Sygn. akt: KIO 414/22

WYROK

z dnia 7 marca 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Beata Konik

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie 2 marca 2022 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 21 lutego 2022 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 14 lutego 2022 roku przez Agrobex spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Poznaniu w postępowaniu prowadzonym przez Gminę Komorniki,

orzeka:

1. Umarza postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutów, które zostały przez Odwołującego wycofane.

2. Uwzględnia odwołanie co do zarzutu wskazanego w pkt 1 petitum odwołania w zakresie w jakim zarzut odnosi się do wyposażenia teletechnicznego i centrali wentylacyjnych NW1, NW2, NW3, NW4 i nakazuje Zamawiającemu uzupełnienie opisu równoważności zawartego w załączniku nr 12 do SWZ dla pozycji: wyposażenie teletechniczne i centrale wentylacyjne NW1, NW2, NW3, NW4 przez wskazanie kryteriów równoważności. W zakresie w jakim zarzut odnosi się do pozostałych pozycji wskazanych w załączniku nr 1 do odwołania umarza postępowanie jako zbędne, wobec zmiany treści załącznika nr 12 do SWZ wprowadzonej modyfikacją z 24 lutego 2022 r.

3. W pozostałym zakresie oddala odwołanie.

4. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża Zamawiającego w % i Odwołującego w % i:

4.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania, po 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych, zero groszy), stanowiącą koszt poniesiony przez Zamawiającego oraz przez Odwołującego z tytułu zastępstwa przed Izbą oraz kwotę 526 zł 55 gr (pięćset dwadzieścia sześć złotych, pięćdziesiąt pięć groszy) stanowiącą koszt poniesiony przez Zamawiającego z tytułu dojazdu.

4.2. zasądza od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę 305 zł 00 gr (słownie: trzysta pięć złotych, zero groszy), stanowiącą zwrot kosztów poniesionych przez Odwołującego z tytułu wpisu od odwołania i zastępstwa przed Izbą.

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

Przewodniczący: .....

Sygn. akt: KIO 414/22

UZASADNIENIE

Gmina Komorniki, (dalej: „Zamawiający") prowadzi w trybie podstawowym postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na wykonanie robót budowlanych pn.: „Budowa sali gimnastycznej przy szkole podstawowej w Chomęcicach", numer sprawy: ZP.271.3.2022.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych z 8 lutego 2022 roku pod numerem 2022/BZP 00050423/01.

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

W postępowaniu tym wykonawca Agrobex spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Poznaniu (dalej: „Odwołujący") 14 lutego 2022 roku złożył odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wobec:

1) niezgodnej z przepisami ustawy Pzp czynności Zamawiającego polegającej na niezgodnym z przepisami ustawy Pzp sformułowaniu Specyfikacji Warunków Zamówienia (dalej: „SWZ"), przez opisanie przedmiotu zamówienia przez wskazanie znaków towarowych, patentów lub pochodzenia bez jednoczesnego wskazania kryteriów stosowanych w celu oceny równoważności lub przy takim opisie kryteriów stosowanych w celu oceny równoważności, który wyklucza możliwość zaproponowania przez wykonawcę jakiegokolwiek innego produktu niż ten, który Zamawiający wskazał w opisie przedmiotu zamówienia,

2) niezgodnej z przepisami ustawy Pzp czynności Zamawiającego, polegającej na sformułowaniu projektowanych postanowień umownych w sposób nieprzejrzysty, niejednoznaczny, naruszający zasady współżycia społecznego, niezapewniający równości stron, sprzeczny z przepisami ustawy Pzp oraz kodeksu cywilnego.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1) art. 99 ust. 6 ustawy Pzp, co nastąpiło w ten sposób, że Zamawiający opisał przedmiot zamówienia przez wskazanie znaków towarowych, patentów lub pochodzenia bez jednoczesnego wskazania kryteriów stosowanych w celu oceny równoważności lub przy takim opisie kryteriów stosowanych w celu oceny równoważności, który wyklucza możliwość zaproponowania przez wykonawcę jakiegokolwiek innego produktu niż ten, który Zamawiający wskazał w opisie

przedmiotu zamówienia - szczegółowa lista zarzutów Odwołującego w tym zakresie zawarta została - z uwagi na ich ilość - w załączniku nr 1 do niniejszego Odwołania, stanowiącym jego integralną część,

2) art. 16 pkt 1) do 3) ustawy Pzp oraz art. 8 ust. 1 ustawy Pzp w związku z art. 353^1

k.c., w związku z art. 647 k.c., w związku z art. 471 k.c., w związku z art. 472 k.c. i w związku z art. 480 § 1 k.c., a nadto art. 439 ust. 1 ustawy Pzp, co nastąpiło w ten sposób, że:

a) w § 3 ust. 3 projektowanych postanowień umowy Zamawiający uzależnił zastosowanie przez Wykonawcę materiałów zamiennych (a zatem także równoważnych) od pisemnej zgody Zamawiającego - w ten sposób postanowienia SWZ opisujące kryteria stosowane w celu oceny równoważności stają się iluzoryczne, gdyż możliwość ich zastosowania uzależniona zostaje dodatkowo od pisemnej zgody Zamawiającego, które nie wymaga jakiegokolwiek uzasadnienia; innymi słowy Zamawiający może odrzucić zaproponowany przez Wykonawcę produkt spełniający wszelkie przesłanki jego równoważności w ten sposób, że po prostu nie wyrazi zgody na jego zastosowanie,

b) w § 4 ust. 5 projektowanych postanowień umowy Zamawiający wskazał, że ryzyka związane ze szkodami na terenie budowy obciążają wykonawcę do czasu podpisania przez Strony „bez zastrzeżeń" protokołu odbioru technicznego - podczas, gdy :

• projektowana umowa w ogóle nie przewiduje przeprowadzania odbiorów technicznych, które miałyby być czynnością odrębną od odbiorów robót, ani też projektowana umowa nie definiuje pojęcia odbiorów technicznych,

• zgodnie z ugruntowanym orzecznictwem sądów wydawanym na tle przepisu art. 647 k.c., Zamawiający uprawniony jest do dokonania odmowy odbioru robót wyłącznie w przypadku, gdy roboty dotknięte są wadami istotnymi, nie zaś w przypadku, gdy w protokole odbioru wpisane zostały jakiekolwiek zastrzeżenia,

c) w § 4 ust. 6 projektowanych postanowień umowy Zamawiający wskazał, że za datę wykonania przedmiotu umowy uznaje się dzień podpisania przez Strony „bez zastrzeżeń" protokołu odbioru końcowego robót - podczas gdy zgodnie z ugruntowanym orzecznictwem sądów wydawanym na tle przepisu art. 647 k.c., Zamawiający uprawniony jest do dokonania odmowy odbioru robót wyłącznie w przypadku, gdy roboty dotknięte są wadami istotnymi, nie zaś w przypadku, gdy w protokole odbioru wpisane zostały jakiekolwiek zastrzeżenia,

d) w § 8 ust. 2 projektowanych postanowień umowy Zamawiający zawarł postanowienie które może być rozumiane w ten sposób, że wykonawca ponosi odpowiedzialność za niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania niezależnie od tego, czy spowodowane to zostało okolicznościami przez wykonawcę zawinionymi czy też niezawinionymi; Innymi słowy wskazane postanowienie bezpodstawnie rozszerza odpowiedzialność wykonawcy przewidzianą w art. 471 k.c. i 472 k.c., co traktować należy jako sprzeczne z zasadami współżycia społecznego wykorzystanie przez Zamawiającego uprzywilejowanej pozycji organizatora przetargu i twórcy projektowanych postanowień umowy,

e) w § 16 ust. 2 pkt 2) projektowanych postanowień umowy Zamawiający przyznał sobie uprawnienie do odstąpienia od umowy w przypadku, gdy wykonawca przerwał realizację robót na czas dłuższy niż trzydzieści dni „bez zgody Zamawiającego" podczas, gdy uprawnienie Zamawiającego do odstąpienia od umowy powinno być związane z przerwaniem przez wykonawcę prowadzenia robót z powodu okoliczności zawinionych przez Wykonawcę - przerwa w realizacji robót może być spowodowana okolicznościami nie zawinionymi przez Wykonawcę, a mimo to Zamawiający może nie wyrazić zgody na przerwę w realizacji robót i w ten sposób uprawniony będzie do odstąpienia od umowy,

f) w § 16 ust. 3 projektowanych postanowień umowy Zamawiający przyznał sobie

uprawnienie do powierzenia wykonania umowy osobie trzeciej „na koszt i ryzyko"

wykonawcy w każdym przypadku, gdy wykonawca realizuje przedmiot zamówienia w sposób sprzeczny z umową, podczas, gdy przepis art. 480 k.c. przyznaje takie uprawnienie wierzycielowi wyłącznie w przypadku zwłoki w wykonaniu zobowiązania (nie zaś w każdym przypadku wykonywania zobowiązania niezgodnie z umową), a nadto przepis art. 480 k.c. upoważnia wierzyciela do wykonania czynności na koszt dłużnika, ale już nie na jego ryzyko; nie ma żadnego powodu, dla którego wykonawca miałby ponosić ryzyko nienależytego wykonania robót przez podmiot trzeci; tak ukształtowany model wykonawstwa zastępczego jest niezgodny z zasadami współżycia społecznego,

g) w § 16 ust. 6 projektowanych postanowień umowy Zamawiający nałożył na wykonawcę obowiązek zabezpieczenia placu budowy w przypadku odstąpienia od umowy przez którąkolwiek ze Stron, nie regulując przy tym kwestii tego, kto ponosi

koszty zabezpieczenia robót - wykonawca może odstąpić od umowy z przyczyn zawinionych przez Zamawiającego, i wówczas to Zamawiający winien ponosić koszty zabezpieczenia robót,

h) w § 17 ust. 16 lit. b) Zamawiający przewidział dokonanie waloryzacji wynagrodzenia dopiero wówczas, gdy wartość zmiany cen materiałów przekroczy 12% - tak wysoki wskaźnik wzrostu cen oznacza, że waloryzacja wynagrodzenia staje się czysto iluzoryczna, co jest sprzeczne z zasadami współżycia społecznego; zdaniem Odwołującego wskaźnik wzrostu cen materiałów uzasadniający zastosowanie waloryzacji winien wynosić 3%. Nadto Zamawiający wzmocnił iluzoryczność

waloryzacji wymogiem, aby wzrost cen materiałów utrzymywał się przez dalsze dwa miesiące po przekroczeniu zakładanego wskaźnika wzrostu cen, co oznacza, że może zabraknąć czasu na dokonanie waloryzacji lub na dokonanie powtórnej waloryzacji, mimo, iż projektowana umowa zakłada możliwość dwukrotnej waloryzacji

wynagrodzenia.

W związku z powyższymi zarzutami, Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu zmianę treści SWZ oraz załącznika nr 4 do SWZ wzór umowy

przez:

1) odnośnie zarzutu sformułowanego w pkt 1: dokonanie zmian w załączniku do SWZ

zatytułowanym „Kryteria równoważności" zgodnie z wykazem proponowanych zmian załączonym do niniejszego odwołania (załącznik nr 1),

2) odnośnie zarzutu sformułowanego w pkt 2 lit. a): dokonanie zmiany § 3 ust. 3 projektowanych postanowień umowy w ten sposób, iż otrzyma on następujące nowe

brzmienie : „3. Strony dopuszczają możliwość zastosowania materiałów zamiennych w stosunku do przyjętych w projekcie technicznym, spełniających wymogi obowiązujących norm.",

3) odnośnie zarzutu sformułowanego w pkt 2 lit. b): dokonanie zmiany § 4 ust. 5 projektowanych postanowień umowy w ten sposób, iż otrzyma on następujące nowe

brzmienie: „5. Z chwilą protokolarnego przejęcia terenu budowy na Wykonawcę przechodzą wszelkie ryzyka związane ze szkodami na tym terenie do czasu podpisania przez Strony protokołu odbioru końcowego robót.",

4) odnośnie zarzutu sformułowanego w pkt 2 lit. c): dokonanie zmiany § 4 ust. 6 projektowanych postanowień umowy w ten sposób, iż otrzyma on następujące nowe

brzmienie: „6. Za datę wykonania przedmiotu Umowy uznaje się dzień podpisania

przez Strony protokołu odbioru końcowego robót.",

5) odnośnie zarzutu sformułowanego w pkt 2 lit. d): skreślenie w całości § 8 ust. 2 projektowanych postanowień umowy,

6) odnośnie zarzutu sformułowanego w pkt 2 lit. e): dokonanie zmiany § 16 ust. 2 pkt 2) projektowanych postanowień umowy w ten sposób, iż otrzyma on następujące nowe

brzmienie: „2) Wykonawca przerwał realizację robót bez uzasadnionej przyczyny i przerwa trwa dłużej niż jeden miesiąc;",

7) odnośnie zarzutu sformułowanego w pkt 2 lit. f): dokonanie zmiany § 16 ust. 3 projektowanych postanowień umowy w ten sposób, iż otrzyma on następujące nowe

brzmienie: „3. Zamawiający uprawniony jest do odstąpienia od umowy jeżeli Wykonawca pozostaje w zwłoce przekraczającej 30 (trzydzieści) dni co do terminów wynikających z harmonogramu robót lub realizuje Przedmiot Zamówienia w sposób sprzeczny z umową, a Zamawiający uprzednio bezskutecznie wezwał Wykonawcę do usunięcia takiego naruszenia lub bezskutecznie wezwał Wykonawcę do zmiany sposobu realizacji Umowy, wyznaczając odpowiedni termin.",

8) odnośnie zarzutu sformułowanego w pkt 2 lit. g): dokonanie zmiany § 16 ust. 6 projektowanych postanowień umowy w ten sposób, iż po jego dotychczasowej treści dodane zostanie zdanie drugie w brzmieniu: „Koszty zabezpieczenia placu budowy

poniesie Strona ponosząca odpowiedzialność za okoliczności, które stanowiły podstawę odstąpienia od umowy.”,

9) odnośnie zarzutu sformułowanego w pkt 2 lit. h): dokonanie zmiany § 17 ust. 16 lit b) projektowanych postanowień umowy w ten sposób, iż otrzyma on następujące nowe brzmienie: „b) wynagrodzenie będzie podlegało waloryzacji po upływie minimum 180 dni od dnia upływu terminu składania ofert w postępowaniu, które doprowadziło do zawarcia niniejszej umowy, gdy wartość zmiany cen ww. materiałów przekroczy w tym okresie 3% w stosunku do stawek przyjętych przez Wykonawcę w kosztorysie, stanowiącym załącznik nr 2 do umowy,”.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący wskazał, co następuje.

W pierwszej kolejności Odwołujący wskazał, że ma interes we wniesieniu niniejszego odwołania. Odwołujący wyjaśnił, że posiada potencjał, wiedzę i doświadczenie umożliwiające złożenie najkorzystniejszej oferty, a następnie niezakłóconą realizację zamówienia. Przedmiotem zamówienia jest budowa sali gimnastycznej przy szkole podstawowej, zaś Odwołujący wybudował w ostatnim czasie dwie sale gimnastyczne przy dwóch różnych szkołach podstawowych. Uzyskanie i realizacja przedmiotowego zamówienia umożliwi Odwołującemu realizację zysku. Odwołujące stale uczestniczy w przetargach publicznych i czerpie zyski z realizacji robót objętych zamówieniami. Innymi słowy Odwołujący ma realną szansę na uzyskanie przedmiotowego zamówienia, która jednak może zostać zaprzepaszczona na skutek niezgodnych z przepisami PZP i kodeksu cywilnego postanowień SWZ i projektowanych postanowień umowy. W ten sposób Odwołujący może ponieść szkodę na skutek naruszenia przez Zamawiającego wskazanych przepisów PZP oraz kodeksu cywilnego.

Odwołujący wskazał, że Zamawiający opisał przedmiot zamówienia przez wskazanie znaków towarowych, patentów lub pochodzenia bez jednoczesnego wskazania kryteriów stosowanych w celu oceny równoważności lub przy takim opisie kryteriów stosowanych w celu oceny równoważności, który wyklucza możliwość zaproponowania przez wykonawcę jakiegokolwiek innego produktu niż ten, który Zamawiający wskazał w opisie przedmiotu zamówienia. Szczegółową listę zarzutów w tym zakresie Odwołujący sprecyzował w załączniku nr 1 do niniejszego Odwołania. Zdaniem Odwołującego w ten sposób

Zamawiający naruszył przepis art. 99 ust. 6 ustawy Ppz, zgodnie z którym, jeżeli przedmiot zamówienia został opisany przez wskazanie znaków towarowych, patentów lub pochodzenia, zamawiający zobowiązany jest wskazać w opisie przedmiotu zamówienia kryteria stosowane w celu oceny równoważności. Zdaniem Odwołującego w tym postepowaniu Zamawiający uchybił temu obowiązkowi. W szczególności Zamawiający tak opisał niektóre z kryteriów stosowanych w celu oceny równoważności, iż nie dopuszcza on żadnych, nawet najmniejszych odstępstw od wskazanych przez siebie parametrów. Oznacza to, w ocenie Odwołującego, że mimo formalnego opisu kryterium równoważności, nie jest w istocie możliwe zaproponowanie jakiegokolwiek innego produktu, spełniającego podobne (lecz nie identyczne) cechy. W ten sposób przedmiot zamówienia opisany został w sposób utrudniający uczciwą konkurencję.

Nadto Odwołujący wskazał, że szereg postanowień projektu umowy Zamawiający sformułował w sposób, który powoduje, że tak ukształtowany stosunek prawny sprzeczny będzie z zasadami współżycia społecznego oraz z przepisami prawa. Przede wszystkim stosowanie materiałów zamiennych Zamawiający uzależnił od swojej zgody. Jednak Zamawiający nie zdefiniował pojęcia materiałów zamiennych, co oznacza, że pod tym pojęciem może on rozumieć także produkty równoważne. Zatem nawet, jeśli Odwołujący zaproponowałby zastosowanie materiałów i rozwiązań równoważnych, zgodnych ze (już przecież i tak nieprawidłowym) opisem cech przyjmowanych w celu oceny równoważności, to i tak Odwołujący nie ma pewności, czy Zamawiający wyrazi zgodę na zastosowanie przez Odwołującego takiego materiału równoważnego. Taki stan rzeczy stwarza wysoki stopień niepewności, zwłaszcza co do kosztów wykonania robót.

Odwołujący podniósł, że Zamawiający utożsamił wykonanie przedmiotu umowy z podpisaniem przez niego protokołu końcowego odbioru robót bez jakichkolwiek zastrzeżeń. Oznacza to, że wpisanie do protokołu nawet drobnych zastrzeżeń powodować będzie, iż nie będzie można przyjąć, że wykonawca zrealizował przedmiot umowy. Zgodnie z przepisem art. 647 k.c. obowiązkiem inwestora jest odebranie robót. Zgodnie z wyrokiem Sądu Najwyższego z dnia 12 marca 2021 roku, V CSKP 14/21 „Inwestor jest uprawniony do odmowy odbioru obiektu tylko wówczas, gdy jest on dotknięty wadą istotną, tj. taką, która czyni go niezdatnym do umówionego użytku zgodnie z przeznaczeniem lub prowadzi do wykonania robót w sposób wyraźnie sprzeciwiający się umowie. Jeżeli natomiast wady nie są istotne w powyższym znaczeniu, to inwestor nie może odmówić jego odbioru ...”.

Odwołujący wskazał, że z treści wskazanego wyroku Sądu Najwyższego wyraźnie wynika, że Zamawiający, utożsamiając wykonanie przedmiotu umowy z podpisaniem protokołu odbioru robót bez zastrzeżeń, naruszył przepis art. 647 k.c. Z tych samych powodów przyjąć należy, że Zamawiający naruszył przepis art. 647 k.c. w postanowieniu projektowanej umowy, zgodnie z którym wykonawca ma ponosić odpowiedzialność za szkody zaistniałe na terenie budowy aż do momentu podpisania protokołu przeglądu technicznego bez zastrzeżeń. Zresztą w tym przypadku postanowienie § 4 ust. 5 projektowanej umowy jest niespójne z pozostałymi postanowieniami umowy, gdyż przepis ten mówi o protokole odbioru technicznego podczas, gdy w pozostałych postanowieniach umowy mowa jest o protokołach odbioru częściowych i końcowym.

Zdaniem Odwołującego Zamawiający narusza również dobre obyczaje i zasady współżycia społecznego, gdy formułuje postanowienia projektowanej umowy w taki sposób, iż mogą one być rozumiane jako rozszerzenie odpowiedzialności wykonawcy za okoliczności, za zaistnienie których wykonawca nie ponosi winy. Ta uwaga dotyczy § 8 ust. 2 projektowanej umowy, zgodnie z którym wykonawca ma ponosić wyłączną odpowiedzialność za wszelkie szkody będące następstwem niewykonania lub nienależytego wykonania przedmiotu Umowy, które to szkody Wykonawca zobowiązuje się pokryć w pełnej wysokości. Wskazane postanowienie jest nieprecyzyjne. Może ono być rozumiane jako konstytuujące odpowiedzialność wykonawcy na zasadzie ryzyka. Ponadto, jeżeli intencją Zamawiającego nie było rozszerzanie odpowiedzialności wykonawcy, to wskazane postanowienie jest zbędne, gdyż przepisy art. 471 k.c., 472 k.c. i następne w sposób dostatecznie jasny precyzują zasady odpowiedzialności w przypadku niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania. Nieudolne powielanie tych przepisów może wprowadzać wyłącznie wątpliwości co do intencji stron umowy. W ten sposób Zamawiający naruszył przepis art. 8 ust. 1 ustawy Pzp w związku z art. 353^1 k.c. Nadto Zamawiający naruszył w ten sposób przepis art. 16 pkt 2) ustawy Pzp nakazujący mu przeprowadzenie postępowania w sposób przejrzysty.

Odwołujący podniósł również, że w § 16 ust. 2 pkt 2) projektowanych postanowień umowy Zamawiający przyznał sobie uprawnienie do odstąpienia od umowy w przypadku, gdy wykonawca przerwał realizację robót na czas dłuższy niż trzydzieści dni „bez zgody Zamawiającego". Zdaniem Odwołującego uprawnienie Zamawiającego do odstąpienia od umowy powinno być związane z przerwaniem przez wykonawcę prowadzenia robót z powodu okoliczności zawinionych przez wykonawcę. Przecież może się zdarzyć, że wykonawca przerwie roboty z powodu niezawinionych przez siebie okoliczności. Nie jest ani słuszne ani zasadne, aby w takim przypadku Zamawiający uprawniony był do odstąpienia od umowy tylko z tego względu, że nie wyraził zgody na zaistnienie tych (niezawinionych przez wykonawcę) okoliczności. Wskazane postanowienie proponowanej umowy także narusza zasady współżycia społecznego, a zatem narusza art. 8 ust. 1 ustawy Pzp w związku z art. 353^1 k.c.

Te same przepisy zostały zdaniem Odwołującego naruszone w przypadku § 16 ust. 3 projektowanych postanowień umowy, gdzie Zamawiający przyznał sobie uprawnienie do powierzenia wykonania umowy osobie trzeciej „na koszt i ryzyko" wykonawcy w każdym przypadku, gdy wykonawca realizuje przedmiot zamówienia w sposób sprzeczny z umową. Zgodnie z przepisem art. 480 § 1 k.c. w razie zwłoki dłużnika w wykonaniu zobowiązania czynienia, wierzyciel może, zachowując roszczenie o naprawienie szkody, żądać upoważnienia przez sąd do wykonania czynności na koszt dłużnika. Jak z powyższego wynika, omawiany przepis upoważnia wierzyciela do powierzenia wykonania zastępczego tylko w przypadku zwłoki dłużnika nie zaś w każdym przypadku wykonywania zamówienia w sposób sprzeczny z umową, gdyż pod tym pojęciem mieszczą się wszelkie, nawet najdrobniejsze uchybienia wykonawcy. Nadto zgodnie z rozwiązaniem kodeksowym wykonawstwo zastępcze polega na wykonaniu czynności na koszt dłużnika, ale już nie na jego ryzyko. Zdaniem Odwołującego, rozwiązanie przewidziane w art. 480 k.c. w sposób dostateczny zabezpiecza interesy Zamawiającego. Sprzeczne z zasadami współżycia społecznego jest takie kształtowanie stosunku zobowiązaniowego, w którym wykonawcę ma obciążać ryzyko nienależytego wykonania zobowiązania przez wykonawcę zastępczego. Nadto sprzeczne z zasadami współżycia społecznego jest rozwiązanie, w ramach którego Zamawiający może zastosować instytucję wykonawstwa zastępczego w przypadku, gdy wykonawca dopuszcza się nawet tylko drobnych uchybień.

Odwołujący wskazał, że w § 16 ust. 6 projektowanych postanowień umowy Zamawiający nałożył na wykonawcę obowiązek zabezpieczenia placu budowy w przypadku odstąpienia od umowy przez którąkolwiek ze Stron, nie regulując przy tym kwestii tego, kto ponosi koszty zabezpieczenia robót. Należy sądzić, że skoro taki obowiązek nałożony został na wykonawcę, to musi on także ponieść koszty zabezpieczenia robót. Tymczasem nie jest to rozwiązanie uczciwe. Może się bowiem zdarzyć, że odstąpienie od umowy nastąpi z powodu okoliczności, które dotyczą Zamawiającego. W takim przypadku to Zamawiający powinien ponieść koszty zabezpieczenia robót. Wskazane rozwiązanie narusza zasady

współżycia społecznego, a zatem także art. 8 ust. 1 ustawy Pzp w związku z art. 353^1 k.c.

W § 17 ust. 16 lit. b) Zamawiający przewidział dokonanie waloryzacji wynagrodzenia dopiero wówczas, gdy wartość zmiany cen materiałów przekroczy 12%. Tak wysoki wskaźnik wzrostu cen oznacza, że waloryzacja wynagrodzenia staje się czysto iluzoryczna. Może się bowiem okazać, że nawet przy obecnie wysokiej inflacji, taki wskaźnik nie zostanie osiągnięty. Zdaniem Odwołującego wskaźnik wzrostu cen nie powinien być wyższy niż 3%. Iluzoryczność waloryzacji wzmaga dodatkowe postanowienie o tym, że wzrost cen ma się utrzymywać jeszcze przez dalsze dwa miesiące. Może się okazać, że nawet po przekroczeniu zakładanego wzrostu cen, zabraknie po prostu czasu na dokonanie waloryzacji, a z pewnością zabraknie czasu na dokonanie ponownej waloryzacji, mimo, iż umowa przewiduje możliwość dwukrotnego waloryzowania wynagrodzenia. Także i to postanowienie proponowanej umowy uznać należy za sprzeczne z zasadami współżycia społecznego (art. 8 ust. 1 ustawy Pzp w związku z art. 353^1 k.c.), ale także za sprzeczne z art. 439 ust. 1 ustawy Pzp, z tego powodu, iż mimo, że formalnie wprowadzona do umowy, to jednak klauzula waloryzacyjna ma taką treść, iż w zasadzie nie będzie ona miała zastosowania. Zaproponowane postanowienie stanowi w istocie obejście przepisu art. 439 ust. 1 ustawy Pzp.

W odpowiedzi na odwołanie wniesionej pismem z 25 lutego 2022 r. Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania.

Zamawiający wskazał, że zmienił treść:

1) Załącznika 12 do SWZ (ad zarzutu w pkt 1 petitum odwołania),

2)	§4 ust. 5 odwołania),	projektowanych	postanowień	umowy	(ad	zarzutu	w	pkt	2b	petitum
3)	§4 ust. 6 odwołania),	projektowanych	postanowień	umowy	(ad	zarzutu	w	pkt	2c	petitum
4)	§8 ust. 2	projektowanych	postanowień	umowy	(ad	zarzutu	w	pkt	2d	petitum

odwołania),

5) §17 ust. 16 pkt b projektowanych postanowień umowy (ad zarzutu w pkt 2h petitum odwołania),

co zdaniem Zamawiającego spowodowało, że substrat zaskarżenia został wyczerpany.

Ponadto w zakresie zarzutów wskazanych w pkt 2a, 2f, 2g Zamawiający wskazał, że odwołanie zasługuje na oddalenie. W zakresie zarzutu wskazanego w pkt 2e Zamawiający poinformował, ze wprowadził zmianę postanowienia §16 ust. 2 pkt 2 projektowanych postanowień umowy zgodnie z żądaniem Odwołującego.

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

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

Do przedmiotowego postępowania odwoławczego żaden wykonawca nie zgłosił przystąpienia w charakterze uczestnika postępowania.

Podczas posiedzenia z udziałem Stron, Odwołujący oświadczył, że cofa następujące zarzuty sformułowane w petitum odwołania: pkt 2 lit. b, 2 lit. c, 2 lit. d, 2 lit. e, 2 lit. h. W związku z powyższym, Izba działając na podstawie art. 568 pkt 1) ustawy Pzp, umorzyła postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutów wycofanych. W zakresie w jakim zarzut wskazany w pkt 1 petitum odwołania odnosi się do pozostałych pozycji wskazanych w

załączniku nr 1 do odwołania Izba postanowiła umorzyć postępowanie jako zbędne. Zmiana treści załącznika nr 12 do SWZ wprowadzonej modyfikacją z 24 lutego 2022 r. spowodowała w ocenie składu orzekającego wyczerpanie substratu zaskarżenia. Do rozpoznania na rozprawę zostały skierowane zarzuty wskazane w pkt 1 w zakresie w jakim zarzut dotyczył wyposażenia teletechnicznego i centrali wentylacyjnych, pkt 2 lit. a), pkt 2 lit. f) oraz w pkt 2 lit. g) petitum odwołania.

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

Izba ustaliła następujące okoliczności faktyczne jako istotne dla rozstrzygnięcia sprawy.

W pierwszej kolejności wskazać należy, że zgodnie z treścią art. 552 ust. 1 ustawy Pzp, Izba bierze pod uwagę stan rzeczy ustalony w toku postępowania odwoławczego. Powyższe oznacza, że w sytuacji wprowadzenia zmian w treści SWZ, Izba jest zobowiązana orzekając brać pod uwagę treść SWZ w brzmieniu wynikającym z wprowadzonych

modyfikacji.

Na podstawie akt sprawy Izba ustaliła, że załącznik nr 8 do SWZ zawierający projektowane postanowienia umowy został zmodyfikowany dwukrotnie, tj. 17 i 24 lutego 2022 r. Natomiast załącznik 12 do SWZ zawierający parametry równoważności został zmodyfikowany 24 lutego 2022 r.

W związku z powyższym, postanowienia załącznika nr 8 do SWZ objęte zakresem zaskarżenia mają następujące brzmienie:

§3 ust. 3

„Strony dopuszczają możliwość zastosowania materiałów zamiennych w stosunku do przyjętych w projekcie technicznym, spełniających wymogi obowiązujących norm - za pisemną zgodą Zamawiającego.”

§16 ust. 3

„Jeżeli Wykonawca pozostaje w zwłoce przekraczającej 30 (trzydzieści) dni co do terminów wynikających z harmonogramu robót lub realizuje Przedmiot Zamówienia, w sposób sprzeczny z Umową, a Zamawiający uprzednio wezwał Wykonawcę do usunięcia takiego naruszenia i jego skutków lub wezwał Wykonawcę do zmiany sposobu realizacji Umowy, wyznaczając odpowiedni termin; niezależnie od uprawnienia do odstąpienia od Umowy w takiej sytuacji po wezwaniu i bezskutecznym upływie terminu na usunięcie naruszenia, Zamawiający może według własnego uznania nie odstępować od umowy, a powierzyć zakończenie lub wykonanie części umowy osobie trzeciej na koszt i ryzyko Wykonawcy w ramach wykonawstwa zastępczego.”
§16 ust. 6

„Z chwilą odstąpienia od umowy przez którąkolwiek ze stron Wykonawca ma obowiązek zabezpieczyć plac budowy do momentu odbioru przez Zamawiającego, zaś Strony sporządzają inwentaryzację prac wykonanych do dnia odstąpienia od umowy.”

Izba ustaliła ponadto, że modyfikacja załącznika nr 12 do SWZ z 24 lutego 2022 r. w zakresie objętym zarzutem zawartym w pkt 1 petitum odwołania podjegającym rozpoznaniu polegała na tym, że Zamawiający dodał dwie pozycje, tj. „Wyposażenie teletechniczne”, gdzie opisał równoważność następująco: „Podane wyposażenie jest przykładowe i stanowi materiał pomocniczy, częściowo nawiązuje do wyposażenia w części istniejącej (serwerowni) aby było ono kompatybline. Do wyceny należy posługiwać się opisem technicznym i częścią rysunkową opracowania TT.” oraz „Centrale wentylacyjne NW1, NW2, NW3, NW4” z następującym opisem równoważności: „Do wyceny należy posługiwać się opisem

technicznym i częścią rysunkową opracowania instalacji wentylacji i zachowaniem

minimalnych parametrów central wentylacyjnych nawiewno-wywiewnych - brak doboru

urządzeń.”

Ponadto Izba ustaliła, że zgodnie z treścią Rozdziału II. „OPIS PRZEDMIOTU ZAMÓWIENIA”, pkt 23 „Rozwiązania równoważne”:

„W przypadku użytych w dokumentacji przetargowej nazw materiałów należy je rozumieć jako przykładowe - o parametrach pożądanych przez Zamawiającego. Oznacza to, że Zamawiający dopuszcza w każdym wypadku użycie materiału równoważnego pod względem głównych (istotnych) parametrów technicznych i użytkowych, przy zachowaniu, co najmniej takiego samego poziomu jakości, trwałości, funkcjonalności oraz kompatybilności z pozostałymi materiałami użytymi (wbudowanymi) przy realizacji zamówienia. Dopuszczalne są jedynie takie zmiany materiałów, które mieszczą się w ramach zawartych rozwiązań konstrukcyjnych, technologicznych i technicznych. W takiej sytuacji Zamawiający wymaga złożenia stosownych dokumentów potwierdzających parametry materiałów i urządzeń. W przypadku zamiaru zastosowania jakichkolwiek rozwiązań lub materiałów równoważnych Wykonawca ma obowiązek opisać je szczegółowo w ofercie oraz wykazać ich równoważność. Opis rozwiązań i materiałów równoważnych wymaganych przez Zamawiającego znajduje się w załączniku nr 12 do SWZ. W takim wypadku Wykonawca załącza do oferty wykaz rozwiązań równoważnych wraz z jego opisem lub normami.”

Jak wynika natomiast z Rozdziału VI. „PRZEDMIOTOWE ŚRODKI DOWODOWE”:

„Zamawiający wymaga złożenia następujących przedmiotowych środków dowodowych:

Wykaz rozwiązań równoważnych (jeżeli dotyczy) - Wykonawca, który powołuje się na rozwiązania równoważne, jest zobowiązany wykazać, że oferowane przez niego rozwiązanie spełnia wymagania określone przez Zamawiającego. W takim przypadku Wykonawca załącza do oferty wykaz rozwiązań równoważnych z jego opisem lub normami. Zamawiający nie przewiduje jego uzupełnienia. Wykaz musi być złożony w formie elektronicznej

opatrzonej kwalifikowanym podpisem elektronicznym lub w postaci elektronicznej opatrzonej

podpisem zaufanym lub podpisem osobistym osoby upoważnionej do reprezentowania Wykonawców zgodnie z formą reprezentacji określoną w dokumencie rejestrowym właściwym dla formy organizacyjnej lub innym dokumencie.”

Izba zważyła co następuje.

Odwołanie okazało się zasadne w zakresie zarzutu wskazanego w pkt 1 petitum odwołania w zakresie w jakim zarzut ten odnosił się do pozycji „wyposażenie teletechniczne” i „centrale wentylacyjne NW1, NW2, NW3, NW4” zawartego w załączniku nr 12 do SWZ.

Zgodnie z treścią art. 99 ust. 5 ustawy Pzp przedmiot zamówienia można opisać przez wskazanie znaków towarowych, patentów lub pochodzenia, źródła lub szczególnego procesu, który charakteryzuje produkty lub usługi dostarczane przez konkretnego wykonawcę, jeżeli zamawiający nie może opisać przedmiotu zamówienia w sposób, a wskazaniu takiemu towarzyszą wyrazy „lub równoważny”. Jak wynika natomiast z treści art. 99 ust. 6 ustawy Pzp jeżeli przedmiot zamówienia został opisany w sposób, o którym mowa w ust. 5, zamawiający wskazuje w opisie przedmiotu zamówienia kryteria stosowane w celu oceny równoważności.

Jak wskazuje się w doktrynie: „Użycie znaku towarowego produktu jako wzorca nie oznacza przede wszystkim, że wzorcowy produkt jest jedynym możliwym do zaoferowania zamawiającemu. Wykonawca będzie mógł zaoferować produkt równoważny, kierując się opisem równoważności zamawiającego (art. 99 ust. 6 Pzp).” (vide: „Prawo zamówień publicznych. Komentarz.” pod redakcją Huberta Nowaka i Mateusza Winiarza, Urząd Zamówień Publicznych, Warszawa 2021 r.). Przepis art. 99 ust. 6 ustawy Pzp przesądza wprost obowiązek zamawiającego polegający na wskazaniu w opisie przedmiotu zamówienia kryteriów stosowanych w celu oceny równoważności. Zatem samo dopuszczenie równoważności nie jest wystarczające, konieczne jest również określenie parametrów lub zakresu tej równoważności. Podkreślić należy, że równoważność nie polega na zaoferowaniu przedmiotu zamówienia identycznego do produktu referencyjnego. Istota rozwiązania równoważnego sprowadza się do zaoferowania produktu spełniającego funkcjonalności określone przez Zamawiającego. Z powyższego wynika więc, że obowiązkiem zamawiającego jest określenie, które elementy materiałów wskazanych w opisie przedmiotu zamówienia i opisane w sposób wskazany w treści art. 99 ust. 5 ustawy

Pzp, uznaje za najistotniejsze. Jest to kluczowa informacja dla wykonawcy, który składając ofertę w warunkach tego postępowania ma obowiązek w jej treści wykazać, że oferowane przez niego rozwiązanie spełnia wymagania określone przez Zamawiającego (vide: Rozdział VI SWZ).

W ocenie Izby zawarty w załączniku nr 12 do SWZ opis równoważności wyposażenia teletechnicznego i centrali wentylacyjnych w brzmieniu po modyfikacji z 24 lutego 2022 r. jest nie tylko niewystarczający, lecz można także zaryzykować stwierdzenie, że opis ten w ogóle nie istnieje. Stąd też Izba uznała, że mimo wprowadzonej modyfikacji zarzut wskazany w treści odwołania zachował swoją aktualność i został rozpoznany. Zamawiający wskazał w zakresie „Wyposażenia teletechnicznego" równoważność następująco: „Podane wyposażenie jest przykładowe i stanowi materiał pomocniczy, częściowo nawiązuje do wyposażenia w części istniejącej (serwerowni) aby było ono kompatybline. Do wyceny należy posługiwać się opisem technicznym i częścią rysunkową opracowania TT." oraz „Centrale wentylacyjne NW1, NW2, NW3, NW4" z następującym opisem równoważności: „Do wyceny należy posługiwać się opisem technicznym i częścią rysunkową opracowania instalacji wentylacji i zachowaniem minimalnych parametrów central wentylacyjnych nawiewno-wywiewnych - brak doboru urządzeń." W ocenie Izby taki opis równoważności nie daje wykonawcy rzetelnej informacji i możliwości zaoferowania produktu równoważnego i stanowi tym samym naruszanie art. 99 ust. 6 ustawy Pzp. Odnosząc się do stanowiska Zamawiającego wskazać należy, że zawarte w treści Rozdziału II, pkt 23 SWZ postanowienie również nie stanowi o wypełnieniu dyspozycji omawianego przepisu ustawy. Postanowienie to odwołuje się do „głównych (istotnych) parametrów technicznych i użytkowych" jednak ich nie wymienia. Zdanie pierwsze, które stanowi: „W przypadku użytych w dokumentacji przetargowej nazw materiałów należy je rozumieć jako przykładowe - o parametrach pożądanych przez Zamawiającego.", jest w ocenie Izby postanowieniem, które de facto przeczy możliwości zaoferowania rozwiązań równoważnych. Nie stanowi również prawidłowego opisu równoważności odwołanie się do ogólnej możliwości zaoferowania „co najmniej takiego samego poziomu jakości, trwałości, funkcjonalności". Są to pojęcia ogólne, nieostre i mogące budzić wątpliwości interpretacyjne, podczas gdy rolą zamawiającego jest precyzyjne opisanie przedmiotu zamówienia, w tym dopuszczonych rozwiązań równoważnych.

Z tych względów zarzut podlegał uwzględnieniu w konsekwencji czego Izba nakazała Zamawiającemu uzupełnienie opisu równoważności zawartego w załączniku nr 12 do SWZ dla pozycji: wyposażenie teletechniczne i centrale wentylacyjne NW1, NW2, NW3, NW4 przez wskazanie kryteriów równoważności.

Zarzut wskazany w pkt 2 lit. a) petitum odwołania odnoszący się do treści §3 ust. 3 projektowanych postanowień umowy, podlegał oddaleniu z następujących powodów.

Jak wynika z uzasadnienia odwołania Odwołujący utożsamia pojęcie materiałów zamiennych, o których mowa w treści kwestionowanego postanowienia umowy, z pojęciem produktów równoważnych. W ocenie Izby utożsamianie tych pojęć nie znajduje oparcia w treści dokumentów zamówienia. Jak słusznie wskazał Zamawiający rozwiązania równoważne zostały uregulowane w treści SWZ, w Rozdziale II, pkt 23 oraz w załączniku 12 do SWZ, natomiast materiały zamienne zostały uregulowane w kwestionowanym rozpoznawanym zarzutem §3 ust. 3 oraz §17 ust. 11 projektowanych postanowień umowy. Rozwiązania równoważne oferowane są w treści oferty jeśli wykonawca decyduje się na ich zaoferowanie zamiast produktów referencyjnych, wskazanych w treści opisu przedmiotu zamówienia. Jak wynika z treści Rozdziału VI, wykonawca ma obowiązek opisać rozwiązania równoważne w treści oferty i już na tym etapie wykazać, że spełniają one opisane przez Zamawiającego kryteria równoważności.

Podczas rozprawy Odwołujący sformułował nowy wniosek co do rozstrzygnięcia, tj. wskazał na konieczność wprowadzenia do dokumentacji postępowania definicji pojęcia „materiałów zamiennych". Istotą zarzutu jest twierdzenie Odwołującego, zgodnie z którym Zamawiający nie zdefiniował pojęcia materiałów zamiennych, co oznacza że pod tym pojęciem może on rozumieć także produkty równoważne. Jednak w ocenie Izby takie zagrożenie nie istnieje wobec rozróżnienia tych pojęć w treści dokumentacji postępowania. Z tego powodu w ocenie Izby zarzut jest chybiony i jako taki podlegał oddaleniu.

Zarzut wskazany w pkt 2 lit. f) petitum odwołania podlegał oddaleniu z następujących powodów. Zarzut dotyczył §16 ust. 3 projektowanych postanowień umowy i sprowadzał się po pierwsze do twierdzenia, że przepis art. 480 kodeksu cywilnego daje takie uprawnienie wierzycielowi wyłącznie w przypadku zwłoki w wykonaniu zobowiązania, nie natomiast w każdym przypadku wykonania zobowiązania niezgodnie z umową oraz, po drugie przepis

ten upoważnia do wykonania zobowiązania na koszt dłużnika nie natomiast na jego ryzyko.

Podczas rozprawy Zamawiający wyjaśnił, że celem tego postanowienia umownego jest „Zwrot „na ryzyko" należy intepretować „na odpowiedzialność wykonawcy", który pierwotnie był zobowiązany do wykonania zamówienia. Wyjaśnia, że prace zlecone wykonawcy zastępczemu mogą dotyczyć części zamówienia i celem tego postanowienia jest to, aby wykonawca pierwotnie zobowiązany do realizacji zamówienia nie uchylał się od odpowiedzialności za ewentualne wady powołując się na to, że wykonawca zastępczy wykonał jakiś element. Chodzi o to, aby nie wyłączyć odpowiedzialności wykonawcy pierwotnie zobowiązanego do realizacji zamówienia za całą inwestycję tylko dlatego, że doszło do wykonania zastępczego." (vide: str. 5 protokołu posiedzenia i rozprawy z 2 marca 2022 r.). Ponadto Zamawiający zwrócił uwagę, ze ewentualne skorzystanie z wykonania zastępczego w przypadku realizacji przedmiotu zamówienia, w sposób sprzeczny z umową poprzedzone będzie skierowaniem wezwania do usunięcia takiego naruszenia i jego skutków lub wezwaniem wykonawcy do zmiany sposobu realizacji umowy przy jednoczesnym wyznaczeniu odpowiedniego terminu.

W ocenie Izby zarzut jest niezasadny. Zaskarżone postanowienie stanowi umowne uregulowanie kwestii wykonania zastępczego i przepis art. 480 kodeksu cywilnego jako regulacja ustawowa nie zgaduje w takiej sytuacji zastosowania. Odwołujący wskazywał również, że postanowienie to jest sprzeczne z zasadami współżycia społecznego jednak w tym zakresie, poza samym takim stwierdzeniem, nie wskazał żadnego uzasadnienia. Samo postanowienie w ocenie Izby w sposób jasny reguluje kwestię możliwości powierzenia zastępczego wykonania części zamówienia lub zakończenia umowy, podmiotowi trzeciemu. Sama natomiast okoliczność, że postanowienie to stanowi iż możliwe jest powierzenie wykonania zastępczego również w innych sytuacjach niż określone w art. 480 kodeksu cywilnego oraz że roboty mają być wykonane również „na ryzyko" wykonawcy nie może stanowić o naruszeniu ustawy Pzp ani przywołanych przez Odwołującego regulacji kodeksu cywilnego, w tym art. 353^1. W ocenie Izby postanowienie to stanowi dopuszczalną możliwość umownego uregulowana kwestii wykonania zastępczego. Ponadto zauważyć należy, że wykonanie zastępcze nie powoduje zmiany podmiotowej stron umowy o zamówienie publiczne, stąd też odpowiedzialność wykonawcy za należyte wykonanie zobowiązania nie zostaje wyłączona.

Zarzut wskazany w pkt 2 lit. g) petitum odwołania podlegał oddaleniu z następujących powodów. Postanowienie §16 ust. 6 ma następujące brzmienie: „Z chwilą odstąpienia od umowy przez którąkolwiek ze stron Wykonawca ma obowiązek zabezpieczyć plac budowy do momentu odbioru przez Zamawiającego, zaś Strony sporządzają inwentaryzację prac wykonanych do dnia odstąpienia od umowy.". Z powyższego Odwołujący wywodzi, że skoro obowiązek zabezpieczenia placu budowy spoczywa na wykonawcy, to również wykonawca będzie zobowiązany pokryć koszty w sytuacji gdy odstąpienie od umowy nastąpi z winy Zamawiającego.

W odpowiedzi na odwołanie i podczas rozprawy Zamawiający wskazał, że jest to typowe postanowienie i wynika ono z zasady swobody umów i nie narusza przepisów

ustawy.

W ocenie Izby zarzut jest chybiony a jego podstawą jest przyjęty przez Odwołującego sposób wykładni zaskarżonego postanowienia umownego. Odwołujący nie kwestionuje samego obowiązku zabezpieczenia placu budowy, jednak kwestionuje konieczność poniesienia kosztów z tego tytułu w sytuacji gdy odstąpienie od umowy nastąpi z winy Zamawiającego. W ocenie Izby z obowiązkiem zabezpieczenia placu budowy wiąże się również konieczność poniesienia kosztów tego zabezpieczenia. Wiąże się to z odpowiedzialnością wykonawcy za plac budowy z chwilą jego objęcia. Zdaniem Izby zaskarżone postanowienie nie wyłącza obowiązku zwrotu tych kosztów przez Zamawiającego na rzecz wykonawcy, w tym możliwości dochodzenia zwrotu tych kosztów przez wykonawcę od Zamawiającego na drodze cywilnoprawnej.

W związku z powyższym orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 575 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. poz. 2019 ze zm.) oraz § 7 ust. 2 pkt 1 w związku § 5 pkt 1 i 2 lit a) i b) w związku z § 2 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 wysokości wpisu od odwołania (Dz. U. poz. 2437). Przedmiotem rozpoznania przez Izbę były 4 zarzuty. Odwołanie zostało uwzględnione w zakresie jednego

zarzutu, stąd też Zamawiający został obciążony kosztami w wysokości %, a Odwołujący w wysokości %. Na kosztu poniesione przez Odwołującego składały się kwota 10 000 zł 00 gr uiszczone tytułem wpisu od odwołania oraz 3 600 zł 00 gr stanowiąca koszty pełnomocnika, razem 13 600 zł 00 gr a % tej kwoty to 3 400 zł 00 gr (koszt należy Odwołującemu z tytułu uwzględnienia jednego zarzutu). Koszty Zamawiającego to kwota 3 600 zł 00 gr, tj. koszt pełnomocnika oraz koszt dojazdu w wysokości 526 zł 55 gr, razem 4 126 zł 55 gr, a % tej kwoty to po zaokrągleniu 3 095 zł 00 gr. (koszt należny Zamawiającemu z tytułu oddalenia trzech zarzutów). Po potrąceniu powyższych kwot od Zamawiającego na rzecz Odwołującego należało zasądzić kwotę 305 zł 00 gr, co znalazło odzwierciedlenie w pkt 4.2 sentencji wyroku.

Przewodniczący: .....