

WYROK

z dnia 10 listopada 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Emil Kuriata

Protokolant: Marta Słoma

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 8 listopada 2021 r., w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 18 października 2021 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Alstal Grupa Budowlana sp. z o.o. sp. k., Alstal Development sp. z o.o. sp. k., ul. Gajowa 99; 85-717 Bydgoszcz, w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Politechnika Wrocławską, Wybrzeże St. Wyspiańskiego 27; 50-370 Wrocław,

orzeka:

1. Umarza postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutów zawartych w ust. VII pkt 1, 4, 7, 8 odwołania.

2. Uwzględnia odwołanie w zakresie zarzutów zawartych w ust. VII pkt 2 i 6 odwołania, tj. naruszenia:

2) art. 16 pkt 1-3, art. 17 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 643 kodeksu cywilnego i art. 647 kodeksu cywilnego poprzez przyznanie zamawiającemu w § 10 ust. 11 pkt 1) lit a) i b) i § 10 ust. 12 wzoru umowy oraz § 5 ust. 1 pkt 2) lit. a) wzoru umowy uznaniowego prawa do odmowy dokonania odbioru częściowego dla danego Etapu a także odbioru częściowego i końcowego w każdym przypadku wystąpienia wad, przy czym uprawnienie do odmowy odbioru końcowego powinno mieć miejsce jedynie w przypadku wystąpienia wad istotnych,

6) art. 16 pkt 1-3, 17 ust. 1 ustawy Pzp w związku z art. 241 ust. 1 i 2 ustawy Pzp w zw. z art. 242 ust. 1 i 2 ustawy Pzp w zw. z art. 246 ust. 1 ustawy Pzp poprzez ustanowienie kryteriów oceny ofert odnoszących się do przyszłej, niepewnej oraz nieopisanej części zamówienia, a także poprzez określenie wagi kryterium w sposób nieproporcjonalny do wartości i celów jakie zamierza osiągnąć zamawiający realizując zamówienie, nieuzasadniony obiektywnymi potrzebami zamawiającego oraz niezapewniający uzyskania najlepszej jakości usług i najlepszych efektów zamówienia oraz pozornie realizujący wymogi ustawy Pzp, co oznacza znaczne ograniczenie uczciwej konkurencji i naruszenie zasad równego traktowania wykonawców,

i nakazuje zamawiającemu:

- dokonanie zmiany § 10 ust. 11 pkt 1) lit a) i b) oraz § 5 ust. 1 pkt 2) lit. a) wzoru umowy z uwzględnieniem zasady proporcjonalności do przedmiotu zamówienia oraz z zachowaniem zasady dopuszczalnej swobody umów i prawa podmiotowego zamawiającego do samodzielnego kształtowania warunków umowy,

- zmianę kryteriów oceny ofert poprzez usunięcie następujących kryteriów oceny ofert:
rozdz. XIV pkt 2.4 SWZ - Zysk dla robót dodatkowych - waga 5%,
rozdz. XIV pkt 2.5 SWZ - Koszty pośrednie dla robót dodatkowych - waga 5%,
rozdz. XIV pkt 2.6 SWZ - Koszty zakupu dla robót dodatkowych - waga 5%

oraz zastąpienie ich innymi kryteriami właściwymi dla przedmiotu oraz celu zamówienia.

3. W pozostałym zakresie oddala odwołanie.

4. Kosztami postępowania obciąża po 1: wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Alstal Grupa Budowlana sp. z o.o. sp. k., Alstal

Development sp. z o.o. sp. k., ul. Gajowa 99; 85-717 Bydgoszcz, oraz zamawiającego

Politechnika Wrocławska, Wybrzeże St. Wyspiańskiego 27; 50-370 Wrocław i:

4.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Alstal Grupa Budowlana sp.

z o.o. sp. k., Alstal Development sp. z o.o. sp. k., ul. Gajowa 99; 85-717 Bydgoszcz, tytułem wpisu od odwołania,

4.2. zasądza od zamawiającego Politechnika Wrocławska, Wybrzeże St. Wyspiańskiego 27; 50-370 Wrocław, na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Alstal Grupa Budowlana sp. z o.o. sp. k., Alstal Development sp. z o.o. sp. k., ul. Gajowa 99; 85-717 Bydgoszcz kwotę

10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych, zero groszy) stanowiącą 1 kosztów postępowania odwoławczego poniesioną z tytułu wpisu od odwołania.

5. Pozostałe koszty postępowania znosi wzajemnie.

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 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.

Przewodniczący:

sygn. akt: KIO 3098/21

Uzasadnienie

Zamawiający - Politechnika Wrocławska, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest „Budowa budynku WDF oraz AT z wyposażeniem technologicznym należących do Kompleksu badawczego Innocamp-GEO2 PWR wraz z wykonaniem niezbędnej infrastruktury technicznej oraz zagospodarowaniem terenu”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 8 października 2021 r., pod nr 2021/S 196-507163.

Dnia 18 października 2021 roku wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Alstal Grupa Budowlana sp. z o.o. sp. k., Alstal Development sp. z o.o. sp. k. (dalej „Odwołujący”) wnieśli odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1. art. 16 pkt 1-3, zw. z art. 8 ustawy Pzp, i art. 636 kc co stanowi także naruszenie art. 353¹ kc w zw. z art. 58 kc, w zw. z art. 5 kc w związku z art. 99 ust. 1 i 4 ustawy Pzp, poprzez przyznanie zamawiającemu:

1) w § 8 ust. 1 pkt 2) wzoru Umowy, uznaniowego prawa do jednostronnego i wiążącego dla Wykonawcy ingerowania w treść harmonogramu rzeczowo-finansowego (dalej HRF), co może wpłynąć na narzucenie wykonawcy terminów wykonania istotnych etapów prac dopiero na etapie realizacji umowy, tymczasem zgodnie z art. 636 kc to wykonawca posiada stosowną wiedzę i kwalifikacje niezbędne do wykonania dzieła. Tym samym to wykonawca winien decydować o treści harmonogramu. Powyższe naruszenie w konsekwencji spowodowało także wykorzystanie pozycji dominującej organizatora przetargu i rażące uprzywilejowanie w treści projektu umowy pozycji zamawiającego, wbrew zasadom współżycia społecznego i właściwego stosunku prawnego, w sposób stanowiący nadużycie prawa,

2) w § 8 ust. 3) wzoru Umowy uznaniowego prawa do jednostronnego i wiążącego

dla wykonawcy ingerowania w obsadę stanowiska Kierownika Budowy co może wpłynąć na narzucenie wykonawcy konieczności zmiany osoby pełniącej funkcję Kierownika Budowy już w trakcie realizacji przedmiotu umowy, tymczasem w świetle art. 636 kc to wykonawca posiada stosowną wiedzę i kwalifikacje niezbędne do wykonania dzieła i tym samym do rzetelnej oceny prawidłowości w wykonywanej pracy przez Kierownika Budowy. Tym samym to wykonawca posiadający stosowną specjalistyczną wiedzę winien decydować o obsadzie funkcji Kierownika Budowy co jest zgodne z § 8 ust. 2 wzoru umowy. Powyższe

naruszenie w konsekwencji spowodowało także wykorzystanie pozycji dominującej organizatora przetargu i rażące uprzywilejowanie w treści projektu umowy pozycji zamawiającego, wbrew zasadom współżycia społecznego i właściwego stosunku prawnego.

2. art. 16 pkt 1-3, art. 17 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art.

643 kodeksu cywilnego i art. 647 kodeksu cywilnego poprzez przyznanie zamawiającemu w § 10 ust. 11 pkt 1) lit a) i b) i § 10 ust. 12 wzoru umowy oraz § 5 ust. 1 pkt 2) lit. a) wzoru umowy uznaniowego prawa do odmowy dokonania odbioru częściowego dla danego Etapu a także odbioru częściowego i końcowego w każdym przypadku wystąpienia wad, przy czym uprawnienie do odmowy odbioru końcowego powinno mieć miejsce jedynie w przypadku wystąpienia wad istotnych. Zgodnie z art. 647 kodeksu cywilnego inwestor (zamawiający) ma obowiązek dokonania odbioru i może uchylić się od tego obowiązku tylko w przypadku, gdy przedmiot umowy obarczony jest wadami istotnymi. W przypadku wystąpienia wad nieistotnych inwestor (zamawiający) jest obowiązany dokonać odbioru końcowego lub częściowego, co w konsekwencji powoduje, że przy obecnych zapisach wzoru umowy zamawiający ma uznaniowe prawo nie tylko do odmowy odbioru końcowego, ale także do uzależnienia możliwości wystawienia faktury (częściowej i końcowej), która stanowi podstawę wypłaty wynagrodzenia na rzecz wykonawcy, gdyż w świetle art. § 5 ust. 1 pkt 1) i 2) PPU podstawą wystawienia faktury częściowej i końcowej może być jedynie podpisany bez zastrzeżeń protokół odbioru, podczas gdy płatność częściowa i/lub końcowa powinna nastąpić po odbiorze częściowym i/lub końcowym a nie po usunięciu wad odbiorowych. Powiązanie płatności częściowej i końcowej z usunięciem wad odbiorowych oznacza, że płatności te stanowią dodatkowe zabezpieczenie należytego wykonania umowy (zabezpieczenie usunięcia wad odbiorowych), a zamawiający wbrew Pzp nie tylko narzuca formę zabezpieczenia ale ustanawia zabezpieczenie przekraczające dopuszczalną wysokość zabezpieczenia,

3. art. 16 pkt 1-3 ustawy Pzp oraz art. 17 ust 1 ustawy Pzp, art. 433 pkt 1 Pzp w związku z art. 8 ustawy Pzp w zw. z art. 353¹ kodeksu cywilnego i art. 647 kodeksu cywilnego w zw. z art. 483 § 1 kodeksu cywilnego w zw. z art. 484 § 2 kodeksu cywilnego i art. 473 § 1 kodeksu cywilnego ze względu na:

1) zastrzeżenie w § 12 ust. 1 pkt 1) wzoru umowy rażąco wygórowanego limitu kar umownych w związku z niedotrzymaniem terminu zakończenia montażu wyposażenia technologicznego oraz uzyskania pozwolenia na użytkowanie dla Etapu ZT i Etapu WDF, w szczególności w wysokości 30 % wynagrodzenia umownego brutto, a zatem w wysokości przekraczającej znacząco wysokość kary umownej zastrzeżonej w § 12 ust. 1 pkt 5) wzoru umowy z tytułu odstąpienia od umowy z przyczyn nieleżących wyłącznie po stronie zamawiającego, która została ustalona w wysokości 10% wynagrodzenia umownego brutto, a która w istocie jest karą za najcięższą okoliczność tj. niewykonania zamówienia. Wyznaczenie maksymalnego limitu kar umownych w wysokości rażąco wygórowanej, tj. przekraczającej trzykrotnie wysokość kary umownej za odstąpienie od umowy może prowadzić do bezpodstawnego wzbogacenia zamawiającego względem wykonawcy, gdyż zamawiający z tytułu nieprawidłowego wykonania umowy (np. nieterminowego wykonania) będzie mógł naliczyć karę wyższą niż z tytułu niewykonania umowy co jest nadmiernym i nieadekwatnym obciążeniem wykonawcy w stosunku do specyfiki realizacji i uwarunkowań rynkowych, będąc jednocześnie postanowieniem niekorzystnym dla wykonawców naruszającym równowagę stron umowy i prowadzącym do naruszenia praw podmiotowych wykonawców,

2) zastrzeżenie w § 12 ust. 1 pkt 2) Wzoru umowy rażąco wygórowanego limitu kar umownych w związku z niedotrzymaniem terminu zakończenia montażu wyposażenia technologicznego oraz uzyskania pozwolenia na użytkowanie dla Etapu AT, w szczególności w wysokości 30 % wynagrodzenia umownego, a zatem w wysokości przekraczającej znacząco wysokość kary umownej zastrzeżonej w § 12 ust. 1 pkt 5) wzoru Umowy z tytułu odstąpienia od umowy z przyczyn

należących wyłącznie po stronie zamawiającego, która została ustalona w wysokości 10% wynagrodzenia umownego brutto, a która w istocie jest karą za najcięższą okoliczność tj. niewykonania zamówienia. Wyznaczenie maksymalnego limitu kar umownych w wysokości rażąco wygórowanej, tj. przekraczającej trzykrotnie wysokość kary umownej za odstąpienie od umowy może prowadzić do bezpodstawnego wzbogacenia zamawiającego względem wykonawcy, gdyż zamawiający z tytułu nieprawidłowego wykonania umowy (np. nieterminowego wykonania) będzie mógł naliczyć karę wyższą niż z tytułu niewykonania umowy co jest nadmiernym i nieadekwatnym obciążeniem wykonawcy w stosunku do specyfiki realizacji i uwarunkowań rynkowych, będąc jednocześnie postanowieniem niekorzystnym dla wykonawców naruszającym równowagę stron umowy i prowadzącym do naruszenia praw podmiotowych wykonawców,

3) zastrzeżenie w § 12 ust. 1 pkt 3) wzoru umowy rażąco wygórowanego limitu kar umownych za zwłokę w wykonaniu ustaleń podjętych w protokole odbioru końcowego dla każdego Etapu osobno oraz usunięcia wad i/lub usterek stwierdzonych przy odbiorze końcowym każdego Etapu osobno w szczególności w wysokości 30 % wynagrodzenia umownego brutto, a zatem w wysokości przekraczającej znacząco wysokość kary umownej zastrzeżonej w § 12 ust. 1 pkt 5) wzoru umowy z tytułu odstąpienia od umowy z przyczyn należących wyłącznie po stronie zamawiającego, która została ustalona w wysokości 10% wynagrodzenia umownego brutto, a która w istocie jest karą za najcięższą okoliczność tj. niewykonania zamówienia. Wyznaczenie maksymalnego limitu kar umownych w wysokości rażąco wygórowanej, tj. przekraczającej trzykrotnie wysokość kary umownej za odstąpienie od umowy może prowadzić do bezpodstawnego wzbogacenia zamawiającego względem wykonawcy, gdyż zamawiający z tytułu nieprawidłowego wykonania umowy (np. nieterminowego wykonania) będzie mógł naliczyć karę wyższą niż z tytułu niewykonania umowy, co jest nadmiernym i nieadekwatnym obciążeniem wykonawcy w stosunku do specyfiki realizacji i uwarunkowań rynkowych, będąc jednocześnie postanowieniem niekorzystnym dla wykonawców naruszającym równowagę stron umowy i prowadzącym do naruszenia praw podmiotowych wykonawców,

4) zastrzeżenie w § 12 ust. 1 pkt 4) wzoru umowy rażąco wygórowanego limitu kar umownych za zwłokę w wykonaniu ustaleń dotyczących usunięcia wad lub/i usterek ujawnionych w okresie rękojmi i gwarancji w szczególności w wysokości 20 % wynagrodzenia umownego brutto, a zatem w wysokości przekraczającej znacząco wysokość kary umownej zastrzeżonej w § 12 ust. 1 pkt 5) wzoru umowy z tytułu odstąpienia od umowy z przyczyn należących wyłącznie po stronie zamawiającego, która została ustalona w wysokości 10% wynagrodzenia umownego brutto, a która w istocie jest karą za najcięższą okoliczność, tj. niewykonania zamówienia. Wyznaczenie maksymalnego limitu kar umownych w wysokości rażąco wygórowanej tj. przekraczającej dwukrotnie wysokość kary umownej za odstąpienie od umowy może prowadzić do bezpodstawnego wzbogacenia zamawiającego względem wykonawcy, gdyż zamawiający z tytułu nieprawidłowego wykonania umowy (np. nieterminowego wykonania) będzie mógł naliczyć karę wyższą niż z tytułu niewykonania umowy, co jest nadmiernym i nieadekwatnym obciążeniem wykonawcy w stosunku do specyfiki realizacji i uwarunkowań rynkowych, będąc jednocześnie postanowieniem niekorzystnym dla wykonawców naruszającym równowagę stron umowy i prowadzącym do naruszenia praw podmiotowych wykonawców,

5) zastrzeżenie w § 12 ust. 1 pkt 11) wzoru umowy rażąco wygórowanego limitu kar umownych za zwłokę w przedłożeniu odpowiedniego dokumentu potwierdzającego wydłużenie obowiązywania zabezpieczeń należytego wykonania umowy w terminie, o którym mowa w § 6 ust. 12 umowy, w szczególności w wysokości 30 % wynagrodzenia umownego brutto, a zatem w wysokości przekraczającej rażąco wysokość kary umownej zastrzeżonej w § 12 ust. 1 pkt 5)

wzoru umowy z tytułu odstąpienia od umowy z przyczyn należących wyłącznie po stronie zamawiającego, która została ustalona w wysokości 10% wynagrodzenia umownego brutto, a która w istocie jest karą za najcięższą okoliczność, tj. niewykonania zamówienia. Wyznaczenie maksymalnego limitu kar umownych w wysokości rażąco wygórowanej tj. przekraczającej trzykrotnie wysokość kary umownej za odstąpienie od umowy może prowadzić do bezpodstawnego wzbogacenia zamawiającego względem wykonawcy, gdyż zamawiający z tytułu nieprawidłowego wykonania umowy (np. nieterminowego wykonania) będzie mógł naliczyć karę wyższą niż z tytułu niewykonania umowy co jest nadmiernym i nieadekwatnym obciążeniem wykonawcy w stosunku do specyfiki realizacji i uwarunkowań rynkowych, będąc jednocześnie postanowieniem niekorzystnym dla wykonawców naruszającym równowagę stron umowy i prowadzącym do

naruszenia praw podmiotowych wykonawców,

6) zastrzeżenie w § 12 ust. 6 wzoru umowy rażąco wygórowanego limitu wszystkich kar umownych, w wysokości 30 % wynagrodzenia umownego brutto, a zatem w wysokości przekraczającej rażąco wysokość kary umownej zastrzeżonej w § 12 ust. 1 pkt 5) wzoru umowy z tytułu odstąpienia od umowy z przyczyn nieleżących wyłącznie po stronie zamawiającego, która została ustalona w wysokości 10% wynagrodzenia umownego brutto, a która w istocie jest karą za najcięższą okoliczność, tj. niewykonania zamówienia. Wyznaczenie maksymalnego limitu kar umownych w wysokości rażąco wygórowanej, tj. przekraczającej trzykrotnie wysokość kary umownej za odstąpienie od umowy może prowadzić do bezpodstawnego wzbogacenia zamawiającego względem wykonawcy, gdyż zamawiający z tytułu nieprawidłowego wykonania umowy (np. nieterminowego wykonania) będzie mógł naliczyć karę wyższą niż z tytułu niewykonania umowy, co jest nadmiernym i nieadekwatnym obciążeniem Wykonawcy w stosunku do specyfiki realizacji i uwarunkowań rynkowych, będąc jednocześnie postanowieniem niekorzystnym dla wykonawców naruszającym równowagę stron umowy i prowadzącym do naruszenia praw podmiotowych wykonawców.

4. art. 16 pkt 1- 3 Pzp w zw. z art. 8 ustawy Pzp w zw. z art. 353¹ kc w zw. z art. 636 kc, w zw. z art. 483 § 1 kc w zw. z art. 484 § 2 kc i art. 473 § 1 kc ze względu na zastrzeżenie w § 11 ust. 8 wzoru umowy, postanowienia zgodnie z którym wykonawca usunie stwierdzone wady lub/i usterki z tytułu gwarancji i rękojmi w terminie 14 dni roboczych od dnia ich zgłoszenia wykonawcy wady i/lub usterki przez zamawiającego, tj. niezależnie od charakteru i zakresu stwierdzonej wady, co oznacza także, że wykonawca nie będzie miał kontroli nad realnym terminem usunięcia stwierdzonych wad, w szczególności poważniejszych wad, których usunięcie może wymagać dłuższych terminów zgodnie ze sztuką budowlaną, a to właśnie wykonawca przy tego rodzaju robotach posiada stosowną wiedzę i kwalifikacje niezbędne do ich wykonania, więc on powinien decydować o terminie usunięcia wad, co w konsekwencji powoduje także naruszenie art. 353¹ kc oraz w zw. z art. 58 kc w zw. z art. 5 kc poprzez wykorzystanie pozycji dominującej organizatora przetargu i rażące uprzywilejowanie w treści projektu umowy pozycji zamawiającego, wbrew zasadom współzycia społecznego i właściwego stosunku prawnego, w sposób stanowiący nadużycie prawa,

5. art. 16 pkt 1-3, 17 ust. 1 ustawy Pzp w związku z art. 99 ust. 1 i 4 ustawy Pzp w zw. z art. 8 ustawy Pzp w zw. z art. 5 kc poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób nieproporcjonalny, nieprzejrzysty, nieuzasadniony obiektywnymi potrzebami zamawiającego, niezapewniający uzyskania najlepszej jakości dostaw i najlepszych efektów zamówienia oraz w sposób uniemożliwiający uczciwą konkurencję i naruszający zasadę równego traktowania wykonawców poprzez zobowiązanie wykonawcy do złożenia oferty oraz zawarcia umowy na wykonanie robót dodatkowych, których zakres nie został opisany w niniejszym postępowaniu, a także narzucenie wykonawcy konieczności wykorzystania mechanizmu wyceny robót dodatkowych już na etapie złożenia oferty w niniejszym postępowaniu, podczas gdy możliwe jest zapewnienie realizacji robót dodatkowych w sposób wynikający z ustawy Pzp, co w konsekwencji powoduje także naruszenie art. 5 kc poprzez wykorzystanie pozycji dominującej organizatora przetargu i rażące uprzywilejowanie w treści projektu umowy pozycji zamawiającego, wbrew zasadom współzycia społecznego i właściwego stosunku prawnego, w sposób stanowiący nadużycie prawa,

6. art. 16 pkt 1-3, 17 ust. 1 ustawy Pzp w związku z art. 241 ust. 1 i 2 ustawy Pzp w zw. z art. 242 ust. 1 i 2 ustawy Pzp w zw. z art. 246 ust. 1 ustawy Pzp poprzez ustanowienie kryteriów oceny ofert odnoszących się do przyszłej, niepewnej oraz nieopisanej części zamówienia, a także poprzez określenie wagi kryterium w sposób nieproporcjonalny do wartości i celów jakie zamierza osiągnąć zamawiający realizując zamówienie, nieuzasadniony obiektywnymi potrzebami zamawiającego oraz niezapewniający uzyskania najlepszej jakości usług i najlepszych efektów zamówienia oraz pozornie realizujący wymogi ustawy Pzp, co oznacza znaczne ograniczenie uczciwej konkurencji i naruszenie zasad równego traktowania wykonawców,

7. art. 16 pkt 1, art. 17 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 436 pkt 1 ustawy Pzp, poprzez określenie końcowego terminu realizacji zamówienia na dzień 27 marca 2023 r., tj. z pominięciem obowiązku określenia terminu realizacji zamówienia w dniach, tygodniach, miesiącach lub latach.

8. art. 16 pkt 1 ustawy Pzp w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 58 kc w zw. z art. 395 § 1 kc, poprzez brak zastrzeżenia terminu na złożenie oświadczenia o odstąpieniu przez wykonawcę od umowy, co skutkuje nieważnością postanowienia § 13 ust. 1 pkt 1 wzoru umowy.

W związku z powyższym odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i uznanie, że projektowane postanowienia umowne (załącznik nr 2 do SWZ) są niezgodne z ustawą Pzp i nakazanie zamawiającemu dokonania zmiany treści załącznika nr 9 do SWZ w sposób opisany poniżej.

1) w odniesieniu do zarzutu zawartego w pkt VII.1 odwołania, odwołujący wniósł o:

(i) nakazanie zamawiającemu usunięcie zapisu wzoru umowy uprawniającego go do

samodzielnego i wiążącego dla wykonawcy opracowania Harmonogramu rzeczowo - finansowego, w przypadku niezgodnienia Harmonogramu przez Strony. Po uwzględnieniu

zmiany treść § 8 ust. 1 pkt 2) wzoru umowy powinna być następująca: „2) Zamawiający, w terminie do 5 dni roboczych od daty przekazania Harmonogramu rzeczowo-finansowego przez Wykonawcę, zatwierdzi ten Harmonogram względnie zwróci Wykonawcy do poprawy lub uzupełnienia wraz z uwagami i zastrzeżeniami. W uzasadnionych przypadkach zostaną one uwzględnione przez Wykonawcę w treści Harmonogramu. Wykonawca przedłoży do zatwierdzenia skorygowany Harmonogram w przeciągu 2 dni roboczych od daty jego zwrócenia przez Zamawiającego. W razie niezgodnienia Harmonogramu, ustala go powołany przez Strony niezależny podmiot wyspecjalizowany w zakresie wiedzy budowlanej i projektowania.”

(ii) nakazanie zamawiającemu usunięcie § 8 ust. 3 wzoru umowy uprawniającego go do narzucania wykonawcy zmiany osoby pełniącej funkcje Kierownika Budowy.

2) w odniesieniu do zarzutu zawartego w pkt VII.2 odwołania, odwołujący wniósł o zmianę:

(i) § 10 ust. 11 pkt 1) wzoru umowy w następujący sposób: „1) jeżeli wady nadają się do usunięcia Zamawiający dokona odbioru wykonanych prac z jednoczesnym wyznaczeniem terminu do usunięcia stwierdzonych wad i/lub usterek.”,

(ii) § 10 ust. 12 wzoru umowy w następujący sposób: „12. W przypadkach określonych w ust. 9 za datę zakończenia robót przyjmuje się datę ponownego powiadomienia Zamawiającego przez Wykonawcę o gotowości do odbioru robót po skutecznym złożeniu przez Wykonawcę wniosku o dokonanie odbioru robót; ust. 4, 5, 6, 8 stosuje się odpowiednio. W sytuacji określonej w ust. 11 pkt 1 za datę odbioru uznaje się datę powiadomienia Zamawiającego przez Wykonawcę o gotowości do odbioru robót, z zastrzeżeniem § 11 ust. 2 niniejszej umowy.”

(iii) § 5 ust. 1 pkt 2) lit a) wzoru umowy w następujący sposób: „a) kopia protokołu odbioru końcowego robót danego Etapu umowy.”

3) w odniesieniu do zarzutu zawartego w pkt VII.3, odwołujący wniósł o zmianę:

(i) § 12 ust.1 pkt 1) wzoru umowy w następujący sposób: „1) za zwłokę w wykonaniu Etapu ZT i Etapu WDF, w tym zakończenia montażu wyposażenia technologicznego oraz uzyskania pozwolenia na użytkowanie dla ww. Etapów umowy liczone za każdy dzień zwłoki

w stosunku do terminu określonego w §3 ust. 1 lit. b) niniejszej umowy - w wysokości 0,2 % wynagrodzenia brutto określonego w §4 ust. 1 niniejszej umowy, niniejsza kara podlega sumowaniu z karą określoną w pkt 4 niniejszego ustępu.”

(ii) § 12 ust. 1 pkt 2) wzoru umowy w następujący sposób: „2) za zwłokę w wykonaniu Etapu AT, w tym zakończenia montażu wyposażenia technologicznego oraz uzyskania pozwolenia na użytkowanie dla Etapu AT, a tym samym zakończenia przedmiotu umowy, liczone za każdy dzień zwłoki w stosunku do terminu określonego w §3 ust. 1 lit. d) niniejszej umowy- w wysokości 0,2 % wynagrodzenia brutto określonego w §4 ust. 1 niniejszej umowy, niniejsza kara podlega sumowaniu z karą określoną w pkt 4 niniejszego ustępu,”

(iii) § 12 ust. 1 pkt 3) wzoru umowy w następujący sposób: „3) za zwłokę w wykonaniu ustaleń podjętych w protokole odbioru końcowego dla każdego Etapu osobno oraz usunięciu wad lub/i usterek stwierdzonych przy odbiorze końcowym każdego Etapu osobno - w wysokości 0,1% wynagrodzenia brutto określonego w § 4 ust. 1 umowy, za każdy dzień zwłoki, liczony od upływu wyznaczonego przez Zamawiającego terminu, niniejsza kara podlega sumowaniu z karą określoną w pkt. 4 niniejszego ustępu,”

(iv) § 12 ust. 1 pkt 4) wzoru umowy w następujący sposób: „4) za zwłokę w wykonaniu ustaleń dotyczących usunięcia wad lub/i usterek ujawnionych w okresie rękojmi i gwarancji - w wysokości 0,02% wynagrodzenia brutto określonego w § 4 ust. 1 za każdy dzień zwłoki, liczony od upływu wyznaczonego przez Zamawiającego terminu, liczony odrębnie dla każdej usterki, niniejsza kara podlega sumowaniu z karą określoną w pkt 4 niniejszego ustępu,”

(v) § 12 ust. 1 pkt 11) wzoru umowy w następujący sposób: „11) za zwłokę w przedłożeniu odpowiedniego dokumentu potwierdzającego wydłużenie obowiązywania zabezpieczeń należytego wykonania umowy w terminie o którym mowa w § 6 ust. 12 niniejszej umowy - w wysokości 0,3% wynagrodzenia brutto określonego w § 4 ust. 1 niniejszej umowy, liczonego za każdy dzień zwłoki, niniejsza kara podlega sumowaniu z karą określoną w pkt 4 niniejszego ustępu.”

(vi) § 12 ust. 6 wzoru umowy w następujący sposób: „6. Wysokość wszystkich kar umownych nie może przekroczyć 15% wartości wynagrodzenia brutto określonego w § 4 ust. 1 Umowy.”

4) w odniesieniu do zarzutu zawartego w pkt VII.4 odwołania poprzez zmianę treści § 11 ust. 8 wzoru umowy na następującą: „8. Wykonawca usunie wady lub/i usterki w terminie do 14 dni roboczych od dnia zgłoszenia Wykonawcy wady i/lub usterki przez Zamawiającego, w przypadkach uzasadnionych Zamawiający na wniosek Wykonawcy wyznaczy dłuższy, zgodny ze sztuką budowlaną termin usunięcia wady.”

5) w odniesieniu do zarzutu zawartego w pkt VII.5 odwołania poprzez usunięcie postanowień dotyczących obowiązku złożenia oferty oraz zawarcia umowy na wykonanie robót dodatkowych z wykorzystaniem mechanizmu wyliczenia ceny opisanego przez zamawiającego, a także usunięcia kar umownych wynikających ze wskazanych postanowień tj. usunięcie § 8 ust. 24 wzoru umowy oraz § 12 ust. 1 pkt 18, 19, 20 lub ewentualnie zastąpienie wskazanych zapisów, postanowieniem przewidującym możliwość udzielenia zamówienia polegającego na powtórzeniu podobnych robót budowlanych o którym mowa w art. 214 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp.

6) w odniesieniu do zarzutu zawartego w pkt VII.6 odwołania poprzez nakazanie zamawiającemu zmianę kryteriów oceny ofert poprzez usunięcia następujących kryteriów oceny ofert:

Rozdz. XIV pkt 2.4 SWZ - Zysk dla robót dodatkowych - waga 5%,

Rozdz. XIV pkt 2.5 SWZ - Koszty pośrednie dla robót dodatkowych - waga 5%,

Rozdz. XIV pkt 2.6 SWZ - Koszty zakupu dla robót dodatkowych - waga 5%

oraz zastąpienie ich innymi kryteriami właściwymi dla przedmiotu oraz celu zamówienia.

7) w odniesieniu do zarzutu zawartego w pkt VII.7 odwołania poprzez nakazanie zamawiającemu określenia terminu realizacji zamówienia określonego w Rozdz. IV ust. 1 lit. b SWZ w dniach, tygodniach, miesiącach lub latach.

8) w odniesieniu do zarzutu zawartego w pkt VII.8 odwołania poprzez nakazanie zamawiającemu zmiany § 13 ust. 1 pkt 1 wzoru umowy poprzez nadanie mu brzmienia: „1. Strony postanawiają, że oprócz przypadków określonych w przepisach kodeksu cywilnego odstąpienie od umowy jest możliwe w następujących sytuacjach:

1) Wykonawca może w terminie 180 dni od zaistnienia, którejkolwiek ze wskazanych poniżej okoliczności odstąpić od umowy:”

Interes odwołującego. Odwołujący wskazał, że posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego powołanych w odwołaniu przepisów ustawy Pzp i kc. Odwołujący posiada wiedzę i doświadczenie dającą rękojmię należytego wykonania zamówienia. Formułując zapisy wzoru umowy zamawiający narusza podstawowe obowiązki inwestora (zamawiającego) wynikające z umowy o roboty budowlane (art. 647 kc), gdyż m.in. w sposób niezgodny z kc formułuje postanowienia umowne dotyczące odbiorów oraz narusza przepisy ustawy Pzp czym godzi w interes odwołującego. Skoro treść wzoru umowy narusza zasady Prawa zamówień publicznych oraz kc, odwołujący ma interes prawny w złożeniu odwołania, jako że chciałby mieć możliwość złożenia najkorzystniejszej oferty w niniejszym postępowaniu i zawrzeć prawidłową i zgodną z powszechnie obowiązującymi przepisami umowę z zamawiającym, zrealizować przedmiot zamówienia a następnie otrzymać należne wynagrodzenie. Co więcej niewłaściwie dokonany opis przedmiotu zamówienia powoduje, że przygotowanie oferty w oparciu o rzetelną wycenę uwzględniającą nie tylko koszty, ale i ryzyka odbywa się w warunkach naruszających zasady uczciwej konkurencji. Brak jednoznacznego opisanie przedmiotu zamówienia oraz zobowiązanie wykonawcy do zawierania umów oraz aneksów o nieustalonym zakresie, a także formułowanie wadliwych kryteriów oceny ofert godzi w interes odwołującego. W rezultacie odwołujący nie może uzyskać przedmiotowego zamówienia i osiągnąć zysku, który odwołujący planował osiągnąć w wyniku realizacji przedmiotowego zamówienia (lucrum cessans). Powyższe stanowi wystarczającą przesłankę do skorzystania przez odwołującego ze środków ochrony prawnej przewidzianych w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp.

Odwolujący na posiedzeniu złożył dodatkowe pismo procesowe, w którym oświadczył, iż cofa zarzuty zawarte w ust. VII pkt 1, 4, 7, 8 odwołania, jednocześnie odwołujący podtrzymał i wniósł o uwzględnienie zarzutów zawartych w ust. VII pkt 2, 3, 5, 6 odwołania.

Zamawiający złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania w całości. W zakresie podtrzymanych przez odwołującego zarzutów, zamawiający podniósł, co następuje.

Zarzut dotyczący art. 16 pkt 1-3, art. 17 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 643 kodeksu cywilnego i art. 647 kodeksu cywilnego poprzez przyznanie zamawiającemu w § 10 ust. 11 pkt 1) lit a) i b) i § 10 ust. 12 wzoru umowy oraz § 5 ust. 1 pkt 2) lit. a) wzoru umowy uznaniowego prawa do odmowy dokonania odbioru częściowego dla danego Etapu, a także odbioru częściowego i końcowego w każdym przypadku wystąpienia wad, przy czym uprawnienie do odmowy odbioru końcowego powinno mieć miejsce jedynie w przypadku wystąpienia wad istotnych.

Zamawiający wskazuje, że nie zgadza się, iż zapis §10 ust. 11 pkt 1) lit a) i b) wzoru umowy prowadzi do przyznania zamawiającemu uznaniowego prawa do odmowy dokonania odbioru częściowego dla danego etapu, a także odbioru częściowego i końcowego w każdym przypadku wystąpienia wad. Zamawiający oświadcza, że znana mu jest przywołana przez odwołującego linia orzecznicza i stosuje ją w praktyce, a odmowa odbioru prac jest dokonywana w zgodzie z obowiązującym prawem oraz orzecznictwem, natomiast każda decyzja o odmowie odbioru czy to częściowego, czy końcowego jest przez zamawiającego podejmowana po szczegółowej analizie stanu faktycznego. Kwestionowany zapis wskazuje możliwości przysługujące zamawiającemu ale nie oznacza, iż zamawiający będzie z nich korzystał w sposób dowolny. Jak już odwołujący zaznaczył, inwestor (zamawiający) może odmówić dokonania odbioru dzieła czy prac budowlanych w przypadku, gdy posiadają one wady istotne (czego dotyczy §10 ust. 11 pkt 1 lit. a) i b) wzoru umowy). Przepisy prawa nie wskazują kiedy wada jest wadą istotną, nie zawierają definicji tego pojęcia, wobec powyższego należy odwołać się do orzecznictwa. Zgodnie z wyrokiem Sądu Apelacyjnego w Białymstoku z dnia 30 maja 2014 r. w sprawie o sygnaturze I ACa 124/14 wada dzieła jest istotna, jeżeli wyłącza normalne korzystanie z rzeczy zgodnie z celem zawartej umowy, jeżeli czyni dzieło niezdatnym do zwykłego użytku albo sprzeciwia się wyrażnie umowie, a ocena, czy wada jest istotna musi uwzględniać okoliczności konkretnej sprawy i postanowienia konkretnej umowy o dzieło. Powyższe potwierdza również wyrok Sądu Najwyższego z dnia 26 lutego 1998 r. (I CKN 520/97, OSNC 1998, z. 10, poz. 167), zgodnie z którym za istotne uważa się te wady, które czynią dzieło niezdatnym do zwykłego użytku, albo które sprzeciwiają się wyrażnie umowie, natomiast pozostałe za wady nieistotne. Co więcej Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 25 czerwca 2014 r. sygn. IV CSK 610/13 stwierdził, że z art. 643 k.c. wynika jednak obowiązek odbioru dzieła jedynie wówczas, gdy przyjmujący zamówienie wydaje (oddaje) dzieło zgodnie ze swym zobowiązaniem. Obowiązek odbioru nie powstaje, gdy wydane dzieło ma wady, a więc jest wykonane niezgodnie z treścią zobowiązania.

Wobec przedstawionego powyżej stanowiska, zamawiający wskazuje, że decyzja o odmowie dokonania odbioru wykonanych przez wykonawcę prac, każdorazowo musi być poprzedzona (i w praktyce tak się właśnie dzieje) szczegółową analizą stanu faktycznego, czy stwierdzone podczas czynności odbiorowych wady i usterki stanowią wystarczającą podstawę do uznania je za „istotne”. Co więcej zamawiający wskazuje, że w praktyce może wystąpić sytuacja, w której stwierdzona usterka przedmiotu umowy z pozoru nie będzie stanowiła usterki „istotnej”, jednak w połączeniu z innymi usterekami czy wadami stwierdzonymi podczas odbioru może spowodować, że korzystanie z przedmiotu umowy będzie niemożliwe, co również daje zamawiającemu podstawę do odmowy odbioru przedmiotu zamówienia. Zamawiający wskazuje, że wobec tak dużych problemów praktycznych niemożliwe jest stworzenie katalogu zamkniętego przypadków, w których zamawiający mógłby odmówić odbioru, bez narażenia się na zarzut wykonawców, że zapis nie zawiera wszystkich sytuacji. Mając to na uwadze zamawiający umieścił w umowie ogólny zapis wskazując, że będzie mógł dokonać odbioru w przypadku stwierdzenia wad i/lub usterek jednak, co ponownie należy podkreślić, każda odmowa odbioru jest poprzedzona szczegółową analizą i jest dokonywana w zgodzie z obowiązującym prawem i linią orzeczniczą. Co więcej, zgodnie z wyrokiem Sądu Najwyższego z dnia 8 stycznia 1999 r. w sprawie o sygnaturze I CKN 957/97 stwierdzono, że wadami istotnymi dzieła mogą być zarówno usterki nie dające się usunąć (wady nieusuwalne), jak i usterki dające się usunąć (wady usuwalne). Wobec powyższego nie można się zgodzić z odwołującym oraz zaproponowaną przez niego zmianą §10 ust. 11 pkt 1) wzoru umowy w następujący sposób: „1) jeżeli wady nadają się do usunięcia Zamawiający dokona odbioru wykonanych prac z jednoczesnym wyznaczeniem terminu do usunięcia stwierdzonych wad i/lub usterek.”.

Zgodnie z orzecznictwem podział na wady istotne i nieistotne obejmuje całą kategorię wad fizycznych dzieła, także zatem te wady, które według innego kryterium są wadami usuwalnymi, i że wady usuwalne mogą być wadami istotnymi lub nieistotnymi. Wobec powyższego, zaproponowana przez odwołującego zmiana §10 ust. 11 pkt 1) wzoru umowy prowadzi do sytuacji, w której mimo stwierdzenia przez zamawiającego wad istotnych, które nadają się do usunięcia przez wykonawcę, zamawiający byłby zmuszony do dokonania odbioru. Zapis ten pozostaje w oczywistej sprzeczności z powołaną przez odwołującego linią orzecniczą oraz w znaczny sposób ogranicza uprawnienia zamawiającego, powodując nieuzasadnioną przewagę po stronie wykonawcy. Konsekwencją ograniczenia uprawnień zamawiającego jest również propozycja odwołującego zmiany §10 ust. 12 wzoru umowy, której również nie można zaakceptować. Ponadto na skutek zmian wprowadzonych w §10 ust. 12 wzoru umowy, odwołujący dokonał usunięcia „uznania za datę odbioru” w przypadku określonym w §10 ust. 11 pkt 2) wzoru umowy, co pozostało bez wyjaśnienia ze strony odwołującego.

Odnosnie wskazanego przez odwołującego naruszenia §5 ust. 1 pkt 2) lit a wzoru umowy zamawiający podnosi, iż zapis ten nie dotyczy odbioru robót, a warunków płatności. Zamawiający określając warunki płatności powinien wskazać na jakiej podstawie następować będzie rozliczenie wykonawcy. Jak wynika z zapisu §5 ust. 1 pkt 1 i 2 wzoru umowy rozliczenie wykonawcy będzie następować na podstawie faktur częściowych do wysokości 90% wynagrodzenia i faktur końcowych obejmujących pozostałą część wynagrodzenia. Jak wskazuje natomiast treść zaskarżonego przez odwołującego zapisu §5 ust. 1 pkt 2) lit a wzoru umowy (w takim dokładnym zakresie odwołujący wzór umowy zaskarżył), załącznikiem do faktury powinna być albo kopia protokołu bezusterkowego odbioru końcowego robót danego Etapu umowy albo warunkowego protokołu odbioru końcowego robót danego Etapu umowy wraz z protokołem potwierdzającym usunięcie wszystkich wad i usterek. Mija się zatem z prawdą twierdzenie odwołującego, że w świetle ww. zapisu podstawą wystawienia faktury częściowej i końcowej może być jedynie podpisany bez zastrzeżeń protokół odbioru. Odnosnie rzekomego uznaniowego prawa zamawiającego wskazanego w §5 ust. 1 pkt 2) lit a wzoru umowy, zamawiający unikając powtórzeń odsyła do wyjaśnień przedstawionych powyżej. Dodatkowo zamawiający wskazuje, iż nie przysługuje mu, wbrew twierdzeniom odwołującego, uznaniowe prawo do uzależnienia wystawienia przez wykonawcę faktury, albowiem kwestie związane z obowiązkami wykonawców w tym zakresie i dokumentowaniem przez wykonawców jako przedsiębiorców wykonania robót czy usług, znajdują wprost podstawy we właściwych przepisach prawa, w tym w ustawie z dnia 29 września 1994 r. o rachunkowości (Dz. U. z 2021 r. poz.217.)

Rozpoznając zarzut odwołującego podnieść należy, iż za jego bezzasadnością przemawia również orzecznictwo sądów powszechnych, a w świetle obowiązujących przepisów, w tym art. 443 ustawy Pzp, nie sposób przyznać odwołującemu racji. W wyroku Sądu Najwyższego z dnia 26 kwietnia 2019 r. V CSK 80/18 Sąd ten wskazał: „Przyjęte w protokole ustalenie, zgodnie z którym zapłata miała nastąpić po dwutygodniowym bezawaryjnym funkcjonowaniu instalacji, należy uznać za dopuszczalne z prawnego punktu widzenia. Samo w sobie nie oznacza ono, że przedmiot zamówienia nie mógł mieć w ogóle żadnych wad. Gdyby jednak nawet strony wyraźnie tak postanowiły, należałoby to uznać za dopuszczalne, a w szczególności nie sposób dopatrzeć się w takiej regulacji zarzucanej przez powoda sprzeczności z naturą stosunku wynikającego z umowy o roboty budowlane. Nie sposób bowiem przyjąć, że do natury takiego stosunku należy wadliwość wykonanego obiektu”. Za dopuszczalnością dokonania zapłaty dopiero za wykonane w całości dzieło, przemawia również orzecznictwo dotyczące wykonania tylko części prac w sytuacji, gdy wykonawca był gotów dzieło wykonać. W takim przypadku obowiązek zapłaty wynagrodzenia za niezgodne z umową częściowe wykonanie zamówienia, w sytuacji gdy przyjmujący zamówienie jest gotów je wykonać, upoważnia zamawiającego do pomniejszenia zapłaty o to, co wykonawca oszczędził z powodu niewykonania dzieła (np. vide: I ACA 1755/14 - wyrok SA Warszawa z dnia 19-06-2015). Tym samym bezzasadne jest stanowisko, iż inwestor nie mógłby uzależnić zapłaty wynagrodzenia od braku wad w wykonanym obiekcie.

Odpierając ostatecznie omawiany zarzut odwołującego, zamawiający zwrócił uwagę na obowiązujący przepis ustawy Pzp, dotyczący warunków płatności w umowach zawieranych na okres dłuższy niż 12 miesięcy. Art. 443 ustawy Pzp, wyraźnie stanowi, iż „1. Zamawiający płaci wynagrodzenie w częściach, po wykonaniu części umowy, lub udziela zaliczki na poczet wykonania zamówienia, w przypadku umów zawieranych na okres dłuższy niż 12 miesięcy. 2. Zamawiający określa w umowie procent wynagrodzenia wypłacanego za

poszczególne części. Procentowa wartość ostatniej części wynagrodzenia nie może wynosić więcej niż 50% wynagrodzenia należnego wykonawcy.” Ustawa Pzp wskazuje zatem, iż zamawiający publiczny jest upoważniony do podziału płatności w stosunku 50/50 i wstrzymania się z płatnością do realizacji zamówienia przez wykonawcę. Podstawą wprowadzenia kwestionowanego przez odwołującego zapisu wzoru umowy jest wyraźnie art.

443 ustawy Pzp, który jako *lex specialis* wyłącza w tym zakresie art. 647 k.c. Z zestawienia treści ww. przepisu z redakcją zapisu §5 ust. 1 pkt 1 i 2 wzoru umowy wynika, iż zamawiający byłby uprawniony do zatrzymania 50 % wynagrodzenia, a konstruuje swoje

uprawnienie do zatrzymania tylko 10 %, co bez wątpienia jest korzystniejsze dla wykonawcy, i per analogiam jako zarzut bezpodstawny.

Zarzut dotyczący naruszenia art. 16 pkt 1-3 ustawy Pzp oraz art. 17 ust 1 ustawy Pzp, art. 433 pkt 1 Pzp w związku z art. 8 ustawy Pzp w zw. z art. 353¹ kodeksu cywilnego i art. 647 kodeksu cywilnego w zw. z art. 483 § 1 kodeksu cywilnego w zw. z art. 484 § 2 kodeksu cywilnego i art. 473 § 1 kodeksu cywilnego ze względu na zastrzeżenie w § 12 ust. 1 wzoru umowy rażąco wygórowanego limitu kar umownych.

Zamawiający zauważył, iż zarzut odwołującego zawiera wymienienie licznych przepisów prawa i co do zasady na wymienieniu tych przepisów się kończy. Odwołujący nie podjął nawet próby udowodnienia naruszenia przez zamawiającego art. 16 pkt 1-3, art.17 ust. 1, art. 433 pkt 1 ustawy Pzp. Art. 8 ustawy Pzp, stanowi jedynie odesłanie do stosowania przepisów k.c. i sam nie może być podstawą zarzutu. Odwołujący, poza przytoczeniem w uzasadnieniu jednego przepisu art. 484 §2 k.c., a właściwie wskazaniem go w uzasadnieniu wyroku Sądu Najwyższego, nie odnosi się również do wskazanych jako naruszone przepisów kodeksu cywilnego: art. 353¹ k.c., art. 647 k.c., art.483 §1 k.c., art. 473 §1 k.c. Już tylko z tego powodu, tj. z uwagi na naruszenie art. 516 ust. 1 pkt 8, 10, art. 534 ust. 1 i art. 555 ustawy Pzp, zarzut odwołującego sformułowany w pkt VII 3 odwołania powinien podlegać oddaleniu.

Okoliczności, z których odwołujący chce wywodzić skutki prawne, musi uprzednio zawrzeć w odwołaniu, pod rygorem ich nieuwzględnienia przez Izbę z uwagi na art. 555 ustawy Pzp. Stąd odwołanie, które inicjuje postępowanie odwoławcze, zawsze musi zawierać okoliczności uzasadniające zarzucenie zamawiającemu naruszenia przepisów prawa zamówień publicznych (vide: wyrok KIO z dnia 18-02-2021, KIO 200/21. Legalis). Zarzut odwołania stanowi wskazanie czynności lub zaniechanej czynności zamawiającego oraz okoliczności faktycznych i prawnych uzasadniających jego wniesienie. Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu, przy czym stawianego przez wykonawcę zarzutu nie należy rozpoznawać wyłącznie pod kątem wskazanego przepisu prawa, ale również jako wskazane okoliczności faktyczne, które podważają prawidłowość czynności zamawiającego i mają wpływ na sytuację wykonawcy (vide: wyrok KIO z dnia 19-02-2021, KIO 243/21, Legalis). Ponadto nie sposób zauważyć, iż już tylko z brzmienia art. 433 pkt 1 ustawy Pzp i treści zarzutu odwołującego oraz wzoru umowy wynika, iż przepis ten nie został przez zamawiającego naruszony. Art. 433 pkt 1 ustawy Pzp stanowi, iż projektowane postanowienia umowy nie mogą przewidywać odpowiedzialności wykonawcy za opóźnienie, chyba że jest to uzasadnione okolicznościami lub zakresem zamówienia, a zapisy wzoru umowy, poza faktem, iż zawierają zapisy uzasadnione okolicznościami i zakresem zamówienia i wymagane przez ustawy Pzp, dotyczą kar umownych z tytułu zwłoki, na co zwrócił uwagę sam odwołujący. „Dopuszczalne jest zastrzeżenie kar umownych za zwłokę w spełnieniu świadczenia niepieniężnego w postaci ułamka (procentu) wartości świadczenia za każdą jednostkę czasu zwłoki, bez określenia z góry maksymalnej kwoty takiej kary umownej. Regulacja instytucji kary umownej w kodeksie cywilnym jest bardzo syntetyczna, a strony zgodnie z fundamentalną zasadą swobody umów mogą ukształtować karę umowną, w sposób odpowiadający ich interesom.” (vide: wyrok SN - Izba Cywilna z dnia 20-05-2021, IV CSKP 58/21, Legalis). Oczywiście jest, iż interesem obu stron zawierających umowę w trybie zamówień publicznych jest wykonanie zamówienia. Leży to przede wszystkim w interesie zamawiającego, zwłaszcza w przypadku gdy sam musi się rozliczyć z uzyskanych na ten cel środków publicznych. Wykonanie zamówienia leży jednak również w interesie wykonawcy, gdyż za wykonanie umowy uzyskuje umówione wynagrodzenia. Zastrzeżenie kar umownych dla zamawiającego za zwłokę wykonawcy w spełnieniu świadczenia niepieniężnego jest zatem jak najbardziej dopuszczalne. Oczywiście jest, iż zamawiający może w ten sposób dyscyplinować wykonawcę do terminowego wykonania zamówienia i wykonania zamówienia w ogóle. Art. 484 §2. k.c. dotyczy żądania dłużnika zmniejszenia kary umownej w przypadku gdy kara umowna jest rażąco wygórowana lub zobowiązanie zostało w znacznej części wykonane. Co do zasady, zmiarkowania kary może dokonać sąd. Katalog kryteriów pozwalających na zmniejszenie kary umownej nie jest zamknięty, a ocena w tym zakresie, w zależności od okoliczności sprawy, należy do sądu orzekającego (vide: wyrok SN - Izba Cywilna z dnia 03-02-2021, sygn. akt. V CSKP 17/21, Legalis). Żądanie odwołującego zmniejszenia dopiero zastrzeżonej w umowie kary umownej wraz z zarzutami w tym zakresie sformułowanymi do Krajowej Izby Odwoławczej są zatem co najmniej przedwczesne. Żadne z powołanych przez odwołującego przepisów nie znajdują więc w niniejszym stanie faktycznym i prawnym zastosowania. De facto odwołujący podniósł, iż kwestionowana przez niego treść wzoru

umowy zawiera rażąco wygórowany limit kar i tylko w tym zakresie zapisy wzoru umowy zaskarżył, porównując limit zastrzeżonych przez zamawiającego kar umownych z tytułu zwłoki w wykonaniu prac, ustaleń stron czy usunięcia wad do wysokości kary umownej zastrzeżonej z tytułu odstąpienia od umowy. Wywód odwołującego dotyczący rażąco wygórowanego limitu kar jest jednak nieprawidłowy i w całości bezzasadny. Bezpodstawne jest przyjęcie jako „wykładnika limitu kar umownych, które mogą być nałożone na wykonawcę” kary z tytułu odstąpienia od umowy i uznanie, iż maksymalny limit kar powinien wynosić 15 % .

