Sygn. akt: KIO 1041/22

WYROK

z dnia 4 maja 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Małgorzata Matecka

Protokolant: Klaudia Kwadrans

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 29 kwietnia 2022 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 15 kwietnia 2022 r. przez odwołującego: wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: ALSTAL Grupa Budowlana Sp. z o. o. Sp. k. z siedzibą w Bydgoszczy oraz ALSTAL Investment Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą w Bydgoszczy w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: Park Śląski S.A. z siedzibą w Chorzowie

orzeka:

1. Umarza postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutów oznaczonych numerem 1 lit. c, f, g oraz numerem 2.

2. Oddala odwołanie w zakresie zarzutu oznaczonego numerem 1 lit. e.

3. W pozostałym zakresie uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu dokonanie zmiany projektowanych postanowień umowy w ten sposób, że ryzyko związane z oceną prawidłowości dokumentacji projektowej nie może być w całości przeniesione na wykonawcę, odbiór przedmiotu umowy nie może być uzależniony od jego całkowicie bezusterkowego wykonania oraz poprzez precyzyjne określenie zasad zmiany wysokości wynagrodzenia, przy założeniu, że ma to dotyczyć sytuacji zmiany ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia.

4. Kosztami postępowania obciąża zamawiającego w części 3/4 oraz odwołującego w części 1/4, i

   4.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania, kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez odwołującego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika, kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez zamawiającego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika oraz kwotę 34 zł 00 gr (słownie: trzydzieści cztery złote zero groszy) poniesioną przez zamawiającego tytułem opłaty skarbowej od pełnomocnictw.

   4.2. zasądza od zamawiającego na rzecz odwołującego kwotę 16 792 zł 00 gr (słownie: szesnaście tysięcy siedemset dziewięćdziesiąt dwa złote zero groszy).

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo

zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r. poz. 1129, 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 1041/22

Uzasadnienie

Zamawiający Park Śląski Spółka Akcyjna z siedzibą w Chorzowie prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pod nazwą „Budowa Kąpieliska Fala". Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 5 kwietnia 2022 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod nr 2022/S 067-176010.

W dniu 15 kwietnia 2022 r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: ALSTAL Grupa Budowlana Sp. z o. o. Sp. k. z siedzibą w Bydgoszczy oraz ALSTAL Investment Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą w Bydgoszczy wnieśli do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie wobec czynności zamawiającego polegającej na ustaleniu treści postanowień Specyfikacji Warunków Zamówienia (dalej „SWZ") wraz z załącznikami, w tym projektowanych postanowień umowy.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy z dnia 11

września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r. poz. 1129, ze zm.), dalej jako „ustawa Pzp":

- art. 8 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 353(1) Kodeksu cywilnego i art. 5 Kodeksu cywilnego i art. 433 ustawy Pzp w zw. z art. 652 Kodeksu cywilnego i art. 655 Kodeksu cywilnego poprzez ukształtowanie projektowanych postanowień umownych w sposób naruszający zasadę swobody umów, współżycia społecznego oraz równowagi kontraktowej stron w zakresie wskazanym w uzasadnieniu odwołania.

- art. 16 ustawy Pzp w zw. z art. 112 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 116 ust. 1 ustawy

Pzp poprzez określenie warunku udziału w postępowaniu w sposób nieproporcjonalny i niezwiązany z przedmiotem zamówienia (w części nieumożliwiający ocenę zdolności wykonawcy w zakresie zgodnym z przedmiotem zamówienia co ogranicza uczciwą konkurencję w postępowaniu w zakresie sposobów spełniania warunku).

W związku z podniesionymi zarzutami odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu, aby dokonał zmiany treści SWZ w zakresie wskazanym w uzasadnieniu oraz przedłużył termin składania ofert w postępowaniu o co najmniej

dodatkowe 14 dni od dnia dokonania zmian treści SWZ.

Pismem wniesionym w dniu 29 kwietnia 2022 r. zamawiający udzielił odpowiedzi na odwołanie. Zamawiający uznał zarzuty odwołania za niezasadne i wniósł o jego oddalenie. Żaden wykonawca nie zgłosił przystąpienia do postępowania odwoławczego.

Na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron odwołujący złożył oświadczenie o wycofaniu części zarzutów odwołania, tj. zarzutów oznaczonych numerem 1 lit. c, f, g oraz numerem 2.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Wobec złożenia przez odwołującego oświadczenia o wycofaniu części zarzutów odwołania, tj. zarzutów oznaczonych numerem 1 lit. c, f, g oraz numerem 2, postępowanie odwoławcze podlegało w tym zakresie umorzeniu na podstawie art. 568 pkt 1 stosowanego odpowiednio w przypadku wycofania części zarzutów odwołania.

Izba uznała, że odwołanie podlega częściowemu uwzględnieniu.

Zgodnie z przepisem art. 8 ust. 1 ustawy Pzp do czynności podejmowanych przez zamawiającego, wykonawców oraz uczestników konkursu w postępowaniu o udzielenie zamówienia i konkursie oraz do umów w sprawach zamówień publicznych stosuje się przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. - Kodeks cywilny (Dz.U. z 2019 r. poz. 1145 i 1495), jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej. Swoboda zamawiającego w kształtowaniu postanowień umownych podlega ograniczeniom wynikającym nie tylko z przepisów ustawy Pzp, ale także przepisów Kodeksu Cywilnego, w tym przepisu art. 353(1) Kodeksu cywilnego. Zgodnie z tą normą: „Strony zawierające umowę mogą ułożyć stosunek prawny według swego uznania, byleby jego treść lub cel nie sprzeciwiały się właściwości (naturze) stosunku, ustawie ani zasadom współżycia społecznego".

Zgodnie z przepisem art. 554 ust. 3 pkt 1 lit. c) ustawy Pzp uwzględniając odwołanie, Izba może nakazać zmianę projektowanego postanowienia umowy albo jego usunięcie, jeżeli jest niezgodne z przepisami ustawy. Jednakże zgodnie z przepisem art. 554 ust. 6 ustawy Pzp Iza nie może nakazać wprowadzenia do umowy postanowienia o określonej treści. W związku z powyższym uwzględniając w części zarzuty odwołania Izba nakazała zamawiającemu dokonanie zmiany projektowanych postanowień umowy poprzez wskazanie jedynie kierunku koniecznych modyfikacji.

Zarzut nr 2 a)

Odwołujący wskazał na postanowienie §1 ust. 6 projektu umowy („Wykonawca oświadcza, że

zapoznał się z wszelkimi dokumentami dotyczącymi zakresu robót, w tym udostępnioną przez Zamawiającego dokumentacją oraz Specyfikacją Warunków Zamówienia wraz z załącznikami (w tym Projektem budowlanym) i oświadcza, że nie wnosi w tym zakresie zastrzeżeń, w związku z czym Wykonawca nie jest upoważniony do wysuwania jakichkolwiek roszczeń w związku z wykryciem ewentualnych sprzeczności, błędów lub niejasności.") oraz powołał się na przepisy art. 99 ust. 1 ustawy Pzp, art. 8 ust. 1 ustawy Pzp. Zdaniem odwołującego, mając na uwadze, że zamawiający, tak jak wykonawca, może nie być w stanie przewidzieć części okoliczności występujących w toku procesu budowlanego, to winien jednak w tym zakresie przyjąć, iż w przypadku wykonania prac czy robót nieprzewidzianych zamawiający dokona zmiany wynagrodzenia wykonawcy w tym zakresie. Jednocześnie, w ocenie odwołującego, zamawiający nie jest uprawniony do wyłączenia możliwości zastosowania zmiany wysokości wynagrodzenia w przypadku wystąpienia nadzwyczajnej zmiany okoliczności czy to wskazanej w art. 357(1) Kodeksu cywilnego czy też 632 § 2 Kodeksu cywilnego. Zauważyć również, że na obecnym etapie postępowania zamawiający nie może wymagać od wykonawcy dokonania kompleksowego sprawdzenia dokumentacji przetargowej w taki sposób, aby wykryć wszelkie sprzeczności, błędy czy niejasności, które mogą pojawić się dopiero na etapie projektowania lub realizacji robót budowlanych.

Mając na uwadze powyższe odwołujący wniósł o wykreślenie postanowienia zawartego w §1 ust. 6 projektu umowy.

Izba uznała zarzut za zasadny.

Zgodnie z przepisem art. 651 Kodeksu cywilnego: „Jeżeli dostarczona przez inwestora dokumentacja, teren budowy, maszyny lub urządzenia nie nadają się do prawidłowego wykonania robót albo jeżeli zajdą inne okoliczności, które mogą przeszkodzić prawidłowemu wykonaniu robót, wykonawca powinien niezwłocznie zawiadomić o tym inwestora." Skład orzekający podziela stanowisko przedstawione przez Izbę w wyroku z dnia 18 października 2021 r. w sprawie o sygn. akt KIO 2809/21. Jak wskazała Izba w ww. orzeczeniu: „Oczywiście na zasadach kodeksu cywilnego (art. 651 KC) wykonawca robót budowlanych zobowiązany jest do zgłaszania zamawiającemu dostrzeżonych uchybień dokumentacji zagrażających prawidłowej realizacji przedmiotu zamówienia, lecz obowiązek ten materializuje się w trakcie prowadzenia prac i nie jest nieograniczony. Jak wskazuje orzecznictwo np. Sąd Najwyższy w wyroku z dn. 25 listopada 2016 r. w sprawie o sygn. akt V CSK 138/16 „Wykonawca nie ma obowiązku badać szczegółowo projektu, zatem art. 651 KC ma zastosowanie jedynie w razie pozytywnej wiedzy wykonawcy o wadzie. Jednakże uzyskanie tej wiedzy w trakcie realizacji prac powoduje natychmiastową aktualizację obowiązku notyfikacji przewidzianego w tym przepisie." Podobnie Sąd Apelacyjny w Warszawie w wyroku z dn. 24 stycznia 2018 r. w sprawie o sygn. akt VII AGa 53/18 „Z brzmienia art. 651 KC nie sposób wyprowadzić wniosku, iż wykonawca ma obowiązek dokonywać w każdym przypadku szczegółowego sprawdzenia dostarczonego projektu w celu wykrycia jego ewentualnych wad. Wykonawca robót

budowlanych nie musi bowiem dysponować specjalistyczną wiedzą z zakresu projektowania. Musi jedynie umieć odczytać projekt i realizować inwestycję zgodnie z tym projektem oraz zasadami sztuki budowlanej. Obowiązek nałożony na wykonawcę przez art. 651 KC należy rozumieć w ten sposób, że musi on niezwłocznie zawiadomić inwestora o niemożliwości realizacji inwestycji na podstawie otrzymanego projektu lub też o tym, że realizacja dostarczonego projektu spowoduje powstanie obiektu wadliwego. W tym ostatnim przypadku chodzi jednak tylko o sytuacje, w których stwierdzenie nieprawidłowości dostarczonej dokumentacji nie wymaga specjalistycznej wiedzy z zakresu projektowania. Powyższą linię potwierdza również orzeczenie Sądu Apelacyjnego w Rzeszowie z dn. 26 listopada 2019 r. w sprawie o sygn. akt I Aga 13/19 „Przepis art. 651 KC nie może być podstawą do kreowania po stronie wykonawcy obowiązku szczegółowego merytorycznego sprawdzenia przedstawionego mu projektu w sytuacji, gdy wymaga to specjalistycznych obliczeń oraz wiedzy z zakresu projektowania. Nie jest zadaniem wykonawcy drobiazgowa analiza projektu w celu jego sprawdzenia i wykrycia jego ewentualnych wad.” Jednocześnie Izba w pełni podziela stanowisko, wyrażone w przywołanym przez odwołującego wyroku Sądu Apelacyjnego w Katowicach w sprawie o sygn. akt V Aca 442/13 z dn. 22 listopada 2013 r., odnoszące się wprost do postępowania przetargowego, zgodnie z którym „Przepis ten [przyp. art. 651 KC] nie może być nadto odczytywany w sposób nakładający na wykonawcę obowiązek dokonywania w momencie przystąpienia do przetargu, czy podpisywania umowy, szczegółowego merytorycznego sprawdzenia przedstawionego mu projektu, wymagającego specjalistycznych obliczeń, wiedzy z zakresu projektowania, w celu wykrycia ewentualnych wad. Do obowiązków wykonawcy nie należy bowiem specjalistyczne badanie projektu, a jedynie musi on umieć odczytać projekt i realizować inwestycje zgodnie z jego założeniami oraz zasadami sztuki budowlanej.”

Mając na uwadze powyższe izba nakazała zamawiającemu zmianę projektowanych postanowień umowy w ten sposób, że ryzyko związane z oceną prawidłowości dokumentacji projektowej nie może być w całości przeniesione na wykonawcę. Dokonując modyfikacji projektu umowy w tym zakresie zamawiający powinien kierować się wytycznymi sformułowanymi w orzecznictwie w odniesieniu do przepisu art. 651 Kodeksu cywilnego.

Zarzut nr 2 b)

Odwołujący powołał się na następujące postanowienia projektu umowy:

§3 ust. 8: „Zamawiający ma prawo do zatrzymania z pozostałej do zapłaty części wynagrodzenia umownego kwoty stanowiącej zabezpieczenie roszczeń Zamawiającego z tytułu rękojmi, jeżeli Wykonawca w terminie nie dłuższym niż 14 dni od daty podpisania bezusterkowego protokołu odbioru końcowego, nie wniesie zabezpieczenia na cały okres rękojmi(...).”

§4 ust. 1 pkt 1: „Strony ustalają następujący sposób rozliczania wynagrodzenia za wykonanie przedmiotu umowy:

1. fakturami częściowymi wystawionymi na podstawie bezusterkowych częściowych protokołów odbioru poszczególnych elementów dokumentacji wykonawczej, zgodnie ze złożoną ofertą, nie częściej niż raz na miesiąc kalendarzowy”
§5 pkt. 3: „Odbioru kompletnej dokumentacji projektowej oraz robót budowlanych po ich przedstawieniu przez Wykonawcę, w przypadku braku stwierdzenia wad, usterek lub zastrzeżeń, przy czym dokonanie odbioru nie zwalnia Wykonawcy z odpowiedzialności z tytułu rękojmi lub gwarancji, w szczególności, gdy wady lub usterki w odebranych robót ujawnią się w późniejszym czasie”

§8 ust 14 i 15:

„14. Bezusterkowy protokół odbioru częściowego będzie dla Wykonawcy podstawą do wystawienia faktury częściowej za wykonane i odebrane roboty.

15. Odbiór końcowy Przedmiotu Umowy nastąpi na podstawie Protokołu końcowego odbioru. Warunkiem przystąpienia przez Zamawiającego do Odbioru Końcowego jest usuniecie wszystkich wad wcześniej zgłoszonych Wykonawcy przez Zamawiającego oraz bezusterkowe wykonanie Przedmiotu umowy.”

§10 ust. 3 i 4 Umowy:

„3. Niezależnie od uprawnień z tytułu udzielonej gwarancji jakości, Zamawiający może wykonywać uprawnienia z tytułu rękojmi za wady przedmiotu umowy, na zasadach określonych w Kodeksie cywilnym, która wygasa po upływie 60 miesięcy od dnia dokonania bezusterkowego odbioru końcowego. Bieg okresu rękojmi za wady rozpoczyna się w dniu następnym po bezusterkowym odbiorze końcowym.

4. Wykonawca udziela pełnej gwarancji jakości na wykonane roboty budowlane na okres 60 miesięcy od daty bezusterkowego odbioru końcowego przedmiotu zamówienia."

W odniesieniu do ww. postanowień projektu umowy odwołujący wskazał, że zamawiający w żaden sposób nie rozgranicza wad na istotne i nieistotne, co jest wprost sprzeczne z regulacjami wynikającymi z przepisów dotyczących umowy o roboty budowlane. W świetle art. 647 Kodeksu cywilnego inwestor obowiązany jest dokonać odbioru końcowego i zapłacić wynagrodzenie należne wykonawcy. Inwestor nie może uzależniać dokonania odbioru końcowego i zapłaty należnego wynagrodzenia od braku jakichkolwiek wad w wykonanym obiekcie. Inwestor może uchylić się od obowiązku dokonania odbioru końcowego tylko w przypadku wystąpienia wad istotnych, gdyż tylko w takim wypadku można wskazać, że wykonawca nie spełnił swojego świadczenia, w pozostałych wypadkach inwestor jest obowiązany dokonać odbioru końcowego, a do protokołu odbioru może zostać dołączony wykaz wszystkich ujawnionych wad z terminami ich usunięcia lub oświadczeniem inwestora o wyborze innego uprawnienia przysługującego mu z tytułu odpowiedzialności wykonawcy za wady ujawnione przy odbiorze, co jednocześnie nie tamuje całego procesu odbioru (por. Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 5 czerwca 2020 r., KIO 781/20). Za wyrokiem Sądu Najwyższego z dnia 07 marca 2013 r., sygn. akt II CSK 476/12 odwołujący wskazał, że: „W sytuacji gdy wykonawca zgłosił zakończenie robót budowlanych wykonanych zgodnie z projektem i zasadami wiedzy technicznej zamawiający jest zobowiązany do ich odbioru (art. 647 KC). W protokole z tej czynności stanowiącym pokwitowanie spełnienia świadczenia i podstawę dokonania rozliczeń stron, niezbędne jest zawarcie ustaleń co do jakości wykonanych robót, w tym ewentualny wykaz wszystkich ujawnionych wad z terminami ich usunięcia lub oświadczeniem inwestora o wyborze innego uprawnienia przysługującego mu z tytułu odpowiedzialności wykonawcy za wady ujawnione przy odbiorze. Odmowa odbioru będzie uzasadniona jedynie w przypadku, gdy przedmiot zamówienia będzie mógł być

kwalifikowany jako wykonany niezgodnie z projektem i zasadami wiedzy technicznej lub wady będą na tyle istotne, że obiekt nie będzie się nadawał do użytkowania.". Odwołujący powołał się również na stanowisko Sądu Najwyższego wyrażone w wyroku z dnia 7 kwietnia 1998 r. II CKN 673/97. Mając na uwadze powyższe odwołujący stwierdził, że uprawnienia, które przyznał sobie zamawiający wykraczają poza możliwości ustawowego ukształtowania stosunku stron. Brak jest podstaw do odmowy wypłaty wynagrodzenia w przypadku wystąpienia wad nieistotnych (odbiór bezusterkowy). Jak wynika z przepisów powszechnie obowiązujących inwestor powinien dokonać odbioru niezwłocznie po oddaniu obiektu przez wykonawcę, chyba że dłuższy termin wynika z umowy lub spowodowany jest złożonym charakterem przedmiotu odbioru. Zasadniczo inwestor może odmówić odbioru obiektu dotkniętego wadą istotną. tj. czyniącym go niezdatnym do umówionego użytku zgodnie z przeznaczeniem lub sprzeciwiającą się w sposób wyraźny umowie, co skutkuje brakiem wymagalności roszczenia wykonawcy o wynagrodzenie. Jeżeli obiekt wskazuje jedynie wadę nieistotną, to jego oddanie powoduje wymagalność wierzytelności o wynagrodzenie, natomiast inwestor powinien skorzystać z uprawnień z tytułu rękojmi. Bezzasadna odmowa odbioru robót i zapłaty wykonawcy wynagrodzenia stanowi zwłokę inwestora (art. 486 § 1 Kodeksu cywilnego), a takie zachowanie wierzyciela stanowi też naruszenie art. 354 § 2 Kodeksu cywilnego. Ze względu na ramowy charakter umowy o roboty budowlane brak w niej wprost przepisów określających dokładniej powinność odbioru, za wyjątkiem art. 654 Kodeksu cywilnego.

W związku z powyższym odwołujący wniósł o nadanie projektowanym postanowieniom umowy następującego brzemienia:

§3 ust. 8: „Zamawiający ma prawo do zatrzymania z pozostałej do zapłaty części wynagrodzenia umownego kwoty stanowiącej zabezpieczenie roszczeń Zamawiającego z tytułu rękojmi, jeżeli Wykonawca w terminie nie dłuższym niż 14 dni od daty podpisania protokołu odbioru końcowego, nie wniesie zabezpieczenia na cały okres rękojmi(...)."

§4 ust. 1 pkt 1:

„Strony ustalają następujący sposób rozliczania wynagrodzenia za wykonanie przedmiotu umowy:

1. fakturami częściowymi wystawionymi na podstawie częściowych protokołów odbioru

poszczególnych elementów dokumentacji wykonawczej, zgodnie ze złożoną ofertą, nie częściej niż raz na miesiąc kalendarzowy”

§5 pkt. 3:

„Odbioru kompletnej dokumentacji projektowej oraz robót budowlanych po ich przedstawieniu przez Wykonawcę, w przypadku braku stwierdzenia wad, usterek lub zastrzeżeń o charakterze istotnym, przy czym dokonanie odbioru nie zwalnia Wykonawcy z odpowiedzialności z tytułu rękojmi lub gwarancji, w szczególności, gdy wady lub usterki w odebranych robót ujawnią się w późniejszym czasie”

§8 ust 14 i 15:

„14. Protokół odbioru częściowego będzie dla Wykonawcy podstawą do wystawienia faktury częściowej za wykonane i odebrane roboty.

15. Odbiór końcowy Przedmiotu Umowy nastąpi na podstawie Protokołu końcowego odbioru. Warunkiem przystąpienia przez Zamawiającego do Odbioru Końcowego jest usuniecie wszystkich wad wcześniej zgłoszonych Wykonawcy przez Zamawiającego oraz wykonanie Przedmiotu umowy.”

§10 ust. 3 i 4 Umowy:

„3. Niezależnie od uprawnień z tytułu udzielonej gwarancji jakości, Zamawiający może wykonywać uprawnienia z tytułu rękojmi za wady przedmiotu umowy, na zasadach określonych w Kodeksie cywilnym, która wygasa po upływie 60 miesięcy od dnia dokonania odbioru końcowego. Bieg okresu rękojmi za wady rozpoczyna się w dniu następnym po odbiorze końcowym.

4. Wykonawca udziela pełnej gwarancji jakości na wykonane roboty budowlane na okres 60 miesięcy od daty odbioru końcowego przedmiotu zamówienia.”

Izba uznała zarzut za zasadny.

Zgodnie z przepisem art. 647 Kodeksu cywilnego przez umowę o roboty budowlane wykonawca zobowiązuje się do oddania przewidzianego w umowie obiektu, wykonanego zgodnie z projektem i z zasadami wiedzy technicznej, a inwestor zobowiązuje się do dokonania wymaganych przez właściwe przepisy czynności związanych z przygotowaniem robót, w szczególności do przekazania terenu budowy i dostarczenia projektu, oraz do odebrania obiektu i zapłaty umówionego wynagrodzenia.

Jak wskazuje się w doktrynie: „Z orzecznictwa SN (por. wyr. SN z 21.4.2017 r. (I CSK 333/16, Legalis; wyr. SN z 7.3.2013 r., II CSK 476/12, Legalis oraz wyr. SN z 22.6.2007 r., V CSK 99/07, OSP 2009, Nr 1, poz. 7) wynika, że umawianie się na tzw. odbiór bezusterkowy, czyli uzależnianie odebrania obiektu od braku jakichkolwiek wad, jest uznawane przez SN za sprzeczne z właściwością (naturą) zobowiązania wynikającego z umowy o roboty budowlane i naruszające równowagę między inwestorem a wykonawcą, pozostawiając tego ostatniego w niepewności odnośnie do należnego wynagrodzenia oraz zwrotu poniesionych wydatków. Przyjęcie takiego poglądu oznacza, że postanowienia umów o roboty budowlane przewidujące, że odebranie obiektu może nastąpić tylko w przypadku braku jakichkolwiek wad, są nieważne bezwzględnie jako wykraczające poza swobodę umów wyznaczoną właściwością (naturą) zobowiązania (art. 3531 KC w zw. z art. 647 KC).” (K. Osajda (red. serii), W. Borysiak (red. tomu), Kodeks cywilny. Komentarz. Wyd. 29, Warszawa 2021).

Mając na uwadze powyższe Izba nakazała zamawiającemu dokonanie zmiany projektowanych postanowień umowy w ten sposób, że odbiór przedmiotu umowy nie może być uzależniony od jego całkowicie bezusterkowego wykonania.

Zarzut nr 2 d)

Odwołujący powołał się na następujące postanowienia projektu umowy:

§18:

„7. Zmiana wysokości wynagrodzenia może nastąpić również w przypadku zmiany ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia. W okresie trwania podpisanej, obowiązującej umowy podana cena jednostkowa może ulec zmianie kwartalnie o wskaźnik cen towarów i usług konsumpcyjnych ogłaszany przez prezesa GUS. Wzrost składników cenotwórczych nie większy niż 10% nie będzie stanowił podstawy do ubiegania się o wzrost wartości wynagrodzenia należnego Wykonawcy z tytułu wykonania niniejszej umowy.

8. Maksymalna wartość zmiany wynagrodzenia na podstawie okoliczności opisanych w niniejszym paragrafie wynosi 15% wartości niniejszej umowy.

9. Wykonawca, którego wynagrodzenie zostało zmienione zgodnie z postanowieniami niniejszego paragrafu, zobowiązany jest do zmiany wynagrodzenia przysługującego podwykonawcy, z którym zawarł umowę, w zakresie odpowiadającym zmianom cen materiałów lub kosztów dotyczących zobowiązania podwykonawcy."

Odwołujący stwierdził, że ww. postanowienia czynią obowiązkową waloryzację narzędziem iluzorycznym i nie odpowiadają realiom rynkowym. Zgodnie z art. 439 ustawy Pzp w myśl założeń ustawodawcy wynagrodzenia wykonawców mają być urealnione w stosunku do zmieniających się warunków rynkowych realizacji zamówień z użyciem obowiązkowych klauzul waloryzacyjnych. Niejasne zapisy odnoszące się do wskaźnika GUS nie określają jaki wskaźnik należy brać do badania, ponieważ Prezes GUS podaje wskaźnik cen towarów i usług konsumpcyjnych w porównaniu do analogicznego miesiąca z roku poprzedniego, do miesiąca poprzedniego oraz do wzrostu cen w danym roku w stosunku do roku poprzedniego. Wykonawca nie jest w stanie określić, jaki konkretnie wskaźnik zostanie wzięty do wyliczenia w związku ze złożeniem wniosku o waloryzację przez Wykonawcę. Dodatkowo bardzo wysoka wartość graniczna tj. 10% również uniemożliwi przeprowadzenie rzetelnej waloryzacji w związku ze zmianą cen materiałów budowlanych. Odwołujący podał przykłady wskaźników: 1. Wskaźniki cen towarów i usług konsumpcyjnych w lutym 2022 r - 8,5% (ogółem) wzrost w porównaniu z analogicznym miesiącem poprzedniego roku, - 0,3% obniżył się w stosunku do poprzedniego miesiąca ceny towarów i usług; 2. Wskaźniki cen towarów i usług konsumpcyjnych w styczniu 2022 r. (dane wstępne) - 9,2% (ogółem) wzrost w porównaniu z analogicznym miesiącem poprzedniego roku, 1,9% wzrost w stosunku do poprzedniego miesiąca ceny towarów i usług; 3. Wskaźniki cen towarów i usług konsumpcyjnych w grudniu 2021 r. - 8,6 % (ogółem) wzrost w porównaniu z analogicznym miesiącem poprzedniego roku (dodatkowo podawane są wskaźniki takie jak: żywność i napoje bezalkoholowe, napoje alkoholowe i wyroby tyt., odzież i obuwie, użytkowanie mieszkania, transport i wiele innych), 0,9% W stosunku do poprzedniego miesiąca ceny towarów i usług, 5,1% Wzrost cen towarów i usług konsumpcyjnych w 2021 r. w stosunku do roku poprzedniego. Żaden z ww. wskaźników nie przekroczy poziomu 10%, co potwierdza, iż pomimo bardzo dużych wzrostów cen np. stali, betonu i innych materiałów budowalnych, nie odzwierciedla faktycznego wzrostu cen jaki ma miejsce na rynku materiałów budowalnych i usług, które są co najmniej kilkukrotnie wyższe niż wynika to z przedstawionych wskaźników. W ocenie odwołującego klauzula waloryzacyjna powinna ograniczać ryzyka po stronie wykonawcy związane z niestabilną sytuacją na rynku. W związku z powyższym ocena wykonawcy, jaki wskaźnik będzie zastosowany może być mylna i zupełnie inna niż intencja zamawiającego.

Mając na uwadze powyższe odwołujący wniósł o nadanie projektowanym postanowieniom umowy następującego brzemienia:

„7. W okresie trwania podpisanej, obowiązującej umowy podana cena jednostkowa może ulec zmianie o Wskaźnik Waloryzacyjny dla zakresu prac niewykonanych. Gdzie Wskaźnik Waloryzacyjny liczony jest jako suma miesięcznych zmian cen licząc:

- od miesiąca, następującego po miesiącu, w którym umowa został podpisana (ewentualnie od miesiąca, w którym nastąpiło otwarcie ofert, o ile dzień otwarcia ofert był wcześniej niż 180 dni od daty podpisania umowy na podstawie art. 439 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, a w przypadku kiedy wcześniej w ramach umowy miała już miejsce waloryzacja, od miesiąca, w którym miała miejsce ostatnia waloryzacja,

- do miesiąca, w którym został złożony wniosek o waloryzację.

Gdzie miesięczne zmiany ceny są publikowane przez GUS w ramach „Wskaźnika cen produkcji budowlano-montażowej w porównaniu z miesiącem poprzednim". Wysokość Wskaźnika Waloryzacyjnego, o którym mowa powyżej nie większa niż 5% nie będzie stanowiła podstawy do ubiegania się o wzrost wartości wynagrodzenia należnego Wykonawcy

z tytułu wykonania niniejszej umowy. Waloryzacja może być przeprowadzana nie częściej niż raz na kwartał.

8. Maksymalna wartość zmiany wynagrodzenia na podstawie okoliczności opisanych w niniejszym paragrafie wynosi 15% wartości niniejszej umowy.

9. Wykonawca, którego wynagrodzenie zostało zmienione zgodnie z postanowieniami ust. 7 i 8, zobowiązany jest do zmiany wynagrodzenia przysługującego podwykonawcy, z którym zawarł umowę, w zakresie odpowiadającym zmianom cen materiałów lub kosztów dotyczących zobowiązania podwykonawcy, jeżeli łącznie spełnione są następujące warunki:

1) przedmiotem umowy są roboty budowlane lub usługi;

2) okres obowiązywania umowy przekracza 12 miesięcy."

Izba uznała za zasadny zarzut dotyczący nieprecyzyjnego określenia postanowień umowy dotyczących zmiany wysokości wynagrodzenia.

Zgodnie z przepisem art. 439 ust. 1 ustawy Pzp: „Umowa, której przedmiotem są roboty budowlane lub usługi, zawarta na okres dłuższy niż 12 miesięcy, zawiera postanowienia dotyczące zasad wprowadzania zmian wysokości wynagrodzenia należnego wykonawcy, w przypadku zmiany ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia.". Zgodnie z przepisem art. 439 ust. 2 ustawy Pzp: „W umowie określa się: 1) poziom zmiany ceny materiałów lub kosztów, o których mowa w ust. 1, uprawniający strony umowy do żądania zmiany wynagrodzenia oraz początkowy termin ustalenia zmiany wynagrodzenia; 2) sposób ustalania zmiany wynagrodzenia: a) z użyciem odesłania do wskaźnika zmiany ceny materiałów lub kosztów, w szczególności wskaźnika ogłaszanego w komunikacie Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego lub b) przez wskazanie innej podstawy, w szczególności wykazu rodzajów materiałów lub kosztów, w przypadku których zmiana ceny uprawnia strony umowy do żądania zmiany wynagrodzenia; 3) sposób określenia wpływu zmiany ceny materiałów lub kosztów na koszt wykonania zamówienia oraz określenie okresów, w których może następować zmiana wynagrodzenia wykonawcy; 4) maksymalną wartość zmiany wynagrodzenia, jaką dopuszcza zamawiający w efekcie zastosowania postanowień o zasadach wprowadzania zmian wysokości wynagrodzenia."

Odwołujący zasadnie wskazywał, że postanowienia umowy projektowane przez zamawiającego w ww. zakresie są nieprecyzyjne. Nie jest możliwe na ich podstawie ustalenie zarówno konkretnego poziomu zmiany ceny materiałów lub kosztów uprawniającego strony umowy do żądania zmiany wynagrodzenia, jak i sposobu ustalania zmiany wynagrodzenia. Odwołanie się do wskaźnika cen towarów i usług konsumpcyjnych ogłaszanego przez Prezesa GUS nie jest wystarczająco konkretne i nie daje wykonawcy dostatecznych informacji o przysługujących mu uprawnieniach w zakresie zmiany wynagrodzenia, co ma istotne znaczenie również w zakresie oszacowania ryzyka kontraktowego i kalkulacji ceny umowy.

Mając na uwadze powyższe Izba nakazała zamawiającemu dokonanie zmiany projektowanych postanowień umowy poprzez precyzyjne określenie zasad zmiany wysokości wynagrodzenia, przy założeniu, że ma to dotyczyć sytuacji zmiany ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia. Jak bowiem wynika m.in. z przepisu art. 439 ust. 1 i ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp instytucja regulowana tymi przepisami dotyczy ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia. Dalsza ocena projektowanych w ww. zakresie postanowień umowy będzie możliwa po doprecyzowaniu przez zamawiającego obecnych postanowień.

Zarzut nr 2 e)

Odwołujący powołał się na następujące postanowienie projektu umowy:

§3 ust. 3 Umowy: „W przypadku wyznaczenia przez Zamawiającego robót o wartości niższej niż przedmiotowa umowa, Wykonawca nie będzie uprawniony do dochodzenia roszczeń z tytułu zapłaty kwoty za roboty niewykonane, przy czym ostateczna wartość wynagrodzenia za należycie wykonany przedmiot Umowy, nie może być, po skorzystaniu przez Zamawiającego z ww. prawa, niższa niż 75% wynagrodzenia określonego w ust. 1 powyżej."

W ocenie odwołującego możliwość zmniejszenia wynagrodzenia wykonawcy do poziomu 75% (przy uwzględnieniu zmniejszenia ilości prac do wykonania) zbyt daleko ingeruje w sposób kalkulowania ceny i szacowania ryzyka przez wykonawcę. Wskazał, że każda inwestycja wymaga skalkulowania poza kosztami konkretnych prac, również kosztów ogólnych i funkcjonowania przedsiębiorstwa (konsorcjum wykonawców). Przystępując do postępowania oraz na początkowym jego etapie wykonawca dokonuje wielu inwestycji finansowych związanych z prawidłową realizacją przedmiotu zamówienia. Tym samym wykonawca nie może ponosić przez cały okres realizacji przedmiotu zamówienia ryzyka związanego z tak istotnym zmniejszeniem wynagrodzenia, aż do 75%.

Mając na uwadze powyższe odwołujący wniósł o nadanie projektowanym postanowieniom umowy następującego brzemienia:

„W przypadku wyznaczenia przez Zamawiającego robót o wartości niższej niż przedmiotowa umowa, Wykonawca nie będzie uprawniony do dochodzenia roszczeń z tytułu zapłaty kwoty za roboty niewykonane, przy czym ostateczna wartość wynagrodzenia za należycie wykonany przedmiot Umowy, nie może być, po skorzystaniu przez Zamawiającego z ww. prawa, niższa niż 85% wynagrodzenia określonego w ust. 1 powyżej.”

Izba uznała, że zasadność ww. zarzutu nie została przez odwołującego wykazana. Odwołujący w żaden sposób nie wykazał, że możliwość zmniejszenia wynagrodzenia wykonawcy do poziomu 75% (przy uwzględnieniu zmniejszenia ilości prac do wykonania) zbyt daleko ingeruje w sposób kalkulowania ceny i szacowania ryzyka przez wykonawcę. Na poparcie ww. zarzutu odwołujący przedstawił jedynie kilka ogólnych twierdzeń, co należy uznać dalece niewystarczające do uwzględnienia odwołania w tym zakresie.

Biorąc pod uwagę powyższe, Izba orzekła, jak w punkcie drugim i trzecim sentencji, na podstawie art. 553 oraz art. 554 ust. 1 pkt 2, ust. 2, ust. 3 pkt 1 lit. c) oraz ust. 6 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 557, 574 i 575 ustawy Pzp oraz § 7 ust. 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437).

Przewodniczący: