Sygn. akt: KIO 3159/21

WYROK

z dnia 23 listopada 2021 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ewa Sikorska
Protokolant:

Członkowie: Małgorzata Rakowska

Magdalena Rams

Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie, w Warszawie, w dniu 18 listopada 2021 roku, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 25 października 2021 roku przez Związek Ogólnopolski Projektantów i Inżynierów w Warszawie w postępowaniu

prowadzonym przez zamawiającego - Skarb Państwa - Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad w Warszawie Oddział w Kielcach

przy udziale wykonawców:

A. Firma Inżynierska ARCUS Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa w Krakowie
B. SAFEGE S.A.S. w Nanterre (Francja),
C. B-Act Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Bydgoszczy,
D. ZBM Spółka akcyjna w Warszawie,
E. MGGP Spółka akcyjna w Tarnowie,
F. Multiconsult Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie,
G. ZDI Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Zamościu,

zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego

orzeka:

1. umarza postępowanie w zakresie zarzutu naruszenia:

- art. 99 ust. 1 w zw. z art. 16 ustawy z dnia 11 września 2019 roku - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 roku, poz. 1129 ze zm.) — poprzez opisanie w § 18 ust. 1 pkt 14 umowy obowiązku konsultanta, który to obowiązek stanowi jednocześnie element opisu przedmiotu zamówienia — w sposób niejednoznaczny i nieprecyzyjny co do jego zakresu i okoliczności, w których on obowiązuje, a ponadto, który to obowiązek powinien realizować wykonawca robót budowlanych, a nie konsultant sprawujący nadzór nad projektowaniem i realizacją robót oraz zarządzanie kontraktem, co wskazuje na jego nieproporcjonalność i nieadekwatność w stosunku do przedmiotu zamówienia,

2. w pozostałym zakresie odwołanie oddala,

3. kosztami postępowania obciąża Związek Ogólnopolski Projektantów i Inżynierów w Warszawie i:

3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Związek Ogólnopolski Projektantów i Inżynierów w Warszawie tytułem wpisu od

odwołania,

3.2. zasądza od Związku Ogólnopolskiego Projektantów i Inżynierów w

Warszawie na rzecz Skarbu Państwa - Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad w Warszawie Oddział w Kielcach kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 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: .....

Członkowie:.....

Sygn. akt: KIO 3159/21

Uzasadnienie

Zamawiający - Skarb Państwa - Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad w Warszawie - prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest „Pełnienie nadzoru nad projektowaniem i realizacją Robót oraz zarządzanie Kontraktem pn.: Zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych dla odcinka drogi ekspresowej S 74 Przełom/Mniów — Kielce (S7 węzeł Kielce Zachód)”.

Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 20219 roku - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 roku, poz. 1129 ze zm.), zwanej

dalej ustawą P.z.p.

W dniu 15 października 2021 roku Związek Ogólnopolski Projektantów i Inżynierów w Warszawie (dalej: odwołujący) wniósł odwołanie na projektowane postanowienia umowy:

I. Postanowienie § 6 ust. 9 umowy w zakresie w jakim ustalono w nim maksymalną łączną wartość korekt wynikającą z waloryzacji na poziomie (+/-) 5 % wynagrodzenia netto, czym zamawiający naruszył:

art. 439 ust. 1-4 w zw. z art. 16 ustawy P.z.p. oraz art. 353(1) K.c. w zw. z art. 8 ust. 1

ustawy P.z.p. — poprzez określenie zakresu maksymalnej wartości waloryzacji wynagrodzenia w sposób prowadzący do nadmiernego ograniczenia waloryzacji wynagrodzenia należnego konsultantowi, co w konsekwencji powoduje jej pozorność i nie zapewnia pokrycia realnego zwiększenia kosztów wykonywania usługi w 6-letnim okresie obowiązywania umowy, które to działanie wpływa niekorzystnie na konkurencyjność postępowania ograniczając krąg potencjalnych konsultantów oraz prowadzi do pokrzywdzenia konsultanta poprzez narażenie go na straty wynikające z realizacji usługi za wynagrodzenie, które nie uwzględnia realnego wzrostu kosztów świadczenia usługi — co pozostaje w sprzeczności z zasadami współżycia społecznego, godząc w naturę stosunku prawnego, naruszając tym samym równowagę kontraktową stron.

II. Postanowienie § 18 ust. 1 pkt 14 umowy w zakresie, w jakim ustanawia obowiązek konsultanta do umieszczania dysków (reflektorów) pomiędzy górnymi warstwami konstrukcji nawierzchni, dostarczonych przez laboratorium zamawiającego, z jednoczesnym zastrzeżeniem iż ww. obowiązek dotyczy kontraktów, dla których Laboratoria GDDKiA posiadają odpowiednie urządzenia do zastosowania odpowiednio przez Oddziały w zależności od danego Kontraktu, czym zamawiający naruszył:

- art. 99 ust. 1 w zw. z art. 16 ustawy P.z.p. poprzez opisanie ww. obowiązku konsultanta w umowie, który to obowiązek stanowi jednocześnie element opisu przedmiotu zamówienia — w sposób niejednoznaczny i nieprecyzyjny co do jego zakresu i okoliczności, w których on obowiązuje, a ponadto, który to obowiązek powinien realizować wykonawca robót budowlanych, a nie konsultant sprawujący nadzór nad projektowaniem i realizacją robót oraz zarządzanie kontraktem, co wskazuje na jego nieproporcjonalność i nieadekwatność w stosunku do przedmiotu zamówienia.

III. Postanowienia § 36 umowy w zakresie w jakim nie przewidują obciążenia zamawiającego karami umownymi w związku z niedotrzymaniem przez zamawiającego obowiązków w zakresie i w terminie określonym w umowie, a mających jednocześnie wpływ na terminowe realizowanie zamówienia przez Konsultanta, a w szczególności:

braku ustanowienia kar umownych w przypadkach, gdy zamawiający nie dopełnia swoich obowiązków ustanowionych w § 5 ust. 1 oraz § 20 ust. 21 pkt 3 lit. b umowy, w związku z czym konsultant ponosi straty lub nie może wykonywać zamówienia w sposób określony w u mowie, lub wydłuża to realizację umowy, czym zamawiający naruszył:

- art. 353(1) K.c. w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy P.z.p. poprzez zaniechanie przyznania konsultantowi prawa do kary umownej w przypadku niedotrzymania lub niedotrzymania w terminie ustanowionym w umowie — określonych jednoznacznie obowiązków zamawiającego, przy jednoczesnym przyznaniu szerokiego prawa do kar umownych zamawiającemu — co prowadzi do naruszenia równowagi kontraktowej stron umowy, a tym samym należy uznać, że treść umowy została ukształtowana z przekroczeniem granic swobody umów, a ponadto prowadzi do powstania szkody po stronie konsultanta — w przypadku niedotrzymania obowiązków przez zamawiającego i brakiem przewidzenia z tego tytułu kar umownych, które mogłyby pełnić w tej sytuacji funkcję odszkodowawczą.

IV. Postanowień umowy w zakresie, w jakim nie przewidują wynagrodzenia konsultanta za pracę poniżej 4 godzin w danej dobie, tj. poprzez określenie w umowie jako najmniejszej jednostki rozliczeniowej „półdniówki” rozumianej jako przepracowanie w danej dobie od 4, ale poniżej 8 godzin, czym zamawiający naruszył:

- art. 436 pkt ustawy P.z.p. 2 w zw. z art. 353(1) K.c. w zw. z art. 8 ust. 1 P.z.p. — poprzez ukształtowanie warunków wypłaty wynagrodzenia konsultantowi w taki sposób, że nie uwzględniają one wypłaty wynagrodzenia za prace faktycznie świadczone przez konsultanta a realizowane w czasie krótszym niż 4h w danej dobie, co prowadzi do pokrzywdzenia konsultanta i powstania szkody po jego stronie polegającej na nieotrzymywaniu wynagrodzenia za zrealizowane prace w ramach świadczenia usługi, które zostały zrealizowane w czasie krótszym niż 4h w danej dobie, co oznacza brak odpłatności za wykonanie niektórych prac — co pozostaje w sprzeczności z zasadami współżycia społecznego, godząc w naturę stosunku prawnego, naruszając tym samym równowagę kontraktową stron.

V. Postanowienie § 38 ust. 1 pkt 5 umowy w zakresie, w jakim ogranicza ono możliwość zmiany umowy w odniesieniu do wysokości wynagrodzenia Konsultanta do maksymalnej wartości zobowiązania obliczonej jako 150% szacowanej łącznej wysokości wynagrodzenia brutto nie uwzględniając przy tym możliwości wystąpienia przyczyn powodujących konieczność wzrostu wynagrodzenia konsultanta powyżej ustalonej wartości, czym zamawiający naruszył:

- art. 353(1) K.c. w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy P.z.p. poprzez ustalenie sztywnej i

nieprzekraczalnej granicy zmiany wynagrodzenia konsultanta do maksymalnej wartości zobowiązania obliczonej jako 150% szacowanej łącznej wysokości wynagrodzenia brutto, co w przypadku zaistnienia nieprzewidzianych okoliczności wiążących się z koniecznością zwiększenia finansowania ponad ustaloną wartość — wyklucza zwiększenie wynagrodzenia konsultanta, co może spowodować, że konsultant będzie zmuszony do realizowania usług bez faktycznej zapłaty za nie — co pozostaje w sprzeczności z zasadami współżycia społecznego, godząc w naturę stosunku prawnego, naruszając tym samym równowagę kontraktową stron i prowadzi do pokrzywdzenia konsultanta, który miałby realizować usługi bez zapłaty stosownego wynagrodzenia za ich wykonanie.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu zmiany wyżej wskazanych postanowień umowy w następujący sposób:

Ad. zarzut I.

Zmianę postanowienia § 6 ust. 9 umowy w taki sposób, że przewiduje on maksymalną łączną wartość korekt wynikającą z waloryzacji na poziomie 5% wynagrodzenia netto, o którym mowa w § 4 ust. 1 umowy w stosunku rocznym.

Ad. zarzut II.

Wykreślenie postanowienia § 18 ust. 1 pkt 14 umowy, ewentualnie doprecyzowanie

postanowienia poprzez jednoznaczne opisanie, na czym polega ustanowiony w nim

obowiązek i w jaki sposób ma być on zrealizowany przez konsultanta.

Ad. zarzut III.

Dodanie do treści § 36 umowy postanowień uprawniających Konsultanta do naliczenia kar umownych o następującej treści:

W przypadku niedopełnienia przez Zamawiającego obowiązków wynikających z § 5 ust. 1 oraz § 20 ust. 21 pkt 3 lit. b Umowy — Konsultant naliczy Zamawiającemu karę umowną w wysokości 0,02 % wynagrodzenia netto, o którym mowa w § 4 ust. 1 za każdy dzień zwłoki.
Ad. zarzut IV.

Wprowadzenie do umowy postanowień przewidujących wypłatę wynagrodzenia konsultantowi za przepracowanie w danej dobie od 2 godzin, ale poniżej 4 godzin w wysokości 1/4 (jednej czwartej) wynagrodzenia za odpowiednią dniówkę wskazaną w

Formularzu Cenowym.

Ad. zarzut V.

Zmianę postanowienia § 38 ust. 1 pkt 5 umowy poprzez wykreślenie z jego treści fragmentu „nie przekraczając maksymalnej wartości zobowiązania, o której mowa w § 4 ust. 2”.

Odwołujący podniósł, że jest uprawniony do wniesienia odwołania zgodnie z art. 505 ust. 2 ustawy P.z.p., gdyż jest wpisany na listę, o której mowa w art. 469 pkt 15 ustawy P.z.p., a przedmiotem niniejszego odwołania są zarzuty skierowane wobec treści projektowanych postanowień umowy stanowiących element dokumentów zamówienia. W załączeniu przedłożył kopię Decyzji z dnia 30 kwietnia 2020 r., nr UZP/DP/0221/20/PL, stanowiącą dowód dysponowania legitymacją do wniesienia odwołania wobec treści projektowanych postanowień umowy.

Odwołujący wskazał, że mając na uwadze, iż przedmiotem zamówienia jest nadzór nad projektowaniem i realizacją robót oraz zarządzanie kontraktem, odwołujący dąży do zmiany projektowanych postanowień umowy w zakresie podnoszonym w odwołaniu, mającej na celu ustalenie warunków zamówienia w sposób zgodny z przepisami prawa, co wyczerpuje przesłanki opisane w art. 505 ust. 2 ustawy P.z.p. i uzasadnia rozpoznanie odwołania.

Na rozprawie Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 18 listopada 2021 roku odwołujący cofnął zarzut naruszenia - art. 99 ust. 1 w zw. z art. 16 ustawy P.z.p. poprzez opisanie w § 18 ust. 1 pkt 14 umowy obowiązku konsultanta, który to obowiązek stanowi jednocześnie element opisu przedmiotu zamówienia — w sposób niejednoznaczny i nieprecyzyjny co do jego zakresu i okoliczności, w których on obowiązuje, a ponadto, który to obowiązek powinien realizować wykonawca robót budowlanych, a nie konsultant sprawujący nadzór nad projektowaniem i realizacją robót oraz zarządzanie kontraktem, co wskazuje na jego nieproporcjonalność i nieadekwatność w stosunku do przedmiotu zamówienia

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie z dnia 17 listopada 2021 roku wniósł o:

1. oddalenie odwołania w całości,

2. obciążenie kosztami postępowania odwołującego,

3. zasądzenie na rzecz zamawiającego kosztów postępowania odwoławczego w kwocie określonej na fakturze VAT złożonej na rozprawie Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 18 listopada 2021 roku.

Do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego przystąpili wykonawcy: Firma Inżynierska ARCUS Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa w Krakowie, SAFEGE S.A.S. w Nanterre (Francja), B-Act Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Bydgoszczy, ZBM Spółka akcyjna w Warszawie, MGGP Spółka akcyjna w Tarnowie, Multiconsult Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie, ZDI Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Zamościu. Na rozprawie w dniu 18 listopada 2021 roku obecny był jedynie pełnomocnik SAFEGE S.A.S, który poparł stanowisko odwołującego i wniósł o uwzględnienie odwołania.

Izba ustaliła, co następuje:

Zgodnie z § 6 ust. 9 i 10 projektu umowy, opublikowanego w dniu 15 października 2021 roku:

„9. Łączna wartość korekt wynikająca z waloryzacji nie przekroczy (+/-) 5% wynagrodzenia netto, o którym mowa w 5 4 ust. 1 Umowy.

10. Przez łączną wartość korekt, o której mowa w ust. 9 należy rozumieć wartość wzrostu lub spadku wynagrodzenia netto Konsultanta wynikającą z waloryzacji.”

W dniu 18 listopada 2021 roku zamawiający dokonał modyfikacji specyfikacji warunków zamówienia poprzez nadanie § 6 ust. 9 projektu umowy brzmienia: „Łączna wartość korekt wynikająca z waloryzacji nie przekroczy (+/-) 10% wynagrodzenia netto, o którym mowa w § 4 ust. 1 Umowy”

Zgodnie z postanowieniem § 18 ust. 1 pkt 14 projektu umowy, opublikowanego w dniu 15 października 2021 roku:

„Obowiązki Konsultanta w zakresie jakości i obmiarów

1. Konsultant zobowiązany jest do:

14) umieszczania dysków (reflektorów) pomiędzy górnymi warstwami konstrukcji nawierzchni, dostarczonych przez laboratorium Zamawiającego. (dotyczy kontraktów, d/a których Laboratoria GDDKiA posiadają odpowiednie urządzenia — do zastosowania odpowiednio przez Oddziały w zależności od danego Kontraktu).”

W dniu 17 listopada 2021 roku zamawiający dokonał modyfikacji powyższego specyfikacji warunków zamówienia poprzez wykreślenie § 18 ust. 1 pkt 14 projektu umowy.

Na rozprawie Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 18 listopada 2021 roku odwołujący cofnął zarzut naruszenia - art. 99 ust. 1 w zw. z art. 16 ustawy P.z.p. dotyczący treści § 18 ust. 1 pkt 14 projektu umowy.

Zamawiający w § 36 ust. 1-6 i 8-16 projektu umowy przewidział okoliczności, w których naliczone zostaną konsultantowi kary umowne za uchybienia stwierdzone w trakcie realizacji umowy.

W § 36 ust. 7 projektu umowy zamawiający ustanowił uprawnienie konsultanta do naliczenia kary umownej zamawiającemu z tytułu wypowiedzenia umowy przez zamawiającego bez ważnego powodu.

Zamawiający jako podstawową jednostkę rozliczeniową wynagrodzenia konsultanta ustanowił dniówkę. Z kolei minimalną jednostką rozliczeniową, w oparciu o którą następuje rozliczenie wynagrodzenia ustanowiona została półdniówka, rozumiana jako przepracowanie w danej dobie od 4 ale poniżej 8 godzin. Postanowienia umowy nie przewidują zapłaty wynagrodzenia za pracę trwającą poniżej 4 godziny w danej dobie.

Zgodnie z § 38 ust. 1 pkt 5 projektu umowy, zmiana umowy dopuszczalna będzie w granicach wyznaczonych przepisami ustawy Pzp. Strony przewidują możliwość dokonywania następujących rodzajów zmian Umowy:

1) terminu świadczenia Usługi;

2) sposobu świadczenia Usługi;

3) sposobu rozliczenia wynagrodzenia Konsultanta;

4) obowiązków Konsultanta;

5) wysokości wynagrodzenia Konsultanta nie przekraczając maksymalnej wartości zobowiązania, o której mowa w § 4 ust. 2.

Stosownie z § 4 ust. 2 projektu umowy, wysokość łącznego wynagrodzenia zależy od rzeczywistego zakresu i czasu świadczonej Usługi, przy czym maksymalna wartość zobowiązania za wykonywanie czynności będących Przedmiotem Umowy, z uwzględnieniem waloryzacji, wraz z naliczonym podatkiem VAT, nie może przekroczyć ..... (słownie: .....), obliczonej jako 150% szacowanej łącznej wysokości wynagrodzenia brutto.

Stan faktyczny Izba ustaliła na podstawie specyfikacji warunków zamówienia, w tym w szczególności - projektu umowy, oraz informacji z dnia 17 i 18 listopada 2021 roku zawierających modyfikacje specyfikacji warunków zamówienia.

Izba zważyła, co następuje:

Zarzut naruszenia art. 99 ust. 1 w zw. z art. 16 ustawy z dnia 11 września 2019 roku - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 roku, poz. 1129 ze zm.) — poprzez opisanie w § 18 ust. 1 pkt 14 umowy obowiązku konsultanta, który to obowiązek stanowi jednocześnie element opisu przedmiotu zamówienia — w sposób niejednoznaczny i nieprecyzyjny co do jego zakresu i okoliczności, w których on obowiązuje, a ponadto, który to obowiązek powinien realizować wykonawca robót budowlanych, a nie konsultant sprawujący nadzór nad projektowaniem i realizacją robót oraz zarządzanie kontraktem, co wskazuje na jego nieproporcjonalność i nieadekwatność w stosunku do przedmiotu zamówienia, podlega umorzeniu na podstawie art. 568 pkt 1 ustawy P.z.p.

W pozostałym zakresie odwołanie jest niezasadne i podlega oddaleniu.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że odwołujący jest uprawniony do korzystania ze środków ochrony prawnej w rozumieniu art. 505 ust. 2 ustawy P.z.p. Okoliczność ta nie była pomiędzy stronami sporna.

Izba uznała za nieuzasadniony zarzut naruszenia art. 439 ust. 1-4 w zw. z art. 16 ustawy P.z.p. oraz art. 353(1) K.c. w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy P.z.p. — poprzez określenie zakresu maksymalnej wartości waloryzacji wynagrodzenia w sposób prowadzący do nadmiernego ograniczenia waloryzacji wynagrodzenia należnego konsultantowi, co w konsekwencji powoduje jej pozorność i nie zapewnia pokrycia realnego zwiększenia kosztów wykonywania usługi w 6-letnim okresie obowiązywania umowy, które to działanie wpływa niekorzystnie na konkurencyjność postępowania ograniczając krąg potencjalnych konsultantów oraz prowadzi do pokrzywdzenia konsultanta poprzez narażenie go na straty wynikające z realizacji usługi za wynagrodzenie, które nie uwzględnia realnego wzrostu kosztów świadczenia usługi — co pozostaje w sprzeczności z zasadami współżycia społecznego, godząc w naturę stosunku prawnego, naruszając tym samym równowagę kontraktową stron.

Zarzut dotyczy postanowienia § 6 ust. 9 umowy w zakresie w jakim ustalono w nim maksymalną łączną wartość korekt wynikającą z waloryzacji na poziomie (+/-) 5% wynagrodzenia netto.

Istotna dla rozstrzygnięcia zarzutu jest okoliczność, że w dniu 18 listopada 2021 roku zamawiający dokonał modyfikacji specyfikacji warunków zamówienia poprzez nadanie § 6 ust. 9 projektu umowy brzmienia: „Łączna wartość korekt wynikająca z waloryzacji nie przekroczy (+/-) 10% wynagrodzenia netto, o którym mowa w § 4 ust. 1 Umowy”.

Zgodnie z art. 513 ustawy P.z.p. odwołanie przysługuje na: 1) niezgodną z przepisami ustawy czynność zamawiającego, podjętą w postępowaniu o udzielenie zamówienia, o zawarcie umowy ramowej, dynamicznym systemie zakupów, systemie kwalifikowania wykonawców lub konkursie, w tym na projektowane postanowienie umowy; 2) zaniechanie czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia, o zawarcie umowy ramowej, dynamicznym systemie zakupów, systemie kwalifikowania wykonawców lub konkursie, do której zamawiający był obowiązany na podstawie ustawy. Ponadto, zgodnie z art. 552 ust. 1 ustawy P.z.p. wydając wyrok, Izba bierze za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania odwoławczego.

Mając na względzie treść wskazanych wyżej przepisów ustawy P.z.p., stwierdzić należy, że - aby Izba mogła rozpoznać wniesione odwołanie - na moment wniesienia odwołania musi istnieć substrat zaskarżenia, będący podstawą dla wykonawcy do wniesienia środka ochrony prawnej w postaci odwołania. W niniejszej sprawie niewątpliwie substratem zaskarżenia była czynność zamawiającego z dnia 15 października 2021 r. polegająca na opublikowaniu treści s.w.z. wraz z projektem umowy, który w § 6 ust. 9 wskazywał, iż: „Łączna wartość korekt wynikająca z waloryzacji nie przekroczy (+/-) 5% wynagrodzenia netto, o którym mowa w 5 4 ust. 1 Umowy.”

Po drugie, Izba bierze pod uwagę stan rzeczy ustalony w toku postępowania odwoławczego. Ustawodawca przewidział zatem sytuację, w której może dojść do zmian w toku postępowania o udzielenie zamówienia, co skład orzekający jest zobowiązany uwzględnić wydając orzeczenie w sprawie. Rolą art. 552 ust. 1 ustawy P.z.p., podobnie jak przy interpretacji art. 316 § 1 Kodeksu postępowania cywilnego (gdzie sąd wydaje wyrok, biorąc za podstawę stan rzeczy istniejący w chwili zamknięcia rozprawy), jest uwzględnienie aktualnego stanu faktycznego w postępowaniu o udzielenie zamówienia (tak: Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 23 sierpnia 2021 roku sygn. akt: KIO 1932/21)

Wobec tego, skoro Izba wydając orzeczenie zobowiązana jest uwzględnić stan rzeczy ustalony w toku postępowania, zatem zobowiązana jest również uwzględnić czynności zamawiającego, które miały miejsce po wniesionym odwołaniu, do czasu zamknięcia rozprawy. W niniejszej sprawie zamawiający dokonał modyfikacji s.w.z. w zakresie § 6 ust. 9 umowy. Tym samym w niniejszej sprawie czynność stanowiąca podstawę zarzutu przestała istnieć na moment zamknięcia rozprawy.

Skład orzekający powołany do rozstrzygnięcia niniejszego odwołania nie jest uprawniony do orzekania o modyfikacji s.w.z. w zakresie, w jakim zamawiającym zmienił

treść § 6 ust. 9 projektu umowy, tj. w kwestii łącznej wartości korekt wynikającej z waloryzacji, która nie przekroczy (+/-) 10% wynagrodzenia netto Wskazać należy, że modyfikacja specyfikacji warunków zamówienia jest nową czynnością zamawiającego, na którą wszystkim zainteresowanym wykonawcom przysługuje uprawnienie do złożenia odwołania. Izba nie może zatem orzekać co do czynności zamawiającego, która miała miejsce już po wniesieniu odwołania, a termin na jej zaskarżenie biegnie od momentu dokonania tej czynności, rozumianego jako jej ujawnienie w sposób przewidziany w danym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

Podkreślania wymaga, że cała argumentacja odwołującego, wskazana w odwołaniu, w piśmie procesowym z dnia 17 listopada 2021 roku oraz podnoszona na rozprawie w dniu 18 listopada 2021 roku dotyczyła pierwotnego brzmienia § 6 ust. 9 projektu umowy. W związku z tym, że brzmienie to zostało zmienione modyfikacją z dnia 18 listopada 2021 roku, przed otwarciem rozprawy Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 18 listopada 2021 roku, o czym odwołujący dowiedział się na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron i uczestników postępowania odwoławczego, argumentacja ta, jako bezprzedmiotowa, nie mogła zostać wzięta pod uwagę.

W odniesieniu do rozpoznawanego zarzutu należy też wskazać, że odwołujący zaproponował nowe brzmienie zaskarżonego postanowienia projektu umowy, w taki sposób, że przewiduje on maksymalną łączną wartość korekt wynikającą z waloryzacji na poziomie 5% wynagrodzenia netto, o którym mowa w § 4 ust. 1 umowy, w stosunku rocznym. Odwołujący nie wykazał, dlaczego uważa, że ustalenie waloryzacji na takim poziomie czyni zadość wymogom wskazanym we wskazanych przez odwołującego przepisach, tj. art. 439 ust. 1-4 w zw. z art. 16 ustawy P.z.p. oraz art. 353(1) K.c. w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy P.z.p. Na tę okoliczność odwołujący nie przedłożył żadnych dowodów ani też kalkulacji potwierdzających zasadność zgłoszonego żądania.

Izba uznała za nieuzasadniony zarzut naruszenia art. 353(1) K.c. w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy P.z.p. poprzez zaniechanie przyznania konsultantowi prawa do kary umownej w przypadku niedotrzymania lub niedotrzymania w terminie ustanowionym w umowie — określonych jednoznacznie obowiązków zamawiającego, przy jednoczesnym przyznaniu szerokiego prawa do kar umownych zamawiającemu — co prowadzi do naruszenia równowagi kontraktowej stron umowy, a tym samym należy uznać, że treść umowy została ukształtowana z przekroczeniem granic swobody umów, a ponadto prowadzi do powstania szkody po stronie konsultanta — w przypadku niedotrzymania obowiązków przez zamawiającego i brakiem przewidzenia z tego tytułu kar umownych, które mogłyby pełnić w tej sytuacji funkcję odszkodowawczą.

Odwołujący uzasadnił podniesiony zarzut dysproporcją w obciążeniu wykonawcy i zamawiającego karami umownymi, przez co naruszona została równowaga kontraktowa stron. W tym miejscu wskazać należy, że ograniczenie wolności ułożenia stosunku prawnego wedle uznania stron polega jedynie na tym, że jego treść lub cel nie może sprzeciwiać się właściwości zobowiązania, ustawie ani zasadom współżycia społecznego. Jak wskazuje się w orzecznictwie, z zasady swobody umów wynika przyzwolenie na faktyczną nierówność

stron (wyrok SN z dnia 18 marca 2008 r., IV CSK 478/07).

Izba wskazuje, że zgodnie z art 353^1 K.c., strony zawierające umowę mogą ułożyć

stosunek prawny według swojego uznania, byle jego treść lub cel nie sprzeciwiały się właściwości (naturze) stosunku, ustawie albo zasadom współżycia społecznego. Przepisy ustawy P.z.p. modyfikują zasadę równości stron stosunku zobowiązaniowego i stanowią specyficzne ograniczenie zasady swobody umów. Nierówność stron umowy w sprawie zamówienia publicznego wynika expressis verbis z przepisów ustawy P.z.p. W umowie w sprawie zamówienia publicznego zamawiający może formułować postanowienia wyłącznie korzystne dla niego. W orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej ugruntowany jest pogląd, że zamawiający działa w interesie publicznym i ryzyko niepowodzenia zamierzonego w danym postępowaniu celu prowadzi częstokroć do niezaspokojenia uzasadnionych potrzeb szerszej zbiorowości. Zatem ryzyko zamawiającego przewyższa normalne ryzyko związane z prowadzeniem działalności gospodarczej, które występuje, gdy umowę zawierają dwaj przedsiębiorcy. Zamawiający może starać się zwiększyć odpowiedzialność wykonawców za należyte wykonanie zamówienia, obciążyć ich nawet dotkliwymi karami umownym, o ile nie występują przesłanki wynikające z art. 353[1] k.c. (por. wyrok z dnia 31 lipca 2013 r., sygn. akt KIO 1706/13).

Podkreślić należy, że umowy zawierane w wyniku przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego są uznawane za sui generis umowy adhezyjne (tak np. Sąd Okręgowy w Warszawie w wyroku z dnia 16 lipca 2016 roku sygn. akt: XXIII Ga 924/14 oraz Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 18 lutego 2016 roku sygn. akt II CSK 197/15).. Jak

wskazał Sąd Okręgowy we Wrocławiu w wyroku z 14 kwietnia 2008 r., X Ga 67/08 Na gruncie prawa zamówień publicznych mamy niewątpliwie do czynienia ze swoistego rodzaju ograniczeniem zasady wolności umów (art. 353^1 k.c.), które znajduje odzwierciedlenie w treści zawieranej umowy. Zgodnie z charakterem zobowiązania publicznego Zamawiający może starać się przenieść odpowiedzialność na wykonawców. W ramach swobody umów Zamawiający może narzucić pewne postanowienia we wzorze umowy, a Wykonawca może nie złożyć oferty na takich warunkach. Natomiast składając ofertę musi wziąć pod uwagę rozszerzony zakres ryzyk i odpowiednio zabezpieczyć swoje interesy, kalkulując cenę ofertową. Należy jednak podkreślić, iż błędem jest utożsamianie przez Skarżącego podziału ryzyk z naruszeniem zasady równości stron stosunku zobowiązaniowego. Niezależnie od tego jak dużo ryzyka zostanie w umowie przypisane wykonawcy to on dokonuje jego wyceny i ujmuje dodatkowy koszt tych ryzyk w cenie oferty. Składając ofertę zabezpiecza zatem swoje interesy kalkulując cenę ofertową. Zamawiający zaś po wyborze najkorzystniejszej oferty musi zawrzeć umowę na warunkach przedstawionych we wzorze umowy i zapłacić wskazaną przez Wykonawcę cenę. Umowy zawierane w trybie udzielenia zamówienia publicznego zbliżone są w swym charakterze do kategorii umów przystąpienia (umów adhezyjnych). Dominująca pozycja Zamawiającego wynika nie, jak w przypadku umów adhezyjnych z przewagi ekonomicznej jednego z kontrahentów, a z faktu, iż jest stroną reprezentującą interes publiczny. Dla umów adhezyjnych charakterystyczne jest, iż najważniejsze ich warunki określa jeden z kontrahentów posługując się najczęściej ogólnymi warunkami umów. Podobnie w przypadku umów zawieranych w trybie udzielenia zamówienia publicznego - w specyfikacji istotnych warunków zamówienia należy zawrzeć wszystkie istotne warunki przyszłej umowy. Zamawiający może wręcz załączyć do specyfikacji wzór (projekt) przyszłej umowy lub ogólne warunki umowy, jeżeli zamierza na takich warunkach zawrzeć umowę. W takim przypadku złożenie oferty jest równoznaczne ze zgodą kontrahenta na zawarcie umowy według wzorca umownego (art. 384 § 1 k.c.). Zasada równości, na którą powołuje się Skarżący nabiera na gruncie prawa zamówień publicznych zupełnie innego znaczenia. W myśl art. 7 PZP Zamawiający obowiązany jest do traktowania na równych prawach wszystkich podmiotów ubiegających się o zamówienia publiczne i do prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia w sposób gwarantujący zachowanie uczciwej konkurencji. Powołany przez Skarżącego art. 7 PZP stanowić ma w założeniu swoistego rodzaju barierę przed nadużyciami ze strony Zamawiającego i wyraża dwie podstawowe zasady prawa zamówień publicznych - zasadę równości oraz zasadę uczciwej konkurencji. Zdecydowanym celem powyższych regulacji jest wyeliminowanie z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jakichkolwiek elementów, które miałyby charakter dyskryminacyjny. Także w samym postępowaniu zmierzającym do wyłonienia wykonawcy musi być przestrzegana zasada niedyskryminacji. Można uznać, że postępowanie ma charakter dyskryminacyjny wówczas, gdy prowadzi do wyłączenia określonej kategorii potencjalnych wykonawców bez uzasadnionej przyczyny. Nie sposób przyjąć, że ustalenie istotnych warunków zamówienia następuje w sposób dowolny w drodze jednostronnej czynności Zamawiającego. Jednakże zgodnie z art. 36 ust. 1 pkt 16 PZP, specyfikacja istotnych warunków zamówienia zawiera istotne dla zamawiającego postanowienia, które zostaną wprowadzone do treści zawieranej umowy. Zastosowane przez Zamawiającego kryteria spełniają warunek niedyskryminacji jeżeli są istotne z punktu widzenia rzeczywistych potrzeb zamawiającego. Zamówienia publicznego udziela się bowiem w ściśle określonym celu, dla zaspokojenia z góry oznaczonych potrzeb publicznych. Należy więc stwierdzić, że kształtowanie poszczególnych warunków kontraktu nie jest działaniem dowolnym, a ich treść musi mieć zawsze swoje uzasadnienie w istniejących potrzebach jednostki zamawiającej.

Wskazać należy, że w przypadku zamówienia publicznego, to zamawiający w sposób dyskrecjonalny kształtuje większość essentialiae i incidentaliae negotii przygotowując własną s.w.z. Zasada swobody kontraktowania ze strony wykonawcy nie zostaje w ten sposób ograniczona - przed terminem złożenia ofert może on składać wszelkie propozycje co do kształtu i brzmienia postanowień umownych, które zamawiający zgodnie z własnymi interesami zawsze może uwzględnić. Natomiast w przypadku, gdy postanowienia takie wykonawcy nie odpowiadają, może do tego stosunku umownego - co jest jego fundamentalnym uprawnieniem - w ogóle nie przystąpić (nie składać oferty w postępowaniu).

Z powyższego wynika, że odwołujący nie może domagać się zmian w projekcie umowy w zakresie możliwości obciążenia zamawiającego karami umownymi innymi niż zawarte w projekcie umowy, powołując się jedynie na brak równowagi kontraktowej. Z kolei podnoszona przez odwołującego możliwość poniesienia szkody z tego powodu, iż zamawiający nie będzie obowiązany do zapłaty wykonawcy kar umownych nie stanowi o naruszeniu art. 353^1 K.c., lecz stanowi ryzyko kontraktowe wykonawcy, które wykonawca winien uwzględnić kalkulując cenę ofertową.

Izba uznała za bezzasadny zarzut naruszenia art. 436 pkt ustawy P.z.p. 2 w zw. z art. 353(1) K.c. w zw. z art. 8 ust. 1 P.z.p. poprzez ukształtowanie warunków wypłaty wynagrodzenia konsultantowi w taki sposób, że nie uwzględniają one wypłaty

wynagrodzenia za prace faktycznie świadczone przez konsultanta a realizowane w czasie krótszym niż 4h w danej dobie, co prowadzi do pokrzywdzenia konsultanta i powstania szkody po jego stronie polegającej na nieotrzymywaniu wynagrodzenia za zrealizowane prace w ramach świadczenia usługi, które zostały zrealizowane w czasie krótszym niż 4h w danej dobie, co oznacza brak odpłatności za wykonanie niektórych prac — co pozostaje w sprzeczności z zasadami współżycia społecznego, godząc w naturę stosunku prawnego, naruszając tym samym równowagę kontraktową stron.

Izba wskazuje, że w zakresie powyższego zarzutu aktualna pozostaje wskazana wyżej argumentacja dotycząca możliwości takiego kształtowania przez zamawiającego warunków umowy, jakie są istotne z punktu widzenia rzeczywistych potrzeb zamawiającego, a także zakwalifikowania umowy w sprawie zamówienia publicznego jako swego rodzaju umowy adhezyjnej.

Niezależnie od powyższego, Izba wskazuje, że zamawiający określił postanowienia s.w.z. w zakresie czasu pracy personelu konsultanta dopuszczając możliwość pracy w niepełnym wymiarze godzin, dla ekspertów, którzy nie stanowią personelu kluczowego

konsultanta. Warunkiem koniecznym jest przepracowanie przez takiego eksperta co najmniej 4 godzin pracy w danym dniu roboczym.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie podniósł, że zakwestionowany wymóg podyktowany jest tym, że praca eksperta wymaga czasu, który jest niezbędny do tego, aby dany ekspert zapoznał się np. z zakresem i jakością przedkładanych dokumentów wykonawcy czy aktualną sytuacją na budowie. Czasu wymaga także dogłębna analiza i ocena czynników/warunków, którymi dana sytuacja czy zdarzenie zostało wywołane oraz propozycja lub ocena propozycji jej rozwiązania. Ekspert bierze m.in. udział w naradach koordynujących i ocenia przedkładaną przez wykonawcę dokumentację projektową. Opiniuje i ocenia wnioski wykonawcy dot. materiałów i proponowanych technologii wykonania robót oraz finalnie potwierdza ich jakość oraz zakres realizacji. Rola i odpowiedzialność ekspertów jest zatem ogromna, a ich obecność - czy to w trakcie przygotowywania dokumentacji projektowej, czy w trakcie prowadzonych robót - niezbędna.

Z powyższego wynika, że postanowienie o zapłacie za tzw. „półdniówkę” nie wynika z faktu, że zamawiający nie zamierza płacić wykonawcy za czynności wykonywane w czasie krótszym niż 4 godziny w danej dobie, ale że nie przewiduje dla eksperta czynności, które można by było wykonać w czasie krótszym niż 4 godziny. Podkreślić należy, że sposób realizacji usługi należy do przedmiotu zamówienia, którego opisu dokonuje zamawiający z na podstawie art. 99 i nast. ustawy P.z.p., z uwzględnieniem wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty. Jeżeli odwołujący z takimi wymaganiami się nie zgadzał, winien był wskazać obszary oraz czynności, które - w jego przekonaniu - wymagają zaangażowania eksperta w czasie krótszym niż 4 godziny w ciągu doby. Odwołujący takich informacji nie podał. Stwierdził jedynie, że takie prace wystąpią w toku realizacji przedmiotowego zamówienia.

Brak wynagrodzenia za czynności wykonywane w czasie krótszym niż 4 godziny nie świadczy zatem o nieodpłatności świadczenia, ale z uzasadnionego wymogu zamawiającego, by ekspert wykonywał swe czynności przez minimum 4 godziny na dobę. Podyktowane jest to specyfiką przedmiotu zamówienia, a także oczekiwaniami zamawiającego, które nie zostały przez odwołującego w sposób skuteczny zakwestionowane.

Izba uznała za nieuzasadniony zarzut naruszenia art. 353(1) K.c. w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy P.z.p. poprzez ustalenie sztywnej i nieprzekraczalnej granicy zmiany wynagrodzenia konsultanta do maksymalnej wartości zobowiązania obliczonej jako 150% szacowanej łącznej wysokości wynagrodzenia brutto, co w przypadku zaistnienia nieprzewidzianych okoliczności wiążących się z koniecznością zwiększenia finansowania ponad ustaloną wartość — wyklucza zwiększenie wynagrodzenia konsultanta, co może spowodować, że konsultant będzie zmuszony do realizowania usług bez faktycznej zapłaty za nie — co pozostaje w sprzeczności z zasadami współżycia społecznego, godząc w naturę stosunku prawnego, naruszając tym samym równowagę kontraktową stron i prowadzi do

pokrzywdzenia konsultanta, który miałby realizować usługi bez zapłaty stosownego

wynagrodzenia za ich wykonanie.

Izba wskazuje, że w zakresie powyższego zarzutu aktualna pozostaje argumentacja dotycząca możliwości takiego kształtowania przez zamawiającego warunków umowy, jakie są istotne z punktu widzenia rzeczywistych potrzeb zamawiającego, a także zakwalifikowania umowy w sprawie zamówienia publicznego jako swego rodzaju umowy

adhezyjnej.

Ponadto Izba stwierdza, że określenie górnego pułapu zmiany wynagrodzenie nie jest sprzeczne z żadnym z powszechnie obowiązujących przepisem prawa w Polsce. W szczególności przepisem takim nie jest art. 353^1 K.c., na który powołał się odwołujący.

Jak już wyżej wskazano, zgodnie z art 353^1 K.c., strony zawierające umowę mogą ułożyć stosunek prawny według swojego uznania, byle jego treść lub cel nie sprzeciwiały się właściwości (naturze) stosunku, ustawie albo zasadom współżycia społecznego. Jakkolwiek odwołujący nie wskazał w odwołaniu, który z czynników ograniczających wyrażoną we wskazanym przepisie zasadę swobody umów został naruszony, niemniej jednak analiza treści odwołania pozwala na konstatację, że chodzi tu o naruszenie zasad współżycia społecznego.

Sprzeczność umowy z zasadami współżycia społecznego podlega ocenie przez sąd. Uznanie umowy za zawartą z przekroczeniem granic swobody z powodu naruszenia zasad współżycia społecznego, polegającego na nieprawidłowym (niesprawiedliwym) ukształtowaniu praw i obowiązków stron jest uzasadnione tylko w wypadkach wyjątkowej, szczególnej intensywności naruszenia oraz związanego z tym pokrzywdzenia jednej ze stron (tak: wyrok Sądu Najwyższego z dnia 19.11.2015 r. sygn. akt: IV CSK 804/14). W rozpoznawanym przypadku prawdopodobieństwo wystąpienia takiej sytuacji jest znikome. Odwołujący co prawda podał przykład wykonywanej na rzecz zamawiającego usługi na drodze Nowe Marzy - Dworzysko, gdzie wystąpiła konieczność zmiany wynagrodzenia konsultanta powyżej granicy 150%, niemniej jednak - z uwagi na ilość umów realizowanych przez zamawiającego, będącego jednym z największych zamawiających w Polsce - przykład ten nie jest reprezentatywny. Ponadto odwołujący nie wskazał, jak duże było owo przekroczenie, co nie pozwala go zweryfikować pod względem wyjątkowej intensywności naruszenia praw jednej ze stron.

Izba przeanalizowała złożone przez zamawiającego zestawienie zaawansowania finansowego na zarządzenie i nadzór nad robotami w latach 2014-16 i ustaliła, że wynika z niego, że w jednym przypadku (umowa dot. DK73 Dąbrowa Tarnowska) doszło do przekroczenia limitu 150%, przy czym wyniknęło to z faktu zerwania umowy z pierwszym wykonawcą robót i zawarcie umowy z innym na kontynuację robót. Tym samym ustalenie takiego limitu nie stanowi o naruszeniu równowagi stron przyszłej umowy, ale o zwykłym ryzyku kontraktowym, które wykonawca powinien uwzględnić w cenie ofertowej.

Z uwagi na powyższe orzeczono jak na wstępie.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 575 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania oraz na podstawie § 8 ust. 2 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 od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437).

Przewodniczący: .....