Zdaniem zamawiającego, odwołujący uprościł i znacznie zbagatelizował znaczenie kary umownej, jak również poddał analizie zapisy wzoru umowy pod kątem poprzednio obowiązującej ustawy Prawo zamówień publicznych.

Zgodnie z treścią art. 436 pkt 3) i 4) ustawy Pzp, umowa w sprawie zamówienia publicznego musi zawierać postanowienia określające łączną maksymalną wysokość kar umownych, których mogą dochodzić strony, w przypadku umów zawieranych na okres dłuższy niż 12 miesięcy, również wysokości kar umownych naliczanych wykonawcy z tytułu braku zapłaty lub nieterminowej zapłaty wynagrodzenia należnego podwykonawcom z tytułu zmiany wysokości wynagrodzenia, o której mowa w art. 439 ust. 5 ustawy Pzp. Skoro ostatecznie ustawodawca zrezygnował z określenia takiego limitu nie może go również, zdaniem zamawiającego, określić Krajowa Izba Odwoławcza zastępując w tym zakresie ustawodawcę i strony umowy, w tym zamawiającego. Zamawiający bowiem, formułując treść wzoru umowy, postąpił zgodnie z prawem, w tym zgodnie z przepisami ustawy Pzp (m.in. art. 433, art. 436), a dodatkowo limit kar zastrzeżony jako 30% czy 35% wynagrodzenia brutto nie spełnia bez wątpienia przesłanki „nadmiernego wygórowania”, skoro pierwotnie jako wartość wyjściowa, proponowana była na etapie prac ustawodawczych, jako górny limit kar wartość 20 % wynagrodzenia netto, w toku prac również wartość 50% takiego wynagrodzenia i żadne z tych wartości nie zostały uznane za wygórowane, skoro nie zastosowano ich jako limitu kar i z takiego limitu zrezygnowano. Tym bardziej, podana przez odwołującego wartość maksymalnego limitu wszystkich kar umownych na poziomie maksymalnie 15 % wartości wynagrodzenia brutto nie może uzyskać aprobaty. Tak określona wartość jest znacznie zaniżona, odstaje znacząco od minimalnego zakładanego pierwotnie progu „górnego limitu kar”, a dodatkowo ustalenie maksymalnego limitu kar na ww. poziomie spowoduje utratę funkcji i znaczenia kary umownej. Proponowane przez odwołującego 15 % wykonawca może „wrzucić” w wartość zamówienia, by po prostu nie odczuć kary. Tak niskie określenie limitu kary jest sprzeczne z istotą zastrzeżenia kary umownej i nie zdyscyplinuje wykonawcy do wykonania zamówienia, a już na pewno do wykonania go w terminie - bez zwłoki.

Skoro określenie przez zamawiającego limitu wysokości kar umownych stanowi wykonanie ustawowego obowiązku, zatem określone kary nie mogą być symboliczne. Limit nie może być iluzoryczny, a ustalenia właśnie takiego - wręcz pozornego limitu wysokości kar umownych żąda odwołujący. Zgodnie z treścią art. 484 §1 k.c. co do zasady, w razie niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania kara umowna należy się wierzycielowi w zastrzeżonej na ten wypadek wysokości bez względu na wysokość poniesionej szkody. Sąd Najwyższy w uchwale z dnia 6 listopada 2003 r., sygn. akt III CZP 61/03 posiadającej moc zasady prawnej wskazał, iż zastrzeżenie kary umownej na wypadek niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania nie zwalnia dłużnika z obowiązku jej zapłaty w razie wykazania, że wierzyciel nie poniósł szkody. Ww. uchwała Sądu Najwyższego przesądziła, iż wierzyciel może domagać się zasądzenia kary umownej także jeżeli nie poniósł w ogóle szkody. W innym orzeczeniu Sąd Apelacyjny we Wrocławiu -

I Wydział Cywilny z dnia 12 grudnia 2013 r., sygn. akt I ACa 1222/13 uznał, iż kara umowna ma zrekomensować ogół skutków jakie towarzyszą niewykonaniu zobowiązania w sferze interesów wierzyciela. Natomiast względ na autonomię woli podmiotów sprawia, iż przyczyny, dla których zastrzeżono karę umowną mogą zmierzać do zaspokojenia wszelkich znanych tylko wierzycielowi interesów. Wierzyciel jest natomiast zobowiązany do wykazania szkody wtedy, gdy podejmuje próby rekompensaty z tytułu naruszenia więzi umownej na zasadach ogólnych w trybie art. 471 KC. W ujęciu art. 483 k.c. i 484 k.c. kara umowna stanowi ryczałtowo określony surogat odszkodowania należnego wierzycielowi z tytułu odpowiedzialności kontraktowej dłużnika. Należy się ona wierzycielowi, jeżeli strony nie zastrzegły inaczej, gdy niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania niepieniężnego wynika z niezachowania przez dłużnika należytej staranności (art. 472 k.c.). Funkcja kary umownej nie sprowadza się tylko do jej kompensacyjnego charakteru. Kara umowna stanowi sankcję cywilnoprawną. O ile w zasadniczym modelu kary umownej jest ona surogatem odszkodowania za niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania niepieniężnego i ma na celu naprawienie szkody poniesionej przez wierzyciela, tym niemniej ma spełniać również funkcję represyjną i prewencyjną, czy mobilizującą do wykonania zobowiązania. Funkcja represyjna kary umownej szczególnie widoczna jest wówczas, gdy strony już przy zawieraniu umowy przewidują karę umowną przewyższającą wysokość potencjalnej szkody, element represji wyraża się również w uniezależnieniu prawa do

domagania się należności z tytułu kary umownej od wielkości szkody (wyrok SN z dnia 17 czerwca 2003 r., III KKN 122/01, LEX nr 141400). Równie ważnym zadaniem kary umownej jest zabezpieczenie wykonania zobowiązania, tym samym zwiększenie realności wykonania zobowiązania oraz ułatwienie naprawienia szkody. Takie oddziaływanie można określić mianem funkcji stymulacyjnej kary umownej, bowiem jej zastrzeżenie ma mobilizować dłużnika do prawidłowego wykonania zobowiązania. Kara umowna w tym zakresie służy ochronie interesów prawnych wierzyciela (zapobieganie niewykonaniu zobowiązania). Stymulująco może działać wysokość ustalonej kary umownej. Nie ulega wątpliwości, iż kara umowna (tym bardziej w umowach w sprawie zamówień publicznych) jest jednym z mechanizmów mających mobilizować zobowiązanego (tu: wykonawcę) do należytego i terminowego wykonania zobowiązania. Nadanie instytucji kary umownej jedynie funkcji kompensacyjnej, z pominięciem elementu represji, który powinien być nierozzerwalnie powiązany z karą umowną, godzi w zasadę swobody umów i niewątpliwie może naruszać interes zamawiającego. Mając na uwadze powyższe rozważania należy dojść do wniosku, iż zastrzeżona kara umowna przede wszystkim ma pełnić funkcję represyjną i prewencyjną i to jej należy przypisać prymat przed funkcją kompensacyjną. Maksymalną wysokość kar umownych zamawiający powinien określać w stosunku do każdego zamówienia lub jego części, uwzględniając przede wszystkim specyfikę przedmiotu zamówienia i zagrożenia związane z jego prawidłową realizacją. Kara umowna zastrzegana od wykonawcy ma zabezpieczać zamawiającego. Stąd też wprowadzenie do umowy w sprawie zamówienia publicznego zapisów zwiększających gwarancję faktycznego wykonania umowy przez wykonawcę jest zjawiskiem normalnym i nie może zostać uznane za naruszenie zasady swobody umów. Należy zgodzić się, iż kary umowne nie mogą służyć wzbogaceniu się zamawiającego, lecz przypadek taki tutaj nie zachodzi a rozważania odwołującego, biorąc pod uwagę kwestionowane zapisy, są czysto teoretyczne. Odwołujący zapomina, iż kara umowna powinna spełniać też funkcję dyscyplinującą a wyeliminowanie z zapisów §12 ust 1 pkt 1, 2,3,4, 11 wzoru umowy limitu kar w ogóle, jak żąda tego odwołujący i określenie w §12 ust. 6 wzoru umowy wysokości wszystkich kar umownych na maksymalnym poziomie 15 % wartości wynagrodzenia brutto spowoduje, iż zastrzeżona kara umowna nie będzie spełniać żadnej z przewidzianych dla tej instytucji funkcji, w tym nawet funkcji kompensacyjnej. Żądanie odwołującego jest zatem bezzasadne.

Zdaniem zamawiającego, bezzasadna jest argumentacja odwołującego dotycząca interpretacji pojęcia „rażąco wygórowanej kary”. Wskazać należy, iż sądy zdają się przychylić do badania nadmierności w oparciu o relację wysokości naliczonej kary do całości świadczenia pieniężnego jakie miał otrzymać wykonawca robót budowlanych (np. vide też: wyrok SA Łódź z dnia 30-11-2017, I ACa 1045/17, legalis). W szerokim orzecznictwie sądowym odnoszącym się do tej materii wskazuje się, że o rażąco wysokiej karze można mówić, gdy zachwiana zostanie relacja pomiędzy wysokością wynagrodzenia za wykonanie zobowiązania a wysokością zastrzeżonej kary umownej, a nie, jak wywodzi odwołujący przekraczające wysokość kary umownej zastrzeżonej na wypadek odstąpienia od umowy (np. wyrok z dnia 25 września 2013 r., VI Ga 173/13, SO w Rzeszowie, wyrok SA Łódź z dnia 30-11-2017, I ACa 1045/17, wyrok SA w Katowicach z dnia 17 grudnia 2008 roku (V ACa 483/08)). Stanowisko sądów powszechnych zgodne jest z linią orzecniczą Krajowej Izby Odwoławczej (np. wyrok KIO z dnia 28 grudnia 2018 r., KIO 2574/18, Legalis). Nawet w razie odstąpienia od umowy przez wykonawcę, zamawiający będzie mógł zaspokoić swój interes organizując kolejne postępowanie. Niewykonanie umowy przez wykonawcę na dalszym etapie - po przystąpieniu do wykonywania umowy i osiągnięciu zaawansowania etapu realizacji często spowoduje dużo bardziej dotkliwą szkodę dla zamawiającego niż wycofanie się wykonawcy z umowy (odstąpienie od niej), chociażby dlatego, że z reguły powoduje większe nakłady (czasowe i finansowe) na wykonanie umowy np. w trybie wykonawstwa zastępczego, zorganizowania środków, zaplecza budowy, przedłużenia terminów innych zobowiązań, naprawy wad, być może nawet wykonania od nowa części czy całości przedmiotu umowy. Szkada powstaje też na skutek nieusunięcia wad w terminie, niezakończenia montażu, uniemożliwienia zamawiającemu korzystania z obiektu.

Zacytowane przez odwołującego orzeczenie KIO 2219/17 dotyczy kwestionowania kary umownej w wysokości 10.000.000 (dziesięć milionów) złotych jako nieadekwatnej do szkody, jakiej może doznać Zamawiający wskutek jednodniowego opóźnienia wykonawców i uznania za rażąco wygórowaną także łącznej maksymalnej wysokości kar umownych (40 % całości wynagrodzenia wykonawcy). Odwołujący w ww. sprawie podnosił, iż ww. kwoty stoją w jawnej dysproporcji do wynagrodzenia odwołującego (vide: uzasadnienie wyroku KIO 2219/17). Ponoszone kary umowne powinny być odczuwalne, ale nie w stopniu, który może powodować uznanie niecelowości wykonania umowy (vide: wyr. KIO z 28.12.2018 r., KIO 2574/18, Legalis). Celem jakiego ma służyć odwołanie jest przywrócenie stanu postanowień umowy zgodnego z przepisami ustawy Pzp. Zastrzeżone przez zamawiającego kary nie są jednak nadmiernie wygórowane. Kara umowna powinna mieć wysokość, która będzie odczuwalna w stopniu dyscyplinującym stronę umowy, ale nie w stopniu prowadzącym do rażącego wzbogacenia jednej strony kosztem drugiej. Z tych powodów nie można, zdaniem zamawiającego, przychylić się do żądania odwołującego wprowadzenia ograniczenia

wysokości kar umownych do 15 % wartości wynagrodzenia. Odwołujący nie uzasadnił zresztą dlaczego inne - wskazane przez zamawiającego ograniczenie limitu kar miałyby czynić zapisy wzoru umowy niezgodnymi z przepisami ustaw.

Zastrzegane w umowach o zamówienie publiczne kary umowne winny zmierzać do zabezpieczenia należytego wykonania umowy i pozostawać w związku z zasadniczymi obowiązками wykonawcy, wynikającymi z przedmiotu zamówienia.

Zarzut dotyczący naruszenia art. 16 pkt 1-3, 17 ust. 1 ustawy Pzp w związku z art. 99 ust. 1 i 4 ustawy Pzp w zw. z art. 8 ustawy Pzp w zw. z art. 5 kc poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób nieproporcjonalny, nieprzejrzysty, nieuzasadniony obiektywnymi potrzebami zamawiającego, niezapewniający uzyskania najlepszej jakości dostaw i najlepszych efektów zamówienia oraz w sposób uniemożliwiający uczciwą konkurencję i naruszający zasadę równego traktowania wykonawców poprzez zobowiązanie wykonawcy do złożenia oferty oraz zawarcia umowy na wykonanie robót dodatkowych, których zakres nie został opisany w niniejszym postępowaniu, a także narzucenie wykonawcy konieczności wykorzystania mechanizmu wyceny robót dodatkowych już na etapie złożenia oferty w niniejszym postępowaniu, podczas gdy możliwe jest zapewnienie realizacji robót dodatkowych w sposób wynikający z ustawy Pzp, co w konsekwencji powoduje także naruszenie art. 5 kc poprzez wykorzystanie pozycji dominującej organizatora przetargu i rażąco uprzywilejowanie w treści projektu umowy pozycji zamawiającego, wbrew zasadom współżycia społecznego i właściwego stosunku prawnego, w sposób stanowiący nadużycie prawa.

Zamawiający wskazał, iż w jego ocenie odwołujący nie zrozumiał nie tylko intencji zapisu albo dokonał jedynie jego pobieżnej analizy. Zgodnie z akapitem 2 tego zapisu zamawiający

wskazał, iż: „W rozumieniu niniejszego ustępu robotami dodatkowymi są wszelkie nieprzewidziane w przedmiocie zamówienia roboty budowlane lub dostawy, których wykonanie jest niezbędne ze względów technicznych lub funkcjonalnych dla osiągnięcia celu realizacji niniejszej Umowy, a jednocześnie konieczna do wprowadzenia zmiana umowy spełnia dyspozycję art. 455 ust. 2 uPZP lub dyspozycję umowy wynikającą z §14 ust. 2 lit g tir. szósty”.

Zamawiający tym samym odniósł się wprost do regulacji tzw. zmiany marginalnej, której łączny sumaryczny wpływ na umowę o roboty budowlane nie może przekroczyć 15% wartości przedmiotu umowy. Poprzez sumaryczny wpływ należy rozumieć sumę wartości wszystkich zmian dokonanych w oparciu o tę regulację, niezależnie czy będą one zwiększać czy też zmniejszać wynagrodzenie wykonawcy, czy też ewentualnie jednocześnie zmniejszać i zwiększać to wynagrodzenie. Zamawiający tym samym wbrew zarzutowi odwołującego wyraźnie ograniczył zakres ewentualnych ograniczeń przedmiotu zamówienia do maksymalnie 15% w oparciu o kwestionowany zapis wzorca umownego. Ponadto zamawiający wprost wskazał, że zmiany umowy w ramach zmiany marginalnej mogą obejmować jedynie roboty, których jest niezbędne ze względów technicznych lub funkcjonalnych dla osiągnięcia celu realizacji niniejszej Umowy.

Odwołujący błędnie kwalifikuje intencję zamawiającego jako chęć powiązania klauzuli §8 ust. 24 wzorca umownego z art. 214 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp. Zamawiający wprost odsyła z tego zapisu do treści art. 455 ustawy Pzp, tym samym pojęcie „zamówienie dodatkowe” techniczno-prawnie wprowadzane będzie do kontraktu, jako jego zmiana oparta o treść art. 455 ust. 2 ustawy Pzp. Same zaś przesłanki, de facto ograniczające zamawiającego w skorzystaniu z możliwości zmiany umowy na podstawie ww. przepisu, zostały ukształtowane na podstawie treści art. 455 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp i maksymalnie zobiektywizowane. Przede wszystkim kwestionowany przez odwołującego zapis będzie miał wyłącznie zastosowanie, gdy okaże się, iż istnieje konieczność wykonania niezbędnych technicznie lub funkcjonalnie dla osiągnięcia celu niniejszej umowy robót budowlanych. Przesłanka ta, uwzględniając charakter planowanego do realizacji zamówienia (realizacja robót budowlanych w oparciu o projekt powierzony opracowywany uprzednio na zlecenie zamawiającego) sprowadza się w praktyce do poniższych sytuacji:

- na skutek błędu projektowego, którego zamawiający nie będąc profesjonalistą z zakresu projektowania nie był w stanie zauważyć przy dołożeniu należytej staranności, niektóre elementy robót będzie trzeba wykonać w inny sposób niż przewidziano w dokumentacji lub

- na skutek błędu projektowego, którego zamawiający nie będąc profesjonalistą z zakresu projektowania nie był w stanie zauważyć przy dołożeniu należytej staranności, powstanie konieczność wykonania robót koniecznych dla osiągnięcia celu zamówienia, jednakże nie przewidzianych w jego opisie i tym samym nie mieszczących się w jego przedmiocie, a roboty te jednocześnie nie były możliwe do przewidzenia przez wykonawcę na etapie

oferowania, nawet przy uwzględnieniu profesjonalnego charakteru jego działalności lub

- na skutek okoliczności nieprzewidzianych i nie dających się przewidzieć przy dołożeniu należytej staranności powstanie konieczność wykonania robót nie mieszczących się w zakresie przedmiotu zamówienia. W zakresie tego stanu faktycznego mieszczą się przede wszystkim „niespodzianki”, które mogą znajdować się w gruncie - niezidentyfikowane sieci uzbrojenia terenu, znaleziska o charakterze archeologicznym, niewybuchy lub szczątki ludzkie.

We wszystkich opisanych powyżej sytuacjach zamawiający oczekuje, że profesjonalny wykonawca, którego zamawiający ma nadzieję wyłonić po zakończeniu postępowania przetargowego, nie pozostawi zamawiającego z problemem, lecz wspólnie z zamawiającym problem ten rozwiąże. Niestety dotychczasowe doświadczenia zamawiającego wskazują, iż taka nadzieja zamawiającego bywa płonna.

Regulacja art. 455 ustawy Pzp, regulacja k.c. umowy o roboty budowlane i inne przepisy powszechnie obowiązującego prawa nie nakładają obowiązku wykonywania robót dodatkowych w ściśle określonym rozmiarze na wykonawcę, jednakże rozwiązanie takie jest powszechnie stosowane i akceptowane w praktyce.

Przepis art. 455 ustawy Pzp in genere nie nakłada na zamawiającego żadnego obowiązku opisu przedmiotu zamówienia w sposób szczególny, gdyż opis taki byłby najwyczerpniej niemożliwy, nie można bowiem opisać tego, o czym w chwili udzielania zamówienia zamawiający nie wie.

Odwołujący się zarzuca dalej, że §8 ust. 24 obliuguje oferenta m.in. do:

- określenia oczekiwanego zysku - określenia kosztów pośrednich oraz
- określenia cen materiałów oraz
- zbierania na etapie oferowania ofert podwykonawców na nieznane zakresy.

Zamawiający jest zdziwiony takim zarzutem ze strony odwołującego, który jest przecież profesjonalnym wykonawcą robót budowlanych, zarzut świadczyć może zaś o nieznajomości podstawowych zasad kosztorysowania.

Zamawiający zaznaczył, że zapis §8 ust. 24 określa zasady kosztorysowania ofert na roboty dodatkowe lub zamienne. Zasady te są tak rozbudowane i szczegółowe gdyż zamawiający nie oczekuje, jako w ocenie zamawiającego zbędnego przy wynagrodzeniu ryczałtowym kosztorysu ofertowego szczegółowego, które to rozwiązanie ułatwia wykonawcom i obniża koszt złożenia ofert, pozycja kosztorysowa ZYSK będąca jednocześnie elementem oferty oznacza określenie oczekiwania wykonawcy co do tego ile na wykonaniu robót dodatkowych chciałby zarobić. Wykonawca nie jest przy tym w jakikolwiek sposób ograniczony co do wysokości oferowanego zysku - jeśli wykonawca chciałby go osiągnąć w wysokości 100% może skutecznie złożyć taką ofertę, która będzie na zasadach ogólnych podlegała ocenie. Wykonawca kalkulując podstawowy zakres oferty również albo sporządza na swój użytek kalkulacje uproszczoną albo szczegółową, jednakże każda z nich zakłada określony poziom zysku. Wykonawca może tym samym dla robót dodatkowych założyć taki sam poziom zysku jak dla zakresu podstawowego, poziom niższy lub wyższy - wedle swego uznania. Podanie tej wartości w ofercie jest koniecznym, gdyż ryczałtowy charakter wynagrodzenia determinuje podanie jedynie wysokości oczekiwanego wynagrodzenia za realizację przedmiotu zamówienia netto/brutto, ale już nie części składowych tego wynagrodzenia, tym samym zamawiający ani nie zna ani nie potrzebuje znać poziomu oczekiwanego zysku oferentów za realizację zakresu podstawowego.

Koszty pośrednie - koszty te w ujęciu kosztorysowym obejmują koszty zakupu i koszty ogólne budowy. Koszty te obliczane są jako stały procent od ceny zakupu (zazwyczaj 50-70%) i przyjmowane są jako stały procent dla rodzaju robót - tu: wykonanie obiektu kubaturowego. Koszty pośrednie są analogicznie z zyskiem przyjmowane do kalkulacji oferty podstawowej i z analogicznych jak powyżej względów nieznane zamawiającemu. Również analogicznie koszty pośrednie oferent może zaofertować dowolnie.

Zamawiający nie rozumie zarzutu co do zbierania ofert podwykonawców i podawania stawek roboczogodzin (rbg) na etapie oferowania, gdyż obowiązek taki nie wynika ani z §8 ust. 24 wzorca umowy ani też z SWZ.

Zapis dotyczący oparcia kalkulacji składowej oferty na roboty dodatkowe dotyczy sytuacji mogącej wystąpić na etapie realizacji umowy, gdy:

- SEKOCENBUD nie przewiduje cen dla danych robót,

- wykonawca sporządza więc kalkulację własną, a oferty podwykonawców/dostawców mają na celu wyłącznie umożliwienie zamawiającemu weryfikacji poprawności tej kalkulacji

(wariant podstawowy - tir. 3).

Stawka rbg przyjmowana jest wg SEKOCENBUD i nie podlega ofertowaniu.

Zamawiający jednocześnie na potrzeby ofert oczekuje sporządzenia kosztorysu wg zasad dotyczących kalkulacji szczegółowej wynikających z rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 18 maja 2004 r. w sprawie określenia metod i podstaw sporządzania kosztorysu inwestorskiego, obliczania planowanych kosztów prac projektowych oraz planowanych kosztów robót budowlanych określonych w programie funkcjonalno-użytkowym (Dz. U. nr 130 poz. 1389), a więc według reguł w ocenie zamawiającego najbardziej obiektywnych, jasnych i powszechnie znanych.

Odwolujący zarzuca, że na podstawie mechanizmu przewidzianego w §8 ust. 24 zamawiający ma zdaniem odwołującego nieograniczoną niczym i dowolną możliwość narzucenia zmniejszenia robót. Zarzut ten jest całkowicie chybiony. Cała regulacja §8 ust. 24 wzorca umownego odsyła do art. 455 ust. 2 ustawy Pzp, który z kolei określa limit 15% wartości przedmiotu umowy. Zamawiający nie ma obowiązku przepisywania ustawy do wzorca umownego i może stosować technikę odesłań. Prawidłowo dedukując normę prawną maksymalnym limitem ograniczeń jest 15% wartości przedmiotu umowy, który to limit nie zostanie w praktyce nigdy osiągnięty, roboty zaniechane bowiem w czystej postaci występują niezmiernie rzadko, częściej do czynienia mamy z robotami zamiennymi, w wypadku których jedne roboty są zastępowane innymi, jednakże dla potrzeb art. 455 ust. 2 ustawy Pzp, należy zarówno wartość zaniechanych robót jak i zleczanych do wykonania w ich miejsce zsumować, a tym samym w praktyce zmniejszenie wartości może dotyczyć ok. 7,5% wartości umowy, natomiast z prawdopodobieństwem graniczącym z pewnością będzie znacznie mniejsze lub wręcz w ogóle nie wystąpi. Odwołujący pomija również, że wycena robót zaniechanych następuje na podstawie oferty na zakres podstawowy i harmonogramu rzeczowo - finansowego opracowanego przez wykonawcę, a jedynie w szczególnych przypadkach według odrębnego kosztorysu sporządzonego na podstawie zapisu §8 ust. 24 in fine.

Zarzut dotyczący naruszenia art. 16 pkt 1-3, 17 ust. 1 ustawy Pzp w związku z art. 241 ust. 1 i 2 ustawy Pzp w zw. z art. 242 ust. 1 i 2 ustawy Pzp w zw. z art. 246 ust. 1 ustawy Pzp poprzez ustanowienie kryteriów oceny ofert odnoszących się do przyszłej, niepewnej oraz nieopisaną część zamówienia, a także poprzez określenie wagi kryterium w sposób nieproporcjonalny do wartości i celów jakie zamierza osiągnąć zamawiający realizując zamówienie, nieuzasadniony obiektywnymi potrzebami zamawiającego oraz niezapewniający uzyskania najlepszej jakości usług i najlepszych efektów zamówienia oraz pozornie realizujący wymogi ustawy Pzp, co oznacza znaczne ograniczenie uczciwej konkurencji i naruszenie zasad równego traktowania wykonawców.

Po pierwsze zamawiający pragnie odnieść się do orzecznictwa Izby (vide: KIO 618/21, wyrok z dnia 17 maja 2021 roku), zgodnie z którym: „Zamawiający ma prawo preferować rozwiązania, w szczególności dodatkowo punktować, które zapewnią mu określone funkcjonalności. Zamawiający opisując poszczególne wymagania może wziąć pod uwagę nie tylko względy medyczne/kliniczne, ale także i ekonomiczne, ergonomiczne, funkcjonalne, czy choćby dydaktyczne. Zamawiający ma zatem prawo „premiować” dodatkowymi punktami rozwiązania, które według jego są rozwiązaniami korzystniejszymi”.

Izba wskazuje tym samym na dyskrejonalną wolę zamawiającego w tym zakresie, której ograniczeniem są co najwyżej przepisy spoza ustawy Pzp, jak np. przepisy i wytyczne ogólne co do dyscypliny finansów publicznych. W ocenie zamawiającego sam fakt przypisania wagi do określonego kryterium mierzalnego, której to mierzalności odwołujący nie kwestionuje, nie podlega w ogóle kontroli w drodze odwołania jako element pozostawiony do swobodnej decyzji zamawiającego.

Ponadto:

- wbrew twierdzeniu odwołującego zamawiający określił maksymalną wartość robót dodatkowych poprzez odesłanie do art. 455 ust. 2 ustawy Pzp i wynosi ona 15% wartości umowy

- wbrew twierdzeniu odwołującego wskazanie oczekiwanego zysku, Kz i Kp dla robót dodatkowych nie stanowi cenowego kryterium oceny ofert.

Zgodnie z art. 3 ust. 1 pkt 1 ustawy o informowaniu o cenach towarów i usług z dnia 9 maja 2014 roku (t.j. z dnia 17 stycznia 2019 roku, Dz. U. z 2019 roku poz. 178) ceną jest: 1) cena - wartość wyrażoną w jednostkach pieniężnych, którą kupujący jest obowiązany

zapłacić przedsiębiorcy za towar lub usługę.

Ceną nie jest tym samym jej część składowa, jej część lub jakikolwiek wskaźnik umożliwiający dopiero w połączeniu z innymi nieznanymi elementami ustalenie ceny. W ujęciu terminologii kosztorysowej zamawiający oczekuje więc podania nie cen robót dodatkowych, ale trzech składników cenotwórczych. Składniki te w połączeniu z nieznanymi elementami, które mogą (nie muszą) wystąpić takimi jak: rodzaj robót, zakres robót, rodzaj materiałów, czas wystąpienia konieczności wykonania robót dodatkowych determinujący datę publikacji SEKOCENBUD, kształtować będą dopiero wszystkie składniki cenotwórcze i umożliwić w przyszłości kalkulację ceny ofertowej na roboty dodatkowe. Składniki cenotwórcze nie stanowią ceny w rozumieniu ustawowym - ustawy Pzp (definicja legalna zawarta jest w innym akcie prawnym o randze ustawowej), a tym samym zamawiający absolutnie nie naruszył art. 246 ust. 1 ustawy Pzp. Z powyższych względów jednocześnie waga kryteriów składników cenotwórczych wynosi łącznie 15%, a więc waga ta jest znacznie mniejsza niż waga pozostałych pozacenowych kryteriów oceny oferty (np. oferowanego okresu gwarancji), których łączna waga wynosi 25%. Niezależnie w ocenie zamawiającego w przypisanie wag do kryteriów oceny ofert wykonawcy pozbawieni są możliwości ingerencji.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Izba stwierdziła, że nie zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania, o których stanowi przepis art. 528 ustawy Pzp.

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego z zastosowaniem przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych wymaganych przy procedurze, której wartość szacunkowa zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że odwołujący posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowanego możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, co uprawniało go do złożenia odwołania.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron, złożone w pismach procesowych, jak też podczas rozprawy Izba stwierdziła, iż odwołanie w części zasługuje na uwzględnienie.

W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej zarzuty odwołującego są częściowo zasadne.

Zarzut dotyczący naruszenia art. 16 pkt 1-3 ustawy Pzp oraz art. 17 ust 1 ustawy Pzp, art. 433 pkt 1 Pzp w związku z art. 8 ustawy Pzp w zw. z art. 353¹ kodeksu cywilnego i art. 647 kodeksu cywilnego w zw. z art. 483 § 1 kodeksu cywilnego w zw. z art. 484 § 2 kodeksu cywilnego i art. 473 § 1 kodeksu cywilnego, Izba uznała za niezasadny.

Zdaniem Izby, dzieląc w tym zakresie argumentację zamawiającego, co do zasady, zamawiający uprawniony jest do kształtowania postanowień umowy w sprawie zamówienia publicznego. Zasada swobody umów na gruncie zamówień publicznych doznaje pewnych ograniczeń: np. zamawiający nie może swobodnie wybrać kontrahenta, zamawiający określa zasady, na których umowę chce zawrzeć, strony nie mogą swobodnie zmienić umowy już zawartej. Wynika z tego również uprawnienie zamawiającego do ukształtowania postanowień zgodnie z jego potrzebami i wymaganiami związanymi z celem zamówienia, którego zamierza udzielić. Zgodnie z orzecznictwem KIO i przepisami ustawy Pzp można powiedzieć, że zamawiający ma prawo podmiotowe do jednostronnego ustalenia warunków umowy, które zabezpieczą jego interes w wykonaniu przedmiotu zamówienia zgodnie z jego uzasadnionymi potrzebami. Oczywiście uprawnienie zamawiającego do ustalenia warunków umowy nie ma charakteru absolutnego, gdyż zamawiający nie może swego prawa podmiotowego nadużywać, ale uprawnienie zamawiającego do ustalania warunków umowy zgodnie z ustawy Pzp i przepisami innych ustaw winno być respektowane, a nie ograniczane i dostosowywane do polityki korporacyjnej wykonawców zamierzających złożyć oferty, czy uzyskać dla siebie korzyści kosztem uzasadnionych interesów zamawiającego. Takim przykładem może być właśnie obniżenie wysokości kar umownych do progu skutkującego utratą funkcji przewidzianych dla instytucji takiej kary. „Podkreślenia wymaga, że obowiązkiem zamawiającego jest określenie postanowień umowy w sprawie zamówienia publicznego tak, aby cel zamówienia publicznego tj. zaspokojenie określonych potrzeb publicznych został osiągnięty” (wyrok z dnia 20 listopada 2015 roku, sygn. akt KIO 2399/15).

Osiągnięciu celu realizacji zamówienia służy właśnie m.in. zastrzeżenie kar umownych w taki i sposób i na takim poziomie aby spełniły one swoje funkcje przyczyniając się do wykonania przez wykonawcę zamówienia w terminie i w sposób, do którego realizacji się zobowiązał. Celem realizacji zamówień publicznych jest wyłonienie rzetelnego wykonawcy, który zagwarantuje realizację zamówienia za najkorzystniejszą dla zamawiającego cenę, a nie dostosowanie umowy w sprawie zamówienia publicznego do jak najniższych kosztów wykonawcy związanych z wykonaniem zamówienia. Proponowane, przez odwołującego, obniżenie wysokości limitu kar może spowodować brak zabezpieczenia uzasadnionego interesu zamawiającego i może nie zdyscyplinować wykonawcy do realizacji umowy.

Tym samym zastrzeżonych przez zamawiającego kar umownych nie można uznać za rażąco wygórowane, a dotyczące nich postanowienia wzoru umowy nie naruszają zasady Prawa zamówień publicznych, w tym proporcjonalności i efektywności.

Zarzut dotyczący naruszenia art. 16 pkt 1-3, 17 ust. 1 ustawy Pzp w związku z art. 241 ust. 1 i 2 ustawy Pzp w zw. z art. 242 ust. 1 i 2 ustawy Pzp w zw. z art. 246 ust. 1 ustawy Pzp

poprzez ustanowienie kryteriów oceny ofert odnoszących się do przyszłej, niepewnej oraz nieopisaną część zamówienia, a także poprzez określenie wagi kryterium w sposób nieproporcjonalny do wartości i celów jakie zamierza osiągnąć zamawiający realizując zamówienie, nieuzasadniony obiektywnymi potrzebami zamawiającego oraz niezapewniający uzyskania najlepszej jakości usług i najlepszych efektów zamówienia oraz pozornie realizujący wymogi ustawy Pzp, co oznacza znaczne ograniczenie uczciwej konkurencji i naruszenie zasad równego traktowania wykonawców, Izba uznała za zasadny.

Izba stwierdziła, że zamawiający nie wykazał, iż ustanowione przez niego kryteria oceny ofert, w zakresie trzech skarżonych parametrów, faktycznie uzasadnione są obiektywnymi potrzebami zamawiającego, a ustanowienie ich w przedmiotowym postępowaniu da realne podstawy do wyboru oferty najkorzystniejszej. Wskazać bowiem należy, iż stawianie kryteriów oceny ofert, które de facto nie odnoszą się do realizacji podstawowego zakresu zamówienia, a dotyczą elementów przyszłych i niepewnych, nie mogą zostać uznane za prawidłowe. Nie jest bowiem zasadne i możliwe, aby zamawiający na etapie oceny ofert przyznawał wykonawcy określoną w SWZ liczbę punktów i dokonał na tej podstawie wyboru oferty najkorzystniejszej w sytuacji, gdy opis kryteriów oceny ofert odnosi się do zdarzenia/zdarzeń, które mogą nie wystąpić w trakcie realizacji umowy, gdyż dotyczą elementów związanych z ewentualnymi zamówieniami dodatkowymi.

Powyższe oznacza, że w sytuacji utrzymania skarżonych kryteriów oceny ofert, mógłby zostać dokonany wybór oferty najkorzystniejszej w zakresie w jakim nie będzie realizowana umowa. Podkreślić należy, że waga kryterium, jaka została przypisana przez zamawiającego w ramach trzech skarżonych kryteriów to w sumie 15%, co zdaniem Izby jest znaczącym kryterium, mogącym mieć istotny wpływ na wybór oferty najkorzystniejszej.

Zgodnie z przepisem art. 241 ust. 1 ustawy Pzp, kryteria oceny ofert muszą być związane z przedmiotem zamówienia. Ustęp 2 stanowi, iż związek kryteriów oceny ofert z przedmiotem zamówienia istnieje wówczas, gdy kryteria te dotyczą robót budowlanych, dostaw lub usług, będących przedmiotem zamówienia w dowolnych aspektach oraz w odniesieniu do dowolnych etapów ich cyklu życia, w tym do elementów składających się na proces produkcji, dostarczania lub wprowadzania na rynek, nawet jeżeli elementy te nie są istotną cechą przedmiotu zamówienia.

Przepis art. 242 ust. 1 ustawy Pzp, stanowi, iż najkorzystniejsza oferta może zostać wybrana na podstawie:

- 1) kryteriów jakościowych oraz ceny lub kosztu;
- 2) ceny lub kosztu.

Kryteriami jakościowymi (ust. 2) mogą być w szczególności kryteria odnoszące się do:

- 1) jakości, w tym do parametrów technicznych, właściwości estetycznych i funkcjonalnych takich jak dostępność dla osób niepełnosprawnych lub uwzględnianie potrzeb użytkowników;
- 2) aspektów społecznych, w tym integracji zawodowej i społecznej osób, o których mowa w art. 94 ust. 1;
- 3) aspektów środowiskowych, w tym efektywności energetycznej przedmiotu zamówienia;

4) aspektów innowacyjnych;

5) organizacji, kwalifikacji zawodowych i doświadczenia osób wyznaczonych do realizacji zamówienia, jeżeli mogą one mieć znaczący wpływ na jakość wykonania zamówienia;

6) serwisu posprzedażnego, pomocy technicznej, warunków dostawy takich jak termin, sposób lub czas dostawy, oraz okresu realizacji.

Zgodnie z przepisem art. 16 ustawy Pzp, zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób: 1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców, 2) przejrzysty oraz 3) proporcjonalny.

Przepis art. 17 ust. 1 ustawy Pzp, stanowi natomiast, iż zamawiający udziela zamówienia w sposób zapewniający: 1) najlepszą jakość dostaw, usług, oraz robót budowlanych, uzasadnioną charakterem zamówienia, w ramach środków, które zamawiający może przeznaczyć na jego realizację, oraz 2) uzyskanie najlepszych efektów zamówienia, w tym efektów społecznych, środowiskowych oraz gospodarczych, o ile którykolwiek z tych efektów jest możliwy do uzyskania w danym zamówieniu, w stosunku do poniesionych nakładów.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba stwierdziła, że zamawiający ustanawiając kryteria oceny ofert (w zakresie przedmiotu zaskarżenia) naruszył ww. przepisy ustawy Pzp.

Zarzut dotyczący naruszenia art. 16 pkt 1-3, 17 ust. 1 ustawy Pzp w związku z art. 99 ust. 1 i 4 ustawy Pzp w zw. z art. 8 ustawy Pzp w zw. z art. 5 kc poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób nieproporcjonalny, nieprzejrzysty, nieuzasadniony obiektywnymi potrzebami zamawiającego, niezapewniający uzyskania najlepszej jakości dostaw i najlepszych efektów zamówienia oraz w sposób uniemożliwiający uczciwą konkurencję i naruszający zasadę równego traktowania wykonawców poprzez zobowiązanie wykonawcy do złożenia oferty oraz zawarcia umowy na wykonanie robót dodatkowych, których zakres nie został opisany w niniejszym postępowaniu, a także narzucenie wykonawcy konieczności wykorzystania mechanizmu wyceny robót dodatkowych już na etapie złożenia oferty w niniejszym postępowaniu, podczas gdy możliwe jest zapewnienie realizacji robót dodatkowych w sposób wynikający z ustawy Pzp, co w konsekwencji powoduje także naruszenie art. 5 kc poprzez wykorzystanie pozycji dominującej organizatora przetargu i rażące uprzywilejowanie w treści projektu umowy pozycji zamawiającego, wbrew zasadom współżycia społecznego i właściwego stosunku prawnego, w sposób stanowiący nadużycie prawa, Izba uznała za niezasadny.

W ocenie Izby, zamawiający był uprawniony do przedstawienia swoich wymagań w zakresie przedmiotu świadczenia dotyczącego wykonania robót dodatkowych, przez co zapewnił sobie pewność ich wykonania przez wykonawcę robót podstawowych. Uzasadnieniem takiego stanowiska, poza zasadnymi twierdzeniami zamawiającego, jest okoliczność, iż dzięki takiemu postanowieniu zamawiający zapewnia sobie sprawne przeprowadzenie i zakończenie zadania inwestycyjnego, bez zbędnej zwłoki poparte zasadą jednolitości wykonawstwa, gwarantującego najlepszą znajomość przedmiotu zadania oraz szybkością i terminowością wykonanych robót.

Zarzut dotyczący naruszenia art. 16 pkt 1-3, art. 17 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 643 kodeksu cywilnego i art. 647 kodeksu cywilnego poprzez przyznanie zamawiającemu w § 10 ust. 11 pkt 1) lit a) i b) i § 10 ust. 12 wzoru umowy oraz § 5 ust. 1 pkt 2) lit. a) wzoru umowy uznaniowego prawa do odmowy dokonania odbioru częściowego dla danego Etapu a także odbioru częściowego i końcowego w każdym przypadku wystąpienia wad, przy czym uprawnienie do odmowy odbioru końcowego powinno mieć miejsce jedynie w przypadku wystąpienia wad istotnych, Izba uznała za zasadny.

Za zasadne, Izba uznała stanowisko odwołującego przedstawione w piśmie procesowym.

W uzasadnieniu zarzutu odwołujący wskazał na bogate orzecznictwo sądów powszechnych dotyczące wskazanych przepisów potwierdzające, iż zamawiający nie może uzależniać dokonania odbioru końcowego i zapłaty należnego wynagrodzenia od braku jakichkolwiek wad, w wykonanym obiekcie. Inwestor może uchylić się od obowiązku dokonania odbioru końcowego tylko w przypadku wystąpienia wad istotnych, gdyż tylko w takim wypadku można wskazać, że wykonawca nie spełnił swojego świadczenia, w pozostałych wypadkach, tj. wystąpienia wad nieistotnych mamy do czynienia z nieprawidłowym wykonaniem zobowiązania przez wykonawcę. W takiej sytuacji inwestor jest obowiązany dokonać odbioru końcowego, a do protokołu odbioru może zostać dołączony wykaz wszystkich ujawnionych wad z terminami ich usunięcia lub oświadczeniem inwestora o wyborze innego uprawnienia przysługującego mu z tytułu odpowiedzialności wykonawcy za wady ujawnione przy odbiorze. Ponadto, odwołujący zasadnie wskazał,

iż obecne postanowienia projektu umowy umożliwiają zamawiającemu zaniechania dokonania odbioru oraz dokonania płatności w przypadku wystąpienia jakichkolwiek wad, w tym wystąpienia innych wad niż wady istotne.

Za odwołującym potwierdzić należy, iż w odpowiedzi na odwołanie zamawiający zgodził się z powyższymi twierdzeniami odwołującego, tj. potwierdził fakt istnienia wskazanej linii orzeczniczej oraz fakt, iż postanowienia umowne nie odzwierciedlają tej linii orzeczniczej. Zamawiający wskazał natomiast, iż nie będzie korzystał ze wszystkich przysługujących mu umownych uprawnień, a ograniczy się jedynie do korzystania z uprawnień wynikających z przepisów powszechnie obowiązującego prawa i orzecznictwa sądów powszechnych. Zamawiający wskazał, że będzie jedynie częściowo wykorzystywał uprawnienia przewidziane w projekcie umowy.

Zdaniem Izby, stanowisko zamawiającego wprost potwierdza zasadność zarzutów odwołania. Wykonawcy uczestniczący w postępowaniu muszą mieć jasność, co do zasad, w oparciu o które będą realizować zamówienia. Fakt, iż umowa zawiera uprawnienia, co do których zamawiający wie, że nie będzie z nich korzystał narusza zasady uczciwej konkurencji oraz przejrzystości postępowania. Postanowienia o bezusterkowych odbiorach mogą odstraszyć szereg wykonawców od udziału w postępowaniu przy jednoczesnej świadomości zamawiającego, iż nigdy z tych uprawnień nie skorzysta. Zasada przejrzystości wymaga, aby każdemu wykonawcy były znane warunki realizacji zamówienia, utrzymywanie postanowień, których literalne brzmienie jest niezgodne z obowiązującymi przepisami oraz orzecznictwem skutkuje brakiem przejrzystości postępowania. Utrzymywanie tego typu postanowień jest również nieefektywne, bowiem zmusza wykonawców do uwzględnienia w cenie ryzyk, które w rzeczywistości nie wystąpią. Ponadto, przedmiotowe postanowienia rodzą ryzyko, iż zamawiający jedynie w przypadku części wykonawców odstąpi od pełnego wykorzystywania swoich uprawnień umownych, co wprost może prowadzić do naruszenia zasady równego traktowania wykonawców. Na obecnym etapie istnieje możliwość wprowadzenia jednoznacznych postanowień umownych, których literalne brzmienie będzie odzwierciedlać deklaracje i intencje zamawiającego.

Jak słusznie wskazała Izba w wyroku o sygn. akt. 3440/20, cyt. „W pierwszej kolejności Izba uznała, że zarzut nr 1 odwołania podlega uwzględnieniu. Odwołujący wskazywał, że zgodnie z art. 647 Kodeksu cywilnego jednym z podstawowych obowiązków inwestora, w tym wypadku Zamawiającego, w ramach umowy o roboty budowlane jest dokonanie odbioru robót. Dokonanie odbioru stanowi niejako pokwitowanie spełnienia świadczenia wystawiane przez inwestora. Praktyka budowlana pokazuje, że na etapie odbioru końcowego dochodzi często do sporów pomiędzy inwestorem a wykonawcą. Osłą tego sporu jest kwestia wad w wykonanych robotach w związku, z których wystąpieniem, inwestorzy odmawiają dokonania odbioru, a tym samym blokują możliwość otrzymania wynagrodzenia przez wykonawcę. W istocie poprzez odmowę dokonania odbioru inwestor próbuje wymusić usunięcie wad stwierdzonych na etapie odbioru końcowego przedmiotu umowy. Tego typu spory były przedmiotem oceny w wyrokach Sądu Najwyższego, z których wynika, że w świetle art. 647 kc inwestor obowiązany jest dokonać odbioru końcowego i zapłacić wynagrodzenie należnego wykonawcy. Inwestor nie może uzależniać dokonania odbioru końcowego i zapłaty należnego wynagrodzenia od braku jakichkolwiek wad w wykonanym obiekcie. Inwestor może uchylić się od obowiązku dokonania odbioru końcowego tylko w przypadku wystąpienia wad istotnych, gdyż tylko w takim wypadku można wskazać, że wykonawca nie spełnił swojego świadczenia, w pozostałych wypadkach, tj. wystąpienia wad nieistotnych mamy do czynienia z nieprawidłowym wykonaniem zobowiązania przez wykonawcę. W takiej sytuacji inwestor jest obowiązany dokonać odbioru końcowego, a do protokołu odbioru może zostać dołączony wykaz wszystkich ujawnionych wad z terminami ich usunięcia lub oświadczeniem inwestora o wyborze innego uprawnienia przysługującego mu z tytułu odpowiedzialności wykonawcy za wady ujawnione przy odbiorze. W tym zakresie Odwołujący powołał wyroki Sądu Najwyższego: z dnia 22 czerwca 2007 r. V CSK 99/07; z dnia 7 kwietnia 1998 r., II CKN 673/97; z dnia 7 marca 2013 r., CSK 476/12. Izba w pełni podziela stanowisko oraz argumentację zaprezentowaną przez Odwołującego. Izba uznała, że nadużyciem ze strony Zamawiającego jest sformułowanie w treści IPU postanowień umożliwiających Zamawiającemu odmowę dokonania odbioru końcowego, w sytuacji stwierdzenia w toku tego odbioru jakiegokolwiek, nawet drobnej usterki czy też wady. Jak słusznie podnosił Odwołujący czy to przerwanie odbioru czy też odmowa odbioru rodzi ten sam skutek. Niewątpliwie nieuprawniona jest możliwość odmowy dokonania odbioru z powodu każdej, nawet najbardziej błahszej i nieistotnej wady czy też usterki. W kontekście powyższego Izba uznała zgłoszony zarzut za uzasadniony i jednocześnie zobowiązała Zamawiającego do tego, aby zmodyfikował treść IPU w powyższym zakresie”.

§5 ust. 1 pkt 2) lit a) wzoru umowy przywiódł dokonanie płatności wyłącznie w sytuacji bezusterkowego odbioru. W przypadku, gdy w wykonanych robotach brak jest wad istotnych zamawiający powinien być zobowiązany do dokonania odbioru częściowego (Etapu) i/lub

końcowego i dokonania płatności. Obecne powiązanie płatności częściowej i końcowej z usunięciem wad odbiorowych oznacza, że płatności te stanowią dodatkowe zabezpieczenie należytego wykonania umowy (zabezpieczenie usunięcia wad odbiorowych), a zamawiający wbrew ustawie Pzp, nie tylko narzuca formę zabezpieczenia ale ustanawia zabezpieczenie przekraczające dopuszczalną wysokość zabezpieczenia.

Biorąc pod uwagę powyższe, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy, na podstawie art. 575 ustawy Pzp. Spośród czterech zarzutów podlegających rozpoznaniu na rozprawie Izba uwzględniła dwa zarzuty oraz oddaliła dwa zarzuty. Strony zostały zatem obciążone

kosztami wpisu od odwołania proporcjonalnie, po % odwołujący i zamawiający (§7 ust. 3 pkt 1 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)).

Na podstawie §7 ust. 3 pkt 2 ww. rozporządzenia, Izba zniósła wzajemnie koszty postępowania, o których stanowi § 5 pkt 2.

Przewodniczący: