Sygn. akt KIO 858/23

WYROK

z dnia 11 kwietnia 2023 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Monika Kawa-Ogorzałek

Protokolant:

Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 7 kwietnia 2023 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 27 marca 2023r. przez wykonawcę STRABAG Sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie w postępowaniu prowadzonym przez PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. z siedzibą w Warszawie

przy udziale wykonawcy Budimex S.A. z siedzibą w Warszawie zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego

oraz

przy udziale wykonawcy PORR S.A. z siedzibą w Warszawie zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego

oraz

przy udziale wykonawcy TORPOL S.A. z siedzibą w Poznaniu zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego

orzeka:

1. Oddala odwołanie,

2. Kosztami postępowania obciąża Odwołującego - STRABAG Sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł (dwadzieścia tysięcy złotych) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2022 r. poz. 1710 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: .....

UZASADNIENIE

Zamawiający - PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. prowadzi na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2022r., poz. 1710 ze zm.; dalej: „Pzp") postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pn. „Zaprojektowanie i wykonanie robót dla zadania pn.: „Modernizacja linii kolejowej nr 97 na odcinku Żywiec – Sucha Beskidzka" realizowanego w ramach projektu pn.: „Modernizacja linii kolejowej nr 97 na odcinku Żywiec – Sucha Beskidzka".

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 17 marca 2023r., pod numerem 2023/S 055-162109.

W dniu 27 marca 2023 r. wykonawca – STRABAG S.A. z siedzibą w Pruszkowie (dalej: „Odwołujący") wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie, w którym zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 353^1 k.c. w zw. z art. 647 k.c. i art. 651 k.c. w zw. z art. 8 ust. 1 Pzp w zw. z art. 99 ust. 1 i 4 Pzp, poprzez przekroczenie granic swobody i ukształtowanie treści przyszłego stosunku zobowiązaniowego w zakresie odnoszącym się do opisanego niejednoznacznie i niewyczerpująco przedmiotu zamówienia, w sposób naruszający równowagę stron poprzez obciążenie Wykonawcy nieokreślonym ryzykiem, w zakresie, w jakim Zamawiający w § 9 ust. 14 Umowy ustalił, że zmiana Wynagrodzenia netto poprzez jego zwiększenie maksymalnie do wartości pozwalającej na pokrycie dodatkowych, uzasadnionych i udokumentowanych Kosztów Ogólnych, nie ujętych w Kosztach realizowanych Robót, będzie możliwa, jeżeli w przypadkach ograniczonych do wskazanych w § 9 ust. 7 oraz ust. 11 Umowy, dojdzie do formalnego wydłużenia terminu realizacji Umowy lub Etapu bez zmiany zakresu Robót,

2. art. 353^1 k.c. w zw. z art. 471 k.c., 483 § 1 k.c. w zw. z art. 8 ust.1 Pzp, art. 16 pkt 1 i 3 w zw. z art. 134 ust. 1 pkt 20 oraz w zw. z art. 5 oraz w zw. z art. 99 ust. 1 Pzp w sposób sprzeczny z właściwością wzajemnego stosunku zobowiązaniowego, powodując tym samym rażącą nierównowagę stron, ustalając karę umowną z naruszeniem jej istoty, w szczególności poprzez ustalenie w § 28 ust. 1 Warunków Umowy, że kara za niewykonanie w terminie danego Etapu zostanie anulowana w przypadku ukończenia całości robót w czasie pierwotnym ustalonym w dniu zawarcia Umowy, co stanowi nieuzasadnione potrzebami Zamawiającego uprzywilejowanie pozycji Zamawiającego i naruszenie zasady uczciwej konkurencji, zasady proporcjonalności poprzez zastosowanie środków nadmiernych i wykraczających poza to, co jest konieczne dla osiągnięcia celu, jakiemu służyć ma kara umowna oraz równowagi stron stosunku zobowiązaniowego.

W oparciu o przedstawione wyżej zarzuty Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości oraz:

1. nakazanie Zamawiającemu dokonania zmiany treści § 9 ust. 14 Umowy o brzmieniu:

„Jeżeli, w przypadkach o których mowa w ust. 7 oraz ust. 11, z przyczyn nieleżących po stronie Wykonawcy, dojdzie do formalnego (tj. na podstawie pisemnego aneksu do Umowy lub pisemnej ugody/porozumienia miedzy stronami Umowy) wydłużenia terminu realizacji Umowy lub Etapu bez zmiany zakresu Robót, możliwa będzie zmiana Wynagrodzenia netto poprzez jego zwiększenie maksymalnie do wartości pozwalającej na pokrycie dodatkowych, uzasadnionych i udokumentowanych Kosztów Ogólnych, nie ujętych w Kosztach realizowanych Robót."

i nadanie mu brzmienia umożliwiającego zmianę Wynagrodzenia netto poprzez jego zwiększenie w zakresie Kosztów Ogólnych w przypadku wydłużenia terminu realizacji, niezależnie od ewentualnej zmiany zakresu Robót:

„Jeżeli, w przypadkach, o których mowa w § 9 z przyczyn nieleżących po stronie Wykonawcy lub w przypadkach dozwolonych przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych, dojdzie do formalnego (tj. na podstawie pisemnego aneksu do Umowy lub pisemnej ugody/porozumienia miedzy stronami Umowy) wydłużenia terminu realizacji Umowy lub Etapu, możliwa będzie zmiana Wynagrodzenia netto poprzez jego zwiększenie maksymalnie do wartości pozwalającej na pokrycie dodatkowych, uzasadnionych i udokumentowanych Kosztów Ogólnych, nie ujętych w Kosztach realizowanych Robót."

2. Nakazanie Zamawiającemu usunięcie z fragmentu § 28 ust. 1 pkt 1 Warunków Umowy (strona 88) o brzmieniu: „W przypadku ukończenia całości Robót w pierwotnym (tj. ustalonym w dniu zawarcia Umowy) terminie określonym w § 4 ust. 1 pkt 1, kara za niewykonanie w terminie danego Etapu zostanie anulowana. Wymagalność kary za niewykonanie w terminie danego Etapu powstaje w terminie wskazanym w § 4 ust. 1 pkt 1 określonym na dzień zawarcia Umowy. Wykonawcy nie przysługuje roszczenie o zapłatę odsetek."

słów: „w pierwotnym (tj. ustalonym w dniu zawarcia Umowy)" oraz „określonym na dzień zawarcia Umowy"

i nadanie powyższemu fragmentowi § 28 ust. 1 pkt 1 następującego brzmienia: „W przypadku ukończenia całości Robót w terminie określonym w § 4 ust. 1 pkt 1, kara za niewykonanie w terminie danego Etapu zostanie anulowana. Wymagalność kary za niewykonanie w terminie danego Etapu powstaje w terminie wskazanym w § 4 ust. 1 pkt 1. Wykonawcy nie przysługuje roszczenie o zapłatę odsetek.".

Uzasadniając zarzut pierwszy odwołania Odwołujący wskazał, że w § 9 ust. 14 Umowy Zamawiający ustalił: „Jeżeli, w przypadkach o których mowa w ust. 7 oraz ust. 11, z przyczyn nieleżących po stronie Wykonawcy, dojdzie do formalnego (tj. na podstawie pisemnego aneksu do Umowy lub pisemnej ugody/porozumienia miedzy stronami Umowy) wydłużenia terminu realizacji Umowy lub Etapu bez zmiany zakresu Robót, możliwa będzie zmiana Wynagrodzenia netto poprzez jego zwiększenie maksymalnie do wartości pozwalającej na pokrycie dodatkowych, uzasadnionych i udokumentowanych Kosztów Ogólnych, nie ujętych w Kosztach realizowanych Robót." Zgodnie z powyższym zmiana Wynagrodzenia poprzez jego zwiększenie maksymalnie do wartości pozwalającej na pokrycie dodatkowych, uzasadnionych i udokumentowanych Kosztów Ogólnych, nie ujętych w Kosztach realizowanych Robót będzie możliwa jedynie w przypadkach określonych w § 9 ust. 7 oraz ust. 11 oraz nie będzie możliwa w przypadku zmiany zakresu robót.

Zamawiający w Instrukcji dla Wykonawców (IDW), Tom I Specyfikacji Warunków Zamówienia (SWZ) w pkt. 12.1.1 wskazał, iż podana w ofercie cena musi uwzględniać wszystkie wymagania SWZ oraz obejmować wszystkie koszty bezpośrednie i pośrednie, jakie poniesie Wykonawca z tytułu terminowego i prawidłowego wykonania przedmiotu zamówienia. Zgodnie z IDW pkt. 3 za terminowe wykonanie przedmiotu zamówienia należy uznać zrealizowanie zamówienia w ciągu 868 dni od dnia zawarcia Umowy.

Odwołujący wyjaśnił, że w związku z powyższymi wymogami Zamawiającego Wykonawca w cenie ofertowej zobowiązany jest uwzględnić koszty pośrednie w tym koszty ogólne budowy i koszty zarządu z tytułu terminowego wykonania przedmiotu zamówienia w terminie 868 dni. Cena ofertowa nie będzie zawierała kosztów ogólnych budowy i kosztów zarządu do poniesienia po upływie 868 dni. Jak wynika z powołanych powyżej postanowień Umowy Zamawiający zwróci Wykonawcy koszty ogólne budowy, w tym koszty zarządu, z tytułu wydłużenia terminu realizacji Umowy lub Etapu pod warunkiem, że zakres Robót nie uległ zmianie. Na uwagę zasługuje fakt, iż zgodnie z § 9 ust. 8 w przypadku wystąpienia okoliczności wymienionej w ust. 7 (jedna z podstaw do uznania i zapłaty Kosztów Ogólnych) możliwa jest zmiana między innymi zakresu robót.

Według Odwołującego zaskarżone postanowienie Umowy narusza przepisy wskazane w petitum Odwołania. W pierwszej kolejności należy mieć na uwadze, że wysokość kosztów ogólnych, w tym kosztów zarządu jest bezpośrednio zależna od upływu czasu. W przedłużonym okresie realizacji Etapu/Umowy ww. koszty wylicza się w odniesieniu do ich

rzeczywistej wysokości poniesionej przez Wykonawcę. Kwota ta ma wówczas z założenia rekompensować wykonawcy rzeczywiste koszty związane z przedłużeniem okresu realizacji.

Przykład nr 1:

Przedłużenie trwania Etapu i terminu realizacji Umowy z powodu okoliczności opisanych w §9, ust. 7 pkt 1) – odkrycie niezinwentaryzowanych sieci, instalacji – przyczyny niezależne i niezawinione przez Wykonawcę. Po rozpoczęciu realizacji Robót w 300 dniu trwania Umowy, Wykonawca odkrył niezinwentaryzowane sieci/instalacje. W konsekwencji konieczne jest wykonanie dodatkowych prac projektowych (zmian w zatwierdzonej w dokumentacji projektowej), uzgodnień z właścicielami/zarządcami sieci/instalacji a następnie wykonanie dodatkowego/zmienionego zakresu Robót, co trwa łącznie 180 dni. Powyższe spowoduje opóźnienie Robót z zakresu podstawowego leżących na ścieżce krytycznej. Dopiero po usunięciu powyższej przeszkody, Wykonawca może kontynuować dalsze Roboty z zakresu podstawowego.

Skutkiem ww. okoliczności jest wydłużenie realizacji Umowy o 180 dni. O ile roboty dodatkowe (zmieniony zakres) zostaną wykonane w pierwotnym terminie a ich zakończenie nastąpi w 480 dniu od podpisania Umowy (300 dni od podpisania Umowy + 180 dni = 480 dni) o tyle zakres podstawowy Robót (leżący na ścieżce krytycznej), który z ich powodu się opóźni będzie zakończony po upływie 180 dni od pierwotnego terminu zakończenia Umowy, czyli 868 dni + 180 dni = 1048 dniu od podpisania Umowy.

Reasumując na skutek okoliczności opisanych w § 9 ust. 7 pkt 1 Umowy zmianie ulegnie zakres Robót z tym, że będzie on realizowany w pierwotnych terminach, ale wydłużeniu ulegnie okres realizacji zakresu podstawowego, który będzie wykonany i zakończony po upływie pierwotnego terminu zakończenia Umowy. W wydłużonym okresie realizacji (180 dni) Wykonawca będzie ponosił dodatkowe koszty ogólne w tym koszty zarządu, które są kosztami stałymi niezależnymi od wielkości przerobu, a na ich wartość głównie wpływa czas, w którym mają być ponoszone.

