

POSTANOWENIE

Warszawa, dnia 28 lutego 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Katarzyna Paprocka

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron oraz uczestników postępowania odwoławczego w dniu 28 lutego 2024 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 12 lutego 2024 r. przez wykonawcę Budimex S.A. w Warszawie przy udziale uczestnika po stronie Odwołującego – wykonawcy WTEC-Waste To Energy Corporation PSA we Wrocławiu

postanawia:

1. umorzyć postępowanie odwoławcze,
2. znieść koszty pomiędzy stronami i nakazać zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych kwoty 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) na rzecz wykonawcy Budimex S.A. w Warszawie, uiszczonej 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 478/24

Uzasadnienie

Zamawiający, Zakład Komunalny Sp. z o.o. w Opolu prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na: budowę Instalacji Termicznego Przekształcania Odpadów z odzyskiem energii jako elementu Centrum Zielonej Transformacji w Opolu (wewnętrzny identyfikator: RB/1/PN/2024). Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 1 lutego 2024 r., pod nr: 2024/S 23-66199. Wartość szacunkowa zamówienia przekracza progi unijne.

W dniu 12 lutego 2024 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie Budimex S.A. wobec treści projektowanych postanowień umowy niezgodnych z przepisami PZP, tj. w sposób naruszający równowagę stron, zasadę swobody kontraktowania, właściwość (naturę) stosunku zobowiązaniowego, powszechnie obowiązujące przepisy prawa oraz w sposób prowadzący do nadużycia pozycji dominującej Zamawiającego.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 16 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jedn. Dz.U. z 2023 r., poz. 1605 ze zm., dalej jako „PZP”) w zw. z art. 8 ust. 1 PZP w zw. z art. 5 Kodeksu cywilnego (dalej: KC) oraz art. 353¹ KC poprzez skonstruowanie projektowanych postanowień Umowy w sposób, który powoduje, nieuzasadnione potrzebami Zamawiającego, uprzywilejowanie pozycji Zamawiającego i naruszenie zasady równowagi stron stosunku zobowiązaniowego, co pozostaje w sprzeczności z zasadami współżycia społecznego, godzi w naturę stosunku prawnego, naruszając tym samym równowagę kontraktową stron oraz stanowi nadużycie przez Zamawiającego przysługującego mu prawa podmiotowego do ukształtowania istotnych postanowień umownych oraz innych przepisów wskazanych szczegółowo w Załączniku nr 1 – Tabeli nr 1 do Odwołania.

Mając na uwadze tak sformułowany zarzut, Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu dokonanie modyfikacji treści projektowanych postanowień umowy w sposób określony w Tabeli nr 1 – Załączniku nr 1 do Odwołania, w której również sformułował zarzuty szczegółowe. Ponadto, wniósł o zasądzenie na rzecz Odwołującego od Zamawiającego kosztów postępowania odwoławczego.

W uzasadnieniu odwołania Budimex wskazał ogólnie rzecz biorąc, że jakkolwiek pozycja Zamawiającego niewątpliwie ma charakter uprzywilejowany – to jednak treść stosunku umownego powinna być tak ukształtowana, aby jednocześnie umożliwić złożenie ofert potencjalnie szerokiemu kręgowi wykonawców oraz umożliwić realizację zamówienia, zgodnie z uzasadnionymi potrzebami Zamawiającego. Podkreślił, iż celem Odwołującego nie jest doprowadzenie do ukształtowania warunków realizacji przedmiotu zamówienia jak najbardziej dogodnych dla wykonawców, niezależnie od potrzeb Zamawiającego. „Celem Odwołującego jest by Postępowanie zostało przeprowadzone a Zamówienie zostało udzielenie z poszanowaniem przepisów prawa, zasady uczciwej konkurencji, równego traktowania stron oraz zachowania równowagi stron umowy na realizację Zamówienia, co daje gwarancje jego należytego wykonania i osiągnięcia zamierzonych celów zarówno przez Zamawiającego zainteresowanego otrzymaniem robót budowlanych o wysokiej

jakości, jak i po stronie Wykonawcy zainteresowanego należytem wykonaniem Zamówienia i w konsekwencji uzyskaniem doświadczenia niezbędnego do prowadzenia działań na rynku zamówień publicznych oraz osiągnięciem zysku i profitów finansowych w postaci odpowiedniego wynagrodzenia, co pozostaje w zgodzie z istotą prowadzenia działalności gospodarczej i odpłatnym charakterem zamówienia publicznego.”

W zakresie szczegółowego uzasadnienia odwołania Budimex S.A., wskazał na następujące naruszenia i uzasadnienie zarzutów odwołania:

1. Załącznik nr 3 do Wzoru Umowy, który brzmi:

„Zamawiający, przewiduje możliwość jednorazowej zmiany wysokości wynagrodzenia w przypadku zmiany cen materiałów i kosztów związanych z realizacją niniejszej umowy. Zmiany wysokości wynagrodzenia będą dokonywane według zasad opisanych poniżej:

(1) Każda ze Stron może żądać zmiany wynagrodzenia należnej za wykonanie usług i robót wchodzących w skład Przedmiotu Umowy (odpowiednio podwyższenia lub obniżenia) w przypadku zmiany cen materiałów lub kosztów wyrażającej się zmianą wskaźnika cen produkcji budowlano-montażowej (zmiana cen w porównaniu z analogicznym miesiącem roku poprzedniego), zamieszczanego przez GUS w formie informacji sygnalnej na stronie stat.gov.pl (strona główna>obszary tematyczne>Ceny.Handel>Wskaźniki cen) o ponad 5 %. Zmiana wynagrodzenia, o której mowa powyżej może być dokonana jedynie w oparciu o informację sygnalną ogłoszoną w okresie realizacji Umowy, o którym mowa w § 2 ust. 1 lit. c Umowy.

(2) Ewentualna jednorazowa zmiana wynagrodzenia będzie możliwa do wprowadzenia począwszy od roku następnego po roku, w którym miało miejsce otwarcie ofert w Postępowaniu. Celem zachowania porównywalności okresów zmiany cen, jedynym miesiącem w danym roku branym pod uwagę do oceny zmiany wskaźnika o którym mowa w pkt 1 jest miesiąc składania ofert w Postępowaniu. Pierwszym rokiem zmiany wynagrodzenia może być zatem rok 2025, z zastrzeżeniem pkt (3) poniżej.

(3) Zmiana wynagrodzenia będzie możliwa pod warunkiem, że wysokość cen produkcji budowlano-montażowej, wynikająca z informacji sygnalnej, o której mowa w pkt 1 w kolejnych latach, zmieni się o więcej niż 5 % w stosunku do jego wysokości określonej w informacji sygnalnej dla miesiąca, w którym miało miejsce składanie ofert w Postępowaniu:

a) w przypadku pierwszego roku realizacji Przedmiotu Umowy (2025) – badany będzie wskaźnik cen produkcji budowlano-montażowej podany w 2025 r. dla analogicznego miesiąca jak miesiąc, w którym miało miejsce składanie ofert (w porównaniu do miesiąca w którym miało miejsce składanie ofert w roku 2024). Jeżeli roczny wskaźnik cen produkcji budowlano-montażowej podany w 2025 r. dla analogicznego miesiąca jak miesiąc, w którym miało miejsce składanie ofert, ulegnie zmianie w ujęciu do miesiąca porównawczego o 5 %, wówczas Strona będzie uprawniona do zmiany wysokości Wynagrodzenia na zasadach opisanych poniżej. Jeżeli Strona nie nabędzie uprawnienia do zmiany Wynagrodzenia na zasadach opisanych powyżej wówczas należy przejść do czynności wskazanych w lit. b.

b) w przypadku drugiego roku realizacji Przedmiotu Umowy (2026) – celem określenia czy Strona nabędzie uprawnienia do zmiany Wynagrodzenia, sumowaniu podlegać będzie roczny wskaźnik cen produkcji budowlano-montażowej podany w 2025 r. dla analogicznego miesiąca jak miesiąc, w którym miało miejsce składanie ofert oraz wskaźnik cen produkcji budowlano-montażowej podany w 2026 r. dla analogicznego miesiąca jak miesiąc, w którym miało miejsce składanie ofert. Jeżeli w wyniku przeprowadzonego działania otrzymana wartość przekroczy 5 % wówczas Strona będzie uprawniona do zmiany wysokości Wynagrodzenia na zasadach opisanych poniżej. Jeżeli Strona nie nabędzie uprawnienia do zmiany Wynagrodzenia na zasadach opisanych powyżej wówczas należy w kolejnych latach realizacji Przedmiotu Umowy uwzględniać (sumować) kolejne wskaźniki publikowane dla analogicznych okresów jak powyżej do momentu osiągnięcia pułapu określonego w pkt (1)

– narusza art. 439 ust. 1 w zw. z art. 439 ust. 2 pkt 1) i 4) PZP w zw. z art. 353¹ KC oraz art. 5 KC w zw. z art. 8 ust. 1 PZP poprzez określenie warunków zamówienia w sposób naruszający ww. przepisy i prowadzący do naruszenia równowagi stron umowy oraz nieumożliwiający zapewnienia ekwiwalentności świadczeń stron umowy i zniwelowania ryzyk związanych ze zmianami kosztów wykonania zamówienia publicznego w zakresie, w jakim w klauzuli waloryzacyjnej stanowiącej załącznik nr 3 do projektowanych postanowień umowy (załącznik nr 9 do SWZ) przewidziano możliwość jednorazowej waloryzacji. Ww. postanowienie powinno, zdaniem Odwołującego, przewidywać możliwość wielokrotnych zmian wysokości wynagrodzenia, a co za tym idzie również jego pkt 2 powinien odnosić do każdej zmiany wynagrodzenia, nadto w pkt 3 Odwołujący domaga się dodania lit. c) w brzmieniu: „dla kolejnych lat realizacji Umowy – odpowiednie zastosowanie znajdują zasady, określone w lit. b).”

2. § 3 ust. 20-22 Umowy, w brzmieniu:

„20. Jeśli Wykonawca:

(1) nie dotrzymał któregośkolwiek z terminów wskazanych Umowie,

(2) wykonuje Dokumentację Projektową w sposób, który stwarza zagrożenie dla dotrzymania terminów określonych w Umowie lub zapewnienia jakości opracowań projektowych wchodzących w skład Dokumentacji Projektowej,

(3) w wyznaczonym terminie nie przedłoży Programu Naprawczego dla Dokumentacji Projektowej, który gwarantowałyby nadrobienie opóźnień lub poprawę jakości opracowań projektowych wchodzących w skład Dokumentacji Projektowej,

(4) w wyznaczonym terminie nie usunie wad stwierdzonych w toku odbioru,

- to w którejkolwiek z takich sytuacji Zamawiający jest uprawniony powierzyć dokończenie lub usunięcie wad Dokumentacji Projektowej osobie lub osobom trzecim na koszt i ryzyko Wykonawcy bez konieczności uzyskiwania upoważnienia sądowego („Wykonawstwo Zastępcze Dokumentacji Projektowej”).

21. Jeżeli pomimo zaakceptowania przez Zamawiającego Programu Naprawczego dla Dokumentacji Projektowej, Wykonawca nie podejmie stosownych działań określonych w Programie Naprawczym dla Dokumentacji Projektowej lub nie usunie skutków opóźnień lub skutków nieprawidłowej jakości opracowań projektowych wchodzących w skład Dokumentacji Projektowej w terminie określonym w zaakceptowanym Programie Naprawczym dla Dokumentacji Projektowej, to w takiej sytuacji Zamawiający jest uprawniony skorzystać z Wykonawstwa Zastępczego Dokumentacji Projektowej.

22. Dodatkowe koszty poniesione przez Zamawiającego związane z Wykonawstwem Zastępczym Dokumentacji Projektowej Zamawiający jest uprawniony potrącić z jakiegokolwiek płatności na rzecz Wykonawcy lub zaspokoić z Zabezpieczenia.”

– narusza art. 433 pkt 1 i 3 PZP w zw. z art. 353¹ KC oraz art. 5 KC w zw. z art. 8 ust. 1 PZP. Zdaniem Odwołującego, ww. postanowienia Umowy winny zostać wykreślone i zastąpione dodaniem następującego: „Ilekroć postanowienia niniejszej umowy przewidują wykonanie zastępcze, strony przyjmują, iż postanowienia te nie dotyczą Dokumentacji Projektowej.” Jak uzasadnił Budimex S.A., ww. postanowienie wprowadza m.in. abuzywną klauzulę w postaci nałożenia na wykonawcę odpowiedzialności za opóźnienie, tj. nawet w sytuacji, gdy nie ponosi on odpowiedzialności za okoliczności opóźnienia. Co istotne, wg Odwołującej spółki, przedmiotem niniejszego zamówienia jest realizacja zadania inwestycyjnego w formule zaprojektuj i wybuduj, a tym samym wykonawca ponosi odpowiedzialność za projekt jak też za należyte wykonanie robót – w oparciu o ten projekt. „O powodzeniu zadania przesądzi przede wszystkim zastosowanie odpowiedniej i niewadliwej technologii, która zostanie wdrożona już na etapie projektowania, i której prawidłowe zastosowanie będzie stanowiło technologiczny know – how wykonawcy wyłonionego w ramach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. (...) Z tak błahych przyczyn jak opóźnienie czy nawet samo zagrożenie jego wystąpienia, kwestionowane postanowienia umowy przewidują możliwość pozbawienia wykonawcy zamówienia publicznego kontroli nad etapem mającym kluczowe znaczenie dla powodzenia zadania inwestycyjnego.” Jak podniósł Odwołujący, nie tylko w zakresie jakości, ale również kosztów wykonania zamówienia – konsekwencje technologii przyjętej przez wykonawcę zastępczego dokumentacji projektowej byłyby zupełnie niezależne od wykonawcy zamówienia publicznego. Jednakże, usunięcie ze wzoru umowy kwestionowanego postanowienia nie pozbawia Zamawiającego możliwości skorzystania z uprawnienia przewidzianego w art. 480 KC i uzyskania zgody sądu na zlecenie wykonania zastępczego;

3.§ 3 ust. 22 Umowy w brzmieniu:

„Dodatkowe koszty poniesione przez Zamawiającego związane z Wykonawstwem Zastępczym Dokumentacji Projektowej Zamawiający jest uprawniony potrącić z jakiegokolwiek płatności na rzecz Wykonawcy lub zaspokoić z Zabezpieczenia.”

– narusza art. 433 pkt. 3 PZP w zw. z art. 353¹ KC oraz art. 5 KC w zw. z art. 8 ust. 1 PZP (zarzut ewentualny – na wypadek nieuwzględnienia dalej idącego zarzutu, o którym mowa w pkt 2 powyżej). Zdaniem Odwołującego, postanowienie to wprowadza niedopuszczalną zasadę odpowiedzialności wykonawcy za okoliczności, za które wyłączną odpowiedzialność ponosi zamawiający, tj. dodatkowe, w dodatku niezdefiniowane, koszty poniesione przez Zamawiającego związane z wykonawstwem zastępczym dokumentacji projektowej. Co więcej, postanowienie to przewiduje możliwość potrącania tych kosztów bez jakiegokolwiek kontroli ze strony wykonawcy. Z uwagi na powyższe, Odwołujący domaga się usunięcia § 3 ust. 22 lub zdefiniowania kosztów ponoszonych w związku z wykonawstwem zastępczym z sposób następujący: „Koszt Zamawiającego wynikający z ukończenia lub usunięcia wad Dokumentacji Projektowej przez wykonawcę zastępczego stanowi różnicę pomiędzy określonym Kontraktem wynagrodzeniem Wykonawcy za przygotowanie Dokumentacji Projektowej a całkowitymi, udokumentowanymi i uzasadnionymi kosztami poniesionymi przez Zamawiającego w celu uzyskania Dokumentacji Projektowej zgodnej z Kontraktem.”;

4.§ 4 ust. 1 lit. b) Umowy, w brzmieniu:

„Wykonawca oświadcza, że posiada autorskie prawa majątkowe oraz prawa zależne do utworów wytworzonych w trakcie realizacji Przedmiotu Umowy i w ramach Wynagrodzenia: (...) przenosi na Zamawiającego autorskie prawa majątkowe do wszystkich utworów w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 4 lutego 1994 r. o prawie autorskim i prawach pokrewnych (t.j. Dz.U. z 2022 r. poz. 2509 ze zm. – „ustawa o Prawie autorskim i prawach pokrewnych”) wytworzonych w ramach realizacji Przedmiotu Umowy, w szczególności takich jak: projekty, rysunki, obliczenia, dokumentacje

projektowe raporty, mapy, wykresy, plany, dane statystyczne, ekspertyzy, obliczenia i inne dokumenty przekazane Zamawiającemu w wykonaniu Przedmiotu Umowy (dalej: „Utwory”).

– narusza art. 29 ust. 1 i art. 16 ust. 1 PZP w zw. z art. 353¹ KC oraz art. 5 KC w zw. z art. 8 ust. 1 PZP, poprzez ustanowienie wyłącznie ogólnej reguły przeniesienia na Zamawiającego autorskich praw majątkowych do wszystkich utworów powstałych w związku z wykonaniem zamówienia, i poprzez brak regulacji szczególnych w odniesieniu do utworów, co do których niemożliwe jest przeniesienie całości autorskich praw majątkowych na zamawiającego, takich jak dobra stanowiące projekty wynalazcze w rozumieniu ustawy z dnia 30 czerwca 2000 r. Prawo własności przemysłowej (t.j. Dz.U. z 2021 r. poz. 324 z późn. zm.); znaków towarowych, znaków usługowych, firm, oznaczeń przedsiębiorstw, wiedzy technicznej, know-how oraz innych dóbr niematerialnych chronionych przepisami prawa, projektu wykonawczego – technologicznego i dokumentów dotyczących zastosowanej technologii. Wykonawca Budimex S.A. żąda, by ww. postanowieniu zostało nadane nowe brzmienie, tj. „Wykonawca oświadcza, że posiada autorskie prawa majątkowe oraz prawa zależne do utworów wytworzonych w trakcie realizacji Przedmiotu Umowy i w ramach Wynagrodzenia: (...) przenosi na Zamawiającego autorskie prawa majątkowe do wszystkich utworów w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 4 lutego 1994 r. o prawie autorskim i prawach pokrewnych (t.j. Dz.U. z 2022 r. poz. 2509 ze zm. – „ustawa o Prawie autorskim i prawach pokrewnych”) wytworzonych w ramach realizacji Przedmiotu Umowy, w szczególności takich jak: projekty, rysunki, obliczenia, dokumentacje projektowe raporty, mapy, wykresy, plany, dane statystyczne, ekspertyzy, obliczenia i inne dokumenty przekazane Zamawiającemu w wykonaniu Przedmiotu Umowy (dalej: „Utwory”), z zastrzeżeniem ust. 12.” oraz o dodanie w § 4 ust. 12-14 w następującym brzmieniu:

„12. Strony zgodnie postanawiają, iż postanowienia niniejszej umowy dotyczące przeniesienia autorskich praw majątkowych nie dotyczą:

1) dóbr stanowiących projekty wynalazcze w rozumieniu ustawy z dnia 30 czerwca 2000 r. Prawo własności przemysłowej (t.j. Dz.U. z 2021 r. poz. 324 z późn. zm.);

2) znaków towarowych, znaków usługowych, firm, oznaczeń przedsiębiorstw, wiedzy technicznej, know-how oraz innych dóbr niematerialnych chronionych przepisami prawa,

3) projektu wykonawczego – technologicznego i dokumentów dotyczących zastosowanej technologii

13. Wykonawca udziela na Zamawiającemu niewyłącznych, niezbywalnych i nieprzenoszalnych (z wyjątkiem przypadków ściśle wskazanych w Umowie) licencji do projektu wykonawczego – technologicznego i dokumentów dotyczących zastosowanej technologii, opracowanych w ramach realizacji przedmiotu Umowy w zakresie koniecznym do projektowania i budowy, prawidłowej eksploatacji, konserwacji, modernizacji, remontów, naprawy, modyfikacji przedmiotu Umowy, na następujących polach eksploatacji znanych w chwili zawarcia Umowy:

1) w zakresie utrwalania i zwielokrotniania całości lub części projektu wykonawczego – technologicznego i dokumentów dotyczących zastosowanej technologii w dowolny sposób – wytwarzanie egzemplarzy wszelkimi technikami, w szczególności: techniką zapisu magnetycznego, światłoczułą, audiowizualną, analogową, cyfrową, optyczną, laserową, drukarską, komputerową, niezależnie od standardu i formatu zapisu i nośnika, rozmiaru, formy, techniki i oprawy

2) w zakresie rozpowszechniania projektu wykonawczego – technologicznego i dokumentów dotyczących zastosowanej technologii – udostępnianie uprawnionym podmiotom ww. dokumentów w taki sposób, aby mogły mieć do nich dostęp w miejscu i czasie przez siebie wybranym za pomocą istniejących środków komunikacji i przekazywania informacji przez Internet (w szczególności przez pocztę elektroniczną, strony WWW i serwery ftp), Intranet, Extranet i inne sieci komputerowe, pod warunkiem podpisania umowy o zachowaniu poufności i przestrzegania warunków licencji udzielonej Zamawiającemu. Wykonawca potwierdza, że Zamawiający lub wybrany przez niego podmiot będzie m.in. uprawniony do wykorzystania projektu wykonawczego – technologicznego i dokumentów dotyczących zastosowanej technologii do przeprowadzania postępowań w celu wyboru wykonawcy remontów, konserwacji Przedmiotu Umowy. Wykonawca oświadcza, że twórcy projektu wykonawczego – technologicznego i dokumentów dotyczących zastosowanej technologii wyrazili odpowiednie zgody umożliwiające realizację zobowiązań określonych w niniejszym postanowieniu a wykonywanie przez nich autorskich praw osobistych nie uniemożliwi Zamawiającemu korzystania z projektu wykonawczego – technologicznego i dokumentów dotyczących zastosowanej technologii w zakresie tu opisanym;

14. Wykonawca udziela Zamawiającemu niewyłącznych licencji lub dalszych licencji na okres 5 lat, przekształcających się po upływie tego okresu automatycznie w licencje lub sublicencje udzielone na czas nieoznaczony Wykonawca udziela Zamawiającemu niewyłącznych licencji na czas nieoznaczony, na korzystanie w celach projektowania, budowy, eksploatacji, modernizacji, konserwacji, remontów, naprawy i modyfikacji Przedmiotu Umowy. Jednakże projektu wykonawczego – technologicznego i dokumentów dotyczących zastosowanej technologii w tym projekty wykonawcze, jak i oprogramowanie nie mogą być przekazywane osobom trzecim, udostępniane ani wykorzystywane lub zmieniane na potrzeby rozbudowy, modernizacji lub przeróbki bez uprzedniej zgody Wykonawcy.”;

5. § 5 ust. 1 pkt 18 Umowy, w brzmieniu:

„Wykonując Roboty Budowlane Wykonawca jest zobowiązany w szczególności do (...) przekazania wszelkich licencji i

kodów źródłowych do zainstalowanego oprogramowania i wyposażenia, jeżeli Dokumenty Zamówienia przewidują wykonanie przez Wykonawcę dostaw oprogramowania lub wyposażenia.”

– które to postanowienie narusza art. 29 ust. 1 i art. 16 ust. 1 PZP w zw. z art. 353¹ KC oraz art. 5 KC w zw. z art. 8 ust. 1 PZP. Budimex S.A. podniósł bowiem, iż ww. wymóg nie został ograniczony do oprogramowania wytworzonego na wyłączny użytek zamawiającego w ramach przedmiotowego zamówienia, ale obejmuje również każde inne oprogramowanie, w tym licencjonowane oprogramowanie standardowe pochodzące od podmiotów trzecich, jak np. systemy operacyjne. Tym samym, tak sformułowany wymóg dostarczenia kodu źródłowego do dowolnego zainstalowanego oprogramowania nie jest uzasadniony celem przedmiotowego zamówienia ani obiektywnymi potrzebami zamawiającego, zaś jego realizacja przez wykonawców jest zasadniczo niemożliwa. Odwołujący wniósł zatem o modyfikację rzeczonego postanowienia w następujący sposób: „Wykonując Roboty Budowlane Wykonawca jest zobowiązany w szczególności do (...) przekazania wszelkich licencji do zainstalowanego oprogramowania i wyposażenia, jeżeli Dokumenty Zamówienia przewidują wykonanie przez Wykonawcę dostaw oprogramowania lub wyposażenia.”;

6.§ 5 ust. 2 pkt 20 Umowy, w brzmieniu:

„Wykonując Roboty Budowlane Wykonawca jest zobowiązany w szczególności do:

(...) 20) uzyskania wszystkich niezbędnych, wymaganych prawem decyzji administracyjnych, warunków technicznych, uzgodnień, opinii, zgód i oświadczeń, wynikających z zakresu objętego przedmiotem zamówienia, w tym decyzji o pozwoleniu na budowę i decyzji o pozwoleniu na użytkowanie,”

– narusza art. 99 ust. 1 i art. 16 ust. 1 PZP w zw. z art. 353¹ KC oraz art. 5 KC w zw. z art. 8 ust. 1 PZP, bowiem jest to nieprecyzyjny, otwarty i nieostry opis przedmiotu zamówienia. Zdaniem Odwołującego, ryzyko związane z uzyskiwaniem decyzji środowiskowych i ich zmian jest nadmierne, nieproporcjonalne i niemożliwe do oszacowania w toku wyceny ceny ofertowej. W związku z tym wykonawca domaga się dodania, na końcu pkt 20 słów: „z wyłączeniem decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach realizacji inwestycji, jak i jej zmian.”

7.§ 5 ust. 30 Umowy, w brzmieniu:

„3. W przypadku, gdy do wykonania Przedmiotu Umowy i/lub zajęcia terenu w zakresie niezbędnym do wykonania Robót Budowlanych konieczne jest uzyskanie zgody odpowiednich organów administracji, urzędów i/lub innych osób trzecich, a zgody takiej nie uzyskał Zamawiający, Wykonawca obowiązany jest w odpowiednim czasie do uzyskania powyższej zgody we właściwej formie prawnej, podejmując w tym celu odpowiednie, określone właściwymi przepisami czynności faktyczne i prawne. Wszelkie koszty, w tym kary i opłaty administracyjno – prawne związane z wykonaniem powyższych obowiązków obciążają Wykonawcę. Powyższe dotyczy również uzyskania zgód na pracę w pobliżu i/lub usunięcie zieleni, prace w obszarze objętym nadzorem archeologicznym i opieką konserwatora zabytków (jeżeli dotyczy).”

– czyniąc zarzuty jak powyżej i wnosząc o dodanie na końcu tego ustępu słów: „z wyłączeniem decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach realizacji inwestycji, jak i jej zmian.”

8.§ 11 ust. 10 i 11 Umowy, tj.:

„10. Wykonawca upoważnia Zamawiającego do potrącenia, na zasadzie potrącenia umownego, z Wynagrodzenia wszelkich należności przysługujących Zamawiającemu od Wykonawcy na podstawie Umowy, chociażby nie były one jeszcze wymagalne. Prawo do dokonania potrącenia umownego nie uchybia uprawnieniu Zamawiającego do dokonania potrącenia ustawowego.

11. Wykonawca nie może bez uprzedniej pisemnej zgody Zamawiającego pod rygorem nieważności przenieść wierzytelności z tytułu Umowy, ani dokonywać potrącenia jakichkolwiek wierzytelności służących mu w stosunku do Zamawiającego z wierzytelnościami Zamawiającego wynikającymi z Umowy.”

– narusza art. 16 pkt 3 PZP w zw. z art. 8 ust. 1 PZP, w zw. z art. 5 i art. 353¹ KC a także z art. 471 i 476 w zw. z art. 483 § 1 KC oraz z art. 473 §1 KC, bowiem zdaniem Odwołującego, powoduje – nieuzasadnione potrzebami Zamawiającego – uprzywilejowanie pozycji Zamawiającego i naruszenie zasady równowagi stron stosunku zobowiązaniowego, co pozostaje w sprzeczności z zasadami współżycia społecznego, godzi w naturę stosunku prawnego, naruszając tym samym równowagę kontraktową stron oraz stanowi nadużycie przez Zamawiającego przysługującego mu prawa podmiotowego do ukształtowania istotnych postanowień umownych. Wykonawca Budimex S.A. nie wskazał jednak na żądanie dotyczące ww. postanowienia.

9.§ 12 ust. 1 lit. a, b, d, e, f, tj.:

„1. Strony postanawiają, że w przypadkach opisanych poniżej Wykonawca zapłaci Zamawiającemu karę umowną:

a) za zwłokę w wykonaniu Etapu I lub Etapu II - w wysokości 0,005 % Wynagrodzenia brutto wskazanego w § 11 ust. 1 za każdy rozpoczęty dzień zwłoki, przy czym Zamawiający może odstąpić od naliczenia tej kary umownej lub anulować naliczoną karę umowną, jeżeli Wykonawca dotrzyma terminu wykonania wskazanego w § 2 ust. 1 lit. c);

b) za zwłokę w wykonaniu Etapu III w odniesieniu do terminu wskazanego w § 2 ust. 1 lit. c) - w wysokości 0,01%

Wynagrodzenia brutto wskazanego w § 11 ust. 1 za każdy rozpoczęty dzień zwłoki; (...)

d) za zwłokę w usunięciu wad Dokumentacji Projektowej stwierdzonych w protokole odbioru lub w okresie gwarancji i rękojmi za wady - w wysokości 0,005% Wynagrodzenia brutto wskazanego w § 11 ust. 1, za każdy rozpoczęty dzień zwłoki liczony od dnia wyznaczonego na usunięcie wady do dnia jej usunięcia, potwierdzonego na piśmie przez Zamawiającego;

e) za zwłokę w usunięciu wad Robót Budowlanych (w tym urządzeń i instalacji) stwierdzonych w protokole odbioru lub w okresie rękojmi za wady i gwarancji jakości – w wysokości 0,01% Wynagrodzenia brutto wskazanego w § 11 ust. 1 za każdy rozpoczęty dzień zwłoki liczony od dnia wyznaczonego na usunięcie wady do dnia jej usunięcia, potwierdzonego na piśmie przez Zamawiającego;

f) za odstąpienie w części lub całości od Umowy z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy w wysokości 10 % Wynagrodzenia brutto wskazanego w § 11 ust. 1 Umowy."

– narusza art. 16 pkt 3 PZP w zw. z art. 8 ust. 1 PZP, w zw. z art. 5 i art. 353¹ KC a także z art. 471 i 476 w zw. z art. 483 § 1 KC oraz z art. 473 §1 KC. Zdaniem Odwołującego, postanowienia te są nieproporcjonalne, tj. powodują – nieuzasadnione potrzebami Zamawiającego – uprzywilejowanie pozycji Zamawiającego i naruszenie zasady równowagi stron stosunku zobowiązaniowego. Jak wskazał Budimex S.A. w treści uzasadnienia odwołania, niedopuszczalne jest zastrzeżenie kary umownej w umowie na roboty budowlane w formule „zaprojektuj i wybuduj” w ten sposób, że kara umowna za zwłokę w wykonaniu prac projektowych będzie liczona jako ułamek całego wynagrodzenia umownego (łącznie za zaprojektowanie i wybudowanie). W związku z powyższym, Wykonawca ten wniósł o dokonanie zmian ww. postanowienia Umowy poprzez jego doprecyzowanie, tj. dodanie w lit. a) że kara umowna powinna być liczona w wysokości 0,005% Wynagrodzenia brutto odnoszonego do właściwego Etapu („odpowiednio do Etapu I lub Etapu II”), uszczegółowienie w lit. b), że mowa jest o § 11 ust. 1 pkt 3, w lit. d) o pkt 1, zaś w lit. e) o pkt 2 postanowienia § 11 ust. 1 oraz w lit. f) poprzez zastąpienie słów „wskazanego w § 11 ust. 1 Umowy” słowami – „za niewykonaną część Umowy."

10. § 12 ust. 5 Umowy, w brzmieniu:

„5. Naliczone przez Zamawiającego kary umowne mogą być dochodzone kumulatywnie. Kary naliczone do dnia odstąpienia od Umowy są należne niezależnie od kary za odstąpienie."

– narusza art. 16 PZP w zw. z art. 8 ust. 1 PZP, w zw. z art. 5 i art. 353¹ KC, a także z art. 471 i 476 w zw. z art. 483 § 1 KC oraz z art. 473 §1 KC, bowiem również te postanowienia są skonstruowane nieproporcjonalnie, tj. w sposób nieuzasadniony potrzebami Zamawiającego, uprzywilejowując pozycję Zamawiającego i naruszając zasadę równowagi stron stosunku zobowiązaniowego, co pozostaje w sprzeczności z zasadami współżycia społecznego, godzi w naturę stosunku prawnego, naruszając tym samym równowagę kontraktową stron oraz stanowi nadużycie przez Zamawiającego przysługującego mu prawa podmiotowego do ukształtowania istotnych postanowień umownych. W tym zakresie Odwołujący powołał się na wyrok Sądu Najwyższego z dnia 18 stycznia 2019 r., sygn. III CSK 9/17 wg którego, kumulacja kar umownych jest o tyle dopuszczalna, o ile odstąpienie dotyczy tylko niewykonanej części umowy (skutek ex nunc), a kara za opóźnienie (zwłokę) dochodzona jest wyłącznie co do wykonanej części umowy, nieobjętej odstąpieniem. Jak wyjaśnił Odwołujący, w e wcześniejszej uchwale z 18 lipca 2012 r., sygn. III CZP 39/12, Sąd Najwyższy wskazał, że nie może być kumulowana kara umowna przewidziana za nienależyte wykonanie zobowiązania (np. kara umowna za opóźnienie w wykonaniu zobowiązania) oraz kara umowna za niewykonanie zobowiązania. Stąd, zdaniem Budimex S.A. przywołane postanowienie winno być doprecyzowane w następujący sposób: „Naliczone przez Zamawiającego kary umowne mogą być dochodzone kumulatywnie, z tym zastrzeżeniem, że kary naliczone za nienależyte wykonanie umowy w części do dnia odstąpienia częściowego od Umowy ze skutkiem na przyszłość, są należne niezależnie od kary za odstąpienie.";

11. § 12 ust. 4 Umowy, w brzmieniu:

„4. Kary umowne stają się wymagalne z chwilą i w dacie powstania podstawy do ich naliczenia, bez konieczności odrębnego wzywania Wykonawcy do ich zapłaty."

- narusza art. 16 PZP w zw. z art. 8 ust. 1 PZP, w zw. z art. 5 i art. 353¹ KC, a także z art. 471 i 476 w zw. z art. 483 § 1 KC oraz z art. 473 § 1 KC, gdyż jak poprzednie zaskarżone postanowienia jest nieproporcjonalny – Zamawiający nadużywa kar umownych jako środka motywującego wykonawcę. „Wykonawca może przez wiele miesięcy być nieświadomy naliczenia kary umownej (Etap II rozliczany jest kwartalnie - §11 ust. 4 lit. b), co sprawia że nie będzie mógł bronić się przed jej naliczeniem wykazując, że nienależyte wykonanie umowy było spowodowane okolicznościami niezależnymi od niego." Tym samym, postanowienie to winno brzmieć: „4. Termin zapłaty kary umownej wynosi 14 dni kalendarzowych od dnia skutecznego doręczenia Stronie wezwania do zapłaty. W razie zwłoki z zapłatą kary umownej Strona uprawniona do otrzymania kary umownej może żądać odsetek ustawowych za każdy dzień kalendarzowy zwłoki.";

12. § 14 ust. 7 lit. c) Umowy, w brzmieniu:

„7. W przypadku wystąpienia jakiegokolwiek wady w Przedmiocie Umowy Zamawiający jest uprawniony do: (...) c) żądania od Wykonawcy odszkodowania (obejmującego zarówno poniesione straty, jak i utracone korzyści), jakiej doznał Zamawiający lub osoby trzecie na skutek wystąpienia wad;”

– narusza art. 16 PZP w zw. z art. 8 ust. 1 PZP, w zw. z art. 5 i art. 353¹ KC, bowiem podobnie jak w przypadku innych postanowień, o których mowa w odwołaniu, uprzywilejowuje pozycję Zamawiającego z nieuzasadnioną i niezgodną z przepisami sposob. Według Odwołującego, standardem w tego rodzaju umowach jest, że wyłącza się przede wszystkim roszczenia o utracone korzyści, a także tzw. szkody pośrednie, w tym roszczenia osób trzecich, zaś w Umowie brak jest jakiegokolwiek ograniczenia odpowiedzialności Wykonawcy. W konsekwencji zaskarżonych postanowień, zdaniem Odwołującego ryzyko kontraktowe wykonawcy jest wręcz niemożliwe do skalkulowania i znacząco przekracza zwykłe ryzyko kontraktowe w obrocie gospodarczym w tego rodzaju kontraktach (np. przy wadzie parametrów instalacji). Brak jest również, w ocenie Odwołującego, racjonalnego uzasadnienia dla żądania aby Zamawiający mógł zgłaszać roszczenia związane ze szkodą, która wystąpi po stronie osób trzecich. Stąd, Odwołujący zaproponował zmiany w ust. 7 lit. c) oraz dodanie ust. 7a, tj:

„7. W przypadku wystąpienia jakiegokolwiek wady w Przedmiocie Umowy Zamawiający jest uprawniony do: (...) c) żądania od Wykonawcy odszkodowania (obejmującego zarówno poniesione straty, jak i utracone z wyłączeniem utraconych korzyści), jakiej doznał Zamawiający lub osoby trzecie na skutek wystąpienia wad; (...)

7a. Odpowiedzialność Stron

1) Strony ponoszą wobec siebie odpowiedzialność z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania Umowy lub za wyrządzoną szkodę na zasadach określonych w kodeksie cywilnym, z uwzględnieniem postanowień Umowy.

2) Całkowita odpowiedzialność Wykonawcy w związku z Umową nie może przekroczyć kwoty stanowiącej równowartość 100% (stu procent) Wynagrodzenia bez podatku VAT (netto).

3) W celu uniknięcia wątpliwości (a) wszelkie kary umowne określone w Umowie, zawierają się w powyższej łącznej kwocie odpowiedzialności, oraz (b) Dostawy, Usługi i Roboty Budowlane ukończone przez Wykonawcę zgodnie z Umową, za które Zamawiający zapłacił, nie zawierają się w powyższej łącznej kwocie odpowiedzialności.

4) Określona powyżej łączna kwota odpowiedzialności znajduje zastosowanie do odpowiedzialności Wykonawcy, jak również Podwykonawców, pracowników i przedstawicieli.

5) Wykonawca nie ponosi w stosunku do Zamawiającego odpowiedzialności w zakresie:

a) odpowiedzialności Zamawiającego ponoszonej na podstawie jakichkolwiek umów zawartych z osobami trzecimi, w tym odpowiedzialności związanej z brakiem wytwarzania energii elektrycznej lub ciepła,

b) kosztów poniesionych przez Zamawiającego bezpośrednio w celu wykonywania Umowy (z wyłączeniem Wynagrodzenia) w związku z kosztami kontrahentów lub pracowników Zamawiającego, poniesionymi przez Zamawiającego zgodnie z Umową kosztami mediów, kosztami prac wykonanych przez Zamawiającego lub na jego zlecenie w związku z wykonywaniem Umowy, kosztami zawierania lub wykonywania kontraktów z dostawcami mediów, doradcami, projektantami, lub innymi jego dostawcami lub podwykonawcami;

c) kosztów zakupu przez Zamawiającego zastępczej energii elektrycznej lub ciepła,

d) roszczeń instytucji finansowych świadczących Zamawiającemu usługi w związku z realizacją Umowy,

e) szkód takich jak straty produkcyjne i przerwy w produkcji, utrata możliwości eksploatacji, utrata mocy, koszty finansowe, kapitałowe, odsetki.”

W odpowiedzi z dnia 26 lutego 2024 r. na odwołanie, Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania w zakresie zarzutów nr 1, 2, 3, oraz nr 5, 6, 7, 9, 10 i 11 jako bezprzedmiotowych, zaś w zakresie zarzutów nr 4 i 8 jako bezzasadnych, a także o zasądzenie na rzecz Zamawiającego od Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów zastępstwa procesowego wraz z kosztami dojazdu na rozprawę - według spisu kosztów przedłożonego na posiedzeniu. Jak podał, przeanalizował zarzuty odwołania, ich uzasadnienie oraz sformułowane wnioski, w wyniku czego w drodze pisma pt. zmiana treści SWZ nr 1 z dnia 19 lutego 2024 r. oraz zmiana treści SWZ nr 2 z dnia 26 lutego 2024 r. dokonał modyfikacji postanowień załącznika nr 9 do SWZ, czyli Wzoru Umowy. Zatem, w ocenie Zamawiającego, w drodze ww. zmian, Zamawiający uwzględnił w większości intencje i argumenty Odwołującego wskazane w zarzutach i uzasadnieniu odwołania. Jak wskazał, „Zamawiający uwzględnił:

–Wniosek sformułowany w związku z zarzutem nr 1 Odwołania w części dotyczącej załącznika nr 3 do Wzoru umowy tj. Klauzuli waloryzacyjnej,

–wniosek sformułowany w związku z zarzutem nr 6,

–wniosek sformułowany w związku z zarzutem nr 9,

–wniosek sformułowany w związku z zarzutem nr 10 w części dotyczącej wykreślenia ust. 4 w § 12 wzoru umowy,

a także dokonał modyfikacji pozostałych postanowień Wzoru umowy, będących przedmiotem odwołania w ramach zarzutu 2, 3, 5, 7 i 11, za wyjątkiem postanowień ujętych w ramach zarzutu 4 i 8. Na uzasadnienie swojego stanowiska wskazał, iż:

1. w związku z zarzutem nr 1, w ramach zmiany treści SWZ nr 1 z dnia 19 lutego 2024 r. dokonał zmiany w akapicie pierwszym klauzuli oraz w pkt (2) klauzuli, wprost zgodnie z wnioskiem Odwołującego sformułowanym w odwołaniu oraz dokonał doprecyzowania klauzuli poprzez dodanie do pkt 3 i 5 lit. c), ale o treści innej niż wnioskowana przez Odwołującego, gdyż sposób zmiany zaproponowany przez Odwołującego był niewystarczający, a uwzględnienie wyłącznie wniosku Odwołującego w tym zakresie spowodowałoby, że zasady waloryzacji wynagrodzenia wykonawcy w kolejnych okresach nie byłyby precyzyjne;
2. w związku z zarzutem nr 2, Zamawiający dokonał modyfikacji Załącznika nr 9 do SWZ - wzór umowy w zakresie § 3 ust. 20 i 22 Wzoru umowy w sposób, w który według przekonania Zamawiającego wypełnia oczekiwania Odwołującego. Jak wskazał w odpowiedzi na odwołanie, Zamawiający „uznał, że niemożliwe jest zadośćuczynienie żądaniu Odwołującego i wykreślenie § 3 ust. 20 i 22 Wzoru umowy, gdyż stanowiłoby to istotne naruszenie interesu Zamawiającego. Jednak w celu zniwelowania ryzyka po stronie wykonawców związanych z uznaniowością decyzji Zamawiającego w zakresie uprawnienia do skorzystania z wykonawstwa zastępczego w zakresie Dokumentacji Projektowej dokonał on doprecyzowania przysługujących mu uprawnień, tak, aby błahe przyczyny jak opóźnienie, a nawet samo zagrożenie jego wystąpienia nie były podstawą zlecenia wykonawstwa zastępczego Dokumentacji Projektowej.”;
3. w związku z zarzutem nr 3, Zamawiający przeanalizował zarzut Odwołania w ww. zakresie i uzasadnienie do niego, w wyniku czego dokonał modyfikacji Załącznika nr 9 do SWZ - wzór umowy w zakresie § 3 ust. 22 Wzoru umowy w sposób, w który według przekonania Zamawiającego wypełnia oczekiwania Odwołującego, ponieważ definiuje koszty ponoszone w związku z wykonawstwem zastępczym jako całkowite i udokumentowane koszty Zamawiającego poniesione w celu uzyskania Dokumentacji Projektowej zgodnej z Umową;
4. w związku z zarzutem nr 4, Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania w tym zakresie, wyjaśniając, iż jako inwestor skonstruował projekt umowy, który ma zabezpieczyć również jego przyszłe potrzeby, np. przed roszczeniami ze strony potencjalnego wykonawcy przy pracach związanych z utworem w toku jego rozwoju lub modyfikacji, w miarę pojawiania się kolejnych potrzeb nieprzewidzianych w momencie tworzenia pierwotnego projektu. Stąd, niemożliwe było uwzględnienie przez Zamawiającego żądań oznaczających konieczność uzyskania uprzedniej zgody wykonawcy, na rozbudowę, modernizację lub przeróbkę instalacji. Nadto, formułując zaskarżone postanowienie umowne miał na celu uzyskanie praw autorskich do Dokumentacji Projektowej wytworzonej wyłącznie na potrzeby realizacji przedmioty zamówienia – tym samym, nie wymaga przeniesienia praw autorskich i zależnych do utworów, które zostały wytworzone w sposób nie związany z przedmiotem zamówienia, a powstały wcześniej na użytek prywatny lub komercyjny albo są przedmiotem opatentowanej produkcji przemysłowej, w szczególności zatem Zamawiający nie wymaga przeniesienia praw autorskich do projektów wykonawczo-technologicznych poszczególnych urządzeń wchodzących w skład układów przewidzianych do realizacji w ramach przedmioty zamówienia. Wobec drugiej części zarzutu 4 dotyczącej braku szczególnych regulacji w odniesieniu do utworów, co do których niemożliwe jest przeniesienie całości autorskich praw majątkowych na zamawiającego, takich jak np. dobra stanowiące projekty wynalazcze, wg Zamawiającego, nie opisując we Wzorze umowy wskazanych powyżej kwestii nie naruszył przepisów PZP, gdyż w świetle PZP Zamawiający ma prawo, a nie obowiązek, sformułowania regulacji w zakresie praw autorskich. „Nie można bowiem z ogólnych zasad nakazujących prowadzenie postępowania w sposób proporcjonalny i zapewniający najlepszą jakość dostaw, usług, oraz robót budowlanych wywodzić obowiązku Zamawiającego opisanie określonych regulacji w zakresie praw autorskich, w dodatku nawet tego szczególnie nie uzasadniając. (...) Zauważenia także wymaga, że w Odwołaniu nie wskazano, na czym polega zarzucana niezgodność postanowienia § 4 ust. 1 lit. b z przepisami PZP. Co więcej, zarzut wskazuje na naruszenie art. 29 ust. 1 PZP, który dotyczy zakazu zaniżania wartości zamówienia, przez co jest od początku bezzasadny.”
5. w związku z zarzutem nr 5, Zamawiający dokonał modyfikacji Załącznika nr 9 do SWZ – wzór umowy w zakresie § 5 ust. 1 pkt 18 w sposób, który według przekonania Zamawiającego wypełnia oczekiwania Odwołującego, oraz uwzględnił uzasadnienie zarzutu oraz przywołane orzecznictwo KIO – ponieważ ograniczył wymóg dostarczenia kodów źródłowych wyłącznie do oprogramowania wytworzonego na wyłączny użytek Zamawiającego;
6. w związku z zarzutem nr 6, Zamawiający dokonał modyfikacji Załącznika nr 9 do SWZ - wzór umowy w zakresie § 5 ust. 1 pkt 20 i § 5 ust. 3 w sposób, który według przekonania Zamawiającego wypełnia oczekiwania Odwołującego, oraz uwzględnił uzasadnienie zarzutu oraz przywołane orzecznictwo KIO;
7. w związku z zarzutem nr 7, Zamawiający dokonał modyfikacji Załącznika nr 9 do SWZ - wzór umowy w zakresie § 11 ust. 11 w sposób, który według przekonania Zamawiającego wypełnia oczekiwania Odwołującego, pomimo braku wyraźnego wniosku wskazującego zakres żądanej zmiany;
8. w związku z zarzutem nr 8, Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania w tym zakresie, wyjaśniając, iż w jego ocenie, określone wysokości kar umownych nie są rażąco wygórowane i nie służą wzbogaceniu się

Zamawiającego, uwzględniają potrzeby i wymagania związane z celem, specyfiką i wielkością zamówienia, a także zasadę proporcjonalności, uczciwej konkurencji i równego traktowania. „Zamawiający określił sposób naliczenia kary umownej (w tym za zwłokę w wykonaniu prac projektowych) stosując uniwersalne odniesienie tj. do całego wynagrodzenia umownego, zaś zasady, o których mowa w zarzucie Odwołującego są realizowane poprzez określenie wysokości kary umownej poprzez odniesienie się do wartości procentowej całego wynagrodzenia na adekwatnym poziomie. Przeprowadzana przez Zamawiającego analiza poprzedzająca przygotowanie Wzoru umowy wykazała, że określenie kary umownej na poziomie 0,005 % Wynagrodzenia brutto wskazanego w § 11 ust. 1 Umowy w świetle szacunkowej wartości zamówienia spowoduje, że kara umowna za każdy dzień zwłoki będzie oscylowała na poziomie 8.000 zł, zaś określenie kary umownej na poziomie 0,01 % Wynagrodzenia brutto wskazanego w § 11 ust. 1 w świetle szacunkowej wartości zamówienia spowoduje, że kara umowna za każdy dzień zwłoki będzie oscylowała na poziomie 16.000 zł, co uwzględniając potrzeby i wymagania związane z celem, specyfiką i wielkością zamówienia jest poziomem adekwatnym. Uwzględnienie wniosku Odwołującego spowodowałoby więc, że ww. kary umowne utraciłby swoje funkcje. Samo w sobie zaś odniesienie kary umownej do globalnej kwoty Wynagrodzenia nie przesądza jeszcze o jej wygórowaniu czy nieproporcjonalności.”

9.w związku z zarzutem nr 9, Zamawiający dokonał modyfikacji Załącznika nr 9 do SWZ - wzór umowy w zakresie § 12 ust. 5 w sposób, który wprost wypełnia oczekiwania Odwołującego;

10.w związku z zarzutem nr 10, Zamawiający dokonał modyfikacji Załącznika nr 9 do SWZ - wzór umowy w zakresie § 12 ust. 4 w sposób, który wg Zamawiającego wypełnia oczekiwania Odwołującego, przy czym Zamawiający nie uwzględnił wniosku, aby określić termin zapłaty kary umownej na 14 dni kalendarzowych od dnia skutecznego doręczenia Stronie wezwania do zapłaty, a w razie zwłoki z zapłatą kary umownej, by Strona uprawniona do otrzymania kary umownej mogła żądać odsetek ustawowych za każdy dzień kalendarzowy zwłoki – bowiem, uznał, że skoro żaden przepis PZP nie nakłada na Zamawiającego obowiązku regulacji w zakresie terminu do zapłaty kary umownej, to Zamawiający w tym zakresie dowolność regulacji, zaś kwestia uprawnienia do żądania odsetek ustawowych jest uregulowana w przepisach kodeksu cywilnego i Zamawiający nie musi dodatkowo wprowadzać jej do Wzoru umowy;

11.w związku z zarzutem nr 11, Zamawiający dokonał modyfikacji Załącznika nr 9 do SWZ - Wzoru Umowy w zakresie § 14 ust. 7 lit. c oraz § 12 poprzez dodanie ust. 7-13, w który według Zamawiającego wypełnia oczekiwania Odwołującego.

Tym samym, wg Zamawiającego, w zakresie dotyczącym zarzutów nr 1-3 oraz 5-7 i 9-11, rozstrzyganie staje się bezprzedmiotowe, bowiem spór pomiędzy wnoszącym Odwołanie a Zamawiającym już wygaś – wskutek modyfikacji przez Zamawiającego treści SWZ. Z kolei, w zakresie odnoszącym się do zarzutów nr 4 i 8, Zamawiający uznał odwołanie za bezzasadne, m.in. dlatego, że – jak wskazał: „Nie jest uzasadnione dążenie i oczekiwanie Odwołującego do uzyskania pełnej symetrii stron w umowie w sprawie zamówienia publicznego. W odniesieniu do zamówień publicznych zasada swobody umów i równości stron stosunku zobowiązaniowego (art. 353¹ KC) podlega modyfikacji i specyficznemu ograniczeniu. Nierówność stron umowy w sprawie zamówienia publicznego wynika wprost z przepisów PZP, które zastrzegają określone uprawnienia dla zamawiającego. Nie ma zatem obowiązku każdorazowego zapewnienia symetrii zobowiązań i uprawnień obu stron, ponieważ realizują one inne zadania, w szczególności wykonawcy nie wykonują zadań publicznych (zob. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 18 sierpnia 2020 r., sygn. akt KIO 1716/20, z dnia 25 października 2018 r., sygn. akt KIO 2068/18).”

W postępowaniu odwoławczym po stronie Odwołującego przystąpił WTEC-Waste To Energy Corporation PSA we Wrocławiu, wnosząc o uwzględnienie odwołania.

Pismem z dnia 27 lutego 2024 r. pełnomocnik Odwołującego wskazał, iż w związku z odpowiedzią Zamawiającego na odwołanie z dnia 26 lutego 2024 r. Odwołujący uznaje, że stanowi ono uwzględnienie odwołania w części, w której Zamawiający zmodyfikował projektowane postanowienia umowy zgodnie z żądaniem Odwołującego, zaś w pozostałym zakresie oświadczył, że cofa odwołanie. W związku z powyższym wniósł o umorzenie postępowania i zniesienie terminu posiedzenia oraz o dokonanie zwrotu Odwołującemu kwoty uiszczonej tytułem wpisu.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, że odwołanie zostało wniesione w terminie (w dniu 2 lutego 2024 r. Zamawiający opublikował ogłoszenie o zamówieniu wraz z dokumentami zamówienia na stronie internetowej prowadzonego postępowania, zaś odwołanie wpłynęło do Prezesa Izby w dniu 12 lutego 2024 r.), nie zawiera braków formalnych oraz terminowo został uiszczony od niego wpis w wymaganej wysokości. Nie została również wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 528 PZP.

W związku z dokonanymi czynnościami Zamawiającego po wniesieniu odwołania, polegającymi na dokonaniu modyfikacji postanowień SWZ w dniu 19 lutego 2024 r. (Zmiana treści SWZ nr 1) oraz w dniu 26 lutego 2024 r. (Zmiana

treści SWZ nr 2) oraz wycofaniem odwołania w pozostałej części przez Odwołującego – postępowanie podlega umorzeniu w całości.

Zgodnie z art. 568 pkt 2 PZP, Izba umarza postępowanie odwoławcze w przypadku stwierdzenia, że dalsze postępowanie stało się z innej przyczyny zbędne lub niedopuszczalne.

Jednocześnie wskazuje się, że hipotezą ww. przepisu objęte są sytuacje utraty tzw. substratu zaskarżenia, tj. unieważnienia/zniesienia/likwidacji czynności, które były przedmiotem zaskarżenia. W tej sytuacji, spór staje się bowiem bezprzedmiotowy. W niniejszej sprawie, substratem zaskarżenia, na moment wniesienia odwołania była czynność sporządzenia przez Zamawiającego postanowień SWZ w sposób uznany przez Odwołującego jako naruszający przepisy PZP. Niemniej, na moment orzekania przez Krajową Izbę Odwoławczą, część tych czynności została usunięta, skoro Zamawiający zmodyfikował treść zaskarżonych postanowień. Ich modyfikacja – bez względu na to, czy odbyła się z uwzględnieniem interesów Odwołującego, czy wbrew żądaniom odwołania, oznacza likwidację przedmiotu zaskarżenia, skoro postanowienia te nie brzmią już tak, jak w momencie ich zaskarżenia. Tym samym, nie ma już postanowień SWZ, do których odnosi się Odwołujący w odwołaniu – na skutek modyfikacji, nadano tym postanowieniom inne brzmienie. Zaskarżenie czynności, która w kształcie wskazanym w odwołaniu już nie istnieje, nie daje podstaw do analizy zaskarżonych a usuniętych następnie czynności Zamawiającego lub ich skutków i do ewentualnego stwierdzenia naruszenia przepisów przez Zamawiającego. Nie może być zatem podstawą do wydania orzeczenia merytorycznego. Uznać w takiej sytuacji należy, iż prowadzenie dalszego postępowania odwoławczego stało się zbędne.

Tym samym przed rozpoczęciem posiedzenia przed Izbą nie istniały już czynności, do których odnosiły się zarzuty odwołania i których prawidłowość kwestionował Odwołujący. Innymi słowy, w momencie orzekania przez Izbę nie istniał substrat zaskarżenia, będący podstawą korzystania ze środków ochrony prawnej przez Odwołującego. Powyższe dotyczy zarzutu nr 1, dotyczącego brzmienia załącznika nr 3 do Wzoru Umowy, zarzutu nr 3, dotyczącego brzmienia § 3 ust. 22 Załącznika nr 9 do SWZ – Wzoru Umowy, zarzutu nr 5, dotyczącego brzmienia § 5 ust. 18 Załącznika nr 9 do SWZ – Wzoru Umowy, zarzutu nr 6, dotyczącego brzmienia § 5 ust. 2 pkt 20 oraz ust. 3 Załącznika nr 9 do SWZ – Wzoru Umowy, zarzutu nr 9, dotyczącego brzmienia § 12 ust. 5 Załącznika nr 9 do SWZ – Wzoru Umowy oraz zarzutu nr 10, dotyczącego brzmienia § 10 ust. 4 Załącznika nr 9 do SWZ – Wzoru Umowy.

Nadto, w pozostałym zakresie – Odwołujący wykonawca oświadczył, że cofa odwołanie (pismo z dnia 27.02.2024 r.).

Zgodnie z art. 520 ust. 1 PZP, Odwołujący może cofnąć odwołanie do czasu zamknięcia rozprawy.

Mając powyższe na uwadze, orzeczono jak w sentencji.

Rozstrzygnięcie o kosztach postępowania odwoławczego wydano na podstawie art. 574 i art. 575 PZP oraz § 9 ust. 1 pkt 2 lit. b oraz ust. 2 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. poz. 2437). W przypadku umorzenia postępowania odwoławczego przez Izbę w całości ze względu na stwierdzenie, że dalsze postępowanie stało się z innej przyczyny zbędne, koszty znosi się wzajemnie, a jeżeli doszło do tego przed otwarciem rozprawy, to Izba orzeka o dokonaniu zwrotu odwołującemu z rachunku Urzędu kwoty uiszczonej tytułem wpisu. W tym kontekście, Izba uznała, iż w zakresie wycofania dwóch pozostałych zarzutów przez Odwołującego – analogiczne zastosowanie znajduje przepis § 9 ust. 1 pkt 2 lit. b ww. rozporządzenia.

Przewodnicząca: