

Sygn. akt: KIO 621/22

WYROK

z dnia 24 marca 2022 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Jolanta Markowska

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 21 marca 2022 r. w Warszawie
odwołania

wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 4 marca 2022r.
przez

wykonawcę: AGROBEX Sp. z o.o. ul. Kochanowskiego 7, 60-845 Poznań w

postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: Zarząd Komunalnych
Zasobów

Lokalowych sp. z o.o., ul. Matejki 57, 60-770 Poznań,
orzeka:

1. umarza postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutów naruszenia art. 16 pkt 1 - 3 oraz art. 8 ust. 1 ustawy Pzp w związku z art. 353¹ k.c., w związku z art. 647 k.c. i w związku z art. 480 § 1 k.c., a nadto art. 433 pkt 1, art. 433 pkt 4 oraz art. 455 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, określonych w pkt 2 lit. a, b, c, d, e, f, g, i, j, k, l, ł, m, n, ó, o, p, r, s, t petitum odwołania;

2. oddala odwołanie w zakresie pozostałych zarzutów;

3. kosztami postępowania obciąża wykonawcę: AGROBEX Sp. z o.o.
ul. Kochanowskiego 7, 60-845 Poznań, i:

a. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę: AGROBEX Sp. z o.o. ul. Kochanowskiego 7, 60-845 Poznań tytułem wpisu od odwołania,

b. zasądza kwotę 4 269 zł. 71 gr (słownie: cztery tysiące dwieście sześćdziesiąt dziewięć złotych siedemdziesiąt jeden groszy) od wykonawcy: AGROBEX Sp. z o.o. ul. Kochanowskiego 7, 60-845 Poznań na rzecz zamawiającego: Zarząd Komunalnych Zasobów Lokalowych sp. z o. o., ul. Matejki 57, 60-770 Poznań stanowiącą uzasadnione koszty poniesione tytułem wynagrodzenia pełnomocnika i dojazdu na posiedzenie.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019r. - Prawo Zamówień Publicznych (tj. Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm.) 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 621/22

Uzasadnienie

Zamawiający, Zarząd Komunalnych Zasobów Lokalowych Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pod nazwą „Budowa komunalnego osiedla mieszkalnego przy ul. Nadolnik w Poznaniu”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod nr 2022/S 037-094439.

Wykonawca Agrobex sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu wniósł odwołanie wobec postanowień Specyfikacji Warunków Zamówienia (dalej „SWZ”), w tym:

- 1) czynności polegającej na niezgodnym z przepisami Pzp sformułowaniu SWZ, poprzez 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) czynności polegającej na sformułowaniu projektowanych postanowień umownych w sposób nieprzejrzysty, niejednoznaczny, naruszający zasady współzycia społecznego, niezapewniający równości stron, sprzeczny z przepisami Pzp oraz Kodeksu cywilnego.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019r. - Prawo Zamówień Publicznych (tj. Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm.), zwanej dalej „Pzp”:

1) art. 99 ust. 6 Pzp, poprzez 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 — szczegółowa lista zarzutów Odwołującego w tym zakresie zawarta została — z uwagi na ich ilość — w załączniku nr 1 do odwołania,

2) art. 16 pkt 1-3 Pzp oraz art. 8 ust. 1 Pzp w związku z art. 353{1} k.c., w związku z art. 647 k.c. i w związku z art. 480 § 1 k.c., a nadto art. 433 pkt 1 Pzp, art. 433 pkt 4 Pzp oraz art. 455 ust. 1 pkt 1 Pzp, co nastąpiło w ten sposób, że :

a) w § 1 ust. 3 (zdanie pierwsze i drugie) projektowanych postanowień umowy Zamawiający nałożył na wykonawcę odpowiedzialność za prawidłowość dokumentacji projektowej, której wykonawca nie sporządził, a która wykonana została na wyłączne zlecenie Zamawiającego — Zamawiający nałożył na wykonawcę obowiązek zgłoszenia wszelkich zastrzeżeń lub wad dokumentacji projektowej, a brak zgłoszenia Zamawiający ma wywołać skutek w postaci rzekomego oświadczenia wykonawcy o tym, że dokumentacja projektowa nie zawiera wad; w ten sposób wskazane postanowienie nie precyzuje skutków jakie domniemanego oświadczenia wykonawcy, ale zapewne Zamawiający ma na myśli to, iż w przypadku stwierdzenia wad w trakcie wykonywania robót to na wykonawcy spoczywać ma obowiązek usunięcia wad dokumentacji projektowej lub Zamawiający domagać się będzie od wykonawcy poniesienia kosztów zmiany dokumentacji projektowej (mimo, że przedmiotem zamówienia publicznego nie są prace projektowe lecz roboty budowlane); w przypadku wykonania robót w oparciu o wadliwą dokumentację projektową - to wykonawca ponosić będzie odpowiedzialność za wykonanie robót w oparciu o wadliwą dokumentację projektową; wykonawca nie będzie mógł domagać się zapłaty wynagrodzenia za prace dodatkowe wykonane w związku z poprawieniem wadliwej dokumentacji projektowej,

b) w § 1 ust. 3 (zdanie trzecie i czwarte) projektowanych postanowień umowy Zamawiający zobowiązał wykonawcę do tego, aby te wady dokumentacji projektowej, których przy

zachowaniu należytej staranności nie można było stwierdzić przed zawarciem umowy, wykonawca zgłosił nie później niż cztery tygodnie przed wskazanym w harmonogramie terminem wykonania robót (których dotyczy wada projektowa), i to pod rygorem utraty uprawnienia do powoływania się na takie wady w przyszłości — skoro wykonawca, zachowując należytą staranność — nie może stwierdzić istnienia wad dokumentacji projektowej przed zawarciem umowy, to jest wysoce prawdopodobne, że wykonawca nie będzie mógł stwierdzić istnienia takiej wady także na cztery tygodnie przed terminem wykonania robót — najprawdopodobniej taką wadę dokumentacji projektowej można stwierdzić dopiero w trakcie wykonywania robót, których dotyczy wadliwa dokumentacja projektowa,

c) w § 2 ust. 5 i ust. 6 projektowanych postanowień umowy Zamawiający przyznał sobie uprawnienie do tego, że w sposób wiążący dla wykonawcy określi wynagrodzenie przysługujące wykonawcy za poszczególne etapy robót wskazane w harmonogramie

rzeczowo - finansowym,

d) w § 3 ust. 3 projektowanych postanowień umowy Zamawiający przyznał sobie uprawnienie do przekazania budowy w okresie do sześciu miesięcy od podpisania umowy — w sytuacji lawinowo rosnącej inflacji jest szczególnie istotne dla wykonawcy, aby przekazanie placu budowy nastąpiło niezwłocznie po podpisaniu umowy,

e) w § 4 ust. 1 pkt 22 projektowanych postanowień umowy Zamawiający nałożył na wykonawcę odpowiedzialność za wszelkie szkody powstałe nie tylko na terenie budowy, ale nawet na drogach dojazdowych do budowy — Zamawiający przekazuje wykonawcy plac budowy i wykonawca ponosi odpowiedzialność za szkody na terenie placu budowy nie zaś na drogach dojazdowych do placu budowy; poza tym Zamawiający nie zdefiniował pojęcia „drogi dojazdowej do budowy” i w związku z tym nie wiadomo, jakiego obszaru miałyby dotyczyć odpowiedzialność wykonawcy za szkody powstałe na drogach dojazdowych do placu budowy, f) w § 4 ust. 2 projektowanych postanowień umowy Zamawiający nałożył na wykonawcę obowiązek bezpłatnego przygotowania dla Zamawiającego wszelkich żądanych przez Zamawiającego dokumentów w przypadku nałożenia obowiązków na Zamawiającego przez bank (instytucję finansującą) w zakresie sprawozdawczości dotyczącej realizacji przedmiotu umowy — taki obowiązek wykonawcy nie został w żaden sposób sprecyzowany (np. przez wskazanie konkretnych opracowań, które wykonawca zobowiązany byłby wykonać) ani ograniczony (np. przez wskazanie ilości opracowań, których mógłby domagać się Zamawiający) przez co wykonawca nie może oszacować kosztów sporządzenia dokumentów dla Zamawiającego,

g) w § 5 ust. 2 projektowanych postanowień umowy Zamawiający przyznał sobie uprawnienie do żądania sprawdzenia jakości wszelkich materiałów i urządzeń używanych do "konania przedmiotu umowy, i to na wyłączny koszt wykonawcy — badania jakości materiałów i urządzeń są bardzo kosztowne; jeśli Zamawiający zechce często korzystać ze wskazanego uprawnienia do prowadzenia badań na koszt wykonawcy, fakt ten może znacząco podwyższyć koszty wykonania robót, których wykonawca nie jest w stanie oszacować,

h) w § 5 ust. 4 projektowanych postanowień umowy Zamawiający wskazał, że o ile wykonawca proponuje w ofercie zastosowanie materiałów równoważnych, to dodatkowo — przed ich zastosowaniem na budowie — wykonawca ma obowiązek uzyskać zgodę Zamawiającego i autora dokumentacji projektowej na użycie tych zaproponowanych w ofercie materiałów równoważnych — zastosowanie materiałów równoważnych nie może być uzależnione od zgody Zamawiającego i projektanta; wykonawca musi mieć pewność, że będzie mógł zastosować materiały równoważne (czyli takie, które spełniają wskazane przez Zamawiającego kryteria oceny równoważności), w przeciwnym bowiem wypadku wykonawca oferujący materiały równoważne nie ma pewności co do ostatecznych kosztów budowy,

i) w § 7 ust. 3 projektowanych postanowień umowy Zamawiający wskazał, że inspektor nadzoru jest uprawniony do wydawania wykonawcy poleceń związanych z ilością i jakością robót — jednak należy zauważyć, że ilość i jakość robót wynika już z dokumentacji projektowej, a ewentualne polecenia inspektora nadzoru nie mogą prowadzić do zobowiązania wykonawcy wykonania robót w zakresie i jakości nie wynikających z dokumentacji projektowej,

j) w § 8 ust. 7 projektowanych postanowień umowy Zamawiający przyznał sobie uprawnienie do odmowy odbioru robót w każdym przypadku wykonania przedmiotu umowy w sposób niezgodny z umową, podczas gdy uprawnienie do odmowy odbioru robót winno być ograniczone wyłącznie do przypadku, w którym roboty nie są zakończone lub gdy dotknięte są one wadami istotnymi,

k) w § 8 ust. 11 projektowanych postanowień umowy Zamawiający przyznał sobie

uprawienie do usunięcia wad (nieusuniętych przez wykonawcę w wyznaczonym terminie) na „koszt i ryzyko” wykonawcy, podczas gdy 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 prac poprawkowych przez podmiot trzeci; tak ukształtowany model wykonawstwa zastępczego jest niezgodny z zasadami współżycia społecznego,

l) w § 12 ust. 1 pkt 3, pkt 4 i pkt 5 projektowanych postanowień umowy Zamawiający

przyznał sobie uprawnienie do naliczenia kar umownych w przypadku — odpowiednio:

niedotrzymania terminu budowy obiektu, niedotrzymania terminu osiągnięcia stanu

zerowego lub surowego zamkniętego, niedotrzymania terminu usunięcia wad — we

wszystkich tych przypadkach uprawnienie Zamawiającego do naliczenia kar umownych

powinno być związane ze zwłoką wykonawcy nie zaś z „niedotrzymaniem terminu” - pojęcie to obejmuje (w rozumieniu odwołującego) także okoliczności niezawinione przez wykonawcę, a zatem także opóźnienie,

ł) w § 12 ust. 2 projektowanych postanowień umowy Zamawiający przyznał sobie

uprawnienie do naliczenia kar umownych w łącznej wysokości wynoszącej 50% łącznego wynagrodzenia brutto wykonawcy — w ocenie wykonawcy wskazane postanowienie jest sprzeczne z zasadami współżycia społecznego, gdyż łączna wysokość kar umownych nie

powinna przekraczać 30% wynagrodzenia brutto wykonawcy,

m) w § 13 ust. 1 pkt 2) lit a) projektowanych postanowień umowy Zamawiający przyznał sobie

uprawnienie do zmiany przedmiotu umowy z powodu okoliczności „nieprzewidzianych w dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego” — w ten sposób

Zamawiający naruszył przepis art. 455 ust. 1 pkt 1 Pzp, gdyż dopuścił zmianę umowy nie określając rodzaju i zakresu zmian oraz nie precyzując warunków wprowadzenia zmian;

nadto Odwołujący wskazuje, że zakres dopuszczalnych zmian w opisie przedmiotu zamówienia nie został w żaden sposób ograniczony, lecz ograniczona (do 50%) została możliwość podwyższenia wynagrodzenia wykonawcy z powodu wprowadzonych zmian w

opisie przedmiotu zamówienia (§ 13 ust. 3 projektowanych postanowień umowy),

n) w § 13 ust. 1 pkt 2 lit b tiret pierwsze i drugie projektowanych postanowień umowy

Zamawiający przyznał sobie uprawnienie do zmiany opisu przedmiotu zamówienia wynikającego z:

- rozwoju technicznego powodującego, że nowe rozwiązanie będzie przewidywać najbardziej

aktualne lub odpowiednie rozwiązania techniczne, technologiczne lub w zakresie stosowanych materiałów budowlanych,

- zmiany wymagań Zamawiającego co do przedmiotu zamówienia,

— w ten sposób Zamawiający naruszył przepis art. 455 ust. 1 pkt 1 Pzp, gdyż dopuścił zmianę umowy nie określając rodzaju i zakresu zmian oraz nie precyzując warunków wprowadzenia zmian; nadto, Odwołujący wskazuje, że zakres dopuszczalnych zmian w opisie przedmiotu zamówienia nie został w żaden sposób ograniczony, lecz ograniczona (do 50%) została możliwość podwyższenia wynagrodzenia wykonawcy z powodu wprowadzonych zmian w opisie przedmiotu zamówienia (§ 13 ust. 3 projektowanych postanowień umowy),

ń) w § 13 ust. 6 projektowanych postanowień umowy Zamawiający wskazał, że w przypadku wystąpienia konieczności wykonania robót dodatkowych lub zamiennych rozliczenie tych robót nastąpi na podstawie kosztorysu sporządzonego przez Zamawiającego, podczas gdy taki kosztorys powinien sporządzać wykonawca, gdyż to wykonawca wykonywać będzie roboty dodatkowe lub zamienne, ponadto, to wykonawca — jako podmiot zajmujący się zawodowo wykonywaniem robót — posiada wiedzę o kosztach robót,

o) w § 13 ust. 7 projektowanych postanowień umowy Zamawiający wskazał, że w przypadku zaniechania wykonania określonych robót ustalenie wynagrodzenia wykonawcy

podlegającego umniejszeniu nastąpi na podstawie kosztorysu sporządzonego przez Zamawiającego, podczas gdy taki kosztorys powinien sporządzać wykonawca, gdyż to wykonawca wykonywać będzie roboty dodatkowe lub zamiennie, ponadto to wykonawca — jako podmiot zajmujący się zawodowo wykonywaniem robót — posiada wiedzę o kosztach robót,

p) w § 13 ust. 7 projektowanych postanowień umowy Zamawiający wskazał, że w przypadku zaniechania wykonania określonych robót ustalenie wynagrodzenia wykonawcy podlegającego umniejszeniu nastąpi na podstawie kosztorysu sporządzonego według wskaźników cenotwórczych określonych w biuletynach Sekocenbud, podczas, gdy wynagrodzenie wykonawcy ulegające zmniejszeniu powinno zostać obliczone na podstawie kosztorysu sporządzonego według wartości poszczególnych rodzajów robót określonych w Harmonogramie; nadto, Zamawiający przewidział możliwość zaniechania wykonania części robót bez wskazania minimalnej wartości lub wielkości świadczenia wykonawcy, czym naruszył przepis art. 433 pkt 4 Pzp,

