Sygn. akt: KIO 440/24

KIO 501/24

WYROK

Warszawa, dnia 4 marca 2024 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Katarzyna Prowadzisz

Protokolant: Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 28 lutego 2024 roku odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej

A. w dniu 9 lutego 2024 roku przez wykonawcę Park-M Poland spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Starym Sączu (sygn. akt KIO 440/24),

B. w dniu 15 lutego 2024 roku przez wykonawcę Park-M Poland spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Starym Sączu (sygn. akt KIO 501/24)

w postępowaniach prowadzonych przez Zamawiającego – Gmina Wrocław, Zarząd Zieleni Miejskiej

orzeka:

1.

Uwzględnia odwołanie w sprawie o sygn. akt KIO 440/24 w części i w odniesieniu do zarzutu 2 i nakazuje Zamawiającemu:

- wykreślenie z § 3 ust 1 pkt 37 wzoru umowy,

- wykreślenie § 3 ust 1 pkt 10 wzoru umowy,

- wykreślenie § 3 ust 1 pkt 24 wzoru umowy,

- wykreślenie § 3 ust 1 pkt 29 i 30 wzoru umowy.

W pozostałym zakresie zarzuty odwołania Izba uznała za niezasadne.

Uwzględnia odwołanie w sprawie o sygn. akt KIO 501/24 w części i w odniesieniu do zarzutu 2 i nakazuje Zamawiającemu:

- wykreślenie z § 3 ust 1 pkt 7 wzoru umowy słów: oraz zapewnienie środka transportu dla przedstawicieli Wykonawcy i Zamawiającego w trakcie kontroli i przeglądu terenów,

- wykreślenie § 3 ust 1 pkt 10 wzoru umowy,

- wykreślenie § 3 ust 1 pkt 13 wzoru umowy,

- wykreślenie w § 3 ust 1 pkt 17 wzoru umowy słów: zapewnienia

bezpieczeństwa uczestnikom ruchu drogowego (w tym pieszego) w czasie trwania robót, prowadzenia robót,

- wykreślenie § 3 ust 1 pkt 24 wzoru umowy,

- wykreślenie § 3 ust 1 pkt 29 i 30 wzoru umowy.

W pozostałym zakresie zarzuty odwołania Izba uznała za niezasadne.

2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę Park-M Poland spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Starym Sączu w sprawach sygn. akt KIO 440/24 i sygn. akt KIO 501/24 oraz Zamawiającego Gmina Wrocław, Zarząd Zieleni Miejskiej w sprawach sygn. akt KIO 440/24 i sygn. akt KIO 501/24:

2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 30 000,00 zł (słownie: trzydzieści tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę Park-M Poland spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Starym Sączu w sprawach sygn. akt KIO 440/24 i sygn. akt KIO 501/24 tytułem wpisów od odwołań, kwotę 6 888,00 zł (słownie: sześć tysięcy osiemset osiemdziesiąt osiem złotych zero groszy) poniesioną przez wykonawcę Park-M Poland spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Starym Sączu w sprawach

sygn. akt KIO 440/24 i sygn. akt KIO 501/24 tytułem wynagrodzenia pełnomocnika, kwotę 7 200,00 zł (słownie: siedem tysięcy dwieści złotych zero groszy) poniesioną przez Zamawiającego Gmina Wrocław, Zarząd Zieleni Miejskiej tytułem wynagrodzenia pełnomocnika,

2.2 zasądza od wykonawcy Park-M Poland spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Starym Sączu w sprawach sygn. akt KIO 440/24 i sygn. akt KIO 501/24 na rzecz Zamawiającego Gmina Wrocław, Zarząd Zieleni Miejskiej w sprawach sygn. akt KIO 440/24 i sygn. akt KIO 501/24 kwotę 6 400,00 zł (słownie: sześć tysięcy czterysta złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione przez Zamawiającego Gminę Wrocław, Zarząd Zieleni Miejskiej w sprawach sygn. akt KIO 440/24 i sygn. akt KIO 501/24 stosowanie do wyniku postępowania,

2.3 zasądza od Zamawiającego Gminy Wrocław, Zarząd Zieleni Miejskiej w sprawach sygn. akt KIO 440/24 i sygn. akt KIO 501/24 na rzecz wykonawcy Park-M Poland spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Starym Sączu w sprawach sygn. akt KIO 440/24 i sygn. akt KIO 501/24 kwotę 4 098,00 zł (słownie: cztery tysiące dziewięćdziesiąt osiem złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione przez wykonawcy Park-M Poland spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Starym Sączu w sprawach sygn. akt KIO 440/24 i sygn. akt KIO 501/24 stosowanie do wyniku postępowania,

Na orzeczenie - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie -sądu zamówień publicznych.

Przewodnicząca: ……

Sygn. akt: KIO 440/24

KIO 501/24

U Z A S A D N I E N I E

Zamawiający – Gmina Wrocław, Zarząd Zieleni Miejskiej prowadzi postępowania o udzielenie zamówienia publicznego:

A. pod nazwą: „Kompleksowa konserwacja zieleni przyulicznej we Wrocławiu” (Znak postępowania: ZP/PN/220/6/2024/DZ) – sygnatura sprawy odwoławczej: sygn. akt KIO 440/24,

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 61651-2024 w dniu 30 stycznia 2024 roku.

B. pod nazwą „Kompleksowa konserwacja parków i zieleńców na terenie Gminy Wrocław” (Znak postępowania: ZP/PN/220/7/2024/DZ) zadania I – XIV – sygnatura sprawy odwoławczej: sygn. akt KIO 501/24,

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 75553-2024 w dniu 5 luty 2024 roku.

Wykonawca Park-M Poland spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Starym Sączu działając w oparciu o art. 505 ust 1 w zw. z art. 513 pkt 1 i 2 i art. 515 ust 2 pkt 1 ustawy z dnia 11 września 2019 roku Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2023 poz. 1605 ze zm. dalej: „Pzp” lub „ustawa”), wniósł odwołania wobec treści postanowień wzoru Umowy załączonej do specyfikacji warunków zamówienia (jako załącznik nr 13 do SWZ) w dniu 9 lutego 2024 roku w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego przez Zamawiającego pod nazwą: „Kompleksowa konserwacja zieleni przyulicznej we Wrocławiu” (Znak postępowania: ZP/PN/220/6/2024/DZ) oraz

w dniu 15 lutego 2024 w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego przez Zamawiającego pod nazwą: „Kompleksowa konserwacja parków i zieleńców na terenie Gminy Wrocław” (Znak postępowania: ZP/PN/220/7/2024/DZ) zadania I – XIV

zarzucając Zamawiającemu w ramach odwołań:

1) prowadzenie i przygotowanie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego z naruszeniem podstawowych zasad ustawy, tj. równego traktowania wykonawców, zachowania uczciwej konkurencji i legalizmu,

2) wprowadzenie do wzoru umowy niejednoznacznych, nieprecyzyjnych i niekonkretnych zapisów uniemożliwiających obliczenie ceny i złożenie oferty,

3) wprowadzenia do wzoru umowy zapisów wyłączających możliwość zastosowania przez Wykonawcę art. 357(1) kc,

4) wprowadzenie do wzoru umowy wygórowanych i nadmiernych kar umownych,

5) wprowadzenie do wzoru umowy niedozwolonych kar umownych za opóźnienie oraz kar umownych nie związanych z przedmiotem zamówienia,

6) ustalenie kary umownej łącznej (maksymalnej) w wysokości całkowitego wynagrodzenia za świadczoną

usługę,

7) ustalenie limitu waloryzacyjnego na niewspółmiernie do warunków gospodarczych niskim poziomie,

8) wprowadzenie do wzoru umowy możliwości zmniejszenia zakresu prac do 20% wynagrodzenia określonego w umowie,

9) łączenie w zapisach umowy dwóch rodzajów odpowiedzialności kontraktowej i tej opartej na zasadzie ryzyka,

10) uzależnienia postanowieniami wzoru umowy podpisania protokołu od jego „bezusterkowości" – wskazane w sprawie odwołania sygn. akt KIO 501/24.

Czynnościom Zamawiającego Odwołujący zarzucił naruszenie następujących przepisów ustawy:

1) art. 16 pkt 1 ustawy w zw. z art. 8 ust 1 ustawy oraz art. 647 kc przez wymaganie w zapisach wzoru Umowy – wbrew obowiązującemu orzecznictwu – „bezusterkowego odbioru końcowego", co skutkuje tym, iż narusza się przepisy kodeksu cywilnego w tym przedmiocie, a zapisy wzoru Umowy pozostają w oczywistej sprzeczności z ugruntowanym orzecznictwem;

2) art. 16 pkt 1 ustawy w zw. z art. 99 ust 1 i 4 ustawy przez wprowadzenie do wzoru umowy, niejednoznacznych, nieprecyzyjnych zwrotów i terminów uniemożliwiających lub utrudniających w znacznym stopniu złożenie ofert w postępowaniu i wyliczenie ich cen, co wpływa także na nierówne traktowanie wykonawców i naruszenie zasady uczciwej konkurencji;

3) art. 16 pkt 1 ustawy oraz art. 433 ust 1 i 2 ustawy przez wprowadzenie do wzoru Umowy

a) kar umownych za opóźnienie, podczas gdy jest to dopuszczalne wyjątkowo i w sytuacji gdy uzasadniają to okoliczności lub zakres zamówienia, czego w badanym postępowaniu Zamawiający nie wykazuje, oraz

b) kar umownych za „czyny pośrednio związane z przedmiotem umowy", a także popełniane „na szkodę środowiska naturalnego" i pozostające w „sprzeczności ze statutowymi celami Zamawiającego", a więc takie, które nie są związane z przedmiotem zamówienia,

4) art. 16 pkt 1 ustawy w zw. z art. 99 ust 1 ustawy oraz art. 8 ustawy w zw. z art. 357 (1) kc przez wprowadzenie do wzoru Umowy zapisów w oparciu o które wyłączona byłaby możliwość dochodzenia – w oparciu o treść art. 357 (1) kc – praw Wykonawcy przed sądem w przypadku nadzwyczajnej zmiany stosunków, co prowadziłoby do tego, iż Wykonawcy kalkulując ofertę musieliby uwzględniać nieograniczona liczbę ryzyk, które wpływałyby na koszt realizacji zamówienia, co z kolei skutkowałoby składaniem nieporównywalnych ofert, a samo postępowanie prowadzone byłoby z naruszeniem podstawowych zasad wyrażonych w art. 16 pkt 1 ustawy tj. zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji;

5) art. 16 pkt 1 – 3 w zw. z art. 8 ust 1 ustawy w zw. z art. 5 k.c. i art. 353(1) kc. przez ukształtowanie we wzorze Umowy maksymalnego poziomu wysokości kar umownych, których może dochodzić Zamawiający na pułapie pełnego wynagrodzenia Wykonawcy, co jest wartością niewspółmierną, sprzeczną zasadami współżycia społecznego;

6) art. 16 pkt 1 ustawy w zw. z art. 8 ust 1 ustawy oraz art. 484 § 2 k.c przez wprowadzenie do wzoru Umowy kar umownych nadmiernych, które winny zostać ustalone na niższym niż aktualnie poziomie;

7) art. 439 ust. 1-4 ustawy w zw. z art. 16 pkt 1 - 3 ustawy oraz art. 353 (1) k.c. w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy przez wprowadzenie maksymalnego pułapu waloryzacji na nieadekwatnym do warunków gospodarczych poziomie;

8) art. 16 pkt 1, 2 i 3 ustawy w zw. z art. 433 pkt 4 ustawy w zw. z art. 8 ust 1 ustawy oraz art. 5 kc w zw. z art. 353 (1) k.c. przez wskazanie możliwości ograniczenia zamówienia do poziomu rażąco niskiego, nieproporcjonalnego, co skutkuje naruszenie zasady równego traktowania wykonawców, uniemożliwia realną wycenę oferty (art. 99 ust 1 ustawy pzp) z uwagi na niepewność do faktycznego zakresu, który w ramach zamówienia realizował będzie Wykonawca;

9) art. 16 pkt 1 – 3 ustawy w zw. z art. 8 ust 1 ustawy, art. 471 kc i art. 430 kc, art. 433– 436 kc oraz 474 kc przez łączenie w zapisach Umowy odpowiedzialności kontraktowej z odpowiedzialnością opartą na zasadzie ryzyka,

Odwołujący wniósł o:

1) merytoryczne rozpoznanie przez Izbę przedmiotowego odwołania;

2) nakazanie Zamawiającemu dokonania modyfikacji postanowień Umownych w zakresie określonym odwołaniem w ten sposób, iż (w odniesieniu do obu odwołań, ewentualne różnice we wnioskach odwołań zostały oznaczone):

a) w zakresie § 2 ust 2 wzoru Umowy – usunięcie wymogu „bezusterkowego odbioru końcowego" i wprowadzenia miast niego w ustępie tym zwrotu „wolnego od wad istotnych", który dopuszczałby odbiór z wadami nieistotnymi,

b) w zakresie § 2 ust 3 wzoru Umowy – poprzez jego usunięcie (tak w sygn. akt KIO 440/24); w zakresie § 2 ust 3 wzoru Umowy – poprzez jego usunięcie względnie doprecyzowanie użytych terminów (tak w sygn. akt KIO 501/24),

c) w zakresie § 3 ust 1 pkt 7 wzoru Umowy – przez modyfikację przedmiotowego pkt. by ten otrzymał brzmienie „udziału we wszelkich kontrolach terenowych przeprowadzanych przez pracowników Zamawiającego w zakresie rejonu objętego przedmiotem umowy",

d) w zakresie § 3 ust 1 pkt 10 wzoru Umowy – doprecyzowanie (wytaksowanie) w pkt 10 z jakimi podmiotami i w jakim zakresie Zamawiający przewiduje współpracę,

e) w zakresie § 3 ust 1 pkt 13 wzoru Umowy – przez jego usunięcie,

f) w zakresie § 3 ust 1 pkt 17 wzoru Umowy – przez jego modyfikację by ten otrzymał brzmienie „zabezpieczenia na własny koszt terenu robót w sposób zgodny z przepisami prawa i BHP tj. zastosowania odpowiedniego oznakowania, sygnalizacji ostrzegawczej, prowadzenia robót w sposób ograniczający do minimum utrudnienie ruchu pojazdów i pieszych",

g) w zakresie § 3 ust 1 pkt 24 wzoru Umowy – przez jego usunięcie,

h) w zakresie § 3 ust 1 pkt 29 i 30 wzoru Umowy – przez jego usunięcie względnie doprecyzowanie przez Zamawiającego ilości „odkupowanego od Zamawiającego drewna" oraz „odpadów pozyskanych z rozbiórki obiektów",

i) w zakresie § 3 ust 1 pkt 37 wzoru Umowy - przez przedstawienie przez

Zamawiającego stanu fitosanitarnego drzew, przed przejęciem (tak w sygn. akt KIO 440/24),

j) w zakresie § 3 ust 2 wzoru Umowy oraz § 12 ust 8 wzoru Umowy – przez zmodyfikowanie umowy w ten sposób był stosowana w niej była tylko

odpowiedzialność kontraktowa (tak w sygn. akt KIO 440/24);

w zakresie § 3 ust 2 wzoru Umowy oraz § 12 ust 6 wzoru Umowy – poprzez zmodyfikowanie umowy w ten sposób był stosowana w niej była tylko 7

odpowiedzialność kontraktowa (tak w sygn. akt KIO 501/24),

k) w zakresie § 6 ust 4 wzoru Umowy – przez jego usunięcie,

l) w zakresie § 6 ust 4 wzoru Umowy – przez jego usunięcie,

m) w zakresie § 7 ust 2, 3, i 12 wzoru Umowy - usunięcie wymogu „bezusterkowego odbioru końcowego" i wprowadzenia miast niego w ustępie tym zwrotu „wolnego od wad istotnych", który dopuszczałby odbiór z wadami nieistotnymi,

n) w zakresie § 14 ust 1 wzoru Umowy – przez zmianę wysokości łącznej kar

umownych,

o) w zakresie § 14 ust 2 wzoru Umowy – przez jego usunięcie,

p) w zakresie § 14 ust 4 wzoru Umowy – przez jego usunięcie,

q) w zakresie § 14 ust. 5 lit b, c, e wzoru Umowy – przez ich modyfikację z uwagi na fakt, iż są wygórowane,

r) w zakresie § 19 ust 2 wzoru Umowy – przez modyfikację i zmniejszenie wartości wskazanej w ust 2 do 10 %,

s) w zakresie § 20 ust 1 pkt 2 wzoru Umowy – przez modyfikację zapisu niniejszego i zwiększenie maksymalnej waloryzacji do poziomu 20 %.

Odwołujący podał, w zakresie każdego z odwołań (sygn. akt KIO 440/ 24 i sygn. akt KIO 501/24), że posiada interes we wniesieniu odwołania, sstosownie do treści art. 505 ust 1 ustawy środki ochrony prawnej – w tym odwołanie do Krajowej Izby Odwoławczej – przysługują wykonawcy, jeżeli ma lub miał on interes w uzyskaniu zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy. Odwołujący oświadczył, że ma interes w złożeniu niniejszego odwołania, ponieważ obecne postanowienia ogłoszenia o zamówieniu, umowy i SWZ naruszają przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych, a w konsekwencji uniemożliwiają lub utrudniają mu złożenie oferty i ubieganie się o przedmiotowe zamówienie. Tym samym, w wyniku naruszenia przez Zamawiającego wskazanych w treści odwołania przepisów ustawy, Odwołujący może ponieść szkodę w postaci utraty możliwości pozyskania przedmiotowego zamówienia, a ponadto jest narażony na szkodę polegającą na pozbawieniu Odwołującego realnych korzyści finansowych wynikających z tytułu realizacji niniejszego zamówienia.

Odwołujący następująco uzasadnił przedstawione w odwołaniu zarzuty w zakresie każdego z odwołań tj. sygn. akt KIO 440/ 24 i sygn. akt KIO 501/24

(w odniesieniu do obu odwołań, ewentualne różnice w zarzutach odwołań zostały oznaczone)

Zarzut naruszenia art. 16 pkt 1 ustawy pzp w zw. z art. 8 ust 1 ustawy pzp oraz art. 647 kc

Zamawiający w zakresie § 2 ust 2 oraz § 7 ust 2, 3, i 12 wzoru Umowy, zażądał „bezusterkowego odbioru końcowego", naruszając tym samym zdaniem Odwołującego art. 16 pkt 1 ustawy w zw. z art. 8 ust 1 ustawy oraz art. 647 kc.

Odwołujący wskazała na ugruntowane orzecznictwo i powołał wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 19 stycznia 2021 r. KIO 3440/20, wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 28 lutego 2022 r. sygn. KIO 314/22. Wskazał, że kkwestia podnoszona w zarzucie była przedmiotem oceny w wielu wyrokach Sądu Najwyższego, wskazał wyroki Sądu Najwyższego: z dnia 22 czerwca 2007 r., sygn. akt V CSK 99/07; z dnia 7 kwietnia 1998 r., sygn. akt II CKN 673/97; z dnia 7 marca 2013 r., sygn. akt II CSK 476/12.

Odwołujący podał, że tym samym postanowienia Umowne jak te zaskarżane są niezgodne z art. 16 pkt 1 ustawy w zw. z art. 8 ust 1 ustawy oraz art. 647 kc. Z uwagi na powyższe Odwołujący wniósł o usunięcie z postanowień Umownych (§ 2 ust 2 oraz § 7 ust 2, 3, i 12 wzoru Umowy) zapisów uzależniających dokonanie odbioru od „podpisania protokołu bez usterek" i zredagowanie ich w sposób zgodny z cytowanym powyżej orzecznictwem (tj. dopuszczającym wady nieistotne/ dopuszczając podczas podpisania protokołu wystąpienia wad nieistotnych).

W odniesieniu do odwołania sygn.. akt KIO 501/24 Odwołujący dodatkowo podał, że zgodnie z dominującą linią orzeczniczą, odbiór robót jest obowiązkiem Zamawiającego, a postanowienie umowne, które uzależnia prawo wykonawcy od podpisania bezusterkowego protokołu odbioru, uznać należy za nieważne jako sprzeczne z istotą umowy o roboty budowlane w rozumieniu art. 647 k.c. (zob. wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 3 sierpnia 2017 r., sygn. I ACa 689/16). Sądy wielokrotnie wskazywały, że konieczność odbioru „bezusterkowego" jest przesłanką nieprzewidzianą w k.c., a art. 647 k.c. definiujący umowę o roboty budowlane odwołuje się do „odbioru robót" a nie „bezusterkowego odbioru robót" (zob. wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 27 czerwca 2018 r., sygn. V ACa 1302/17). Roboty budowlane należy uznać za zrealizowane, jeśli zostały wykonane zgodnie z zakresem przedmiotowym umowy, na co nie ma wpływu zidentyfikowanie przez zamawiającego nieistotnych wad, usterek i niedoróbek (wyrok Sądu Apelacyjnego w Białymstoku z dnia 27 października 2017 r., sygn. I ACa 321/17).

Zarzut naruszenia art. 16 pkt 1 ustawy w zw. z art. 99 ust 1 ustawy

W oparciu o treść art. 99 ust. 1 i 4 ustawy pzp, Zamawiający zobowiązany jest do opisania przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty, jak również w sposób nieutrudniający uczciwej konkurencji.

Sytuacja, w której wykonawca ponosi niczym nieskrępowane ryzyko przewidzenia (czy braku przewidzenia), a następnie skalkulowania wszelkich niedookreślonych przez Zamawiającego prac, godzi zdaniem Odwołującego w powyższe postulaty, naruszając także zasadę przejrzystości oraz równego traktowania wykonawców, o których mowa w art. 16 ustawy.

Każdy z oferentów zdaniem Odwołującego będzie wyceniał nieznany zakres prac, a zatem ocenie w ramach postępowania będą podlegać oferty zupełnie nieporównywalne, w których jedni wykonawcy przejmą i wycenią większy poziom ryzyka, i zakres prac, inni zaś ograniczą owo ryzyko, niejako sztucznie zaniżając wartość oferty.

Zdaniem Odwołującego - na podstawie określonych poniżej sformułowanych przez Zamawiającego postanowień Wzoru umowy - ani Odwołujący, ani żaden inny wykonawca, nie jest w stanie właściwie określić zakresu prac do wykonania i ich należycie wycenić. Innymi słowy, przedmiot zamówienia został przez Zamawiającego opisany w sposób niejednoznaczny i niewyczerpujący, a tym samym w sposób utrudniający uczciwą konkurencję (art. 16 ust 1 ustawy w zw. z art. 99 ust. 1 ustawy), godzący w zasady określone w art. 16 ustawy oraz prowadzący finalnie do nieporównywalności ofert.

Kwestionowanymi w oparciu o zarzut niniejszy są następujące postanowienia Umowy - sygn. akt KIO 440/24 :

- § 3 ust 1 pkt 10 wzoru Umowy - przez brak doprecyzowania (wytaksowania) w pkt 10

z jakimi podmiotami Zamawiający przewiduje współpracę, jaki ma być zakres tej współpracy i na czy ma polegać,

- § 3 ust 1 pkt 13 wzoru Umowy - przez nałożenie na Wykonawcę obowiązków

wykluczających „możliwość odmowy wykonania zleconych prac i czynności objętych poszczególnymi zleceniami niezależnie od wszelkich okoliczności, a w szczególności niezależnie od czasu zlecenia, jego pracochłonności, rzeczywistych kosztów realizacji oraz aktualnych możliwości kadrowo-sprzętowych",

- § 3 ust 1 pkt 17 wzoru Umowy - przez wskazywanie na niedookreślony i szeroki

obowiązek Wykonawcy do „zapewnienia bezpieczeństwa uczestnikom ruchu drogowego (w tym pieszego) w czasie

trwania robót”,

- § 3 ust 1 pkt 24 wzoru Umowy - przez nałożenie na Wykonawcę obowiązku

„zgłaszania Zamawiającemu nielegalnych nasadzeń” w sytuacji gdy weryfikacja taka jest niemożliwa, a dodatkowo wykracza poza zakres przedmiotu Umowy,

- w zakresie § 3 ust 1 pkt 29 i 30 wzoru Umowy - przez brak wskazania przez Zamawiającego ilości „odkupowanego od Zamawiającego drewna” oraz „odpadów pozyskanych z rozbiórki obiektów”, w sposób umożliwiający kalkulację tej pozycji,

- § 3 ust. 1 pkt 37 wzoru Umowy - przez niemożność dokładnej weryfikacji stanu

fitosanitarnego drzew w ramach oględzin prowadzonych samodzielnie lub z udziałem Zamawiającego. Drzewa bowiem mogą być uszkodzone (nawet bez widocznych z zewnątrz oznak, przez co uniemożliwia się wycenę oferty, naraża na otrzymanie ofert nieporównywalnych, ale i obciąża Wykonawcę nadmierną odpowiedzialnością),

Kwestionowanymi w oparciu o zarzut niniejszy są następujące postanowienia Umowy - sygn. akt KIO 501/24 :

- § 2 ust 3 wzoru Umowy - przez brak wskazania co oznaczają użyte przez

Zamawiającego terminy „kluczowe znaczenie” oraz „realizacja celów statutowych” użyte w kontekście przedmiotu umowy,

- § 3 ust 1 pkt 7 wzoru Umowy - przez brak określenia zakresu pozwalającego na

wycenę udziału środka transportu w kontroli (ilość czasu, kilometrów), co skutkuje niemożliwością skalkulowania tego elementu w ofercie,

- § 3 ust 1 pkt 10 wzoru Umowy - przez brak doprecyzowania (wytaksowania) w pkt 10

z jakimi podmiotami Zamawiający przewiduje współpracę, jaki ma być zakres tej współpracy i na czy ma polegać, co w sposób zasadniczy utrudnia wycenę oferty, albowiem Wykonawca nie jest w stanie ocenić jakie faktory do wyceny przyjąć,

- § 3 ust 1 pkt 13 wzoru Umowy - przez nałożenie na Wykonawcę obowiązków

wykluczających „możliwość odmowy wykonania zleconych prac i czynności objętych poszczególnymi zleceniami niezależnie od wszelkich okoliczności, a w szczególności niezależnie od czasu zlecenia, jego pracochłonności, rzeczywistych kosztów realizacji oraz aktualnych możliwości kadrowo-sprzętowych”. Stwierdzenia użyte we wzorze umowy takie jak „niezależnie od wszelkich okoliczności”, „niezależnie od czasu zlecenia, jego pracochłonności, rzeczywistych kosztów realizacji” uprawniają Zamawiającego do obciążenia Wykonawcy świadczeniami o nieokreślonym zakresie, w nieokreślonym terminie i nieokreślonych kosztach, co w sposób oczywisty uniemożliwia wycenę oferty i naraża na składanie ofert o różnych „założeniach”. Niezależnie od tego możliwość zlecania prac „niezależnie od wszelkich okoliczności” pozostaje w sprzeczności choćby z zapisami wzoru umowy o „sile wyższej”, a także

okolicznościami związanymi choćby z wojną na Ukrainie („niezależnie od rzeczywistych kosztów realizacji”),

- § 3 ust 1 pkt 17 wzoru Umowy – przez wskazywanie na niedookreślony i szeroki

obowiązek Wykonawcy do „zapewnienia bezpieczeństwa uczestnikom ruchu drogowego (w tym pieszego)w czasie trwania robót”. Zdaniem Wykonawcy zapis winien precyzyjnie określać, co w ramach tego obowiązku Zamawiający oczekuje, albowiem nie jest on w stanie zapewnić jak stwierdza wzór umowy literalnie „bezpieczeństwa” wszystkim uczestnikom ruchu, a może to uczynić w określonym zakresie i w określony sposób, który nie został wskazany,

- § 3 ust 1 pkt 24 wzoru Umowy – przez nałożenie na Wykonawcę obowiązku

„zgłaszania Zamawiającemu nielegalnych nasadzeń” w sytuacji, gdy weryfikacja taka jest niemożliwa, a dodatkowo wykracza poza zakres przedmiotu umowy,

- w zakresie § 3 ust 1 pkt 29 i 30 wzoru Umowy – przez brak wskazania przez Zamawiającego ilości „odkupowanego od Zamawiającego drewna” oraz „odpadów pozyskanych z rozbiórki obiektów” (stal, żeliwo, i inne), w sposób umożliwiający kalkulację tej pozycji. Założenie przez Wykonawcę kosztów z tym związanych wpływa w sposób oczywisty na cenę oferty i jest konieczne dla jej ustalenia.

Zarzut naruszenia art. 16 pkt 1 ustawy w zw. z art. 99 ust 1 ustawy oraz art. 8 ustawy w zw. z art. 357 (1) kc

W kontekście postanowienia § 6 ust 4 wzoru Umowy Odwołujący zacytował fragment wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 15 lutego 2018 r. sygn. KIO 145/18.

Odwołujący podał, że jak podkreśliła Izba w uzasadnieniu swego wyroku odebranie stronom uprawnienia do sądowego uregulowania stosunków pomiędzy stronami w przypadku zaistnienia okoliczności, których strony nie mogły przewidzieć na etapie zawierania umowy zobowiązuje wykonawców do skalkulowania w cenie oferty ryzyk, których na etapie składania oferty nie są w stanie określić. Takie działanie może skutkować nie tylko wzrostem cen za wykonanie danego przedmiotu zamówienia, ale też nieporównywalnością ofert, jako że poszczególni wykonawcy mogą inaczej próbować ocenić charakter niemożliwych do zidentyfikowania ryzyk, ich poziom oraz inaczej je skalkulować. Nałożenie więc na wykonawców obowiązku uwzględnienia w ofercie zdarzeń nadzwyczajnych i nieprzewidywalnych stanowi o niejednoznacznym i niewyczerpującym opisie przedmiotu zamówienia, dokonanym wbrew dyspozycji art. 99 ust. 1 ustawy pzp. Jak już było wskazane wcześniej przepis ten zobowiązuje Zamawiającego do uwzględnienia w opisie przedmiotu zamówienia, a więc i w warunkach kontraktu określających przedmiot i sposób wykonania zamówienia, wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie

oferty. Tym samym zdaniem Odwołującego postanowienia wzoru Umowy zawarte w § 6 ust 4, naruszają nie tylko art. 16 pkt 1 ustawy ale art. 99 ust 1 ustawy i art. 357 (1) kc i jako takie nie mogą się ostać.

Odwołujący wniósł o nakazanie usunięcia z wzoru Umowy zdania:

„Wyłącza się zastosowanie art. 357(1) KC względem wysokości" w § 6 ust 4 wzoru Umowy – sygn. akt KIO 440/24;

„Wyłącza się zastosowanie art. 357(1) KC względem wysokości wynagrodzenia" w § 6 ust 4 wzoru Umowy - sygn. akt KIO 501/24;

Na potwierdzenie słuszności stanowiska prezentowanego powyżej Odwołujący powołał i zacytował orzeczenie: wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 10 lipca 2018 r. KIO 1266/18.

Zarzut naruszenia art. 16 pkt 1 – 3 w zw. z art. 8 ust 1 ustawy pzp w zw. z art. 5 k.c. i art. 353(1) kc.

W § 14 ust 1 wzoru Umowy Zamawiający wskazał, iż „Strony ustalają odpowiedzialność za niewykonanie lub nienależyte wykonanie niniejszej umowy w formie kar umownych, których łączna maksymalna wysokość nie może przekroczyć całościowego wynagrodzenia brutto, określonego w § 6 ust. 1 zdanie pierwsze niniejszej umowy". Tym samym określił maksymalną wysokość kar umownych na wysokości „całościowego wynagrodzenia" przysługującego Wykonawcy.

Odwołujący podał, że w komentarzu do ustawy Urzędu Zamówień Publicznych: „Ustalając górny limit kar umownych, zamawiający powinien mieć na uwadze, że wysokość kary umownej nie powinna prowadzić do nieuzasadnionego wzbogacenia czy naruszenia zasady proporcjonalności, określonej w art. 16 pkt 3 Pzp. Kara umowna, jako surogat odszkodowania, powinna zmierzać do naprawienia szkody wyrządzonej zamawiającemu z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania świadczenia niepieniężnego, natomiast nie powinna stanowić dla niego źródła dodatkowego zysku. Ponadto, ustalając maksymalną wysokość kar umownych, zamawiający powinien pamiętać, że określanie restrykcyjnych lub nieproporcjonalnych do wysokości wynagrodzenia wykonawcy kar umownych może powodować, że w postępowaniu złożona zostanie mała liczba ofert lub wykonawcy uwzględnią w cenie ofertowej wysokość kar umownych, co powoduje albo wzrost ceny, albo nieuzasadnioną rozbieżność między cenami w sytuacji, gdy wykonawcy będą odmiennie wyceniać samo ryzyko i jego podstawy. (..) Określając górny limit kar umownych, zamawiający powinien jednak wziąć pod uwagę zakres i rodzaj naruszenia obowiązków umowy, wielkość i specyfikę przedmiotu zamówienia oraz zasadę proporcjonalności 13

i uczciwej konkurencji".

W innym z komentarzy wskazuje się, że „Kary umowne nie mogą bowiem służyć wzbogaceniu się strony uprawnionej do ich naliczenia, lecz powinny spełniać przede wszystkim funkcję odszkodowawczą i dyscyplinującą. Dlatego też określenie poziomu limitu możliwych do dochodzenia kar nie jest swobodnym uprawnieniem zamawiającego. W szczególności maksymalna wysokość kar nie może być określana na poziomie, który może być traktowany jako rażąco wygórowany w odniesieniu do wysokości wynagrodzenia czy ewentualnych zagrożeń związanych z niewykonaniem lub nienależytym wykonaniem umowy, w tym możliwości powstania lub rozmiarów szkody. Ponoszone kary umowne powinny być odczuwalne, ale nie w stopniu, który może powodować uznanie niecelowości wykonania umowy (por. wyr. KIO z 28.12.2018 r., KIO 2574/18, Legalis)" [komentarz pod red. M.Jaworskiej, D. Grześkowiak-Stojek, J. Jarnickiej oraz A. Matusiak. Prawo zamówień publicznych. Komentarz, Legalis 2022, kom. do art. 436 ustawy pzp.

Odwołujący podał, że w kontekście powyższego ustalenie we wzorze Umowy górnego (maksymalnego) limitu kar na poziomie nawet jak wskazano „całościowego wynagrodzenia" trudno uznać za proporcjonalne czy nie prowadzące do „wzbogacenia się" Zamawiającego. Powyższe, potwierdza w ocenie Odwołującego także orzecznictwo Krajowej izby Odwoławczej, przykładowo podał i zacytował fragment orzeczenia z dnia 22 sierpnia 2023 r. sygn. KIO 2327/23 - „Ustalenie łącznej maksymalnej wysokości kar umownych na poziomie 100% wynagrodzenia netto wykonawcy należy uznać za nadużycie przez zamawiającego prawa do jednostronnego kształtowania postanowień umowy w sprawie zamówienia publicznego oraz działanie sprzeczne z zasadami współżycia społecznego (art. 3531 KC). Ułatwienie zamawiającemu dochodzenia odszkodowania nie powinno skutkować tym, że wykonawca będzie obowiązany do zapłaty zamawiającemu kar umownych w wysokości zbliżonej do wynagrodzenia za realizację umowy w sytuacji, gdy szkoda zamawiającego będzie znacznie mniejsza".

W związku z powyższym, ukształtowanie postanowień § 14 ust 1 wzoru Umowy narusza zdaniem Odwołującego się postanowienia art. 16 pkt 1 – 3 w zw. z art. 8 ust 1 ustawy w zw. z art. 5 k.c. i art. 353(1) kc.

Tym samym Odwołujący wniósł o zmodyfikowanie zapisu § 14 ust 1 wzoru Umowy w ten sposób, że Zamawiający zredukuje łączny poziom kar umownych do poziomu 30 % wartości wynagrodzenia wykonawcy – w tym zakresie wskazał Odwołujący na orzeczenie Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 28 czerwca 2022 r. w sprawie KIO 1553/22, gdzie stwierdzono, iż : „łączna wysokość kar umownych, jakimi zamawiający może obciążyć wykonawcę na podstawie umowy nie może przekroczyć 50% wynagrodzenia brutto. Do takiego wniosku 14

Izbę doprowadziły następujące rozważania. Po pierwsze, przepisy pzp nie zabraniają ustanowienia limitu kar umownych w wysokości 50 % wynagrodzenia. Po drugie, w sytuacji gdy poszczególne kary umowne zostały ukształtowane w sposób przejrzysty (co do wysokości i zakresu odpowiedzialności), to taki limit, nie uniemożliwia wykonawcy przygotowanie i złożenie oferty. W tym kontekście Izba podkreśliła, że wykonawcy mają pełną świadomość co do sposobu, w jaki powinni kalkulować wynikające stąd ryzyko w cenie oferty. Chociaż nie miało to znaczenia dla merytorycznego rozstrzygnięcia sprawy, zdaniem jednak Izby, limit 50% wynagrodzenia wykonawcy, należy uznać za oczywiście nieracjonalny, z uwagi na wysokość kary umownej przewidzianej na wypadek odstąpienia od umowy z winy wykonawcy, która w przypadku kwestionowanej umowy została ustalona na poziomie 10 % wynagrodzenia (podobnie jak w postępowaniu badanym przez Izbę – vide § 14 ust 5 lit a wzoru Umowy)”.

Zarzut naruszenia art. 16 pkt 1 ustawy pzp oraz art. 433 ust 1 i 2 ustawy pzp

1. Jak stanowi art. 433 ust 1 i 2 ustawy „Projektowane postanowienia umowy nie mogą przewidywać:

1) odpowiedzialności wykonawcy za opóźnienie, chyba że jest to uzasadnione

okolicznościami lub zakresem zamówienia;

2) naliczania kar umownych za zachowanie wykonawcy niezwiązane bezpośrednio lub pośrednio z przedmiotem umowy lub jej prawidłowym wykonaniem”

Zamawiający w § 14 ust 2 i 4 wzoru Umowy zawarł następujące postanowienia :

„2. Każdorazowo w wypadku zastrzeżenia kary umownej z tytułu zwłoki po stronie Wykonawcy Strony poczytują, że należy przez to rozumieć również opóźnienie jeżeli jest to uzasadnione okolicznościami bądź w wypadku jeśli opóźnienie dotyczy realizacji przedmiotu zamówienia w zakresie w jakim Zamawiający wskazał Wykonawcy na kluczowość wykonania przedmiotu umowy w danym zakresie bez opóźnienia lub wynika to z celu umowy.

4. Za zachowania Wykonawcy związane bezpośrednio lub pośrednio z przedmiotem umowy lub jej prawidłowym wykonaniem Strony będą poczytywać również w razie wątpliwości czyny bądź zaniechania powodujące utratę zaufania do Wykonawcy, w szczególności zaś czyny na szkodę Zamawiającego, innych podmiotów publicznych bądź na szkodę środowiska naturalnego, a także czyny bądź zaniechania Wykonawcy stojące w sprzeczności ze statutowymi celami Zamawiającego, o ile nie zostały dokonane na wyraźne polecenie Zamawiającego”

Dopuszczalność kar umownych za opóźnienie jest wyjątkowa i winna być połączona z uzasadnionymi okolicznościami lub zakresem zamówienia o czym mowa wprost w art. 433 ust 1 ustawy pzp . Odwołujący wskazał i zacytował wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 20 marca 2023 r. sygn. akt KIO 551/23.

W sprawie rozpatrywanej przez Izbę Odwołujący nie dopatrzył się by Zamawiający uzasadnił okolicznościami lub zakresem zamówienia możliwość wprowadzania kar za opóźnienie w § 14 ust 2 wzory Umowy, w konsekwencji jest więc to klazula niedopuszczalna w świetle przepisów pzp.

W § 14 ust 2 i 4 - sygn. akt KIO 440/24, oraz w § 14 ust 4 - sygn. akt KIO 501 /24 wzoru Umowy z kolei, zdaniem Odwołującego Zamawiający przewidział niedozwolone kary umowne nie związane z przedmiotem zamówienia. Kary umowne nie powinny prowadzić do nieuzasadnionego bogacenia się Zamawiającego. Podstawowymi funkcjami kar umownych są funkcje odszkodowawcza i dyscyplinująca, motywujące wykonawcę do prawidłowego wykonania przedmiotu umowy, wobec czego powinny być one z nim związane. Już na gruncie ustawy z roku 2004 izba wskazała (wyr. z 27.3.2014 r., KIO 487/14, Legalis), że zastrzegane w umowach o zamówienie publiczne kary umowne winny zmierzać do zabezpieczenia należytego wykonania umowy i pozostawać w związku z zasadniczymi obowiązkami wykonawcy, wynikającymi z przedmiotu zamówienia. Izba uznała za niedopuszczalne zastrzeżenie kar umownych niezwiązanych z uchybieniami wykonawcy w wykonaniu przedmiotu zamówienia, wskazując, że stanowią one przekroczenie przysługującego zamawiającemu uprawnienia do kształtowania postanowień umowy w sprawie zamówienia publicznego. Zob. też wyr. KIO z 23.11.2021 r., KIO 3277/21, Legalis oraz wyr. KIO z 16.6.2021 r., KIO 1340/21, Legalis.

W sprawie za powiązane z przedmiotem zamówienia, którym jest „Kompleksowa konserwacja zieleni przyulicznej we Wrocławiu” – sygn. akt KIO 440/24 (tak samo wskazane w sprawie KIO 501/24) trudno uznać kary:

- „pośrednio związane z przedmiotem umowy lub jej prawidłowym wykonaniem”,
- „czyny bądź zaniechania powodujące utratę zaufania do Wykonawcy”
- „czyny na szkodę Zamawiającego, innych podmiotów publicznych bądź na szkodę środowiska naturalnego”,
- a także „stojące w sprzeczności ze statutowymi celami Zamawiającego”.

Sygn. akt KIO 501/24 – odwołujący podał dodatkowo , że pomijając już kwestie enigmatyczności sformułowań wyżej przywołanych, które utrudniają ocenę ryzyka i tym samym kalkulację ceny oferty, to w sposób oczywisty nie są to obowiązki wynikające z przedmiotu zamówienia.

W związku z powyższym Odwołujący wniósł o usuniecie postanowień § 14 ust 2 i 4 wzoru Umowy, jako sprzecznych z art. 16 pkt 1 ustawy pzp oraz art. 433 ust 1 i 2 ustawy.

Zarzut naruszenia art. 16 pkt 1 ustawy pzp w zw. z art. 8 ust 1 ustawy pzp oraz art. 484 § 2 k.c

Rażąco wygórowana kara umowna to zarówno sytuacja, gdy zachwiana zostanie relacja pomiędzy wysokością wynagrodzenia za wykonanie zobowiązania a wysokością kary umownej zastrzeżonej za opóźnienie w wykonaniu przedmiotu umowy, z uwzględnieniem okresu opóźnienia, jak i wtedy (co jest zasadniczym kryterium miarkowania kary umownej z uwagi na jej rażące wygórowanie), gdy zachwiany został stosunek wysokości zastrzeżonej kary umownej do wysokości doznawanej szkody (zob. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 21 września 2007 r., V CSK 139/07 oraz uchwałę składu 7 sędziów Sądu Najwyższego z dnia 6 listopada 2003 r., lll CZP 61/03).

Zamawiający w § 14 ust 5 lit b i c wzoru Umowy przewidział za „każdy dzień zwłoki" w „wykonaniu prac określonych w przedmiocie zamówienia" i „w usunięciu wad", aż 1% wynagrodzenia przysługującego Wykonawcy. Przy ofercie przekraczającej 1 milion złotych będzie to 10.000 złotych za każdy dzień. Przy kilku dniach będzie to wartość kilkudziesięciu tysięcy, która nie będzie też adekwatna do rodzaju przewinienia.

Ponieważ kara umowna ma mieć charakter dyscyplinujący Wykonawcę, wydaje się, iż kary na poziomie wskazanym są zbyt wygórowane, albowiem mogą być potraktowane jako próba „wzbogacenia się Zamawiającego".

Z uwagi na powyższe Odwołujący wniósł by w zakresie § 14 ust 5 lit b i c wzoru Umowy kara została wyrażona cyfrą na poziomie 0,2 % wynagrodzenia przysługującego wykonawcy (tak w sygn. akt KIO 440/24).

W odniesieniu do odwołania sygn. akt KIO 501/24 Odwołujący dodatkowo podał: - z kolei kara na poziomie 40% wartości brutto prac wyrażona w lit. e jest oczywiście rażąco wysoka (niezależnie, iż za tą samą czynność Zamawiający przewiduje kary „dodatkowe") i wydaje się – także w świetle orzecznictwa – nie powinna przekroczyć 20%,

- z uwagi na powyższe Odwołujący wniósł by w zakresie § 14 ust 5 lit b, c i e wzoru Umowy kara została wyrażona cyfrą na poziomie 0,2 % wynagrodzenia przysługującego wykonawcy - za A. Gawrońska – Baran „Zamawiający nie może kształtować wysokości kar w sposób całkowicie dowolny, bez jakiegokolwiek racjonalnego powiązania z uszczerbkiem po swojej stronie. W tym kontekście kary umowne powinny być określone w wysokości adekwatnej do ewentualnej szkody, tak aby spełniały swoje funkcje, ale nie zniechęcały do udziału w zamówieniach publicznych" (Kształtowanie kar umownych w zamówieniach na roboty 17

budowlane – PZP.Kwartalnik, C.H.Beck, PZP 2022, Nr 3.

Zarzut naruszenia art. 439 ust. 1-4 w zw. z art. 16 pkt 1- 3 ustawy oraz art. 353 (1) k.c. w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy

Przesłanki waloryzacji umownej uregulowane w art. 439 ustawy, stanowią prawne narzędzie dostosowania stosunku prawnego w celu przywrócenia stanu równowagi ekonomicznej między stronami umowy o zamówienie publiczne, zachwianego przez określone zdarzenia mogące zaistnieć w trakcie jego wykonywania. Zadaniem waloryzacji umownej jest zatem urealnienie wynagrodzenia wykonawcy w przypadku zmian ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją kontraktu publicznego. Warto również podkreślić, iż ten mechanizm urealnienia wynagrodzenia wykonawcy w zależności od okoliczności (wzrostu lub spadku cen lub kosztów) dotyczy zarówno podwyższenia, jak i obniżenia wynagrodzenia. Zapewnia tym samym równość stron czy prawidłowy rozkład ryzyk kontraktowych. Swoboda Zamawiającego w kształtowaniu przyszłej umowy nie jest absolutna i każde postanowienie przyszłej umowy, podlega kontroli, w tym kontroli przez Izbę, czy dany Zamawiający, w danym przetargu, nie nadużywa swojego prawa podmiotowego. Żaden bowiem przepis ustawy pzp, nie zwalnia żadnej instytucji kontrolującej z weryfikacji treści umowy z zasadami swobody umów określonej w art. 3531 Kc, zgodnie z którą treść lub cel stosunku nie może sprzeciwiać się właściwości (naturze) stosunku, ustawie ani zasadom współżycia społecznego. Tym samym kontrola taka może dotyczyć przyjętego poziomu waloryzacji, zwłaszcza w aktualnej sytuacji gospodarczej.

Odwołujący podał, że jak wynika z raportu GUS znajdującego się na stronie www

wzrost cen towarów i usług konsumpcyjnych w 2023 r. w stosunku do roku poprzedniego wyniósł 11,4%.

Odwołujący wyjaśnił, że jak się wydaje więc zasadnym byłoby w § 20 ust 1 pkt 2 wzoru Umowy przyjąć współczynnik waloryzacyjny przynajmniej na poziomie do 15 % (a nie 8% jak wskazał Zamawiający), a przemawiają za tym wciąż niestabilna sytuacja gospodarcza i inflacja, która choć jest mniejsza niż w roku ubiegłym to jednak nadal jest wysoka, jeśli przyjąć za punkt odniesienia lata poprzedzające epidemię wirusa SARS COV – 2 i wojnę na Ukrainie. Przyjęty we wzorze Umowy parametr 8% jest zdaniem Odwołującego symboliczny, nie odpowiadający realiom rynkowym, ale i stosowanym przez innych Zamawiających. Co istotne niemal normą stało się na rynku ustalanie omawianego faktora w przedziale pomiędzy 10%-15% (vide np. umowy GDDKIA). Wzrost limitu waloryzacyjnego 18

wskazany na stronie GDDKIA wyniósł w lipcu roku 2023 - 10% () do 5% w latach ubiegłych i nadal wykazywany jest jako niewystarczający.

Powyższy postulat Odwołującego znajduje także potwierdzenie w działaniach ustawodawcy, który wychodząc naprzeciw Wykonawcom wprowadził ustawą z 7 października 2022 r. o zmianie niektórych ustaw, w celu uproszczenia procedur administracyjnych dla obywateli i przedsiębiorców, szereg rozwiązań urealniających wynagrodzenie.

Wydaje się również – co również należy wziąć pod uwagę - iż właściwa i odpowiednia waloryzacja, skutkować będzie należytą realizacją kontraktu, ich płynnością, a także brakiem ewentualnych sporów w przedmiocie wzrostu kosztów przy realizacji zamówienia (w jego trakcie), który może prowadzić np. do mediacji czy sporu sądowego w oparciu o treść art. 357(1) kc.

W ocenie Odwołującego więc w przewidywana w § 20 ust 1 pkt 2 wzoru Umowy waloryzacja jest nieproporcjonalna, nie doprowadzi do urealnienia wydatków Wykonawcy, a także zakreślona jest wbrew zasadom współżycia społecznego i dlatego Wykonawca wnosi o modyfikację omawianego zapisu § 20 ust 1 pkt 2 wzoru Umowy w ten sposób, iż limit zostanie podniesiony do poziomu 20% wartości całościowego wynagrodzenia Wykonawcy.

Zarzut naruszenia art. 16 pkt 1,2 i 3 ustawy w zw. z art. 433 pkt 4 ustawy w zw.z art. 8 ust 1 ustawy oraz art. 5 kc w zw. z art. 353 1 k.c.

Odwołujący powołał i zacytował fragment wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 10 grudnia 2021 r., KIO 2864/21, KIO 2872/21.

Zakreślenie możliwości ograniczenia zamówienia do poziomu 20% - jak wskazuje

Zamawiający w omawianym postanowieniu Umowy – skutkuje – w kontekście art. 99 ust 1 ustawy znaczącą trudnością w wycenie oferty z uwagi na niemożność realnego ustalenia w jakim istocie zakresie zamówienie zostanie zrealizowane, a także ustalenia wysokości ryzyka. Przyjęcie wartości 20% jest skrajnie nieproporcjonalne, godzące w zasady współżycia społecznego i praktycznie uniemożliwiające rzetelną wycenę. Każdy bowiem z Wykonawców biorących udział w realizacji zamówienia oczekuje pewnej stabilności wykonania usługi, która automatycznie przekłada się na cenę jego oferty. Przyjęcie natomiast tak niskiego współczynnika niweczy wszelkie kalkulacje. Żaden bowiem z Wykonawców nie przyjmuje do swych wyliczeń wartości skrajnie niskich – jak te potencjalnie przewidziane przez Zamawiającego. W związku z powyższym wnosimy o zmniejszenie omawianego parametru do 10 % wartości wynagrodzenia Wykonawcy.

W odniesieniu do odwołania sygn. akt KIO 501/24 Odwołujący dodatkowo podał: że pozostawienie zapisu w brzmieniu powyższym skutkować może złożeniem ofert nieporównywalnych.

Zarzut naruszenia art. 16 pkt 1 – 3 ustawy, art. 99 ust 1 ustawy w zw. z art. 8 ust 1 ustawy, art. 5 kc w zw. z art. 353 1 k.c. ,art. 471 kc i art. 430 kc, art. 433–436 kc oraz 474 kc

Sygn. akt KIO 440/24 - We wzorze Umowy w zakresie § 3 ust 2 wzoru Umowy oraz § 12 ust 8 Zamawiający miast stosować postanowienia odpowiadające odpowiedzialności kontraktowej – właściwej w danym przypadku, miesza z nią odpowiedzialność opartą na zasadzie ryzyka.

Sygn. akt KIO 501/24 - we wzorze Umowy w zakresie § 3 ust 2 wzoru Umowy oraz § 12 ust 6 Zamawiający miast stosować postanowienia odpowiadające odpowiedzialności kontraktowej – właściwej w danym przypadku, miesza z nią odpowiedzialność opartą na zasadzie ryzyka.

Powyższe przejawia się w § 3 ust 2 w stwierdzeniu „Wykonawca ponosi na zasadzie ryzyka pełną odpowiedzialność za wszelkie szkody wynikłe z niewykonania lub nienależytego wykonania przedmiotu niniejszej umowy".

Odpowiedzialność kontraktowa opiera się na art. 471 kc „Dłużnik obowiązany jest do naprawienia szkody wynikłej z niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania, chyba że niewykonanie lub nienależyte wykonanie jest następstwem okoliczności, za które dłużnik odpowiedzialności nie ponosi".

Odpowiedzialność na zasadzie ryzyka zawarta jest natomiast w artykułach 430, art. 433–436 i art., 474 Kodeksu cywilnego i uwolnić się od niej można wykazując przynajmniej jedną z okoliczności egzoneracyjnych (siła wyższa, nastąpienie szkody wyłącznie z winy poszkodowanego. szkody wyłącznie z winy osoby trzeciej, za którą dłużnik nie ponosi odpowiedzialności, brak winy osoby, której zwierzchnik powierzył wykonanie czynności).

Zdaniem Odwołującego nie można więc ponosić odpowiedzialności „na zasadzie ryzyka" za „wszelkie szkody wynikłe z niewykonania lub nienależytego wykonania przedmiotu niniejszej umowy" (przez Wykonawcę). To bowiem Wykonawca finalnie odpowiada za konsekwencje nienależytego wykonania zamówienia. Tym samym zapis jak powyżej przenosi w sposób nieuprawniony odpowiedzialność na Wykonawcę „na zasadzie ryzyka" w sytuacji, gdy z przywołanego fragmentu Umowy wynika, iż mamy do czynienia z odpowiedzialnością kontraktową Wykonawcy.

Dlatego też w zakresie § 3 ust 2 wzoru Umowy, Wykonawca wnosi o zmodyfikowanie przez Zamawiającego tych zapisów w taki sposób by odnosiły się do odpowiedzialności 20

kontraktowej, a nie odpowiedzialności opartej na zasadzie ryzyka, która nie znajduje wstanie faktycznym zastosowania.

Podobna sytuacja jak powyżej – zdaniem Odwołującego – występuje w § 12 ust 6 wzoru Umowy (tak samo wskazane w sprawie KIO 501/24), gdzie Zamawiający wskazuje: „Wykonawca ponosi pełną odpowiedzialność na zasadzie ryzyka za należytą realizację obowiązków kontrolnych".

Zdaniem Odwołującego zapis taki jest wadliwy i winien referować do odpowiedzialności kontraktowej. Wniósł o zmodyfikowanie przez Zamawiającego tych zapisów w taki sposób by odnosiły się do odpowiedzialności kontraktowej, a nie odpowiedzialności opartej na zasadzie ryzyka, która nie znajduje w stanie faktycznym zastosowania.

Odwołujący podała, że wskazane powyżej uregulowania uniemożliwiają skalkulowanie ceny oferty, oraz grożą, iż w postępowaniu złożone zostaną oferty nieporównywalne, nikt bowiem nie będzie w stanie przewidzieć wszystkich potencjalnych ryzyk takiego kontraktu.

Powyższe w sposób oczywisty naruszają także wyrażoną w art. 16 pkt 1 ustawy zasadę równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji, a także zasadę – wyartykułowaną w art. 353 (1) kc – by umowa nie naruszała zasad współżycia społecznego.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron na podstawie zebranego materiału w sprawie oraz oświadczeń i stanowisk Stron Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

W odniesieniu do obu spraw odwoławczych:

Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 528 nowej ustawy skutkujących odrzuceniem każdego z odwołań. Odwołania zostały złożone do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odpowiednio 9 i 15 lutego 2024 roku , kopie zostały zamieszczone na stronach internetowych, co zostało potwierdzone oraz wynika z akt sprawy odwoławczej.

Skład orzekający Izby rozpoznając sprawę uwzględnił akta sprawy odwoławczej, które zgodnie z par. 8 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 roku w sprawie postępowania przy rozpoznawaniu odwołań przez Krajową Izbę Odwoławczą (Dz. U. z 2020 r. poz. 2453) stanowią odwołanie wraz z załącznikami oraz dokumentacja postępowania o udzielenie zamówienia w postaci elektronicznej lub kopia dokumentacji,

o której mowa w § 7 ust. 2, a także inne pisma składane w sprawie oraz pisma kierowane przez Izbę lub Prezesa Izby w związku z wniesionym odwołaniem.

Izba uwzględniła stanowisko Zamawiającego wyrażone w piśmie z dnia 26 lutego 2024 roku do sprawy sygn. akt KIO 440/24 „Odpowiedź Zamawiającego na odwołanie" (dalej: jako „pismo procesowe") – Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania w całości jako bezzasadnego.

Izba dopuściła dowody zawnioskowane (enumeratywnie wskazane) na wskazane w piśmie okoliczności i załączone do ww. pisma.

Izba uwzględniła stanowisko Zamawiającego wyrażone w piśmie z dnia 27 lutego 2024 roku do sprawy sygn. akt KIO 501/24 „Odpowiedź Zamawiającego na odwołanie" (dalej: jako „pismo procesowe") – Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania w całości jako bezzasadnego.

Izba dopuściła dowody zawnioskowane (enumeratywnie wskazane) na wskazane w piśmie okoliczności i załączone do ww. pisma.

Izba stwierdziła, że w odniesieniu do każdego z odwołań (tj. sygn. akt KIO 440/24 oraz sygn. akt KIO 501/24) zostały wypełnione łącznie przesłanki z art. 505 ust 1 ustawy z dnia 11 września 2019 roku Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2023 poz. 1605 ze zm. dalej: „Pzp" lub „ustawa") – Środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu oraz innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu zamówienia lub nagrody w konkursie oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy - to jest posiadania interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody.

Izba nie podziela stanowiska prezentowanego przez Zamawiającego w pismach procesowych, w odniesieniu do obu odwołań, a odnoszącego się do braku wykazania spełnienia przesłanek z art. 505 ust. 1 ustawy.

W ocenie Izby Odwołujący wykazał materialnoprawne przesłanki dopuszczalności wniesienia odwołania tj. interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniesienia lub możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przepisów ustawy.

Izba podkreśla, że pierwszą z materialnoprawnych przesłanek wniesienia odwołania jest wykazanie posiadania interesu w uzyskaniu zamówienia i choć ustawa nie wprowadza 22

definicji tego pojęcia to w oparciu o stanowiska doktryny oraz ugruntowane w orzecznictwie Izby stanowiska należy wskazać, że wiąże się on z chęcią uzyskania zamówienia w konkretnym postępowaniu o udzielenie zamówienia lub konkursie. Niezbędnym do wykazania interesu w uzyskaniu danego zamówienia na etapie składania odwołania jest chociażby potencjalna możliwość uzyskania przez Odwołującego zamówienia, a interes Odwołującego musi być utożsamiany z doznanym przez wykonawcę uszczerbkiem interesu własnego w uzyskaniu zamówienia w danym postępowaniu w wyniku naruszenia przepisów ustawy.

Drugą przesłanką legitymacji czynnej, której spełnienie musi nastąpić kumulatywnie wraz z przesłanką interesu w uzyskaniu danego zamówienia jest wykazanie przez Odwołującego, że poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy. Przez szkodę rozumie się uszczerbek majątkowy lub niemajątkowy jakiego doznaje poszkodowany w wyniku określonego działania lub zaniechania. Na kanwie zamówień

publicznych, szkoda co do zasady będzie rozumiana jako szkoda majątkowa z tego względu, że utrata możliwości uzyskania zamówienia ma charakter ekonomiczny. Szkoda jakiej poniesienie lub możliwość poniesienia musi wykazać Odwołujący musi być wynikiem naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych oraz musi pozostawać w adekwatnym związku przyczynowym z naruszeniem podnoszonych przez Odwołującego w zarzutach przepisów ustawy.

Izba podkreśla, że obowiązek wykazania poniesienia lub możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy został wprowadzony do ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku Prawo zamówień publicznych wraz z jedną z kolejnych nowelizacji tejże ustawy dokonaną dnia 2 grudnia 2009 roku, na mocy ustawy o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2009 r. nr 223 poz.1778) która weszła w życie w dniu 29 stycznia 2010 roku. Na mocy tej nowelizacji ustawodawca przyznał prawo do skutecznego wniesienia środków ochrony prawnej określonych w dziale VI ustawy wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. Zmiany jakie zostały wprowadzone miały na celu w zakresie środków ochrony prawnej, między innymi, implementację do prawa krajowego postanowień dyrektywy 200/66/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 11 grudnia 2007 roku zmieniającej dyrektywę Rady 89/665/WEG i 92/13/EWG w zakresie poprawy skuteczności procedur odwoławczych w dziedzinie udzielania zamówień publicznych (DzUrz UE L 335 z 20 grudnia 2007 roku).

W wyniku tej zmiany wykonawca składając odwołanie do Krajowej Izby Odwoławczej winien 23

był wykazać, że posiada lub posiadał interesu w uzyskaniu zamówienia, jak również przepisy znowelizowanej ustawy wprowadziły konieczność wykazania przez wykonawcę, że poniósł lub może podnieść szkodę w wyniku naruszeń przepisów ustawy. Powyższe regulacje prawne znajdują swoją szeroką wykładnię w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej oraz są niezmienne od 2010 roku, gdy zaczęły obowiązywać w porządku prawnym zamówień publicznych. Przesłankę szkody bada się na dzień wnoszenia odwołania w odniesieniu do czynności Zamawiającego jakie zostały upublicznione, przy czym wykonawca w złożonym odwołaniu musi tę przesłankę wykazać (tak też wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 25 lutego 2021 roku sygn. akt KIO 373/21).

W sposób jednoznaczny odnosi się do tego doktryna, gdzie w Komentarzu do ustawy Prawo zamówień publicznych z 2019 roku Urzędu Zamówień Publicznych (red. H. Nowak i M. Winiarz) podano, że „dla skutecznego wniesienia środka ochrony prawnej nie jest wystarczające, aby wniósł je podmiot zaliczany do kategorii wskazanej w art. 505 ust. 1 Pzp. Podmiot korzystający ze środka ochrony prawnej – oprócz tego, że musi zaliczać się do tej kategorii – musi także wykazać spełnienie tzw. materialnoprawnych przesłanek do wniesienia środka ochrony prawnej, tj. wykazać, że: 1) ma lub miał interes w uzyskaniu zamówienia lub nagrody w konkursie, 2) poniósł lub może ponieść szkodę, 3) poniesiona lub możliwa do poniesienia szkoda jest wynikiem naruszenia przez zamawiającego przepisów Pzp."

Obligatoryjny charakter przesłanek i konieczność ich wykazania w postępowaniu przez składającego odwołanie wykonawcę potwierdza również art. 505 ust. 2 ustawy, zgodnie z którym uprawnionymi do wniesienia odwołania wobec ogłoszenia wszczynającego postępowanie o udzielnie zamówienia lub ogłoszenia o konkursie oraz dokumentów zamówienia są organizacje wpisane na listę (art. 469 pkt 15 ustawy) oraz Rzecznik Małych i średnich Przedsiębiorców, które to podmioty z natury rzeczy nie wykazują przesłanek wskazanych w art. 505 ust. 1 ustawy.

Wykazanie posiadania interesu w uzyskaniu zamówienia oraz poniesienia lub możliwości poniesienia szkody przez Odwołującego ten ostatni musi wykazać na moment wniesienia odwołania, a stanowisko w tym zakresie musi zostać zawarte w odwołaniu. Przesłanki te zatem badane są na moment wniesienia odwołania, a w żaden sposób nie są uzależnione od podejmowanych przez Odwołującego decyzji w odniesieniu do udziału w postępowaniach o udzielnie zamówienia publicznego we wcześniejszych latach. Podkreślenia wymaga również to, że przesłanki badane są w ramach danego prowadzonego postępowania i nie odnoszą się do innych, niezwiązanych z tym postępowaniem, okoliczności. Podnoszona 24

przez Zamawiającego argumentacja skupiająca się na tym, że we wcześniej prowadzonych postępowaniach o udzielnie zamówienia publicznego wzór umowy (dokumenty zamówienia) był tożsamy z tym jaki został przedstawiony w bieżącym postępowaniu o udzielnie zamówienia publicznego, którego dotyczy to odwołanie nie uzasadnia w żaden sposób odmowy Odwołującemu prawa i możliwości wykazania spełnienia przesłanek z art. 505 ust. 1 ustawy na ten moment, czyli w tym postępowaniu odwoławczym. Historyczne odniesienia do podejmowanych przez Odwołującego w latach poprzednich czynności, decyzji czy zawieranych umów pozostaje bez wpływu na ocenę przesłanek posiadania interesu w uzyskaniu zamówienia oraz poniesienia lub możliwości poniesienia szkody przez Odwołującego na moment wnoszenia odwołania, które składane jest w odniesieniu do prowadzonego obecnie postępowania o zamówienie. Działania wykonawcy w latach poprzednich, jego decyzje podejmowane w odniesieniu do kwestionowania czy też nie, a w konsekwencji przyjmowania pewnych regulacji ukształtowanych przez Zamawiającego w ramach prowadzonych wcześniej procedur zamówieniowych nie przekładają się na ocenę w ramach przesłanek z art. 505 ust. 1 w przyszłych prowadzonych procedurach. Tym samym nie ma żadnej podstawy, aby żądać od wykonawcy wykazania z jakich przyczyn obecnie, w kontekście do poprzednich postępowań o zamówienie, nie jest w stanie złożyć oferty.

Izba za bezprzedmiotowe dla oceny przesłanek uznała dowody przedstawione przy pismach procesowych Zamawiającego.

Izba podkreśla, że ocena tychże przesłanek następuje na moment wniesienia odwołania i w tym zakresie Izba uznała, że w sposób wystarczający Odwołujący uzasadnił spełnienie tych przesłanek. Wymaga wskazania, że wykonawca składający odwołanie jest podmiotem realizującym zamówienia określone w przedmiotach postępowań, w ramach

których składa odwołania podlegające ocenie w tym postępowaniu odwoławczym. Potwierdza to stanowisko Odwołującego z rozprawy, jak również stanowisko Zamawiającego. Wykonawca ten zatem, co wynika jednoznacznie z jego oświadczenia zawartego w uzasadnieniu odwołań w ramach wykazania przesłanek z art. 505 ust. 1 ustawy, jest podmiotem zainteresowanym udziałem w postępowaniach o udzielnie zamówienia i uzyskaniem tych zamówienia, chce złożyć oferty w ogłoszonych przetargach. Podkreślenia wymaga, że na etapie po ogłoszeniu zamówienia i przedstawienia przez Zamawiającego opisu przedmiotu zamówienia, obowiązków umownych (postanowień umowy), to ukształtowanie treści tych dokumentów w taki sposób, który w ocenie wykonawcy narusza uczciwą konkurencję, uniemożliwia lub utrudnia wykonawcy złożenie oferty i uzyskanie zamówienia, godzi w interes wykonawcy w uzyskaniu danego zamówienia oraz może prowadzić do powstania szkody.

W zakresie podnoszonych przez Odwołującego naruszeń w odwołaniu sygn. akt KIO 440/24 oraz sygn. akt KIO 501/24:

Izba na wstępie wskazuję, zgodnie z art. 559 ust. 2 ustawy podstawy prawne oraz przytacza przepisy prawa:

Ustawa z dnia 11 września 2019 roku Prawo zamówień publicznych (dalej: ustawa):

- art. 8 ust. 1 ustawy - 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 2022 r.ioraz z 2023 r., jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej.

- art. 16 ustawy - Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób:

1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców,

2) przejrzysty,

3) proporcjonalny.

- art. 99 ust. 1 ustawy - Przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty.

- art. 99 ust. 4 ustawy - Przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję, w szczególności przez wskazanie znaków towarowych, patentów lub pochodzenia, źródła lub szczególnego procesu, który charakteryzuje produkty lub usługi dostarczane przez konkretnego wykonawcę, jeżeli mogłoby to doprowadzić do uprzywilejowania lub wyeliminowania niektórych wykonawców lub produktów.

- art. 433 ustawy Projektowane postanowienia umowy nie mogą przewidywać:

1) odpowiedzialności wykonawcy za opóźnienie, chyba że jest to uzasadnione okolicznościami lub zakresem zamówienia;

2) naliczania kar umownych za zachowanie wykonawcy niezwiązane bezpośrednio lub pośrednio z przedmiotem umowy lub jej prawidłowym wykonaniem;

3) odpowiedzialności wykonawcy za okoliczności, za które wyłączną odpowiedzialność ponosi zamawiający;

4) możliwości ograniczenia zakresu zamówienia przez zamawiającego bez wskazania minimalnej wartości lub wielkości świadczenia stron.

- art. 439 ust. 1 ustawy - Umowa, której przedmiotem są roboty budowlane, dostawy lub usługi, zawarta na okres dłuższy niż 6 miesięcy, zawiera postanowienia dotyczące zasad wprowadzania zmian wysokości wynagrodzenia należnego wykonawcy w przypadku zmiany ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia.

- art. 439 ust. 2 ustawy - 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.

- art. 439 ust. 3 ustawy - Jeżeli umowa została zawarta po upływie 180 dni od dnia upływu terminu składania ofert, początkowym terminem ustalenia zmiany wynagrodzenia jest dzień otwarcia ofert, chyba że zamawiający określi termin wcześniejszy.

- art. 439 ust. 4 ustawy - Przez zmianę ceny materiałów lub kosztów rozumie się wzrost odpowiednio cen lub kosztów, jak i ich obniżenie, względem ceny lub kosztu przyjętych w celu ustalenia wynagrodzenia wykonawcy zawartego w ofercie.

- art. 436 pkt 3 ustawy - umowa zawiera postanowienia określające w szczególności:

3) łączną maksymalną wysokość kar umownych, których mogą dochodzić strony;

Ustawa z dnia 23 kwietnia 1964 roku Kodeks cywilny (dalej: KC)

- art. 5 KC - Nie można czynić ze swego prawa użytku, który by był sprzeczny ze społeczno-gospodarczym przeznaczeniem tego prawa lub z zasadami współżycia społecznego. Takie działanie lub zaniechanie uprawnionego nie jest uważane za wykonywanie prawa i nie korzysta z ochrony.

- art. 353^1 KC - 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.

- art. 357^1 KC - Jeżeli z powodu nadzwyczajnej zmiany stosunków spełnienie świadczenia byłoby połączone z nadmiernymi trudnościami albo groziłoby jednej ze stron rażącą stratą, czego strony nie przewidywały przy zawarciu umowy, sąd może po rozważeniu interesów stron, zgodnie z zasadami współżycia społecznego, oznaczyć sposób wykonania zobowiązania, wysokość świadczenia lub nawet orzec o rozwiązaniu umowy. Rozwiązując umowę sąd może w miarę potrzeby orzec o rozliczeniach stron, kierując się zasadami określonymi w zdaniu poprzedzającym.

- art. 433 KC - Za szkodę wyrządzoną wyrzuceniem, wylaniem lub spadnięciem jakiegokolwiek przedmiotu z pomieszczenia jest odpowiedzialny ten, kto pomieszczenie zajmuje, chyba że szkoda nastąpiła wskutek siły wyższej albo wyłącznie z winy poszkodowanego lub osoby trzeciej, za którą zajmujący pomieszczenie nie ponosi odpowiedzialności i której działaniu nie mógł zapobiec.

- art. 434 KC - Za szkodę wyrządzoną przez zawalenie się budowli lub oderwanie się jej części odpowiedzialny jest samoistny posiadacz budowli, chyba że zawalenie się budowli lub oderwanie się jej części nie wynikło ani z braku utrzymania budowli w należytym stanie, ani z wady w budowie.

- art. 435 § 1 KC - Prowadzący na własny rachunek przedsiębiorstwo lub zakład wprawiany w ruch za pomocą sił przyrody (pary, gazu, elektryczności, paliw płynnych itp.) ponosi odpowiedzialność za szkodę na osobie lub mieniu, wyrządzoną komukolwiek przez ruch przedsiębiorstwa lub zakładu, chyba że szkoda nastąpiła wskutek siły wyższej albo wyłącznie z winy poszkodowanego lub osoby trzeciej, za którą nie ponosi odpowiedzialności.

- art. 435 § 2 KC § - Przepis powyższy stosuje się odpowiednio do przedsiębiorstw lub zakładów wytwarzających środki wybuchowe albo posługujących się takimi środkami.

- art. 436 § 1 KC - Odpowiedzialność przewidzianą w artykule poprzedzającym ponosi równieżmechanicznego środka komunikacji poruszanego za pomocą sił przyrody. Jednakże gdy posiadacz samoistny oddał środek komunikacji w posiadanie zależne, odpowiedzialność ponosi posiadacz zależny.

- art. 436 § 2 KC - W razie zderzenia się mechanicznych środków komunikacji poruszanych za pomocą sił przyrody wymienione osoby mogą wzajemnie żądać naprawienia poniesionych szkód tylko na zasadach ogólnych. Również tylko na zasadach ogólnych osoby te są odpowiedzialne za szkody wyrządzone tym, których przewożą z grzeczności.

- art. 484 § 2 KC - Jeżeli zobowiązanie zostało w znacznej części wykonane, dłużnik może żądać zmniejszenia kary umownej; to samo dotyczy wypadku, gdy kara umowna jest rażąco wygórowana.

- art. 471 KC - Dłużnik obowiązany jest do naprawienia szkody wynikłej z niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania, chyba że niewykonanie lub nienależyte wykonanie jest następstwem okoliczności, za które dłużnik odpowiedzialności nie ponosi.

- art. 473 § 1 KC - Dłużnik może przez umowę przyjąć odpowiedzialność za niewykonanie lub za nienależyte wykonanie zobowiązania z powodu oznaczonych okoliczności, za które na mocy ustawy odpowiedzialności nie ponosi.

- art. 483 § 1 KC - Można zastrzec w umowie, że naprawienie szkody wynikłej

z niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania niepieniężnego nastąpi przez zapłatę określonej sumy (kara umowna).

- art. 647 KC - 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 właściweczynności związanych z przygotowaniem robót, w szczególności do przekazania terenu budowy i dostarczenia projektu, oraz do odebrania obiektu i zapłaty umówionego wynagrodzenia.

W zakresie rozpoznania zarzutów odwołania w odniesieniu do wszystkich zarzutów odwołania:

Na wstępie Izba wskazuje, że zgodnie z art. 554 ust. 1 pkt 2 ustawy, Izba uwzględni odwołanie w całości lub w części, jeżeli stwierdzi niezgodność projektowanego postanowienia umowy z wymaganiami wynikającymi z przepisów ustawy oraz w przypadku uwzględnienia odwołania zgodnie z art. 554 ust. 3 pkt 1 lit. c ustawy, Izba może nakazać zmianę projektowanego postanowienia umowy albo jego usunięcie, jeżeli jest niezgodne z przepisami ustawy.

Na podstawie art. 554 ust. 6 ustawy, Izba nie może nakazać wprowadzenia do umowy postanowień o określonej treści, co w ocenie Izby oznacza, że kontrola projektowanych postanowień umowy odbywa się jedynie pod względem legalności, a nie celowości, efektywności ekonomicznej projektowanych postanowień, a tym samym wnioski strony o nakazanie wprowadzenia postanowień określonej treści nie mogą być przez Izbę uwzględnione. Izba nie może przypisywać sobie uprawnień jakich ustawa jej nie daje, bowiem nie może działać poza granicami ustawy (art. 7 Konstytucji). Izba, jeśli ustali, że dane postanowienie umowne jest niezgodne z ustawą może jedynie nakazać wykreślenie postanowienia albo jego zmianę wskazując w uzasadnieniu, na czym polegało naruszenie, 29

ale konkretna treść zmiany pozostaje w wyłącznej gestii Zamawiającego i to on za jej brzmienie ponosi wyłączną odpowiedzialność (tak też: Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 18 października 2022 roku sygn. akt KIO 2592/22, wyrok z dnia 13 listopada 2023 roku sygn. akt KIO 3135/23, KIO 3136/23, KIO 3179/23). Poza zakresem kognicji Izby jest kształtowanie określonych postanowień umowy oraz nakazywanie określonej treści umowy (tak też: wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 18 marca 2022 roku sygn. akt KIO 622/22).

W zakresie zarzutów odwołań sygn. akt KIO 440/24 oraz sygn. akt KIO 501/24:

Izba wskazuje na wstępie, co odnosi się do wszystkich zarzutów odwołań, że niezasadne jest powoływanie się Zamawiającego na wiedzę i doświadczenie wykonawcy, która nie wynika z dokumentów zamówienia a doświadczenia wykonawcy, co do realizacji przedmiotu zamówienia w kontekście znajomości przedmiotu oraz potrzeb Zamawiającego. Obowiązkiem Zamawiającego jest jednoznaczne, precyzyjne oraz pełne opisanie przedmiotu zamówienia w taki sposób, aby na podstawie dokumentów prezentowanych w postępowaniu o zamówienie wykonawca miał możliwość złożenia oferty właśnie na ich podstawie. Dlatego też wszystkie dowody podnoszone przez Zamawiającego na okoliczność wykazania, że wykonawca brał udział w postępowaniach wcześniej organizowanych przez Zamawiającego tożsamych czy podobnych co do przedmiotu zamówienia, składał oferty czy zawierał umowy są bezzasadne dla rozpoznania podnoszonych przez Odwołującego w ramach obu odwołań zarzutów. Nie ma żadnego znaczenia dla takiej oceny dowodów również to, że treści dokumentów w tym wzorów umów nie uległy zmianie w stosunku do wcześniejszych. Słusznie podał Odwołujący, że zawarcie wcześniejszych umów, realizacja zamówień pozwoliła mu na ocenę sytuacji i zdiagnozowanie problemów realizacji zamówień. W ocenie Izby bezprzedmiotowość tych dowodów dla rozpoznania zarzutów stanowi również to, że dokumenty te jedynie zaświadczają, że dane postępowania się odbyły, że brał w nich udział Odwołujący i że zawarł określone umowy. Jednakże co do prowadzonych obecnie postępowań nie mają żadnego odniesienia i powiązania.

W zakresie zarzutu nr 1

naruszenia art. 16 pkt 1 ustawy w zw. z art. 8 ust 1 ustawy oraz art. 647 KC przez wymaganie w zapisach wzoru Umowy – wbrew obowiązującemu orzecznictwu – „bezusterkowego odbioru końcowego", co skutkuje tym, iż narusza się przepisy kodeksu

cywilnego w tym przedmiocie, a zapisy wzoru Umowy pozostają w oczywistej sprzeczności z ugruntowanym orzecznictwem.

Na podstawie art. 552 ust. 1 ustawy Izba wydając wyrok bierze za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania odwoławczego.

Izba ustaliła, że w:

Załączniku nr 13 do SWZ (wzór umowy dla Zadań 1-7) Kompleksowa konserwacja zieleni przyulicznej we Wrocławiu" (sygn. akt KIO 440/24)

Załączniku nr 13 do SWZ (wzór umowy dla Zadań od nr I do nr XIV) Kompleksowa konserwacja parków i zieleńców na terenie Gminy Wrocław" (sygn. akt KIO 501/24) – Zamawiający podał:

§ 2 pkt 2 - Za datę zakończenia usługi uważa się datę potwierdzenia przez Zamawiającego bezusterkowego odbioru końcowego realizowanych robót, przy czym w razie wątpliwości czynności odbiorowe również stanowią przedmiot umowy.

(…)

§ 7 pkt 2 - Wykonawca zobowiązany jest na koniec trwania umowy, tj. nie później niż w dniu wskazanym w § 2 ust. 1 tiret drugie, zgłosić Zamawiającemu gotowość do odbioru końcowego prac o których mowa w § 1 niniejszej umowy. Strony zgodnie ustalają, że czynności odbiorowe wchodzą w zakres wykonania przedmiotu umowy. Za datę zakończenia robót przyjmuje się datę podpisania bezusterkowego protokołu końcowego odbioru prac przez Zamawiającego. Wykonawca zgłosi Zamawiającemu gotowość do odbioru końcowego prac na podstawie pisemnego powiadomienia. Zamawiający wyznaczy termin rozpoczęcia odbioru końcowego prac najdalej w ciągu 14 dni od daty zgłoszenia przez Wykonawcę gotowości do ich odbioru.

§ 7 pkt 3 - Wykonawca będzie wystawiał faktury na podstawie protokołu bezusterkowego odbioru nie później niż 15 dnia miesiąca następującego po miesiącu, w którym wykonano usługę.

§ 7 pkt 12 - Wynagrodzenie, o którym mowa w § 6 Zamawiający zapłaci Wykonawcy w 12 częściach, po każdym miesiącu bieżącego utrzymania terenów zieleni, w oparciu o faktury częściowe, przy czym Zamawiający zapłaci (w 12 miesięcznych częściach) całościowe wynagrodzenie przysługujące Wykonawcy za wykonywanie usług kompleksowej konserwacji zieleni…….. we Wrocławiu, określone na podstawie kosztorysu ofertowego oraz protokołu odbioru, na podstawie 12 faktur częściowych/miesięcznych po uprzednim dokonaniu przez Zamawiającego częściowego/miesięcznego odbioru wykonanych usług konserwacji zieleni …….. bez wad.

Na wstępie Izba wskazuje, że w ramach podniesionego zarzutu odwołań jak również konstrukcji uzasadnienia zawartej w odwołaniach argumentacja Odwołującego oparta jest na regulacji prawnej odnoszącej się do robót budowlanych. W ramach stanowiska prezentowanego w odwołaniach Odwołujący w żaden sposób nie odnosi się do żadnych postanowień wzorów umów odnoszących się do robot budowlanych. Nie wskazuje na żadne postanowienia w opisie przedmiotu zamówienia czy też innych dokumentach stanowiących załączniki do Specyfikacji Warunków Zamówienia (dalej: SWZ) w prowadzonych postępowaniach, które wskazywałaby na realizację jakichkolwiek robót budowlanych. Przedmiotowe postępowania o udzielnie zamówienia publicznego to: „Kompleksowa konserwacja zieleni przyulicznej we Wrocławiu" (sygn. akt KIO 440/24) oraz „Kompleksowa konserwacja parków i zieleńców na terenie Gminy Wrocław" (sygn. akt KIO 501/24). W ramach pierwszego z zamówień w SWZ wskazano jednoznacznie, że Przedmiot zamówienia obejmuje kompleksową konserwację zieleni przyulicznej we Wrocławiu, zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia, stanowiącym Załącznik nr 1 do Wzoru umowy z podziałem na siedem odrębnych zadań. Odwołujący w żaden sposób nie referował do postanowień tych dokumentów. W ramach drugiego z postępowań, zgodnie z SWZ przedmiot zamówienia obejmuje kompleksową konserwację parków i zieleńców na terenie Gminy Wrocław, zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia, stanowiącym Załącznik nr 1 do Wzoru umowy z podziałem na czternaście odrębnych zadań. W tym przypadku również Odwołujący nie wskazał, nie wyjaśnił i nie podał dlaczego kwestionując postanowienia umowy w zakresie „bezusterkowego odbioru robót" opiera się na regulacjach odnoszących się do robót budowalnych. Izba podkreśla również w tym miejscu, że w uzasadnieniu odwołań, w zasadzie, poza odniesieniem do orzecznictwa związanego z bezusterkowym odbiorem robót budowlanych w robotach budowlanych brak jest jakiegokolwiek stanowiska Odwołującego poddającego się ocenie w zakresie zarzutu.

Izba nie poszukuje za wykonawcę uzasadnienia podnoszonego zarzutu odwołania. To obowiązkiem wykonawcy jest przedstawianie uzasadnienia dla podnoszonych naruszeń prawa i wskazania okoliczności faktycznych w czynnościach Zamawiającego, w których uparuje działania niezgodnego z prawem. Izba stwierdziła również brak jakiejkolwiek argumentacji uzasadniającej stanowisko Odwołującego w kontekście usług utrzymaniowych, które stanowią przedmiot zamówienia.

Mając na uwadze brak uzasadnienia faktycznego po stronie Odwołującego argumentującego zarzuty odwołań, odwołanie się do regulacji robót budowlanych przy jednoczesnym niekwestionowaniu prawa Zamawiającego do ukształtowania postanowień umów odnoszących się do bezusterkowych odbiorów w ramach usług utrzymaniowych, w oparciu o art. 353^1 KC, powoduje, że zarzuty odwołań Izba uznała za niezasadne.

W ocenie Izby, brak jakiejkolwiek argumentacji faktycznej w uzasadnieniu faktycznym odwołania stanowi w zasadzie brak wskazania podstawy faktycznej w uzasadnieniu odwołania, a która na etapie prowadzenia postępowania odwoławczego nie daje się poddać ocenie. Brak podania faktycznych podstaw, argumentacji kwestionującej czynność Zamawiającego nie pozwala w zasadzie na ocenę czynności Zamawiającego odnoszącej się do oceny wyjaśnień złożonych przez uczestnika postępowania odwoławczego. Odwołujący nie uzasadnił dlaczego odnosi się do regulacji dotyczącej robót budowalnych w ramach usług utrzymaniowych stanowiących przedmiot obu odwołań, jak również poprzestał tylko na prezentacji orzecznictwa w tym zakresie.

Izba podkreśla, że ocenia czynność Zamawiającego w kontekście podniesionego zarzutu i przypisanej mu argumentacji faktycznej. Natomiast brak takiej argumentacji powoduje, że nie jest możliwie dokonanie oceny zarzutu w kontekście czynności Zamawiającego. Niezmiennie to po stronie wykonawcy składającego odwołanie ciąży obowiązek wykazania uzasadnienia i argumentacji podnoszonych naruszeń. Izba nie ma obowiązku, ani prawa, poszukiwania za Odwołującego uzasadnienia zarzutów podniesionych w odwołaniu. Nie sposób poddać ocenie czynność Zamawiającego w sytuacji, gdy poza stwierdzeniem, że z taką czynności Odwołujący się nie zgadza nie przedstawia Odwołujący żadnej argumentacji faktycznej. Wykonawca składający odwołanie obowiązany jest do skonkretyzowania swojego stanowiska przez podanie uzasadnienia faktycznego oraz jednoznacznego odniesienia się do czynności czy zaniechań Zamawiającego. Izba nie może domyślać się intencji czy zamierzeń Odwołującego, jak również Izba nie może podejmować za Odwołującego czynności zmierzających do uzasadnienia zarzutu odwołania. W ramach środków ochrony prawnej następuje ocena działania Zmawiającego (podejmowanych przez niego czynności w postępowaniu bądź bezprawnych zaniechań), pod względem zgodności z przepisami ustawy. Jednakże aby to było możliwe niezbędne jest podanie argumentacji faktycznej przez Odwołującego, argumentacji odnoszącej się postulowanej oceny. Oznacza to zatem konieczność odniesienia się do elementów stanu faktycznego, jak również podjętych czynności lub zaniechań Zamawiającego w taki

sposób, który pozwoli na uznanie, że podniesione zostały konkretne i uzasadnione faktycznie zarzuty wobec tych czynności lub zaniechań przypisanych Zamawiającemu.

Izba podkreśla, że orzecznictwo sądów powszechnych jak również Krajowej Izby Odwoławczej wskazuje na potrzebę ścisłego odczytywania treści zarzutu, w tym przede wszystkim niedopuszczalność wykraczania poza jego treść. Jak wskazano w nieprzerwanie aktualnym wyroku Sądu Okręgowego w Gliwicach z 29 czerwca 2009 r. w spr. X Ga 110/09, „Jeśli więc strona nie odwołuje się do konkretnych okoliczności faktycznych to skład orzekający nie może samodzielnie ich wprowadzić do postępowania tylko dlatego, że można 33

je przyporządkować określonej, wskazanej w odwołaniu kwalifikacji prawnej." Na potrzebę ścisłego traktowania pojęcia zarzutu wskazał również Sąd Okręgowy w Rzeszowie w uzasadnieniu wyroku z dnia 18 kwietnia 2012 r. w spr. o sygn. I Ca 117/12: „Z analizy powyższych przepisów można wyciągnąć dwa zasadnicze wnioski dla niniejszej sprawy. Po pierwsze, zarówno granice rozpoznania sprawy przez KIO jak i Sąd są ściśle określone przez zarzuty odwołania, oparte na konkretnej i precyzyjnej podstawie faktycznej. Sąd w postępowaniu toczącym się na skutek wniesienia skargi jest związany podniesionymi w odwołaniu zarzutami i wyznaczonymi przez nie granicami zaskarżenia." W orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej również ugruntowany jest również pogląd, że dla oceny zrzutu kluczowe znaczenie ma podanie w treści odwołania uzasadnienia faktycznego, wyczerpującego i zawierającego argumentację pozwalającą na ocenę poprawności zachowań (czynności, zaniechań) Zamawiającego, które kwestionuje we wniesionym odwołaniu Odwołujący. W orzecznictwie Sądu Najwyższego wskazuje się również, że powód nie jest obowiązany do wskazania w pozwie podstawy prawnej swego roszczenia. „Zgodnie z zasadą da mihi factum, dabo tibi ius – wynikającą w polskim prawie procesowym z nałożenia na powoda jedynie obowiązku przytoczenia okoliczności faktycznych uzasadniających żądanie – konstrukcja prawna podstawy rozstrzygnięcia należy do sądu." (wyrok Sądu najwyższego z dnia 26 czerwca 1997 roku sygn. akt I CKN 130/97). Sąd Najwyższy podkreśla w swoim orzecznictwie, że obligatoryjnym elementem pozwu jest przytoczenie okoliczności faktycznych uzasadniających żądanie pozwu (art. 187 par. 1 ust. 2 KPC), okoliczności te stanowią podstawę faktyczną powództwa (causa petendi) – tak Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 2 maja 1957 roku sygn. akt II CR 305/57.

W orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej również ugruntowany jest pogląd, że o prawidłowości konstrukcji zarzutu odwołania nie może przesądzać kwalifikacja prawna zaskarżonej czynności, ponieważ ostatecznie to do Izby należy subsumcja stanu faktycznego pod określoną normę prawną, natomiast kluczowe znaczenie ma podanie w treści odwołania uzasadnienia faktycznego, wyczerpującego i zawierającego argumentację pozwalającą na ocenę zachowań (czynności, zaniechań) Zamawiającego, które kwestionuje we wniesionym odwołaniu Odwołujący. W tym zakresie aktualne pozostaje wypracowane na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 Prawo zamówień publicznych stanowisko co do konieczności podania uzasadnienie faktycznego podnoszonych zarzutów, bowiem przepisy uprzednio obwiązującej ustawy nie odbiegają od treści obowiązujących obecnie. Jednocześnie wypracowane w orzecznictwie stanowisko znajduje również swoje odwzorowanie w piśmiennictwie.

Wymaga odnotowania w tym miejscu, że postępowanie odwoławcze nie jest elementem procedury administracyjnej i nie wystarczy w odwołaniu wskazać, że z danymi czynnościami lub zaniechaniami Zamawiającego Odwołujący się nie zgadza, w postępowaniu odwoławczym niezbędne jest przedstawienie w odwołaniu uzasadnienia zawierającego okoliczności faktyczne i prawne uzasadniające twierdzenia Odwołującego i pozwalające Izbie, w postępowaniu kontradyktoryjnym, na ocenę działań Zamawiającego w kontekście podnoszonych przez Odwołującego naruszeń.

Brak przedstawienia uzasadnienia faktycznego podnoszonej argumentacji, brak uzasadnienia stawianej argumentacji do odbiorów bezusterkowych określonych przez odwołanie do robót budowlanych w ramach przedmiotowych postępowań o udzielnie zamówienia publicznego, jak również powyżej wskazane stanowisko Izby powoduje, że bezprzedmiotowe dla rozpoznania zarzutów z obu odwołań stały się dowody zawnioskowane i załączone do pisma procesowego.

W zakresie zarzutu nr 2 –

naruszenia art. 16 pkt 1 ustawy w zw. z art. 99 ust 1 i 4 ustawy przez wprowadzenie do wzoru umowy, niejednoznacznych, nieprecyzyjnych zwrotów i terminów uniemożliwiających lub utrudniających w znacznym stopniu złożenie ofert w postępowaniu i wyliczenie ich cen, co wpływa także na nierówne traktowanie wykonawców i naruszenie zasady uczciwej konkurencji

Kwestionowane następujące postanowienia Umowy - sygn. akt KIO 501/2 :

- § 2 ust 3 wzoru Umowy – przez brak wskazania co oznaczają użyte przez

Zamawiającego terminy „kluczowe znaczenie" oraz „realizacja celów statutowych" użyte w kontekście przedmiotu umowy,

- § 3 ust 1 pkt 7 wzoru Umowy – przez brak określenia zakresu pozwalającego na

wycenę udziału środka transportu w kontroli (ilość czasu, kilometrów), co skutkuje niemożliwością skalkulowania tego elementu w ofercie,

Izba ustaliła, że:

w Załączniku nr 13 do SWZ (wzór umowy dla Zadań od nr I do nr XIV) Kompleksowa konserwacja parków i zieleńców na terenie Gminy Wrocław" (sygn. akt KIO 501/24) Zamawiający podał:

§ 2 ust 3 - Wykonanie przedmiotu umowy w terminach określonych powyżej ma dla Zamawiającego kluczowe znaczenie z uwagi na realizację celów statutowych Zamawiającego oraz konieczność zapewnienia bezpieczeństwa mienia i osób na terenach zieleni w obrębie Gminy Wrocław.

§ 3 ust 1 pkt 7 - Wykonawca zobowiązuje się do: udziału we wszelkich kontrolach terenowych przeprowadzanych przez pracowników Zamawiającego w zakresie rejonu objętego przedmiotem umowy oraz zapewnienie środka transportu dla przedstawicieli Wykonawcy i Zamawiającego w trakcie kontroli i przeglądu terenów.

Po pierwsze Izba wskazuje, że obowiązkiem Zamawiającego jest opisanie przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny, pełny i zrozumiały dla każdego zainteresowanego zamówieniem. Wymagania co do zakresu czy sposobu realizacji zamówienia a także elementów przedmiotu zamówienia kształtowane w ramach postanowień umowy również muszą zostać opisane w sposób, który daje się określić i zidentyfikować.

Zamawiający wskazał, że przedmiotem zamówienia jest kompleksowa konserwacja zieleni parkowej, a zatem celem udzielanego zamówienia jest powierzenie wykonawcy usług w możliwie najszerszym zakresie w celu utrzymania należytego stanu zieleni parkowej. Intencją Zamawiającego jest, aby zakres przedmiotu umowy obejmował wszelkie niezbędne czynności służące prawidłowemu utrzymaniu zieleni parkowej. Innymi słowy, Zamawiający chce, aby wykonawca wykonał wszystko co jest niezbędne w zakresie konserwacji zieleni parkowej i aby nie istniała potrzeba zlecenia dodatkowych usług poza zawartą umową albo wykonywania ich siłami własnymi Zamawiającego, który nie dysponuje własnym przedsiębiorstwem czy zakładem wykonawczym.

Takie stanowisko w ocenie Izby jest zasadne, jednakże pod jednym warunkiem – wszystkie niezbędne do takiej realizacji zamówienia wymagania muszą zostać zawarte w dokumentacji postępowania o udzielnie zamówienia i zostać wskazane czy to w opisie przedmiotu zamówienia czy postanowieniach umowy. Wspólną cechą wymagań dotyczących wszystkich dokonanych przez Zamawiającego opisów jest ich wyczerpujący charakter. Niedozwolone jest stawianie wymagań niejednoznacznych, ogólnych, niedookreślonych, które w efekcie nie pozwalają na stwierdzenie jednoznaczności opisu, a tym samym nie pozwalają na dokonanie wyceny ofert (nieporównywalność ofert) oraz pozostawiają margines niejasności co do zakresu przedmiotu jaki faktycznie będzie musiał być realizowany w ramach umowy. Sposób realizacji przedmiotu zamówienia zawarty we wzorze umowy stanowi również odniesienie do przedmiotu zamówienia i podlega takim samym

wymaganiom w zakresie opisu jak wymagania odnoszące się do opisu przedmiotu zamówienia.

W odniesieniu do zarzutu dotyczącego § 2 ust 3 wzoru umowy Izba nie stwierdziła aby Odwołujący w jakikolwiek sposób wykazał, że brak zdefiniowania pojęć „kluczowe znaczenie" oraz „realizacja celów statutowych" w ramach postanowienia umownego wpływało w jakikolwiek sposób na zakres realizacji czy terminowość realizacji przedmiotu umowy. Odwołujący w żaden sposób nie wyjaśnił na czym miałoby polegać odniesienie tych sformułowań do terminowości czy zakresu realizacji. W ramach tego postanowienia umownego Zamawiający, w ocenie Izby, uzasadnia przyjęte we wcześniejszej jednostce redakcyjnej umowy i określone tam terminy realizacji usługi.

W odniesieniu do zarzutu dotyczącego § 3 ust 1 pkt 7 wzoru umowy Izba stwierdziła zasadność stanowiska Odwołującego wyrażonego w odwołaniu. W ocenie Izby wskazanie na brak dookreślenia postanowień umowy w zakresie udziału środka transportu w kontroli przez dookreślenie ilości czasu niezbędnego do przeprowadzenia takich kontroli, zakładanej ilości kilometrów jakie będzie musiał przejechać środek transportu, stanowi o braku wyczerpującego opisu w zakresie nałożonego na wykonawcę obowiązku, którego w takim stanie wykonawca w zasadzie nie jest w stanie skalkulować i wycenić. W tym zakresie obowiązek jaki został nałożony na wykonawcę przez zapewnienie środka transportu dla przedstawicieli Wykonawcy i Zamawiającego w trakcie kontroli i przeglądu terenów w żaden sposób nie jest policzalny. Izba nie podziela stanowiska Zamawiającego, że wniosek jaki przedstawił Odwołujący co do tego zarzutu prowadzi w rzeczywistości do modyfikacji przedmiotu zamówienia. Wniosek Odwołującego sprowadza się do tego, że wnosząc o modyfikację, która ma polegać na zastąpieniu treści § 3 ust 1 pkt 7 wzoru umowy udziału we wszelkich kontrolach terenowych przeprowadzanych przez pracowników Zamawiającego w zakresie rejonu objętego przedmiotem umowy oraz zapewnienie środka transportu dla przedstawicieli Wykonawcy i Zamawiającego w trakcie kontroli i przeglądu terenów, treścią udziału we wszelkich kontrolach terenowych przeprowadzanych przez pracowników Zamawiającego w zakresie rejonu objętego przedmiotem umowy w zasadzie sprowadza się do wykreślenia treści: oraz zapewnienie środka transportu dla przedstawicieli Wykonawcy i Zamawiającego w trakcie kontroli i przeglądu terenów.

W przypadku braku wskazania postanowień, które umożliwiają skalkulowanie kosztów realizacji danego obowiązku co do zapewnienia środków transportu (w tym co najmniej wskazania czasu jaki ma to obejmować, kilometrów jakie transport ma obejmować co przekłada się na rozliczanie kosztów środka transportu, kosztów pracy i innych 37

niezbędnych do realizacji) Zamawiający w zasadzie wymaga od wykonawcy realizacji nieokreślonego świadczenia w ramach przedmiotu zamówienia. W ocenie Izby Zamawiający jest uprawniony do żądania w ramach przedmiotu umowy zapewnienia środka transportu do realizacji czynności kontrolnych ale jednocześnie obowiązek ten nie może być nieokreślony. W przypadku, gdy nie jest określony, poza samym jego nałożeniem, nie może on zostać utrzymany w takim kształcie jak w postanowieniu umownym. Koszty jakie poniesienie wykonawca realizując obowiązek transportowy muszą być policzalne, i nie ma tu żadnego znaczenia wskazywane przez Zamawiającego rozdzielnie sposobu transportu tj. rozdzielnie na transport dla Zamawiającego i transport dla wykonawcy, a które w ocenie Izby jest niezrozumiałą argumentacją. Wynika to z tego, że zarówno koszty transportu zamawiającego oraz koszty transportu wykonawcy w przypadku ich rozdzielenia, a mające być realizowane w ramach kontroli terenowych musiałby być ujęte w kosztach zamówienia, bo stanowią przedmiot tego zamówienia. To w ramach realizacji umowy prowadzone będą

kontrole terenowe, więc elementem prowadzonych kontroli jest również transport, który zawsze jest kosztotwórczy i oczywistym jest, że koszty tego transportu stanowią element kosztów realizacji zamówienia. Gdyby Zamawiający nie ustanowił takiego wymagania co do realizacji kontroli terenowych niewątpliwie wykonawca nie prowadziłby sam z siebie takich kontroli i nie ponosił kosztów transportu.

W zakresie tego zarzutu w trakcie rozprawy Zamawiający oświadczył, że „nie ma problemu z policzeniem km przejazdu", jednocześnie wyjaśnił w odpowiedzi na pytanie dlaczego nie podał ilości kilometrów, „że powinien to sobie policzyć wykonawca. Podane zostały obszary." Zamawiający jednocześnie wyjaśnił, że jest możliwa do podania przez Zamawiającego ilość kilometrów jaką trzeba przejechać w ramach kontroli terenowych (oczywiście z jakimś marginesem). Oznacza to, że informacje w zakresie kilometrów niezbędnych do przejechania środkiem transportu zapewnionym przez wykonawcę w ramach kontroli terenowych Zamawiający jest w stanie określić, a to oznacza jednoznacznie, że opis wymagań zawartych we wzorze umowy nie jest pełny.

Mając na uwadze powyższe Izba nakazała wykreślenie z § 3 ust 1 pkt 7 wzoru umowy słów: oraz zapewnienie środka transportu dla przedstawicieli Wykonawcy i Zamawiającego w trakcie kontroli i przeglądu terenów.

Kwestionowane następujące postanowienia Umowy - sygn. akt KIO 440/24:

> - § 3 ust. 1 pkt 37 wzoru Umowy – przez niemożność dokładnej weryfikacji stanu fitosanitarnego drzew w ramach oględzin prowadzonych samodzielnie lub z udziałem 38

Zamawiającego. Drzewa bowiem mogą być uszkodzone (nawet bez widocznych z zewnątrz oznak, przez co uniemożliwia się wycenę oferty, naraża na otrzymanie ofert nieporównywalnych, ale i obciąża Wykonawcę nadmierną odpowiedzialnością),

Izba ustaliła, że:

w Załączniku nr 13 do SWZ (wzór umowy dla Zadań 1-7) „Kompleksowa konserwacja zieleni przyulicznej we Wrocławiu" (sygn. akt KIO 440/24) Zamawiający podał:

> § 3 ust. 1 pkt 37 - Wykonawca zobowiązuje się do: protokolarnego przyjęcia rejonu objętego przedmiotem umowy wraz z młodymi nasadzeniami drzew i krzewów – przyjęcie bez zastrzeżeń ze strony Wykonawcy jest jednoznaczne z oświadczaniem, że Wykonawca sprawdził z należytą starannością i potwierdził, że przyjmowany rejon objęty przedmiotem umowy jest w należytym stanie, bez wad i zniszczeń – z momentem protokolarnego przyjęcia rejonu odpowiedzialność i ryzyka związane ze stanem rzeczy objętych przedmiotem niniejszej umowy wraz z młodymi nasadzeniami drzew i krzewów przechodzą na Wykonawcę,

W zakresie rozpoznania tego zarzutu odwołania Izba w całości przyjmuje argumentację odnoszącą się do kompletności przygotowania opisu przedmiotu zamówienia podlegającego wycenie jaki został przez Izbę przedstawiony powyżej, przy rozpoznaniu zarzutu odnoszącego się do § 3 ust 1 pkt 7 wzoru umowy w sprawie sygn. akt KIO 501/24.

Izba w pierwszej kolejności zaznacza, że zarzut odwołania odnosi się jedynie do weryfikacji stanu fitosanitarnego drzew, nie odnosi się do wskazanych ww. postanowieniu umownym krzewów. Podkreślenia wymaga, że wymaganie określone w § 3 ust. 1 pkt 37 wzoru umowy skonstruowane zostało jedynie w tym postanowieniu umowy. W żadnych postanowieniach opisu przedmiotu zamówienia jak również w postanowieniach umowy nie został określony stan fitosanitarny drzew jakie w ramach zamówienia ma objąć wykonawca, jednocześnie z momentem przejęcia rejonu przejmując odpowiedzialność i ryzyka zawiązane ze stanem rzeczy objętych przedmiotem umowy.

Izba nie podziela stanowiska Zamawiającego, że zarzut odwołania sprowadza się do przerzucania na Zamawiającego przedstawiania przez Zamawiającego stanu fitosanitarnego drzew, co stanowi w ocenie Zamawiającego w zasadzie element przedmiotu zamówienia, gdzie to wykonawca ma sobie określić stan fitosanitarny i zgłaszać nieprawidłowości.

Izba podkreśla, że w trakcie rozprawy Zamawiający oświadczył, że „nie jest znany stan fitosanitarny drzew ponieważ nie jest możliwe określenie ich dlatego, że zmienia się on 39

każdego dnia". Jednocześnie argumentował, że „należy przyjmować pewne uproszenia a każdy może sobie pójść i obejrzeć te drzewa. (…) nie jest to zwykłe pójść i obejrzeć drzewa ponieważ trzeba posiadać odpowiednie kwalifikacje żeby wykonać oględziny drzewa. Osoba posiadająca odpowiednie uprawnienia wchodząc do parku będzie w stanie stwierdzić stan drzewostanu na dany dzień." Z tych twierdzeń Zamawiającego wynika w sposób jednoznaczny w ocenie Izby, że przenosi Zamawiający odpowiedzialność za ustalenie stanu fitosanitarnego drzew na wykonawcę, co potwierdza wskazanie w projekcie umowy że Wykonawca sprawdził z należytą starannością i potwierdził, że przyjmowany rejon objęty przedmiotem umowy jest w należytym stanie, bez wad i zniszczeń – z momentem protokolarnego przyjęcia rejonu odpowiedzialność i ryzyka związane ze stanem rzeczy objętych przedmiotem niniejszej umowy wraz z młodymi nasadzeniami drzew i krzewów przechodzą na Wykonawcę.

Przedmiot umowy zostaje „oddany" przez Zamawiającego do realizacji kompleksowej usługi, przy czym zgodnie z tym postanowieniem umownym Zamawiający nie przedstawia żadnej informacji o stanie fitosanitarnym drzew. W wypowiedzi w trakcie rozprawy jednoznacznie Zamawiający podał, że oceny stanu fitosanitarnego drzew musi dokonać osoba posiadająca odpowiednie uprawnienia. Potwierdza to, że Zamawiający również może dokonać oceny stanu fitosanitarnego drzew i przekazać takie informacje wykonawcy w ramach dokumentów zamówienia z zastrzeżeniem dnia na jaki zostały przygotowane. Zamawiający w każdym przypadku „zasłania się" twierdzeniami o tym, że przedmiotem

zamówienia jest kompleksowa konserwacja zieleni przyulicznej, a zatem celem udzielanego zamówienia jest powierzenie wykonawcy usług w możliwie najszerszym zakresie w celu utrzymania należytego stanu zieleni przyulicznej. Intencją Zamawiającego jest aby zakres przedmiotu umowy obejmował wszelkie niezbędne czynności służące prawidłowemu utrzymaniu zieleni przyulicznej. Innymi słowy, Zamawiający chce aby wykonawca wykonał wszystko co jest niezbędne w zakresie konserwacji zieleni przyulicznej i aby nie istniała potrzeba zlecenia dodatkowych usług poza zawartą umową albo wykonywania ich siłami własnymi Zamawiającego, który nie dysponuje własnym przedsiębiorstwem czy zakładem wykonawczym. Ponadto Zamawiający podkreślał, że „przedmiot umowy obejmuje pracę na żywych organizmach w tym krzewach i drzewach, których stan, w tym stan fitosanitarny. zmienia się w czasie ze względu na różne czynniki - starzenie się organizmów, ich wzrost, choroby, dyspresję patogenów i grzybów, a także nagłe i niemożliwe do przewidzenia pojawy owadów oraz last but not least zjawiska atmosferyczne, których gwałtowność, częstotliwość i nieprzewidywalność uległa w ostatnich latach znacznemu wzrostowi".

W ocenie Izby te same okoliczności do jakich referuje Zamawiający mogą w taki sam sposób przeszkadzać wykonawcy w przeprowadzeniu oceny stanu fitosanitarnego drzew 40

i skalkulowania „wszelkich niezbędnych czynności" w sposób prawidłowy. Wymaga wskazania w tym miejscu, co jest wiedzą powszechną, że pomiędzy terminem składania ofert a terminem wyboru oferty i podpisaniem umowy mijają czasem tygodnie, a nawet miesiące (chociażby z uwagi na prowadzone czynności proceduralne jak wyjaśnienia treści ofert, wyzwanie do składania czy uzupełniania dokumentów lub prowadzenia postępowań odwoławczych), co oznacza, że jakiekolwiek wcześniejsze oględziny dokonane przez wykonawcę samodzielnie – co sugerował Zamawiający – w obliczu argumentacji Zamawiającego dotyczącej powodów zmiany stanu fitosanitarnego drzew są bezprzedmiotowe. Oznacza to tym samym, że z tych samych przyczyn, z których nie może określić stanu fitosanitarnego drzew Zamawiający, w zasadzie nie może zrobić tego również wykonawca. Przy czym Izba podkreśla, że przenoszenie na wykonawcę określania w zasadzie przedmiotu zamówienia – bowiem od stanu fitosanitarnego drzew będzie zależeć zakres świadczonych dalej usług utrzymania – stanowi działanie nieprawidłowe oraz niezgodne z ustawą wymagającą opisania przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący przy uwzględnieniu wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty. Niewątpliwe stan fitosanitarny drzew ma wpływ na sporządzenie oferty, w tym jej wycenę, w której uwzględnione musza zostać ryzyka związane ze stanem rzeczy. Izba uznała za błędne i niezgodne z zamówieniami publicznymi twierdzenia Zamawiającego mające uzasadniać prawidłowość kwestionowanego postanowienia umowy, a sprowadzające się do twierdzenia, że przedmiot zamówienia to „przestrzenie publiczne i każdy wykonawca może szczegółowo zapoznać się ze stanem drzew przed kalkulacją ceny oferty i przejęciem terenu". To Zamawiający opisuje przedmiot zamówienia, a nie wykonawca sam sobie tworzy dany przedmiot w czasie i okolicznościach jakie sam przyjmuje.

Izba nie może nakazać wprowadzenia do postanowień umowy, żadnych treści o czym była mowa na wstępie rozpoznania wszystkich zarzutów odwołania. Jednocześnie Izba nie jest związana żądaniami Odwołującego. Powyższa argumentacja wskazuje braki w wymaganiach ukształtowanych w postanowieniach umowy, które w takim kształcie muszą zostać wykreślone z postanowień umowy.

Mając na uwadze powyższą argumentację Izba nakazała wykreślenie § 3 ust 1 pkt 37 wzoru umowy.

W zakresie:

kwestionowanych postanowień wzoru umowy - sygn. akt KIO 440/24:

- § 3 ust 1 pkt 10 wzoru Umowy - przez brak doprecyzowania (wytaksowania) w pkt 10

z jakimi podmiotami Zamawiający przewiduje współpracę, jaki ma być zakres tej współpracy i na czy ma polegać,

- § 3 ust 1 pkt 13 wzoru Umowy - przez nałożenie na Wykonawcę obowiązków

wykluczających „możliwość odmowy wykonania zleconych prac i czynności objętych poszczególnymi zleceniami niezależnie od wszelkich okoliczności, a w szczególności niezależnie od czasu zlecenia, jego pracochłonności, rzeczywistych kosztów realizacji oraz aktualnych możliwości kadrowo-sprzętowych",

- § 3 ust 1 pkt 17 wzoru Umowy - przez wskazywanie na niedookreślony i szeroki

obowiązek Wykonawcy do „zapewnienia bezpieczeństwa uczestnikom ruchu drogowego (w tym pieszego) w czasie trwania robót",

- § 3 ust 1 pkt 24 wzoru Umowy - przez nałożenie na Wykonawcę obowiązku

„zgłaszania Zamawiającemu nielegalnych nasadzeń" w sytuacji gdy weryfikacja taka jest niemożliwa, a dodatkowo wykracza poza zakres przedmiotu Umowy,

- w zakresie § 3 ust 1 pkt 29 i 30 wzoru Umowy - przez brak wskazania przez Zamawiającego ilości „odkupowanego od Zamawiającego drewna" oraz „odpadów pozyskanych z rozbiórki obiektów", w sposób umożliwiający kalkulację tej pozycji,

kwestionowanych postanowień wzoru umowy - sygn. akt KIO 501/24 :

- § 3 ust 1 pkt 10 wzoru Umowy - przez brak doprecyzowania (wytaksowania) w pkt 10

z jakimi podmiotami Zamawiający przewiduje współpracę, jaki ma być zakres tej współpracy i na czy ma polegać, co w sposób zasadniczy utrudnia wycenę oferty, albowiem Wykonawca nie jest w stanie ocenić jakie faktory do wyceny przyjąć,

- § 3 ust 1 pkt 13 wzoru Umowy - przez nałożenie na Wykonawcę obowiązków

wykluczających „możliwość odmowy wykonania zleconych prac i czynności objętych poszczególnymi zleceniami niezależnie od wszelkich okoliczności, a w szczególności niezależnie od czasu zlecenia, jego pracochłonności, rzeczywistych kosztów realizacji oraz aktualnych możliwości kadrowo-sprzętowych". Stwierdzenia użyte we wzorze umowy takie jak „niezależnie od wszelkich okoliczności", „niezależnie od czasu zlecenia, jego pracochłonności, rzeczywistych kosztów realizacji" uprawniają Zamawiającego do obciążenia Wykonawcy świadczeniami o nieokreślonym zakresie, w nieokreślonym terminie i nieokreślonych kosztach, co w sposób oczywisty uniemożliwia wycenę oferty i naraża na składanie ofert o różnych „założeniach". Niezależnie od tego możliwość zlecania prac „niezależnie od wszelkich okoliczności" pozostaje w sprzeczności choćby z zapisami wzoru umowy o „sile wyższej", a także

okolicznościami związanymi choćby z wojną na Ukrainie („niezależnie od rzeczywistych kosztów realizacji"),

- § 3 ust 1 pkt 17 wzoru Umowy – przez wskazywanie na niedookreślony i szeroki

obowiązek Wykonawcy do „zapewnienia bezpieczeństwa uczestnikom ruchu drogowego (w tym pieszego)w czasie trwania robót". Zdaniem Wykonawcy zapis winien precyzyjnie określać, co w ramach tego obowiązku Zamawiający oczekuje, albowiem nie jest on w stanie zapewnić jak stwierdza wzór umowy literalnie „bezpieczeństwa" wszystkim uczestnikom ruchu, a może to uczynić w określonym zakresie i w określony sposób, który nie został wskazany,

- § 3 ust 1 pkt 24 wzoru Umowy – przez nałożenie na Wykonawcę obowiązku

„zgłaszania Zamawiającemu nielegalnych nasadzeń" w sytuacji, gdy weryfikacja taka jest niemożliwa, a dodatkowo wykracza poza zakres przedmiotu umowy,

- w zakresie § 3 ust 1 pkt 29 i 30 wzoru Umowy – przez brak wskazania przez Zamawiającego ilości „odkupowanego od Zamawiającego drewna" oraz „odpadów pozyskanych z rozbiórki obiektów" (stal, żeliwo, i inne), w sposób umożliwiający kalkulację tej pozycji. Założenie przez Wykonawcę kosztów z tym związanych wpływa w sposób oczywisty na cenę oferty i jest konieczne dla jej ustalenia.

W ramach postępowania „Kompleksowa konserwacja zieleni przyulicznej we Wrocławiu" (sygn. akt KIO 440/24) w Załączniku nr 13 do SWZ (wzór umowy dla Zadań 1-7) oraz „Kompleksowa konserwacja parków i zieleńców na terenie Gminy Wrocław" (sygn. akt KIO 501/24) w Załączniku nr 13 do SWZ (wzór umowy dla Zadań od nr I do nr XIV) postanowienia wzorów umów w powyższym zakresie są tożsame.

W odniesieniu od § 3 ust 1 pkt 10 - Wykonawca zobowiązuje się do: współpracy z podmiotami zajmującymi się eksploatacją fontann, urządzeń napowietrzających i systemów deszczowania,

W zakresie rozpoznania tego zarzutu odwołania Izba w całości przyjmuje argumentację odnoszącą się do kompletności przygotowania opisu przedmiotu zamówienia podlegającego wycenie, a jaki został przez Izbę przedstawiony powyżej przy rozpoznaniu zarzutu odnoszącego się do § 3 ust 1 pkt 7 wzoru umowy w sprawie sygn. akt KIO 501/24.

W trakcie rozprawy Zamawiający uzasadniał, że „współpraca ma polegać na komunikowaniu się." Wyjaśnił również, że Zamawiający „nie jest w stanie kazuistycznie 43

określić wszystkich sytuacji dotyczących takiej współpracy." Z powyższego jednoznacznie wynika po pierwsze to, że Zamawiający jest w stanie określić, że współpraca ma polegać na komunikowaniu się podmiotów. Z drugiej strony, na podstawie wypowiedzi Zamawiającego stwierdzić należy, że jest on w stanie opisać, określić dany zakres czynności jakie będą musiał podejmować wykonawca w ramach współpracy chociażby w zakresie komunikowania się podmiotów. Powtórzyć należy, że opis przedmiotu zamówienia to obowiązek Zamawiającego. Określenie zakresu współpracy umożliwi wykonawcy skalkulowanie ceny oferty w tym zakresie. Brak podania zakresu współpracy, a jedynie samo określenie tego wymagania powoduje, że w zasadzie nieznany jest na tym etapie zakres tej współpracy. W ocenie Izby, wbrew twierdzeniu Zamawiającego, zarzut odwołania – jak i pozostałe w tym zarzucie 2 – nie zmierzają do eliminacji poszczególnych obowiązków określonych w projektowanych postanowieniach umowy, bowiem w zakresie tego zarzutu obowiązki te nie zostały określone. Ogólnikowe podanie wymagania co do podjęcia współpracy nie jest elementem dającym podstawę do stwierdzenia jakie czynności czy działania maja być przez wykonawcę podejmowane w ramach tego obowiązku. Jednocześnie Izba ponownie przypomina, że sposób realizacji danego zamówienia określony w projektowanych postanowieniach umowy stanowi również opis tego przedmiotu i to Zamawiający obowiązany jest do jego przygotowania. Zamawiający obowiązany zatem jest podać na czym ma polegać współpraca tych podmiotów w ramach realizacji tej umowy. W odniesieniu do podmiotów z jakimi wykonawca ma współpracować w ramach realizacji zamówienia zrozumiałym jest, że Odwołujący oczekuje wskazania takich podmiotów. Natomiast skoro podmioty te nie są znane na moment ogłoszenia postępowania niezbędnym jest wprowadzenie do umowy postanowień, które w sposób jednoznaczny pozwolą na podanie w ramach tej umowy nazwy podmiotu / podmiotów, z którym wykonawca ma współpracować w ramach realizacji umowy. Żaden wykonawca usług realizowanych na potrzeby Zamawiającego nie ma obowiązku domyślania się, poszukiwania wykonawcy z jakim ma współpracować oraz powinien mieć w umowie

zagwarantowane, że podmiot taki zostanie mu wskazany.

Izba nie może nakazać wprowadzenia do postanowień umowy, żadnych treści o czym była mowa na wstępie rozpoznania wszystkich zarzutów odwołania. Jednocześnie Izba nie jest związana żądaniami Odwołującego. Powyższa argumentacja wskazuje braki w wymaganiach ukształtowanych w postanowieniach umowy, które w takim kształcie muszą zostać wykreślone z postanowień umowy.

Mając na uwadze powyższe Izba nakazała wykreślenie w ramach postępowania „Kompleksowa konserwacja zieleni przyulicznej we Wrocławiu" (sygn. akt KIO 440/24) w 44

Załączniku nr 13 do SWZ (wzór umowy dla Zadań 1-7) oraz „Kompleksowa konserwacja parków i zieleńców na terenie Gminy Wrocław" (sygn. akt KIO 501/24) w Załączniku nr 13 do SWZ (wzór umowy dla Zadań od nr I do nr XIV) § 3 ust 1 pkt 10 wzoru umowy.

W odniesieniu od § 3 ust 1 pkt 13 - Wykonawca zobowiązuje się do: Wykonawca nie ma możliwości odmowy wykonania zleconych prac i czynności objętych poszczególnymi zleceniami niezależnie od wszelkich okoliczności, a w szczególności niezależnie od czasu zlecenia, jego pracochłonności, rzeczywistych kosztów realizacji oraz aktualnych możliwości kadrowo-sprzętowych,

W zakresie rozpoznania tego zarzutu niezbędne jest odniesienie się osobno do przedstawionych zarzutów w ramach obu odwołań.

W ramach postępowania „Kompleksowa konserwacja zieleni przyulicznej we Wrocławiu" (sygn. akt KIO 440/24) Izba stwierdza, że w odwołaniu brak jest jakikolwiek argumentacji faktycznej uzasadniającej podniesiony zarzut. Odwołujący podaje ogólne odniesienie się do regulacji art. 99 ust. 1 i 4 ustawy, wskazuje nałożony obowiązek i wnosi o wykreślenie § 3 ust 1 pkt 13 wzoru umowy. W ocenie Izby, brak jakiejkolwiek argumentacji faktycznej w uzasadnieniu faktycznym odwołania stanowi w zasadzie brak wskazania podstawy faktycznej w uzasadnieniu odwołania, a która na etapie prowadzenia postępowania odwoławczego nie daje się poddać ocenie. Izba w całości przywołuje w tym miejscu argumentację prawną zawartą w rozpoznaniu zarzutu 1.

Mając to na uwadze Izba zarzut uznała za niezasadny.

W ramach postępowania „Kompleksowa konserwacja parków i zieleńców na terenie Gminy Wrocław" (sygn. akt KIO 501/24) w odwołaniu Odwołujący przedstawił stanowisko dające poddać się ocenie. Odwołujący wyjaśniał, że stwierdzenia użyte we wzorze umowy takie jak „niezależnie od wszelkich okoliczności", „niezależnie od czasu zlecenia, jego pracochłonności, rzeczywistych kosztów realizacji" uprawniają Zamawiającego do obciążenia Wykonawcy świadczeniami o nieokreślonym zakresie, w nieokreślonym terminie i nieokreślonych kosztach, co w sposób oczywisty uniemożliwia wycenę oferty i naraża na składanie ofert o różnych „założeniach". Niezależnie od tego możliwość zlecania prac „niezależnie od wszelkich okoliczności" pozostaje w sprzeczności choćby z projektem umowy o „sile wyższej", a także okolicznościami związanymi choćby z wojną na Ukrainie („niezależnie od rzeczywistych kosztów realizacji").

W zakresie rozpoznania tego zarzutu należy mieć na uwadze, że zgodnie z § 6 wzoru umowy wynagrodzenie stanowi wynagrodzenie wynikające z kosztorysu ofertowego, płatne w 12 częściach. Zgodnie z ust. 3 tego paragrafu wynagrodzenie określone w ust. 1 niniejszego paragrafu, obejmuje wszelkie koszty niezbędne dla wykonania przedmiotu umowy zgodnie z zasadami wiedzy technicznej, sztuki inżynierskiej i ogrodniczej oraz powszechnie obowiązującymi przepisami prawa. Wykonawcy nie będzie przysługiwać żadne inne wynagrodzenie wykraczające ponad kwotę określoną w ust. 1.

Zamawiający podniósł w swoim stanowisku, że usunięcie ww. postanowienia godzi w istotę przedmiotu zamówienia, którą jest powierzenie wykonawcy w ramach zamówienia publicznego kompleksowej konserwacji parków i zieleńców oraz zapewnienie, że w zamian za uzgodnione wynagrodzenie na podstawie kosztorysu przedłożonego przez wykonawcę zlecone prace zostaną bezwzględnie wykonane. Zamawiający podnosił również i wskazywał szczególny charakter konserwacji parków i zieleńców oraz potrzebę zapewnienia bezpieczeństwa, wskazał, że zamierza powierzyć utrzymanie tej zieleni na zasadach rozliczenia ryczałtowego w oparciu o stawki ujęte w kosztorysie (ceny jednostkowe). Idea powierzenia do realizacji takiego przedmiotu zamówienia na pewien czas 12 miesięcy) za określone kwoty immamentnie zakłada pewne ryzyko po stronie wykonawcy typowe dla umów utrzymaniowo-eksploatacyjnych.

W tak prezentowanym stanowisku Zamawiający jednoznacznie wyjaśnia i oświadcza, że przenosi na wykonawcę obowiązek ujęcia w ofercie (w tym cenie oferty) realizacji prac (zleceń) jakie nie zostały określone w opisie przedmiotu zamówienia. Przy czym zakres ww. postanowienia umownego również nie przesądza, że w ramach tego obowiązku wykonawca nie będzie musiał realizować zleconych prac i czynności objętych poszczególnymi zleceniami, które wykraczają poza zakres opisany w przedmiocie zamówienia, a wynikający z bieżących potrzeb i sytuacji.

Zgodnie z pkt 11 ww. paragrafu wykonawca obowiązany jest do reagowania na zgłoszenia interwencyjne lub pilne, mające na celu usuniecie zagrożenia bezpieczeństwa osób i mienia oraz estetykę terenu – realizowane niezwłocznie, maksymalnie w czasie do 2 godzin od zgłoszenia telefonicznego lub dokonanego via e-mail. Wykonawca jest zobowiązany do realizowania działań interwencyjnych także w godzinach popołudniowych i nocnych, tj.: po 16:00 do 7:00 oraz w dni świąteczne i w dni ustawowo wolne od pracy (24 godziny na dobę, 7 dni w tygodniu); Zlecenia przekazane przez Zamawiającego jako pilne Wykonawca jest zobowiązany realizować natychmiastowo niezależnie od innych zleconych czy planowych prac.

W toku prowadzonej rozprawy Zamawiający jednoznacznie przyznał, że zlecenia prac do jakich referuje § 3 ust 1 pkt 13 wzoru umowy nie są ujęte w harmonogramie rzeczowo – finansowym. Zamawiający wyjaśnił, że „zlecenie interwencyjne rozliczane jest w ramach kwoty ryczałtowej płatnej wykonawcy za inne objęte wykazem cenowym realizacje." Jednocześnie Zamawiający w żaden sposób nie potrafił wyjaśnić czy zlecenie te można w jakikolwiek sposób skalkulować w kwocie za realizację enumeratywnie wyliczonych zadań w ramach realizacji umowy.

Zamawiający ponownie przenosi ciężar zapewnienia realizacji usług utrzymaniowych oraz kompleksowość realizowanej usługi na wykonawcę nie dookreślając zakresu przedmiotowego zlecanych prac, co uniemożliwia faktyczną ich wycenę.

Izba nie odmawia prawa Zamawiającemu do tak ogólnie ukształtowanego wymagania przedmiotowego, jednakże nie może ono, z powodu braku szczegółowości, obciążać wykonawcę. W ten sposób Zamawiający przenosi na wykonawcę obowiązek skalkulowania w cenie oferty realizacji zleceń, których ilości wykonawca nie zna, których zakresu wykonawca nie zna, których pracochłonności wykonawca nie zna itd. Wykonawca, na podstawie § 3 ust 1 pkt 13 wzoru umowy wie jedynie tyle, że będzie obowiązany do realizacji praca zleconych i czynności nimi objętych niezależnie „od wszelkich okoliczności".

Tak ukształtowane wymaganie co do przedmiotu umowy, bowiem realizacja prac zleconych niewątpliwie stanowi przedmiot zamówienia i przedmiot tej umowy, należy uznać za niezgodne z ustawą i nieprawidłowo określone. Zamawiający wymaga w ramach realizacji zamówienia niewskazanego, nieopisanego przedmiotu i jednocześnie wymaga jego skalkulowania w kwocie wynagrodzenia, za przedmiot ujęty w harmonogramie rzeczowo-finansowym. Takie działanie Izba uznaje za nieprawidłowe i naruszające zasady prawa zamówień publicznych.

Izba podkreśla, że nie uzasadnia takiego działania Zamawiającego (obowiązku określonego w postanowieniach umowy) chęć zlecenia kompleksowej konserwacji zieleni. Zamawiający wymaga od wykonawcy realizacji zleceń, które w żaden sposób nie mają być osobno rozliczone, a których zakres i czas realizacji oraz ilość w żaden sposób nie została określona w postępowaniu o zamówienie. Koniecznym zatem jest wykreślenie § 3 ust 1 pkt 13 wzoru umowy. Zamawiający jest uprawniony do ukształtowania postanowień wprowadzających obowiązek realizacji prac zleconych, przy czym musi określić mechanizmy związane z ich rozliczeniem, okoliczności w jakich będzie one zlecane oraz określeniem zakresu w jakim mogą one zostać zlecane.

Mając na uwadze powyższe Izba nakazała wykreślenie w ramach postępowania „Kompleksowa konserwacja parków i zieleńców na terenie Gminy Wrocław" (sygn. akt KIO 501/24) w Załączniku nr 13 do SWZ (wzór umowy dla Zadań od nr I do nr XIV) § 3 ust 1 pkt 13 wzoru umowy

W odniesieniu od § 3 ust 1 pkt 17 - Wykonawca zobowiązuje się do: zapewnienia bezpieczeństwa uczestnikom ruchu drogowego (w tym pieszego) w czasie trwania robót, prowadzenia robót w sposób ograniczający do minimum utrudnienie ruchu, oznakowania na własny koszt, zgodnie z przepisami o ruchu drogowym oraz przepisami BHP, miejsca robót,

W zakresie rozpoznania tego zarzutu, podobnie jak w zakresie rozpoznania zarzutu dotyczącego § 3 ust 1 pkt 13 wzoru umowy, niezbędne jest odniesienie się osobno do przedstawionych zarzutów w ramach obu odwołań.

W ramach postępowania „Kompleksowa konserwacja zieleni przyulicznej we Wrocławiu" (sygn. akt KIO 440/24) Izba stwierdza, że w odwołaniu brak jest jakikolwiek argumentacji faktycznej uzasadniającej podniesiony zarzut. Odwołujący podaje ogólne odniesienie się do regulacji art. 99 ust. 1 i 4 ustawy, wskazuje nałożony obowiązek i wnosi o modyfikację § 3 ust 1 pkt 17 wzoru umowy, przy czym ta wskazywana modyfikacja również niczego nie uzasadnia. W ocenie Izby, brak jakiejkolwiek argumentacji faktycznej w uzasadnieniu faktycznym odwołania stanowi w zasadzie brak wskazania podstawy faktycznej w uzasadnieniu odwołania, a która na etapie prowadzenia postępowania odwoławczego nie daje się poddać ocenie. Izba w całości przywołuje w tym miejscu argumentację prawną zawartą w rozpoznaniu zarzutu 1.

Mając to na uwadze Izba zarzut uznała za niezasadny.

W ramach postępowania „Kompleksowa konserwacja parków i zieleńców na terenie Gminy Wrocław" (sygn. akt KIO 501/24) w odwołaniu Odwołujący przedstawił stanowisko dające poddać się ocenie. Odwołujący wyjaśniał, że kwestionowany jest niedookreślony i szeroki obowiązek Wykonawcy do „zapewnienia bezpieczeństwa uczestnikom ruchu drogowego (w tym pieszego) w czasie trwania robót". Zdaniem Wykonawcy wymaganie to powinno precyzyjnie określać, co w ramach tego obowiązku Zamawiający oczekuje, albowiem nie jest wykonawca w stanie zapewnić jak stwierdza wzór umowy literalnie „bezpieczeństwa" wszystkim uczestnikom ruchu, a może to uczynić w określonym zakresie i w określony sposób, który nie został wskazany.

Izba podzieliła stanowisko Odwołującego i uznała, że wymaganie jakie określił Zamawiający może zostać odniesione do bezpieczeństwa uczestników ruchu drogowego w niedookreślonych i szerokim zakresie. Tym bardziej, że przedmiotowe zamówienie odnosi się do realizacji usługi w ramach parków i zieleńców. W swoim stanowisku pisemnym Odwołujący referuje do zapewnienia bezpieczeństwa na terenie parków, jednakże mając na uwadze treść postanowienia § 3 ust 1 pkt 17 wzoru umowy pozostawia bardzo szeroki zakres jaki zostać ma objęty zapewnieniem bezpieczeństwa. Izba stwierdza, że słusznie podnosi Odwołujący, że to teren robót powinien być zabezpieczony na koszt wykonawcy, a nie określenie obowiązku wykonawcy, a więc przedmiotu zamówienia w sposób otwarty, polegający na zapieczeniu bezpieczeństwa w zasadzie wszystkim i to w nieokreślonym terenie.

W ocenie Izby niezbędnym jest dla doprecyzowania tego wymagania, opisu wymagania określonego przedmiotu zamówienia – bowiem to również jest element przedmiotu zamówienia – wskazanie w jaki sposób, przy zastosowaniu jakich wymagań, udogodnień, oznakować rozwiązań zastępczych itp. ma zostać zabezpieczony teren prowadzonych

prac, a w szczególności w jakim zakresie.

Bez znaczenia dla rozpoznania tego zarzutu w kontekście podnoszonej argumentacji przez Zamawiającego pozostają przedstawione dowody. Wskazuje one jedynie na okoliczności jakie miały miejsce w ramach realizacji wcześniejszych umów. Izba podnosi w tym miejscu, że wielokrotnie Zamawiający referuje do tego, że umowy o tych treściach były podstawą realizacji wielu zamówień wcześniejszych. Zestawienie tej argumentacji z dowodami przedstawianymi przez Zamawiającego wskazuje, że dotychczasowe treści umów nie spełniły swojego zadania, a argumentacja Odwołującego jej zasadna.

Izba nie może nakazać wprowadzenia do postanowień umowy, żadnych treści o czym była mowa na wstępie rozpoznania wszystkich zarzutów odwołania. Jednocześnie Izba nie jest związana żądaniami Odwołującego. Powyższa argumentacja wskazuje braki w wymaganiach ukształtowanych w postanowieniach umowy, które w takim kształcie muszą zostać wykreślone z postanowień umowy.

Mając na uwadze powyższe Izba nakazała wykreślenie w ramach postępowania „Kompleksowa konserwacja parków i zieleńców na terenie Gminy Wrocław" (sygn. akt KIO 501/24) w Załączniku nr 13 do SWZ (wzór umowy dla Zadań od nr I do nr XIV) w § 3 ust 1 pkt 17 wzoru umowy słów: zapewnienia bezpieczeństwa uczestnikom ruchu drogowego (w tym pieszego) w czasie trwania robót, prowadzenia robót.

W odniesieniu od § 3 ust 1 pkt 24 - Wykonawca zobowiązuje się do: zgłaszania Zamawiającemu nielegalnych nasadzeń, rozumianych w szczególności jako nasadzenia dokonywane bez zgody lub wiedzy Zamawiającego przez osoby trzecie,

Odwołujący podnosił, że w ramach przedmiotowego nałożonego na wykonawcę obowiązku „zgłaszania Zamawiającemu nielegalnych nasadzeń" weryfikacja taka jest niemożliwa, a dodatkowo wykracza poza zakres przedmiotu umowy.

W zakresie rozpoznania tego zarzutu odwołania Izba w całości przyjmuje argumentację odnoszącą się do kompletności przygotowania opisu przedmiotu zamówienia podlegającego wycenie jaki został przez Izbę przedstawiony powyżej przy rozpoznaniu zarzutu odnoszącego się do § 3 ust 1 pkt 7 wzoru umowy w sprawie sygn. akt KIO 501/24.

Izba stwierdza, że w trakcie rozprawy Zamawiający jednoznacznie oświadczył, że nie posiada dokumentu (nie istnieje taki dokument), który zawierałby inwentaryzację wszystkich drzew i krzewów. W związku z tym, że nawet sam Zamawiający nie posiada informacji o wszystkich nasadzeniach, w ocenie Izby, nie ma żadnej podstawy do żądania od wykonawcy zgłaszania nielegalnych nasadzeń, bowiem co do zasadny nie ma możliwości zweryfikowania w oparciu o jakikolwiek dokument, że dane nasadzenie jest nielegalne. Zamawiający odwołując się do § 12 i 21 wzoru umowy nie wyjaśnił w jaki sposób ma to wpływać na ocenę możliwości weryfikacji nielegalnych nasadzeń w przypadku braku jakiekolwiek inwentaryzacji.

W tym stanie rzeczy odnoszącym się do braku inwentaryzacji drzew i krzewów nie ma żadnej podstawy również do stwierdzenia, że wykonawca nie wykonał ciążącego na nim obowiązku, bo nie ma do czego odnieść zgłoszenia lub braku zgłoszenia – można postawić pytanie w oparciu o co określone informacje lub ich brak o nielegalnych nasadzeniach byłby weryfikowany przez Zamawiającego.

W ocenie Izby niezasadne są podnoszone kolejny raz przez Zamawiającego twierdzenia o ograniczeniu przedmiotu zamówienia przez żądania zgłaszane w odwołaniu. Ten zarzut w sposób jednoznaczny pokazuje, jak Zamawiający przenosi na wykonawcę w postanowieniach umowy obowiązki, które są niewykonalne, bowiem nie został określony w żaden sposób katalog elementów umożliwiający wykonawcy ocenę że doszło do nielegalnego nasadzenia bez zgody Zamawiającego. Nie ma żadnej inwentaryzacji drzew i krzewów, do której można byłoby się odnosić oceniając realizację obowiązku.

W ocenie Izby nie sposób zgodzić się z Zamawiającym odnoszącym się do oceny wizualnej prowadzonej przez wykonawcę w ramach realizacji usługi i stwierdzanie na jej podstawie, 50

że dokonano nielegalnych nasadzeń. Zamawiający przyznał w trakcie rozprawy, że w dokumentacji zamówienia – obu postępowań - nie ma sprecyzowanych cech pozwalających wykonawcy w oparciu o jednoznaczne dane dokonać zakwalifikowania danego nasadzenia jako nielegalnego bez zgody Zamawiającego.

Mając na uwadze powyższe Izba nakazała wykreślenie w ramach postępowania „Kompleksowa konserwacja zieleni przyulicznej we Wrocławiu" (sygn. akt KIO 440/24) w Załączniku nr 13 do SWZ (wzór umowy dla Zadań 1-7) oraz „Kompleksowa konserwacja parków i zieleńców na terenie Gminy Wrocław" (sygn. akt KIO 501/24) w Załączniku nr 13 do SWZ (wzór umowy dla Zadań od nr I do nr XIV) § 3 ust 1 pkt 24 wzoru umowy.

W odniesieniu od § 3 ust 1 pkt 29 i 30 - Wykonawca zobowiązuje się do:

29) odkupienia od Zamawiającego pozyskanego drewna w ramach cięć sanitarnych po cenach zgodnych z cennikiem stanowiącym załącznik nr 5 do umowy, obmiar i klasyfikacja jakościowo - wymiarowa pozyskanego drewna na poszczególnych zadaniach prowadzona będzie z udziałem Zamawiającego i Wykonawcy zgodnie z aktualnym brzmieniem Zarządzenia nr 51 Dyrektora Generalnego Lasów Państwowych z dnia 30.09.2019r. w sprawie wprowadzenia warunków technicznych stosowanych w obrocie surowcem drzewnym w Państwowym Gospodarstwie Leśnym Lasy Państwowe,

30) odkupienia od Zamawiającego odpadów pozyskanych z rozbiórki obiektów, możliwych do odzysku (stal, żeliwo, i inne) po aktualnych średnich cenach rynkowych, po ich weryfikacji i zatwierdzeniu przez Zamawiającego,

W odniesieniu do tych postanowień umowy § 3 ust 1 pkt 29 i 30 wzoru umowy kwestionowany jest brak wskazania przez Zamawiającego ilości „odkupowanego od Zamawiającego drewna" oraz „odpadów pozyskanych z rozbiórki obiektów" (stal, żeliwo, i inne) co pozwoliłoby na dokonanie kalkulacji w ramach ceny oferty.

Zamawiający podał, że obowiązek odkupienia drewna i odpadów pochodzących z rozbiórki obiektów możliwych do odzyskania (stal, żeliwo itp.) stanowi przedmiot zamówienia, jak również to, że w miarę precyzyjnie określił sposób wyliczenia cen za odkup drewna lub innych odpadów pochodzących z rozbiórki. Izba zaznacza, że nie sposób kalkulacji cen za odkup jest przedmiotem zarzutu lecz druga zmienna niezbędna do skalkulowania takiego obowiązku w ofercie, a więc ilości odkupywanego drewna i odpadów pochodzących z rozbiórki obiektów możliwych do odzyskania (stal, żeliwo itp.).

Zamawiający wyjaśnił, że: „jeśli zaś idzie o zakres „ilościowy", to ten Odwołujący jest w stanie oszacować na podstawie obszaru objętego konserwacją zieleni". W ocenie Izby Zamawiający przenosi ponowienie obowiązek określenia przedmiotu zamówienia na wykonawcę. To Zamawiający jest obowiązany określić wymagania przedmiotowe w taki sposób, aby możliwa była ich kalkulacja i przyjęcie do wyceny oferty. Izba nie zgadza się z twierdzeniami Zamawiającego, że nie ma to wpływu na wycenę oferty, ponieważ wykonawca odsprzedaje później te surówce. Wymaga podkreślenia, że Zamawiający podał sposób wyliczenia ceny, nie oznacza to chociażby, że w takich cenach wykonawca będzie miał możliwość odsprzedania obowiązanych do zakupu od Zamawiającego materiałów. Jednocześnie Zamawiający pomija w zupełności wszystkie inne koszty jakie będzie musiał ponieść wykonawca tj. transport po zakupie, przechowywanie itp. które realnie wpływają na obniżenie zysku ze sprzedaż, o ile taka nastąpi co stanowi logiczną i wynikającą z doświadczenia życiowego konstatację.

Izba podkreśla w tym miejscu, mając na uwadze stanowisko Zamawiającego, że skoro to wykonawca jest w stanie oszacować ilości - „jeśli zaś idzie o zakres „ilościowy", to ten Odwołujący jest w stanie oszacować na podstawie obszaru objętego konserwacją zieleni" -to oznacza możliwość określenia ilości, nawet w przybliżonym zakresie, i tym samym możliwość do podania w ramach przedmiotu zamówienia ilości odkupowanego drewna i innych materiałów i w ten sposób prawidłowego opisania przedmiotu zamówienia.

Izba nie może nakazać wprowadzenia do postanowień umowy, żadnych treści o czym była mowa na wstępie rozpoznania wszystkich zarzutów odwołania. Jednocześnie Izba nie jest związana żądaniami Odwołującego. Izba stwierdza w tym miejscu, że dookreślenie przedmiotu zamówienia przez podanie ilości odkupowanego drewna i materiału pozwoliłoby na dookreślenie przedmiotu zamówienia i w ten sposób pozostawienie wymagania określonego w § 3 ust 1 pkt 29 i 30 wzoru umowy. Jednakże treść jaka jest obecnie ujęta we wzorze umów nie może pozostać w ramach umów z przyczyn wskazanych powyżej.

Mając na uwadze powyższe Izba nakazała wykreślenie w ramach postępowania „Kompleksowa konserwacja zieleni przyulicznej we Wrocławiu" (sygn. akt KIO 440/24) w Załączniku nr 13 do SWZ (wzór umowy dla Zadań 1-7) oraz „Kompleksowa konserwacja parków i zieleńców na terenie Gminy Wrocław" (sygn. akt KIO 501/24) w Załączniku nr 13 do SWZ (wzór umowy dla Zadań od nr I do nr XIV) § 3 ust 1 pkt 29 i 30 wzoru umowy.

W zakresie zarzutu nr 3 –

naruszenia art. 16 pkt 1 ustawy oraz art. 433 ust 1 i 2 ustawy przez wprowadzenie do wzoru Umowy

a) kar umownych za opóźnienie, podczas gdy jest to dopuszczalne wyjątkowo i w sytuacji gdy uzasadniają to okoliczności lub zakres zamówienia, czego w badanym postępowaniu Zamawiający nie wykazuje, oraz

b) kar umownych za „czyny pośrednio związane z przedmiotem umowy", a także popełniane „na szkodę środowiska naturalnego" i pozostające w „sprzeczności ze statutowymi celami Zamawiającego", a więc takie, które nie są związane z przedmiotem zamówienia,

W odniesieniu od § 14 ust 2 i 4

2. Każdorazowo w wypadku zastrzeżenia kary umownej z tytułu zwłoki po stronie Wykonawcy Strony poczytują, że należy przez to rozumieć również opóźnienie jeżeli jest to uzasadnione okolicznościami bądź w wypadku jeśli opóźnienie dotyczy realizacji przedmiotu zamówienia w zakresie w jakim Zamawiający wskazał Wykonawcy na kluczowość wykonania przedmiotu umowy w danym zakresie bez opóźnienia lub wynika to z celu umowy.

4. Za zachowania Wykonawcy związane bezpośrednio lub pośrednio z przedmiotem umowy lub jej prawidłowym wykonaniem Strony będą poczytywać również w razie wątpliwości czyny bądź zaniechania powodujące utratę zaufania do Wykonawcy, w szczególności zaś czyny na szkodę Zamawiającego, innych podmiotów publicznych bądź na szkodę środowiska naturalnego, a także czyny bądź zaniechania Wykonawcy stojące w sprzeczności ze statutowymi celami Zamawiającego, o ile nie zostały dokonane na wyraźne polecenie Zamawiającego.

W ocenie Izby stanowisko Odwołującego jest niezasadne. Zgodnie z art. 433 ustawy projektowane postanowienia umowy nie mogą przewidywać: 1) odpowiedzialności wykonawcy za opóźnienie, chyba że jest to uzasadnione okolicznościami lub zakresem zamówienia; 2) naliczania kar umownych za zachowanie wykonawcy niezwiązane bezpośrednio lub pośrednio z przedmiotem umowy lub jej prawidłowym wykonaniem.

W ocenie Izby ukształtowane postanowienia umowne nie stanowią naruszenia norm ww. przepisu ustawy. Należy mieć w tym wypadku na uwadze przedmiot świadczenia usługi objęty przedmiotowymi postępowaniami o udzielnie

zamówinami publicznego. Izba ma również na uwadze skąpość argumentacji przedstawionej przez Odwołującego. Izba podziale stanowisko Zamawiającego prezentowane w pismach procesowych.

W zakresie § 14 ust. 2 wzoru umowy stanowi on w istocie rzeczy odzwierciedlenie art. 433 pkt 1 ustawy, który dopuszcza odpowiedzialność wykonawcy za opóźnienie jeśli jest to uzasadnione okolicznościami lub zakresem zamówienia.

Zamawiający argumentował podobnie w odniesieniu do każdego z postępowań, że przedmiotem zamówienia jest konserwacja zieleni przyulicznej oraz konserwacja parków i zieleńców, a zatem realizacja usług na żywym (rosnącym i obumierającym) materiale roślinnym, która ma służyć m.in. zapewnieniu bezpieczeństwa użytkowników terenów publicznych. W tych warunkach zakres zamówieni i skonkretyzowane okoliczności faktyczne mogą uzasadniać odpowiedzialność również za opóźnienie. Zamawiający przywołał faktyczne przykłady - usunięcie zagrażającego przewróceniem się na ciąg pieszo-rowerowy drzewa powinno być wykonane nie tylko bez zwłoki ale bez opóźnienia w sposób priorytetowy ze względu na zagrożenie bezpieczeństwa osób i mienia. Zamawiający podawał również, że zwracał przy realizacji analogicznego zamówienia w zeszłym roku uwagę na znaczne zaniedbania w realizacji przedmiotu umowy wpływające bezpośrednio na bezpieczeństwo użytkowników dróg, a Odwołujący usprawiedliwiał się m.in. wysokimi temperaturami przekładającymi się rzekomo na awaryjność kosiarek. „Realność" ryzyka związanego z upadkiem drzew potwierdza również konieczność wprowadzenia takich postanowień umowy, co potwierdza fakt, że w ciągu ostatnich 5 lat Zamawiający odnotował łącznie 1 061 przypadków wiatrołomów i wiatrowałów, a wiele z nich miało miejsce w obszarze parków intensywnie uczęszczanych przez korzystające z tych terenów osoby.

Zamawiający podniósł również, że konserwacja parków i zieleńców obejmuje również utrzymanie 223 obiektów rekreacyjnych, w tym 141 placów zabaw, 65 siłowni terenowych oraz 17 ścieżek zdrowia, których nieprawidłowe utrzymanie również prowadzi do powstawania szkód, co uzasadnia szybkość działania w realizacji zadań bez opóźnienia.

Izba podkreśla, że charakter zamówienia i jego zakres, w każdym z przypadków wpływają na konieczność podejmowania czynności bez opóźnienia, bowiem jest to bezpośrednio powiązane z bezpieczeństwem osób i mienia. Odpowiedzialność wykonawcy na podstawie ww. postanowienia umownego to odpowiedzialność o charakterze gwarancyjnym, tj. za każde opóźnienie, niezależne od winy dłużnika. Odpowiedzialność taka może być stosowana wyjątkowo, w celu maksymalnego zdopingowania wykonawcy do terminowego wykonania zamówienia, w takich przypadkach, gdzie brak realizacji poszczególnych czynności może mieć bezpośredni wpływ na życie lub zdrowie ludzkie, takie postanowienia umowne należy uznać za dopuszczalne. W tym zakresie za zasadne Izba uznała dowody przedstawione przez Odwołującego i załączone do pism procesowych (opisane w pismach procesowych).

W pozostałym zakresie Zamawiający uściślił, że odpowiedzialność za opóźnienie może mieć miejsce w wypadku jeśli opóźnienie dotyczy realizacji przedmiotu zamówienia w zakresie w jakim Zamawiający wskazał Wykonawcy na kluczowość wykonania przedmiotu umowy w danym zakresie bez opóźnienia lub wynika to z celu umowy, co jest związane ze specyfiką zamówienia związaną z utrzymaniem zieleni przyulicznej i tym samym zapewnieniem bezpieczeństwa uczestnikom ruchu drogowego. Z postanowień § 3 ust. 1 wzoru umowy wynika kiedy, tj. w jakich sytuacjach ze względu na cel umowy Zamawiający może żądać wykonania określonych czynności bez opóźnienia i ma to kluczowe znaczenie dla Zamawiającego tak np.: § 3 ust. 1 pkt 22 oraz § 3 ust. 1 pkt 11 wzoru umowy.

Zgodzić należy się z Zamawiającym, mając na uwadze charakterystykę przedmiotów zamówienia oraz niezbędność podejmowania działania w sposób natychmiastowy, że postanowienie § 14 ust. 2 wzoru umowy pozostaje zgodne z art. 433 pkt 1 ustawy albowiem de facto stanowi doprecyzowanie wysłowionego w tej normie wyjątku.

W zakresie postanowienia umownego z § 14 ust. 4 wzoru umowy Zamawiający podła, że ma na celu usunięcie wątpliwości co do tego, że zrachowaniami związanymi bezpośrednio lub pośrednio z wykonywaniem przedmiotu umowy są nieprawidłowe działania i zaniechania wykonawców, które mieszczą się w zakresie czynności polegających osiąganiu efektów składających się na przedmiot umowy w sposób nieprawidłowy, z naruszeniem powszechnie obowiązujących przepisów lub innych norm. Przede wszystkim mowa tu o zachowaniach wykonawcy, które mają pośredni związek z przedmiotem umowy i polegają na realizacji zadań wykonawcy w taki sposób, że osiąga cel założony przez umowę, ale w sposób sprzeczny z powszechnie obowiązującym prawem lub innymi normami.

Zamawiający podał realne przykłady w zakresie realizacji dotychczasowych umów, które spowodowały konieczność wprowadzenia ww. postanowienia umownego, takich jak ujawnienie w dniu 13.08.2022r. podczas katastrofy ekologicznej na Odrze pojazdu Odwołującego pobierającego wodę z Odry. Izba w tym zakresie uznała za zasadne dowody przedstawionego przez Zamawiającego, w zakresie artykułów związanych z poborem wody z Odry w czasie katastrofy ekologicznej, przy pismach procesowych, a potwierdzające wskazaną okoliczność stanowiącą przyczynek do wprowadzenia regulacji § 14 ust. 4 wzoru umowy. W zakresie zachowań, w tym wypadku również przez Odwołującego, na szkodę środowiska naturalnego Zamawiający wskazał przykład, gdzie Regionalna Dyrekcja Ochrony Środowiska we Wrocławiu w 2020r. zażądała od Zamawiającego raportu potwierdzającego wykonanie prac pod nadzorem specjalisty entomologa, które były wykonywane przez wykonawcę analogicznej umowy dotyczącej konserwacji zieleni, a czego wykonawca 55

zaniechał. W tym zakresie Izba uwzględniła przedstawione dowody – pisma potwierdzające zaistniałą sytuację. Kolejnym podanym przykładem nieprawidłowych zachowań wykonawców związanych pośrednio z realizacją przedmiotu umowy, a uzasadniającym wprowadzenie ww. postanowień umownych jest wskazane przez Zamawiającego niszczenie mienia pozostającego w zarządzie innych jego jednostek, jak na przykład zniszczenie nawierzchni ciągu pieszo-rowerowego podczas prac związanych z wycinką drzew. W tym zakresie również Izba uwzględniła przedstawione dowody i uznała je

dla oceny tego zarzutu za zasadne. Podnoszone były również argumenty związane z organizacją bazy sprzętowo-magazynowej dla potrzeb realizacji umów na rzecz Zamawiającego wskazujące na nieprawidłowe gospodarowanie odpadami przez Odwołującego, hałas oraz inne nieprawidłowości. Na skutek powyższego Wydział Środowiska i Rolnictwa Urzędu Miejskiego Wrocławia przeprowadził kontrolę bazy Odwołującego, która następnie została na skutek powyższych działań uporządkowana przez Odwołującego. W tym zakresie Izba również przy rozpoznaniu zarzutu uwzględniła załączony do pism procesowych dowód.

W ocenie Izby Zamawiający uzasadnił, że w ramach realizacji przedmiotów prowadzonych postepowań o udzielnie zamówienia dochodzi do sytuacji, w których wykonawca dążąc do wykonania prac objętych przedmiotem umowy realizuje je w sposób powodujący lub grożący powstaniem szkód po stronie Zamawiającego i jego innych jednostek budżetowych, innych podmiotów publicznych lub środowiska naturalnego.

Zamawiający wyjaśniał również, że tego typu działania są niepożądane i de facto stanowią nienależytą realizację przedmiotu umowy choć często są zachowaniami pozostającymi w pośrednim związku z tym przedmiotem, jednakże narażają Zamawiającego na ogromne straty wizerunkowe i utratę zaufania społecznego, a także pozostają sprzeczne z celami statutowymi Zamawiającego.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu w obu przypadkach, że postanowienia umowne nie są związane z przedmiotem zamówienia, którym jest kompleksowa konserwacja zieleni przyulicznej / kompleksowa konserwacja parków i zieleńców zachowania: pośrednio związane z przedmiotem umowy lub jej nieprawidłowym wykonaniem; czyny bądź zaniechania powodujące utratę zaufania do Wykonawcy; czyny na szkodę Zamawiającego, innych podmiotów publicznych bądź na szkodę środowiska naturalnego; a także stojące w sprzeczności ze statutowymi celami Zamawiającego. Należy podnieść jednoznacznie, że dopuszczalność wprowadzenia kar umownych za zachowania związane pośrednio z przedmiotem umowy wynika wprost z art. 433 pkt 1 ustawy albowiem zakazane jest naliczanie kar niezwiązanych bezpośrednio lub pośrednio, co oznacza że dopuszczalne jest 56

naliczanie kar związanych zarówno bezpośrednio, jak i pośrednio z przedmiotem umowy. W ocenie Izby lakoniczność argumentacji Odwołującego w żaden sposób nie wykazała, że wskazane w umowie postanowienia nie odnoszą się do braku powiązania pośredniego z przedmiotem umowy. Zgodzić należy się z Zamawiającym, że przykład poboru wody z Odry w czasie katastrofy ekologicznej uzasadnia utratę zaufania do wykonawcy, jak również ma znaczenie bardzo istotne znaczenie w ramach ochrony środowiska, co pozostaje w bezpośrednim związku z przedmiotem zamówienia. W § 3 ust. 1 pkt 3 wzoru umowy

jednoznacznie został określony mi. obowiązek wykonawcy realizacji prac ze szczególnym uwzględnieniem wszystkich obowiązujących przepisów dotyczących i związanych z ochroną środowiska oraz bezpieczeństwem użytkowników terenów publicznie dostępnych Tak samo realizacja zamówienia w sposób powodujący szkody w mieniu Zamawiającego bądź innych jednostek publicznych pozostaje w związku z przedmiotem zamówienia.

W zakresie zarzutu nr 4 –

naruszenia art. 16 pkt 1 ustawy w zw. z art. 99 ust 1 ustawy oraz art. 8 ustawy w zw. z art. 357 (1) kc przez wprowadzenie do wzoru Umowy zapisów w oparciu o które wyłączona byłaby możliwość dochodzenia – w oparciu o treść art. 357 (1) kc – praw Wykonawcy przed sądem w przypadku nadzwyczajnej zmiany stosunków, co prowadziłoby do tego, iż Wykonawcy kalkulując ofertę musieliby uwzględniać nieograniczona liczbę ryzyk, które wpływałyby na koszt realizacji zamówienia, co z kolei skutkowałoby składaniem nieporównywalnych ofert, a samo postępowanie prowadzone byłoby z naruszeniem podstawowych zasad wyrażonych w art. 16 pkt 1 ustawy tj. zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji;

W odniesieniu od § 6 ust. 4 –

Ceny jednostkowe netto, dotyczące poszczególnych prac opisanych w OPZ i określone przez Wykonawcę w kosztorysie ofertowym, uwzględniają również wynagrodzenie związane ze sprzętem do realizacji robót oraz niezbędnymi materiałami do ich realizacji - zostają ustalone na okres ważności umowy i nie będą podlegały zmianom. Wyłącza się zastosowanie art. 3571 KC względem wysokości wynagrodzenia. Wykonawca ponosi ryzyko i ciężar odpowiedzialności wykonania wszystkich prac niezbędnych do należytej realizacji przedmiotowego zamówienia.

W zakresie rozpoznania tego zarzutu odwołania Izba podziale stanowisko Zamawiającego prezentowane w pismach procesowych. Lakoniczność uzasadnienia 57

odwołań przez Odwołującego skupiająca się w zasadzie na cytowaniu orzeczeń pomija istotne elementy uzasadniające wprowadzenie wyłączenia stosowania art. 357^1 KC w odniesieniu do wysokości wynagrodzenia. Słusznie wskazał Odwołujący, że zarzut odwołania i jego zdawkowe uzasadnienie w żadnej mierze nie koreluje z wnioskiem odnoszącym się do wykreślenia całego postanowienia § 6 ust. 4 wzoru umowy.

W prezentowanym stanowisku Odwołujący pominął przy podnoszeniu wyłączenia stosowania art. 357^1 KC względem wysokości wynagrodzenia trzy istotne aspekty

tj. Specyfikę przedmiotu zamówienia, Obustronność wyłączenia, Klauzulę waloryzacyjną, na co zwrócił uwagę Zamawiający. Należy również odnotować, że art. 357^1 KC normujący klauzulę rebus sic stantibus ma charakter dyspozytywny, co jednoznacznie ugruntowane jest w doktrynie przedmiotu. Zgodnie z poglądami prezentowanymi w

piśmiennictwie, do których również szeroko odniósł się Zamawiający w pismach procesowych, stwierdzić należy, że dopuszczalne jest wyłączenie stosowania art. art. 357^1 KC. W zakresie zamówień publicznych, co należy podkreślić przesłankom umożliwiającym zastosowanie klauzuli rebus sic stantibus odpowiada przepis art. 455 ust 1 pkt 4 pzp (M. Winiarz, Zmiana umowy w sprawie zamówienia publicznego spowodowana nadzwyczajnym wzrostem cen a odpowiedzialność za naruszenie dyscypliny finansów publicznych, FK 2022, nr 6, s. 5159.). Zmiany umów zawartych w wyniku przeprowadzenia postępowania o udzielnie zamówienia publicznego oznaczone w umowie wynikać powinny z postanowień ustawy, która w zakresie zmian wynagrodzenia określa własne mechanizmy. Zgodzić należy się z twierdzeniem Zamawiającego, że wyłączenie stosowania art. 357^1 KC w stosunku do wysokości wynagrodzenia nie wyklucza zmiany wynagrodzenia w oparciu o art. 455 ust. 1 pkt 4 ustawy, w sytuacji, gdy konieczność zmiany wynagrodzenia spowodowana jest okolicznościami, których Zamawiający i wykonawca, działający z należytą starannością, nie mogli przewidzieć.

Charakterystyka postępowania o udzielnie zamówienia publicznego, reżim prowadzenia procedury zamówieniowej jak również odniesienie do przedmiotu zamówienia oraz regulacje odnoszące się do waloryzacji przedmiotu zamówienia powodują, że nie ma podstaw do stwierdzenia naruszenia przepisów prawa podnoszonych przez Odwołującego w kontekście wyłączenia stosowania art. 357^1 KC w stosunku do wysokości wynagrodzenia.

W odniesieniu do argumentacji Zamawiającego dotyczącej możliwości skonkretyzowania przedmiotu zamówienia na podstawie doświadczenia wykonawcy z wcześniejszych postępowań i zawartych umów, czyli poza zakresem określonym w ramach tych postępowań 58

Izba stwierdza, że takie stanowisko Zamawiającego jest niezasadne. Zamawiający nie może przenosić bowiem na wykonawcę obowiązku identyfikowania i określania przedmiotu zamówienia poza tym co zawarte jest w dokumentacji zamówienia. Wszelkie postanowienia, które nakładają na wykonawcę obowiązek identyfikowania czynności jakie ma wykonać nieokreślonych w dokumentacji postępowania, przy jednoczesnym braku określenia ich zakresu i ilości, a w konsekwencji braku możliwości wyceny należy uznać za niezgodne z zasadami zamówień publicznych oraz wymaganiami co do jednoznaczności i wyczerpującego charakteru opisu przedmiotu zamówienia. Brak właściwego opisu przedmiotu zamówienia nie pozwala wykonawcom na działanie w zasadzie uczciwej konkurencji między sobą oraz nie pozwala na ich równe traktowanie. Zamawiający wielokrotnie odnosi się do wiedzy wykonawcy Odwołującego, którą on nabył biorąc udział w postępowaniach ale inny wykonawca takiej wiedzy może nie mieć. To potwierdza doniosłość i istotność znaczenia opisu przedmiotu zamówienia w postępowaniu jak również warunków określanych w umowie. Izba za niezasadne uznała cale stanowisko Odwołującego odnoszące się do wiedzy wykonawcy – tej poza postępowaniem o udzielnie zamówienia publicznego, a odnoszącej się do przedmiotu zamówienia – wszelkich informacji jakie wykonawcy mogą pozyskać i wykorzystać przy konstruowaniu i szacowaniu oferty. Izba konsekwentnie, jak w przypadku rozpoznania wcześniejszych zarzutów odwołania za bezzasadne uznała dowody dotyczące składanych przez Odwołującego ofert w innych, wcześniej prowadzonych przez Zamawiającego postępowaniach.

W zakresie zarzutu nr 5 –

naruszenia art. 16 pkt 1 – 3 w zw. z art. 8 ust 1 ustawy w zw. z art. 5 k.c. i art. 353(1) kc. przez ukształtowanie we wzorze Umowy maksymalnego poziomu wysokości kar umownych, których może dochodzić Zamawiający na pułapie pełnego wynagrodzenia Wykonawcy, co jest wartością niewspółmierną, sprzeczną zasadami współżycia społecznego;

W odniesieniu od § 14 ust. 1 –

Strony ustalają odpowiedzialność za niewykonanie lub nienależyte wykonanie niniejszej umowy w formie kar umownych, których łączna maksymalna wysokość nie może przekroczyć całościowego wynagrodzenia brutto, określonego w § 6 ust. 1 zdanie pierwsze niniejszej umowy.

Izba wskazuje, że zgodnie z art. 436 pkt 3 ustawy umowa zawiera postanowienia określające w szczególności łączną maksymalną wysokość kar umownych, których mogą dochodzić strony. W ocenie Izby Zamawiający nie naruszył tego przepisu.

W ocenie Izby przepisy ustawy nie zabraniają Zamawiającemu ustanowienia limitu kar umownych w wysokości 100% wynagrodzenia brutto. Izba zaznacza przy tym, że w orzecznictwie utrzymane jako prawidłowe są takie limity kar jak np.: 50% (tak - Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 28 czerwca 2022 roku sygn. akt KIO 1553/22; Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 19 lutego 2024 roku sygn. akt KIO 327/24).

Limit jaki został ustanowiony przez Zamawiającego jest w ocenie Izby niewątpliwie bardzo wysoki, ale nie świadczy to o jego niezgodności z prawem. Takich okoliczności w żaden sposób również nie wykazał Odwołujący. Jednocześnie w ocenie Izby niewątpliwe znaczenie da ustalenia limitu kar umownych ma w tym przypadku charakter przedmiotów zamówienia objętych postępowaniami, który polega na realizacji usług utrzymaniowych, usług ciągłych.

Zamawiający w sposób jednoznaczny określił przesłanki nakładania kar umownych w § 14 Kary umowne projektowanych postanowień wzorów umów. Jednocześnie wymaga podkreślenia, że Zamawiający ma prawo do ukształtowania zarazem postanowień dotyczących rodzaju kar umownych, ich wysokości oraz limitu kar umownych w sposób zabezpieczający interesy podmiotu publicznego w realizacja przedmiotu, zgodnie z potrzebami i wymaganiami związanymi z celem, specyfiką i wielkością zamówienia. Postanowienia kształtujące zarazem wysokość poszczególnych kar umownych oraz limitu kar umownych winny być proporcjonalne do przedmiotu zamówienia oraz ewentualnego uszczerbku jakie może doznać Zamawiający wskutek niewykonania lub nienależytego wykonania

zamówienia.

Przedmiotem zamówień w ramach prowadzonych postępowań jest „Kompleksowa konserwacja zieleni przyulicznej we Wrocławiu" (sygn. akt KIO 440/24) oraz „Kompleksowa konserwacja parków i zieleńców na terenie Gminy Wrocław". Charakter prowadzonych w ramach realizacji zamówień usług, które musza być realizowane na bieżąco, cały czas bez zastrzeżeń, bowiem ich istotą jest bieżące kompleksowa konserwacja zieleni oraz wykonywanie określonych umowami prac na bieżąco uzasadnia w ocenie Izby ukształtowany przez Zamawiającego limit kar umownych.

Zamawiający uzasadnił swoje stanowisko odnosząc się do okoliczności faktycznych jakie zaistniały przy realizacji tego typu zamówień przez Zamawiającego i podał między innymi, 60

że w przypadku konserwacji zieleni przyulicznej na skutek nienależytej realizacji obowiązków umownych może dojść nawet do wypadków śmiertelnych skutkujących wystąpieniem wobec Zamawiającego przez podmioty trzecie z roszczeniami na kwoty zbliżone do wartości całości wynagrodzenia umownego. Odwołał się do sytuacji, gdy na skutek upadku jednego drzewa na jadący samochód w 2021r. rodziny poszkodowanych wystąpiły wobec Zamawiającego z roszczeniami opiewającymi łącznie na kwotę 1.200.000,00 zł oraz odsetki za opóźnienie w płatności. Izba w tym zakresie uznała dowód przedstawiony przy pismach procesowym za zasady. Zamawiający szeroko odniósł się również do naliczania kar umownych w ramach realizacji dotychczasowo umów o zbieżnych przedmiotach zamówienia i uzasadniał, że oceniając zasadności przyjętego górnego limitu kar umownych należy na względzie mieć również ryzyka i rozmiary potencjalnych szkód spowodowanych nienależytą realizacją zamówienia. Izba przy rozpoznaniu tego zarzutu odwołania uwzględniła również dowody załączone do pism procesowych, a dotyczące korespondencji pomiędzy Zamawiającym i Odwołującym w zakresie podstaw naliczania kar umownych. Zamawiający wyjaśniał, że w praktyce zaniechania i nieprawidłowości w realizacji umów mają miejsce stosunkowo często. Zamawiający wskazał miedzy innymi, że Odwołujący wykonując zamówienie w 2022r. realizował usługi koszenia trawy na wyznaczonych obszarach w terminach wynikających z umowy na poziomie zaledwie 15%. Zamawiający wykazywał również, że opóźnienia ze strony wykonawców w realizacji zleconych w ramach konserwacji zieleni prac niejednokrotnie prowadzą do powstania realnych szkód np. spowodowanym upadkiem drzew, których to drzew wykonawcy nie usuwają w odpowiednich terminach mimo zleceń otrzymywanych od Zamawiającego. Izba uwzględniła dowody przedstawiane na wskazane przez Zamawiającego ww. okoliczności, a załączone do pism procesowych.

Izba nie stwierdziła w tym stanie rzeczy naruszenia przepisów podnoszonych w zarzucie odwołania przez ustanowienia rażąco wygórowanego limitu kar umownych. W ocenie Izby limit ten jest w świetle argumentacji Zamawiającego popartej dowodami racjonalny i wydaje się być w pełni uzasadniony charakterem zamówień bieżącej realizacji usług. Zamawiający jako gospodarz postępowania w granicach przepisów prawa prowadzi je zgodnie z ustanowionymi przez siebie zasadami oraz ze świadomością grożących mu z tego tytułu niedogodności. Wymaga wskazania w tym miejscu, że Odwołujący nie uzasadnił poza cytowaniem komentarzy i orzeczeń, że poziom kary określony przez Zamawiającego będzie prowadzić do bezpodstawnego wzbogacenia Zamawiającego. Odwołujący pominął charakter realizowanych zamówień i fakt, że ich realizacja na bieżąco zostaje zabezpieczona karami umownymi na określonym ww. postanowieniu umowy poziomie chociażby z uwagi na to,

że w ramach realizacji tych obowiązków umownych wykonywane są na bieżąco zadania związane z koniecznością usunięcia zagrożenia bezpieczeństwa osób i mienia.

Mając na uwadze, że kontrola projektowanych postanowień umowy odbywa się jedynie pod względem legalności, a nie celowości, efektywności ekonomicznej projektowanych postanowień Izba nie stwierdziła naruszeń, które nakazywałby w obliczu ustawy uwzględnienia podnoszonego zarzutu odwołania.

W zakresie zarzutu nr 6 –

naruszenia art. 16 pkt 1 ustawy w zw. z art. 8 ust 1 ustawy oraz art. 484 § 2 k.c przez wprowadzenie do wzoru Umowy kar umownych nadmiernych, które winny zostać ustalone na niższym niż aktualnie poziomie;

W odniesieniu od § 14 ust. 5 lit. b, c, e –

Wykonawca zapłaci Zamawiającemu kary umowne:

b) za zwłokę w wykonaniu prac określonych w opisie przedmiotu zamówienia, kosztorysie ofertowym i harmonogramie rzeczowo – finansowym robót w wysokości 1 % wynagrodzenia umownego brutto, określonego w harmonogramie rzeczowo – finansowym robót za dany miesiąc - za każdy dzień zwłoki, liczony od upływu terminu przewidzianego na realizację prac,

c) za zwłokę w usunięciu wad stwierdzonych w czasie kontroli, przy odbiorze częściowym lub końcowym bądź w protokole wad w wysokości 1 % wynagrodzenia umownego brutto określonego w harmonogramie rzeczowo – finansowym robót za dany miesiąc - za każdy dzień zwłoki liczony od upływu terminu wyznaczonego na usunięcie wad, (…)

e) w przypadku wykonania prac niezgodnie z SWZ, opisem przedmiotu zamówienia, kosztorysem ofertowym, harmonogramem rzeczowo – finansowym robót lub określonych w pisemnym zleceniu Zamawiającego, Wykonawca zapłaci karę w wysokości 40% wartości brutto tych prac oraz dodatkowo 100,00 zł za każdy dzień zwłoki w usunięciu stwierdzonego stanu rzeczy liczony od dnia naliczenia ww. kary lub według wyboru Zamawiającego w wysokości 2000,00 zł za każdy taki stwierdzony przypadek,

W ramach postępowania „Kompleksowa konserwacja zieleni przyulicznej we Wrocławiu” (sygn. akt KIO 440/24) Izba stwierdza, że w odwołaniu brak jest jakikolwiek argumentacji faktycznej uzasadniającej podniesiony zarzut. Odwołujący podaje w uzasadnieniu stanowiska cytat z wyroku Sadu Najwyższego, wskazanie jednozdaniowe stanu faktycznego z własną interpretacją oraz stwierdzenie, że kary – jedynie z punktu b i c ww. postanowienia umownego – „mogą być potratowane jako próba wzbogacenia się Zamawiającego”. W ocenie Izby, brak jakiejkolwiek argumentacji faktycznej w uzasadnieniu faktycznym odwołania stanowi w zasadzie brak wskazania podstawy faktycznej w uzasadnieniu odwołania, a która na etapie prowadzenia postępowania odwoławczego nie daje się poddać ocenie. Izba w całości przywołuje w tym miejscu argumentację prawną zawartą w rozpoznaniu zarzutu 1.

W ramach postępowania „Kompleksowa konserwacja parków i zieleńców na terenie Gminy Wrocław” (sygn. akt KIO 501/24) Izba stwierdza, że w odwołaniu brak jest jakikolwiek argumentacji faktycznej uzasadniającej podniesiony zarzut. Odwołujący podaje w uzasadnieniu stanowiska cytat z wyroku Sadu Najwyższego, wskazanie jednozdaniowe stanu faktycznego z własną interpretacją oraz stwierdzenie, że kara ma mieć charakter dyscyplinujący, a kary wskazane są na poziomie wygórowanym i są próbą wzbogacenia Zamawiającego. W ocenie Izby, brak jakiejkolwiek argumentacji faktycznej w uzasadnieniu faktycznym odwołania stanowi w zasadzie brak wskazania podstawy faktycznej w uzasadnieniu odwołania, a która na etapie prowadzenia postępowania odwoławczego nie daje się poddać ocenie. Izba w całości przywołuje w tym miejscu argumentację prawną zawartą w rozpoznaniu zarzutu 1.

W odniesieniu do przedstawionego w odwołaniach wskazania, dotyczącego § 14 ust. 5 lit. b, c Izba podkreśla, że w tym zakresie Odwołujący nie zrozumiał treści ww. postanowień umownych, bowiem jednoznacznie z nich wynika, że kary będą naliczane w wysokości 1 % wynagrodzenia umownego brutto określonego w harmonogramie rzeczowo – finansowym robót za dany miesiąc. Brak jest w odwołaniu jakiejkolwiek argumentacji uzasadniającej nadmiarowość ukształtowanej kary umownej.

W odniesieniu do przedstawionego stanowiska tylko w sprawie sygn. akt KIO 501/24 dotyczącego § 14 ust. 5 lit. e poza podaniem, że „jest oczywiście rażąco wysoka

(niezależnie, iż za tą samą czynność Zamawiający przewiduje kary „dodatkowe”) i wydaje się – także w świetle orzecznictwa – nie powinna przekroczyć 20%.” Brak jest jakiejkolwiek argumentacji faktycznej uzasadniającej takie stanowisko Odwołującego. W żaden sposób 63

wykonawca nie odniósł się do tego dlaczego uważa, że taka kara jest rażąco wysoka i dlaczego uważa, poza odwołaniem do orzecznictwa, że nie powinna przekraczać 20%. W zasadzie nie ma jak poddać pod rozpoznanie stanowiska Odwołującego, bowiem nie ma możliwości oceny nieprzedstawionej argumentacji faktycznej uzasadniającej ww. tezy Odwołującego.

Wymaga podkreślenia, za wyrokiem Sadu Apelacyjnego, że „ocenę, czy kara w danym przypadku jest rażąco wygórowana należy dokonać w kontekście całokształtu okoliczności sprawy, uwzględniając przedmiot umowy, okoliczności, na jakie kara umowna została zastrzeżona, cel tej kary, sposób jej ukształtowania, okoliczności, w jakich doszło do sytuacji uzasadniającej naliczenia kary, wagę i zakres nienależytego wykonania umowy, stopień winy oraz charakter negatywnych skutków dla drugiej strony” (wyrok Sądu Apelacyjnego w Szczecinie z dnia 24 kwietnia 2014 r., I ACa 26/14) to te okoliczności powinny być przez Odwołującego wykazane w odniesieniu do każdej z kwestionowanych kar umownych. takiej argumentacji brak w odwołaniach.

W zakresie zarzutu nr 7 –

naruszenia art. 439 ust. 1-4 ustawy w zw. z art. 16 pkt 1 - 3 ustawy oraz art. 353 (1) k.c. w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy przez wprowadzenie maksymalnego pułapu waloryzacji na nieadekwatnym do warunków gospodarczych poziomie;

W odniesieniu od § 20 ust. 1 pkt 2 –

> 1. Strony przewidują możliwość dokonania waloryzacji wynagrodzenia Wykonawcy określonego w § 6 ust. 1 w przypadku, gdy zmianie ulegną ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia, o ile zmiany te będą miały wpływ na koszty wykonania przedmiotu Umowy przez Wykonawcę oraz po uprzednio przeprowadzonej analizie kalkulacji przedstawionej przez Stronę wnioskującą o zmianę, w oparciu o następujący mechanizm: (…)
>
> 2) zmiana wynagrodzenia możliwa będzie po upływie minimum 6 miesięcy od dnia zawarcia umowy, a jeżeli umowa została zawarta po upływie 180 dni od dnia upływu terminu składania ofert, początkowym terminem ustalenia zmiany wynagrodzenia będzie dzień otwarcia ofert. Kolejne zmiany dopuszczalne są po upływie każdego półrocza. Zamawiający dopuszcza maksymalną, łączną wartość zmiany wynagrodzenia do wysokości ±8% całkowitej wartości przedmiotu umowy brutto z daty zawarcia umowy;

W ramach przedmiotowego zarzutu odwołań podnoszona jest argumentacja, która ma uzasadniać konieczność zwiększenia poziomu waloryzacji przyjętego w postanowieniach umownych jako - łączną wartość zmiany wynagrodzenia do wysokości ±8% całkowitej wartości przedmiotu umowy brutto z daty zawarcia umowy

Izba podnosi w tym miejscu, że przyjęty sposób waloryzacji ma urealniać faktyczny wzrost cen, wymaga także podkreślenia, że kształtowanie realnych, prawdziwych w znaczeniu możliwości zastosowania klauzul waloryzacyjnych powoduje, że nie dochodzi do przeszacowywania wartości ofert, które szacowne są w sposób realny, bowiem wykonawcy mają świadomość możliwości faktycznej, realnej waloryzacji cen zawartych w umowie. Wprowadzenie obowiązku waloryzowania umów w sprawie zamówień publicznych podyktowane było dążeniem do zapewnienia

równowagi ekonomicznej stron umowy w sprawie zamówienia publicznego. W uzasadnieniu do ustawy (Uzasadnienie do rządowego projektu ustawy – Prawo zamówień publicznych, Sejm VIII kadencji, druk Nr 3624) podkreślano, że Zamawiający mogą swobodnie w kształtować klauzule waloryzacyjne, jednakże „oczywiście z poszanowaniem ustawowych zasad określających relacje między stronami".

Odnosząc się do stanowiska Odwołującego zawartego w uzasadnieniu odwołań Izba wyjaśnia, że Odwołujący nie wykazał, aby Zamawiający w postanowieniach klauzuli waloryzacyjnej łączną wartość zmiany wynagrodzenia do wysokości ±8% całkowitej wartości przedmiotu umowy brutto z daty zawarcia umowy naruszył jakiekolwiek zasady określające relacje pomiędzy stronami.

To Odwołujący w uzasadnieniu swojego stanowiska powołał się na wzrost cen towarów i usług konsumpcyjnych w 2023r. w stosunku do roku poprzedniego o 11,4%, a więc jak zauważył Zamawiający niemal dwukrotnie niższy niż poziom waloryzacji maksymalnej, którego oczekuje Odwołujący w przedstawionym wniosku do zarzutu, a wnoszącej - 20%. Słusznie podał Zamawiający, że Odwołujący w zasadzie zaprzeczył swojemu zarzutowi odwołania, bowiem zmiana poziomu waloryzacji do oczekiwanych przez Odwołującego 20% byłaby niespójna z rzeczywistością i zupełnie od niej oderwana.

W ramach przedstawionej argumentacji Odwołujący nie wykazał żadnego związku wzrostu cen towarów i usług konsumpcyjnych z kosztami realizacji zamówień objętych przedmiotem postępowań o udzielnie zamówienia publicznego. Słusznie argumentował Zamawiający, że Odwołujący nawet nie próbował wykazać, że w zakresie realizacji przedmiotów

zamówienia doszło do jakiegoś wzrostu konkretnych kosztów realizacji zamówienia np. nagłym wzrostem cen sprzętu ogrodniczego czy materiałów eksploatacyjnych.

Odwołujący poprzestał jedynie na odwołaniu do wskazania na wojnę na Ukrainie i epidemię SARS-CoV2, przy czym również nie wyjaśnia jaki wpływ te okoliczności mają na klauzulę waloryzacyjna określoną przez Zamawiającego. Samo odniesienie się do klauzul waloryzacyjnych w umowach GDDKiA nie jest adekwatne do przedmiotu zamówienia, który obejmuje w przedmiotowych postępowaniach realizację usług – ogólnie ujmując - bieżącego utrzymania zieleni. Odwołujący pominął fakt, że w ramach umów GDDKiA założeniem mechanizmu waloryzacyjnego jest solidarny 50/50 podział ryzyka związanego ze wzrostem spadkiem kosztów pomiędzy wykonawcą a Zamawiającym.

Swoboda Zamawiającego w kształtowaniu postanowień wzorów umów ograniczona jest zasadami wynikającymi z art. 353^1 KC. Zamawiający może ułożyć stosunek prawny według swego uznania, byleby jego treść lub cel nie sprzeciwiały się właściwości (naturze) stosunku, ustawie ani zasadom współżycia społecznego. Natomiast o istocie klauzuli waloryzacyjnej stanowi art. 358^1 § 2 KC, z którego wynika, iż stanowi ona umowne zastrzeżenie określenia sposobu ustalenia wysokości świadczenia pieniężnego według innego niż pieniądz miernika wartości, co w zestawieniu z treścią art. 487 § 2 KC należy odczytywać w ten sposób, że pomimo zastosowania innego niż pieniądz miernika wartości, świadczenie wzajemne jednej ze stron musi być odpowiednikiem świadczenia drugiej ze stron, a zatem ekwiwalentne. Ważną wytyczną do oceny skuteczności klauzuli waloryzacyjnej zawiera wyrok SN - Izba Cywilna z dnia 17.06.2015 r. (I CSK 586/14): „(…) Pewnym jest natomiast, że strony umowy opiewającej na zobowiązanie pieniężne mają określone wyobrażenia o sile nabywczej sumy będącej przedmiotem zobowiązania oraz że w razie zachwiania się relacji pomiędzy rzeczywistą i wartością pieniądza a jego wartością nominalną, to wyobrażenie stanowić musi punkt wyjścia dla rozważań nad przywróceniem równowagi pomiędzy ilością wchodzących w rachubę nominałów pieniężnych a tym, co w danym momencie rzeczywiście można za nie nabyć".

Tym samym oceniając prawidłowość klauzuli waloryzacyjnej w umowie konieczne jest uwzględnienie także celu i kontekst wprowadzenia omawianego obowiązku. Odwołujący w żaden sposób nie wykazał aby przyjęty w postanowieniach klauzuli waloryzacyjnej łączną wartość zmiany wynagrodzenia do wysokości ±8% całkowitej wartości przedmiotu umowy brutto z daty zawarcia umowy wskaźnik powodował brak rzeczywistej waloryzacji lub waloryzacja nieodpowiadająca faktycznym zmianom siły nabywczej pieniądza.

W zakresie zarzutu nr 8 –

naruszenia art. 16 pkt 1, 2 i 3 ustawy w zw. z art. 433 pkt 4 ustawy w zw. z art. 8 ust 1 ustawy oraz art. 5 kc w zw. z art. 353 (1) k.c. przez wskazanie możliwości ograniczenia zamówienia do poziomu rażąco niskiego, nieproporcjonalnego, co skutkuje naruszenie zasady równego traktowania wykonawców, uniemożliwia realną wycenę oferty (art. 99 ust 1 ustawy pzp) z uwagi na niepewność do faktycznego zakresu, który w ramach zamówienia realizował będzie Wykonawca;

W odniesieniu od § 19 ust. 2 –

> 2. Wszelkie przewidziane w ust. 1 powyżej możliwości ograniczenia zakresu zamówienia nie mogą spowodować obniżenia całościowego wynagrodzenia przysługującego Wykonawcy w ten sposób, że wynagrodzenie to będzie niższe niż 20 % całościowego wynagrodzenia umownego brutto określonego w § 6 ust. 1 zdanie pierwsze.

Na wstępie Izba stwierdza, że w ramach przedmiotowego zarzutu każdego z odwołań zawnioskowano wprowadzenie zmiany do umowy „o zmniejszanie omawianego parametru do 10 % wartości wynagrodzenia wykonawcy" oraz „o zmianę omawianego parametru do poziomu 10%". Nie sposób uznać stanowiska Odwołującego z rozprawy, że w przedmiotowym zakresie nastąpiła omyłka. Jednoznacznie bowiem wynika z powyższego, że chodziło Odwołującemu o zmniejszenie parametru określonego w ramach tego zarzutu, co jest sprzeczne ze stanowiskiem zawartym w

uzasadnieniu zarzutu odwołania.

Izba wskazuje, że Odwołujący nie kwestionuje żadnej z okoliczności opisanych w ust. 1 ww. paragrafu, a stanowiących przyczynek do ograniczenia zakresu zamówienia. Jednocześnie w ocenie Izby Odwołujący nie wykazał naruszenia podnoszonych w zarzucie odwołania przepisów prawa. Zgodnie z art. 433 pkt 4 ustawy projektowane postanowienia umowy nie mogą przewidywać: możliwości ograniczenia zakresu zamówienia przez zamawiającego bez wskazania minimalnej wartości lub wielkości świadczenia stron. W rozpoznawanym przypadku Zamawiający jednoznacznie określił minimalny poziom wartości do jakiego może być ograniczonym zakres zamówienia. Spełnione zostały zatem wymagania ustawowe. Nie sposób odnieść w tych okolicznościach argumentacji Odwołującego odnoszącej się do naruszenia przepisu art. 99 ust. 1 ustawy, bowiem organicznie zakresu zamówienia nie jest powiązane z opisem przedmiotu w odniesieniu do jego jednoznaczności i wyczerpującego charakteru. Gdyby chcieć to rozumieć jak stara się przedstawić Odwołujący, to w każdym przypadku skorzystania z uprawnienia do ograniczenia zakresu zamówienia Zamawiający narażałby się na zarzut naruszenia art. 99 ust.1 ustawy, a taką 67

należy uznać za niewłaściwą. Z zasady swobody umów wyrażonej w art. 353^1 KC nie wynika też uprawnienie jednej z jej stron do domagania się, żeby umowa była zawarta na warunkach oczekiwanych przez tą stronę. W warunkach przedmiotowych postanowień umownych wykonawca zainteresowany postępowaniem o udzielnie zamówienia publicznego otrzymuje jednoznaczną informację co do opisu przedmiotu zamówienia jak również dostaje jednoznaczną informację, że w ramach tych postępowań Zamawiający zagwarantował określony 20% poziom wynagrodzenia. Pozwala to na taki sam sposób ujęcia w cenie oferty kalkulacji opartych na danych z dokumentów zamówienia.

W zakresie zarzutu nr 9 –

naruszenia art. 16 pkt 1 – 3 ustawy w zw. z art. 8 ust 1 ustawy, art. 471 kc i art. 430 kc, art. 433–436 kc oraz 474 kc przez łączenie w zapisach Umowy odpowiedzialności kontraktowej z odpowiedzialnością opartą na zasadzie ryzyka.

W odniesieniu od § 3 ust. 2 –

Wykonawca ponosi na zasadzie ryzyka pełną odpowiedzialność za wszelkie szkody wynikłe z niewykonania lub nienależytego wykonania przedmiotu niniejszej umowy. W przypadku kierowania przez osoby trzecie roszczeń w stosunku do Zamawiającego za zdarzenia, za które zgodnie z niniejszą umową lub powszechnie obowiązującymi przepisami odpowiada Wykonawca, Wykonawca zobowiązany jest zwolnić Zamawiającego z odpowiedzialności i zobowiązań w tym zakresie, a w przypadku uwzględnienia przez sąd lub inny umocowany podmiot roszczeń osób trzecich w powyższym zakresie kierowanych w stosunku do Zamawiającego, Wykonawca zobowiązany jest zwrócić Zamawiającemu wszelkie poniesione przez Zamawiającego koszty w związku z dochodzeniem roszczeń przez osobę trzecią oraz wszelkie kwoty wydatkowane w celu wykonania orzeczenia lub innego stosownego aktu przeciwko Zamawiającemu, w tym koszty sądowe i koszty zastępstwa procesowego.

W odniesieniu od § 12 ust. 6 –

Wykonawca ponosi pełną odpowiedzialność na zasadzie ryzyka za należytą realizację obowiązków kontrolnych. W wypadku wystąpienia szkody powstałej ze względu na stan drzewa, krzewu lub obiektu objętego obowiązkami kontrolnymi, zagrażający bezpieczeństwu mieniu lub osób, którego Wykonawca nie zgłosił Zamawiającemu przed powstaniem szkody, wyłączna odpowiedzialność za powstałą szkodę spoczywa na Wykonawcy, który wstępuje w miejsce Zamawiającego w myśl art. 519 § 2 pkt 2 KC lub art. 521 § 2 KC.

W zakresie rozpoznania tego zarzutu odwołania Izba podziale stanowisko Zamawiającego prezentowane w pismach procesowych.

Wymaga zaznaczenia w tym miejscu, że w trakcie rozprawy Odwołujący podał, że „nie jest to niezgodne postanowienie z przepisami ale uniemożliwia skalkulowanie ceny oferty i uwzględnienie ryzyk w tej cenie i narusza zasadę równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji”

Izba podkreśla w tym miejscu, że zarzut odwołania jednoznacznie wskazuje na to, że Odwołujący podając w zarzucie określone przepisy upatruje ich naruszenia „poprzez łączenie w zapisach Umowy odpowiedzialności kontraktowej z odpowiedzialnością opartą na zasadzie ryzyka”. Izba podziela stanowisko Odwołującego co do ogólnego, jak i w przypadku innych zarzutów, uzasadnienia odwołań. To ma tym bardziej istotne znacznie w tym przypadku, że zestawiając uzasadnienie odwołania z zarzutem odwołania i oświadczeniem Odwołującego z rozprawy jednoznacznie można wskazać, że zarzut jest niezasadny.

Izba podziela stanowisko prezentowane przez Zamawiającego w pismach procesowych, a skupiające się na wprowadzeniu w polskim porządku prawnym klauzul indemnifikacyjnych. W doktrynie przedmiotu ukształtowany został pogląd, zgodnie z którym możliwość wprowadzania w polskim porządku prawnym klauzul indemnifikacyjnych i modyfikowania zasad odpowiedzialności kontraktowej nie budzi żadnych wątpliwości (A. M. Juranek, Klauzule indemnifikacyjne jako szczególny mechanizm modyfikacji odpowiedzialności kontraktowej przez alokację Ryzyka a kwestia akcesoryjnych zastrzeżeń umownych zabezpieczających uch wykonanie, Transformacje prawa prywatnego, 4/2020; M. Lolik, Klauzule indemnifikacyjne w praktyce obrotu gospodarczego, PPH 2016, nr 6, s. 1118.). Tym samym klauzule alokacji ryzyka, których zadaniem jest niwelowanie rożnego rodzaju ryzyk w ramach danego kontraktu jak również podział odpowiedzialności za określone zdarzenia pomiędzy stronami kontraktu, stanowią element postanowień umownych, który we współczesnych kontraktach staje się elementem stałych uregulowań. Słusznie również odniósł się

Zamawiający do znaczenia regulacji art. 473 § 1 KC.

Zamawiający uzasadniając słuszność wprowadzonych postanowień umownych podkreślał ich znaczenie dla Zamawiającego. Postanowienia § 3 ust. 2 oraz § 12 ust. 6 wzorów umów stanowią w oparciu o art. art. 473 KC wynik modyfikacji odpowiedzialności wykonawcy za szkody wynikłe z niewykonania lub nienależytego wykonania przedmiotu umowy

w ten sposób, że odpowiedzialność wykonawcy z tego tytułu jest w całości oparta na zasadzie ryzyka, a nie na zasadzie winy i ryzyka w przypadkach wskazanych w KC.

Zamawiający wskazywał na kluczowe znaczenie ze względu na specyfikę przedmiotu zamówienia, w przypadku każdego z postępowań, polegającą na utrzymaniu zieleni w miejscach publicznych, co ma bezpośrednie przełożenie na bezpieczeństwo osób i mienia. To natomiast generuje określone problemy po stronie Zamawiającego. Dlatego też Zamawiający wyjaśniając przyczyny wprowadzenia regulacji w kwestionowanych postanowieniach umownych wyjaśniał, że zasadnicza różnica pomiędzy reżimem winy a reżimem ryzyka sprowadza się do ciężaru dowodowego. W przypadku odpowiedzialności na zasadzie winy to Zamawiający w wypadku zaistnienia szkody zmuszony jest do wykazania wykonawcy, że na skutek jego zawinionego zaniechania lub działania doszło do powstania szkody za, którą odpowiedzialność ponosi. Natomiast na zasadzie ryzyka to na wykonawcy spoczywa obowiązek wykazania przesłanek egzoneracyjnych (np. wyłącznej winy osoby trzeciej), które zwalniać będą wykonawcę z odpowiedzialności za szkodę. W każdym jednak reżimie to Zamawiający musi ukazać związek przyczynowy pomiędzy realizacją przedmiotu umowy a powstała szkodą. Ze względu na charakter zamówienia, a także odpowiedzialność Zamawiającego za szkody z udziałem upadku drzew i gałęzi oraz treść art. 429 KC (tzw. brak winy w wyborze) dla Zamawiającego, który powierza utrzymanie zieleni profesjonalnemu podmiotowi kluczowe jest takie ukształtowanie zasad odpowiedzialności, aby nie był zmuszony każdorazowo wykazywać zawinionego zaniechania lub zawinionego działania po stronie wykonawcy, któremu zlecił odpowiednie prace z pozostawieniem wykonawcy możliwości zwolnienia się z odpowiedzialności jeśli wykaże wystąpienie przesłanek egzoneracyjnych.

Uzasadnienie wprowadzenia takiego rozwiązania do postanowień umowy Zamawiający zawarł również w przedstawieniu argumentacji uzasadniającej ilość szkód na osobach i mieniu związanych z nienależytą realizacją obowiązków umownych przez wykonawców. Wskazał na szkody związane z utrzymaniem zieleni (bez placów zabaw i siłowni) 42 w 2023r.; 37 w 2022r.; 71 w 2021r.; 33 w 2020r.; 43 w 2019r. Zamawiający wyjaśnił, że są to najczęściej szkody na mieniu dotyczące zniszczonych pojazdów czy to na skutek nieprawidłowej realizacji obowiązków umownych przez wykonawców (np. podczas koszenia trawników, nieterminowych wycinek drzew zagrażających bezpieczeństwu itp.), ale wskazał również na roszczenia na znaczne kwoty, które wnoszą poszkodowani będący członkami rodzin osób zmarłych na skutek upadku drzew. Izba uwzględniła w tym zakresie dowody załączone do pism procesowych. Jednocześnie wskazał na doświadczenia Zamawiającego polegające na negowaniu przez wykonawców wszelkich szkód spowodowanych podczas 70

realizacji podobnych zamówień, co powoduje w konsekwencji wielu zaniechań eskalację roszczeń odszkodowawczych w stosunku do Zamawiającego. Izba uwzględniła w tym zakresie dowody załączone do pism procesowych.

Jednocześnie Zamawiający wyjaśnił, że sądy powszechne rozpoznając sprawy z powództwa osób trzecich przeciwko Zamawiającemu w sprawach o odszkodowanie w związku z nienależytą konserwacją zieleni publicznej uwzględniają zarzut braku winy w wyborze -art. 429 KC. wskazując ze odpowiedzialność w takich wypadkach leży po stronie profesjonalnego wykonawcy (wyrok Sądu Okręgowego we Wrocławiu z dnia 26.01,2023r., II Ca 202/22).

Koszty:

Izba uwzględniła odwołania w części uwzględniając w każdym z odwołani jedne zarzut w odniesieniu do wskazanych w uzasadnieniu odwołania postanowień umownych.

Zgodnie z art. 557 ustawy z 2019 r., w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego.

Izba zasądza od wykonawcy w sprawach sygn. akt KIO 440/24 i sygn. akt KIO 501/24 na rzecz Zamawiającego Gmina Wrocław, Zarząd Zieleni Miejskiej kwotę 6 400,00 zł koszty wynagrodzenia pełnomocnika stosowanie do wyniku postępowania.

Izba zasądza od Zamawiającego Gminy Wrocław, Zarząd Zieleni Miejskiej w sprawach sygn. akt KIO 440/24 i sygn. akt KIO 501/24 na rzecz wykonawcy Park-M Poland spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Starym Sączu kwotę 4 098,00 zł koszty wpisu (kwota 3 333,00 zł) oraz koszty wynagrodzenia pełnomocnika (kwota 765,00 zł) stosownie do wyniku postępowania.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 557 ustawy z 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 5 pkt 1 oraz § 7 ust. 1, § 11 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), stosownie do wyniku postępowania.

Wobec powyższego orzeczono jak w sentencji wyroku.

Przewodnicząca: ……