK wydane przez Prezydenta Miasta Sosnowca,

4.5. Decyzją nr 265/21 z dnia 04.05.2021r o znaku WAB.6740.1.206.2021.DK wydaną przez Prezydenta Miasta Sosnowca, zmieniającą decyzję nr 795/20 z dnia 05.10.2020r,

4.6. Decyzją nr 413/21 z dnia 24.06.2021r o znaku WAB.6740.1.378.2021.DK wydaną przez Prezydenta Miasta Sosnowiec,

4.7. Decyzją nr 31/21/K z dnia 08.07.2021r o znaku IFXV.7840.7.18.2021 wydaną przez Wojewodę Śląskiego.

stanowiących integralną część SWZ, zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i współczesnej wiedzy technicznej przy zastosowaniu obowiązujących przepisów, norm i specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót. (...)

Zgodnie z Rozdziałem XIV „Opis sposobu obliczenia ceny” SWZ

1. Formą wynagrodzenia za roboty stanowiące przedmiot zamówienia zgodnie z projektem

umowy jest wynagrodzenie kosztorysowe.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

1. art. 8 ust. 1 ustawy Pzp tj. Do czynności podejmowanych przez zamawiającego, wykonawców oraz uczestników konkursu w postępowaniu o udzielenie zamówienia i konkursie oraz do umów w sprawach zamówień publicznych stosuje się przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. - Kodeks cywilny (Dz. U. z 2020 r. poz. 1740 i 2320), jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej;

2. art. 16 ustawy Pzp tj. Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób: (1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców; (2) przejrzysty; (3) proporcjonalny;

3. art. 99 ust. 1 ustawy Pzp tj. 1. Przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty;

4. art. 99 ust. 4 ustawy Pzp tj. Przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję, w szczególności przez wskazanie znaków towarowych, patentów lub pochodzenia, źródła lub szczególnego procesu, który charakteryzuje produkty lub usługi dostarczane przez konkretnego wykonawcę, jeżeli mogłoby to doprowadzić do uprzywilejowania lub wyeliminowania niektórych wykonawców lub produktów;

5. art. 431 ustawy Pzp tj. Zamawiający i wykonawca wybrany w postępowaniu o udzielenie zamówienia obowiązani są współdziałać przy wykonaniu umowy w sprawie zamówienia publicznego, zwanej dalej „umową", w celu należytej realizacji zamówienia;

6. art. 433 pkt 3 ustawy Pzp tj. Projektowane postanowienia umowy nie mogą przewidywać odpowiedzialności wykonawcy za okoliczności, za które wyłączną

odpowiedzialność ponosi zamawiający;

7. art. 351 § 1 KC tj. § 1. Dłużnik powinien wykonać zobowiązanie zgodnie z jego treścią i w sposób odpowiadający jego celowi społeczno-gospodarczemu oraz zasadom współżycia społecznego, a jeżeli istnieją w tym zakresie ustalone zwyczaje - także w sposób odpowiadający tym zwyczajom;

8. art. 351 § 2 KC tj. W taki sam sposób powinien współdziałać przy wykonaniu zobowiązania wierzyciel;

9. art. 353^1 KC Strony zawierające umowę mogą ułożyć stosunek prawny według swego uznania, byleby jego treść lub cel nie sprzeciwiały się właściwości (naturze) stosunku, ustawie ani zasadom współżycia społecznego;

10. art. 647 KC tj. Przez umowę o roboty budowlane wykonawca zobowiązuje się do oddania przewidzianego w umowie obiektu, wykonanego zgodnie z projektem i z zasadami wiedzy technicznej, a inwestor zobowiązuje się do dokonania wymaganych przez właściweczynności związanych z przygotowaniem robót, w szczególności do przekazania terenu budowy i dostarczenia projektu, oraz do odebrania obiektu i zapłaty umówionego wynagrodzenia;

11. art. 651 KC tj. Jeżeli dostarczona przez inwestora dokumentacja, teren budowy, maszyny lub urządzenia nie nadają się do prawidłowego wykonania robót albo jeżeli zajdą inne okoliczności, które mogą przeszkodzić prawidłowemu wykonaniu robót, wykonawca powinien niezwłocznie zawiadomić o tym inwestora;

Odwołanie zasługiwało na częściowe uwzględnienie.

Wydając wyrok Izba uznała za istotne dla sprawy i rozstrzygające poniższe kwestie.

Izba, rozpoznała zarzuty odwołania, pomimo zmiany w toku postępowania odwoławczego przez zamawiającego części postanowień wzoru umowy, gdyż stwierdziła, że w części dokonana zmiana nie zmieniła istoty kwestionowanych przez odwołującego postanowień.

Izba stwierdziła, iż zasadne są zarzuty oznaczone nr 1 i 2 odwołania tj. dotyczące naruszenia przez zamawiającego art. 431 ustawy 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 ustawy 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, a także naruszenia art. 433 pkt 3) w zw. z art. 99 ust. 1 i 4 ustawy Pzp w zw. z art. 16 ustawy Pzp oraz art. 353^1 KC w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy 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.

W ramach uwag wstępnych Izba wskazuje, że swoboda zamawiającego w kształtowaniu postanowień umownych podlega zawsze badaniu pod względem zgodności nie tylko z przepisami ustawy Pzp ale również z postanowieniami kodeksu cywilnego regulującego stosunki zobowiązaniowe. Ponadto, oczywistym jest, iż również do zamówień na roboty budowlane zastosowanie znajdują ogólne zasady dot. opisu przedmiotu zamówienia wyrażone w art. 99 ustawy Pzp. Dla przypomnienia wskazać należy, iż art. 99 ust. 1 i 2 ustawy Pzp obliguje zamawiającego 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 oraz do określenia w opisie przedmiotu zamówienia wymaganych cech m.in. robót budowlanych. Ponadto stosownie do art. 103 ustawy Pzp zamówienie na roboty budowlane opisuje się za

pomocą dokumentacji projektowej oraz specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót.

Również na gruncie kodeksu cywilnego dostarczenie projektu i odpowiedzialność za niego spoczywa na zamawiającym.

Mając powyższe na uwadze, Izba wyżej wskazane zarzuty odwołania uwzględniła, wychodząc z założenia, zgodnego z przywołanymi przepisami ustawy Pzp, iż w formule w jakiej prowadzone jest postępowanie tj. „wybuduj" odpowiedzialność za sporządzenie opisu przedmiotu zamówienia spoczywa na zamawiającym. Zamawiający aby sprostać nałożonym na niego obowiązkom korzystał w celu sporządzenia opisu przedmiotu zamówienia z usług profesjonalnego wykonawcy sporządzającego niezbędną dokumentację, i to na zamawiającym spoczywa odpowiedzialność za prawidłowość i rzetelności tej dokumentacji. Oczywiście na zasadach kodeksu cywilnego (art. 651 KC) wykonawca robót budowlanych zobowiązany jest do zgłaszania zamawiającemu dostrzeżonych uchybień dokumentacji zagrażających prawidłowej realizacji przedmiotu zamówienia, lecz obowiązek ten materializuje się w trakcie prowadzenia prac i nie jest nieograniczony. Jak wskazuje orzecznictwo np. Sąd Najwyższy w wyroku z dn. 25 listopada 2016 r. w sprawie o sygn. akt Wykonawca nie ma obowiązku badać szczegółowo projektu, zatem art. 651 KC ma zastosowanie jedynie w razie pozytywnej wiedzy wykonawcy o wadzie. Jednakże uzyskanie tej wiedzy w trakcie realizacji prac powoduje natychmiastową aktualizację obowiązku notyfikacji przewidzianego w tym przepisie." Podobnie Sąd Apelacyjny w Warszawie w wyroku z dn. 24 stycznia 2018 r. w sprawie o sygn. aktZ brzmienia art. 651 KC nie sposób wyprowadzić wniosku, iż wykonawca ma obowiązek dokonywać w każdym przypadku szczegółowego sprawdzenia dostarczonego projektu w celu wykrycia jego ewentualnych wad. Wykonawca robót budowlanych nie musi bowiem dysponować specjalistyczną wiedzą z zakresu projektowania. Musi jedynie umieć odczytać projekt i realizować inwestycję zgodnie z tym projektem oraz zasadami sztuki budowlanej. Obowiązek nałożony na wykonawcę przez art. 651 KC należy rozumieć w ten sposób, że musi on niezwłocznie zawiadomić inwestora o niemożliwości realizacji inwestycji na podstawie otrzymanego projektu lub też o tym, że realizacja dostarczonego projektu spowoduje powstanie obiektu wadliwego. W tym ostatnim przypadku chodzi jednak tylko o sytuacje, w których stwierdzenie nieprawidłowości dostarczonej dokumentacji nie wymaga specjalistycznej wiedzy z zakresu projektowania. Powyższą linię potwierdza również orzeczenie Sądu Apelacyjnego w Rzeszowie z dn. 26 listopada 2019 r. w sprawie o sygn. akt I Aga 13/19 „Przepis art. 651 KC nie może być podstawą do kreowania po stronie wykonawcy obowiązku szczegółowego merytorycznego sprawdzenia przedstawionego mu projektu w sytuacji, gdy wymaga to specjalistycznych obliczeń oraz wiedzy z zakresu projektowania. Nie jest zadaniem wykonawcy drobiazgowa analiza projektu w celu jego sprawdzenia i wykrycia jego ewentualnych wad." Jednocześnie Izba w pełni podziela stanowisko, wyrażone w przywołanym przez odwołującego wyroku Sądu Apelacyjnego w Katowicach w sprawie o sygn. akt V Aca 442/13 z dn. 22 listopada 2013 r., odnoszące się wprost do postępowania przetargowego, zgodnie z którym „Przepis ten [przyp. art. 651 KC] nie może być nadto odczytywany w sposób nakładający na wykonawcę obowiązek dokonywania w momencie przystąpienia do przetargu, czy podpisywania umowy, szczegółowego merytorycznego sprawdzenia przedstawionego mu projektu, wymagającego specjalistycznych obliczeń, wiedzy z zakresu projektowania, w celu wykrycia ewentualnych wad. Do obowiązków wykonawcy nie należy bowiem specjalistyczne badanie projektu, a jedynie musi on umieć odczytać projekt i realizować inwestycje zgodnie z jego założeniami oraz zasadami sztuki budowlanej."

Dlatego też w ocenie Izby zbyt daleko idące są oświadczenia wykonawcy, których złożenia zamawiający żąda przy podpisaniu umowy, a określone w § 1 ust. 11 lit. a i b wzoru umowy, oraz związane z tymi oświadczeniami skutki i obowiązki nałożone na wykonawców, a wiążące się z koniecznością weryfikacji i notyfikacją uchybień dokumentacji przed terminem składania ofert oraz powiązanie ich ze swoistym odwróceniem ciężaru dowodu w zakresie ustalenia momentu w którym błąd, nieprawidłowość czy też wadę wykonawca mógł wykryć. Uwzględniając zmiany dokonane przez zamawiającego, w toku postępowania odwoławczego, Izba uznała, iż zarzuty w tym zakresie w dalszym ciągu są aktualne. W związku z tym konieczne jest dokonanie zmiany § 1 ust. 11 lit. a) np. poprzez nadanie mu brzmienia zaproponowanego przez wykonawcę i zrównoważanie obowiązków stron w myśl zasady współdziałania przy wykonywaniu umowy wyrażonej w art. 431 ustawy Pzp, a także wykreślenie §1 ust. 11 lit. b) wzoru umowy.

Ponadto Izba podzieliła argumentację odwołującego, iż naruszającym zasady i przywołane w odwołaniu przepisy jest wymaganie zamawiającego określone w § 1 ust. 12 wzoru umowy, w zakresie w jakim przenosi na wykonawcę ryzyko finansowe, związane z niejednoznacznym i niewyczerpującym opisem przedmiotu zamówienia. Co do opisu przedmiotu zamówienia

znajdują zastosowanie rozważania ujęte powyżej w stanowisku Izby. Podsumowując ponownie stwierdzić należy, iż to na zamawiającym spoczywa obowiązek prawidłowego przygotowania dokumentacji w oparciu o którą wykonawca ma realizować zamówienie. W tym kontekście, jako nadużycie zasady swobody umów należy odczytywać obowiązek nałożony na wykonawców w § 1 ust. 12 wzoru umowy odnoszący się do konieczności wykonania w ramach wynagrodzenia wszelkich praz niezbędnych do wykonania Przedmiotu Umowy, również tych, których konieczność ujawni się w trakcie realizacji robót objętych Umowa, a które posiadający odpowiednią wiedzę i doświadczenie wykonawca powinien był przewidzieć na podstawie dokumentacji projektowej, obowiązujących przepisów techniczno -

budowalnych i administracyjnych, jak również wiedzy i doświadczenia". Podkreślić należy, iż aktualne pozostaje stanowisko co do obowiązków wykonawcy w zakresie weryfikacji dokumentacji na etapie składania ofert. Ponadto zauważenia wymaga, iż w niniejszym postępowaniu mamy do czynienia z wynagrodzeniem kosztorysowym i w ocenie Izby, zobowiązanie określone w § 1 ust. 12 w zakresie przytoczonym powyżej jest sprzeczne z przyjętym sposobem wynagradzania. W ocenie Izby, ewentualne zlecenie prac, których konieczność wykonania ujawni się trakcie realizacji robót, może nastąpić poprzez zmianę umowy i wprowadzenie np. robót dodatkowych czy zamiennych. W ocenie Izby nadmiernie restrykcyjnym i nie znajdującym oparcia w obowiązujących przepisach prawa jest ww. zobowiązanie nałożone na wykonawcę robót. Ponadto w ocenie Izby, nie zasadne jest przeniesienie na wykonawcę ryzyk wykazania stosownych okoliczności uprawniających go do wprowadzenia zmian i otrzymania wynagrodzenia. Teza ta jest zgodna również z wyrokiem Sądu Apelacyjnego w Szczecinie z dn. 31 stycznia 2020 r. w sprawie o sygn. akt I ACa 752/17, który podkreślił, „że wykonawca nie może być obciążony ryzykiem wad dokumentacji projektowej (por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 21 lutego 2013 r., IV CSK 354/12) ani ryzykiem wykonania prac koniecznych do realizacji zamówienia, w dokumentacji tej nieprzewidzianych, a wiążących się ze znacznymi kosztami." Dlatego też konieczne jest usunięcie kwestionowanego zobowiązania lub jego przeformułowanie w taki sposób aby wykonawcy przysługiwało należne wynagrodzenie za wykonane roboty oraz aby nie był on obciążony ryzykiem związanym z niewłaściwym/ niepełnym opisem przedmiotu zamówienia.

Ponadto, w ocenie Izby nie świadczyły o zasadności twierdzeń zamawiającego przedstawione przez niego przy odpowiedzi na odwołanie dowody, w szczególności w postaci dotychczasowych umów czy też zawartych aneksów do nich. Dokumenty te mogły tylko świadczyć o ich treści, która dla niniejszej sprawy była irrelewantna. Podobnie rzecz ma się z wynikiem kontroli ex-ante Instytucji pośredniczącej. Ocena tam zawarta jest stanowiskiem tej instytucji i w świetle obowiązujących regulacji prawnych nie ma znaczenia dla rozstrzygnięcia Izby.

Izba zauważa również, że istotnym elementem przy odwołaniach na element SWZ w postaci wzoru umowy, mającym wpływ na sformułowanie treści sentencji orzeczenia, jest przepis art. 554 ust. 6 ustawy Pzp, zgodnie z którym Izba nie może nakazać zawarcia umowy lub wprowadzenia do umowy postanowienia o określonej treści.

Natomiast, w ocenie Izby, nie potwierdził się zarzut oznaczony nr 3 w odwołaniu, a dotyczący naruszenia art. 431 ustawy Pzp oraz art. 647 KC oraz art. 354 § 2 KC w zw. z art. 353^1 KC w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy 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.

Izba w tym zakresie podzieliła argumentację Zamawiającego, przedstawioną w odpowiedzi na odwołanie. Odnośnie elementu tego zarzutu kierowanego wobec § 10 ust. 2 wzoru umowy, Izba wskazuje, na dwa aspekty. Pierwszym, z nich jest szczątkowe uzasadnienie co do podstaw kwestionowania tego postanowienia, które należy zakwalifikować jako wadliwe skonstruowanie zarzutu poprzez brak wskazania podstaw faktycznych i prawnych podnoszonego zarzutu. Drugi aspekt stanowi podstawa wyrokowania. Za podstawę orzekania Izba bierze stan rzeczy ustalony w toku postępowania odwoławczego (art. 552 ust. 1 ustawy Pzp). 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 zarzut nr 3 odwołania.

Co do konieczności dokonania odbioru robót przez inwestora, Izba co do zasady podziela stanowisko odwołującego, będące odzwierciedleniem doktryny i orzecznictwa. W tym miejscu należy przywołać wyrok Sądu najwyższego z 12 marca 2021 r. w sprawie o sygn. akt VCSKP 14/21, w którym Sąd potwierdził, iż „Inwestor jest uprawniony do odmowy

odbioru obiektu tylko wówczas, gdy jest on dotknięty wadą istotną, tj. taką, która czyni go niezdatnym do umówionego użytku zgodnie z przeznaczeniem lub prowadzi do wykonania robót w sposób wyraźnie sprzeciwiający się umowie. Jeżeli natomiast wady nie są istotne w powyższym znaczeniu, to inwestor nie może odmówić jego odbioru, natomiast może skorzystać z uprawnień z tytułu rękojmi, ewentualnie gwarancji. W takiej sytuacji w protokole odbioru robót powinny się znaleźć ustalenia co do jakości wykonanych robót, w tym ewentualny wykaz ujawnionych wad wraz z ustalonymi terminami ich usunięcia albo oświadczenia inwestora o wyborze innego uprawnienia przysługującego mu z tytułu odpowiedzialności wykonawcy za ujawnione przy odbiorze wady)". Na gruncie niniejszej sprawy, Izba wskazuje, iż w jej ocenie postanowienia § 8 wzoru umowy, nie stoją na przeszkodzie aby interpretować je w taki sposób jak uczynił to zamawiający w odpowiedzi na odwołanie tj. że brzmienie § 8 ust. 9 wskazuje jasno, iż 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 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 zwężenia zakresu uprawnień zawartych w przepisie centralnym tj. w § 8 ust. 7 wzoru umowy. Powyższe powoduje w ocenie Izby, iż zamawiający zobowiązany jest do dokonania odbioru w sytuacji wystąpienia wad nieistotnych, a owa „dyskrecjonalność" na którą wskazuje odwołujący dotyczy tylko opcji określającej z jakich uprawnień istniejących po jego stronie zamawiający skorzysta.

Izba uznała, że odwołanie podlega częściowemu uwzględnieniu i na podstawie art. 553 zdanie pierwsze Pzp orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 557 i 575 ustawy Pzp oraz § 5 pkt 1 i 2 lit. a i b) w zw. z § 7 ust. 2 pkt 1 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437).