

Sygn. akt: KIO 2835/24, KIO 2844/24

WYROK

Warszawa, dnia 16 września 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Przemysław Dzierzędzki

Mateusz Paczkowski

Anna Kuszel-Kowalczyk

Protokolant: Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na rozprawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej:

- A. w dniu 8 sierpnia 2024 r. przez wykonawcę STRABAG sp. z o.o. w Pruszkowie (sygn. akt KIO 2835/24),
- B. w dniu 8 sierpnia 2024 r. przez wykonawcę PORR S.A. w Warszawie (sygn. akt KIO 2844/24)

w postępowaniu prowadzonym przez Centralny Port Komunikacyjny sp. z o.o. w Warszawie

przy udziale:

1. uczestników po stronie odwołującego w postępowaniu o sygn. akt 2835/24:

A. wykonawcy Gülermak Ağır Sanayi İnşaat ve Taahhüt A.Ş. działający przez

Oddział w Polsce Gülermak Ağır Sanayi İnşaat ve Taahhüt A.Ş. Oddział w Polsce z siedzibą w Warszawie,

B. wykonawcy Budimex S.A. w Warszawie,

C. wykonawcy Torpol S.A. w Poznaniu,

2. uczestników po stronie odwołującego w postępowaniu o sygn. akt 2844/24:

A. wykonawcy Gülermak Ağır Sanayi İnşaat ve Taahhüt A.Ş. działający przez

Oddział w Polsce Gülermak Ağır Sanayi İnşaat ve Taahhüt A.Ş. Oddział w Polsce z siedzibą w Warszawie,

B. wykonawcy NDI S.A. w Sopocie,

C. wykonawcy Budimex S.A. w Warszawie,

D. wykonawcy Strabag sp. z o.o. w Pruszkowie,

E. wykonawcy Torpol S.A. w Poznaniu

orzeka:

KIO 2835/24

1. umarza postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutu nr I. 1. ppkt 1) odwołania oraz zarzutu nr I. 1. ppkt 2) odwołania,
2. uwzględnia częściowo odwołanie w zakresie zarzutów nr I. 1. ppkt 3a)-3b) w zw. z zarzutem nr I. 1. ppkt 4) odwołania i nakazuje zamawiającemu wykonanie czynności zmiany pkt 2.1 (3) Załącznika nr 21 do Umowy „Klauzula sankcyjna” oraz odpowiednio pkt 4 Załącznika nr 21a do Umowy „Wzór oświadczenia dotyczącego nienaruszania sankcji” poprzez ich dostosowanie do treści art. 5k ust. 1 Rozporządzenia Rady (UE) nr 833/2014 z dnia 31 lipca 2014 r., dotyczącego środków ograniczających w związku z działaniami Rosji destabilizującymi sytuację na Ukrainie w sposób wskazujący, że 10 % próg wartości świadczeń odnosi się do każdego z Podmiotów Współpracujących,
3. w pozostałym zakresie oddala odwołanie,
4. kosztami postępowania obciąża Centralny Port Komunikacyjny sp. z o.o. w Warszawie w części 1/2 oraz wykonawcę STRABAG sp. z o.o. w Pruszkowie w części 1/2 i:
  - 4.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20.000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę STRABAG sp. z o.o. w Pruszkowie tytułem wpisu od odwołania, kwotę 3.600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy), uiszczoną przez

odwołującego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika, kwotę 3.600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy), uiszczoną przez

zamawiającego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika,

4.2. zasądza od Centralny Port Komunikacyjny sp. z o.o. w Warszawie na rzecz wykonawcy STRABAG sp. z o.o. w Pruszkowie kwotę 10.000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy).

KIO 2844/24

5. umarza postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutów skierowanych przeciwko dokumentacji postępowania, o której mowa w pkt (1) a, b, d, f, g, i, j, k, m, p, s oraz w pkt (2) a, b odwołania, opisanej na str. 2-3 odwołania,

6. oddala odwołanie w zakresie zarzutów skierowanych przeciwko dokumentacji postępowania, o której mowa w pkt (1) c odwołania, opisanej na str. 2 odwołania,

7. w zakresie zarzutów skierowanych przeciwko dokumentacji postępowania, o której mowa w pkt (1) e odwołania, opisanej na str. 2 odwołania:

7.1. umarza postępowanie odwoławcze w części dotyczącej żądania wykreślenia treści zdania drugiego z ust. 7 Załącznika nr 9 do Projektu Umowy,

7.2. w pozostałym zakresie oddala odwołanie,

8. w zakresie zarzutów skierowanych przeciwko dokumentacji postępowania, o której mowa w pkt (1) h odwołania, wskazanej na str. 2 odwołania:

8.1. w odniesieniu do treści ust. 4 pkt 3 Załącznika nr 12 do Projektu Umowy:

8.1.1. umarza postępowanie odwoławcze w części dotyczącej żądania wykreślenia słowa „itp.”,

8.1.2. w pozostałym zakresie oddala odwołanie,

8.2. w odniesieniu do treści ust. 4 pkt 7 lit. c Załącznika nr 12 do Projektu Umowy – uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu wykonanie czynności zmiany treści ust. 4 pkt 7 lit. c Załącznika nr 12 do Projektu Umowy przez wykreślenie słów „oraz wszystkich dokumentów niezbędnych do dokonania oceny prawidłowego wykonania Prac, w tym Robót budowlanych, w szczególności w sposób umożliwiający przystąpienie do użytkowania zgodnie z obowiązującymi przepisami a także dokumentów potrzebnych do użytkowania efektów Prac.”,

8.3. w odniesieniu do treści ust. 4 pkt 8 Załącznika nr 12 do Projektu Umowy – umarza postępowanie odwoławcze,

8.4. w odniesieniu do treści ust. 4 pkt 10 Załącznika nr 12 do Projektu Umowy – umarza postępowanie odwoławcze,

9. w zakresie zarzutów skierowanych przeciwko dokumentacji postępowania, o której mowa w pkt (1) l odwołania, wskazanej na str. 2 odwołania - uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu wykreślenie z ust. 3 Załącznika nr 15 do Projektu Umowy w zdaniu pierwszym słów „oraz podmiotu wystawiającego to Zabezpieczenie Wykonania (np. banku-gwaranta)”, a także treści „Zamawiający zastrzega sobie w szczególności możliwość odmowy akceptacji dla Zabezpieczenia Wykonania w formie poręczenia lub gwarancji bankowej lub ubezpieczeniowej, m.in. w przypadku, gdy udzielający ich podmiot nie będzie spełniał następujących, minimalnych kryteriów:

1) posiada przynajmniej jeden rating kredytowy przyznany przez agencje ratingowe: Standard&Poor's, Moody's Investors Service lub Fitch Ratings (w przypadku nadania ratingu przez kilka agencji ratingowych, pod uwagę brany będzie rating nadany najpóźniej);

2) w przypadku ratingu nadawanego przez agencję Moody's Investors Service, ocena ratingowa depozytów długoterminowych jest nie niższa niż Baa1;

3) w przypadku ratingu nadawanego przez agencję Fitch Ratings, długoterminowa ocena IDR jest nie niższa niż BBB+;

4) w przypadku ratingu nadawanego przez agencję Standard&Poor's długoterminowa ocena ICR jest nie niższa niż BBB+;

5) w przypadku posiadania minimalnego akceptowalnego poziomu ratingu wskazanego w pkt. 2) – 4) powyżej, ocena perspektywy rewizji ratingu (tzw. OUTLOOK) nie jest niższa niż STABLE (stabilny).”;

10. w zakresie zarzutów skierowanych przeciwko dokumentacji postępowania, o której mowa w pkt (1) n

odwołania, wskazanej na str. 2 odwołania:

10.1. w odniesieniu do treści ust. 6.4 pkt 1 lit. c, ust. 6.4 pkt 1 lit. e, ust. 6.4 pkt 3 Załącznika nr 17 do Projektu Umowy – umarza postępowanie odwoławcze,

10.2. w odniesieniu do treści ust. 6.4 pkt 1 lit. f Załącznika nr 17 do Projektu Umowy – uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu wykonanie czynności zmiany obecnego ust. 1.5 Załącznika nr 17 do Projektu Umowy przez wykreślenie z jego treści słów: „w żadnym razie nie przekroczy jednak kwoty 0,007% Wynagrodzenia Wykonawcy wynikającego z Oferty w przeliczeniu na jeden dzień wydłużenia”,

11. w zakresie zarzutów skierowanych przeciwko dokumentacji postępowania, o której mowa w pkt (1) o odwołania, wskazanej na str. 2 odwołania:

11.1. w odniesieniu do treści ust. 1 Załącznika nr 8 do Projektu Umowy – oddala odwołanie,

11.2. w odniesieniu do treści ust. 6 Załącznika nr 8 do Projektu Umowy:

11.2.1. uwzględnia częściowo odwołanie i nakazuje zamawiającemu wykonanie czynności zmiany w ust. 6 pkt 4 Załącznika nr 8 do Projektu Umowy tak aby to postanowienie w przypadku Zawieszenia Wykonania z przyczyn określonych w pkt. 6.1 Załącznika nr 8 uwzględniało pokrycie przez Zamawiającego rzeczywistych kosztów wykonawcy poniesionych w okresie Zawieszenia Wykonania, których poniesienie było konieczne w okresie Zawieszenia Wykonania (w tym kosztów ogólnych) od momentu Zawieszenia Wykonania oraz aby wykonawca zachował w tym zakresie prawo do dochodzenia odszkodowania za szkodę poniesioną w związku z Zawieszeniem Wykonania wobec Zamawiającego jak i osób trzecich,

11.2.2. w pozostałym zakresie oddala odwołanie,

12. w zakresie zarzutów skierowanych przeciwko dokumentacji postępowania, o której mowa w pkt (1) r odwołania, wskazanej na str. 2 odwołania – umarza postępowanie odwoławcze,

13. w zakresie zarzutów dotyczących przewidzenia przez zamawiającemu w SWZ możliwości ograniczenia zakresu zamówienia bez wskazania minimalnej wielkości lub wartości, wskazanych w pkt II. k), str. 5 odwołania – uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu wykonanie czynności zmiany SWZ przez wskazanie minimalnej wielkości lub wartości świadczenia stron,

14. kosztami postępowania obciąża Centralny Port Komunikacyjny sp. z o.o. w Warszawie w części 1/2 oraz wykonawcę PORR S.A. w Warszawie w części 1/2 i:

14.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20.000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę PORR S.A. w Warszawie tytułem wpisu od odwołania, kwotę 3.600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy), uiszczoną przez

odwołującego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika, kwotę 3.600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy), uiszczoną przez

zamawiającego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika,

14.2. zasądza od Centralny Port Komunikacyjny sp. z o.o. w Warszawie na rzecz wykonawcy PORR S.A. w Warszawie kwotę 10.000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy).

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.

Przewodniczący: .....

Sygn. akt: KIO 2835/24, KIO 2844/24

## Uzasadnienie

Centralny Port Komunikacyjny sp. z o.o. w Warszawie, zwany dalej „zamawiającym”, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2023 r. poz. 1605 ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp” lub „Pzp”, którego przedmiotem jest budowa tunelu dalekobieżnego w Łodzi w ciągu linii kolejowej nr 85, od komory Retkinia do komory Fabryczna wraz z infrastrukturą niezbędną do budowy oraz funkcjonowania tunelu, komór i linii kolejowej.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 29 lipca 2024 r., Dz.U. S: 146/2024, nr 454263-2024.

Wobec czynności i zaniechań zamawiającego w ww. postępowaniu w dniu 8 sierpnia 2024 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wnieśli odwołania:

- a) wykonawca STRABAG sp. z o.o. w Pruszkowie, zwany dalej „odwołującym Strabag” lub „odwołującym I”,
- b) wykonawca PORR S.A. w Warszawie, zwany dalej „odwołującym Porr” lub „odwołującym II”.

Zarządzeniem Prezesa Izby odwołania zostały oznaczone odpowiednio sygn. akt KIO 2835/24, oraz sygn. akt KIO 2844/24 oraz zostały połączone do wspólnego rozpoznania.

#### KIO 2835/24

Odwołujący I zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 353<sup>1</sup> k.c. w zw. z art. 647 k.c. w zw. z art. 8 ust. 1 PZP oraz w zw. z art. 16 pkt 1 i 3 Pzp, art. 99 ust. 4 Pzp i art. 18 ust. 1 Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z 26.02.2014 r. sprawie zamówień publicznych, uchylającej dyrektywę 2004/18/WE poprzez wprowadzenie we wzorze przyszłej Umowy, tj. w załączniku nr 17 do Umowy – Zmiana Umowy w pkt 6.4 (1) c ograniczenia kalkulacji zmian w zakresie kosztów pośrednich do kosztów zarządu ponoszonych wyłącznie na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej;
- 2) art. 353<sup>1</sup> k.c. w zw. z art. 647 k.c. w zw. z art. 8 ust. 1 Pzp oraz w zw. z art. 16 pkt 1 i 3 Pzp, art. 99 ust. 4 Pzp i art. 18 ust. 1 Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z 26.02.2014 r. sprawie zamówień publicznych, uchylającej dyrektywę 2004/18/WE poprzez wprowadzenie we wzorze przyszłej Umowy, tj. w załączniku nr 17 do Umowy – Zmiana Umowy w pkt 6.1 in fine wymogu dołączenia do kalkulacji kosztów wykonania Umowy dokumentów źródłowych potwierdzających wartości (ceny) przyjętych przez wykonawcę do kalkulacji (umowy, faktury, oferty, katalogi, notowania, etc.);
- 3) art. 353<sup>1</sup> k.c. w zw. z art. 647 k.c., art. 58 k.c. w zw. z art. 8 ust. 1 Pzp i w zw. z art. 5k ust.

1 Rozporządzenia Rady (UE) nr 833/2014 z dnia 31 lipca 2014 r., dotyczącego środków ograniczających w związku z działaniami Rosji destabilizującymi sytuację na Ukrainie, zmienionym Rozporządzeniem Rady (UE) nr 2022/578 z dnia 8 kwietnia 2022 r. (dalej: „Rozporządzenie”) poprzez:

- a) ustalenie we wzorze przyszłej Umowy, tj. w Załączniku nr 21 – Klauzula sankcyjna - w pkt 2.1 (3) gwarancji, że na etapie zawarcia Umowy ani na etapie jej realizacji

wartość świadczeń powierzonych przez wykonawcę do zrealizowania Podmiotom Współpracującym liczona łącznie dla wszystkich Podmiotów nie przekroczy 10 % maksymalnej wartości wynagrodzenia, oraz odpowiednio,

- b) ustalenie we wzorze przyszłej Umowy, tj. w Załączniku nr 21a – Wzór oświadczenia dotyczącego nienaruszania sankcji - w pkt 4, że wartość świadczeń powierzonych do zrealizowania wszystkim Podmiotom Współpracującym będącym Podmiotem

Objętym Sankcjami nie przekracza/przekracza 10 % maksymalnej wartości wynagrodzenia,

- c) wprowadzenie we wzorze przyszłej Umowy, tj. w Załączniku nr 21 – Klauzula sankcyjna - w pkt 3.3 uprawnienia Zamawiającego do jednostronnych zmian we wzorze oświadczenia w bliżej nieokreślonych „uzasadnionych” sytuacjach;
- 4) naruszenie art. 16 pkt 1 i 3 Pzp przez jego niezastosowanie i prowadzenie postępowania w sposób sprzeczny z zasadą uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców, przejrzystości, a to przez zaniechanie przygotowania i prowadzenia postępowania z należytą starannością.

Odwołujący I wniósł o nakazanie zamawiającemu:

- 1) zmiany pkt 6.4 (1) c załącznika nr 17 do Umowy poprzez umożliwienie wykonawcom ujęcia w kalkulacji zmiany kosztów zarządu ponoszonych na terytorium Unii Europejskiej;
- 2) zmiany pkt 6.1 in fine (ostatniego zdania tego punktu) załącznika nr 17 do Umowy poprzez jego wykreślenie lub poprzez wskazanie, że do kalkulacji kosztów wykonawca dołączy odpowiednie dokumenty źródłowe, o ile jest w ich posiadaniu;
- 3) zmiany pkt 2.1 (3) Załącznika nr 21 do Umowy „Klauzula sankcyjna” oraz odpowiednio pkt 4 Załącznika nr 21a do Umowy „Wzór oświadczenia dotyczącego nienaruszania sankcji” poprzez ich dostosowanie do treści art. 5k ust. 1 Rozporządzenia w sposób wskazujący, że 10 % próg wartości świadczeń odnosi się do każdego z Podmiotów Współpracujących, np. poprzez:
  - a) nadanie pkt 2.1 (3) Załącznika nr 21 do Umowy następującej treści:

„wartość świadczeń powierzonych do zrealizowania Podmiotom Współpracującym, które są Podmiotami Objętymi Sankcjami przekroczy kwotę odpowiadającą 10%

maksymalnej wartości wynagrodzenia, jakie może być należne Wykonawcy na podstawie Umowy, a nie zostało wydane odpowiednie zezwolenie, o którym mowa w art. 5k ust. 2 Rozporządzenia 833/2014”

b) nadanie pkt 4 in principio Załącznika nr 21a do Umowy następującej treści: „oświadczam, że wartość świadczeń powierzonych do zrealizowania Podmiotom Współpracującym będącym Podmiotami Objętymi Sankcjami (lub zrealizowanych przez nie) (...)”

4) zmiany pkt 3.3. Załącznika nr 21 do Umowy poprzez ograniczenie możliwości wprowadzenia przez Zamawiającego jednostronnej zmiany w wzorach oświadczeń sankcyjnych w przypadku konieczności dostosowania wzoru do wymagań wynikających z przepisów prawa, np. poprzez nadanie pkt 3.3. następującej treści:

„Zamawiający może, w celu dostosowania wzoru oświadczenia o nienaruszaniu sankcji do wymagań wynikających z przepisów prawa wprowadzić jednostronnie zmiany we wzorach ww. oświadczeń, zawiadamiając o tym na piśmie Wykonawcę”

W uzasadnieniu zarzutów nr I. 1. 3) a i nr I. 1. 3) b odwołania odwołujący I podniósł, że zgodnie z przepisem art. 5 k ust. 1 Rozporządzenia zakazuje się udzielania lub dalszego wykonywania wszelkich zamówień publicznych lub koncesji objętych zakresem dyrektyw w sprawie zamówień publicznych, a także zakresem art. 10 ust. 1 i 3, art. 10 ust. 6 lit. a)-e), art. 10 ust. 8, 9 i 10, art. 11, 12, 13 i 14 dyrektywy 2014/23/UE, art. 7 lit. a)-d), art. 8, art. 10 lit. b)-f) i lit. h)-j) dyrektywy 2014/24/UE, art. 18, art. 21 lit. b)-e) i lit. g)-i), art. 29 i 30 dyrektywy 2014/25/UE oraz art. 13 lit. a)-d), lit. f)-h) i lit. j) dyrektywy 2009/81/WE na rzecz lub z udziałem:

- a) obywateli rosyjskich, osób fizycznych zamieszkałych w Rosji lub osób prawnych, podmiotów lub organów z siedzibą w Rosji;
- b) osób prawnych, podmiotów lub organów, do których prawa własności bezpośrednio lub pośrednio w ponad 50 % należą do podmiotu, o którym mowa w lit. a) niniejszego ustępu; lub
- c) osób fizycznych lub prawnych, podmiotów lub organów działających w imieniu lub pod kierunkiem podmiotu, o którym mowa w lit. a) lub b) niniejszego ustępu, w tym podwykonawców, dostawców lub podmiotów, na których zdolności polega się w rozumieniu dyrektyw w sprawie zamówień publicznych, w przypadku gdy przypada na nich ponad 10 % wartości zamówienia.

Zdaniem odwołującego I z regulacji art. 5k ust. 1 Rozporządzenia wynika zakaz udzielania zamówień publicznych na rzecz lub z udziałem podwykonawców, dostawców,

podmiotów, na których zdolnościach wykonawcy polega, o ile udział takiego podmiotu przekracza 10% wartości zamówienia. Definicja Podmiotu Współpracującego, o którym mowa w pkt 1.1. (3) Załącznika nr 21 do Umowy co do zasady odpowiada katalogowi podmiotów wskazanych w komentowanej regulacji Rozporządzenia.

Odwołujący I wskazał, że inaczej jednak niż to wynika z Rozporządzenia, w Załączniku nr 21 do Umowy w pkt 2.1 (3) „Gwarancja respektowania sankcji” Zamawiający wymaga od wykonawców by wartość świadczeń powierzonych do zrealizowania Podmiotom Współpracującym, które są Podmiotami Objętymi Sankcjami, liczona łącznie dla wszystkich Podmiotów Współpracujących nie przekroczyła 10 % maksymalnej wartości wynagrodzenia, jaki może być należne Wykonawcy na podstawie Umowy. Ustalony przez Zamawiającego wymóg jest w tym zakresie sprzeczny z regulacją Rozporządzenia. Zdaniem odwołującego I ustawodawca unijny ustalił w art. 5k ust. 1 Rozporządzenia próg 10% indywidualnie dla każdego z podwykonawców, dostawców czy podmiotów współpracujących, a nie do wszystkich łącznie. Innymi słowy art. 5 k ust. 1 in fine Rozporządzenia ustala zakaz udzielania zlecenia więcej niż 10% zamówienia sankcjonowanemu podmiotowi.

Odwołujący I argumentował, że powyższą wykładnię potwierdziła sama Komisja Europejska w wyjaśnieniach dotyczących interpretacji art. przepisu art. 5 k Rozporządzenia. I tak w pytaniu nr 16 wskazano:

Czy limit 10% rosyjskiego podwykonawstwa, dostaw lub udostępniania mocy produkcyjnych ma zastosowanie indywidualnie czy łącznie?

Ma zastosowanie indywidualnie do każdego podwykonawcy, dostawcy lub dostawcy mocy produkcyjnych. W przypadku, gdy zaangażowany jest więcej niż jeden podmiot objęty sankcjami, wartość ich udziału musi osiągnąć 10% w co najmniej jednym przypadku, aby sankcje miały zastosowanie.

Zdaniem odwołującego I w niniejszym postępowaniu Zamawiający w sposób nieuprawniony rozszerzył rygor wynikający z Rozporządzenia ustalając zakaz zlecenia wszystkim Podmiotom Współpracującym liczoną łącznie więcej niż 10% zamówienia. Taki sposób rozumienia art. 5 k ust. 1 Rozporządzenia Zamawiający zaprezentował w Załącznikach nr 21 i 21a do Umowy odnosząc 10 % próg wartości zamówienia do łącznej wartości świadczeń wszystkich Podmiotów Współpracujących, podczas gdy próg ten odnosi się indywidualnie do każdego z nich. Według odwołującego I stanowczej krytyki wymaga również kwestionowane niniejszym odwołaniem uprawnienie Zamawiającego do dowolnej zmiany oświadczeń sankcyjnych, nie tylko w sytuacji konieczności dostosowania ich do wymagań wynikających z przepisów prawa, ale również w „innych uzasadnianych przypadkach”. Ocena zdolności wykonania zamówienia dokonywana jest przez wykonawców

na podstawie dokumentów postępowania udostępnionych przez Zamawiającego na etapie przetargu. Dowolność w

zakresie zmian dokumentów może prowadzić do daleko idących konsekwencji, które przewidział Zamawiający w Umowie - nawet odstąpienie od Umowy. Według odwołującego I o ile zrozumiałe jest uprawnienie do zmiany oświadczeń w przypadku konieczności ich dostosowania do wymogów prawa, o tyle inne okoliczności nie mogą być podstawą wprowadzania jednostronnych zmian.

Odwołujący I w piśmie z dnia 27 sierpnia 2024 r. oświadczył, że cofa odwołanie w zakresie zarzutu nr 1 odwołania. W trakcie posiedzenia Izby w dniu 10 września 2024 r. odwołujący I oświadczył, że cofa odwołanie w zakresie zarzutu nr 2 odwołania. Popierał pozostałe zarzuty.

Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie w sprawie o sygn. akt KIO 2835/24, w której oświadczył, że uwzględni odwołanie w zakresie zarzutu nr 1 i zarzutu nr 3c odwołania. W pozostałym zakresie wniósł o oddalenie odwołania. W odpowiedzi i w trakcie rozprawy przedstawił uzasadnienie faktyczne i prawne swego stanowiska.

Do postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt KIO 2835/24 po stronie odwołującego zgłosili przystąpienie wykonawcy:

- a) Gülermak Ağır Sanayi İnşaat ve Taahhüt A.Ş. działający przez oddział w Polsce Gülermak Ağır Sanayi İnşaat ve Taahhüt A.Ş. Oddział w Polsce z siedzibą w Warszawie,
- b) Budimex S.A. w Warszawie,
- c) Torpol S.A. w Poznaniu.

Wnieśli o uwzględnienie odwołania.

#### KIO 2844/24

Odwołujący II wniósł odwołanie wobec następujących postanowień dokumentacji zamówienia:

- 1) Projektu Umowy (załącznik nr 2 do SWZ):
  - (a) § 5 [Wynagrodzenie i Zasady Rozliczeń] ust. 1 i 6 Projektu Umowy oraz treści Załącznika nr 9 [Waloryzacja Wynagrodzenia, Zaliczka oraz Zasady zapłaty Wynagrodzenia] do Projektu Umowy, w tym ust. 15 pkt. 1) lit. b);
  - (b) § 2 [Przedmiot Umowy] ust. 4 Projektu Umowy;
  - (c) § 5 [Wynagrodzenie i Zasady Rozliczeń] ust. 1 lit. c) Projektu Umowy oraz ust. 6.1 Załącznika nr 17 [Zmiany Umowy] do Projektu Umowy
  - (d) ust. 4 pkt. 5 i 10 Załącznika nr 9 [Waloryzacja Wynagrodzenia, Zaliczka oraz Zasady zapłaty Wynagrodzenia] do Projektu Umowy;
  - (e) ust. 6 i 7 Załącznika nr 9 [Waloryzacja Wynagrodzenia, Zaliczka oraz Zasady zapłaty Wynagrodzenia] do Projektu Umowy;
  - (f) ust. 10 Załącznika nr 9 [Waloryzacja Wynagrodzenia, Zaliczka oraz Zasady zapłaty Wynagrodzenia] do Projektu Umowy;
  - (g) ust. 26 Załącznika nr 9 [Waloryzacja Wynagrodzenia, Zaliczka oraz Zasady zapłaty Wynagrodzenia] do Projektu Umowy;
  - (h) ust. 4 Załącznika nr 12 [Zasady odbioru prac] do Projektu Umowy, w tym pkt. 3, pkt. 7) lit. c), pkt 8) oraz pkt 10);
  - (i) ust. 3 pkt. 28 Załącznika nr 14 [Odpowiedzialność, Kary umowne i Odszkodowania] do Projektu Umowy;
  - (j) ust. 7 Załącznika nr 14 [Odpowiedzialność, Kary umowne i Odszkodowania] do Projektu Umowy;
  - (k) § 14 [Zabezpieczenie Wykonania] ust. 1 Projektu Umowy;
  - (l) ust. 3 Załącznika nr 15 [Zabezpieczenie Wykonania] do Projektu Umowy;
  - (m) ust. 5.2 Załącznika nr 17 [Zmiany Umowy] do Projektu Umowy, w tym pkt (8)(h);
  - (n) ust. 6.4 Załącznika nr 17 [Zmiany Umowy] do Projektu Umowy, w tym pkt (1) lit. (c), (e) i (f) oraz pkt (3);
  - (o) ust. 1 i ust. 6 Załącznika nr 8 [Szczególne Okoliczności i Zawieszenie Wykonania] do Projektu Umowy;
  - (p) ust. 2 pkt. 4 Załącznika nr 6 [Oświadczenia Stron] do Projektu Umowy;
  - (q) ust. 1 i 6 Załącznika nr 8 [Szczególne Okoliczności i Zawieszenie Wykonania] do Projektu Umowy;

- (r) ust. 6 Załącznika nr 11 [Podwykonawcy] do Projektu Umowy;
- (s) ust. 17 pkt 6) Załącznika nr 11 [Podwykonawcy] do Projektu Umowy;
- 2) Formularza cenowego (załącznik nr 3a do SWZ):
  - (a) poz. 6.8.2 oraz
  - (b) poz. 6.9

w związku z postanowieniami PFU (załącznik nr 1 do SWZ) oraz STWiORB (załącznik nr 2 do PFU).

Odwolujący II zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 353<sup>1</sup> k.c.5, jak i art. 471 k.c., art. 483 k.c., 484 k.c., art. 56 k.c., art. 58 § 1 i 2 k.c., 354 k.c., 640 k.c. w zw. z art. 656 k.c., 654 k.c., art. 354 § 1 k.c. oraz art. 119 k.c. w zw. z 439 ust. 1 Pzp w zw. z art. 433 pkt 1-4) Pzp w zw. z art. 450 Pzp w zw. z art. 8 ust. 1 Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 – 3 Pzp poprzez ukształtowanie stosunku prawnego (umowy) w sposób sprzeczny z jego właściwością oraz zasadami współzycia społecznego, prowadzący do nadużycia przez Zamawiającego jego podmiotowego

prawa poprzez rażąco wykorzystanie dominującej pozycji „organizatora przetargu”, w tym wprowadzenie do projektowanych postanowień Projektu Umowy i jego załączników postanowień w sposób rażąco naruszający równowagę kontraktową stron, przerzucający na wykonawców niemożliwe do oszacowania ryzyka kontraktowe, w tym wynikające z okoliczności niezależnych od wykonawcy, a leżących po stronie Zamawiającego, przewidujące obowiązki wykonania przez wykonawców czynności nieznanych w dniu składania oferty, w tym wobec zdarzeń przyszłych, tj. zmiany przepisów prawa powszechnie obowiązującego, z tym zastrzeżeniem, że wykonawca zobowiązany będzie je wykonać bez dodatkowego wynagrodzenia, poprzez niejasne, nieprecyzyjne, niejednoznaczne lub rażąco niekorzystne dla wykonawców postanowienia umowy, a co za tym idzie niezgodny z przepisami Pzp, sprzeciwiając się tym samym naturze stosunku zobowiązaniowego; co znalazło odzwierciedlenie w szczególności w:

- a) § 5 [Wynagrodzenie i Zasady Rozliczeń] ust. 6 Projektu Umowy oraz treści Załącznika nr 9 [Waloryzacja Wynagrodzenia, Zaliczka oraz Zasady zapłaty Wynagrodzenia] do Projektu Umowy poprzez nieadekwatność wartości zaliczki w odniesieniu do rzeczywistego zaangażowania finansowego wykonawcy, jak i dowolność decyzji Zamawiającego w zakresie udzielenia zaliczki oraz w zakresie, w jakim Zamawiający nie przewidział płatności za materiały i sprzęt dostarczone na Teren budowy (w tym w szczególności maszyna drążąca TBM);
- b) § 2 [Przedmiot Umowy] ust. 4 Projektu Umowy poprzez przerzucenie na wykonawcę ryzyka kontraktowego wycenienia realizacji Zamówienia w przypadku zmiany przepisów prawa, norm i standardów;
- c) § 5 [Wynagrodzenie i Zasady Rozliczeń] ust. 1 lit. c) Projektu Umowy poprzez wprowadzenie limitu zwiększenia wynagrodzenia Wykonawcy w związku z wydaniem Polecenia Zmiany nieadekwatnego w odniesieniu do umowy, w szczególności przedmiotu umowy, charakteru umowy, modelu realizacji umowy, zakresu umownych zobowiązań wykonawcy, jak i konkretnych okoliczności towarzyszących realizacji Zamówienia;
- d) ust. 4, 6 i 7 oraz 10 Załącznika nr 9 [Waloryzacja Wynagrodzenia, Zaliczka oraz Zasady zapłaty Wynagrodzenia] do Projektu Umowy poprzez wprowadzenie potrójnego limitu waloryzacji, tj. wprowadzenie:
  - (i) ogólnego limitu waloryzacji wynagrodzenia wykonawcy do maksymalnej wysokości 10 % wynagrodzenia (określonego w § 5 ust. 1 lit. a) netto Projektu Umowy);
  - (ii) wartości stałego współczynnika „a”: [0,5] oraz zastosowanie w klauzuli waloryzacyjnej nieadekwatnego wskaźnika pn. PPI;
  - (iii) ograniczenia możliwości dochodzenia przez wykonawcę roszczenia do okoliczności, o których mowa w art. 3571 k.c. lub art. 632 § 2 w zw. z art. 656 § 1 k.c. oraz wysokości roszczenia do 50% (co ma odpowiadać podziałowi między Strony ryzyka wzrostu kosztów);
- e) ust. 26 Załącznika nr 9 [Waloryzacja Wynagrodzenia, Zaliczka oraz Zasady zapłaty Wynagrodzenia] do Projektu Umowy poprzez zablokowanie płatności należnego i wymagalnego wynagrodzenia wykonawcy w odniesieniu do całości prac, a nie jedynie części która nie została należycie udokumentowana;
- f) ust. 4 Załącznika nr 12 [Zasady odbioru prac] do Projektu Umowy, w tym pkt. 3, pkt.

7 lit. c), pkt. 8 oraz pkt. 10 poprzez niedostatecznie precyzyjne określenie obowiązków wykonawcy, od których spełnienia uzależnione jest odebranie prac przez Zamawiającego;

- g) ust. 3 pkt. 28 oraz ust. 7 Załącznika nr 14 [Odpowiedzialność, Kary umowne i Odszkodowania] do Projektu Umowy poprzez nieuzasadnione różnicowanie pozycji stron przejawiające się tym, że ww. postanowienia przewidują możliwość dochodzenia zapłaty kar umownych, jak i tzw. „odszkodowania przenoszącego” jedynie przez Zamawiającego, co stanowi naruszenie m.in.:

- (i) granic dopuszczalnej swobody umów przewidzianych w art. 3531 k.c.; w tym założeń ustawowych instytucji

kary umownej z art. 483 k.c.;

(ii) prawa podmiotowego Zamawiającego do samodzielnego kształtowania warunków umowy;

h) ust. 6.4 Załącznika nr 17 [Zmiany Umowy] do Projektu Umowy, w tym pkt. (1) lit. (c), (e) i (f) oraz pkt. (3) poprzez założenie odpowiedzialności wykonawcy w przypadku zajścia okoliczności, za które wyłączną odpowiedzialność ponosi Zamawiający;

i) ust. 1 Załącznika nr 8 [Szczególne Okoliczności i Zawieszenie Wykonania] do Projektu Umowy poprzez wyznaczenie zbyt krótkiego okresu na wystąpienie z „zawiadomieniem” wystąpienia okoliczności mających wpływ na realizację Zamówienia pod rygorem braku możliwości powoływania się na te okoliczności w dalszym wykonaniu Zamówienia, względnie sprzeczność z postanowieniami k.c. o niedopuszczalności modyfikacji terminów przedawnienia w drodze czynności prawnej w zakresie, w jakim Zamawiający z upływem terminu wiąże skutek w postaci wygaśnięcia roszczeń wykonawcy;

j) ust. 6 Załącznika nr 8 [Szczególne Okoliczności i Zawieszenie Wykonania] do Projektu Umowy poprzez przyznanie z jednej strony co do zasady nieograniczoną swobodę podjęcia przez Zamawiającego decyzji o Zawieszeniu Wykonania z – wyrażonej wprost – „dowolnej przyczyny”, a z drugiej – nadmierne obciążenie wykonawcy konsekwencjami Zawieszenia Wykonania przez Zamawiającego, w tym również w przypadku, w którym Zawieszenie Wykonania nastąpi z przyczyn, za których wystąpienie ponosi odpowiedzialność Zamawiający (por. ust. 1 pkt 1 Załącznika nr 8);

k) przewidzenia w Załączniku nr 17 możliwości ograniczenia zakresu Zamówienia bez wskazania minimalnej wysokości lub wartości;

2) art. 99 ust. 1 i 4 Pzp w zw. z art. 16 Pzp poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób, który utrudnia uczciwą konkurencję, w sposób niejednoznaczny i niewyczerpujący oraz nieuwzględniający wszystkich wymagań i okoliczności mających wpływ na sporządzenie oferty, tj. obarczenie wykonawców koniecznością uwzględnienia w treści oferty kosztów związanych z:

(a) uszczelnieniem instalacji w budynkach (poz. 6.8.2 Formularza cenowego);

(b) zabezpieczeniem krytycznych sieci sanitarnych (poz. 6.9 Formularza cenowego); podczas gdy dokumentacja Postępowania (w szczególności dokumenty stanowiące opis przedmiotu zamówienia – PFU oraz STWiORB) nie wskazują żadnych szczegółowych i jednoznacznych informacji pozwalających poznać zakres tych prac i prawidłowo je wycenić.

Odwolujący II wniósł o nakazanie zamawiającemu zmiany postanowień projektu umowy w następujący sposób:

1) w odniesieniu do Projektu Umowy - w sposób szczegółowo opisany w uzasadnieniu odwołania w odniesieniu do każdego z postanowień Projektu Umowy zaskarżonych w pkt. I.1 petitum odwołania;

2) w odniesieniu do Formularza cenowego/ PFU/ STWiORB:

(a) wskazanie precyzyjnych ilości/ zakresu prac, o których mowa w poz. 6.8.2 oraz 6.9 Formularza cenowego w sposób umożliwiający prawidłową wycenę tych prac;

(b) ewentualnie, wprowadzenie do projektu umowy postanowień gwarantujących uzyskanie przez wykonawcę wynagrodzenia odpowiadającego wykonanym pracom;

W uzasadnieniu odwołania odwołujący II podniósł, co następuje.

Uzasadnienie w zakresie zaskarżenia § 5 [Wynagrodzenie i Zasady Rozliczeń] ust. 1 lit. c) Projektu Umowy oraz ust. 6.1 Załącznika nr 17 do Projektu Umowy [Zmiany Umowy]

Odwolujący II w odniesieniu do postanowienia § 5 [Wynagrodzenie i Zasady Rozliczeń] Projektu Umowy, wniósł o zmianę w części, tj.:

(a) zmianę ust. 1 lit. c) o treści:

„[1.] Za: [...]

c) Polecenia zmiany zgodnie z Załącznikiem nr 17 pkt 3 Umowy, w wysokości 5% wynagrodzenia, o którym mowa w pkt a) powyżej,) – [...] zł, (słownie: [...] złotych), co łącznie stanowi kwotę brutto [...] zł (słownie złotych: [...]), tj. w łącznej kwocie [...] zł, (słownie: [...] złotych), co łącznie stanowi kwotę brutto [...] zł (słownie złotych: [...]) („Wynagrodzenie Maksymalne”). Podatek VAT będzie doliczany przez Wykonawcę w fakturach według właściwej stawki wysokości obowiązującej w dniu wystawienia faktury zgodnie z obowiązującymi przepisami w Polsce.”

poprzez nadanie mu następującej treści:

„[1.] Za: [...]

c) Polecenia zmiany zgodnie z Załącznikiem nr 17 pkt 3 Umowy, w wysokości 50% wynagrodzenia, o którym mowa w pkt a) powyżej,) – [...] zł, (słownie: [...] złotych), co łącznie stanowi kwotę brutto [...] zł (słownie złotych: [...]), tj. w łącznej kwocie [...] zł, (słownie: [...] złotych), co łącznie stanowi kwotę brutto [...] zł (słownie złotych: [...]) („Wynagrodzenie Maksymalne”). Podatek VAT będzie doliczany przez Wykonawcę w fakturach według właściwej stawki wysokości obowiązującej w dniu wystawienia faktury zgodnie z obowiązującymi przepisami w Polsce.”

(b) dodanie ust. 7<sup>1</sup> [po ust. 7] o treści:

„Zamawiający – na wniosek Wykonawcy – zapłaci Wykonawcy za urządzenia i materiały zamówione lub nabyte dla realizacji Przedmiotu Umowy. Do wniosku o płatność Wykonawca załączy wykaz materiałów i urządzeń (wyrobów budowlanych) zamówionych lub nabytych dla realizacji Przedmiotu Umowy (wraz z m.in. ich charakterystyką, danymi dostawców, informacją o warunkach gwarancji jakości i rękopisami za wady, informacją o miejscu ich przechowywania lub spodziewanym terminie dostawy oraz kosztami ich nabycia przez Wykonawcę). Wykaz materiałów i urządzeń będzie odwoływał się do konkretnych Prac określonych w Harmonogramie Rzeczowo-Finansowym. Wykaz materiałów i urządzeń podlega weryfikacji Inżyniera Kontraktu. Zamawiający dokona płatności za materiały i urządzenia (wyroby budowlane) na podstawie zaakceptowanego przez Inżyniera Kontraktu.”

Ponadto, wobec dodania ust. 7<sup>1</sup> po ust. 7 § 5 [Wynagrodzenie i Zasady Rozliczeń] – w odniesieniu do Załącznika nr 17 [Zmiany Umowy] do Projektu Umowy, Odwołujący II wniósł o zmianę w części ust. 6.1. w brzmieniu:

„Zgodnie z par. 2 ust. 2 pkt 16 Umowy Wykonawca jest zobowiązany do przekazania Zamawiającemu szczegółowej kalkulacji kosztów wykonania Umowy. Szczegółowa kalkulacja kosztów powinna zostać sporządzona na piśmie pod rygorem nieważności i powinna stanowić uszczegółowienie wynagrodzenia wskazanego w ofercie, obejmując przewidywane końcowe ilości poszczególnych rodzajów prac (w tym asortymentów robót stałych), z przypisaną im ceną jednostkową, wycenionych jako wartości ryczałtowe tak, aby suma ich pokrywała cenę ofertową. Do kalkulacji Wykonawca dołączy odpowiednie dokumenty źródłowe potwierdzające wartości (ceny) przyjęte do kalkulacji (umowy, faktury, oferty, katalogi, notowania etc.)”

poprzez nadanie mu następującej treści:

„Zgodnie z par. 2 ust. 2 pkt 16 Umowy Wykonawca jest zobowiązany do przekazania Zamawiającemu szczegółowej kalkulacji kosztów wykonania Umowy. Szczegółowa kalkulacja kosztów powinna zostać sporządzona na piśmie pod rygorem nieważności i powinna stanowić uszczegółowienie wynagrodzenia wskazanego w ofercie, obejmując przewidywane końcowe ilości poszczególnych rodzajów prac (w tym asortymentów robót stałych), a ponadto wykaz materiałów i urządzeń (wyrobów budowlanych), które mają zostać zamówione lub nabyte dla realizacji Przedmiotu Umowy, z przypisaną im ceną jednostkową, wycenionych jako wartości ryczałtowe tak, aby suma ich pokrywała cenę ofertową. Do kalkulacji Wykonawca dołączy odpowiednie dokumenty źródłowe potwierdzające wartości (ceny) przyjęte do kalkulacji (umowy, faktury, oferty, katalogi, notowania etc.)”

oraz wprowadzenie odpowiednich zmian w treści Projektu Umowy, których konieczność albo celowość powstanie w związku z wprowadzeniem ust. 7<sup>1</sup> po ust. 7 § 5 [Wynagrodzenie i Zasady Rozliczeń] oraz zmianą ust. 6.1. Załącznika nr 17 [Zmiany Umowy].

Zdaniem odwołującego II przywołane postanowienia Projektu Umowy jest wadliwe i jako takie podlegają zmianie w części bądź uzupełnieniu. Odwołujący II wskazał, że w odniesieniu do zmiany ust. 1 lit. c) w § 5 [Wynagrodzenie i Zasady Rozliczeń] Projektu Umowy, Projekt Umowy przewiduje obecnie limit zwiększenia wynagrodzenia Wykonawcy w związku z wydaniem Polecenia Zmiany przez Zamawiającego (względnie – działającego w jego imieniu Inżyniera Kontraktu) w wysokości 5% wartości Wynagrodzenia za Przedmiot Umowy [por. § 5 ust. 1 lit. (a) Projektu Umowy]. W odniesieniu do umowy, w szczególności przedmiotu umowy (tj. zamówienie polegające na „Budowie tunelu dalekobieżnego w Łodzi w ciągu linii kolejowej nr 85, od komory „Retkinia” do komory „Fabryczna” wraz z infrastrukturą niezbędną

do budowy oraz funkcjonowania tunelu, komór i linii kolejowej.”), charakteru umowy (umowa o roboty budowlane), modelu realizacji umowy (, zakresu umownych zobowiązań wykonawcy, jak i konkretnych okoliczności towarzyszących realizacji Zamówienia, ustalona górna granica wartości Polecenia Zmiany jest nieadekwatna.

Odwołujący II argumentował, że powyższe opiera nie tylko na ww. przesłankach, które obiektywnie determinują ryzyko wystąpienia koniczności wydania polecenia zmiany na etapie realizacji Zamówienia o wartości przekraczającej 5 % wartości Zamówienia. Odwołujący II wskazał, że formułuje zarzut do postanowień Projektu Umowy w oparciu o doświadczenie zdobyte podczas realizacji zamówień publicznych pod wieloma względami podobnych do niniejszego zamówienia.

Odwołujący II zwracał uwagę na okoliczności towarzyszące budowie Tunelu Średnicowego w Łodzi. W trakcie realizacji inwestycji wynagrodzenie wykonawcy uległo zwiększeniu o kilkadziesiąt procent względem pierwotnej wartości zamówienia. Zmiany wynagrodzenia wykonawcy stanowiły konsekwencję (m.in.) wydawanych przez samego zamawiającego publicznych poleceń zmiany. Według odwołującego II propozycja zwiększenia limitu zmiany wynagrodzenia wykonawcy w związku z wydaniem Polecenia Zmiany uwzględnia możliwość wystąpienia konkretnych ryzyk na etapie realizacji Umowy wobec – tylko w pierwszej kolejności:

(a) nieprzewidywalności warunków gruntowych na Terenie budowy/Placu budowy, w szczególności w miejscach, w których nie wykonano na etapie projektowania żadnych odwiertów kontrolnych;

(b) nieprzewidywalności innych warunków terenowych, w tym dotyczących dostępu do Terenu budowy/Placu budowy w zakresie komór K2 do K5;

(c) nieprzewidywalności stanu infrastruktury podziemnej; planowany Tunel KDP przechodzi na odcinku ok. 1,5 km pod ścisłym centrum Łodzi, pod starymi kamienicami oraz pod jedną z głównych arterii Łodzi – Aleją Włóknarzy.

Zdaniem odwołującego II zaskarżone postanowienie w konkretnych okolicznościach może naruszać także art. 433 Pzp, który za zakazane (abuzywne) uznaje m.in. projektowane postanowienia umowy, które przewidują „odpowiedzialności wykonawcy za okoliczności, za które wyłączną odpowiedzialność ponosi zamawiający” [por. art. 433 pkt 3) Pzp]

Odwołujący II argumentował, że odpowiednio, w hipotetycznej, aczkolwiek spotykanej sytuacji kontraktowej, gdy:

(a) z jednej strony konieczność wydania Polecenia Zmiany wynikałaby z przyczyn leżących wyłącznie po stronie Zamawiającego, np. wobec ujawnienia braków / wadliwości dokumentacji przetargowej, w której Zamawiający nie zawarłby istotnych informacji o zamówieniu, co skutkowało koniecznością poniesienia przez wykonawcę dodatkowych kosztów realizacji zamówienia (tj. koszty robót dodatkowych, lub zamiennych, koszty ogólne przedłużenia realizacji zamówienia);

(b) z drugiej – koszty wdrożenia Polecenia Zmiany wykroczyłyby poza aktualny limit zwiększenia wynagrodzenia wykonawcy w związku z wydaniem Polecenia Zmiany, w konsekwencji w celu kontynuowania realizacji zamówienia wykonawca byłby zmuszony samodzielnie finansować wdrożenie Polecenia Zmiany do wartości „powyżej limitu” wykonawca w praktyce ponosi odpowiedzialność za okoliczności, za które wyłączną odpowiedzialność ponosi Zamawiający.

Zdaniem odwołującego II jego propozycja jest dopuszczalna, w szczególności w świetle art. 455 Pzp, w tym ust. 1 pkt 4) tegoż przepisu. Zarazem, biorąc pod uwagę:

(a) z jednej strony przewidziany przez ustawodawcę relatywnie szeroki zakres dopuszczalnych zmian umowy w sprawie zamówienia publicznego bez przeprowadzenia nowego postępowania o udzielenie zamówienia;

(b) z drugiej – specyfikę zamówienia, którego realizacja może wymagać – być może nawet niejednokrotnie – dokonywania zmian w drodze Polecenia Zmiany

ograniczenie możliwości dokonania zmian warunków realizacji zamówienia poprzez arbitralne przyjęcie zaledwie 5%-procentowego limitu zmiany wynagrodzenia wykonawcy w związku z wydaniem Polecenia Zmiany jest nie tylko nieefektywne w praktyce, ale także rodzi ryzyko wygenerowania dodatkowych kosztów realizacji zamówienia (m.in. wydłużenie procedowania zmiany zasad i warunków zamówienia, a nawet konieczność ogłoszenia nowego postępowania przetargowego na realizację części zamówienia).

W odniesieniu do dodania ust. 7<sup>1</sup> po ust. 7 § 5 oraz zmianą ust. 6.1. Załącznika nr 17, odwołujący II argumentował, że zaproponowane zmiany mają na celu wprowadzenie możliwości bieżącego rozliczania zakupywanych lub nabywanych przez wykonawcę materiałów i urządzeń dla Zamówienia. Wskazywał, że wobec panującej na rynku niepewności cen czynników cenotwórczych wykonawcy – jak i zamawiający – identyfikują szereg korzyści wynikających z pozostawienia pewnego zakresu swobody wyboru momentu zaopatrzenia budowy w niezbędne materiały i urządzenia. Powyższe niesie za sobą obustronne korzyści płynące z uodpornienia Zamówienia – do pewnego stopnia – na wahania cen. Materiały i urządzenia będą mogły zostać zdeponowane w magazynach bądź

u producentów do momentu ich wykorzystania i ostatecznego rozliczenia przy robotach stałych.

Zdaniem odwołującego II zaproponowana przez niego zmiana obejmuje kluczowe założenia zabezpieczające prawidłowość rozliczania materiałów i urządzeń niezależnie od robót stałych, tj.:

(a) wnioskowy tryb działania wykonawcy;

(b) obowiązek przedstawienia wykazu materiałów i urządzeń (wyrobów budowlanych), które mają zostać zamówione lub nabyte dla realizacji Przedmiotu Umowy już na początkowym etapie realizacji Umowy (przy szczegółowej kalkulacji kosztów);

(c) korespondowanie wykazu materiałów i urządzeń z konkretnymi Pracami określonymi w Harmonogramie Rzeczowo-Finansowym;

(d) weryfikacja wykazu materiałów i urządzeń przez Inżyniera Kontraktu,

(e) dokonanie przez Zamawiającego płatności za materiały i urządzenia (wyroby budowlane) na podstawie zaakceptowanego przez Inżyniera Kontraktu.

Uzasadnienie w zakresie zaskarżenia treści ust. ust. 6, ust. 7 Załącznika nr 9 [Waloryzacja Wynagrodzenia, Zaliczka oraz Zasady zapłaty Wynagrodzenia] do Projektu Umowy

W odniesieniu do postanowień umownych przewidzianych w Załączniku nr 9 [Waloryzacja Wynagrodzenia, Zaliczka oraz Zasady zapłaty Wynagrodzenia] do Projektu Umowy, odwołujący II wniósł o ich zmianę w części, w następujący sposób:

(a) zmianę ust. 6 i 7 Załącznika nr 9 w brzmieniu:

„[6.] Kwoty płatne Wykonawcy na podstawie §5 Umowy oraz na podstawie pkt. 16-28 poniżej będą waloryzowane odrębnie dla protokołu odbioru począwszy od pierwszego protokołu odbioru wystawionego po upływie 12 miesięcy od dnia zawarcia Umowy, lecz nie wcześniej niż po upływie 3 miesięcy od dnia rozpoczęcia robót budowlanych przez Wykonawcę aż do wystawienia protokołu odbioru, w którym łączna wartość korekt dla oddania wzrostu lub spadku kosztów ponoszonych przez Wykonawcę, wynikających z niniejszego punktu, osiągnie limit +/- 10 % Wynagrodzenia określonego w par. 5 ust. 1 lit. a) netto.

[7.] Z zastrzeżeniem ewentualnej zmiany Umowy w formie aneksu, nie dokonuje się waloryzacji wynagrodzenia Wykonawcy w zakresie wykraczającym poza limit 10 % Wynagrodzenia określonego w par. 5 ust. 1 lit. a) netto. Do części wynagrodzenia należnej z

tytułu robót budowlanych wykonanych po osiągnięciu limitu waloryzacji określonego powyżej, Wykonawcy mogą przysługiwać roszczenia z art. 357[1] k.c. lub art. 632 par. 2 w zw. z art. 656 par. 1 k.c., przy czym roszczenia będą pomniejszone o 50%, co odpowiada podziałowi między Strony ryzyka wzrostu kosztów.”

poprzez nadanie im następującej treści:

„[6.] Kwoty płatne Wykonawcy na podstawie §5 Umowy oraz na podstawie pkt. 16-28 poniżej będą waloryzowane odrębnie dla protokołu odbioru począwszy od pierwszego protokołu odbioru wystawionego po upływie 12 miesięcy od dnia zawarcia Umowy, lecz nie wcześniej niż po upływie 3 miesięcy od dnia rozpoczęcia robót budowlanych przez Wykonawcę aż do wystawienia protokołu odbioru, w którym łączna wartość korekt dla oddania wzrostu lub spadku kosztów ponoszonych przez Wykonawcę, wynikających z niniejszego punktu, osiągnie limit +/- 20 % Wynagrodzenia określonego w par. 5 ust. 1 lit. a) netto.

[7.] Z zastrzeżeniem ewentualnej zmiany Umowy w formie aneksu, nie dokonuje się waloryzacji wynagrodzenia Wykonawcy w zakresie wykraczającym poza limit 20 % Wynagrodzenia określonego w par. 5 ust. 1 lit. a) netto.”

Zdaniem odwołującego II przywołane postanowienia umowne przewidziane w Załączniku nr 9 do Projektu Umowy są wadliwe i jako takie podlegają zmianie w części. Odwołujący II argumentował, że faktem jest, że Zamawiający przedstawił w treści Projektu Umowy wymaganą przepisami klauzulę umowną mającą w zamyśle stanowić klauzulę waloryzacyjną. Jednak założenia powyższej klauzuli jednoznacznie wskazują, że w swej istocie jedynie w sposób pozorny spełnia ona stawiane przez ustawodawcę wymagania. Celem wprowadzenia przez ustawodawcę obowiązku przewidzianego w umowach o zamówienie publiczne klauzuli waloryzacyjnych jest umożliwienie stronom stosunku prawnego bieżącego i adekwatnego reagowania na zmiany sytuacji rynkowej zagrażające równowadze kontraktowej stron. Argumentował, że klauzule waloryzacyjne bynajmniej nie stanowią mechanizmów umożliwiających dodatkowy zysk (stratę) danej stronie (zwłaszcza dla wykonawcy). Ich istotą jest umożliwienie stronom utrzymania ekwiwalentności wzajemnych świadczeń, pomimo zachodzących na rynku zmian.

Zdaniem odwołującego II dalekie wątpliwości odnośnie do zasadności, racjonalności, wywołuje zastosowanie w projektowanych postanowieniach umownych przez Zamawiającego potrójnego limitu waloryzacji, tj. wprowadzenie:

(a) ogólnego limitu waloryzacji wynagrodzenia Wykonawcy do maksymalnej wysokości 10 % wynagrodzenia (określonego w § 5 ust. 1 lit. a) netto Projektu Umowy.

Odwołujący II argumentował, że jakkolwiek Zamawiający ma prawo określić maksymalną wartość zmiany wynagrodzenia, jaką dopuszcza w efekcie zastosowania postanowień o zasadach wprowadzania zmian wysokości wynagrodzenia, to jednak zabieg ten nie może pozostawać w oderwaniu od realiów konkretnego zamówienia, w szczególności jego przedmiotu, charakteru umowy (umowa o roboty budowlane), modelu realizacji umowy. Pomocne będzie w tym zakresie odwołanie się do stanowisk zajmowanych przez renomowane ośrodki branżowe tj. Polski Związek Pracodawców Budownictwa („PZPB”), Ogólnopolska Izba Gospodarcza Drogownictwa („OIGD”), czy Stowarzyszenie Inżynierów Doradców i Rzeczoznawców („SIDiR”). Wskazywał, że po pierwsze, klauzula waloryzacyjna w aktualnym kształcie w istocie „przerzuca” na wykonawcę w całości ryzyko wystąpienia – obiektywnych i potwierdzonych w zaaprobowanych przez Zamawiającego wskaźnikach cen wyrobów publikowanych przez Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego („GUS”) w Dziedzicznej Bazie Wiedzy – wzrostu ponad 10 % wartości wynagrodzenia umownego wykonawcy. Zdaniem odwołującego II, klauzula waloryzacyjna zakłada obciążenie wykonawcy kosztami i ryzykiem realizacji zamówienia publicznego w sytuacji, gdy coroczny wzrost cen, na które wykonawca nie ma jakiegokolwiek wpływu, przekroczy 10 %. W praktyce, powyższe zakłada przymus realizowania przez wykonawcę prac ze stratą w wysokości „powyżej 10 %” w odniesieniu do wynagrodzenia umownego. Według odwołującego II nie sposób zatem uznać, aby przedmiotowa klauzula umowna odpowiadała celom i intencjom wprowadzenia jej przez Ustawodawcę. Skoro zasadniczym założeniem jest przywrócenie ekwiwalentności świadczeń stron, to podwójne ograniczenie jednego z podstawowych mechanizmów klauzuli waloryzacyjnej – pozwalającego na osiągnięcie właściwego celu waloryzacji wynagrodzenia – w sposób jednoznaczny wypacza sam sens wprowadzenia tejże klauzuli do Projektu Umowy.

Odwołujący II argumentował, że badania przeprowadzone przez PZPB i OIGD wykazały, że 10% limit waloryzacyjny (zwiększony w 2022 roku z 5% do 10%) nie nadąża za nadzwyczajnymi wzrostami kosztów realizacji umów o roboty budowlane, z którymi polski rynek budowlany mierzy się od połowy 2021 roku, a które tak znacząco zostały spotęgowane w związku z agresją Federacji Rosyjskiej na terytorium Ukrainy 24 lutego 2022 roku („Wojna w Ukrainie”). W wystąpieniu do Ministra Infrastruktury PZPB i OIGD zwrócił się z wnioskiem o podjęcie pilnych działań, które doprowadzą do urealnienia limitu waloryzacji w zawartych umowach, dla których oferty składane były przed 24 lutego 2022 roku. Znane na dzień 30 maja 2023 roku wskaźniki uzasadniały zaś zwiększenie tego limitu z 10% do poziomu 20%. Co istotne,

PZPB i OGID zwróciły uwagę, że nawet podniesienie limitu waloryzacji umów do 20%, nadal będzie oznaczało, że strona publiczna wciąż przenosi na przedsiębiorców 50% odpowiedzialności za wzrost kosztów. Odwołujący II wskazywał, że PZPB i OGID

opublikowały zarazem zestawienie prezentujące 35 kontraktów drogowych, zawartych przed wybuchem wojny w Ukrainie, w przypadku których został przekroczony limit waloryzacji albo zostanie przekroczony przed końcem realizacji, z uwzględnieniem odczytów wskaźników GUS na dzień 30 maja 2023 roku. Z tabeli wynika, że dla 35 kontraktów infrastrukturalnych realizowanych przez różne firmy obecne na polskim rynku średnia waloryzacja, przy założeniu, że nie obowiązuje limit, wyniosłaby 19,89% wynagrodzenia.

Dodatkowo, przy obecnym limicie waloryzacyjnym – nieprzystającym do realiów rynku budowlanego – przewidzianym w Projekcie Umowy na poziomie 10% istnieje duże ryzyko rozbieżności cen ofertowych potencjalnych wykonawców ubiegających się o udzielenie Zamówienia. Wobec zaniżonego limitu waloryzacji przyszłego wynagrodzenia umownego należy zakładać, że wykonawcy będą uciekali się do odpowiedniego „wliczania” ryzyka wzrostu cen w cenę ofertową, de facto przewidując nieprzewidywalną przyszłość. Zdaniem odwołującego II powyższe poddaje w wątpliwość zgodność zasad i warunków prowadzenia tego Postępowania z przepisami Pzp, w szczególności z zasadą uczciwej konkurencji oraz zasadą równości.

Uzasadnienie w zakresie zaskarżenia treści ust. 4 pkt. 3), ust. 4 pkt. 7) lit. c), pkt. 8) i pkt. 10) Załącznika nr 12 [Zasady odbioru prac] do Projektu Umowy

Odwołujący II wskazał, że w odniesieniu do postanowień umownych przewidzianych w Załączniku nr 12 [Zasady odbioru prac] do Projektu Umowy, wnosi o:

- (a) zmianę ust. 4 pkt. 3) w brzmieniu:

„[4.] Strony przewidują następujące odbiory Robót budowlanych: odbiory techniczne robót częściowych, zanikających i ulegających zakryciu, odbiór częściowy Robót budowlanych dla potrzeb płatności przejściowej, odbiór końcowy Robót budowlanych oraz odbiór pogwarancyjny. Odbiory Robót budowlanych będą dokonywane na następujących zasadach:

[...]

- 3) Odbiór częściowy Robót budowlanych nastąpi w terminie do 14 dni od daty pisemnego zawiadomienia Inżyniera Kontraktu oraz Zamawiającego przez Wykonawcę o gotowości do odbioru częściowego. Warunkiem niezbędnym do przeprowadzenia odbioru częściowego jest przekazanie przez Wykonawcę Inżynierowi Kontraktu lub Zamawiającemu wszystkich dokumentów niezbędnych do dokonania oceny prawidłowego wykonania tj.: protokoły odbioru technicznego robót częściowych, zanikających oraz ulegających zakryciu, atesty, wyniki badań, prób i pomiarów, świadectwa kontroli jakości, certyfikaty na wbudowane materiały, karty gwarancyjne, wyciągi z umów z Podwykonawcami (w tym dostawcami /

producentami) w zakresie gwarancji jakości i rękojmi za wady, itp. Dokumenty te (lub ich część wskazana przez Zamawiającego) będą załącznikami do protokołu odbioru częściowego danego elementu Robót budowlanych, chyba że Zamawiający postanowi inaczej;”

poprzez nadanie mu następującej treści:

„[4.] Strony przewidują następujące odbiory Robót budowlanych: odbiory techniczne robót częściowych, zanikających i ulegających zakryciu, odbiór częściowy Robót budowlanych dla potrzeb płatności przejściowej, odbiór końcowy Robót budowlanych oraz odbiór pogwarancyjny. Odbiory Robót budowlanych będą dokonywane na następujących zasadach:

[...]

- 3) Odbiór częściowy Robót budowlanych nastąpi w terminie do 14 dni od daty pisemnego zawiadomienia Inżyniera Kontraktu oraz Zamawiającego przez Wykonawcę o gotowości do odbioru częściowego. Warunkiem niezbędnym do przeprowadzenia odbioru częściowego jest przekazanie przez Wykonawcę Inżynierowi Kontraktu lub Zamawiającemu wszystkich dokumentów niezbędnych do dokonania oceny prawidłowego wykonania tj.: protokoły odbioru technicznego robót częściowych, zanikających oraz ulegających zakryciu, atesty, wyniki badań, prób i pomiarów, świadectwa kontroli jakości, certyfikaty na wbudowane materiały, karty gwarancyjne. Dokumenty te (lub ich część wskazana przez Zamawiającego) będą załącznikami do protokołu odbioru częściowego danego elementu Robót budowlanych, chyba że Zamawiający postanowi inaczej;”

- (b) zmianę ust. 4 pkt. 7) lit. c) w brzmieniu:

„[4.] Strony przewidują następujące odbiory Robót budowlanych: odbiory techniczne robót częściowych, zanikających i ulegających zakryciu, odbiór częściowy Robót budowlanych dla potrzeb płatności przejściowej, odbiór końcowy Robót budowlanych oraz odbiór pogwarancyjny. Odbiory Robót budowlanych będą dokonywane na następujących zasadach:

[...]

- 7) Strony przystąpią do odbioru końcowego w terminie 14 dni od osiągnięcia przez Wykonawcę gotowości do odbioru końcowego Prac potwierdzonej pisemnym zawiadomieniem doręczonym Inżynierowi Kontraktu oraz Zamawiającemu przez Wykonawcę. Warunkiem niezbędnym do dokonania odbioru końcowego jest: [...]

- c) przekazanie przez Wykonawcę Inżynierowi Kontraktu lub Zamawiającemu całości Dokumentacji Prac, w tym wszystkich dokumentów niezbędnych do dokonania oceny

prawidłowego wykonania Prac, w tym Robót budowlanych, w szczególności w sposób umożliwiający przystąpienie do użytkowania zgodnie z obowiązującymi przepisami a także dokumentów potrzebnych do użytkowania efektów Prac. Dokumentacja Prac (lub jej części wskazane przez Zamawiającego) będzie załącznikiem do protokołu odbioru końcowego Prac, chyba że Zamawiający postanowi inaczej;

poprzez nadanie mu następującej treści:

„[4.] Strony przewidują następujące odbiory Robót budowlanych: odbiory techniczne robót częściowych, zanikających i ulegających zakryciu, odbiór częściowy Robót budowlanych dla potrzeb płatności przejściowej, odbiór końcowy Robót budowlanych oraz odbiór pogwarancyjny. Odbiory Robót budowlanych będą dokonywane na następujących zasadach: [...]

7) Strony przystąpią do odbioru końcowego w terminie 14 dni od osiągnięcia przez Wykonawcę gotowości do odbioru końcowego Prac potwierdzonej pisemnym zawiadomieniem doręczonym Inżynierowi Kontraktu oraz Zamawiającemu przez Wykonawcę. Warunkiem niezbędnym do dokonania odbioru końcowego jest: [...]

- c) przekazanie przez Wykonawcę Inżynierowi Kontraktu lub Zamawiającemu całości Dokumentacji Prac. Dokumentacja Prac (lub jej części wskazane przez Zamawiającego) będzie załącznikiem do protokołu odbioru końcowego Prac, chyba że Zamawiający postanowi inaczej;

- (c) zmianę ust. 4 pkt. 8) w brzmieniu:

„[4.] Strony przewidują następujące odbiory Robót budowlanych: odbiory techniczne robót częściowych, zanikających i ulegających zakryciu, odbiór częściowy Robót budowlanych dla potrzeb płatności przejściowej, odbiór końcowy Robót budowlanych oraz odbiór pogwarancyjny. Odbiory Robót budowlanych będą dokonywane na następujących zasadach: [...]

3) W szczególności do odbioru końcowego Prac Wykonawca jest zobowiązany przygotować i przekazać Zamawiającemu następujące dokumenty:

- a) Dokumentacja projektowa z naniesionymi zmianami w wyniku wykonania Robót budowlanych,
- b) STWiORB,
- c) zestawienie poleceń, uwag, wytycznych, itp. stanowisk Inżyniera Kontraktu i udokumentowanie ich wykonania,
- d) recepty i projekty technologiczne,
- e) Dzienniki budowy,
- f) protokoły odbioru technicznego robót częściowych, zanikających oraz ulegających zakryciu,
- g) Dokumentacja geodezyjna,
- h) wyniki pomiarów kontrolnych oraz badań i oznaczeń laboratoryjnych zgodnie ze STWiORB,
- i) atesty jakościowe materiałów i urządzeń,
- j) opinię technologiczną sporządzoną na podstawie wszystkich wyników badań i pomiarów,
- k) sprawozdanie techniczne (wskazujące m.in. zakres i lokalizację wykonywanych robót, wykaz wprowadzonych zmian w stosunku do Dokumentacji projektowej przekazanej przez Zamawiającego, uwagi dotyczące warunków realizacji robót, datę rozpoczęcia i zakończenia robót).
- l) protokoły badań i sprawdzeń; badania próbek, badania materiałów, dopuszczenia jednostkowe,
- m) inne dokumenty wymagane przez Zamawiającego lub Inżyniera Kontraktu lub wymagane przez właściwe organy w celu prawnego dopuszczenia do użytkowania (w szczególności organy nadzoru budowlanego, Prezesa Urzędu Transportu Kolejowego, itp.);”

poprzez nadanie mu następującej treści:

„[4.] Strony przewidują następujące odbiory Robót budowlanych: odbiory techniczne robót częściowych, zanikających i ulegających zakryciu, odbiór częściowy Robót budowlanych dla potrzeb płatności przejściowej, odbiór końcowy Robót budowlanych oraz odbiór pogwarancyjny. Odbiory Robót budowlanych będą dokonywane na następujących zasadach: [...]

3) do odbioru końcowego Prac Wykonawca jest zobowiązany przygotować i przekazać Zamawiającemu następujące dokumenty:

- a) Dokumentacja projektowa z naniesionymi zmianami w wyniku wykonania Robót budowlanych,
- b) STWiORB,
- c) zestawienie poleceń, uwag, wytycznych, itp. stanowisk Inżyniera Kontraktu i

udokumentowanie ich wykonania,

- d) recepty i projekty technologiczne,
  - e) Dzienniki budowy,
  - f) protokoły odbioru technicznego robót częściowych, zanikających oraz ulegających zakryciu,
  - g) Dokumentacja geodezyjna,
  - h) wyniki pomiarów kontrolnych oraz badań i oznaczeń laboratoryjnych zgodnie ze STWiORB,
  - i) atesty jakościowe materiałów i urządzeń,
  - j) opinię technologiczną sporządzoną na podstawie wszystkich wyników badań i pomiarów,
  - k) sprawozdanie techniczne (wskazujące na zakres i lokalizację wykonywanych robót, wykaz wprowadzonych zmian w stosunku do Dokumentacji projektowej przekazanej przez Zamawiającego, uwagi dotyczące warunków realizacji robót, datę rozpoczęcia i zakończenia robót).
  - l) protokoły badań i sprawdzeń; badania próbek, badania materiałów, dopuszczenia jednostkowe,
  - m) inne dokumenty wymagane przez właściwe organy w celu prawnego dopuszczenia do użytkowania (w szczególności organy nadzoru budowlanego, Prezesa Urzędu Transportu Kolejowego, itp.);”
- (d) zmianę ust. 4 pkt. 10) w brzmieniu:

„[4.] Strony przewidują następujące odbiory Robót budowlanych: odbiory techniczne robót częściowych, zanikających i ulegających zakryciu, odbiór częściowy Robót budowlanych dla potrzeb płatności przejściowej, odbiór końcowy Robót budowlanych oraz odbiór pogwarancyjny. Odbiory Robót budowlanych będą dokonywane na następujących zasadach: [...]

10) Odbiór końcowy Prac polegać będzie na ocenie ilości i jakości wykonanych Prac w szczególności pod względem technicznym, estetycznym, użytkowym, czy zgodności z przepisami;”

poprzez nadanie mu następującej treści:

„[4.] Strony przewidują następujące odbiory Robót budowlanych: odbiory techniczne robót częściowych, zanikających i ulegających zakryciu, odbiór częściowy Robót budowlanych dla potrzeb płatności przejściowej, odbiór końcowy Robót budowlanych oraz odbiór pogwarancyjny. Odbiory Robót budowlanych będą dokonywane na następujących zasadach: [...]

10) Odbiór końcowy Prac polegać będzie na ocenie ilości i jakości wykonanych Prac pod względem technicznym, estetycznym, użytkowym, czy zgodności z przepisami;”

Zdaniem odwołującego II przywołane postanowienia Projektu Umowy są wadliwe i jako takie podlegają zmianie w części. Argumentował, że zaskarżone postanowienia są niedostatecznie precyzyjne w zakresie obowiązków wykonawcy, od których spełnienia uzależnione jest odebranie prac przez Zamawiającego. I tak, postanowienia postępują się wyrażeniami typu:

(a) „i tym podobne” [por. Załącznik nr 12 ust. 4 pkt 3]

(b) „w szczególności” [por. Załącznik nr 12 ust. 4 pkt 7 lit. c), ust. 4 pkt 8, ust. 4 pkt 10]

Zdaniem odwołującego II tym samym zaskarżone postanowienia przewidują obowiązek wykonawcy przekazania Zamawiającemu nieokreślonych – tak w zakresie rodzaju i liczby, jak i podmiotów, od których miałyby pochodzić pochodzenia – dokumentów. Nieenumeratywne wyliczenie dokumentów narusza przy tym obowiązek Zamawiającego precyzyjnego opisu przedmiotu zamówienia (por. art. 99 ust. 1 Pzp). Argumentował, że w reżimie zamówień publicznych na inwestorze [tu: Zamawiający] spoczywa obowiązek sporządzenia i przekazania wykonawcy prawidłowej, wolnej od wad dokumentacji i to inwestor ponosi ryzyko wadliwie sporządzonej dokumentacji, jak również odpowiada za wyrządzoną wykonawcy szkodę spowodowaną wadliwą dokumentacją projektową (przetargową). Odwołujący II argumentował, że zgodnie z art. 99 ust. 1 Pzp (odpowiednik daw. art. 29 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku Prawo zamówień publicznych, Dz.U.2019.1843) przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty.

Odwołujący II argumentował, że z jednej strony treść Projektu Umowy (w tym załączników) świadczy o przyjęciu przez autora odpowiedniej metodyki sporządzania kontraktu gospodarczego, w tym utrzymaniu ładu terminologicznego przy pomocy – m.in. – zawarcia 171 definicji poszczególnych pojęć w Załączniku nr 3 [Definicje i interpretacja] do Projektu Umowy. Z drugiej – pomimo przedsięwziętych działań w Projekcie Umowy

ostatecznie niejednokrotnie nie dochowuje precyzji niezbędnej do osiągnięcia stanu pewności treści stosunku prawnego Stron wynikającego z Projektu Umowy. Przykładowo, pojęcie Dokumentacja Prac zostało szczegółowo zdefiniowane. Pomimo tego w postanowieniach dotyczących zasad odbioru prac Zamawiający dopuszcza się zasadniczej niekonsekwencji przy jego użyciu.

Odwołujący II argumentował, że zgodnie z definicją umowną pojęcia Dokumentacja Prac w ust. 6 pkt. 19 Załącznika nr 3 [Definicje i interpretacja] do Projektu Umowy:

Dokumentacja Prac - całość dokumentacji, którą ma wykonać lub pozyskać Wykonawca w związku z realizacją Umowy, w tym Dokumentacja projektowa (w zakresie leżącym po stronie Wykonawcy – w szczególności Dokumentacja wykonawcza), Dokumentacja powykonawcza, operat kołaudacyjny, Dziennik budowy, protokoły odbiorów Prac, rysunki i opisy służące realizacji obiektów, pozwolenia, zgłoszenia, uzgodnienia, opinie, odstępstwa, ekspertyzy, sprawdzenia, itp., warunki oraz umowy z organami administracji lub gestorami mediów, atesty, dopuszczenia, wyniki badań, prób i pomiarów, świadectwa kontroli jakości, certyfikaty na wbudowane materiały i urządzenia, DTR, itd., karty gwarancyjne, wyciągi z umów z Podwykonawcami (w tym dostawcami / producentami) w zakresie gwarancji jakości i rękojmi za wady, oraz dokumenty umożliwiające dokonanie rozliczenia Prac, w tym Robót budowlanych; [or. Załącznik nr 3 [Definicje i interpretacja] do Projektu Umowy ust. 6 pkt 19.

Odwołujący II wskazywał, że temu samemu pojęciu Dokumentacja Prac – jak należy zakładać wobec wprowadzenie jego oficjalnej definicji – nadano odmienne znaczenie w ust. 4 pkt 7 lit. c) Załącznika nr 12 [Zasady odbioru prac], gdzie wskazano, że warunkiem niezbędnym do dokonania odbioru końcowego jest (m.in.):

„przekazanie przez Wykonawcę Inżynierowi Kontraktu lub Zamawiającemu całości Dokumentacji Prac, w tym wszystkich dokumentów niezbędnych do dokonania oceny prawidłowego wykonania Prac, w tym Robót budowlanych, w szczególności w sposób umożliwiający przystąpienie do użytkowania zgodnie z obowiązującymi przepisami a także dokumentów potrzebnych do użytkowania efektów Prac. Dokumentacja Prac (lub jej części wskazane przez Zamawiającego) będzie załącznikiem do protokołu odbioru końcowego Prac, chyba że Zamawiający postanowi inaczej;”

Odwołujący II podnosił, że ostatecznie, sposób, w jaki posłużono się w ust. 4 pkt 7 lit. c) Załącznika nr 12 [Zasady odbioru prac] pojęciem „Dokumentacja Prac” wskazuje, że autor Projektu Umowy odwołuje się nie tylko do wyrażenia definiującego, tj.

„całość dokumentacji, którą ma wykonać lub pozyskać Wykonawca w związku z realizacją Umowy, w tym Dokumentacja projektowa (w zakresie leżącym po stronie

Wykonawcy – w szczególności Dokumentacja wykonawcza), Dokumentacja powykonawcza, operat kołaudacyjny, Dziennik budowy, protokoły odbiorów Prac, rysunki i opisy służące realizacji obiektów, pozwolenia, zgłoszenia, uzgodnienia, opinie, odstępstwa, ekspertyzy, sprawdzenia, itp., warunki oraz umowy z organami administracji lub gestorami mediów, atesty, dopuszczenia, wyniki badań, prób i pomiarów, świadectwa kontroli jakości, certyfikaty na wbudowane materiały i urządzenia, DTR, itd., karty gwarancyjne, wyciągi z umów z Podwykonawcami (w tym dostawcami / producentami) w zakresie gwarancji jakości i rękojmi za wady, oraz dokumenty umożliwiające dokonanie rozliczenia Prac, w tym Robót budowlanych”),

[por. Załącznik nr 3 [Definicje i interpretacja] do Projektu Umowy ust. 6 pkt 19]

ale ponadto także do:

„wszystkich dokumentów niezbędnych do dokonania oceny prawidłowego wykonania Prac, w tym Robót budowlanych, w szczególności w sposób umożliwiający przystąpienie do użytkowania zgodnie z obowiązującymi przepisami a także dokumentów potrzebnych do użytkowania efektów Prac”

[por. Załącznik nr 12 [Zasady odbioru prac] do Projektu Umowy ust. 4 pkt 7 lit. c)]

Odwołujący II argumentował, że powyższe ma o tyle istotne znaczenie dla realizacji przedmiotu Umowy, że brak spełnienia warunków wymienionych w ust. 4 upoważnia Zamawiającego do „zakwestionowania gotowości do odbioru” oraz do odmowy przystąpienia do odbioru częściowego czy końcowego. Zdaniem odwołującego II powyższe ostatecznie rodzi niebezpieczeństwo obejścia zasady, zgodnie z którą Zamawiający ma obowiązek dokonania odbioru robót budowlanych. Zamawiający jest uprawniony do odmowy odbioru robót budowlanych jedynie w przypadku występowania wad istotnych. Zasada ta została wyrażona w art. 647 k.c. traktującym o elementarnych obowiązkach stron umowy o roboty budowlane, a zatem Stron przyszłej umowy o zamówienie publiczne zawartej zgodnie z obecnym Wzorem Umowy.

Odwołujący II wskazywał, że obowiązek odbioru robót budowlanych przez zamawiającego nie budzi wątpliwości tak w orzecznictwie sądów powszechnych i Sądu Najwyższego, jak i wśród przedstawicieli doktryny. Odwołujący II argumentował, że ponadto, za nieuzasadnione należy uznać uzależnienie przez Zamawiającego przeprowadzenia odbioru częściowego od przedstawienia przez wykonawcę „wyciągów z umów z Podwykonawcami (w tym dostawcami / producentami) w zakresie gwarancji jakości i rękojmi za wady”. Projekt Umowy przewiduje, że Zamawiający będzie w

posiadaniu poświadczonych za zgodność z oryginałem kopii zawartych umów, w tym umów o podwykonawstwo i ich

zmian (aneksów etc.). Mając na uwadze – po raz kolejny – ponadstandardową liczbę podmiotów trzecich zaangażowanych przy wykonawstwie zamówienia (w tym dostawców, podwykonawców i usługodawców), oczekiwanie od wykonawcy przedstawienia po raz kolejny dokumentacji znajdującej się w posiadaniu Zamawiającego jest wymaganiem nadmiernym. W konsekwencji, według odwołującego II zaskarżone postanowienia naruszają przywołane regulacje i z tegoż względu winny ulec zmianie w ww. zakresie. Zdaniem odwołującego II powyższe przesądza o podleganiu ww. postanowień bądź wykreśleniu bądź odpowiedniemu doprecyzowaniu w sposób wskazany przez niego.

#### Uzasadnienie w zakresie zaskarżenia treści ust. 3 Załącznika nr 15 [Zabezpieczenie Wykonania] do Projektu Umowy

Odwołujący II wskazał, że w odniesieniu do postanowień umownych przewidzianych w Załączniku nr 14 [Zabezpieczenie Wykonania] do Projektu Umowy, wnosi o:

(a) zmianę ust. 3 w brzmieniu:

„Zabezpieczenie Wykonania wniesione w innej formie niż w pieniądzu musi zostać uprzednio zaakceptowane na piśmie (pod rygorem nieważności) lub za pośrednictwem poczty elektronicznej przez Zamawiającego co do jego treści oraz podmiotu wystawiającego to Zabezpieczenie Wykonania (np. banku-gwaranta). Zamawiający poda uzasadnienie ewentualnej odmowy udzielenia akceptacji. Zamawiający zastrzega sobie w szczególności możliwość odmowy akceptacji dla Zabezpieczenia Wykonania w formie poręczenia lub gwarancji bankowej lub ubezpieczeniowej, m.in. w przypadku, gdy udzielający ich podmiot nie będzie spełniał następujących, minimalnych kryteriów:

- 1) posiada przynajmniej jeden rating kredytowy przyznany przez agencje ratingowe: Standard&Poor's, Moody's Investors Service lub Fitch Ratings (w przypadku nadania ratingu przez kilka agencji ratingowych, pod uwagę brany będzie rating nadany najpóźniej);
- 2) w przypadku ratingu nadawanego przez agencję Moody's Investors Service, ocena ratingowa depozytów długoterminowych jest nie niższa niż Baa1;
- 3) w przypadku ratingu nadawanego przez agencję Fitch Ratings, długoterminowa ocena IDR jest nie niższa niż BBB+;
- 4) w przypadku ratingu nadawanego przez agencję Standard&Poor's długoterminowa ocena ICR jest nie niższa niż BBB+;
- 5) w przypadku posiadania minimalnego akceptowalnego poziomu ratingu wskazanego w pkt. 2) – 4) powyżej, ocena perspektywy rewizji ratingu (tzw. OUTLOOK) nie jest niższa niż STABLE (stabilny).

poprzez nadanie mu następującej treści:

„Zabezpieczenie Wykonania wniesione w innej formie niż w pieniądzu musi zostać uprzednio zaakceptowane na piśmie (pod rygorem nieważności) lub za pośrednictwem poczty elektronicznej przez Zamawiającego co do jego treści. Zamawiający poda uzasadnienie ewentualnej odmowy udzielenia akceptacji.

Zdaniem odwołującego II przywołane postanowienie Projektu Umowy jest wadliwe i jako takie podlega zmianie w części. Według odwołującego II zaskarżone postanowienie w aktualnym kształcie narusza uprawnienie wykonawcy do swobodnego wyboru formy zabezpieczenia należytego wykonania umowy – tak długo jak zostają zachowane granice wyznaczone art. 450 Pzp. Argumentował, że Zamawiający jest uprawniony do tego, aby w dokumentach postępowania doprecyzować kwestie dotyczące zabezpieczenia w zakresie nieuregulowanym w Pzp. Wyjściowym założeniem ustawodawcy jest bowiem, że przewidziane w Pzp formy dają zamawiającemu pewność uzyskania kwot zabezpieczenia.

Zdaniem odwołującego II w kontekście powyższego za naruszające art. 450 ust. 1 Pzp należy znać postanowienie Projektu Umowy zmierzające do ograniczenia ww. uprawnienia wykonawcy, poprzez:

- (a) ograniczanie swobody wyboru podmiotu wystawiającego Zabezpieczenie Wykonania (np. banku-gwaranta);
- (b) ustanowienie „minimalnych kryteriów”, jakie ma spełniać podmiot udzielający zabezpieczenia należytego wykonania umowy w formie poręczenia lub gwarancji bankowej lub ubezpieczeniowej.

#### Uzasadnienie w zakresie zaskarżenia treści ust. 6.4 Załącznika nr 17 [Zmiany Umowy] do Projektu Umowy

Odwołujący II wskazał, że w odniesieniu do postanowień umownych przewidzianych w Załączniku nr 17 [Zmiany Umowy] do Projektu Umowy, wnosi o zmianę w części ust. 6.4 [Szczegółowe zasady wyceny zmian], tj.:

(a) zmianę pkt. (1) lit. (c) w brzmieniu:

„[6.] Zmiana wysokości wynagrodzenia Wykonawcy, zostanie każdorazowo ustalona z uwzględnieniem tej kalkulacji kosztów, z zastosowaniem następujących zasad:

- (1) w zakresie kosztów pośrednich: [...]

(c) dotyczące Umowy koszty zarządu i administracji Wykonawcy, zgodnie z art. 28 ust 3. ustawy z dnia 29 września 1994 r. o rachunkowości, koszty zarządu obejmują wydatki

związane z kierowaniem całokształtem działalności jednostki. Składają się na nie w szczególności koszty związane z utrzymaniem zarządu jednostki oraz komórek organizacyjnych o charakterze ogólnozakładowym, w szczególności płace pracowników zarządu i administracji wraz z narzutami, koszty delegacji i przejazdów pracowników zarządu, koszty eksploatacji osobowych samochodów służbowych zarządu, koszty biurowe zarządu, koszty szkoleń pracowników zarządu, opłaty za usługi i świadczenia związane z administrowaniem przedsiębiorstwa, podatki, wydatki reprezentacyjne oraz koszty ogólnozakładowych laboratoriów, ochrony mienia, szkoleń załogi, bezpieczeństwa i higieny pracy. W rozumieniu Umowy koszty zarządu dotyczą wyłącznie kosztów ponoszonych na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, a łączna wysokość kosztów zarządu i administracji Wykonawcy nie przekroczy 2 % sumy wszystkich pozostałych kosztów wynikających ze zmiany wprowadzonej zgodnie z Umową, tj. pozostałych kosztów pośrednich i kosztów bezpośrednich;

poprzez nadanie mu następującej treści:

„[6.] Zmiana wysokości wynagrodzenia Wykonawcy, zostanie każdorazowo ustalona z uwzględnieniem tej kalkulacji kosztów, z zastosowaniem następujących zasad:

(1) w zakresie kosztów pośrednich: [...]

(c) dotyczące Umowy koszty zarządu i administracji Wykonawcy, zgodnie z art. 28 ust 3. ustawy z dnia 29 września 1994 r. o rachunkowości, koszty zarządu obejmują wydatki związane z kierowaniem całokształtem działalności jednostki. Składają się na nie w szczególności koszty związane z utrzymaniem zarządu jednostki oraz komórek organizacyjnych o charakterze ogólnozakładowym, w szczególności płace pracowników zarządu i administracji wraz z narzutami, koszty delegacji i przejazdów pracowników zarządu, koszty eksploatacji osobowych samochodów służbowych zarządu, koszty biurowe zarządu, koszty szkoleń pracowników zarządu, opłaty za usługi i świadczenia związane z administrowaniem przedsiębiorstwa, podatki, wydatki reprezentacyjne oraz koszty ogólnozakładowych laboratoriów, ochrony mienia, szkoleń załogi, bezpieczeństwa i higieny pracy.”

(b) usunięcie pkt. (1) lit. (e) w brzmieniu:

„[6.] Zmiana wysokości wynagrodzenia Wykonawcy, zostanie każdorazowo ustalona z uwzględnieniem tej kalkulacji kosztów, z zastosowaniem następujących zasad:

(1) w zakresie kosztów pośrednich: [...]

~~(e) koszty pośrednie wynikające ze zmiany, wprowadzonej zgodnie z niniejszym załącznikiem, w żadnym wypadku nie przekroczą sumy 7% kosztów bezpośrednich związanych z tą zmianą obejmującą roboty dodatkowe, prace projektowe i inne prace;~~

(c) usunięcie pkt. (1) lit. (f) w brzmieniu:

„[6.] Zmiana wysokości wynagrodzenia Wykonawcy, zostanie każdorazowo ustalona z uwzględnieniem tej kalkulacji kosztów, z zastosowaniem następujących zasad:

(1) w zakresie kosztów pośrednich: [...]

~~(f) W przypadku, gdy przedmiotem zmiany wprowadzonej zgodnie z niniejszym załącznikiem jest przedłużenie terminu realizacji Umowy, całkowita suma kosztów pośrednich należnych Wykonawcy nie przekroczy 0,007% wynagrodzenia Wykonawcy wynikającego z Oferty, za każdy dzień.”~~

(d) usunięcie pkt. (3) w brzmieniu:

„[6.] Zmiana wysokości wynagrodzenia Wykonawcy, zostanie każdorazowo ustalona z uwzględnieniem tej kalkulacji kosztów, z zastosowaniem następujących zasad:

~~(3) jeśli Umowa uprawnia Wykonawcę do uwzględnienia zysku w kosztach zmiany wprowadzonej zgodnie z niniejszą Umową, należny Wykonawcy zysk w żadnym wypadku nie przekroczy 3% kosztów dodatkowych robót budowlanych, prac projektowych i innych prac objętych tą zmianą (kosztów bezpośrednich zmiany ustalonych zgodnie z Umową);”~~

Odwolujący II podniósł, że przywołane postanowienia Projektu Umowy są wadliwe i jako takie podlegają usunięciu lub zmianie w części. Zdaniem odwołującego II zaskarżone postanowienie narusza art. 433 Pzp, który za zakazane (abuzywne) uznaje m.in. projektowane postanowienia umowy, które przewidują „odpowiedzialność wykonawcy za okoliczności, za które wyłączną odpowiedzialność ponosi zamawiający” [por. art. 433 pkt 3) Pzp]. Odpowiednio, stosownie do art. 455 ust. 1 pkt 1 Pzp w Załączniku nr 17 [Zmiany Umowy], w pkt. 5 [Umowne przesłanki dopuszczalności zmiany Umowy] ppkt. 5.1 przewidziano możliwość wprowadzenia konkretnych zmian Umowy w przypadkach wskazanych w ppkt. 5.2. Odwołujący II podniósł, że zgodnie z ppkt. 5.2. Załącznika nr 17, zmiany Umowy mogą zostać wprowadzone w przypadku wystąpienia, po upływie terminu składania ofert, m.in. okoliczności, za które wyłączną odpowiedzialność ponosi Zamawiający wskazanych w ppkt. 5.2.(6)(a), ppkt. 5.2.(6)(b), ppkt. 5.2.(6)(d), ppkt. 5.2.(6)(e), ppkt. 5.2.(6)(f), ppkt. 5.2.(6)(g), ppkt. 5.2.(6)(h), ppkt. 5.2.(6)(l), ppkt. 5.2.(6)(m), ppkt. 5.2.(17).

Odwołujący II argumentował, że zarazem, nawet w przypadku zajścia ww. okoliczności stanowiących podstawę do dokonania zmian Umowy – za które wyłączną odpowiedzialność

ponosi Zamawiający – szczegółowe zasady wyceny zmian Umowy przewidują z tego tytułu odpowiedzialność wykonawcy. I tak, odpowiedzialność wykonawcy polega w tym przypadku na ograniczeniu uprawnień wykonawcy do żądania odpowiedniej zmiany wynagrodzenia umownego, która w całości zadośćuczyniłaby konsekwencjom finansowym zmiany Umowy z przyczyn leżących po stronie Zamawiającego. Ograniczenia te przybrały formę limitów kosztów pośrednich, jak i kosztów dodatkowych robót, koniecznych do poniesienia przez wykonawcę w związku ze zmianą Umowy.

Według odwołującego II, ostatecznie zatem to wykonawca poniesie odpowiedzialność w każdym przypadku, gdy:

- (a) z przyczyn, za których wystąpienie wyłączną odpowiedzialność ponosi Zamawiający dojdzie do zmiany umowy;
  - (b) konsekwencje finansowe zmiany umowy w postaci kosztów pośrednich, czy kosztów dodatkowych robót przewyższą aktualne „limity” przewidziane w szczegółowych zasadach wyceny zmian umowy [por. ust. 6.4 pkt (1) lit. (c), (e), (f), pkt (3) Załącznika nr 17]
- w ten sposób, że będzie zmuszony samodzielnie pokryć skutki finansowe zmiany umowy do wartości „powyżej limitów”.

#### Uzasadnienie w zakresie zaskarżenia treści ust. 1 i ust. 6 Załącznika nr 8 [Szczególne Okoliczności i Zawieszenie Wykonania] do Projektu Umowy

W odniesieniu do postanowień umownych przewidzianych w Załączniku nr 8 [Szczególne Okoliczności i Zawieszenie Wykonania] do Projektu Umowy, Odwołujący II wniósł o:

- (a) zmianę ust. 1 w brzmieniu:

„W przypadku stwierdzenia warunków geologicznych, gruntowych i geotechnicznych oraz uzbrojenia Terenu budowy, w tym wykopalisk archeologicznych, zabytków, niewybuchów, niewypałów, istotnie odmiennych w stosunku do warunków opisanych w PFU i Dokumentach Zamawiającego, które uniemożliwiają Wykonawcy realizację Prac zgodnie z Umową lub powodują po stronie Wykonawcy istotne zwiększenie kosztów lub opóźnienie, oraz w przypadku jakichkolwiek innych istotnych okoliczności, które mogą przeszkodzić realizacji Prac zgodnie z Umową, Wykonawca, pod rygorem braku możliwości powoływania się na te okoliczności w dalszym wykonaniu Umowy, w tym wygaśnięcia roszczeń, powinien niezwłocznie, nie później niż w terminie 3 dni od zidentyfikowania ww. okoliczności, zawiadomić o tym fakcie Zamawiającego. Wykonawca będzie każdorazowo wskazywał rozwiązania eliminujące lub ograniczające zidentyfikowane zagrożenie (w powyższym zawiadomieniu, chyba że wskazanie takiego rozwiązania będzie możliwe lub opóźni moment

zawiadomienia Zamawiającego o przeszkodzie). Po otrzymaniu takiego zawiadomienia, Zamawiający podejmie niezbędne decyzje dotyczące sposobu dalszej realizacji Prac oraz przeciwdziałania okolicznościom, które mogą przeszkodzić realizacji Prac zgodnie z Umową. Strony ustalają, że w przypadku wystąpienia okoliczności, które mogą przeszkodzić realizacji Prac zgodnie z Umową, Wykonawca nie będzie uprawniony do wstrzymania realizacji wszelkich Prac wchodzących w zakres Przedmiotu Umowy, a jedynie takich Prac, na które oddziałują wspomniane powyżej przeszkody w sposób uniemożliwiający prowadzenie prac lub skutkujący nienależytym ich wykonaniem. Wstrzymanie realizacji całości lub części Prac będzie każdorazowo wymagało decyzji Zamawiającego podejmowanej w trybie opisanym poniżej dla Zawieszenia Wykonania.”

poprzez nadanie mu następującej treści:

„W przypadku stwierdzenia warunków geologicznych, gruntowych i geotechnicznych oraz uzbrojenia Terenu budowy, w tym wykopalisk archeologicznych, zabytków, niewybuchów, niewypałów, odmiennych w stosunku do warunków opisanych w PFU i Dokumentach Zamawiającego, które uniemożliwiają Wykonawcy realizację Prac zgodnie z Umową lub powodują po stronie Wykonawcy zwiększenie kosztów lub opóźnienie, oraz w przypadku jakichkolwiek innych okoliczności, które mogą przeszkodzić realizacji Prac zgodnie z Umową, Wykonawca, pod rygorem braku możliwości powoływania się na te okoliczności w dalszym wykonaniu Umowy, w tym wygaśnięcia roszczeń, powinien niezwłocznie, nie później niż w terminie 28 dni od zidentyfikowania ww. okoliczności, zawiadomić o tym fakcie Zamawiającego. Wykonawca będzie każdorazowo wskazywał rozwiązania eliminujące lub ograniczające zidentyfikowane zagrożenie (w powyższym zawiadomieniu, chyba że wskazanie takiego rozwiązania będzie możliwe lub opóźni moment zawiadomienia Zamawiającego o przeszkodzie). Po otrzymaniu takiego zawiadomienia, Zamawiający podejmie niezbędne decyzje dotyczące sposobu dalszej realizacji Prac oraz przeciwdziałania okolicznościom, które mogą przeszkodzić realizacji Prac zgodnie z Umową. Strony ustalają, że w przypadku wystąpienia okoliczności, które mogą przeszkodzić realizacji Prac zgodnie z Umową, Wykonawca nie będzie uprawniony do wstrzymania realizacji wszelkich Prac wchodzących w zakres Przedmiotu Umowy, a jedynie takich Prac, na które oddziałują wspomniane powyżej przeszkody w sposób uniemożliwiający prowadzenie prac lub skutkujący nienależytym ich wykonaniem. Wstrzymanie realizacji całości lub części Prac będzie każdorazowo wymagało decyzji Zamawiającego podejmowanej w trybie opisanym poniżej dla Zawieszenia Wykonania.”

- (b)

zmianę ust. 6 w brzmieniu:

„Zamawiający może, w dowolnym momencie obowiązywania Umowy zawiesić wykonywanie Umowy:

1) z dowolnej przyczyny (w szczególności w przypadku konieczności wstrzymania realizacji Robót budowlanych wynikającej z wydania decyzji administracyjnej, decyzji organu postępowania przygotowawczego lub orzeczenia sądowego, braku możliwości rozpoczęcia części Robót budowlanych wynikającej z opóźnienia realizacji innych prac realizowanych na zlecenie Zamawiającego lub na zlecenie osób trzecich), zawiesić wykonywanie Umowy w zakresie PB3, PB8 i PB9 szerzej opisanych w zał. nr 21 do PFU;

[...]

1) Wykonawca wstrzyma niezwłocznie, nie później niż w terminie 1 (jednego) Dnia Roboczego od dnia wskazanego w zawiadomieniu o Zawieszeniu Wykonania wykonywanie Prac w zakresie wynikającym z zawiadomienia i dołoży należytej staranności w celu zminimalizowania kosztów związanych z Zawieszeniem Wykonania oraz ograniczenia wpływu Zawieszenia Wykonania na wykonanie Umowy w pozostałej części (tj. niepodlegającej Zawieszeniu Wykonania). W szczególności Wykonawca wykona roboty zabezpieczające oraz roboty i inne prace niezbędne dla późniejszego wznowienia wykonywania Umowy, chyba że nie będzie to możliwe ze względu na obowiązujące przepisy prawa;”

poprzez nadanie mu następującej treści:

„Pod warunkiem istnienia technicznej możliwości czasowego wstrzymania wykonywania Prac przy Zamówieniu, co zostanie skonsultowane z wykonawcą i Inżynierem Kontraktu, Zamawiający może, w dowolnym momencie obowiązywania Umowy zawiesić wykonywanie Umowy:

1) w przypadku zajścia przyczyny uzasadniającej zawieszenie wykonywania Umowy (w szczególności w przypadku konieczności wstrzymania realizacji Robót budowlanych wynikającej z wydania decyzji administracyjnej, decyzji organu postępowania przygotowawczego lub orzeczenia sądowego, braku możliwości rozpoczęcia części Robót budowlanych wynikającej z opóźnienia realizacji innych prac realizowanych na zlecenie Zamawiającego lub na zlecenie osób trzecich), zawiesić wykonywanie Umowy w zakresie PB3, PB8 i PB9 szerzej opisanych w zał. nr 21 do PFU;

[...]

4) W przypadkach opisanych w pkt. 6.2) i 6.3) powyżej w okresie Zawieszenia Wykonania Zamawiający nie będzie płacił Wykonawcy Wynagrodzenia za Przedmiot Umowy. W

przypadku opisanym w pkt. 6.1) powyżej, Zamawiający zobowiązuje się pokryć rzeczywiste koszty poniesione przez wykonawcę w okresie Zawieszenia Wykonania, których poniesienie było konieczne w okresie Zawieszenia Wykonania (w tym kosztów ogólnych), w szczególności, jeżeli wykonawca był zobligowany do ich poniesienia na podstawie przepisów prawa powszechnie obowiązującego lub Umowy, zgodnie ze stawką określoną w § 5 ust. 1 lit. b) Umowy i w formularzu cenowym. Stawka za zawieszenie nie podlega waloryzacji.; powyższe nie uchybia prawu wykonawcy dochodzenia odszkodowania za szkodę poniesioną w związku z Zawieszeniem Wykonania wobec Zamawiającego jak i osób trzecich”

Zdaniem odwołującego II przywołane postanowienia Projektu Umowy są wadliwe i jako takie podlegają zmianie w części. W odniesieniu do ust. 1 Załącznika nr 8, Projekt Umowy przewiduje, że wykonawca ma zaledwie 3 dni na zgłoszenie okoliczności uniemożliwiających lub utrudniających realizację Umowy. Biorąc pod uwagę, jak – w praktyce – różnego rodzaju charakteru i rodzaju mogą być ww. okoliczności (por. wymienione wyżej w ust. 1 zdanie pierwsze) okres ten jest obiektywnie zbyt krótki na wystąpienie z „zawiadomieniem” w formie i treści oczekiwanej przez Zamawiającego. Z powołanego postanowienia wynika bowiem, że Zamawiający nie tylko oczekuje od wykonawcy samego „zasygnalizowania” (jak wskazywałaby językowa wykładnia użytego przez Zamawiającego pojęcia „zawiadomienie”) wystąpienia problemu mającego wpływ na realizację zamówienia. W rzeczywistości Zamawiający wyznacza wykonawcy 3-dniowy termin na zgłoszenie kompletnego roszczenia pod rygorem braku możliwości powoływania się na te okoliczności w dalszym wykonaniu Umowy.

Ponadto, zdaniem odwołującego II zaskarżone postanowienie narusza art. 433 pkt 3) Pzp w zakresie w jakim przerzuca na wykonawcę odpowiedzialność w przypadku stwierdzenia „warunków geologicznych, gruntowych i geotechnicznych oraz uzbrojenia Terenu budowy, w tym wykopalisk archeologicznych, zabytków, niewybuchów, niewypałów” które byłyby:

- (a) inne niż istotnie odmienne w stosunku do warunków opisanych w PFU i Dokumentach Zamawiającego;
- (b) inne niż powodujące po stronie Wykonawcy istotne zwiększenie kosztów lub opóźnienie.

Odwołujący II argumentował, że zgodnie bowiem z zasadą ogólną, w szczególności w świetle art. 99 ust. 1 Pzp, w przypadku umów o zamówienie publiczne to na inwestorze (tu: Zamawiający) spoczywa obowiązek sporządzenia i przekazania wykonawcy prawidłowej, wolnej od wad dokumentacji i to inwestor ponosi ryzyko wadliwie sporządzonej dokumentacji, jak również odpowiada za wyrządzoną wykonawcy szkodę spowodowaną

wadliwą dokumentacją projektową (przetargową). Odpowiednio, jeżeli w toku realizacji Zamówienia doszłoby do stwierdzenia warunków odmiennych w stosunku do warunków opisanych przez Zamawiającego w PFU i Dokumentach Zamawiającego, stanowi to okoliczność, za którą wyłączną odpowiedzialność ponosi zamawiający – w rozumieniu art.

433 pkt 3) Pzp.

Według odwołującego II zaskarżone postanowienie stanowi klauzulę abuzywną w zakresie w jakim zmierza do przerzucenia na wykonawcę odpowiedzialności za wystąpienie odmiennych warunków (jak wskazano wyżej) – w każdym stopniu, który wywiera wpływ na należyte wykonanie Zamówienia przez wykonawcę, w szczególności powodując zwiększenia kosztów lub opóźnienia realizatorskie – niezależnie od ich wymiaru. Niezależnie od powyższego, zaskarżone postanowienie ustanawiające 3-dniowy umowny termin na zgłaszanie roszczeń Zamawiającemu w zakresie, w jakim wiąże z jego upływem wygaśnięcie roszczeń wykonawcy stoi w sprzeczności z postanowieniami k.c. o niedopuszczalności modyfikacji terminów przedawnienia w drodze czynności prawnej.

Zdaniem odwołującego II przyjęcie poglądu przeciwnego byłoby sprzeczne z art. 119 k.c., gdyż prowadziłoby do jego obejścia, wywierając dalej idące skutki w postaci wygaśnięcia roszczenia (materia zarezerwowana wyłącznie dla ustawy). W związku z powyższym zastrzeżenie w Projekcie Umowy 3-dniowego terminu zawitego (prekluzyjnego) na zgłaszanie roszczeń Zamawiającemu jest nieważne. Odwołujący II zwracał uwagę, że w piśmiennictwie wyróżnia się dwa rodzaje umownych terminów zawitych, tj. terminy sensu largo, przewidziane przez dyspozytywne przepisy kodeksu cywilnego określające zakres dopuszczalnej regulacji stron co do wygaśnięcia określonych praw podmiotowych (np. terminy rękojmi, art. 558 § 1 k.c. w zw. z art. 568 k.c., termin do wykonania prawa pierwokupu uregulowany w art. 598 § 2 k.c.), oraz terminy sensu stricto, których wyłączną podstawą tworzenia i określenia skutków ich upływu jest wola stron.

Wobec powyższego, 3-dniowy termin z ust. 1 Załącznika nr 8 można kwalifikować wyłącznie jako umowny termin zawity sensu stricto, gdyż brak jest jakichkolwiek dyspozytywnych przepisów kodeksu cywilnego, w których uregulowano by terminy zawite objęte tą klauzulą pozostawiając zarazem stronom możliwość ich modyfikacji. W związku z tym, jako umowny termin zawity sensu stricto klauzula doznaje ograniczeń wskazanych w art. 353<sup>1</sup> k.c. ustanawiającego zasadę swobody kontraktowania, której granice stanowią właściwość (natura) stosunku, ustawa lub zasady współżycia społecznego. Na zasadzie przeciwieństwa, w orzecznictwie sądów powszechnych wskazuje się, że tam, gdzie wola ustawodawcy jest dopuszczenie możliwości umownej modyfikacji terminu przedawnienia określonego roszczenia majątkowego, ustawodawca przewidział taką możliwość modyfikacji

terminów przedawnienia. Jednocześnie, nawet tam, gdzie możliwość taka istnieje, dopuszczalność modyfikacji przedawnienia jest przez ustawodawcę ściśle ograniczona. Zarówno bowiem w świetle art. 8 § 1 Kodeksu Morskiego, jak i art. 103 § 2 zd. 2 Dawnego Kodeksu Morskiego strony mogą termin przedawnienia jedynie przedłużyć, nie zaś skrócić. Odwołujący II argumentował, że powyższy pogląd znajduje odzwierciedlenie w orzecznictwie wypracowanym m.in. na kanwie Klauzuli 20.1 Klauzula 20.1 Warunków Kontraktowych FIDIC, gdzie zwrócono uwagę, że:

„[u]stawowe terminy zawite przewidujące wygaśnięcie roszczeń mają, z uwagi na kategoryczność skutków dawności, charakter wyjątkowy w stosunku do instytucji przedawnienia. Skoro zatem zgodnie z art. 119 k.c. terminy przedawnienia nie mogą być skracane ani przedłużane przez czynność prawną, to tym bardziej nie sposób przyjąć, by w braku ustawowej podstawy prawnej dopuszczalnym było tworzenie umownych terminów zawitych, które powodowałyby wygaśnięcie roszczenia. Z powyższego wynika, że postanowienia klauzuli 20.1 (...), w zakresie w jakim przewidują wygaśnięcie roszczenia w razie jego nieterminowego zgłoszenia, są nieważne, ponieważ mają one na celu obejście ustawy. Sąd wskazał na naruszenie art. 119 k.c. oraz art. 353<sup>1</sup> k.c. w zw. z art. 58 k.c.”.

W odniesieniu do ust. 6 Załącznika nr 8, odwołujący II podniósł, że zaskarżone postanowienie w aktualnym kształcie zakłada:

- (a) z jednej strony co do zasady nieograniczoną swobodę podjęcia przez Zamawiającego decyzji o Zawieszeniu Wykonania z – wyrażonej wprost – „dowolnej przyczyny”;
- (b) z drugiej – nadmierne obciążenie wykonawcy konsekwencjami Zawieszenia Wykonania przez Zamawiającego, w tym również w przypadku, w którym Zawieszenie Wykonania nastąpi z przyczyn, za których wystąpienie ponosi odpowiedzialność Zamawiający (por. ust. 1 pkt 1 Załącznika nr 8).

Według odwołującego II Zamawiający po raz kolejny „przerzuca” na wykonawcę w całości odpowiedzialność za wystąpienie okoliczności leżącej w całości poza wpływem wykonawcy (por. ust. 1 pkt 1 Załącznika nr 8). Zamawiający tym samym po raz kolejny bezpodstawnie, arbitralnie ustala, że to wykonawca ponosi ryzyko Zawieszenia Wykonania wywołanego niedającymi się przewidzieć okolicznościami i traktuje je jak zwykłe ryzyko kontraktowe. Według odwołującego II powyższe stanowi kolejną próbę nieuzasadnionego przerzucenia na wykonawców ryzyk kontraktowych, które – jak wynika z samej treści zaskarżonego postanowienia – są niemożliwe do oszacowania na etapie ofertowania. Również ww. postanowienie stanowi klauzulę abuzywną [art. 433 pkt 3) Pzp] w zakresie w jakim zmierza do przerzucenia na wykonawcę odpowiedzialności za Zawieszenia Wykonania

– nawet w przypadku, w którym Zawieszenia Wykonania wynika z okoliczności leżących w całości po stronie Zamawiającego.

Zdaniem odwołującego II zaskarżone postanowienie w obecnym kształcie daje Zamawiającemu praktycznie nieograniczoną dowolność Zawieszenia Wykonania. Powyższe obiektywnie nie znajduje uzasadnienia jako regulacja nieprzystająca do standardowych praktyk budowlanych. Rozwiązanie to jest o tyle niebezpieczne, że abstrahuje od specyfiki Prac realizowanych przy Zamówieniu. Zawieszenie Wykonania w każdym przypadku będzie wymagało rozważenia pod kątem możliwości technologicznej – tak w kontekście faktycznej możliwości zatrzymania Prac, jak i bezpieczeństwa i skutków tejże decyzji (w tym finansowych, terminowych itp.).

Zdaniem odwołującego II remedium na powyższe zagrożenia jest ukrócenie dowolności decyzji Zamawiającego o Zawieszeniu Wykonania, a to poprzez uzależnienie Zawieszenia Wykonania od:

- (a) wystąpienia istotnych przyczyn uzasadniających Zawieszenie Wykonania;
- (b) istnienia technicznej możliwości czasowego wstrzymania wykonywania Prac przy Zamówieniu, co ma zostać skonsultowane z wykonawcą i Inżynierem Kontraktu.

Wobec faktu, że bezpośrednie konsekwencje Zawieszenia Wykonania za każdym razem poniesie – w pierwszej kolejności – wykonawca, w celu przywrócenia równowagi kontraktowej należy przewidzieć dodatkowe gwarancje zabezpieczające sytuację faktyczną i prawną wykonawcy. I tak, w pierwszej kolejności należy zagwarantować wykonawcy, że Zamawiający pokryje koszty poniesione przez wykonawcę w okresie Zawieszenia Wykonania, których poniesienie było konieczne w okresie Zawieszenia Wykonania (w tym kosztów ogólnych). Po wtóre, Projekt Umowy nie może pozostawiać wątpliwości, że wykonawca będzie uprawniony do dochodzenia odszkodowania za szkodę poniesioną w związku z Zawieszeniem Wykonania wobec Zamawiającego jak i osób trzecich.

#### Uzasadnienie w zakresie zaskarżenia treści Załącznika nr 11 [Podwykonawcy] do Projektu Umowy

W odniesieniu do postanowień umownych przewidzianych w Załączniku nr 11 [Podwykonawcy] do Projektu Umowy, Odwołujący II wniósł o:

- (a) wykreślenie ust. 6 w brzmieniu:

„Wykonawca zapewnia i gwarantuje, że zapłaci Zamawiającemu kwotę należną Podwykonawcy od Wykonawcy lub innego Podwykonawcy (wyższego stopnia), której zapłaty Podwykonawca zażąda od Zamawiającego oraz naprawi szkodę poniesioną przez

Zamawiającego i zwolni Zamawiającego z obowiązku świadczenia na rzecz któregośkolwiek Podwykonawcy jakichkolwiek kwot należnych temu Podwykonawcy od Wykonawcy lub innego Podwykonawcy (wyższego stopnia), których zapłaty Podwykonawca zażąda od Zamawiającego. Wykonanie tego obowiązku jest objęte odpowiedzialnością Wykonawcy o charakterze gwarancyjnym.”

Zdaniem odwołującego II przywołane postanowienia Projektu Umowy są wadliwe i jako takie podlegają zmianie w części. W odniesieniu do ust. 6, zaskarżone postanowienie przewiduje nadmierne obciążenie wykonawcy odpowiedzialnością za podmioty, które zaangażuje przy realizacji Zamówienia. Odwołujący II argumentował, że w istocie Zamawiający wymaga od wykonawcy udzielenia gwarancji w odniesieniu do jakichkolwiek działań lub zaniechań podwykonawców, tj. nawet takich, które nie mają jakiegokolwiek związku z realizacją Zamówienia. I tak, zaskarżone postanowienie wymaga od wykonawcy zagwarantowania Zamawiającemu, że:

- (a) zapłaci Zamawiającemu „kwotę należną” Podwykonawcy od Wykonawcy lub innego Podwykonawcy (wyższego stopnia), której zapłaty Podwykonawca zażąda od Zamawiającego bądź zwolni Zamawiającego z obowiązku świadczenia na rzecz któregośkolwiek Podwykonawcy „jakichkolwiek kwot należnych” – bez względu na to, z jakiego tytułu żądanie owej „kwoty należnej” wynika, w oderwaniu od okoliczności, czy owa „kwota należna” jest wymagalna itp.;
- (b) naprawi „szkodę” poniesioną przez Zamawiającego – bez wskazania na to, jakie jest źródło szkody, przyczyna powstania, abstrahując od ewentualnego aspektu przyczynienia się, z pominięciem, co składałoby się na ową „szkodę” (przykładowo: tylko strata, czy także utracony zysk).

Zdaniem odwołującego II powyższe w istocie rodzi niemożliwe do oszacowania ryzyko po stronie wykonawcy – tak odnośnie do jego źródła, jak i wymiaru. Tymczasem tak pozostałe postanowienia Projektu Umowy, w tym w Załącznika nr 11 do Umowy, jak i w przepisy prawa powszechnie obowiązującego tworzą system należyście zabezpieczający Zamawiającego przed bezzasadnymi żądaniami podwykonawców zaangażowanych przy realizacji Zamówienia. Wobec niego zaskarżone postanowienie stanowi nadmierne i nieuzasadnione obciążenie wykonawcy.

Odwołujący II, w trakcie posiedzenia z udziałem stron w dniu 10 września 2024 r., przed otwarciem rozprawy oświadczył, że cofa odwołanie wobec postanowień:

- wskazanych na str. 2 odwołania w pkt (1), w ppkt A, B, D, F, G, I, J, K, M, P, S,

- wskazanych na str. 3 odwołania w pkt (2), w ppkt A i B.

Do postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt KIO 2844/24 po stronie odwołującego zgłosili przystąpienie wykonawcy:

A. Gülermak Ağır Sanayi İnşaat ve Taahhüt A.Ş. działający przez oddział w Polsce

Gülermak Ağır Sanayi İnşaat ve Taahhüt A.Ş. Oddział w Polsce z siedzibą w Warszawie, B. NDI S.A. w Sopocie,

C. Budimex S.A. w Warszawie,

D. Strabag sp. z o.o. w Pruszkowie,

E. Torpol S.A. w Poznaniu.

Wnieśli o uwzględnienie odwołania.

Uwzględniając całość dokumentacji z przedmiotowego postępowania, w tym w szczególności: ogłoszenie o zamówieniu, postanowienia specyfikacji warunków zamówienia (SWZ), odpowiedzi na pytania dotyczące treści SWZ, modyfikacje SWZ, załączniki do pism procesowych stron i uczestników, jak również biorąc pod uwagę dokumenty, oświadczenia, stanowiska złożone przez strony i uczestników postępowania w trakcie posiedzenia i rozprawy, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Art. 8 ust. 1 Pzp stanowi, że 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. poz. 1360, 2337 i 2339 oraz z 2023 r. poz. 326), jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej.

Art. 16 ustawy Pzp stanowi, że 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 Pzp stanowi, że 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. 433 Pzp stanowi, że 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. 450 ust. 1 Pzp stanowi, że Zabezpieczenie może być wnoszone, według wyboru wykonawcy, w jednej lub w kilku następujących formach:

- 1) pieniądzu;
- 2) poręczeniach bankowych lub poręczeniach spółdzielczej kasy oszczędnościowo-kredytowej, z tym że zobowiązanie kasy jest zawsze zobowiązaniem pieniężnym;
- 3) gwarancjach bankowych;
- 4) gwarancjach ubezpieczeniowych;
- 5) poręczeniach udzielanych przez podmioty, o których mowa w art. 6b ust. 5 pkt 2 ustawy z dnia 9 listopada 2000 r. o utworzeniu Polskiej Agencji Rozwoju Przedsiębiorczości.

Art. 56 KC stanowi, że Czynność prawna wywołuje nie tylko skutki w niej wyrażone, lecz również te, które wynikają z ustawy, z zasad współzycia społecznego i z ustalonych zwyczajów.

Art. 58 KC stanowi:

§ 1. Czynność prawna sprzeczna z ustawą albo mająca na celu obejście ustawy jest nieważna, chyba że właściwy przepis przewiduje inny skutek, w szczególności ten, iż na miejsce nieważnych postanowień czynności prawnej wchodzi odpowiednie przepisy ustawy.

§ 2. Nieważna jest czynność prawna sprzeczna z zasadami współzycia społecznego.

§ 3. Jeżeli nieważnością jest dotknięta tylko część czynności prawnej, czynność pozostaje w mocy co do pozostałych części, chyba że z okoliczności wynika, iż bez postanowień dotkniętych nieważnością czynność nie zostałaby dokonana.

Art. 119 KC stanowi, że Terminy przedawnienia nie mogą być skracane ani przedłużane przez czynność prawną.

Art. 353<sup>1</sup> KC stanowi, że 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. 354 KC stanowi, że:

§ 1. Dłużnik powinien wykonać zobowiązanie zgodnie z jego treścią i w sposób odpowiadający jego celowi społeczno-gospodarczemu oraz zasadom współżycia społecznego, a jeżeli istnieją w tym zakresie ustalone zwyczaje – także w sposób odpowiadający tym zwyczajom.

§ 2. W taki sam sposób powinien współdziałać przy wykonaniu zobowiązania wierzyciel.

Art. 471 KC stanowi, że 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. 483 KC stanowi:

§ 1. Można zastrzec w umowie, że naprawienie szkody wynikłej z niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania niepieniężnego nastąpi przez zapłatę określonej sumy (kara umowna).

§ 2. Dłużnik nie może bez zgody wierzyciela zwolnić się z zobowiązania przez zapłatę kary umownej.

Art. 640 KC stanowi, że Jeżeli do wykonania dzieła potrzebne jest współdziałanie zamawiającego, a tego współdziałania brak, przyjmujący zamówienie może wyznaczyć zamawiającemu odpowiedni termin z zagrożeniem, iż po bezskutecznym upływie wyznaczonego terminu będzie uprawniony do odstąpienia od umowy.

Art. 647 KC stanowi:

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

Art. 654 KC stanowi, że W braku odmiennego postanowienia umowy inwestor obowiązany jest na żądanie wykonawcy przyjmować wykonane roboty częściowo, w miarę ich ukończenia, za zapłatą odpowiedniej części wynagrodzenia.

Art. 656 § 1 KC stanowi, że Do skutków opóźnienia się przez wykonawcę z rozpoczęciem robót lub wykończeniem obiektu albo wykonywania przez wykonawcę robót w sposób wadliwy lub sprzeczny z umową, do rękojmi za wady wykonanego obiektu, jak również do uprawnienia inwestora do odstąpienia od umowy przed ukończeniem obiektu stosuje się odpowiednio przepisy o umowie o dzieło.

KIO 2835/24

Postępowanie odwoławcze podlegało umorzeniu w zakresie zarzutu nr I. 1. ppkt 1) odwołania oraz zarzutu nr I. 1. ppkt 2) odwołania.

Krajowa Izba Odwoławcza, działając na podstawie art. 520 ust. 1 ustawy Pzp i art. 568 pkt 1 ustawy Pzp, postanowiła umorzyć postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutu nr I. 1. ppkt 1) odwołania oraz zarzutu nr I. 1. ppkt 2) odwołania.

Zgodnie z art. 520 ust. 1 ustawy Pzp, odwołujący może cofnąć odwołanie do czasu zamknięcia rozprawy. Stosownie do art. 568 pkt 1 ustawy Pzp, Izba umarza postępowanie odwoławcze, w formie postanowienia, w przypadku cofnięcia odwołania.

Odwołujący I oświadczył, że cofa odwołanie w ww. części. W przywołanym przepisie art. 520 ust. 1 ustawy Pzp ustawodawca przyznał odwołującemu prawo do cofnięcia w całości środka ochrony prawnej. Skoro zatem wykonawca może cofnąć odwołanie w całości, to na zasadzie wnioskowania a maiori ad minus, należy uznać, że odwołujący może zrezygnować z popierania jedynie części odwołania. W orzecznictwie Izby nie jest kwestionowana możliwość skutecznego cofnięcia odwołania w części. Odwołujący I oświadczył, że nie popiera już odwołania w ww. zakresie, wobec powyższego postępowanie odwoławcze w tej części podlegało umorzeniu. Dostrzec należy, że Izba związana jest oświadczeniem odwołującego o cofnięciu części odwołania, czego skutkiem wynikającym wprost z art. 568 pkt 1 ustawy Pzp ustawy Pzp jest obowiązek umorzenia przez Izbę postępowania odwoławczego w zakresie wycofanych zarzutów.

Rozstrzygnięcie w przedmiocie zarzutów, które okazały się niesporne jest bezcelowe. Jednocześnie jednak informacja o częściowym umorzeniu postępowania odwoławczego musi znaleźć odzwierciedlenie w sentencji orzeczenia, a nie w uzasadnieniu. W art. 559 ust. 2 ustawy Pzp, określającym w sposób wyczerpujący elementy treści uzasadnienia wyroku wydanego przez Izbę, nie ma bowiem żadnej wzmianki o możliwości zamieszczenia w uzasadnieniu wyroku jakiegokolwiek rozstrzygnięcia.

Zasadny okazał się zarzut nr I.1 ppkt 3a-3b w zw. z zarzutem nr I.1. ppkt 4 odwołania.

Zgodnie z zaskarżonym pkt 2.1 Załącznika nr 21 do Projektu umowy, Wykonawca gwarantuje, że na dzień zawarcia Umowy nie występuje żadna z poniższych okoliczności oraz że żadna z tych okoliczności nie wystąpi w okresie realizacji Umowy: (...)

(3) wartość świadczeń powierzonych do zrealizowania Podmiotom Współpracującym, które są Podmiotami Objętymi Sankcjami, liczona łącznie dla wszystkich Podmiotów Współpracujących będących Podmiotami Objętymi Sankcjami, przekroczy kwotę odpowiadającą 10% maksymalnej wartości wynagrodzenia, jakie może być należne Wykonawcy na podstawie Umowy, a nie zostało wydane odpowiednie zezwolenie, o którym mowa w art. 5k ust. 2 Rozporządzenia 833/2014.

Ponadto w zaskarżonym pkt 4 in principio Załącznika nr 21a do Projektu umowy (Wzór oświadczenia dotyczącego nienaruszania sankcji), zamawiający wymagał od wykonawców złożenia następującego oświadczenia:

4. oświadczam, że wartość świadczeń powierzonych do zrealizowania wszystkim Podmiotom Współpracującym będącym Podmiotami Objętymi Sankcjami (lub zrealizowanych przez nie): D przekracza 10% maksymalnej wartości wynagrodzenia, jakie może być należne Wykonawcy na podstawie Umowy,

W zaskarżonych postanowieniach zamawiający wymagał od wykonawców by wartość świadczeń powierzonych do zrealizowania Podmiotom Współpracującym, które są Podmiotami Objętymi Sankcjami, liczona łącznie dla wszystkich Podmiotów Współpracujących nie przekroczyła 10%. Odwołujący I natomiast utrzymywał, że w świetle w art. 5k ust. 1 Rozporządzenia Rady (UE) nr 833/2014 z dnia 31 lipca 2014 r., dotyczącego środków ograniczających w związku z działaniami Rosji destabilizującymi sytuację na Ukrainie, zmienionym Rozporządzeniem Rady (UE) nr 2022/578 z dnia 8 kwietnia 2022 r. próg 10% należy ustalać indywidualnie dla każdego z podwykonawców, dostawców czy podmiotów współpracujących, a nie do wszystkich łącznie.

Zgodnie z art. 5k Rozporządzenia 833/2014:

„1. Zakazuje się udzielania lub dalszego wykonywania wszelkich zamówień publicznych lub koncesji objętych zakresem dyrektyw w sprawie zamówień publicznych, a także zakresem art. 10 ust. 1 i 3, art. 10 ust. 6 lit. a)-e), art. 10 ust. 8, 9 i 10, art. 11, 12, 13 i 14 dyrektywy 2014/23/UE, art. 7 lit. a)-d), art. 8, art. 10 lit. b)-f) i lit. h)-j) dyrektywy 2014/24/UE, art. 18, art. 21 lit. b)-e) i lit. g)-i), art. 29 i 30 dyrektywy 2014/25/UE oraz art. 13 lit. a)-d), lit. f)-h) i lit. j) dyrektywy 2009/81/WE na rzecz lub z udziałem:

- a) obywateli rosyjskich, osób fizycznych zamieszkałych w Rosji lub osób prawnych, podmiotów lub organów z siedzibą w Rosji;
- b) osób prawnych, podmiotów lub organów, do których prawa własności bezpośrednio lub pośrednio w ponad 50% należą do podmiotu, o którym mowa w lit. a) niniejszego ustępu; lub

c) osób fizycznych lub prawnych, podmiotów lub organów działających w imieniu lub pod kierunkiem podmiotu, o którym mowa w lit. a) lub b) niniejszego ustępu, w tym podwykonawców, dostawców lub podmiotów, na których zdolności polega się w rozumieniu dyrektyw w sprawie zamówień publicznych, w przypadku gdy przypada na nich ponad 10% wartości zamówienia.”

Zdaniem Izby zamawiający dokonał błędnej wykładni przepisu 5k ust. 1 Rozporządzenia Rady (UE) nr 833/2014 z dnia 31 lipca 2014 r., dotyczącego środków ograniczających w związku z działaniami Rosji destabilizującymi sytuację na Ukrainie, zmienionego Rozporządzeniem Rady (UE) nr 2022/578 z dnia 8 kwietnia 2022 r. Wbrew stanowisku zamawiającego ze sformułowania „przypada na nich” nie można wyprowadzać jednoznacznego wniosku, że przedmiotowy próg liczy się łącznie dla wszystkich wskazanych tam podmiotów. Uprawniona jest także interpretacja, że chodzi o to, aby wymóg był odnoszony do każdego z podmiotów z osobna i dlatego prawodawca unijny posłużył się liczbą mnogą.

Dostrzeżenia wymagało również, że przywołany wyżej przepis rozporządzenia posiada charakter sankcyjny. Wobec powyższego, nie powinien być interpretowany rozszerzająco, lecz ściśle. Z tego samego powodu nie można było się zgodzić ze stanowiskiem zamawiającego, jakoby przepisy rozporządzenia jedynie wyznaczały minimalne standardy. W konsekwencji należało odrzucić rezultat prowadzonej przez zamawiającego w odpowiedzi na odwołanie wykładni celowościowej spornego przepisu, w której wywoził, że Takie podejście stwarza jedynie pozory stosowania sankcji, a art. 5k ust. 1 Rozporządzenia 833/2014 staje się w rzeczywistości w obrocie prawnym przepisem bezprzedmiotowym ponieważ z punktu widzenia wykonania całego zamówienia nie ma znaczenia czy to zamówienie w 90% będzie realizowane z udziałem 1 podmiotu objętego sankcjami czy np. z udziałem 10 podmiotów po 9%, z których każdy objęty jest sankcją. Przedstawiona przez zamawiającego wykładnia prowadziła bowiem do znacznego rozszerzania zakresu podmiotowego spornego przepisu.

Zamawiający oświadczył w trakcie rozprawy, że konstruując zaskarżone postanowienia przeanalizował poglądy orzecznictwa i doktryny, jednakże takich poglądów nie przywołał w odpowiedzi na odwołanie ani na rozprawie. Odwołujący I natomiast złożył w charakterze dowodu wyjaśnienia Komisji Europejskiej, w których organ ten w odpowiedzi na pytanie nr 16 o treści: Czy limit 10% rosyjskiego podwykonawstwa, dostaw lub udostępniania mocy produkcyjnych ma zastosowanie indywidualnie czy łącznie?

wskazał: Ma zastosowanie indywidualnie do każdego podwykonawcy, dostawcy lub dostawcy mocy produkcyjnych. W przypadku, gdy zaangażowany jest więcej niż jeden podmiot objęty sankcjami, wartość ich udziału musi osiągnąć 10% w co najmniej jednym przypadku, aby sankcje miały zastosowanie.

Odwołujący I złożył także w charakterze dowodu artykuł Patrycji Grodzkiej zatytułowany „Unijne i krajowe sankcje nakładane na Federację Rosyjską w związku z inwazją na Ukrainę a postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego” (publikacja: Zamówienia Publiczne. Doradca, rok 2022, nr 6), w którym autorka wyraziła pogląd: Zgodnie z odpowiedziami na często zadawane pytania, opublikowanymi na stronie internetowej Komisji Europejskiej, limit ten liczony jest indywidualnie w odniesieniu do każdego podwykonawcy, dostawcy oraz podmiotu udostępniającego zasoby.

Jak wynikało z obu dowodów, zdaniem ich autorów próg 10% należy ustalać indywidualnie dla każdego z podwykonawców, dostawców czy podmiotów współpracujących z osobna. Zamawiający odnosząc się do ww. dowodów wskazywał wprawdzie, że nie pochodzą one od autora Rozporządzenia, czyli Rady. Jednakże – jak wskazano wcześniej – sam nie przedstawił jakiegokolwiek poglądu przemawiającego za jego stanowiskiem, a jego argumentacja okazała się nieprzekonywająca.

W konsekwencji Izba nakazała zamawiającemu wykonanie czynności zmiany pkt 2.1 (3) Załącznika nr 21 do Umowy „Klauzula sankcyjna” oraz odpowiednio pkt 4 Załącznika nr 21a do Umowy „Wzór oświadczenia dotyczącego nienaruszania sankcji” poprzez ich dostosowanie do treści art. 5k ust. 1 Rozporządzenia Rady (UE) nr 833/2014 z dnia 31 lipca 2014 r., dotyczącego środków ograniczających w związku z działaniami Rosji destabilizującymi sytuację na Ukrainie, zmienionego Rozporządzeniem Rady (UE) nr 2022/578 z dnia 8 kwietnia 2022 r. w sposób wskazujący, że 10 % próg wartości świadczeń odnosi się do każdego z Podmiotów Współpracujących.

Izba oddaliła odwołanie w zakresie zarzutu nr I.1 ppkt 3 lit. c) odwołania.

Zarzut nr I.1. ppkt 3 lit. c) odwołania dotyczył wprowadzenia we wzorze przyszłej umowy, tj. w Załączniku nr 21 – Klauzula sankcyjna - w pkt 3.3 uprawnienia Zamawiającego do jednostronnych zmian we wzorze oświadczenia w bliżej nieokreślonych „uzasadnionych” sytuacjach. Stosownie do zaskarżonego pkt 3.3 Załącznika nr 21 do Projektu Umowy, Zamawiający może, w celu doprecyzowania wzoru oświadczenia o nienaruszaniu sankcji lub dostosowania go do wymagań wynikających z przepisów prawa lub w innych uzasadnionych przypadkach, wprowadzić jednostronnie zmiany we wzorach ww. oświadczeń, zawiadamiając o tym na piśmie Wykonawcę.

Odwołujący I domagał się zmiany pkt 3.3. Załącznika nr 21 do umowy poprzez ograniczenie możliwości wprowadzenia przez zamawiającego jednostronnej zmiany w wzorach oświadczeń sankcyjnych do przypadku konieczności dostosowania wzoru do wymagań wynikających z przepisów prawa.

Dostrzeżenia wymagało, że po wniesieniu odwołania zamawiający w dniu 26 sierpnia 2024 r. dokonał modyfikacji pkt 3.3. Załącznika nr 21 do umowy nadając mu następujące brzmienie: „Zamawiający może wprowadzić jednostronnie zmiany we wzorach ww. oświadczeń, zawiadamiając o tym na piśmie Wykonawcę, w celu dostosowania ich do wymagań wynikających z przepisów prawa lub postanowień Umowy lub w innych przypadkach uzasadnionych decyzjami organów administracji, w szczególności wynikami kontroli lub oficjalnymi interpretacjami przepisów.”.

Analiza zmodyfikowanego przez zamawiającego postanowienia pkt 3.3. Załącznika nr 21 do umowy prowadziła do wniosku, że zamawiający zrezygnował ze swego uprawnienia do jednostronnych zmian we wzorze oświadczenia w bliżej nieokreślonych „uzasadnionych” sytuacjach. Na moment wyrokowania możliwość taka została zastrzeżona jedynie na wypadek konieczności dostosowania wzorów do wymagań wynikających z przepisów prawa lub postanowień umowy lub w innych przypadkach uzasadnionych decyzjami organów administracji.

Zdaniem Izby, w świetle zmodyfikowanego postanowienia, przypadki zmian zostały w sposób dostateczny dookreślone, dotyczyły sytuacji wynikających ze zmiany przepisów prawa, umowy lub decyzji organów administracji. W konsekwencji nie można było się zgodzić z odwołującym I, że na moment wyrokowania zamawiający zastrzega sobie prawo do dowolnego wprowadzenia zmian we wzorach oświadczeń. Mimo to odwołujący w dalszym ciągu popierał wniesione odwołanie, nie wnosił także o umorzenie postępowania odwoławczego jako zbędnego na podstawie art. 568 pkt 2 Pzp. Wobec powyższego Izba rozpoznała zarzut, zaś biorąc pod uwagę stan rzeczy ustalony na moment wyrokowania stwierdziła, że zarzut nie zasługiwał na uwzględnienie.

#### KIO 2844/24

Postępowanie odwoławcze podlegało umorzeniu w zakresie zarzutów skierowanych przeciwko dokumentacji postępowania, o której mowa w pkt (1) a, b, d, f, g, i, j, k, m, p, s oraz w pkt (2) a, b odwołania, opisanej na str. 2-3 odwołania.

Odwołujący II w trakcie posiedzenia Izby z udziałem stron w dniu 10 września 2024 r oświadczył, że wycofuje odwołanie w zakresie zarzutów skierowanych przeciwko dokumentacji postępowania, o której mowa w pkt (1) a, b, d, f, g, i, j, k, m, p, s oraz w pkt (2) a, b odwołania, opisanej na str. 2-3 odwołania.

Zgodnie z art. 520 ust. 1 ustawy Pzp, odwołujący może cofnąć odwołanie do czasu zamknięcia rozprawy. Stosownie do art. 568 pkt 1 ustawy Pzp, Izba umarza postępowanie odwoławcze, w formie postanowienia, w przypadku cofnięcia odwołania.

Wobec powyższego, Krajowa Izba Odwoławcza, działając na podstawie art. 520 ust. 1 ustawy Pzp i art. 568 pkt 1 ustawy Pzp, postanowiła umorzyć postępowanie odwoławcze w zakresie ww. zarzutów.

Izba oddaliła odwołanie w zakresie zarzutów skierowanych przeciwko dokumentacji postępowania, o której mowa w pkt (1) c odwołania, opisanej na str. 2 odwołania.

Odwołujący II w pkt (1) c odwołania, na str. 2 odwołania zaskarżył treść § 5 [Wynagrodzenie i Zasady Rozliczeń] ust. 1 lit. c) Projektu umowy oraz ust. 6.1 Załącznika nr 17 [Zmiany Umowy] do Projektu umowy.

Zgodnie z zaskarżonym § 5 ust. 1 lit. c) Projektu umowy:

„c) Polecenia zmiany zgodnie z Załącznikiem nr 17 pkt 3 Umowy, w wysokości 5% wynagrodzenia, o którym mowa w pkt a) powyżej,) – [...] zł, (słownie: [...] złotych), co łącznie stanowi kwotę brutto [...] zł (słownie złotych: [...]), tj. w łącznej kwocie [...] zł, (słownie: [...] złotych), co łącznie stanowi kwotę brutto [...] zł (słownie złotych: [...]) („Wynagrodzenie Maksymalne”). Podatek VAT będzie doliczany przez Wykonawcę w fakturach według właściwej stawki wysokości obowiązującej w dniu wystawienia faktury zgodnie z obowiązującymi przepisami w Polsce.”

Odwołujący II w pierwszej kolejności podnosił, że wysokość Polecenia zmiany, o której mowa w § 5 ust. 1 lit. c) przewidziana przez zamawiającego na poziomie 5% wynagrodzenia, jest zbyt niska i należy ją podwyższyć do wartości 50% wynagrodzenia.

Nie można było zgodzić się z odwołującym II, jakoby kwestionowane postanowienie, w niektórych sytuacjach, mogło naruszać art. 433 Pzp, przewidując odpowiedzialność wykonawcy za okoliczności, za które wyłączną odpowiedzialność ponosi zamawiający. Izba wzięła pod uwagę, że wyczerpanie limitu na wydanie Polecenia zmiany nie wyłączało bowiem dalszej możliwości zmian umowy pomiędzy stronami, również w zakresie wynagrodzenia. W razie przekroczenia zaskarżonego limitu, w sytuacji, gdy konieczna będzie zmiana umowy, strony będą uprawnione do dokonania tego na podstawie

postanowień załącznika nr 17 do Projektu umowy, w szczególności poprzez zawarcie stosownego aneksu do umowy. Zarzut okazał się zatem chybiony.

W ramach omawianej grupy zarzutów odwołujący II domagał się także dodania w § 5 Projektu umowy, po ust. 7, nowego ust. 7<sup>1</sup> o treści:

„Zamawiający – na wniosek Wykonawcy – zapłaci Wykonawcy za urządzenia i materiały zamówione lub nabyte dla realizacji Przedmiotu Umowy. Do wniosku o płatność Wykonawca załączy wykaz materiałów i urządzeń (wrobów budowlanych) zamówionych lub nabytych dla realizacji Przedmiotu Umowy (wraz z m.in. ich charakterystyką, danymi dostawców, informacją o warunkach gwarancji jakości i rękopisami za wady, informacją o miejscu ich przechowywania lub spodziewanym terminie dostawy oraz kosztami ich nabycia przez Wykonawcę). Wykaz materiałów i urządzeń będzie odwoływał się do konkretnych Prac określonych w Harmonogramie Rzeczowo-Finansowym. Wykaz materiałów i urządzeń podlega weryfikacji Inżyniera Kontraktu. Zamawiający dokona płatności za materiały i urządzenia (wrobów budowlane) na podstawie zaakceptowanego przez Inżyniera Kontraktu.”

Istota zaproponowanych przez odwołującego II zmian miała na celu wprowadzenie możliwości bieżącego rozliczania zamawianych lub nabywanych przez wykonawcę materiałów i urządzeń dla zamówienia.

Izba stwierdziła, że wskazane przez odwołującego II jako naruszone przepisy prawa nie przewidywały obowiązku bieżącego rozliczania przez zamawiającego zamawianych lub nabywanych przez wykonawcę materiałów i urządzeń, zanim zostaną one odpowiednio wbudowane lub użyte na potrzeby zamówienia.

Izba wzięła pod uwagę, że zamawiający przewidział w Projekcie umowy płatności częściowe oraz zaliczkowanie. Zamawiający w §5 ust. 7 Projektu Umowy przesądził bowiem, że Wynagrodzenie Wykonawcy płatne będzie nie częściej niż raz w miesiącu zgodnie z zaawansowaniem Prac, na podstawie faktur VAT wystawianych przez Wykonawcę po wykonaniu danego etapu Prac, zgodnie z Harmonogramem Rzeczowo-Finansowym i podpisaniu protokołu odbioru częściowego / końcowego zgodnie z Zasadami odbioru Prac określonymi w Załączniku nr 12, w wysokości odpowiadającej wartościom wykonanych Prac określonym w Harmonogramie Rzeczowo-Finansowym. Z ww. postanowienia wynikało zatem, że wynagrodzenie będzie płacone wykonawcy sukcesywnie, w miarę postępu oddawanych prac.

Izba stwierdziła także, że zamawiający przewidział również udzielenie wykonawcy zaliczki na poczet wynagrodzenia. Zgodnie bowiem z § 2 ust. 4 Projektu umowy, zmodyfikowanym dnia 27 sierpnia 2024 r., Zamawiający przewiduje możliwość jednorazowej

wypłaty Wykonawcy zaliczki w wysokości nieprzekraczającej 10% (dziesięć procent) Wynagrodzenia, o którym mowa w § 5 ust. 1 lit. a, netto.

Zdaniem Izby odwołujący II nie wykazał, aby w tej sytuacji zaskarżone postanowienia pozostawały sprzeczne z przepisami prawa, wskazanymi przez niego jako naruszone. Uszło uwadze odwołującego II, że żaden z przepisów nie przewiduje, aby zamawiający miał obowiązek nie tylko dokonywać odbiorów częściowych, ponadto udzielać wykonawcy zaliczki na poczet wynagrodzenia, ale jeszcze dodatkowo płacić za nabyte przez wykonawcę lub zamówione materiały lub urządzenia, które nie zostały nawet jeszcze wbudowane lub użyte do realizacji zamówienia. Dostrzeżenia wymagało, że w treści żądania odwołujący II nie proponował nawet, aby te materiały i urządzenia znalazły się choćby na terenie budowy lub w innym miejscu uzgodnionym z zamawiającym. Według Izby nie zostało zatem wykazane aby zaskarżone postanowienia były sprzeczne z przepisami prawa, w tym również z przepisami art. 654 KC czy art. 354 KC, na jakie w szczególności odwołujący II zwracał uwagę w trakcie rozprawy. Za uzasadnienie nielegalności nie mogło być uznane wykazanie przez odwołującego II faktu, że klauzule zbliżone do postulowanych przez niego stosuje PKP PLK S.A. w dokumentach „wzorcowe SIWZ dla przetargu na zaprojektowanie i wykonanie robót” z 2016 r. oraz 2018 r. Zdaniem Izby

zamawiający nie ma obowiązku przewidywać w swym postępowaniu postanowień zbliżonych do stosowanych przez innego zamawiającego, a ich nieprzewidzenie nie świadczy jeszcze o nielegalności działań zamawiającego. Ponadto dostrzeżenia wymagało, że w swych dokumentach PKP PLK S.A. uzależniała zapłatę od dostarczenia materiałów na teren budowy lub miejsce uzgodnione z PKP PLK, czego próżno było szukać w klauzuli proponowanej przez odwołującego II.

Wobec powyższego Izba stwierdziła, że ww. zarzut nie zasługiwał na uwzględnienie.

Zarzuty skierowane przeciwko dokumentacji postępowania, o której mowa w pkt (1) e odwołania, opisanej na str. 2 odwołania.

Izba postanowiła umorzyć postępowanie w części dotyczącej żądania wykreślenia treści zdania drugiego z ust. 7 Załącznika nr 9 do Projektu umowy na podstawie art. 568 pkt 2 Pzp, gdyż dalsze postępowanie w tej części stało się zbędne. Zbędność orzekania wynika z faktu, że w modyfikacji z dnia 9 września 2024 r. zamawiający wykreślił zdanie drugie z ust. 7 załącznika nr 9 do projektu umowy, zgodnie z żądaniem odwołującego II.

W dalszej kolejności Izba stwierdziła, że w pozostałym zakresie zarzut nie zasługiwał na uwzględnienie.

Zgodnie z zaskarżonym zdaniem pierwszym ust. 7 Załącznika nr 9 do Projektu umowy, Z zastrzeżeniem ewentualnej zmiany Umowy w formie aneksu, nie dokonuje się waloryzacji wynagrodzenia Wykonawcy w zakresie wykraczającym poza limit 10 % Wynagrodzenia określonego w par. 5 ust. 1 lit. a) netto.

Odwołujący domagał się nakazania zamawiającemu zwiększenia limitu do 20% wynagrodzenia określonego w § 5 ust. 1 lit. a) netto.

Na wstępie podkreślenia wymagało, że waloryzacja jest pochodną sytuacji ekonomiczno-gospodarczej w danym okresie, która zarówno na dzień tworzenia budżetu przez zamawiającego jak i składania ofert nie była znana. Zdaniem Izby odwołujący II nie wykazał, aby przyjęty przez zamawiającego limit waloryzacji w wysokości 10% wynagrodzenia był sprzeczny ze wskazanymi przez niego jako naruszonymi przepisami prawa. W szczególności odwołujący II nie wykazał zasadności swego żądania, które sprowadzało się do konieczności zwiększenia limitu do 20%. Odwołujący II powołał się jedynie na stanowiska branżowe, które nie są postulatami w jakikolwiek sposób wiążącymi zamawiającego. Izba wzięła także pod uwagę, że dowody, na jakie powoływał się odwołujący II, w większości pochodziły z lat 2022-2023, kiedy miał miejsce największy wzrost inflacji wynikający z wojny w Ukrainie czy wystąpienia stanu epidemii w związku z zakażeniami wirusem SARS-CoV-2 powodującymi chorobę COVID-19. Wydruk artykułu pt. „Waloryzacja 20% zamiast dotychczasowych 10% – pismo PZPB i OIGD do Ministra Adamczyka” opublikowany na stronie Polskiego Związku Pracodawców Budownictwa pod adresem: [online: 06.08.2024] – stanowiący Załącznik nr 7 do odwołania - pochodził z pierwszej połowy 2023 r. Z kolei pismo PZPB i OIGD do Ministra Infrastruktury, znaki: PZPB/34/2023, OIGD/69/2023 wraz z załącznikiem pn. „Tabela prezentująca 35 kontraktów drogowych, zawartych przed 24 lutego 2022 r., w przypadku których został przekroczony limit waloryzacji albo zostanie przekroczony przed końcem realizacji, z uwzględnieniem obecnych odczytów wskaźników GUS”, stanowiące załącznik nr 8 do odwołania, zostało sporządzone w maju 2023 r.

W efekcie omawiany zarzut i żądanie odwołującego II zmierzały jedynie do polepszenia jego sytuacji biznesowej, co nie może być utożsamiane z nielegalnością zaskarżonego postanowienia.

Przy wyrokowaniu wzięto także pod uwagę, że wysokość limitu stosowanego przez zamawiającego nie jest niespotykana na rynku. Ustalono bowiem, że tożsamy co do wysokości limit stosowała także GDDKiA w postępowaniu na projekt i rozbudowę drogi krajowej nr 9 (por. wyciąg z SWZ dot. tego postępowania, dowód złożony przez

zamawiającego). Limit taki stosowała też PKP PLK S.A. w postanowieniach projektu umowy w przetargu dla zadania inwestycyjnego dotyczącego linii na odc. Kościerzyna-Somonino (por. dowód złożony przez zamawiającego na posiedzeniu).

Izba wzięła także pod uwagę, że po wniesieniu odwołania zamawiający, w kolejnych modyfikacjach z dnia 26 sierpnia 2024 r. i 9 września 2024 r., zrezygnował z innego limitu waloryzacji polegającego na ograniczeniu możliwości dochodzenia przez wykonawcę roszczenia do sytuacji opisanych w art. 357<sup>1</sup> k.c. lub art. 632 § 2 w zw. z art. 656 § 1 k.c. do 50%. Zamawiający zastąpił także wskaźnik PPI (wskaźnik dóbr produkcyjnych) postulowanym przez odwołującego II wskaźnikiem zmiany cen towarów i usług („CPI”). Nie można było zatem na moment wyrokowania utrzymywać, na co także zwracał uwagę odwołujący II w uzasadnieniu zarzutu, że zamawiający skumulował w SWZ kilka limitów waloryzacji wynagrodzenia.

Wobec powyższego Izba stwierdziła, że zarzut nie zasługuje na uwzględnienie.

Zarzuty skierowane przeciwko dokumentacji postępowania, o której mowa w pkt (1) h odwołania, wskazanej na str. 2 odwołania.

W zarzutach skierowanych przeciwko dokumentacji postępowania, o której mowa w pkt (1) h odwołania, wskazanej na str. 2 odwołania, odwołujący II zakwestionował cztery postanowienia umowne, to jest ust. 4 pkt 3, ust. 4 pkt 7 lit. c, ust. 4 pkt 8 oraz ust. 4 pkt 10 Załącznika nr 12 do Projektu umowy.

W odniesieniu do zarzutów skierowanych przeciwko postanowieniu ust. 4 pkt 3 Załącznika nr 12 do Projektu umowy Izba

postanowiła umorzyć postępowanie odwoławcze w części dotyczącej żądania wykreślenia z ww. postanowienia słowa „itp.”. Stosownie do art. 522 ust. 4 Pzp, W przypadku uwzględnienia przez zamawiającego części zarzutów przedstawionych w odwołaniu, Izba może umorzyć postępowanie odwoławcze w części dotyczącej tych zarzutów, pod warunkiem że w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego nie przystąpił w terminie żaden wykonawca albo wykonawca, który przystąpił po stronie zamawiającego, nie wniósł sprzeciwu wobec uwzględnienia tych zarzutów. W takim przypadku Izba rozpoznaje pozostałe zarzuty odwołania.

W trakcie rozprawy w dniu 10 września 2024 r. zamawiający oświadczył, że uwzględnia odwołanie w tym zakresie i zgadza się na wykreślenie z postanowienia słowa „itp.”. Po stronie zamawiającego do postępowania odwoławczego nie przystąpił żaden wykonawca. Wobec powyższego wypełniona została dyspozycja art. 522 ust. 4 Pzp.

W pozostałym zakresie zarzut skierowany przez odwołującego II przeciwko postanowieniu ust. 4 pkt 3 Załącznika nr 12 do Projektu umowy okazał się chybiony.

Stosownie do zaskarżonego postanowienia ust. 4 pkt 3 Załącznika nr 12 do Projektu umowy:

„[4.] Strony przewidują następujące odbiory Robót budowlanych: odbiory techniczne robót częściowych, zanikających i ulegających zakryciu, odbiór częściowy Robót budowlanych dla potrzeb płatności przejściowej, odbiór końcowy Robót budowlanych oraz odbiór pogwarancyjny. Odbiory Robót budowlanych będą dokonywane na następujących zasadach:

[...]

3) Odbiór częściowy Robót budowlanych nastąpi w terminie do 14 dni od daty pisemnego zawiadomienia Inżyniera Kontraktu oraz Zamawiającego przez Wykonawcę o gotowości do odbioru częściowego. Warunkiem niezbędnym do przeprowadzenia odbioru częściowego jest przekazanie przez Wykonawcę Inżynierowi Kontraktu lub Zamawiającemu wszystkich dokumentów niezbędnych do dokonania oceny prawidłowego wykonania tj.: protokoły odbioru technicznego robót częściowych, zanikających oraz ulegających zakryciu, atesty, wyniki badań, prób i pomiarów, świadectwa kontroli jakości, certyfikaty na wbudowane materiały, karty gwarancyjne, wyciągi z umów z Podwykonawcami (w tym dostawcami / producentami) w zakresie gwarancji jakości i rękojmi za wady, itp. Dokumenty te (lub ich część wskazana przez Zamawiającego) będą załącznikami do protokołu odbioru częściowego danego elementu Robót budowlanych, chyba że Zamawiający postanowi inaczej;”

Istota zarzutu sformułowanego przez odwołującego II sprowadzała się do tego, czy w świetle prawa dopuszczalne jest aby warunkiem odbioru częściowego było także przedstawienie przez wykonawcę wyciągów z umów z podwykonawcami (w tym dostawcami / producentami) w zakresie gwarancji jakości i rękojmi za wady.

Zdaniem Izby odwołujący II nie wykazał nielegalności zaskarżonego przez siebie postanowienia. Według Izby zakres dokumentacji żądanej do przedstawiania celem dokonania odbioru częściowego na moment wyrokowania został opisany jednoznacznie. Jak już bowiem wcześniej wskazano, zamawiający zgodził się usunąć z postanowienia ust. 4 pkt 3 Załącznika nr 12 do Projektu umowy słowo „itp.”. Na moment wyrokowania, jeśli wykonawca przedstawi zamawiającemu wyciągi z umów z podwykonawcami (w tym dostawcami / producentami) w zakresie gwarancji jakości i rękojmi za wady, to nie będzie już podstaw do niedokonania odbioru częściowego i niezapłacenia wykonawcy wymaganego wynagrodzenia. Zamawiający, po usunięciu słowa „itp.” z ust. 4 pkt 3 załącznika nr 12 do

Projektu umowy, nie będzie bowiem posługiwał się już otwartym katalogiem dokumentów warunkujących częściowy odbiór prac. Zaskarżone postanowienie będzie zatem precyzyjne w zakresie obowiązków wykonawcy, od których spełnienia uzależnione jest odebranie prac przez zamawiającego. Skarżone postanowienie nie będzie zatem naruszało art. 647 KC, jak utrzymywał odwołujący II. Sama natomiast okoliczność, że spełnienie tego obowiązku może być dla wykonawcy uciążliwe, na co również wskazywał odwołujący II w treści odwołania, nie świadczyła jeszcze o nielegalności spornego postanowienia. Kierując się powyższymi rozważaniami Izba stwierdziła, że zarzut nie zasługuje na uwzględnienie.

W odniesieniu do zarzutów skierowanych przeciwko postanowieniu ust. 4 pkt 7 lit. c Załącznika nr 12 do Projektu umowy Izba stwierdziła, że zarzuty te zasługują na uwzględnienie.

Jak wynikało z zaskarżonego postanowienia ust. 4 pkt 7 lit. c Załącznika nr 12 do Projektu umowy, zamawiający uzależnił odbiór końcowy i zapłatę wynagrodzenia nie tylko od przekazania przez wykonawcę całości Dokumentacji Prac, ale również od doręczenia bliżej niesprecyzowanych dokumentów niezbędnych do dokonania oceny prawidłowego wykonania Prac, w tym Robót budowlanych, w szczególności w sposób umożliwiający przystąpienie do użytkowania zgodnie z obowiązującymi przepisami a także dokumentów potrzebnych do użytkowania efektów Prac.

Odwołujący II domagał się wykreślenia ww. obowiązku z ust. 4 pkt 7 lit. c Załącznika nr 12 do Projektu umowy.

Izba wzięła pod uwagę, że o ile pojęcie „Dokumentacja Prac” pozostawało jednoznaczne wskutek zawarcia jego definicji w Projekcie umowy, o tyle, pomimo złożenia odpowiedzi na odwołanie i przeprowadzenia rozprawy, nie zostało wyjaśnione przez zamawiającego, co kryje się pod pojęciem „dokumentów niezbędnych do dokonania oceny prawidłowego wykonania Prac, w tym Robót budowlanych”. Jedynie przykładowo, na co wskazywało słowo „w szczególności”, wymieniono w zaskarżonym postanowieniu dokumenty umożliwiające przystąpienie do użytkowania zgodnie z obowiązującymi przepisami a także dokumenty potrzebne do użytkowania efektów Prac.

W trakcie rozprawy zamawiający argumentował, że może tu chodzić o dokumenty, wymienione w załączniku nr 9 Tomie II – dokumenty odbiorowe. Podkreślenia wymagało jednak, że zaskarżone postanowienie nie odsyłało do ww. dokumentu.

Niejednoznaczność co do zakresu wymaganej dokumentacji potęgował fakt, że zamawiający zawarł w Projekcie umowy definicję „Dokumentacji Prac” w ust. 6 pkt. 19 Załącznika nr 3 [Definicje i interpretacja] do Projektu Umowy, zgodnie z którą:

Dokumentacja Prac - całość dokumentacji, którą ma wykonać lub pozyskać Wykonawca w związku z realizacją Umowy, w tym Dokumentacja projektowa (w zakresie leżącym po

stronie Wykonawcy – w szczególności Dokumentacja wykonawcza), Dokumentacja powykonawcza, operat kolaudacyjny, Dziennik budowy, protokoły odbiorów Prac, rysunki i opisy służące realizacji obiektów, pozwolenia, zgłoszenia, uzgodnienia, opinie, odstępstwa, ekspertyzy, sprawdzenia, itp., warunki oraz umowy z organami administracji lub gestorami mediów, atesty, dopuszczenia, wyniki badań, prób i pomiarów, świadectwa kontroli jakości, certyfikaty na wbudowane materiały i urządzenia, DTR, itd., karty gwarancyjne, wyciągi z umów z Podwykonawcami (w tym dostawcami / producentami) w zakresie gwarancji jakości i rękojmi za wady, oraz dokumenty umożliwiające dokonanie rozliczenia Prac, w tym Robót budowlanych.

Dostrzeżenia wymagało, że katalog dokumentów objętych zakresem pojęcia „Dokumentacja Prac” okazał się relatywnie szeroki. Nie wiadomo było, jakie dokumenty, nieobjęte zakresem pojęciem „Dokumentacja prac”, wykonawca zobowiązany będzie złożyć, celem dokonania odbioru końcowego. Jak słusznie wskazał odwołujący II niejednoznaczne opisanie obowiązku wykonawcy w tym przypadku ma o tyle istotne znaczenie dla realizacji przedmiotu umowy, że brak spełnienia warunków wymienionych w ust. 4 upoważnia zamawiającego do „zakwestionowania gotowości do odbioru” oraz do odmowy przystąpienia do odbioru częściowego czy końcowego.

Biorąc powyższe pod uwagę Izba stwierdziła, że zaskarżone postanowienie uzależniało odbiór i zapłatę wynagrodzenia od niejednoznacznie opisanych obowiązków, co naruszało art. 647 KC.

Wobec powyższego Izba nakazała zamawiającemu wykonanie czynności zmiany treści ust. 4 pkt 7 lit. c Załącznika nr 12 do Projektu umowy przez wykreślenie słów „oraz wszystkich dokumentów niezbędnych do dokonania oceny prawidłowego wykonania Prac, w tym Robót budowlanych, w szczególności w sposób umożliwiający przystąpienie do użytkowania zgodnie z obowiązującymi przepisami a także dokumentów potrzebnych do użytkowania efektów Prac.”.

W odniesieniu do zarzutów skierowanych przeciwko postanowieniu ust. 4 pkt 8 Załącznika nr 12 do Projektu umowy Izba stwierdziła, że postępowanie odwoławcze w tym zakresie podlegało umorzeniu na podstawie art. 568 pkt 2 Pzp, jako zbędne.

W odniesieniu do żądania usunięcia słowa „w szczególności” Zamawiający w modyfikacji z dnia 26 sierpnia 2024 r. wykreślił ww. słowo zgodnie z wnioskiem odwołującego II. Analogicznie, co do żądania zastąpienia słowa „m.in.” słowem „na” zamawiający w modyfikacji z dnia 26 sierpnia 2024 r. zmienił ww. słowa zgodnie z żądaniem odwołującego II.

W dalszej kolejności Izba stwierdziła, że postępowanie odwoławcze podlega umorzeniu na podstawie art. 568 pkt 2 Pzp jako zbędne również w części dotyczącej ust. 4 pkt 8 lit. m Załącznika nr 12 do Projektu umowy. Stosownie do zaskarżonego ust. 4 pkt 8 lit. m Załącznika nr 12 do projektu Umowy, do odbioru końcowego Wykonawca jest zobowiązany przygotować i przekazać także „inne dokumenty wymagane przez Zamawiającego lub Inżyniera Kontraktu lub wymagane przez właściwe organy w celu prawnego dopuszczenia do użytkowania (w szczególności organy nadzoru budowlanego, Prezesa Urzędu Transportu Kolejowego, itp.)”.

Odwołujący II domagał się nakazania wykreślenia z ww. postanowienia słów: „wymagane przez Zamawiającego lub Inżyniera Kontraktu lub”.

Istota żądania odwołującego II sprowadzała się zatem do tego, aby warunkiem dokonania odbioru końcowego nie był obowiązek złożenia bliżej niesprecyzowanych „dokumentów wymaganych przez zamawiającego lub Inżyniera kontraktu”.

Na uwagę zasługiwał fakt, że w dniu 26 sierpnia 2024 r. zamawiający dokonał modyfikacji ust. 4 pkt 8 lit. m Załącznika nr 12 do Projektu umowy nadając mu brzmienie: inne dokumenty wymagane przez właściwe organy w celu prawnego dopuszczenia do użytkowania (w szczególności organy nadzoru budowlanego, Prezesa Urzędu Transportu Kolejowego, itp.). Porównanie zmienionego postanowienia z żądaniem odwołującego II prowadziło do wniosku, że zamawiający wprowadził zmianę postulowaną przez odwołującego II.

Pomimo to odwołujący II w dalszym ciągu podtrzymywał zarzut. Odwołujący II wskazał bowiem w trakcie rozprawy, że jednocześnie w tej samej modyfikacji z dnia 26 sierpnia 2024 r. zamawiający dodał w ust. 4 pkt 8 załącznika nr 12 nowe postanowienie pod lit. n). Zgodnie z nowym postanowieniem, warunkiem dokonania odbioru końcowego było przedstawienie innych dokumentów wymaganych przez Zamawiającego lub Inżyniera Kontraktu niezbędnych do prawnego dopuszczenia do użytkowania.

Oceniając przedstawiony wyżej stan faktyczny Izba stwierdziła, że postępowanie odwoławcze w omawianym zakresie podlegało umorzeniu jako zbędne, gdyż zamawiający wykreślił sporny wymóg zgodnie z żądaniem odwołującego II. Wbrew stanowisku odwołującego II niedopuszczalne było rozpoznawanie zarzutu w taki sposób, w jaki został on opisany w odwołaniu, lecz skierowanego wobec nowego postanowienia z ust. 4 pkt 8 lit. n załącznika nr 12 do Projektu umowy. Odwołujący II nie dostrzegł bowiem, że postanowienie ust. 4 pkt 8 lit. n załącznika nr 12 do Projektu umowy istotnie różniło się od zaskarżonego w odwołaniu pierwotnego brzmienia postanowienia ust. 4 pkt 8 lit. m załącznika nr 12 do Projektu umowy. Zasadnicza różnica polegała bowiem na tym, że w nowym postanowieniu

nie było mowy o bliżej niesprecyzowanych dokumentach wymaganych przez zamawiającego czy Inżyniera kontraktu, a

to było istotą zarzutu odwołującego II. W nowym postanowieniu obowiązek złożenia dotyczył dokumentów wymaganych przez zamawiającego lub Inżyniera kontraktu, lecz doprecyzowanych jako „niezbędne do prawnego dopuszczenia do użytkowania”.

W odniesieniu do zarzutów skierowanych przeciwko postanowieniu ust. 4 pkt 10 Załącznika nr 12 do Projektu umowy Izba stwierdziła, że postępowanie odwoławcze podlegało umorzeniu, jako zbędne.

Zbędność postępowania odwoławczego wynikała z tego, że w dniu 26 sierpnia 2024 r. zamawiający dokonał modyfikacji ust. 4 pkt 10 Załącznika nr 12 do Projektu umowy. Zamawiający zmienił zaskarżone postanowienie nadając mu brzmienie: Odbiór końcowy Prac polegać będzie na ocenie ilości i jakości wykonanych Prac pod względem ich zgodności z Umową, w tym pod względem technicznym, estetycznym, użytkowym, czy zgodności z przepisami prawa.

Odwołujący II, w trakcie rozprawy, po przedstawieniu argumentacji przez zamawiającego oświadczył wyraźnie do protokołu, iż ww. modyfikacja postanowienia go satysfakcjonuje i wniósł o umorzenie postępowania odwoławczego w tym zakresie, jako zbędnego.

Zasadne okazały się zarzuty skierowane przeciwko dokumentacji postępowania, o której mowa w pkt (1) I odwołania, wskazanej na str. 2 odwołania.

Zarzuty te zostały skierowane przeciwko treści ust. 3 Załącznika nr 15 do Projektu umowy. W zaskarżonym postanowieniu Zamawiający zastrzegł sobie w szczególności możliwość odmowy akceptacji dla Zabezpieczenia Wykonania w formie poręczenia lub gwarancji bankowej lub ubezpieczeniowej, m.in. w przypadku, gdy udzielający ich podmiot nie będzie spełniał następujących, minimalnych kryteriów:

- 1) posiada przynajmniej jeden rating kredytowy przyznany przez agencje ratingowe: Standard&Poor's, Moody's Investors Service lub Fitch Ratings (w przypadku nadania ratingu przez kilka agencji ratingowych, pod uwagę brany będzie rating nadany najpóźniej);
- 2) w przypadku ratingu nadawanego przez agencję Moody's Investors Service, ocena ratingowa depozytów długoterminowych jest nie niższa niż Baa1;
- 3) w przypadku ratingu nadawanego przez agencję Fitch Ratings, długoterminowa ocena IDR jest nie niższa niż BBB+;
- 4) w przypadku ratingu nadawanego przez agencję Standard&Poor's długoterminowa ocena ICR jest nie niższa niż BBB+;
- 5) w przypadku posiadania minimalnego akceptowalnego poziomu ratingu wskazanego w pkt. 2) – 4) powyżej, ocena perspektywy rewizji ratingu (tzw. OUTLOOK) nie jest niższa niż STABLE (stabilny).

Odwołujący II wniósł o nakazanie zamawiającemu zmiany zaskarżonego postanowienia przez nadanie mu brzmienia: „Zabezpieczenie Wykonania wniesione w innej formie niż w pieniądzu musi zostać uprzednio zaakceptowane na piśmie (pod rygorem nieważności) lub za pośrednictwem poczty elektronicznej przez Zamawiającego co do jego treści. Zamawiający poda uzasadnienie ewentualnej odmowy udzielenia akceptacji.”.

Izba stwierdziła, że - co do zasady - zamawiający może dookreślić w postanowieniach SWZ zakres wymagań co do zabezpieczenia należytego wykonania umowy, w sposób, który nie będzie sprzeczny z art. 450 Pzp. Jednakże dookreślenie to musi być jednoznaczne, nie może naruszać przepisów prawa, w tym nie może prowadzić do naruszenia naczelných zasad postępowania, w tym zasady zachowania uczciwej konkurencji.

Zdaniem Izby zamawiający nie wykazał niezbędności ograniczenia kręgu podmiotów udzielających poręczenia i gwarancji w sposób wskazany w zaskarżonym postanowieniu. W szczególności, pomimo złożenia odpowiedzi na odwołanie i przeprowadzenia rozprawy w dalszym ciągu nie wiadomo było dlaczego będzie brany pod uwagę wyłącznie rating nadawany przez trzy amerykańskie agencje wskazane przez zamawiającego. Nie przedstawiono Izbie dowodów na podstawie których można byłoby przeanalizować, jakie są najważniejsze wiarygodne agencje ratingowe nie tylko na obszarze USA, ale ogólnie na świecie. Zamawiający nie uzasadnił, dlaczego będzie uznawał tylko rating nadawany przez wskazane przez siebie amerykańskie agencje.

Niezależnie od powyższego za całkowicie niedopuszczalne Izba uznała przewidzenie przez zamawiającego otwartego katalogu sytuacji, w których możliwa będzie odmowa akceptacji dla zabezpieczenia wykonania składanego w formie poręczenia lub gwarancji bankowej lub ubezpieczeniowej. Na to, iż katalog takich przypadków jest otwarty wskazywały użyte przez zamawiającego sformułowania „w szczególności” oraz „m.in.”. Taka konstrukcja postanowienia powodowała, że zamawiający de facto przewidział dla siebie uprawnienie do odmowy przyjęcia zabezpieczenia należytego wykonania umowy składanego przez wykonawcę z dowolnego powodu. Powyższe należało uznać za naruszające art. 450 Pzp w zw. z art. 16 Pzp.

Kierując się powyższymi rozważaniami, Izba stwierdziła, że zarzut zasługiwał na uwzględnienie.

Zarzuty skierowane przeciwko dokumentacji postępowania, o której mowa w pkt (1) n odwołania, wskazanej na str. 2 odwołania.

W odniesieniu do zarzutów skierowanych przeciwko postanowieniom ust. 6.4 pkt 1 lit. c, ust. 6.4 pkt 1 lit. e, ust. 6.4 pkt 3 Załącznika nr 17 do Projektu umowy I zba postanowiła umorzyć postępowanie odwoławcze na podstawie art. 568 pkt 2 Pzp, gdyż orzekanie w tym zakresie stało się zbędne. Zbędność orzekania wynikała z faktu, że w dniu 9 września 2024 r. zamawiający dokonał istotnych modyfikacji zaskarżonych postanowień ust. 6.4 pkt 1 lit. c, ust. 6.4 pkt 1 lit. e, ust. 6.4 pkt 3 załącznika nr 17 do Projektu umowy. W trakcie rozprawy w dniu 10 września 2024 r., odwołujący II oświadczył, że po zapoznaniu się z ww. modyfikacjami uznaje za bezprzedmiotowe rozpoznawanie odwołania w tym zakresie.

Kolejno I zba stwierdziła, że zasadne okazały się zarzuty skierowane wobec treści pierwotnego brzmienia ust. 6.4 pkt 1 lit. f Załącznika nr 17 do Projektu Umowy.

W pierwszej kolejności podkreślenia wymagało, że treść pierwotnego postanowienia ust. 6.4 pkt 1 lit. f Załącznika nr 17 do Projektu umowy, w wyniku modyfikacji SWZ z dnia 9 września 2024 r., została przeniesiona przez zamawiającego do nowej jednostki redakcyjnej, to jest do ust. 1.5 załącznika nr 17 do Projektu umowy.

Po porównaniu zaskarżonego postanowienia i nowego brzmienia postanowienia ust. 1.5 załącznika nr 17 do Projektu umowy I zba stwierdziła, że w dalszym ciągu zamawiający limitował wysokość wykazanych przez wykonawcę kosztów pośrednich realizacji Umowy poniesionych przez Wykonawcę w okresie wydłużenia lub przewidywanych do poniesienia w tym okresie, do kwoty 0,007% Wynagrodzenia Wykonawcy wynikającego z Oferty w przeliczeniu na jeden dzień wydłużenia.

Stosownie bowiem do ust. 1.5. załącznika nr 17 do Projektu Umowy, Jeżeli zmiana Umowy obejmuje wydłużenie okresu wykonywania Umowy z przyczyn, za które Wykonawca nie ponosi odpowiedzialności, kwota, o jaką zwiększone zostanie wynagrodzenie należne Wykonawcy z tytułu wydłużenia okresu wykonywania Umowy, odpowiadać będzie całkowitej sumie wykazanych przez Wykonawcę kosztów pośrednich realizacji Umowy poniesionych przez Wykonawcę w okresie wydłużenia lub przewidywanych do poniesienia w tym okresie, w żadnym razie nie przekroczy jednak kwoty 0,007% Wynagrodzenia Wykonawcy wynikającego z Oferty w przeliczeniu na jeden dzień wydłużenia. Koszty pośrednie ustala się zgodnie z zasadami określonymi w pkt 7.2. Powyższe ograniczenie nie wyłącza uprawnień

Wykonawcy do dochodzenia na zasadach ogólnych ewentualnego odszkodowania przewyższającego ww. limit wynagrodzenia.

Odwołujący II domagał się wykreślenia z postanowień umownych ww. ograniczenia, kwestionując je co do zasady.

Wobec powyższego I zba stwierdziła, że mimo ww. modyfikacji, nie odpadła podstawa do rozpoznawania zarzutu.

Jak prawidłowo wskazał odwołujący II, zgodnie z art. 433 Pzp pkt 3 Pzp niedopuszczalne są takie projektowane postanowienia umowy, które przewidują odpowiedzialność wykonawcy za okoliczności, za które wyłączną odpowiedzialność ponosi zamawiający. Zdaniem I zby, narzucony przez zamawiającego limit, mógłby zostać zastosowany w sytuacjach, za których wystąpienie wyłączną odpowiedzialność ponosił zamawiający. Jako przykład takich okoliczności można było wymienić m.in.

- 5.2.6 lit. f Załącznika nr 17 do Projektu umowy - gdy potrzeba zmiany Umowy wyniknie w związku z wszczęciem kontroli na zlecenie Zamawiającego lub w związku z wynikami tej kontroli, w zakresie, w jakim ma to wpływ na realizację Umowy;
- 5.2.6 lit. a Załącznika nr 17 do Projektu umowy - gdy potrzeba zmiany Umowy wyniknie w związku z prowadzonymi przez Zamawiającego lub podmioty z grupy kapitałowej Zamawiającego postępowaniami o udzielenie zamówień (w tym przedłużającą się procedurą wyboru najkorzystniejszej oferty, koniecznością ponownego przeprowadzenia postępowania, zmianą treści specyfikacji warunków zamówienia, itp.), mających wpływ na realizację Umowy, tj. w szczególności, gdy efekty pracy Wykonawcy są niezbędne dla realizacji innego zamówienia lub mają znaczący wpływ na jego realizację lub wpływ na termin lub koszt, lub zachodzi sytuacja odwrotna (efekty pracy innego wykonawcy są niezbędne do realizacji Umowy lub mają znaczący wpływ na jej realizację lub wpływ na termin lub koszt), np. zawarcie umów przyłączeniowych dla zasilania dwustronnego sieci trakcyjnej od km 0,00 do km 8,100 linii kolejowej nr 85, zasilanie z PT Łódź Fabryczna oraz PT Lublinek;
- 5.2.6 lit. h Załącznika nr 17 do Projektu umowy - tj. gdy potrzeba zmiany Umowy wyniknie w związku z niewykonaniem lub nienależytym wykonaniem obowiązku Zamawiającego wynikającego z Umowy lub z przepisów prawa;

Zdaniem I zby powyższe przypadki z pewnością można uznać za przykłady zmiany umowy zależne wyłącznie od zamawiającego. W tej sytuacji sporny i narzucony wykonawcy limit kosztów pośrednich, który obowiązywałby także na wypadek zmiany, za którą odpowiadał wyłącznie zamawiający, należało uznać za sprzeczny z art. 433 pkt 3 Pzp. Stosownie do dyspozycji ww. przepisu, wykonawca nie może bowiem ponosić

odpowiedzialności za niedopełnienie obowiązków przez zamawiającego. Do takiego zaś skutku doprowadzić mogłoby kwestionowane przez odwołującego II ograniczenie.

Wobec powyższego I zba nakazała zamawiającemu wykonanie czynności zmiany obecnego ust. 1.5 Załącznika nr 17 do Projektu umowy przez wykreślenie z jego treści słów: „w żadnym razie nie przekroczy jednak kwoty 0,007% Wynagrodzenia Wykonawcy wynikającego z Oferty w przeliczeniu na jeden dzień wydłużenia”.

Zarzuty skierowane przeciwko dokumentacji postępowania, o której mowa w pkt (1) o odwołania, wskazanej na str. 2 odwołania.

Izba uznała za chybione zarzuty skierowane przeciwko treści ust. 1 Załącznika nr 8 do Projektu umowy.

Stosownie do zaskarżonego w odwołaniu ust. 1 załącznika nr 8 do Projektu umowy: „W przypadku stwierdzenia warunków geologicznych, gruntowych i geotechnicznych oraz uzbrojenia Terenu budowy, w tym wykopaliisk archeologicznych, zabytków, niewybuchów, niewypałów, istotnie odmiennych w stosunku do warunków opisanych w PFU i Dokumentach Zamawiającego, które uniemożliwiają Wykonawcy realizację Prac zgodnie z Umową lub powodują po stronie Wykonawcy istotne zwiększenie kosztów lub opóźnienie, oraz w przypadku jakichkolwiek innych istotnych okoliczności, które mogą przeszkodzić realizacji Prac zgodnie z Umową, Wykonawca, pod rygorem braku możliwości powoływania się na te okoliczności w dalszym wykonaniu Umowy, w tym wygaśnięcia roszczeń, powinien niezwłocznie, nie później niż w terminie 3 dni od zidentyfikowania ww. okoliczności, zawiadomić o tym fakcie Zamawiającego. Wykonawca będzie każdorazowo wskazywał rozwiązania eliminujące lub ograniczające zidentyfikowane zagrożenie (w powyższym zawiadomieniu, chyba że wskazanie takiego rozwiązania będzie możliwe lub opóźni moment zawiadomienia Zamawiającego o przeszkodzie). Po otrzymaniu takiego zawiadomienia, Zamawiający podejmie niezbędne decyzje dotyczące sposobu dalszej realizacji Prac oraz przeciwdziałania okolicznościom, które mogą przeszkodzić realizacji Prac zgodnie z Umową. Strony ustalają, że w przypadku wystąpienia okoliczności, które mogą przeszkodzić realizacji Prac zgodnie z Umową, Wykonawca nie będzie uprawniony do wstrzymania realizacji wszelkich Prac wchodzących w zakres Przedmiotu Umowy, a jedynie takich Prac, na które oddziałują wspomniane powyżej przeszkody w sposób uniemożliwiający prowadzenie prac lub skutkujący nienależytym ich wykonaniem. Wstrzymanie realizacji całości lub części Prac będzie każdorazowo wymagało decyzji Zamawiającego podejmowanej w trybie opisanym poniżej dla Zawieszenia Wykonania.”

W pierwszej kolejności odwołujący II zakwestionował skonstruowanie przez zamawiającego w ust. 1 załącznika nr 8 trzydniowego terminu, w którym wykonawca, pod rygorem braku możliwości powoływania się na te okoliczności w dalszym wykonaniu Umowy, w tym wygaśnięcia roszczeń, powinien niezwłocznie zawiadomić zamawiającego o wystąpieniu okoliczności wskazanych szczegółowo w ww. postanowieniu.

Zdaniem odwołującego II zaskarżone postanowienie ustanawiające 3-dniowy umowny termin na zgłaszanie roszczeń zamawiającemu w zakresie, w jakim wiąże z jego upływem wygaśnięcie roszczeń wykonawcy, miało pozostawać w sprzeczności z postanowieniami k.c. o niedopuszczalności modyfikacji terminów przedawnienia w drodze czynności prawnej.

Izba stwierdziła, że zarzut tak uzasadniony przez odwołującego II pozostawał w sprzeczności z treścią żądania zawartego w odwołaniu. Pomimo tezy o niedopuszczalności formułowania takiego rodzaju terminów odwołujący II nie domagał się ich usunięcia, ale jedynie wydłużenia terminu z 3 dni do 28 dni. Izba stwierdziła zatem, że przywołana wyżej podstawa faktyczna zarzutu pozostawała niespójna z treścią żądania sformułowanego przez samego odwołującego II. Zdaniem Izby, w przypadku formułowania zarzutów wobec treści dokumentacji postępowania, zadaniem wykonawcy jest także należyte uzasadnienie i wykazanie zasadności żądania, czego zabrakło.

Niezależnie od powyższego Izba stwierdziła, że przykładowo w wyroku Sądu Najwyższego z dnia 27 kwietnia 2023 r. sygn. akt II CSKP 70/23 37 Sąd Najwyższy wyraził pogląd o dopuszczalności zastrzeżenia na podstawie art. 353<sup>1</sup> KC umownego terminu zawitego do dokonania umownego aktu staranności, pod rygorem utraty określonego uprawnienia. Zaznaczenia w tym kontekście wymaga, że w orzecznictwie Sądu Najwyższego wyrażono pogląd, że przewidziany w klauzuli 20.1 wzorca umownego FIDIC termin do zawiadomienia zamawiającego przez wykonawcę o okolicznościach uzasadniających przedłużenie terminu na wykonanie robót lub uzasadniającym wynagrodzenie za roboty dodatkowe jest umownym terminem zawitym do dokonania umownego aktu staranności, pod rygorem utraty określonego uprawnienia. Co do zasady zastrzeżenie takich umownych terminów jest na gruncie zasady swobody umów dopuszczalne (art. 353<sup>1</sup> k.c.). Jego skuteczność podlega jednak badaniu na gruncie konkretnego stosunku umownego (zob. m.in. wyrok Sądu Najwyższego z 23 marca 2017 r., V CSK 449/16, OSNC ZD 2017, nr D, poz. 67 oraz uzasadnienie uchwały Sądu Najwyższego z 22 czerwca 2016 r., III CZP 19/16, OSNC 2017, nr 4, poz. 42). Nie można było zgodzić się zatem z odwołującym II, jakoby tylko jego pogląd był poglądem ukształtowanym tak w orzecznictwie, jak i wśród przedstawicieli doktryny. Izba wzięła pod uwagę także fakt, że zaskarżone postanowienie co do zasady było odpowiednikiem szeroko stosowanej klauzuli 20.1 wzorca umownego FIDIC.

Dostrzeżenia wymagało również, że w dniu 9 września 2024 r. zamawiający dokonał kolejnej modyfikacji spornego postanowienia, w której sprecyzował (ograniczył) skutek niedochowania omawianego terminu. Zamawiający uściślił bowiem, że chodzi o brak możliwości powoływania się przez wykonawcę na przedstawione wyżej okoliczności, w celu wykazania braku winy Wykonawcy za opóźnienie, wydłużenia terminów wykonywania Umowy, zwiększenia wynagrodzenia lub uzyskania jakiegokolwiek innej płatności od Zamawiającego. Skutek niedochowania terminu został zatem na moment wyrokowania ograniczony przez zamawiającego.

Odnośnie żądania wydłużenia terminu do 28 dni Izba uznała to żądanie za niezasadne. W pierwszej kolejności dostrzeżenia wymagało, że odwołujący II w treści odwołania nie przedstawił jakiegokolwiek uzasadnienia faktycznego dla swego żądania. Wobec powyższego nie było wiadomo dlaczego należałoby wydłużyć sporny termin akurat do 28 dni. W odwołaniu odwołujący II wskazywał tylko, że termin 3 dniowy jest zbyt krótki, z czym zresztą zgodził się zamawiający. W tym kontekście dostrzeżenia wymagało bowiem, że na mocy modyfikacji SWZ z dnia 26 sierpnia 2024 r. sporny termin został wydłużony przez zamawiającego z 3 dni do 14 dni. Wobec nieprzedstawienia argumentacji i niewykazania zasadności żądania Izba uznała zarzut w ww. części za niezasadny.

W dalszej kolejności Izba uznała za bezzasadne żądanie wykreślenia z ust. 1 załącznika nr 8 do Projektu umowy słów „istotnie”. Owszem, można było zgodzić się z odwołującym II, że sformułowanie „istotnie” pozostawia pewną dozę do interpretacji. Odwołujący II nie dostrzegł jednak, że w razie wykreślenia ww. słów z ust. 1 załącznika nr 8 do Projektu umowy, niekorzystny dla wykonawców skutek niedochowania terminu odnosiłby się nie tylko do przypadku stwierdzenia warunków „istotnie” odmiennych w stosunku do warunków opisanych w PFU i Dokumentach Zamawiającego. Usunięcie tych słów spowodowałoby, że skutek ten zachodziłby w każdym przypadku, a nie tylko przypadku „istotnym”. Modyfikacja SWZ w kierunku postulowanym przez odwołującego II doprowadziłaby zatem do odwrotnego skutku, niż wykonawca oczekiwał. Kierując się powyższymi rozważaniami Izba stwierdziła, że zarzut nie zasługuje na uwzględnienie.

W odniesieniu do zarzutów odnoszących się do treści ust. 6 Załącznika nr 8 do Projektu umowy Izba uznała za niezasadne żądanie odwołującego II, aby ograniczyć uprawnienie zamawiającego do zawieszania wykonywania Umowy jedynie do przypadków istnienia technicznej możliwości czasowego wstrzymania wykonywania Prac przy Zamówieniu i do przypadku zajścia przyczyny uzasadniającej zawieszenie wykonywania Umowy.

Stosownie do zaskarżonego ust. 6 Załącznika nr 8 do Projektu umowy, „Zamawiający może, w dowolnym momencie obowiązywania Umowy zawiesić wykonywanie Umowy:

- 1) z dowolnej przyczyny (w szczególności w przypadku konieczności wstrzymania realizacji Robót budowlanych wynikającej z wydania decyzji administracyjnej, decyzji organu postępowania przygotowawczego lub orzeczenia sądowego, braku możliwości rozpoczęcia części Robót budowlanych wynikającej z opóźnienia realizacji innych prac realizowanych na zlecenie Zamawiającego lub na zlecenie osób trzecich), zawiesić wykonywanie Umowy w zakresie PB3, PB8 i PB9 szerzej opisanych w zał. nr 21 do PFU; (...).”

Odwołujący II domagał się ograniczenia uprawnienia zamawiającego do zawieszania wykonywania umowy jedynie do przypadków istnienia technicznej możliwości czasowego wstrzymania wykonywania Prac przy Zamówieniu i do przypadku zajścia przyczyny uzasadniającej zawieszenie wykonywania Umowy.

Jak słusznie wskazał zamawiający w odpowiedzi na odwołanie zawieszenie i wznowienie robót jest klasyczną instytucją tzw. czerwonego FIDIC-a, dozwoloną na zasadzie swobody zawierania umów. Nie jest to zatem rozwiązanie niespotykane, a wręcz przeciwnie, dosyć często stosowane. Zdaniem Izby wydanie polecenia zawieszenia robót nie musi wskazywać uzasadnienia tego zawieszenia. Zastosowanie instytucji zawieszenia nie powinno być także limitowane koniecznością wystąpienia określonych przesłanek. Izba wzięła pod uwagę, że to zamawiający odpowiada za realizację kontraktu. Realizacja zamierzenia inwestycyjnego nie jest także zawieszona w próżni. Mogą zdarzyć się sytuacje, w których zamawiający powinien mieć prawo zawieszenia wykonywania prac. Kierując się powyższymi rozważaniami Izba stwierdziła, że zarzut w tym zakresie nie zasługiwał na uwzględnienie.

Izba uznała za zasadny zarzut w części dotyczącej postanowienia ust. 6 pkt 4 Załącznika nr 8 do Projektu umowy.

Stosownie do zaskarżonego ust. 6 pkt 4 załącznika nr 8 do Projektu umowy, W okresie Zawieszenia Wykonania Zamawiający nie będzie płacił Wykonawcy Wynagrodzenia za Przedmiot Umowy. W przypadku opisanym w pkt. 6.1) powyżej, w okresie od 61 dnia Zawieszenia Wykonania do końca okresu Zawieszenia Wykonania (nie dłużej niż w okresie wskazanym w pkt. 9 powyżej) Zamawiający zobowiązuje się jedynie pokryć racjonalną część kosztów, zgodnie ze stawką określoną w § 5 ust. 1 lit. b) Umowy i w formularzu cenowym. W przypadku Zawieszenia Wykonania w części stawka będzie wypłacana proporcjonalnie do wartości zawieszonych Prac. Do 60 dni Zawieszenia Wykonania stawka za zawieszenie nie będzie wypłacana Wykonawcy. Stawka za zawieszenie nie podlega waloryzacji.

Zamawiający w zaskarżonym postanowieniu uregulował, że dopiero w okresie od 61 dnia Zawieszenia Wykonania do końca okresu Zawieszenia Wykonania zobowiązuje się pokryć racjonalną część kosztów, zgodnie ze stawką określoną w § 5 ust. 1 lit. b) Umowy i w formularzu cenowym. Zamawiający w skarżonym postanowieniu jednoznacznie przesądził

także, że do 60 dni Zawieszenia Wykonania stawka za zawieszenie nie będzie wypłacana Wykonawcy. Odwołujący II domagał się wykreślenia omawianego ograniczenia.

Jak już wcześniej wskazano, zamawiający zastrzegł sobie prawo do dowolnego zawieszenia robót, które to prawo Izba, co do zasady, uznała za zasadne. Jednakże, co nie było sporne, w sytuacji zawieszenia robót, wykonawca ponosi wynikające z tego koszty. W sytuacji, w której zawieszenie robót zależy tylko od arbitralnej decyzji zamawiającego, wykonawcy już od pierwszego dnia wstrzymania robót powinno przysługiwać prawo do pokrycia wynikających z tej decyzji kosztów. Przypomnienia wymagało, że zgodnie z art. 433 pkt 3 Pzp, postanowienia umowy nie mogą przewidywać odpowiedzialności wykonawcy za okoliczności, za które wyłączną odpowiedzialność ponosi zamawiający. Przerzucenie na wykonawcę konieczności pokrycia kosztów za pierwsze 60 dni zawieszenia robót, które wynika z arbitralnej decyzji zamawiającego, naruszałoby dyspozycję ww. przepisu. Podkreślenia wymagało przy tym, że w razie wstrzymania robót, znacząca część kosztów ich zabezpieczenia ponoszona jest przez wykonawcę bezpośrednio po takim wstrzymaniu. Przy wyrokowaniu Izba wzięła także pod uwagę fakt, że w Warunkach kontraktowych dla budowy dla robót inżynierjno-budowlanych projektowanych przez zamawiającego w przypadku podjęcia przez inwestora arbitralnej decyzji o wstrzymaniu prac, wykonawcy należy się zwrot poniesionych z tego tytułu kosztów (por. klauzule nr 8.8.-8.12 ww. Warunków, złożonych w charakterze dowodu przez odwołującego II).

Wobec powyższego Izba nakazała zamawiającemu wykonanie czynności zmiany w ust. 6 pkt 4 Załącznika nr 8 do Projektu umowy tak aby to postanowienie w przypadku Zawieszenia Wykonania z przyczyn określonych w pkt. 6.1 Załącznika nr 8 uwzględniało pokrycie przez Zamawiającego rzeczywistych kosztów wykonawcy poniesionych w okresie Zawieszenia Wykonania, których poniesienie było konieczne w okresie Zawieszenia Wykonania (w tym kosztów ogólnych) od momentu Zawieszenia Wykonania oraz aby wykonawca zachował w tym zakresie prawo do dochodzenia

odszkodowania za szkodę poniesioną w związku z Zawieszeniem Wykonania wobec Zamawiającego jak i osób trzecich.

Izba postanowiła umorzyć postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutów skierowanych przeciwko dokumentacji postępowania, o której mowa w pkt (1) r odwołania, wskazanej na str. 2 odwołania na podstawie art. 568 pkt 2 Pzp.

Zarzuty te zostały skierowane przeciwko postanowieniu ust. 6 Załącznika nr 11 [Podwykonawcy] do Projektu umowy. Dostrzeżenia wymagało, że po wniesieniu odwołania, w dniu 26 sierpnia 2024 r. zamawiający dokonał modyfikacji ust. 6 załącznika nr 11 do Projektu umowy nadając mu brzmienie: Wykonawca zapewnia i gwarantuje, że zwróci Zamawiającemu w całości wszelkie kwoty wypłacone Podwykonawcom (w tym dalszym

Podwykonawcom) przez Zamawiającego na podstawie art. 465 ustawy PZP oraz art. 647<sup>1</sup> Kodeksu cywilnego.

W trakcie rozprawy w dniu 10 września 2024 r. odwołujący II oświadczył, że dokonana przez zamawiającego modyfikacja go satysfakcjonuje i wniósł o umorzenie postępowania odwoławczego na podstawie art. 568 pkt 2 Pzp, jako zbędnego.

Zasadne okazały się w zarzuty dotyczące przewidzenia przez zamawiającego w SWZ możliwości ograniczenia zakresu zamówienia bez wskazania minimalnej wielkości lub wartości, wskazane w pkt II. k), str. 5 odwołania.

Przypomnienia wymagało, że zgodnie z art. 433 pkt 4 Pzp, Projektowane postanowienia umowy nie mogą przewidywać możliwości ograniczenia zakresu zamówienia przez zamawiającego bez wskazania minimalnej wartości lub wielkości świadczenia stron.

Jak jednoznacznie wynikało z przywołanego przepisu, ustawodawca dopuścił możliwość ograniczenia zakresu zamówienia przez zamawiającego. Jednakże w tej sytuacji obowiązkiem zamawiającego jest wskazanie w dokumentacji minimalnej wartości lub wielkości świadczenia stron.

Zamawiający w trakcie rozprawy utrzymywał, że dyspozycję tego przepisu wypełnił wprowadzając w dniu 9 września 2024 r. postanowienie ust. 3.6 załącznika nr 17 do Projektu umowy. Stosownie do ww. postanowienia:

3.6 Poleceniem zmiany nie mogą być wprowadzone i wymagają zawarcia aneksu do Umowy następujące zmiany:

- (1) zmiany, w wyniku których łączne wynagrodzenie Wykonawcy miałyby, po zbilansowaniu zmian zwiększających ze zmianami zmniejszającymi, przekroczyć kwotę, o której mowa w §5 ust. 1 lit. c,
- (2) zmiany powodujące skrócenie Terminów lub konieczność zmiany terminu wykonania całości Przedmiotu Umowy określonego w §4 ust. 1 pkt. 3 zd. 1 części głównej Umowy,
- (3) zmiany zakresu prac w wyniku których wysokość wynagrodzenia Wykonawcy, po zbilansowaniu zmian zmniejszających ze zmianami zwiększającymi, spadnie poniżej 5% wysokości tego wynagrodzenia wg stanu na dzień zawarcia Umowy.

Zdaniem Izby analiza przywołanego wyżej postanowienia prowadziła do wniosku, że -wbrew twierdzeniom zamawiającego - nie realizuje ono dyspozycji art. 433 pkt 4 Pzp. Z postanowienia tego nie wynikało bowiem, aby jakkolwiek część świadczenia była gwarantowana. Według Izby w analizowanym postanowieniu zamawiający uregulował jedynie, że niektóre zmiany wymagać będą aneksu do umowy, a inne mogą być dokonywane w trybie tzw. Polecenia zmiany. W zaskarżonym postanowieniu zamawiający doprecyzował, w jakich okolicznościach będą stosowane obydwie tryby. Powyższa regulacja nie przesądzała jednak o tym, aby jakkolwiek część świadczenia była gwarantowana.

Kierując się powyższymi rozważaniami Izba stwierdziła, że zarzut zasługuje na uwzględnienie. W konsekwencji Izba nakazała zamawiającemu wykonanie czynności zmiany SWZ przez wskazanie minimalnej wielkości lub wartości świadczenia stron.

Stosownie do art. 553 ustawy Pzp, o oddaleniu odwołania lub jego uwzględnieniu Izba orzeka w wyroku. W pozostałych przypadkach Izba wydaje postanowienie.

Zgodnie z przepisem art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, Krajowa Izba Odwoławcza uwzględnia odwołanie w całości lub w części, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, konkursu lub systemu kwalifikowania wykonawców.

W obu sprawach stwierdzone przez Izbę naruszenia ustawy Pzp mogą mieć istotny wpływ na wynik postępowania.

W świetle art. 554 ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp, uwzględniając odwołanie, Izba może jeżeli umowa nie została zawarta:

- a) nakazać wykonanie lub powtórzenie czynności zamawiającego albo
- b) nakazać unieważnienie czynności zamawiającego, albo
- c) nakazać zmianę projektowanego postanowienia umowy albo jego usunięcie, jeżeli jest niezgodne z przepisami ustawy.

Na ww. podstawie Izba nakazała zamawiającemu wykreślenie lub zmianę projektowanych postanowień umownych w

sposób wskazany pkt 2, 8.2., 9, 10.2., 11.2.1., 13 sentencji wyroku. Wobec powyższego, na podstawie art. 554 ust. 1 pkt 1 i art. 554 ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp, orzeczono jak w pkt 2, 8.2., 9, 10.2., 11.2.1., 13 sentencji.

Odnosnie zarzutów i żądań, których Izba nie podzieliła, na podstawie art. 554 ust. 2 ustawy Pzp, orzeczono jak w pkt 3, 6, 7.2., 8.1.2., 11.1., 11.2.2. sentencji. Stosownie do przywoływanego przepisu, w przypadku uwzględnienia odwołania w części, w sentencji wyroku Izba wskazuje, które zarzuty uznała za uzasadnione, a które za nieuzasadnione.

Zgodnie z art. 557 ustawy Pzp, w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego. Z kolei w świetle art. 575 ustawy Pzp, strony oraz uczestnik postępowania odwoławczego wnoszący sprzeciw ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku.

Jak wskazuje się w piśmiennictwie, reguła ponoszenia przez strony kosztów postępowania odwoławczego stosownie do wyników postępowania odwoławczego oznacza, że „obowiązuje w nim, analogicznie do procesu cywilnego, zasada odpowiedzialności za wynik procesu, według której koszty postępowania obciążają ostatecznie stronę „przegrywającą” sprawę (por. art. 98 § 1 k.p.c.)” Jarosław Jerzykowski, Komentarz do art.192 ustawy - Prawo zamówień publicznych, w: Dzierżanowski W., Jerzykowski J., Stachowiak M. Prawo zamówień publicznych. Komentarz, LEX, 2014, wydanie VI.

W obu sprawach Izba uwzględniła częściowo odwołanie. Stosownie do § 7 ust. 5 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) Izba może w uzasadnionych przypadkach odstąpić od rozdzielenia kosztów w sposób, o którym mowa w ust. 1 pkt 3 oraz ust. 2–4, w szczególności jeżeli przemawia za tym rodzaj zarzutów uwzględnionych przez Izbę lub ich waga dla rozstrzygnięcia odwołania.

Biorąc pod uwagę rodzaj zarzutów i ich wagę Izba uznała za zasadne obciążenie kosztami postępowania w każdej ze spraw odwołującego i zamawiającego po połowie.

Na koszty każdego z postępowań składał się wpis od odwołania uiszczony przez odwołującego w kwocie 20.000 zł, oraz wynagrodzenie pełnomocnika odwołującego w kwocie 3.600 zł i pełnomocnika zamawiającego w kwocie 3.600 zł, ustalone na podstawie rachunków i spisów kosztów złożonych do akt sprawy (łącznie 27.200 zł).

Każdy z odwołujących poniósł dotychczas koszty postępowania odwoławczego w wysokości 23.600 zł, tytułem wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika, tymczasem odpowiadał za nie jedynie do wysokości 13.600 zł (27.200 x 1/2). Wobec powyższego Izba zasądziła od zamawiającego na rzecz każdego z odwołujących kwotę 10.000 zł (23.600 zł – 13.600 zł), stanowiącą różnicę pomiędzy kosztami poniesionymi dotychczas przez każdego z odwołujących, a kosztami postępowania, za jakie odpowiadał w świetle jego wyniku.

Biorąc powyższe pod uwagę, o kosztach postępowań odwoławczych orzeczono stosownie do wyniku postępowań - na podstawie art. 557 oraz art. 575 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 11 w zw. § 7 ust. 5 w zw. z § 5 pkt 2 lit. b w 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).

Wobec powyższego orzeczono jako w sentencji.

Przewodniczący: .....