Sygn. akt: KIO 4473/24

WYROK

Warszawa, dnia 20 grudnia 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca:Danuta Dziubińska

Protokolant: Klaudia Kwadrans

po rozpoznaniu na rozprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 28 listopada 2024 r. przez wykonawcę ERBUD Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie w postępowaniu prowadzonym przez Wojewódzki Szpital Specjalistyczny w Białej Podlaskiej

Uczestnik po stronie odwołującego: wykonawca MAL-POL Spółkaz ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Siedlcach

orzeka:

1. umarza postępowanie w zakresie zarzutów numer 1 i 3 w całości oraz w zakresie zarzutu numer 2 lit. d;

2. oddala odwołanie w pozostałym zakresie;

3.kosztami postępowania obciąża odwołującego i:

3.1.zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania;

3.2.zasądza od ERBUD Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie na rzecz Wojewódzkiego Szpitala Specjalistycznego w Białej Podlaskiej kwotę 4 080 zł 93 gr (cztery tysiące osiemdziesiąt złotych dziewięćdziesiąt trzy grosze), w tym 3 600 zł 00 gr (trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem wynagrodzenia pełnomocnika strony oraz 480 zł 93 gr tytułem dojazdu na posiedzenie i rozprawę.

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

Przewodnicząca: …….

Sygn. akt: KIO 4473/24

Uzasadnienie

Wojewódzki Szpital Specjalistyczny w Białej Podlaskiej(dalej: „Zamawiający") prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (dalej: „ustawa Pzp" lub „Pzp") postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest: „*Wykonanie nowego budynku Wielospecjalistycznego Ośrodka Terapii Jednodniowych wraz z infrastrukturą zewnętrzną, przyłączami oraz zagospodarowaniem terenu", w ramach realizacji projektu pn. „Poprawa jakości i dostępności do świadczeń medycznych poprzez utworzenie w Wojewódzkim Szpitalu Specjalistycznym w Białej Podlaskiej wielospecjalistycznego ośrodka terapii zabiegowych realizowanych w trybie jednego dnia oraz doposażenie AOS*", numer referencyjny postępowania: ZP.26.93.2024.MM. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane 18 listopada 2024 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej numer ogłoszenia: Dz.U. S: 224/2024, 701606-2024 oraz zostało zamieszczone na stronie internetowej Zamawiającego.

ERBUD Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie (dalej: „Wykonawca" lub „Odwołujący"), wniosła odwołanie wobec postanowień umowy stanowiącej załącznik nr 2 do Specyfikacji Warunków Zamówienia (dalej: „SWZ"), które skutkują:

Zarzut nr 1 - naruszeniem zasady tożsamości przedmiotu zamówienia opisanego przez Zamawiającego na etapie przetargu i żądanego do wykonania na etapie realizacji umowy poprzez sformułowanie w postanowieniach:

a)ustępu 2 Preambuły (klauzula interpretacyjna),

b)§ 3 ust. 3 wzoru umowy (który pozostaje nadto w sprzeczności z § 7 ust. 2 pkt 1) wzoru umowy);

c)§ 3 ust. 8 zdanie drugie wzoru umowy;

d)§ 8 ust. 3 wzoru umowy;

e)§ 8 ust. 10 wzoru umowy;

f)§ 16 ust. 9 wzoru umowy;

następujących praw i obowiązków:

-„Jeżeli zostaną stwierdzone dwuznaczności lub rozbieżności między ww. dokumentami, to Zamawiający udzieli Generalnemu Wykonawcy w tym zakresie niezbędnych wyjaśnień lub wyda Generalnemu Wykonawcy konieczne polecenia." (ust. 2 preambuły)

-„Po przedłożeniu przez Wykonawcę HRF, Zamawiający oraz Inwestor Zastępczy (w terminie wskazanym w ustępie poprzedzającym) mają prawo do wniesienia do jego treści uwag i zastrzeżeń (w szczególności co do terminu oraz kolejności wykonania poszczególnych elementów Zadania i poszczególnych prac), które Wykonawca jest zobowiązany uwzględnić i wprowadzić w HRF odpowiednie zmiany, a następnie przedłożyć Zamawiającemu poprawiony HRF w terminie 7 dni od przekazania uwag i zastrzeżeń przez Zamawiającego. W przypadku braku przekazania skorygowanego HRF (uwzględniającego wszystkie uwagi i zastrzeżenia wniesione przez Zamawiającego i Inwestora Zastępczego) w terminie, o którym mowa w zdaniu poprzedzającym, Zamawiającemu przysługuje prawo przyjęcia HRF w wersji ostatecznie ustalonej i zaakceptowanej przez Inwestora Zastępczego." (§ 3 ust. 3), który pozostaje nadto w sprzeczności z § 7 ust. 2 pkt 1) wzoru umowy, który stanowi: „Zamawiający zobowiązuje się wobec Wykonawcy do: 1) uzgodnienia z Wykonawcą przewidywanych terminów na realizację prac objętych przedmiotem Umowy, w celu sporządzenia HRF, zgodnie z postanowieniami § 3 Umowy;" oraz

-„Kosztorys wymaga uzyskania przez Wykonawcę, w terminie 30 dni licząc od dnia jego przedłożenia, zatwierdzenia przez Zamawiającego. W przypadku braku uzgodnienia kosztorysu na zasadach i w terminach wskazanych w zdaniu poprzedzającym, Zamawiający zastrzega sobie prawo przyjęcia kosztorysu w wersji ostatecznie ustalonej i zaakceptowanej przez Inwestora Zastępczego." (§ 3 ust. 8) oraz

-„wykonywania wszystkich poleceń Zamawiającego oraz Inwestora zastępczego" (§ 8 ust. 3) oraz

-„realizacji wniosków i uwag Zamawiającego oraz Inwestora zastępczego" (§ 8 ust. 10)

-„W przypadku rozbieżności pomiędzy zapisami niniejszego paragrafu, Kartą gwarancyjną lub dokumentami gwarancyjnymi dotyczącymi zamontowanych urządzeń i podzespołów, pierwszeństwo mają zapisy korzystniejsze dla Zamawiającego, wedle jego wyboru." (§ 16 ust. 9)

które naruszają:

art. 134 ust. 1 pkt 20) w związku z art. 455 i 16 Pzp oraz art. 353¹ Kodeksu cywilnego poprzez narzucenie obowiązku realizacji poleceń i uwag Zamawiającego oraz jednostronnego narzucania Wykonawcy treści harmonogramu rzeczowo-finansowego oraz kosztorysu, a także dowolnego wybierania korzystniejszych dla Zamawiającego zapisów § 16 ust. 9 Umowy, Karty gwarancyjnej lub dokumentów gwarancyjnych dotyczących zamontowanych urządzeń i podzespołów, co umożliwia mu jednostronne wprowadzanie zmian do przedmiotu zamówienia po zawarciu umowy bez zachowania procedur przewidzianych w art. 455 Pzp, co narusza wyrażoną w art. 16 pkt 1) zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz proporcjonalności i może być wykorzystywane w sposób dowolny i jednostronny przez Zamawiającego w celu zmiany zakresu zobowiązań Wykonawcy, bez uwzględnienia wpływu takiej zmiany na koszt i czas wykonywania przedmiotu Umowy, co stanowi naruszenie art. 353¹ Kodeksu cywilnego.

Zarzut nr 2 - naruszeniem zasady równości stron umowy oraz rażące ograniczenie odpowiedzialności Zamawiającego i granicy swobody umów poprzez sformułowanie w postanowieniach:

a)§ 4 ust. 3 wzoru umowy;

b)§ 8 ust. 16 wzoru umowy;

c)§ 8 ust. 21 wzoru umowy;

d)§ 8 ust. 25 wzoru umowy;

e)§ 20 ust. 7 wzoru umowy;

następujących praw i obowiązków:

-„Wykonawcy nie będą przysługiwały jakiekolwiek roszczenia i zrzeka się wyraźnie wszystkich ewentualnych roszczeń przeciwko Zamawiającemu z tytułu wszelkich pomyłek, niedokładności, rozbieżności, braków lub innych wad

dokumentacji technicznej, a także roszczeń o wypłatę jakichkolwiek zwiększonych kosztów lub płatności w odniesieniu do wynagrodzenia, w związku z zaistnieniem okoliczności, o których mowa w niniejszym ustępie, z ograniczeniem do sytuacji, gdy Wykonawca przy dołożeniu należytej staranności i przy założeniu zawodowego charakteru jego działalności, na podstawie dokumentów i danych udostępnionych przez Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia objętego Umową, mógł te pomyłki, niedokładności, rozbieżności, braki lub inne wady dokumentacji technicznej dostrzec lub ustalić." (§ 4 ust. 3) oraz

-„Wykonawca oświadcza, że przed zawarciem Umowy i przy zachowaniu należytej staranności, z uwzględnieniem zawodowego charakteru prowadzonej przez siebie działalności, zapoznał się z dokumentacją techniczną i uznaje ją za kompletną, prawidłowo sporządzoną (tj. nie posiadającą żadnych wad uniemożliwiających lub utrudniających terminowe wykonanie Umowy) i wystarczającą do realizacji przedmiotu Umowy." (§ 8 ust. 16) oraz

-„Wykonawca powinien przewidzieć i wykonać wszelkie dostawy, roboty budowlane i usługi konieczne oraz wymagane pod względem technicznym, technologicznym i prawnym, dla uzyskania kompletności realizacji Inwestycji." (§ 8 ust. 21) oraz

-„Jeżeli Zamawiający będzie zobowiązany do zapłaty jakiegokolwiek odszkodowania, kary lub poniesie inne konsekwencje związane z nienależytym oznakowaniem, nienależytym zabezpieczeniem terenu budowy, Wykonawca będzie zobowiązany do zwrotu wszelkich zapłaconych z tego tytułu należności, wraz z odsetkami, kosztami procesu (w tym kosztami obrony przed roszczeniem), kosztami odzyskiwania należności od Wykonawcy (roszczenie regresowe). Wykonawca będzie także zobowiązany do udzielenia Zamawiającemu wszelkiego wsparcia (tak w postępowaniach sądowych, jak i pozasądowych czy administracyjnych) w zakresie, w jakim zażąda tego Zamawiający, w celu obrony przed zarzutami poszkodowanych, osób trzecich lub właściwych w tym zakresie podmiotów lub organów (tak prywatnych, jak i publicznych), w tym również do wstąpienia do sprawy jako interwenient. W przypadku niedopełnienia lub nienależytego wypełnienia obowiązków, o których mowa w zdaniu poprzedzającym, przyjmuje się, że Wykonawca nie może w odniesieniu do roszczenia regresowego Zamawiającego bronić się przy pomocy zarzutów, argumentów czy dowodów, których nie podniósł lub o których nie poinformował Zamawiającego zgodnie ze zdaniem poprzedzającym (w tym zakresie Wykonawca zrzeka się względem Zamawiającego prawa do kwestionowania roszczenia regresowego Zamawiającego)." (§ 8 ust. 25) oraz

-„Wykonanie jakichkolwiek prac dodatkowych w stosunku do objętych przedmiotem Umowy wymaga uprzedniego zawiadomienia o potrzebie lub konieczności ich wykonania Zamawiającego, oraz uzyskania uprzedniej zgody Zamawiającego na wykonanie tych prac określającej zarówno zakres prac dodatkowych, jak i wysokość wynagrodzenia za te prace, wyrażonej poprzez zlecenie w formie pisemnej (pod rygorem nieważności) wykonania tych prac Wykonawcy zgodnie z obowiązującymi przepisami. Wykonanie przez Wykonawcę jakichkolwiek prac dodatkowych bez uzyskania przez Wykonawcę uprzedniego zlecenia ich wykonania przez Zamawiającego zgodnie ze zdaniem poprzedzającym:

1)będzie skutkowało brakiem zapłaty przez Zamawiającego za te prace;

2)Wykonawca zrzeka się względem Zamawiającego wszelkich roszczeń o zapłatę odszkodowania czy wynagrodzenia za te prace." (§ 20 ust. 7)

które naruszają przepisy:

art. 99 - 103 w związku z art. 16 ust. 1 i 2 Pzp oraz art. 58 § 1 i 2 w związku z art. 353^1, 471, 473 § 1 i § 2 i 647 Kodeksu cywilnego i art. 20 ust. 2 ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. – Prawo budowlane, poprzez przerzucenie na Wykonawcę odpowiedzialności za treść, zakres i ewentualne błędy w dokumentacji technicznej przygotowanej przez Zamawiającego i faktyczne zwolnienie się Zamawiającego z obowiązku precyzyjnego przygotowania dokumentacji stanowiącej opis przedmiotu zamówienia, a nadto pozbawienie Wykonawcy uprawnienia do składania roszczeń o roboty dodatkowe, zamienne lub uzupełniające, gdy to Zamawiający, jako podmiot odpowiedzialny za przygotowanie dokumentacji stanowiącej opis przedmiotu zamówienia, powinien ponosić odpowiedzialność za jej kompletność i poprawność, a nadto zatrudniony przez niego projektant – autor dokumentacji projektowej stanowiącej opis przedmiotu zamówienia obowiązany jest do zapewnienia sprawdzenia projektu architektonicznobudowlanego oraz technicznego pod względem zgodności z przepisami, w tym techniczno-budowlanymi, przez osobę posiadającą uprawnienia budowlane do projektowania bez ograniczeń w odpowiedniej specjalności, co jest sprzeczne z przepisami art. 99 - 103 Pzp, art. 353^1 i 647 Kodeksu cywilnego oraz art. 20 ust. 2 ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. - Prawo budowlane, a nadto poprzez wymuszenie na Wykonawcy złożenia oświadczenia o zrzeczeniu się uprawnienia do dochodzenia roszczeń, w szczególności w odniesieniu do okoliczności, których nie mógł dostrzec nawet przy dołożeniu należytej staranności i za które nie odpowiada lub roszczeń, które jeszcze nie powstały na moment złożenia oświadczenia o zrzeczeniu się

uprawnienia do ich dochodzenia, co narusza zasadę ekwiwalentności świadczeń i prowadzi do jednostronnego ukształtowania sytuacji na niekorzyść wykonawcy, a nadto obarczone jest wadą nieważności na zasadach art. 58 § 1 i 2, ze względu na rażące naruszenie art. 353¹, 471, 473 § 1 i § 2 oraz 647 Kodeksu cywilnego.

Zarzut nr 3 – naruszeniem zasad przejrzystości oraz równości stron umowy i proporcjonalności, a także obowiązku precyzyjnego opisu przedmiotu zamówienia poprzez sformułowanie w postanowieniach:

a)ust. 4 Preambuły (klauzula interpretacyjna),

b)oraz § 8 ust. 2 wzoru umowy oraz

c)§ 15 ust. 8-9 wzoru umowy

następujących wzajemnie sprzecznych obowiązków dotyczących momentu odbioru przedmiotu zamówienia oraz odpowiedzialności za usunięcie wad:

-„Wykonawca zobowiązuje się wykonać i wykończyć roboty budowlane objęte przedmiotem Umowy oraz usunąć w nich wszelkie wady oraz przekazać Zamawiającemu Inwestycję w pełnej zgodności z postanowieniami Umowy, zasadami sztuki budowlanej, wiedzą techniczną, przepisami Prawa budowlanego, innymi powszechnie obowiązującymi przepisami dotyczącymi realizacji robót budowlanych, obowiązującymi standardami technicznymi przy wykonywaniu robót i z należytą starannością." (ust. 4 preambuły) oraz

-„Wykonawca jest zobowiązany do usunięcia wszystkich wad występujących w przedmiocie Umowy, w okresie umownej odpowiedzialności za wady oraz w okresie rękojmi za wady fizyczne." (§ 8 ust. 2) oraz

-„8. Za datę wykonania przedmiotu Umowy uznaje się dzień zgłoszenia przez Wykonawcę gotowości do odbioru Inwestycji (potwierdzonego przez Zamawiającego), jeżeli w wyniku tego zgłoszenia w toku odbioru Zamawiający nie stwierdził wad istotnych i Zamawiający podpisał protokół odbioru końcowego Inwestycji. Jeżeli w toku odbioru zostaną stwierdzone wady istotne w Inwestycji, za dzień wykonania przedmiotu Umowy uznaje się dzień ponownego (lub kolejnego) zgłoszenia przez Wykonawcę gotowości do odbioru końcowego Inwestycji (potwierdzonego przez Zamawiającego) po usunięciu wad, w wyniku którego Zamawiający nie stwierdził wad istotnych i Zamawiający podpisał protokół odbioru końcowego Inwestycji.

9. Jeżeli w toku czynności odbioru końcowego zostaną stwierdzone wady, to Zamawiającemu przysługują następujące uprawnienia:

1)jeżeli wady nadają się do usunięcia, a jednocześnie nie uniemożliwiają użytkowania przedmiotu odbioru zgodnie z jego przeznaczeniem (tzw. wady nieistotne), Strony uzgadniają w treści protokołu odbioru końcowego termin i sposób usunięcia tych wad. Jeżeli Wykonawca nie usunie wad w terminie lub w sposób ustalony w protokole Odbioru końcowego, Zamawiający, po uprzednim pisemnym powiadomieniu Wykonawcy, będzie uprawniony do zlecenia usunięcia stwierdzonych wad podmiotowi trzeciemu na koszt i ryzyko Wykonawcy,

2)jeżeli wady nie nadają się do usunięcia to:

a)jeżeli nie uniemożliwiają one użytkowania przedmiotu odbioru zgodnie z przeznaczeniem, Zamawiający może obniżyć odpowiednio wynagrodzenie Wykonawcy,

b)jeżeli wady uniemożliwiają użytkowanie zgodnie z przeznaczeniem, Zamawiający może odstąpić od umowy (lub jej części) albo żądać wykonania przedmiotu odbioru po raz drugi." (§ 15 ust. 8-9)

które naruszają:

art. 99 w związku z art. 16 ust. 1 Pzp oraz art. 353¹, 354 § 1 i § 2, 471 oraz 647 Kodeksu cywilnego poprzez wprowadzenie obowiązku usunięcia wszelkich wad wykonanych i wykończonych robót budowlanych objętych przedmiotem Umowy a dopiero następnie przekazania Zamawiającemu Inwestycji w pełnej zgodności z postanowieniami Umowy, zasadami sztuki budowlanej, wiedzą techniczną, przepisami Prawa budowlanego, innymi powszechnie obowiązującymi przepisami dotyczącymi realizacji robót budowlanych, obowiązującymi standardami technicznymi przy wykonywaniu robót i z należytą starannością, co pozostaje w sprzeczności z prawidłowo sformułowanymi w § 8 ust. 2 oraz § 15 ust. 8-9 Umowy zasadami odbioru robot budowlanych, które dopuszczają tzw. „odbiory usterkowe", co stanowi naruszenie art. 353¹ Kodeksu cywilnego i uniemożliwia Wykonawcy jednoznaczne określenie momentu spełnienia zobowiązania oraz zakresu odpowiedzialności, wobec możliwości żądania usunięcia wszelkich wad przed przekazaniem Zamawiającemu Inwestycji, co stawia go w nierównej pozycji wobec zamawiającego i jest niezgodne z przepisami prawa cywilnego, w tym w szczególności art. 353¹, 354 § 1 i § 2, 471 oraz 647 Kodeksu cywilnego.

W oparciu o powyższe zarzuty Odwołujący wniósł o:

1)przeprowadzenie dowodu z dokumentów wskazanych w uzasadnieniu odwołania na wskazane tam fakty;

2)uwzględnienie odwołania;

3)nakazanie Zamawiającemu:

a)zmiany zakwestionowanych postanowień projektu umowy, która ma być następnie zawarta z wykonawcami, stanowiącego załącznik nr 2 do SWZ, w następujący sposób:

Ad. zarzutu nr 1:

W ust. 2 Preambuły do umowy:

„Jeżeli zostaną stwierdzone dwuznaczności lub rozbieżności między ww. dokumentami, to Zamawiający udzieli Generalnemu Wykonawcy w tym zakresie niezbędnych wyjaśnień lub wyda Generalnemu Wykonawcy konieczne polecenia, które ten uwzględni z zachowaniem uprawnienia do wnioskowania o wydłużenie terminu wykonywania przedmiotu umowy lub roszczenia o podwyższenie wynagrodzenia, jeżeli wykaże, że polecenie prowadzi do wydłużenia terminu wykonywania przedmiotu umowy lub podwyższenia kosztów wykonywania przedmiotu zamówienia. ”

W § 3 ust. 3:

„Po przedłożeniu przez Wykonawcę HRF, Zamawiający oraz Inwestor Zastępczy (w terminie wskazanym w ustępie poprzedzającym) mają prawo do wniesienia do jego treści uwag i zastrzeżeń (w szczególności co do terminu oraz kolejności wykonania poszczególnych elementów Zadania i poszczególnych prac), które strony uzgodnią, celem wprowadzenia w HRF odpowiednich zmian, a następnie Wykonawca przedłoży Zamawiającemu poprawiony HRF w terminie 7 dni od uzgodnienia przekazanych przez Zamawiającego uwag i zastrzeżeń.”

W § 3 ust. 8:

„Kosztorys wymaga uzyskania przez Wykonawcę, w terminie 30 dni licząc od dnia jego przedłożenia, zatwierdzenia przez Zamawiającego. Po przedłożeniu przez Wykonawcę kosztorysu, Zamawiający oraz Inwestor Zastępczy (w terminie 7 dni licząc od dnia jego przedłożenia) mają prawo do wniesienia do jego treści uwag i zastrzeżeń, które strony uzgodnią, celem wprowadzenia w kosztorysie odpowiednich zmian, a następnie Wykonawca przedłoży Zamawiającemu poprawiony kosztorys w terminie 7 dni od uzgodnienia przekazanych przez Zamawiającego uwag i zastrzeżeń.”

W § 8 ust. 3:

„Wykonawca zobowiązany jest wykonywać wszystkie polecenia Zamawiającego oraz Inwestora zastępczego zgodnie z przepisami prawa i wszystkimi postanowieniami Umowy, z zachowaniem uprawnienia do wnioskowania o wydłużenie terminu wykonywania przedmiotu umowy lub roszczenia o podwyższenie wynagrodzenia, jeżeli wykaże, że polecenie prowadzi do wydłużenia terminu wykonywania przedmiotu umowy lub podwyższenia kosztów wykonywania przedmiotu zamówienia.”

W § 8 ust. 10:

„Wykonawca zobowiązuje się do realizacji wniosków i uwag Zamawiającego oraz Inwestora zastępczego w zakresie spełnienia innych wymagań dot. bhp i ppoż., gdyby takie powstały w trakcie współpracy Stron, z zachowaniem uprawnienia do wnioskowania o wydłużenie terminu wykonywania przedmiotu umowy lub roszczenia o podwyższenie wynagrodzenia, jeżeli wykaże, że ww. wniosków lub uwagi prowadzą do wydłużenia terminu wykonywania przedmiotu umowy lub podwyższenia kosztów wykonywania przedmiotu zamówienia.”

W § 16 ust. 9 Umowy:

„W przypadku rozbieżności pomiędzy zapisami niniejszego paragrafu, Kartą gwarancyjną lub dokumentami gwarancyjnymi dotyczącymi zamontowanych urządzeń i podzespołów, pierwszeństwo mają zapisy dokumentów gwarancyjnych, a następnie Kartą gwarancyjnej i na końcu postanowień niniejszego paragrafu.”

Ad. zarzutu nr 2:

W § 4 ust. 3 wzoru umowy: „3. USUNIĘTO.”

W § 8 ust. 16 wzoru umowy:

„Wykonawca oświadcza, że przed zawarciem Umowy i przy zachowaniu należytej staranności, z uwzględnieniem zawodowego charakteru prowadzonej przez siebie działalności, zapoznał się z dokumentacją techniczną.”

W § 8 ust. 21 wzoru umowy: „21. USUNIĘTO.”

W § 8 ust. 25 wzoru umowy:

„Jeżeli Zamawiający będzie zobowiązany do zapłaty jakiegokolwiek odszkodowania, kary lub poniesie inne konsekwencje związane z nienależytym oznakowaniem, nienależytym zabezpieczeniem terenu budowy, Wykonawca będzie zobowiązany do zwrotu wszelkich zapłaconych z tego tytułu należności, wraz z odsetkami, kosztami procesu (w tym kosztami obrony przed roszczeniem), kosztami odzyskiwania należności od Wykonawcy, pod warunkiem, że na etapie zgłoszenia roszczeń wynikających z opisanych wyżej okoliczności miał możliwość podjęcia wymaganych działań po zapoznaniu się z zarzutami poszkodowanych, osób trzecich lub właściwych w tym zakresie podmiotów lub organów (tak prywatnych, jak i publicznych), w tym również do wstąpienia do sprawy jako interwenient i udzielenia Zamawiającemu wsparcia (tak w postępowaniach sądowych, jak i pozasądowych czy administracyjnych) w zakresie, w jakim zażąda tego Zamawiający, w celu obrony przed zarzutami".

W § 20 ust. 7 wzoru umowy:

„Wykonanie jakichkolwiek prac dodatkowych w stosunku do objętych przedmiotem Umowy wymaga uprzedniego zawiadomienia o potrzebie lub konieczności ich wykonania Zamawiającego, oraz uzyskania uprzedniej zgody Zamawiającego na wykonanie tych prac określającej zarówno zakres prac dodatkowych, jak i wysokość wynagrodzenia za te prace, wyrażonej poprzez zlecenie w formie pisemnej (pod rygorem nieważności) wykonania tych prac Wykonawcy zgodnie z obowiązującymi przepisami."

Ad. zarzutu nr 3:

W ust. 4 Preambuły do umowy:

„Wykonawca zobowiązuje się wykonać i wykończyć roboty budowlane objęte przedmiotem Umowy oraz przekazać Zamawiającemu Inwestycję, a także usunąć na etapie obowiązywania rękojmi lub gwarancji wszelkie stwierdzone wady, w pełnej zgodności z postanowieniami Umowy, zasadami sztuki budowlanej, wiedzą techniczną, przepisami Prawa budowlanego, innymi powszechnie obowiązującymi przepisami dotyczącymi realizacji robót budowlanych, obowiązującymi standardami technicznymi przy wykonywaniu robót i z należytą starannością."

Zamawiający w pisemnej odpowiedzi na odwołanie wniósł o oddalenie odwołania w całości.

U uzasadnieniu swojego stanowiska Zamawiający wskazał, że 5 grudnia 2024 r., w związku z argumentacją zawartą w odwołaniu, dokonał zmian treści SWZ w zakresie projektu umowy (zał. nr 2 do SWZ), które to zmiany w większości uwzględniają argumenty podniesione przez Odwołującego. W zakresie zarzutu nr 2 Zamawiający wprowadził zmiany w zakresie dotyczącym §8 ust. 25 oraz dotyczącym: §4 ust. 3, §8 ust. 16 i §8 ust. 21 projektu umowy. Zamawiający stwierdził, że wbrew zarzutom odwołania, treść §4 ust. 3, §8 ust. 16 i §8 ust. 21 ani przed zmianą, ani po zmianie - nie nakładają na wykonawcę żadnych obowiązków w zakresie sprawdzenia dokumentacji projektowej przez złożeniem oferty, ani też w żadnym stopniu nie przenosi na wykonawców odpowiedzialności i ryzyka związanych z tzw. błędami w dokumentacji projektowej. Rolą §4 ust. 3, doprecyzowaną w tym zakresie przez Zamawiającego, jest wyraźne odesłanie i przypomnienie wykonawcom, że wynagrodzenie ma charakter ryczałtowy. Jednocześnie postanowienie to wprost odsyła do art. 355 §2 Kodeksu cywilnego jako „miernika" należytej staranności po stronie wykonawcy („Należytą staranność dłużnika w zakresie prowadzonej przez niego działalności gospodarczej określa się przy uwzględnieniu zawodowego charakteru tej działalności."), a jednocześnie przypomina wykonawcom, że zgodnie z art. 651 Kodeksu cywilnego – na etapie realizacji umowy, jeżeli dostarczona przez inwestora dokumentacja posiada wady i nie nadają się do prawidłowego wykonania robót (albo jeżeli zajdą inne okoliczności, które mogą przeszkodzić prawidłowemu wykonaniu robót), wykonawca powinien niezwłocznie zawiadomić o tym inwestora. Postanowienia powyższe mają na celu uniemożliwienie wykonawcy ukrywania przed Zamawiającym i Inwestorem Zastępczym błędów, pominięć, wad lub innych usterek bądź celowego opóźniania przekazania informacji o wykrytych usterkach ww. dokumentów np. w celu formułowania wobec zamawiającego roszczeń dotyczących kosztów lub przedłużenia terminu na ukończenie robót opartych na tej podstawie. Nie zmienia to faktu, że podmiotem odpowiedzialnym za prawidłowość dokumentacji projektowej w świetle postanowień (SWZ) i przepisów ustawy Pzp oraz Kodeksu cywilnego jest Zamawiający. Ww. postanowienia umowy kwestionowane w odwołaniu, w zupełności wpisują się w utrwalony w orzecznictwie pogląd, zgodnie z którym niedopuszczalne jest nakładanie na wykonawcę obowiązku dokonywania w momencie przystąpienia do przetargu, czy podpisywania umowy, szczegółowego merytorycznego sprawdzenia przedstawionego mu projektu, wymagającego specjalistycznych obliczeń, wiedzy z zakresu projektowania, w celu wykrycia ewentualnych wad, oraz „przenoszenie" na wykonawcę ryzyka związanego z błędami projektowymi. Zacytowane powyżej postanowienia umowy wprost wskazują, że od wykonawcy jest wymagana tylko taka staranność, jakiej wymagają od niego obowiązujące przepisy. W żadnym miejscu postanowienia te choćby pośrednio nie sugerują, że to na wykonawcę ma być w jakimkolwiek zakresie przeniesiona odpowiedzialność za jakość dokumentacji projektowej i ryzyko jej błędów. Jednocześnie postanowienia umowy w §20 ust. 1-2, ust. 3, a także w ust. 7-8, wprost dopuszczają zmianę umowy w

zakresie wydłużenia terminu na jej wykonanie, w zakresie wprowadzenia robót zamiennych i związanej z tym zmiany (w tym podwyższenia) wynagrodzenia, w zakresie zlecenia robót dodatkowych za odrębnym wynagrodzeniem.

3. co do zarzutu nr 3 petitum odwołania w zakresie dotyczącym:

- ustępu 4 Preambuły (klauzula interpretacyjna) oraz §8 ust. 2:

Mając na względzie powyższe zmiany w treści SWZ, zdaniem Zamawiającego, zarzuty odwołania w zakresie, w jakim dotyczą zmodyfikowanych postanowień umowy, tj. w zakresie:

−zarzutu I w całości – ustęp 2 Preambuły (klauzula interpretacyjna), §3 ust. 3, §3 ust. 8 zdanie drugie, §8 ust. 3, §8 ust. 10, §16 ust. 9;

−zarzutu II w części – §4 ust. 3, §8 ust. 16, §8 ust. 21, §8 ust. 25;

−zarzutu III w całości – ustęp 4 Preambuły (klauzula interpretacyjna), §8 ust. 2 oraz §15 ust. 8-9; są bezzasadne i podlegają oddaleniu.

Z zachowaniem wymogów ustawowych, wykonawca Mal - Pol sp. z o.o. z siedzibą w Siedlcach przystąpił do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego, stając się uczestnikiem postępowania.

Krajowa Izba Odwoławcza(w treści także: „KIO" lub „Izba") stwierdziła, że odwołanie nie zawiera braków formalnych. Wpis w prawidłowej wysokości został wniesiony w ustawowym terminie. Nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania, o których mowa w art. 528 ustawy Pzp.

Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając odwołanie, uwzględniając dokumentację postępowania oraz stanowiska zaprezentowane w sprawie, ustaliła i zważyła co następuje:

Izba stwierdziła, że Odwołujący legitymuje się uprawnieniem do skorzystania w przedmiotowym postępowaniu ze środków ochrony prawnej. Zostały bowiem wypełnione przesłanki, o których mowa w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp.

Na posiedzeniu z udziałem stron, Odwołujący złożył oświadczenie o wycofaniu odwołania w zakresie zarzutów nr 1 i 3 w całości oraz zarzutu nr 2 lit. d.

Wobec wycofania zarzutów nr 1 i 3 oraz 2 lit. d odwołanie podlegało umorzeniu w tym zakresie.

Zamawiający nie dokonał zmian § 20 ust. 7 wzoru umowy, natomiast dokonał zmian 4 ust. 3, § 8 ust. 16, § 8 ust. 21, które, zdaniem stron, nie zmieniają istoty tych postanowień i ich sensu w stosunku do ich pierwotnego brzmienia. W związku z tym w tym zakresie zarzuty odwołania, które nie zostały wycofane przez Odwołującego, nie straciły aktualności.

Izba zważyła, co następuje:

Odwołanie podlega oddaleniu. Nie potwierdziły się bowiem postawione w nim zarzuty, w granicach których KIO orzeka.

Stosownie do art. 552 ust. 1 ustawy Pzp podstawą wydania wyroku w postępowaniu odwoławczym jest stan rzeczy ustalony w toku tego postępowania, w tym okoliczności faktyczne sprawy. W wyniku zmian z 5 grudnia 2024 r. brzmienie postanowień §4 ust. 3, §8 ust. 16, §8 ust. 21 wzoru umowy przedstawia się następująco:

§4 ust. 3: *Wykonawcy nie będą przysługiwały jakiekolwiek roszczenia wobec Zamawiającemu z tytułu pomyłek, niedokładności, rozbieżności, braków lub innych wad dokumentacji technicznej, a także roszczeń o wypłatę jakichkolwiek zwiększonych kosztów lub płatności w odniesieniu do wynagrodzenia, w związku z zaistnieniem okoliczności, o których mowa w niniejszym ustępie, z ograniczeniem do sytuacji, gdy Wykonawca przy dołożeniu należytej staranności wymaganej od Wykonawcy zgodnie z przepisami powszechnie obowiązującego prawa (w szczególności art. 355 §2 i art. 651 Kodeksu cywilnego i z uwzględnieniem ryczałtowego charakteru wynagrodzenia) i przy założeniu zawodowego charakteru jego działalności, na podstawie dokumentów i danych udostępnionych przez Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia objętego Umową, mógł te pomyłki, niedokładności, rozbieżności, braki lub inne wady dokumentacji technicznej dostrzec lub ustalić.*

§8 ust. 16: *Wykonawca oświadcza, że przed zawarciem Umowy i przy zachowaniu należytej staranności wymaganej od Wykonawcy zgodnie z przepisami powszechnie obowiązującego prawa (w szczególności art. 355 §2 i art. 651 Kodeksu cywilnego i z uwzględnieniem ryczałtowego charakteru wynagrodzenia), z uwzględnieniem zawodowego charakteru prowadzonej przez siebie działalności, zapoznał się z dokumentacją techniczną i uznaje ją za kompletną i wystarczającą do realizacji przedmiotu Umowy.*

§8 ust. 21: *Ze względu na ryczałtowy charakter wynagrodzenia, Wykonawca zobowiązany jest w ramach tego wynagrodzenia i wykonać wszelkie dostawy, roboty budowlane i usługi konieczne oraz wymagane pod względem*

technicznym, technologicznym i prawnym, dla uzyskania kompletności realizacji Inwestycji w zakresie, w jakim Wykonawca na podstawie dokumentacji technicznej (przy dochowaniu należytej staranności wymaganej od Wykonawcy zgodnie z przepisami powszechnie obowiązującego prawa) mógł i powinien przewidzieć konieczność wykonania tych dostaw, robót lub usług.

Niezmieniony przez Zamawiającego §20 ust.7 stanowi: *Wykonanie jakichkolwiek prac dodatkowych w stosunku do objętych przedmiotem Umowy wymaga uprzedniego zawiadomienia o potrzebie lub konieczności ich wykonania Zamawiającego, oraz uzyskania uprzedniej zgody Zamawiającego na wykonanie tych prac określającej zarówno zakres prac dodatkowych, jak i wysokość wynagrodzenia za te prace, wyrażonej poprzez zlecenie w formie pisemnej (pod rygorem nieważności) wykonania tych prac Wykonawcy zgodnie z obowiązującymi przepisami. Wykonanie przez Wykonawcę jakichkolwiek prac dodatkowych bez uzyskania przez Wykonawcę uprzedniego zlecenia ich wykonania przez Zamawiającego zgodnie ze zdaniem poprzedzającym:*

1)będzie skutkowało brakiem zapłaty przez Zamawiającego za te prace;

2)Wykonawca zrzeka się względem Zamawiającego wszelkich roszczeń o zapłatę odszkodowania czy wynagrodzenia za te prace.

Według Odwołującego postanowienia zawarte w § 4 ust. 3, § 8 ust. 16, § 8 ust. 21 oraz § 20 ust. 7 wzoru umowy naruszają przepisy art. 99 - 103 w związku z art. 16 ust. 1 i 2 Pzp oraz art. 58 § 1 i 2 w związku z art. 353^1, 471, 473 § 1 i § 2 i 647 Kodeksu cywilnego i art. 20 ust. 2 ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. - Prawo budowlane.

W ocenie Izby, pomimo wskazania, iż za sprawą czterech ww. postanowień umowy doszło do naruszenie wielu przepisów prawa, żaden z zarzutów nie został wykazany przez Odwołującego.

Stosownie do art. 99 – 103 ustawy Pzp:

Art. 99 *1. 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. 2. Zamawiający określa w opisie przedmiotu zamówienia wymagane cechy dostaw, usług lub robót budowlanych. Cechy te mogą odnosić się w szczególności do określonego procesu, metody produkcji, realizacji wymaganych dostaw, usług lub robót budowlanych, lub do konkretnego procesu innego etapu ich cyklu życia, nawet jeżeli te czynniki nie są ich istotnym elementem, pod warunkiem że są one związane z przedmiotem zamówienia oraz proporcjonalne do jego wartości i celów. 3. Do opisu przedmiotu zamówienia stosuje się nazwy i kody określone we Wspólnym Słowniku Zamówień.4. Przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję, w szczególności przez wskazanie znaków towarowych, patentów lub pochodzenia, źródła lub szczególnego procesu, który charakteryzuje produkty lub usługi dostarczane przez konkretnego wykonawcę, jeżeli mogłoby to doprowadzić do uprzywilejowania lub wyeliminowania niektórych wykonawców lub produktów. 5. Przedmiot zamówienia można opisać przez wskazanie znaków towarowych, patentów lub pochodzenia, źródła lub szczególnego procesu, który charakteryzuje produkty lub usługi dostarczane przez konkretnego wykonawcę, jeżeli zamawiający nie może opisać przedmiotu zamówienia w wystarczająco precyzyjny i zrozumiały sposób, a wskazaniu takiemu towarzyszą wyrazy "lub równoważny". 6. Jeżeli przedmiot zamówienia został opisany w sposób, o którym mowa w ust. 5, zamawiający wskazuje w opisie przedmiotu zamówienia kryteria stosowane w celu oceny równoważności.7. Zamawiający może określić w opisie przedmiotu zamówienia konieczność przeniesienia praw własności intelektualnej lub udzielenia licencji.*

Art. 100 *1. W przypadku zamówień przeznaczonych do użytku osób fizycznych, w tym pracowników zamawiającego, opis przedmiotu zamówienia sporządza się, z uwzględnieniem wymagań w zakresie dostępności dla osób niepełnosprawnych oraz projektowania z przeznaczeniem dla wszystkich użytkowników, chyba że nie jest to uzasadnione charakterem przedmiotu zamówienia. 2. Jeżeli wymagania, o których mowa w ust. 1, wynikają z aktu prawa Unii Europejskiej, przedmiot zamówienia, w zakresie wymagań dotyczących dostępności dla osób niepełnosprawnych oraz projektowania z przeznaczeniem dla wszystkich użytkowników, opisuje się przez odesłanie do tego aktu.*

Art. 101 *1. Przedmiot zamówienia opisuje się, z uwzględnieniem odrębnych przepisów, w jeden z następujących sposobów przez: 1) określenie wymagań dotyczących wydajności lub funkcjonalności, w tym wymagań środowiskowych, pod warunkiem że podane parametry są dostatecznie precyzyjne, aby umożliwić wykonawcom ustalenie przedmiotu zamówienia, a zamawiającemu udzielenie zamówienia; 2) odniesienie się do wymaganych cech materiału, produktu lub usługi, o których mowa w , oraz, w kolejności preferencji do: a) Polskich Norm przenoszących normy europejskie, b) norm innych państw członkowskich Europejskiego Obszaru Gospodarczego przenoszących normy europejskie, c) europejskich ocen technicznych, rozumianych jako udokumentowane oceny działania wyrobu budowlanego względem jego podstawowych cech, zgodnie z odpowiednim europejskim dokumentem oceny, w rozumieniu art. 2 pkt 12 rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nrz dnia 9 marca 2011 r. ustanawiającego zharmonizowane*

warunki wprowadzania do obrotu wyrobów budowlanych i uchylającego dyrektywę Rady (Dz.Urz. UE L 88 z 04.04.2011, , z późn. zm.[13)]), d) wspólnych specyfikacji technicznych, rozumianych jako specyfikacje techniczne w dziedzinie produktów teleinformatycznych określone zgodnie z i rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nrz dnia 25 października 2012 r. w sprawie normalizacji europejskiej, zmieniającego dyrektywy Rady i oraz dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady, , , 97/23/WE, 98/34/WE, 2004/22/WE, 2007/23/WE, 2009/23/WE i 2009/105/WE oraz uchylającego decyzję Rady 87/95/EWG i decyzję Parlamentu Europejskiego i Rady nr(Dz.Urz. UE L 316 z 14.11.2012,, z późn. zm.[14)]), e) norm międzynarodowych, f) specyfikacji technicznych, których przestrzeganie nie jest obowiązkowe, przyjętych przez instytucję normalizacyjną, wyspecjalizowaną w opracowywaniu specyfikacji technicznych w celu powtarzalnego i stałego stosowania, g) innych systemów referencji technicznych ustanowionych przez europejskie organizacje normalizacyjne; 3)odniesienie do norm, europejskich ocen technicznych, specyfikacji technicznych i systemów referencji technicznych, o których mowa w pkt 2, oraz przez odniesienie do wymagań dotyczących wydajności lub funkcjonalności, o których mowa w pkt 1, w zakresie wybranych cech;4)odniesienie do kategorii wymagań dotyczących wydajności lub funkcjonalności, o których mowa w pkt 1, i przez odniesienie do norm, europejskich ocen technicznych, specyfikacji technicznych i systemów referencji technicznych, o których mowa w pkt 2, stanowiących środek domniemania zgodności z tego rodzaju wymaganiami dotyczącymi wydajności lub funkcjonalności.2. Przez normę należy rozumieć specyfikację techniczną przyjętą przez krajową, europejską lub międzynarodową instytucję normalizacyjną w celu powtarzalnego i stałego stosowania, której przestrzeganie nie jest obowiązkowe, w tym Polską Normę, normę europejską lub normę międzynarodową.3. W przypadku braku Polskich Norm przenoszących normy europejskie, norm innych państw członkowskich Europejskiego Obszaru Gospodarczego przenoszących normy europejskie oraz norm, europejskich ocen technicznych, specyfikacji technicznych i systemów referencji technicznych, o których mowa w ust. 1 pkt 2, przy opisie przedmiotu zamówienia uwzględnia się w kolejności:1)Polskie Normy;2)krajowe oceny techniczne wydawane na podstawie ustawy z dnia 16 kwietnia 2004 r. o wyrobach budowlanych (Dz.U. z 2021 r.);3)polskie specyfikacje techniczne dotyczące projektowania, wyliczeń i realizacji robót budowlanych oraz wykorzystania dostaw;4)krajowe deklaracje zgodności oraz krajowe deklaracje właściwości użytkowych wyrobu budowlanego.4. Opisując przedmiot zamówienia przez odniesienie do norm, ocen technicznych, specyfikacji technicznych i systemów referencji technicznych, o których mowa w ust. 1 pkt 2 oraz ust. 3, zamawiający jest obowiązany wskazać, że dopuszcza rozwiązania równoważne opisywanym, a odniesieniu takiemu towarzyszą wyrazy "lub równoważne".5. W przypadku gdy opis przedmiotu zamówienia odnosi się do norm, ocen technicznych, specyfikacji technicznych i systemów referencji technicznych, o których mowa w ust. 1 pkt 2 oraz ust. 3, zamawiający nie może odrzucić oferty tylko dlatego, że oferowane roboty budowlane, dostawy lub usługi nie są zgodne z normami, ocenami technicznymi, specyfikacjami technicznymi i systemami referencji technicznych, do których opis przedmiotu zamówienia się odnosi, pod warunkiem że wykonawca udowodni w ofercie, w szczególności za pomocą przedmiotowych środków dowodowych, o których mowa w, że proponowane rozwiązania w równoważnym stopniu spełniają wymagania określone w opisie przedmiotu zamówienia.6. W przypadku gdy opis przedmiotu zamówienia odnosi się do wymagań dotyczących wydajności lub funkcjonalności, o których mowa w ust. 1 pkt 1, zamawiający nie może odrzucić oferty zgodnej z Polską Normą przenoszącą normę europejską, normami innych państw członkowskich Europejskiego Obszaru Gospodarczego przenoszącymi normy europejskie, z europejską oceną techniczną, ze wspólną specyfikacją techniczną, z normą międzynarodową lub z systemem referencji technicznych ustanowionym przez europejski organ normalizacyjny, jeżeli te normy, oceny techniczne, specyfikacje i systemy referencji technicznych dotyczą wymagań dotyczących wydajności lub funkcjonalności określonych przez zamawiającego, pod warunkiem że wykonawca udowodni w ofercie, w szczególności za pomocą przedmiotowych środków dowodowych, o których mowa w, że obiekt budowlany, dostawa lub usługa, spełniają wymagania dotyczące wydajności lub funkcjonalności określone przez zamawiającego.

Art. 102 *1. W przypadku, o którym mowa w, zamawiający określa w opisie przedmiotu zamówienia na roboty budowlane wymagane cechy materiału, produktu lub usługi, odpowiadające przeznaczeniu zamierzonemu przez zamawiającego, które mogą dotyczyć w szczególności:1)określonych poziomów oddziaływania na środowisko i klimat;2)wymagań w zakresie dostępności dla osób niepełnosprawnych;3)określonej wydajności, bezpieczeństwa lub wymiarów, w tym procedur dotyczących zapewnienia jakości;4)określonej terminologii, symboli, testów i metod testowania;5)określonego opakowania i oznakowania;6)określonej etykiety;7)instrukcji użytkowania;8)procesów i metod produkcji na każdym etapie cyklu życia obiektów budowlanych;9)dodatkowych badań i testów przeprowadzanych przez jednostki autoryzowane w rozumieniu ustawy z dnia 13 kwietnia 2016 r. o systemach oceny zgodności i nadzoru rynku (Dz.U. z 2022 r. oraz z 2024 r.);10)określonych zasad dotyczących projektowania i kosztorysowania;11)warunków testowania, kontroli i odbioru obiektów budowlanych;12)metod i technik budowy;13)wszelkich pozostałych warunków technicznych.2. W przypadku, o którym mowa w, zamawiający określa w opisie przedmiotu zamówienia na dostawy lub usługi wymagane cechy produktu lub usługi, które mogą dotyczyć w szczególności:1)posiadania przez dostawę lub usługę cech, o których mowa w ust. 1*

pkt 1, 4-7 oraz 10;2)określonych poziomów jakości;3)określonej wydajności, przeznaczenia produktu, bezpieczeństwa lub wymiarów, w tym wymagań odnoszących się do produktu w zakresie nazwy, pod jaką produkt jest sprzedawany;4)procesów i metod produkcji na każdym etapie cyklu życia dostawy lub usługi oraz procedury oceny zgodności.

Art. 103 *1. Zamówienia na roboty budowlane opisuje się za pomocą dokumentacji projektowej oraz specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych.2. Jeżeli przedmiotem zamówienia jest zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych w rozumieniu ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. - Prawo budowlane, zamawiający opisuje przedmiot zamówienia za pomocą programu funkcjonalno-użytkowego.3. Program funkcjonalno-użytkowy obejmuje opis zadania budowlanego, w którym podaje się przeznaczenie ukończonych robót budowlanych oraz stawiane im wymagania techniczne, ekonomiczne, architektoniczne, materiałowe i funkcjonalne.4. Minister właściwy do spraw budownictwa, planowania i zagospodarowania przestrzennego oraz mieszkalnictwa określi, w drodze rozporządzenia, szczegółowy zakres i formę:1)dokumentacji projektowej,2)specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych,3)programu funkcjonalno-użytkowego - mając na względzie rodzaj robót budowlanych, a także nazwy i kody Wspólnego Słownika Zamówień.*

Zgodnie z art. 16 ustawy Pzp: *Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób:1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców;2) przejrzysty;3) proporcjonalny*.

W myśl art. 58 § 1 i 2 Kodeksu cywilnego: *§ 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.*

Stosownie do art. 353[1] Kodeksu cywilnego: *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. 471 Kodeksu cywilnego stanowi: Art. 471 *Dłużnik obowiązany jest do naprawienia szkody wynikłej z niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania, chyba że niewykonanie lub nienależyte wykonanie jest następstwem okoliczności, za które dłużnik odpowiedzialności nie ponosi.*

Art. 473 § 1 i § 2 Kodeksu cywilnego stanowi: *§ 1. Dłużnik może przez umowę przyjąć odpowiedzialność za niewykonanie lub za nienależyte wykonanie zobowiązania z powodu oznaczonych okoliczności, za które na mocy ustawy odpowiedzialności nie ponosi. § 2. Nieważne jest zastrzeżenie, iż dłużnik nie będzie odpowiedzialny za szkodę, którą może wyrządzić wierzycielowi umyślnie.*

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

Art. 20 ust. 2 ustawy Prawo budowlane stanowi: *2. Projektant zapewnia sprawdzenie projektu architektoniczno-budowlanego oraz technicznego pod względem zgodności z przepisami, w tym techniczno-budowlanymi, przez osobę posiadającą uprawnienia budowlane do projektowania bez ograniczeń w odpowiedniej specjalności.*

Odnośnie do postanowień zawartych w § 4 ust. 3 i § 8 ust. 16, Odwołujący podniósł w szczególności, że wprowadzenie zapisów zrzekających się przez Wykonawcę jakichkolwiek roszczeń wynikających z błędów dokumentacji prowadzi do nadmiernego i nieuzasadnionego obciążenia wykonawcy ryzykiem, które powinno spoczywać na Zamawiającym jako organizatorze postępowania. Tymczasem zasada proporcjonalności wymaga, aby postanowienia umowy uwzględniały zarówno interesy zamawiającego, jak i wykonawcy.

Zgodzić się należy z Odwołującym, że Zamawiający nie może kształtować postanowień umownych w sposób, który prowadzi do wyłączenia jego odpowiedzialności za błędy w dokumentacji technicznej, jednak wbrew stanowisku Odwołującego w zakwestionowanych przez niego postanowieniach § 4 ust. 3 i § 8 ust. 16 wzoru umowy nie chodzi o wyłączenie odpowiedzialności Zamawiającego za wszystkie błędy w dokumentacji technicznej, lecz o pozbawienie wykonawcy roszczeń z tytułu takich błędów, które wykonawca jako profesjonalista na podstawie dokumentów i danych udostępnionych przez Zamawiającego mógł i powinien dostrzec i ustalić.

Wskazuje na to odsyłanie do art. 355 §2 Kodeksu cywilnego, zgodnie z którym należytą staranność dłużnika w

zakresie prowadzonej przez niego działalności gospodarczej określa się przy uwzględnieniu zawodowego charakteru tej działalności, a także wskazanie na art. 651 Kodeksu cywilnego. który stanowi, że *jeżeli dostarczona przez inwestora dokumentacja, teren budowy, maszyny lub urządzenia nie nadają się do prawidłowego wykonania robót albo jeżeli zajdą inne okoliczności, które mogą przeszkodzić prawidłowemu wykonaniu robót, wykonawca powinien niezwłocznie zawiadomić o tym inwestora,* z których wynika, że wykonawca w sytuacji, gdy mógł i powinien dostrzec braki, rozbieżności, niedokładności dokumentacji technicznej, to powinien je zgłosić Zamawiającemu.

Nie chodzi zatem o to, aby przed przystąpieniem do przetargu czy podpisywania umowy, wykonawca w sposób szczegółowy dokonał sprawdzenia przedstawionego mu przez Zamawiającego projektu, wymagającego specjalistycznej wiedzy, w tym z zakresu projektowania, w celu wykrycia ewentualnych wad. Musi on natomiast umieć odczytać projekt i realizować inwestycję zgodnie z jego założeniami oraz zasadami sztuki budowlanej, a wcześniej dokonać wyceny swojej oferty. Powyższe nie powoduje, że podmiotem odpowiedzialnym za prawidłowość dokumentacji projektowej przestaje być Zamawiający, jak też nie skutkuje przeniesieniem na wykonawcę ryzyka związanego z błędami projektowymi.

Tymczasem Odwołujący poprzez żądanie wykreślenia postanowienia § 4 ust. 3, zdaje się oczekiwać, że będzie zwolniony z współdziałania, że będą mu przysługiwały roszczenia wobec Zamawiającego także wówczas, gdy jako profesjonalista, powinien dostrzec np. pomyłki czy niedokładności dokumentacji technicznej i je zgłosić Zamawiającemu.

Odnośnie do § 8 ust. 16 dodatkowo wskazania wymaga, że Odwołujący żąda ograniczenia oświadczenia jedynie do tego, że zapoznał się z dokumentacją techniczną, tj. oczekuje, że nie będzie składał oświadczenia co do uznania ją za kompletną i wystarczającą do realizacji przedmiotu zamówienia, pomimo, iż w paragrafie tym także jest zastrzeżenie wskazujące na należytą staranność profesjonalisty oraz przepis art. 651 k.c.

Trudno zatem uznać, że sporne postanowienia naruszają wskazane przez Odwołującego przepisy, a jego oczekiwania zasługują na uwzględnienie. Przeciwnie, to ich uwzględnienie, prowadziłoby do zwolnienia wykonawcy z wymaganej od profesjonalisty staranności w działaniu, a dla Zamawiającego stanowiło ryzyko roszczeń, których przy wymaganej współpracy stron i należytej staranności w działaniu mógłby uniknąć.

W związku z tym za niezasadne należy uznać żądanie usunięcia postanowienia § 4 ust. 3 i dokonanie żądanej zamiany § 8 ust. 16 wzoru umowy.

Odnośnie do § 8 ust. 21 Odwołujący wskazał, że wymóg, aby wykonawca „przewidział i wykonał wszelkie dostawy, roboty budowlane i usługi konieczne", stawia Wykonawcę w niepewności co do rzeczywistego zakresu zamówienia, co uniemożliwia prawidłową kalkulację ceny i skutkuje niezgodnością treści umowy z art. 99 ustawy Pzp.

Zaznaczenia wymaga, że Odwołujący nie kwestionuje opisu przedmiotu zamówienia, nie podnosi, że określony element zamówienia nie został opisany, bądź został opisany nieprawidłowo i nie wnosi o uzupełnienie bądź zmianę tego opisu. Należy zatem uznać, że w jego ocenie opis ten jest prawidłowy. Oznacza to, że Odwołujący kwestionuje ww. postanowienia wzoru umowy, które w przypadku ryczałtowego modelu wynagrodzenia przewiduje ustawa. Zgodnie bowiem z art. 632 k.c. *§ 1. Jeżeli strony umówiły się o wynagrodzenie ryczałtowe, przyjmujący zamówienie nie może żądać podwyższenia wynagrodzenia, chociażby w czasie zawarcia umowy nie można było przewidzieć rozmiaru lub kosztów prac.§ 2. Jeżeli jednak wskutek zmiany stosunków, której nie można było przewidzieć, wykonanie dzieła groziłoby przyjmującemu zamówienie rażącą stratą, sąd może podwyższyć ryczałt lub rozwiązać umowę.*

W związku z tym trudno uznać zasadność tego zarzutu. Tym bardziej, że Odwołujący pomija, iż chodzi o taki zakres, który wykonawca przy dochowaniu należytej staranności wymaganej od profesjonalisty mógł i powinien przewidzieć.

Za niezasadne należy także uznać pozostałe zarzuty odwołania.

Zdaniem Odwołującego § 4 ust. 3, § 8 ust. 16 wzoru umowy stanowią naruszenie art. 353^1, 471, 473 § 1 i § 2 oraz 647 Kodeksu cywilnego.

Odwołujący stwierdza, że postanowienia wzoru umowy, które zobowiązują Wykonawcę do zrzekania się roszczeń wobec Zamawiającego w przypadku błędów w dokumentacji (§ 4 ust. 3, § 8 ust. 16), wykraczają poza granice swobody umów, o której mowa w art. 353^1 K.c., ponieważ rażąco naruszają zasadę równowagi stron oraz prowadzą do obciążenia Wykonawcy ryzykiem i odpowiedzialnością, które powinny być dzielone proporcjonalnie między strony.

Aktualne brzmienie ww. postanowień wzoru umowy wskazuje jedynie na brak roszczeń wykonawcy. Ponadto jak wyżej wskazano, ograniczają one roszczenia wobec Zamawiającego tylko w takim zakresie, w jakim wykonawca jako profesjonalista, powinien dostrzec ewentualne np. niedokładności dokumentacji technicznej. Nie są to zatem postanowienia, które naruszają zasadę równowagi stron, bowiem wprowadzają podział ryzyka i odpowiedzialności pomiędzy stronami i wymagają od każdej z nich staranności w działaniu.

Z kolei § 8 ust. 21 wzoru umowy koresponduje z ustalonym w postępowaniu wynagrodzeniem ryczałtowym.

Jeśli chodzi o dalsze twierdzenia Odwołującego dotyczące wyłączenia odpowiedzialności Zamawiającego za rażące niedbalstwo lub szkody wyrządzone w wyniku błędów dokumentacyjnych, co jest nieważne z mocy art. 58 § 1 i § 2 K.c. w związku z art. 353^1, 471, 473 § 1 i § 2 oraz 647, to w żadnym z omawianych postanowień wzoru umowy nie występuje takie wyłączenie. Nie ma w nich wzmianki o wyłączeniu odpowiedzialności Zamawiającego za rażące niedbalstwo lub szkody wyrządzone w wyniku błędów dokumentacyjnych.

Trudno zatem uznać zasadność zarzutu w tym zakresie.

Także nie sposób uznać zasadność zarzutu naruszenia przepisu art. 647 k.c.

Wbrew stanowisku Odwołującego sporne postanowienia wzoru umowy nie zwalniają Zamawiającego jako inwestora z odpowiedzialności za dostarczenie dokumentacji projektowej, która umożliwia prawidłową realizację zamówienia, a jedynie określają konsekwencje braku zastosowania się wykonawcy do wymogów należytej staranności w działaniu i współpracy.

Należy mieć na uwadze, iż umowa podpisywana jest po wyborze najkorzystniejszej oferty, a zatem wykonawca musiał wcześniej zapoznać się z dokumentacją, ocenić jej stan dla celów realizacji przedmiotu umowy i wyceny oferty. Odwołujący nie stawia i nie wykazuje zarzutu braku możliwości sporządzenia oferty i jej kalkulacji przy uwzględnieniu przekazanych mu przez Zamawiającego dokumentów, nie kwestionuje opisu przedmiotu zamówienia. Oznacza to, że uznaje je za prawidłowe i wystarczające do sporządzenia oferty, a w konsekwencji, w razie wyboru jej za najkorzystniejszą, do realizacji przedmiotu zamówienia.

Nie potwierdziła się także zarzut naruszenie art. 20 ust. 2 ustawy Prawo budowlane.

Zdaniem Odwołującego postanowienia § 4 ust. 3 oraz § 8 ust. 16 wzoru umowy ignorują obowiązki wynikające z art. 20 ust. 2 ustawy Prawo budowlane, który nakłada na projektanta obowiązek zapewnienia sprawdzenia projektu architektoniczno-budowlanego pod względem zgodności z przepisami prawa. Przerzucenie tej odpowiedzialności na Wykonawcę jest niezgodne z przepisami ustawy i prowadzi do nieproporcjonalnego obciążenia Wykonawcy.

Także w tym przypadku Odwołujący pomija rzeczywiste brzmienie ww. postanowień wzoru umowy.

Wbrew stanowisku Odwołującego w postanowieniach tych nie ma mowy o zwolnieniu projektanta z jego odpowiedzialności i przerzuceniu tej odpowiedzialności na wykonawcę. Zgodzić się należy z Zamawiającym, że postanowienia te zwracają natomiast wykonawcy uwagę na potrzebę współdziałania w charakterze, jaki uwzględnia zawodowy charakter jego działalności. Wykonawca nie jest projektantem, jego argumenty należy uznać zatem za nietrafione.

Zważywszy na przewidziane w umowie wynagrodzenie ryczałtowe, nie sposób także uznać za zasadny zarzut naruszenia zasady ekwiwalentności świadczeń przez zobowiązanie Wykonawcy do przewidywania i realizacji wszelkich prac koniecznych (§ 8 ust. 21), co zdaniem Odwołującego prowadzi do jednostronnego obciążenia Wykonawcy ryzykiem i kosztami, bez odpowiedniej rekompensaty.

W konsekwencji za niezasadne należy uznać żądania zawarte w odwołaniu, tj. usunięcie postanowień § 4 ust. 3 i § 8 ust. 21 i wprowadzenie wnioskowanej zmiany w § 8 ust. 16 projektu umowy.

Za nietrafione należy także uznać zarzuty naruszenie zasady proporcjonalności i równowagi stron umowy poprzez uregulowania § 20 ust. 7 wzoru umowy.

Tu również daje się zauważyć wybiórcze czytanie przez Odwołującego treści postanowienia projektu umowy. Wbrew stanowisku Odwołującego z § 20 ust. 7 wzoru umowy nie można wnioskować, że całkowicie pozbawia on wykonawcę prawa do wynagrodzenia za prace dodatkowe. Z postanowienia tego wynika bowiem jedynie, że wykonawca jest pozbawiony wynagrodzenia za roboty jednostronnie przez siebie uznane za dodatkowe i wykonane bez wiedzy i zgody Zamawiającego.

Odwołujący kwestionuje ostatnie zdanie 20 ust.7 wzoru umowy, stwierdzając, że zawarte w nim postanowienie pozbawia wykonawcę wynagrodzenia za roboty dodatkowe, nawet jeśli ich wykonanie było konieczne do realizacji przedmiotu zamówienia. Odwołujący pomija przy tym, że z treści kwestionowanego postanowienia umowy wynika, że takie wynagrodzenie nie przysługuje jedynie wówczas, gdy wykonawca wykona określone roboty bez zgody Zamawiającego, samodzielnie uznając je za dodatkowe. W pozostałych przypadkach, tj. po przedstawieniu Zamawiającemu potrzeby ich wykonania i uzyskaniu zgody Zamawiającego, wynagrodzenie za roboty dodatkowe przysługuje. Odwołujący pomija bowiem także pozostałe postanowienia umowy, w tym dotyczące rozliczenia za roboty

dodatkowe.

Nadto zwraca uwagę, że Odwołujący nie kwestionuje § 20 ust. 8 wzoru umowy, który pozostaje w ścisłym związku z kwestionowanym ust. 7, gdzie jest uregulowana kwestia postępowania w razie stwierdzenia potrzeby robót dodatkowych, określenia wynagrodzenia i jest wyraźne wskazanie na ust. 7.

Jak przyznał na rozprawie Zamawiający, wykonawca, jeśli nie uzyska zgody z na wykonanie robot dodatkowych, nie powinien ich wykonywać. W związku tym, jeżeli wykonawca mimo to je wykona, to musi się liczyć z tym, że zrobi to w ramach określonego wynagrodzenia ryczałtowego.

Jak słusznie zauważył Zamawiający, obowiązujące przepisy ustawy Pzp wymagają udzielenia zamówienia na roboty dodatkowe w drodze odrębnej umowy, czy też w drodze aneksu do umowy na podstawie art. 455 ustawy Pzp (przy spełnieniu wymagań tam wskazanych). Zarówno odrębna umowa, jak i aneks do umowy głównej, wymagają zachowania formy pisemnej pod rygorem nieważności. Zdanie drugie w §20 ust. 7 przewiduje sankcję w postaci zrzeczenia się roszczenia o zapłatę za roboty dodatkowe, ale tylko w przypadku wykonania takich robót przez wykonawcę bez uzyskania przez Wykonawcę uprzedniego zlecenia ich wykonania przez Zamawiającego zgodnie ze zdaniem pierwszym §20 ust. 7. Postanowienie to nie pozbawia zatem wykonawcy prawa do wynagrodzenia za roboty dodatkowe wykonane zgodnie ze zdaniem pierwszym. Nadto jak stwierdził Zamawiający postanowienie §20 ust. 7 ma na celu uniemożliwienie wykonawcy ukrywania przed Zamawiającym i Inwestorem Zastępczym zauważonej przez wykonawcę potrzeby lub konieczności wykonania robót dodatkowych, bądź celowego opóźniania przekazania informacji w tym zakresie, np. w celu formułowania wobec Zamawiającego roszczeń dotyczących kosztów lub przedłużenia terminu na ukończenie robót już po wykonaniu robót dodatkowych.

W ocenie Izby, to, że Zamawiający nie chce być zaskakiwany roszczeniami o wynagrodzenie za stwierdzone jednostronnie przez wykonawcę roboty dodatkowe, bez dania mu możliwości oceny co do potrzeby ich wykonania, trudno uznać za naruszenie wskazanych przez Odwołującego przepisów prawa.

W podsumowaniu należy stwierdzić, że w okolicznościach analizowanej sprawy nie zostało wykazane przez Odwołującego, na którym spoczywał ciężar dowodu w tym zakresie, że zakwestionowane przez niego postanowienia umowy naruszają wskazane w odwołaniu przepisy prawa, a tylko w takim przypadku odwołanie podlegałoby uwzględnieniu. Wola Odwołującego doprowadzenia do wprowadzenia do umowy korzystniejszych dla wykonawcy postanowień umowy, w sytuacji braku wykazania, że kwestionowane postanowienia naruszają przepisy prawa, nie jest wystarczająca do uwzględnienia odwołania.

Zgodnie z przepisem art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, *Izba uwzględnia odwołanie w całości lub w części, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, konkursu lub systemu kwalifikowania wykonawców.* W analizowanej sprawie nie zostało stwierdzone naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. W związku z tym odwołanie podlegało oddaleniu.

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

Biorąc powyższe pod uwagę, o kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku postępowania na podstawie art. 557 i art. 575 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437).

Przewodnicząca: ……