Sygn. akt KIO 2631/24

WYROK

Warszawa, dnia 16 sierpnia 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Małgorzata Jodłowska
Elżbieta Dobrenko
Joanna Gawdzik - Zawalska

Protokolant:Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 14 sierpnia 2024 roku odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 25 lipca 2024 roku przez wykonawcę BUDIMEX SPÓŁKA AKCYJNA z siedzibą w Warszawie w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego PGE INWEST 14 SPÓŁKA Z OGRANICZONĄ ODPOWIEDZIALNOŚCIĄ z siedzibą w Warszawie

przy udziale uczestników po stronie Odwołującego:

A.ALDESA CONSTRUCCIONES POLSKA SPÓŁKA Z OGRANICZONĄ ODPOWIEDZIALNOŚCIĄ z siedz Warszawie

B.SAMSUNG C&T CORPORATION POLAND SPÓŁKA Z OGRANICZONĄ ODPOWIEDZIALNOŚCIĄ z siedz Warszawie

orzeka:

1.Umarza postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutu oznaczonego nr 1 w części dotyczącej postanowień zabezpieczenia należytego wykonania umowy, które zostały sformułowane w sposób niejednoznaczny, wewnętrznie sprzeczny, nr 2, nr 3 i nr 5 w *petitum* odwołania

2.Uwzględnia odwołanie w zakresie zarzutu oznaczonego nr 6 w *petitum* odwołania i nakazuje Zamawiającemu zmianę treści postanowienia pkt 24.2.4 projektu umowy w zakresie w jakim Zamawiający zastrzegł sobie uprawnienie do odbioru i przejęcia zakresu prac, które zostały wykonane przez wykonawcę

3.Oddala odwołanie w pozostałym zakresie

4.Kosztami postępowania odwoławczego obciąża wykonawcę BUDIMEX SPÓŁKA AKCYJNA z siedzibą w Warszawie w części 2/3 oraz zamawiającego PGE INWEST 14 SPÓŁKA Z OGRANICZONĄ ODPOWIEDZIALNOŚCIĄ z siedz w Warszawie w części 1/3 i:

4.1.zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez ww. wykonawcę tytułem wpisu od odwołania oraz kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez Zamawiającego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika

4.2.zasądza od zamawiającego PGE INWEST 14 SPÓŁKA Z OGRANICZONĄ ODPOWIEDZIALNOŚCIĄ z siedz w Warszawie na rzecz wykonawcy BUDIMEX SPÓŁKA AKCYJNA z siedzibą w Warszawie kwotę 4 267 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące dwieście sześćdziesiąt siedem złotych zero groszy) stanowiącą po potrąceniu 1/3 sumy kosztów poniesionych przez ww. wykonawcę tytułem wpisu od odwołania.

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 2631/24

UZASADNIENIE:

Zamawiający PGE INWEST 14 SPÓŁKA Z OGRANICZONĄ ODPOWIEDZIALNOŚCIĄ z siedzibą w Warszawie prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia sektorowego pn: „Budowa Magazynu Energii Elektrycznej w Żarnowcu", nr referencyjny: POST/PGE/INW14/DZ/00205/2024.

Przedmiotowe postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego jest prowadzone na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych, dalej: „ustawa Pzp".

Szacunkowa wartość zamówienia jest równa lub wyższa od progów unijnych określonych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 3 ustawy Pzp

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 15 lipca 2024 r. pod numerem 423476-2024.

W postępowaniu tym wykonawca BUDIMEX SPÓŁKA AKCYJNA z siedzibą w Warszawie (dalej: „Odwołujący") w dniu 25 lipca 2024 roku wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wobec czynności Zamawiającego

polegającej na ustaleniu treści Specyfikacji Warunków Zamówienia (dalej: „SWZ") w sposób naruszający przepisu ustawy pzp i KC.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu:

1)art. 452 i art. 453 ustawy Pzp w zw. z art. 16 ustawy Pzp w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 647, art. 5, art. 58 i art. 353^1 KC poprzez wprowadzenie do Załącznika nr 2 do SWZ – Umowa MME (dalej jako: „Umowa") postanowień dotyczących zabezpieczenia należytego wykonania umowy, które zostały sformułowane w sposób niejednoznaczny, wewnętrznie sprzeczny, a jednocześnie wypaczający ideę zabezpieczenia, w sposób sprzeczny z celem i zasadami określonymi w ustawie Pzp oraz godzi w istotę i naturę umowy o roboty budowlane, stanowiąc wyraz uchylania się przez Zamawiającego od podstawowych obowiązków nałożonych na inwestora, co stanowi wyraz nadużycia prawa Zamawiającego do kształtowania postanowień umownych i jego pozycji dominującej, będąc jednocześnie postanowieniem niekorzystnym dla wykonawców, naruszającym bezwzględnie obowiązujące przepisy prawa oraz równowagę stron umowy i prowadzącym do naruszenia praw podmiotowych wykonawców (zarzut nr 1);

2)art. 8 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 5 i 353^1 KC w zw. 480, art. 483 KC, art. 484 KC w zw. z art. 16 ustawy Pzp poprzez zastrzeżenie przez Zamawiającego w ramach Umowy kar umownych dodatkowo ponad potrącenie kosztów czynności związanych z realizacją wykonania zastępczego z wynagrodzenia wykonawcy lub potrącenia z zabezpieczenia należytego wykonania umowy lub dochodzenia ich od wykonawcy, co jest nadmiernym i nieadekwatnym obciążeniem wykonawcy w stosunku do specyfiki realizacji i uwarunkowań rynkowych, stanowiąc jednocześnie wyraz nadużycia prawa Zamawiającego do kształtowania postanowień umownych i jego pozycji dominującej oraz będąc postanowieniem niekorzystnym dla wykonawców, naruszającym równowagę stron umowy i prowadzącym do naruszenia praw podmiotowych wykonawców (zarzut nr 2);

3)art. 99 ust. 1, art. 433 pkt 1) i pkt 3) w zw. z art. 16 ustawy Pzp w zw. z art. 5 i 353^1 KC w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp poprzez wprowadzenie do Umowy postanowień, definiujących zwłokę w sposób niejednoznaczny, a jednocześnie wypaczający jej interpretację zgodnie z celem, zasadami określonymi w przepisach prawa oraz w ugruntowanym orzecznictwie sądów powszechnych, z których jednocześnie wynika, że wykonawca będzie ponosił odpowiedzialność de facto za opóźnienie, a dodatkowo za okoliczności na które nie ma wpływu i za które wyłączną odpowiedzialność może ponosić Zamawiający w sytuacji, w której dyspozycja art. 433 ustawy Pzp wprost wskazuje, że taka klauzula jest klauzulą abuzywną, a tym samym działanie Zamawiającego stanowi wyraz nadużycia prawa do kształtowania postanowień umownych i jego pozycji dominującej, będąc jednocześnie postanowieniem niekorzystnym dla wykonawców, naruszającym bezwzględnie obowiązujące przepisy prawa oraz równowagę stron umowy i prowadzącym do naruszenia praw podmiotowych wykonawców (zarzut nr 3);

4)art. 433 ust. 1 pkt 3) ustawy Pzp, w zw. z art. 99 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 5 KC, art. 58 KC, art. 353^1 KC w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp poprzez wprowadzenie do Umowy postanowień, z których wynika, że wykonawca będzie ponosił odpowiedzialność za okoliczności, za które wyłączną odpowiedzialność ponosi Zamawiający, tj. za treść dokumentacji przygotowywanej przez Zamawiającego, za jej niekompletność, niepoprawność, niespójność, błędy, pominięcia lub inne braki, w sytuacji, w której dyspozycja art. 433 ustawy Pzp wprost wskazuje, że taka klauzula jest klauzulą abuzywną, tym samym działanie Zamawiającego stanowi wyraz nadużycia prawa do kształtowania postanowień umownych i jego pozycji dominującej, będąc jednocześnie postanowieniem niekorzystnym dla wykonawców i podwykonawców, naruszającym bezwzględnie obowiązujące przepisy prawa oraz równowagę stron umowy i prowadzącym do naruszenia praw podmiotowych wykonawców (zarzut 4);

5)art. 447 ust. 1 pkt 1) ustawy Pzp w zw. z art. 447 ust. 2 ustawy Pzp w zw. z art. 16 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 5 i 353^1 KC poprzez wprowadzenie do Umowy postanowień umożliwiających Zamawiającemu wstrzymanie wypłaty wynagrodzenia należnego wykonawcy w przypadku nieprzedłożenia Zamawiającemu dokumentów lub oświadczeń, o których mowa w pkt 7.1.8, 7.1.9, 11.3.9 lub 11.3.10 Umowy (potwierdzających zapłatę wynagrodzenia na rzecz podwykonawców) lub zalegania przez wykonawcę z płatnościami wobec podwykonawców lub dalszych podwykonawców, bez wskazania części zatrzymywanego wynagrodzenia w sytuacji, w której dyspozycja art. 447 ustawy Pzp umożliwia Zamawiającemu wstrzymanie zapłaty wynagrodzenia tylko w odpowiedniej części, tj. w zakresie, dla którego nie przedstawiono dowodów zapłaty wymagalnego wynagrodzenia, co w konsekwencji stanowi wymaganie nieproporcjonalne i nadmiarowe, stanowiąc wyraz nadużycia prawa Zamawiającego do kształtowania postanowień umownych i jego pozycji dominującej, będąc jednocześnie postanowieniem niekorzystnym dla wykonawców, naruszającym bezwzględnie obowiązujące przepisy prawa oraz równowagę stron umowy i prowadzącym do naruszenia praw podmiotowych wykonawców (zarzut nr 5);

6)art. 8 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 647, art. 654, art. 5 i art. 353^1 KC w zw. z art. 16 ustawy Pzp poprzez wprowadzenie do umowy niespójnych i niejasnych postanowień dotyczących zasad odbioru prac wykonanych przez wykonawcę w przypadku odstąpienia od umowy w części przez Zamawiającego, poprzez wskazanie na uprawnienie

dokonania odbioru a nie obowiązek odbioru wykonanych prac, co godzi w istotę i naturę umowy o roboty budowlane, stanowiąc wyraz uchylania się przez Zamawiającego od podstawowych obowiązków nałożonych na inwestora, co stanowi wyraz nadużycia prawa Zamawiającego do kształtowania postanowień umownych i jego pozycji dominującej, będąc jednocześnie postanowieniem niekorzystnym dla wykonawców, naruszającym bezwzględnie obowiązujące przepisy prawa oraz równowagę stron umowy i prowadzącym do naruszenia praw podmiotowych wykonawców (zarzut nr 6).

Odwołujący wniósł o:

uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu dokonania zmiany treści dokumentacji Postępowania (w tym SWZ, Umowy, Ogłoszenia) w sposób wskazany w uzasadnieniu niniejszego odwołania.

W uzasadnieniu powyższych zarzutów i żądań Odwołujący wskazał m.in.:

Zarzut nr 1

Odwołujący przytoczył treść pkt 8.1.5. umowy zgodnie z którym „*Niezależnie od innych postanowień Umowy, ustanowienie i utrzymywanie w mocy Zabezpieczenia Należytego Wykonania Umowy zgodnie z postanowieniami niniejszego rozdziału 8 jest warunkiem zobowiązania Zamawiającego do dokonywania zapłaty jakiejkolwiek części Wynagrodzenia, w tym jakiejkolwiek części Zaliczki*".

W ocenie Odwołującego powyższe postanowienie pkt 8.1.5. umowy uprawniające Zamawiającego braku zapłaty wynagrodzenia wykonawcy, jest sprzeczne z przepisami powszechnie obowiązującego prawa, w tym KC i ustawy Pzp, w szczególności z art. 647 KC i art. 452 i 453 ustawy Pzp.

Odwołujący zwrócił uwagę, że utrzymywanie zabezpieczenia w wysokości określonej w umowie nie może być warunkiem dokonania zapłaty wynagrodzenia. Wstrzymanie zapłaty wynagrodzenia nie jest dopuszczalną prawem formą zabezpieczenia wykonania umowy możliwą do żądania przez Zamawiającego zgodnie z przepisami PZP. Przepisy ustawy Pzp regulują wyczerpująco kwestię terminów i przypadków zwrotu zabezpieczenia oraz kwestię nieprzedłużenia lub niewniesienia nowego zabezpieczenia w przypadkach gdy wykonawca jest do tego zobowiązany. Zamawiający obowiązany jest do zwrotu zabezpieczania lub odpowiednio zmiany formy zabezpieczania i wypłaty kwoty z zabezpieczenia zgodnie z przepisami ustawy Pzp.

Zdaniem Odwołującego Zamawiający nadmiarowo i w sposób zupełnie nieuzasadniony nadaje sobie uprawnienie do braku wypłaty wynagrodzenia wykonawcy nawet w przypadku, gdy przedmiot umowy zostanie wykonany w sposób prawidłowy w przypadku, gdy ustanowienie lub utrzymanie w mocy zabezpieczenie należytego wykonania umowy nie zostanie wykonane zgodnie z postanowieniami umowy. Powyższe postanowienie stanowi próbę nieuzasadnionego rozszerzenia uprawnień Zamawiającego, poza treść obowiązujących przepisów, w szczególności art. 452 i 453 ustawy Pzp, znacznego nadużycia swojej pozycji dominującej, co w konsekwencji wymaga korekty poprzez dostosowanie ich do aktualnie obowiązującego prawa.

W ocenie Odwołującego takie działanie Zamawiającego jest też sprzeczne z art. 647 KC. W przypadku, w którym wykonawca wykonał swoje zobowiązanie (nawet jeżeli zostały zidentyfikowane nieistotne wady), obowiązkiem Zamawiającego, wynikającym z treści art. 647 KC jest dokonanie odbioru robót i wypłata należnego wykonawcy wynagrodzenia. Ustawodawca nie przewidział w tym zakresie fakultatywności umożliwiającej przyjmowanie przez Zamawiającego dowolnie obranego sposobu i zasad odbioru oraz wypłaty wynagrodzenia uzależnionego od spełnienia innych okoliczności lub warunków niezwiązanych bezpośrednio z prawidłowym wykonaniem przedmiotu umowy. Każdorazowo jeśli przedmiot umowy o roboty budowlane wypełnia treść zobowiązania wynikającego z dokumentacji i umożliwia zamawiającemu korzystanie z przedmiotu umowy, to obowiązkiem zamawiającego jest dokonanie odbioru wykonanych prac i zapłata wynagrodzenia. Co istotne, tożsame zasady, nakazujące dokonanie odbioru i wypłatę wynagrodzenia obowiązują tak w przypadku dokonywania odbioru końcowego, jak i odbiorów częściowych. Co za tym idzie, warunkiem wypłaty wynagrodzenia wykonawcy w jakiejkolwiek części lub wypłaty zaliczki, nie może być zatem ocena utrzymania lub ustanowienia zabezpieczenia należytego wykonania umowy zgodnie z umową przez wykonawcę.

Odwołujący wniósł o modyfikację treści umowy poprzez wykreślenie postanowienia pkt 8.1.5.

Zarzut nr 4

Odwołujący przytoczył treść pkt 16.1.5., pkt 16.1.6., pkt 16.1.7. umowy oraz treść art. 433 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp.

W ocenie Odwołującego Zamawiający postanowienia treści umowy ukształtował tak, że de facto przerzuca na wykonawcę odpowiedzialność za dokumentację, którą sam wytworzył, w tym za ich poprawności i kompletność, w tym w przypadku gdy wykonawca w odpowiednim czasie nie zgłosi uwag do jej treści.

Co więcej, jak wynika z umowy definicja „Dokumentacja Zamawiającego - oznacza łącznie: (i) Decyzję o Środowiskowych Uwarunkowaniach, (ii) założenia projektowe przedstawione w PFU, (iii) Warunki Przyłączenia MEE do sieci elektroenergetycznej przesyłowej, (iv) Umowę o Przyłączenie, (v) opinia geotechniczna, przekazane Wykonawcy przed zawarciem Umowy; w celu uniknięcia wątpliwości, jakiekolwiek inne dokumenty, dane i informacje przekazane Wykonawcy przez Zamawiającego, nie stanowią Dokumentacji Zamawiającego w rozumieniu Umowy".

Tym samym Zamawiający chce obarczyć odpowiedzialnością wykonawcę nawet za treść Decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach z 2022 r. wydanej już przez odpowiednie organy administracyjne, opinię geotechniczną oraz za treść Umowy o Przyłączenie nr DS/ME8/2021/KARTOSZYNO, która została zawarta dnia 15 listopada 2023 roku, na którycl treść z przyczyn oczywistych wykonawcy nie mają żadnego wpływu. Takie wymaganie jest wymaganiem zbyt daleko idącym nawet wobec profesjonalisty.

Zdaniem Odwołującego wskazane postanowienia przenoszą na wykonawcę odpowiedzialność za Dokumenty Zamawiającego, na których treść wykonawca nie miał nawet obiektywnie wpływu na etapie postępowania o udzielenie zamówienia. Skoro wykonawca nie ma wpływu na okoliczności związane z działaniem lub zaniechaniem instytucji lub innych podmiotów trzecich, to tym samym zupełnie nieuzasadnionym i pozbawionym podstawy prawnej jest obarczanie go odpowiedzialnością za takie działania lub zaniechania. Ponadto postanowienie pkt 16.1.5. Umowy rozszerza ustawowe minimum należytej staranności do najwyższej staranności. Wskazać również należy również, że postanowienia te przewidują odpowiedzialność Zamawiającego jedynie za zmiany zgłoszone przez wykonawcę na etapie przed Dniem Wejścia w Życie (czyli zawarcia umowy).

Odwołujący wskazał, że formułowanie konieczności zmian dokumentów postępowania na etapie przedkontraktowym, gdy nie jest jeszcze wiadomym nawet czy wykonawca będzie realizował przedmiotową inwestycję, a których przecież Zamawiający może nie uwzględnić jest wymaganiem zbyt daleko idącym, nawet względem profesjonalisty.

Odwołujący podkreślił, że wykonawca przygotowuje ofertę i kalkuluje jej cenę (wraz z ryzykiem realizacji zamówienia) na podstawie przygotowanej przez Zamawiającego dokumentacji. Brak realizacji zamówienia w terminie lub w sposób nienależyty jest obarczony odpowiedzialnością odszkodowawczą, w tym naliczeniem wykonawcy kar umownych. Tym samym zaistnienie rozbieżności, niekompletności lub błędów w dokumentacji, za które odpowiedzialny jest Zamawiający nie powinno generować odpowiedzialności po stronie wykonawcy. Takie działanie Zamawiającego stanowi wręcz rażące nadużycie pozycji dominującej Zamawiającego i w ocenie Odwołującego nie zasługuje na akceptację.

Na potwierdzenie powyższego Odwołujący przytoczył tezę wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 30 listopada 2021 r. w sprawie o sygn. KIO 3335/21 oraz z dnia 19 listopada 2021 r. w sprawie o sygn. KIO 3260/21.

Odwołujący podniósł, że respektując, także jedną z podstawowych zasad udzielania zamówień publicznych zdefiniowaną w art. 16 ustawy Pzp, tj. zasadę przejrzystości, wykonawcy muszą na etapie ubiegania się o udzielenie zamówienia dysponować jednoznacznymi i klarownymi informacjami dotyczącymi zakresu nałożonych na nich zobowiązań, które powinny być wprost skorelowane z udostępnionym opisem przedmiotu zamówienia i ogólnodostępnymi informacjami możliwymi do przeanalizowania przez profesjonalnego wykonawcę. Brak uwzględnienia racjonalnego podejścia do podziału odpowiedzialności stron umowy w niniejszym postępowaniu powoduje, że tak ukształtowany przez Zamawiającego sposób ponoszenia odpowiedzialności przez wykonawców oznaczać będzie, że wykonawcy zmuszeni będą wkalkulować w cenę ofertową bardzo wysokie koszty ryzyka realizacji zamówienia. Brak należytego ustalenia zasad odpowiedzialności skutkować może tym, że podmiot, który ma możliwość złożenia konkurencyjnej cenowo oferty, nie uczyni tego ze względu na postanowienia umowne zakładające właściwie nieograniczoną odpowiedzialność wykonawcy. W sposób oczywisty sytuacja taka nie jest korzystna dla samego Zamawiającego i celu prowadzenia Postępowania jakim jest zabezpieczenie prawidłowości wydatkowania środków publicznych i zapewnienie maksymalnej porównywalności składanych ofert.

Odwołujący wniósł o modyfikację postanowień umowy poprzez nadanie im następującego brzmienia:

pkt 16.1.5. Umowy „*Wykonawca potwierdza, że przed zawarciem Umowy, otrzymał od Zamawiającego oraz zweryfikował poprawność oraz kompletność Dokumentacji Zamawiającego. Wykonawca zobowiązany jest niezwłocznie powiadomić Zamawiającego o jakichkolwiek Wadach, niepoprawności, niespójności, błędach, pominięciach lub innych brakach dostrzeżonych w Dokumentacji Zamawiającego.* ~~*Zamawiający ponosi odpowiedzialność za Wady, niepoprawność, niespójności, błędy, pominięcia lub inne braki Dokumentacji Zamawiającego przekazanej Wykonawcy, które zostały ujawnione po Dniu Wejścia w Życie, a których wykrycie przed Dniem Wejścia w Życie nie było możliwe nawet przy zachowaniu najwyższej staranności wymaganej od profesjonalnego wykonawcy zajmującego się projektowaniem i realizacją inwestycji podobnego rodzaju. W pozostałym zakresie odpowiedzialność za Dokumentację Zamawiającego spoczywa na Wykonawcy*~~”.

pkt 16.1.6. Umowy – poprzez usunięcie tego postanowienia.

pkt 16.1.7 Umowy „*Jeżeli po Dniu Wejścia w Życie Wykonawca zgłosi Zamawiającemu konieczność dokonania zmiany któregokolwiek z elementów Dokumentacji Zamawiającego lub pozyskania nowego elementu Dokumentacji Zamawiającego, w tym w celu dostosowania tej dokumentacji do rozwiązań technicznych lub technologicznych, które zamierza zastosować Wykonawca przy realizacji Przedmiotu Umowy, to po uzyskaniu zgody Zamawiającego, Wykonawca pozyska taką nową lub zmienioną Dokumentację Zamawiającego* ***na koszt i ryzyko Zamawiającego***.

Zamawiający zobowiązany będzie jednak w takiej sytuacji do aktywnej współpracy z Wykonawcą. Wykonawca nie będzie jednak uprawniony w takiej sytuacji do zmiany terminów wykonania poszczególnych Etapów Realizacji ani do zmiany Gwarantowanego Terminu Przejęcia do Eksploatacji"

Zarzut nr 6

Odwołujący przytoczył treść pkt 24.2.4., pkt 24.6.3., pkt 24.6.4. umowy. Podkreślił, że zgodnie z postanowieniami umowy, wykonawcy będzie należało się wynagrodzenie tylko za prace odebrane przez Zamawiającego do Dnia Odstąpienia.

Zdaniem Odwołującego Zamawiający będzie miał arbitralną możliwość decydowania o odbiorze prac i zakresie prac, który będzie chciał odebrać. Wykonawca natomiast (nie wiedząc o odstąpieniu od Umowy) nadal wykonuje zamówienie, a zaprzestaje realizacji swoich obowiązków dopiero w ciągu 14 dni od odebrania pisemnego oświadczenia o odstąpieniu (od Dnia Odstąpienia), a tym samym w tym czasie może zostać wykonany znaczny zakres prac, z których Zamawiający będzie mógł korzystać, a co do których Zamawiający zgodnie z przepisami ma obowiązek dokonać odbioru i wypłacić odpowiednią części wynagrodzenia.

W ocenie Odwołującego, takie działanie Zamawiającego, w którym może arbitralnie decydować, czy i w jakim przypadku dokonuje odbioru wykonanych już prac jest też sprzeczne z art. 647 KC. W przypadku, w którym wykonawca wykonał swoje zobowiązanie (nawet w części) obowiązkiem Zamawiającego, wynikającym z treści art. 647 KC jest dokonanie odbioru tej części prac i wypłata należnego wykonawcy wynagrodzenia. Ustawodawca nie przewidział w tym zakresie fakultatywności umożliwiającej przyjmowanie przez Zamawiającego dowolnie obranego sposobu, w tym arbitralnego decydowana lub nie o odbiorze wykonanych prac. Każdorazowo jeśli przedmiot umowy o roboty budowlane wypełnia treść zobowiązania wynikającego z dokumentacji i umożliwia zamawiającemu korzystanie z przedmiotu Umowy (nawet w części), to obowiązkiem zamawiającego jest dokonanie odbioru wykonanych prac i zapłata wynagrodzenia.

Co istotne, tożsame zasady, nakazujące dokonanie odbioru i wypłatę wynagrodzenia obowiązują tak w przypadku dokonywania odbioru końcowego, jak i odbiorów częściowych. Co za tym idzie, w przypadku odstąpienia od umowy w części, za zrealizowaną część prac należy się wykonawcy wynagrodzenie, a Zamawiający jest zobowiązany do odbioru tych prac, jeżeli zostały wykonane zgodnie z umową, zasadami i sztuką budowalną oraz do wypłaty odpowiedniej części wynagrodzenia wykonawcy za zrealizowane prace. Brak jest podstaw do odmowy odbioru tych prac, bowiem odstąpienie w części dotyczy niewykonanej części Umowy, a nie części wykonanej, ale jeszcze nieodebranej przez Zamawiającego. Poprzez tak ukształtowane postanowienia umowne Zamawiający uchyla się od ciążącego na nim, bezwzględnego obowiązku wynikającego z treści art. 647 KC, który wskazuje, że jednym z podstawowych obowiązków inwestora, w tym wypadku Zamawiającego, w ramach umowy o roboty budowlane jest dokonanie odbioru robót.

Odwołujący wniósł o modyfikację postanowień umowy poprzez nadanie im następującego brzmienia:
pkt 24.2.4. umowy „*W przypadku odstąpienia od Umowy w części z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy, Zamawiający zobowiązany będzie do zapłaty Wynagrodzenia, zgodnie z warunkami i w terminie określonym w rozdziale 7 Umowy, za część Prac Wykonawcy, która została odebrana przez Zamawiającego zgodnie z postanowieniami Umowy do Dnia Odstąpienia. Prace odebrane do Dnia Odstąpienia przechodzą na własność Zamawiającego z dniem dokonania zapłaty za nie lub w przypadku nie-wskazania danej pozycji, z dniem zapłaty za ostatnią należną fakturę wystawioną przez Wykonawcę, o ile własność tych Prac na mocy odrębnych postanowień Umowy nie przeszła na Zamawiającego wcześniej.* ***Niezależnie od powyższego, Zamawiający zobowiązany będzie do odbioru i przejęcia zakresu Prac, które zostały wykonane przez Wykonawcę, ale nie zostały jeszcze odebrane przez Zamawiającego, choćby zakres ten nie stanowił kompletnego Etapu Realizacji****. W takim przypadku Zamawiający dokona oszacowania takiego zakresu Prac na podstawie stawek rynkowych z dnia zawarcia Umowy i na tej podstawie Wykonawca uprawniony będzie do otrzymania wynagrodzenia za te Prace. Zamawiającemu będzie również przysługiwało uprawnienie do odebrania zamówionych przez Wykonawcę Dostaw i materiałów, o ile będą one spełniały wymogi określone Umową i będą dla Zamawiającego przydatne. W takiej sytuacji Zamawiający będzie miał uprawnienie do odkupu od Wykonawcy zamówionych Dostaw i materiałów po cenach nie wyższych, niż te które Wykonawca zobowiązany był zapłacić za te Dostawy i materiały*".

W złożonym pismem z dnia 8 sierpnia 2024 r., stanowiącym odpowiedź na odwołanie, Zamawiający ustosunkował się do zarzutów podniesionych przez Odwołującego i wniósł o ich oddalenie.

W uzasadnienie Zamawiający wskazał m.in.:

Zarzut nr 1

Zamawiający wskazał, mając pełną świadomość wymagającego terminu realizacji inwestycji, który wynika bezpośrednio z okresów rozliczenia wsparcia uzyskiwanego w ramach Krajowego Planu Odbudowy, a tym samym zaspakajając potrzebę jak największego usprawnienia realizacji prac, przewidział w pkt 8.1.1 Umowy, że Wykonawca zobowiązany będzie wnieść zabezpieczenie należytego wykonania umowy najpóźniej w terminie 30 (trzydziestu) dni od

Dnia Wejścia w Życie. Tym samym, Zamawiający w istocie wyszedł naprzeciw wykonawcom, dopuszczając, aby formalności związane z procesem uzyskiwania zabezpieczenia toczyły się równolegle do realizacji Umowy, wydłużając wykonawcom (w stosunku do standardowych rozwiązań stosowanych w tego typu kontraktach zawieranych w reżimie PZP) czas na dopełnienie formalności związanych z uzgodnieniem treści zabezpieczenia z gwarantami i jego wystawieniem przez tychże, co w realiach rynku instrumentów finansowych bywa procesem złożonym i czasochłonnym. Z rozwiązaniem takim, bardzo praktycznym i użytecznym z perspektywy wykonawców, wiąże się jednak istotne ryzyko po stronie Zamawiającego związane z tym, że Wykonawca może uchybić obowiązkowi wskazanemu w pkt 8.1.1 Umowy i nie wnieść zabezpieczenia we wskazanym terminie, bądź wnieść je w nieodpowiedniej wysokości.

Powyższe ryzyko wymusza na Zamawiającym wprowadzenie do umowy postanowień, które zabezpieczą Zamawiającego na wypadek nierzetelnego działania wykonawcy. Stąd Zamawiający, oprócz mechanizmów wskazanych w pkt 8.1.4 umowy, przewidział zakwestionowane przez Odwołującego postanowienie pkt 8.1.5.

Zdaniem Zamawiającego brzmienie pkt 8.1.5 umowy nie jest w żaden sposób sprzeczne z treścią art. 452 oraz 453 PZP. Przede wszystkim zabezpieczenie na gruncie umowy zostało określone w wysokości i na okres zgodny z art. 452 PZP, a zasady zwrotu zostały uregulowane zgodnie z art. 453 PZP. Postanowienie pkt 8.1.5 umowy nie jest także sprzeczne z brzmieniem art. 452 ust. 9 PZP.

Postanowienie art. 452 ust. 9 PZP nie daje Zamawiającemu żadnych uprawnień, w przypadku, gdy wykonawca, pomimo wskazanego w pkt 8.1.1. Umowy obowiązku wniesienia zabezpieczenia *„najpóźniej w terminie 30 (trzydziestu) dni od Dnia Wejścia w Życie*" tego nie uczyni. Tym samym, opierając się wyłącznie na rozwiązaniach ustawowych wynikających z PZP, a nie kontraktowych, ryzyko w postaci niewniesienia zabezpieczenia przez wykonawcę nie zostałoby pokryte.

W ocenie Zamawiającego żądanie Odwołującego co do wykreślenia pkt 8.1.5 umowy zmierza w istocie do pozbawienia Zamawiającego skutecznych mechanizmów mobilizujących wykonawcę do wniesienia i utrzymania zabezpieczenia już po zawarciu umowy (po Dniu Wejścia w Życie), które to mechanizmy, nie zostały wprowadzone do umowy w sposób dowolny, lecz wynikają z obiektywnych i uzasadnionych potrzeb Zamawiającego związanych zarówno z harmonogramem realizacji inwestycji (maksymalizacja przyspieszenia realizacji prac), jak i koniecznością dbania o środki publiczne.

Zamawiający wskazał, że zdaje sobie przy tym sprawę z elementów przedmiotowo istotnych umowy o roboty budowlane, w tym obowiązku inwestora do dokonania obioru należycie wykonanych robót (art. 647 KC), niemniej uzależnienie wypłaty wynagrodzenia lub zaliczki od wniesienia i utrzymania zabezpieczenia, w tak specyficznym stanie faktycznym jak ten, gdzie zabezpieczenie wnoszone jest już po zawarciu umowy i wykonawca ma na to sporo czasu, co jest rozwiązaniem dla wykonawcy bez wątpienia korzystnym, nie wypacza w żaden sposób istoty umowy o roboty budowlane i nie jest sprzeczne z naturą tego stosunku.

Na potwierdzenie powyższego Zamawiający przytoczył tezę wyroku Sądu Najwyższego z dnia 2 czerwca 2021 r. w sprawie o sygn. akt KIO II CSKP 7/21, w którym to sąd stwierdził, że: *„Dopuszczalne jest natomiast uzależnienie wymagalności roszczenia o zapłatę wynagrodzenia od spełnienia przez wykonawcę dodatkowych świadczeń ubocznych (np. złożenia dokumentacji powykonawczej) lub dokonania określonych aktów staranności (np. złożenia rozliczenia co do wykonanych robót, kosztorysu, czy też faktury), a więc zachowań które są uzależnione wyłącznie od wykonawcy lub osób, którymi się posługuje. Tego rodzaju postanowienie umowne nie jest warunkiem w rozumieniu art. 89 KC (nawet jeżeli treść umowy mogłaby skłaniać do takiej interpretacji), ale przesłanką, którą należy spełnić, aby przyjąć, że roszczenie o spełnienie świadczenia wzajemnego (zapłatę wynagrodzenia) stało się wymagalne."* Tym samym nie sposób przyjąć, że postanowienie 8.1.5 jest niedopuszczalne i sprzeczne z prawem – gdyż wniesienie i utrzymanie zabezpieczenia należytego wykonania umowy jest w pełni zależne od samego wykonawcy, a tym samym, dopuszczalne w świetle aktualnego orzecznictwa Sądu Najwyższego.

Zarzut nr 4

Zamawiający nie zgadza się z zarzutami Odwołującego, wskazując, że postanowienia Umowy zawarte w pkt 16.1.5., 16.1.6, 16.1.7 nie przenoszą na wykonawcę odpowiedzialności za Dokumentację Zamawiającego w sposób absolutny czy arbitralny, lecz wymagają od Wykonawcy rzetelnej analizy przedstawionych przez Zamawiającego w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego dokumentów, zwłaszcza pod kątem ich przydatności do rozwiązań technicznych lub technologicznych, które zamierza zastosować Wykonawca przy realizacji Przedmiotu Umowy.

Zamawiający wskazał, że wychodząc naprzeciw oczekiwaniom rynku, w dniu 6 sierpnia 2024 r. dokonał zmiany SWZ w zakresie pkt 16.1.5 Umowy, poprzez złagodzenie miernika staranności wykonawców z „najwyższej staranności" do staranności „należytej".

Tym samym, to Zamawiający, a nie wykonawca, ponosi odpowiedzialność za Wady, niepoprawność, niespójności, błędy, pominięcia lub inne braki Dokumentacji Zamawiającego przekazanej Wykonawcy, które zostały ujawnione po Dniu Wejścia w Życie, a których wykrycie przed Dniem Wejścia w Życie nie było możliwe przy zachowaniu należytej

staranności wymaganej od profesjonalnego wykonawcy. Zamawiający nie oczekuje zatem całkowitej i absolutnej, odpowiedzialności wykonawcy za Dokumentację Zamawiającego, lecz tego, aby wykonawca, jako profesjonalista podjął się weryfikacji z należytą starannością Dokumentacji Zamawiającego pod kątem rażących i wyraźnych uchybień, błędów, niedopatrzeń, które mogą mieć znaczenie dla realizacji tej skomplikowanej inwestycji, a które są przy tym możliwe do zidentyfikowania przed Dniem Wejścia w Życie przez każdego doświadczonego i działającego z należytą starannością wykonawcę. Wymóg weryfikacji w tym zakresie, po ww. zmianie, ogranicza się do należytej staranności, a zatem logicznym jest, że okoliczności, których wykonawca jako profesjonalista nie jest w stanie zbadać na tym etapie, go nie obciążają.

Wprowadzenie ww. postanowień do umowy nie ma charakteru dowolnego, lecz uzasadnione jest obiektywnymi potrzebami Zamawiającego, które odnoszą się do faktu, że: Zamawiający planuje zrealizować budowę największego w skali Europy i Kraju MEE o nowatorskim i innowacyjnym charakterze, stąd poziom skomplikowania, złożoności i skali przedsięwzięcia jest bezprecedensowy. Zamawiający nie posiada przy tym wiedzy w zakresie dostaw i montażu bateryjnych magazynów energii elektrycznej, budownictwa, planowania architektonicznego i inżynierii budowlanej, czemu wyraz dał w postanowieniach pkt 4.1.3 umowy, określając niezbędny poziom wsparcia, doradztwa i profesjonalizmu oczekiwanego od wykonawcy.

Nadto, mając na uwadze fakt, że to wykonawca jest profesjonalistą, posiadającym doświadczenie w realizacji przedsięwzięć tego typu, oraz biorąc pod uwagę nowatorski charakter inwestycji w skali kraju – przedmiotowe zamówienie jest realizowane w formule „*zaprojektuj i buduj*", a nie w formule „*buduj*". Zamawiający tym samym oczekuje od wykonawcy weryfikacji, czy proponowane przez niego rozwiązania przedstawione w Dokumentacji Zamawiającego, będą mogły stanowić podstawę opracowania dokumentacji projektowej przez wykonawcę, w szczególności z uwzględnieniem dostosowania tej dokumentacji do rozwiązań technicznych lub technologicznych, które zamierza zastosować Wykonawca przy realizacji Przedmiotu Umowy.

Zamawiający podkreśla przy tym, że istotą modelu „zaprojektuj i wybuduj" jest osiągnięcie przez Wykonawcę określonego celu gospodarczego. Tym samym, to Wykonawca jest podmiotem odpowiedzialnym za proces projektowania, kompletność i poprawność przygotowywanej dokumentacji projektowej, w tym uzyskanie pozwolenia na budowę czy pozwolenia na użytkowanie. Samo PFU obejmuje natomiast opis zadania budowlanego, w którym podaje się przeznaczenie ukończonych robót budowlanych oraz stawiane im wymagania techniczne, materiałowe czy funkcjonalne. W przypadku realizacji zamówienia w formule "*zaprojektuj i wybuduj*" wszelkie szczegółowe rozwiązania techniczne, które zostaną zaproponowane na etapie wykonania projektu, co do zasady pozostają w gestii wykonawcy. Nie mamy zatem do czynienia z sytuacją, w której to Zamawiający przygotowuje kompleksową dokumentację projektową i wymaga jej szczegółowej weryfikacji przez wykonawcę, lecz z takim rozwiązaniem, w którym to wykonawca, na którym ciąży obowiązek projektowania na gruncie umowy, ma zweryfikować, czy założenia Zamawiającego i podmiotów trzecich nie zawierają istotnych (i co ważne – możliwych do wychwycenia przy zachowaniu należytej staranności) uchybień. Tym samym chodzi o wady dostarczonej Dokumentacji Zamawiającego, które mają charakter oczywisty i mogą być dostrzeżone przy dołożeniu zwykłej staranności.

Zamawiający podkreślił, że pod pojęciem „Dokumentacji Zamawiającego" na gruncie umowy należy rozumieć wyłącznie Decyzję o Środowiskowych Uwarunkowaniach, założenia projektowe przedstawione w PFU, Warunki Przyłączenia MEE do sieci elektroenergetycznej przesyłowej, Umowę o Przyłączenie oraz opinię geotechniczną, przekazane wykonawcy. Jest to zatem ograniczony i zamknięty zakres dokumentów, których weryfikacji wymaga Zamawiający.

Zarzut nr 6

Zamawiający podkreślił, że Odwołujący – dokonując błędnej wykładni art. 647 KC – niewłaściwie interpretuje wynikający z tego przepisu obowiązek inwestora (Zamawiającego) do odbioru robót. Art. 647 KC wyraźnie stanowi bowiem o zobowiązaniu wykonawcy do oddania przewidzianego w umowie obiektu (jego całości), i to właśnie z tym zobowiązaniem wykonawcy jest skorelowane zobowiązanie inwestora do odbioru całego tego obiektu, jego całościowego rozliczenia i zapłaty wynagrodzenia[6]. Wprawdzie – co wynika z przywołanego przez Odwołującego w treści zarzutu art. 654 KC – inwestor zobowiązany jest na żądanie wykonawcy przyjmować wykonane roboty częściowo, w miarę ich ukończenia, za zapłatą odpowiedniej części wynagrodzenia, ale tylko w braku odmiennego postanowienia umowy.

Co istotne, w umowie precyzyjnie określono zasady dokonywania odbiorów częściowych i zapłaty wynagrodzenia za zrealizowaną część robót składającą się na dany Etap Realizacji (zob. w szczególności pkt 7 oraz pkt 11 Umowy).

Zamawiający nie zgadza się z Odwołującym, który podnosi, że na podstawie kwestionowanych przez niego postanowień zawartych w pkt 24.2.4, 24.6.3. oraz 24.6.4. umowy Zamawiający *może arbitralnie decydować, czy i w jakim przypadku dokonuje odbioru wykonanych już prac,* ponieważ *obowiązkiem Zamawiającego, wynikającym z treści art. 647 KC jest dokonanie odbioru tej części pracy i wypłata należnego wykonawcy wynagrodzenia.* Przeciwnie – wskazane pkt 7 oraz pkt 11 postanowienia umowy w sposób jednoznaczny określają obiektywne okoliczności, których wystąpienie rodzi

obowiązek Zamawiającego do dokonania odbioru częściowego oraz zapłaty części wynagrodzenia należnej za wykonany zakres częściowy robót.

Natomiast kwestionowane postanowienia pkt 24.2.4, 24.6.3. oraz 24.6.4 umowy, odnoszące się do umownego prawa do odstąpienia od Umowy przez Zamawiającego, regulują zgoła odmienną kwestię, mianowicie sposób dokonywania rozliczeń pomiędzy stronami w przypadku takiego odstąpienia od umowy z przyczyn leżących po stronie wykonawcy. Omawiane regulacje stanowią dopuszczalną – bo znajdującą uzasadnienie w swobodzie umów – modyfikację generalnej zasady wynikającej z dyspozytywnego art. 395 KC, który to przepis określa skutki, jakie pociąga za sobą odstąpienie od umowy przez jedną z jej stron, w tym także zasady wzajemnych rozliczeń.

Z uwagi na dyspozytywny charakter art. 395 KC, Zamawiający zdecydował się wdrożyć w umowie rozwiązanie odmienne od założonego przez ustawodawcę w tym przepisie. W szczególności w umowie przewidziano, że w sytuacji odstąpienia od umowy w części, Zamawiającemu przysługiwać będzie uprawnienie do odbioru i przejęcia zakresu prac zrealizowanych przez wykonawcę, nawet jeśli prace te nie stanowią kompletnego Etapu Realizacji, za realizację którego strony zgodziły się na wypłatę wynagrodzenia częściowego.

Zamawiający podniósł, że skoro ustawodawca dopuścił, aby strony umowy samodzielnie określiły zasady postępowania na wypadek odstąpienia od umowy w części niewykonanej, nie istnieją żadne argumenty które przemawiałyby za tym, aby nakładać na Zamawiającego obowiązek odebrania i opłacenia wykonawcy za realizację nieistotnego (niekompletnego, niestanowiącego pełnego Etapu Realizacji i nieprzedstawiającego dla Zamawiającego żadnej realnej wartości) wycinku prac wymaganych umową – w szczególności w sytuacji, gdy mowa o konsekwencjach odstąpienia od umowy przez Zamawiającego z przyczyn leżących właśnie po stronie wykonawcy.

Izba pominęła argumentację Odwołującego oraz Zamawiającego w zakresie zarzutówoznaczonych jako 1 w części dotyczącej postanowień zabezpieczenia należytego wykonania umowy, które zostały sformułowane w sposób niejednoznaczny, wewnętrznie sprzeczny, nr 2, nr 3 i nr 5 w *petitum* odwołania uznając ją za zbędną z uwagi na cofnięcie ww. zarzutów przez Odwołującego.

Wykonawca ALDESA CONSTRUCCIONES POLSKA SPÓŁKA Z OGRANICZONĄ ODPOWIEDZIALNOS siedzibą w Warszawie oraz SAMSUNG C&T CORPORATION POLAND SPÓŁKA Z OGRANICZ ODPOWIEDZIALNOŚCIĄ z siedzibą w Warszawie zgłosili przystąpienie do postępowania odwoławczego po stroni Odwołującego.

Krajowa Izba Odwoławcza po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron oraz Uczestników postępowania, uwzględniając dokumentację postępowania, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron oraz Uczestników postępowania wyrażone odpowiednio w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie, a także wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 528 ustawy Pzp.

Przystępując do rozpoznania odwołania, Izba ustaliła wystąpienie przesłanek z art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, tj. istnienie po stronie Odwołującego interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwości poniesienia przez niego szkody w wyniku kwestionowanych czynności Zamawiającego.

Izba postanowiła dopuścić do udziału w postępowaniu odwoławczym wykonawców zgłaszających przystąpienie stronie Odwołującego ALDESA CONSTRUCCIONES POLSKA SPÓŁKA Z OGRANICZONĄ ODPOWIEDZIALNO siedzibą w Warszawie oraz SAMSUNG C&T CORPORATION POLAND SPÓŁKA Z OGRANICZ ODPOWIEDZIALNOŚCIĄ z siedzibą w Warszawie zgłosili przystąpienie do postępowania odwoławczego po stroni Odwołującego. Wszystkie warunki formalne związane ze zgłoszonymi przystąpieniami zostały spełnione. Co za tym idzie ww. wykonawcy skutecznie zgłosili swoje przystąpienia, stając się uczestnikami postępowania odwoławczego.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Stan faktyczny pomiędzy Stronami nie był sporny. Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia sektorowego, którego przedmiotem jest budowa magazynu energii elektrycznej w Żarnowcu.

W ocenie Odwołującego niżej wskazane postanowienia umowy są niezgodne z wymaganiami wynikającymi z ustawy:

pkt 8.1.5. umowy zgodnie z którym „*Niezależnie od innych postanowień Umowy, ustanowienie i utrzymywanie w mocy Zabezpieczenia Należytego Wykonania Umowy zgodnie z postanowieniami niniejszego rozdziału 8 jest warunkiem zobowiązania Zamawiającego do dokonywania zapłaty jakiejkolwiek części Wynagrodzenia, w tym jakiejkolwiek części Zaliczki*”.

pkt 16.1.5. umowy *Wykonawca potwierdza, że przed zawarciem Umowy, otrzymał od Zamawiającego oraz zweryfikował poprawność oraz kompletność Dokumentacji Zamawiającego. Wykonawca zobowiązany jest niezwłocznie powiadomić Zamawiającego o jakichkolwiek Wadach, niepoprawności, niespójności, błędach, pominięciach lub innych brakach dostrzeżonych w Dokumentacji Zamawiającego. Zamawiający ponosi odpowiedzialność za Wady, niepoprawność,*

niespójności, błędy, pominięcia lub inne braki Dokumentacji Zamawiającego przekazanej Wykonawcy, które zostały ujawnione po Dniu Wejścia w Życie, a których wykrycie przed Dniem Wejścia w Życie nie było możliwe nawet przy zachowaniu najwyższej staranności wymaganej od profesjonalnego wykonawcy zajmującego się projektowaniem i realizacją inwestycji podobnego rodzaju. W pozostałym zakresie odpowiedzialność za Dokumentację Zamawiającego spoczywa na Wykonawcy.

pkt 16.1.6. umowy *Jeżeli Wykonawca na etapie postępowania o udzielenie zamówienia, tj. przed Dniem Wejścia w Życie, nie zgłosił do Dokumentacji Zamawiającego uwag lub zastrzeżeń, w wyniku których – w ocenie Wykonawcy – konieczne było dokonanie zmiany któregokolwiek z elementów Dokumentacji Zamawiającego lub pozyskanie nowego elementu Dokumentacji Zamawiającego, w tym w celu dostosowania tej dokumentacji do rozwiązań technicznych lub technologicznych, które zamierza zastosować Wykonawca przy realizacji Przedmiotu Umowy, przyjmuje się, że Wykonawca uznał Dokumentację Zamawiającego za prawidłową i niewymagającą zmian lub uzupełnień w celu wykonania Przedmiotu Umowy w terminie i na warunkach określonych Umową. Postanowienie to stosuje się odpowiednio w sytuacji, gdy na skutek zgłoszenia przez Wykonawcę uwag do Dokumentacji Zamawiającego przed Dniem Wejścia w Życie, Zamawiający dokonał zmiany Dokumentacji Zamawiającego lub pozyskał nowy element Dokumentacji Zamawiającego zgodnie z uwagami Wykonawcy, albo zainicjował postępowania w celu zmiany lub pozyskania takiego elementu Dokumentacji Zamawiającego zgodnie z uwagami Wykonawcy.*

pkt 16.1.7. umowy *Jeżeli po Dniu Wejścia w Życie Wykonawca zgłosi Zamawiającemu konieczność dokonania zmiany któregokolwiek z elementów Dokumentacji Zamawiającego lub pozyskania nowego elementu Dokumentacji Zamawiającego, w tym w celu dostosowania tej dokumentacji do rozwiązań technicznych lub technologicznych, które zamierza zastosować Wykonawca przy realizacji Przedmiotu Umowy, to po uzyskaniu zgody Zamawiającego, Wykonawca pozyska taką nową lub zmienioną Dokumentację Zamawiającego na własny koszt i ryzyko. Zamawiający zobowiązany będzie jednak w takiej sytuacji do aktywnej współpracy z Wykonawcą. Wykonawca nie będzie jednak uprawniony w takiej sytuacji do zmiany terminów wykonania poszczególnych Etapów Realizacji ani do zmiany Gwarantowanego Terminu Przejęcia do Eksploatacji.*

pkt 24.2.4. umowy *W przypadku odstąpienia od Umowy w części z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy, Zamawiający zobowiązany będzie do zapłaty Wynagrodzenia, zgodnie z warunkami i w terminie określonym w rozdziale* ***Błąd! Nie można odnaleźć źródła odwołania.*** *Umowy, za część Prac Wykonawcy, która została odebrana przez Zamawiającego zgodnie z postanowieniami Umowy do Dnia Odstąpienia. Prace odebrane do Dnia Odstąpienia przechodzą na własność Zamawiającego z dniem dokonania zapłaty za nie lub w przypadku niewskazania danej pozycji, z dniem zapłaty za ostatnią należną fakturę wystawioną przez Wykonawcę, o ile własność tych Prac na mocy odrębnych postanowień Umowy nie przeszła na Zamawiającego wcześniej. Niezależnie od powyższego, Zamawiającemu przysługiwać będzie uprawnienie do odbioru i przejęcia zakresu Prac, które zostały wykonane przez Wykonawcę, ale nie zostały jeszcze odebrane przez Zamawiającego, choćby zakres ten nie stanowił kompletnego Etapu Realizacji. W takim przypadku Zamawiający dokona oszacowania takiego zakresu Prac na podstawie stawek rynkowych z dnia zawarcia Umowy, i na tej podstawie Wykonawca uprawniony będzie do otrzymania wynagrodzenia za te Prace. Zamawiającemu będzie również przysługiwało uprawnienie do odebrania zamówionych przez Wykonawcę Dostaw i materiałów, o ile będą one spełniały wymogi określone Umową i będą dla Zamawiającego przydatne. W takiej sytuacji Zamawiający będzie miał uprawnienie do odkupu od Wykonawcy zamówionych Dostaw i materiałów po cenach nie wyższych, niż te które Wykonawca zobowiązany był zapłacić za te Dostawy i materiały.*

pkt 24.6.3. umowy „*Odstąpienia od Umowy, o którym mowa w pkt 24.2 - 24.5 dokonuje się poprzez doręczenie Stronie oświadczenia w formie pisemnej. W oświadczeniu Strona odstępująca od Umowy wskaże, z jakim dniem następują skutki odstąpienia od Umowy lub jej części, tj. z jakim dniem wygasają wynikające z Umowy prawa i zobowiązania Stron, z wyjątkiem praw i zobowiązań Stron, co do których Umowa stanowi, że pozostają w mocy niezależnie od odstąpienia od Umowy (****„Dzień Odstąpienia”****)*”.

pkt 24.6.4. umowy „*Niezwłocznie po otrzymaniu oświadczenia o odstąpieniu od Umowy zgodnie z pkt 24.6.3, jednakże nie później niż w terminie 14 (czternastu) dni od Dnia Odstąpienia, Wykonawca powinien:*

1) *zaprzestać wszystkich dalszych Prac, poza takimi Pracami, które Zamawiający wskazał w oświadczeniu o odstąpieniu w celu zabezpieczenia części Prac dotychczas wykonanych albo prac niezbędnych do opuszczenia Terenu Budowy i pozostawienia go uporządkowanym i bezpiecznym stanie, w szczególności usunąć z Terenu Budowy wszelkie sprzęty, narzędzia i personel Wykonawcy i Podwykonawców, a także wszelkie odpady;*
2) *rozwiązać wszystkie umowy z Podwykonawcami, poza tymi, które powinny zostać przeniesione na Zamawiającego zgodnie z pkt 4) poniżej;*
3) *dostarczyć do Zamawiającego część Prac wykonanych przez Wykonawcę do Dnia Odstąpienia, o ile Zamawiający nie poleci inaczej;*
4) *jeżeli wymaga tego Zamawiający – w zakresie w jakim jest to prawnie możliwe oraz w zakresie, w jakim jest to*

niezbędne dla Zamawiającego do ukończenia Prac – przenieść na Zamawiającego wszystkie prawa, tytuły prawne i korzyści Wykonawcy w odniesieniu do Prac w dacie otrzymania oświadczenia o odstąpieniu, a także przenieść na Zamawiającego wszelkie lub wskazane przez Zamawiającego umowy z Podwykonawcami;

5)dostarczyć Zamawiającemu wszelką Dokumentację przygotowaną w ramach Przedmiotu Umowy przez Wykonawcę lub Podwykonawców, jeżeli takie Prace albo cały Przedmiot Umowy nie powinny ulec zwrotowi".

Izba zważyła, co następuje:

Izba umorzyła postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutu oznaczonego jako nr 1 w części dotyczącej postanowień zabezpieczenia należytego wykonania umowy, które zostały sformułowane w sposób niejednoznaczny, wewnętrznie sprzeczny, nr 2, nr 3 i nr 5 w *petitum* odwołania, wobec ich cofnięcia przez Odwołującego. Stosownie do treści art. 520 ust. 1 ustawy Pzp, *odwołujący może cofnąć odwołanie do czasu zamknięcia rozprawy*. *Cofnięte odwołanie nie wywołuje skutków prawnych, jakie ustawa wiąże z wniesieniem odwołania do Prezesa Izby* (art. 520 ust. 2 ustawy Pzp).

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, poczynione ustalenia faktyczne oraz orzekając w granicach zarzutów zawartych w odwołaniu, Izba stwierdziła, że odwołanie zasługiwało na uwzględnienie w części, tj. w zakresie zarzutu oznaczonego jako nr 6 w *petitum* odwołania.

Zarzut nr 6 – *naruszenie art. 8 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 647, art. 654, art. 5 i art. 353^1 KC w zw. z art. 16 ustawy Pzp*

Art. 8 ust. 1 ustawy Pzp stanowi, że *Do czynności podejmowanych przez zamawiającego, wykonawców oraz uczestników konkursu w postępowaniu o udzielenie zamówienia i konkursie oraz do umów w sprawach zamówień publicznych stosuje się przepisy z dnia 23 kwietnia 1964 r. - Kodeks cywilny (Dz. U. z 2022 r. poz. 1360, 2337 i 2339 oraz z 2023 r. poz. 326), jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej.*

Zgodnie z art. 647 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. kodeks cywilny (dalej: „KC") *Przez umowę o roboty budowlane wykonawca zobowiązuje się do oddania przewidzianego w umowie obiektu, wykonanego zgodnie z projektem i z zasadami wiedzy technicznej, a inwestor zobowiązuje się do dokonania wymaganych przez właściwe przepisy czynności związanych z przygotowaniem robót, w szczególności do przekazania terenu budowy i dostarczenia projektu, oraz do odebrania obiektu i zapłaty umówionego wynagrodzenia.*

Z kolei zgodnie z art. 654 KC *W braku odmiennego postanowienia umowy inwestor obowiązany jest na żądanie wykonawcy przyjmować wykonane roboty częściowo, w miarę ich ukończenia, za zapłatą odpowiedniej części wynagrodzenia*.

Zgodnie z art. 353^1 KC *Strony zawierające umowę mogą ułożyć stosunek prawny według swego uznania, byleby jego treść lub cel nie sprzeciwiały się właściwości (naturze) stosunku, ustawie ani zasadom współżycia społecznego.*

Twierdzenia Odwołującego zasługiwały na aprobatę w całości. Nie ma podstaw prawnych do tego aby Zamawiający, w sposób dowolny, decydował o odebraniu robót budowlanych, które zostały wykonane zgodnie z umową.

Oczywistym jest, że odstąpienie od umowy w części dotyczy niewykonanych jeszcze robót budowlanych, a nie wykonanych, ale nie odebranych przez Zamawiającego. Podkreślić należy, że gdy wykonawca wykona roboty budowlane zgodnie z umową, Zamawiający jest, co do zasady, w świetle przywołanych powyżej przepisów, zobowiązany do ich odbioru i zapłaty należnego wykonawcy wynagrodzenia. Zamawiający zaś nie uzasadnił skutecznie potrzeby wprowadzenia kwestionowanej regulacji.

Przechodząc do pozostałych zarzutów Izba wskazuje, że nie zasługiwały one na uwzględnienie.

Zarzut nr 1 – *naruszenie art. 452 i art. 453 ustawy Pzp w zw. z art. 16 ustawy Pzp w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 647, art. 5, art. 58 i art. 353^1 KC*

Zgodnie z art. 452 ustawy Pzp:

1. Wysokość zabezpieczenia ustala się w stosunku procentowym do ceny całkowitej podanej w ofercie albo maksymalnej wartości nominalnej zobowiązania zamawiającego wynikającego z umowy, jeżeli w ofercie podano cenę jednostkową lub ceny jednostkowe.

2. Zabezpieczenie ustala się w wysokości nieprzekraczającej 5% ceny całkowitej podanej w ofercie albo maksymalnej wartości nominalnej zobowiązania zamawiającego wynikającego z umowy.

3. Zabezpieczenie można ustalić w wysokości większej niż określona w ust. 2, nie większej jednak niż 10% ceny całkowitej podanej w ofercie albo maksymalnej wartości nominalnej zobowiązania zamawiającego wynikającego z umowy, jeżeli jest to uzasadnione przedmiotem zamówienia lub wystąpieniem ryzyka związanego z realizacją zamówienia, co zamawiający opisał w SWZ lub innych dokumentach zamówienia.

4. Jeżeli okres realizacji zamówienia jest dłuższy niż rok, zabezpieczenie, za zgodą zamawiającego, może być tworzone przez potrącenia z należności za częściowo wykonane dostawy, usługi lub roboty budowlane.

5. W przypadku, o którym mowa w ust. 4, w dniu zawarcia umowy wykonawca jest obowiązany wnieść co najmniej 30% kwoty zabezpieczenia.

6. Zamawiający wpłaca kwoty potrącane na rachunek bankowy w tym samym dniu, w którym dokonuje zapłaty faktury.

7. W przypadku, o którym mowa w ust. 4, wniesienie pełnej wysokości zabezpieczenia nie może nastąpić później niż do połowy okresu, na który została zawarta umowa.
8. Jeżeli okres, na jaki ma zostać wniesione zabezpieczenie, przekracza 5 lat, zabezpieczenie w pieniądzu wnosi się na cały ten okres, a zabezpieczenie w innej formie wnosi się na okres nie krótszy niż 5 lat, z jednoczesnym zobowiązaniem się wykonawcy do przedłużenia zabezpieczenia lub wniesienia nowego zabezpieczenia na kolejne okresy.
9. W przypadku nieprzedłużenia lub niewniesienia nowego zabezpieczenia najpóźniej na 30 dni przed upływem terminu ważności dotychczasowego zabezpieczenia wniesionego w innej formie niż w pieniądzu, zamawiający zmienia formę na zabezpieczenie w pieniądzu, przez wypłatę kwoty z dotychczasowego zabezpieczenia.
10. Wypłata, o której mowa w ust. 9, następuje nie później niż w ostatnim dniu ważności dotychczasowego zabezpieczenia.

Zgodnie z art. 453 ustawy Pzp:

1. Zamawiający zwraca zabezpieczenie w terminie 30 dni od dnia wykonania zamówienia i uznania przez zamawiającego za należycie wykonane.
2. Zamawiający może pozostawić na zabezpieczenie roszczeń z tytułu rękojmi za wady lub gwarancji kwotę nie przekraczającą 30% zabezpieczenia.
3. Kwota, o której mowa w ust. 2, jest zwracana nie później niż w 15. dniu po upływie okresu rękojmi za wady lub gwarancji.
4. Zamawiający może dokonać częściowego zwrotu zabezpieczenia po wykonaniu części zamówienia, jeżeli przewidział taką możliwość w dokumentach zamówienia.

Art. 5 KC stanowi, że *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*.

Zgodnie z art. 58 KC:

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

Oceniając ww. zarzut Odwołującego przez pryzmat okoliczności niniejszej sprawy stwierdzić należało, że zarzut jest bezzasadny. Izba podziela stanowisko wyrażone przez Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 2 czerwca 2021 r. w sprawie o sygn. akt II CSKP 7/21, który stwierdził, że dopuszczalne jest uzależnienie wymagalności roszczenia o zapłatę wynagrodzenia od spełnienia przez wykonawcę dodatkowych świadczeń ubocznych, zachowań uzależnionych wyłącznie od wykonawcy.

Nie bez znaczenia ma również fakt, że zarówno Odwołujący jak i Uczestnicy postępowania w sposób stanowczy deklarowali, że zabezpieczenie należytego wykonania umowy wniosą i utrzymają. Co za tym idzie, ww. zarzut ma charakter abstrakcyjny. Celem postępowania odwoławczego nie jest zapewnienie zgodności czynności zamawiającego z prawem in abstracto.

Zarzut nr 4 – naruszenie *art. 433 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, w zw. z art. 99 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 5 KC, art. 58 KC, art. 353^1 KC w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp*

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

Zgodnie z art. 433 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp *Projektowane postanowienia umowy nie mogą przewidywać: odpowiedzialności wykonawcy za okoliczności, za które wyłączną odpowiedzialność ponosi zamawiający;*

Zgodnie z art. 5 KC nie można czynić ze swego prawa użytku, który by był sprzeczny ze społeczno-gospodarczym przeznaczeniem tego prawa lub z zasadami współżycia społecznego. Art. 58 § 1 i 2 KC przewiduje nieważność czynności prawnej sprzecznej z ustawą albo mającej na celu obejście ustawy, jak również sprzecznej z zasadami współżycia społecznego. Powoływanie się na naruszenie ww. przepisów wymaga skonkretyzowania przepisów prawa z którymi czynność zamawiającego ma być niezgodna oraz wskazanie, jaka konkretna zasada została naruszona i jaka jest jej pełna treść.

Uznaje się powszechnie, że podmiot, który korzysta z przysługującego mu prawa postępuje zgodnie z zasadami współżycia społecznego. Oczywistym jest, że kto podnosi zarzut nadużycia, musi udowodnić naruszenie zasad współżycia społecznego. W przedmiotowej sprawie Odwołujący nie wykazał, że Zamawiający korzystając ze swojego prawa do określenia istotnych warunków przyszłej umowy w sprawie zamówienia publicznego, uczynił to w sposób niezgodny z zasadami współżycia społecznego.

Zdaniem Izby, Odwołujący nie przedstawił przekonującej argumentacji pozwalającej na uwzględnienie odwołania w tym zakresie. Podkreślenia wymaga fakt, że przedmiotowe postepowanie prowadzone jest w formule *zaprojektuj i buduj*. Co za tym idzie wykonawca biorący udział w postępowaniu o udzieleniu zamówienia publicznego, jako profesjonalista, winien dochować należytej staranności i zweryfikować udostępnioną dokumentację, jak również ocenić możliwość wykonania przedmiotu zamówienia.

Odwołujący nie wykazał istnienia szczególnych okoliczności, które mogłoby pozwolić na zakwalifikowanie czynności Zamawiającego jako nadużycie prawa, niezasługującego na aprobatę z punktu widzenia zasad współżycia społecznego.

Mając na uwadze powyższe, Izba nie dopatrzyła się naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp oraz Kodeksu cywilnego.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 557, 574 i 575 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 7 ust. 2 pkt 1 w zw. z ust. 3 pkt 1 w zw. z ust. 6 w zw. z § 5 pkt 1 lit a, pkt 2 lit b w zw. z § 2 ust. 2 pkt 2 rozporządzenia w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437).

Zgodnie z dyspozycją art. 557 ustawy Prawo zamówień publicznych *w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego*. Zgodnie z art. 574 ustawy Pzp *do kosztów postępowania odwoławczego zalicza się wpis i uzasadnione koszty stron i uczestników postępowania odwoławczego wnoszących sprzeciw*. Dalej, zgodnie z art. 575 ustawy Pzp *strony oraz uczestnik postępowania odwoławczego wnoszący sprzeciw ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku.*

Z § 2 ust. 2 pkt 2 ww. rozporządzenia wynika, że wysokość wpisu wnoszonego w postępowaniu o udzielenie zamówienia na roboty budowlane o wartości równej lub przekraczającej progi unijne, o których mowa w art. 3 ust. 1 ustawy, wynosi 20 000 złotych.

Zgodnie z § 5 pkt 1 i 2 lit. b rozporządzenia do kosztów postępowania odwoławczego zalicza się wpis oraz uzasadnione koszty stron postępowania odwoławczego w wysokości określonej na podstawie rachunków lub spisu kosztów, złożonych do akt sprawy, obejmujące wynagrodzenie i wydatki jednego pełnomocnika, nieprzekraczające łącznie kwoty 3 600 PLN, inne uzasadnione wydatki.

§ 7 ust. 3 pkt 1 i 2 rozporządzenia stanowi, że *W przypadku, o którym mowa w ust. 2 pkt 1 i 2, Izba rozdziela: 1) wpis stosunkowo, zasądzając odpowiednio od zamawiającego albo uczestnika postępowania odwoławczego wnoszącego sprzeciw na rzecz odwołującego kwotę, której wysokość ustali, obliczając proporcję liczby zarzutów przedstawionych w odwołaniu, które Izba uwzględniła, do liczby zarzutów, których Izba nie uwzględniła; 2) koszty, o których mowa w § 5 pkt 2, w sposób określony w pkt 1 lub znosi te koszty wzajemnie między odwołującym i odpowiednio zamawiającym albo uczestnikiem postępowania odwoławczego wnoszącym sprzeciw.* Z kolei zgodnie z ust. 6 *Koszty rozdzielone stosunkowo zaokrągla się w górę do pełnych złotych.*

Izba zaliczyła w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 PLN uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania oraz kwotę 3 600 PLN poniesioną przez Zamawiającego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika.

Z trzech zarzutów jeden okazał się zasadny. Odpowiedzialność za wynik postępowania ponosił zatem Odwołujący w części 2/3 i Zamawiający w części 1/3.

Odwołujący poniósł koszty postępowania odwoławczego w wysokości 20 000 PLN tytułem wpisu od odwołania, tymczasem odpowiadał za nie jedynie do wysokości 15 734 PLN (23 600 PLN x 2/3).

Zamawiający poniósł koszty postępowania odwoławczego w wysokości 3 600 PLN tytułem wynagrodzenia pełnomocnika, tymczasem odpowiadał do wysokości 7 867 złotych (23 600 PLN x 1/3).

Wobec powyższego Izba zasądziła od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę 4 267 PLN, stanowiącą po potrąceniu 1/3 sumy kosztów postępowania odwoławczego.

Mając powyższe na uwadze, Izba orzekła, jak w sentencji.

Przewodnicząca: ……

……

……