Odwołujący wskazał ponadto, że zgodnie z obecnymi postanowieniami Umowy Wykonawca nie będzie miał możliwości ujęcia dodatkowych kosztów ogólnych (za wydłużenie o 180 dni), które będą poniesione w przyszłości, w wycenie robót dodatkowych (realizowanych w pierwotnych terminach), gdyż Zamawiający wymaga, aby koszty te były udokumentowane (dowody poniesienia kosztu). Koszty te powstaną dopiero po pierwotnym terminie na ukończenie Umowy (868 dni) i dopiero wtedy Wykonawca będzie mógł je udokumentować poprzez przedłożenie faktur i innych dowodów księgowych. Zgodnie z § 9 ust. 14 Umowy w obecnym brzmieniu podstawa zwiększenia Wynagrodzenia w zakresie kosztów ogólnych występuje jedynie w przypadku braku zmiany zakresu Robót. W rozpatrywanym wyżej przykładzie (zmiana zakresu robót) zmiana Wynagrodzenia nie będzie możliwa. Jednocześnie też nie jest możliwa kalkulacja takich potencjalnych kosztów ogólnych w cenie oferty.

Przykład nr 2

Po rozpoczęciu realizacji Robót w 300 dniu trwania Umowy, Wykonawca odkrył niezinwentaryzowane sieci/instalacje, zlokalizowane poza koroną torowiska. W konsekwencji konieczne jest wykonanie dodatkowych prac projektowych a następnie wykonanie dodatkowego/zmienionego zakresu Robót. W związku z tym, iż przedmiotowe roboty dodatkowe nie leżały na ścieżce krytycznej, to nie spowodują one wydłużenia pierwotnego terminu zakończenia Umowy. Następnie, w dalszym toku realizacji Robót w 600 dniu ujawniły się okoliczności nie powodujące zmiany zakresu Robót, ale stanowiące podstawę do zmiany (wydłużenia) terminu realizacji Umowy o 90 dni, w trakcie których Wykonawca będzie ponosił dodatkowe koszty ogólne w tym koszty zarządu. Zgodnie z § 9 ust. 14 Umowy w obecnym brzmieniu, w rozpatrywanym przykładzie z uwagi na to, że wcześniej został zmieniony zakres Robót na podstawie § 9 ust. 7 Umowy (niezinwentaryzowane sieci/instalacje), brak będzie podstaw umownych do zwiększenia Wynagrodzenia o wskazane wyżej koszty, które Wykonawca będzie zmuszony ponieść.

Uwzględniając powyższe Odwołujący wskazał, że zaskarżone postanowienie narusza zasady uczciwej konkurencji jak i przekracza granicę swobody umów wyrażoną w art. 353^1 k.c. Zamawiający nie może wykorzystywać swojej pozycji i narzucać takich warunków umowy, które sprzeciwiają się zarówno naturze stosunku zobowiązaniowego jak i zasadom współżycia społecznego, co ma miejsce w niniejszej sprawie poprzez przerzucenie przez Zamawiającego na Wykonawcę ryzyka ponoszenia kosztów ogólnych w czasie wydłużonym realizacji Umowy w przypadku zmiany zakresu robót. Wykonawca na etapie sporządzenia oferty nie jest w stanie przewidzieć dodatkowych kosztów ogólnych w przypadku zmiany zakresu robót w czasie wydłużonym ani nawet zgodnie z IDW nie może uwzględnić dodatkowych kosztów ogólnych w czasie wydłużonym w cenie oferty.

Ponadto Odwołujący wskazał, że zgodnie z art. 99 Pzp Zamawiający zobowiązany jest do jednoznacznego i wyczerpującego opisu przedmiotu zamówienia. W opinii Odwołującego, Zamawiający ustalając w § 9 ust. 14 Umowy, że Wykonawca nie będzie uprawniony do pokrycia dodatkowych kosztów ogólnych w czasie wydłużonym realizacji Umowy w przypadku zmiany zakresu robót nie sprostał temu obowiązkowi.

Kolejno Odwołujący zauważył, że w § 9 ust. 14 Umowy Zamawiający przewidział, że w przypadku wydłużenia terminu realizacji Umowy zmiana Wynagrodzenia Wykonawcy do wartości pozwalającej na pokrycie dodatkowych, uzasadnionych i udokumentowanych Kosztów Ogólnych będzie możliwa jedynie w z powodu okoliczności wskazanych w Umowie § 9 ust. 7 i ust. 11, z pominięciem okoliczności wskazanych w § 9 ust. 2, ust. 4, ust. 5, ust. 6, ust. 10, ust. 12 i ust. 13. W § 9 ust. 2, ust. 4, ust. 5, ust. 6, ust. 10, ust. 12 i ust. 13. Zamawiający przewidział okoliczności będące podstawą zmiany terminu zakończenia Etapu/Umowy, lub do zmiany terminu zakończenia Etapu/Umowy i zmiany Wynagrodzenia.

Zamawiający przewidział zmianę terminów, ale nie przewidział zwiększenia Wynagrodzenia Wykonawcy. Dla przykładu zwłoka Zamawiającego w przekazaniu Wykonawcy dokumentu pn. oświadczenie o posiadanym prawie do dysponowania nieruchomościami na cele budowlane – który zgodnie z art. 32 ust. 4 Prawa budowlanego, jest niezbędny do uzyskania decyzji administracyjnej o pozwoleniu na budowę, skutkować będzie opóźnieniem rozpoczęcia robót budowlanych, ich zakończeniem i w konsekwencji wydłużeniem realizacji Umowy. W wydłużonym okresie realizacji (poza terminem umownym) Wykonawca będzie ponosił dodatkowe Koszty Ogólne, na skutek okoliczności stanowiących ryzyko Zamawiającego – opóźnienie w dostarczeniu dokumentów niezbędnych do uzyskania decyzji administracyjnych. Mając na uwadze powyższe, niezrozumiałe jest ograniczenie przez Zamawiającego możliwości zmiany Wynagrodzenia poprzez jego zwiększenie w zakresie Kosztów Ogólnych, jedynie do okoliczności wymienionych w § 9 ust. 7 i ust. 11. Brak możliwości zmiany Wynagrodzenia poprzez jego zwiększenie w zakresie Kosztów, jakie mogą powstać w związku z okolicznościami wskazanymi w § 9 ust. 2, ust. 4, ust. 5, ust. 6, ust. 10, ust. 12 i ust. 13 stanowi nieuzasadnione przerzucenie na Wykonawcę ryzyka z tym związanego. W związku z tym Odwołujący wnosi o zmianę § 9 ust. 14 Umowy tak, aby możliwa była zmiana Wynagrodzenia w przypadku wystąpienia którejkolwiek z okoliczności wskazanych w § 9 Umowy, a nie tylko ograniczonych do ust. 7 i 11.

Uzasadniając zarzut nr 2, Odwołujący wskazał, że w Warunkach Umowy - § 28 ust. 1 pkt 1 na stronie 88 po literze l) Zamawiający zawarł postanowienie o następującej treści: „W przypadku ukończenia całości Robót w pierwotnym (tj. ustalonym w dniu zawarcia Umowy) terminie określonym w § 4 ust. 1 pkt 1, kara za niewykonanie w terminie danego Etapu zostanie anulowana. Wymagalność kary za niewykonanie w terminie danego Etapu powstaje w terminie wskazanym w § 4 ust. 1 pkt 1 określonym na dzień zawarcia Umowy. Wykonawcy nie przysługuje roszczenie o zapłatę odsetek.” Zgodnie z powyższym kara za niewykonanie danego etapu w terminie zostanie anulowana jedynie w przypadku, gdy całość robót zostanie ukończona w czasie pierwotnym ustalonym w dniu zawarcia Umowy. A zatem w przypadku, gdy strony zawrą aneks do Umowy w zakresie zmiany terminu wykonania danego etapu, przez co automatycznie zmieni się odpowiednio termin zakończenia całości robót, tj. termin zakończenia wszystkich robót będzie automatycznie inny niż termin pierwotnie ustalony w dniu zawarcia Umowy, to w przypadku zwłoki Wykonawcy w wykonaniu innego etapu, Wykonawca będzie zobowiązany do zapłaty kary umownej za zwłokę w wykonaniu tego innego etapu, pomimo że Strony umownie wydłużą termin zakończenia robót. Punktem odniesienia dla anulowania kary za dany etap zgodnie z powyższym postanowieniem Umowy jest bowiem to, czy całość robót zostanie zakończona w pierwotnym czasie ustalonym w dniu zawarcia Umowy.

Postanowienie Umowy ustalone przez Zamawiającego, zgodnie z którym anulowanie kary za zwłokę w wykonaniu danego etapu będzie miało miejsce w przypadku ukończenia całości Robót w terminie pierwotnym (tj. ustalonym w dniu zawarcia Umowy), stanowi w istocie naruszenie zasady uczciwej konkurencji i proporcjonalności. Wykonawca przygotowując ofertę powinien mieć możliwość oszacowania ryzyk związanych z realizacją przedmiotu umowy. Jednym z takich ryzyk jest ryzyko terminowe i powiązane z tym ryzyko naliczenia kar umownych na wypadek nieterminowego wykonania zobowiązania. Mając na względzie treść Warunków Umowy w kwestionowanym zakresie, Wykonawca nie jest w stanie przewidzieć możliwych zmian terminów wykonania poszczególnych etapów Umowy, które mogą ulec zmianie na skutek okoliczności przewidzianych w § 9 Umowy i na zasadach przewidzianych w § 9 Umowy a także ustalić w dniu złożenia oferty, czy wykona Umowę w terminie ustalonym pierwotnie w dniu podpisania Umowy. Uzależnienie anulowania kar umownych za poszczególne etapy od zakończenia robót w terminie pierwotnym ustalonym w dniu zawarcia umowy stanowi w istocie wypaczenie sensu kary umownej. Niezrozumiałe i sprzeczne z naturą zobowiązania jest oczekiwanie wykonania przedmiotu Umowy w pierwotnym, ustalonym na etapie przetargu Czasie na Ukończenie, pomimo podstaw zmian tego terminu. Z jednej strony Zamawiający sygnuje przesunięcie terminu wykonania jednego etapu, a w konsekwencji zmianę terminu wykonania pozostałych etapów, a następnie w przypadku zwłoki wykonawcy w wykonaniu innego etapu naliczyć wykonawcy karę umowną za zwłokę w wykonaniu tego etapu z powodu niedotrzymania pierwotnego terminu zakończenia robót ustalonego w dniu podpisania Umowy, pomimo że przecież za zgodą Zamawiającego ulega zmianie termin zakończenia całości robót. Tak sformułowane postanowienie stanowi nadużycie przez Zamawiającego uprawnień do kształtowania treści zapisów umownych, a kary umowne w takim wypadku tracą swój charakter motywujący wykonawcę do terminowej realizacji umowy (np. poprzez dodatkową mobilizację sprzętu i ludzi) i przybierają wyłącznie charakter represyjny. Przyczyną zastosowania tej kary nie będzie bowiem dyscyplinowanie wykonawcy, lecz wyłącznie element represyjny.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie z dnia 6 kwietnia 2023r. wniósł o jego oddalenie w całości.

Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając złożone odwołanie na rozprawie i uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz stanowiska stron zaprezentowane ustnie do protokołu rozprawy, a także złożone dowody ustaliła i zważyła co następuje:

Odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie.

Izba ustaliła, że Odwołujący posiada interes we wniesienia odwołania wynikający z art. 505 Pzp.

Izba stwierdziła, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 528 Pzp i skierowała sprawę na rozprawę.

Izba dopuściła wykonawców zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

Na wstępie wskazać należy, że odwołanie dotyczące projektowanych postanowień umowy może zostać uwzględnione przez Izbę wyłącznie w sytuacji, gdy stwierdzi ona naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia (art. 554 ust. 1 pkt 1 Pzp) lub niezgodność projektowanego postanowienia umowy z wymaganiami wynikającymi z przepisów ustawy (art. 554 ust. 1 pkt 2 Pzp).

Izba ustaliła, że Zamawiający w treści § 9 ust. 14 Umowy postanowił, że „Jeżeli, w przypadkach o których mowa w ust. 7 oraz ust. 11, z przyczyn nieleżących po stronie Wykonawcy, dojdzie do formalnego (tj. na podstawie pisemnego aneksu do Umowy lub pisemnej ugody/porozumienia miedzy stronami Umowy) wydłużenia terminu realizacji Umowy lub Etapu bez zmiany zakresu Robót, możliwa będzie zmiana Wynagrodzenia netto poprzez jego zwiększenie maksymalnie do wartości pozwalającej na pokrycie dodatkowych, uzasadnionych i udokumentowanych Kosztów Ogólnych, nie ujętych w Kosztach realizowanych Robót.”.

W ocenie Odwołującego powyższe postanowienie przekracza granicę swobody umów oraz prowadzi do naruszenia równowagi stron poprzez obciążenie wykonawcy nieokreślonym ryzykiem, w zakresie, w jakim Zamawiający w § 9 ust. 14 Umowy ustalił, że zmiana Wynagrodzenia netto poprzez jego zwiększenie maksymalnie do wartości pozwalającej na pokrycie dodatkowych, uzasadnionych i udokumentowanych Kosztów Ogólnych, nie ujętych w Kosztach realizowanych Robót, będzie możliwa, jeżeli w przypadkach ograniczonych do wskazanych w § 9 ust. 7 oraz ust. 11 Umowy, dojdzie do formalnego wydłużenia terminu realizacji Umowy lub Etapu bez zmiany zakresu Robót.

Wskazać należy, że zgodnie z pkt 12.1.1. Instrukcji dla Wykonawców (IDW), TOM I SWZ „Podana w ofercie cena ofertowa brutto musi uwzględniać wszystkie wymagania niniejszej SWZ oraz obejmować wszystkie koszty bezpośrednie i pośrednie, jakie poniesie Wykonawca z tytułu terminowego i prawidłowego wykonania całości przedmiotu Zamówienia (Zakres podstawowy i Opcje) oraz podatek od towarów i usług (nie dotyczy Wykonawców zagranicznych, którzy nie są płatnikami podatku VAT w Polsce).”. Jak natomiast wynika z pkt 12.5 IDW: Wykonawca musi dołączyć do oferty wypełnione Rozbicie Ceny Ofertowej

(„RCO”). Wykonawca musi wycenić wszystkie pozycje Rozbicia Ceny Ofertowej, gdzie zarówno ceny jednostkowe, jak i cena za daną pozycję jest podana z matematycznym zaokrągleniem do dwóch miejsc po przecinku i jest różna od zera. Każda pozycja RCO powinna zostać wyceniona zgodnie z zakresem w niej opisanym. Nie dopuszcza się wliczania kosztów wykonania jakiejkolwiek pozycji RCO w inną pozycję RCO. Zgodnie natomiast z pkt 12.7 IDW: „Ceną oferty jest suma wartości wszystkich pozycji podanych w wypełnionym Rozbiciu Ceny Ofertowej, powiększona o podatek VAT.”

Z powyższych postanowień wynika więc wprost, że w ofercie, a także w RCO, należy zatem ująć wszystkie koszty realizacji przedmiotu zamówienia, a więc także Koszty Ogólne. Koszty Ogólne nie są natomiast oddzielnie ujmowane w RCO. W konsekwencji każda z pozycji RCO dla Robót oprócz ujęcia w niej kosztów bezpośrednich zawiera w sobie koszty pośrednie, w tym Koszty Ogólne.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie wskazał, że kalkulację wartości Robót nieobjętych pierwotnie Umową, albo ujętych w Umowie, ale w mniejszym zakresie, opierać się będzie na odpowiednich dla tych robót pozycjach RCO, które agregują Koszty Ogólne. Ponadto wyjaśnił, że „obliczając koszt Robót zgodnie z Umową tj. oparciu o pozycje RCO, uwzględnia się automatycznie Koszty tj. koszty związane z wydłużeniem terminu realizacji Umowy jak koszt ubezpieczenia, koszty zaplecza itp. Nie jest zatem uzasadnione, aby jak wnosi Odwołujący, doliczać Koszty Ogólne do ceny Robót skalkulowanej w opisany wyżej sposób tj. takiej, która już takie Koszty Ogólne uwzględnia. W sytuacji, gdy wartość Robót kalkulowana jest w inny sposób niż w oparciu o RCO, a więc zgodnie z regułami określonymi w §12 ust. 4 pkt 2) i 3) Umowy tj. w oparciu o stosowane katalogi cen robót lub uzasadniony, rynkowy Koszt wykonania, a Koszt Ogólny nie jest wkalkulowany w wartość Robót, to dyspozycja §9 ust. 14 Umowy nie wyłącza jednak z kalkulacji dodatkowego Wynagrodzenia kosztów ujmowanych jako Koszty Ogólne, które zgodnie z definicją z §1 pkt 16) wliczają się w pojęcie Kosztu jako takiego.”.

Uwzględniając powyższe, wskazać należy, że w ocenie Izby zarzut jest niezasadny. Podkreślić należy, że nawet w sytuacji zwiększenia zakresu czy wielkości robót, Wykonawcy będzie przysługiwało wynagrodzenie na pokrycie Kosztów Ogólnych wyliczone na podstawie odpowiednich postanowień wynikających z dokumentacji postępowania. Postanowienia zawarte w Umowie uwzględniają więc w ocenie Izby uzasadniony interes Wykonawcy, a ponadto nie naruszają równowagi stron Umowy. Odwołujący nie wykazał natomiast, że taki sposób wyliczania wysokości Kosztów Ogólnych, przy zmianie zakresu robót, jak wskazał Zamawiający jest niewystarczający, czy też rażąco zaniżony. Izba podzieliła stanowisko Zamawiającego, że niezasadne są dążenia Odwołującego do ustalenia wypłaty dodatkowego wynagrodzenia bez wykazania przez Wykonawcę, że dodatkowe koszty będą

przez niego faktycznie poniesione i w jakiej nastąpi to wysokości. Jak słusznie bowiem wskazano w wyroku KIO z dnia 21 lutego 2023 r., o sygn.. akt KIO 317/23, w którym Izba wskazała, że „nie korzystają zatem z ochrony prawnej dążenia ukierunkowane jedynie na ukształtowanie korzystniejszej dla wykonawców treści opisu przedmiotu zamówienia lub postanowień przyszłej umowy, jeżeli treść nadana przez Zamawiającego nie narusza obowiązujących przepisów. Nawet w sytuacji, gdy zaskarżone postanowienia dokumentów zamówienia mogłyby być sformułowane lepiej pod kątem racjonalności czy celowości lub być mniej restrykcyjne dla wykonawców, to jeśli nie stoją one w sprzeczności z obowiązującymi przepisami prawa, odwołanie nie może zostać uwzględnione. Legalność jest bowiem jedynym kryterium oceny stosowanym przez Izbę w postępowaniu odwoławczym. Inne aspekty mogą podlegać określonym konsultacjom z uczestnikami rynku (przykładowo w ramach takiego rodzaju przedsięwzięć, jak wskazane przez Zamawiającego Forum Inwestycyjne). Wypracowywaniu optymalnych rozwiązań nie służy natomiast postępowanie odwoławcze, które jest wyłącznie środkiem eliminacji działań naruszających przepisy ustawy i w tym właśnie aspekcie mogły być ocenione podniesione w rozpoznawanej sprawie zarzuty.”.

Uwzględniając postanowienia umowy, Izba stwierdziła, że zmiana, o którą wnosi Odwołujący zmierza nie do doprowadzenia kwestionowanych zapisów Umowy do zgodności z prawem, ale do modyfikacji zasad rozliczania ewentualnych zmian Umowy na korzystniejsze dla Wykonawcy.

W konsekwencji w ocenie Izby postanowienia § 9 ust. 14 Umowy pozostają w zgodzie z przepisami prawa, w tym ze

wskazywanym w odwołaniu art. 353^1 k.c. w zw. z art. 647 k.c. i art. 651 k.c. w zw. z art. 8 ust. 1 Pzp w zw. z art. 99 ust. 1 i 4 Pzp, a więc zarzut podlegał oddaleniu.

Odnosząc się do zarzutu numer dwa wskazać należy, że wprowadzona przez Zamawiającego możliwość anulowania kar umownych przewidzianych w §28 ust. 1 pkt 1 Umowy nie narusza wskazanych w odwołaniu przepisów, w tym art. 471 kc oraz art. 483 § 1 kc. Żaden bowiem przepis obowiązującego prawa nie nakazuje Zamawiającemu wprowadzenia możliwości anulowania kar umownym naliczonych wykonawcy w trakcie realizacji umowy za zwłokę. Fakt, że ani przepisy kc ani Pzp nie przewidują takiej możliwości nie stanowi jednak okoliczności potwierdzającej, że wprowadzone przez Zamawiającego rozwiązanie jest sprzeczne z prawem. Okoliczność natomiast, że Zamawiający przewidział w umowie możliwość anulowania kar, które zostały wykonawcy zasadnie naliczone w wyniku zwłoki przy realizacji Kontraktu, jest formą premiowania wykonawcy, który pomimo opóźnień na danym etapie realizacji Umowy zakończy realizację umowy w czasie pierwotnie ustalonym w Umowie.

Mając powyższe na względzie orzeczono jak w sentencji.

O kosztach Izba orzekła na podstawie art. 557 i 575 Pzp.

Przewodniczący: ……