Sygn. akt: KIO 4141/24
KIO 4145/24
KIO 4155/24

Wyrok

Warszawa, dnia 6 grudnia 2024 roku

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodnicząca: Katarzyna Poprawa
Anna Kuszel-Kowalczyk
Aleksandra Patyk

Protokolantka:Wiktoria Ceyrowska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 2 grudnia 2024 roku w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej:

A. w dniu 6 listopada 2024 roku przez wykonawcę **Unibep Spółka Akcyjna z siedzibą w Bielsku Podlaskim**, sygn. akt: KIO 4141/24

B.w dniu 7 listopada 2024 roku przez wykonawcę **Dekpol Budownictwo Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Pinczynie,** sygn. akt: KIO 4145/24

C. w dniu 7 listopada 2024 roku przez wykonawcę **Warbud Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie,** sygn. akt: KIO 4155/24

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Miejski Zakład Komunikacji w Koninie Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Koninie**

przy udziale Uczestników po stronie odwołującego:

A.Budimex Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 4141/24, KIO 4145/24 oraz KIO 4155/24

B.Elektrometal Spółka Akcyjna z siedzibą w Cieszynie zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 4141/24, KIO 4145/24 oraz KIO 4155/24

C.Warbud Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 4141/24 oraz KIO 4145/24

D.Unibep Spółka Akcyjna z siedzibą w Bielsku Podlaskim zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 4145/24 oraz KIO 4155/24

E.Torpol Spółka Akcyjna z siedzibą w Poznaniu zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 4145/24 oraz KIO 4155/24

orzeka:

KIO 4141/24

1.uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu modyfikację treści Specyfikacji Warunków Zamówienia, Projektu Umowy oraz Ogłoszenia o zamówieniu poprzez wykreślenie zastrzeżenia obowiązku osobistego wykonania przez Wykonawcę kluczowych zadań dotyczących przedmiotu zamówienia, tj. robót budowlanych instalacji wodorowej wraz z instalacją elektrolizera oraz kotłowni wodorowej, przewidzianych w pkt 2.1 ppkt 9 Ogłoszenia o zamówieniu, pkt 2 ppkt 16, pkt 2 ppkt 17, pkt 9 ppkt 1 Specyfikacji Warunków Zamówienia oraz § 4 ust. 2 Projektu Umowy,

2.kosztami postępowania obciąża zamawiającego Miejski Zakład Komunikacji w Koninie Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Koninie i:

2.1.zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego Unibep Spółka Akcyjna z siedzibą w Bielsku Podlaskim tytułem wpisu od odwołania, oraz kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez odwołującego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika.

2.2.zasądza od zamawiającego Miejskiego Zakładu Komunikacji w Koninie Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Koninie na rzecz odwołującego, Unibep Spółka Akcyjna z siedzibą w Bielsku Podlaskim kwotę 23 600 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

KIO 4145/24

1.umarza postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutu podniesionego w pkt 6.2 petitum odwołania,

2.uwzględnia odwołanie w zakresie zarzutów podniesionych w petitum odwołania:

w pkt 6.1; w pkt 6.3 w zakresie § 15 ust 1 lit. c), lit. e), lit. f), § 15 ust. 4 Projektu Umowy; w pkt 6.4, w pkt 6.5 i nakazuje zamawiającemu dokonanie modyfikacji:

2.1.§ 12 ust. 7 lit. f Projektu Umowy poprzez określenie maksymalnej zmiany wartości wynagrodzenia, jaką dopuszcza Zamawiający w efekcie zastosowania postanowień o zasadach wprowadzenia zmian w wysokości

wynagrodzenia nie mniejszej niż 7% względem ceny lub kosztu przyjętych w celu ustalenia wynagrodzenia wykonawcy zawartego w ofercie,

2.2. § 15 ust 1 lit. c) Projektu Umowy w sposób warunkujący możliwość naliczania kar umownych za zwłokę w zakończeniu poszczególnych Kamieni milowych w stosunku do wartości poszczególnych Kamieni milowych oraz dopuszczający ich anulowanie
w przypadku dotrzymania przez Wykonawcę terminu realizacji Przedmiotu Umowy,
o którym mowa w § 2 ust. 1 Umowy,

2.3. § 15 ust 1 lit. e) Projektu Umowy poprzez odniesienie wysokości kary umownej za brak zapłaty wynagrodzenia należnego Podwykonawcom lub dalszym Podwykonawcom do wynagrodzenia brutto Podwykonawcy lub dalszego Podwykonawcy,

2.4. § 15 ust 1 lit. f) Projektu Umowy poprzez odniesienie wysokości kary umownej za nieterminową zapłatę wynagrodzenia należnego Podwykonawcy lub dalszemu Podwykonawcy do wynagrodzenia brutto Podwykonawcy lub dalszego Podwykonawcy,

2.5. § 15 ust. 4 Projektu Umowy poprzez przyznanie równego dla obu Stron Umowy prawa do dochodzenia odszkodowania przenoszącego wartość naliczonej kary umownej
w przypadku gdy szkoda przewyższa wartość kary,

2.6. Poprzez wykreślenie z pkt 3.8 Specyfikacji Warunków Zamówienia słów *„bez uwag",*

2.7. § 7 ust. 13 Projektu Umowy poprzez zastąpienie słów: *„może dokonać odbioru*" słowami: *„dokona odbioru",*

2.8. § 7 ust. 30 Projektu Umowy poprzez wykreślenie zdania: *„Do czasu usunięcia wad lub odbioru napraw dokonanych przez podmiot trzeci Zamawiający jest uprawniony do wstrzymania wypłaty odpowiedniej części Wynagrodzenia",*

2.9. § 8 ust. 3 lit. a) Projektu Umowy poprzez wykreślenie słów: *„bez uwag lub usterek,*
a w przypadku określonym w § 7 ust. 30 – protokolarnego potwierdzenia usunięcia wszystkich wad lub usterek stwierdzonych Protokołem odbioru końcowego",

2.10. § 9 ust. 1 Projektu Umowy poprzez wykreślenie słów: *„bez uwag lub zastrzeżeń",*

2.11. § 10 ust. 13 Projektu Umowy poprzez wykreślenie w zdaniu pierwszym słów: *„bez wad lub usterek"* oraz lit. a) tiret pierwsze i trzecie wykreślenie słów: *„oraz zaakceptowaniu bez uwag i zastrzeżeń",*

2.12. § 10 ust. 14 Projektu Umowy poprzez wykreślenie słów: *„bez uwag lub zastrzeżeń",*

2.13. § 10 ust. 18 Projektu Umowy poprzez wykreślenie słów: *„bez wad lub usterek",*

2.14. § 10 ust. 17 Projektu Umowy poprzez uzależnienie wstrzymania dokonania płatności częściowej do czasu uzupełnienia dokumentacji, w części odpowiadającej sumie kwot wynikających z nieprzedstawionych dowodów zapłaty Podwykonawcom i dalszym podwykonawcom,

2.15. § 2 ust. 3 Załącznik nr 5 do Umowy – Wzór Karty Gwarancyjnej poprzez wykreślenie słów: *„bez uwag oraz bez wad lub usterek",*

2.16. § 5 ust. 1 Załącznik nr 5 do Umowy – Wzór Karty Gwarancyjnej poprzez wykreślenie słów: *„bez uwag lub usterek",*

oraz w konsekwencji powyższego, odpowiednią zmianę innych postanowień Specyfikacji Warunków Zamówienia oraz Projektu Umowy uzależniających zapłatę wynagrodzenia wykonawcy w jakimkolwiek zakresie, zwrot zabezpieczenia należytego wykonania umowy lub rozpoczęcie biegu okresu gwarancji i rękojmi od dokonania odbioru Przedmiotu Umowy bez wad lub usterek, bez uwag lub bez zastrzeżeń.

W pozostałym zakresie oddala odwołanie.

3. kosztami postępowania obciąża zamawiającego Miejski Zakład Komunikacji w Koninie Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Koninie i:

3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego Dekpol Budownictwo Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą

w Pinczynie tytułem wpisu od odwołania, kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez odwołującego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika oraz kwotę 1 019 zł 15 gr (słownie: tysiąc dziewiętnaście złotych piętnaście groszy) tytułem kosztów związanych z dojazdem na rozprawę,

3.2.zasądza od zamawiającego Miejskiego Zakładu Komunikacji w Koninie Spółka

z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Koninie na rzecz odwołującego, Dekpol Budownictwo Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą

w Pinczynie kwotę 24 619 zł 15 gr (słownie: dwadzieścia cztery tysiące sześćset dziewiętnaście złotych piętnaście groszy groszy) poniesioną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania, wynagrodzenia pełnomocnika oraz kosztów związanych z dojazdem na rozprawę.

KIO 4155/24

1.umarza postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutu podniesionego w pkt 4 petitum odwołania,

2.uwzględnia odwołanie w zakresie zarzutów podniesionych w petitum odwołania:

w pkt 1, 2, 3, 5, 6, 7, 8, 9, i częściowo 10 i nakazuje zamawiającemu dokonanie modyfikacji:

2.1.treści Specyfikacji Warunków Zamówienia, Projektu Umowy oraz Ogłoszenia

o zamówieniu poprzez wykreślenie zastrzeżenia obowiązku *osobistego wykonania przez Wykonawcę kluczowych zadań dotyczących przedmiotu zamówienia, tj. robót budowlanych instalacji wodorowej wraz z instalacją elektrolizera oraz kotłowni wodorowej,* przewidzianych w pkt 2.1 ppkt 9 Ogłoszenia o zamówieniu, pkt 2 ppkt 16, pkt 2 ppkt 17, pkt 9 ppkt 1 Specyfikacji Warunków Zamówienia oraz

§ 4 ust. 2 Projektu Umowy,

2.2.§ 7 ust. 13 Projektu Umowy poprzez zastąpienie słów: *„może dokonać odbioru*" słowami: *„dokona odbioru",*

2.3.§ 8 ust. 3 lit. a) Projektu Umowy poprzez wykreślenie słów: *„bez uwag lub usterek,*

a w przypadku określonym w § 7 ust. 30 – protokolarnego potwierdzenia usunięcia wszystkich wad lub usterek stwierdzonych Protokołem odbioru końcowego",

2.4.§ 9 ust. 1 Projektu Umowy poprzez wykreślenie słów: *„bez uwag lub zastrzeżeń",*

2.5.§ 10 ust. 13 Projektu Umowy poprzez wykreślenie w zdaniu pierwszym słów: *„bez wad lub usterek*" oraz lit. a) tiret pierwsze i trzecie wykreślenie słów: *„oraz zaakceptowaniu bez uwag i zastrzeżeń",*

2.6.§ 10 ust. 14 Projektu Umowy poprzez wykreślenie słów: *„bez uwag lub zastrzeżeń",*

2.7.§ 10 ust. 18 Projektu Umowy poprzez wykreślenie słów*: „bez wad lub usterek",*

2.8.§ 10 ust. 17 Projektu Umowy poprzez uzależnienie wstrzymania dokonania płatności częściowej do czasu uzupełnienia dokumentacji, w części odpowiadającej sumie kwot wynikających z nieprzedstawionych dowodów zapłaty Podwykonawcom i dalszym podwykonawcom,

2.9.§ 18 ust. 7 Projektu Umowy poprzez wprowadzenie postanowień przyznających wykonawcy roszczenie o zapłatę przez Zamawiającego kosztów ogólnych, tj. kosztów związanych bezpośrednio lub pośrednio z realizacją Umowy (w szczególności koszty ubezpieczenia, zabezpieczenia należytego wykonania Umowy, koszty związane

z prowadzeniem biura, sprzętem oraz środkami transportu i łączności, koszty pracownicze i zarządu), o ile do opóźnienia / przedłużenia realizacji przedmiotu umowy doszło z przyczyn, za które wykonawca odpowiada,

2.10.§ 3 ust. 3 Projektu Umowy poprzez wykreślenie zdania: *„Brak wyjaśnienia wątpliwości przez Zamawiającego nie powoduje wyłączenia lub ograniczenia odpowiedzialności Wykonawcy za należyte wykonanie zobowiązań wynikających z niniejszej Umowy*";

2.11.§ 1 ust. 10 Projektu Umowy poprzez jego wykreślenie,

2.12.§ 10 ust. 5 Projektu Umowy poprzez wykreślenie zdania:*„Strony wyłączają niniejszym zastosowanie art. 405 Kodeksu cywilnego w odniesieniu do elementów nieobjętych Przedmiotem Umowy, a wykonanych przez Wykonawcę przy okazji realizacji Przedmiotu Umowy, jeżeli nie zostały przez Zamawiającego zlecone Wykonawcy*

w oparciu o ważną umowę",

2.13.§ 12 ust. 7 lit. f Projektu Umowy poprzez określenie maksymalnej zmiany wartości wynagrodzenia, jaką dopuszcza Zamawiający w efekcie zastosowania postanowień o zasadach wprowadzenia zmian w wysokości wynagrodzenia nie mniejszej niż 7% względem ceny lub kosztu przyjętych w celu ustalenia wynagrodzenia wykonawcy zawartego w ofercie,

2.14.§ 15 ust 1 lit. c) Projektu Umowy w sposób warunkujący możliwość naliczania kar umownych za zwłokę w zakończeniu poszczególnych Kamieni milowych w stosunku do wartości poszczególnych Kamieni milowych oraz dopuszczający ich anulowanie

w przypadku dotrzymania przez Wykonawcę terminu realizacji Przedmiotu Umowy.

W pozostałym zakresie oddala odwołanie.

3.kosztami postępowania obciąża zamawiającego Miejski Zakład Komunikacji w Koninie Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Koninie i:

3.1.zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego Warbud Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie tytułem wpisu od odwołania, oraz kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez odwołującego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika.

3.2.zasądza od zamawiającego Miejskiego Zakładu Komunikacji w Koninie Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Koninie na rzecz odwołującego, Warbud Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie kwotę 23 600 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

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 4141/24
KIO 4145/24
KIO 4155/24

Uzasadnienie

Zamawiający – Miejski Zakład Komunikacji w Koninie Sp. z o.o. prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na zadanie pn: „Budowa zajezdni autobusowej wraz z towarzyszącą jej infrastrukturą oraz budowa stacji tankowania wodoru", numer postępowania: MZK-OPZ/111/2024 zwane dalej „Postępowaniem". Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 28 października 2024 r. pod numerem 654321-2024, numer wydania: DZ.U.S: 210/2024.Postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego zgodnie z ustawą dnia 11 września 2019 roku Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2024 r., poz. 1320 t.j.) dalej zwaną „Pzp" lub „ustawą".

Odwołanie o sygn. akt: KIO 4141/24

W dniu 6 listopada 2024 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej zostało wniesione odwołanie przez wykonawcę UNIBEP S.A. z siedzibą w Bielsku Podlaskim zwanego dalej „Odwołującym Unibep" czynnośc Zamawiającego w postępowaniu polegających na

1)niezasadnym zastrzeżeniu w pkt 2.1 ppkt 9 Ogłoszenia o zamówieniu oraz w pkt 2 ppkt 16 oraz pkt 9 ppkt 1 Specyfikacji Warunków Zamówienia (dalej jako: "SWZ") oraz S 4 ust. 2 wzoru umowy obowiązku osobistego wykonania przez wykonawcę robót budowlanych w zakresie instalacji wodorowej wraz z instalacją elektrolizera oraz kotłowni wodorowej,

2)na naruszeniu zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców poprzez określenie obowiązku osobistego wykonania przez wykonawcę robót budowlanych w zakresie instalacji wodorowej wraź z instalacją elektrolizera oraz kotłowni wodorowej.

Wobec powyższych czynności Odwołujący Unibep zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

1)art. 121 ustawy Pzp w zw. z art. 118 ust. 1 i 2 ustawy Pzp w zw. z art. 462 ust. 1 ustawy Pzp poprzez niezasadne zastrzeżenie w pkt 2.1 ppkt 9 Ogłoszenia o zamówieniu oraz w pkt 2 ppkt 16 oraz pkt 9 ppkt 1 Specyfikacji Warunków Zamówienia (SWZ) obowiązku osobistego wykonania przez wykonawcę robót budowlanych instalacji wodorowej wraz z instalacją elektrolizera oraz kotłowni wodorowej, w sytuacji gdy brak jest obiektywnie uzasadnionych podstaw do wprowadzenia takiego zastrzeżenia, albowiem przedmiotowe prace nie mają charakteru kluczowego w kontekście przedmiotowej inwestycji, a zatem Zamawiający ustanowił nadmiarowe wymogi prowadzącego do ograniczenia dostępu do zamówienia wykonawcom, którzy dają rękojmie jego należytego wykonania, oraz niezasadnie ograniczył możliwość korzystania z zasobów podmiotu trzeciego i podwykonawstwa;

2)art. 16 pkt 1) ustawy Pzp poprzez naruszenie zasady uczciwej konkurencji, proporcjonalności oraz równego traktowania wykonawców poprzez określenie obowiązku osobistego wykonania przez wykonawcę robót

budowlanych instalacji wodorowej wraz z instalacją elektrolizera oraz kotłowni wodorowej, w sytuacji w której zgodnie z praktyką rynkową przedmiotowy zakres prac leży w kompetencji specjalistycznych podmiotów, (nie mających potencjału do uczestnictwa
w Postępowaniu w charakterze generalnego wykonawcy;

W związku z powyższym Odwołujący Unibep wniósł o uwzględnienie Odwołania w całości i w konsekwencji nakazanie Zamawiającemu wykreślenia:

- pkt 2.1 ppkt 9 Ogłoszenia o zamówieniu;
- pkt 2 ppkt 16 SWZ;
- sformułowania "z zastrzeżeniem pkt 2.16 powyżej" z pkt 2 ppkt 1 7 SWZ;
- sformułowania: "z zastrzeżeniem wymogu osobistego wykonania kluczowych części zamówienia wskazanych w pkt 2.16 powyżej" z pkt 9 ppkt 1 SWZ;
- § 4 ust. 2 wzoru umowy.

Odwołujący Unibep wskazał, że ma interes we wniesieniu odwołania, ponieważ jest wiodącym wykonawcą robót budowlanych w Polsce mający bogate portfolio zrealizowanych zamówień o podobnym zakresie jak będące przedmiotem zamówienia w Postępowaniu. Odwołujący jest zatem w stanie należycie wykonać roboty budowlane w przypadku zawarcia umowy w ramach Postępowania. Określony przez Zamawiającego warunek osobistego wykonania prac w zakresie budowy instalacji wodorowej wraz z instalacją elektrolizera oraz kotłowni wodorowej uniemożliwia Odwołującemu złożenie oferty w Postępowaniu. Zarówno Odwołujący, jak i większość firm na rynku, które są generalnymi wykonawcami, nie posiada bowiem zdolności technicznej i zawodowej do wykonania tego rodzaju prac, które są realizowane przede wszystkim przez wyspecjalizowane firmy posiadające know-how oraz doświadczenie w wykonaniu ww. instalacji oraz kotłów.

Z uwagi na okoliczność, że rynek energetyki wodorowej w Polsce dopiero zaczyna się rozwijać, znalezienie kontrahenta — współkonsorcjanta, który jest w stanie wykonać instalację i będzie zainteresowany przejęciem odpowiedzialności za wykonanie całego zamówienia nie jest obiektywnie możliwie z uwagi na określony przez Zamawiającego termin składania ofert.

Odwołujący może zatem ponieść szkodę w postaci utraty możliwości realizacji zamówienia i wygenerowania z tego tytułu zysku.

W uzasadnieniu, Odwołujący Unibep przedstawił następujący stan faktyczny.

Zgodnie z pkt 3 ust. 2 SWZ w ramach przedmiotowego zadania inwestycyjnego wykonawca zobowiązany będzie m.in. do zaprojektowania i wykonania kompleksowej zajezdni autobusowej wraz z infrastrukturą towarzyszącą oraz zapleczem technologicznym (wraz
z poprzedzającymi decyzjami administracyjnymi).

Potwierdza to pkt. 1.4 PFU, który w ramach zamówienia rozróżnia "Inwestycję główną" oraz "Inwestycję towarzyszącą":

Inwestycja główna

Nowa kompleksowa Zajezdnia Autobusowa, z samowystarczalnym budynkiem dwu- lub trzykondygnacyjnym. Samowystarczalny budynek zajezdni z pełnym wyposażeniem, zaopatrzony w panele fotowoltaiczne usytuowane na dachu. Ogrzewanie pompą ciepła i / lub kotem wodorowym. W konstrukcji budynku: wydzielona część warsztatowa, myjnia, magazyny, dyspozytornia, część socjalna i biurowa. Dodatkowo, część warsztatowa wraz
z wyodrębnioną powierzchnią serwisową do stacjonowania pojazdów wodorowych, w pełni wyposażona (m.in. wysokościowe stanowisko serwisowe i czujniki wodoru), zgodnie
z przepisami. Utwardzenie i ogrodzenie terenu zajezdni, wraz z infrastrukturą dojazdową, wydzielonym terenem stacjonowania taboru, parkingiem na około 80 samochodów osobowych, oświetleniem, wykonaniem monitoringu wizyjnego i zagospodarowaniem zielonym przestrzeni, a także budową instalacji (np. wodno.kanalizacyjna, kanalizacji deszczowej, elektryczna, teletechniczna, wentylacyjna, CCTV, SSP, DSO, nawadniania terenu).

Parking samochodów osobowych ma znależt się poza ogrodzonym terenem zajezdni. Pozostały teren, w tym teren stacjonowania taboru, ma zostać ogrodzony. Ponadto ze względów technologicznych należy dodatkowo wydzielić stację wodorową.

Na terenie Zajezdni Autobusowej zlokalizowane zadaszone stanowisko dla 3 szt. dwustanowiskowych ładowarek elektrycznych, dla autobusów 18 m. Na budynku oraz na zadaszeniu nad ładowarkami - panele fotowoltaiczne. Energia dla zasilania ładowarek min 400 kW, dla budynków ok. 100 kW.

Inwestycja towarzysząca

Stacja wodorowa zwana inaczej stacją tankowania wodoru — miejsce, w którym będzie produkowany wodór. Produkcja za pomocą elektrolizerów, które będą przekształcać energię elektryczną w wodór przez elektrolizę wody. Wytworzony wodór magazynowany będzie
w specjalnych zbiornikach, przystosowanych do jego specyficznych właściwości fizycznych

i chemicznych. Wodór będzie przechowywany pod ciśnieniem 500 barów, a następnie dostarczany do dystrybutorów. Wymogiem jest, aby stacja wodorowa posiadała magazyny
do przechowywania 1 tony wodoru i umożliwiała codzienną obsługę autobusów. Stacja musi być dostosowana także do przyjęcia wodoru z zewnątrz do stacji. Energia elektryczna niezbędna do procesu produkcji wodoru dostarczana będzie z niezależnych żródel do budynku energetycznego i stamtąd kierowana do sektorów „J" i „K".
Zamawiający w pkt 2.1 ppkt 9 Ogłoszenia o zamówieniu zawarł następujące zastrzeżenie:
"Zamawiający zastrzega obowiązek osobistego wykonania przez Wykonawcę kluczowych zadań dotyczących przedmiotu zamówienia, tj. robót budowlanych instalacji wodorowej wraz z instalacją elektrolizera oraz kotłowni wodorowej. "
Zgodnie natomiast z pkt 2 ppkt 16 i 17 SWZ:
"16. *Zamawiający zastrzega obowiązek osobistego wykonania przez Wykonawcę kluczowych zadań dotyczących przedmiotu zamówienia, tj. robót budowlanych instalacji wodorowej wraz z instalacją elektrolizera oraz kotłowni wodorowej.*
17. *Wykonawca może powierzyć realizację elementów (części) przedmiotu zamówienia podwykonawcom, z zastrzeżeniem pkt 2.16 powyżej. W przypadku zamiaru wykonywania przedmiotu zamówienia z udziałem podwykonawców, Wykonawca zobowiązany jest do wskazania w swojej ofercie części zamówienia (zakresów rzeczowych), których wykonanie zamierza powierzyć podwykonawcom oraz podania nazw ewentualnych podwykonawców, jeżeli są już znani. "*
Zgodnie z pkt 9 ust. 1 SWZ:
"Zamawiający dopuszcza wykonanie (części) przedmiotu zamówienia przy udziale podwykonawców, z zastrzeżeniem wymogu osobistego wykonania kluczowych części zamówienia wskazanych w pkt. 2.16 powyżej. Jednocześnie Zamawiający żąda wskazania
w ofercie przez Wykonawcę tej części zamówienia, którą zamierza powierzyć podwykonawcom, oraz podania nazw ewentualnych podwykonawców, jeżeli są już znani."
W pkt 7.1.4 SWZ Zamawiający określił warunki udziału w Postępowaniu w zakresie zdolności zawodowej i technicznej:
"O udzielenie zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy spełniają następujące warunki udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej warunek ten zostanie uznany za spełniony, jeśli wykonawca wykaże, że w okresie ostatnich 5 lat, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy — w tym okresie, wykonał: (...) co najmniej jedną robotę budowlaną, prowadzoną w formule zaprojektuj i wybuduj, polegającą na budowie instalacji gazu ziemnego wysokiego ciśnienia lub instalacji wodorowej wraz z infrastrukturą techniczną o wartości minimum 6 000 000,00 zł netto."
Zgodnie natomiast z § 4 ust. 2 wzoru umowy:
"Wykonawca zobowiązany jest do osobistego wykonania kluczowych zadań dotyczących przedmiotu Zamówienia tj. wykonania robót budowlanych instalacji wodorowej wraz
z instalacją elektrolizera oraz kotłowni wodorowej. W tym zatem zakresie wyłączona jest możliwość zlecenia tych prac Podwykonawcy lub jakimkolwiek osobom trzecim. "

W ocenie Odwołującego Unibep określony przez Zamawiającego wymóg osobistego wykonania zamówienia w zakresie instalacji wodorowej wraz z instalacją elektrolizera oraz kotłowni wodorowej jest obiektywnie wymogiem nadmiarowym oraz prowadzącym
do ograniczenia dostępu do zamówienia wykonawcom, którzy dają rękojmie jego należytego wykonania.
W pierwszej kolejności Odwołujący Unibep zaznacza, że chociaż to Zamawiający decyduje
o warunkach udziału w Postępowaniu, mając prawo do ich ustalania w sposób pozwalający na osiągnięcie zamierzonego celu, jego swoboda w tej kwestii nie jest nieograniczona.
Po pierwsze, Zamawiający musi określić warunki w taki sposób, aby umożliwiły wybór wykonawcy zdolnego do realizacji zamówienia dostosowując je odpowiednio do jego przedmiotu, skali, zakresu, złożoności, rodzaju oraz wartości. Po drugie, Zamawiający zobowiązany jest przestrzegać wytycznych zawartych w art. 16 ustawy Pzp, czyli zasady proporcjonalności, uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców. Po trzecie, nadmierne i nieproporcjonalne wymagania nie mogą wykluczać wykonawców, którzy są zdolni do należytego wykonania zamówienia.
Na potrzebę stosowania zasady proporcjonalności zwracały uwagę zarówno Krajowa Izba Odwoławcza, jak i Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej. Trybunał, w wyroku z 16 września 1999 r. w sprawie C-414/97 Komisja v. Królestwo Hiszpanii (ECR 1999, s. 1-5585), podkreślił konieczność przeprowadzenia tzw. testu proporcjonalności, który polega na sprawdzeniu, czy podjęte środki są adekwatne
i konieczne do osiągnięcia zamierzonego celu. W odniesieniu do warunków udziału ustalanych przez zamawiającego oznacza to, że działania te powinny umożliwić udział w postępowaniu wszystkim wykonawcom zdolnym do realizacji danego zamówienia.

Zgodnie z art. 121 ustawy Pzp zamawiający może zastrzec obowiązek osobistego wykonania przez wykonawcę kluczowych zadań dotyczących:

1)zamówień na roboty budowlane lub usługi lub

2)prac związanych z rozmieszczeniem i instalacją, w ramach zamówienia na dostawy.

Zastrzeżenie obowiązku osobistego wykonania zamówienia prowadzi do ograniczenia uprawnień i swobody wykonawców, w zakresie prawa do polegania na zasobach podmiotów trzecich w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji, określonego w art. 118 ustawy Pzp.

Powyższe skutkuje również ograniczeniem swobody wykonawcy w zakresie zlecania podwykonawstwa, co stanowi zasadę systemu zamówień publicznych określoną w art. 462 ust. 1 ustawy Pzp. W konsekwencji, zastrzeżenie osobistego wykonania jako odstępstwo od wskazanych wyżej zasad - dopuszczalności podwykonawstwa oraz dopuszczalności korzystania z zasobów podmiotów trzecich - powinno być stosowane w szczególnie uzasadnionych przypadkach. a także interpretowane możliwie wąsko.

W wyroku Trybunału Sprawiedliwości z 26 września 2019 r., C-63/18, Vitali SPA przeciwko Autostrade per L 'Italia SPA, Trybunał wskazał, że: „klauzula specyfikacji warunków zamówienia, która nakłada ograniczenia na korzystanie z podwykonawstwa przy wykonywaniu części zamówienia określonej procentowo, w sposób abstrakcyjny, i to niezależnie od możliwości sprawdzenia kwalifikacji ewentualnych podwykonawców oraz bez żadnej wzmianki dotyczącej istotnego charakteru odnośnych zadań, jest niezgodna z dyrektywą 2004/18'.

Uprawnienie zamawiającego określone w art. 121 ustawy Pzp nie ma więc charakteru nieograniczonego i zawsze musi być umotywowane obiektywną potrzebą zamawiającego, aby dana kluczowa część zamówienia była wykonywana bezpośrednio przez wykonawcę. Zamawiający na etapie przygotowywania zamówienia powinien przeprowadzić analizę czy określenie takiego wymogu wpłynie na jakość realizowanych prac oraz zwiększy bezpieczeństwo zamawiającego, że projekt zostanie zakończony pomyślnie. Jeśli zastrzeżenie osobistego obowiązku wykonania zamówienia ma neutralny lub tylko hipotetyczny wpływ na proces inwestycyjny to jego ustanowienie pozbawione jest podstaw tak prawnych, jak i faktycznych. Prowadzić będzie ono wyłącznie do ograniczenia dostępu do rynku wykonawców, którzy są zdolni wykonać zamówienie, ale nie posiadają odpowiedniego doświadczenia czy też zasobów technicznych do samodzielnej realizacji prac.

W konsekwencji, zgodnie z zasadą *exceptiones non sunt extendendae,* pojęcie „kluczowego zadania" w art. 121 pkt 1 ustawy Pzp nie powinno być interpretowane w sposób dowolny. Zamawiający nie powinien tworzyć kluczowych zadań/zakresów tam, gdzie jego interesy oraz realizacja inwestycji mogą być zabezpieczone innymi metodami, bez konieczności wprowadzania tak daleko idących ograniczeń wynikających z tego przepisu.

Określenie przez Zamawiającego obowiązku osobistego wykonania zamówienia polegającego na wykonaniu robót budowlanych instalacji wodorowej wraz z instalacją elektrolizera oraz kotłowni wodorowej jest nieuzasadnione oraz bezpodstawne

Po pierwsze, prace objęte w niniejszym Postępowaniu zastrzeżeniem osobistego wykonania nie są pracami o takim charakterze, jaki może zostać uznany za uzasadniający wprowadzenie obowiązku osobistego ich wykonania. Są to prace, które pomimo istotnego poziomu ich skomplikowania może wykonać każdy profesjonalny wykonawca będący specjalistą w swojej dziedzinie. Zaangażowanie podwykonawców będących specjalistycznymi podmiotami pozytywnie wpłynie na jakość realizacji zamówienia. Przedmiotowy zakres inwestycji w żaden sposób nie stanowi "kluczowego zadania" o czym świadczy fakt, że:

i. biorąc pod uwagę, że szacowany koszt realizacji całej inwestycji wynosi około 130 mln zł, Odwołujący ocenia koszt wykonania instalacji wodoru wraz z instalacją elektrolizera oraz kotłowni wodorowej na około 40 mln zł netto, co stanowi jedynie ok. 30% całkowitej wartości inwestycji;

ii. Zamawiający, definiując zakres inwestycji w pkt 1.4 PFU, określił budowę budynku zajezdni wraz z zagospodarowaniem terenu jako inwestycję główną, podczas gdy stację wodorową określono jako „inwestycję towarzyszącą". Taka kwalifikacja nadana przez samego Zamawiającego sugeruje, że zakres prac związanych z instalacją wodorową ma charakter pomocniczy, a nie stanowi głównego celu inwestycji, co wyklucza jej kluczowy charakter;

iii. w wielu miejscach opisu inwestycji Zamawiający wskazywał; że instalacja wodorowa nie będzie jedynym źródłem energii w ramach projektu, zaznaczając, że flota autobusowa składa się z różnych typów pojazdów. Na przykład, w pkt 1.5.2 PFU opisano budynki zajezdni, w tym hale naprawcze przeznaczone także dla pojazdów innych niż zasilane wodorem, a w pkt 2.5.1.8 PFU uwzględniono strefę ładowania dla autobusów elektrycznych oraz elektryczne ładowarki posiadane przez Zamawiającego. Tym samym instalacja wodorowa nie spełnia kryterium „kluczowego" elementu, rozumianego jako niezbędny do powodzenia projektu. Zgodnie z postanowieniami PFU zajezdnia mogłaby funkcjonować bez tej instalacji, która, choć istotna w kontekście projektu zeroemisyjności, nie stanowi jego kluczowego elementu

Po drugie, wymóg ten w sposób znaczący ogranicza dostęp do zamówienia wykonawców specjalizujących się w realizacji tego rodzaju projektów wpływając jednocześnie na zapewnienie konkurencyjności w Postępowaniu. Nie istnieje bowiem żaden racjonalny argument przemawiający za zasadnością sformułowania obowiązku wykonania przez generalnego wykonawcę wyżej wskazanych prac.
Postawiony warunek w szczególności uniemożliwia zlecenie w zakresie robót budowlanych instalacji wodorowej wraz z instalacją elektrolizera oraz kotłowni wodorowej innym podmiotom, w tym np. ich producentom, czy autoryzowanym przedstawicielom producenta instalacji. Działanie takie jest całkowicie nieuzasadnione i nieracjonalne, gdyż tego typu prace,
tj. wykonanie robót, montaż, rozruch zazwyczaj wykonują firmy, które są jednocześnie dostawcami instalacji i urządzeń technologicznych, albowiem daje to rękojmię należytego wykonania prac w tym zakresie, jako że zostają one zrealizowane przez podmiot wysoce profesjonalny i wyspecjalizowany w tej materii.
Przedmiotem zamówienia jest bowiem kompleksowe zadanie polegające na zaprojektowaniu i wybudowaniu obiektu budowlanego, tj. zajezdni autobusowej. Takie zadania realizowane są zwykle w formule generalnego wykonawstwa, gdzie generalny wykonawca angażuje podmioty specjalistyczne do fragmentów zadania odpowiadających ich specjalizacjom. Przykładowo można tutaj wskazać zajezdnię autobusową dla Miejskiego Zakładu Komunikacyjnego Sp.
z o.o. w Opolu (zrealizowaną przez generalnego wykonawcę Adamietz sp. o.o.)l czy zajezdnię autobusową w Tychach (zrealizowaną przez generalnego wykonawcę Mostostal Warszawa S.A.) Tym samym oczekiwanie Zamawiającego osobistego wykonania prac w zakresie wskazanym w SWZ jest całkowicie nieuzasadnione technicznie, gdyż w żaden sposób nie podnosi jakości realizacji zamówienia, a tym samym nie wpływa korzystnie na celowość
i rzetelności wydatkowania środków publicznych.

Zastrzeżenie osobistego wykonania tego zakresu w praktyce prowadzi do przymusowego udziału dostawcy takich urządzeń jako konsorcjanta, co z jednej strony jest niekorzystne dla uczciwej konkurencji - dostawca będący konsorcjantem jednego z oferentów nie może zaoferować swoich urządzeń i usług jako podwykonawca innemu oferentowi,
z drugiej zaś ogranicza udział producentów/dostawców, albowiem większość tego rodzaju przedsiębiorców nie jest zainteresowana udziałem jako konsorcjant w realizacji zamówienia o wielomilionowej wartości, ze względu na obowiązek solidarnej odpowiedzialności za całość zadania, w skład którego w większości wchodzą prace ich nie dotyczące. W przedmiotowym przypadku w konsorcjum z generalnym wykonawcą i wszystkie konsekwencje z tym związane musiałby wejść bowiem podmiot, który rzeczywiście jest odpowiedzialny za 30 % wartości robót.

Producenci instalacji wodorowej czy instalacji elektrolizera jak i kotłowni wodorowych zwykle nie są firmami zajmującymi się realizacją zadań o charakterze budowlanym w formule generalnego wykonawstwa. Dodatkowo producentami instalacji czy kotłów w tej technologii są głównie podmioty zagraniczne, które z powodów o charakterze biznesowym (takich jak: prowadzenie postępowania w języku polskim, nienegocjowane regulacje umowne, restrykcyjne zapisy o karach umownych, podległość prawu polskiemu i sądom powszechnym) nie uczestniczą w postępowaniach publicznych.

Warto przy tym wskazać, że wielu producentów czy dostawców technologii nie jest zainteresowanych realizacją zamówień bezpośrednio na rzecz inwestorów publicznych. Powyższe wynika z faktu, Ze umowa w sprawie zamówienia publicznego określa sztywne zasady realizacji dostaw oraz montażu instalacji, co dla dostawców specjalistycznych urządzeń może stanowić element zniechęcający do udziału w postępowaniu przetargowym. Ewentualna negocjacja zmiany umowy w zakresie np. terminu dostawy instalacji w przypadku zamówienia publicznego przebiega inaczej niż w przypadku dostawy technologii na rzecz prywatnego inwestora.

W ocenie Odwołującego zaangażowanie specjalistycznego podmiotu zajmującego się projektowaniem i budową ww. instalacji i kotłów będzie konieczne w toku realizacji zamówienia, gdyż, według jego wiedzy, żaden z obecnych na polskim rynku i istotnych generalnych wykonawców budownictwa przemysłowego nie dysponuje samodzielnie zasobami umożliwiającymi realizację zakresu wskazanego przez Zamawiającego jako zastrzeżony do osobistego wykonania.

Tym samym w aktualnym brzmieniu dokumentacji w Postępowaniu kluczowym elementem dla pozyskania zamówienia nie będzie przygotowanie konkurencyjnej oferty,
a pozyskanie do współpracy w charakterze konsorcjanta podmiotu. który zaprojektuje i wykona instalacje i kocioł. Taka sytuacja w żaden sposób nie zmienia natomiast sytuacji Zamawiającego w stosunku do dostawy/montażu instalacji i kotła przez podwykonawcę, gdyż za działania podwykonawcy Wykonawca odpowiada jak za własne (art. 474 k.c.).

Zdaniem Odwołującego powodem, dla którego takie postanowienie o zastrzeżeniu osobistego wykonawstwa znalazło się w dokumentacji postępowania jest zamiar nieuzasadnionego ograniczenia konkurencji i doprowadzenie do sytuacji, w której złożona zostanie jedna oferta, w której konsorcjantem będzie podmiot, który wykona instalacje i kocioł, a realna konkurencja pomiędzy wykonawcami zostanie sprowadzona do tego, któremu
z oferentów uda się pozyskać taki podmiot do współpracy w charakterze konsorcjanta. Usunięcie obowiązku osobistego

wykonania przedmiotowych prac, przy zachowaniu warunków udziału w Postępowaniu, nie wpłynie natomiast na obniżenie poziomu profesjonalizmu w zakresie obejmującym wykonanie dokumentacji projektowej dotyczącej instalacji i kotła, wykonania kotła, układu podawania paliwa do kotła wraz z magazynem. Skorzystanie w tym zakresie z podwykonawcy będzie się wiązało się przecież z koniecznością wykazania przez tego podwykonawcę posiadania doświadczenia wynikającego z brzmienia warunku udziału w Postępowaniu, co wynika to z art. 117 ust. 3 ustawy Pzp. W tym zakresie Odwołujący wskazuje również, że w sytuacji wykazywania spełniania warunku udziału
w Postępowaniu związanego z kompetencjami do budowy instalacji gazu ziemnego wysokiego ciśnienia lub instalacji wodoru przez podmiot trzeci, zgodnie z regulacjami ustawowymi
(art. 118 ust. 2 ustawy Pzp), podmiot ten zobligowany byłby do bezpośredniego uczestnictwa w realizacji przedmiotowego zamówienia. W konsekwencji, bez wprowadzania
do Postępowania zastrzeżenia osobistego wykonania zamówienia tej części zamówienia, Zamawiający poprzez inne regulacje ustawowe, mniej dolegliwe dla konkurencyjności Postępowania, posiada gwarancję realizacji tego zakresu prac przez podmiot w tym zakresie wyspecjalizowany.

Powyższe okoliczności wskazują jasno, że zastrzeżenie osobistego wykonania przedmiotowych prac niewątpliwie ogranicza konkurencję w niniejszym Postępowaniu,
co skutkować musi również podwyższeniem cen składanych ofert w porównaniu do sytuacji braku przedmiotowego zastrzeżenia — także i z tej przyczyny, dokonanie rzeczonego zastrzeżenia nie jest racjonalne i uzasadnione.
Rynek instalacji wodorowych dopiero zaczął się rozwijać. Odwołujący zidentyfikował kilka podmiotów działających w Polsce, jak i w Europie które potencjalnie mogą wziąć udział
w Postępowaniu. Niemniej jednak z uwagi na fakt, że dotychczas wykonano niewielką liczbę podobnych projektów wysoce ryzykownym byłoby wchodzenie w konsorcjum z podmiotami, które nie mają żadnego doświadczenia przy projektach tej skali jak inwestycji realizowana
w ramach Postępowania. W przypadku, gdy dostawca technologii działający jako podwykonawca nienależycie wykonuje swoje zadanie, to generalny wykonawca ma możliwość jego zmiany bez uszczerbku dla całego projektu. Z kolei w przypadku, gdy ten sam dostawca pełni rolę konsorcjanta to zmiana tego podmiotu może okazać się niemożliwa. Wykonawca tym samym naraża się na konsekwencje związane z nienależytym wykonaniem przez niego zamówienia. Ustawa Pzp określa bowiem solidarną odpowiedzialność za wykonanie zamówienia przez wszystkich członków konsorcjum. W przypadku odstąpienia od umowy przez Zamawiającego wykonawca nie tylko będzie zobowiązany do solidarnej zapłaty kar umownych i odszkodowania, ale również będzie podlegał wykluczeniu z innych postępowań przetargowych na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 7) ustawy Pzp.
W związku z tym nawet jeśli w teorii określony przez Zamawiającego wymóg osobistego wykonania zamówienia daje możliwość złożenia oferty w postępowaniu w ramach konsorcjum to faktycznie i realnie stanowi czynnik uniemożliwiający podjęcie uzasadnionej biznesowo decyzji o wzięciu udziału w Postępowaniu.
Przedmiotowe zamówienie będzie realizowane w formule "zaprojektuj i wybuduj'. Zamawiający w Programie Funkcjonalno - Użytkowym nie określił sztywnych wymagań co do zastosowania technologii instalacji wodorowej czy też samego rodzaju kotła. Zamawiający określił jedynie zapotrzebowanie w energię oraz założenia projektowe.
To od wykonawcy będzie zależeć jaka technologia instalacyjna zostanie zastosowana
w projekcie. Ostateczna decyzja w tym zakresie zostanie określona na etapie prac projektowych po dokumentacji przez Zamawiającego. Zatem dopiero na etapie wykonania dokumentacji zostanie podjęta decyzja o tym, jaka technologia (i jakiego producenta) zostanie ostatecznie zastosowana w projekcie.
Zgodnie z § 18 ust. 2 pkt 2) lit. b) d) wzoru umowy Zamawiający dopuszcza możliwość zmiany technologii ww. instalacji na etapie realizacji umowy:
"Zamawiający przewiduje możliwość zmian postanowień niniejszej Umowy w stosunku
do treści oferty, na podstawie której dokonano wyboru Wykonawcy, w zakresie dopuszczonym przez obowiązujące przepisy ustawy Pzp w przypadku wystąpienia co najmniej jednej okoliczności wymienionych poniżej:

2) zmiana sposobu Spełnienia świadczenia i wysokości wynagrodzenia i/lub terminu realizacji Przedmiotu Umowy na skutek wystąpienia dowolnej z następujących okoliczności: (.. .)
   b) możliwość osiągnięcia wymaganego efektu przy niższych kosztach wykonania robót poprzez zastosowanie innych rozwiązań technicznych, technologicznych lub materiałowych, przy zachowaniu jakości i parametrów technicznych obiektów budowlanych, instalacji i urządzeń;
   c) możliwość osiągnięcia wymaganego efektu poprzez zastosowanie innych rozwiązań technicznych, technologicznych lub materiałowych, zwiększających jakość, parametry techniczne lub eksploatacyjne obiektów budowlanych lub skracających termin realizacji Przedmiotu Umowy;
   d) możliwość zastosowania innej technologii wykonania robót pozwalającej na skrócenie czasu realizacji inwestycji lub zmniejszenie kosztów wykonywanych robót, jak również zmniejszenie kosztów eksploatacji wykonanego

Przedmiotu Umowy. ”

Zgodnie ze wzorem umowy Zamawiający umożliwia zmianę technologii instalacji wodorowej oraz kotła wodorowego (a tym samym zmianę rodzaju urządzeń oraz ich producenta).

W sytuacji, w której Zamawiający wymaga, aby oferta została złożona przez konkretnego dostawcę technologii instalacji wodorowej (lub wspólnie z nim) wyżej wskazane postanowienia umowne mają charakter martwy. Skoro wykonawca musi już w momencie złożenia oferty "związać się” z dostawcą technologii to jej późniejsza zmiana na etapie projektowym czy realizacyjnym nie będzie możliwa. Ustawa Pzp zabrania bowiem dokonywania zmian podmiotowych po stronie wykonawcy na etapie wykonywania umowy w sprawie zamówienia publicznego. Takie działanie przeczy charakterowi sposobu wykonania zamówienia w formule zaprojektuj i wybuduj.

Podsumowując zatem, takie określenie zakresu zastrzeżonego do osobistego wykonania — wbrew intencjom Zamawiającego — nie dotyczy kluczowej części zamówienia, a jednocześnie ogranicza możliwości ubiegania się o zamówienie oraz nieuzasadnione ogranicza zakres podwykonawstwa. W praktyce rynkowej tego typu prace są zazwyczaj realizowane przez wyspecjalizowane podmioty, które nie mają potencjału, by samodzielnie funkcjonować jako generalni wykonawcy. W rezultacie takie zastrzeżenie jest nieadekwatne i nieproporcjonalne w stosunku do korzyści, jakie może przynieść Zamawiającemu.

Mając na względzie powyższe nie powinno budzić żadnych wątpliwości, że Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Odwołanie o sygn. akt: KIO 4145/24

W dniu 7 listopada 2024 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej zostało wniesione odwołanie przez wykonawcę Dekpol Budownictwo Sp. z o.o. z siedzibą w Pinczynie, zwanego dalej „Odwołującym Dekpol” wobec niezgodnych z przepisami czynności i zaniechań Zamawiającego polegających na ukształtowaniu treści Specyfikacji Warunków Zamówienia (dalej: SWZ), w tym w szczególności w zakresie treści Załącznika nr 6 do SWZ – Projektu umowy (dalej: Umowa) niezgodnie z przepisami Pzp i pozostałych powołanych w odwołaniu przepisów, w tym zwłaszcza w sposób nieproporcjonalny, naruszający zasady zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, a to przez zaniechanie przygotowania i prowadzenia Postępowania z należytą starannością, w sposób umożliwiający zachowanie uczciwej konkurencji i wypełnienie obowiązków Zamawiającego związanych z przygotowaniem Postępowania, w szczególności wobec niejednoznacznego i niewyczerpującego, niezgodnego z przywołanymi niżej przepisami opisu przedmiotu zamówienia.

Powyższym czynnościom Zamawiającego, Odwołujący Dekpol zarzucił naruszenie:

1. **art. 439 ust. 1 i ust. 2 pkt 4 Pzp w zw. z art. 16 pkt 1, 2 i 3 Pzp w zw. z art. 431 Pzp w zw. z art. 58 § 1** i 2 ustawy z dnia 23.04.1964 r. – Kodeks cywilny (dalej: k.c.)
   w zw. z art. 8 ust. 1 Pzp poprzez sformułowanie w Umowie klauzuli waloryzacyjnej
   w zakresie dotyczącym maksymalnej wartości zmiany wynagrodzenia, jaką dopuszcza Zamawiający w efekcie zastosowania postanowień o zasadach wprowadzania zmian wysokości wynagrodzenia, w sposób nieproporcjonalny, przerzucający na Wykonawcę
   w sposób nieuzasadniony i nadmiarowy ryzyka związane z realizacją zamówienia
   i zmianami cen i kosztów realizacji zamówienia, a przy tym sformułowanie w Umowie klauzuli waloryzacyjnej w sposób pozorny względem wymogów i celu regulacji art. 439 Pzp, prowadzący w istocie do próby obejścia przez Zamawiającego obowiązków
   w zakresie waloryzacji wynagrodzenia Wykonawcy oraz w sposób wypaczający ideę i cel waloryzacji *(oznaczony w petitum odwołania jako pkt 6.1.);*
2. **art. 121 Pzp w zw. z art. 118 ust. 1 i 2 Pzp w zw. z art. 462 ust. 1 Pzp w zw. z art. 16 pkt 1, 2 i 3 Pzp** poprzez nadmiarowe i nieuzasadnione zastrzeżenie do osobistego wykonania zakresu zamówienia w postaci robót budowlanych instalacji wodorowej wraz z instalacją elektrolizera oraz kotłowni wodorowej, a przez to nieuzasadnione ograniczenie możliwości korzystania przez wykonawców z zasobów podmiotów udostępniających zasoby oraz podwykonawców, podczas gdy:
   - wskazany zakres w rzeczywistości nie ma charakteru kluczowego dla zamówienia objętego Postępowaniem;
   - poczynione zastrzeżenie w sposób nieuzasadniony i nieproporcjonalny utrudnia uczciwą konkurencję i bezzasadnie zawęża krąg potencjalnych wykonawców, mogących złożyć oferty w Postępowaniu lub którzy mogliby uczestniczyć w inny sposób w Postępowaniu oraz
   - zastrzeżenie to nie prowadzi do zabezpieczenia interesów Zamawiającego w sposób, których zabezpieczenie nie jest możliwe na podstawie innych, mniej dotkliwych rozwiązań dostępnych dla Zamawiającego na gruncie Pzp;
   (oznaczony w petitum odwołania jako pkt 6.2.);
3. **art. 483 § 1 k.c. w zw. z art. 484 § 1 i 2 k.c. w zw. z art. 5 k.c. i art. 353(1) k.c. w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z w zw. z art. 16 pkt 1, 2 i 3 Pzp** poprzez ukształtowanie warunków Umowy w zakresie odpowiedzialności

wykonawcy w sposób wykraczający poza granice swobody kontraktowania, sprzeczny z zasadą równowagi stron stosunku zobowiązaniowego, zasadami współżycia społecznego, przerzucający na Wykonawcę nadmierne i nieproporcjonalne ryzyka związane z realizacją zamówienia, a tym samym
w sposób naruszający zasady prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i proporcjonalności poprzez zastrzeżenie przez Zamawiającego w Umowie katalogu i wysokości kar umownych oraz górnego ich limitu o rażąco wygórowanej wysokości i nieadekwatnej podstawie ich obliczania oraz w sposób naruszający w sposób nieuzasadniony równowagę kontraktową Stron Umowy, czego skutkiem jest również nieproporcjonalne
i niezgodne z zasadą efektywności i gospodarności wydatkowania środków publicznych zmniejszenie kręgu wykonawców zdolnych do realizacji zamówienia i zwiększenie kosztów, jakie finalnie Zamawiający zobowiązany będzie ponieść w związku
z zamówieniem, *(oznaczony w petitum odwołania jako 6.3.);*

4. **art. 647 k.c. w zw. z art. 643 k.c. w zw. z art. 654 k.c. w zw. z art. 627 k.c. w zw. z art. 642 § 1 i 2 k.c. w zw. z art. 577 § 4 k.c. w zw. z art. 568 § 1 k.c. w zw. z art. 5 k.c. i art. 353(1) k.c. w zw. z w zw. z art. 8 ust. 1 Pzp w zw. z art. 453 ust. 1 i 2 Pzp w zw. z art. 431 Pzp w zw. z art. 16 pkt 1, 2 i 3 Pzp** poprzez zastrzeżenie w SWZ i Umowie przez Zamawiającego wyłącznie uprawnienia (a nie obowiązku) do dokonania odbioru Dokumentacji Projektowej w przypadku stwierdzenia jej nieistotnych wad lub braków,
a także uzależnienie zapłaty wynagrodzenia Wykonawcy w jakimkolwiek zakresie, zwrotu 70% zabezpieczenia należytego wykonania Umowy oraz rozpoczęcia biegu okresu gwarancji i rękojmi od dokonania odbioru Przedmiotu Umowy bez wad lub usterek,
w sposób rażąco sprzeczny z istotą i regulacjami dotyczącymi umowy o dzieło oraz umowy o roboty budowlane, jak i prowadzący do naruszenia przez Zamawiającego zasady współdziałania Stron oraz zasad przejrzystości i proporcjonalności, oraz
do przerzucenia na Wykonawcę w sposób nieuzasadniony nadmiernych ryzyk związanych z realizacją zamówienia objętego Postępowaniem, jak również naruszenia przez Zamawiającego zasad zwrotu zabezpieczenia należytego wykonania przewidzianych w art. 453 ust. 1 i 2 Pzp, *(oznaczony w petitum odwołanie jako 6.4.);*

5. **art. 447 ust. 2 Pzp w zw. z art. 16 pkt 1, 2 i 3 Pzp w zw. z art. 5 k.c. i art. 353(1) k.c.
w zw. z art. 8 ust. 1 Pzp** poprzez zastrzeżenie w Umowie uprawnienia Zamawiającego do wstrzymania jakiejkolwiek płatności na rzecz Wykonawcy w przypadku, gdy Wykonawca nie dostarczy kompletu dokumentów i oświadczeń potwierdzających zapłatę wynagrodzenia na rzecz Podwykonawców i dalszych Podwykonawców, podczas gdy postanowienie takie pozostaje sprzeczne z bezwzględnie obowiązującą regulacją art. 447 ust. 2 Pzp przewidującą w takim przypadku uprawnienie Zamawiającego do wstrzymania płatności na rzecz Wykonawcy wyłącznie w części równej sumie kwot wynikających
z nieprzedstawionych dowodów zapłaty wynagrodzenia na rzecz Podwykonawców lub dalszych Podwykonawców, *(oznaczony w petitum odwołania jako 6.5.);*

6. **art. 16 pkt 1, 2 i 3 Pzp w zw. z art. 353(1) k.c. w zw. z art. art. 8 ust. 1 Pzp w zw. z art. 431 Pzp** poprzez ukształtowanie warunków Umowy w zakresie zasad rozliczeń
z Wykonawcą w sposób wykraczający poza granice swobody kontraktowania, sprzeczny z zasadą równowagi stron stosunku zobowiązaniowego, zasadami współżycia społecznego, a tym samym w sposób naruszający zasady prowadzenia postępowania
o udzielenie zamówienia publicznego w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i proporcjonalności poprzez określenie zasad i częstotliwości (kwartalnej, zamiast miesięcznej) płatności wynagrodzenia z tytułu realizacji robót budowlanych składających się na Przedmiot Umowy w sposób nieproporcjonalny, nieuzasadniony przerzucający na Wykonawcę nadmiernych i nieproporcjonalnych ryzyk związanych
z realizacją zamówienia, w tym w szczególności związanych z koniecznością finansowania przez wykonawcę realizacji przedmiotu zamówienia ze środków własnych, czego skutkiem jest również nieproporcjonalne i niezgodne z zasadą efektywności
i gospodarności wydatkowania środków publicznych zmniejszenie kręgu wykonawców zdolnych do realizacji zamówienia i zwiększenie kosztów, jakie finalnie Zamawiający zobowiązany będzie ponieść w związku z zamówieniem *(oznaczony w petitum odwołania jako 6.6.);*

a w związku z powyższymi zarzutami nadto naruszenie:

7. **art. 16 pkt 1, 2 i 3 Pzp oraz art. 17 ust. 1 pkt 1 i 2 Pzp** poprzez naruszenie zasad zachowania uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców, a także zasad przejrzystości i proporcjonalności, a to przez zaniechanie

przygotowania i prowadzenia Postępowania z należytą starannością, w sposób umożliwiający zachowanie uczciwej konkurencji i wypełnienie obowiązków Zamawiającego związanych z przygotowaniem Postępowania *(oznaczony w petitum odwołania jako 6.7.).*

W związku z powyższym Odwołujący Dekpol wniósł o uwzględnienie niniejszego odwołania i:

1)**W związku z zarzutem ad. 1: Nakazanie Zamawiającemu zmiany SWZ poprzez nadanie § 12 ust. 7 lit. f Umowy brzmienia:**

*„maksymalna wartość zmiany Wynagrodzenia, jaką dopuszcza Zamawiający w efekcie zastosowania postanowień o zasadach wprowadzania zmian wysokości wynagrodzenia to **15 %** względem ceny lub kosztu przyjętych w celu ustalenia Wynagrodzenia Wykonawcy zawartego w ofercie*",

2)**W związku z zarzutem ad. 2:** Nakazanie Zamawiającemu zmiany SWZ poprzez wykreślenie pkt. 2.16 SWZ oraz § 4 ust. 2 Umowy, a w związku z powyższym również odpowiednią (w sposób odzwierciedlający ww. zmianę) zmianę pkt. 2.17 i pkt. 9.1 SWZ oraz wykreślenie kary umownej, o której mowa w § 15 ust. 1 lit. p Umowy;

3)**W związku z zarzutem ad. 3**: Nakazanie Zamawiającemu zmianę SWZ poprzez:

a)nadanie § 15 ust. 1 lit. a) Umowy brzmienia:

„za odstąpienie od Umowy przez Wykonawcę lub Zamawiającego z przyczyn, za które ponosi odpowiedzialność Wykonawca, w wysokości 15% określonego w § 10 ust. 1 Wynagrodzenia brutto";

b)nadanie § 15 ust. 1 lit. c) Umowy brzmienia:

„za zwłokę w zakończeniu poszczególnych Kamieni milowych, określonych w § 2 ust. 2 Umowy, w wysokości 0,02% Wynagrodzenia brutto przewidzianego za wykonanie Kamienia milowego, z którego wykonaniem Wykonawca pozostaje w zwłoce, za każdy dzień zwłoki. Kary umowne za zwłokę w wykonaniu poszczególnych Kamieni milowych nie będą należne Zamawiającemu, jeżeli Wykonawca dotrzyma końcowego terminu realizacji Przedmiotu Umowy, o którym mowa w § 2 ust. 1 Umowy";

c) nadanie § 15 ust. 1 lit. d) Umowy brzmienia:

„za zwłokę w usunięciu wad stwierdzonych przy odbiorach Dokumentacji Projektowej, odbiorze końcowym, odbiorze częściowym lub ujawnionych w okresie gwarancji
i rękojmi w wysokości:
- w przypadku wad nieistotnych – w wysokości 3.000,00 zł za każdy dzień zwłoki, liczony od upływu terminu wyznaczonego przez Zamawiającego na usunięcie wad;
- w przypadku wad istotnych - 0,05% określonego w § 10 ust. 1 Wynagrodzenia brutto, za każdy dzień zwłoki, liczony od upływu terminu wyznaczonego przez Zamawiającego na usunięcie wad"

d)nadanie § 15 ust. 1 lit. e) Umowy brzmienia:

„za brak zapłaty wynagrodzenia należnego Podwykonawcom lub dalszym Podwykonawcom, w wysokości 1% wartości wynagrodzenia brutto Podwykonawcy lub dalszego Podwykonawcy"

e) nadanie § 15 ust. 1 lit. f) Umowy brzmienia:

„za nieterminową zapłatę wynagrodzenia należnego Podwykonawcy lub dalszemu Podwykonawcy, w wysokości 0,01% wartości wynagrodzenia brutto Podwykonawcy lub dalszego Podwykonawcy, za każdy dzień zwłoki"

f) nadanie § 15 ust. 1 lit. g) Umowy brzmienia:

„za dopuszczenie do wykonywania Przedmiotu Umowy Podwykonawcy lub dalszego Podwykonawcy robót budowlanych, który nie został zaakceptowany przez Zamawiającego, w wysokości 100.000,00 zł za każdy przypadek"

g) nadanie § 15 ust. 1 lit. j) Umowy brzmienia:

„za zwłokę w przedstawieniu zaktualizowanego HRF, w wysokości 3.000,00 zł za każdy dzień zwłoki liczony od upływu terminu wyznaczonego przez Zamawiającego"

h) dodanie w § 15 Umowy ustępu 1(1) o brzmieniu:

„Zamawiający zapłaci Wykonawcy karę umowną za odstąpienie od Umowy przez Wykonawcę lub Zamawiającego z przyczyn, za które ponosi odpowiedzialność Zamawiający, w wysokości 15% określonego w § 10 ust. 1 Wynagrodzenia brutto";

i)nadanie § 15 ust. 4 Umowy brzmienia:

„W przypadku gdy wysokość szkody poniesionej przez Stronę z przyczyn leżących po stronie drugiej ze Stron jest większa od kary umownej, a także w przypadku, gdy szkoda powstała z przyczyn, dla których nie zastrzeżono kary umownej, Strona, która poniosła szkodę, jest uprawniona do żądania odszkodowania na

zasadach ogólnych, wynikających z przepisów Kodeksu cywilnego – niezależnie od tego, czy realizuje uprawnienia do otrzymania kary umownej. W przypadku, gdy wysokość poniesionej szkody jest większa od kary umownej, Strona może żądać odszkodowania przenoszącego wysokość zastrzeżonej kary umownej na zasadach ogólnych, wynikających z przepisów Kodeksu cywilnego";

j) nadanie § 15 ust. 7 Umowy brzmienia:

„Łączna wysokość kar umownych, jakich może dochodzić Zamawiający od Wykonawcy na podstawie zapisów niniejszej Umowy, nie może przekroczyć 15% wartości Wynagrodzenia brutto Wykonawcy określonego w § 10 ust. 1 Umowy"

4) **W związku z zarzutem ad. 4:** Nakazanie Zamawiającemu zmiany SWZ poprzez:

a)w pkt. 3.8 SWZ wykreślenie słów *„bez uwag"*

b) nadanie § 7 ust. 13 Umowy brzmienia:

„W przypadku stwierdzenia nieistotnych wad lub braków Dokumentacji Projektowej lub jej części, Zamawiający dokona odbioru, wyznaczając dodatkowy termin na usunięcie tych wad i braków, wiążący dla Wykonawcy"

c) nadanie § 7 ust. 30 Umowy brzmienia:

„Drobne wady, które są bez znaczenia dla użytkowania Przedmiotu Umowy (wady nieistotne), nie uprawniają Zamawiającego do odmowy odbioru robót. W razie wystąpienia takich wad, zostaną one ujęte w Protokole odbioru końcowego i usunięte w terminie określonym przez Zamawiającego w ramach zobowiązań Wykonawcy z tytułu gwarancji i rękojmi. Jeśli Wykonawca ich nie usunie, Zamawiający będzie uprawniony do obniżenia wynagrodzenia o kwoty konieczne do ich usunięcia własnym staraniem Zamawiającego."

d) nadanie § 8 ust. 3 lit. a) Umowy brzmienia:

„70% wartości zabezpieczenia w kwocie …….. zł, w terminie 30 (trzydziestu) dni od dnia wykonania Zamówienia i uznania przez Zamawiającego za należycie wykonane, tj. od dnia podpisania Protokołu odbioru końcowego"

e) nadanie § 9 ust. 1 Umowy brzmienia:

„Wykonawca udziela gwarancji jakości i rękojmi za wady na roboty budowlane na okres 60 miesięcy, licząc od dnia podpisania protokołu odbioru końcowego"

f) w § 10 ust. 13 Umowy:

- zdanie pierwsze – wykreślenie słów *„bez wad lub usterek";*
- lit. a) tiret pierwsze i trzecie – wykreślenie słów *„oraz zaakceptowaniu bez uwag i zastrzeżeń";*

g) nadanie § 10 ust. 14 Umowy brzmienia:

„Podstawą do wystawienia faktury częściowej są potwierdzające wykonanie poszczególnych elementów Przedmiotu Umowy określonych w HRF: w fazie projektowej – protokół odbioru Dokumentacji Projektowej wraz z niezbędnymi do realizacji robót decyzjami administracyjnymi, a w fazie robót budowlanych – protokoły odbiorów częściowych. Powyższe ma odpowiednie zastosowania także w przypadku faktury końcowej"

h) nadanie § 10 ust. 18 Umowy brzmienia:

„Podstawą wystawienia faktury końcowej jest protokół odbioru końcowego Przedmiotu Umowy"

i) nadanie § 2 ust. 3 Załącznika nr 5 do Umowy – Wzór Karty gwarancyjnej (dalej: Karta gwarancyjna) brzmienia:

„Bieg terminu Gwarancji udzielonej przez Gwaranta rozpoczyna się z dniem zakończenia realizacji Przedmiotu Umowy, potwierdzonym podpisanym protokołem odbioru końcowego Przedmiotu Umowy, tj. z dniem _____"

j) nadanie § 5 ust. 1 Karty gwarancyjnej brzmienia:

„W okresie Gwarancji jakości Wykonawca zobowiązany jest zorganizować i przeprowadzić do dnia 31 marca każdego roku obowiązkowy przegląd roczny Przedmiotu Umowy objętego Gwarancją jakości, z wpisaniem uwag i zaleceń dla Użytkownika do książki konserwacji i sporządzeniem raportu z tego przeglądu dla Zamawiającego w terminie do 7 dni od dnia przeprowadzenia przeglądu, przy czym pierwszy przegląd musi nastąpić w terminie 3 miesięcy od daty zakończenia Inwestycji tj. odbioru końcowego"

jak również odpowiednią zmianę wszelkich innych postanowień SWZ i Umowy uzależniających zapłatę wynagrodzenia Wykonawcy w jakimkolwiek zakresie, zwrot zabezpieczenia należytego wykonania lub rozpoczęcie biegu okresu gwarancji i rękojmi od dokonania odbioru Przedmiotu Umowy bez wad lub usterek, bez uwag lub bez zastrzeżeń;

5)**W związku z zarzutem ad. 5:**

Nakazanie Zamawiającemu zmiany SWZ poprzez nadanie § 10 ust. 17 Umowy brzmienia:

„Najpóźniej na 7 dni przed terminem płatności faktury częściowej Zamawiający dokona weryfikacji dokumentów, o których mowa w ust. 14 i w ust. 16, a w razie jakichkolwiek braków wezwie Wykonawcę do ich uzupełnienia. Termin zapłaty ulega przedłużeniu do 14 dni od przedstawienia przez Wykonawcę prawidłowego kompletu wymaganych

dokumentów. W przypadku stwierdzenia niekompletności złożonych dokumentów w późniejszym terminie Zamawiający może wstrzymać dokonanie jakiejkolwiek płatności częściowej do czasu uzupełnienia dokumentacji, w części równej sumie kwot wynikających z nieprzedstawionych dowodów zapłaty Podwykonawcom i dalszym Podwykonawcom"

6)**W związku z zarzutem ad. 6:**

Nakazanie Zamawiającemu zmiany SWZ poprzez nadanie § 10 ust. 13 lit. b) Umowy brzmienia:

„wynagrodzenie z tytułu robót budowlanych płatne częściowo, nie częściej niż raz na miesiąc, z tym zastrzeżeniem, że płatności będą następowały według następujących zasad:

- *do 7 % wynagrodzenia brutto wskazanego w ust. 2 pkt 2), po wykonaniu Kamienia Milowego określonego w § 2 ust. 2 lit. c Umowy (niwelacja terenu, prace gruntowe),*
- *do 20 % wynagrodzenia brutto wskazanego w ust. 2 pkt 2), po wykonaniu Kamienia Milowego określonego w § 2 ust. 2 lit. d Umowy (wykonanie fundamentów i stanu surowego zamkniętego budynku zajezdni oraz pozostałych obiektów),*
- *do 60% wynagrodzenia brutto wskazanego w ust. 2 pkt 2), po wykonaniu Kamienia Milowego określonego w § 2 ust. 2 lit. e Umowy (zakończenie realizacji Przedmiotu Umowy),*
- *pozostała część wynagrodzenia wskazanego w ust. 2 pkt 2), po wykonaniu Kamienia Milowego określonego w § 2 ust. 2 lit. f Umowy (wykonanie pozostałych czynności objętych Umową oraz uzyskanie ostatecznej decyzji o pozwoleniu na użytkowanie i pozwolenia zintegrowanego)."*

Odwołujący Dekpol wniósł nadto o zasądzenie na jego rzecz kosztów postępowania według norm przepisanych, w tym kosztów zastępstwa prawnego oraz o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z dokumentów wskazanych w treści odwołania (wynikających z dokumentacji Postępowania) oraz dowodów złożonych w toku postępowania odwoławczego.

Odwołujący wskazał, że posiada interes w złożeniu odwołania. Posiada bowiem wiedzę i doświadczenie dające rękojmię należytego wykonania zamówienia. Odwołujący jest podmiotem profesjonalnym, który w ramach swojego przedsiębiorstwa specjalizuje się w realizacji zamówień takich jak objęte przedmiotem Postępowania. Tym samym, przedmiot zamówienia objętego Postępowaniem jest zbieżny z działalnością prowadzoną przez Odwołującego. Odwołujący jest przy tym zainteresowany złożeniem oferty w Postępowaniu, a zatem potencjalnie może uzyskać zamówienie. Wskutek jednak niezgodnych z przepisami Pzp czynności i zaniechań Zamawiającego opisanych niniejszym odwołaniem, Odwołujący nie ma możliwości złożenia oferty w prawidłowo przygotowanym Postępowaniu, zgodnie z przepisami i zasadami przewidzianymi w Pzp, a w konsekwencji Odwołujący zostaje pozbawiony możliwości udziału w Postępowaniu i tym samym możliwości uzyskania zamówienia oraz pozbawiony zostaje realnych korzyści finansowych wynikających z tytułu jego realizacji. W wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów Pzp, Odwołujący może zatem ponieść szkodę wskutek niezłożenia oferty prowadzącej w konsekwencji do braku możliwości ubiegania się o udzielenie i uzyskania zamówienia.

W uzasadnieniu stawianych zarzutów Odwołujący Dekpol przedstawił następujący stan faktyczny.

Zamawiający prowadzi postępowanie na wykonanie robót budowlanych, których przedmiotem jest budowa zajezdni autobusowej wraz z towarzyszącą jej infrastrukturą oraz budowa stacji tankowania wodoru. Zadanie inwestycyjne jest prowadzone w formule zaprojektuj i wybuduj. W ramach przedmiotowego zadania inwestycyjnego Wykonawca zobowiązany będzie m.in. do zaprojektowania i wykonania kompleksowej zajezdni autobusowej wraz z infrastrukturą towarzyszącą oraz zapleczem technologicznym (wraz z poprzedzającymi decyzjami administracyjnymi), w tym:

1)wykonania samowystarczalnego budynku zajezdni (dwu- lub trzykondygnacyjnego) wraz z częścią biurową, z pełnym wyposażeniem;
2)zagospodarowania i utwardzenia terenu zajezdni, wykonania chodników, dróg dojazdowych, parkingów dla taboru oraz samochodów osobowych;
3)wykonania oświetlenia, monitoringu wizyjnego, ogrodzenia terenu;
4)wykonania instalacji: wodociągowo – kanalizacyjnej, elektrycznej, przeciwpożarowej, teletechnicznej, wentylacyjnej, deszczowej, nawadniania terenu i innych wskazanych w Programie Funkcjonalno – Użytkowym (PFU);
5)wykonania stacji produkcji i tankowania wodoru wraz z wymaganymi urządzeniami i magazynami;
6)wykonania instalacji fotowoltaicznej dla potrzeb zajezdni autobusowej;
7)dostawy i montażu urządzeń, sprzętów, kompletnego wyposażenia obiektu.

Przed szczegółowym omówieniem poszczególnych zarzutów odwołania wskazać należy na następujące istotne względy faktyczne i prawne, które mają charakter wspólny dla wszystkich podniesionych w odwołaniu zarzutów, a tym samym celem zachowania przejrzystości Odwołujący nie powiela ich oddzielnie w odniesieniu do każdego z zarzutów.
Przedmiotowe Postępowanie stanowi kolejne postępowanie, którego przedmiotem jest udzielenie ww. zamówienia, po uprzednio, w dniu 04.10.2024 r., unieważnionym postępowaniu o nr MZK-OPZ-1/78/2024. W postępowaniu tym, m.in. w uwagi na analogiczne nieprawidłowe postanowienia SWZ jak opisane w niniejszym odwołaniu oraz pomimo zainteresowania postępowaniem również ze strony innych wykonawców, złożona została finalnie wyłącznie jedna oferta, wykonawcy – konsorcjum NDI Energy sp. z o.o. i NDI S.A. Postępowanie zostało natomiast następnie unieważnione przez Zamawiającego na podstawie art. 255 pkt 3 Pzp z uwagi na fakt, iż cena złożonej oferty przekroczyła kwotę przewidzianą przez Zamawiającego na sfinansowanie zamówienia, zaś Zamawiający nie mógł zwiększyć środków przewidzianych na jego sfinansowanie. Niniejsza okoliczność winna tym samym mieć również istotne znaczenie z punktu widzenia oceny zarzutów podniesionych w niniejszym odwołaniu, bowiem potwierdza ona, że analogiczne jak zaistniałe w niniejszym Postępowaniu nieprawidłowości, jakich dopuścił się Zamawiający, miały realny wpływ na równą i uczciwą konkurencję i treść ofert otrzymanych przez Zamawiającego.
Podkreślić należy, że stosownie do art. 8 ust. 1 Pzp, do czynności Zamawiającego podejmowanych w postępowaniu oraz do umów w sprawach zamówień publicznych stosuje się przepisy Kodeksu cywilnego, jeżeli przepisy Pzp nie stanowią inaczej. Biorąc zaś pod uwagę przedmiot niniejszego zamówienia (roboty budowlane) oraz to, że obowiązujące przepisy Pzp nie zawierają ani odmiennej, ani autonomicznej definicji umowy o roboty budowlane, treść stosunku prawnego nawiązanego przez publicznego zamawiającego
z wybranym oferentem - wykonawcą, musi odpowiadać postanowieniom umowy o roboty budowlane zdefiniowanej przez ustawodawcę w Kodeksie cywilnym (art. 647 - 658 k.c.), która jest umową nazwaną, a jej przedmiotowo istotne elementy określa art. 647 k.c. Nadto, czynności Zamawiającego nie mogą być sprzeczne nie tylko z przepisami prawa, ale
i z zasadami współżycia społecznego (art. 58 § 1 i 2 k.c.).

Wobec postanowień sformułowanych przez Zamawiającego w SWZ, a w szczególności we wzorze Umowy stanowiącym Załącznik nr 6 do SWZ, konieczne i usprawiedliwione stało się skorzystanie przez Odwołującego Dekpol ze środków ochrony prawnej poprzez wniesienie niniejszego odwołania. Zamawiający dopuścił się bowiem ukształtowania poszczególnych postanowień i rozwiązań Umowy w sposób sprzeczny z przepisami przywołanymi we wcześniejszej części niniejszego odwołania, w tym z naturą stosunku prawnego umowy
o roboty budowlane, zasadą równowagi stron stosunku zobowiązaniowego, zasadami współżycia społecznego, przepisami Kodeksu cywilnego, a tym samym w sposób naruszający naczelne zasady prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego - zasadę proporcjonalności (adekwatności), która rzutuje na obowiązek współdziałania Zamawiającego i Wykonawcy przy wykonaniu umowy w sprawie zamówienia publicznego, zasadę przejrzystości, opisanie przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny i niewyczerpujący, a także prowadzące do zaniechania lub utrudnienia zapewnienia zachowania uczciwej konkurencji.

Uzasadnienie w zakresie zarzutów związanych z waloryzacją wynagrodzenia Wykonawcy – zarzut ad. 6.1 odwołania.

Zgodnie z § 12 ust. 7 lit. f Umowy Zamawiający przewidział, że *„maksymalna wartość zmiany Wynagrodzenia, jaką dopuszcza Zamawiający w efekcie zastosowania postanowień o zasadach wprowadzania zmian wysokości wynagrodzenia to 2 % względem ceny lub kosztu przyjętych w celu ustalenia Wynagrodzenia Wykonawcy zawartego w ofercie*".

Zastosowany przez Zamawiającego maksymalny limit zmiany, o jaki w toku realizacji Umowy odpowiednio wzrosnąć lub obniżyć może się wynagrodzenia Wykonawcy sprawia,
że mechanizm waloryzacji wynagrodzenia wynikający z Umowy ma charakter wyłącznie pozorny. Taki sposób sformułowania warunków progowych *de facto* niweczy bowiem cel regulacji dot. waloryzacji, jaką jest uczciwy, proporcjonalny rozkład pomiędzy strony kontraktu ryzyka wynikającego ze zmian cen rynkowych wpływających na koszt realizacji zamówienia. Ww. postanowienie umowne co do przesłanek i limitów możliwej zmiany wynagrodzenia Wykonawcy wskutek waloryzacji prowadzi tym samym wyłącznie do nieuzasadnionej próby obejścia przez Zamawiającego przepisu art. 439 ust. 1 Pzp. Narzucony przez Zamawiającego limit waloryzacji nie pozwala bowiem na uwzględnienie w ramach waloryzacji w sposób realny i adekwatny zmian cen materiałów i kosztów związanych z realizacją zamówienia, które zaistnieją w toku realizacji zamówienia, w szczególności mając na uwadze aktualne zmiany gospodarcze i zmiany cen branży budowlanej, a tym samym narzucony przez Zamawiającego mechanizm waloryzacji nie pozwala również na zminimalizowanie ryzyka zmian gospodarczych zgodnie z celem przepisu art. 439 Pzp, jakim jest *„zachowanie równowagi ekonomicznej stron umowy w stosunku do stanu na dzień złożenia oferty przez wykonawcę, minimalizując ryzyko pokrzywdzenia obu stron umowy na skutek zmiany siły nabywczej pieniądza w okresie realizacji zamówienia. Klauzule te zapewniają bowiem konieczną elastyczność w kształtowaniu kosztów związanych z realizacją zamówienia w dłuższym okresie, umożliwiając jednocześnie bieżące dostosowanie stosunku zobowiązaniowego*

łączącego zamawiającego z wykonawcą do zmiany okoliczności. Obligatoryjne stosowanie klauzul waloryzacyjnych w umowach zawieranych na okres dłuższy niż 12 miesięcy (obecnie 6 miesięcy) zdejmuje z wykonawcy ciężar jednostronnego ponoszenia ryzyka późniejszej zmiany stosunków gospodarczych. Waloryzacja wynagrodzenia wykonawcy jest również korzystna dla zamawiających, gdyż umożliwia ponoszenie przez nich rzeczywistych kosztów wykonania zamówienia, bez wliczania ryzyka ich wzrostu już w cenę oferty. Wreszcie wskazuje się, że stosowanie klauzul waloryzacyjnych zapobiega również powstawaniu sytuacji, kiedy wykonanie zamówienia przestaje być opłacalne, a tym samym sprzyja trwałości stosunku umownego, co niewątpliwie jest korzystne dla obu stron umowy" wyrok KIO z dnia 28.03.2023 r. (KIO 703/23);

W tym zakresie wskazać należy przykładowo na pogląd wyrażony w wyroku KIO z dnia 25.10.2022 r. (KIO 2532/22, KIO 2536/22, KIO 2544/22), w którym, odnosząc się do kwestii górnego limitu waloryzacji, Izba wskazała, iż w przypadku kształtowania niniejszego limitu: „***chodzi bowiem o to, aby nie doszło do zdecydowanego zachwiania równowagi ekonomicznej stron na niekorzyść Wykonawcy****, jak też, aby nadmierne podwyższenie wynagrodzenia nie doprowadziło do negatywnych konsekwencji dla Zamawiającego.*

W art. 439 ust. 2 pkt 4 Pzp zostało wskazane, że w umowie określa się maksymalną wartość zmiany wynagrodzenia, jaką dopuszcza zamawiający w efekcie zastosowania postanowień dotyczących wprowadzenia zmiany wysokości wynagrodzenia. Z przepisu tego wynika zatem, że ***do Zamawiającego należy określenie wysokości zmian wynagrodzenia w wyniku zastosowania określonego przez niego wskaźnika. Winno to jednak następować z uwzględnieniem sytuacji rynkowej oraz prognoz w tym zakresie****. Izba uznała, że aktualnie zwiększenie maksymalnej wartości zmiany wynagrodzenia Wykonawcy netto do 20% jest wystarczające dla zapewnienia równowagi kontraktowej stron*". Jak nadto wskazano w wyroku z dnia 29.02.2024 r. (KIO 408/24): „***wskazany przez Zamawiającego próg 5% jest niespotykany w umowach o zamówienia publiczne przy realizacji inwestycji zbliżonych przedmiotowo****. Jak wynika ze złożonego zestawienia próg ten kształtuje się od 6% nawet do 50%. Zamawiający ustalając tak niski próg próbuje całością ryzyka kontraktowego obciążyć jedną stronę umowy, podczas gdy, nawet w przypadku umów zawieranych w trybie ustawy Pzp, konieczne jest dążenie do osiągnięcia równowagi stron stosunku umownego. Izba uważa, że zaproponowany przez Odwołującego sposób zmian wzoru umowy jest wystarczający do urealnienia zasad waloryzacji w prowadzonym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Dlatego też nakazano Zamawiającemu zmianę zapisów z uwzględnieniem, że maksymalna zmiana wynagrodzenia umownego nie może być wyższa niż 15% całkowitego wynagrodzenia umownego. Izba nakazała również zmianę zapisów umowy, z których wynika, że zmiana wynagrodzenia nastąpi procentowo o wartość procentową ustaloną według podanych reguł, gdy wahania cen materiałów lub kosztów przekroczą 5%. W obliczu znacznych wahań wskaźników makroekonomicznych, w tym inflacji urealnienie wysokości dopuszczającej możliwość waloryzacji jest konieczne*".

W tym kontekście należy zauważyć, że – jak wynika z danych publikowanych przez Główny Urząd Statystyczny w odniesieniu do zmian kwartalnego wskaźnika cen produkcji budowlano-montażowej (który, zgodnie z § 12 ust. 7 lit. c Umowy, został przyjęty przez Zamawiającego jako podstawa ustalania zmiany wynagrodzenia Wykonawcy) – wskaźnik ten na przestrzeni ostatnich 3 lat (a zatem okresu analogicznego do okresu przewidywanej realizacji zamówienia zgodnie z § 2 ust. 1 Umowy), ulegał zmianom odpowiednio o:

- w II kwartale 2024 r. – wzrost o 1,2% w stosunku do I kwartału 2024 r.;
- w I kwartale 2024 r. – wzrost o 1,3% w stosunku do IV kwartału 2023 r.;
- w IV kwartale 2023 r. – wzrost o 1,7% w stosunku do III kwartału 2023 r.;
- w III kwartale 2023 r. – wzrost o 2,2% w stosunku do II kwartału 2023 r.;
- w II kwartale 2023 r. – wzrost o 2,1% w stosunku do I kwartału 2023 r.;
- w I kwartale 2023 r. – wzrost o 1,7% w stosunku do IV kwartału 2022 r.;
- w IV kwartale 2022 r. – wzrost o 3,2% w stosunku do III kwartału 2022 r.;
- w III kwartale 2022 r. – wzrost o 3,5% w stosunku do II kwartału 2022 r.;
- w II kwartale 2022 r. – wzrost o 4,0% w stosunku do I kwartału 2022 r.;
- w I kwartale 2022 r. – wzrost o 3,4% w stosunku do IV kwartału 2021 r.;
- w IV kwartale 2021 r. – wzrost o 2,6% w stosunku do III kwartału 2021 r.;
- w III kwartale 2021 r. – wzrost o 1,7% w stosunku do II kwartału 2021 r.;
- w II kwartale 2021 r. – wzrost o 1,3% w stosunku do I kwartału 2021 r.

Powyższe wskazuje zatem, że już zaledwie jeden lub dwa kwartały realizacji zamówienia prowadziłyby do skonsumowania całego przewidzianego aktualnie Umową limitu waloryzacji wynagrodzenia Wykonawcy, tym samym przerzucając w sposób nieuzasadniony i nieproporcjonalny całe pozostałe ryzyko zmian cen i kosztów realizacji zamówienia na Wykonawcę.

Bezzasadność i nieproporcjonalność limitów aktualnie zastosowanych w ww. zakresie przez Zamawiającego potwierdza również wypracowana praktyka waloryzacyjna innych zamawiających działających na rynku branżowym, w tym w szczególności zamawiających największych, o istotnym wpływie na rynek zamówień publicznych, jak przykładowo:

a) Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad: +/- 15%;
b) Państwowe Gospodarstwo Wodne Wody Polskie: +/- 20%;
c) Polskie Sieci Elektroenergetyczne S.A.: +/- 30%.

Zauważyć należy nadto, że Zamawiający w § 12 ust. 7 lit. a Umowy zastrzegł jednocześnie, że poziomem zmiany cen materiałów lub kosztów, uprawniającym Strony do żądania zmiany wynagrodzenia, będzie wartość 5% względem ceny lub kosztu przyjętych w celu ustalenia wynagrodzenia Wykonawcy zawartego w ofercie. Zestawiając powyższe z § 12 ust. 7 lit. f Umowy oznacza to, że próg początkowy od którego w ogóle możliwe jest wnioskowanie przez Wykonawcę o podwyższenie jego wynagrodzenia, jest wyższy od całego maksymalnego limitu waloryzacji – co również obrazuje, iż konstrukcja klauzuli waloryzacyjnej nastąpiła w sposób tylko pozornie wypełniający wymogi art. 439 Pzp i tylko pozornie zmierzający do wyrównania równowagi ekonomicznej Stron, gdyby ta uległa zakłóceniu w toku realizacji Umowy.

Uzasadnienie w zakresie zarzutów związanych z zakresem zamówienia przewidzianym do osobistego wykonania – zarzut ad. 6.2 odwołania

Zgodnie z:

a)pkt. 2.16 SWZ, Zamawiający zastrzegł obowiązek osobistego wykonania przez Wykonawcę *„kluczowych zadań dotyczących przedmiotu zamówienia, tj. robót budowlanych instalacji wodorowej wraz z instalacją elektrolizera oraz kotłowni wodorowej*";

b)§ 4 ust. 2 Umowy: *„Wykonawca zobowiązany jest do osobistego wykonania kluczowych zadań dotyczących przedmiotu Zamówienia tj. wykonania robót budowlanych instalacji wodorowej wraz z instalacją elektrolizera oraz kotłowni wodorowej. W tym zatem zakresie wyłączona jest możliwość zlecenia tych prac Podwykonawcy lub jakimkolwiek osobom trzecim.*".

Zamawiający tym samym przewidział, że prace – określane przezeń jako kluczowe – związane z wykonaniem robót budowlanych instalacji wodorowej wraz z instalacją elektrolizera oraz kotłowni wodorowej, Wykonawca zobowiązany będzie wykonać samodzielnie. Z powyższym wymogiem skorelowana została nadto treść pkt. 2.17 SWZ i pkt. 9.1 SWZ, w których Zamawiający określił, że Wykonawca uprawniony będzie do powierzenia wykonania części zamówienia podwykonawcom, z zastrzeżeniem regulacji pkt. 2.16 SWZ (a zatem
z wyłączeniem prac tamże wskazanych), jak również § 15 ust. 1 lit. p Umowy, w którym Zamawiający przewidział nałożenie na Wykonawcę kary umownej za naruszenie obowiązku osobistego wykonania przez Wykonawcę kluczowych części zamówienia. Zamawiający wykluczył tym samym możliwość powołania się przez Wykonawcę, w zakresie dotyczącym wykonania robót budowlanych instalacji wodorowej wraz z instalacją elektrolizera oraz kotłowni wodorowej. w przedmiotowym zakresie na zdolności podmiotu udostępniającego zasoby czy podwykonawców. Podkreślić należy, iż zgodnie z art. 121 Pzp, Zamawiający może zastrzec obowiązek osobistego wykonania przez wykonawcę kluczowych zadań dotyczących: 1) zamówień na roboty budowlane lub usługi lub 2) prac związanych z rozmieszczeniem
i instalacją, w ramach zamówienia na dostawy.

Jak wskazuje się zaś w tym względzie w orzecznictwie KIO, „uprawnienie zamawiającego jako odstępstwo od możliwości posłużenia się podwykonawcami w celu wykonania umowy
w sprawie zamówienia publicznego ma charakter wyjątku (tak też w wyroku z 2 października 2020 r. sygn. akt KIO 2052/20 oraz uchwale z 11 sierpnia 2015 r. sygn. akt: KIO/KD 43/15).
W konsekwencji, zgodnie z zasadą exceptiones non sunt extendendae, pojęcie "kluczowego zadania" użyte w art. 121 pkt 1 Pzp nie może być wykładane dowolnie, w sposób umożliwiający zamawiającemu arbitralne ustalanie obowiązku osobistego wykonania zamówienia przez wykonawcę. Decyzja zamawiającego o uznaniu części danego zamówienia za kluczowe może wpływać na konkurencję na rynku, powinna zatem następować wyłącznie w sytuacjach, które można uzasadnić w obiektywny sposób. Zamawiający nie może bowiem stawiać wymagań ponad swe obiektywnie uzasadnione potrzeby."9 „Zamawiający, chcąc wprowadzić ograniczenie swobody wykonawcy, co do wyboru części zamówienia, jaka zostanie powierzona podwykonawcom, w tym posłużenia się zasobami podmiotu trzeciego, mając
na uwadze zasadę prowadzenia postępowania z zachowaniem zasad uczciwej konkurencji
i niedoprowadzania do nieuzasadnionego ograniczenia wykonawcom dostępu
do zamówienia, powinien mieć na uwadze, że jest to wyjątek od zasady, co oznacza, że nie może być interpretowany rozszerzająco. W związku z tym Zamawiający powinien wykazać,
że w okolicznościach danego stanu faktycznego występuje pełne uzasadnienie dla jego wprowadzenia. wyrok KIO z dnia 03.02.2022 r. (KIO 170/22).

Tym samym, jako że zastrzeżenie określonej części zamówienia do osobistego wykonania ogranicza możliwości

wykonawców co do korzystania z podwykonawców (w tym podmiotów udostępniających zasoby), rozwiązanie to może być stosowane jedynie w drodze wyjątku,
w odniesieniu do kluczowych części zamówienia, oraz zgodnie z zasadą proporcjonalności,
tj. wtedy, gdy uzasadnione interesy Zamawiającego nie mogą zostać ochronione w inny, mniej dotkliwy, sposób.
W niniejszym zaś przypadku należy stwierdzić, że nie zachodzi przypadek, o którym mowa
w art. 121 Pzp, zaś zastosowane przez Zamawiającego rozwiązanie w przedmiotowym zakresie jest nieproporcjonalne do celów zamówienia, a w konsekwencji w sposób nadmiarowy prowadzi ono do ograniczenia uprawnień wykonawców, prowadząc w ten sposób również do nieuzasadnionego ograniczenia konkurencji w Postępowaniu.

W pierwszej kolejności wskazać należy, że wbrew sformułowaniu użytemu przez Zamawiającego w pkt. 2.16 SWZ i § 4 ust. 2 Umowy, prace w zakresie robót budowlanych instalacji wodorowej wraz z instalacją elektrolizera oraz kotłowni wodorowej, nie stanowią
tzw. „zadania kluczowego" w rozumieniu art. 121 Pzp. Jak w przedmiotowym zakresie wskazano w orzecznictwie, *„aby dany fragment przedmiotu zamówienia uznać za kluczowy*
i zobowiązujący wykonawcę do jego osobistego wykonania, niewystarczające jest strategiczne znaczenie zamówienia, gdyż przepisy ustawy nie różnicują w tym zakresie obowiązków zamawiającego w zależności od wagi i rangi danego zamówienia. ***Zastrzeżenie takie winno opierać się na zindywidualizowanych, obiektywnych okolicznościach zdatnych wykazać, że powierzenie wykonania zadania w danym zakresie podwykonawcy może rzeczywiście prowadzić do wad wykonania zamówienia.*** *" wyrok KIO z dnia 13.10.2021 r. (KIO 2733/21, KIO 2736/21);„Należy bowiem odróżnić definicyjne rozumienie skomplikowania wykonania niektórych elementów od elementów mających kluczowe znaczenie dla zamawiającego. Nie zawsze będzie tak, że skoro jakiś element zamówienia jest skomplikowany to zamawiający ma możliwość zastosowania przepisu art. 121 ustawy Pzp, a jak element zamówienia nie jest skomplikowany to wyłączony z zastosowania jest przepis art. 121 ustawy Pzp. Akcent należy bowiem położyć na zdefiniowanie "kluczowego zadania"wyrok KIO z dnia 12.09.2022 r. (KIO 2244/22);*

„Pojęcie "kluczowej części zamówienia" należy uznać prace, które stanowią elementy danego zamówienia o takiej wadze i znaczeniu, bez którego spełnienia nie jest możliwa osiągnięcie rezultatu wymaganego przez zamawiającego."13. wyrok KIO z dnia 05.02.2024 r. (KIO 143/24);

Jak natomiast wynika bezpośrednio z opisu przedmiotu zamówienia, głównym (kluczowym) jego przedmiotem jest budowa zajezdni autobusowej, dla której infrastruktura
(a tym samym również zakres zastrzeżony przez Zamawiającego do osobistego wykonania) ma charakter jedynie „towarzyszący" (a zatem uzupełniający, nie kluczowy, bez którego budowana zajezdnia autobusowa nie mogłaby istnieć). Powyższe potwierdza również treść Programu Funkcjonalno-Użytkowego (Załącznik nr 1 do SWZ), w którego np. pkt. 1.4 określono, że ogrzewanie kotłem wodorowym nie stanowi jedynego źródła ogrzewania, zaś w pkt. 1.5.2 i 2.5.1.8 określono, że Zamawiający dysponuje również pojazdami innymi niż zasilane wodorem.

Niezależnie od powyższego należy nadto wskazać, że zastosowane przez Zamawiającego rozwiązanie w przedmiotowym zakresie prowadzi w sposób nieuzasadniony
i nadmiarowy do ograniczenia potencjalnej konkurencji w Postępowaniu. Z uwagi bowiem na fakt, że technologia dotycząca instalacji wodorowych jest stosunkowo nowa i dopiero rozpowszechniana, na rynku funkcjonuje zaledwie kilka podmiotów realizujących tego typu prace, dysponujących przy tym doświadczeniem wymaganym przez Zamawiającego w tym zakresie zgodnie z powiązanym z omawianym wymogiem warunkiem udziału określonym
w pkt. 7.1 ppkt 4 lit. a) lit. bb) SWZ (przewidującym obowiązek wykazania się wykonaniem
w okresie ostatnich 5 lat, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, co najmniej jednej roboty budowlanej, prowadzonej w formule zaprojektuj i wybuduj, polegającej na budowie instalacji gazu ziemnego wysokiego ciśnienia lub instalacji wodorowej wraz z infrastrukturą techniczną o wartości minimum 6 000 000,00 zł netto). Wprowadzenie zatem wymogu osobistego wykonania ww. części zamówienia powoduje, że wykonawcy zainteresowani Postępowaniem muszą, w celu skutecznego udziału w Postępowaniu, zawiązać konsorcjum z podmiotami realizującymi na rynku takie prace (i dysponującymi ww. wymaganym doświadczeniem w tym zakresie), co przy ograniczonej liczbie takich dostępnych podmiotów powoduje, że mogą one „wystąpić" jedynie w ograniczonej liczbie ofert - o ile
w ogóle się tego podejmą biorąc pod uwagę z jednej strony solidarną odpowiedzialność członków konsorcjum za wykonanie zamówienia, a z drugiej fakt, że prace realizowane przez te podmioty mają jedynie charakter dodatkowy, towarzyszący, zaś głównym przedmiotem zamówienia są roboty budowlane o odmiennym charakterze.

Powyższego nieuzasadnionego ograniczenia konkurencji można natomiast z łatwością uniknąć bez szkody dla interesów Zamawiającego i z zapewnieniem Zamawiającemu analogicznych gwarancji co do prawidłowej realizacji przedmiotu zamówienia. Jak wskazano bowiem już powyżej, z ww. wymogiem dotyczącym osobistego wykonania części zamówienia skorelowany został bowiem również warunek udziału w Postępowaniu sformułowany
w pkt. 7.1 ppkt 4 lit. a) lit. bb) SWZ. Zatem również w przypadku, gdy ww. zakres zamówienia nie byłby zastrzeżony do

osobistego wykonania, zakres ten musiałby zostać wykonany przez podmiot zweryfikowany na etapie Postępowania przez Zamawiającego pod kątem posiadania wymaganego warunkiem doświadczenie do realizacji podobnych prac – a zatem zakres ten musiałby zostać zrealizowany albo samodzielnie przez Wykonawcę, albo przez zweryfikowany podmiot udostępniający Wykonawcy swojego zasoby w zakresie doświadczenia. Zgodnie bowiem z art. 118 ust. 2 Pzp, w odniesieniu do warunków dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia wykonawcy mogą polegać na zdolnościach podmiotów udostępniających zasoby, jeśli podmioty te wykonają roboty budowlane lub usługi, do realizacji których te zdolności są wymagane. Oznacza to tym samym, że również w braku zastrzeżenia ww. prac do osobistego wykonania i umożliwienia powierzenia przedmiotowych prac podwykonawcy, Zamawiający mocą art. 118 ust. 2 Pzp posiada gwarancję wykonania rzeczonych prac przez podmiot posiadający do tego właściwe kompetencje, zweryfikowane poprzez konieczność wykazania się na etapie Postępowania przez podmiot, który prace te miałby wykonać, doświadczeniem określonym ww. warunkiem udziału.

Z powyższych względów, wprowadzone przez Zamawiającego ograniczenie polegające na zastrzeżeniu osobistego wykonania zamówienia w zakresie robót budowlanych instalacji wodorowej wraz z instalacją elektrolizera oraz kotłowni wodorowej, należy uznać za niezgodne z regulacją art. 112 Pzp, jak też za wymóg nadmiarowy, nieproporcjonalny, w sposób nieuzasadniony ograniczający konkurencję w Postępowaniu, a przy tym nie prowadzący do zabezpieczenia interesów Zamawiającego w sposób, którego nie zabezpieczają inne mniej dotkliwe rozwiązania dostępne dla Zamawiającego na gruncie Pzp.

Uzasadnienie w zakresie zarzutów związanych z karami umownymi – zarzut ad. 6.3 odwołania

W § 15 Umowy Zamawiający sformułował katalog kar umownych, jakie zobowiązany będzie zapłacić na jego rzecz Wykonawca w poszczególnych przypadkach. W szczególności, Zamawiający, określił, iż:

a) za odstąpienie od Umowy przez Wykonawcę lub Zamawiającego z przyczyn, za które ponosi odpowiedzialność Wykonawca, Wykonawca zobowiązany będzie zapłacić karę w wysokości 30% określonego w § 10 ust. 1 Wynagrodzenia brutto (§ 15 ust. 1 lit. a) Umowy) – Zamawiający jednocześnie nie przewidział, ażeby analogiczna kara umowna przysługiwała Wykonawcy od Zamawiającego w sytuacji, gdy do odstąpienia od Umowy doszłoby z przyczyn leżących po stronie Zamawiającego, podczas gdy biorąc pod uwagę względy proporcjonalności i równości Stron kara za odstąpienie winna być ukształtowana jako kara „dwustronna", tj. należna od tego podmiotu, za którego przyczyną doszło do odstąpienia, niezależnie od tego, czy jest do Wykonawca, czy Zamawiający.

   Konsekwencją określenia kary za odstąpienie jako kary „dwustronnej" (tj. należnej zarówno od Wykonawcy, jak i Zamawiającego w zależności od tego, z czyjej przyczyny doszło do odstąpienia) powyższego jest tym samym również odpowiednia konieczność modyfikacji § 15 ust. 4 Umowy, w sposób przewidujący równo dla obu Stron prawo do dochodzenia odszkodowania przenoszącego wartość naliczonej kary umownej w przypadku, gdy szkoda przewyższy wartość kary.

   Karę niniejszą należy przy tym uznać za rażąco wygórowaną i nieproporcjonalną, wykraczającą poza spotykane w tym zakresie powszechnie wypracowane standardy rynkowe, zakładające określanie kar z niniejszego tytułu na poziomu kilkunastu procent wartości wynagrodzenia wykonawcy.

b) za zwłokę w zakończeniu poszczególnych Kamieni milowych, określonych w § 2 ust. 2 Umowy, Wykonawca zobowiązany będzie zapłacić karę w wysokości 0,02% określonego w § 10 ust. 1 Wynagrodzenia brutto za każdy dzień zwłoki (§ 15 ust. 1 lit. c) Umowy) – Zamawiający skonstruował przedmiotowe kary w sposób niezależny od kar umownych za zwłokę w wykonaniu całego Przedmiotu Umowy określonych w § 15 ust. 1 lit. b) Umowy, tj. przewidując, że kary niniejsze będą należne Zamawiającemu również w przypadku, w którym Wykonawca dochowa końcowego terminu realizacji inwestycji, a zatem po stronie Zamawiającego nie zaistnieje realna szkoda podlegająca ochronie na podstawie instrumentu, jakim są kary umowne. W istocie zatem Zamawiający dopuszcza, wskutek opisanego mechanizmu, podwójne karanie Wykonawcy (raz za niedotrzymanie danego Kamienia milowego i drugi raz za niedotrzymanie terminu końcowego), nawet jeśli z perspektywy Zamawiającego znaczenie najistotniejsze ma termin zakończenia inwestycji przez Wykonawcę. Zamawiający określił jednocześnie, że wartość ww. kar będzie obliczana od wartości całego wynagrodzenia, a zatem w oderwaniu od wartości Kamienia milowego, którego dotyczy zwłoka. Przedmiotowe kary należy tym samym uznać za skonstruowane w sposób nieproporcjonalny i rażąco wygórowany.

c) za zwłokę w usunięciu wad stwierdzonych przy odbiorach Dokumentacji Projektowej, odbiorze końcowym, odbiorze częściowym lub ujawnionych w okresie gwarancji i rękojmi w wysokości, Wykonawca zobowiązany będzie zapłacić Zamawiającemu karę w wysokości 0,05%

określonego w § 10 ust. 1 Wynagrodzenia brutto, za każdy dzień zwłoki, liczony od upływu terminu wyznaczonego przez Zamawiającego na usunięcie wad (§ 15 ust. 1 lit. d) Umowy) – Zamawiający skonstruował zatem przedmiotowe kary w sposób nieproporcjonalny, zawyżony, bez rozróżnienia ich charakteru (tj. wad istotnych lub nieistotnych), określając jednocześnie tożsamo podstawę ich naliczania od wartości całego wynagrodzenia brutto Wykonawcy;

d)za brak zapłaty wynagrodzenia należnego Podwykonawcom lub dalszym Podwykonawcom, Wykonawca zobowiązany będzie zapłacić Zamawiającemu karę

w wysokości 1% wartości określonego w § 10 ust. 1 Wynagrodzenia brutto (§ 15 ust. 1 lit. e) Umowy) – Zamawiający tym samym określił jako podstawę naliczenia kary

w przedmiotowym **zakresie wartość wynagrodzenia Wykonawcy**, podczas gdy niewątpliwie istotne znaczenie w przedmiotowym zakresie, z perspektywy wagi naruszenia Wykonawcy, a zatem i rozmiaru sankcji, jaką winien on ponosić z tego tytułu

w ramach realizacji m.in. funkcji sankcyjnej kary umownej, ma wartość wynagrodzenia **danego Podwykonawcy lub dalszego Podwykonawcy**. Kwestię niniejszą Zamawiający dostrzegł natomiast w przypadku sankcji określonej w § 15 ust. 1 lit. f) Umowy z tytułu nieterminowej zapłaty wynagrodzenia Podwykonawcy lub dalszego Podwykonawcy określając, że podstawą naliczenia kary w tym wypadku jest „wartość określonego w § 10 ust. 1 wynagrodzenia brutto Podwykonawcy lub dalszego Podwykonawcy" (przy czym, jako że w § 10 ust. 1 Umowy nie jest wskazywane wynagrodzenie poszczególnych Podwykonawców lub dalszych Podwykonawców, dla zapewnienia jednoznaczności przedmiotowej klauzuli niezbędna jest odpowiednia jej zmiana, zgodnie z pkt. 7.3 ppkt e) odwołania). Z powyższych względów, biorąc pod uwagę, że kary z tytułu braku zapłaty lub nieterminowej zapłaty wynagrodzenia podwykonawcy wywodzą się z tożsamej podstawy prawnej, tj. art. 437 ust. 1 pkt 7 lit. a) Pzp, brak jest podstaw dla odmiennego również określania w przypadku obu ww. rodzajów kar bazy, od której będą one obliczane zgodnie z przypisaną im wartością procentową, zaś bazą tą z uwagi na wskazane wyżej okoliczności oraz fakt, że kary te związane są z płatnością wynagrodzenia Podwykonawców i dalszych Podwykonawców, winna być właśnie wartość wynagrodzenia danego Podwykonawcy lub dalszego Podwykonawcy, którego wynagrodzenie nie zostało zapłacone lub zostało zapłacone nieterminowo;

e)za dopuszczenie do wykonywania Przedmiotu Umowy Podwykonawcy lub dalszego Podwykonawcy robót budowlanych, który nie został zaakceptowany przez Zamawiającego, Wykonawca zobowiązany będzie zapłacić Zamawiającemu karę

w wysokości 0,5% określonego w § 10 ust. 1 Wynagrodzenia brutto za każdy przypadek (§ 15 ust. 1 lit. g) Umowy) – również zatem w niniejszym przypadku Zamawiający określił jako podstawę naliczenia kary wartość wynagrodzenia Wykonawcy, podczas gdy rozwiązaniem prawidłowym, proporcjonalnym, winno być rozwiązanie analogiczne do zastosowanego przez Zamawiającego w § 15 ust. 1 lit. i) Umowy, tj. określenie sankcji z tytułu niezgłoszenia Podwykonawcy lub dalszego Podwykonawcy wartością kwotową. W szczególności bowiem określenie kary umownej w przedmiotowym zakresie wartością procentową liczoną od wynagrodzenia Wykonawcy mogłoby prowadzić do obciążenia Wykonawcy sankcjami nadmiarowymi, rażąco wygórowanymi, przekraczającymi nawet wartość całego świadczenia danego Podwykonawcy lub dalszego Podwykonawcy.

f)za zwłokę w przedstawieniu zaktualizowanego HRF, Wykonawca zobowiązany będzie zapłacić Zamawiającemu karę w wysokości 0,01% określonego w § 10 ust. 1 Wynagrodzenia brutto za każdy dzień zwłoki liczony od upływu terminu wyznaczonego przez Zamawiającego (§ 15 ust. 1 lit. j) Umowy) – biorąc natomiast pod uwagę charakter przedmiotowego naruszenia, obliczanie wartości kary od wynagrodzenia Wykonawcy należy uznać za działanie nadmiarowe, skutkujące rażącym wygórowaniem kary, wielokrotnie przekraczającym możliwą szkodę po stronie Zamawiającego. Tym samym, za rozwiązanie prawidłowe i proporcjonalne należy uznać określenie przedmiotowej kary wartością kwotową liczoną za każdy dzień zwłoki w aktualizacji HRF, odpowiednią do wagi przedmiotowego naruszenia (analogicznie jak skonstruował to Zamawiający np. w § 14 ust. 7 czy § 15 ust. 1 lit. i), k), l), m), q) Umowy).

Zamawiający określił nadto w § 15 ust. 7 Umowy, że łączna wysokość kar umownych, jakich może dochodzić Zamawiający od Wykonawcy na podstawie zapisów niniejszej Umowy, nie może przekroczyć 30% wartości Wynagrodzenia brutto Wykonawcy określonego w § 10 ust. 1 Umowy. Przedmiotową wartość należy jednak również uznać za nieproporcjonalną

i nadmiarową w świetle standardów rynkowych (podobnych tego typu klauzul wypracowanych na rynku) oraz biorąc pod uwagę, że Zamawiający posiada zgodnie z § 15 ust. 4 Umowy prawo do dochodzenia odszkodowań przenoszących wartość naliczonych kar – a zatem również

w przypadku określenia limitu niższego, Zamawiający posiada pełne zabezpieczenie

w zakresie dochodzenia naprawienia ewentualnych szkód poniesionych w związku

z nieprawidłową realizacją przez Wykonawcę zobowiązań spoczywających na nim zgodnie
z Umową. Za zasadne natomiast należy uznać zrównanie przedmiotowego limitu kar z karą za odstąpienie (tj. 15% wynagrodzenia Wykonawcy, zgodnie z okolicznościami przytoczonymi powyżej w kontekście przedmiotowej kary) – a zatem z należnością przysługującą Zamawiającemu w sytuacji, w której Wykonawca w ogóle nie zrealizowałby zamówienia objętego Umową.

Uwzględniając tym samym okoliczności podniesione powyżej, jak i w kolejnych punktach niniejszej części odwołania, ww. postanowienia dot. kar umownych należy uznać za sformułowane przez Zamawiającego w sposób rażąco wygórowany, a przy tym sprzeczny
z zasadą równowagi stron stosunku zobowiązaniowego, zasadami współżycia społecznego,
a tym samym w sposób naruszający zasadę uczciwej konkurencji i proporcjonalności.
Przede wszystkim zaznaczyć należy, że jak wskazuje się w orzecznictwie: „***Uprawnienie zamawiającego do ustalenia warunków umowy nie ma charakteru absolutnego, gdyż zamawiający nie może swego prawa podmiotowego nadużywać.*** *Zgodnie z regułą wyrażoną w art. 5 KC, nie można czynić ze swego prawa użytku, który byłby sprzeczny ze społeczno-gospodarczym przeznaczeniem tego prawa lub z zasadami współżycia społecznego, a takie działanie lub zaniechanie uprawnionego nie jest uważane za wykonywanie prawa i nie korzysta z ochrony.* ***Przy formułowaniu postanowień dotyczących kar umownych w zamówieniach publicznych niezwykle istotne jest wyważenie interesów obu stron stosunku zobowiązaniowego wynikających z przyszłej umowy. Zamawiający posiada uzasadniony interes, którego celem jest zagwarantowanie należytej realizacji zamówienia publicznego i dbałość o finanse publiczne, z drugiej strony nie można zapominać o interesie przedsiębiorców, ubiegających się o udzielenie zamówienia. Działania zamawiającego nie mogą prowadzić do przerzucenia na wykonawców zbyt dużych ryzyk i odpowiedzialności za zdarzenia, na które nie mają oni wpływu.***”*15 wyrok KIO z dnia 27.08.2019 r. (KIO 1585/19);*
Zbyt represyjne reguły odpowiedzialności w karach umownych mogą bowiem zniechęcać
do składania ofert i być przyczyną niewielkiego zainteresowania wykonawców zamówieniem, co z kolei wpłynie na konkurencyjność postępowania (co zresztą ujawniło się również
w postępowaniu poprzedzającym niniejszej Postępowanie).
Powyższe oznacza, że konstruując umowę w sprawie zamówienia publicznego Zamawiający zobowiązany jest nie tylko zamieścić w niej te postanowienia, do których zamieszczenia wprost zobowiązuje Zamawiającego przepis prawa albo zaniechać zamieszczania takich postanowień, których stosowania bezpośrednio zakazuje określony przepis. Oprócz powyższego, Zamawiający jest również zobowiązany do takiego ukształtowania zasad współpracy Stron, który będzie adekwatny do przedmiotu zamówienia, zakresu obowiązków wykonawcy i który będzie również zmierzał do wypełnienia postulatów wynikających z zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji czy zasady proporcjonalności. Zamawiający winien w tym zakresie w szczególności uwzględnić, czy skonstruowane przez niego postanowienia umowne sprzyjają otwarciu Postępowania dla możliwie jak najszerszego grona konkurujących z sobą wykonawców i czy będą one również prowadzić do realizacji przez Zamawiającego zasady efektywnego wydatkowania środków publicznych na realizację zamówienia i osiągnięcia najlepszej jakości robót budowlanych, uzasadnionej charakterem zamówienia, w ramach środków, które Zamawiający może przeznaczyć na jego realizację, oraz uzyskanie najlepszych efektów zamówienia, w stosunku do poniesionych nakładów.

W świetle powyższego, wskazane powyżej kary umowne są nadmiernie wygórowane, nieadekwatne i rażąco sprzeczne z zasadą proporcjonalności, a kary te w istocie przestają pełnić funkcję stymulującą albo odszkodowawczą (która w polskim systemie prawa jest podstawową funkcją kary umownej), a tylko i wyłącznie penalizującą, w dodatku prowadzącą do nieuzasadnionego wzbogacenia Zamawiającego kosztem Wykonawcy – co również kłoci się z zasadami udzielania zamówień publicznych (art. 16 pkt 3 Pzp i art. 431 Pzp). Kara umowna, podobnie jak odszkodowanie, którego jest surogatem nie może bowiem prowadzić do nieuzasadnionego wzbogacenia uprawnionego, w tym wypadku: Zamawiającego.
Co więcej kara nie oznacza, że tylko w jej granicach zamyka się ewentualna odpowiedzialność Wykonawcy. Jak wskazano bowiem już powyżej, Umowa przewiduje przecież,
że Zamawiający może dochodzić naprawienia szkody na zasadach ogólnych, ja wiec jeśli szkoda przekroczy wysokość kary umownej.

Uzasadnienie w zakresie zarzutów ad. 6.4 odwołania

Zgodnie z:

a) § 7 ust. 13 Umowy Zamawiający przewidział, że w przypadku stwierdzenia nieistotnych wad lub braków Dokumentacji Projektowej lub jej części, Zamawiający**może dokonać** odbioru, wyznaczając dodatkowy termin na usunięcie tych wad i braków, wiążący dla Wykonawcy.

b)§ 7 ust. 30 Umowy Zamawiający przewidział, iż w przypadku stwierdzenia drobnych wad (wad nieistotnych)

zrealizowanych robót dokona on wprawdzie ich odbioru, ale jednocześnie **Zamawiający zastrzegł sobie prawo do wstrzymania wypłaty odpowiedniej części wynagrodzenia Wykonawcy do czasu do czasu usunięcia wad lub odbioru napraw**;

c) § 10 ust. 13, ust. 14 i ust. 18 Umowy Zamawiający przyjął, że podstawą do wystawienia faktur częściowych i faktury końcowej przez Wykonawcę, a tym samym zapłaty na rzecz Wykonawcy wynagrodzenia z tytułu realizacji Przedmiotu Umowy, będzie odpowiednio **protokół odbioru częściowego lub protokół odbioru końcowego bez wad lub usterek (czy też bez uwag lub zastrzeżeń);**

d) pkt. 3.8 SWZ, § 9 ust. 1 Umowy, § 2 ust. 3 i § 5 ust. 1 Karty gwarancyjnej, Zamawiający przyjął, że okres gwarancji i rękojmi rozpocznie swój bieg od dnia podpisania protokołu odbioru końcowego **bez uwag (bez uwag lub zastrzeżeń czy też bez wad lub usterek)**, a datą zakończenia inwestycji jest data podpisania protokołu odbioru końcowego **bez uwag lub usterek;**

e) § 8 ust. 3 lit. a) Umowy, Zamawiający uzależnił zwrot 70% wartości zabezpieczenia należytego wykonania Umowy na rzecz Wykonawcy od podpisania przez Strony Protokołu odbioru końcowego **bez uwag lub usterek**, a w przypadku określonym w § 7 ust. 30 (tj. stwierdzenia przy odbiorze końcowym wad nieistotnych) – **protokolarnego potwierdzenia usunięcia wszystkich wad lub usterek stwierdzonych Protokołem odbioru końcowego.**

Regulacje SWZ i Umowy, na podstawie których Zamawiający zastrzegł dla siebie uprawnienie do nie dokonania odbioru w przypadku stwierdzenia nieistotnych wad lub braków Dokumentacji Projektowej oraz uzależnił zapłatę wynagrodzenia Wykonawcy w jakimkolwiek zakresie, zwrot zabezpieczenia należytego wykonania Umowy oraz rozpoczęcie biegu okresu gwarancji i rękojmi od dokonania odbioru Przedmiotu Umowy bez wad lub usterek, należy uznać tym samym za rażąco sprzeczne z przepisami Kodeksu cywilnego dotyczącymi umowy o dzieło oraz umowy o roboty budowlane, jak i prowadzące do naruszenia przez Zamawiającego zasady współdziałania Stron oraz zasad przejrzystości i proporcjonalności, oraz do przerzucenia na Wykonawcę w sposób nieuzasadniony nadmiernych ryzyk związanych z realizacją zamówienia objętego Postępowaniem. W zakresie natomiast dotyczącym zwrotu zabezpieczenia należytego wykonania, przytoczona wyżej regulacja Umowy pozostaje sprzeczna również z art. 453 ust. 1 i 2 Pzp przewidującym, że Zamawiający zwraca zabezpieczenie w terminie 30 dni od dnia wykonania zamówienia i uznania przez zamawiającego za należycie wykonane oraz że Zamawiający może pozostawić
na zabezpieczenie roszczeń z tytułu rękojmi za wady lub gwarancji kwotę nie przekraczającą 30% zabezpieczenia.
Jak wynika bowiem w szczególności z: art. 627 k.c.:

a) Przez umowę o dzieło przyjmujący zamówienie zobowiązuje się do wykonania oznaczonego dzieła, **a zamawiający do zapłaty wynagrodzenia;**

b)art. 642 k.c. - § 1. W braku odmiennej umowy **przyjmującemu zamówienie należy się wynagrodzenie w chwili oddania dzieła**.
§ 2. Jeżeli dzieło ma być oddawane częściami, a wynagrodzenie zostało obliczone za każdą część z osobna, wynagrodzenie należy się z chwilą spełnienia każdego ze świadczeń częściowych.

c)art. 643 k.c. - **Zamawiający obowiązany jest odebrać dzieło, które przyjmujący zamówienie wydaje mu zgodnie ze swym zobowiązaniem;**

d)art. 647 k.c. - 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.**

e)art. 654 k.c. - W braku odmiennego postanowienia umowy inwestor obowiązany jest na żądanie wykonawcy **przyjmować wykonane roboty częściowo**, w miarę ich ukończenia, **za zapłatą odpowiedniej części wynagrodzenia**.

Na gruncie powyższych przepisów m.in. w orzecznictwie Sądu Najwyższego przyjmuje się,
że obowiązek zapłaty przez zamawiającego wynagrodzenia aktualizuje się w razie wydania dzieła przez przyjmującego zamówienie, mimo istnienia wad nieistotnych. Przyjęcie bowiem odmiennego stanowiska naruszałoby równowagę między zamawiającym a wykonawcą, uzależniając odbiór, a tym samym płatność wynagrodzenia od wykluczenia istnienia jakiejkolwiek wady w chwili oddania przedmiotu zamówienia, jak i umożliwiając naliczanie kary umownej za niedotrzymanie terminu realizacji umowy warunkowanej przedstawieniem robót do odbioru w stanie idealnym, co w praktyce - zwłaszcza przy skomplikowanych przedmiotach umowy - jest trudne do realizacji. W konsekwencji przyjmuje się, że strony nie mogą uzależnić wypłaty wynagrodzenia należnego wykonawcy od braku jakichkolwiek usterek dzieła (tak np. wyroki Sądu Najwyższego z dnia 05.03.1997 r., II CKN 28/97; z dnia 26.02.1998 r., I CKN 520/97, z dnia 30.10.2002 r., V CKN 1287/00; z dnia 08.01.2004 r., I CK 24/03; z dnia 14.02.2007 r., II CNP 70/06; z dnia 22.06.2007 r., V

CSK 99/07; z dnia 09.09.2011 r., I CSK 696/10; z dnia 18.01.2012 r., II CSK 213/11; z dnia 23.08.2012 r., II CSK 21/12; z dnia 07.03.2013 r., II CSK 476/12; z dnia 27.11.2013 r., V CSK 544/12).

Mając powyższe na uwadze, należy stwierdzić, iż brak jest podstaw dla:

a) wprowadzenia przez Zamawiającego w § 7 ust. 13 Umowy wyłącznie uprawnienia do dokonania przezeń odbioru Dokumentacji Projektowej w przypadku wystąpienia wad nieistotnych tej Dokumentacji (poprzez użycie sformułowania „może dokonać odbioru"), a nie obowiązku dokonania takiego odbioru jak to przewidziano np. w § 7 ust. 21 Umowy w odniesieniu do odbioru robót budowlanych („Jeżeli w toku odbioru zostaną stwierdzone wady nieistotne, nadające się do usunięcia, Zamawiający dokona odbioru…");

b) przyjęcia, iż w przypadku dokonania odbioru Przedmiotu Umowy (w części lub całości) zawierającego wady nieistotne, Zamawiający uprawniony jest do wstrzymywania
się z zapłatą wynagrodzenia Wykonawcy do czasu usunięcia takich wad nieistotnych przez Wykonawcę, a Wykonawca uprawniony jest do wystawienia odpowiedniej faktury VAT dopiero po takim odbiorze bezusterkowym – w szczególności biorąc pod uwagę, że na skutek takiego „usterkowego" odbioru Zamawiający dysponuje już w odpowiednim zakresie zrealizowanym Przedmiotem Umowy i np. może użytkować obiekt, a jednak mimo to zamiarem Zamawiającego byłoby pozbawianie Wykonawcy należnego mu wynagrodzenia na dalszy nieokreślony czas, do czasu usunięcia wszelkich możliwych usterek (niezależnie od ich charakteru i rozmiaru), które zostaną stwierdzone przez Zamawiającego;

c) uzależniania początku biegu okresu rękojmi i gwarancji od bezusterkowego odbioru końcowego – w takim bowiem przypadku zakończenie biegu okresu rękojmi i gwarancji ulegałby bezzasadnemu odsunięciu w czasie do momentu wpierw usunięcia wszelkich, najdrobniejszych nawet usterek stwierdzonych w Przedmiocie Umowy, pomimo przejęcia przez Zamawiającego zrealizowanego obiektu i możliwości jego wykorzystywania;

d) uzależniania zwrotu 70% zabezpieczenia należytego wykonania Umowy od usunięcia wszelkich wad i usterek stwierdzonych przy odbiorze. Zgodnie bowiem z przytoczonym już wyżej art. 453 ust. 2 Pzp Zamawiający może pozostawić na zabezpieczenie roszczeń z tytułu rękojmi za wady lub gwarancji kwotę nie przekraczającą 30% zabezpieczenia. Skoro zatem, w świetle powołanych wyżej okoliczności, bieg okresu rękojmi i gwarancji rozpocząć winien swój bieg począwszy od daty dokonania odbioru końcowego (a nie odbioru końcowego bezusterkowego), analogicznie z tym powiązany jest zatem obowiązek pozostawienia Zamawiającemu wyłącznie 30% zabezpieczenia
oraz zwrotu pozostałych jego 70%.

Uzasadnienie w zakresie zarzutów – ad. 6.5. odwołania

Zgodnie z § 10 ust. 17 Umowy Zamawiający przewidział, iż *najpóźniej na 7 dni przed terminem płatności faktury częściowej Zamawiający dokona weryfikacji dokumentów, o których mowa w ust. 14* (tj. odpowiednich protokołów odbioru) *i w ust. 16* (tj. dokumentów i oświadczeń potwierdzających zapłatę wynagrodzenia na rzecz Podwykonawców i dalszych Podwykonawców), *a w razie jakichkolwiek braków wezwie Wykonawcę do ich uzupełnienia. Termin zapłaty ulega przedłużeniu do 14 dni od przedstawienia przez Wykonawcę prawidłowego kompletu wymaganych dokumentów. W przypadku stwierdzenia niekompletności złożonych dokumentów w późniejszym terminie Zamawiający może wstrzymać dokonanie jakiejkolwiek płatności częściowej do czasu uzupełnienia dokumentacji.*

Z powyższego postanowienia wynika zatem, że Zamawiający przewidział, iż w przypadku, gdy Wykonawca nie dostarczy kompletu dokumentów i oświadczeń potwierdzających rozliczenia z Podwykonawcami i dalszymi Podwykonawcami, Zamawiający uprawniony będzie
do wstrzymania jakiejkolwiek płatności częściowej na rzecz Wykonawcy – niezależnie
od zakresu brakujących dokumentów lub oświadczeń oraz niezależnie od wysokości płatności częściowej należnej Wykonawcy. Niniejsze oznacza zatem, że przykładowo w przypadku niedostarczenia przez Wykonawcę dokumentów potwierdzających zapłatę wynagrodzenia jednego z Podwykonawców (np. w kwocie 100.000 zł), Zamawiający będzie uprawniony
do wstrzymania każdej płatności na rzecz Wykonawcy, również wielokrotnie przewyższającej kwotę wynikającą z nieprzedstawionego dowodu zapłaty Podwykonawcy.

Powyższe postanowienie Umowy należy tym samym uznać za naruszające regulację bezwzględnie obowiązującego art. 447 ust. 2 Pzp, zgodnie z którym w przypadku nieprzedstawienia przez wykonawcę wszystkich dowodów zapłaty, o których mowa w ust. 1 (tj. dokumentów dot. rozliczeń z podwykonawcami), wstrzymuje się odpowiednio:

1) wypłatę należnego wynagrodzenia za odebrane roboty budowlane,

2) udzielenie kolejnej zaliczki

- w części równej sumie kwot wynikających z nieprzedstawionych dowodów zapłaty.
Z przytoczonego przepisu wynika tym samym, że Zamawiający nie jest uprawniony do dowolnego wstrzymania jakiejkolwiek płatności na rzecz Wykonawcy w przypadku nieprzedstawienia kompletu dokumentów dot. płatności na rzecz Podwykonawców i dalszych Podwykonawców (jak to usiłuje zastrzec Zamawiający na mocy ww. § 10 ust. 17 Umowy),
a takie uprawnienie Zamawiającego ograniczone jest wyłącznie do wartości wynikającej z nieprzedstawionych dowodów zapłaty.

Uzasadnienie w zakresie zarzutów związanych z zasadami i częstotliwością płatności częściowych - zarzut ad. 6.6 odwołania

W § 10 ust. 13 Umowy Zamawiający przewidział, iż:

„1 . *Rozliczenie za wykonanie Przedmiotu Umowy będzie dokonywane na podstawie faktur częściowych i faktury końcowej, wystawianych po obustronnym podpisaniu protokołów odbioru częściowego i końcowego bez wad lub usterek oraz w oparciu o zatwierdzony HRF. Dopuszcza się częściowe fakturowanie do wysokości 90% Wynagrodzenia,*

o którym mowa w ust. 1, na zasadach określonych poniżej:

a) wynagrodzenie z tytułu wykonania prac projektowych płatne w częściach tj.:

- 25 % wynagrodzenia brutto wskazanego w ust. 2 pkt 1) – po przekazaniu Zamawiającemu ostatecznego projektu architektoniczno-budowlanego i odebraniu go przez Zamawiającego oraz zaakceptowaniu bez uwag i zastrzeżeń,

- 25 % wynagrodzenia brutto wskazanego w ust. 2 pkt 1) – po uzyskaniu ostatecznej decyzji o pozwoleniu na budowę,

- 50 % wynagrodzenia brutto wskazanego w ust. 2 pkt 1) – po przekazaniu Zamawiającemu projektu technicznego i odebraniu go przez Zamawiającego oraz zaakceptowaniu bez uwag i zastrzeżeń;

b) wynagrodzenie z tytułu robót budowlanych płatne częściowo, nie częściej niż raz na kwartał, z tym zastrzeżeniem, że płatności będą następowały według następujących zasad:

- do 7 % wynagrodzenia brutto wskazanego w ust. 2 pkt 2), po wykonaniu Kamienia Milowego określonego w § 2 ust. 2 lit. c Umowy (niwelacja terenu, prace gruntowe),- do 20 % wynagrodzenia brutto wskazanego w ust. 2 pkt 2), po wykonaniu Kamienia Milowego określonego w § 2 ust. 2 lit. d Umowy (wykonanie fundamentów i stanu surowego zamkniętego budynku zajezdni oraz pozostałych obiektów),

- do 60% wynagrodzenia brutto wskazanego w ust. 2 pkt 2), po wykonaniu Kamienia Milowego określonego w § 2 ust. 2 lit. f Umowy (zakończenie realizacji Przedmiotu Umowy),

- pozostała część wynagrodzenia po wykonaniu Kamienia Milowego określonego w § 2 ust. 2 lit. f Umowy (wykonanie pozostałych czynności objętych Umową oraz uzyskanie ostatecznej decyzji o pozwoleniu na użytkowanie i pozwolenia zintegrowanego).”

Z powyższego wynika tym samym, że Zamawiający przewidział w szczególności nie częstsze niż kwartalne rozliczenia z Wykonawcą za zrealizowane roboty budowlane. Tymczasem,
w przypadku zamówień podobnych (tak przedmiotem, jak i rozmiarem) wypracowanym standardem branżowym jest dokonywanie rozliczeń częściowych w częstotliwości miesięcznej. Niniejsze podyktowane jest w szczególności względami zapewnienia płynności realizacji inwestycji, a przy tym nie ograniczania dostępu do zamówienia wyłącznie do podmiotów największych, które – w przeciwieństwie do np. wykonawców z sektora małych i dużych przedsiębiorstw – dysponują możliwością dłuższego kredytowania realizacji inwestycji ze środków własnych.

Z powyższych względów, przytoczone powyżej postanowienie należy uznać za wykraczające poza granice swobody kontraktowania, sprzeczne z zasadą równowagi stron stosunku zobowiązaniowego, zasadami współżycia społecznego, a tym samym
za naruszający zasady prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego
w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i proporcjonalności. Postanowienie niniejsze w sposób nieproporcjonalny, nieuzasadniony przerzuca bowiem na Wykonawcę nadmierne i nieproporcjonalne ryzyka związane z realizacji zamówienia, w tym
w szczególności związane z koniecznością finansowania przez wykonawcę realizacji przedmiotu zamówienia ze środków własnych, czego skutkiem jest również nieproporcjonalne i niezgodne z zasadą efektywności i gospodarności wydatkowania środków publicznych zmniejszenie kręgu wykonawców zdolnych do realizacji zamówienia i zwiększenie kosztów, jakie finalnie Zamawiający zobowiązany będzie ponieść w związku z zamówieniem (poprzez uwzględnienie w kosztach złożonych ofert również kosztów związanych z „kredytowaniem” inwestycji i zapewnieniem na niej tzw. cash

flow).

Mając powyższe na uwadze, wobec potwierdzenia się zarzutów opisanych powyżej, na uwzględnienie zasługuje także zarzut wynikowy niniejszego odwołania Niniejsze odwołanie jest tym samym w pełni zasadne i powinno zostać uwzględnione w całości, zaś postanowienia SWZ, w tym Umowy, winny podlegać odpowiednim zmianom, zgodnie ze sformułowanymi powyżej wnioskami Odwołującego, w celu przywrócenia treści SWZ i Umowy do stanu zgodności z powołanymi wyżej przepisami prawa.

Odwołanie o sygn. akt: KIO 4155/24

W dniu 7 listopada 2024 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej zostało wniesione odwołanie przez wykonawcę Warbud S.A. z siedzibą w Warszawie, zwanego dalej „Odwołującym Warbud" wobec warunków zamówienia ustalonych przez Zamawiającego.

Odwołujący Warbud zarzucił Zamawiającemu, naruszenie następujących przepisów ustawy:

1)art.121 Pzp w zw. z art. 16 Pzp oraz w zw. z art. 118 ust. 1 i 2 Pzp w zw. z art. 462 ust. 1 Pzp a także w zw. z art. 63 ust. 2 dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającej dyrektywę 2004/18/WE („Dyrektywa 2014/24") poprzez zastrzeżenie w rozdziale 2 pkt 16 Specyfikacji Warunków Zamówienia („SWZ") oraz w § 4 ust. 2 Załącznika nr 6 do SWZ Projekt umowy („Projekt Umowy") poprzez zastrzeżenie osobistego wykonania części zamówienia obejmującej wykonanie instalacji wodorowej wraz z instalacją elektrolizera oraz kotłowni wodorowej, pomimo, tego, że ww. cześć zamówienia nie ma charakteru kluczowego,
co w konsekwencji prowadzi do wyłączenia możliwości korzystania z zasobów podmiotu trzeciego i podwykonawstwa, w sytuacji w której roboty te są robotami specjalistycznymi wykonywanymi przez podmioty wyspecjalizowane w ich realizacji, które to podmioty
nie mają jednocześnie potencjału do realizacji całości zamówienia w charakterze wykonawcy, co w sposób nieuzasadniony narusza zasady proporcjonalności, uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców;

2)art. 431, art. 453 ust. 1 i 2 oraz art. 16 Pzp oraz art. 647, art. 654, art. 5, art. 3531, art. 568 § 1, art. 577 § 4, art. 354 § 2 k.c. w zw. z art. 8 ust. 1 Pzp poprzez wprowadzenie
do Projektu Umowy postanowień uzależniających:
a)powstanie obowiązku Zamawiającego odbioru robót budowlanych i dokumentacji projektowej (por. § 7 ust. 13 Projektu Umowy)
b)powstanie obowiązków Zamawiającego zwrotu 70% wartości zabezpieczenia (por. § 8 ust. 3 pkt a) Projektu Umowy)
c)rozpoczęcia biegu terminów gwarancji jakości oraz rękojmi za wady całego przedmiotu umowy (por. § 9 ust. 1 Projektu Umowy oraz § 2 Załącznika nr 5 - WZÓR KARTY GWARANCYJNEJ do Projektu Umowy)
d)zapłatę części oraz całości Wynagrodzenia Wykonawcy (por. § 10 ust. 13, w tym pkt a) oraz § 10 ust. 18 Projektu Umowy
od usunięcia wszelkich wad, usterek, zastrzeżeń co do przedmiotu umowy, niezależnie od ich istotności oraz charakteru, co sprzeciwia się właściwości (naturze) umowy o roboty budowlane, naruszając bezwzględnie obowiązujące przepisy prawa, równowagę stron,
w warunkach nadużycia prawa podmiotowego do samodzielnego kształtowania warunków umowy przez Zamawiającego;

3)naruszenie art. 447 ust. 2 w zw. z art. 16 Pzp w zw. z art. 8 ust. 1 Pzp w zw. z art. 5 i 3531 kc poprzez wprowadzenie do Projektu Umowy w § 10 ust. 16 oraz ust. 17 postanowień umożliwiających Zamawiającemu wstrzymanie wypłaty wynagrodzenia należnego wykonawcy w przypadku nieprzekazania dowodów i oświadczeń potwierdzających zapłatę wynagrodzenia na rzecz podwykonawców, bez wskazania części wstrzymanego wynagrodzenia podczas, gdy art. 447 Pzp uprawnia Zamawiającego do wstrzymania zapłaty wynagrodzenia tylko w odpowiedniej części, tj. w zakresie, dla którego
nie przedstawiono dowodów zapłaty wymagalnego wynagrodzenia na rzecz podwykonawców;

4)art. 437 ust. 1 pkt 4) Pzp poprzez brak zawarcia w Projekcie Umowy postanowień dotyczących zasad zapłaty wynagrodzenia wykonawcy w zakresie części określonej
w § 10 ust. 2 pkt 3) Projektu Umowy;

5)art. 433 pkt 1) oraz 3) w zw. z art. 16 w zw. z art. 8 ust. 1 Pzp w zw. z art. 5 i 353^1 kc oraz art. 471 kc poprzez wprowadzenie do Projektu Umowy w § 18 ust. 7 postanowień przewidującego de facto odpowiedzialność wykonawcy (finansową) za opóźnienie / przedłużenie terminów realizacji przedmiotu umowy, który pomimo opóźnień/ przedłużenia terminów realizacji przedmiotu umowy ma obowiązek ponoszenia kosztów ogólnych, tj. kosztów związanych bezpośrednio lub pośrednio z realizacją umowy,

w przedłużonym okresie realizacji, niezależnie od przyczyn opóźnienia / przedłużenia

6)art. 433 pkt 1) oraz 3) w zw. z art. 99 ust. 1 w zw. z art. 16 w zw. z art. 8 ust. 1 Pzp w zw. z art. 5 i 3531 kc oraz art. 471 kc poprzez wprowadzenie do Projektu Umowy w § 3 ust. 3 postanowienia przewidującego odpowiedzialność wykonawcy w zakresie należytego wykonania zobowiązań wynikających z umowy, pomimo braku współdziałania Zamawiającego w zakresie wyjaśniania rozbieżności pomiędzy umową i jej załącznikami, podczas, gdy to na Zamawiającym leży obowiązek jednoznacznego oraz wyczerpującego przygotowania dokumentów przetargowych, w tym opisu przedmiotu zamówienia;

7)art. 99 ust. 1 w zw. z art. 16 w zw. z art. 8 ust. 1 Pzp w zw. z art. 5 i 3531 kc poprzez wprowadzenie do Projektu Umowy, w szczególności w § 1 ust. 10 obowiązków wykonawcy, których zakres nie jest określony, a w konsekwencji możliwy do wyceny
na etapie składania ofert;

8)art. 16 w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 5, 353^1 oraz 405 kc poprzez wprowadzenie w Projekcie Umowy postanowień wyłączających zastosowanie
w odniesieniu do elementów nieobjętych Przedmiotem Umowy, co sprzeciwia się właściwości (naturze) umowy o roboty budowlane, naruszając bezwzględnie obowiązujące przepisy prawa, równowagę stron, w warunkach nadużycia prawa podmiotowego do samodzielnego kształtowania warunków umowy przez Zamawiającego;

9)art. 439 ust. 1 i ust. 2 w zw. z art. 16 ust. 1 Pzp oraz art. 8 ust. 1 Pzp w zw. z art. 58 kc poprzez sformułowanie w ramach Projektu Umowy klauzuli waloryzacyjnej, dotyczącej zmiany wysokości wynagrodzenia wykonawcy w sytuacji zmiany cen materiałów
lub kosztów związanych z realizacją zamówienia wbrew wymaganiom art. 439 ustawy Pzp, w sposób sprzeczny z celem tej regulacji, jakim jest przywrócenie ekonomicznej równowagi kontraktowej stron oraz w sposób stanowiący obejście tej regulacji

10) art. 16 ustawy Pzp w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 5 i 3531 kc w zw. z art. 473 § 1 kc w zw. z art. 483 kc w zw. z art. 484 § 2 kc poprzez zastrzeżenie w ramach Projektu Umowy kar umownych w rażąco wygórowanej wysokości, co narusza równowagę stron umowy, wymuszając na wykonawcach konieczność uwzględnienie (doliczania) dodatkowych, niemożliwych do precyzyjnego skalkulowania, ryzyk w ramach ceny ofertowej.

Wobec powyższego Odwołujący Warbud **wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu dokonania modyfikacji dokumentów zamówienia (a także wprowadzenia ewentualnych innych zmian będących konsekwencją poniższych modyfikacji) poprzez:**

1. zmianę treści SWZ oraz Projektu Umowy oraz Ogłoszenia o zamówieniu poprzez wykreślenie zastrzeżenia obowiązku osobistego wykonania zakresu prac w postaci robót budowlanych instalacji wodorowej wraz z instalacją elektrolizera oraz kotłowni wodorowej (przewidzianego w rozdziale 2 pkt 16 SWZ oraz w § 4 ust. 2 Projektu Umowy i pkt 2.1. ppkt 9 Ogłoszenia);

2. zmianę treści Projektu Umowy w następujący sposób:

a) § 7 ODBIORY PROJEKTU UMOWY

*„13. W przypadku stwierdzenia **nieistotnych** wad lub braków Dokumentacji Projektowej lub jej części, Zamawiający **~~może dokonać~~** dokona odbioru, wyznaczając dodatkowy termin na usunięcie tych wad i braków, wiążący dla Wykonawcy*."

b) § 8 ZABEZPIECZENIE NALEŻYTEGO WYKONANIA UMOWY PROJEKTU UMOWY

„3. *Zabezpieczenie należytego wykonania umowy określone w ust. 1 będzie zwracane przez Zamawiającego w następujący sposób*:

a) *70% wartości zabezpieczenia w kwocie …….. zł, w terminie 30 (trzydziestu) dni od dnia wykonania Zamówienia i uznania przez Zamawiającego za należycie wykonane, **tj. od dnia podpisania Protokołu odbioru końcowego** ~~bez uwag lub usterek, a w przypadku określonym w § 7 ust. 30 – protokolarnego potwierdzenia usunięcia wszystkich wad lub usterek stwierdzonych Protokołem odbioru końcowego;~~*

b)*30% wartości zabezpieczenia w kwocie …….. zł, nie później niż w 15 (piętnastym) dniu po upływie okresu rękojmi i gwarancji oraz stwierdzeniu usunięcia wszystkich ujawnionych w tym okresie wad lub usterek.*

c) §9 GWARANCJA I RĘKOJMIA PROJEKTU UMOWY

„1. Wykonawca udziela gwarancji jakości i rękojmi za wady na roboty budowlane
*na okres 60 miesięcy, licząc **od dnia podpisania protokołu odbioru końcowego** ~~bez uwag lub zastrzeżeń~~*

d) §10 WYNAGRODZENIE PROJEKTU UMOWY

„13. Rozliczenie za wykonanie Przedmiotu Umowy będzie dokonywane na podstawie faktur *częściowych i faktury końcowej, wystawianych po obustronnym podpisaniu **protokołów odbioru częściowego i końcowego** ~~bez wad lub usterek~~ oraz w oparciu o zatwierdzony HRF. Dopuszcza się częściowe fakturowanie do wysokości 90% Wynagrodzenia, o którym mowa w ust. 1, na zasadach określonych poniżej:*

a) wynagrodzenie z tytułu wykonania prac projektowych płatne w częściach tj.:

− 25 % wynagrodzenia brutto wskazanego w ust. 2 pkt 1) – po przekazaniu Zamawiającemu ostatecznego projektu architektoniczno-budowlanego i odebraniu go przez Zamawiającego oraz zaakceptowaniu ~~bez uwag i zastrzeżeń~~,

− 25 % wynagrodzenia brutto wskazanego w ust. 2 pkt 1) – po uzyskaniu ostatecznej decyzji o pozwoleniu na budowę,

− 50 % wynagrodzenia brutto wskazanego w ust. 2 pkt 1) – po przekazaniu Zamawiającemu projektu technicznego i odebraniu go przez Zamawiającego oraz zaakceptowaniu ~~bez uwag i zastrzeżeń~~;

b) wynagrodzenie z tytułu robót budowlanych płatne częściowo, nie częściej niż raz na kwartał, z tym zastrzeżeniem, że płatności będą następowały według następujących zasad:

− do 7 % wynagrodzenia brutto wskazanego w ust. 2 pkt 2), po wykonaniu Kamienia Milowego określonego w § 2 ust. 2 lit. c Umowy (niwelacja terenu, prace gruntowe),

− do 20 % wynagrodzenia brutto wskazanego w ust. 2 pkt 2), po wykonaniu Kamienia Milowego określonego w § 2 ust. 2 lit. d Umowy (wykonanie fundamentów i stanu surowego zamkniętego budynku zajezdni oraz pozostałych obiektów),

− do 60% wynagrodzenia brutto wskazanego w ust. 2 pkt 2), po wykonaniu Kamienia Milowego określonego w § 2 ust. 2 lit. f Umowy (zakończenie realizacji Przedmiotu Umowy),

− pozostała część wynagrodzenia po wykonaniu Kamienia Milowego określonego w § 2 ust. 2 lit. f Umowy (wykonanie pozostałych czynności objętych Umową oraz uzyskanie ostatecznej decyzji o pozwoleniu na użytkowanie i pozwolenia zintegrowanego).

*„14.Podstawą do wystawienia faktury częściowej są potwierdzające wykonanie poszczególnych elementów Przedmiotu Umowy określonych w HRF: w fazie projektowej – protokół odbioru Dokumentacji Projektowej wraz z niezbędnymi do realizacji robót decyzjami administracyjnymi, a w fazie robót budowlanych – protokoły odbiorów częściowych **~~bez uwag lub zastrzeżeń~~**. Powyższe ma odpowiednie zastosowania także w przypadku faktury końcowej.*

*„18. Podstawą wystawienia faktury końcowej jest protokół odbioru końcowego Przedmiotu Umowy **~~bez wad lub usterek~~**".*

3. modyfikację treści Projektu Umowy, poprzez doprecyzowanie w § 10 ust. 17 Projektu Umowy, że uprawnienie Zamawiającego do wstrzymania płatności częściowej do czasu uzupełnienia dokumentacji, jest ograniczone do odpowiedniej części płatności,
   tj. w zakresie, dla którego nie przedstawiono dowodów zapłaty wymagalnego wynagrodzenia na rzecz podwykonawców;
4. modyfikację treści Projektu Umowy, poprzez doprecyzowanie w § 10 ust. 13 Projektu Umowy zasad zapłaty wynagrodzenia wykonawcy także w zakresie części określonej w §10 ust. 2 pkt 3) Projektu Umowy;
5. zmianę treści Projektu Umowy poprzez doprecyzowanie w § 18 ust. 7 Projektu Umowy, że wykonawcy nie będzie przysługiwało roszczenie o zapłatę przez Zamawiającego kosztów ogólnych, tj. kosztów związanych bezpośrednio lub pośrednio z realizacją Umowy
   (w szczególności koszty ubezpieczenia, zabezpieczenia należytego wykonania Umowy, koszty związane z prowadzeniem biura, sprzętem oraz środkami transportu i łączności, koszty pracownicze i zarządu), o ile do opóźnienia / przedłużenia realizacji przedmiotu umowy doszło z przyczyn, za które wykonawca odpowiada, ewentualnie nakazanie wykreślenia § 18 ust. 7 Projektu Umowy;
6. zmianę treści Projektu Umowy poprzez wykreślenie w § 3 ust. 3 Projektu Umowy w części „Brak wyjaśnienia wątpliwości przez Zamawiającego nie powoduje wyłączenia lub ograniczenia odpowiedzialności Wykonawcy za należyte wykonanie zobowiązań wynikających z niniejszej Umowy";
7. wykreślenie § 1 ust. 10 Projektu Umowy;
8. wykreślenie w § 10 ust. 5 Projektu Umowy z zakresie „Strony wyłączają niniejszym zastosowanie art. 405 Kodeksu cywilnego w odniesieniu do elementów nieobjętych Przedmiotem Umowy, a wykonanych przez Wykonawcę przy okazji realizacji Przedmiotu Umowy, jeżeli nie zostały przez Zamawiającego zlecone Wykonawcy w oparciu o ważną umowę.";
9. modyfikację § 12 ust. 7 pkt f) Projektu Umowy poprzez dopuszczenie maksymalnej wartość zmiany wynagrodzenia, jaką dopuszcza Zamawiający w efekcie zastosowania postanowień o zasadach wprowadzania zmian wysokości wynagrodzenia w wysokości 7% względem ceny lub kosztu przyjętych w celu ustalenia Wynagrodzenia Wykonawcy zawartego
   w ofercie;
10. modyfikację treści Projektu Umowy, poprzez nadanie poszczególnym postanowieniom umownym następującego brzmienia:
    „1) §15 ust. 1 Projektu Umowy:
    a)za odstąpienie od Umowy przez Wykonawcę lub Zamawiającego z przyczyn, za które ponosi odpowiedzialność

*Wykonawca, w wysokości ~~30~~ **10%** określonego w § 10 ust. 1 Wynagrodzenia brutto;*

(…)

c) za zwłokę w zakończeniu poszczególnych Kamieni milowych, określonych w § 2 ust. 2 Umowy, w wysokości 0,02% określonego w § 10 ust. 1 Wynagrodzenia brutto za każdy dzień zwłoki, przy czym kary te nie będą należne, a naliczone zostaną anulowane, jeżeli Wykonawca dotrzyma termin realizacji Przedmiotu Umowy, o którym mowa § 2 ust. 1 Umowy;

*d)**za zwłokę w usunięciu wad** stwierdzonych przy odbiorach Dokumentacji Projektowej, odbiorze końcowym, odbiorze częściowym lub ujawnionych w okresie gwarancji i rękojmi w wysokości **~~0,05~~ 0,005% określonego w § 10 ust. 1 Wynagrodzenia brutto**, **za każdy dzień zwłoki**, liczony od upływu terminu wyznaczonego przez Zamawiającego na usunięcie wad*

ewentualnie

***za zwłokę w usunięciu wad istotnych** stwierdzonych przy odbiorach Dokumentacji Projektowej, odbiorze końcowym, odbiorze częściowym lub ujawnionych w okresie gwarancji i rękojmi w wysokości **0,05% określonego w § 10 ust. 1 Wynagrodzenia brutto**, **za każdy dzień zwłoki**, liczony od upływu terminu wyznaczonego przez Zamawiającego na usunięcie wad*

ewentualnie

***za zwłokę w usunięciu wad** stwierdzonych przy odbiorach Dokumentacji Projektowej, odbiorze końcowym, odbiorze częściowym lub ujawnionych w okresie gwarancji i rękojmi w wysokości **0,05% wartości elementu przedmiotu umowy dotkniętego wadą**, **za każdy dzień zwłoki**, liczony od upływu terminu wyznaczonego przez Zamawiającego na usunięcie wad.*

(…)

UZASADNIENIE

Ad 1 zastrzeżenie zakresu prac związanych z instalacją wodoru do osobistego wykonania.

W pkt 2.16 SWZ Zamawiający wskazał, że:

„Zamawiający zastrzega obowiązek osobistego wykonania przez Wykonawcę kluczowych zadań dotyczących przedmiotu zamówienia, tj. robót budowlanych instalacji wodorowej wraz z instalacją elektrolizera oraz kotłowni wodorowej.”

Stosownie do § 4 ust. 2 Projektu Umowy:

„Wykonawca zobowiązany jest do osobistego wykonania kluczowych zadań dotyczących przedmiotu Zamówienia tj. wykonania robót budowlanych instalacji wodorowej wraz z instalacją elektrolizera oraz kotłowni wodorowej. W tym zatem zakresie wyłączona jest możliwość zlecenia tych prac Podwykonawcy lub jakimkolwiek osobom trzecim.”.

Analogiczne postanowienia znajdują się również w Ogłoszeniu o zamówieniu.

Zamawiający poprzez skorzystanie z dyspozycji art. 121 Pzp doprowadził do nadmiernego, w realiach rynkowych, ograniczenia konkurencji stosując nieproporcjonalne środki, poprzez wyłączenie możliwości skorzystania z potencjału podmiotu trzeciego zarówno na etapie składania ofert i wykazywania spełniania warunków udziału w postępowaniu, jak również na etapie realizacji zamówienia **co bezpośrednio przekłada się na** istotne ograniczenie **konkurencji w postępowaniu i możliwości złożenia oferty.**

Przedmiotem zamówienia jest „Budowa zajezdni autobusowej wraz z towarzyszącą jej infrastrukturą oraz budowy stacji tankowania wodoru”. Stacja tankowania wodoru, czyli instalacja wodorowa wraz z instalacją elektrolizera oraz kotłownia wodorowa, mimo swojego skomplikowania bez wątpienia nie jest kluczowym elementem zamówienia, którego celem jest wybudowanie zajezdni autobusowej dla autobusów spalinowych, elektrycznych, hybrydowych i wodorowych. Zatem zastrzeżenie osobistego wykonania nie dotyczy kluczowych zadań w rozumieniu art. 121 PZP oraz 63 ust. 2 Dyrektywy 2014/24, skutkując nieproporcjonalnym oraz nieuzasadnionym ograniczeniem możliwości korzystania z podwykonawstwa oraz zasobów podmiotu trzeciego.

Podkreślić należy, że przewidziana w powyższych przepisach możliwość ograniczenia swobody wykonawcy w zakresie możliwości powierzania części prac podmiotom trzecich stanowi **ścisły wyjątek od zasady, który powinien być poprzedzony szczegółową analizą Zamawiającego oraz być obiektywnie uzasadniony**. Zarówno orzecznictwo KIO, jak i TSUE wiąże uprawnienie zamawiającego do ograniczenia swobody wykonawcy w zakresie wyboru części zamówienia jaka zostanie powierzona podwykonawcom z zasadą uczciwej konkurencji i nieuzasadnionego ograniczenia wykonawcom dostępu do zamówienia oraz proporcjonalności.

Dyrektywa 2014/24 kładzie istotny nacisk na wzrost konkurencyjności zamówień oraz ich otwarcie na możliwie szeroką grupę potencjalnych wykonawców, w tym ułatwienie małym i średnim przedsiębiorstwom dostępu do zamówień publicznych. Wielokrotnie potwierdzał

to TSUE w swoich orzeczeniach. Przykładowo w wyroku z dnia 5 kwietnia 2017 r. w sprawie C-298/15 Borta ECLI:EU:C:2017:266, pkt 48, Trybunał podkreślił, że „*Korzystanie z podwykonawstwa, które może* ***zachęcać małe i średnie przedsiębiorstwa do udziału w rynku zamówień publicznych, przyczynia się do realizacji tego celu***.

Odwołujący wskazuje przy tym, że okoliczność, że wykonanie robót budowlanych w zakresie instalacji wodorowej ma charakter specjalistyczny, nie może sama przez się determinować konieczności uznania ich za kluczową część zamówienia niezbędną do osobistego wykonania przez wykonawcę. W szczególności przesądzają o tym sama analiza dokumentów przetargowych, w których:

a. Zamawiający definiując zakres przedmiotowej inwestycji w pkt 1.4 PFU stację wodorową określił jako „inwestycję towarzyszącą", a więc akcesoryjną, nie mając charakteru kluczowego;
b. w opisie inwestycji Zamawiający informował, że instalacja wodorowa nie będzie stanowiła jedynego nośnika energii, bowiem flota autobusowa posiada różne typy pojazdów (np. pkt 1.5.2 PFU; pkt 2.5.1.8 PFU), a więc nie sposób przypisać „kluczowego" znaczenia dla instalacji wodorowych dla Inwestycji.

Tym samym, nie można uznać, żeby stacja tankowania wodoru była kluczowa z punktu widzenia Zamawiającego, ponieważ możliwe jest funkcjonowanie zajezdni bez stacji tankowania wodoru. Zamawiający w PFU przewiduje możliwość ogrzewania budynku za pomocą pompy ciepła (dopuszczając jedynie rozwiązanie równoważne jakim jest kocioł wodorowy). Podobnie biorąc pod uwagę obecną strukturę taboru Zamawiającego – Zamawiający jest w trakcie budowy floty wodorowej oraz fakt, że dotychczas Zamawiający tankował autobusy wodorowe w mobilnej stacji tankowania wodoru nie można stwierdzić, żeby wybudowanie stacji tankowania wodoru było kluczowe dla funkcjonowania nowej zajezdni autobusowej. Bez wątpienia jest celowe i ważne, natomiast można założyć, że zajezdnia będzie zdolna do funkcjonowania również bez rzeczonej stacji.

Istotne jest również, że Zamawiający w żaden sposób nie uargumentował w SWZ skorzystania w pkt 2.16 SWZ z wyjątku od dopuszczenia powierzenia wykonania części zamówienia podwykonawcom. Zgodnie z wyrokiem KIO 170/22 *„Jak wynika ze stanowiska zaprezentowanego przez Zamawiającego, zarówno w odpowiedzi na odwołanie jak też na rozprawie, interpretuje on przepis art. 121 ust. 1 Pzp z pominięciem zasad obowiązujących na gruncie zamówień publicznych, uznając, że skoro przepis ten przewiduje określoną w nim możliwość, to jest to wystarczające do skorzystania z niej, bez konieczności wykazania kluczowego charakteru zadań zastrzeżonych do osobistego wykonania, czy zbadania wpływu takiej decyzji na konkurencję w postępowaniu.[…] W ocenie Izby nie sposób się zgodzić z takim stanowiskiem Zamawiającego." oraz „W związku z tym Zamawiający powinien wykazać, że w okolicznościach danego stanu faktycznego występuje pełne uzasadnienie dla jego wprowadzenia.* (tj. ograniczenia swobody wykonawcy, co do wyboru części zamówienia, jaka zostanie powierzona podwykonawcom)".

Zamawiający stosując, zawartą w art. 121, dyspozycję szczególną dla ogólnej normy gwarantującej generalnemu wykonawcy możliwość podjęcia decyzji, którą część zamówienia powierzyć podwykonawcy, każdorazowo powinien to wyczerpująco uargumentować.

W opinii Odwołującego wprowadzone przez Zamawiającego zastrzeżenie jest nieproporcjonalne. Zarówno pod względem celu, który Zamawiający chce osiągnąć jak i sytuacji panującej na rynku. Pomimo, iż celem wprowadzenia powyższego zastrzeżenia przez Zamawiającego jest bez wątpienia chęć zagwarantowania należytego wykonania umowy, to Zamawiający nie może jednak, chcąc osiągnąć ten cel, korzystać art. 121 Pzp w sposób dowolny. W przywołanej już treści wyroku KIO 170/22 Izba wskazała, że: *„Zamawiający, chcąc wprowadzić ograniczenie swobody wykonawcy, co do wyboru części zamówienia, jaka zostanie powierzona podwykonawcom, w tym posłużenia się zasobami podmiotu trzeciego, mając na uwadze zasadę prowadzenia postępowania z zachowaniem zasad uczciwej konkurencji i niedoprowadzania do nieuzasadnionego ograniczenia wykonawcom dostępu do zamówienia, powinien mieć na uwadze, że jest to wyjątek od zasady, co oznacza, że nie może być interpretowany rozszerzająco."*

Zamawiający przygotowując dokumenty postępowania nie wziął pod uwagę struktury rynku, na którym działają podmioty specjalizujące się w budowie stacji tankowania wodoru.

Co do zasady są to małe firmy niechętne do składania oferty konsorcjum z uwagi na solidarną odpowiedzialność każdego z członków konsorcjum za realizację całego zamówienia, które jak Odwołujący wskazał powyżej, ma dużo większy zakres niż budowa stacji wodorowej. Z kolei duże podmioty zdolne do podjęcia się funkcji Generalnego Wykonawcy zazwyczaj nie mają odpowiedniego know-how i doświadczenia by samodzielnie wybudować stację tankowania wodoru.

Wymóg osobistego wykonania kluczowych zadań przez wykonawcę może być wyłącznie uzasadniony obiektywnymi potrzebami oraz nie może prowadzić do rzeczywistego wykluczenia innych podmiotów, w tym małych i średnich przedsiębiorstw, dających rękojmię wykonania zamówienia lub jego części z możliwości jego realizacji jak to ma miejsce w niniejszej sprawie. Skutki tego nieuzasadnionego oraz nieproporcjonalnego ograniczenia dobitnie obrazuje wynik

pierwszego przetargu dotyczącego przedmiotowej inwestycji, gdzie Zamawiający określił analogiczne ograniczenie / wymóg, co do osobistego wykonania przez wykonawcę instalacji wodorowych i została złożona wyłącznie jedna oferta przewyższająca budżet Zamawiającego, w konsekwencji przez co Zamawiający zmuszony był do unieważnienia przetargu (MZK-OPZ-1/78/20241).

Warto w tym zakresie przytoczyć orzecznictwo KIO. Przykładowo:

a. w wyroku z dnia 21 września 2017 r., sygn. akt KIO 1837/17 wskazano: *„podstawą do możliwości wskazania w SIWZ danego elementu zamówienia jako elementu kluczowego, który wykonawca winien wykonać osobiście, jest wystąpienie* ***obiektywnych okoliczności uzasadniających objecie tej części zamówienia specjalnym statusem****, który to element dla prawidłowego wykonania zamówienia ma kapitalne, zasadnicze znaczenie.*"

b. w uchwale z dnia 7 listopada 2013 r., sygn. KIO/KU 97/13 stwierdzono, że: *„Zamawiający podejmując decyzje o ograniczeniu tego prawa wykonawcy jest zobowiązany przed podjęciem takiej czynności do dokonania wnikliwej analizy przedmiotu zamówienia - jego cech i właściwości, celem ustalenia i wykazania w oparciu o obiektywne okoliczności, konieczności wykonania przedmiotu umowy wyłącznie przez wykonawcę. Potwierdza to m.in. wyrok KIO z dnia 18 grudnia 2007 r. (KIO/UZP 1423/07), zgodnie z którym ustawa P.z.p. nie określa, jaką maksymalną część wykonywania zamówienia można powierzyć podwykonawcy. Nie zmienia to jednak faktu, że to wykonawca ponosi pełną odpowiedzialność za realizację zamówienia (art. 474 k.c.). Zamawiający jest uprawniony do rozważenia wyłączenia z udziału w realizacji zamówienia podwykonawców w sytuacji, gdy jego* ***wykonanie wymagać będzie szczególnego, osobistego doświadczenia i wiedzy wykonawcy****. Najczęściej będą to prace polegające na* ***działalności twórczej, artystycznej czy szkoleniowej np. stworzenie utworu muzycznego, wykonanie robót konserwatorskich zabytku lub dzieła sztuki, wykonanie ekspertyzy*** *wymagającej szczególnej i specjalistycznej wiedzy, itp. Ich wykonanie wymaga bowiem posiadania szczególnych cech i zdolności, zwykle właściwych ściśle określonemu kręgowi wykonawców. W konsekwencji zamawiający ograniczając podwykonawstwo zakazuje powierzania go podmiotom, którzy takich cech i zdolności mogą nie posiadać. Powierzenie wykonania robót w tym zakresie, innemu niż wybranemu wykonawcy może doprowadzić do wykonania przedmiotu zamówienia w sposób sprzeczny z oczekiwaniami zamawiającego."*

c. w wyroku z dnia 27 maja 2019 r., sygn. akt KIO 867/19, Izba uznała że: *„kluczowa część przedmiotu zamówienia w rozumieniu tego przepisu nie oznacza głównego elementu (zakresu) zadania, tylko część, którą musi osobiście wykonać wybrany wykonawca, jako podmiot, który dysponuje określonymi, osobistymi cechami pozwalającymi na prawidłową realizację tego szczególnego elementu. Zazwyczaj oznacza to wykonanie zadania o charakterze twórczym, artystycznym (np. mural) lub wymagającego ponadprzeciętnej wiedzy specjalistycznej. Konieczność realizacji prac budowlanych, nawet o bardzo złożonym charakterze, nie daje podstawy do ograniczenia dostępu podwykonawców do udziału w realizacji zamówienia."*

W okolicznościach niniejszej inwestycji stwierdzić należy, że roboty budowlane w zakresie instalacji wodorowej jakkolwiek mają charakter specjalistyczny, nie wymagają osobistego ich wykonywania przez wykonawcę. Brak jest jakichkolwiek względów, dla których przedsiębiorstwa posiadające specjalistyczną wiedzę w tym zakresie nie mogłyby wystąpić w roli podwykonawcy, za których działania i zaniechania w pełni odpowiedzialny byłby wykonawcy. Brak jest w tym przypadku wymogu osobistego doświadczenia i wiedzy.

W szczególności nie sposób stwierdzić, aby jakość, czy sposób wykonywania tych robót byłaby odmienna, gdyby wykonawca posłużył się w tym zakresie podwykonawcą, za którego w pełni odpowiada. Roboty te nie wymagają bowiem żadnych osobistych przymiotów, jak w przypadku przykładowo działalności twórczej, czy artystycznej.

Ponadto, w sytuacji wykazywania spełniania warunku udziału w postępowaniu związanego z kompetencjami do budowy instalacji gazu ziemnego wysokiego ciśnienia lub instalacji wodoru przez podmiot trzeci, **zgodnie z art. 118 ust. 2 ustawy Pzp podmiot ten byłby zobowiązany do bezpośredniego uczestnictwa w realizacji przedmiotowego zamówienia**. O ile więc sam wykonawca nie przedstawi swoich referencji w tym zakresie, Zamawiający posiada gwarancję realizacji tego zakresu robót przez podmiot wyspecjalizowany.

Tym samym, wykorzystanie w przedmiotowym postępowaniu art. 121 Pzp nie jest proporcjonalne do osiągnięcia celu jakim jest należyte wykonanie przez wykonawcę skomplikowanego elementu zamówienia w tym przypadku stacji tankowania wodoru. Zamawiający ma do dyspozycji mniej ograniczające konkurencję środki, zgodne z zasadą proporcjonalności. Na podstawie art. 474 ustawy Kodeks cywilny z 23 kwietnia 1964 (t.j. Dz.U.2024.1061) generalny wykonawca jest odpowiedzialny za działania i zaniechania podwykonawców jak za własne działania i zaniechania. Przepis ten wskazuje, że w interesie generalnego wykonawcy jest dbanie o jakość prac wykonywanych przez podwykonawców.

Warto także zwrócić uwagę na przykładowe postanowienia Projektu Umowy, które w pełni zabezpieczają interesy Zamawiającego w przypadku, gdyby ww. roboty w zakresie instalacji wodorowej wykonywałby podwykonawca:

a. Zamawiający w § 4 Załącznika nr 5 - WZÓR KARTY GWARANCYJNEJ do Projektu Umowy wskazał, *„Gwarant upoważnia Zamawiającego do wykonywania uprawnień przysługujących Gwarantowi wobec producentów urządzeń, Podwykonawców, Dostawców, Usługodawców udzielających Gwarantowi Gwarancji jakości, odrębnych od niniejszej Gwarancji. Upoważnienie, o którym mowa w zdaniu poprzednim nie ma wpływu na zakres odpowiedzialności gwarancyjnej Gwaranta", a więc nawet, gdyby zakres ten byłby realizowany przez podwykonawcę, interesy Zamawiającego w zakresie uprawnień gwarancyjnych są w pełni zabezpieczone*";

b. Zgodnie z § 4 ust. 3 Projektu Umowy*„Wykonawca jest odpowiedzialny za działania lub zaniechania Podwykonawców, dalszych Podwykonawców, ich przedstawicieli lub pracowników, jak za własne działania lub zaniechania."*

c. Zgodnie z § 4 ust. 7 Projektu Umowy *„Do zawarcia przez Wykonawcę umowy o podwykonawstwo jest wymagana każdorazowo zgoda Zamawiającego złożona w formie mailowej lub pisemnej.*

d. Zgodnie z § 4 ust. 20 Projektu Umowy *„Zamawiający może żądać od Wykonawcy zmiany lub odsunięcia Podwykonawcy lub dalszego Podwykonawcy od wykonywania świadczeń w zakresie realizacji Przedmiotu Umowy, jeżeli sprzęt techniczny, osoby lub kwalifikacje, którymi dysponuje Podwykonawca lub dalszy Podwykonawca, nie spełniają warunków lub wymagań dotyczących podwykonawstwa, określonych Umową,* ***nie dają rękojmi należytego wykonania powierzonych Podwykonawcy lub dalszemu Podwykonawcy robót budowlanych, dostaw lub usług lub dotrzymania terminów realizacji tych robót****. Wykonawca, Podwykonawca lub dalszy Podwykonawca niezwłocznie, jednakże nie później niż w terminie 24 (dwudziestu czterech) godzin od chwili otrzymania żądania od Zamawiającego usunie na jego żądanie Podwykonawcę lub dalszego Podwykonawcę z terenu budowy, jeżeli działania Podwykonawcy lub dalszego Podwykonawcy na terenie budowy naruszają postanowienia Umowy*". Postanowienie to zapewnia Zamawiającemu stała pieczę nad jakością lub terminowością realizacji robót przez podwykonawcę oraz uprawnienie do żądania zmiany lub odsunięcia danego podwykonawcy, co dodatkowo zabezpieczają interesy Zamawiającego w przypadku, gdyby ww. roboty w zakresie instalacji wodorowej wykonywałby podwykonawca.

Mając na uwadze powyższe Odwołujący wnosi o nakazanie Zamawiającemu zmiany treści SWZ oraz Projektu Umowy poprzez wykreślenie zastrzeżenia obowiązku osobistego wykonania zakresu prac w postaci robót budowlanych instalacji wodorowej wraz z instalacją elektrolizera oraz kotłowni wodorowej (przewidzianego w rozdziale 2 pkt 16 SWZ oraz w § 4 ust. 2 Projektu Umowy).

Ad 2 wprowadzenie do Projektu Umowy postanowień przewidujących *de facto* odbiór bezusterkowy.

Zamawiający wprowadził do Projektu Umowy następujące postanowienia, które*de facto* przewidują tzw. bezusterkowy odbiór częściowy oraz końcowy przedmiotu umowy:

a) **§ 7 ODBIORY PROJEKTU UMOWY**

„13. W przypadku stwierdzenia ***nieistotnych*** *wad lub braków Dokumentacji Projektowej lub jej części, Zamawiający* ***może*** *dokonać odbioru, wyznaczając dodatkowy termin na usunięcie tych wad i braków, wiążący dla Wykonawcy."*

b) **§ 8 ZABEZPIECZENIE NALEŻYTEGO WYKONANIA UMOWY PROJEKTU UMOWY**

„3. Zabezpieczenie należytego wykonania umowy określone w ust. 1 będzie zwracane przez Zamawiającego w następujący sposób:

a)70% wartości zabezpieczenia w kwocie …….. zł, w terminie 30 (trzydziestu) dni od dnia wykonania Zamówienia i uznania przez Zamawiającego za należycie wykonane,

tj. od dnia podpisania Protokołu odbioru końcowego bez uwag lub usterek,

a w przypadku określonym w § 7 ust. 30 – protokolarnego potwierdzenia usunięcia wszystkich wad lub usterek stwierdzonych Protokołem odbioru końcowego;

b)30% wartości zabezpieczenia w kwocie …….. zł, nie później niż w 15 (piętnastym) dniu po upływie okresu rękojmi i gwarancji oraz stwierdzeniu usunięcia wszystkich ujawnionych w tym okresie wad lub usterek.

c) **§9 GWARANCJA I RĘKOJMIA PROJEKTU UMOWY**

„1. Wykonawca udziela gwarancji jakości i rękojmi za wady na roboty budowlane na okres 60 miesięcy, licząc ***od dnia podpisania protokołu odbioru końcowego bez uwag lub zastrzeżeń****."*

d) **§10 WYNAGRODZENIE PROJEKTU UMOWY**

„13. Rozliczenie za wykonanie Przedmiotu Umowy będzie dokonywane na podstawie faktur częściowych i faktury końcowej, wystawianych po obustronnym ***podpisaniu protokołów odbioru częściowego i końcowego bez wad lub usterek*** *oraz w oparciu o zatwierdzony HRF. Dopuszcza się częściowe fakturowanie do wysokości 90% Wynagrodzenia, o którym mowa w ust. 1, na zasadach określonych poniżej:*

a) wynagrodzenie z tytułu wykonania prac projektowych płatne w częściach tj.:

− 25 % wynagrodzenia brutto wskazanego w ust. 2 pkt 1) – po przekazaniu Zamawiającemu ostatecznego projektu

architektoniczno-budowlanego i odebraniu go przez Zamawiającego oraz zaakceptowaniu ***bez uwag i zastrzeżeń****,*

- *25 % wynagrodzenia brutto wskazanego w ust. 2 pkt 1) – po uzyskaniu ostatecznej decyzji o pozwoleniu na budowę,*
- *50 % wynagrodzenia brutto wskazanego w ust. 2 pkt 1) – po przekazaniu Zamawiającemu projektu technicznego i odebraniu go przez Zamawiającego oraz zaakceptowaniu* ***bez uwag i zastrzeżeń****;*

b) wynagrodzenie z tytułu robót budowlanych płatne częściowo, nie częściej niż raz na kwartał, z tym zastrzeżeniem, że płatności będą następowały według następujących zasad:

- *do 7 % wynagrodzenia brutto wskazanego w ust. 2 pkt 2), po wykonaniu Kamienia Milowego określonego w § 2 ust. 2 lit. c Umowy (niwelacja terenu, prace gruntowe),*
- *do 20 % wynagrodzenia brutto wskazanego w ust. 2 pkt 2), po wykonaniu Kamienia Milowego określonego w § 2 ust. 2 lit. d Umowy (wykonanie fundamentów i stanu surowego zamkniętego budynku zajezdni oraz pozostałych obiektów),*
- *do 60% wynagrodzenia brutto wskazanego w ust. 2 pkt 2), po wykonaniu Kamienia Milowego określonego w § 2 ust. 2 lit. f Umowy (zakończenie realizacji Przedmiotu Umowy),*
- *pozostała część wynagrodzenia po wykonaniu Kamienia Milowego określonego w § 2 ust. 2 lit. f Umowy (wykonanie pozostałych czynności objętych Umową oraz uzyskanie ostatecznej decyzji o pozwoleniu na użytkowanie i pozwolenia zintegrowanego).*

„14.Podstawą do wystawienia faktury częściowej są potwierdzające wykonanie poszczególnych elementów Przedmiotu Umowy określonych w HRF: w fazie projektowej – protokół odbioru Dokumentacji Projektowej wraz z niezbędnymi do realizacji robót decyzjami administracyjnymi, a w fazie robót budowlanych – protokoły odbiorów częściowych ***bez uwag lub zastrzeżeń****. Powyższe ma odpowiednie zastosowania także w przypadku faktury końcowej.*

„18. Podstawą wystawienia faktury końcowej jest protokół odbioru końcowego Przedmiotu Umowy ***bez wad lub usterek****".*

Z analizy przytoczonych postanowień Projektu Umowy wynika jednoznacznie, że Zamawiający choć dostrzega rozróżnienie wad ze względu na kryterium istotności dzieląc je na istotne oraz nieistotne, jednocześnie nadaje im te same skutku prawne, przewidując *de facto* odbiór bezusterkowy. W szczególności z przytoczonych postanowień wynika, że:

a.w § 7 ust. 13 Projektu Umowy Zamawiający przewidział jedynie możliwość, a nie obowiązek Zamawiającego odbioru dokumentacji projektowej dotkniętej nieistotnymi wadami lub brakami, a więc takimi które nie umożliwiają korzystanie z niej zgodnie

z przeznaczeniem. Zgodnie natomiast z utrwalonym orzecznictwem sądowym oraz doktryną w przypadku wystąpienia wad nieistotnych inwestor / zamawiający ma bezwzględny obowiązek dokonania odbioru, co dotyczy w równym stopniu zarówno robót budowalnych, jak i dzieła w postaci dokumentacji projektowej;

b. w § 8 ust. 3 Projektu Umowy Zamawiający uzależnił zwrot 70% kwoty zabezpieczenia od dnia podpisania Protokołu odbioru końcowego bez uwag lub usterek, a więc *de facto* od odbioru bezusterkowego, naruszając w ten sposób bezwzględnie obowiązujący przepis art. 453 ust. 1 i 2 ustawy Pzp;

c.w § 9 ust. 1 Projektu Umowy Zamawiający uzależnił rozpoczęcie biegu okresów gwarancji i rękojmi za wady od bezusterkowego odbioru przedmiotu umowy;

d.w § 10 ust. 13 pkt a), §10 ust. 14 oraz §10 ust. 18 Projektu Umowy Zamawiający uzależnił wypłatę należnego Wykonawcy wynagrodzenia od bezusterkowego odbioru dokumentacji projektowej oraz robót w ramach odbiorów częściowych i końcowego;

W rezultacie należy stwierdzić, że Zamawiający *de facto* przewidział w Umowie tzw. odbiór bezusterkowy, zakazany w orzecznictwie sądowym, orzecznictwie KIO oraz doktrynie jako sprzeczny z powszechnie obowiązującymi przepisami prawa oraz naturą (właściwościami) umowy o roboty budowlane, czy umowy o dzieło. Przytoczone postanowienia Projektu Umowy *de facto* zrównują bowiem skutki braku protokołu odbioru częściowego oraz końcowego dokumentacji projektowej lub robót bez wad, usterek lub zastrzeżeń z brakiem odbioru i to pomimo tego, że Zamawiający będzie mógł korzystać z efektów pracy wykonawcy zgodnie z ich przeznaczeniem. W przypadku dokonania przez Zamawiającego odbioru końcowego z jednoczesnym wskazaniem nieistotnych wad lub usterek, Zamawiający będzie mógł korzystać z inwestycji, a jednocześnie Wykonawca nie otrzyma wynagrodzenia, zwrotu zabezpieczenia należytego wykonania umowy (70%), a bieg terminów gwarancji jakości i rękojmi nie rozpocznie się, co jest w sposób oczywisty sprzeczny z naturą łączącego strony stosunku prawnego.

W tym kontekście podkreślenia wymaga, że zgodnie z ugruntowaną linią orzeczniczą postanowienia umowy dopuszczające możliwość odmowy dokonania odbioru końcowego w przypadku istnienia jakichkolwiek wad lub mające podobne skutki są nieważne. Potwierdza przykładowo to treść

wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 4 maja 2022 r., KIO 1041/22, w którym Krajowa Izba Odwoławcza powołując się na orzecznictwo Sądu Najwyższego i doktrynę wskazała: „[j]ak wskazuje się w doktrynie: Z orzecznictwa SN (por. wyr. SN z 21 kwietnia 2017 r. (I CSK 333/16, Legalis; wyr. SN z 7 marca 2013 r., II CSK 476/12, Legalis oraz wyr. SN z 22 czerwca 2007 r., V CSK 99/07, OSP 2009, Nr 1, poz. 7) wynika, że umawianie się na tzw. odbiór bezusterkowy, czyli uzależnianie odebrania obiektu od braku jakichkolwiek wad, jest uznawane przez SN za sprzeczne z właściwością (naturą) zobowiązania wynikającego z umowy o roboty budowlane i naruszające równowagę między inwestorem a wykonawcą, pozostawiając tego ostatniego w niepewności odnośnie do należnego wynagrodzenia oraz zwrotu poniesionych wydatków. Przyjęcie takiego poglądu oznacza, że postanowienia umów o roboty budowlane przewidujące, że odebranie obiektu może nastąpić tylko w przypadku braku jakichkolwiek wad, są nieważne bezwzględnie jako wykraczające poza swobodę umów wyznaczoną właściwością (naturą) zobowiązania (art. 3531 k.c. w zw. z art. 647 k.c.)".

Analogiczny pogląd wyraziła Izba w wyroku z dnia 29.02.2024r. KIO 408/24 „Zgodnie z art. 647 kodeksu cywilnego jednym z podstawowych obowiązków inwestora, w tym wypadku Zamawiającego, w ramach umowy o roboty budowlane jest dokonanie odbioru robót. Odbiór wykonanych robót jest kwestią kluczową w relacjach inwestor (zamawiający) - wykonawca. Dokonanie odbioru stanowi niejako pokwitowanie spełnia świadczenia wystawiane przez inwestora. Praktyka budowlana pokazuje, że na etapie odbioru końcowego dochodzi często do sporów pomiędzy inwestorem a wykonawcą. Osią tego sporu jest kwestia wad w wykonanych robotach w związku, z których wystąpieniem, inwestorzy odmawiają dokonania odbioru, a tym samym blokują możliwość otrzymania wynagrodzenia przez wykonawcę. W orzecznictwie Sądu Najwyższego ukształtowała się jednolita linia orzecznicza, z której wynika, że w świetle art. 647 kc inwestor obowiązany jest dokonać odbioru końcowego i zapłacić wynagrodzenie należnego wykonawcy. Inwestor nie może uzależniać dokonania odbioru końcowego i zapłaty należnego wynagrodzenia od braku jakichkolwiek wad w wykonanym obiekcie. Inwestor może uchylić się od obowiązku dokonania odbioru końcowego tylko
w przypadku wystąpienia wad istotnych, gdyż tylko w takim wypadku można wskazać,
że wykonawca nie spełnił swojego świadczenia, w pozostałych wypadkach tj. wystąpienia wad nieistotnych, mamy do czynienia z nieprawidłowym wykonaniem zobowiązania przez wykonawcę. W takiej sytuacji inwestor jest obowiązany dokonać odbioru końcowego
a do protokołu odbioru może zostać dołączony wykaz wszystkich ujawnionych wad
z terminami ich usunięcia lub oświadczeniem inwestora o wyborze innego uprawnienia przysługującego mu z tytułu odpowiedzialności wykonawcy za wady ujawnione przy odbiorze. Linię tę prezentują następujące wyroki Sądu Najwyższego: wyrok Sadu Najwyższego - Izba Cywilna z dnia 22 czerwca 2007 r. V CSK 99/07; wyrok Sadu Najwyższego - Izba Cywilna
z dnia 7 kwietnia 1998 r. II CKN 673/97; wyrok z dnia 5 marca 1997 r., II CKN 28/97 (OSNIC 1997 Nr 6 - 7, poz. 90); wyrok Sadu Najwyższego - Izba Cywilna z dnia 7 marca 2013 r. II CSK 476/12. Takie stanowisko potwierdza również orzecznictwo przywołane w odwołaniu."

W przypadku więc, w którym wykonawca wykonał swoje zobowiązanie, a stwierdzone wady lub braki mają wyłącznie charakter nieistotnych, Zamawiający obowiązany jest dokonać odbioru robót i wypłacić wykonawcy wynagrodzenie, z czym związany jest obowiązek zwrotu części zabezpieczania należytego wykonania umowy oraz bieg terminu gwarancji i rękojmi.

Przepisy w tym zakresie mają charakter bezwzględnie obowiązujący. Warto w tym zakresie przytoczyć przykładowe orzecznictwo:

a. *„W odniesieniu do § 6 ust. 13 wzoru umowy, skład orzekający uznał je za nieprawidłowe w zakresie określenia rozpoczęcia biegu terminu na zwrot wykonawcy zabezpieczenia należytego wykonania umowy od protokolarnego potwierdzenia usunięcia wad stwierdzonych przy odbiorze końcowym. Termin ten powinien rozpocząć bieg*
od podpisania przez strony protokołu odbioru końcowego i przekazania przedmiotu umowy do użytkowania. Izba w całości zgadza się z trafną argumentacją odwołującego wyrażoną w odwołaniu. Omawiane postanowienie umowne jest w szczególności sprzeczne z art. 453 § 2 p.z.p. obligującym zamawiającego do pozostawienia należytego zabezpieczenia umowy na zabezpieczenie roszczeń z tytułu rękojmi za wady
lub gwarancji w kwocie nie przekraczającej 30%. Na kanwie zaskarżonego postanowienia umownego może dojść do sytuacji, w której - pomimo odebrania obiektu i powstania uprawnień z tytułu rękojmi i gwarancji (§ 8 ust. 1 wzoru umowy) - wykonawca dalej musi utrzymywać zabezpieczenia należytego wykonania w pełnej kwocie, więc postawiony zarzut zasługuje na uwzględnienie." (Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 24.07.2023 r., sygn. akt KIO 1893/23, KIO 1915/23);

b. *„Przez wykonanie - oddanie dzieła (odpowiednio robót budowlanych) rozumieć należy taką sytuację, gdy roboty zostały wykonane zgodnie z zakresem przedmiotowym umowy,*
na co nie ma wpływu ewentualne posiadania przez dzieło lub wykonane roboty budowlane, nieistotnych wad, usterek i

niedoróbek. Nawet ujawnienie wad robót budowlanych nie zwalnia inwestora od obowiązku dokonania odbioru robót (wynika
on z art. 647 KC), z tą bowiem chwilą nabywa on uprawnienia z tytułu rękojmi przewidziane w art. 637 KC i art. 638 KC. Możliwość odstąpienia od umowy przewidziana jest jedynie wtedy, kiedy dzieło (roboty budowlane) posiada wady istotne. Zgłaszane zarzuty odnoszące się do wad nieistotnych, nie stanowią podstawy, ani do odmowy sporządzenia protokołu końcowego odbioru robót powierzonych stronie powodowej, ani też do odstąpienia od umowy. Ewentualnie mogłyby rodzić, o ile byłyby zasadne roszczenia
z rękojmi i gwarancji." (Wyrok SA we Wrocławiu z 18.10.2012 r. I ACa 1046/12);

c. *„Z kolei w § 9 ust, 5 pkt. 1) Umowy zamawiający uzależnił zapłatę faktury końcowej wynoszącej min 10% wartości umownej od m.in. usunięcia stwierdzonych wad i/lub usterek odbiorowych. Z postanowienia tego nie wynikało jednak aby wady i usterki,*
o których mowa w tym zapisie, ograniczały się jedynie do istotnych Zamawiający przyznał w trakcie rozprawy że zapis ten jest nieprecyzyjny i budzi wątpliwości co do tego, czy uprawnia on go do odmowy zapłaty tzw. wynagrodzenia resztkowego w razie stwierdzenia także wad nieistotnych, co nie było jego intencją. W ocenie Izby przedmiotem jej oceny nie mogły być jednak niewyrażone w projekcie umowy intencje zamawiającego, lecz treść tej umowy, której odwołujący zarzucił niezgodność z przywołanymi przez siebie przepisami. Zgodnie z art. 647 KC do obowiązków inwestora (w tym przypadku zamawiającego) należy dokonanie odbioru obiektu i zapłaty umówionego wynagrodzenia. W przepisie tym nie ma natomiast mowy o „bezusterkowym odbiorze". Stan wykonania robót ma miejsce również w takiej sytuacji, gdy wykonane roboty mają nieistotne wady, czy niedoróbki." (Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 21.06.2024 r., sygn. akr KIO 1840/24)

Biorąc powyższe pod uwagę wszystkie, Odwołujący wnosi o nakazanie Zamawiającemu zmiany Projektu Umowy stanowiącego załącznik do SWZ w następujący sposób:

a) **§ 7 ODBIORY PROJEKTU UMOWY**

„13. W przypadku stwierdzenia ***nieistotnych*** *wad lub braków Dokumentacji Projektowej lub jej części, Zamawiający* ***~~może~~*** *~~dokonać~~ dokona odbioru, wyznaczając dodatkowy termin na usunięcie tych wad i braków, wiążący dla Wykonawcy."*

b) **§ 8 ZABEZPIECZENIE NALEŻYTEGO WYKONANIA UMOWY PROJEKTU UMOWY**

„3. Zabezpieczenie należytego wykonania umowy określone w ust. 1 będzie zwracane przez Zamawiającego w następujący sposób:

a) 70% wartości zabezpieczenia w kwocie …….. zł, w terminie 30 (trzydziestu) dni od dnia wykonania Zamówienia i uznania przez Zamawiającego za należycie wykonane, ***tj. od dnia podpisania Protokołu odbioru końcowego*** ***~~bez uwag lub usterek, a w przypadku określonym w § 7 ust. 30 – protokolarnego potwierdzenia usunięcia wszystkich wad lub usterek stwierdzonych Protokołem odbioru końcowego;~~***

b) 30% wartości zabezpieczenia w kwocie …….. zł, nie później niż w 15 (piętnastym) dniu po upływie okresu rękojmi i gwarancji oraz stwierdzeniu usunięcia wszystkich ujawnionych w tym okresie wad lub usterek.

c) **§9 GWARANCJA I RĘKOJMIA PROJEKTU UMOWY**

„1. Wykonawca udziela gwarancji jakości i rękojmi za wady na roboty budowlane na okres 60 miesięcy, licząc ***od dnia podpisania protokołu odbioru końcowego*** ***~~bez uwag lub zastrzeżeń~~****."*

d) **§10 WYNAGRODZENIE PROJEKTU UMOWY**

„13. Rozliczenie za wykonanie Przedmiotu Umowy będzie dokonywane na podstawie faktur *częściowych i faktury końcowej, wystawianych po obustronnym* ***podpisaniu protokołów odbioru częściowego i końcowego*** ***~~bez wad lub usterek~~*** *oraz w oparciu o zatwierdzony HRF. Dopuszcza się częściowe fakturowanie do wysokości 90% Wynagrodzenia, o którym mowa w ust. 1, na zasadach określonych poniżej:*

a) wynagrodzenie z tytułu wykonania prac projektowych płatne w częściach tj.:

- *25 % wynagrodzenia brutto wskazanego w ust. 2 pkt 1) – po przekazaniu Zamawiającemu ostatecznego projektu architektoniczno-budowlanego i odebraniu go przez Zamawiającego oraz zaakceptowaniu* ***~~bez uwag i zastrzeżeń~~****,*
- *25 % wynagrodzenia brutto wskazanego w ust. 2 pkt 1) – po uzyskaniu ostatecznej decyzji o pozwoleniu na budowę,*
- *50 % wynagrodzenia brutto wskazanego w ust. 2 pkt 1) – po przekazaniu Zamawiającemu projektu technicznego i odebraniu go przez Zamawiającego oraz zaakceptowaniu* ***~~bez uwag i zastrzeżeń~~****;*

b) wynagrodzenie z tytułu robót budowlanych płatne częściowo, nie częściej niż raz na kwartał, z tym zastrzeżeniem, że płatności będą następowały według następujących zasad:

- *do 7 % wynagrodzenia brutto wskazanego w ust. 2 pkt 2), po wykonaniu Kamienia Milowego określonego w § 2 ust. 2 lit. c Umowy (niwelacja terenu, prace gruntowe),*
- *do 20 % wynagrodzenia brutto wskazanego w ust. 2 pkt 2), po wykonaniu Kamienia Milowego określonego w § 2 ust. 2 lit. d Umowy (wykonanie fundamentów i stanu surowego zamkniętego budynku zajezdni oraz pozostałych*

obiektów),

- do 60% wynagrodzenia brutto wskazanego w ust. 2 pkt 2), po wykonaniu Kamienia Milowego określonego w § 2 ust. 2 lit. f Umowy (zakończenie realizacji Przedmiotu Umowy),
- pozostała część wynagrodzenia po wykonaniu Kamienia Milowego określonego w § 2 ust. 2 lit. f Umowy (wykonanie pozostałych czynności objętych Umową oraz uzyskanie ostatecznej decyzji o pozwoleniu na użytkowanie i pozwolenia zintegrowanego).

„14. Podstawą do wystawienia faktury częściowej są potwierdzające wykonanie poszczególnych elementów Przedmiotu Umowy określonych w HRF: w fazie projektowej – protokół odbioru Dokumentacji Projektowej wraz z niezbędnymi do realizacji robót decyzjami administracyjnymi, a w fazie robót budowlanych – protokoły odbiorów częściowych ~~**bez uwag lub zastrzeżeń**~~. Powyższe ma odpowiednie zastosowania także w przypadku faktury końcowej.

„18. Podstawą wystawienia faktury końcowej jest protokół odbioru końcowego Przedmiotu Umowy~~**bez wad lub usterek**~~".

Ad 3 zasady płatności.

Zamawiający w § 10 ust. 16 i 17 Projektu Umowy przedział następujące zasady, które naruszają art. 447 ust. 2 ustawy Pzp:

„16 Najpóźniej na 10 dni przed terminem płatności faktury częściowej Wykonawca jest zobowiązany przedstawić Zamawiającemu:

a) komplet potwierdzonych przez Wykonawcę za zgodność z oryginałem faktur Podwykonawców i dalszych Podwykonawców z dokumentem potwierdzającym daty ich wpływu do odbiorcy oraz dokumentów bankowych potwierdzających płatności za te faktury, a także oryginały oświadczeń Podwykonawców i dalszych Podwykonawców o otrzymaniu przez nich należnych im wymagalnych wynagrodzeń za udział w wykonywaniu robót objętych fakturą częściową ze zrzeczeniem się dalszych należności z tego tytułu, a w przypadku powstania jakiegokolwiek sporu co do rozliczeń z Podwykonawcami lub dalszymi Podwykonawcami – dowodu złożenia spornych kwot do depozytu sądowego wraz z zezwoleniem sądu na ich złożenie;

b) oświadczenie Wykonawcy o zapłacie wymagalnych należności Podwykonawców i dalszych Podwykonawców za prace objęte fakturą częściową.

17. Najpóźniej na 7 dni przed terminem płatności faktury częściowej Zamawiający dokona weryfikacji dokumentów, o których mowa w ust. 14 i w ust. 16, a w razie jakichkolwiek braków wezwie Wykonawcę do ich uzupełnienia. Termin zapłaty ulega przedłużeniu do 14 dni od przedstawienia przez Wykonawcę prawidłowego kompletu wymaganych dokumentów. ***W przypadku stwierdzenia niekompletności złożonych dokumentów w późniejszym terminie Zamawiający może wstrzymać dokonanie jakiejkolwiek płatności częściowej do czasu uzupełnienia dokumentacji.****"*

Zgodnie z art. 447 ust. 2 Pzp: „2. W przypadku nieprzedstawienia przez wykonawcę wszystkich dowodów zapłaty, o których mowa w ust. 1, wstrzymuje się odpowiednio:

1) wypłatę należnego wynagrodzenia za odebrane roboty budowlane,

2) udzielenie kolejnej zaliczki

– w części równej sumie kwot wynikających z nieprzedstawionych dowodów zapłat."

W świetle powyższego stwierdzić należy, że § 10 ust. 16 i 17 Projektu Umowy naruszają

art. 447 ust. 2 w zw. z art. 16 Pzp w zw. z art. 8 ust. 1 Pzp w zw. z art. 5 i 3531 kc, bowiem umożliwiają Zamawiającemu wstrzymanie wypłaty wynagrodzenia należnego wykonawcy

w przypadku nieprzekazania dowodów i oświadczeń potwierdzających zapłatę wynagrodzenia na rzecz podwykonawców, bez wskazania części wstrzymanego wynagrodzenia podczas,

gdy art. art. 447 Pzp uprawnia Zamawiającego do wstrzymania zapłaty wynagrodzenia tylko w odpowiedniej części, tj. w zakresie, dla którego nie przedstawiono dowodów zapłaty wymagalnego wynagrodzenia na rzecz podwykonawców.

Podkreślić przy tym należy, że Zamawiający nie ma prawa modyfikacji zasad zapłaty wynagrodzenia wykonawcy, uwarunkowanej przedstawieniem przez niego dowodów potwierdzających zapłatę wymagalnego wynagrodzenia podwykonawcom lub dalszym podwykonawcom (tak KIO w wyroku z 11.2.2014 r., KIO/UZP 139/14, KIO/UZP 148/14 KIO/UZP 150/14).

W konsekwencji wskazać należy, że gdy wykonawca tylko częściowo udokumentuje rozliczenia z tytułu umów o podwykonawstwo, otrzymuje wynagrodzenie w wysokości pomniejszonej o wysokość kwoty wymagalnych wynagrodzeń, niewypłaconych podwykonawcom lub dalszym podwykonawcom. Wstrzymuje się zatem odpowiednio wypłatę należnego wynagrodzenia za odebrane roboty budowlane oraz udzielenie kolejnej zaliczki

w części równej sumie kwot wynikających z nieprzedstawionych dowodów zapłaty (tak: Skubiszak-Kalinowska Irena, Wiktorowska Ewa, komentarz do art. 143a ustawy Pzp z 2004 r. [w:] Prawo zamówień publicznych. Komentarz

aktualizowany, Lex, 2020 r.).

W rezultacie, Odwołujący wnosi o nakazanie Zamawiającemu modyfikację treści Projektu Umowy, poprzez doprecyzowanie w § 10 ust. 17 Projektu Umowy, że uprawnienie Zamawiającego do wstrzymania płatności częściowej do czasu uzupełnienia dokumentacji, jest ograniczone do odpowiedniej części płatności, tj. w zakresie, dla którego nie przedstawiono dowodów zapłaty wymagalnego wynagrodzenia na rzecz podwykonawców.

Ad 4 zasady płatności cd.

W § 10 ust. 13 Projektu Umowy Zamawiający zawarł zasady zapłaty wynagrodzenia wykonawcy w zakresie części określonych w § 10 ust. 2 pkt 1) oraz 2) Projektu Umowy, całkowicie pomijając część określoną w § 10 ust. 2 pkt 3) Projektu Umowy. Zgodnie z art. 437 ust. 1 pkt 4) ustawy Pzp Zamawiający w umowie o roboty budowlane powinien uregulować m.in. zasady zapłaty wynagrodzenia. W związku z powyższym, Odwołujący wnosi o nakazanie Zamawiającemu modyfikację treści Projektu Umowy, poprzez uregulowanie w nim także zasad zapłaty wynagrodzenia wykonawcy także w zakresie części określonej w § 10 ust. 2 pkt 3) Projektu Umowy.

Ad 5 odpowiedzialność za koszty ogólne.

Zgodnie z § 18 ust. 7 Projektu Umowy:*„ 7. Strony postanawiają, że w przypadku przedłużenia terminu realizacji Przedmiotu Umowy, Wykonawcy nie będzie przysługiwało roszczenie o zapłatę przez Zamawiającego kosztów ogólnych, tj. kosztów związanych bezpośrednio lub pośrednio z realizacją Umowy (w szczególności koszty ubezpieczenia, zabezpieczenia należytego wykonania Umowy, koszty związane z prowadzeniem biura, sprzętem oraz środkami transportu i łączności, koszty pracownicze i zarządu). Strony zgodnie postanawiają, że takie koszty, w przypadku przedłużenia terminu realizacji Umowy, uznaje się za wliczone w ramach wynagrodzenia określonego w § 10 ust. 1, z wyjątkiem przypadku wskazanego w art. 455 ust. 1 pkt 3) ustawy Pzp”*.

Postanowienie to *de facto* nakłada więc na wykonawcę odpowiedzialność (finansową), który miałby ponosić koszty ogólne tj. koszty związane bezpośrednio lub pośrednio z realizacją umowy, w przedłużonym okresie realizacji przedmiotu umowy, niezależnie od czasu trwania przedłużenia oraz przyczyn opóźnienia / przedłużenia realizacji umowy, w tym także przedłużenia realizacji z przyczyn leżących wyłącznie po stronie Zamawiającego. Powyższe postanowienia jest nie tylko niezgodne z art. 433 pkt 1) oraz 3) ustawy Pzp oraz art. 471 kc, ale także w sposób nieuzasadniony nakłada na wykonawcę niemożliwe do wyceny i uwzględnienia w ramach oferty, niemalże absolutne ryzyko. W ocenie Odwołujące takie postanowienie jest w sposób nieproporcjonalny nadużywa pozycji Zamawiającego jako podmiot kształtujący postanowienia umowy w ramach postepowania o udzielenie zamówienia publicznego. Niedopuszczalne jest bowiem, aby wyłącznie wykonawcę obciążać ryzykiem kosztów ogólnych realizacji umowy, w przedłużony okresie realizacji, niezależnie od przyczyn przedłużenia.

Mając na uwadze powyższe, Odwołujący wnosi o nakazanie Zamawiającemu dokonania zmiany treści Projektu Umowy poprzez doprecyzowanie w § 18 ust. 7 Projektu Umowy, że wykonawcy nie będzie przysługiwało roszczenie o zapłatę przez Zamawiającego kosztów ogólnych, tj. kosztów związanych bezpośrednio lub pośrednio z realizacją Umowy (w szczególności koszty ubezpieczenia, zabezpieczenia należytego wykonania Umowy, koszty związane z prowadzeniem biura, sprzętem oraz środkami transportu i łączności, koszty pracownicze i zarządu), o ile do opóźnienia / przedłużenia realizacji przedmiotu umowy poszło z przyczyn, za które wykonawca odpowiada, ewentualnie nakazanie wykreślenia § 18 ust. 7 Projektu Umowy.

Ad 6 Przerzucenie na wykonawcę odpowiedzialności za brak udzielenia wyjaśnień przez Zamawiającego.

W § 3 ust. 3 Projektu Umowy, Zamawiający wskazał, iż *„Brak wyjaśnienia wątpliwości przez Zamawiającego nie powoduje wyłączenia lub ograniczenia odpowiedzialności Wykonawcy za należyte wykonanie zobowiązań wynikających z niniejszej Umowy”;*

Zgodnie z art. 99 ust. 1 ustawy Pzp*„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”*. To Zamawiający ponosi więc odpowiedzialność za należyte (tj. wyczerpujące oraz jednoznaczne opisanie przedmiotu umowy). Negatywne skutki niewykonania tego obowiązku przez Zamawiającego nie mogą obciążać, w świetle art. 433 pkt 1) oraz 3) oraz art. 471 kc.

W związku z powyższym Odwołujący wnosi o nakazanie Zamawiającemu zmiany treści Projektu Umowy poprzez wykreślenie w § 3 ust. 3 Projektu Umowy w części „Brak wyjaśnienia wątpliwości przez Zamawiającego nie powoduje wyłączenia lub ograniczenia odpowiedzialności Wykonawcy za należyte wykonanie zobowiązań wynikających z niniejszej Umowy.

Ad 7 Przerzucenie odpowiedzialności na wykonawcę, za niekompletny opis przedmiotu zamówienia.

Zgodnie z § 1 ust. 10 Projektu Umowy *„W przypadku nieprzewidzenia w tekście Umowy*

lub SWZ lub PFU lub w decyzji środowiskowej lub w innych dokumentach związanych z Projektem, obowiązków Wykonawcy niewskazanych wprost w jednym z tych dokumentów, a służących realizacji Przedmiotu Umowy, Wykonawca ma obowiązek je zrealizować".

Zgodnie z art. 99 ust. 1 ustawy Pzp „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". To Zamawiający ponosi więc odpowiedzialność za należyte tj. wyczerpujące oraz jednoznaczne opisanie przedmiotu umowy (zamówienia).

W powyższym zakresie Zamawiający dąży do przerzucenia odpowiedzialności za niewyczerpujący lub niejednoznaczny opis przedmiotu zamówienia.

W związku z powyższym Odwołujący wnosi o nakazanie Zamawiającemu zmiany treści Projektu Umowy poprzez wykreślenie § 1 ust. 10 Projektu Umowy.

Ad 8 nieproporcjonalność postanowień umownych.

Zgodnie z § 10 ust. 5 zd. 2 Projektu Umowy „*Strony wyłączają niniejszym zastosowanie art. 405 Kodeksu cywilnego w odniesieniu do elementów nieobjętych Przedmiotem Umowy, a wykonanych przez Wykonawcę przy okazji realizacji Przedmiotu Umowy, jeżeli nie zostały przez Zamawiającego zlecone Wykonawcy w oparciu o ważną umowę*".

W ocenie Odwołującego, art. 405 i następne kc regulujące instytucję bezpodstawnego wzbogacenia, nie regulują relacji umownych, bowiem dotyczą stanów faktycznych, w których pomiędzy dwoma lub większej ilości podmiotów prawnych, poszło do przesunięć majątkowych, bez podstawy prawnej. W konsekwencji, przepisy art. 405 i następne kc mają charakter bezwzględnie obowiązujący i nie można ich wyłączyć.

W związku z powyższym Odwołujący wnosi o nakazanie Zamawiającemu zmiany treści Projektu Umowy poprzez wykreślenie § 10 ust. 5 Projektu Umowy postanowienia *„Strony wyłączają niniejszym zastosowanie art. 405 Kodeksu cywilnego w odniesieniu do elementów nieobjętych Przedmiotem Umowy, a wykonanych przez Wykonawcę przy okazji realizacji Przedmiotu Umowy, jeżeli nie zostały przez Zamawiającego zlecone Wykonawcy w oparciu o ważną umowę."*

Ad 9 waloryzacja.

W ramach Projektu Umowy Zamawiający sformułował klauzulę waloryzacyjną, dotyczącą zmiany wysokości wynagrodzenia wykonawcy w sytuacji zmiany cen materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia wbrew wymaganiom art. 439 ustawy Pzp.

„Stosownie do postanowień art. 439 ust. 1 ustawy – Prawo zamówień publicznych, Zamawiający przewiduje możliwość zmiany wysokości Wynagrodzenia określonego w niniejszej Umowie w przypadku zmiany ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją przedmiotu Zamówienia, na następujących zasadach:

a) poziom zmiany ceny materiałów lub kosztów, o których mowa w art. 439 ust. 1 ustawy – Prawo zamówień publicznych, uprawniający Strony Umowy do żądania zmiany Wynagrodzenia wynosi minimum 5 % względem ceny lub kosztu przyjętych w celu ustalenia Wynagrodzenia Wykonawcy zawartego w ofercie;

b) początkowy termin ustalenia zmiany Wynagrodzenia przypada na dzień otwarcia ofert;

c) zmiana Wynagrodzenia dokonana zostanie z użyciem odesłania do kwartalnego wskaźnika zmiany cen produkcji budowlano-montażowej, ogłaszanego komunikacie Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego;

d) wysokość Wynagrodzenia zmienia się o kwotę zmiany cen netto materiałów lub kosztów związanych z realizacją przedmiotu Zamówienia;

e) wniosek o zmianę wysokości Wynagrodzenia należnego z tytułu realizacji przedmiotu Zamówienia nie może być złożony wcześniej niż po 180 dniach od dnia otwarcia ofert, a każdy kolejny nie może być złożony wcześniej niż po 180 dniach od daty ostatniej zmiany wysokości Wynagrodzenia;

f) maksymalna wartość zmiany Wynagrodzenia, jaką dopuszcza Zamawiający w efekcie zastosowania postanowień o zasadach wprowadzania zmian wysokości wynagrodzenia ***to 2 % względem ceny lub kosztu przyjętych w celu ustalenia Wynagrodzenia Wykonawcy zawartego w ofercie."***

Przywołane postanowienia czynią obowiązkową waloryzację narzędziem iluzorycznym i nie odpowiadają realiom rynkowym. Dotyczy to w szczególności 2% limitu wzrostu wynagrodzenia. Zgodnie z art. 439 PZP w myśl założeń ustawodawcy wynagrodzenia wykonawców mają być urealnione w stosunku do zmieniających się warunków rynkowych realizacji zamówień z użyciem obowiązkowych klauzul waloryzacyjnych. Przyjęcie 2% limitu wzrostu cen, w około 3 letnim okresie realizacji umowy oznacza, iż ewentualny wzrost cen materiałów niemalże w całości obciąży wykonawcę. Dodatkowo stosunkowo wysoka wartość graniczna tj. 5% również uniemożliwi przeprowadzenie rzetelnej waloryzacji w związku

ze zmianą cen materiałów budowlanych.
Odwołujący wskazuje, że zapis ten wypacza całkowicie ideę waloryzacji wynagrodzenia umownego. Podkreślenia wymaga, iż waloryzacja nie jest wymierzona przeciwko Zamawiającemu, a wręcz przeciwnie - leży w jego interesie. W przypadku jej faktycznego braku (jak w niniejszym postępowaniu) każdy z Wykonawców składających ofertę będzie zmuszony wliczyć w cenę wszelkie ryzyka związane ze wzrostem swoich kosztów - zatem Zamawiający poniesie te ryzyka, niezależnie od tego, czy i w jakim stopniu one wystąpią.
„Zmiana ma na celu przywrócenie równowagi ekonomicznej między stronami umowy, która może zostać zachwiana przez różnego rodzaju zdarzenia, mogące wystąpić nawet przy stabilnie funkcjonującym systemie gospodarczym, a co podyktowane jest zawieraniem kilkuletnich kontraktów. "Jak trafnie wskazuje się w doktrynie, stosowanie klauzul waloryzacyjnych w umowie w sprawie zamówienia publicznego pozwala na zachowanie równowagi ekonomicznej stron umowy w stosunku do stanu na dzień złożenia oferty przez wykonawcę, minimalizując ryzyko pokrzywdzenia obu stron umowy na skutek zmiany siły nabywczej pieniądza w okresie realizacji zamówienia. Klauzule te zapewniają bowiem konieczną elastyczność w kształtowaniu kosztów związanych z realizacją zamówienia
w dłuższym okresie, umożliwiając jednocześnie bieżące dostosowanie stosunku zobowiązaniowego łączącego zamawiającego z wykonawcą do zmiany okoliczności. Obligatoryjne stosowanie klauzul waloryzacyjnych w umowach zawieranych na okres dłuższy niż 12 miesięcy zdejmuje z wykonawcy ciężar zadeklarowania w ofercie niezmiennej ceny,
co prowadziło do jednostronnego obciążenia wykonawcy ryzykiem późniejszej zmiany stosunków gospodarczych. Waloryzacja wynagrodzenia wykonawcy jest również korzystna dla zamawiających, gdyż umożliwia ponoszenie przez nich rzeczywistych kosztów wykonania zamówienia, bez wliczania ryzyka ich wzrostu już w cenę oferty. Wreszcie wskazuje się,
*że stosowanie klauzul waloryzacyjnych zapobiega również powstawaniu sytuacji, kiedy wykonanie zamówienia przestaje być opłacalne, a tym samym sprzyja trwałości stosunku umownego, co niewątpliwie jest korzystne dla obu stron umowy [por. M. Jaworska, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, komentarz do art. 439, Warszawa 2021 oraz A. Matusiak, Waloryzacja umów, Zamówienia Publiczne. Doradca. 2021, nr 9]."*Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 2024-01-29, KIO 99/24.
Ukształtowany przez Zamawiającego limit waloryzacji na poziomie 2%, biorąc pod uwagę czas trwania kontraktu, w żaden sposób nie zrekompensuje ewentualnego wzrostu cen materiałów. Mając na uwadze powyższe, Odwołujący wnosi o nakazanie Zamawiającemu modyfikacji § 12 ust. 7 pkt f) Projektu Umowy poprzez określenie maksymalnej wartość zmiany wynagrodzenia, jaką dopuszcza Zamawiający w efekcie zastosowania postanowień o zasadach wprowadzania zmian wysokości wynagrodzenia w wysokości 7 % względem ceny lub kosztu przyjętych
w celu ustalenia wynagrodzenia Wykonawcy zawartego w ofercie.
Ad 10 Kary umowne.
W § 15 Projektu Umowy Zamawiający przewidział w ramach katalogu kar umownych
w szczególności poniższe przesłanki ich powstania, przewidując dodatkowo możliwość
ich kumulacji:
„1) §15 ust. 1 Projektu Umowy
a)za odstąpienie od Umowy przez Wykonawcę lub Zamawiającego z przyczyn,
*za które ponosi odpowiedzialność Wykonawca, w wysokości **30% określonego w § 10 ust. 1 Wynagrodzenia brutto**;*
(…)
*c)za zwłokę w zakończeniu **poszczególnych Kamieni milowych**, określonych w § 2 ust. 2 Umowy, w wysokości **0,02% określonego w § 10 ust. 1 Wynagrodzenia brutto** za każdy dzień zwłoki;*
*d) **za zwłokę w usunięciu wad** stwierdzonych przy odbiorach Dokumentacji Projektowej, odbiorze końcowym, odbiorze częściowym lub ujawnionych w okresie gwarancji i rękojmi w wysokości **0,05% określonego w § 10 ust. 1 Wynagrodzenia brutto**, **za każdy dzień zwłoki**, liczony od upływu terminu wyznaczonego przez Zamawiającego na usunięcie wad*
(…)
2) §15 ust. 3 Projektu Umowy
*„Każde ze zobowiązań określone w ust. 1 jest samodzielne i Zamawiający jest uprawniony do dochodzenia kar umownych z tytułu zaistnienia każdego ze zdarzeń wskazanych w tym postanowieniu, zarówno **wszystkich łącznie, jak i każdej z osobna**. Łączenie nie dotyczy kar za odstąpienie i za zwłokę, liczonych po dniu odstąpienia.„*
Oceniając powyższe kary umowne stwierdzić należy, że ich wysokość, jak również zasady ich naliczania mają charakter rażąco wygórowany. Zgodnie z wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 28 grudnia 2018 r., sygn. akt KIO 2574/18 należy podkreślić, że wysokość kary pieniężnej (…) nie może prowadzić do rażąco wygórowanej odpowiedzialności kontraktowej wykonawcy. W przeciwnym razie kara zmienia swój charakter odszkodowawczy i może doprowadzić do

wypaczenia celu odpłatnej umowy. (…) Kara umowna powinna mieć wysokość, która będzie odczuwalna w stopniu dyscyplinującym stronę umowy, ale nie
w stopniu prowadzącym do rażącego wzbogacenia jednej strony kosztem drugiej, a wręcz czyniącym niecelowym jej wykonywanie. W tym kontekście stwierdzić należy, że powyższe kary umowne zostały całkowicie oderwane od potencjalnej szkody Zamawiającego i ich naliczenie prowadziłoby do nieuzasadnionego, nieadekwatnego wzbogacenia Zamawiającego.

Odnosząc się do poszczególnych kar umownych powołanych powyżej podkreślić należy, że:

1) Kara umowna za odstąpienie od umowy - §15 ust. 1 pkt a) Projektu Umowy

Zamawiający zastrzegł karę umowną za odstąpienie od umowy z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy w wysokości 30% całkowitego wynagrodzenia brutto. Podkreślić należy,
że standardowo na rynku zamawiający publiczni przewidują karę umowną za taki przypadek do 10% wynagrodzenia należnego wykonawcy. Jest to zwyczaj rynkowy, który potwierdza taki poziom za adekwatny i proporcjonalny. Tytułem przykładu w tym zakresie można wskazać następujące przykłady postępowań:

- postępowanie pn. „Podniesienie jakości i kompleksowości leczenia poprzez konsolidację usług zdrowotnych w zakresie lecznictwa zachowawczego i zabiegowego w Szpitalu Miejskiego św. Jana Pawła II w Elblągu poprzez rozbudowę bloku operacyjnego do budynku szpitala przy ul. Komeńskiego w związku z konsolidacją szpitali miejskich i reorganizacją oddziałów zabiegowych" (ogłoszenie nr 2022/S 197-558032 z dn. 12/10/2022);
- postępowanie pn. Budowa Centralnego Zintegrowanego Szpitala Klinicznego w Poznaniu - (etap IB CZSK) w zakresie Modułów 3a, 4a, 4b, 5a, 5b CZSK wraz z pawilonem wejściowym w formule „zaprojektuj i wybuduj'" (ogłoszenie nr 2022/S 225-647033 z dn. 22/11/2022);
- postępowanie pn. Budowa Pawilonu Rehabilitacyjnego na terenie Lubuskiego Centrum Ortopedii im. dr. Lecha Wierusza w Świebodzinie Sp. z o.o. przy ul. Zamkowej 1 – II postępowanie (ogłoszenie nr 2022/S 165-467899 z dn. 29/08/2022).

Uwzględniając powyższe, kara umowna z tytułu odstąpienia od umowy nie powinna być wyższa niż 10 wynagrodzenia wykonawcy brutto.

2) kara umowna za zwłokę w zakończeniu poszczególnych Kamieni milowych przewidziana w §15 ust. 1 pkt c) Projektu Umowy.

Wysokość tej kary umownej jest rażąco wygórowana bowiem jest całkowicie oderwana
od potencjalnej szkody Zamawiającego, a nadto przewidziano w nim mechanizm wielokrotnego karania za tą samą zwłokę. Kara umowna przewidziana jest bowiem zarówno za naruszenie poszczególnych Kamieni Milowych, jak za niedotrzymanie terminu zakończenia przedmiotu umowy. Za ten sam czasookres zwłoki, która miała miejsce na początku realizacji przedmiotu umowy, niemożliwy do nadrobienia, Zamawiający mógłby naliczać karę umową
za niedotrzymanie kolejnych Kamieni Milowych i terminu końcowego. W ramach §15 ust. 3 Umowy, Zamawiający wyraźnie przewidział, że każda z podstaw naliczania kar umownych rozpatrywana jest odrębnie i mogą podlegać one łączeniu.

Zamawiający przyjął także zasadę naliczania kar umownych za niedotrzymanie poszczególnych terminów pośrednich, bez względu na to czy termin końcowy wykonania przedmiotu umowy zostałby dochowany. Jest to tyle nieuzasadnione, że jeżeli przykładowo wykonanie dokumentacji projektowej nastąpiłoby ze zwłoką, które nie wpłynęłoby na termin końcowy wykonania przedmiotu umowy, to cel Umowy zostałby zrealizowany,
bez jakiejkolwiek szkody dla Zamawiającego.

3) kara umowna za zwłokę w usunięciu wad przewidziana w §15 ust. 1 lit. d) Projektu Umowy.

Za rażąco wygórowaną, oderwaną od potencjalnej szkody Zamawiającego uznać należy także karę umowną przewidzianą w § 15 ust. 1 lit. d) Projektu Umowy tj. 0,05% za zwłokę w usunięciu wad stwierdzonych przy odbiorach Dokumentacji Projektowej, odbiorze końcowym, odbiorze częściowym lub ujawnionych w okresie gwarancji i rękojmi za każdy dzień zwłoki, liczony
od upływu terminu wyznaczonego przez Zamawiającego na usunięcie wad, z następujących względów:

- po pierwsze, kara ta jest oderwana od realiów rynkowy, gdzie przeważnie przewiduje się karę w wysokości 0,005% wynagrodzenia wykonawcy za dzień zwłoki, względnie 0,05% za wartość elementu dotkniętego wadą za dzień zwłoki;
- po drugie, kara ta całkowicie abstrahuje od powagi, czy istotności wady. Dotyczy zarówno wad istotnych uniemożliwiających korzystanie z inwestycji zgodnie z jej przeznaczeniem, jak i całkowicie nieistotne usterki;
- po trzecie wreszcie, kara ta całkowicie abstrahuje od etapu stwierdzenia wady, a więc dotyczy także wad stwierdzonych w ramach odbioru Dokumentacji Projektowej, czy odbiorów częściowych lub końcowego. Zamawiający więc po raz kolejny stosuje mechanizm „wielokrotnego karania" za to samo naruszenie. Jedno

naruszenie (wada) może jednocześnie decydować o niedotrzymaniu terminu Kamienia Milowego/Kamieni Milowych, terminu końcowego, jak i być usankcjonowane w ramach omawianego pkt d) § 15 ust. 1 Projektu Umowy.

W konsekwencji, Odwołujący wnosi o nakazanie Zamawiającemu modyfikację treści Projektu Umowy, poprzez nadanie poszczególnym postanowieniom umownym następującego brzmienia:

„1) §15 ust. 1 Projektu Umowy:

*b) za odstąpienie od Umowy przez Wykonawcę lub Zamawiającego z przyczyn, za które ponosi odpowiedzialność Wykonawca, w wysokości **30 10% określonego w § 10 ust. 1 Wynagrodzenia brutto**;*

(…)

*e) za zwłokę w zakończeniu **poszczególnych Kamieni milowych**, określonych w § 2 ust. 2 Umowy, w wysokości **0,02% określonego w § 10 ust. 1 Wynagrodzenia brutto***

za każdy dzień zwłoki, przy czym kary te nie będą należne, a naliczone zostaną anulowane jeżeli Wykonawca dotrzyma termin realizacji Przedmiotu Umowy, o którym mowa § 2 ust. 1 Umowy;

*f) **za zwłokę w usunięciu wad** stwierdzonych przy odbiorach Dokumentacji Projektowej, odbiorze końcowym, odbiorze częściowym lub ujawnionych w okresie gwarancji i rękojmi w wysokości **0,050,005% określonego w § 10 ust. 1 Wynagrodzenia brutto**, **za każdy dzień zwłoki**, **za każdy dzień zwłoki** , liczony od upływu terminu wyznaczonego przez Zamawiającego na usunięcie wad*

ewentualnie

***za zwłokę w usunięciu wad istotnych** stwierdzonych przy odbiorach Dokumentacji Projektowej, odbiorze końcowym, odbiorze częściowym lub ujawnionych w okresie gwarancji i rękojmi w wysokości **0,05% określonego w § 10 ust. 1 Wynagrodzenia brutto**, **za każdy dzień zwłoki**, **za każdy dzień zwłoki** , liczony od upływu terminu wyznaczonego przez Zamawiającego na usunięcie wad*

ewentualnie

***za zwłokę w usunięciu wad** stwierdzonych przy odbiorach Dokumentacji Projektowej, odbiorze końcowym, odbiorze częściowym lub ujawnionych w okresie gwarancji i rękojmi w wysokości **0,05% wartości elementu przedmiotu umowy dotkniętego wadą**,*

***za każdy dzień zwłoki**, **za każdy dzień zwłoki** , liczony od upływu terminu wyznaczonego przez Zamawiającego na usunięcie wad*

(…)

Mając na uwadze powyższe odwołanie jest zasadne i konieczne, dlatego zasługuje
na uwzględnienie.

W dniu 28 listopada 2024 roku Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, dla każdego
z powyższych odwołań.

W zakresie odwołania KIO 4141/24 Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania w całości.

W zakresie odwołania KIO 4145/24 Zamawiający wniósł o uwzględnienie w części zarzutu
nr 3, poprzez wprowadzenie modyfikacji w § 15 Umowy w zakresie dodania ust. 8 i 9 regulujących okoliczności, w których Zamawiający zapłaci kary umowne. W pozostałym zakresie wniósł o oddalenie odwołania.

W zakresie odwołania KIO 4155/24 Zamawiający wniósł o uwzględnienie zarzutu
nr 4, poprzez wprowadzenie modyfikacji § 10 ust. 13 pkt b) Projektu Umowy o nową treść, zgodnie z żądaniem Odwołującego Warbud oraz w części zarzutu 10 poprzez wprowadzenie modyfikacji w § 15 Umowy w zakresie dodania ust. 8 i 9 regulujących okoliczności, w których Zamawiający zapłaci kary umowne. W pozostałym zakresie wniósł o oddalenie odwołania.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron oraz Uczestników postępowania odwoławczego, na podstawie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego
oraz oświadczeń i stanowisk Stron złożonych pisemnie oraz ustnie do protokołu, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła co następuje:

Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 528 ustawy Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2024 roku, poz. 1320 ze zm.) skutkujących odrzuceniem któregokolwiek odwołania. Odwołanie o sygn. akt: KIO 4141/24 zostało wniesione w dniu 6 listopada 2024 roku, natomiast odwołania o sygn. akt KIO 4145/24 oraz KIO 4155/24 zostały wniesione do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 7 listopada 2024 roku wobec treści Ogłoszenia o zamówieniu i Specyfikacji Warunków Zamówienia (SWZ) z dnia 28 października 2024 roku. Izba ustaliła, że poszczególni Odwołujący przekazali
w ustawowym terminie kopię odwołań Zamawiającemu. Izba ustaliła, że zostały wypełnione łącznie przesłanki z art. 505 ust 1 ustawy – środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść

szkodę
w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów niniejszej ustawy - to jest posiadania interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody.

Izba za skuteczne uznała zgłoszone przystąpienia do postępowań odwoławczych
po stronie Zamawiającego i dopuściła wykonawców:

- **Budimex Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 4141/24, KIO 4145/24 oraz KIO 4155/24;
- **Elektrometal Spółka Akcyjna z siedzibą w Cieszynie** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 4141/24, KIO 4145/24 oraz KIO 4155/24;
- **Warbud Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 4141/24 oraz KIO 4145/24;
- **Unibep Spółka Akcyjna z siedzibą w Bielsku Podlaskim** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 4145/24 oraz KIO 4155/24;
- **Torpol Spółka Akcyjna z siedzibą w Poznaniu** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 4145/24 oraz KIO 4155/24

do udziału w powyższych postępowaniach w charakterze Uczestników postępowania odwoławczego.
Przywołując regulacje prawne stanowiące podstawę zarzutów wniesionego odwołania należy wskazać, iż zgodnie z:

- art. 8 ust. 1 Pzp do czynności podejmowanych przez zamawiającego, wykonawców oraz uczestników konkursu w postępowaniu o udzielenie zamówienia i konkursie oraz do umów w sprawach zamówień publicznych stosuje się przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. - Kodeks cywilny (Dz.U. z 2022 r. poz. 1360), jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej;
- art 16 pkt 1, 2 i 3 Pzp Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób:
  1)zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców;
  2) przejrzysty;
  3) proporcjonalny.
- 17 ust. 1 pkt 1 i 2 Pzp 1. Zamawiający udziela zamówienia w sposób zapewniający:
  1) najlepszą jakość dostaw, usług, oraz robót budowlanych, uzasadnioną charakterem zamówienia, w ramach środków, które zamawiający może przeznaczyć na jego realizację, oraz
  2)uzyskanie najlepszych efektów zamówienia, w tym efektów społecznych, środowiskowych oraz gospodarczych, o ile którykolwiek z tych efektów jest możliwy do uzyskania w danym zamówieniu, w stosunku do poniesionych nakładów.
- art. 99 ust. 1 Pzp 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. 118 ust. 1 i 2 ustawy Pzp
  1.Wykonawca może w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji, w stosownych sytuacjach oraz w odniesieniu do konkretnego zamówienia, lub jego części, polegać na zdolnościach technicznych lub zawodowych lub sytuacji finansowej lub ekonomicznej podmiotów udostępniających zasoby, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi stosunków prawnych.
  2.W odniesieniu do warunków dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia wykonawcy mogą polegać na zdolnościach podmiotów udostępniających zasoby, jeśli podmioty te wykonają roboty budowlane lub usługi, do realizacji których te zdolności są wymagane
- art. 121 ustawy Pzp Zamawiający może zastrzec obowiązek osobistego wykonania przez wykonawcę kluczowych zadań dotyczących:
  1) zamówień na roboty budowlane lub usługi lub
  2) prac związanych z rozmieszczeniem i instalacją, w ramach zamówienia na dostawy.
- art. 431 Pzp Zamawiający i wykonawca wybrany w postępowaniu o udzielenie zamówienia obowiązani są współdziałać przy wykonaniu umowy w sprawie zamówienia publicznego, zwanej dalej ,,umową", w celu należytej realizacji zamówienia.
- art. 433 pkt 1) oraz 3) Pzp Projektowane postanowienia umowy nie mogą przewidywać:
  1) odpowiedzialności wykonawcy za opóźnienie, chyba że jest to uzasadnione okolicznościami lub zakresem zamówienia;
  (…)
  3)odpowiedzialności wykonawcy za okoliczności, za które wyłączną odpowiedzialność ponosi zamawiający;

- art. 437 ust. 1 pkt 4) Pzp Umowa, której przedmiotem są roboty budowlane, zawiera również postanowienia dotyczące) zasad zapłaty wynagrodzenia wykonawcy, uwarunkowanej przedstawieniem przez niego dowodów potwierdzających zapłatę wymagalnego wynagrodzenia podwykonawcom lub dalszym podwykonawcom;
- art. 439 ust. 1 Pzp Umowa, której przedmiotem są roboty budowlane, dostawy lub usługi, zawarta na okres dłuższy niż 6 miesięcy, zawiera postanowienia dotyczące zasad wprowadzania zmian wysokości wynagrodzenia należnego wykonawcy

  w przypadku zmiany ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia.
- art. 439 ust. 2 pkt 4 Pzp W umowie określa się:

  4) maksymalną wartość zmiany wynagrodzenia, jaką dopuszcza zamawiający

  w efekcie zastosowania postanowień o zasadach wprowadzania zmian wysokości wynagrodzenia.
- art. 447 ust. 2 Pzp W przypadku nieprzedstawienia przez wykonawcę wszystkich dowodów zapłaty, o których mowa w ust. 1, wstrzymuje się odpowiednio:

  1) wypłatę należnego wynagrodzenia za odebrane roboty budowlane,

  2) udzielenie kolejnej zaliczki

  - w części równej sumie kwot wynikających z nieprzedstawionych dowodów zapłaty.
- art. 453 ust. 1 i 2 Pzp Zamawiający zwraca zabezpieczenie w terminie 30 dni od dnia wykonania zamówienia i uznania przez zamawiającego za należycie wykonane.
- art. 462 ust. 1 ustawy Pzp Wykonawca może powierzyć wykonanie części zamówienia podwykonawcy.
- art. 58 § 1 i 2 ustawy z dnia 23.04.1964 r. – Kodeks cywilny (dalej: k.c.)

  § 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 wchodzą odpowiednie przepisy ustawy,

  § 2. Nieważna jest czynność prawna sprzeczna z zasadami współżycia społecznego.
- art. 5 k.c. Nie można czynić ze swego prawa użytku, który by był sprzeczny ze społeczno-gospodarczym przeznaczeniem tego prawa lub z zasadami współżycia społecznego. Takie działanie lub zaniechanie uprawnionego nie jest uważane za wykonywanie prawa i nie korzysta z ochrony.
- art. 353(1) k.c. 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 § 2 k.c. W taki sam sposób powinien współdziałać przy wykonaniu zobowiązania wierzyciel.
- art. 483 § 1 k.c. Można zastrzec w umowie, że naprawienie szkody wynikłej

  z niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania niepieniężnego nastąpi przez zapłatę określonej sumy
- art. 484 § 1 i 2 k.c.

  § 1. W razie niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania kara umowna należy się wierzycielowi w zastrzeżonej na ten wypadek wysokości bez względu na wysokość poniesionej szkody. Żądanie odszkodowania przenoszącego wysokość zastrzeżonej kary nie jest dopuszczalne, chyba że strony inaczej postanowiły.

  § 2. Jeżeli zobowiązanie zostało w znacznej części wykonane, dłużnik może żądać zmniejszenia kary umownej; to samo dotyczy wypadku, gdy kara umowna jest rażąco wygórowana.
- art. 577 § 4 k.c. Jeżeli nie zastrzeżono innego terminu, termin gwarancji wynosi dwa lata licząc od dnia, kiedy rzecz została kupującemu wydana.
- art. 568 § 1 k.c. Sprzedawca odpowiada z tytułu rękojmi, jeżeli wada fizyczna zostanie stwierdzona przed upływem dwóch lat, a gdy chodzi o wady nieruchomości - przed upływem pięciu lat od dnia wydania rzeczy kupującemu.
- art. 627 k.c. Przez umowę o dzieło przyjmujący zamówienie zobowiązuje się do wykonania oznaczonego dzieła, a zamawiający do zapłaty wynagrodzenia.
- art. 642 § 1 i 2 k.c.

  § 1. W braku odmiennej umowy przyjmującemu zamówienie należy się wynagrodzenie w chwili oddania dzieła.

  § 2. Jeżeli dzieło ma być oddawane częściami, a wynagrodzenie zostało obliczone za każdą część z osobna, wynagrodzenie należy się z chwilą spełnienia każdego ze świadczeń częściowych.
- art. 643 k.c. Zamawiający obowiązany jest odebrać dzieło, które przyjmujący zamówienie wydaje mu zgodnie ze swym zobowiązaniem.
- art. 647 k.c. 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 k.c. W braku odmiennego postanowienia umowy inwestor obowiązany jest na żądanie wykonawcy przyjmować wykonane roboty częściowo, w miarę ich ukończenia, za zapłatą odpowiedniej części wynagrodzenia.

Izba ustaliła i zważyła:

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, poczynione ustalenia faktyczne oraz orzekając w granicach zarzutów zawartych w odwołaniu, Izba stwierdziła, że odwołanie w zdecydowanej większości podniesionych zarzutów zasługuje na uwzględnienie.

Izba podkreśla, że rozpoznając odwołanie ocenia czynności podjęte przez Zamawiającego (tu postanowienia Ogłoszenia o zamówieniu, Specyfikacji Warunków Zamówienia oraz Projektu Umowy) odpowiadając na pytanie czy poprzez ich ukształtowanie, Zamawiający naruszył przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych.

Podkreślić należy, iż w przypadku odwołania na treść postanowień Ogłoszenia o zamówieniu, Specyfikacji Warunków Zamówienia (dalej: „SWZ") oraz postanowień Projektu Umowy ramy postępowania odwoławczego zakreśla nie tylko wskazanie konkretnych uchybień, ale też oczekiwań Odwołującego. Podniesiony w odwołaniu zarzut jak i konstrukcja żądania być musi sformułowana w sposób jasny i przejrzysty, musi z niego wynikać jednoznaczne sformułowanie oczekiwań Odwołującego a także uzasadnienie dlaczego w ocenie Odwołującego kwestionowane postanowienia naruszają przepisy ustawy Pzp oraz uzasadnienie dla proponowanych przez siebie rozwiązań.

Skład orzekający podziela prezentowany szeroko w orzecznictwie KIO pogląd, iż w przypadku zaskarżenia brzmienia treści postanowień SWZ, postanowień Projektu Umowydalsza kreacja ich treści poza żądaniem wskazanym w odwołaniu, winna doznawać ograniczeń. Co równie istotne, stawiane żądania w zakresie modyfikacji kwestionowanych postanowień powinny prowadzić do eliminacji niezgodności z przepisami ustawy Pzp, a nie do udogadniania warunków realizacji zamówienia wykonawcom podnoszącym te żądania.

Odwołanie o sygn. akt: KIO 4141/24

Izba za zasadne uznała zarzuty podniesione przez Odwołującego Unibep, przyjmując całą argumentację Odwołującego za własną.

Izba wskazuje, że kształtowanie treści dokumentów zamówienia należy do uprawnień Zamawiającego, jako gospodarza postępowania, który ustala je w taki sposób, aby dokonać wyboru oferty najkorzystniejszej, czyli takiej, która w sposób optymalny będzie stanowiła zaspokojenie uzasadnionych potrzeb Zamawiającego, w oparciu o przeznaczenie przedmiotu zamówienia, a co istotne - za najkorzystniejszą cenę. Wymagań stawianych przez Zamawiającego nie należy również rozpatrywać z perspektywy konkretnego wykonawcy, lecz z perspektywy potrzeb Zamawiającego, bowiem jego celem jest wybór oferty, która będzie spełniała uzasadnione potrzeby Zamawiającego.
Nie można jednak pominąć okoliczności, że opis tych warunków nie może naruszać przepisów i zasad obowiązujących w ustawie Pzp.

W ocenie Izby Zamawiający ustanawiając obowiązek osobistego wykonania przez wykonawcę robót budowlanych instalacji wodorowej wraz z instalacją elektrolizera oraz kotłowni wodorowej, naruszył przepisy prawa zamówień publicznych w zakresie zarzutu podnoszonego w odwołaniu.

W treści art. 121 pkt 1) Pzp ustawodawca nadał Zamawiającym uprawnienie do zastrzeżenia osobistego wykonania przez wykonawcę kluczowych zadań dotyczących zamówień na roboty budowlane lub usługi.

Nie oznacza to jednak, że Zamawiający może z uprawnienia tego korzystać dowolnie, w sposób nieograniczony. Przede wszystkim żadna czynność Zamawiającego nie może prowadzić na naruszenia zasad udzielania zamówień, w szczególności zasady równego traktowania wykonawców, uczciwej konkurencji oraz zasady proporcjonalności, bowiem obowiązkiem Zamawiającego jest przygotowanie i przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający przestrzeganie tych zasad.

Izba co do zasady, nie kwestionuje obiektywnego prawa Zamawiającego do możliwości zastrzeżenia obowiązku osobistego wykonania przez wykonawcę kluczowych zadań w danym zamówieniu, jednakże możliwość taka zawsze wymaga indywidualnej oceny odnoszącej się do danego przedmiotu zamówienia, z uwzględnieniem zasad udzielenia zamówień publicznych.

Odwołujący Unibep podnosi, że zadanie dotyczące wykonania robót budowlanych instalacji wodorowej wraz z instalacją elektrolizera oraz kotłowni wodorowej nie stanowi kluczowego zadania i nie powinno być zastrzeżone do osobistego wykonanie przez wykonawcę. Wskazuje na to opis zadania, który został zakwalifikowany przez Zamawiającego jako inwestycja towarzysząca, jego wartość - stanowiąca ok. 30% całkowitej wartości inwestycji, a co więcej, okoliczność, że inwestycja wodorowa nie jest jedynym źródłem energii w ramach projektu. Ponadto z opisu zadania nie wynika, że bez wykonania instalacji wodorowej wraz z instalacją elektrolizera oraz kotłowni wodorowej (inwestycji towarzyszącej) nie jest możliwe wykonanie inwestycji, określonej przez Zamawiającego jako główna. Zgodnie z postanowieniami PFU zajezdnia mogłaby funkcjonować bez tej inwestycji, która choć istotna w kontekście projektu

zeroemisyjności, nie stanowi jego kluczowego elementu.
Powyższe zastrzeżenie prowadzi również do ograniczenia konkurencyjności na rynku, uniemożliwiając powierzenie przedmiotowego zakresu zamówienia wyspecjalizowanym podmiotom, które mogłyby wykonać kwestionowany zakres jako podwykonawcy. Takie działanie Zamawiającego jest nieuzasadnione i nadmiarowe, co prowadzi również do naruszenia zasady proporcjonalności.

W odpowiedzi na odwołanie Zamawiający wskazał, że kwestionowany zakres zamówienia ma charakter priorytetowy i stanowi kluczową część zamówienia, Nie wyjaśnił jednak na czym ma polegać jego priorytetowy charakter, odwołując się jedynie do piśmiennictwa, w którym podkreśla się wysoki stopień ogólności regulacji, mogący prowadzić do uniemożliwienia korzystania z pomocy podwykonawców, oraz orzecznictwa, wskazującego na istotność zakresu prac określonych jako kluczowe zadanie.

Zamawiający przyznał, że podstawowym założeniem realizacyjnym jest budowa Zajezdni autobusowej przystosowanej do obsługi taboru wodorowego, natomiast stacja tankowania wodoru stanowi w połączeniu z kompleksową Zajezdnią autobusową nierozerwalną funkcjonalnie całość.

W ocenie Izby Zamawiający potwierdził zatem zasadność argumentów Odwołującego Unibep, co do podziału inwestycji na główną i towarzyszącą (co również wynika z treści warunków zamówienia), wskazującą na brak cech kluczowego zadania dla kwestionowanego zakresu. To, że budowa stacji tankowania wodoru stanowi nierozerwalną funkcjonalnie część inwestycji, nie świadczy jeszcze o tym, że jest to kluczowe zadanie dla inwestycji. Nierozerwalną funkcjonalnie część inwestycji mogą stanowić inne elementy zamówienia istotne dla realizacji celu jaką jest budowa Zajezdni autobusowej, np. pomieszczenia warsztatu, magazyny, dyspozytornia, infrastruktura dojazdowa, parking dla autobusów, stanowiska ładowarek elektrycznych, które jednak nie zostały zastrzeżone do osobistego wykonania przez wykonawcę.

Tak więc argument o nierozerwalnie funkcjonalnej części inwestycji nie jest wystarczającym dla wykazania, że dane zadanie ma kluczowy charakter.

Zamawiający podnosi również, że wykonanie stacji wodorowej wraz z budową elektrolizera oraz kotłowni wodorowej to element zamówienia bez którego brak jest uzasadnienia dla realizacji całego zamierzenia inwestycyjnego, bowiem produkcja
i przechowywanie wodoru sprawiają, że zajezdnia i w konsekwencji publiczny transport zbiorowy w subregionie konińskim oparty na autobusach wodorowych, będzie mógł w ogóle funkcjonować i spełniać swoje cele. *W odmiennym przypadku budowa nowej zajezdni stanowiłaby zbędną inwestycję, której Zamawiający nie podjąłby się. To innowatorskie rozwiązania w dziedzinie transportu, dbałość o środowisko i społeczeństwo, uzasadniają uznanie elementu wodorowego za kluczowy i niezbędny. Jeśli brać pod uwagę aspekt kwotowy to w ocenie Zamawiającego wartość tego wycinka Zamówienia, sięgająca ok. 30 % całości, również uzasadnia uznanie go za element kluczowy. Nie dość, że jest to zasadniczy element inwestycji, na którym opiera się jej realizacja, to również koszt sam w sobie jest bardzo wysoki.*

Podkreślenia wymaga, że ani Odwołujący ani Izba nie kwestionują celu budowy stacji wodorowej wraz z budową elektrolizera oraz kotłowni wodorowej, jej istotności, wagi
i znaczenia dla publicznego transportu zbiorowego w subregionie konińskim, tym bardziej dla dbałości o środowisko, jednakże treść dokumentacji zamówienia nie wskazuje, że zastrzeżony do osobistego wykonania przez wykonawcę zakres zamówienia ma kluczowy charakter. Potwierdza to choćby zakwalifikowanie zadania do inwestycji towarzyszącej (pomocniczej)
a nie głównej, kluczowej, co wynika z powyższej argumentacji Zamawiającego. W tym kontekście można odnieść również wrażenie, że argumentacja Zamawiającego przygotowana została wyłącznie na potrzeby postępowania odwoławczego, bez oparcia jej w dokumentacji zamówienia.

Następnie Zamawiający twierdzi, że niezwykle istotne jest, aby kwestionowany zakres robót został powierzony wykonawcy, który posiada kompetencje i wiedzę do jego wykonania, a nie podmiotowi, który podzleci jego wykonanie innym podmiotom. Ponadto wskazuje,
że ustawodawca w art. 121 ustawy Pzp przewidział możliwość powierzania realizacji najważniejszych elementów Zamówienia podmiotom, które zostały poddane procesowi weryfikacji ich zdolności do jego należytego wykonania.

Powyższy argument jest całkowicie niezrozumiały dla Izby, bowiem obowiązek weryfikacji zdolności do należytego wykonania zamówienia nie jest ograniczony wyłącznie do wykonawcy realizującego zamówienia. Obowiązek taki dotyczy również podmiotów udostępniających zasoby, do realizacji których zdolności te są wymagane. A zatem Zamawiający umożliwiając wykonawcom wykonanie kwestionowanego zakresu robót, poprzez powierzenie jego wykonania podmiotom udostępniającym zasoby niezbędne do ich wykonania, nie zostanie pozbawiony możliwości weryfikacji zdolności tych podmiotów. Poprzez takie działanie, Zamawiający umożliwi realizację kwestionowanego zadania właśnie podmiotom, które posiadają odpowiednie umiejętności, kompetencje, wiedzę i doświadczenie, a które na etapie badania i oceny ofert Zamawiający będzie sam weryfikował, zapewniając uczciwą konkurencją w postępowaniu.

Wykluczana zostanie zatem możliwość - której obawia się Zamawiający -, że kwestionowany zakres zamówienia zostanie udostępniony do realizacji wszystkim potencjalnym uczestnikom rynku, co stanowiłoby realne zagrożenie dla prowadzonej inwestycji.

Zgodzić się należy z Zamawiającym, *że prawo zastrzeżenia osobistego wykonania zamówienia prowadzi do ograniczenia uprawnień i swobody wykonawców, a zatem stanowi odstępstwo od zasady dopuszczalności podwykonawstwa oraz dopuszczalności korzystania z zasobów podmiotów trzecich, powinno być stosowane w szczególnie uzasadnionych przypadkach, a także interpretowane możliwie wąsko. Dlatego też po pierwsze, zamawiający może zastrzec osobiste wykonanie wyłącznie w odniesieniu do niektórych zadań wchodzących w zakres zamówienia, po drugie muszą być to zadania kluczowe dla realizacji zamówienia, zaś zastrzeżenie to musi być uzasadnione specyfiką, czy też szczególnie specjalistycznym charakterem zamówienia, a jednocześnie nie może w sposób nieuzasadniony, prowadzić do ograniczenia konkurencji.*

Jednakże trudno zgodzić się z Zamawiającym, że powyższe okoliczności mają miejsce w niniejszej sprawie. Przede wszystkim Zamawiający nie wykazał, że zastrzeżone do osobistego wykonania roboty mają charakter kluczowy i są uzasadnione specyfiką zamówienia. Jak Izba wskazała powyżej, argument o nierozerwalnie funkcjonalnej części inwestycji nie jest wystarczającym dla wykazania, że dane zadanie ma kluczowy charakter.

W ocenie Izby argumentacja przedstawiona przez Zamawiającego nie stanowi również uzasadnienia dla celowości dokonania zastrzeżenia osobistego wykonania zakresu związanego z instalacją wodorową wraz z instalacją elektrolizera oraz kotłowni wodorowej. Zamawiający nie wskazywał na żadne efekty korzystniejsze, czy też na jakąkolwiek wartość dodaną, której nie uzyskałby, w przypadku realizowania zastrzeżonego zakresu poprzez korzystnie z zasobów podmiotów trzecich. Nie przedstawił również żadnych obiektywnych argumentów, które uzasadniałyby ograniczenie konkurencji poprzez niedopuszczenie możliwości realizacji zamówienia poprzez korzystanie z zasobów podmiotów trzecich, dla przedmiotowego zakresu. Nie wykazał również, dlaczego stawiany przez niego wymóg musi wykonać wykonawca osobiście.

Izba za niezasadny uznała argument Zamawiającego dotyczący braku odpowiedzialności wykonawcy za zrealizowany zakres zamówienia, w przypadku wykonania go przez inny podmiot niż wykonawca. Bez względu bowiem na to, czy dany zakres zamówienia realizowany jest przez wykonawcę osobiście, czy też przez podmiot udostępniający zasoby, odpowiedzialność za należyte wykonanie zamówienia wobec Zamawiającego ponosi zawsze wykonawca, który jest stroną umowy.

Izba uznała że kwestionowane zastrzeżenie prowadzi do naruszenia zasad udzielania zamówień publicznych w szczególności zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz proporcjonalności. Obowiązek osobistego wykonania kwestionowanego zadania, w okolicznościach w których na rynku ograniczona jest ilość podmiotów specjalizujących się w takich zadaniach jest nadmiarowy, co w konsekwencji prowadzi do ograniczenia dostępu do zamówienia wykonawcom, którzy dają rękojmię należytego wykonania zamówienia. Narzucanie wykonawcom konieczności tworzenia konsorcjów dla realizacji przedmiotowego zakresu stwarza sztuczne bariery w dostępie do zamówienia, które nie są uzasadnione celem zamówienia.

W ocenie Izby, Odwołujący Unibep stawiając powyższy zarzut wykazał adekwatny związek przyczynowo - skutkowy pomiędzy kwestionowanymi postanowieniami
a nieuprawnionym ograniczeniem dostępu, realnym, nieuzasadnionym czynnikami obiektywnymi zmniejszeniem szansy na uzyskanie przedmiotowego zamówienia. Nie chodzi tu o ograniczenie konkurencji w znaczeniu ogólnym, ale o ograniczenie uczciwej konkurencji, spowodowane nieuzasadnionymi, subiektywnymi okolicznościami, których Zamawiający nie uzasadnił obiektywnymi przesłankami.

Odwołujący wykazał, dlaczego określona przez Zamawiającego treść Ogłoszenia
o zamówieniu, SWZ, Projektu Umowy narusza przepisy Pzp, oraz wskazał uzasadnienie dla proponowanej przez siebie modyfikacji, której wprowadzenie doprowadzi do stanu zgodności z przepisami i zasadami obowiązującymi w prawie zamówień publicznych.

W tych okolicznościach zarzut należy uznać za zasadny.

Odwołanie o sygn. akt: KIO 4145/24

W pierwszej kolejności należy wskazać, że Odwołujący Dekpol podczas posiedzenia
z udziałem Stron cofnął zarzut podniesiony w pkt 6.2 petitum odwołania, podtrzymując zarzuty pozostałe, tj. zarzuty podniesione w pkt 6.1; 6.3; 6.4; 6.5; 6.6 oraz 6.7 petitum odwołania.

W tych okolicznościach, w zakresie zarzutu cofniętego przez Odwołującego Izba postanowiła umorzyć postępowanie odwoławcze. W zakresie pozostałych zarzutów Izba skierowała odwołanie do rozpoznania. Bowiem zgodnie z treścią art. 520 ust. 1 ustawy Pzp Odwołujący może cofnąć odwołanie do czasu zamknięcia rozprawy.

Izba za zasadne uznała zarzuty podniesione przez Odwołującego Dekpol w pkt 6.1
w pkt 6.3 w zakresie § 15 ust 1 lit. c), lit. e), lit. f), § 15 ust. 4 Projektu Umowy; w pkt 6.4,

w pkt 6.5, oraz zarzut wynikowy podniesiony w pkt 6.7 przyjmując całą argumentację Odwołującego za własną i nakazała Zamawiającemu modyfikację Projektu Umowy.

Odnosząc się do zarzutu nr 1 *(oznaczonego w petitum jako pkt 6.1.)* dotyczącego klauzuli waloryzacyjnej sformułowanej w Projekcie Umowy w zakresie maksymalnej zmiany wartości wynagrodzenia, jaką dopuszcza Zamawiający (2%) Izba podzieliła stanowisko Odwołującego Dekpol, że dopuszczona przez Zamawiającego zmiana w sposób nieproporcjonalny, przerzucający na Wykonawcę w sposób nieuzasadniony i nadmiarowy ryzyka związane z realizacją zamówienia i zmianami cen i kosztów realizacji zamówienia,
a przy tym sformułowanie w Umowie klauzuli waloryzacyjnej w sposób pozorny względem wymogów i celu regulacji art. 439 Pzp, prowadzi w istocie do próby obejścia przez Zamawiającego obowiązków w zakresie waloryzacji wynagrodzenia Wykonawcy
oraz w sposób wypaczający ideę i cel waloryzacji.

W art. 439 Pzp ustawodawca przewidział przesłanki waloryzacji umownej, która daje stronom umowy możliwość urealnienia ustalonej w umowie wysokości wynagrodzenia (…).
Wprowadzenie do Pzp obowiązku uwzględniania klauzul waloryzacyjnych w umowach
w sprawach zamówień publicznych, których przedmiotem są roboty budowlane, dostawy
lub usługi, zawartych na okres dłuższy niż 6 miesięcy, ma na celu przywrócenie stanu równowagi ekonomicznej między stronami umowy zachwianej przez określone zdarzenia, które mogą mieć miejsce w trakcie jej realizacji. Choć zachwianie równowagi ekonomicznej między stronami umowy może mieć różne podłoże, to w art 439 Pzp ustawodawca zdecydował się na uwzględnienie zdarzeń wpływających na konieczność zmiany wynagrodzenia. Za takie zdarzenia uznano zmianę cen materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia oraz osiągnięcie przez te zmiany określonego poziomu.
Intencją ustawodawcy było zatem nałożenie na zamawiających obowiązku wprowadzania
do długoterminowych umów (dłuższych niż 6 miesięcy) mechanizmów umownych, które uwzględniałyby wpływ czynników zewnętrznych (zmiana cen materiałów lub kosztów)
na rentowność realizowanego zamówienia. Uwzględniając powyższe, regulacja art. 439 Pzp zmierza do zachowania równowagi kontraktowej między zamawiającym a wykonawcą, zobowiązując do rozłożenia między stronami ryzyk gospodarczych będących następstwem zmian cen materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia i zachodzących w toku jego realizacji (zob. Prawo Zamówień Publicznych Komentarz: Wydanie II pod redakcją Huberta Nowaka i Mateusza Winiarza UZP).

W przedmiotowym postępowaniu Zamawiający przyjął jako podstawę zmiany wynagrodzenia kwartalny wskaźnik cen produkcji budowlano-montażowej ogłaszany
w komunikacie Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego (§ 12 ust. 7 lit. c Projektu Umowy). Jako maksymalną wartość zmiany wynagrodzenia, Zamawiający przyjął 2% względem ceny lub kosztu przyjętych w celu ustalenia wynagrodzenia Wykonawcy zawartego w ofercie
(§ 12 ust. 7 lit. f Projektu Umowy).

Uwzględniając okoliczności wykazane przez Odwołującego Dekpol, tj. zmiany kwartalnego wskaźnika cen produkcji budowlano-montażowej za okres II kwartału 2021 r.
– II kwartału 2024 r. , gdzie zmiany kształtowały się w przedziale od. 1,2 % do 4,0%, stwierdzić należy, że już zaledwie jeden lub dwa kwartały realizacji zamówienia doprowadzą
do skonsumowania całego przewidzianego przez Zamawiającego limitu waloryzacji. Doprowadzi to zatem do przerzucenia w sposób nieuzasadniony i nieproporcjonalny całego ryzyko zmian cen i kosztów realizacji zamówienia na wykonawcę.

Biorąc zatem pod uwagę cel jaki przyświecał ustawodawcy wprowadzając regulacje art. 439 Pzp, tj. urealnienie ustalonej w umowie wysokości wynagrodzenia oraz przywrócenie stanu równowagi ekonomicznej między stronami umowy zachwianej przez określone zdarzenia, zgodzić się należy z Odwołującym Dekpol, że waloryzacja określona przez Zamawiającego ma charakter pozorny i prowadzi do próby obejścia przez Zamawiającego obowiązków w zakresie waloryzacji wynagrodzenia Wykonawcy oraz wypacza ideę i cel waloryzacji.

Izba nie podzieliła w całości stanowiska Zamawiającego, *że swoboda Zamawiającego przejawia się w tym, że to on podejmuje decyzję co do maksymalnej wartości zmiany wynagrodzenia, jaką dopuszcza się w efekcie zastosowania postanowień wprowadzających waloryzację wynagrodzenia.* Ustawa, co prawda nie narzuca Zamawiającemu żadnych dodatkowych wymogów w tym zakresie, jednakże nie może tego czynić z pominięciem celu jaki przyświecał wprowadzeniu regulacji art. 439 Pzp tj. urealnienie ustalonej w umowie wysokości wynagrodzenia oraz przywrócenie stanu równowagi ekonomicznej między stronami. Ustanowiona przez Zamawiającego maksymalna wysokość zmiany waloryzacji na poziomie 2%, w ocenie Izby narusza powyższy cel.

Zarzut podlegał zatem uwzględnieniu.

Izba podkreśla również, że uzasadnienie zarzutu podniesionego przez Odwołującego Dekpol nie zawierało żadnej argumentacji, odnoszącej się do wysokości żądanej przez Odwołującego zmiany wielkości waloryzacji (15%). Brak argumentacji nie pozwalał zatem na uwzględnienie żądania Odwołującego.

Jednakże z uwagi na bliźniaczy zarzut podniesiony przez Odwołującego Warbud (odwołanie o sygn. KIO 4155/24, zarzut nr 9) i uzasadnienie żądania, Izba w celu spójnego
i jednolitego stanowiska dotyczącego rozpoznania i oceny obu zarzutów odnoszących się do postanowienia § 12 ust. 7 lit. f Projektu Umowy, nakazała Zamawiającemu dokonanie zmiany maksymalnej wartości zmiany wynagrodzenie, przyjmując za zasadną wielkość wskaźnika na poziomie nie mniejszym niż wnioskowany przez Odwołującego Warbud tj. 7%.

Odnosząc się do zarzutu nr 3 *(oznaczonego w petitum odwołania jako pkt 6.3.)* poprzez ukształtowanie warunków Umowy w zakresie odpowiedzialności wykonawcy w sposób wykraczający poza granice swobody kontraktowania, sprzeczny z zasadą równowagi stron stosunku zobowiązaniowego, zasadami współżycia społecznego, przerzucający na Wykonawcę nadmierne i nieproporcjonalne ryzyka związane z realizacją zamówienia, a tym samym w sposób naruszający zasady prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i proporcjonalności poprzez zastrzeżenie przez Zamawiającego w Umowie katalogu i wysokości kar umownych oraz górnego ich limitu o rażąco wygórowanej wysokości i nieadekwatnej podstawie ich obliczania oraz w sposób naruszający w sposób nieuzasadniony równowagę kontraktową Stron Umowy, czego skutkiem jest również nieproporcjonalne i niezgodne z zasadą efektywności i gospodarności wydatkowania środków publicznych zmniejszenie kręgu wykonawców zdolnych do realizacji zamówienia i zwiększenie kosztów, jakie finalnie Zamawiający zobowiązany będzie ponieść w związku z zamówieniem,

- Izba za zasadny uznała zarzut dotyczący postanowień zawartych w § 15 ust 1 lit. c), lit. e), lit. f), § 15 ust. 4 Projektu Umowy.

Izba za niezasadny uznała zarzut dotyczący postanowień zawartych w § 15 ust 1 lit. a), lit. d), lit. g), lit. j), w § 15 ust 7 oraz zarzut dotyczący dodania w § 15 ustępu 1 (1) Projektu Umowy.

Oceniając zasadność ustanowienia kary umownej oraz jej wysokości wskazać należy, że kara umowna stanowi jeden z możliwych sposobów zabezpieczenia prawidłowego wykonania umowy. Jest narzędziem, które służy do zabezpieczenia prawidłowego wykonania zobowiązania i związanych z tym interesów Zamawiającego. By kary umowne stanowiły skuteczny i optymalny środek zabezpieczenia interesów Zamawiającego w ramach konkretnej umowy, powinny stanowić odpowiednią dolegliwość dla wykonawcy, ale jednocześnie ich katalog, przesłanki stosowania i wysokość powinny być określone w sposób przemyślany
i precyzyjny. Kluczowe jest ich dostosowanie do konkretnej umowy i interesów jej stron.

Zastrzegając kary umowne należy przede wszystkim zwrócić uwagę na to, jaką funkcję mają one pełnić w konkretnej umowie. Po pierwsze, jakiego rodzaju uszczerbek mają one zamawiającemu kompensować. W grę wchodzić mogą tutaj różnego rodzaju negatywne konsekwencje dla interesów zamawiającego, w tym uszczerbki niemajątkowe. Po drugie,
w przypadku umów dotyczących zadań publicznych szczególne znaczenie mogą mieć inne funkcje kary umownej, zwłaszcza funkcja stymulująca (prewencyjna). Zastrzeganie kar umownych w sposób automatyczny (tj. bez dostosowania ich do realiów konkretnego kontraktu) może nie tylko osłabić zabezpieczenie interesów wierzyciela, ale wręcz utrudnić realizację przedsięwzięcia (np. zamówienia publicznego, inwestycji). (…)

Umowa ma umożliwić realizację wspólnego przedsięwzięcia na akceptowanych przez każdą ze stron warunkach. Na tym założeniu powinno opierać się ukształtowanie warunków umowy, w tym postanowień dotyczących kar umownych. Redagując je, należy kierować się zasadą lojalności kontraktowej oraz mieć na względzie uczciwość obrotu, w tym równość uczestników rynku i konkurencyjność. Należy również uwzględniać, że zakres zastrzeżonych kar umownych będzie wpływał na jakość i wartość ofert uzyskanych od wykonawców (zob. Rekomendacje w Zakresie Formułowania Postanowień Umów Dotyczących Kar Umownych opracowane przez Prokuratorię Generalną Rzeczpospolitej Polskiej).

Mając na uwadze powyższe rozważania oraz okoliczności rozpoznawanego stanu faktycznego co do zasadności zastrzeżenia kar umownych oraz ich wysokości, trudno zgodzić się ze stanowiskiem Zamawiającego, który zasadność wprowadzenia kar umownych oraz ich wysokość i zasady naliczania, opiera wyłącznie na swoim uprawnieniu wynikającym z zasady swobody umów oraz braku przepisów nakazujących aby kary umowne miały charakter dwustronny, a zatem obciążały jednocześnie zarówno wykonawcę jak i zamawiającego.

.

Trudno również w stanowisku Zamawiającego odnaleźć argumenty wskazujące na to, jakie interesy Zamawiającego podlegają ochronie bądź też jaką szkodę kara umowna winna zrekompensować Zamawiającemu w przypadku jej ustanowienia za zwłokę w zakończeniu poszczególnych Kamieni milowych, jeśli termin zakończenia inwestycji nie uległ zmianie. Zamawiający nie wskazał również dlaczego uzależnił naliczenia kar umownych za zwłokę
w wykonaniu poszczególnych Kamieni milowych od wartości całego zamówienia.

Zamawiający powołał się wprawdzie na ciążące na nim ogromne ryzyko finansowe związane z realizacją zamówienia, przejawiające się w utracie zaliczkowania lub przyjęciu danych kosztów w kategorii kosztów niekwalifikowalnych, jeśli inwestycja przekroczy okres realizacji tj. 31 grudnia 2027 roku, jednak na tą okoliczność nie przedstawi żadnego dowodu, potwierdzającego zasadność ustanowionych kar umownych.

Zamawiający nie odniósł się również do okoliczności warunkujących wysokość naliczenia kary umownej za brak zapłaty wynagrodzenia oraz za nieterminową zapłatę wynagrodzenia należnego Podwykonawcom lub dalszym Podwykonawcom od wynagrodzenia brutto umowy.

W tych okolicznościach, Izba podzieliła argumentację Odwołującego Dekpol,
że ustanowione przez Zamawiającego kary umowne określone w § 15 ust 1 lit. c), § 15 ust 1 lit. e), § 15 ust 1 lit. f) są rażąco wygórowane i naruszają zasadę proporcjonalności. Izba za zasadną uznała również argumentacje Odwołującego w zakresie naruszonej równowagi Stron Umowy prawa do dochodzenia odszkodowania przenoszącego wartość naliczonej kary umownej w przypadku gdy szkoda przewyższa wartość kary, i nakazała Zamawiającemu zmianę § 15 ust. 4 Projektu Umowy.
Izba za zasadną uznała natomiast argumentację Zamawiającego co do tego, że kary umowne zostały ustanowione w celu zmotywowania wykonawców do spełnienia swoich świadczeń i zobowiązań umownych, stanowiąc adekwatną sankcję za niewykonanie lub nienależyte wykonanie określonych obowiązków. Izba uznała, że powyższa argumentacja stanowi uzasadnienie dla kar umownych określonych w § 15 ust 1 lit. g) oraz lit. j), które pełnią funkcję prewencyjną i zabezpieczającą. Ich celem jest zmobilizowanie wykonawcy do należytego wykonania obowiązków i tym samym zabezpieczenie Zamawiającego przed niewykonaniem lub nienależytym wykonaniem umowy.
W tym zakresie Izba uznała zarzuty za niezasadne.

Izba oddaliła również zarzuty dotyczące kar umownych określonych w § 15 ust 1 lit. a), lit. d), w § 15 ust. 7 oraz zarzut dotyczący dodania w § 15 ust 1 (1), z uwagi na brak merytorycznej argumentacji zarzutów. Brak argumentacji nie potwierdza zasadności zarzutu, tj. zasadności nakazania przez Izbę Zamawiającemu zmiany kwestionowanego postanowienia, na treść żądaną przez Odwołującego.
Ponadto w zakresie zarzutu dotyczącego w § 15 ust 7 lit. d) oraz ust. 7 Projektu Umowy Zamawiający dokonał modyfikacji Projektu Umowy, wprowadzając kary umowne za nieprzystąpienie z winy Zamawiającego do odbioru usuniętych wad lub braków
w dokumentacji projektowej lub jej części, za zwłokę w powołaniu komisji do przeprowadzenia odbioru, za niewyznaczenie terminu odbioru końcowego i pogwarancyjnego oraz poprzez określenie łącznej wysokości kar umownych jakich może żądać wykonawca, czym wyszedł na przeciw żądaniom Odwołującego, dotyczącej naruszonej proporcjonalności kar oraz równowagi Stron Umowy.

W tych okolicznościach zarzut podlegał oddaleniu.

Odnosząc się do zarzutu nr 4 (*oznaczonego w petitum odwołanie jako 6.4.)* poprzez zastrzeżenie w SWZ i Umowie przez Zamawiającego wyłącznie uprawnienia (a nie obowiązku) do dokonania odbioru Dokumentacji Projektowej w przypadku stwierdzenia jej nieistotnych wad lub braków, a także uzależnienie zapłaty wynagrodzenia Wykonawcy w jakimkolwiek zakresie, zwrotu 70% zabezpieczenia należytego wykonania Umowy oraz rozpoczęcia biegu okresu gwarancji i rękojmi od dokonania odbioru Przedmiotu Umowy bez wad lub usterek,
w sposób rażąco sprzeczny z istotą i regulacjami dotyczącymi umowy o dzieło oraz umowy
o roboty budowlane, jak i prowadzący do naruszenia przez Zamawiającego zasady współdziałania Stron oraz zasad przejrzystości i proporcjonalności, oraz do przerzucenia na Wykonawcę w sposób nieuzasadniony nadmiernych ryzyk związanych z realizacją zamówienia objętego Postępowaniem, jak również naruszenia przez Zamawiającego zasad zwrotu zabezpieczenia należytego wykonania przewidzianych w art. 453 ust. 1 i 2 Pzp,
- Izba uznała zarzut za zasadny.

Izba w pełni podziela stanowisko wyrażone w orzecznictwie Sądu Najwyższego, zgodnie z którym obowiązek zapłaty przez zamawiającego wynagrodzenia aktualizuje się
w razie wydania dzieła przez przyjmującego zamówienie, mimo istnienia wad nieistotnych. Przyjęcie bowiem odmiennego stanowiska naruszałoby równowagę między zamawiającym
a wykonawcą, uzależniając odbiór, a tym samym płatność wynagrodzenia od wykluczenia istnienia jakiejkolwiek wady w chwili oddania przedmiotu zamówienia, jak i umożliwiając naliczanie kary umownej za niedotrzymanie terminu realizacji umowy warunkowanej przedstawieniem robót do odbioru w stanie idealnym, co w praktyce - zwłaszcza przy skomplikowanych przedmiotach umowy - jest trudne do realizacji. W konsekwencji przyjmuje się, że strony nie mogą uzależnić wypłaty wynagrodzenia należnego wykonawcy od braku jakichkolwiek usterek dzieła (tak np. wyroki Sądu Najwyższego z dnia 05.03.1997 r., II CKN 28/97; z dnia 26.02.1998 r., I CKN 520/97, z dnia 30.10.2002 r., V CKN 1287/00; z dnia 08.01.2004 r., I CK 24/03; z dnia 14.02.2007 r., II CNP 70/06; z dnia 22.06.2007 r., V CSK 99/07; z dnia 09.09.2011 r., I CSK 696/10; z dnia 18.01.2012 r., II CSK 213/11; z dnia 23.08.2012 r., II CSK 21/12; z dnia 07.03.2013 r.,

II CSK 476/12; z dnia 27.11.2013 r., V CSK 544/12). Powyższe stanowisko prezentowane jest również w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej.

W tych okolicznościach, za nieuprawnione Izba uznała postanowienia Projektu Umowy, w których Zamawiający dopuszcza:

- możliwość a nie obowiązek dokonania odbioru Dokumentacji Projektowej od wystąpienia wad nieistotnych,
- możliwość wstrzymywania się z zapłatą wynagrodzenia Wykonawcy do czasu usunięcia wad nieistotnych przez Wykonawcę przypadku dokonania odbioru Przedmiotu Umowy (w części lub całości) zawierającego wady nieistotne (niezależnie od ich charakteru i rozmiaru), a Wykonawca uprawniony będzie do wystawienia odpowiedniej faktury VAT dopiero po odbiorze bezusterkowym, pomimo tego, że Zamawiający dysponuje już w odpowiednim zrealizowanym zakresie przedmiotem umowy,
- uzależnia początek biegu okresu rękojmi i gwarancji od bezusterkowego odbioru końcowego,
- uzależniania zwrot 70% zabezpieczenia należytego wykonania Umowy od usunięcia wszelkich wad i usterek stwierdzonych przy odbiorze,

i nakazała Zamawiającemu dokonanie modyfikacji postanowień Projektu Umowy poprzez wykreślenie zastrzeżenia dotyczącego realizacji uprawnień o których mowa w § 7 ust. 13, § 7 ust. 30, Projektu Umowy, § 8 ust. 3 lit. a), § 9 ust. 1, § 10 ust. 13, § 10 ust. 14, § 10 ust. 18, Projektu Umowy oraz w pkt 3.8 SWZ od odbioru bez uwag lub zastrzeżeń, bez wad lub usterek oraz w konsekwencji odpowiednią zmianę innych postanowień Specyfikacji Warunków Zamówienia oraz Projektu Umowy uzależniających zapłatę wynagrodzenia wykonawcy w jakimkolwiek zakresie, zwrot zabezpieczenia należytego wykonania umowy lub rozpoczęcie biegu okresu gwarancji i rękojmi od dokonania odbioru Przedmiotu Umowy bez wad lub usterek, bez uwag lub bez zastrzeżeń.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie powołał się na mechanizm odbiorów bezusterkowych, od których uzależnia płatności na rzecz wykonawcy, a które warunkują dofinasowanie inwestycji. Na taką okoliczność Zamawiający nie przedłożył jednak żadnych dowodów, w postaci np. umowy o dofinansowanie, która potwierdzałaby zasadność wprowadzonych ograniczeń.

W tych okolicznościach zarzut podlegał uwzględnieniu.

Izba uwzględniła również zarzut nr 5 *(oznaczony w petitum odwołania jako pkt 6.5.)* poprzez zastrzeżenie w Umowie uprawnienia Zamawiającego do wstrzymania jakiejkolwiek płatności na rzecz Wykonawcy w przypadku, gdy Wykonawca nie dostarczy kompletu dokumentów i oświadczeń potwierdzających zapłatę wynagrodzenia na rzecz Podwykonawców i dalszych Podwykonawców, podczas gdy postanowienie takie pozostaje sprzeczne z bezwzględnie obowiązującą regulacją art. 447 ust. 2 Pzp przewidującą w takim przypadku uprawnienie Zamawiającego do wstrzymania płatności na rzecz Wykonawcy wyłącznie w części równej sumie kwot wynikających z nieprzedstawionych dowodów zapłaty wynagrodzenia na rzecz Podwykonawców lub dalszych Podwykonawców.

W zakresie powyższego zarzutu Izba w całości podziela argumentację Odwołującego Dekpol, przyjmując ją za własną.

Odnosząc się do stanowiska Zamawiającego wyrażonego w odpowiedzi na odwołanie, w którym Zamawiający wyjaśnia, że *treść postanowienia jest jasna, przejrzysta i logiczna, a ponadto nie budzi wątpliwości opisanych przez Odwołującego; Postanowienie jest spójne z treścią art. 477 p.z.p., zatem nie ma żadnych podstaw do jego zmiany; przymiotnik „jakakolwiek" (płatność) oznacza, że dotyczy to płatności na którymkolwiek etapie i w jakiejkolwiek części – odpowiadającej jednak oczywiście uchybieniom stwierdzonym w dokumentacji,* Izba podkreśla, że pomimo twierdzenia Zamawiającego, że określenie *„jakakolwiek"* płatność należy rozumieć zgodnie z treścią art. 477 Pzp, to jednak Zamawiający nie dokonał zmiany w § 10 ust. 17 Projektu Umowy, w taki sposób, aby nie budziła ona wątpliwości interpretacyjnych. Izba podziela stanowisko Odwołującego, że treść postanowienia § 10 ust. 17 Projektu Umowy może wydawać się niejasna i budzić wątpliwości, których istnienie Odwołujący Dekpol podnosi.

W tych okolicznościach zarzut należy uznać za zasadny.

Izba oddaliła zarzut nr 6 *(oznaczony w petitum odwołania jako pkt 6.6.)* dotyczący ukształtowania warunków Umowy w zakresie zasad rozliczeń z Wykonawcą w sposób wykraczający poza granice swobody kontraktowania, sprzeczny z zasadą równowagi stron stosunku zobowiązaniowego, zasadami współżycia społecznego, a tym samym w sposób naruszający zasady prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i proporcjonalności poprzez określenie zasad i częstotliwości (kwartalnej, zamiast miesięcznej) płatności wynagrodzenia z tytułu realizacji robót budowlanych składających się na Przedmiot Umowy w sposób nieproporcjonalny, nieuzasadniony

przerzucający na Wykonawcę nadmiernych
i nieproporcjonalnych ryzyk związanych z realizacją zamówienia, w tym w szczególności związanych z koniecznością finansowania przez wykonawcę realizacji przedmiotu zamówienia ze środków własnych, czego skutkiem jest również nieproporcjonalne i niezgodne z zasadą efektywności i gospodarności wydatkowania środków publicznych zmniejszenie kręgu wykonawców zdolnych do realizacji zamówienia i zwiększenie kosztów, jakie finalnie Zamawiający zobowiązany będzie ponieść w związku z zamówieniem.

Izba wskazuje na brak merytorycznej argumentacji zarzutu i proponowanych żądań, która świadczyłaby o zasadności zarzutu. Brak jest zatem wykazania zasadności nakazania Zamawiającemu zmiany kwestionowanego postanowienia, na treść żądaną przez Odwołującego Dekpol.

Wobec powyższego zarzut nie mógł zostać uwzględniony.

Reasumując powyższe, Izba za zasadny uznała również zarzut nr 7 (*oznaczony w petitum odwołania jako 6.7)* zarzut wynikowy, odnoszący się do naruszenie zasad zachowania uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców, a także zasad przejrzystości i proporcjonalności, poprzez zaniechanie przygotowania i prowadzenia Postępowania z należytą starannością, w sposób umożliwiający zachowanie uczciwej konkurencji i wypełnienie obowiązków Zamawiającego związanych z przygotowaniem postępowania.

Odwołanie o sygn. akt: KIO 4155/24

W pierwszej kolejności należy wskazać, że Zamawiający uwzględnił zarzut podniesiony w pkt 4 petitum odwołania. W tych okolicznościach, w zakresie zarzutu uwzględnionego przez Zamawiającego, przy braku przystępujących po stronie Zamawiającego, Izba postanowiła umorzyć postępowanie odwoławcze.

W pozostałym zakresie Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania.

Izba uwzględniła odwołanie w zakresie zarzutów podniesionych w petitum odwołania: w pkt 1, 2, 3, 5, 6, 7, 8, 9, i częściowo 10 i nakazała Zamawiającemu dokonanie modyfikacji kwestionowanych postanowień.

Odnosząc się do zarzutu nr 1, dotyczącego zastrzeżenie osobistego wykonania części zamówienia obejmującej wykonanie instalacji wodorowej wraz z instalacją elektrolizera oraz kotłowni wodorowej, pomimo, tego, że ww. cześć zamówienia nie ma charakteru kluczowego,
co w konsekwencji prowadzi do wyłączenia możliwości korzystania z zasobów podmiotu trzeciego i podwykonawstwa, w sytuacji w której roboty te są robotami specjalistycznymi wykonywanymi przez podmioty wyspecjalizowane w ich realizacji, które to podmioty nie mają jednocześnie potencjału do realizacji całości zamówienia w charakterze wykonawcy,
co w sposób nieuzasadniony narusza zasady proporcjonalności, uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, Izba uznała zarzut za zasadny i nakazała odpowiednią modyfikację kwestionowanych postanowień.

W zakresie tego zarzutu Izba w całości przywołuje argumentację podniesioną dla rozpoznania odwołania wniesionego przez Odwołującego Unibep.

Odnosząc się do zarzutu nr 2 dotyczącego wprowadzenie do Projektu Umowy postanowień uzależniających powstanie obowiązku Zamawiającego odbioru robót budowlanych i dokumentacji projektowej, zwrotu 70% wartości zabezpieczenia, rozpoczęcia biegu terminów gwarancji jakości oraz rękojmi za wady całego przedmiotu umowy, zapłatę części oraz całości Wynagrodzenia Wykonawcy od usunięcia wszelkich wad, usterek, zastrzeżeń co do przedmiotu umowy, niezależnie od ich istotności oraz charakteru,
co sprzeciwia się właściwości (naturze) umowy o roboty budowlane, naruszając bezwzględnie obowiązujące przepisy prawa, równowagę stron, w warunkach nadużycia prawa podmiotowego do samodzielnego kształtowania warunków umowy przez Zamawiającego, Izba uznała zarzut za zasadny i nakazała odpowiednią modyfikację kwestionowanych postanowień.

W zakresie tego zarzutu Izba w całości przywołuje argumentację podniesioną dla rozpoznania zarzutu nr 4 *(oznaczonego jako zarzut nr 6.4)* odwołania wniesionego przez Odwołującego Dekpol.

Odnosząc się do zarzut nr 3 dotyczącego wprowadzenia do Projektu Umowy w § 10 ust. 16 oraz ust. 17 postanowień umożliwiających Zamawiającemu wstrzymanie wypłaty wynagrodzenia należnego wykonawcy w przypadku nieprzekazania dowodów i oświadczeń potwierdzających zapłatę wynagrodzenia na rzecz podwykonawców, bez wskazania części wstrzymanego wynagrodzenia podczas, gdy art. 447 Pzp uprawnia Zamawiającego do wstrzymania zapłaty wynagrodzenia tylko w odpowiedniej części, tj. w zakresie, dla którego
nie przedstawiono dowodów zapłaty wymagalnego wynagrodzenia na rzecz podwykonawców, Izba uznała zarzut za zasadny i nakazała odpowiednią modyfikację kwestionowanych postanowień.

W zakresie tego zarzutu Izba w całości przywołuje argumentację podniesioną dla rozpoznania zarzutu nr 5 *(oznaczonego jako zarzut nr 6.5.)* odwołania wniesionego przez Odwołującego Dekpol.

Odnosząc się do zarzutu nr 5, dotyczącego wprowadzenie do Projektu Umowy
w § 18 ust. 7 postanowień przewidującego de facto odpowiedzialność wykonawcy (finansową) za opóźnienie /

przedłużenie terminów realizacji przedmiotu umowy, który pomimo opóźnień/ przedłużenia terminów realizacji przedmiotu umowy ma obowiązek ponoszenia kosztów ogólnych, tj. kosztów związanych bezpośrednio lub pośrednio z realizacją umowy,
w przedłużonym okresie realizacji, niezależnie od przyczyn opóźnienia / przedłużenia, Izba uznała zarzut za zasadny.

Izba w całości podzieliła argumentację przedstawioną przez Odwołującego Warbud uznając ja za własną.

W ocenie Izby postanowienia umowy, które nakładają na wykonawcę odpowiedzialność finansową związaną z realizacją umowy (tj. koszty ogólne)
w przedłużonym okresie realizacji umowy, niezależnie od czasu trwania przedłużenia oraz
z przyczyn leżących wyłącznie po stronie Zamawiającego stanowią nieuzasadnione obciążenie wykonawcy. Wobec powyższego zasadne jest doprecyzowanie postanowień Projektu Umowy w taki sposób, że wykonawcy nie będzie przysługiwało roszczenie o zapłatę przez Zamawiającego kosztów ogólnych, tj. kosztów związanych bezpośrednio lub pośrednio z realizacją Umowy (w szczególności koszty ubezpieczenia, zabezpieczenia należytego wykonania Umowy, koszty związane z prowadzeniem biura, sprzętem oraz środkami transportu i łączności, koszty pracownicze i zarządu), o ile do opóźnienia / przedłużenia realizacji przedmiotu umowy doszło z przyczyn, za które wykonawca odpowiada.

Zarzut należało uznać za zasadny.

Odnosząc się do zarzutów nr 6 i nr 7 dotyczącego wprowadzenie do Projektu Umowy w § 3 ust. 3 postanowienia przewidującego odpowiedzialność wykonawcy w zakresie należytego wykonania zobowiązań wynikających z umowy, pomimo braku współdziałania Zamawiającego w zakresie wyjaśniania rozbieżności pomiędzy umową i jej załącznikami, podczas, gdy to na Zamawiającym leży obowiązek jednoznacznego oraz wyczerpującego przygotowania dokumentów przetargowych, w tym opisu przedmiotu zamówienia, oraz przerzucania na wykonawcę odpowiedzialności za niekompletny opis przedmiotu zamówienia, Izba uznała zarzuty za zasadne.

Izba podziela argumentację Odwołującego Warbud, przyjmując ją za własną.
Wskazać należy, że za prawidłowy opis przedmiotu zamówienia odpowiada Zamawiający. Niezasadne jest zatem obciążenie wykonawcy konsekwencjami wynikającymi
z niewyczerpującego lub niejednoznacznego opisu przedmiotu zamówienia, dlatego Izba nakazała odpowiednią modyfikację kwestionowanych postanowień.
Odnosząc się do zarzutu nr 8 dotyczącego wprowadzenia w Projekcie Umowy postanowień wyłączających zastosowanie art. 405 Kodeksu cywilnego w odniesieniu do elementów nieobjętych Przedmiotem Umowy, co sprzeciwia się właściwości (naturze) umowy o roboty budowlane, naruszając bezwzględnie obowiązujące przepisy prawa, równowagę stron, w warunkach nadużycia prawa podmiotowego do samodzielnego kształtowania warunków umowy przez Zamawiającego, Izba uznała zarzut za zasadny i nakazała wykreślenie kwestionowanego postanowienia Projektu Umowy.
Izba w całości podzieliła argumentację Odwołującego Warbud, uznając ja za własną.
Odnosząc się do zarzutu nr 9 dotyczącego klauzuli waloryzacyjnej, co do zmiany wysokości wynagrodzenia wykonawcy w sytuacji zmiany cen materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia wbrew wymaganiom art. 439 ustawy Pzp, w sposób sprzeczny z celem tej regulacji, jakim jest przywrócenie ekonomicznej równowagi kontraktowej stron oraz w sposób stanowiący obejście tej regulacji, Izba uznała zarzut za zasadny.
W zakresie tego zarzutu Izba w całości odsyła do argumentacji podniesionej przy rozpoznaniu zarzutu nr 1 *(oznaczonego jako zarzut nr 6.1.)* Odwołania wniesionego przez Odwołującego Dekpol.
Zarzut należało uznać za zasadny.

Izba częściowo uwzględniła zarzut nr 10 dotyczący zastrzeżenia w ramach Projektu Umowy kar umownych w rażąco wygórowanej wysokości, co narusza równowagę stron umowy, wymuszając na wykonawcach konieczność uwzględnienie (doliczania) dodatkowych, niemożliwych do precyzyjnego skalkulowania, ryzyk w ramach ceny ofertowej.

Izba uwzględniła zarzut dotyczący postanowień § 15 ust. 1 lit. c) Projektu Umowy odnoszący się do kar umownych za zwłokę w zakończeniu poszczególnych Kamieni milowych.
W tym zakresie Izba odsyła do argumentacji podniesionej przy rozpoznaniu zarzutu nr 3 (*oznaczonego jako zarzut nr 6.3.)* Odwołującego Dekpol.

Izba oddaliła zarzuty dotyczące postanowień zawartych w § 15 ust. 1 lit. a) oraz lit. d) z uwagi na brak ich merytorycznego uzasadnienia. Ponadto w zakresie postanowień dotyczących § 15 ust. 1 lit. d) Odwołujący przedstawił żądania ewentualne dotyczące modyfikacji kwestionowanych postanowień. W tych okolicznościach Izba nie jest uprawniona do decydowania za Odwołującego, które z żądań należy uznać za właściwe. To obowiązkiem Odwołującego wynikającym z art. 516 ust. 1 pkt 9) Pzp jest wskazanie żądania co do sposobu rozstrzygnięcia odwołania.
W tych okolicznościach zarzuty nie mogły zostać uwzględnione.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 557 i 575 ustawy Pzp w zw. z § 5 pkt 1) i 2) oraz § 7 ust. 5 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów

w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437). Z uwagi na skalę, rodzaj i wagę uwzględnionych zarzutów, Izba w całości obciążyła zamawiającego kosztami postępowania odwoławczego.

Wobec powyższego orzeczono jak w sentencji

Przewodniczący:……..
……
……