r) w § 14 ust. 1 pkt 2 projektowanych postanowień umowy Zamawiający przyznał sobie uprawnienie do odstąpienia od umowy w przypadku, gdy trzykrotnie naliczono kary umowne z jakiegokolwiek przyczyny — na podstawie tego postanowienie Zamawiający może zyskać uprawnienie do odstąpienia od umowy (do naliczenia kary umownej z tytułu odstąpienia) z powodu zupełnie błahych okoliczności, gdyż w § 12 umowy przewidziano 26 różnego rodzaju kar umownych, w tym np. karę za przerwę w transmisji z kamer na terenie budowy, czy za brak mebli w kontenerze biurowym; zdaniem Odwołującego Zamawiający powinien być uprawniony do odstąpienia od umowy tylko w przypadku rażących (szczególnie istotnych uchybień) wykonawcy, nie zaś w przypadku wszelkich uchybień wykonawcy, z powodu których Zamawiający może naliczyć wykonawcy karę umowną,

s) w § 14 ust. 7 projektowanych postanowień umowy Zamawiający wskazał, że w przypadku odstąpienia od umowy lub jej części rozliczenie wykonanych robót nastąpi na podstawie kosztorysu sporządzanego przez Zamawiającego, podczas gdy taki kosztorys powinien sporządzać wykonawca, gdyż to wykonawca wykonał roboty, ponadto to wykonawca — jako podmiot zajmujący się zawodowo wykonywaniem robót — posiada wiedzę o kosztach robót,

t) w § 6 ust. 3 projektowanych postanowień umowy Zamawiający ustanowił wymóg, aby polisa ubezpieczenia ryzyk budowlanych, którą zobowiązany jest przedłożyć wykonawca, obejmowała ubezpieczenie utraty zysku Zamawiającego — jednak wykonawca nie zna wysokości szacowanego przez Zamawiającego zysku i w związku z tym nie będzie w stanie uzyskać żądanego przez Zamawiającego ubezpieczenia ryzyk budowlanych.

Odwołujący podniósł, że wskazane powyżej uchybienie przepisowi art. 99 ust. 6 Pzp może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, gdyż uniemożliwia on Odwołującemu złożenie oferty przy zastosowaniu produktów i materiałów równoważnych, innymi słowy — oferty korzystniejszej niż oferta, w ramach której Odwołujący nie ma możliwości zaproponowania produktów równoważnych.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie Zamawiającemu: 1) odnośnie zarzutu sformułowanego w pkt 1: uzupełnienie SWZ o sprecyzowanie kryteriów stosowanych w celu oceny równoważności,

2) odnośnie zarzutu sformułowanego w pkt 2 lit. a i w punkcie 2 lit b: dokonanie zmiany § 1 projektowanych postanowień umowy w ten sposób, iż skreślony zostanie w całości ustęp 3 tego paragrafu,

3) odnośnie zarzutu sformułowanego w pkt 2 lit. c: dokonanie zmiany § 2 ust. 5 projektowanych postanowień umowy w ten sposób, iż we wskazanym ustępie 5 skreślony zostanie w całości punkt 1,

4) odnośnie zarzutu sformułowanego w pkt 2 lit. d: dokonanie zmiany § 3 ust. 3 projektowanych postanowień umowy w ten sposób, że słowa „nie dłuższym niż 6 miesięcy” zastąpione zostaną słowami „nie dłuższym niż 14 dni”,

5) odnośnie zarzutu sformułowanego w pkt 2 lit. e: dokonanie zmiany § 4 ust. 1 pkt 22 projektowanych postanowień umowy, poprzez skreślenie w tym punkcie słów „oraz drogach dojazdowych do Terenu Budowy”,

6) odnośnie zarzutu sformułowanego w pkt 2 lit. t: dokonanie zmiany § 4 ust. 2, poprzez sprecyzowanie rodzaju i ilości dokumentów i opracowań, do których bezpłatnego przygotowania zobowiązany będzie wykonawca,

7) odnośnie zarzutu sformułowanego w pkt 2 lit. g: dokonanie zmiany § 5 ust. 2 projektowanych postanowień umowy w ten sposób, iż zdanie drugie tego ustępu otrzyma następujące nowe brzmienie: „W przypadku gdyby Zamawiający zakwestionował jakość

materiałów i urządzeń używanych do wykonania przedmiotu Umowy, Zamawiający ma prawo żądać sprawdzenia jakości materiałów i urządzeń używanych do wykonania przedmiotu Umowy, przy czym koszt przeprowadzonego sprawdzenia (przeprowadzonych badań) ponosi bądź Wykonawca - w przypadku, gdyby okazało się, że nie materiał lub urządzenie nie posiada deklarowanej przez wykonawcę jakości, bądź Zamawiający - w przypadku, gdyby okazało się, że materiał lub urządzenie posiada deklarowaną przez Wykonawcę jakość.”,

8) odnośnie zarzutu sformułowanego w pkt 2 lit. h: dokonanie zmiany § 5 ust. 4 projektowanych postanowień umowy, poprzez wykreślenie słów „oraz uzyskania zgody jego i autora Dokumentacji Projektowej na ich wprowadzenie.”,

9) odnośnie zarzutu sformułowanego w pkt 2 lit. i: dokonanie zmiany § 7 ust. 3 projektowanych postanowień umowy w ten sposób, że otrzyma on następujące nowe brzmienie : „3. Inspektor nadzoru uprawniony jest do wydawania Wykonawcy — w granicach opisu przedmiotu Umowy wynikającego z Dokumentacji Projektowej - poleceń związanych z ilością i jakością robót, które są niezbędne do prawidłowego wykonania przedmiotu Umowy.”,

10) odnośnie zarzutu sformułowanego w pkt 2 lit. j: dokonanie zmiany § 8 ust. 7 projektowanych postanowień umowy, poprzez wykreślenie słów „lub niezgodnego z Umową”,

11) odnośnie zarzutu sformułowanego w pkt 2 lit. k: dokonanie zmiany § 8 ust. 11 projektowanych postanowień umowy poprzez wykreślenie słów: „i ryzyko”,

12) odnośnie zarzutu sformułowanego w pkt 2 lit. l: dokonanie zmiany § 12 ust. 1 pkt 3, pkt 4 i pkt 5 projektowanych postanowień umowy w ten sposób, że słowa „za niedotrzymanie terminu” zastąpione zostaną słowami „za zwłokę”,

13) odnośnie zarzutu sformułowanego w pkt 2 lit. ł: dokonanie zmiany § 12 ust. 2 projektowanych postanowień umowy w ten sposób, że cyfra „50%” zostanie zastąpiona cyfrą 10%”

14) odnośnie zarzutu sformułowanego w pkt 2 lit. m: dokonanie zmiany § 13 ust. 1 pkt 2 lit a projektowanych postanowień umowy w ten sposób, że Zamawiający określi rodzaj i zakres zmian oraz sprecyzuje warunki wprowadzenia zmian,

15) odnośnie zarzutu sformułowanego w pkt 2 lit. n: dokonanie zmiany § 13 ust. 1 pkt 2 projektowanych postanowień umowy w ten sposób, że Zamawiający określi rodzaj i zakres zmian oraz sprecyzuje warunki wprowadzenia zmian,

16) odnośnie zarzutu sformułowanego w pkt 2 lit. ñ: dokonanie zmiany § 13 ust. 6 projektowanych postanowień umowy w ten sposób, że słowa: „sporządzonego przez Zamawiającego” zastąpione zostaną słowami: „sporządzonego przez Wykonawcę”,

17) odnośnie zarzutu sformułowanego w pkt 2 lit. o oraz w pkt 2 lit. p: dokonanie zmiany § 13 ust. 7 projektowanych postanowień umowy w ten sposób, że słowa „sporządzonego przez Zamawiającego według stawek i cen określonych na dzień składania oferty wskaźniki cenotwórcze określone w biuletynach Sekocenbud, tj. średnie krajowe stawki i ceny materiałów wraz z zakupem (w szczególności roboczogodziny, kosztów pośrednich, zysku kalkulacyjnego, maszynogodziny) obliczone według zasad kalkulacji szczegółowej na podstawie ilości robót i nakładów pracy wynikających z katalogów KNR, KNNR i norm zakładowych” zastąpione zostaną słowami „sporządzonego przez Wykonawcę według

wartości poszczególnych rodzajów robót określonych w Harmonogramie”,

18.) odnośnie zarzutu sformułowanego w pkt 2 lit. r: dokonanie zmiany § 14 ust. 1 projektowanych postanowień umowy, poprzez skreślenie w całości jego punktu 2,

19) odnośnie zarzutu sformułowanego w pkt 2 lit. s: dokonanie zmiany § 14 ust. 1 projektowanych postanowień umowy w ten sposób, że słowa „sporządzanego przez Zamawiającego” zastąpione zostaną słowami : „sporządzonego przez Wykonawcę”.

20) odnośnie zarzutu sformułowanego w pkt 2 lit. t: dokonanie zmiany § 6 projektowanych postanowień umowy, poprzez skreślenie w całości jego ustępu 3. .

Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, wnosząc o oddalenie odwołania w całości oraz o obciążenie Odwołującego kosztami postępowania odwoławczego. Zdaniem Zamawiającego, odwołanie jest bezpodstawne, w sprawie nie doszło bowiem do naruszenia

przepisów Pzp, które miało lub mogło mieć istotny wpływ na wynik postępowania, w tym także Projektowane Postanowienia Umowy nie pozostają sprzeczne z Pzp. W konsekwencji brak jest podstaw do uwzględnienia odwołania.

Zamawiający wyjaśnił, że w dniu 11 marca 2022 r. Zamawiający zmienił treść Projektowanych Postanowień Umowy — dalej „PPU” (załącznik nr 8 do SWZ). PPU w zakresie zdecydowanej większości stawianych zarzutów, publikując jego nową treść (tekst jednolity) na stronie, na której prowadzone jest postępowanie o udzielenie zamówienia. Ponadto, w dniu 16 marca 2022 r, Zamawiający uzupełnił SWZ, publikując zestawienie materiałów i urządzeń z określeniem parametrów równoważności dla wszystkich materiałów i urządzeń, co do których Odwołujący zgłosił zarzut nieprawidłowego opisanie przedmiotu zamówienia w zakresie uniemożliwiającym zastosowanie materiałów równoważnych:

Pismem z dnia 15 marca 2022 r. Odwołujący cofnął odwołanie w części, tym samym podtrzymując zarzut dotyczący nieprawidłowego opisanie przedmiotu zamówienia oraz zarzuty dotyczące czterech zapisów PPU — w zakresie weryfikacji harmonogramu rzeczowo-finansowego przez Zamawiającego, zgody Zamawiającego i autora projektu na zastosowanie materiałów równoważnych, odmowy dokonania odbioru robót z powodu ich niezgodności z

umową oraz w zakresie wymagań polisy ubezpieczenia Ryzyk Budowlanych (CAR) co do ubezpieczenia utraty zysku Zamawiającego.

Zamawiający podniósł, iż:

Ad. 1 Zarzut nieprawidłowego opisanie przedmiotu zamówienia w zakresie równoważności materiałów i urządzeń

Zarzut jest bezzasadny, bowiem Zamawiający w żadnym ze wskazanych przez Odwołującego przypadków nie posłużył się znakiem towarowym, patentem lub pochodzeniem źródła lub procesu, który charakteryzuje produkty dostarczane przez konkretnego wykonawcę — tym samym Zamawiający nie naruszył normy określonej w art. 99 ust. 4 Pzp, a ponadto, pomimo braku takiego oznaczenia, Zamawiający dodatkowo wskazał co do wszystkich materiałów i urządzeń, których dotyczy odwołanie, wzmagane kryteria równoważności. Zamawiający odwołał się do tabeli opublikowanej na stronie prowadzonego postępowania — zestawienie materiałów i urządzeń z określeniem parametrów równoważności.

Zamawiający zaprzeczył, że opisy poszczególnych materiałów i urządzeń zawartych w Dokumentacji Projektowej, stanowiącej załącznik nr 9 do SWZ, wskazują na konkretny produkt. Zamawiający podkreślił, że tylko co do niektórych materiałów i urządzeń Odwołujący wskazał konkretnego wykonawcę/producenta (pkt. 1, 8-20, 23-34 załącznika nr 1 do odwołania). W pozostałym zakresie ograniczył się do stwierdzenia, że opis określonego materiału lub urządzenia wskazuje na konkretnego wykonawcę/producenta. Odwołujący nie wykazał (nie udowodnił), co do tych urządzeń, co do których nie wskazał konkretnego wykonawcy/producenta, iż Zamawiający naruszył przepis art. 99 ust. 4, 5 lub 6 Pzp. Zamawiający podniósł, iż wymaganiom określonym w Dokumentacji Projektowej w zakresie materiałów i urządzeń, co do których zarzuty zostały zgłoszone w treści odwołania spełniają także materiały lub urządzenia innych producentów wskazanych przez wykonawcę (projektanta) Dokumentacji Projektowej. Zamawiający załączył Zestawienie materiałów i urządzeń, z określeniem parametrów równoważności oraz wskazaniem innych producentów, których produkty spełniają wymagania opisane w Dokumentacji Projektowej. Wykonawca Dokumentacji Projektowej wskazał na co najmniej dwóch wykonawców/producentów materiałów i urządzeń, w dodatku podmioty te nie pokrywają się ze wskazaniami Odwołującego w większości przypadków. Tym samym brak jest podstaw do uznania, iż Zamawiający nie dopuścił możliwości zastosowania innych materiałów lub urządzeń niż wskazane w Dokumentacji Projektowej, a nadto by opisy poszczególnych materiałów i urządzeń wskazywały na konkretnego wykonawcę/producenta.

Ad. 2 Zarzut wpływu Zamawiającego na wysokość wynagrodzenia za poszczególne etapy robót poprzez weryfikację harmonogramu rzeczowo-finansowego

Zamawiający wskazał, że w wyniku zmiany PPU dokonanej w dniu 11 marca 2022 r. Zamawiający zmodyfikował treść kwestionowanego § 2 ust. 5 pkt. 1, który brzmi aktualnie: „Zamawiający oceni przedłożony projekt Harmonogramu w szczególności pod względem:

1) kalkulacji kosztów poszczególnych elementów robót i ich proporcjonalności względem poszczególnych pozycji Harmonogramu, (. . .)”

Zamawiający zaprzeczył, by zarówno pierwotny jak i zmodyfikowany zapis § 2 ust. 5

pkt. 1 PPU umożliwił narzucenie wybranemu wykonawcy wysokości wynagrodzenia za poszczególne elementy robót. Należy wskazać, iż Odwołujący podnosząc przedmiotowy zarzut całkowicie abstrahuje od celu złożenia i zaakceptowania tego harmonogramu. Zgodnie z treścią § 2 ust. 7 PPU, zaakceptowany przez Zamawiającego harmonogram rzeczowo-finansowy służy do rozliczania robót w trakcie realizacji przedmiotu umowy. Zamawiający przewidział w § 8 ust. 3 PPU możliwość dokonywania odbiorów częściowych robót, a zgodnie z treścią § 11 ust. 3 pkt. 1 PPU, dopuścił wystawianie przez wykonawcę faktur częściowych do 90 % wartości wynagrodzenia brutto, w oparciu o protokoły odbioru częściowego, przedkładane Zamawiającemu nie częściej niż raz w miesiącu, przy czym wartość wynagrodzenia za wykonanie robót objętych poszczególnymi fakturami częściowymi nie może być wyższa aniżeli wartość potwierdzona protokołem odbioru częściowego stanowiącego podstawę do wystawienia danej faktury. Mając powyższe na uwadze, przedłożenie i zaakceptowanie harmonogramu ma wyłącznie na celu ustalenie przez obie strony kontraktu wiążącego planu realizacji przedmiotu zamówienia w zakresie rzeczowym (realizacji określonych zakresów robót w danym czasie) oraz finansowym (określenia przewidywanych maksymalnych. płatności częściowym w danym okresie rozliczeniowym). Ustalenie przedmiotowego planu z jednej strony dyscyplinuje wykonawcę do wykonywania określonych zakresów robót w danym czasie, a jednocześnie pozwala na zaplanowanie przez Zamawiającego wydatkowania środków związanych z realizacją zamówienia w poszczególnych miesiącach i latach realizacji zamówienia. Samo ustalenie wykonywania określonych zakresów robót w danym czasie, po pierwsze nie potwierdza rzeczywistej wartości robót (Zamawiający nie weryfikuje w ten sposób prawidłowości sporządzenia oferty wykonawcy, ponieważ do złożenia oferty nie żąda przedłożenia szczegółowego kosztorysu), a po drugie w żaden sposób nie wpływa na modyfikację oferty wykonawcy — wartość poszczególnych zakresów robót musi bowiem dawać łącznie cenę oferty.

Należy podnieść, iż zapisy dotyczące możliwości odbiorów częściowych oraz możliwości częściowego wypłacania wynagrodzenia na powyżej wskazanych zasadach, a co za tym idzie podstawowego celu złożenia i zaakceptowania harmonogramu rzeczowo-finansowego nie zostały przez Odwołującego zakwestionowane. Skoro wykonawca składa Zamawiającemu do zaakceptowania harmonogram rzeczowo-finansowy (Odwołujący nie kwestionuje konieczności oceny i akceptacji harmonogramu przez Zamawiającego co do zasady) to każdy jego aspekt (w tym prawidłowość rachunkowa i przyjęte w nim proporcje), powinien podlegać ocenie przez Zamawiającego. Przedmiotowa ocena nie dotyczy wpływania przez Zamawiającego na wysokość przyjętych przez wykonawcę stawek i cen poszczególnych zakresów robót (tym bardziej, iż zgodnie z wytycznymi do harmonogramu rzeczowo-finansowego określonego w załączniku nr 3 do PPU Zamawiający nie wymaga podania stawek czy cen jednostkowych), ale wyłącznie weryfikacji poprawności kalkulacji oraz racjonalnego i prawidłowego wyliczenia i zaplanowania wykonania określonych zakresów robót. Dla prawidłowego zarówno zaplanowania jak i rozliczenia płatności częściowych konieczne jest poprawne skonstruowanie harmonogramu, tak by sumy w ujęciu poziomym (co do poszczególnych zakresów robót) jak i pionowym dawały prawidłowy wynik. Kwestia ta powinna podlegać ocenie przez Zamawiającego — tym bardziej mając na uwadze szczegółowy, tygodniowy charakter harmonogramu. Brak możliwości weryfikacji i zgłoszenia uwag co do przyjętych wyliczeń i ich proporcji przez Zamawiającego skutkować może przyjęciem nieprawidłowych wartości, a co za tym idzie brakiem możliwości ustalenia prawidłowej wartości płatności częściowych w toku realizacji zamówienia.

Ponadto, w przypadku braku możliwości weryfikacji harmonogramu rzeczowo-finansowego pod względem przyjętych przez wykonawcę kosztów, Zamawiający może zostać postawiony w sytuacji dokładnie odwrotnej niż opisywana przez Odwołującego w treści odwołania — wykonawca może zawyżyć początkowe zakresy robót, czyniąc je nieproporcjonalnymi do pozostałego zakresu robót oraz łącznej wartości umowy, uzyskując wynagrodzenie przewyższające stan zaawansowania robót w początkowym etapie budowy Obiektu. Uwzględnienie żądania usunięcia zapisu pozbawiłoby Zamawiającego możliwości zakwestionowania harmonogramu w zakresie wydatkowania środków w toku realizacji umowy, które byłyby nieadekwatne do wykonywanego zakresu rzeczowego (np. rażąco zawyżone w stosunku do pozostałych zakresów robót).

Zamawiający ponadto ustalił minimalny poziom szczegółowości zakresów robót, które winny znaleźć się w harmonogramie rzeczowo-finansowym — wzór harmonogramu rzeczowo-finansowego stanowi załącznik nr 3 do PPU, który nie został zakwestionowany przez Odwołującego. Realizacja określonego rodzaju / zakresu robót, a co za tym idzie wartość tych robót musi zostać odpowiednio do założeń Dokumentacji Projektowej, w tym Specyfikacji Technicznej Wykonania i Odbioru Robót, sztuki budowlanej i technologii wykonywania robót rozłożona w czasie. Zamawiający powinien mieć zatem możliwość wniesienia uzasadnionych zastrzeżeń do przedłożonego projektu harmonogramu rzeczowo-finansowego, jeżeli roboty, a co za tym idzie płatności częściowe zostaną rozłożone w oderwaniu od możliwości wykonania tych robót w określonym czasie.

Zamawiający wskazał, że wbrew twierdzeniom Odwołującego, żaden z zapisów PPU

nie przewiduje jednostronnej czynności Zamawiającego polegającej na ograniczeniu wykonywania określonych robót. Wszystkie zmiany, których może dokonać Zamawiający w zakresie realizacji umowy wymagają zawarcia aneksu do umowy. Zawierając umowę obejmującą realizację przedmiotowego zamówienia, po stronie wykonawcy powstaje obowiązek zrealizowania całego zakresu zamówienia, a po stronie Zamawiającego powstaje obowiązek zapłaty za to zamówienie wynagrodzenia, po zrealizowaniu zamówienia, zgodnie z zasadami określonymi w PPU. Co jednak najbardziej istotne w sprawie, przedmiotowy zapis PPU nie narusza ani przepisów Pzp, ani innych obowiązujących przepisów prawa. Odwołujący w zakresie tego zarzutu odwołał się wyłącznie do bliżej nieokreślonej klauzuli generalnej „zasad współżycia społecznego”, której w żaden sposób nie określił, ani nie wykazał.

Zamawiający wyjaśnił, że przewiduje wysoce korzystne dla wykonawcy realizującego zamówienie warunki wypłaty wynagrodzenia — w comiesięcznych częściach, odpowiednio do zaawansowania robót. Należy zauważyć, że przepis art. 443 ust. 2 Pzp wymaga od Zamawiającego przewidzenia w zapisach umowy zawieranych na okres powyżej 12 miesięcy, płatności w częściach (lub zaliczkowania), nie określając jednocześnie w ilu częściach należy dokonywać płatności wynagrodzenia, przy czym procentowa wartość ostatniej części nie może być większa niż 50 % należnego wykonawcy wynagrodzenia. Dodatkowo, harmonogram rzeczowo — finansowy jest narzędziem weryfikacji postępów robót i służy ocenie tempa realizacji inwestycji — z uwagi na to musi być skonstruowany w sposób prawidłowy, tak by Zamawiający mógł odpowiednio wcześniej reagować na ewentualne opóźnienia (harmonogram z nieprawidłowymi wartościami może tę ocenę tempa realizacji robót skutecznie utrudniać).

Zamawiający zauważył, że po opublikowaniu treści zmienionego PPU, Odwołujący zadał Zamawiającemu pytanie do SWZ, w którym, w kontekście zapisów dotyczących harmonogramu rzeczowo-finansowego, domaga się jedynie usunięcia zapisu „Brak ostatecznego zatwierdzenia projektu Harmonogramu przez Zamawiającego uniemożliwia dokonywanie odbiorów częściowych, w tym wystawiania przez Wykonawcę faktur za część wykonanych robót”. Tym samym całkowicie niezrozumiałym jest podtrzymywanie tego zarzutu przez Odwołującego pomimo zmiany treści PPU.

Ad. 3 Zarzut konieczności uzyskiwania zgody Zamawiającego i autora projektu na zastosowanie materiałów równoważnych

Kwestionowany § 5 ust. 4 pierwotnej treści PPU odnoszący się do możliwości zastosowania materiałów równoważnych po zawarciu umowy, został zmodyfikowany przez

Zamawiającego (zmiana z dnia 11 marca 2022 r.). W aktualnym brzmieniu PPU przewiduje,

iż:

„4. W przypadku, gdy Dokumentacja Projektowa nie podaje w sposób szczegółowy technologii wykonywania robót budowlanych lub wykonania określonej części przedmiotu Umowy, bądź też nie precyzuje dostatecznie rodzaju i standardu materiałów lub urządzeń, Wykonawca zobowiązany jest do każdorazowego wcześniejszego uzyskania decyzji w tym zakresie od Zamawiającego.

5. Zamawiający dopuszcza zastosowanie innych materiałów lub urządzeń niż podane w Dokumentacji Projektowej, pod warunkiem zapewnienia materiałów lub urządzeń równoważnych, tj. o parametrach nie gorszych niż określone w Dokumentacji Projektowej oraz w sną, których zastosowanie nie będzie powodowało konieczności wprowadzenia zmian do sposobu wykonania przedmiotu Umowy (w zakresie pozostałych materiałów, urządzeń i rozwiązań technicznych). W takiej sytuacji przed zastosowaniem tych materiałów lub urządzeń, na wykonawcy ciąży obowiązek wykazania Zamawiającemu równoważności zastosowanych materiałów lub urządzeń. Nie później niż w terminie 30 dni od dnia złożenia wniosku o zastosowanie innych materiałów lub urządzeń niż podane w Dokumentacji Projektowej, Zamawiający zobowiązuje się potwierdzić czy proponowane przez Wykonawcę materiały lub urządzenia spełniają warunek równoważności. W przypadku braku równoważności Zamawiający poinformuje Wykonawcę w tym terminie o braku możliwości zastosowania proponowanego materiału lub urządzenia”.

Zmieniony przez Zamawiającego zapis § 5 ust. 4 PPU (aktualnie § 5 ust. 5) nie wymaga wyrażenia zgody Zamawiającego i autora projektu na zastosowanie materiałów równoważnych, a jedynie potwierdzenia przez Zamawiającego spełnienia kryteriów równoważności. W konsekwencji przedmiotowy zarzut, w kontekście zmiany PPU, pozostaje bezprzedmiotowy.

Niezależnie od powyższego Zamawiający podnosi, iż wykazanie (udowodnienie) przez wykonawcę równoważności materiału jest niezbędne w kontekście obowiązku wykonawcy

zrealizowania przedmiotu zamówienia zgodnie z Dokumentacją Projektową oraz innymi warunkami umowy, a tym samym możliwości żądania po stronie Zamawiającego wykonania przedmiotu zamówienia w taki własnie sposób. Zamawiający zgodnie z przepisami Pzp dopuszcza możliwość zastosowania materiałów równoważnych, co jednak nie zwalnia wykonawcy z konieczności wykazania tej równoważności.

Odwołujący w dniu 15 marca 2022 r. złożył pytanie do SWZ w kontekście § 5 ust. 5 zmienionego PPU, domagając się, aby Zamawiający zmienił przedmiotowy zapis w następujący sposób:

„Zamawiający dopuszcza zastosowanie innych materiałów lub urządzeń niż podane w Dokumentacji Projektowej, pod warunkiem zapewnienia materiałów lub urządzeń równoważnych, tj. o parametrach nie gorszych niż określone w Dokumentacji Projektowej oraz w SWZ, których zastosowanie nie będzie powodowało konieczności wprowadzenia zmian do sposobu wykonania przedmiotu Umowy (w zakresie pozostałych materiałów, urządzeń i rozwiązań technicznych). W przypadku określenia przedmiotu zamówienia przez wskazania znaków towarowych, patentów lub pochodzenia, źródła lub szczegółowego procesu który charakteryzuje produkty lub usługi (PZP par. 99 ust. 5), Wykonawca winien potwierdzić spełnienie jedynie w minimalnym zakresie parametrów określonych w kryteriach równoważności określonych przez Zamawiającego na podstawie (PZP par. 99 ust. 6). Wykazanie spełniania równoważności nastąpi w karcie akceptacji materiałów.

W konsekwencji, zasadniczo po zmianie treści PPU wykonawca nie kwestionuje konieczności potwierdzenia równoważności (proponując, by odbyło się to poprzez akceptację karty materiałowej). Podtrzymywanie przedmiotowego zarzutu jest w ocenie Zamawiającego całkowicie bezpodstawne.

Ad. 4 Zarzut w zakresie odmowy odbioru robót w przypadku ich niezgodności z umową.

Przedmiotowy zarzut dotyczy wyłącznie jednego zapisu dotyczącego procedury odbioru robót, tj. § 8 ust. 7 PPU — tym samym Odwołujący nie kwestionuje m.in. definicji Protokołu Odbioru Końcowego Robót, zawartej w pkt. 8 Słowniczka pojęć zawartego w PPIJ, a także czynności które należy wykonać (§ 8 ust. 4 i ust. 6 PPU) oraz dokumentów, które należy przedłożyć Zamawianemu, żeby dokonać skutecznie czynności odbioru (§ 8 ust. 6 PPU).

Zamawiający wskazał, iż zgodnie z definicją Protokołu Odbioru Końcowego Robót jest to protokół potwierdzający wykonanie budowy Obiektu zgodnie z Umową, Decyzją o pozwoleniu na budowę nr 1991/2021 z dnia 23.12.2021 r., Dokumentacją Projektową, innymi dokumentami niezbędnymi do jej wykonania oraz przepisami prawa, zasadami wiedzy technicznej i sztuki budowlanej, sporządzony i podpisany przez Strony, po dokonaniu wszelkich dostaw i zakończeniu wszelkich robót stanowiących budowę Obiektu oraz niezbędnych do wykonania budowy Obiektu.

Zgodnie z treścią § 8 ust. 4 PPU, Obiekt zgłoszony do odbioru końcowego musi spełniać warunki obiektu mogącego samodzielnie funkcjonować w zakresie korzystania z mediów oraz posiadać wymagane przepisami świadectwa, uzgodnienia i dokumenty dopuszczające do użytkowania. Przyłącza mediów muszą być odebrane, przed zgłoszeniem do odbioru końcowego, przez gestorów mediów zgodnie z ich wytycznymi stanowiącymi załącznik nr 1 1 do PPU.

Natomiast, zgodnie z treścią § 8 ust. 6 PPU, odbiór końcowy budowy Obiektu będzie odbywał się według ustalonych zasad, które potwierdzają, iż zarówno procedura odbioru jak i czynności i dokumenty, które należy wykonać/dostarczyć w celu podpisania Protokołu Odbioru Końcowego Robót (który stanowi potwierdzenie wykonania przedmiotu umowy w zakresie budowy Obiektu) jest procedurą złożoną i nie sprowadza wyłącznie do czynności potwierdzenia, że roboty budowlane nie posiadają wad istotnych lub. że nie zostały w części lub w całości niewykonane (Zamawiający dodatkowo zwraca uwagę, iż zgodnie z treścią § 8 ust. 5 PPU terminem odbioru końcowego budowy Obiektu jest dzień podpisania Protokołu Odbioru Końcowego Robót).

Tym samym, nie można dokonać odbioru robót w zakresie budowy Obiektu w rozumieniu wyżej wskazanych zapisów PPU zanim nie zostaną przez Wykonawcę wypełnione szczegółowe obowiązki potwierdzające, że Obiekt osiągnął gotowość do odbioru w rozumieniu § 8 ust. 7 i innych zapisów PPU, a które to obowiązki nie odnoszą się do wadliwości robót.

Zamawiający podniósł, iż powołanie się przez Odwołującego na treść wyroku Sądu Najwyższego sygn. akt V CSKP 14/21 jest niepełne, całkowicie „wyrwane z kontekstu”, bowiem przytaczając jego pełną treść należy stwierdzić, iż zakwestionowany przez Odwołującego zapis pozostaje w pełni zgodny z treścią tego orzeczenia.

Zamawiający w treści kwestionowanego przez Odwołującego zapisu wprost przewiduje, iż odmówi dokonania odbioru robót w przypadku ich istotnej wadliwości. Zakres umowy wyznacza zakres realizacji tych robót oraz warunki ich wykonania i jest podstawowym, a zarazem kompletnym dokumentem określającym zakres zobowiązania wykonawcy.

Jednocześnie, przywołane w pkt. 1-7 dokumenty stanowią załączniki do umowy. Dokumentacja Projektowa nie stanowi jedyne dokumentu określającego zakres robót. Realizując zakres robót należy brać pod uwagę chociażby wytyczne gestorów mediów dotyczące odbiorów — wykonanie robót w zakresie przyłączy mediów niezgodnie z przedmiotowymi wytycznymi, a więc w tym zakresie niezgodnie z zapisami umowy, uniemożliwi odbiór tych robót przez gestorów mediów, a co za tym idzie, stanowić będzie podstawę do odmowy dokonania odbioru robót z powodu niezgodności z treścią umowy.

Odwołujący nie zakwestionował innych zapisów PPU dotyczących warunków realizacji robót, w szczególności wskazanego wcześniej zapisu § 2 ust. 3 PPU, a także żadnego z obowiązków określonych w § 4 ust. 1 pkt. 1-25 PPU, które w sposób szczegółowy wyznaczają zakres zobowiązania wykonawcy.

Zamawiający podniósł, iż przedmiotowy zarzut nie narusza żadnego z przepisów Pzp, Kodeksu cywilnego, a w szczególności przepisu art. 647 k.c. Zdaniem Zamawiającego, przedmiotowy zarzut nie został w żaden sposób wykazany przez Odwołującego.

Jednocześnie oczekiwanie Odwołującego co do tego, że Zamawiający dokona odbioru robót, które nie będą wadliwe, w oderwaniu od zapisów umowy, pozostaje całkowicie sprzeczne z celem udzielenia zamówienia, którego zakres w pełni wyznacza Zamawiający, a nie wykonawca.

Ad. 5 Zarzut braku wskazania kalkulacji zysku uniemożliwiającego uzyskanie wymaganej przez Zamawiającego polisy CAR

Zamawiający podniósł, iż zmodyfikował treść § 6 ust. 3 PPU. Zaprzeczył, by uzyskanie polisy o wymaganiach określonych zapisami PPU było niemożliwe bez wskazania kalkulacji wysokości zysku i kosztów stałych będących podstawą do ustalenia sumy ubezpieczenia.

Zamawiający podniósł, że uzyskał od brokera ubezpieczeniowego informację, iż uzyskanie polisy zgodnie z postanowionymi w PPU wymaganiami Zamawiającego możliwe jest u różnych podmiotów realizujących ochronę ubezpieczeniową i przedstawił Opinię brokera ubezpieczeniowego w zakresie możliwości uzyskania polisy w oparciu o zapisy PPU z dnia 17 marca 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza, uwzględniając dokumentację postępowania, dokumenty zgromadzone w aktach sprawy i wyjaśnienia złożone na rozprawie przez strony postępowania odwoławczego, ustaliła i zważyła, co następuje.

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba stwierdziła, że Odwołujący wykazał posiadanie legitymacji uprawniającej do wniesienia odwołania, stosownie do dyspozycji art. 505 ust. 1 Pzp.

Izba umorzyła postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutu naruszenia art. 16 pkt 1 - 3 oraz art. 8 ust. 1 Pzp w związku z art. 353¹ k.c., w związku z art. 647 k.c. i w związku z art. 480 § 1 k.c., a nadto art. 433 pkt 1, art. 433 pkt 4 oraz art. 455 ust. 1 pkt 1 Pzp, określonych w pkt 2 lit. a, b, c, d, e, f, g, i, j, k, l, m, n, ó, p, r, s, t petitum odwołania. Izba ustaliła, że w dniu 11 marca 2022 r. Zamawiający zmienił treść Projektowanych Postanowień Umowy — dalej „PPU” (załącznik nr 8 do SWZ) w związku z postawionymi w odwołaniu zarzutami. Zamawiający opublikował nową treść SWZ na stronie, na której prowadzone jest postępowanie o udzielenie zamówienia. Następnie, w dniu 16 marca 2022 r. Zamawiający uzupełnił dodatkowo postanowienia SWZ o zestawienie materiałów i urządzeń z określeniem parametrów równoważności dla wszystkich materiałów i urządzeń, co do których Odwołujący zgłosił zarzut nieprawidłowego opisanie przedmiotu zamówienia w zakresie uniemożliwiającym zastosowanie materiałów równoważnych. Pismem z dnia 15 marca 2022 r. Odwołujący cofnął odwołanie w części, tj. w zakresie zarzutów podniesionych w odwołaniu w pkt pkt2 lit. a, b, d, e, f, g, i, k, l, m, n, ó, p, r, s oraz wniósł o umorzenie postępowania

odwoławczego w zakresie cofniętych zarzutów. Ponadto, na posiedzeniu Odwołujący

oświadczył do protokołu, że cofa odwołanie dodatkowo w zakresie zarzutu przedstawionego w petitum odwołania w punkcie 2 lit. c, j, t.

Odwołujący jednocześnie podtrzymał zarzuty przedstawione w punkcie 1 petitum odwołania oraz w punkcie 2 lit.h, w zakresie których odwołanie zostało skierowane do rozpoznania na rozprawie, stosownie do art. 555 Pzp.

W zakresie zarzutu nr 1, tj. naruszenia art. 99 ust. 6 Pzp, poprzez 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 — szczegółowa lista zarzutów Odwołującego w tym zakresie zawarta została — z uwagi na ich ilość — w załączniku nr 1 do odwołania, Izba stwierdziła brak naruszenia ww. przepisu ustawy Pzp.

Odwołujący podnosił w uzasadnieniu tego zarzutu, że 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, że mimo formalnego opisu kryterium równoważności, nie jest w istocie możliwe zaproponowanie jakiegokolwiek innego produktu, spełniającego podobne (lecz nie identyczne) cechy. Odwołujący nie może sformułować najkorzystniejszej oferty, oferując Zamawiającemu materiały i urządzenia tańsze od wskazanych w opisie przedmiotu zamówienia lecz zarazem równoważnych, gdyż Odwołujący nie wie tego, według jakich kryteriów Zamawiający dokonywać będzie oceny równoważności. Szczegółową listę zarzutów w tym zakresie Odwołujący sprecyzował w załączniku nr 1 do odwołania.

Zgodnie z art. 99 ust. 6 Pzp, 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.

Izba stwierdziła, że Zamawiający w żadnym ze wskazanych przez Odwołującego elementów opisu przedmiotu zamówienia nie posłużył się znakiem towarowym, patentem lub pochodzeniem źródła lub procesu, który charakteryzuje produkty dostarczane przez konkretnego wykonawcę oraz bez jednoczesnego wskazania kryteriów stosowanych w celu oceny równoważności. Zamawiający wskazał co do wszystkich materiałów i urządzeń, których dotyczy odwołanie wymagania w zakresie kryteriów równoważności.

W ocenie Izby, Zamawiający w niniejszym postępowaniu wykazał, że opisy poszczególnych materiałów i urządzeń zawartych w Dokumentacji Projektowej, stanowiącej załącznik nr 9 do SWZ, nie wskazują na jeden konkretny produkt. Wymagania określone w Dokumentacji Projektowej w zakresie materiałów i urządzeń, co do których zarzuty zostały zgłoszone w treści odwołania spełniają materiały lub urządzenia innych producentów. Jak wyjaśnił Zamawiający, wykonawca Dokumentacji Projektowej wskazał co najmniej dwóch producentów materiałów i urządzeń, w większości przypadków - innych niż wskazane przez Odwołującego. Zamawiający przedstawił Zestawienie materiałów i urządzeń z określeniem parametrów równoważności oraz wskazaniem innych producentów, których produkty spełniają wymagania opisane w Dokumentacji Projektowej. Odwołujący nie zakwestionował tych danych. Odwołujący tylko co do niektórych materiałów i urządzeń wskazał konkretnego producenta (pkt. 1, 8-20, 23-34 załącznika nr 1 do odwołania), a w pozostałym zakresie ograniczył się jedynie do twierdzenia, że opis określonego materiału lub urządzenia wskazuje na konkretnego producenta. Odwołujący nie wykazał tym samym, że Zamawiający naruszył przepis art. 99 ust. 6 Pzp. Podkreślić należy, że sam fakt, że kryteria równoważności wskazane w ramach opisu przedmiotu zamówienia nie dopuszczają możliwości zaferowania produktów wszystkich producentów obecnych na rynku nie przesądza o nieuzasadnionym ograniczeniu i utrudnieniu uczciwej konkurencji. Jednocześnie spełnianie parametrów przez produkty jednego producenta nie stanowi ograniczenia konkurencji, jeśli parametry te spełniają także wyroby innych producentów.

Biorąc pod uwagę powyższe, Izba stwierdziła, że brak jest podstaw do uznania, że Zamawiający nie dopuścił możliwości zastosowania innych materiałów lub urządzeń niż wskazane w Dokumentacji Projektowej, a nadto że opisy poszczególnych materiałów i urządzeń wskazują na konkretnego producenta. Podkreślić należy, że zgodnie z art.ust. 1 Pzp, postępowanie odwoławcze jest postępowaniem kontradiktoryjnym, a zatem strony i uczestnicy postępowania odwoławczego obowiązani są wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Ciężar dowodu, zgodnie z k.c. w zw. z

ust. 1 Pzp spoczywa na osobie, która z danego faktu wywodzi skutki prawne. Ciężar dowodu rozumieć należy z jednej strony jako obarczenie strony procesu obowiązkiem przekonania Izby, na podstawie wskazanych dowodów, o słuszności swoich twierdzeń, a z drugiej konsekwencjami zaniechania realizacji tego obowiązku, lub jego nieskuteczności. W niniejszej sprawie Odwołujący nie sprostął ciężarowi dowodu - wykazaniu naruszenia art. 99 ust. 6 Pzp oraz zasady uczciwej konkurencji.

W zakresie zarzutu nr 2 lit. h, tj. naruszenia art. 16 pkt 1-3 Pzp oraz art. 8 ust. 1 Pzp w związku z art. 353(1) k.c., w związku z art. 647 k.c. i w związku z art. 480 § 1 k.c., art. 433 pkt 1 Pzp, art. 433 pkt 4 Pzp oraz art. 455 ust. 1 pkt 1 Pzp, co nastąpiło w ten sposób, że w § 5 ust. 4 PPU Zamawiający wskazał, że o ile wykonawca proponuje w ofercie zastosowanie materiałów równoważnych, to dodatkowo — przed ich zastosowaniem na budowie — wykonawca ma obowiązek uzyskać zgodę Zamawiającego i autora dokumentacji projektowej na użycie tych zaproponowanych w ofercie materiałów równoważnych — zastosowanie materiałów równoważnych nie może być uzależnione od zgody Zamawiającego i projektanta; wykonawca musi mieć pewność, że będzie mógł zastosować materiały równoważne, w przeciwnym bowiem wypadku wykonawca oferujący materiały równoważne nie ma pewności co do ostatecznych kosztów budowy, Izba stwierdziła, że zarzut jest niezasadny.

W odniesieniu do § 5 ust. 4 PPU Odwołujący podnosił, że zastosowanie materiałów równoważnych nie może być uzależnione od zgody Zamawiającego i projektanta wyrażanej dopiero na etapie realizacji robót, gdyż wykonawca musi mieć pewność, że będzie mógł zastosować oferowane materiały równoważne, gdyż w przeciwnym wypadku wykonawca nie jest w stanie ocenić kosztu realizacji inwestycji.

Kwestionowany § 5 ust. 4 pierwotnej treści PPU odnoszący się do możliwości zastosowania materiałów równoważnych po zawarciu umowy, został zmodyfikowany przez Zamawiającego w ramach zmiany SWZ z dnia 11 marca 2022 r. Zmienione postanowienie § 5 ust. 5 PPU (po zmianie) nie wymaga wyrażenia zgody Zamawiającego i autora projektu na zastosowanie materiałów równoważnych, a jedynie potwierdzenia przez Zamawiającego spełnienia kryteriów równoważności.

W ocenie Izby, brak jest podstaw aby przyjąć, że wskazane postanowienie PPU narusza zasady współzycia społecznego (art. 353(1) k.c. w zw. z art. 8 ust. 1 Pzp) oraz art. 16 pkt 2 Pzp - zasadę przejrzystości postępowania. Odwołujący nie wykazał jakie konkretne zasady współzycia społecznego zostały naruszone. W ocenie Izby, w przypadku, gdy wykonawca oferuje produkt równoważny - spełniający wszystkie wskazane przez Zamawiającego kryteria stosowane w celu oceny równoważności, wykonawca powinien mieć pewność co do decyzji Zamawiającego w zakresie oceny równoważności, ponieważ to po stronie wykonawcy jest prawo i obowiązek wykazania spełnienia kryteriów równoważności. Wykazanie przez wykonawcę równoważności oferowanego materiału jest niezbędne w kontekście obowiązku wykonawcy zrealizowania przedmiotu zamówienia zgodnie z Dokumentacją Projektową oraz innymi warunkami umowy. Jak wskazuje się w orzecznictwie, „Obowiązkiem wykonawcy powołującego się na rozwiązania równoważne w stosunku do opisanych przez zamawiającego jest wykazanie, że w równoważnym stopniu spełniają one wymagania określone w opisie przedmiotu zamówienia. Oznacza to, że oferta taka powinna zostać potraktowana jako zgodna z warunkami zamówienia. Ciężar dowodu pozostaje po stronie wykonawcy. Krajowa Izba Odwoławcza wskazała, że istotne jest przy tym to, że wymagane właściwości i parametry danego produktu (rozwiązania) muszą być przez wykonawcę wykazane zamawiającemu, a zatem w sposób bezsporny udowodnione przez wykonawcę w toku postępowania przed zamawiającym za pomocą wszelkich środków dostępnych wykonawcy (wyr. KIO z 23.4.2015 r., KIO 709/15, Legalis)”. (tak M. Jaworska, D. Grześkowiak-Stojek, J. Jarnicka, A. Matusiak w Prawo zamówień publicznych. Komentarz, wyd. 2, Warszawa 2021 r., art. 101 p.z.p., Legalis). Ponadto „Zgodnie z wyrokiem KIO z 18.7.2012 r., KIO 1388/12, niepubl.: Wskazać również należy, że w myśl przepisu art. 30 ust. 5 PrZamPubl2004 [uw. aut. - obecnie art. 101 ust. 5], to na wykonawcy spoczywa obowiązek udowodnienia zamawiającemu, że oferowane przez tego wykonawcę rozwiązanie jest faktycznie rozwiązaniem równoważnym w odniesieniu do przedmiotu zamówienia opisanego przez zamawiającego. W powyższym zakresie wykonawca wszelkimi możliwymi środkami dowodowymi musi przedstawić jasne, precyzyjne i niepowodujące żadnych wątpliwości stanowisko, które u zamawiającego winno wywołać skutek w postaci niepowodującej żadnych wątpliwości pewności, co do prawidłowości złożonej oferty, w tym jej zgodności ze specyfikacją warunków zamówienia i prawidłowego skonfigurowania przedmiotu oferty równoważnej”. (tak P. Granecki, I. Granecka w Prawo zamówień publicznych. Komentarz, wyd. 1, Warszawa 2021 r., art. 101 p.z.p., Legalis).

Biorąc pod uwagę powyższe, wykonawcy w przedmiotowym postępowaniu, oferując materiały równoważne powinni przygotować się do wykazania zamawiającemu równoważności oferowanych rozwiązań, gdyż to na wykonawcy spoczywa obowiązek dowodowy w postaci wykazania, że oferowany przez niego produkt odpowiada wymaganiom

stawianym przez zamawiającego. Nie jest przy tym możliwe, aby Zamawiający, pomijając określone w SWZ kryteria równoważności, dokonał oceny równoważności uznaniowo, niezależnie od tego, na jakim etapie postępowania ocena taka jest dokonywana. Jednocześnie wskazać należy, że Zamawiający nie narusza przepisów ustawy Pzp, wymagając wykazania przez wykonawcę równoważności produktów na etapie realizacji zamówienia, w sytuacji gdy na etapie składania ofert nie wymaga szczegółowych kosztorysów ofertowych, a wynagrodzenie wykonawcy ma ryczałtowy charakter.

Uwzględniając powyższy stan rzeczy ustalony w toku postępowania, Izba orzekła, jak w sentencji, na podstawie art. 553 Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 557 oraz art. 574 ustawy z 11.09.2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm.) oraz w oparciu o przepisy § 5 pkt 1 i 2 oraz § 8 ust. 2 pkt 1

Przewodniczący: