

Sygn. akt: KIO 3135/23
KIO 3136/23
KIO 3179/23

WYROK
z dnia 13 listopada 2023 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Katarzyna Prowadzisz
Protokolant: Piotr Ceglowski

po rozpoznaniu na rozprawie, w Warszawie, w dniu 6 listopada 2023 roku odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej

- (A) w dniu 23 października 2023 roku przez wykonawcę *Baudziedzic spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa z siedzibą w Głogowie Małopolskim* (sygn. akt KIO 3135/23),
- (B) w dniu 23 października 2023 roku przez wykonawcę *Hochtief spółka akcyjna z siedzibą w Warszawie* (sygn. akt KIO 3136/23),
- (C) w dniu 23 października 2023 roku przez wykonawcę *Dekpol Budownictwo spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą Pinczyn* (sygn. akt KIO 3179/23)

w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – *Lotnicze Pogotowie Ratunkowe w Warszawie* przy udziale:

- a) wykonawcy *Hochtief spółka akcyjna z siedzibą w Warszawie*, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 3135/23 i KIO 3179/23 po stronie Odwołującego,
- b) wykonawcy *Korporacja Budowlana Doraco spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Gdańsku* zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 3135/23, KIO 3136/23 i KIO 3179/23 po stronie Odwołującego,
- c) wykonawcy *Skanska spółka akcyjna z siedzibą w Warszawie* zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 3135/23, KIO 3136/23 i KIO 3179/23 po stronie Odwołującego,
- d) wykonawcy *Strabag spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Pruszkowie* zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 3135/23, KIO 3136/23 i KIO 3179/23 po stronie Odwołującego,
- e) wykonawcy *Baudziedzic spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa z siedzibą w Głogowie Małopolskim* zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 3136/23 i KIO 3179/23 po stronie Odwołującego,
- f) wykonawcy *Mostostal Warszawa spółka akcyjna z siedzibą w Warszawie* zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 3136/23 po stronie Odwołującego,
- g) wykonawcy *NDI spółka akcyjna z siedzibą w Sopocie*, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 3136/23 i KIO 3179/23 po stronie Odwołującego

orzeka:

1. **Umarza postępowanie odwoławcze w sprawie sygn. akt KIO 3136/23 w zakresie** zarzutów odwołania naruszenia: art. 99 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych w zw. z art. 16 ustawy przez ich błędne zastosowanie i opisanie przedmiotu zamówienia w sposób niewyczerpujący, bez uwzględnienia wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty (zarzut 6); art. 8 ust. ustawy w zw. z art. 5 oraz art. 353 1 Kodeksu cywilnego w zw. z art. 16 i art. 433 ustawy przez określenie projektowanych postanowień § 11 ust. 5 Projektu Umowy w zakresie prawa Zamawiającego do żądania zawieszenia prowadzenia części lub całości robót w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia, z przekroczeniem granicy dopuszczalnej swobody umów oraz w warunkach nadużycia prawa podmiotowego do samodzielnego kształtowania warunków umowy przez Zamawiającego (zarzut 7), art. 16 pkt 3 ustawy w zw. z art. 10 ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. - Prawo budowlane w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy w zw. z art. 5 oraz art. 353 1 kodeksu cywilnego przez określenie w § 2 ust. 3 Projektu Umowy wymogów co do materiałów, instalacji, wyposażenia oraz urządzeń w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia, z przekroczeniem granicy dopuszczalnej swobody umów oraz w warunkach nadużycia prawa podmiotowego do samodzielnego kształtowania warunków umowy przez Zamawiającego (zarzut 8) – z powodu uwzględnienia odwołania przez Zamawiającego w tym zakresie.
2. **Umarza postępowanie odwoławcze w sprawie sygn. akt KIO 3179/23 w zakresie** zarzutów odwołania naruszenia: art. 439 ust. 1 i 2 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz art. 5 i 353¹ Kodeksu cywilnego w zw. z art. 8 ustawy przez wprowadzenie do wzoru umowy: (a) w § 7 ust. 2 postanowienia uzależniającego waloryzację wynagrodzenia od uzyskania dodatkowych środków finansowych od Ministra Zdrowia, z jednoczesnym zastrzeżeniem, że Wykonawcy nie przysługuje roszczenie o zapłatę jakichkolwiek odsetek w przypadku „wyłaty wyrównania” (tj. zwaloryzowania wynagrodzenia z opóźnieniem), co narusza obowiązek waloryzacji wynagrodzenia w sytuacji spełnienia określonych ku temu przesłanek oraz równowagę stron Umowy, a także stanowi nadużycie prawa podmiotowego Zamawiającego do kształtowania postanowień umownych (zarzut 2 a), (d) § 7 ust. 10 zd. 1 postanowienia dotyczącego obliczenia kwoty waloryzacji, w zakresie, w jakim kwota ta ma być „obliczana jako iloczyn dotychczasowego wynagrodzenia za daną część robót budowlanych wykonanych w tym okresie waloryzacyjnym”, co wobec niedoprecyzowania pojęcia „okresu waloryzacyjnego” nie pozwala na wyliczenie kwoty waloryzacji i tym samym niweczy cel wprowadzenia obowiązkowej waloryzacji wynagrodzenia w umowach zawartych na okres dłuższy niż 6 miesięcy (zarzut 2 d)
– z powodu uwzględnienia odwołania przez Zamawiającego w tym zakresie.

3.

A) Uwzględnia odwołanie w sprawie o sygn. akt KIO 3135/23

Nakazuje Zamawiającemu wykreślenie ze Specyfikacji Warunków Zamówienia (konsekwentnie z ogłoszenia o zamówieniu) postanowienia zawartego w § 11 pkt 1 ppkt 4 l o treści: *W przypadku wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, a także w przypadku, gdy Wykonawca polega na zdolnościach technicznych lub zawodowych innych podmiotów na podstawie art. 118 uPzp, wykonaniem wszystkich ww robót (lit. a – e) winien wykazać się samodzielnie co najmniej jeden z*

Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia lub podmiot udostępniający zasoby, jednocześnie uznając, że w ramach § 11 pkt 1 ppkt 4 I Zamawiający zawarł 5 odrębnych warunków w zakresie doświadczenie – branżą elektryczną.

B) Uwzględnia odwołanie w sprawie o sygn. akt KIO 3136/23 w części

Nakazuje Zamawiającemu wykreślenie ze Specyfikacji Warunków Zamówienia (konsekwentnie z ogłoszenia o zamówieniu) postanowienia zawartego w § 11 pkt 1 ppkt 4 I o treści: W przypadku wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, a także w przypadku, gdy Wykonawca polega na zdolnościach technicznych lub zawodowych innych podmiotów na podstawie art. 118 uPzp, wykonaniem wszystkich w/w robót (lit. a – e) winien wykazać się samodzielnie co najmniej jeden z Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia lub podmiot udostępniający zasoby, jednocześnie uznając, że w ramach § 11 pkt 1 ppkt 4 I Zamawiający zawarł 5 odrębnych warunków w zakresie doświadczenie – branżą elektryczną.

Nakazuje Zamawiającemu modyfikację warunku z § 11 pkt 1 ppkt 4 I lit. d SWZ przez nadanie mu treści: „d) wykonał w okresie ostatnich 10 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, co najmniej 1 robotę instalacyjną w zakresie podobnym do przedmiotu zamówienia, polegającą na wdrożeniu i uruchomieniu instalacji teletechnicznych, złożonych z:

- okablowania światłowodowego, strukturalnego, LAN, i
- systemu zarządzania siecią LAN, i
- urządzeń aktywnych sieci LAN, i
- szaf /T z listwami PDU, wyposażonych w system klimatyzacji/ precyzyjnej z tzw. bezpośrednim chłodzeniem wnętrza szaf przez wymienniki klimatyzacyjne lub w system klimatyzacji za pomocą oddzielnych szaf lub inny równoważny, instalację sygnalizacji i gaszenia pożaru oraz system monitoringu parametrów środowiskowych”.

Nakazuje Zamawiającemu wykreślenie z § 1 pkt 36 Projektowanych postanowień umowy treści: „Wadą istotną jest także wada w przedmiocie Umowy lub w jego części polegająca na braku właściwości, określonych

w Umowie. W odniesieniu do wyrobów budowlanych, instalacji i Urządzeń jest to: brak wymaganych parametrów ilościowych lub/i jakościowych, zawodność działania, nadmierna energo-, materiał-, czy pracochłonność, nadmierna ilość lub szkodliwość odpadów, szkodliwy wpływ na środowisko w stosunku do wytycznych zawartych w Dokumentacji Projektowej, wiedzy technicznej/ i obowiązujących przepisów. Za wady istotne uznaje się także braki w Dokumentacji Powykonawczej.”.

Nakazuje Zamawiającemu wykreślenie z § 1 pkt 18 Projektowanych postanowień umowy treści: „Odbiór Końcowy polega na ocenie kompletności

i jakości wykonania robót Etapu I wraz z potwierdzeniem usunięcia wad

i usterek, stwierdzonych podczas Odbioru Wykonanych Robót Etapu I.

W przypadku podziału Inwestycji na zadania/etapy, przy podziale Pozwolenia na Użytkowanie czy zgłoszenia do użytkowania na etapy, Odbiór Końcowy odbywa się po wykonaniu wszystkich zadań/etapów, po usunięciu wad i usterek w przedmiocie Umowy.”.

Nakazuje Zamawiającemu wykreślenie § 6 pkt ust. 4 Projektowanych postanowień umowy.

Nakazuje Zamawiającemu wykreślenie z § 6 ust. 3 Projektowanych postanowień umowy treści: faktur częściowych wystawianych co trzy miesiące.

Nakazuje Zamawiającemu wykreślenie z § 7 pkt 5 oraz pkt 9 Projektowanych postanowień umowy treści: 5%

W zakresie zarzutu 5, zarzutu 9, zarzutu 10 w części dotyczącej limitu waloryzacji I zba odwołanie uznała za niezasadne

C) Uwzględnia odwołanie w sprawie o sygn. akt KIO 3179/23 w części.

Nakazuje Zamawiającemu wykreślenie z § 7 pkt 5 oraz pkt 9 Projektowanych postanowień umowy treści: 5%

Nakazuje Zamawiającemu wykreślenie z § 7 pkt 3 Projektowanych postanowień umowy treści: od dnia zawarcia Umowy.

Nakazuje Zamawiającemu wykreślenie z § 7 pkt 5 Projektowanych postanowień umowy treści: kwartalnego wskaźnika zmian cen produkcji budowlano-montażowej w stosunku do poprzedniego kwartału.

W zakresie zarzutu 1, zarzutu 2c, zarzutu 3 I zba odwołanie uznała za niezasadne.

4. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę Baudziedzic spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa z siedzibą w Głogowie Małopolskim (sygn. akt KIO 3135/23), wykonawcę Hochtief spółka akcyjna z siedzibą w Warszawie (sygn. akt KIO 3136/23), wykonawcę Dekpol Budownictwo spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą Pinczyn (sygn. akt KIO 3179/23) oraz Zamawiającego – Lotnicze Pogotowie Ratunkowe w Warszawie i:

a. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 60 000 zł 00 gr (słownie: sześćdziesiąt tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę Baudziedzic spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa z siedzibą w Głogowie Małopolskim (sygn. akt KIO 3135/23), wykonawcę Hochtief spółka akcyjna z siedzibą w Warszawie (sygn. akt KIO 3136/23), wykonawcę Dekpol Budownictwo spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą Pinczyn (sygn. akt KIO 3179/23) tytułem wpisów od odwołań

b. zasadzą od Zamawiającego – Lotnicze Pogotowie Ratunkowe w Warszawie na rzecz wykonawcy Baudziedzic spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa z siedzibą w Głogowie Małopolskim (sygn. akt KIO 3135/23) kwotę 23 600,00 zł (słownie: dwadzieścia trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika,

c. zasadzą od Zamawiającego – Lotnicze Pogotowie Ratunkowe w Warszawie na rzecz wykonawcy Hochtief spółka akcyjna z siedzibą w Warszawie (sygn. akt KIO 3136/23) kwotę 16 858,00 zł (słownie: szesnaście tysięcy osiemset pięćdziesiąt osiem złotych zero groszy) tytułem wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika stosownie do wyniku postępowania,

d.zasadzą od Zamawiającego – *Lotnicze Pogotowie Ratunkowe w Warszawie* na rzecz wykonawcy *Dekpol Budownictwo spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą Pinczyn* (sygn. akt KIO 3179/23) kwotę 7 867 zł (słownie: siedem tysięcy osiemset sześćdziesiąt siedem złotych zero groszy) tytułem wpisu odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika stosownie do wyniku postępowania.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2023 r., poz. 1605 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:

Sygn. akt: KIO 3135/23
KIO 3136/23
KIO 3179/23

UZASADNIENIE

Zamawiający – *Lotnicze Pogotowie Ratunkowe w Warszawie* prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn.: „*Budowa budynku Krajowego Centrum Monitorowania Ratownictwa Medycznego wraz z niezbędną infrastrukturą techniczną oraz zagospodarowaniem terenu na części działki nr ew. 7/10 z obrębu 6-10-01, położonej przy ul. Księżycowej 5 w dzielnicy Bemowo m.st. Warszawy*”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2023/S 196-613036 w dniu 11 października 2023 roku.

Odwołanie sygn. akt: KIO 3135/23

Odwołujący działając na podstawie art. 513 pkt 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (dalej: „Pzp”), wniósł odwołanie wobec treści dokumentów zamówienia, tj. niezgodnych z przepisami Pzp czynności (skonstruowania postanowień dokumentów zamówienia), do których Zamawiający jest zobowiązany na podstawie Pzp.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1) art. 112 ust. 1 w związku z art. 112 ust. 2 pkt 4 oraz art. 117 ust. 1 Pzp przez:

- ustalenie warunku dotyczącego zdolności technicznej lub zawodowej w zakresie wymaganego doświadczenia (branża elektryczna) w sposób nieproporcjonalny względem przedmiotu zamówienia oraz wykraczający poza cel warunku, jakim jest umożliwienie oceny zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia tj. w sposób nadmierny i niezasadniony potrzebami zamawiającego,
- wykraczające poza minimalne poziomy zdolności i niezasadnione potrzebami zamawiającego ustalenie wymagania, by warunek dotyczący zdolności technicznej lub zawodowej w zakresie wymaganego doświadczenia (branża elektryczna) spełniał w jeden podmiot tj. aby - w przypadku konsorcjum lub polegania na zdolnościach podmiotu udostępniającego zasoby - warunek spełniony został w taki sposób, aby jeden z wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie albo jeden podmiot udostępniający zasoby spełniał samodzielnie warunek w całym jego wielowatkowym zakresie,

co w konsekwencji stanowi naruszenie

2) art. 16 pkt 1 i 3 Pzp przez naruszenie zasad:

- uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców prowadząc do ograniczenia dostępu do zamówienia wykonawcom zdolnym do realizacji zamówienia, w tym także małym i średnim przedsiębiorstwom zdolnym do uczestniczenia w wykonaniu zamówienia a także
- proporcjonalności poprzez zastosowanie środków dyskryminujących oraz nadmiernych i wykraczających poza to, co jest konieczne dla osiągnięcia celu jakiego służyć warunek udziału w postępowaniu.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1) usunięcie z treści dokumentów zamówienia (§ 11 pkt 4 I. SWZ) postanowienia:

W przypadku wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, a także

w przypadku, gdy Wykonawca polega na zdolnościach technicznych lub zawodowych innych podmiotów na podstawie art. 118 uPzp, wykonaniem wszystkich w/w robót (lit. a — e) winien wykazać się samodzielnie co najmniej jeden z Wykonawców wspólnie ubiegających się

o udzielenie zamówienia lub podmiot udostępniający zasoby

2) ewentualnie zastąpienia postanowienia, o którym mowa w pkt 1., treścią:

W przypadku wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, a także

w przypadku, gdy Wykonawca polega na zdolnościach technicznych lub zawodowych innych podmiotów na podstawie art. 118 uPzp, wykonaniem wszystkich w/w robót (lit. a — e) winny wykazać się łącznie nie więcej niż trzy podmioty spośród Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia i podmiotów udostępniający zasoby.

3) ewentualnie zastąpienia postanowienia, o którym mowa w pkt 3.1., treścią:

W przypadku wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, a także w przypadku, gdy Wykonawca polega na zdolnościach technicznych lub zawodowych innych podmiotów na podstawie art. 118 uPzp, wykonaniem robót wymienionych w lit. a), b), c) i e) winien wykazać się samodzielnie co najmniej jeden z Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia lub podmiot udostępniający zasoby.

Odwołujący wniósł o zasądzenie od Zamawiającego kosztów postępowania odwoławczego poniesionych przez Odwołującego.

Odwołujący podał, że posiada interes we wniesieniu Odwołania, w rozumieniu art. 505 ust. 1 ustawy Pzp. Odwołujący to podmiot profesjonalnie działający na rynku budowlanym. Na skutek skonstruowania przez Zamawiającego ograniczających konkurencję i nieproporcjonalnych postanowień dokumentów zamówienia stanowiących przedmiot zaskarżenia objęty niniejszym odwołaniem, Odwołujący został pozbawiony możliwości ubiegania się o udzielenie zamówienie.

W doktrynie i orzecznictwie powszechnie przyjmuje się, że na etapie przed otwarciem ofert każdy wykonawca deklarujący zainteresowanie uzyskaniem danego zamówienia posiada jednocześnie interes w jego uzyskaniu. W kontekście interesu w uzyskaniu zamówienia Odwołujący wskazał na orzeczenia Izby, które pozostają również aktualne na gruncie obecnie obowiązującej ustawy: wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 18.09.2017 r., KIO 1776/17, wyrok z 8.06.2013 r., KIO 906/13, wyrok z 12.07.2017 r., KIO 1331/17; wyrok z 28.02.2012 r., KIO 247/12).

Odwołujący podał, że czynności Zamawiającego objęte niniejszym odwołaniem nie tylko naruszają powołane na wstępie przepisy Pzp, ale także ograniczają konkurencyjność i szeroko rozumiany dostęp do zamówienia.

W uzasadnieniu zarzutów odwołania Odwołujący podał:

I. Stan faktyczny

W Postępowaniu, w § 11 ust. 1 pkt 3 SWZ, Zamawiający ustalił warunki udziału

w Postępowaniu w zakresie sytuacji ekonomicznej i finansowej, zaś w § 11 ust. 1 pkt 4 SWZ Zamawiający ustalił warunki udziału w Postępowaniu w zakresie zdolności technicznej

i zawodowej (doświadczenie wykonawcy) odnoszące się do I. Doświadczenie - branża elektryczna oraz II.

Doświadczenie - branża budowlana oraz w zakresie dysponowania odpowiednio wykwalifikowanym personelem III.

Zdolność zawodowa

Odwołanie dotyczy warunku: „I. Doświadczenie — branża elektryczna” (§ 11 ust. 1 pkt 4, pkt I SWZ), którego treść

Zamawiający ustalił w sposób następujący :

I. DOŚWIADCZENIE - BRANŻA ELEKTRYCZNA:

a) *wykonał w okresie ostatnich 10 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres*

prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, co najmniej 2 roboty instalacyjne

w zakresie podobnym do przedmiotu zamówienia, polegające na przebudowie, budowie lub

rozbudowie sieci i instalacji elektrycznych i elektroenergetycznych zewnętrznych jak również

wewnątrz budynków, każda z nich powinna uwzględniać budowę infrastruktury technicznej

(dostawa i montaż) złożonej z:

▣ zabezpieczenia istniejących podziemnych linii elektroenergetycznych nN i SN, i

▣ instalacji przyłącza elektroenergetycznego wraz z układem pomiaroworozliczeniowym,

i

▣ instalacji zasilania i rozdziału energii elektrycznej napięcia podstawowego dla obwodów

odbiorczych w tym układu rozdzielnic i tablic rozdzielczych o mocy przyłączeniowej

minimum 300 kW, i

▣ instalacji zasilania i rozdziału energii elektrycznej napięcia gwarantowanego dla

obwodów odbiorczych w tym układu rozdzielnic i tablic rozdzielczych o mocy

przyłączeniowej minimum 80 kW, i

▣ instalacji zasilania i rozdziału energii elektrycznej napięcia rezerwowego z agregatu

prądotwórczego dla obwodów odbiorczych w tym układu rozdzielnic i tablic

rozdzielczych o mocy przyłączeniowej minimum 200 kW,

b) wykonał w okresie ostatnich 10 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres

prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, co najmniej 2 roboty instalacyjne

w zakresie podobnym do przedmiotu zamówienia, z których każda polegała na zrealizowaniu

i uruchomieniu co najmniej dwóch zintegrowanych ze sobą następujących systemów:

kontroli dostępu (SKD),

systemu sygnalizacji włamania i napadu (SSWiN),

systemu telewizji dozorowej (CCTV),

komunikacji głosowej,

nagłośnienia informacyjnego,

c) wykonał w okresie ostatnich 10 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres

prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, co najmniej 2 roboty instalacyjne

w zakresie podobnym do przedmiotu zamówienia, z których każda polegała na zrealizowaniu

i uruchomieniu instalacji systemu sygnalizacji pożarowej jako ochrona całkowita w budynku

wraz z integracją programową (na poziomie dedykowanego oprogramowania) z co najmniej

jednym z systemów wymienionych w lit. b,

d) wykonał w okresie ostatnich 10 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres

prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, co najmniej 2 roboty instalacyjne

w zakresie podobnym do przedmiotu zamówienia, polegającą na dostawie, wdrożeniu

i uruchomieniu instalacji teletechnicznych, złożonych z:

□ okablowania światłowodowego, strukturalnego, LAN, i

□ systemu zarządzania siecią LAN, i

□ urządzeń aktywnych sieci LAN, i

□ szaf IT tzw. szczelnych (drzwi przeszklone) z listwami PDU, wyposażonych w system

klimatyzacji precyzyjnej z tzw. bezpośrednim chłodzeniem wnętrza szaf przez

wymienniki klimatyzacyjne, instalację sygnalizacji i gaszenia pożaru oraz system

monitoringu parametrów środowiskowych,

e) wykonał w okresie ostatnich 10 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres

prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, co najmniej 1 usługę polegającą na

dostawie, wdrożeniu, uruchomieniu systemu monitorowania i sterowania instalacji w budynku

BMS (Building Management System) o min. 1000 pkt sygnałowych.

W przypadku wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, a także

w przypadku, gdy Wykonawca polega na zdolnościach technicznych lub zawodowych innych

podmiotów na podstawie art. 118 uPzp, wykonaniem wszystkich ww robót (lit. a – e) winien

wykazać się samodzielnie co najmniej jeden z Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia lub podmiot udostępniający zasoby.

Ponadto na str. 11 SWZ, pod warunkami udziału I. Doświadczenie - branża elektryczna oraz II. Doświadczenie - branża budowlana, Zamawiający zawarł następujące postanowienie:

„W celu spełnienia ww warunków posiadania doświadczenia dopuszczalna jest realizacja przedmiotowych robót w ramach tego samego zlecenia/umowy.

W sytuacji gdy któryś z ww warunków będzie w całości spełniany nie przez Wykonawcę lub współnika konsorcjum, a przez podmiot udostępniający zasoby („inny podmiot”), podmiot ten musi być wykonawcą całej części zamówienia (100%). Jeżeli warunki będą spełniane częściowo przez Wykonawcę lub współnika konsorcjum oraz częściowo przez inny podmiot lub inne podmioty to ta część zamówienia będzie musiała być wykonana proporcjonalnie do zakresu spełniania danego warunku przez poszczególne podmioty. ”

II. Uzasadnienie zarzutów

Odwołujący podał odwołujący się do orzecznictwa i literatury przedmiotu, że celem postawienia warunków udziału w postępowaniu i odpowiedniego ich opisanie, jest wybór wykonawcy dającego rękojmię należytego wykonania zamówienia. Zamawiający, określając warunki udziału powinien więc dokonać tego w taki sposób, aby w postępowaniu mogli uczestniczyć wykonawcy, którzy swoimi właściwościami gwarantują pewność rzetelnego i prawidłowego wykonania zamówienia.

Jednocześnie należy podkreślić, że zgodnie z Pzp Zamawiający może, ale nie musi określać warunków udziału w postępowaniu. Jeśli już jednak to zrobi, to warunki udziału w postępowaniu powinny być zgodne z ustawowymi wymaganiami. Zamawiający jest bowiem skrupowany przy określaniu warunków udziału m. in. art. 16, 112 ust. 1 i 117 ust. 1 Pzp.

Granice swobody zamawiającego w formułowaniu warunków udziału w postępowaniu wyznacza przede wszystkim art.

16 Pzp, zgodnie z treścią którego "zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób: 1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców; 2) przejrzysty; 3) proporcjonalny" oraz wyrażona w art. 112 ust. 1 Pzp zasada proporcjonalności.

Proporcjonalność należy rozumieć jako zakaz ustanawiania wymogów nadmiernie wygórowanych, eliminujących w sposób nieuzasadniony wykonawców zdolnych do wykonania zamówienia. Sformułowanie odpowiednich warunków udziału w postępowaniu wymaga bowiem wyważenia uzasadnionych potrzeb zamawiającego i umożliwienia dostępu do tego zamówienia racjonalnie szerokiej grupie wykonawców.

Art. 112 ust. 1 Pzp wskazuje także, że określając warunki udziału w postępowaniu zamawiający wyraża je jako minimalne poziomy zdolności. Określenie warunków podmiotowych, musi polegać na wyznaczeniu „minimalnych poziomów zdolności”, a więc nawiązywać do posiadania doświadczenia o charakterze wystarczającym do wykonania przedmiotu udzielanego zamówienia. Pzp nie przewiduje, aby wykonawca musiał legitymować się dokładnie takimi samymi zrealizowanymi budowlami, jak przedmiot zamówienia, o które się ubiega. Przyjęte przez zamawiającego kryteria kwalifikacji nie mogą zatem wykraczać poza to, co jest obiektywnie racjonalne, niezbędne do osiągnięcia celu prowadzonej procedury, a więc wyboru oferty pochodzącej od wykonawcy zdolnego do należytego wykonania zamówienia. Postawienie określonego rodzaju warunków udziału w postępowaniu nie może mieć na celu ani prowadzić do uniemożliwienia udziału w postępowaniu wykonawcom, którzy są zdolni do należytego wykonania danego zamówienia.

Należy zauważyć, iż - mając na uwadze, że każde zamówienie jest inne, niektóre zamówienia mogą być na tyle specyficzne czy złożone, że pojedynczy wykonawca może nie być w stanie, samodzielnie dawać rękojmią należytego wykonania zamówienia - ustawodawca unijny, a za nim krajowy, przewidział instytucje prawne pozwalające na sumowanie zdolności podmiotów ubiegających się o zamówienie, w celu wykazania warunków udziału w postępowaniu i wspólnej realizacji zamówienia. Instytucjami tymi są możliwość wspólnego ubiegania się o zamówienia oraz możliwość polegania na zdolności podmiotów udostępniających zasoby. Zgodnie z art. 58 ust. 1 Pzp wykonawcy mogą wspólnie ubiegać się o udzielenie zamówienia. W myśl przepisu art. 58 ust. 5 ustawy Pzp, przepisy dotyczące wykonawcy stosuje się odpowiednio do wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia. Istotą powyższej regulacji jest łączenie potencjału kilku wykonawców. Zsumowany potencjał konsorcjantów pozwala wykazać dysponowanie odpowiednimi w stosunku do przedmiotu zamówienia kwalifikacjami oraz należyście wykonać zamówienie. Uprawnienie do ubiegania się o zamówienie w formie konsorcjum sprowadza się więc między innymi do możliwości łączenia posiadanych potencjałów w celu wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu, co należy uznać za zasadę. „(...)Obowiązek traktowania wykonawców ubiegających się wspólnie o udzielenie zamówienia na równi z wykonawcami występującymi samodzielnie podkreśla brzmienie art. 58 ust. 5 Pzp. Zgodnie z tym przepisem do wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia stosuje się odpowiednio przepisy dotyczące wykonawcy. Gdyby nie przepis art. 58 ust. 5 Pzp każdy ze współwykonawców musiałby samodzielnie spełniać wszystkie wymagania stawiane uczestnikom postępowania. W odniesieniu do warunków udziału w postępowaniu regułą jest, że wykonawców łącznie występujących w postępowaniu należy traktować, jakby byli jednym wykonawcą i w rezultacie sumować ich potencjały.” (Prawo zamówień publicznych. Komentarz, pod red. H. Nowaka, M. Winiarza, Warszawa 2021, s. 247). Wprawdzie zgodnie z przepisem art. 117 ust. 1 ustawy Pzp Zamawiający może określić szczególnie, obiektywnie uzasadniony, sposób spełniania przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia warunków udziału w postępowaniu. Jednakże może to uczynić wyłącznie w szczególnych i wyjątkowych okolicznościach (Por. opinia rzecznika generalnego M. Watheleta przedstawiona 4 czerwca 2015 r. w sprawie C-234/14) jeżeli jest to uzasadnione charakterem zamówienia i jest proporcjonalne. Przepis powyższy - jako ustanawiający wyjątek od reguły ogólnej — należy interpretować ściśle.

Odwolujący zwrócił uwagę na wyrok TSUE z 10.10.2013 r. w sprawie C-94/12 (Swm Costruzioni 2 SPA i Mannocchi Luigino DI v. Provincia di Fermo), w którym Trybunał wskazał, że „(...) nie można (...) wykluczyć, że istnieją szczególne roboty budowlane, które wymagają pewnych kwalifikacji niemożliwych do uzyskania poprzez połączenie niższych kwalifikacji wielu podmiotów. W takiej sytuacji instytucja zamawiająca może w uzasadniony sposób wymagać, aby minimalny poziom kwalifikacji został osiągnięty przez jeden podmiot gospodarczy lub stosownie do okoliczności przez odwołanie się do ograniczonej liczby podmiotów gospodarczych, na mocy art. 44 ust. 2 ak. 2 dyrektywy 2004/18, o ile wymóg ten jest związany z przedmiotem danego zamówienia i jest w stosunku do niego proporcjonalny”

Odwołujący podał, że Trybunał podkreśla więc, że dla ustanowienia takiego ograniczenia zaistnieć musi sytuacja wyjątkowa, związana ze szczególnym charakterem robót budowlanych, która powoduje, że niemożliwe jest (a nie np. utrudnione) uzyskanie zdolności do wykonania zamówienia poprzez łączenie potencjałów różnych podmiotów. Podkreślić przy tym należy, że obowiązek wykazania, iż taki wyjątek ma miejsce w przypadku konkretnego postępowania, obciąża zamawiającego. Analogiczne stanowisko prezentowane jest w doktrynie, np. wskazywane przez W. Dzierżanowskiego - „(...) swoboda łączenia potencjałów poszczególnych członków konsorcjum może zostać ograniczona. Zamawiający nie ma jednak całkowitej swobody w tym zakresie. Jego celem przy korzystaniu z przepisu art. 23 ust. 5 ustawy Pzp powinno być uzyskanie od konsorcjum takiego samego efektu, jak gdyby zamówienie uzyskał wykonawca spełniający samodzielnie wszystkie określone w SIWZ warunki. Przykładowo można wskazać, w przypadkach gdy przedmiot zamówienia uzasadnia konieczność wykazania się przez wykonawców określonym doświadczeniem (np. powtarzalnością należytej realizacji umowy), możliwość sformułowania warunku narzucającego wykonawcom występującym wspólnie taki sam warunek jak w przypadku pojedynczego wykonawcy, tj., że jeden z wykonawców występujących wspólnie będzie musiał wykazać się całością lub wskazana przez zamawiającego (nie podlegającą sumowaniu) częścią doświadczenia. Aby nie naruszać zasady proporcjonalności, takie żądanie zamawiającego może dotyczyć tylko zamówień, przy których nie jest możliwe rozłączne wykonanie ich składników, zgodnie z posiadanym doświadczeniem, a więc zamówień, których przedmiot jest niepodzielny lub co najmniej trudny do podzielenia w toku wykonawstwa. (...) prawo, by zamawiający określał, jak konsorcjum winno spełniać warunki udziału w postępowaniu odbierając prawo decyzji konsorcjantom, powinno być traktowane jako uprawnienie, z którego zamawiający winien korzystać z rozwagą. Nadużycie tego uprawnienia i skorzystanie z niego mimo braku uzasadnienia, będzie stanowiło istotne ograniczenie konkurencji, tj. naruszenie zasady, o której mowa w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, godząc w szczególności w mniejsze podmioty skłonne do uzyskania zamówienia. Szczególny sposób oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu przez konsorcja nie może wprowadzać dodatkowych dyskryminacyjnych warunków dla konsorcjów.”

https://www.uzp.gov.pl/data/assets/pdf_file/0012/38001/Zwiekszenie-udzialu-MSP-w-rvnu-zamowienpublicznych-wieksza-czcionka.pdf str. 71.

Odwołujący podał, że mając na uwadze powyższe uwarunkowania prawne dotyczące określania warunków udziału w postępowaniu, Odwołując podnosi, że w niniejszym Postępowaniu Zamawiający naruszał wskazane zasady w odniesieniu do warunku dotyczącego zdolności technicznej lub zawodowej w zakresie doświadczenia w branży elektrycznej. Jak wynika z zaprezentowanych (I. Stan faktyczny) postanowień dokumentów zamówienia Zamawiający ustalił w Postępowaniu nadzwyczajnie wysokie, niemające proporcjonalnego odzwierciedlenia w specyfice zamówienia ani potrzebach Zamawiającego, wymaganie dotyczące wykazania się przez wykonawcę doświadczeniem w branży elektrycznej. Warunek, którego dotyczy odwołanie składa się aż z pięciu odrębnych elementów opisanych literami od a) do e), odpowiadających odmiennym specjalizacjom w dziedzinie robót elektrycznych. Na każdy z tych odrębnych elementów składają się z kolei wielowątkowe (określone w kolejnych tiretach) wymagania dotyczące określonych instalacji o parametrach tożsamy lub podobnych do przedmiotu zamówienia. Ponadto, niemal każdy z elementów (a — d)) musi być wykazany dwukrotnie (poprzez wykazanie realizacji dwóch zamówień odpowiadających warunkowi); tylko w odniesieniu do elementu e) Zamawiający dopuszcza jedną usługę. Zamawiający wprowadza wymóg, iż wszystkie te ww. elementy muszą być spełnione łącznie i w całości przez jednego z członków konsorcjum, a w przypadku korzystania ze zdolności podmiotu udostępniającego zasoby — przez jeden taki podmiot.

Oznacza to, że zdaniem Zamawiającego tylko podmiot, który sam wykonał 9 zakresów prac (robót budowlanych oraz usług), obejmujących szczegółowo określone w SWZ wymagania co do ich przedmiotu w zakresie ilościowym (np. „dostawie, wdrożeniu, uruchomieniu systemu monitorowania i sterowania instalacji w budynku BMS (Building Management System) o min. 1000 pkt sygnałowych”) oraz w zakresie jakościowym (np. „szaf IT tzw. szczelnych (drzwi przeszkłone) z listwami PDU, wyposażonych w system klimatyzacji precyzyjnej z tzw. bezpośrednim chłodzeniem wnętrza szaf przez wymienniki klimatyzacyjne, instalację sygnalizacji i gaszenia pożaru oraz system monitoringu parametrów środowiskowych”), może się podjąć realizację zamówienia.

Odwołujący podkreślił, że warunek ten:

- nie tylko został ustanowiony w sposób równy lub bardzo zbliżony wartościom/ cechom przedmiotu zamówienia,

- nie tylko obejmuje obowiązek wykazania się (w czterech na pięć rodzajów prac stanowiących elementy warunku) doświadczeniem „podwójnym” (po dwie roboty budowlane),

- ale także obejmuje bardzo szeroką gamę różnych specjalizacji branży elektrycznej (w tym telekomunikacyjnej), w tym

każda o rozbudowanym zakresie przedmiotowym,

- ostatecznie wymagając by cały ten bardzo wielowarstwowy warunek spełniał w całej jego rozciągłości jeden podmiot,

- który dodatkowo jeszcze nie może się posłużyć wyspecjalizowanym/i podwykonawcą/cami w celu realizacji tego zakresu zamówienia.

W ocenie Odwołującego tak podstawiony warunek jest nadmierny, nie odpowiada wymaganiom Pzp, zgodnie z którą warunki ustanawia się jako minimalne poziomy zdolności, a ponadto jest nieproporcjonalny i niezasadny potrzebami Zamawiającego, a wręcz niweczy prawdopodobny cel jaki miał Zamawiający ustalając przedmiotowy warunek. Ponadto warunek ten narusza zasady uczciwej konkurencji, równego traktowania i proporcjonalności ograniczając dostęp do zamówienia wykonawcom, którzy posiadają doświadczenie adekwatne do realizacji zamówienia, w tym także małym i średnim przedsiębiorstwom zdolnym do uczestniczenia w wykonaniu zamówienia, poprzez zastosowanie środków dyskryminujących oraz nadmiernych i wykraczających poza to, co jest konieczne dla osiągnięcia celu, jakiego służy warunek udziału w postępowaniu.

Po pierwsze, w odniesieniu do przedmiotu zamówienia nie występują żadne specyficzne okoliczności powodujące, że nie jest możliwe wykonanie poszczególnych rodzajów prac elektrycznych przez różne firmy (członek konsorcjum, PUZ). Przedmiot zamówienia

w zakresie poszczególnych rodzajów prac elektrycznych i telekomunikacyjnych jest podzielny, nie występują żadne praktyczne trudności w powierzeniu prac różnym firmom. Tym samym, warunek doświadczenia objęty odwołaniem, a w szczególności wskazanie,

że całość warunku wykazać musi jeden podmiot, nie ma uzasadnienia w opisie przedmiotu zamówienia. Przedmiotowe zamówienie w zakresie branży elektrycznej nie charakteryzuje się odmiennością od standardowych budów tego typu, w szczególności taką, która usprawiedliwiłaby zaskarżone wymaganie. Brak jest technicznego czy technologicznego uzasadnienia dla konieczności powierzenia tak różnych, wyspecjalizowanych prac elektrycznych jednemu podmiotowi. Stąd absolutnie możliwe jest, bez uszczerbku dla całości i z zachowaniem wysokiego poziomu świadczenia, wykonanie niniejszego zamówienia przez konsorcjum lub z udziałem podmiotu udostępniającego zasoby, posiadających łączne doświadczenie równe wymogowi zamawiającego (przez każdy z tych podmiotów w zakresie, w którym posiada odpowiednią część doświadczenia). Wystarczy wskazać, że wymaganie, jakie postawił Zamawiający jest niespotykane w branży, zarówno w praktyce realizacji robót budowlanych o analogicznej specyfice na rynku publicznym jak i na rynku prywatnym.

Co oczywiste, za należytą realizację całości prac objętych warunkiem odpowiada Wykonawca, co w pełni zabezpiecza interes Zamawiającego.

Odwołujący podał dla przykładu, że podmiot realizujący zakres prac elektrycznych i energetycznych co odpowiada elementowi warunku ujętemu pod lit. a) uczestniczy w realizacji zadania odpowiadającemu elementowi warunku ujętemu pod lit. d) tylko w zakresie dostarczenia zasilania dla przedmiotowego systemu sieci LAN, co może stanowić około 1% zakresu elektroenergetycznego ujętego pod lit. a). Pozostałe zakresy realizacji lit. a)-e) idąc za przedstawionym podziałem posiadają punkty styku, ale są one niezależne od siebie i nie ma przeszkód technicznych na rozdzielenie ww. zakresów, a wręcz jest to wskazane, mając na uwadze jak najlepsze wykonanie całości projektu (przedmiotu zamówienia).

Po drugie, podał Odwołujący, że jak podkreśla się w orzecznictwie Izby, ustanowienie warunków udziału zgodnie z przepisami Pzp wymaga odniesienia do indywidualnych okoliczności danego postępowania, na które składa się nie tylko zakres zamówienia,

ale także specyfika rynku wykonawców, którzy mają zamówienie wykonać: *każdy warunek udziału w postępowaniu należy opisać z uwzględnieniem wszystkich indywidualnych okoliczności danego postępowania, w szczególności z uwzględnieniem przedmiotu zamówienia i specyfiki rynku, do którego zamówienie jest skierowane* (wyrok sygn. akt KIO33/21).

Odwołujący podał, że rynek wykonawców instancji elektrycznych nie jest jednolity. Branża elektryczna obejmuje bowiem bardzo szeroki wachlarz działalności, charakteryzując się

w konsekwencji dużą specjalizacją przedsiębiorców. Podstawowy podział wykonywania prac w zakresie branży elektrycznej występuje z uwagi na zakres instalacji i typ instalacji, tj.:

- (1) instalacje silnoprądowe - instalacje elektryczne i energetyczne nN oraz SN obejmujące zasilanie oraz rozdzielanie mocy na obiekcie wraz z wszystkimi pracami towarzyszącymi w tym zakresie (np. instalacje zasilania podstawowego, rezerwowego, rozdzielnice obiektowe, instalacje oświetlenia),
- (2) instalacje niskoprądowe obejmujące swoim zakresem instalacje bezpieczeństwa (SAP, CCTV, KD, SSWiN) oraz komunikacyjne i sterowania dla obiektów (LAN, BMS).

Tak też podzielony jest rynek wykonawców branży elektrycznej, tj. na:

(1) profesjonalne firmy wykonujące instalacje silnoprądowe, w tym np.: przyłącza elektryczne niskiego i średniego napięcia, dostarczanie i montaż rozdzielnic elektrycznych niskiego i średniego napięcia, stacje trafo, instalacje elektryczne w budynku (oświetlenie, instalacje gniazd wtykowych, itp.) — roboty związane z zasilaniem budynku i urządzeń (ogólnie rzecz ujmując), oraz

(2) profesjonalne firmy wykonujące instalacje słaboprądowe, w tym różne systemy budynkowe jak np. system kontroli dostępu, system sygnalizacji włamania i napadu, system telewizji dozorowej, systemy komunikacji głosowej, system nagłośnienia, instalacje okablowania strukturalnego, budowa serwerowni, itp.

Wśród tych drugich, tj. wykonawców instalacji słaboprądowych, istnieje dalszy podział na kolejne specjalizacje, np.:

- systemy bezpieczeństwa (m.in. system kontroli dostępu, system sygnalizacji włamania i napadu, system telewizji dozorowej, systemy sygnalizacji pożaru, systemy alarmowe),
- systemy teleinformatyczne (system okablowania strukturalnego, sieć LAN, serwerownie),
- systemy audio (systemy komunikacji głosowej, system nagłośnienia),
- systemy monitorowania i sterowania instalacji w budynku BMS (Building Management System).

Odwolujący wskazał również, że specyfika rynku prac elektrycznych ma odzwierciedlenie w zróżnicowaniu uprawnień budowlanych. Elektrycy mogą bowiem uzyskać uprawnienia budowlane:

- w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych,
- w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń telekomunikacyjnych. (art. 14 ust. 1 pkt 4 lit. a) i lit. c) ustawy Prawo budowlane).

Zgodnie z art. 15 lit. a) ust. 22 ustawy Prawo budowlane uprawnienia budowlane w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych bez ograniczeń uprawniają do projektowania obiektu budowlanego lub kierowania robotami budowlanymi związanymi z obiektem budowlanym, takim jak: sieci, instalacje i urządzenia elektryczne i elektroenergetyczne, w tym kolejowe, trolejbusowe i tramwajowe sieci trakcyjne, sieci trakcyjne metra, wraz z instalacjami i urządzeniami technicznymi zasilania, w tym kolejowej, trolejbusowej i tramwajowej sieci trakcyjnej, sieci trakcyjne metra oraz elektrycznego ogrzewania rozjazdów. Natomiast zgodnie z art. 15 lit. a) ust. 18 ustawy Prawo budowlane uprawnienia budowlane w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń telekomunikacyjnych bez ograniczeń uprawniają do projektowania obiektu budowlanego lub kierowania robotami budowlanymi związanymi z obiektem budowlanym, w zakresie telekomunikacji przewodowej wraz z infrastrukturą telekomunikacyjną oraz telekomunikacji bezprzewodowej wraz z infrastrukturą towarzyszącą. Uprawnienia telekomunikacyjne bez ograniczeń mogą uzyskać osoby, które ukończyły studia dotyczące elektrotechniki, elektroniki lub elektroniki i telekomunikacji, umożliwiające uzyskanie wiedzy i umiejętności w zakresie telekomunikacji.

Podział uprawnień budowlanych elektryków ma poniekąd odzwierciedlenie w warunkach udziału w postępowaniu, w zakresie wymaganych zasobów kadrowych, albowiem Zamawiający wymaga, by wykonawca wykazał, że:

m) dysponuje lub będzie dysponował na etapie realizacji umowy co najmniej jedną osobą, która podczas realizacji zamówienia będzie pełnić funkcję kierownika robót elektrycznych, posiadając uprawnienia budowlane bez ograniczeń w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych;

n) dysponuje lub będzie dysponował na etapie realizacji umowy co najmniej jedną osobą, która podczas realizacji zamówienia będzie pełnić funkcję kierownika robót telekomunikacyjnych, posiadając uprawnienia budowlane bez ograniczeń w specjalności instalacyjnej w zakresie; sieci, instalacji i urządzeń telekomunikacyjnych,”

Powyższe obrazuje w ocenie Odwołującego, że przedmiotowy warunek, wymagając wykazania się przez jednego wyłącznie przedsiębiorcę doświadczeniem w realizacji całości prac w nim opisanych nie uwzględnia specyfiki rynku wykonawców branży elektrycznej

i występujących w tym zakresie specjalizacji.

Odwolujący podkreśla, że warunek doświadczenia objęty odwołaniem odnosi się

do szerokiej „branży elektrycznej” która, ze względu na swój bardzo szeroki zakres, obejmuje dale idące specjalizacje, tj. wyspecjalizowane firmy realizujące zamówienia w swoim zakresie działalności. Postawienie wymagania, aby wyspecyfikowany w warunku zakres prac wykazał w całości jeden podmiot wyklucza możliwość wyboru do realizacji zamówienia najlepszych wykonawców, specjalizujących się w określonych rodzajach prac objętych zamówieniem (oraz warunkiem). Powyższe potwierdza okoliczność, że badając możliwość wzięcia udziału w przedmiotowym Postępowaniu Odwołujący (po ustaleniu, że Odwołujący spełnia samodzielnie warunek w zakresie sytuacji ekonomicznej i finansowej, a także warunek dot. doświadczenia w branży budowlanej) zwrócił się o informację w zakresie możliwej współpracy (w tym możliwości wykazania spełniania kwestionowanego warunku)

do wielu wyspecjalizowanych firm, w tym liderów w branży elektrycznej w Polsce. Żadna z zapytanych firm, pomimo rozległego doświadczenia w wykonywaniu robót elektrycznych

w nowoczesnych, inteligentnych budynkach, nie spełnia (samodzielnie) określonego przez Zamawiającego wymagania.

Z uwagi na zaprojektowane do wykonania w ramach przedmiotowego zamówienia instalacje niskoprądowe oraz profesjonalne systemy: w tym budynkowy system BMS oraz sieci LAN wraz z serwerownią składającą się z kilkunastu szaf serwerowych wraz z dostawą urządzeń aktywnych, Odwołujący podniósł, iż poszczególne prace spośród wyżej wymienionych realizują wykonawcy specjalizujący w tego typu pracach, posiadający dane specjalistyczne doświadczenie i świadczący swoje usługi na najwyższym poziomie. Przykładowo wykonanie systemu bezpieczeństwa pożarowego warto powierzyć specjalistycznym firmom posiadającym odpowiednie doświadczenie, przeszkolenie oraz certyfikację swoich usług uzyskaną od niezależnych instytucji. Takie podmioty specjalizują się w tych właśnie instalacjach, gwarantując ich niezawodność i bezpieczeństwo. Jednocześnie podmioty takie nie specjalizują się w wykonywaniu np. instalacji teletechnicznych - sieci LAN

wraz z serwerownią, które wykonują inne podmioty.

W ocenie Odwołującego specyfika rynku branży elektrycznej, wykształcone specjalizacje

w tej dziedzinie, powodują, że zakres prac branży elektrycznej objęty zamówieniem powinien być możliwy do wykonania

odrobnie przez minimum trzy podmioty, tj. odrębnych przedsiębiorstw wyspecjalizowanych w zakresie:

- 1) elektrycznym i energetycznym - co odpowiada elementowi warunku ujętemu pod lit. a)
- 2) niskoprądowym - systemów zabezpieczeń i sterowania - co odpowiada elementowi warunku ujętemu pod lit. b), c) i e)
- 3) infrastruktury telekomunikacyjnej i transmisji danych - co odpowiada elementowi warunku ujętemu pod lit. d) (a także wymaganiu dysponowania kierownikiem robót telekomunikacyjnych).

Odwołujący podniósł również, że zaskarżony warunek narusza zasadę proporcjonalności. Zasada proporcjonalności wymaga, by Zamawiający kształtował warunki zamówienia

w postępowaniu w sposób adekwatny do jego rodzaju i zakresu, czyli tak by były one racjonalnie proporcjonalne do przedmiotu zamówienia i określały „minimalne poziomy zdolności”, co sprawdza się w swej istocie do zasady, że zamawiający nie może

od potencjalnego wykonawcy wymagać wykazania się posiadaniem niemalże identycznego doświadczenia jak przedmiot zamówienia. Odnosząc tę zasadę do przedmiotowego warunku udziału w postępowaniu zauważają, że choć każdy z elementów warunku doświadczenia dla branży elektrycznej zawarty w poszczególnych literach (a-e) może wydawać się nie nadmiarowy i możliwy do wykazania przez wykonawcę, to skumulowanie tych wszystkich wymagań w jeden „super warunek”, który musi spełnić jeden podmiot powoduje, że w istocie Zamawiający wymaga w tym zakresie doświadczenia identycznego jak przedmiot zamówienia. Każdy obiekt budowlany — z uwagi na jego specyficzne przeznaczenie — zaprojektowany jest bowiem inaczej, w tym w zakresie systemów elektrycznych

i telekomunikacyjnych. Okoliczność, że wykonawca (członek konsorcjum / PUZ) nie posiada samodzielnie doświadczenia w realizacji (dwukrotnie) prac o zakresie tożsamym (jakościowo i ilościowo) z przedmiotem zamówienia w żaden sposób nie przesądza, że nie daje on rękami należytego wykonania zamówienia. Przeciwnie, wykonawcy posiadający doświadczenie w realizacji prac o zbliżonej (ale nie identycznej) złożoności do przedmiotu zamówienia mogą z powodzeniem należycie wykonać zamówienie. Tak więc, zaskarżony warunek jest nadmierny i wykracza poza określenie minimalnych poziomów zdolności,

a także jest nieuzasadniony potrzebami Zamawiającego wynikającymi z opisu przedmiotu zamówienia

Odwołujący podał, że w wyroku z dnia 16 września 1999 r., C- 414/97 Komisja Wspólnot Europejskich v. Królestwo Hiszpanii, Trybunał Sprawiedliwości UE wskazał, że ocena czy podjęte środki są zgodne z TWE, wymaga tzw. testu proporcjonalności polegającego na wykazaniu czy podjęte działania są adekwatne i konieczne do osiągnięcia wybranego celu. Zamawiający jest zobowiązany zachować niezbędną równowagę między interesem polegającym na uzyskaniu rękami należytego wykonania zamówienia a interesem potencjalnych wykonawców, których nie można przez wprowadzenie nadmiernych wymagań z góry eliminować z udziału w postępowaniu. Opis spełniania warunków udziału

w postępowaniu winien być odpowiedni do osiągnięcia celu, jakiego służy, tj. wyboru wykonawcy dającego rękami należytego wykonania zamówienia i nieograniczającego dostępu do zamówienia wykonawcom zdolnym do jego wykonania. Na konieczność przestrzegania zasady proporcjonalności TSUE zwracał również uwagę w innych orzeczeniach. Przykładowo, w wyroku z 23 grudnia 2009 r. w sprawie Serrantoni Srl i Consorzio stabile edili Srl przeciwko Comune di Milano (C-376/08), Europejski Trybunał Sprawiedliwości wskazał, że przy określaniu jacy wykonawcy nie mogą wziąć udziału w postępowaniu, niezbędne jest zachowanie zasady proporcjonalności, a więc ograniczania konkurencji gwarantowanej w Traktacie ustanawiającym Wspólnotę Europejską w stopniu jak najmniejszym i jedynie niezbędnym dla osiągnięcia celów. Z kolei w wyroku z dnia 27 października 2005 r. w sprawie Contse SA przeciwko Instituto Nacional de Gestion Sanitaria (C-234/03), Trybunał Sprawiedliwości wywiódł, że naruszeniem Traktatu jest żądany przez zamawiającego wymóg doświadczenia, który winni udowodnić wykonawcy, jeśli nie jest niezbędny dla oceny zdolności wykonawcy do wykonania zamówienia.

Odwołujący podał, że w świetle orzecznictwa TSUE można więc uznać, że ocena czy zachowana jest zasada proporcjonalności następuje na podstawie tzw. testu proporcjonalności, który oznacza sprawdzenie, czy określone wymaganie (np. warunek udziału w postępowaniu):

- nie jest dyskryminujące,
- jest uzasadnione względami interesu publicznego,
- jest odpowiednie dla osiągnięcia celu, któremu ma służyć, oraz
- nie jest nadmierne i nie wykracza poza to, co jest konieczne dla osiągnięcia tego celu (tzn. czy nie można osiągnąć tego celu przy pomocy mniej restrykcyjnych środków).

W ocenie Odwołującego kwestionowany warunek nie spełnia co najmniej trzech z ww. przesłanek testu proporcjonalności. Przede wszystkim jest nadmierny, co wykazano już powyżej. Ponadto jest nieodpowiedni dla osiągnięcia celu, któremu ma służyć oraz jest dyskryminujący (narusza zasadę zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców), z uwagi bowiem na swoją restrykcyjność ogranicza konkurencję (eliminuje wykonawców / podwykonawców z udziału w postępowaniu). Jak wskazuje UZP „*Proporcjonalne ukształtowanie warunków udziału w postępowaniu i zasad wyboru oferty najkorzystniejszej działa stymulująco na konkurencyjność w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Z drugiej strony brak proporcjonalności np. w kształtowaniu kryterium selekcji, polegający na postawieniu wymagań wielokrotnie wyższych niż wynika*

to z potrzeb samego zamówienia, albo obciążenie wykonawcy nadmiernymi ryzykami

w postanowieniach umowy może być przyczyną znacznie mniejszego zainteresowania wykonawców postępowaniem.” W:

PRAWO ZAMÓWIENI PUBLICZNYCH pod redakcją Huberta Nowaka Mateusza Winiarza, UZP Warszawa 2021:

https://www.uzp.gov.pl/_data/assets/pdf_file/0028/49078/Komentarz-doPrawa-Zamowien-Publicznych-wersja-uzytkowa.pdf

odwołujący podał, że Zamawiający, opisując warunki udziału w postępowaniu, w pierwszej kolejności ma obowiązek w taki sposób je ukształtować, aby osiągnąć cel, który musi wykazywać się dbałością o racjonalne wydatkowanie środków publicznych oraz zapewnienie należytego wykonania umowy. W ocenie Odwołującego, cel zakładany przez Zamawiającego, a więc zapewnienie prawidłowego wykonania różnego rodzaju prac elektrycznych w zamówieniu, może być osiągnięty w przypadku, gdy warunek udziału wykaże, a co za tym idzie roboty elektryczne wykona, więcej niż jeden podmiot. Co więcej,

w ocenie Odwołującego, mając na uwadze specyfikę rynku tej branży, zmiana warunku zgodnie z żądaniem Odwołującego wpłynie pozytywnie na możliwość realizacji tego celu,

a pozostawienie warunku w obecnym kształcie może ten cel zniweczyć. Różnorodność specjalizacji w branży elektrycznej, wynikająca z jej bardzo szerokiego zakresu, powoduje, że poszczególne rodzaje prac powinny być powierzone przedsiębiorcom doświadczonym w danej dziedzinie. Roboty ujęte w literach a)-e) warunku obejmują bowiem odrębne specjalizacje, na tyle specyficzne, że rynek wykształcił przedsiębiorców specjalizujących się w ich wykonywaniu, posiadających stosowne referencje, uprawnienia, i certyfikaty, a więc dających gwarancję wykonania danych instalacji jako bezpiecznych i niezawodnych. Faktem notoryjnym jest że wyższy poziom prac, a więc większą rękomię należytego wykonania, gwarantują ci przedsiębiorcy, którzy specjalizują się w określonej dziedzinie. Tymczasem warunek przez swoją złożoność i wymaganie spełnienia przez jednego wykonawcę, a konsekwencji konieczność, by wszystkie instalacje wykonał jeden podmiot, skutkuje tym, że gwarancja, o której tu mowa nie jest zapewniona. Wręcz przeciwnie, Zamawiający pozbawia się w ten sposób możliwości wykonania prac przez rzeczywiście doświadczonych

i wyspecjalizowanych wykonawców, narażając inwestycję na ryzyko nienależytego wykonania. Jednocześnie nie ma żadnych przeszkód technicznych czy technologicznych, by podmioty wyspecjalizowane mogły realizować przedmiotowe prace na budowie wspólnie, w takim znaczeniu, iż każdy z nich wykonywałby prace odpowiadające jego specjalizacji.

Powyższe wskazuje, że zaskarżony warunek jest nieodpowiedni dla osiągnięcia celu, któremu ma służyć, a więc nieproporcjonalny.

Odwołujący argumentował, że warunek udziału - w całości - jest dyskryminujący, albowiem wywołuje bezpośredni skutek w postaci utrudnienia dostępu do zamówienia dla części wykonawców, w szczególności (ale nie tylko) spośród MŚP, którzy są zdolni do realizacji zamówienia czy to w formie wykonawstwa (w roli konsorcjanta) czy w formie podwykonawstwa (jako podmiot udostępniający zasoby). Zakładając nawet, iż istnieją pojedynczy wykonawcy, którzy mogą przedstawić referencje z realizacji wszystkich

tak szeroko-specjalistycznych prac jak objęte warunkiem dla branży elektrycznej, to należy zauważyć, że przedmiotowy warunek wywołuje bezpośredni skutek w postaci dyskryminacji zarówno takich wykonawców, którzy określone specjalistyczne roboty elektryczne zlecają podwykonawcom, jak i wykonawców wysokokwalifikowanych, którzy specjalizują się

w realizacji określonego węższego zakresu robót elektrycznych.

Nawet w przypadku posiadania referencji obejmujących wszystkie specjalistyczne prace wymienione w warunku, wysoce wątpliwym jest, by całość tego doświadczenia mogła zostać nabyta samodzielnie przez jednego wykonawcę - dysponenta referencji. W ocenie Odwołującego takie referencje zawsze będą obejmować w szerszym albo węższym zakresie specjalistyczne prace podwykonawcze. W rzeczywistości więc wykonawca taki nie będzie się legitymował samodzielnym doświadczeniem w wykonaniu wszystkich tych robót.

Odwołujący wskazał także, że pomimo iż Zamawiający nie wyraził wprost w dokumentacji zamówienia zakazu podwykonawstwa, to jednak zawarł na str. 11 SWZ pod warunkami udziału I. Doświadczenie branża elektryczna oraz II. Doświadczenie branża budowlana, postanowienie, zgodnie z którym:

W sytuacji gdy któryś z ww. warunków będzie w całości spełniany nie przez Wykonawcę lub współnika konsorcjum, a przez podmiot udostępniający zasoby („inny podmiot”), podmiot ten musi być wykonawcą całej części zamówienia (100%). Jeżeli warunki będą spełniane częściowo przez Wykonawcę lub współnika konsorcjum oraz częściowo przez inny podmiot lub inne podmioty to ta część zamówienia będzie musiała być wykonana proporcjonalnie do zakresu spełniania danego warunku przez poszczególne podmioty.”

Sprawdza się do tego, iż wykonawca może podzlecić wykonanie części zamówienia obejmującej prace elektryczne wyłącznie jednemu podwykonawcy, który będzie jednocześnie podmiotem udostępniającym zasoby, a który w całości wykaże cały wielowarstwowy warunek doświadczenia w branży elektrycznej. W praktyce więc prawo wykonawcy, wynikające z art. 462 ust. 1 Pzp doznaje istotnego ograniczenia. Należy zauważyć, że powyższe wywołuje nie tylko wspomniany wcześniej skutek dyskryminujący, ale także jest znaczącym utrudnieniem, np. dla wykonawcy generalnego, któremu poprzez niedopuszczalność skorzystania z profesjonalnych, wyspecjalizowanych firm, ogranicza się możliwość wykonania zamówienia z należytą dbałością o jak najlepszą jakość prac.

W orzeczeniu ETS z dnia 4 grudnia 2003 r. w sprawie C - 448/01 EVN AG I Wienstrom GmbH stwierdzono, że

postawienie zbyt wygórowanego warunku udziału w postępowaniu może faworyzować duże przedsiębiorstwa, dyskryminując mniejszych dostawców, którzy mogliby z powodzeniem wykonać zamówienie. Takie ograniczenie kręgu wykonawców dopuszczonych do wzięcia udziału w postępowaniu może natomiast skutkować udaremnieniem realizacji celu dyrektyw wspólnotowych w dziedzinie zamówień publicznych, jakim jest otwarcie rynku zamówień na konkurencję. Zatem objęty odwołaniem warunek udziału nie tylko narusza zasadę wyrażoną w art. 16 Pzp, ale także stoi w sprzeczności z wieloletnią już polityką ustawodawcy unijnego i krajowego, zmierzającą do ułatwienia MŚP dostępu do rynku zamówień publicznych. Kwestionowany przez Odwołującego warunek

nie zdaje testu proporcjonalności także z tego powodu, iż ma negatywny wpływ

na efektywność wydatkowania środków publicznych. Zasad doświadczenia życiowego wynika, że warunek nadmierny może oznaczać wyższe ceny ofert z uwagi na ograniczoną konkurencję, a w konsekwencji skutkować poniesieniem przez Zamawiającego zbędnych kosztów.

Zakwestionowany przez Odwołującego warunek w sposób istotny ogranicza krąg wykonawców, którzy mogliby ubiegać się o udzielenie zamówienia, a wręcz eliminuje konkurencję w postępowaniu. Nie znajdując oparcia w okolicznościach technicznych

lub technologicznych uzasadniających obiektywne potrzeby Zamawiającego, narusza

on wynikające z art. 112 ust. 1, art. 117 ust. 1 oraz art. 16 Pzp zasady określania warunków udziału, w szczególności w zakresie „minimalnych poziomów zdolności” i proporcjonalności. Będąc warunkiem nadmiernym, ogranicza w sposób nieuzasadniony dostęp do zamówienia podmiotom zdolnym do jego należytego wykonania, podczas gdy za wystarczający warunek należy uznać wykazanie się wykonaniem wyspecyfikowanych prac bez ograniczenia do jednego podmiotu.

Odwolujący działając na podstawie art. 505 ust. 1 art. 513 pkt 1 oraz 515 ust. 2 pkt 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (dalej jako: „Pzp”), wniósł odwołanie wobec treści Ogłoszenia o Zamówieniu i Specyfikacji Warunków Zamówienia (dalej jako: „SWZ”) oraz załączników do niej, w tym załącznika nr 2 - projektowanych postanowień umowy, w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia w zakresie Ogłoszenia o zamówieniu, SWZ oraz Załączników do SWZ nr 2 - Projektowane postanowienia umowy i nr 7 - Wzór wykazu robót budowlanych.

Odwolujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 16 pkt 1 - 3 w zw. z art. 112 ust. 1 w zw. z art. 112 ust. 2 pkt 4 w zw. z art. 116 ust. 1 oraz art. 117 ust. 1 Pzp przez sformułowanie nieuzasadnionego sposobu spełniania przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia,
 - a także przez wykonawcę polegającego na zdolnościach technicznych lub zawodowych innych podmiotów, nadmiernie szczegółowych warunków udziału w Postępowaniu w zakresie doświadczenia wymaganego od wykonawcy, o których mowa w § 11 ust. 1 pkt 4) ppkt I SWZ, polegającego na tym, że „wykonaniem wszystkich w/w robót (lit. a - e) winien wykazać się samodzielnie co najmniej jeden z wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia lub podmiot udostępniający zasoby”, co jest nieproporcjonalne, obiektywnie nieuzasadnione przedmiotem oraz charakterem zamówienia oraz sprzeczne z istotą wspólnego ubiegania się o udzielenie zamówienia lub polegania na zdolnościach technicznych lub zawodowych innych podmiotów — Zarzut I;
- 2) art. 16 pkt 1 - 3 w zw. z art. 17 ust. 1 pkt 1 i 2 w zw. z art. 12 ust. 1 w zw. z art. 112 ust. 2 pkt 4 w zw. z art. 116 ust. 1 Pzp przez sformułowanie warunków udziału w Postępowaniu w zakresie doświadczenia wymaganego od wykonawcy, o których mowa w § 11 ust. 1 pkt 4) ppkt I SWZ w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia, nadmierny i zbyt szczegółowy oraz zbędny dla zweryfikowania zdolności wykonawców do należytego wykonania przedmiotu zamówienia, a w rezultacie w sposób dyskryminujący wykonawców i naruszający zasadę równego traktowania i uczciwej konkurencji - Zarzut II;
- 3) art. 431 i art. 16 pkt 1 - 3 Pzp oraz art. 647, art. 654, art. 5, art. 353¹ i art. 354 § 2 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. - Kodeks cywilny (zwanej dalej „k.c.”) w zw. z art. 8 ust. 1 Pzp przez sformułowanie postanowień Załącznika nr 2 do SWZ Projektowane Postanowienia Umowy (dalej „Projekt Umowy”) w sposób sprzeczny z istotą umowy o roboty budowlane i zasadą współdziałania przy wykonywaniu umowy w sprawie zamówienia publicznego przez przyznanie Zamawiającemu prawa do odmowy odbioru końcowego i zapłaty części wynagrodzenia w przypadku istnienia jakichkolwiek wad przedmiotu umowy, podczas gdy Zamawiający ma prawo odmowy odbioru przedmiotu umowy wyłącznie, gdy przedmiot umowy jest obciążony wadami istotnymi, co narusza bezwzględnie obowiązujące przepisy oraz równowagę stron umowy - Zarzut III;
- 4) art. 443 ust. i art. 16 pkt 1 - 3 Pzp oraz art. 353¹ oraz 6 k.c. w zw. z art. 8 ust. 1 Pzp w zw. z art. 106i ust. 3 pkt 1 ustawy z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług („Ustawa o VAT”) i w zw. z art. 8a ustawy z dnia 8 marca 2013 r. o przeciwdziałaniu nadmiernym opóźnieniom w transakcjach handlowych („Ustawa o przeciwdziałaniu w nadmiernym opóźnieniu”) przez sformułowanie postanowienia § 6 ust. 3 Projektu Umowy wskazującego, że Wykonawca będzie wystawiał faktury co trzy miesiące w sposób sprzeczny z zasadą swobody umów, gdyż zgodnie z art. 106i ust. 3 pkt 1 Ustawy o VAT faktura za świadczenie usług budowlanych powinna zostać wystawiona nie później niż do 30 dnia od dnia wykonania usług, zaś z art. 8a Ustawy o przeciwdziałaniu nadmiernym opóźnieniom wynika, że strony transakcji handlowej nie mogą ustalać daty doręczenia faktury, a ustalenie daty wystawienia faktury ma wpływ na jej doręczenie, jak również w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz w warunkach nadużycia prawa podmiotowego do samodzielnego kształtowania warunków umowy przez Zamawiającego - Zarzut IV;
- 5) art. 8 ust. 1 Pzp w zw. z art. 5, art. 353¹, art. 471, art. 473 § 1, art. 483 § 1 i art. 484 k.c. w zw. z art. 16 i art. 433 Pzp przez określenie projektowanych postanowień Projektu Umowy w zakresie kar umownych (tj. § 19 ust. 1 pkt 1), 2), 3), 4), 5), 11) i ust. 7 Projektu Umowy), w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia, z przekroczeniem granicy dopuszczanej swobody umów oraz w warunkach nadużycia prawa podmiotowego do samodzielnego kształtowania warunków umowy przez Zamawiającego — Zarzut V;
- 6) art. 99 ust. 1 Pzp w zw. z art. 16 Pzp przez ich błędne zastosowanie i opisanie przedmiotu zamówienia w sposób niewyczerpujący, bez uwzględnienia wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty — Zarzut VI;
- 7) art. 8 ust. 1 Pzp w zw. z art. 5 oraz art. 353¹ k.c. w zw. z art. 16 i art. 433 Pzp przez określenie projektowanych postanowień § 11 ust. 5 Projektu Umowy w zakresie prawa Zamawiającego do żądania zawieszenia prowadzenia części lub całości robót w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia, z przekroczeniem granicy dopuszczanej swobody umów oraz w warunkach nadużycia prawa podmiotowego do samodzielnego kształtowania warunków umowy przez Zamawiającego — Zarzut VII;
- 8) art. 16 pkt 3 Pzp w zw. z art. 10 ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. - Prawo budowlane w zw. z art. 8 ust. 1 Pzp w zw. z art. 5 oraz art. 353¹ k.c. przez określenie w § 2 ust. 3 Projektu Umowy wymogów co do materiałów, instalacji, wyposażenia oraz urządzeń w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia, z przekroczeniem granicy dopuszczanej swobody umów oraz w warunkach nadużycia prawa podmiotowego do samodzielnego kształtowania warunków umowy przez Zamawiającego — Zarzut VIII;
- 9) art. 8 ust. 1 Pzp w zw. z art. 5 i art. 353¹ w zw. z art. 16 Pzp przez określenie postanowień Projektu Umowy w zakresie prawa odstąpienia (tj. § 20 ust. 5 pkt 3), 4), 5), 7), 10) oraz ust. 6) w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia, z przekroczeniem granicy dopuszczanej swobody umów oraz w warunkach nadużycia

- prawa podmiotowego do samodzielnego kształtowania warunków umowy przez Zamawiającego — Zarzut IX;
- 10) art. 16 pkt 1 - 3 w zw. z art. 8 ust. 1 Pzp w zw. z art. 353¹ w zw. z art. 5 k.c. przez wprowadzenie w § 7 Projektu Umowy zasad waloryzacji wynagrodzenia Wykonawcy skutkujących de facto ich pozornością i brakiem możliwości ewentualnego przywrócenia ekonomicznej równowagi stron, co jest sprzeczne z zasadami współzycia społecznego oraz narusza zasadę przygotowania i prowadzenia postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców, w sposób przejrzysty i proporcjonalny oraz zasadę udzielenia zamówienia zapewniającego najlepszą jakość dostaw, usług oraz robót budowlanych uzasadnioną charakterem zamówienia — Zarzut X.

Odwolujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości oraz:

1. nakazanie Zamawiającemu zmiany § 11 ust. 1 pkt 4) ppkt I SWZ wprowadzającego warunki udziału w Postępowaniu w zakresie wymaganej zdolności technicznej lub zawodowej Wykonawcy poprzez:

a) usunięcie z § 11 ust. 1 pkt 4) ppkt I SWZ wymogu, aby: „W przypadku wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, a także w przypadku, gdy Wykonawca polega na zdolnościach technicznych lub zawodowych innych podmiotów na podstawie art. 118 uPzp, wykonaniem wszystkich w/w robót (lit. a — e) winien wykazać się samodzielnie co najmniej jeden z wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia lub podmiot udostępniający zasoby”

alternatywnie,

zmianę przedmiotowego wymogu w § 11 ust. 1 pkt 4) ppkt I SWZ przez nadanie mu następującego brzmienia *W przypadku wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielanie zamówienia, a także w przypadku, gdy Wykonawca polega na zdolnościach technicznych lub zawodowych innych podmiotów na podstawie art. 118 uPzp, wykonaniem robót określonych powyżej w lit. b — e winien wykazać się samodzielnie co najmniej jeden z Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia lub podmiot udostępniający zasoby'*

b) zmianę § 11 ust. 1 pkt 4) ppkt I lit d. SWZ przez:

- ograniczenie wymogu wyłączenie do wdrożenia i uruchomienia instalacji teletechnicznej (z pominięciem dostaw) oraz do wykonania 1 roboty instalacyjnej w zakresie podobnym do przedmiotu zamówienia,

- wykreślenie wymogu, aby zrealizowane szafy IT były wyposażone w system klimatyzacji precyzyjnej z tzw. bezpośrednim chłodzeniem wnętrza szaf przez wymienniki klimatyzacyjne, alternatywnie dopuszczenie systemu chłodzenia szaf IT za pomocą oddzielnych szaf lub innego rozwiązania równoważnego

a w konsekwencji nadanie mu następujące treści:

d) wykonał w okresie ostatnich 10 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, co najmniej 1 robotę instalacyjną w zakresie podobnym do przedmiotu zamówienia, polegającą na wdrożeniu i uruchomieniu instalacji teletechnicznych, złożonych z:

- okablowania światłowodowego, strukturalnego, LAN, i
- systemu zarządzania siecią LAN, i
- urządzeń aktywnych sieci LAN, i
- szaf /T z listwami PDU, wyposażonych w system klimatyzacji/ precyzyjnej z tzw. bezpośrednim chłodzeniem wnętrza szaf przez wymienniki klimatyzacyjne lub w system klimatyzacji za pomocą oddzielnych szaf lub inny równoważny, instalację sygnalizacji i gaszenia pożaru oraz system monitoringu parametrów środowiskowych,

oraz odpowiednie dostosowanie do powyższych zmian Załącznika do SWZ nr 7 Wzór wykazu robót budowlanych;

2. nakazanie Zamawiającemu zmiany § 1 pkt 36 Projektu Umowy przez usunięcie fragmentu „*Wadą istotną jest także wada w przedmiocie Umowy lub w jego części polegająca na braku właściwości, określonych w Umowie. W odniesieniu do wyrobów budowlanych, instalacji i Urządzeń jest to: brak wymaganych parametrów ilościowych lub/ jakościowych, zawodność działania, nadmierna energo-, materiał-,*

czy pracochłonność, nadmierna ilość lub szkodliwość odpadów, szkodliwy wpływ

na środowisko w stosunku do wtycznych zawartych w Dokumentacji Projektowej, wiedzy technicznej i obowiązujących przepisów. Za wady istotne uznaje się także brak/ w Dokumentacji Powykonawczej.”

3. nakazanie Zamawiającemu zmianę wszystkich postanowień Projektu Umowy skutkujących wprowadzeniem bezusterkowego odbioru końcowego, w tym § 1 pkt 18 Projektu Umowy przez zmianę jego brzmienia na następujące: „*Odbiór Końcowy - odbiór przedmiotu Umowy, przeprowadzony po uzyskaniu ostatecznego Pozwolenia na Użytkowanie oraz po zgłoszeniu obiektu do użytkowania wraz z pisemnym potwierdzeniem o braku sprzeciwu do użytkowania wydanego przez właściwy organ. Odbiór Końcowy polega na ocenie kompletności i jakości wykonania robót Etapu I. W przypadku podziału inwestycji na zadania/etapy, przy podziale Pozwolenia na Użytkowanie czy zgłoszenia do użytkowania na etapy, Odbiór Końcowy odbywa się po wykonaniu wszystkich zadań/etapów”*

oraz §6 ust. 4 Projektu Umowy przez zmianę jego brzmienia na następujące: „*Faktura w wysokość i 5% wynagrodzenia brutto, o którym mowa w ust. 1, wystawiona będzie po przedstawieniu potwierdzenia skutecznego (to jest bez sprzeciwu organu) złożenia zawiadomienia o zakończeniu budowy oraz po uzyskaniu ostatecznego Pozwolenia na Użytkowanie i po dokonaniu Odbioru Końcowego;*

4. nakazanie Zamawiającemu zmiany § 6 ust. 3 Projektu Umowy przez zmianę częstotliwości wstawiania faktur częściowych z co trzy miesiące na co miesiąc i nadanie mu następującego brzmienia: „*Rozliczenie przedmiotu Umowy odbywać się będzie miesięcznie fakturami częściowymi wystawionymi/ co miesiąc na podstawie sporządzanych co miesiąc i każdorazowo podpisanych przez Strony: Wniosku o płatność i Protokołu Odbioru Wykonanych Robót (lub Protokołu Odbioru Wykonanych Robót Etapu dla płatności przypadających po zakończeniu Etapu I) i zgodnie z przyjętym przez Strony Harmonogramem. Wynagrodzenie płatne będzie na podstawie faktur częściowych oraz faktury końcowe/ zgodnie z Protokołem Odbiór/ Wykonanych Robót częściowego/końcowego, przy czym łączna wartość wynagrodzenia za wykonano roboty płatna fakturami częściowymi nie może przekroczyć 95% kwoty brutto, o której mowa w ust. i, z zastrzeżeniem zakończenia w całości (w 100%) robót budowlanych na dzień odbioru Etapu I. Zaawansowanie robót nie może być mniejsze niż procentowa suma wartości wynagrodzenia”;*

5. nakazanie Zamawiającemu zmiany postanowień Projektu Umowy w zakresie kar umownych w następujący sposób:
- a) nakazanie Zamawiającemu zmiany § 19 ust. 1 pkt 1) Projektu Umowy przez określenie współczynnika procentowego kary umownej na poziomie 0,01% wartości wynagrodzenia ryczałtowego netto określonego w § 6 ust. 1 za każdy rozpoczęty dzień zwłoki i nadanie mu brzmienia: „1) z tytułu zwłoki Wykonawcy stosunku do terminów wykonania Etapu I lub Etapu II, określonego w § 8 ust. 1 lub 2, w wysokości 0,01 % łącznego wynagrodzenia ryczałtowego netto określonego w § 6 ust.1 za każdy rozpoczęty dzień zwłoki”;
 - b) nakazanie Zamawiającemu zmiany § 19 ust. pkt 2) Projektu Umowy, przez ograniczenie Jego zakresu do zwłoki w usuwaniu wad i usterek w okresie gwarancji jakości i rękojmi za wady oraz zróżnicowanie wysokości kary umownej w zależności od charakteru wady i nadanie mu brzmienia: „2) za nieterminowe usunięcie wad i usterek, o których mowa w § 17 ust. 12 i 13 w wysokości: W przypadku Wad Istotnych 0,01 % wynagrodzenia ryczałtowego netto określonego w § 6 ust. 1 za każdy rozpoczęty dzień zwłoki; w przypadku Wad Nieistotnych — 5.000 zł za każdy rozpoczęty dzień zwłoki”;
 - c) nakazanie Zamawiającemu usunięcia § 19 ust. 1 pkt 3) Projektu Umowy jako sprzecznego z art. 433 PZP, ewentualnie zmiany wysokości przewidzianej w nim kary umownej na „10% wynagrodzenia netto za wykonanie robót, co do których Zamawiający odstępuje od umowy”;
 - d) nakazanie Zamawiającemu zmiany § 19 ust. 1 pkt 4) Projektu Umowy i nadanie mu następującego brzmienia „za odstąpienie od Umowy przez Zamawiającego z przyczyn leżących po stron/e Wykonawcy w wysokości 10% wynagrodzenia netto za wykonanie robót, co do których Zamawiający odstępuje od umowy”;
 - e) nakazanie Zamawiającemu usunięcia § 19 ust. 1 pkt 5) Projektu Umowy;
 - f) nakazanie Zamawiającemu zmiany § 19 ust. 1 pkt 1 i) Projektu Umowy przez zmniejszenie wysokości przewidzianej w nim kary umownej i nadanie mu brzmienia: „1) za zwłokę w uprzątnięciu terenu budowy, demontażu / usunięcia sprzętu budowlanego, a także wszelkich prowizorycznych obiektów wzniesionych przez Wykonawcę lub podwykonawców działających na jego rzecz w czas/e budowy w wysokości 10.000 zł za każdy dzień zwłoki liczony od momentu wezwania Wykonawcy do usunięcia zaistniałych nieprawidłowości i upływem 3 (trzy) dniowego terminu, po którym nastąpiło wezwanie”;
 - g) nakazanie Zamawiającemu zmiany § 19 ust. 7 Projektu Umowy poprzez obniżenie wysokości przewidzianego w nim limitu kar umownych i nadanie mu następującego brzmienia: „Łączna wysokość naliczonych kar umownych nie może przekroczyć 10% wynagrodzenia ryczałtowego netto określonego w § 6 ust. 1 Umowy”;
6. nakazanie Zamawiającemu zmiany SWZ przez opisanie w SWZ lub w Projekcie Umowy (lub w załączniku do nich) wyczerpujących wytycznych Zamawiającego oraz Zarządzającego lotniskiem dotyczących metod i organizacji robót budowlanych wynikających z prowadzenia Inwestycji na terenie lotniska oraz uwarunkowań prowadzenia robót związanych z koniecznością zachowania ciągłości prowadzenia działalności statutowej przez Zamawiającego;
7. nakazanie Zamawiającemu usunięcia § 11 ust. 5 Projektu Umowy;
8. nakazanie Zamawiającemu usunięcia z § 2 ust. 3 Projektu Umowy wymogu, aby wszystkie Materiały, instalacje, Wyposażenie i Urządzenia były „wyprodukowane nie wcześniej niż 6 miesięcy przed datą montażu czy wbudowania”;
9. nakazanie Zamawiającemu zmiany § 20 ust. 6 Projektu Umowy poprzez wydłużenie dodatkowego terminu na usunięcie naruszenia przez Wykonawcę wyznaczonego przez Zamawiającego przed skorzystaniem z prawa odstąpienia od umowy i określenie go na co najmniej 14 dni roboczych oraz wskazanie, że odstąpienie od umowy może nastąpić jedynie, gdy naruszenie wskazane w § 20 ust. 6 miało charakter istotny, a w konsekwencji nadanie mu następującego brzmienia „Odstąpienie od Umowy, o którym mowa w ust. 5, może nastąpić, gdy naruszenie w nim wskazane miało charakter istotny i następuje w drodze pisemnego oświadczenia złożonego drugiej Stronie wraz z podaniem uzasadnienia, po wcześniejszym wezwaniu Wykonawcy do zaniechania naruszeń o których mowa w ust. 5 wraz z wyznaczeniem dodatkowych co najmniej 14 dni roboczych na ich usunięcie”;
10. nakazanie Zamawiającemu zmiany § 7 ust. 5 Projektu Umowy i nadania mu następującego brzmienia „Waloryzacja będzie odbywać się na podstawie kwartalnego wskaźnika zmian cen produkcji budowlano-montażowej stosunku do poprzedniego kwartału, publikowanego na stronie <https://www.infor.pl/wskazn/ki/nieruchomosci/i/72>, Wskaźnik-zmian-cenprodukcji-i-budowlano-montazowej.htm/, zwanego dalej „wskaźnikiem”, w przypadku, gdy poziom zmiany osiągnie wzrost / spadek 0 3%” oraz zmiany 5% na 3% we wzorach określonych w § 7 ust. 9 Projektu Umowy;
11. nakazanie Zamawiającemu zmiany § 7 ust. 13 Projektu Umowy i nadanie mu następującego brzmienia: „W efekcie zastosowania waloryzacji, wynagrodzenie nie może zostać podwyższone ani obniżone o więcej niż onagrodzenie pierwotnie określonego w Umowie. ”.

oraz zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Wykonawcy zwrotu kosztów postępowania odwoławczego.

Odwołujący podał, że posiada interes prawny we wniesieniu odwołania w rozumieniu art. 505 ust. 1 ustawy ponieważ jest Wykonawcą w rozumieniu ustawy, posiada interes w uzyskaniu zamówienia, bowiem Odwołujący jest działającym na rynku podmiotem oferującym wykonanie robót budowlanych oraz obiektów budowlanych i posiada odpowiednie kompetencje oraz doświadczenie konieczne dla

prawidłowej realizacji zamówienia. Jednak z uwagi na niezgodno z prawem czynności Zamawiającego, wyszczególnione w treści niniejszego odwołania, nie będzie mógł złożyć oferty, spełniającej warunki wskazane w ogłoszeniu o zamówieniu i SWZ i w konsekwencji skutecznie ubiegać się o uzyskanie tego zamówienia. Może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, w postaci utrudnienia dostępu do zamówienia lub konieczności ubiegania się o udzielenie zamówienia niezgodnie z prawem.

W uzasadnieniu zarzutów odwołania podał:

I. Uzasadnienie zarzutów odnoszących się do warunków udziału w Postępowaniu Zarzuty I oraz II Zamawiający w § 11 ust. pkt 4) ppkt I SWZ wprowadził warunki udziału w postępowaniu w zakresie wymaganej zdolności technicznej lub zawodowej: Doświadczenie – branża elektryczna. Odwołujący zacytował postanowienia ww. paragrafu SWZ.

Odwołujący podał, że w przypadku niniejszego postępowania, wobec treści SWZ, szczególny sposób spełniania przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, a także przez wykonawcę polegającego na zdolnościach technicznych lub zawodowych innych podmiotów powyższych warunków polegający na tym, że wykonaniem wszystkich robót wskazanych w przytoczonych powyżej lit a — e winien wykazać się samodzielnie co najmniej jeden z wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia lub podmiot udostępniający zasoby narusza art. 16 pkt 1 — 3 w zw. z art. 112 ust. 1 w zw. z art. 112 ust. 2 pkt 4 w zw. z art. 116 ust. i oraz art. 117 ust. PZP — jest on nieproporcjonalny, nadmierny i obiektywnie nieuzasadniony przedmiotem oraz charakterem zamówienia oraz sprzeczny z istotną wspólnego ubiegania się o udzielenie zamówienia lub polegania na zdolnościach technicznych lub zawodowych innych podmiotów.

Podał Odwołujący, że wbrew nazwie §11 ust. 1 pkt 4) ppkt I SWZ „DOŚWIADCZENIE - BRANŻA ELEKTRYCZNA” określone w nim roboty w lit. a - e nie dotyczą wyłączenie jednej branży. Warunek określony w lit. a dotyczy branży elektrycznej, natomiast warunki określone w lit. b - e dotyczą branży teletechnicznej. Są to różne branże i zazwyczaj określona specjalistyczna firma zajmuje się robotami w branży albo elektrycznej albo teletechnicznej. W konsekwencji w systemie generalnego wykonawstwa inwestycji generalny wykonawca zazwyczaj zmuszony jest zatrudnić dwie osobne firmy specjalizujące się w branży elektrycznej oraz teletechnicznej. Już z tego tylko względu oczekiwanie, aby jeden podmiot miał wykazać samodzielnie wykonanie wszystkich robót wskazanych w przytoczonych powyżej lit. a - e jest obiektywnie nieuzasadnione i ograniczające konkurencję poprzez wykluczenie sytuacji, w której przykładowo generalny wykonawca polegałby na doświadczeniu dwóch podwykonawców z branży elektrycznej i teletechnicznej, z powodzeniem koordynując ich prace w trakcie realizacji zamówienia. Odwołujący podał, że przedmiotowy wymóg aby wykonaniem wszystkich robót wskazanych w przytoczonych powyżej lit. a - e miał wykazać się samodzielnie co najmniej jeden z wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia lub podmiot udostępniający zasoby jest w ocenie Odwołującego sprzeczny z celem dopuszczenia przez przepisy PZP możliwości wspólnego ubiegania się przez dwóch lub kilku wykonawców o udzielenie zamówienia lub polegania na zdolnościach technicznych lub zawodowych innych podmiotów. Odwołujący wskazał na stanowiska doktryny cytując w tym miejscu. Możliwość wspólnego ubiegania się przez wykonawców o udzielenie zamówienia lub polegania na zdolnościach technicznych lub zawodowych innych podmiotów, znacznie poszerza krąg podmiotów mogących wziąć udział w przetargu, a przez to zwiększa konkurencyjność i w konsekwencji umożliwia zamawiającemu wybór lepszej, korzystniejszej oferty. Możliwość wspólnego ubiegania się przez wykonawców o udzielenie zamówienia lub polegania na zdolnościach technicznych lub zawodowych innych podmiotów jest więc zasadą korzystną dla zamawiających, a wszelkie ograniczenia w tym zakresie muszą być traktowane jako wyjątek od zasady, a więc muszą być obiektywnie uzasadnione proporcjonalnie do charakteru i przedmiotu zamówienia. Znajduje to wyraz w szczególności w treści art. 117 ust. 1 PZP, zgodnie z którym Zamawiający może określić szczególny, obiektywnie uzasadniony, sposób spełniania przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia warunków udziału w postępowaniu, jeżeli jest to uzasadnione charakterem zamówienia i jest proporcjonalne. Odwołujący wskazał na stanowiska doktryny cytując w tym miejscu. Odwołujący wskazał, że jednocześnie ustawodawca przewidział szereg przepisów gwarantujących realne spełnienie określonych przez zamawiającego warunków w sytuacji wspólnego ubiegania się przez wykonawców o udzielenie zamówienia lub polegania na zdolnościach technicznych lub zawodowych innych podmiotów. W szczególności: art. 117 ust. 3 PZP i z art. 117 ust. 4 PZP. Odwołujący podał, że Zamawiający nie wykazał potrzeby wprowadzenia szczególnego sposobu spełniania warunków przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, a także przez wykonawcę polegającego na zdolnościach technicznych lub zawodowych innych podmiotów polegającego na tym, że „wykonaniem wszystkich w/w robót (lit. a — e) winien wykazać się samodzielnie co najmniej jeden z Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia lub podmiot udostępniający zasoby”. Analizując roboty określone w tych punktach można stwierdzić, że w ramach jednej inwestycji z powodzeniem mogłyby być one realizowane przez różnych podwykonawców koordynowanych przez generalnego wykonawcę. W szczególności: warunki określone w lit. a e dotyczą robót różnych branż — lit. a dotyczy branży elektrycznej, natomiast warunki określone w lit. b — e dotyczą branży teletechnicznej; na wielu inwestycjach roboty określone w lit. a, b, c, d i e są realizowane przez różne podmioty. Powyższy wymóg nie znajduje dodatkowo uzasadnienia, gdy weźmie się pod uwagę, że warunki określone w § 11 ust. 1 pkt 4) ppkt I SWZ zostały sformułowane w sposób zbyt szczegółowy, a przez to nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia i nadmierny dla zweryfikowania zdolności do należytego wykonania przedmiotu zamówienia, a w rezultacie w sposób dyskryminujący wykonawców i naruszający zasadę równego traktowania i uczciwej konkurencji.

Szczególnie dotyczy to wymogu określonego w § ust. 1 pkt 4) ppkt I lit, d) SWZ. Odwołujący podał, że wymagania te są nieproporcjonalne do przedmiotu zamówienia, nadmierne i zbyt szczegółowe, skutkując znacznym ograniczeniem konkurencji. Wynika to z tego, że:

- wskazano w nim precyzyjnie wyłącznie jeden z możliwych systemów klimatyzacji szaf IT,

tj. system klimatyzacji precyzyjnej z tzw. bezpośrednim chłodzeniem wnętrza szaf przez wymienniki klimatyzacyjne. Tak

szczegółowe opisanie systemu klimatyzacji szaf

IT przypomina raczej element opisu przedmiotu zamówienia, a nie kryterium pomocne

dla wyłonienia wykonawcy, który należy wykonać zamówienie. Wyjaśnić należy, że najczęściej stosowanym i równoważnym systemem chłodzenia jest system chłodzenia szaf IT za pomocą oddzielnych szaf. Wskazanie wyłącznie jednego z możliwych systemów klimatyzacji szaf IT jest nadmierne i nieproporcjonalne i eliminuje z postępowania wykonawców zdolnych do należytego wykonania zamówienia, w szczególności, gdy weźmie się pod uwagę obecny wymóg, że w przypadku wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, a także w przypadku, gdy wykonawca polega na zdolnościach technicznych lub zawodowych innych podmiotów na podstawie art. 118 PZP, wykonaniem wszystkich robót określonych w S 11 ust. 1 pkt 4) ppkt I lit. a e SWZ winien wykazać się samodzielnie co najmniej jeden z wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia lub podmiot udostępniający zasoby;

- wymaga Zamawiający, aby wykonawca wcześniej wykonał 2 roboty instalacyjne w zakresie podobnym do przedmiotu zamówienia, polegające na dostawie, wdrożeniu i uruchomieniu Instalacji teletechnicznych, co jest warunkiem nadmiernym. Z doświadczenia Odwołującego wynika, że w przeważającej większości przypadków wykonawcy robót budowlanych wdrażają i uruchamiają instalacje teletechniczne dostarczone przez samego inwestora lub wyłonione przez niego inne podmioty. Dla wskazania zdolności w tym zakresie kluczowe jest wdrożenie i uruchomienie instalacji, bowiem sama dostawa jest czynnością stosunkowo prostą - w konsekwencji brak możliwości wykazania się przez wykonawcę, który wdrażał lub uruchamiał instalacje teletechniczne czynnością dostawy nie powinien wpływać na ocenę jego zdolności realizacji zamówienia;

- wystarczające dla wykazania przez wykonawcę doświadczenia w tym zakresie byłoby wykonanie 1 roboty instalacyjnej w zakresie podobnym do przedmiotu umowy - zakres robót objętych tym warunkiem został określony na tyle precyzyjnie i szczegółowo, że wymagania wskazania się przez wykonawcę 2 takimi realizacjami znacząco ogranicza konkurencję.

W ocenie Odwołującego 1 prawidłowa realizacja w sposób wystarczający potwierdza zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia.

Odwołujący powołał wydane na gruncie poprzednio obowiązującej ustawy, ale zachowujące swoją aktualność orzecznictwo Izby: uchwała z dnia 5 czerwca 2018 r., KIO/KD 20/18, wyrok z dnia 24.11.2014 r., KIO 2358/14.

II. Uzasadnienie zarzutu III

Zgodnie z art. 647 k.c. Inwestor ma obowiązek dokonania odbioru przedmiotu umowy o roboty budowlane. Może uchylić się od tego obowiązku tylko w przypadku, gdy przedmiot umowy jest obciążony wadami istotnymi. Postanowienia Projektu Umowy są sprzeczne z niniejszą zasadą.

Po pierwsze, postanowienia Projektu Umowy w S 1 pkt 36 zawierają definicję „Wady Istotnej”, która została sformułowana w sposób bardzo szeroki, sprzeczny z powszechnie przyjętym rozumieniem tego pojęcia. Definicja „Wady Istotnej” zawiera szereg ogólnych określeń umożliwiających Zamawiającemu dokonanie subiektywnej kwalifikacji dowolnej wady jako istotnej.

Zgodnie z S ust. 36 Projektu Umowy *Wada Istotna – wada w przedmiocie Umowy lub w jego części, zmniejszająca wartość lub użyteczność przedmiotu Umowy w sposób uniemożliwiający jego prawidłowe użytkowanie zgodnie z przeznaczeniem, w szczególności uniemożliwiający lub istotnie ograniczający prowadzenie statutowej działalności przez Zamawiającego. Wadą istotną jest także wada w przedmiocie Umowy lub w jego części polegająca na braku właściwości, określonych w Umowie. W odniesieniu do wyrobów budowlanych, instalacji i Urządzeń jest to: brak wymaganych parametrów ilościowych lub/i jakościowych, zawodność działania, nadmierna energo-, materiał-, czy pracochłonność, nadmierna ilość lub szkodliwość odpadów, szkodliwy wpływ na środowisko w stosunku do wytycznych zawartych w Dokumentacji Projektowej, wiedzy technicznej i obowiązujących przepisów. Za wady istotne uznaje się także braki w Dokumentacji Powykonawczej.*

Odwołujący podał, że o ile pierwsze zdanie powyższej definicji „Wady Istotnej” nie budzi zastrzeżeń, to pozostała część definicji stanowi jej rozszerzenie względem definicji wady Istotnej wypracowanej przez doktrynę i orzecznictwo. Sprawia to, że de facto brak jest różnic między „Wadą istotną” a „Wadą Nieistotną”.

Zamawiający będzie uprawniony do odmowy odbioru końcowego, w przypadku gdy zgodnie z definicją wady Istotnej ukształtowaną przez doktrynę i orzecznictwo nie miałby takiej możliwości. W świetle bowiem wyroku Sądu Najwyższego z dnia 12 marca 2021 r. sygn. akt V CSKP 14/21: „Inwestor Jest uprawniony do odmowy odbioru obiektu tylko wówczas, gdy jest on dotknięty wadą istotną, tj. taką, która czyni go niezdatnym do umówionego użytku zgodnie z przeznaczeniem lub prowadzi do wykonania robót w sposób wyraźnie sprzeciwiający się umowie (...)”. Również orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej potwierdza powyższe stanowisko. W wyroku z dnia 6 lipca 2022 r., KIO 1564/22 wskazano: „na gruncie umowy o roboty budowlane można przyjąć, że niewykonanie zobowiązania ma miejsce wówczas, gdy wada jest tego rodzaju, że uniemożliwia czynienie właściwego użytku z przedmiotu robót, wyłącza ich normalne wykorzystanie zgodnie z celem umowy albo odbiera im cechy właściwe lub wyraźnie zastrzeżone w umowie, Istotnie zmniejszając ich wartość (wada istotna). Pozostałe wady, świadczą jedynie o nienależytym wykonaniu zobowiązania determinując zaktualizowanie uprawnień zamawiającego z tytułu rękojmi lub gwarancji”.

Odwołujący podał, że określenie „Wady Istotnej” polegającej na braku właściwości określonych w Umowie przez odwołanie się do:

- braku wymaganych parametrów ilościowych lub/i jakościowych (jakichkolwiek i niezależne);

- zawodności działania;

- nadmiernej energo-, materiał-, czy pracochłonności;

- nadmiernej ilości lub szkodliwości odpadów;

- szkodliwego wpływu na środowisko w stosunku do wytycznych zawartych w Dokumentacji Projektowej, wiedzy

technicznej i obowiązujących przepisów;

- braku w Dokumentacji Powykonawczej;

skutkuje tym, że „Wadą Istotną może być każda - nawet najmniejsza i nieistotna dla funkcjonowania obiektu - niezgodność z Umową, a nie tylko taka, która zmniejsza wartość lub użyteczność przedmiotu Umowy w sposób uniemożliwiający jego prawidłowe użytkowanie zgodnie z przeznaczeniem. Powyższe określenia zależą bowiem od subiektywnej oceny Zamawiającego. Wskazać należy, że żadne z określeń nie jest ograniczone wpływem na

użytkowanie przedmiotu Umowy lub wpływem na jego wartość. To są odrębne określenia, których stwierdzenie pozwala na zakwalifikowanie danej nieprawidłowości jako „Wady Istotnej”. Zamawiający może według własnego przyjąć, że dana niezgodność nie ma parametrów jakościowych lub ilościowych określonych w Umowie i na tej podstawie odmówić dokonania odbioru końcowego, pomimo faktu że, ta niezgodność ani nie zmniejsza wartość lub użyteczność przedmiotu Umowy w sposób uniemożliwiający jego prawidłowe użytkowanie zgodnie z przeznaczeniem, Pojęcia „zawodności”, „nadmierności”, czy „szkodliwości” również są cenne. Postanowienia Projektu Umowy nie wskazują kiedy mamy do czynienia z „zawodnością”, czy „nadmiernością” i „szkodliwością” mają być określane jako jakakolwiek niezgodność z poszczególnymi normami, czy też z „nadmiernością” i „szkodliwością” będziemy mieli do czynienia nawet jeśli zostaną spełnione normy, ale Zamawiający oczekiwał wyższych wymagań. Mając na uwadze powyższe należy stwierdzić, że ukształtowanie definicji wady istotnej w sposób wskazany w S 1 ust. 36 Projektu Umowy daje Zamawiającemu pełną dowolność kwalifikacji każdej nieprawidłowości jako „Wady Istotnej” I możliwość odmowy odbioru przedmiotu Umowy.

Odnosząc się do części definicji „Wady Istotnej” zawartej w Projekcie Umowy w zakresie dokumentacji powykonawczej Odwołujący podał, że jest ona sprzeczna przykładowo

z treścią wyroku Sądu Apelacyjnego W Warszawie z dnia 27 czerwca 2018 r., sygn. akt V ACa 1302/17.

Braki dokumentacji powykonawczej nie mogą być uznawane za wadę istotną, co mogłoby uzasadniać odmowę dokonania odbioru końcowego. Wskazać należy, że uchylenie art. 637 k.c. na mocy ustawy z dnia 30 maja 2014 r. o prawach konsumenta nie ma wpływu na powyższą ocenę. Istotny jest bowiem sam fakt wskazania, że w takim przypadku Zamawiający może skorzystać z uprawnień z tytułu rękojmi, lecz nie jest uprawniony do odmowy odbioru końcowego Inwestycji.

Po drugie, w S 10 ust. 7 Projektu Umowy przewidziano poszczególne uprawnienia Zamawiającego związane z odbiorem w zależności od charakteru wady, w tym prawo

do odmowy odbioru w przypadku istnienia Wady Istotnej (w rozumieniu opisanej powyżej definicji). Niemniej jednak jest to wyłącznie iluzoryczne. Należy zauważyć, że przedmiot Umowy został podzielony na Etap I oraz Etap II. Odbiór Końcowy następuje po wykonaniu Etapu II i usunięciu „wad i usterek” wskazanych podczas Odbioru Wykonanych Robót Etapu I. Niemniej nawet jeśli wyłącznie hipotetycznie by uznać, że definicja Wady Istotnej jest prawidłowa, to przez podział przedmiotu Umowy na Etap I Etap II oraz uzależnienie Odbioru Końcowego od usunięcia wszelkich „wad i usterek”, doszło do wprowadzenia bezusterkowego odbioru końcowego.

Zgodnie z S 2 ust. 2 Umowy Etap I obejmuje m.in. wykonanie robót budowlanych. sporządzenie Dokumentacji Warsztatowej i Dokumentacji Powykonawczej i zawiadomienie właściwych organów oraz uzyskanie ich pozytywnego stanowiska. Natomiast Etap II ma polegać na m.in. złożeniu wniosku o Pozwolenie na Użytkowanie i jego uzyskaniu. Z kolei w świetle S 1 ust. 18 Projektu Umowy, Odbiór Końcowy oznacza, „ odbiór przedmiotu Umowy, przeprowadzony po uzyskaniu ostatecznego Pozwolenia na Użytkowanie oraz po zgłoszeniu obiektu do użytkowania wraz z pisemnym potwierdzeniem o braku sprzeciwu do użytkowania wdanego przez właściwy organ. Odbiór Końcowy polega na ocenie kompletności i Jakości wykonania robót Etapu I wraz z potwierdzeniem usunięcia wad i usterek, stwierdzonych podczas Odbioru Wykonanych Robót Etapu I. W przypadku podziału Inwestycji nazadania/etapy, przy podziale Pozwolenia na Użytkowanie czy zgłoszenia do użytkowania na etapy, Odbiór Końcowy odbywa się po łwykaniu wszystkich zadań/etapów, po usunięciu wad i usterek w przedmiocie Umowy.”

Projekt Umowy przewiduje dwa rodzaje odbioru - Odbiór Wykonanych Robót Etapu I i Odbiór Końcowy.

Odbiór Końcowy zostanie dokonany dopiero po usunięciu „wad i usterek” stwierdzonych podczas Odbioru Wykonanych Robót Etapu I.

Definicja Odbioru Końcowego w ogóle nie referuje do definicji „Wad Istotnych” i „Wad Nieistotnych” lecz do „wad i usterek”. Wprowadzenie podziału na Wady Istotne I Wady Nieistotne (abstrahując od treści tych definicji) jest zatem bez znaczenia. Przed Odbiorem Końcowym muszą zostać usunięte wszystkie „wady / usterek”, co może oznaczać każdą nieprawidłowość, którą Zamawiający uzna za wadę lub usterkę. Podkreślenia przy tym wymaga, że w ramach Etapu II nie będą wykonywane już żadne roboty. Etap II polega zasadniczo na dopełnieniu formalności związanych z uzyskaniem Pozwolenia na Użytkowanie. W związku z tym, S 10 ust. 7 Umowy będzie miał zastosowanie tylko do Odbioru Wykonanych Robót Etapu I.

Odwołujący podał, że powyższe ma wpływ na uzyskanie przez Wykonawcę części wynagrodzenia, Zgodnie bowiem z S 6 ust. 4 Projektu Umowy, faktura w wysokości 5% wynagrodzenia brutto wystawiona będzie po przedstawieniu potwierdzenia skutecznego (to jest bez sprzeciwu organu) złożenia zawiadomienia o zakończeniu budowy, po usunięciu wad i usterek stwierdzonych przy odbiorze Etapu I oraz po uzyskaniu ostatecznego Pozwolenia na Użytkowanie i po dokonaniu Odbioru Końcowego. Zatem Zamawiający nie zapłaci Wykonawcy 5% wynagrodzenia do czasu aż Wykonawca nie usunie wszystkich nieprawidłowości Umowy.

Odwołujący podał, że zgodnie z ugruntowaną linią orzecniczą postanowienia umowy dopuszczające możliwość odmowy dokonania odbioru końcowego w przypadku istnienia jakichkolwiek wad są nieważne. Potwierdza to treść wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 4 maja 2022 r., KIO 1041/22, w którym Krajowa Izba Odwoławcza powołując się na orzecznictwo Sądu Najwyższego i doktrynę.

III. Uzasadnienie zarzutu IV

Projekt Umowy przewiduje, że Wykonawca co trzy miesiące będzie wstawiał fakturę częściową. Zgodnie bowiem z S 6 ust. 3 Projektu Umowy:

Rozliczenie przedmiotu Umowy odbywać się będzie fakturami częściowymi wystawionymi na podstawie każdorazowo podpisanych przez Strony: Wniosku o płatność i Protokołu Odbioru Wykonanych Robót (lub Protokołu Odbioru Wykonanych Robót Etapu I dla płatności przypadający po zakończeniu Etapu I) i zgodnie z przyjętym przez Strony Harmonogramem. Wynagrodzenie płatne będzie na podstawie faktur częściowych wystawianych co trzy miesiące oraz faktury końcowej zgodnie z Protokołem Odbioru Wykonanych Robót częściowego/końcowego, przy czym łączna wartość wynagrodzenia za wykonane roboty płatna fakturami częściowymi nie może przekroczyć 95% kwoty brutto, o której mowa w ust. 1, z zastrzeżeniem zakończenia w całości (w 100%) robót budowlanych na dzień odbioru Etapu I. Zaawansowanie robót nie może być mniejsze niż procentowa suma wartości wynagrodzenia

W ocenie Odwołującego takie ukształtowanie postanowienia dotyczącego rozliczeń jest sprzeczne z zasadą swobody umów, bowiem jest niezgodne z art. 106i ust. 3 pkt 1) Ustawy o VAT i art. 8a Ustawy o przeciwdziałaniu nadmiernym opóźnieniom. Zgodnie z art. 106i ust. 3 pkt 1) Ustawy o VAT fakturę wystawia się nie później niż 30. dnia od dnia

wykonania usług budowlanych lub budowlano-montażowych. Nie ulega wątpliwości, że przedmiot Umowy kwalifikuje się do taki usług. Natomiast dniem wykonania usług budowlanych jest ich faktyczne wykonanie, a nie ich odbiór. Potwierdza to treść wyroku Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Warszawie z dnia 14 maja 2015 r., sygn. akt III SA/Wa 235/15. Z kolei w świetle art. 8a Ustawy o przeciwdziałaniu w nadmiernym opóźnieniu: „Strony transakcji handlowej nie mogą ustalać daty doręczenia faktury lub rachunku, potwierdzających dostawę towaru lub wykonanie usługi”. Natomiast jak się wskazuje w doktrynie, art. 8a Ustawy o przeciwdziałaniu w nadmiernym opóźnieniu odnosi się również do ustalenia daty wystawienia faktury. Ustalenie przez strony terminu wystawienia faktury bezpośrednio wpływa na datę jej doręczenia. Nie można bowiem doręczyć faktury nieistniejącej. Wszelkie zatem postanowienia, które ograniczają wierzyciela co do możliwości wystawienia faktury i skutkujące odroczeniem terminu płatności są nieważne. Wreszcie wprowadzenie zasady, że Wykonawca będzie wystawiać faktury co trzy miesiące, których termin płatności wynosi 80 dni zaburza równowagę stron oraz stanowi przejaw nadużycia prawa podmiotowego do samodzielnego kształtowania warunków umowy przez Zamawiającego. Odwołujący wskazuje, iż uprawnienie Zamawiającego do ustalania warunków umowy nie ma charakteru absolutnego i nie może odbywać się w całkowitym oderwaniu od poszanowania słusznego interesu wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia (tak wyrok KIO z dnia 20.11.2015 r. w sprawie o sygn. akt KIO 2399/15 oraz wyrok KIO z dnia 06.06.2018 r. w sprawie o sygn. akt KIO 980/18, KIO 983/18). Konieczne zatem jest wyważenie interesów obu stron stosunku zobowiązaniowego wynikającego z umowy w sprawie zamówienia publicznego. Obowiązkiem Zamawiającego jest wprawdzie określenie postanowień umowy w sprawie zamówienia publicznego w taki sposób, ażeby cel zamówienia, tj. zaspokojenie określonych potrzeb Zamawiającego, został osiągnięty. W swoim działaniu nie może jednak Zamawiający nadużywać pozycji strony konstruującej umowę, korzystając z instrumentów niewspółmiernych do zamierzonego celu i to w sytuacji możliwości zastosowania innych środków, które w sposób dostateczny zabezpieczają interes Zamawiającego (zasada proporcjonalności). W efekcie powyższych postanowień Wykonawca będzie de facto przez cztery miesiące finansować inwestycję z własnych środków, co nie uwzględnia interesów wykonawców oraz jest sprzeczne z praktyką rynkową — co do zasady na rynku budowlanym rozliczenia pomiędzy stronami umów o roboty budowlane następują comiesięcznie, w szczególności przy inwestycjach o skali zbliżonej do Zamówienia. Odwołujący podkreśla przy tym, że w praktyce niemożliwe lub znacznie utrudnione byłoby dokonanie analogicznych ustaleń z podwykonawców, których oczekując comiesięcznego rozliczenia — w konsekwencji przez cztery miesiące cały ciężar ekonomiczny realizacji Zamówienia obciążałby wyłącznie generalnego wykonawcę

IV. Uzasadnienie Zarzutu V

W ocenie Odwołującego dochodzi także do naruszenia art. 8 ust. 1 PZP w zw. z art. 5, art. 353¹, art. 471, art. 473 S 1, art. 483 S 1 i art. 484 k.c. w zw. z art. 16 i art. 433 PZP, przez określenie projektowanych postanowień w zakresie kar umownych (§19 ust. pkt 1), 2), 3), 4), 5), 11) i ust. 7 Projektu Umowy, w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia, z przekroczeniem granicy dopuszczanej swobody umów oraz w warunkach nadużycia prawa podmiotowego do samodzielnego kształtowania warunków umowy przez Zamawiającego. Zamawiający wprowadził w § 19 Projektu Umowy szereg kar umownych, których obowiązek zapłaty obciążałby wykonawcę w razie ziszczenia się wskazanych w nim przesłanek. Wskazane poniżej postanowienia projektowanej umowy rażąco naruszają zasadę równowagi kontraktowej stron, dobre obyczaje i zostały sformułowane z przekroczeniem granicy dopuszczalnej swobody kontraktowej lub w warunkach nadużycia prawa podmiotowego do samodzielnego kształtowania warunków umowy przez Zamawiającego. Wyraża się to w: określeniu kar umownych w rażąco wygórowanej wysokości, nieadekwatnej do naruszeń i mogącej prowadzić do nieuzasadnionego wzbogacenia Zamawiającego, jak również przewidzenia kilku kar umownych za to samo naruszenie, czy braku precyzyjnego określenia przesłanek naliczania kar umownych. Odwołujący zakwestionował następujące postanowienia Projektu Umowy w zakresie kar umownych:

- 1) §19 ust. 1 pkt 1) Projektu Umowy - w zakresie wygórowanej wysokości kary umownej z tytułu zwłoki Wykonawcy stosunku do terminów wykonania Etapu I lub Etapu II, określonego w S 8 ust. 1 lub 2, w wysokości 0,03 % łącznego wynagrodzenia ryczałtowego brutto określonego w S 6 ust. 1 za każdy rozpoczęty dzień zwłoki.

Zastrzeżenie tak wysokiej kary umownej za każdy dzień zwłoki stanowi niewspółmierną sankcję i jest nieproporcjonalne do przedmiotu zamówienia, w szczególności, że dla zakończenia Etapu I niezbędne jest wykonanie 100% robót budowlanych (por. S 1 pkt 1). W konsekwencji w razie zwłoki co do tylko nieznacznego zakresu robót, Zamawiający naliczał będzie wykonawcy karę umowną wyliczoną z zastosowaniem wyżej wskazanego współczynnika procentowego od całkowitego wynagrodzenia ryczałtowego wykonawcy, powiększonego o kwotę podatku od towarów i usług (wartość brutto).

- 2) §19 ust. 1 pkt 2) Projektu Umowy — za nieterminowe usunięcie wad i usterek, o których mowa w §17 ust. 12 i 13 lub w S 18 ust. 2 pkt 1-8 Projektu Umowy w zakresie: (i) rażąco wygórowanej wysokości wynoszącej 0,01 % wynagrodzenia ryczałtowego brutto określonego w S 6 ust. 1 za każdy rozpoczęty dzień zwłoki oraz (ii) przesłanek tej kary, które obejmują także zwłokę w usuwaniu wad i usterek w trakcie realizacji przedmiotu umowy (por. S 18 ust. 2 pkt 1-3 Projektu Umowy).

Zastrzeżenie kary umownej za zwłokę w usuwaniu wad i usterek w trakcie realizacji przedmiotu umowy w istocie jest dodatkową, nieuzasadnioną i nieproporcjonalną karą umowną za zwłokę w realizacji przedmiotu umowy, co zostało już uregulowane w S 19 ust. 1 pkt 1) Projekt Umowy - wady i usterki powstałe w trakcie realizacji przedmiotu umowy mogą bowiem wpływać na terminy zakończenia Etapu I lub II i ich odbiory. Kara taka jest nieproporcjonalną i zasadniczo nie występuje w praktyce obrotu.

Co więcej, zastrzeżenie tak wysokiej kary umownej za każdy dzień zwłoki stanowi niewspółmierną sankcję i jest nieproporcjonalne do przedmiotu zamówienia,

w szczególności, że dotyczy ona każdej wady i usterki, niezależnie od jej charakteru oraz istotności.

3)§ 19 ust. 1 pkt 3) oraz 4) Projektu Umowy — w zakresie przesłanki tej kary, jaką jest odstępianie od Umowy przez Wykonawcę z przyczyn niezależnych od Zamawiającego oraz ich wysokości.

W odniesieniu do S 19 ust. 1 pkt 3) Projektu Umowy, w ocenie Odwołującego kara umowna w nim przewidziana narusza art. 433 ustawy, bowiem może zostać naliczona przez Zamawiającego także w przypadku, gdy do odstąpienia od Umowy przez Wykonawcę dojdzie z przyczyn niezależnych od stron, w tym z powodu siły wyższej i braku możliwości realizacji Umowy.

W odniesieniu natomiast do S 19 ust. 1 pkt 4) Projektu Umowy Odwołujący kwestionował wysokość wskazanej kary umownej jako rażąco wygórowanej, co wynika z ustalenia jej

na 10 % całkowitego wynagrodzenia ryczałtowego brutto, niezależnie od przypadku, czy odstępianie od umowy dotyczy całości umowy czy też odnosi skutek jedynie do części świadczenia niespełnionego (odstępianie co do reszty niespełnionego świadczenia). Taka sytuacja może prowadzić do skutku, że w przypadku odstąpienia od umowy na końcowym etapie realizacji przedmiotu umowy, gdy przeważająca część świadczeń wykonawcy na rzecz Zamawiającego zostanie już spełniona, kara umowna zamiast spełniać funkcję zryczałtowanego odszkodowania, będzie stanowiła źródło nieuzasadnionego wzbogacenia Zamawiającego – Zamawiającemu będzie się wówczas ekonomicznie opłacać odstąpić od Umowy. Obawy Odwołującego co do możliwości nadużywania uprawnienia do naliczenia kary umownej z tego tytułu znajdują dodatkowe oparcie w brzmieniu S 20 Projektu Umowy, w którym przewidziano liczne okoliczności skutkujące powstaniem po stronie Zamawiającego prawa do odstąpienia od umowy, a których nie sposób uznać za istotne naruszenie zobowiązań umownych. Powyższe dodatkowo jest uzasadnione treścią postanowień S 20 ust. 3 Projektu Umowy, zgodnie z którym „Odstąpienie nie ma wpływu na możliwość dochodzenia przez Zamawiającego kar umownych.”

4)§ 19 ust. 1 pkt 5) Projektu Umowy — w zakresie zarówno wysokości, jak i podstaw naliczenia przewidzianej w nim kary umownej-

Zgodnie z tym postanowieniem kara umowna należna jest Zamawiającemu „za niewypełnienie obowiązków, o których mowa w §12 Umowy w wysokości 0,02% wynagrodzenia ryczałtowego brutto określonego w §6 ust. 1 Umowy za każdy rozpoczęty dzień zwłoki”. W § 12 Projektu Umowy na ok. 12 stronach Projektowanej Umowy określono obowiązki Wykonawcy, a przytoczone projektowane postanowienie przewiduje karę umowną za naruszenie każdego z tych obowiązków, niezależnie od ich charakteru, stopnia naruszenia, powstania i wysokości szkody Zamawiającego związanej z naruszeniem, czy istotności obowiązku dla realizacji przedmiotu umowy, w wysokości 0,02 % wynagrodzenia ryczałtowego brutto określonego w S 6 ust. Umowy, za każdy rozpoczęty dzień zwłok. Postanowienie to w sposób oczywisty rażąco narusza równowagę stron, Jest nieproporcjonalne do przedmiotu zamówienia, narusza zasadę precyzyjnego określenia przesłanek kar umownych i z całą pewnością skutkowałoby nieuzasadnionym wzbogaceniem Zamawiającego.

5)§ 19 ust, 1 pkt 11) Projektu Umowy — w zakresie wysokości przewidzianej w nim kary umownej.

Zgodnie z tym postanowieniem kara umowna należna Jest Zamawiającemu „za zwłokę w uprzątnięciu terenu budowy, demontażu / usunięcia sprzętu budowlanego, a także wszelkich obiektów wzniesionych przez Wykonawcę lub podwykonawców działających na jego rzecz w czasie budowy w wysokości 0,02% w nagrodzenia ryczałtowego brutto określonego w § 6 ust. 1 Umowy za każdy dzień zwłoki liczony od momentu wezwania Wykonawcy do usunięcia zaistniałych nieprawidłowości i upływem 3 (trzy) dniowego terminu, po którym nastąpiło wezwani”

Postanowienie to rażąco narusza równowagę stron, jest nieproporcjonalne do przedmiotu naruszenia i skutkowałoby nieuzasadnionym wzbogaceniem-ł Zamawiającego.

W szczególności wysokość kary umownej jest niewspółmierna do charakteru obowiązku Wykonawcy, z którego naruszeniem jest związana, w szczególności, że Zamawiający mógłby w takim przypadku skorzystać przykładowo z wykonawstwa zastępczego.

6) § 19 ust. 7 Projektu Umowy - w zakresie wysokości limitu kar umownych wynoszącego 20% wynagrodzenia ryczałtowego brutto.

W ocenie Odwołującego, mając na uwadze katalog ukształtowanych przez Zamawiającego kar umownych, kwestionowane postanowienie Projektu Umowy zostało ukształtowane z naruszeniem art. 353¹ k.c. i pozostaje w sprzeczności z podstawowymi funkcjami kary umownej. Konsekwencją tak skonstruowanej kary umownej, w połączeniu z wynikającą z ustawy o finansach publicznych konieczności jej dochodzenia przez Zamawiającego, może być jedynie bezzasadne wzbogacenie Zamawiającego kosztem wykonawcy, a nie zrekompensowanie możliwego uszczerbku Zamawiającego na wypadek ziszczenia się zdarzeń określonych w projektowanym zapisie umowy.

W kontekście powyższego, podkreślił Odwołujący, że uprawnienie Zamawiającego do ustalania warunków umowy nie ma charakteru absolutnego i nie może odbywać się w całkowitym oderwaniu od poszanowania słusznego Interesu wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia (por. wyrok KIO z dnia 20.11.2015 r. w sprawie o sygn. akt KIO 2399/15 oraz wyrok KIO z dnia 06.06.2018 r. w sprawie o sygn. akt KIO 980/18, KIO 983/18). Konieczne jest wyważenie interesów obu stron stosunku zobowiązaniowego wynikającego z umowy w sprawie zamówienia publicznego, Obowiązkiem Zamawiającego jest określenie postanowień umowy w sprawie zamówienia publicznego w taki sposób, ażeby cel zamówienia, tj. zaspokojenie określonych potrzeb Zamawiającego, został osiągnięty, ale w swoim działaniu nie może jednak Zamawiający nadużywać pozycji strony konstruującej umowę, korzystając z instrumentów nieproporcjonalnych do zamierzonego celu i to w sytuacji możliwości zastosowania innych środków, które w sposób dostateczny zabezpieczą interes Zamawiającego (zasada proporcjonalności).

Przykładem działania zamawiającego podejmowanego z naruszeniem zasady proporcjonalności jest zastrzeżenie rażąco wygórowanych kar umownych, bez względu na rodzaj naruszeń i ich charakter, na ewentualną winę, stopień zawinienia wykonawcy oraz bez odniesienia wysokości kary do hipotetycznie wyliczonej przyszłej szkody, jaką może ponieść zamawiający w związku z niewykonaniem lub nienależytym wykonaniem umowy. Jak wskazał Sąd Apelacyjny w Szczecinie w wyroku z dnia 24 kwietnia 2014 r. (sygn. akt I ACa 26/14) „ocenę, czy kara w danym przypadku/est rażąco wygórowana w rozumieniu art. 484 § 2 k.c. należy dokonać w kontekście całokształtu okoliczności sprawy, a zatem uwzględniając przedmiot umowy, okoliczności, na jakie kara umowna została zastrzeżona, cel tej kary, sposób Jej ukształtowania, okoliczności, w jakich doszło do sytuacji uzasadniającej naliczenia kary, wagę / zakres nienależytego wykonania umowy, stopień „winy, charakter negatywnych skutków dla drugiej/ strony itp.” Zastrzeżone w umowach o zamówienie publiczne kary umowne winny zmierzać do zabezpieczenia należytego wykonania umowy i pozostawać w związku z zasadniczymi obowiązkami wykonawcy, wynikającymi z przedmiotu zamówienia.

V. Uzasadnienie w zakresie Zarzutu VI, Zarzutu VII oraz Zarzutu VIII

Zamawiający uwzględnił odwołanie w części w odniesieniu do zarzutu 6, 7 i 8 - wydane zostało postanowienie o umorzeniu postępowania

VI. Uzasadnienie Zarzutu IX

W § 20 ust. 5 pkt 3), 4), 5), 7), 10) Projektu Umowy Zamawiający sformułował w sposób bardzo ogólny, pojemny przesłanki powstania umownego prawa odstąpienia od Umowy przez Zamawiającego.

Zgodnie z tymi postanowieniami:

5. Zamawiającemu przysługuje prawo odstąpienia od Umowy w terminie 30 dni od dnia powzięcia wiadomości o wystąpieniu poniższych przesłanek, w szczególności gdy:

3) Wykonawca przeprowadza roboty budowlane niezgodnie z postanowieniami Umowy lub

z przepisami prawa, sztuką budowlaną i wiedzą techniczną,

4) jeśli sprzecznie z ustaleniami Umowy i bez uzyskania zgody Zamawiającego, Wykonawca

zleci przeprowadzenie części robót lub przeważającej ich części podwykonawcom, na których Zamawiający nie wyraził zgody.

5) Wykonawca realizuje Inwestycję w sposób sprzeczny z treścią Umowy;

7) Wykonawca porzuci roboty lub winny sposób okaże swój zamiar niewywiązania się

z zobowiązań umownych;

10) Wykonawca zalega z płatnościami na rzecz podwykonawców (w tym wykonawców robót

budowlanych, dostawców i usługodawców) na łączną kwotę powyżej 5% niewypłaconej części wynagrodzenia o którym mowa w § 6;

Odwołujący podał, że jednocześnie przed skorzystaniem z tego uprawnienia Zamawiający powinien wezwać najpierw Wykonawcę do zaniechania naruszenia wraz z wyznaczeniem dodatkowego terminu do 7 dni roboczych (por. S 20 ust. 6 Projektu Umowy).

Zważywszy na daleko idące skutki prawne odstąpienia od umowy w postaci rozwiązania umownego stosunku prawnego pomiędzy stronami, w ocenie Odwołującego przytoczone postanowienia zostały sformułowane w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia, z przekroczeniem granicy dopuszczanej swobody umów oraz w warunkach nadużycia prawa podmiotowego do samodzielnego kształtowania warunków umowy przez Zamawiającego. Na ich podstawie teoretycznie Zamawiający mógłby odstąpić od umowy z powodu nawet błahych naruszeń Umowy przez Wykonawcę, wyznaczając Wykonawcę nierealny termin na ich usunięcia Zamawiającemu przysługiwałaby w takim przypadku dodatkowo kara umowna, o której mowa w S 19 ust. 1 pkt

4) Projektu Umowy.

W konsekwencji stwierdzić należy, że Zamawiający przewidział w tych postanowieniach sankcję oczywiście nieproporcjonalną do przesłanek powstania prawa do odstąpienia od umowy - stworzona została przez Zamawiającego rażąca dysproporcja w zabezpieczeniu interesów stron.

VII. Uzasadnienie Zarzutu X

Zamawiający w § 7 Projektu Umowy sformułował takie zasady waloryzacji wynagrodzenia wykonawcy, które de facto skutkują ich pozornością i brakiem możliwości ewentualnego przywrócenia ekonomicznej równowagi stron.

W ocenie Wykonawcy wynika to z tego, że:

- w § 7 ust. 5 Projektu Umowy określono zbyt wysoki kwartalny wskaźnik zmiany wynoszący wzrost / spadek 0 5⁰/0, w sytuacji, w której wskaźniki te w ujęciu kwartalnym, publikowane przez GUS za 2022 i 2023 r. kształtują się w następujący sposób:

I kwartale 2022 r. w stosunku do IV kwartału 2021 r. wzrosły o 3,4 %

II kwartale 2022 r. w stosunku do I kwartału 2022 r. wzrosły o 4,0 %

III kwartale 2022 r. w stosunku do II kwartału 2022 r. wzrosły o 3,5 %.

IV kwartale 2022 r. w stosunku do III kwartału 2022 r. wzrosły o 3,2 %

I kwartale 2023 r. w stosunku do IV kwartału 2022 r. wzrosły o 1,7%

II kwartale 2023 r. w stosunku do I kwartału 2023 r. wzrosły o 2,1%

W efekcie może zdarzyć się, że w przypadku wskaźnika wzrostu / spadku wynoszącego w ujęciu rocznym blisko 20 % (np. ponad 4,5 %, ale mniej niż 5% w ujęciu każdego kwartału), nie będzie możliwe zastosowanie waloryzacji.

- Limit waloryzacji określony w § 7 ust. 13 Projektu Umowy jest zbyt niski.
10% limit jest zbyt niski, gdy weźmie się pod uwagę, że waloryzacja ma w założeniu służyć urynkowieniu wynagrodzenia wykonawcy w sytuacji nadzwyczajnych zmian cen na rynku.

Odwołanie sygn. akt: KIO 3179/23

Odwołujący działając na podstawie art. 513 pkt 1 w zw. z art. 505 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (dalej: „PZP”) wniósł odwołanie wobec treści specyfikacji warunków zamówienia (dalej: „SWZ”) ustalonych w Postępowaniu z naruszeniem przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1) art. 16 pkt 1 i 2 w zw. z art. 99 ust. 1 i art. 433 pkt 3 PZP oraz art. 632 § 1 i art. 5 i 3531 KC w zw. z art. 8 KC przez wprowadzenie do wzoru umowy (§ 6 ust. 2 zd. 1), dalej jako: „Umowa” postanowień naruszających bezwzględnie obowiązujące przepisy prawa, zasady uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców i przejrzystości postępowania oraz równowagę stron umowy, a także stanowiących nadużycie prawa podmiotowego Zamawiającego do kształtowania postanowień umownych, skutkujących przerzuceniem na Wykonawcę ryzyk związanych z nieprawidłowym lub nieprecyzyjnym opisem przedmiotu zamówienia przez zobowiązanie Wykonawcy do:

c) uwzględnienia w wynagrodzeniu ryczałtowym „wszelkich pozostałych kosztów związanych z realizacją prac objętych Umową” oraz
d) „doprecyzowania zakresu prac” i objęcia go wynagrodzeniem ryczałtowym, aby wykluczyć żądanie zmiany tego wynagrodzenia na skutek braku doprecyzowania tego zakresu przez Wykonawcę;

2) art. 439 ust. 1-2 oraz art. 5 i 3531 KC w zw. z art. 8 KC przez wprowadzenie do wzoru umowy:

a) w § 7 ust. 2 postanowienia uzależniającego waloryzację wynagrodzenia od uzyskania dodatkowych środków finansowych od Ministra Zdrowia, z jednoczesnym zastrzeżeniem, że Wykonawcy nie przysługuje roszczenie o zapłatę jakichkolwiek odsetek w przypadku „wyплаты wyrównania” (tj. zwaloryzowania wynagrodzenia z opóźnieniem), co narusza obowiązek waloryzacji wynagrodzenia w sytuacji spełnienia określonych ku temu przesłanek oraz równowagę stron Umowy, a także stanowi nadużycie prawa podmiotowego Zamawiającego do kształtowania postanowień umownych,
b) w § 7 ust. 5 i 9 postanowienia określającego jako podstawę waloryzacji kwartalny wskaźnik zmiany cen produkcji budowlano-montażowej w stosunku do poprzedniego kwartału na poziomie min. 5% w sytuacji, gdy waloryzacja wynagrodzenia może następować nie częściej niż co 6 miesięcy (dwa kwartały) a wysokość wskaźnika w ostatnich latach ani razu nie przekroczyła poziomu 5%,
c) w § 7 ust. 7 pkt 3 postanowienia, zawierającego wymóg wskazania we wniosku o waloryzację informacji i dowodów potwierdzających, że zostały spełnione okoliczności uzasadniające dokonanie zmiany wynagrodzenia, pomimo że Zamawiający określa sposób waloryzacji wynagrodzenia w oparciu o wskaźnik GUS, a nie na innej podstawie, np. na podstawie wykazu rodzajów materiałów i kosztów, w przypadku których zmiana ceny uprawnia strony umowy do żądania zmiany wynagrodzenia, co stanowi niczym nieuzasadnioną barierę w waloryzacji wynagrodzenia, narusza równowagę stron Umowy oraz stanowi nadużycie prawa podmiotowego Zamawiającego do kształtowania jej postanowień,
d) § 7 ust. 10 zd. 1 postanowienia dotyczącego obliczenia kwoty waloryzacji, w zakresie, w jakim kwota ta ma być obliczana jako iloczyn dotychczasowego wynagrodzenia za daną część robót budowlanych wykonanych w tym okresie waloryzacyjnym”, co wobec niedoprecyzowania pojęcia „okresu waloryzacyjnego” nie pozwala na wyliczenie kwoty waloryzacji i

tym samym niweczy cel wprowadzenia obowiązkowej waloryzacji wynagrodzenia w umowach zawartych na okres dłuższy niż 6 miesięcy;

- 3) art. 16 pkt 3 w zw. z art. 436 pkt 3 oraz art. 5 i 353¹ KC w zw. z art. 8 PZP poprzez określenie w § 19 ust. 7 Umowy, iż łączna wysokość naliczonych kar umownych nie może przekroczyć 20% wynagrodzenia ryczałtowego brutto, co stanowi wartość rażąco wygórowaną, naruszającą zasadę proporcjonalności, prowadzącą do ograniczenia kręgu wykonawców mogących się ubiegać o zamówienie, a także świadcząca o nadużyciu przez Zamawiającego dominującej pozycji organizatora przetargu.

oraz innych przepisów PZP, wprost w tym miejscu nie wskazanych, ale powoływanych w uzasadnieniu odwołania lub z niego wynikających.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

- 1) zmiany § 6 ust. 2 zd. 1 Umowy i nadanie mu następującego brzmienia:

„Wynagrodzenie ryczałtowe, o którym mowa w ust. 1 obejmuje wszelkie koszty związane z realizacją przedmiotu Umowy, w tym wszystkie obowiązujące podatki i opłaty oraz ryzyko i odpowiedzialność Wykonawcy z tytułu niewłaściwej oceny nakładów pracy lub kosztów niezbędnych dla wykonania przedmiotu Umowy, błędnego oszacowania wszelkich pozostałych kosztów związanych z realizacją prac objętych Umową, a także oddziaływania innych czynników mających lub mogących mieć wpływ na koszty, a także koszty ubezpieczenia wymaganego zapisami Umowy, o ile Wykonawca jako profesjonalista mógł je rozsądnie przewidzieć na etapie składania oferty. Żadne nieoszacowanie, pominięcie, brak rozpoznania i doprecyzowania zakresu prac nie może być podstawą do żądania zmiany wynagrodzenia określonego w Umowie”;

- 2) usunięcia § 7 ust. 2 Umowy;

- 3) zmiany § 7 ust. 5 i 9 Umowy i nadanie im następującego brzmienia:

„5. Waloryzacja będzie odbywać się na podstawie sumy kwartalnego wskaźnika zmian cen produkcji budowlano-montażowej w stosunku do poprzedniego kwartału, publikowanych w okresie od dnia otwarcia ofert do dnia złożenia wniosku o pierwszą waloryzację, a następnie od dnia złożenia wniosku o waloryzację do dnia złożenia wniosku o kolejną waloryzację na stronie <https://www.infor.pl/wskazniki/nieruchomosci/172,Wskaznik-zmian-cen-produkcji-budowlano-montazowej.html>, zwanej dalej „wskaźnikiem”, w przypadku gdy poziom sumy zmian kwartalnych wskaźników osiągnie wzrost/spadek o 4-5%”

„9. Jeżeli zaistnieje przypadek, o którym mowa w ust. 5, zmiana wynagrodzenia odbywa się przy użyciu obliczonego wskaźnika według wzoru:

w przypadku wzrostu: $W(x) = 0,5 \cdot [Z(X) - 5\%]$

w przypadku spadku: $W(x) = 0,5 \cdot [5\% - Z(X)]$

gdzie:

$W(X)$ – wskaźnik waloryzacji za kwartał X , gdzie X jest kwartałem, w którym przypada możliwość waloryzacji wynagrodzenia; wskaźnik może przyjąć wartość dodatnią lub ujemną, wskaźnik należy obliczyć z dokładnością do 2 miejsc po przecinku

$Z(X)$ – suma kwartalnych wskaźników zmian cen produkcji budowlano-montażowej w stosunku do poprzedniego kwartału w okresie od dnia otwarcia ofert do dnia złożenia wniosku o pierwszą waloryzację, a następnie od dnia złożenia wniosku o waloryzację do dnia złożenia wniosku o kolejną waloryzację”

Lub

Zastąpienie ww. postanowień postanowieniami rekomendowanymi przez UZP w publikacji:

Przykładowe klauzule waloryzacyjne dla sektora budownictwa - Urząd Zamówień Publicznych - Portal Gov.pl (www.gov.pl)

„Postanowienia umowne dotyczące waloryzacji wynagrodzenia Wykonawcy (jeden wskaźnik waloryzacji)”

4) usunięcia § 7 ust. 7 pkt 3 Umowy;

5) zmiany § 7 ust. 10 zd. 1 Umowy i nadanie mu następującego brzmienia:

„Kwota waloryzacji będzie obliczana jako iloczyn dotychczasowego wynagrodzenia za daną część robót budowlanych pozostałych do wykonania wykonanych w tym okresie po złożeniu wniosku o waloryzację waloryzacyjnym i wyliczonego wskaźnika waloryzacji”.

6) zmiany § 19 ust. 7 Umowy i nadanie mu następującego brzmienia:

„Łączna wysokość naliczonych kar umownych nie może przekroczyć 20% 10% wynagrodzenia ryczałtowego brutto określonego w § 6 ust. 1 Umowy”.

Na wypadek, gdyby Izba uznała, iż nakazanie Zamawiającemu zmiany postanowień poprzez nadanie im konkretnego brzmienia lub ich usunięcie nie było możliwe, Odwołujący wnosi o nakazanie Zamawiającemu zmiany zaskarżonych postanowień SWZ i wzoru umowy (projektowanych postanowień umowy) poprzez doprowadzenie ich do zgodności z przepisami prawa oraz z uwzględnieniem podniesionych w odwołaniu zarzutów i argumentacji.

Odwołujący wskazał, że jest legitymowany do wniesienia odwołania, stosownie do wymagań określonych w art. 505 ust. 1 Pzp jako wykonawca zdolny do wykonania przedmiotowego zamówienia i zainteresowany złożeniem oferty, a któremu zaskarżone postanowienia SWZ uniemożliwiają złożenie oferty.

W wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów wskazanych w petitum odwołania i wynikających z jego uzasadnienia, Odwołujący może ponieść szkodę, wyrażającą się w pozbawieniu Odwołującego możliwości pozyskania zamówienia i otrzymania wynagrodzenia za jego realizację, w tym osiągnięcia zakładanego w ofercie zysku.

Powyższe dowodzi naruszenia interesu w uzyskaniu zamówienia, co czyni zadość wymaganiom określonym w art 505 ust. 1 Pzp do wniesienia niniejszego odwołania.

W uzasadnieniu zarzutów odwołania:

(zarzut 1) Zarzuty dotyczące § 6 ust. 2 zd. 1 Umowy

W § 6 ust. 2 zd. 1 Umowy Zamawiający zastrzegł, że „Wynagrodzenie ryczałtowe, o którym mowa w ust. 1 obejmuje wszelkie koszty związane z realizacją przedmiotu Umowy, w tym wszystkie obowiązujące podatki i opłaty oraz ryzyko i odpowiedzialność Wykonawcy z tytułu niewłaściwej oceny nakładów pracy niezbędnych dla wykonania przedmiotu Umowy, błędnego oszacowania wszelkich pozostałych kosztów związanych z realizacją prac objętych Umową, a także oddziaływania innych czynników mających lub mogących mieć wpływ na koszty, a także koszty ubezpieczenia wymaganego zapisami Umowy. Żadne nieoszacowanie, pominięcie, brak rozpoznania i doprecyzowania zakresu prac nie może być podstawą do żądania zmiany wynagrodzenia określonego w Umowie”.

Odwołujący podał, że tak sformułowane postanowienie umowne przede wszystkim jest sprzeczne z istotą wynagrodzenia ryczałtowego oraz z zobowiązaniem Zamawiającego do opisanie przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, wynikającym z art. 99 ust. 1 PZP. Niedopuszczalne jest uchylanie się przez Zamawiającego od odpowiedzialności za prawidłowe przygotowanie opisu przedmiotu zamówienia, które jak wyraźnie wynika z poczynionej powyżej uwagi, jest jego wyłączną prerogatywą.

W konsekwencji, Zamawiający usiłuje przerzucić na wykonawcę w zasadzie nieograniczony katalog ryzyk związany z nieprecyzyznością i brakami dokumentacji przetargowej, narzucając, że wynagrodzenie ryczałtowe ma konsumować wszelkie prace związane z realizacją zamówienia, które okażą się niezbędne.

Zgodnie z art. 632 § 1 KC wykonawca nie może żądać podwyższenia wynagrodzenia ryczałtowego, nawet jeśli w czasie zawarcia umowy nie można było przewidzieć rozmiaru lub kosztów prac. Z przepisu tego jednoznacznie wynika, że istotą wynagrodzenia ryczałtowego jest, iż co do zasady nie można żądać jego podwyższenia, ale jego wysokość obejmuje wykonanie określonego przez zamawiającego przedmiotu zamówienia. Zatem w pierwszej kolejności Odwołujący podał, że pojęcia: „wszelkich pozostałych kosztów związanych z realizacją prac objętych Umową” oraz „oddziaływania innych czynników mających lub mogących mieć wpływ na koszty” są nieprecyzyjne i używanie ich do określenia wynagrodzenia ryczałtowego narusza zasadę przejrzystości postępowania. Może również prowadzić do nieporównywalności ofert, a zatem do naruszenia zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Co prawda wysokość wynagrodzenia ryczałtowego jest niezależna od możliwości przewidzenia rozmiaru lub kosztów prac związanych z wykonaniem przedmiotu umowy, ale zobowiązanie do uwzględnienia ryzyka „wszelkich pozostałych kosztów (...)” czy „oddziaływania innych czynników (...)” stanowi obciążenie Wykonawcy zobowiązaniem niemożliwym (przewidzenia i wyceny pozostałych kosztów i oddziaływania innych czynników w okresie 20-u miesięcy wykonywania Umowy) i tym samym wykracza ponad ryzyko Wykonawcy związane z określeniem wynagrodzenia ryczałtowego.

Innymi słowy: wynagrodzeniem ryczałtowym objęte są koszty wykonania zamówienia, niezależnie od możliwości przewidzenia rozmiaru lub kosztów prac, ale nie: „wszelkich” (niedookreślonych) pozostałych kosztów czy skutków oddziaływania „innych” czynników na te koszty. Tak zakreślony zakres zobowiązań nałożonych na wykonawcę nie tylko narusza jego prawa podmiotowe ale również generuje ryzyko całkowitej nieporównywalności złożonych ofert. Skoro bowiem wykonawcy mieliby uwzględnić konieczność wykonania prac niewynikających z dokumentacji i niemożliwych do przewidzenia na jej podstawie, szacunki każdego z wykonawców dokonywane na tej podstawie mogą być całkowicie odmienne, mając nadto charakter całkowicie spekulacyjny. Ponadto używanie takich pojęć wskazuje, iż – wbrew obowiązkowi wynikającemu z art. 99 ust. 1 PZP – przedmiot zamówienia nie został opisany w sposób jednoznaczny i wyczerpujący. Naruszeniem tego przepisu jest również zobowiązanie wykonawców do doprecyzowania zakresu prac i zastrzeżenie, iż niedoprecyzowanie zakresu prac „nie może być podstawą do żądania zmiany wynagrodzenia określonego w Umowie”. Obarczanie wykonawcy odpowiedzialnością za wynik doprecyzowania zakresu prac stanowi także nieuprawnione, w rozumieniu art. 433 pkt 3 PZP, przerzucanie na wykonawcę odpowiedzialności za okoliczności leżące wyłącznie po stronie Zamawiającego, a związane z niejednoznacznym lub niewyczerpującym opisem przedmiotu zamówienia. Stanowi również nadużycie prawa podmiotowego Zamawiającego do określenia projektowanych postanowień umowy oraz – jako sprzeczne z art. 99 ust. 1 i art. 433 pkt 3 PZP – narusza zasadę swobody umów, a także – idąc dalej – zasadę współdziałania stron umowy w sprawie zamówienia publicznego (art. 431 PZP). Nałożenie na wykonawców obowiązku leżącego po stronie Zamawiającego (doprecyzowania zakresu prac) skutkuje także brakiem możliwości prawidłowego oszacowania zakresu prac, a w konsekwencji ich rzetelnej wyceny. W konsekwencji prowadzi do nieporównywalności ofert i godzi w zasadę przejrzystości udzielania zamówień oraz uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Sytuacja, w której wykonawca ponosi niczym nieograniczone ryzyko doprecyzowania zakresu prac (który tym samym z założenia jest nieprecyzyjny), a następnie skalkulowania wszelkich niedookreślonych przez Zamawiającego prac jest zatem niedopuszczalna i sprzeczna z powołanymi przez Odwołującego przepisami. W konsekwencji Zamawiający, realizując podstawowe zasady udzielania zamówień publicznych, określone w art. 16 PZP, oraz określone w art. 99 ust. 1 PZP wymogi związane z opisem przedmiotu zamówienia, powinien umożliwić wykonawcy na etapie ubiegania się o udzielenie zamówienia dysponowanie jednoznacznymi i klarownymi informacjami dotyczącymi nałożonych na nich zobowiązań, które muszą być wprost skorelowane z udostępnionym opisem przedmiotu zamówienia i ogólnodostępnymi informacjami możliwymi do przeanalizowania przez profesjonalnego wykonawcę. Eliminacja postanowień budzących wątpliwości interpretacyjne, sugerujących nałożenie na wykonawców zobowiązań wykraczających poza ustawowe ramy, zachęca do uczestnictwa w danym postępowaniu przetargowym i eliminuje ryzyko sporów na etapie realizacji zamówienia. Wszelkie prace, których potrzeby wykonania nie da się wywieść z opisu przedmiotu zamówienia siłą rzeczy nie mogą być objęte wynagrodzeniem ryczałtowym. W przypadku wystąpienia konieczności ich wykonania ustawodawca przewidział możliwość zmiany umowy, przez objęcie jej przedmiotem robót dodatkowych. Tym samym kwestionowane odwołaniem postanowienia Umowy naruszają również art. 455 ust. 1 pkt 3 PZP.

(zarzut 2) Zarzuty dotyczące § 7 Umowy (Waloryzacja wynagrodzenia)

Wprowadzenie obowiązku waloryzowania umów w sprawie zamówień publicznych podyktowane było dążeniem do zapewnienia równowagi ekonomicznej stron umowy w sprawie zamówienia publicznego. W uzasadnieniu do PZP (Uzasadnienie do rządowego projektu ustawy – Prawo zamówień publicznych, Sejm VIII kadencji, druk Nr 3624) podkreślano, iż zamawiający mogą swobodnie w kształtować klauzule waloryzacyjne, jednakże „oczywiście z poszanowaniem ustawowych zasad określających relacje między stronami”.

Zatem swoboda zamawiającego w kształtowaniu zapisów umownych ograniczona jest przede wszystkim zasadami wynikającymi z art. 353(1) KC. Zamawiający może ułożyć stosunek prawny według swego uznania, byleby jego treść lub cel nie sprzeciwiały się właściwości (naturze) stosunku, ustawie ani zasadom współżycia społecznego. Natomiast o istocie klauzuli waloryzacyjnej stanowi art. 358(1) § 2 KC, z którego wynika, iż stanowi ona umowne zastrzeżenie określenia sposobu ustalenia wysokości świadczenia pieniężnego według innego niż pieniądź miernika wartości, co w zestawieniu z treścią art. 487 § 2 KC należy odczytywać w ten sposób, iż pomimo zastosowania innego niż pieniądź miernika wartości, świadczenie wzajemne jednej ze stron musi być odpowiednikiem świadczenia drugiej ze stron, a zatem ekwiwalentne. Ważną wytyczną do oceny skuteczności klauzuli waloryzacyjnej zawiera wyrok SN - Izba Cywilna z dnia 17.06.2015 r. (I CSK 586/14): „(...)Pewnym jest natomiast, że strony umowy opiewającej na zobowiązanie pieniężne mają określone wyobrażenia o sile nabywczej sumy będącej przedmiotem zobowiązania oraz że w razie zachwiania się relacji pomiędzy rzeczywistą i wartością pieniądza a jego wartością nominalną, to wyobrażenie stanowić musi punkt wyjścia dla rozważań nad przywróceniem równowagi pomiędzy ilością wchodzących w rachubę nominalów pieniężnych a tym, co w danym momencie rzeczywiście można za nie nabyć”. Zatem oceniając prawidłowość klauzuli waloryzacyjnej w umowie konieczne jest uwzględnienie także celu i kontekstu wprowadzenia omawianego obowiązku. Brak rzeczywistej waloryzacji lub waloryzacja nieodpowiadająca faktycznym zmianom siły nabywczej pieniądza, wbrew pozorom, nie będzie prowadziła

do lepszego zabezpieczenia interesu Zamawiającego. Ze stanowiska NIK, prezentowanego w raporcie z 10.06.2021 r. „Informacja o wynikach kontroli. Zabezpieczenie interesu skarbu państwa w zakresie waloryzacji i solidarnej odpowiedzialności inwestora w umowach na realizację obiektów infrastruktury liniowej. KIN.430.002.2021Nr ewid. 29/2021/P/20/031/KI” (www.nik.gov.pl) wynika, że z punktu widzenia ochrony interesu skarbu państwa (zamawiającego) istotne jest zapewnienie wykonawcom zadań inwestycyjnych odpowiedniej rekompensaty kosztów wynikających z rosnących cen materiałów budowlanych i usług. NIK wskazała wręcz, iż „uzasadnia to potrzebę rozważenia celowości zaprzestania limitowania wypłat z tytułu waloryzacji umownej”. Z powyższych względów, dla oceny zgodności projektowanej klauzuli waloryzacyjnej z PZP nie jest wystarczające ograniczenie się do zbadania, czy jej konstrukcja zawiera wszystkie elementy wymienione w treści art. 439 PZP. Konieczne jest także ustalenie, czy klauzula ta rzeczywiście zapewnia ekwiwalentność świadczeń w ramach danego, skonkretyzowanego zamówienia. Co istotne, art. 439 PZP jest przepisem bezwzględnie obowiązującym. Oznacza to, że nie tylko nie może być on zmieniany postanowieniami umownymi, ale też postanowienia umowne nie mogą być formułowane w sposób prowadzący do omięcia zamierzonych skutków tego przepisu.

(zarzut 2b) Zarzuty dotyczące w § 7 ust. 5 Umowy

W § 7 ust. 5 Umowy Zamawiający określił, iż „Waloryzacja będzie odbywać się na podstawie kwartalnego wskaźnika zmian cen produkcji budowlano-montażowej w stosunku do poprzedniego kwartału, publikowanego na stronie

<https://www.infor.pl/wskazniki/nieruchomosci/172,Wskaznik-zmian-cen-produkcji-budowlano-montazowej.html> zwanego dalej „wskaźnikiem”, w przypadku gdy poziom zmiany osiągnie wzrost/spadek o 5%.

Odwołujący podał, że w sytuacji gdy, zgodnie z § 7 ust. 3 Umowy wynagrodzenie będzie podlegać waloryzacji raz na 6 miesięcy, oparcie zapisów waloryzacyjnych o wskaźnik kwartalny (w stosunku do poprzedniego kwartału) powoduje, że pominięty zostaje wzrost cen, który miał miejsce w pierwszym kwartale półrocza, po którym wynagrodzenie jest waloryzowane. Zauważenia wymaga fakt, że chodzi tu o wskaźnik kwartalny w stosunku do poprzedniego kwartału (a nie na przykład w stosunku do analogicznego kwartału poprzedniego roku). Taki zapis powoduje, że nie jest brany pod uwagę realny wzrost cen, który nastąpił w okresie pierwszego półrocza od otwarcia ofert i potem w kolejnych półroczach, a jedynie wzrost cen który nastąpił w okresie ostatnich trzech miesięcy przed waloryzacją. Należy dodać, że Zamawiający i tak przewidział podniesienie wynagrodzenia jedynie o 0,5 nadwyżki wskaźnika, zgodnie z wzorem określonym w § 7 ust. 9 Umowy. Ustanowiony wzór nakazuje od ww. kwartalnego procentowego wskaźnika odjąć 5%, a następnie przemnożyć tak otrzymany wskaźnik przez 0,5. Przy tak określonym sposobie obliczenia wskaźnika, nawet przy założeniu, że kwartalny wskaźnik wzrostu cen przekroczy 5% (o czym poniżej), to poziom waloryzacji pozostaje całkowicie nieadekwatny

do faktycznego wzrostu cen.

Ponadto waloryzacja warunkowana jest wzrostem (lub spadkiem) wskaźnika kwartalnego o co najmniej 5%. Kwartalny wskaźnik zmiany cen produkcji budowlano-montażowej w stosunku do poprzedniego kwartału w ostatnich latach (pomimo bardzo wysokiej inflacji i istotnej wyżki cen w sektorze budowlanym) ani razu nie osiągnął wysokości 5%. W II kwartale 2023 r. w stosunku do I kwartału 2023 r. wyniósł 2,1%, a najwyższy poziom na przestrzeni ostatnich 5 lat osiągnął w II kwartale 2022 r. w stosunku do I kwartału 2022 r., kiedy wynosił 4% (dane dostępne na stronie internetowej powołanej w § 7 ust. 5 Umowy).

W publikacji UZP „Klauzule waloryzacyjne dla sektora budownictwa” fragment zapisu klauzuli opierającej waloryzację o wskaźnik wzrostu cen produkcji budowlano-montażowej został określony następująco: „Wskaźnik waloryzacji $W_w(n)$ przez który należy każdorazowo przemnożyć wartość faktury VAT za n-ty miesiąc powstaje poprzez przemnożenie przez siebie wskaźników cen produkcji budowlano-montażowej dla kolejnych miesięcy począwszy od miesiąca w którym nastąpiło otwarcie oferty (miesiąc 0 gdy wskaźnik jest równy 100) do miesiąca za który nastąpi wystawienie faktury (miesiąc n-ty) wg poniższego wzoru (...)

Niezależnie faktu rekomendowanego przez UZP oparcia waloryzacji o wskaźniki miesięczne, to podkreślenia wymaga, że zapisy przewidują waloryzację opartą o wzrost cen w całym okresie od otwarcia ofert do wystawienia pierwszej faktury, nie zaś, jak w przedmiotowym zapisie jedynie o wzrost cen za ostatni kwartał.

Określenie wskaźnika waloryzacji oraz progu waloryzacyjnego w § 7 ust. 5 Umowy na poziomie 5% oraz zastosowanie wzoru określonego w ust. 9 powoduje, że zapisy o waloryzacji umowy są pozorne a zmiana wynagrodzenia w oparciu o te zapisy nigdy nie nastąpi. Takie działanie Zamawiającego stanowi nadużycie prawa podmiotowego, a zapisy jako w praktyce niemożliwe do zastosowania naruszają obowiązek zapewnienia realnej waloryzacji wynagrodzenia, obowiązkowej w świetle art. 439 ust. 1 PZP. Konieczna jest zatem zmiana postanowień zgodnie z wnioskiem wskazanym w petitum odwołania.

(zarzut 2c) Zarzuty dotyczące § 7 ust. 7 pkt 3 Umowy

W § 7 ust. 7 pkt 3 Umowy Zamawiający wymaga, by wniosek o waloryzację zamówienia zawierał również „informacje i dowody potwierdzające, że zostały spełnione okoliczności uzasadniające dokonanie zmiany wynagrodzenia. Dowodami są wszelkie dokumenty, które uzasadniają dokonanie proponowanej zmiany, w tym w szczególności dokument potwierdzający zmianę kosztu Wykonawcy wynikającą ze zmiany sytuacji rynkowej (np. oferty dostawców, usługodawców, dystrybutorów lub producentów sprzętu, materiałów budowlanych, lub innych podmiotów oferujących świadczenia”.

Zgodnie z art. 439 ust. 2 pkt 2 PZP w umowie określa się sposób ustalania zmiany wynagrodzenia: z użyciem odesłania do wskaźnika zmiany ceny materiałów lub kosztów, w szczególności wskaźnika ogłaszanego w komunikacie Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego lub przez wskazanie innej podstawy, w szczególności wykazu rodzajów materiałów lub kosztów, w przypadku których zmiana ceny uprawnia strony umowy do żądania zmiany wynagrodzenia.

W § 7 ust. 5 Umowy Zamawiający z jednej strony wskazał, że wskaźnika zmian cen produkcji budowlano-montażowej publikowanego na stronie

<https://www.infor.pl/wskazniki/nieruchomosci/172,Wskaznik-zmian-cen-produkcji-budowlano-montazowej.html> (...)", a zatem wskaźnika, który z założenia odzwierciedla uśrednioną zmianę cen materiałów lub kosztów wykonania robót budowlano-montażowych, z drugiej – w § 7 ust. 7 pkt 3 Umowy dodatkowo wymaga przedstawienia informacji i dowodów informację i dowody potwierdzających, że zostały spełnione okoliczności uzasadniające dokonanie zmiany wynagrodzenia, wskazując jakie dowody mają być przedstawione. Taki dodatkowy wymóg nie znajduje jakiegokolwiek uzasadnienia w przepisach, stanowi barierę w skutecznym dochodzeniu waloryzacji wynagrodzenia, a także uzależnia waloryzację wynagrodzenia od swobodnego uznania Zamawiającego, czy wykonawca wykazał spełnienie okoliczności uzasadniających dokonanie waloryzacji wynagrodzenia. Postanowienie § 7 ust. 7 pkt 3 Umowy w praktyce może stanowić źródło sporów pomiędzy wykonawcą a Zamawiającym, a nawet całkowicie niweczyć możliwość dokonania waloryzacji, nawet jeśli przyjęty przez Zamawiającego wskaźnik ogłaszany przez Prezesa GUS będzie uzasadniał jej dokonanie.

W zakresie zarzutu 2 a oraz zarzutu 2 d – zarzut został uwzględniony przez Zamawiającego - wydane zostało postanowienie o umorzeniu postępowania

(zarzut 3) Zarzuty dotyczące § 19 ust. 7

W par. 19 ust. 7 projektu umowy Zamawiający określił, że łączna wysokość naliczonych kar umownych nie może przekroczyć 20% wynagrodzenia ryczałtowego brutto. Określony na poziomie 20% limitu kar jest wartością rażąco wygórowaną, świadcząca o naruszeniu przez Zamawiającego zasady proporcjonalności, prowadząca do ograniczenia kręgu wykonawców mogących się ubiegać o zamówienie. Świadczy o nadużyciu przez Zamawiającego dominującej pozycji organizatora przetargu przez narzucenie wykonawcom skrajnie niekorzystnych warunków umowy, co ma wpływ na krąg wykonawców zainteresowanych udziałem w postępowaniu oraz wprost przekłada się na wynik postępowania.

Limit ten jest – w świetle zasad doświadczenia życiowego – w sposób oczywisty nieracjonalny. Zamawiający ustanowił karę umowną za odstąpienie od umowy z winy wykonawcy w wysokości 10% wynagrodzenia (par. 19 ust. 1 pkt 3) oraz 4) projektu umowy). Trudno więc wyobrazić sobie sytuację, w której wykonawca dopuści do naliczenia mu kar umownych oscylujących w okolicach ich górnego limitu – zamiast tego wykonawca odpowiednio wcześniej może doprowadzić do odstąpienia przez Zamawiającego od umowy. Tym samym możliwą dla Zamawiającego konsekwencją tak wysokiego limitu kar umownych może być dążenie wykonawcy do spowodowania przedterminowego zakończenia realizacji umowy. Jak przyjmuje się jednolicie w doktrynie i orzecznictwie, kary umowne nie mogą służyć wzbogaceniu się strony uprawnionej do ich naliczenia, lecz powinny spełniać przede wszystkim funkcję odszkodowawczą i dyscyplinującą. Dlatego też określenie poziomu limitu możliwych do dochodzenia kar nie jest swobodnym uprawnieniem zamawiającego. W szczególności maksymalna wysokość kar nie może być określana na poziomie, który może być traktowany jako rażąco wygórowany w odniesieniu do wysokości wynagrodzenia czy ewentualnych zagrożeń związanych z niewykonaniem lub nienależytym wykonaniem umowy, w tym możliwości powstania lub rozmiarów szkody. Ponoszone kary umowne powinny być odczuwalne, ale nie w stopniu, który może powodować uznanie niecelowości wykonania umowy.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron i uczestników postępowania odwoławczego na podstawie zebranego materiału w sprawie oraz oświadczeń i stanowisk Stron i uczestników postępowania odwoławczego Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

W odniesieniu do wszystkich trzech odwołań tj.: sygn. akt KIO 3135/23, sygn. akt KIO 3136/23 oraz sygn. akt KIO 3179/23:

Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 528 ustawy z dnia 11 września 2019 roku Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2023 roku poz. 1605 ze zm.; dalej ustawa) w odniesieniu do każdego z trzech z odwołań tj.: sygn. akt KIO 3135/23, sygn. akt KIO 3136/23 oraz sygn. akt KIO 3179/23. Odwołania zostały złożone do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 23 października 2023 roku od czynności z dnia 11 października 2023 roku (publikacja ogłoszenia o zamówieniu i publikacja dokumentów zamówienia na stronie internetowej), a kopie zostały przekazane

w ustawowym terminie Zamawiającemu, co zostało potwierdzone oraz wynika z akt sprawy odwoławczej. Izba stwierdziła, że w pismach procesowych Zamawiającego do sprawy sygn. akt KIO 3136/23 oraz sygn. akt KIO 3179/23 zostały zgłoszone wnioski o „odrzućcie odwołania w części postawionych zarzutów”. W zakresie tych wniosków nie została przedstawiona żadna argumentacja faktyczna

uzasadniająca stanowisko Zamawiającego. W trakcie posiedzenia z udziałem stron i uczestników postępowania odwoławczego Zamawiający złożył do protokołu oświadczenie, że nie podtrzymuje ww. wniosków i oświadczył, że *chodziło Zamawiającemu o oddalenie odwołania w części.*

Izba ustaliła, że w odniesieniu do każdego z odwołań zostały wypełnione łącznie przesłanki z art. 505 ust 1 nowej ustawy – *Srodki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu oraz innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu zamówienia lub nagrody w konkursie oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy - to jest posiadania interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody.*

Skład orzekający Izby rozpoznając sprawę uwzględnił akta sprawy odwoławczej, które zgodnie z par. 8 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 roku w sprawie *postępowania przy rozpoznawaniu odwołań przez Krajową Izbę Odwoławczą* (Dz. U. z 2020 r. poz. 2453) stanowią odwołanie wraz z załącznikami oraz dokumentacja postępowania o udzielenie zamówienia w postaci elektronicznej lub kopia dokumentacji, o której mowa w § 7 ust. 2, a także inne pisma składane w sprawie oraz pisma kierowane przez Izbę lub Prezesa Izby w związku z wniesionym odwołaniem.

Izba postanowieniami wydanymi w trakcie rozprawy dopuściła w poczet materiału dowodowego:

- dowód nr 1 – zawnioskowany i złożony do sprawy sygn. akt KIO 3135/23 przez Odwołującego, na okoliczności podane w tezie dowodowej zawartej w protokole rozprawy,
- dowód nr 2 – zawnioskowany i złożony do akt sprawy sygn. akt KIO 3179/23 przez Odwołującego, na okoliczności podane w tezie dowodowej zawartej w protokole rozprawy.

Do każdej ze spraw zostało złożone przez Zamawiającego pismo (pisma z dnia 3 listopada 2023 roku) „Odpowiedź Zamawiającego na odwołanie”, przy czym w zakresie oświadczenia objętego pismem z dnia 3 listopada 2023 roku złożonego do sprawy KIO 3135/23 Zamawiający w trakcie posiedzenia złożył oświadczenie: że nie uwzględni odwołania w ogóle – co oznacza, że doszło do zmiany stanowiska wyrażonego ww. piśmie. Jak również Zamawiający złożył oświadczenia, że odwołanie sygn. akt KIO 3136/23 uwzględni w części w zakresie zarzutu 6, 7 i 8 oraz w sprawie sygn. akt KIO 3179/23 złożył oświadczenie, że odwołanie uwzględni w części w zakresie zarzutu 2a i i 2d.

Wobec ustalenia, że Zamawiający **uwzględnił w części zarzuty przedstawione**

w odwołaniu ygn.. akt KIO 3136/23 oraz KIO 3179/23 oraz braku zgłoszenia przystąpień

do postępowań odwoławczych po stronie Zamawiającego, Izba stwierdziła, że zaszły przesłanki do umorzenia postępowania odwoławczego w części zgodnie z art. 522 ust. 4 ustawy oraz wydania w tenorze wyroku (odpowiednio punkt 1 i punkt 2) postanowień zgodnie z art. 568 pkt 3 ustawy. Zgodnie z regulacją art. 522 ust. 4 zd.3 ustawy ustawy Zamawiający wykonuje, powtarza lub unieważnia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia, zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu. Na podstawie art. 522 ust. 4 zd. 2 ustawy Izba skierowała do rozpoznania pozostałe zarzuty podniesione w odwołaniu ygn.. akt KIO 3136/23 oraz KIO 3179/23, a nie uwzględnione przez Zamawiającego.

Jednocześnie Izba zaznacza w tym miejscu i wyjaśnia, że umarzając postępowanie odwoławcze na posiedzeniu na skutek uwzględnienia przez Zamawiającego w całości czy

w części zarzutów odwołania Izba nie dokonuje oceny czynności, które ewentualnie w piśmie zawierającym oświadczenie o uwzględnieniu odwołania wskazywałby Zamawiający tj. Izba nie ocenia czynności jakie wykonał, wykonuje bądź jakich zapowiada wykonanie Zamawiający w związku z uwzględnieniem zarzutów odwołania. Zamawiający również

nie ma obowiązku przedstawiania takich informacji w piśmie zawierającym oświadczenie

o uwzględnieniu zarzutów odwołania w całości.

Podkreślenia wymaga, że przepis ustawy uzależnia możliwość umorzenia postępowania przez Izbę, w przypadku uwzględnienia zarzutów odwołania w całości lub w części przez Zamawiającego, jedynie od tego, czy w postępowaniu zostało skutecznie wniesione zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego oraz czy został wniesiony sprzeciw co do uwzględnienia przez Zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych

w odwołaniu. Umarzając postępowanie odwoławcze Izba nie rozstrzyga merytorycznie

o zarzutach odwołania. Również wymaga podkreślenia, że dla rozpoznania oświadczenia Zamawiającego o uwzględnieniu zarzutów odwołania w części (jak również w całości) niezbędne jest złożenie oświadczenia Zamawiającego co do zakresu uwzględnionego zarzutu odwołania. Podanie przez Zamawiającego – jak miało to miejsce w ramach pism procesowych Zamawiającego do sprawy ygn.. akt KIO 3135/23 oraz ygn.. akt KIO 3135/36 – że uznaje on zarzut (zarzuty) w części i zmienia brzmienie postanowień SWZ (Specyfikacji Warunków Zamówienia) na następujące, które podaje w treść pism nie spełniania formalnoprawnych wymagań w zakresie złożenia oświadczenia co do uwzględnienia zarzutów w części. To po stronie Zamawiającego ustawodawca określił obowiązek złożenia jednoznacznego i precyzyjnego oświadczenia co do zakresu uwzględnienia zarzutów odwołania. Takie oświadczenie Zamawiającego, aby było skuteczne, musi dać się ocenić formalnie bez wchodzenia w zakres merytoryczny oceny zarzutów odwołania, a tym bardziej jakiegokolwiek zmiany, które zamierza dokonać Zamawiający.

W zakresie rozpoznania zarzutów podniesionych w odwołaniach sygn. akt KIO 3135/23, sygn. akt KIO 3136/23 oraz sygn. akt KIO 3179/23 Izba ustaliła i zważyła:

I.

W zakresie zarzutów dotyczących warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej – **doświadczenie - branża elektryczna**

Zarzuty podniesione w odwołaniu sygn. akt KIO 3135/23 (zarzut 1 i 2) oraz KIO 3136/23 (zarzut 1 i 2).

Na podstawie art. 552 ust. 1 ustawy Izba wydając wyrok bierze za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania odwoławczego.

Izba ustaliła, że w Specyfikacji Warunków Zamówienia (dalej: SWZ) i konsekwentnie w ogłoszeniu o zamówieniu Zamawiający określił następujący warunek udziału w postępowaniu:

§ 11 WARUNKI UDZIAŁU W POSTĘPOWANIU

1. O udzielenie zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy spełniają warunki, o których mowa w art. 112 ust. 2 uPzp, dotyczące:

(...)

4) **zdolności technicznej lub zawodowej** – Zamawiający wymaga, aby Wykonawca posiadał

odpowiednie doświadczenie oraz zasoby zawodowe według nw. warunków.

I. DOŚWIADCZENIE - BRANŻA ELEKTRYCZNA:

a) wykonał w okresie ostatnich 10 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres

prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, co najmniej 2 roboty instalacyjne

w zakresie podobnym do przedmiotu zamówienia, polegające na przebudowie, budowie lub

rozbudowie sieci i instalacji elektrycznych i elektroenergetycznych zewnętrznych jak również

wewnątrz budynków, każda z nich powinna uwzględniać budowę infrastruktury technicznej

(dostawa i montaż) złożonej z:

□ zabezpieczenia istniejących podziemnych linii elektroenergetycznych nN i SN, i

□ instalacji przyłącza elektroenergetycznego wraz z układem pomiaroworozliczeniowym, i

□ instalacji zasilania i rozdziału energii elektrycznej napięcia podstawowego dla obwodów odbiorczych w tym układzie rozdzielnic i tablic rozdzielczych o mocy przyłączeniowej minimum 300 kW, i

□ instalacji zasilania i rozdziału energii elektrycznej napięcia gwarantowanego dla obwodów odbiorczych w tym układzie rozdzielnic i tablic rozdzielczych o mocy przyłączeniowej minimum 80 kW, i

□ instalacji zasilania i rozdziалу energii elektrycznej napięcia rezerwowego z agregatu prądotwórczego dla obwodów odbiorczych w tym układu rozdzielnic i tablic rozdzielczych o mocy przyłączeniowej minimum 200 kW,

b) wykonał w okresie ostatnich 10 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, co najmniej 2 roboty instalacyjne w zakresie podobnym do przedmiotu zamówienia, z których każda polegała na zrealizowaniu i uruchomieniu co najmniej dwóch zintegrowanych ze sobą następujących systemów:

□ kontroli dostępu (SKD),

□ systemu sygnalizacji włamania i napadu (SSWiN),

□ systemu telewizji dozorowej (CCTV),

□ komunikacji głosowej,

□ nagłośnienia informacyjnego,

c) wykonał w okresie ostatnich 10 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, co najmniej 2 roboty instalacyjne w zakresie podobnym do przedmiotu zamówienia, z których każda polegała na zrealizowaniu

i uruchomieniu instalacji systemu sygnalizacji pożarowej jako ochrona całkowita w budynku wraz z integracją programową (na poziomie dedykowanego oprogramowania) z co najmniej jednym z systemów wymienionych w lit. b,

d) wykonał w okresie ostatnich 10 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, co najmniej 2 roboty instalacyjne w zakresie podobnym do przedmiotu zamówienia, polegającą na dostawie, wdrożeniu i uruchomieniu instalacji teletechnicznych, złożonych z:

□ okablowania światłowodowego, strukturalnego, LAN, i

□ systemu zarządzania siecią LAN, i

urządzeń aktywnych sieci LAN, i

szaf IT tzw. szczelnych (drzwi przeszkłone) z listwami PDU, wyposażonych w system klimatyzacji precyzyjnej z tzw. bezpośrednim chłodzeniem wnętrza szaf przez wymienniki klimatyzacyjne, instalację sygnalizacji i gaszenia pożaru oraz system monitoringu parametrów środowiskowych,

e) wykonał w okresie ostatnich 10 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, co najmniej 1 usługę polegającą na dostawie, wdrożeniu, uruchomieniu systemu monitorowania i sterowania instalacji w budynku BMS (Building Management System) o min. 1000 pkt sygnałowych.

W przypadku wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, a także w przypadku, gdy Wykonawca polega na zdolnościach technicznych lub zawodowych innych podmiotów na podstawie art. 118 uPzp, wykonaniem wszystkich ww. robót (lit. a – e) winien wykazać się samodzielnie co najmniej jeden z Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia lub podmiot udostępniający zasoby.

(...)

W celu spełnienia ww. warunków posiadania doświadczenia dopuszczalna jest realizacja

przedmiotowych robót w ramach tego samego zlecenia/umowy.

W sytuacji gdy któryś z ww. warunków będzie w całości spełniany nie przez Wykonawcę lub wspólnika konsorcjum, a przez podmiot udostępniający zasoby („inny podmiot”), podmiot ten

musi być wykonawcą całej części zamówienia (100%). Jeżeli warunki będą spełniane częściowo przez Wykonawcę lub wspólnika konsorcjum oraz częściowo przez inny podmiot lub inne podmioty to ta część zamówienia będzie musiała być wykonana proporcjonalnie do zakresu spełniania danego warunku przez poszczególne podmioty.

Przechodząc do rozpoznania zarzutów podniesionych w odwołaniu sygn. akt KIO 3135/23 (zarzut 1 i 2) oraz sygn. akt KIO 3136/23 (zarzut 1 i 2) Izba na wstępie wskazuje, zgodnie z art. 559 ust. 2 ustawy podstawy prawne oraz przytacza przepisy prawa:

- art. 16 ustawy - Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób:

1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców,

2) przejrzysty,

3) proporcjonalne.

- art. 112 ust. 1 ustawy - Zamawiający określa warunki udziału w postępowaniu w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz umożliwiający ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, w szczególności wyrażając je jako minimalne poziomy zdolności.

- art. 112 ust. 2 pkt 4 ustawy - Warunki udziału w postępowaniu mogą dotyczyć: zdolności technicznej lub zawodowej.

- art. 116 ust. 1 ustawy - W odniesieniu do zdolności technicznej lub zawodowej zamawiający może określić warunki dotyczące niezbędnego wykształcenia, kwalifikacji zawodowych, doświadczenia, potencjału technicznego wykonawcy lub osób skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia, umożliwiające realizację zamówienia na odpowiednim poziomie jakości. W szczególności zamawiający może wymagać, aby wykonawcy spełniali wymagania odpowiednich norm zarządzania jakością, w tym w zakresie dostępności dla osób niepełnosprawnych, oraz systemów lub norm zarządzania środowiskowego, wskazanych przez zamawiającego w ogłoszeniu o zamówieniu lub w dokumentach zamówienia.

- art. 117 ust. 1 ustawy - Zamawiający może określić szczególnie, obiektywnie uzasadniony, sposób spełniania przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia warunków udziału w postępowaniu, jeżeli jest to uzasadnione charakterem zamówienia i jest proporcjonalne.

Na wstępie Izba wskazuje, co ma kluczowe znaczenie dla rozpoznania powyższych zarzutów odwołania jak i całościowo odnosi się do tej sprawy odwoławczej, że w postępowaniu odwoławczym ocenie zostają poddane czynności / zaniechania Zamawiającego. Tym samym, Izba ocenia czynności / zaniechania Zamawiającego mając na uwadze stanowisko Odwoływającego, podniesiony zarzut i argumentację jak również prezentowane stanowisko przez Zamawiającego. Postępowanie prowadzone przed Izba – postępowanie odwoławcze – stanowi postępowanie kontryktoryjne, czyli sporne, a spór toczą strony tego postępowania. Zadaniem Izby jest ocena czynności / zaniechań Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w obliczu podniesionych zarzutów odwołania i przedstawionych stanowisk stron i uczestników postępowania odwoławczego.

W ramach podniesionych zarzutów odwołania- sygn. akt KIO 3135/23 (zarzut 1 i 2) oraz sygn. akt KIO 3136/23 (zarzut 1), w odniesieniu do wymagania określonego w zakresie warunku dotyczącego posiadanego doświadczenia - branża elektryczna w stanowisku prezentowanym przez Zamawiającego, w trakcie rozprawy, brak jest faktycznego odniesienia do zarzutów odwołania. W szczególności brak jest argumentacji jaka prowadziłyby do uzasadnienia bardzo szczególnie uprawnienia Zamawiającego z art. 117 ust. 1 ustawy tj. określenia sposobu spełniania przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie warunków udziału w postępowaniu. Podkreślić należy, że przyjęty przez Zamawiającego sposób spełnienia warunków przez ww. wykonawców musi być obiektywnie uzasadniony. Oznacza to, że tak szczególne określenie wymagań – które

w istotny sposób ogranicza dostęp do zamówienia - co do warunków w odniesieniu

do wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie nie może być efektem subiektywnego przekonania Zamawiającego. Jednocześnie Izba zaznacza, że w tym postępowaniu Zamawiający nawet nie był w stanie podać przyczyn (nawet tych subiektywnych) tak określonego warunku udziału w postępowaniu. Samo wskazanie,

że „to generalny wykonawca wskazuje doświadczenie posługując się nawet podwykonawcami, który może posługiwać się specjalistycznymi firmami”, nie dość,

że nie uzasadnia w żaden sposób tak drastycznych ograniczeń w wykazaniu doświadczenia w zakresie opisanej branży elektrycznej, ale jednocześnie potwierdza, że w zasadzie nie chodzi Zamawiającemu o realizację inwestycji przez jeden podmiot, który podsiadłby tak ogromnej i specjalistyczne doświadczenie w branży elektrycznej, lecz o to, że taki wykonawca „powinien zajmować się organizacją tego przedsięwzięcia”. Zamawiający nie jest w stanie podać nawet subiektywnych przyczyn, bowiem niewątpliwie nie jest nią okoliczność,

że w ramach realizowanej inwestycji przez Zamawiającego, która jest na ukończeniu taka możliwość istnieje. Izba zaznacza, że z tego stanowiska Zamawiającego nie wiadomo jaka możliwość istnieje, czy spełnienia warunku tak rozbudowanego, czy realizacji inwestycji, czy w końcu nadzoru nad realizacją. Jednocześnie w żaden sposób Zamawiający nie wykazał tożsamości zakresu objętego wymaganiem określonych w kwestionowanym warunku udziału w postępowaniu z zakresem robót / usług realizowanych w ramach prowadzonej inwestycji. Nie wykazał również, że

faktycznie taki zakres realizowany jest tylko przez jeden podmiot. Nie odniósł się również do tego, czy w ramach realizowanej inwestycji zadania – roboty i usługi – faktycznie realizowane są przez jeden podmiot czy też przy udziale podwykonawców. Wymaga wskazania w tym miejscu, że nawet gdyby te wyjaśnienia zostały poczynione na rozprawie to w żaden sposób nie wykazał Zamawiający, że argumentacja taka byłaby wystarczającą do uzasadnienia przesłanek z art. 117 ust. 1 ustawy. W ocenie Izby stanowisko co do realizowanej obecnie inwestycji nie jest argumentacją wystarczającą do uzasadnienia proporcjonalności wymagań określonych warunkiem w stosunku do wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, gdzie niezbędne jest również odniesienie do charakteru zamówienia.

Zamawiający nie uzasadnił w ocenie Izby, że wymagania spełnienia całościowo warunku doświadczenia - branża elektryczna (§ 11 pkt 1 ppkt 4 I lit a – e SWZ) tylko przez jeden podmiot wspólnie ubiegający się o zamówienia lub tylko przez jeden podmiot udostępniający swoje zasoby uwarunkowane jest charakterem zamówienia oraz w swoim określeniu jest proporcjonalne do tego zamówienia. W zasadzie Zamawiający bez jakiegokolwiek uzasadnienia uniemożliwia wykonawcom korzystanie z dobrodziejstw ustawowych jakimi są albo wspólne ubieganie się o zamówienie albo korzystanie zasobu podmiotu udostępniającego.

Jednocześnie zostało wyjaśnione w trakcie rozprawy, jak również podniesione w odwołaniu, w każdym z odwołań, że zakres robót / usług jakie określił Zamawiający w ramach warunku doświadczenia - branża elektryczna, w poszczególnych literach od „a” do „e” przekrojowo stanowią bardzo szeroki zakres z podziałem na branżę elektryczną oraz branżę teletechniczną. W ramach tych branż wymagane warunkiem jest wykazanie w realizacji robót / usług w szczególności polegających na pracach silnoprądowych, pracach niskoprądowych, pracach w systemach teleinformatycznych, jak również prace elektryczne i elektrotechniczne.

Podnoszone było również przez Odwoływających, że w zakresie warunku w lit. a, d i e zostały ukształtowane bardzo szczegółowe i wysokie wymagania w zakresie określonego w tych punktach wymagania co do doświadczenia w realizacji tych robót/usług. Okoliczności powyższych w żaden sposób nie kwestionował Zamawiający, nie odnosił się do nich, nie wykazywał, że tak tylko w taki sposób ukształtowane wymagania co tak szerokiego doświadczenia w zakresie branży elektrycznej oraz branży teletechnicznej, jakim musi wykazać się tylko jeden podmiot (z tych wspólnie ubiegających się o zamówienie lub tylko jednej podmiotu udostępniającego zasoby) stanowi uzasadniony warunek udziału w postępowaniu.

Jednocześnie Zamawiający nie zakwestionował dowodu (dowód nr 1) oraz nie przedstawił jakiegokolwiek stanowiska w zakresie złożonych dokumentów. Izba uznała za zasadne twierdzenia Odwoływającego sygn. akt KIO 3135/23 oparte na tym dowodzie i uznała,

że Odwoływający wykazał, że: (-) po pierwsze, warunek udziału w postępowaniu (super-warunek) składa się z pięciu (pięciu) różnych rodzajów doświadczeń jakie niezbędne są do wykazania w ramach tego postępowania oraz (-) dowiódł Odwoływający, że okolicznością obiektywną jest to, że poszczególne wskazane firmy działające na rynku branżowym posiadają doświadczenia w ramach wymagań Zamawiającego opisanych w warunku doświadczenia – branża elektryczna lit. a-e, przy czym żadna z tych firm nie posiada doświadczenia w odniesieniu do wszystkich wymagań. Odwoływający wykazał w oparciu

o oświadczenia poszczególnych firm, że Elektromontaż Rzeszów S.A. realizuje prace elektryczne i elektrotechniczne, ale nie wszystkie określone w warunku, podmiot ten nie ma doświadczenia w realizacji systemów teleinformatycznych (lit d. warunku). Bychowo sp. z o.o. realizuje zamówienia niskoprądowe czyli wymagania z lit. b, c, e ale nie ma doświadczenia w realizacji systemów teleinformatycznych (lit d. warunku). Podmiot Grom sp. z .o.o. realizuje prace silnoprądowe i niskoprądowe, jednakże nie spełnia warunku z lit. a z uwagi na jego restrykcyjność jak również z lit. e (BMS). Firma Elektromeks to firma realizująca prace niskoprądowe i nie spełnia wymagania z lit e. IP Control wykonuje prace niskoprądowe, specjalizuje się w systemach teleinformatycznych, nie spełnia wymagania określonego w lit. d warunku. W ocenie Izby przekrój firm jakie zostały ujęte w dowodzie oraz faktyczny ich zakres działalności potwierdzają, że istnieje relatywnie obiektywny podział realizacji robót / usług w branży elektrycznej i teletechnicznej. To potwierdza, że określony

w SWZ w § 11 pkt 1 ppkt 4 I lit a – e warunek, wraz z obostrzeniami co do sposobu jego wykazania przez wykonawców ubiegających się wspólnie o zamówienie lub przez podmioty udostępniające swoje zasoby, jest niezasadny, nadmiarowy i w ten sposób określony mało prawdopodobne, że możliwy do spełnienia. Zamawiający nie wskazał ani jednego podmiotu, który mógł wykazać się tak szerokim doświadczeniem co do zakresu branż, ale również zakresu realizacji robót / usług w odniesieniu do poszczególnych branż opisanych w literach a- e tego warunku.

Izba w odniesieniu do ukształtowanego wymagania zwraca uwagę, że poczynione ograniczenia w odniesieniu do wykonawców wspólnie biorących udział w postępowaniu

nie zostało w żaden sposób uzasadnione i Izba uznała, że ten „super-warunek” – jak nazwał go Odwoływający w sprawie sygn. akt KIO 3135/23 – jest nieproporcjonalny i w żaden sposób nie zostało wykazane, że charakter zamówienia uzasadnia zastosowanie takiego ograniczenia w tym warunku co do jego wykazania tylko przez jednego „konsorcjanta”. Brak wykazania przez Zamawiającego ustawowo (art. 117 ust.1 ustawy) określonych, obligatoryjnych przesłanek powoduje, że aktualizują się naruszenia co do nieproporcjonalności przyjęcia warunku udziału w postępowaniu, jego nadmiarowości.

W ocenie Izby dochodzi również do wypaczenia przez Zamawiającego dopuszczonej ustawowo możliwości ubiegania się o zamówienie wykonawcom wspólnie ubiegającym się o zamówienie, co miało umożliwić właśnie mniejszym wykonawcom, czy posiadającym określone doświadczenia (charakterystyczne właśnie tak jak w tym przypadku w podziale na doświadczenie np.: elektryczne i teletechniczne) do ubiegania się wspólnie o duże zamówienia, gdzie sumaryczne doświadczenie tych podmiotów wspólnie się ubiegających stanowi potwierdzenie wymagania warunku i gwarancję realizacji zamówienia.

Jednocześnie Izba dostrzega, że ukształtowanie wymagania w warunku co do obowiązku wykazania posiadanego doświadczeniem w odniesieniu do podmiotu udostępniającego zasoby i nałożenie ograniczenia w postaci wymagania spełnienia warunku w lit. a – e

w całości przez podmiot udostępniający zasoby (jeden podmiot), nie jest regulowane ustawową możliwością jakiegokolwiek ograniczenia w tym zakresie (odmiennie

jak to ma miejsce przy wykonawcach wspólnie ubiegających się o zamówienia),

co powoduje, że słusznie podnoszone przez Odwoływających naruszenia zasad prawa zamówień publicznych (art. 16 ustawy) aktualizują się w tym miejscu. Ustawodawca

nie dopuścił możliwości ograniczenia polegającego na wymaganiu spełnienia „super-warunku”, składającego się tak

naprawdę z wielu warunków, w całości tylko przez jeden podmiot udostępniający zasoby. Jest to nadinterpretacja przepisów ustawy dokonana przez Zamawiającego, której skutkiem jest w zasadzie niczym nieuzasadnione ograniczenie konkurencji. Działanie Zamawiającego nie dość, że nie zostało uzasadnione, to w zakresie tego ograniczenia nałożonego w SWZ w odniesieniu do podmiotów udostępniających zasoby jest sprzeczne z ustawą, która nie dopuszcza wprowadzania żadnych tego typu ograniczeń w dokumentach zamówienia.

Zarówno prawo ubiegania się wykonawców wspólnie o zamówienia jak również możliwość korzystania z zasobów podmiotów udostępniających stanowią instrumenty, które z jednej strony pozwalają wykonawcom na ubieganie się o wielkie, złożone i wymagające doświadczenia na wielu płaszczyznach zamówienia – tak jak w tym przypadku. Z drugiej strony, regulacje ustawowe odnoszące się czy do wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie, czy do podmiotów udostępniających zasoby, stanowią odpowiednio gwarancję dla Zamawiającego solidarnej odpowiedzialności wykonawców, jak również udziału podmiotów udostępniających w realnej realizacji zamówienia. Izba uznała szeroką argumentację Odwołujących zawartą w odwołaniach oraz przedstawioną na rozprawie za zasadną.

Mając na uwadze powyższe Izba uznała zarzuty podniesione w odwołaniu sygn. akt KIO 3135/23 (zarzut 1 i 2) oraz KIO 3136/23 (zarzut 1) za zasadne i nakazała wykreślenie ze Specyfikacji Warunków Zamówienia (konsekwentnie z ogłoszenia o zamówieniu) postanowienia zawartego w § 11 pkt 1 ppkt 4 I o treści: *W przypadku wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, a także w przypadku, gdy Wykonawca polega na zdolnościach technicznych lub zawodowych innych podmiotów na podstawie art. 118 uPzp, wykonaniem wszystkich w/w robót (lit. a – e) winien wykazać się samodzielnie co najmniej jeden z Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia lub podmiot udostępniający zasoby, jednocześnie uznając, że w ramach § 11 pkt 1 ppkt 4 I Zamawiający zawarł 5 odrębnych warunków w zakresie doświadczenie – branżą elektryczną.*

W konsekwencji Zamawiający obowiązany jest dostosować wszystkie postanowienia SWZ oraz załączników do SWZ, w tym w zakresie wykazania spełnienia warunku, uwzględniając powyższą nakazaną czynność.

W zakresie odwołania sygn. akt KIO 3136/23 **zarzutu 2** dotyczącego § 11 pkt 1 ppkt 4 I lit. d SWZ - **Izba uznała zarzut za zasadny.**

W zakresie systemu klimatyzacji szaf IT Izba stwierdziła, że zasadnie podnosił Odwołujący, że element ten zawarty w warunku:

- szafa IT tzw. szczelnych (drzwi przeszklone) z listwami PDU, wyposażonych w system klimatyzacji precyzyjnej z tzw. bezpośrednim chłodzeniem wnętrza szaf przez wymienniki klimatyzacyjne, instalację sygnalizacji i gaszenia pożaru oraz system monitoringu parametrów środowiskowych,

przypomina raczej element opisu przedmiotu zamówienia, a nie warunek jaki ma być pomocny do wyłonienia wykonawcy, który to wykonawca wykona należycie zamówienie. Zamawiający potwierdził, że wymagania warunku w tym zakresie odpowiadają wymaganiom przedmiotu zamówienia. Zamawiający natomiast nie wykazał, że takie określenie warunku zamówienia jest proporcjonalne do przedmiotu zamówienia.

Ustawodawca w art. 112 ust. 1 ustawy jednoznacznie wskazał na konieczność odnoszenia określenia warunku udziału w postępowaniu w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia, w szczególności wyrażając je jako minimalne poziomy zdolności. W odniesieniu do tych regulacji ustawowych proporcjonalność kształtowanego przez Zamawiającego warunku w określonym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego należy rozumieć jako opisanie warunku na poziomie, który będzie usprawiedliwiony i będzie znajdował uzasadnienie w dbałości o jakość i rzetelność wykonania przedmiotu zamówienia. Wprowadzony w ustawie mechanizm określenia równowagi opisu warunku w odniesieniu do przedmiotu zamówienia kształtuje również jednoznaczne wskazanie do odniesienia się

do minimalnych poziomów. To pozwala na jednoznaczne stwierdzenie, że proporcjonalność warunku nie oznacza, że wymagania w nim określone muszą być identyczne z przedmiotem zamówienia. Określenie warunku na poziomie przedmiotu zamówienia w zakresie posiadanego doświadczenia jakim ma się wykazać wykonawca, nie jest niedopuszczalne

w ocenie Izby, lecz jest okolicznością szczególną, która wymaga również szczególnego uzasadnienia takiej czynności Zamawiającego. Wymaga podkreślenia, że warunek proporcjonalny nie jest synonimem warunku tożsamego z przedmiotem zamówienia. Ustawowe odwołanie do proporcjonalności warunku oznacza w zasadzie zakaz ustanawiania warunków wykluczających z postępowania wykonawców, którzy byliby w stanie wykonać zamówienie w sposób należyty. W wyroku z dnia 7 czerwca 2018r. sygn. akt I GSK 706/18 Naczelny Sąd Administracyjny wskazał, że proporcjonalność warunku oznacza opisanie warunku na takim poziomie, który jest usprawiedliwiony dbałością o jakość

i rzetelność wykonania przedmiotu zamówienia, nie wprowadza natomiast - nieuzasadnionego z punktu widzenia wykonywania przyszłej umowy - ograniczenia

w dostępie do udziału w postępowaniu. W tym zakresie za utrwalone należy uznać stanowisko, uwzględniające dorobek prawa wspólnotowego i orzeczeń Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej, zgodnie z którym przez proporcjonalność warunku

w stosunku do przedmiotu zamówienia należy rozumieć zachowanie właściwej proporcji, brak nadmierności (tak: Wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 2021-07-02, XXIII Zs 44/21).

W przedmiotowej sprawie odwoławczej niewątpliwie można stwierdzić, że wymaganie odnoszące się do systemu klimatyzacji szaf IT jest odwzorowaniem w warunku wymagań przedmiotowych – co potwierdził Zamawiający. Zamawiający w żaden sposób nie wykazał, że tak opisany warunek był niezbędny dla prawidłowej realizacji zamówienia. Zamawiający nie odniósł się do wymagań proporcjonalności do przedmiotu zamówienia, oraz nie wyjaśnił dlaczego też proponowane rozwiązania we wnioskach Odwołującego nie spełniają wymagań proporcjonalności oraz nie stanowią o minimalnych poziomach zdolności wykonawcy. Prawo, a zarazem obowiązek Zamawiającego, do określenia warunków udziału w postępowaniu nie stanowi uprawnienia do dowolnego ukształtowania tego warunku. Warunek określany jest w celu wyłonienia wykonawcy gwarantującego wykonanie zamówienia czym ogranicza ryzyko wyboru wykonawcy niezdolnego do realizacji zamówienia – i jedynie w tej warstwie Izba zgadza się ze stwierdzeniem Zamawiającego wyrażonym w piśmie procesowym. Poza tym Zamawiający w żaden sposób nie wykazał, aby taka konstrukcja warunku była proporcjonalna do przedmiotu zamówienia, bo zapewne nie jest ustalona na poziomach minimalnych zdolności wykonawcy gwarantujących należyłą realizację zamówienia. Takie działanie Zamawiającego stanowi naruszenie zasad prawa zamówień publicznych oraz ogranicza dostęp do udziału w postępowaniu wykonawcom, którzy posiadają doświadczenie w realizacji adekwatnych zamówień.

W odniesieniu do kwestionowanego wymagania warunku wykazania się dwiema robotami w zakres których również wchodzi dostawa – „co najmniej 2 roboty instalacyjne w zakresie podobnym do przedmiotu zamówienia, polegającą na

dostawie, wdrożeniu i uruchomieniu instalacji teletechnicznych, złożonych z: (...)” Izba mając na uwadze całą przedstawioną powyżej argumentację prawną oraz stanowisko Zamawiającego – a w zasadzie brak takiego stanowiska, które uzasadniałby powód żądania wykazania się 2 robotami, w tym dostawą – Izba stwierdza, że argumentacja Odwołującego była zasadna. Odwołujący podniósł, że zakres realizacji opisany w warunku w § 11 pkt 1 ppkt 4 I lit. d SWZ jest określony bardzo precyzyjnie i szczegółowo, co ogranicza przez wymaganie wykazania się dwiema robotami konkurencję. W tym zakresie Zamawiający nie przedstawił stanowiska uzasadniającego konieczność wykazania się doświadczeniem w dwóch robotach o takim zakresie przedmiotowym.

Brak argumentacji w tym zakresie wynika najprawdopodobniej z tego, że w piśmie procesowym Zamawiający przedstawił treść brzemienia warunku jaką zamierzał przyjąć, która to treść obejmuje wskazanie na wykazanie się w ramach tego warunku jedną robotą. Przy czym wymaga odnotowania, że wykazywane częściowe uwzględnienie zarzutów odwołania w odniesieniu do tego zarzutu (przedstawione w tym piśmie) następnie zostało przez Zamawiającego zmienione na posiedzeniu z udziałem stron, bowiem oświadczył Zamawiający do protokołu, że uwzględnia jedynie zarzuty 6, 7, 8, co do zarzutu 2 nie podtrzymał oświadczenia o uwzględnieniu w części, jak również nie sprecyzował na czym owo częściowe uwzględnienie miało polegać. Izba odwołuje się w tym miejscu do argumentacji przedstawionej przez Izbę na wstępie prezentowanego stanowiska Izby, podkreślając jednocześnie, że przy uwzględnieniu odwołania w części Izba nie bada i nie ocenia czynności jakich wykonanie Zamawiający zapowiada. Dla umorzenia postępowania odwoławczego z uwagi na uwzględnienie części zarzutów odwołania wymagane jest jednoznaczne sprecyzowanie w jakiej części Zamawiający zarzut / zarzuty uwzględnia, bowiem przepisy ustawy określone skutki procesowe wiążą z oświadczeniem Zamawiającego o uwzględnieniu zarzutu / zarzutów odwołania, a nie postawionych w odwołaniu żądań.

Co do wymagania Zamawiającego odnoszącego się do ujęcia w ramach warunku z § 11 pkt 1 ppkt 4 I lit. d SWZ również dostaw obok wymagania wykazania się doświadczenie we wdrożeniu i instalacji Izba uznała, że za słuszną i zasadną z punktu widzenia logi należy uznać argumentację Odwołującego, że w dla wykazania zdolności wykonawcy w tym zakresie kluczowe jest wdrożenie i uruchomienie instalacji. Stanowisko to jak najbardziej prawidłowe nie zostało w żaden sposób zakwestionowane przez Zamawiającego. Nadmienić warto, że wymagania Zamawiającego określone tym warunkiem są bardzo szczegółowe i złożone przedmiotowo co do realizacji robót. Wymaganie wykazania się doświadczeniem w zakresie dostawy okablowania światłowodowego, strukturalnego, LAN; systemu zarządzania siecią LAN; urządzeń aktywnych sieci LAN; oraz szaf IT, w przypadku gdy istotą warunku jest wdrożenie i uruchomienie, nie jest w ocenie Izby proporcjonalne w stosunku do przedmiotu zamówienia. Dostawą takich elementów może zająć się np. główny wykonawca w ramach kontraktu, bowiem dostarczyć może fizycznie takie rzeczy każdy podmiot i nie wymaga to szczególnych umiejętności. Natomiast istotą warunku jest wdrożenie i uruchomienie instalacji teletechnicznych, do których niewątpliwie należy mieć umiejętności, których nie posiada każdy i nie każdy takie wdrożenie i uruchomienie instalacji teletechnicznej jest w stanie wykonać – w przeciwieństwie do dostawy. Podkreślenia wymaga ponownie, że ustawodawca wprowadził wskazanie, że określenie warunku następuje w szczególności przez wyrażenie minimalnych poziomów zdolności wykonawcy. W żadnej mierze Zamawiający nie wykazał, że określenie wymagania zrewaluowania dostaw w ramach tego warunku mieści się w minimalnych poziomach i jest proporcjonalne do przedmiotu zamówienia. Mając na uwadze powyższe Izba nakazała modyfikację warunku z § 11 pkt 1 ppkt 4 I lit. d SWZ przez nadanie mu treści:
d) wykonał w okresie ostatnich 10 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, co najmniej 1 robotę instalacyjną

w zakresie podobnym do przedmiotu zamówienia, polegającą na wdrożeniu i uruchomieniu instalacji teletechnicznych, złożonych z:

•okablowania światłowodowego, strukturalnego, LAN, i

•systemu zarządzania siecią LAN, i

•urządzeń aktywnych sieci LAN, i

•szaf /T z listwami PDU, wyposażonych w system klimatyzacji] precyzyjnej z tzw. bezpośrednim chłodzeniem wnętrza szaf przez wymienniki klimatyzacyjne lub w system klimatyzacji za pomocą oddzielnych szaf lub inny równoważny, instalację sygnalizacji i gaszenia pożaru oraz system monitoringu parametrów środowiskowych”.

II.

W zakresie zarzutów dotyczących **Projektowanych postanowień umowy** - załącznik nr 2 do specyfikacji warunków zamówienia

Izba na wstępie rozpoznania zarzutów odnoszących się do *Projektowanych postanowień umowy* - załącznik nr 2 do SWZ, odnoszą się do zarzutów podniesionych

w odwołaniu o sygn. akt KIO 3136/23 oraz sygn. akt KIO 3179/23 wskazuje na brzmienie

art. 544 ust. 6 ustawy, zgodnie z którym Izba nie może nakazać zawarcia umowy

lub wprowadzenia do umowy postanowienia o określonej treści. Żądania zwarte w odwołaniu a odnoszące się do nakazania Zamawiającemu wprowadzenia do projektu umowy dodatkowego postanowienia lub zmienionego postanowienia umowy o wskazanej treści, zgodnie z ww. przepisem wykraczają poza zakres kognicji Izby. Izba związana jest

w postępowaniu odwoławczym zarzutami odwołania i może orzekać co do zarzutów

w odwołaniu podniesionych, jednocześnie Izba nie jest związana wnioskami Odwołującego.

W postępowaniu odwoławczym, gdzie kwestionowane są postanowienia projektu umowy, niewątpliwie istotnym są podnoszone żądania, bowiem to one tworzą całość wraz

z podniesionym zarzutem odwołania. Izba może nakazać wykreślenie, zmianę projektowanego postanowienia umowy o ile w ramach podniesionych zarzutów odwołania wykonawca wykaże, że takie regulacje naruszają przepisy prawa powszechnie obowiązującego.

Izba wskazuje, że zgodnie z art. 554 ust. 1 pkt 2 ustawy, Izba uwzględni odwołanie w całości lub w części, jeżeli stwierdzi niezgodność projektowanego postanowienia umowy

z wymaganiami wynikającymi z przepisów ustawy i przypadku uwzględnienia odwołania zgodnie z art. 554 ust. 3 pkt 1 lit.

c ustawy, Izba może nakazać zmianę projektowanego postanowienia umowy albo jego usunięcie, jeżeli jest niezgodne z przepisami ustawy. Na podstawie art. 554 ust. 6 ustawy, Izba nie może nakazać wprowadzenia do umowy

postanowień o określonej treści, co w ocenie Izby oznacza, że kontrola projektowanych postanowień umowy odbywa się jedynie pod względem legalności, a nie celowości, efektywności ekonomicznej projektowanych postanowień i wnioski strony o nakazanie wprowadzenia postanowień określonej treści nie mogą być przez Izbę uwzględnione. Izba, jeśli ustali, że dane postanowienie umowne jest niezgodne z ustawą może jedynie nakazać wykreślenie postanowienia albo jego zmianę wskazując w uzasadnieniu, na czym polegało naruszenie i przedstawiając wytyczne, którymi Zamawiający winien się kierować wprowadzając nakazaną zmianę, ale konkretna treść zmiany pozostaje w wyłącznej gestii Zamawiającego i to on za jej brzmienie ponosi wyłączną odpowiedzialność (tak też Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 2022-10-18, KIO 2592/22).

Izba na wstępie wskazuje, zgodnie z art. 559 ust. 2 ustawy podstawy prawne oraz przytacza przepisy prawa (w zakresie wszystkich podniesionych i rozpoznanych poniżej zarzutów odwołań):

Ustawa z dnia 11 września 2019 roku Prawo zamówień publicznych (dalej: ustawa):

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

- art. 16 ustawy - Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób:

- 1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców,
- 2) przejrzysty,
- 3) proporcjonalne.

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

- art. 431 ustawy - Zamawiający i wykonawca wybrany w postępowaniu o udzielenie zamówienia obowiązani są współdziałać przy wykonaniu umowy w sprawie zamówienia publicznego, zwanej dalej „umową”, w celu należytej realizacji zamówienia.

- art. 433 ustawy Projektowane postanowienia umowy nie mogą przewidywać:

- 1) odpowiedzialności wykonawcy za opóźnienie, chyba że jest to uzasadnione okolicznościami lub zakresem zamówienia;
- 2) naliczania kar umownych za zachowanie wykonawcy niezwiązane bezpośrednio lub pośrednio z przedmiotem umowy lub jej prawidłowym wykonaniem;
- 3) odpowiedzialności wykonawcy za okoliczności, za które wyłączną odpowiedzialność ponosi zamawiający;
- 4) możliwości ograniczenia zakresu zamówienia przez zamawiającego bez wskazania minimalnej wartości lub wielkości świadczenia stron.

- art. 436 pkt 3 ustawy - umowa zawiera postanowienia określające w szczególności:

- 3) łączną maksymalną wysokość kar umownych, których mogą dochodzić strony;

- art. 436 ust. 1 ustawy - Umowa, której przedmiotem są roboty budowlane, dostawy lub usługi, zawarta na okres dłuższy niż 6 miesięcy, zawiera postanowienia dotyczące zasad wprowadzania zmian wysokości wynagrodzenia należnego wykonawcy w przypadku zmiany ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia.

- art. 439 ust. 2 ustawy - W umowie określa się:

- 1) poziom zmiany ceny materiałów lub kosztów, o których mowa w ust. 1, uprawniający strony umowy do żądania zmiany wynagrodzenia oraz początkowy termin ustalenia zmiany wynagrodzenia;
- 2) sposób ustalania zmiany wynagrodzenia:
 - a) z użyciem odesłania do wskaźnika zmiany ceny materiałów lub kosztów, w szczególności wskaźnika ogłaszanego w komunikacie Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego lub
 - b) przez wskazanie innej podstawy, w szczególności wykazu rodzajów materiałów lub kosztów, w przypadku których zmiana ceny uprawnia strony umowy do żądania zmiany wynagrodzenia;
- 3) sposób określenia wpływu zmiany ceny materiałów lub kosztów na koszt wykonania zamówienia oraz określenie okresów, w których może następować zmiana wynagrodzenia wykonawcy;
- 4) maksymalną wartość zmiany wynagrodzenia, jaką dopuszcza zamawiający w efekcie zastosowania postanowień o

zasadach wprowadzania zmian wysokości wynagrodzenia.

- art. 455 ust. 1 pkt 3 ustawy – Dopuszczalna jest zmiana umowy bez przeprowadzenia nowego postępowania o udzielenie zamówienia:

3) jeżeli dotyczy realizacji, przez dotychczasowego wykonawcę, dodatkowych dostaw, usług lub robót budowlanych, a w przypadku zamówień w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa - usług lub robót budowlanych, których nie uwzględniono w zamówieniu podstawowym, o ile stały się one niezbędne i zostały spełnione łącznie następujące warunki:

a) zmiana wykonawcy nie może zostać dokonana z powodów ekonomicznych lub technicznych, w szczególności dotyczących zamienności lub interoperacyjności wyposażenia, usług lub instalacji zamówionych w ramach zamówienia podstawowego,

b) zmiana wykonawcy spowodowałaby istotną niedogodność lub znaczne zwiększenie kosztów dla zamawiającego,

c) wzrost ceny spowodowany każdą kolejną zmianą nie przekracza 50% wartości pierwotnej umowy, a w przypadku zamówień w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa łączna wartość zmian nie przekracza 50% wartości pierwotnej umowy, z wyjątkiem należycie uzasadnionych przypadków.

Ustawa z dnia 23 kwietnia 1964 roku Kodeks cywilny (dalej: KC)

- art. 5 KC - Nie można czynić ze swego prawa użytku, który by był sprzeczny ze społeczno-gospodarczym przeznaczeniem tego prawa lub z zasadami współzycia społecznego. Takie działanie lub zaniechanie uprawnionego nie jest uważane za wykonywanie prawa i nie korzysta z ochrony.

- art. 353¹ 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 współzycia społecznego.

- art. 354 § 2 KC - W taki sam sposób powinien współdziałać przy wykonaniu zobowiązania wierzyciel.

- art. 471 KC - Dłużnik obowiązany jest do naprawienia szkody wynikłej z niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania, chyba że niewykonanie lub nienależyte wykonanie jest następstwem okoliczności, za które dłużnik odpowiedzialności nie ponosi.

- art. 473 § 1 KC - Dłużnik może przez umowę przyjąć odpowiedzialność za niewykonanie lub za nienależyte wykonanie zobowiązania z powodu oznaczonych okoliczności, za które na mocy ustawy odpowiedzialności nie ponosi.

- art. 483 § 1 KC - Można zastrzec w umowie, że naprawienie szkody wynikłej

z niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania niepieniężnego nastąpi przez zapłatę określonej sumy (kara umowna).

- art. 484 KC

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

§ 2. Jeżeli zobowiązanie zostało w znacznej części wykonane, dłużnik może żądać zmniejszenia kary umownej; to samo dotyczy wypadku, gdy kara umowna jest rażąco wygórowana.

- art. 632 § 1 KC - Jeżeli strony umówiły się o wynagrodzenie ryczałtowe, przyjmujący zamówienie nie może żądać podwyższenia wynagrodzenia, chociażby w czasie zawarcia umowy nie można było przewidzieć rozmiaru lub kosztów prac.

- art. 647 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 czynności związanych z przygotowaniem robót, w szczególności do przekazania terenu budowy i dostarczenia projektu, oraz do odebrania obiektu i zapłaty umówionego wynagrodzenia.

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

Ustawą z dnia 11 marca 2004 roku o podatku od towarów i usług (tj. z dnia 7 lipca 2003 r.

- art. 106i ust. 1 pkt 1 - Fakturę wystawia się nie później niż: 30. dnia od dnia wykonania usług - w przypadku, o którym mowa w

Ustawy z dnia 8 marca 2013 roku o przeciwdziałaniu w nadmiernym opóźnieniu w transakcjach handlowych (tj. z dnia 14 lipca 2003 r.

- art. 8a - Strony transakcji handlowej nie mogą ustalać daty doręczenia faktury lub rachunku, potwierdzających dostawę towaru lub wykonanie usługi.

W zakresie zarzutu 3 podniesionego w odwołaniu sygn. akt KIO 3136/23 – Izba uznała zarzut za zasadny.

Izba ustaliła, że w treści Projektowanych postanowień umowy w § 1 pkt 36 Zamawiający określił:

Wada Istotna – wada w przedmiocie Umowy lub w jego części, zmniejszająca wartość lub użyteczność przedmiotu Umowy w sposób uniemożliwiający jego prawidłowe użytkowanie zgodnie z przeznaczeniem, w szczególności uniemożliwiający lub istotnie ograniczający prowadzenie statutowej działalności przez Zamawiającego. Wadą istotną jest także wada w przedmiocie Umowy lub w jego części polegająca na braku właściwości, określonych w Umowie. W odniesieniu do wyrobów budowlanych, instalacji i Urządzeń jest to: brak wymaganych parametrów ilościowych lub/i jakościowych, zawodność działania, nadmierna energo-, materiało-, czy pracochłonność, nadmierna ilość lub szkodliwość odpadów, szkodliwy wpływ na środowisko w stosunku do wytycznych zawartych w Dokumentacji Projektowej, wiedzy technicznej i obowiązujących przepisów. Za wady istotne uznaje się także braki w Dokumentacji Powykonawczej.

W § 1 pkt 37 Zamawiający określił:

Wada Nieistotna – wada w przedmiocie Umowy lub w jego części zmniejszająca wartość lub użyteczność przedmiotu Umowy nie będąca Wadą Istotną.

Izba stwierdza, że zgodnie z art. 647 Kodeksu cywilnego (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 czynności związanych z przygotowaniem robót, w szczególności do przekazania terenu budowy i dostarczenia projektu, oraz do odebrania obiektu i zapłaty umówionego wynagrodzenia. Na podstawie tego przepisu kodeksowego jednoznacznie uznaje się w orzecznictwie, że wadą istotną jest taka wada, która czyni obiekt niezdatny do umówionego użytku zgodnie z jego przeznaczeniem lub prowadzi do wykonania robót w sposób wyraźnie sprzeciwiających się umowie (tak: Wyrok SN z dnia 12 marca 2021 roku sygn. akt V cSKP 14/21). Sąd Apelacyjny w Poznaniu w wyroku z dnia 24 marca 2023 r. sygn. akt I AGa 209/20 podał, że: stosownie do treści KC odbiór obiektu należy wprowadzić do podstawowych obowiązków inwestora. Niemniej, obowiązek ten odnosi się do obiektu wykonanego co do zasady zgodnie z zobowiązaniem i

zaofiarowanego inwestorowi. Zgodność tą ocenia się biorąc pod uwagę treść zawartej przez strony umowy, elementy uzupełniające treść stosunku prawnego z mocy ustawy (KC), a także ogólne kryteria należytego wykonania zobowiązania (KC). Inwestor jest uprawniony do odmowy dokonania odbioru w przypadku, gdy oddawany obiekt jest dotknięty wadą istotną, tj. czyniącą go niezdatnym do użytku zgodnego z jego przeznaczeniem lub sprzeciwiającą się w sposób wyraźny umowie (wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z 3 lutego 2020 r., ; tak też Wyrok Sądu Apelacyjnego w Gdańsku z dnia 24 stycznia 2013 roku, V ACa 1019/12). Wskazać należy również za wyrokiem SN z 30 czerwca 1999 r. sygn. akt III CKN 1258/98, że umownemu obowiązkowi wykonawcy oddania obiektu odpowiada obowiązek inwestora odebrania tego obiektu i zapłaty umówionego wynagrodzenia. W piśmiennictwie dotyczącym przedmiotowego problemu odbioru wskazuje się za orzeczeniami sądów i Sądu Najwyższego, że inwestor nie ma prawa uchylić się od obowiązku dokonania odbioru zgłoszonych prac (D. Okolski, Umowa o roboty budowlane. Wyd. 10, Warszawa 2021).

W wyroku z 5 marca 1997 r. () SN uznał, że jeżeli wykonawca zgłosił zakończenie robót budowlanych, inwestor obowiązany jest dokonać ich odbioru. Ponadto zgodnie z orzeczeniem SA w Katowicach z 17 lutego 2000 r. sygn. akt , gdy zamawiający z przyczyn leżących po jego stronie uchybia obowiązkowi odbioru robót, następują skutki zwłoki po jego stronie i takie zachowanie pozostaje bez wpływu na roszczenie wykonawcy, który uprawniony jest do żądania wynagrodzenia, a roszczenie jego staje się wymagalne z chwilą, w której po spełnieniu obowiązków przez wykonawcę, odbiór powinien nastąpić.

Przyjmuje się, że inwestor ma prawo odmówić odebrania obiektu w przypadku, gdy został on wykonany niezgodnie z projektem i zasadami wiedzy technicznej lub gdy jest on obciążony istotnymi wadami (por. wyr. SN z 21.4.2017 r., , Legalis; wyr. SN z 7.3.2013 r., , Legalis; wyr. SN z 24.7.2009 r., , Legalis; por. również M. Podleś, Odpowiedzialność, w: P. Piniór, P. Relidziński, W. Wyrzykowski, E. Zielińska, M. Żaba (red.), Prawo handlowe, 2019, s. 84). Wydaje się, że w myśl poglądu dominującego obecnie w orzecznictwie SN podstawy faktyczne uzasadniające odmowę odebrania obiektu należy oceniać *a casu ad casum*. Zależnie od rodzaju i przeznaczenia obiektu taka sama wada w jednym przypadku może być istotna, a w innym zupełnie pozbawiona znaczenia dla wartości użytkowych obiektu (K. Osajda (red. serii), W. Borysiak (red. tomu), Kodeks cywilny. Komentarz. Wyd. 31, Warszawa 2023).

Wadę istotną stanowi zatem wada czyniąca przedmiot niezdatnym do zwykłego użytku

lub sprzeciwiającą się wyraźnie umowie. W orzecznictwie Sądu Najwyższego wskazuje się, że wynikający z KC obowiązek inwestora odbioru robót nie można sprowadzać

do sytuacji, w której odebranie ma dotyczyć wyłącznie obiektu całkowicie wolnego od wad (tak: wyrok SN z dnia 21 kwietnia 2017 r. sygn. akt I CSK 333/16).

Mają powyższe na uwadze, w ocenie Izby Projektowane postanowienia umowy z odwołaniem się do: braku wymaganych parametrów ilościowych lub/i jakościowych (jakichkolwiek i niezależne); zawodności działania; nadmiernej energo-, materiał-, czy pracochłonności; nadmiernej ilości lub szkodliwości odpadów; szkodliwego wpływu na środowisko w stosunku do wytycznych zawartych w Dokumentacji Projektowej, wiedzy technicznej i obowiązujących przepisów; braku w Dokumentacji Powykonawczej- faktycznie prowadzi do wniosku, że każde nawet najmniejsze uchybienie nie mające żadnego znaczenia dla stwierdzenia czy przedmiot umowy zdatny jest do użytku zgodnego z jego przeznaczeniem i w żaden sposób nie wpływający na możliwość użytkowania przedmiotu zmówienia określone zostało jako Wada istotna.

W tym miejscu Izba stwierdza także, że za słuszną przyjęła argumentację Odwołującego dotyczącą braków w dokumentacji powykonawczej. Podkreślenia wymaga, że wykładnia

art. 647 KC, w tym charakteru wad wpływających na możliwość i prawidłowość przeprowadzonych odbiorów robót budowlanych ujęta jest w orzecznictwie sądów powszechnych oraz Sądu Najwyższego jak również w orzecznictwie Izby. Jednoznacznie na podstawie orzeczeń wynika, że braki w dokumentacji powykonawczej nie uzasadniają odmowy odbioru robót, a skoro nie uzasadniają odmowy odbioru robót to nie stanowią wady istotnej (wyrok SN z dnia 23 sierpnia 2012 roku sygn. akt II CSK 21/12; wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 27 czerwca 2018 roku sygn. akt V ACa 1302/17).

W odniesieniu do pisma procesowego Zamawiającego Izba wskazuje, że brak jest

w argumentacji Zamawiającego odniesienia się do wskazanych przez Odwołującego elementów jakie ujął Zamawiający w definicji Wady istotne, a które w ocenie Odwołującego nie stanowią takiej wady. Sam fakt możliwości określenia Wad istotnych, które należy odróżnić od jakichkolwiek innych wad, nie stanowi okoliczności kwestionowanej zarzutem odwołania. Zamawiający z żaden sposób nie wyjaśnił oraz nie wykazał w jaki sposób wskazane w definicji Wady istotnej – a kwestionowane przez Odwołującego elementy – stanowią o tej wadzie istotnej, czyli o wadzie jaka kwalifikuje wykonanie zamówienia jako niezgodnego z projektem i zasadami wiedzy technicznej lub świadczy o tym, że wymienione enumeratywnie wady są na tyle istotne, że obiekt nie będzie nadawał się do użytkowania. Izba zaznacza, że takie zdefiniowanie wady istotnej został podane przez samego Zamawiającego w piśmie procesowym przez odwołanie do orzeczenia Izby z dnia 1 grudnia 2020 roku sygn. kat. KIO 2965/20.

W ocenie Izby ukształtowanie postanowienia umowy z § 1 pkt 36 nie jest zgodne

z obowiązującymi przepisami prawa i obowiązkiem dokonania odbioru obiektu, gdy nie jest dotknięty wadą istotną tj. czyniącą go niezdatnym do użytku zgodnego z jego przeznaczeniem, wykonaniem niezgodnie z projektem i zasadami wiedzy technicznej lub wady powodują niemożliwość użytkowania obiektu w sposób wynikający z jego przeznaczenia określonego umową.

W odniesieniu do podnoszonego uzasadnienia zarzutu odwołania w części dotyczącej sposobu dokonywania odbiorów końcowych Izba ustaliła, że w § 1 pkt 18 Projektowanych postanowień umowy:

Odbiór Końcowy – odbiór przedmiotu Umowy, przeprowadzony po uzyskaniu ostatecznego Pozwolenia na Użytkowanie oraz po zgłoszeniu obiektu do użytkowania wraz z pisemnym potwierdzeniem o braku sprzeciwu do użytkowania wydanego przez właściwy organ. Odbiór Końcowy polega na ocenie kompletności i jakości wykonania robót Etapu I wraz z potwierdzeniem usunięcia wad i usterek, stwierdzonych podczas Odbioru Wykonanych Robót Etapu I. W przypadku podziału Inwestycji na zadania/etapy, przy podziale Pozwolenia na Użytkowanie czy zgłoszenia do użytkowania na etapy, Odbiór Końcowy odbywa się po wykonaniu wszystkich zadań/etapów, po usunięciu wad i usterek w przedmiocie Umowy.

§ 10 Odbiór Wykonanych Robót Etapu I i Odbiór Końcowy

7. Jeżeli w toku czynności odbiorowych stwierdzone zostaną:

1) Wady Nieistotne, Zamawiający dokona odbioru i zażąda usunięcia tych wad, w odpowiednim terminie (uwzględniającym charakter wady, dostępność materiałów oraz możliwości techniczne usunięcia wady) ustalonym przez Strony, przy czym fakt usunięcia wad zostanie stwierdzony protokołarnie;

2) Wady Istotne, to Zamawiającemu przysługuje prawo odmowy odbioru do czasu usunięcia tych wad, w odpowiednim terminie (uwzględniającym charakter wady, dostępność materiałów oraz możliwości techniczne usunięcia wady) ustalonym przez Strony. Po usunięciu wad Strony ponownie przystąpią do odbioru robót.

§ 2 Przedmiot Umowy

1) Etap I polegający na:

- a) wykonaniu obiektów budowlanych i budowlą wraz z zagospodarowaniem działki, infrastrukturą techniczną, zjazdami z drogi publicznej, uzgodnienie i przeprowadzenie przez Wykonawcę procedury usunięcia kolizji planowanego budynku z istniejącymi sieciami oraz usunięcie przez Wykonawcę ww. kolizji, zgłoszeniu robót wykonanych, niewymagających uzyskania pozwolenia na budowę oraz zgłoszenia robót zgodnie z uzyskanymi decyzjami Pozwolenia na Budowę, Dokumentacją Projektową i zatwierdzonym przez Zamawiającego Harmonogramem,
- b) wykonaniu nasadzeń zastępczych zgodnie z decyzją zezwalającą na usunięcie drzew i krzewów na terenie określonym w porozumieniu zawartym między Zamawiającym a Miastem Stołecznym Warszawą dzielnicą Bemowo,
- c) zapewnieniu zgodnie z ustawą PB, obsady stanowisk: Kierownika Budowy, kierownika kontraktu i kierowników robót poszczególnych branż, kompleksowej obsługi geodezyjnej i geotechnicznej wraz z prowadzeniem dokumentacji wymaganej prawem, w tym wynikającej z warunków Pozwoleń na Budowę i wydanych decyzji,
- d) wykonaniu Dokumentacji Warsztatowej i Dokumentacji Powykonawczej oraz przekazanie autorskich praw majątkowych do wykonanej dokumentacji,
- e) skutecznym zawiadomieniu organów, o których mowa w art. 56 ust. 1 ustawy PB wraz z uzyskaniem pisemnego, pozytywnego stanowiska lub oświadczenia Wykonawcy o braku sprzeciwu lub uwag ze strony organów wymienionych w art. 56 ustawy PB

2) Etap II polegający na:

- a) przeszkoleniu wyznaczonych pracowników Zamawiającego w obsłudze Urządzeń, Wyposażenia i instalacji,
- b) przygotowaniu i złożeniu wniosków wraz z wymaganymi załącznikami o wydanie Pozwolenia na Użytkowanie,
- c) przygotowaniu i skutecznym złożeniu zawiadomień wraz z wymaganymi załącznikami o zakończeniu budowy,
- d) uzyskaniu ostatecznego Pozwolenia na Użytkowanie i/lub skutecznego zawiadomienia o zakończeniu budowy, co zostanie pisemnie potwierdzone przez właściwy organ.

§ 6 Wynagrodzenie

4. Faktura w wysokości 5% wynagrodzenia brutto, o którym mowa w ust. 1, wystawiona będzie po przedstawieniu potwierdzenia skutecznego (to jest bez sprzeciwu organu) złożenia zawiadomienia o zakończeniu budowy, po usunięciu wad i usterek stwierdzonych przy odbiorze Etapu I oraz po uzyskaniu ostatecznego Pozwolenia na Użytkowanie i po dokonaniu Odbioru Końcowego.

W ocenie Izby wskazanie Odwołującego na to, że w związku z regulacją jaka poczynił Zamawiający w powyżej przytoczonych poszczególnych przepisach Projektowanych postanowień umowy oraz niezależnie od treści postanowienia odnoszącego się do Wady istotnej – takie regulację prowadzą do tego, że podział przedmiotu Umowy na Etap I i Etap II oraz uzależnienie odbioru końcowego od usunięcia wszelkich „wad i usterek” spowodowało faktycznie wprowadzenie przez Zamawiającego bezusterkowego odbioru końcowego.

Izba, w pierwszej kolejności wskazuje, że Zamawiający w tym zakresie nie przedstawił żadnej faktycznej argumentacji. Nie kwestionował tego, że sposób prowadzenia odbiorów w ramach tej inwestycji w efekcie prowadzi do tego, że przewidziane umową odbiory i sposób

ich prowadzenia powoduje, że w związku z tym, że Odbiór Końcowy może nastąpić dopiero po usunięciu wszelkich wad i usterek, co może oznaczać każdą wadę czy usterkę.

Izba podkreśla, że w orzecznictwie Sądu Najwyższego jednoznacznie zostało wskazane

i wynika w sposób oczywisty, że postanowienia umowy odnoszące się do tzw. odbioru bezusterkowego, co oznacza postanowienia umowy, które uzależniają odebranie obiektu

od braku jakichkolwiek wad (w tym przypadku wad i usterek określonych w definicji Odbioru Końcowego) jest uznawane przez Sąd Najwyższy za sprzeczne z właściwością (naturą) zobowiązania wynikającego z umowy o roboty budowlane i naruszające równowagę między inwestorem a wykonawcą, pozostawiając tego ostatniego w niepewności odnośnie do należnego wynagrodzenia oraz zwrotu poniesionych wydatków. W doktrynie piśmiennictwie jednoznacznie się wskazuje, w oparciu o jednoznaczne i bardzo liczne orzecznictwo Sądu Najwyższego odnoszące się do tego zakresu, że postanowienia umów o roboty budowlane przewidujące, że odebranie obiektu może nastąpić tylko w przypadku braku jakichkolwiek wad, są nieważne bezwzględnie jako wykraczające poza swobodę umów wyznaczoną właściwością (naturą) zobowiązania KC w zw. z art. 647 KC – (tak: *K. Osajda* (red. serii), *W. Borysiak* (red. tomu), Kodeks cywilny. Komentarz. Wyd. 31, Warszawa 2023r.), w jednym z wyroków Sąd Najwyższy podał w uzasadnieniu, że: w orzecznictwie Sądu Najwyższego wskazuje się, że wynikający z KC obowiązek inwestora odbioru robót nie można sprowadzać do sytuacji, w której odebranie ma dotyczyć wyłącznie obiektu całkowicie wolnego od wad. Przyjmowanie bowiem, że każde odstępstwo od takiego idealnego stanu dawałoby inwestorowi prawo odmowy odebrania obiektu pozostawałoby w sprzeczności z naturą zobowiązania objętego umową o roboty budowlane i naruszałoby równowagę między inwestorem a wykonawcą, pozostawiając tego ostatniego w niepewności odnośnie do należnego wynagrodzenia oraz zwrotu poniesionych wydatków. Przyjmuje się, że projekt i zasady wiedzy technicznej powołane w przepisie KC stanowią kompromis między tym, co możliwe i konieczne w budownictwie, uwzględniają interes publiczny i prywatny użytkownika i tym samym stanowią kryterium dopuszczalności modyfikacji wymagań odnośnie do jakości obiektu budowlanego. Inwestor może bowiem skutecznie dochodzić usunięcia stwierdzonych wad (por. wyroki Sądu Najwyższego z dnia 5 marca 1997 r., OSNC 1997, nr 6 - 7, poz. 90; z dnia 30 października 2002 r.,; z dnia 8 stycznia 2004 r.,; z dnia 22 czerwca 2007 r., OSP 2009, nr 1, poz. 7; z dnia 9 września 2011 r.,). Zatem, gdy wykonawca zgłosił zakończenie robót budowlanych zamawiający jest zobowiązany do ich odbioru (KC), chyba że przedmiot zamówienia będzie mógł być kwalifikowany jako wykonany niezgodnie z projektem i zasadami wiedzy technicznej lub wady będą istotne (por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 24 lipca 2009 r., ONC - ZD, 2010, B, poz. 51). Uzasadnienie dla takiego podejścia wywodzi się z dążenia do rozróżnienia sytuacji niewykonania zobowiązania od nienależytego wykonania zobowiązania, kiedy to zachowanie dłużnika jedynie częściowo pozostaje sprzeczne z treścią zobowiązania (por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 7 marca 2013 r.,) – tak wyrok SN z dnia 21 kwietnia 2017 r. sygn. akt I CSK 333/16.

W ramach rozpoznania tej sprawy również warto odnotować wyrok Sądu Najwyższego z 2013 roku, w którym uzasadniono, że: w orzecznictwie Sądu Najwyższego przyjęto trafny pogląd, który należy podzielić, iż w sytuacji gdy wykonawca zgłosił zakończenie robót budowlanych wykonanych zgodnie z projektem i zasadami wiedzy technicznej zamawiający jest zobowiązany do ich odbioru (art. 647 KC). W protokole z tej czynności stanowiącym pokwitowanie spełnienia świadczenia i podstawę dokonania rozliczeń stron, niezbędne jest zawarcie ustaleń co do jakości wykonanych robót, w tym ewentualny wykaz wszystkich ujawnionych wad z terminami ich usunięcia lub oświadczeniem inwestora o wyborze innego uprawnienia przysługującego mu z tytułu odpowiedzialności wykonawcy za wady ujawnione przy odbiorze. Odmowa odbioru będzie uzasadniona jedynie w przypadku, gdy przedmiot zamówienia będzie mógł być

kwalifikowany jako wykonany niezgodnie z projektem i zasadami wiedzy technicznej lub wady będą na tyle istotne, że obiekt nie będzie się nadawał do użytkowania.

Stanowisko to znajduje uzasadnienie w potrzebie rozróżnienia niewykonania zobowiązania z nienależnym wykonaniem zobowiązania, kiedy zachowanie dłużnika jedynie częściowo pozostaje sprzeczne z treścią zobowiązania. Natomiast utożsamienie sytuacji gdy roboty budowlane nie zostały wykonane z sytuacją gdy są one dotknięte wadami czyniłoby zbędną regulację art. 637 KC w zw. z art. 656 KC. Ponadto naruszałoby równowagę między inwestorem a wykonawcą, uzależniając odbiór, a tym samym płatność należnego wykonawcy wynagrodzenia od wykluczenia istnienia jakiegokolwiek wady w chwili oddania przedmiotu zamówienia, jak i umożliwiają naliczanie kary umownej za niedotrzymanie terminu realizacji umowy warunkowanej przedstawieniem robót do odbioru w stanie idealnym, co w praktyce jest trudne do realizacji (por. wyroki Sądu Najwyższego z dnia 5 marca 1997 r., II CKN 28/97, OSNC 1997/6-7/90; z dnia 30 października 2002 r., V CKN, 1287/00; z dnia 8 stycznia 2004 r., I CK 24/03; z dnia 22 czerwca 2007 r., V CSK 99/07, OSP 2009/1/7; z dnia 9 września 2011 r., I CSK 696/10) – tak wyrok SN z dnia 7 marca 2013 r. II CSK 476/12.

W ocenie Izby Projektowane postanowienia umowy zawierają w zasadzie postanowienia sprowadzające się do bezusterkowego Odbioru Końcowego, co powoduje, że są nieważne bezwzględnie jako wykraczające poza swobodę umów wyznaczoną właściwością (naturą) zobowiązania KC w zw. z art. 647 KC. Tym samym niezbędne jest usunięcie z Projektowanych postanowień umowy wszystkich postanowień wskazujących na bezusterkowy Odbiór końcowy w tym . Izba wskazuje, że Zamawiający musi dostosować wszystkie postanowienia umowne oraz zawarte w dokumentacji w taki sposób aby nie znajdował się tam postanowienia uznawane za bezwzględnie nieważne i odnoszące się do odbiorów bezusterkowych. Jednocześnie Zamawiający jest uprawniony do wprowadzenia procedury Odbioru końcowego z poszanowaniem zasady swobody umów wyznaczoną właściwością tego zobowiązania

Izba, mając na uwadze powyższe (w zakresie zarzutu 3 odwołania sygn. akt KIO 3136/23), uznała zarzut za zasadny i nakazała:

- wykreślenie z § 1 pkt 36 Projektowanych postanowień umowy treści: „*Wadą istotną jest także wada w przedmiocie Umowy lub w jego części polegająca na braku właściwości, określonych w Umowie. W odniesieniu do wyrobów budowlanych, instalacji i Urządzeń jest to: brak wymaganych parametrów ilościowych lub/i jakościowych, zawodność działania, nadmierna energo-, materiało-, czy pracochłonność, nadmierna ilość lub szkodliwość odpadów, szkodliwy wpływ na środowisko w stosunku do wytycznych zawartych w Dokumentacji Projektowej, wiedzy technicznej/ i obowiązujących przepisów. Za wady istotne uznaje się także braki w Dokumentacji Powykonawczej.*”;

- wykreślenie z § 1 pkt 18 Projektowanych postanowień umowy treści: „*Odbiór Końcowy polega na ocenie kompletności i jakości wykonania robót Etapu I wraz z potwierdzeniem usunięcia wad i usterek, stwierdzonych podczas Odbioru Wykonanych Robót Etapu I. W przypadku podziału Inwestycji na zadania/etapy, przy podziale Pozwolenia na Użytkowanie czy zgłoszenia do użytkowania na etapy, Odbiór Końcowy odbywa się po wykonaniu wszystkich zadań/etapów, po usunięciu wad i usterek w przedmiocie Umowy.*”

- wykreślenie § 6 pkt 4 Projektowanych postanowień umowy.

W zakresie zarzutu 4 podniesionego w odwołaniu sygn. akt KIO 3136/23 – Izba uznała zarzut za zasadny.

Izba ustaliła, że w Projektowanych postanowieniach umowy Zamawiający podał:

§ 6 Wynagrodzenie

3. Rozliczenie przedmiotu Umowy odbywać się będzie fakturami częściowymi wystawionymi na podstawie każdorazowo podpisanych przez Strony: Wniosku o płatność i Protokołu Odbioru Wykonanych Robót (lub Protokołu Odbioru Wykonanych Robót Etapu I dla płatności przypadający po zakończeniu Etapu I) i zgodnie z przyjętym przez Strony Harmonogramem. Wynagrodzenie płatne będzie na podstawie faktur częściowych wystawianych co trzy miesiące oraz faktury końcowej zgodnie z Protokołem Odbioru Wykonanych Robót częściowego/końcowego, przy czym łączna wartość wynagrodzenia za wykonane roboty płatna fakturami częściowymi nie może przekroczyć 95% kwoty brutto, o której mowa w ust. 1, z zastrzeżeniem zakończenia w całości (w 100%) robót budowlanych na dzień odbioru Etapu I. Zaawansowanie robót nie może być mniejsze niż procentowa suma wartości wynagrodzenia.

Zarzut ten sprowadza się do tego, że Odwołujący kwestionuje częstotliwość wystawiania faktur, które zgodnie z ww. postanowieniem mają być wystawiane co trzy miesiące.

Izba stwierdza w tym miejscu, że w piśmie procesowym Zamawiający podał, że *nie zgadza się z postawionym zarzutem, gdyż zapisy PPU są zgodne z przytoczonymi przez Odwołującego przepisami prawa, natomiast przychylając się do licznych próśb Wykonawców dokona zmian SWZ w tym zakresie. W związku z czym Zamawiający wprowadzi zmianę w § 6 ust. 3 PPU poprzez zamianę słów „co trzy miesiące” słowami „co miesiąc”.* Izba stwierdza, że takie oświadczenie nie stanowi uwzględnienia zarzutu odwołania (o czym szerzej we wcześniejszej części uzasadnienia wyroku) tym samym zarzut w tym zakresie podlega rozpoznaniu przez Izbę.

Zamawiający przewidział w Projektowanych postanowieniach umowy między innymi, że *wynagrodzenie płatne będzie na podstawie faktur częściowych wystawianych co trzy miesiące.*

Zgodnie z ustawą z dnia 11 marca 2004 roku o podatku od towarów i usług (tj. z dnia 7 lipca 2023 r. art. 106i ust. 1 pkt 1 Fakturę wystawia się nie później niż: 30. dnia od dnia wykonania usług - w przypadku, o którym mowa w (tj.: Obowiązek podatkowy powstaje z chwilą: wystawienia faktury w przypadkach, o których mowa w , z tytułu świadczenia usług budowlanych lub budowlano-montażowych). W oparciu o wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 21 września 2017 r. sygn. akt I FSK 1984/15 należy stwierdzić, że: przyjęta w wyroku z 6 lipca 2017 r., I sygn. Akt I FSK 2148/15 wykładnia art. 19a ust. 5 pkt 3 lit. a VATU jest zbieżna z oceną wyrażoną przez Ministra Finansów w wydanej w dniu 1 kwietnia 2016 r interpretacji ogólnej (PT3.8 101.41.2015.AEW. 2016.AMT.141), w której m.in. stwierdzono, że: "(...) Za datę wykonania usługi budowlanej lub budowlano-montażowej należy przyjąć datę faktycznego wykonania usługi, tj. dzień, w którym – w związku z wykonaniem określonej umową usługi lub jej części (jeżeli usługa jest przyjmowana częściowo) doszło do faktycznego zakończenia prac lub ich części – wykonawca zgłasza je do odbioru (w opinii wykonawcy usługi lub ich część są gotowe do ich przyjęcia przez nabywcę usługi)". Wskazać także można na kształtującą się linię orzecznictwa Naczelnego Sądu Administracyjnego, zgodnie z którą należy oceniać moment wykonania usług budowlanych lub budowlano-montażowych tak, by skupić się na jej faktycznym wykonaniu, a nie ustaleniach umowy, gdyż tylko wówczas można oczekiwać, że moment powstania obowiązku podatkowego będzie postrzegany podobnie w całym systemie VAT (por. wyroki z 5 kwietnia 2017 r., sygn. I FSK 1482/15 i z 7 lutego 2017 r., sygn. akt I FSK 840/15, CBOSA).

Tak wyrażone stanowisko znajduje odzwierciedlenie w późniejszych orzeczeniach

i tak np. w wyroku Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Bydgoszczyz dnia 13 września 2022 r. sygn. akt I SA/Bd

380/22 - Tak więc w przypadku usług budowlanych lub budowlano-montażowych dla prawidłowego określenia momentu powstania obowiązku podatkowego istotnym jest ustalenie momentu, w którym usługa została wykonana, czy też może zostać uznana za wykonaną, bowiem wykonanie usługi ma wpływ na powstania obowiązku podatkowego. W przepisach VATU nie określono jednak momentu wykonania usług budowlanych. (...) Wbrew twierdzeniom skarżącego brak formalnego odbioru robót nie może stać na przeszkodzie przyjęciu, że doszło rzeczywiście do wykonania usługi. Niesporządzenie protokołu odbioru robót nie może skutkować wyłączeniem, czy też przesunięciem daty powstania obowiązku podatkowego (por. wyrok WSA w Rzeszowie z dnia 20 sierpnia 2020 r., sygn. akt).

Na podstawie ustawy z dnia 8 marca 2013 roku o przeciwdziałaniu w nadmiernym opóźnieniu w transakcjach handlowych (tj. z dnia 14 lipca 2023 r. , art. 8a strony transakcji handlowej nie mogą ustalać daty doręczenia faktury lub rachunku, potwierdzających dostawę towaru lub wykonanie usługi.

Na wstępie Izba wskazuje, że naruszenie przepisu art. 8a ww. ustawy skutkuje nieważnością postanowień z tym przepisem niezgodnych. W literaturze przedmiotu jednoznacznie wskazane zostało, że: „ustalenie przez strony daty lub terminu wystawienia faktury bezpośrednio wpływa na datę jej doręczenia (nie można bowiem doręczyć faktury nieistniejącej), słusznie więc wskazuje się [B. Ostrzechowski, K. Riedl, w: K. Osajda (red. serii), W. Borysiak (red. tomu), Ustawa, kom. do art. 8a, Nb 12], że art. 8a obejmuje także i takie przypadki. Na tej samej zasadzie wszelkie postanowienia, które ograniczają wierzyciela co do możliwości wystawienia faktury dokumentującej wykonanie świadczenia lub jego samodzielnej części (np. że fakturę można wystawić dopiero, gdy wartość świadczeń osiągnie określony próg, nie częściej niż co miesiąc itp.) powinny być uznane za nieważne.” (tak K. Menszig-Wiese (red.), Ustawa o przeciwdziałaniu nadmiernym opóźnieniu w transakcjach handlowych. Wyd. 2, Warszawa 2023). Warto zaznaczyć również, że przepis ten

stanowi implementację niewdrożonego wcześniej dyrektywy (Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2011/7/UE z dnia 16 lutego 2011r. w sprawie zwalczania opóźnień w płatnościach w transakcjach handlowych) zgodnie z którym państwa członkowskie zapewniają, aby w transakcjach handlowych, w których dłużnikiem są organy publiczne, data otrzymania faktury nie podlegała porozumieniu umownemu między dłużnikiem a wierzycielem. Przepisy polskiej ustawy rozszerzają zastosowanie tego zakazu również na transakcje handlowe, w których dłużnikami nie są organy publiczne, co jest dyrektywą dozwolone. Niemniej ważnym jest, że właśnie te regulacje prawne odnosiły się w pierwszej kolejności do transakcji handlowych z podmiotami publicznymi.

W literaturze wskazano, że: „zakaz z art. 8a ww. ustawy należy bowiem ściśle wiązać

z jego *ratio legis* w postaci zagwarantowania wierzycielowi możliwości jak najwcześniejszego doręczenia faktury lub rachunku, tak, aby nie istniało ryzyko odroczenia w czasie momentu rozpoczęcia biegu terminu zapłaty, a w konsekwencji momentu powstania roszczenia

o odsetki. (...) chociaż przepis zakazuje ustalania z góry daty (terminu) doręczenia, nie zaś wystawienia faktury lub rachunku potwierdzających dostawę towaru lub wykonanie usługi, to ze względu na to, że ustalenie daty (terminu) wystawienia faktury lub rachunku będzie miało bezpośrednie przełożenie na datę (termin) ich doręczenia, również tego rodzaju porozumienie umowne należy uznać za niedopuszczalne w świetle art. 8a ww. ustawy. Wystawienie faktury lub rachunku stanowi, co oczywiste, warunek konieczny ich doręczenia, stąd ustalenie w umowie daty (terminu) ich wystawienia prowadziło by w istocie do obejścia komentowanego zakazu. Pozostawałoby to również w sprzeczności z celem art. 8a

ww. ustawy, pozwalając stronom na odsunięcie w czasie momentu powstania roszczenia

o odsetki przewidziane w ustawie. (tak - K. Osajda (red. serii), W. Borysiak (red. tomu), Ustawa o przeciwdziałaniu nadmiernym opóźnieniu w transakcjach handlowych. Komentarz. Wyd. 4, Warszawa 2021).

Izba uznała zasadność twierdzeń Odwołującego i podziela stanowisko Odwołującego,

że ustalenie przez strony terminu wystawienia faktury bezpośrednio wpływa na datę

jej doręczenia. Tym samym postanowienia zawarte w § 6 ust. 3 Projektowanych postanowień umowy co do wystawiania faktur co trzy miesiące, czyli ograniczające wykonawcy możliwość wystawienia faktury, co w konsekwencji skutkuje odroczeniem terminu płatności. Skoro wykonawca w wykonaniu robót budowlanych wystawia fakturę

po wykonaniu tych robót zgodnie z tym jak powstaje obowiązek podatkowy, to kształtowanie wymagania wystawiania faktur co 3 miesiące stanowi postanowienie umowy nieważne

w obliczu regulacji art. 8 a ustawy z dnia 8 marca 2013 roku o przeciwdziałaniu

w nadmiernym opóźnieniu w transakcjach handlowych.

Mając na uwadze powyższe Izba nakazała wykreślenie z § 6 ust. 3 Projektowanych postanowień umowy treści: *faktur częściowych wystawianych co trzy miesiące*. Jednocześnie wyjaśnia Izba, że w to miejsce Zamawiające powinien wprowadzić regulację zgodne z obowiązującymi przepisami prawa.

W zakresie zarzutu 5 - § 19 pkt. 1 pkt 1,2,3,4,5,11 Projektowanych postanowień umowy podniesionego w odwołaniu sygn. akt KIO 3136/23 – Izba uznała zarzut za niezasadny.

Izba ustaliła, że w Projektowanych postanowieniach umowy Zamawiający podał:

§ 19 Kary umowne

1. Niewykonanie lub nienależyte wykonanie przedmiotu Umowy z przyczyn, za które odpowiada Wykonawca uprawnia Zamawiającego do naliczenia kary umownej:

1) z tytułu zwłoki Wykonawcy stosunku do terminów wykonania Etapu I lub Etapu II, określonego w § 8 ust. 1 lub 2, w wysokości 0,03 % łącznego wynagrodzenia ryczałtowego brutto określonego w § 6 ust. 1 za każdy rozpoczęty dzień zwłoki,

2) za nieterminowe usunięcie wad i usterek, o których mowa w § 17 ust. 12 i 13 lub w § 18 ust. 2 pkt 1-3 w wysokości 0,01 % wynagrodzenia ryczałtowego brutto określonego w § 6 ust. 1 za każdy rozpoczęty dzień zwłoki,

3) za odstąpienie od Umowy przez Wykonawcę z przyczyn niezależnych od Zamawiającego, w wysokości 10 % wynagrodzenia ryczałtowego (brutto), określonego w § 6 ust 1 Umowy,

4) za odstąpienie od Umowy przez Zamawiającego z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy, w wysokości 10% wynagrodzenia ryczałtowego brutto określonego w § 6 ust. 1 Umowy,

5) za niewypełnienie obowiązków, o których mowa w § 12 Umowy w wysokości 0,02% wynagrodzenia ryczałtowego brutto określonego w § 6 ust. 1 Umowy za każdy rozpoczęty dzień zwłoki,

(...)

11) za zwłokę w uprzątnięciu terenu budowy, demontażu i usunięcia sprzętu budowlanego, a także wszelkich prowizorycznych obiektów wzniesionych przez Wykonawcę lub podwykonawców działających na jego rzecz w czasie budowy w wysokości 0,02% wynagrodzenia ryczałtowego brutto określonego w § 6 ust. 1 Umowy za każdy dzień zwłoki

liczony od momentu wezwania Wykonawcy do usunięcia zaistniałych nieprawidłowości i upływem 3 (trzy) dniowego terminu, po którym nastąpiło wezwanie;

(...)

Zgodnie z art. 433 ustawy Projektowane postanowienia umowy nie mogą przewidywać:

- 1) odpowiedzialności wykonawcy za opóźnienie, chyba że jest to uzasadnione okolicznościami lub zakresem zamówienia;
- 2) naliczania kar umownych za zachowanie wykonawcy niezwiązane bezpośrednio lub pośrednio z przedmiotem umowy lub jej prawidłowym wykonaniem;
- 3) odpowiedzialności wykonawcy za okoliczności, za które wyłączną odpowiedzialność ponosi zamawiający;
- 4) możliwości ograniczenia zakresu zamówienia przez zamawiającego bez wskazania minimalnej wartości lub wielkości świadczenia stron.

Mając na uwadze powyższe Izba stwierdza, że żadne z kwestionowanych Projektowanych postanowień umowy w § 19 ust. 1 ppkt 1,2,3,4,5,11 nie narusza powyższej regulacji ustawowej. Kary umowne wskazane zostały jako kary za zwłokę (art. 483 KC),

co oznacza, że Zamawiający przewidział kary umowne za niewykonanie umowy z przyczyn leżących po stronie wykonawcy. Odwołujący przytacza w treści zarzutu wiele podstaw prawnych, w tym art. 433 ustawy jednakże w żaden sposób nie odnosi się w prezentowanym uzasadnieniu w jakikolwiek sposób do tego, że Zamawiający wprowadzonymi postanowieniami naruszył regulację prawną ustawy dotyczącą klauzul abuzywnych.

W zakresie podnoszonego naruszenia art. 8 ust. ustawy w zw. z art. 5, art. 353¹, art. 471, art. 473 § 1, art. 483 § 1 i art. 484 k.c. w zw. z art. 16 Izba nie stwierdziła aby doszło do naruszenia przepisów prawa postanowieniami określonymi w Projektowanych postanowieniach umowy, a do których referuje Odwołujący. Ocena Projektowanych postanowień umownych następuje w przyzmacie legalności i w tym zakresie niezbędne jest wykazania naruszeń przez Odwołującego. Izba zwraca również uwagę, że w uzasadnieniu zarzutów odwołania wykonawca skupia się jedynie na podaniu, że zastrzeżenie takich kar umownych stanowi niewspółmierną sankcję i jest nieproporcjonalne do przedmiotu zamówienia.

W odniesieniu do postanowień § 19 pkt 1 ppkt 1 - z tytułu zwłoki Wykonawcy stosunku do terminów wykonania Etapu I lub Etapu II, określonego w § 8 ust. 1 lub 2, w wysokości 0,03 % łącznego wynagrodzenia ryczałtowego brutto określonego w § 6 ust. 1 za każdy rozpoczęty dzień zwłoki, Izba zarzut uznała za bezzasadny, a w szczególności zgodny z przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych. Zamawiający jest uprawniony do zabezpieczenia swoich interesów na wypadek zwłoki, czyli z przyczyn zawinionych przez wykonawcę w związku z realizacją terminową poszczególnych etapów realizacji inwestycji. Mowa jest w tych regulacjach o wykonaniu poszczególnych etapów, co zapewne ma znaczenie w realizacji całości umowy, a brak realizacji choćby w nieznacznym zakresie robót będzie powodował niewykonanie danego etapu zgodnie z terminami określonymi w umowie.

W odniesieniu do postanowień § 19 pkt 1 ppkt 2 - za nieterminowe usunięcie wad i usterek, o których mowa w § 17 ust. 12 i 13 lub w § 18 ust. 2 pkt 1-3 w wysokości 0,01 % wynagrodzenia ryczałtowego brutto określonego w § 6 ust. 1 za każdy rozpoczęty dzień zwłoki, Izba zarzut uznała za bezzasadny, a w szczególności zgodny z przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych.

Izba ustaliła, że w Projektowanych postanowieniach umowy Zamawiający podał:

§ 17 Gwarancja i Rękojmia

12. Wykonawca zobowiązuje się do usunięcia zgłoszonych pisemnie przez użytkownika wad i usterek, z zastrzeżeniem ust. 4, w terminie 14 (czternastu) dni, a wad szczególnie uciążliwych, uniemożliwiających prowadzenie kluczowej działalności w obiekcie, w tym awarii Urządzeń i instalacji – w ciągu 24 godzin, z zastrzeżeniem ust. 13 i 14,

13. Jeżeli usunięcie wady lub usterki ze względów technicznych nie jest możliwe w terminie 14 (czternastu) dni, Wykonawca jest zobowiązany powiadomić o tym pisemnie Zamawiającego. Zamawiający wyznaczy nowy termin, z uwzględnieniem możliwości technologicznych i sztuki budowlanej. Niedotrzymanie przez Wykonawcę wyznaczonego terminu będzie zakwalifikowane jako odmowa usunięcia wady lub usterki.

§ 18 Usuwanie wad i usterek w okresie realizacji przedmiotu Umowy

2. Jeżeli w toku budowy lub podczas czynności protokolarnego odbioru przedmiotu Umowy lub jej części zostaną stwierdzone wady to Zamawiający, zachowując prawo do kar umownych oraz odszkodowania uzupełniającego, ma prawo:

1) w przypadku Wad Nieistotnych przedmiotu Umowy lub jej części dokonać odbioru i zażądać usunięcia tych wad, w terminie ustalonym przez Strony (uwzględniającym charakter wady, dostępność materiałów oraz możliwości techniczne usunięcia wady), przy czym fakt usunięcia wad zostanie stwierdzony protokolarnie,

2) w przypadku Wad Istotnych (w tym wad prawnych) przedmiotu Umowy lub jej części stwierdzonych przez Zamawiającego, nadających się do usunięcia, odmówić przyjęcia przedmiotu Umowy do czasu usunięcia tych wad, w terminie ustalonym przez Strony (uwzględniającym charakter wady, dostępność materiałów oraz możliwości techniczne usunięcia wady). Wykonawca zobowiązany jest powiadomić Zamawiającego o usunięciu wad i o gotowości do ponownego odbioru robót,

3) w przypadku stwierdzonych przez Zamawiającego wad nienadających się do usunięcia, Zamawiający może żądać odpowiedniego obniżenia wynagrodzenia brutto, o którym mowa w § 6 ust. 1 lub żądać wykonania przedmiotu Umowy lub jego wadliwej części po raz drugi, w terminie nie dłuższym niż 7 (siedem) dni kalendarzowych licząc od daty pisemnego powiadomienia przez Zamawiającego o odmowie przyjęcia przedmiotu Umowy. Jeżeli usunięcie wady ze względów technicznych nie jest możliwe w terminie 7 (siedmiu) dni, Wykonawca jest zobowiązany powiadomić o tym pisemnie Zamawiającego. Zamawiający wyznaczy nowy termin, z uwzględnieniem możliwości technologicznych i sztuki budowlanej. Niedotrzymanie przez Wykonawcę wyznaczonego terminu będzie zakwalifikowane jako odmowa usunięcia wady lub usterki,

Izba zarzut uznała za bezzasadny, a w szczególności zgodny z przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych. Zamawiający jest uprawniony do zabezpieczenia swoich interesów na wypadek zwłoki w usuwaniu wad i usterek, czyli w okolicznościach w jakich dochodzi do uchybienia ustalonych terminów na usunięcie wad i usterek z przyczyn zawinionych przez wykonawcę. Izba zaznacza w tym miejscu, że terminy określone w ww. postanowieniach umownych odnoszące się do usuwania wad i usterek w okresie realizacji przedmiotu umowy oraz w okresie gwarancji i rękojmi nie były kwestionowane przez Odwołującego. Jednocześnie przewidziane tymi przepisami procedury umożliwiają wykonawcy realizację zobowiązania z wykorzystaniem dodatkowych terminów, które określił Zamawiający. Wady i usterki mogą pojawić się na wielu etapach realizacji inwestycji, co jednoznacznie wynika

z postanowienia § 18 Projektowanych postanowień umowy, tym samym Zamawiający ma prawo do zabezpieczenia interesów podmiotu publicznego w realizacji inwestycji i sankcjonowania zwłoki wykonawcy w usuwaniu wad i usterek, tym bardziej, że w ramach

tej procedury przewiduje możliwości ustalenia dodatkowych terminów na realizację. Wpływ powstałych w trakcie realizacji przedmiotu umowy wad i usterek na termin zakończenia etapów realizacji i ich odbiorów nie stanowi w ocenie Izby argumentu uzasadniającego niezgodność ww. postanowienia z § 19 pkt 1 ppkt 2 z przepisami ustawy.

W odniesieniu do postanowień § 19 pkt 1 ppkt 3, 4:

1. *Niewykonanie lub nienależyte wykonanie przedmiotu Umowy z przyczyn, za które odpowiada Wykonawca uprawnia Zamawiającego do naliczenia kary umownej:*

(...)

3) *za odstąpienie od Umowy przez Wykonawcę z przyczyn niezależnych od Zamawiającego, w wysokości 10 % wynagrodzenia ryczałtowego (brutto), określonego w § 6 ust 1 Umowy,*

4) *za odstąpienie od Umowy przez Zamawiającego z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy, w wysokości 10% wynagrodzenia ryczałtowego brutto określonego w § 6 ust. 1 Umowy,*

Izba zarzut uznała za bezzasadny, a w szczególności zgodny z przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych.

Odwolujący ogólnikowo podnosi, że taka podana podstawa naliczenia kar umownych w § 19 pkt 1 ppkt 3 Projektowanych postanowień umownych narusza art. 433 ustawy, przy czym Izba zaznacza, że katalog klauzul abuzywnych jest katalogiem zamkniętym. Tym samym wykonawca uprawniony jest, jak również ma taki obowiązek wskazania naruszonej klauzuli czego nie czyni. Jednocześnie uzasadnia to tym, że ta kara umowna może zostać naliczona gdy do odstąpienia od umowy dojdzie z przyczyn niezależnych od strony, w tym z powodu siły wyższej i braku możliwości realizacji umowy.

W ocenie Izby w zakresie wskazanego postanowienia w § 19 pkt 1 ppkt 3 Projektowanych postanowień umownych nie dochodzi do naruszenia art. 433 ustawy. Postanowienie to nie mieści się w katalogu i nie odpowiada określeniu zakazowi, że postanowienia umowy nie mogą przewidywać: - odpowiedzialności wykonawcy za opóźnienie, chyba że jest to uzasadnione okolicznościami lub zakresem zamówienia; naliczania kar umownych

za zachowanie wykonawcy niezwiązane bezpośrednio lub pośrednio z przedmiotem umowy lub jej prawidłowym wykonaniem; odpowiedzialności wykonawcy za okoliczności, za które wyłączną odpowiedzialność ponosi zamawiający; możliwości ograniczenia zakresu zamówienia przez zamawiającego bez wskazania minimalnej wartości lub wielkości świadczenia stron. Jednocześnie Izba wskazuje, że w swojej argumentacji Odwołujący pominął fakt regulacji w § 24-Siła wyższa Projektowanych postanowień umowy szczegółową regulację Zamawiającego na okoliczność wystąpienia siły wyższej, gdzie w ustępie 1 podano, że strony nie odpowiadają za niewykonanie lub nienależyte wykonanie Umowy spowodowane siłą wyższą. Pojęcie siły wyższej zostało zdefiniowane przez Zamawiającego w ustępie 2 ww. paragrafu - siłą wyższą, w rozumieniu Umowy są: zdarzenia zewnętrzne, nadzwyczajne, niezależne od Stron, których nie dało się przewidzieć przed zawarciem Umowy, w szczególności: wojna, atak terrorystyczny, strajk, pożar, eksplozja, powódź, huragan, katastrofa naturalna, epidemia, pandemia. Jednocześnie przewidziano procedurę wzajemnego powiadamiania się stron o takim stanie rzeczy oraz potwierdzenia przyjęcia zawiadomienia. Nie ma w tym zakresie żadnego ograniczenia Zamawiającego

co do jego uprawnienia w zakresie stwierdzania zasadności takiej okoliczności.

W odniesieniu do postanowienia z § 19 pkt 1 ppkt 3 Projektowanych postanowień umownych argumentację swoją opiera odwołujący jedynie na wysokości kary umownej, która określa jako rażąco wygórowaną. Izba zarzut uznała za bezzasadny, a w szczególności zgodny

z przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych. Odwołujący nie wykazała żadnego naruszenia przepisów ustawy, a w odniesieniu do poziomu kary umownej Izba podkreśla,

że Zamawiający ma prawo do zabezpieczenia swoich interesów na wypadek odstąpienia

od umowy z przyczyn leżących po stronie wykonawcy. Przy czym wymaga podkreślenia,

że kara ta zastrzeżona została z uwagi na niewykonanie lub nienależyte wykonanie przedmiotu Umowy z przyczyn, za które odpowiada Wykonawca. Nie sposób zatem uwzględnić argumentacji referującej do nieuzasadnionego wzbogacenia Zamawiającego.

W odniesieniu do postanowień § 19 pkt 1 ppkt 5:

1. *Niewykonanie lub nienależyte wykonanie przedmiotu Umowy z przyczyn, za które odpowiada Wykonawca uprawnia Zamawiającego do naliczenia kary umownej:*

(...)

5) *za niewypełnienie obowiązków, o których mowa w § 12 Umowy w wysokości 0,02% wynagrodzenia ryczałtowego brutto określonego w § 6 ust. 1 Umowy za każdy rozpoczęty dzień zwłoki,*

Izba zarzut uznała za bezzasadny, a w szczególności zgodny z przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych. Zgodnie z § 12 - Obowiązki Wykonawcy, Zamawiający opisał obowiązki wykonawcy w realizacji zamówienia. Faktem jest, że wskazanych obowiązków jest określona ilość lecz biorąc pod uwagę, że przedmiotem zamówienia jest budowa budynku Krajowego Centrum Monitorowania Ratownictwa Medycznego wraz z niezbędną infrastrukturą techniczną oraz zagospodarowaniem terenu, która realizowana jest przez Zamawiającego w wynagrodzeniu ryczałtowym (§ 6 Wynagrodzenie -za należyte wykonanie przedmiotu Umowy ustalają wynagrodzenie ryczałtowe). Izba stwierdza, że Zamawiający jest uprawniony do zagwarantowania realizacji inwestycji zgodnie z określonymi obowiązkami. Nie ma żadnego uzasadnienia dla tego, aby brak realizacji obowiązków wykonawcy określonych ustawą nie był sankcjonowany karą umowną. Nie sprzeciwiają się temu również postanowienia ustawy. W interesie publicznym jest wprowadzenie gwarancji realizacji obowiązków wykonawcy w sposób terminowy, prawidłowy, zgodny z umową oraz dokumentacja techniczną. Tym samym zabezpieczenie interesów Zamawiającego przez wprowadzenie kary umownej w okolicznościach, gdy z przyczyn za które odpowiada wykonawca, za niewypełnienie obowiązków określonych umową z przyczyn zawinionych należy uznać za zasadne i nie sprzeciwiające się żadnym stosunkom.

W odniesieniu do postanowień § 19 pkt 1 ppkt 11:

1. *Niewykonanie lub nienależyte wykonanie przedmiotu Umowy z przyczyn, za które odpowiada Wykonawca uprawnia Zamawiającego do naliczenia kary umownej:*

(...)

11) *za zwłokę w uprzątnięciu terenu budowy, demontażu i usunięciu sprzętu budowlanego,*

a także wszelkich prowizorycznych obiektów wzniesionych przez Wykonawcę lub podwykonawców działających na jego rzecz w czasie budowy w wysokości 0,02% wynagrodzenia ryczałtowego brutto określonego w § 6 ust. 1 Umowy za każdy dzień zwłoki liczony od momentu wezwania Wykonawcy do usunięcia zaistniałych nieprawidłowości i upływem 3 (trzy) dniowego terminu, po którym nastąpiło wezwanie.

Izba zarzut uznała za bezzasadny, a w szczególności zgodny z przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych.

Przedmiotem zamówienia jest budowa budynku Krajowego Centrum Monitorowania Ratownictwa Medycznego wraz z

niezbędną infrastrukturą techniczną oraz zagospodarowaniem terenu. Zamawiający uprawniony jest do zabezpieczenia własnych interesów i realizacji umowy, w tym realizacji obowiązków wykonawcy związanych z uprzętnieniem terenu budowy. Podkreślenia wymaga, że kara ta, to kara za zwłokę w realizacji określonych czynności wynikających z umowy. Nie sposób uznać, że kara ta jest niewspółmierna do charakteru obowiązku, bowiem ta kara odnosi się do niewykonania zobowiązania z przyczyn zawnionych przez wykonawcę – zwłoka w wykonaniu.

Izba wskazuje w tym miejscu, że szczątkowa argumentacji Zamawiającego zawarta

w piśmie procesowym odnosiła się w znacznym zakresie do kwestii związanych

z regulacjami podwykonawstwa. Jednakże w zakresie podniesionych zarzutów odwołania brak jest odniesienia do kar umownych związanych z podwykonawstwem. Wydaje się, że stanowisko Zamawiającego wynika z pomyłki co do wskazanych przez Odwołującego podstaw, bowiem kwestionuje on karę umowną z § 19 pkt 7, a nie karę umowną z § 19 pkt 1 ppkt 7 Projektowanych postanowień umowy, która dotyczy zwłoki w zapłacie wynagrodzenia podwykonawcy lub dalszemu podwykonawcy przez Wykonawcę w wysokości 0,01% wartości umowy podwykonawcy wynagrodzenia umownego brutto za każdy rozpoczęty dzień zwłoki;

W zakresie zarzutu 9 podniesionego w odwołaniu sygn. akt KIO 3136/23 – Izba uznała zarzut za niezasadny.

Izba ustaliła, że w Projektowanych postanowieniach umowy Zamawiający podał:

§ 20 Odstąpienie od Umowy i wykonanie zastępcze

5. Zamawiającemu przysługuje prawo odstąpienia od Umowy w terminie 30 dni od dnia powzięcia wiadomości o wystąpieniu poniższych przesłanek, w szczególności gdy:

(...)

3) Wykonawca przeprowadza roboty budowlane niezgodnie z postanowieniami Umowy lub z przepisami prawa, sztuką budowlaną i wiedzą techniczną,

4) jeśli sprzecznie z ustaleniami Umowy i bez uzyskania zgody Zamawiającego, Wykonawca zleci przeprowadzenie części robót lub przeważającej ich części podwykonawcom, na których Zamawiający nie wyraził zgody.

5) Wykonawca realizuje Inwestycję w sposób sprzeczny z treścią Umowy;

(...)

7) Wykonawca porzuci roboty lub winny sposób okaże swój zamiar niewywiązania się z zobowiązań umownych;

(...)

10) Wykonawca zalega z płatnościami na rzecz podwykonawców (w tym wykonawców robót budowlanych, dostawców i usługodawców) na łączną kwotę powyżej 5% niewypłaconej części wynagrodzenia o którym mowa w § 6;

(...)

6. Odstąpienie od Umowy, o którym mowa w ust. 5, następuje w drodze pisemnego oświadczenia złożonego drugiej Stronie wraz z podaniem uzasadnienia, po wcześniejszym wezwaniu Wykonawcy do zaniechania naruszeń o których mowa w ust. 5 wraz

z wyznaczeniem dodatkowych do 7 dni roboczych na ich usunięcie.

Izba stwierdza na wstępie, że w oparciu o powyższy zarzut Odwołujący co do zasady nie kwestionuje samych podstaw odstąpienia lecz sposób ich sformułowania, który w ocenie Odwołującego jest nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia. Argumentacja Odwołującego wskazuje, że na podstawie tych postanowień umowy Zamawiający mógł odstąpić od umowy „z powodu nawet błahych naruszeń umowy przez wykonawcę”.

W ocenie Izby Odwołujący w żaden sposób nie wykazał, aby Zamawiający miał odstępować na podstawie wskazanych wyżej postanowień umownych z powodów błahych naruszeń umowy. W ocenie Izby żadna z okoliczności jakie podnoszone w ww. postanowieniach umowy nie jest okolicznością w jakiej w sposób błahy mogłoby dojść do spełnienia się przesłanki umowne podstawy odstąpienia od umowy. Odwołujący nie uzasadnił wniosku

o wprowadzenia postanowień, które skutkowałyby określeniem, że naruszenia wskazane

w § 20 pkt 5 Projektowanych postanowień umowy miałyby charakter istotny. Po pierwsze,

nie uzasadnił na czym miałyby polegać owa istotność, a samo wprowadzenie takiego postanowienia stanowiłoby ponownie wprowadzenie postanowień niejasnych nieostrych,

a w tym przypadku w ocenie Izby bezzasadnych. Po drugie, Izba dostrzegła, że Odwołujący wniósł o zmianę w zakresie brzmienia całości § 20 pkt 5 Projektowanych postanowień umowy, gdy jednocześnie w zarzucie odnosi się jedynie do części postanowień ww. jednostki redakcyjnej projektu umowy.

Izba również ma na uwadze to, że w punkcie 6 regulacji umownej jednoznacznie Zamawiający przewidział obligatoryjną procedurę wezwania wykonawcy do zaniechania naruszeń wraz z wyznaczeniem dodatkowych 7 dni roboczych na ich usunięcie. W ocenie Izby Zamawiający prawidłowo zabezpieczył własny interes pozwalający mu na odstąpienie od

realizacji umowy, publicznej inwestycji, która ma zabezpieczać i monitorować funkcjonowanie karetek w całej Polsce, w tym śmigłowców w przypadkach, gdy np. wykonawca porzuci roboty czy zalega z płatnościami na rzecz podwykonawców oraz pozostałe wskazane w § 20 pkt 5 umowy w zakresie kwestionowanym przez Odwołującego. Przy czym co należy podkreślić, Zamawiający jednocześnie wprowadził procedurę, która powoduje, że nie ma automatycznego odstąpienia lecz wcześniej wykonawca wzywany jest do zaniechania naruszeń. Odwołujący w żaden sposób nie wyjaśnił dlaczego w jego ocenie niezbędne jest wydłużenie terminu na zaniechanie naruszeń przez wykonawcę z 7 dni roboczych na 14 dni roboczych. W ocenie Izby wydłużenie terminu zaniechania naruszeń przez wykonawcę, do którego to zaniechania naruszeń będzie obligatoryjnie wezwany

w przypadku naruszeń określonych w § 20 pkt 5 ppkt 3, 4, 5, 7, i 10 Projektowanych postanowień umowy nie znajduje żadnego uzasadnienia. W ocenie Izby nie ma takiej argumentacji która uzasadniałaby wydłużenie terminu na zaniechanie naruszeń z 7 dni roboczych do 14 dni roboczych w przypadku chociażby zalegania z płatnościami na rzecz podwykonawców czy porzucenia budowy czy przeprowadzania robót budowlanych niezgodnie z postanowieniami Umowy lub z przepisami prawa, sztuką budowlaną i wiedzą techniczną.

Mając na uwadze powyższe Izba uznała zarzut za niezasadny.

Zarzuty podniesione w odwołaniu sygn. akt KIO 3136/23 (zarzut 5 - § 19 ust. 7) oraz KIO 3179/23 (zarzut 3) – Izba uznała zarzuty za niezasadne.

Izba ustaliła, że w Projektowanych postanowieniach umowy Zamawiający podał:

§ 19 Kary umowne

7. Łączna wysokość naliczonych kar umownych nie może przekroczyć 20% wynagrodzenia ryczałtowego brutto określonego w § 6 ust. 1 Umowy.

Izba wskazuje, że zgodnie z art. 436 pkt 3 ustawy umowa zawiera postanowienia określające w szczególności łączną maksymalną wysokość kar umownych, których mogą dochodzić strony. W ocenie Izby Zamawiający nie naruszył tego

przepisu. Wymaga podkreślenia, że Odwołujący kwestionują podniesionymi zarzutami - sygn. akt KIO 3136/23 (zarzut 5 - § 19 ust. 7) oraz KIO 3179/23 (zarzut 3) – limit kar jaki został ustalony przez Zamawiającego i wskazują, że jest on rażąco wygórowany pozostaje w sprzeczności z podstawowymi funkcjami kary umownej

W ocenie Izby przepisy ustawy nie zabraniają Zamawiającemu ustanowienia limitu

kar umownych w wysokości 20% wynagrodzenia brutto. Izba zaznacza przy tym,

że w orzecznictwie utrzymane jako prawidłowe są również wyższe limity kar jak np.: 50% (tak - Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 2022-06-28, KIO 1553/22).

Limit jaki został ustanowiony przez Zamawiającego jest niewątpliwie wysoki, ale nie świadczy to o jego niezgodności z prawem.

Zamawiający w sposób jednoznaczny określił przesłanki nakładania kar umownych w § 19 *Kary umowne* Projektowanych postanowień umowy, co pozwala wykonawcy na świadome skalkulowanie w cenie oferty ryzyk związanych z naliczeniem kar umownych do określonego poziomu. Jednocześnie wymaga podkreślenia, że Zamawiający ma prawo do ukształtowania zarazem postanowień dotyczących rodzaju kar umownych, ich wysokości oraz limitu kar umownych w sposób zabezpieczający interesy podmiotu publicznego w realizacja inwestycji, zgodnie z potrzebami i wymaganiami związanymi z celem, specyfiką i wielkością zamówienia. Postanowienia kształtujące zarazem wysokość poszczególnych kar umownych oraz limitu kar umownych winny być proporcjonalne do przedmiotu zamówienia oraz ewentualnego uszczerbku jakie może doznać Zamawiający wskutek niewykonania lub nienależytego wykonania zamówienia. Przedmiotem zamówienia jest budowa budynku Krajowego Centrum Monitorowania Ratownictwa Medycznego wraz z niezbędną infrastrukturą techniczną oraz zagospodarowaniem terenu. Ta przedmiotowo wielorako złożona inwestycja ma zostać wykonana w terminie łącznym maksymalnie do 20 miesięcy

od dnia zawarcia umowy (§ 8 Projektowanych postanowień umowy), a po jej zrealizowaniu ma stanowić miejsce w którym obsługiwany będzie system monitorowania wszystkich karet w Polsce, w tym również śmigłowce.

Izba nie stwierdziła naruszenia przepisów podnoszonych w zarzutach odwołań przez ustanowienia rażąco wygórowanego limitu kar umownych. W ocenie Izby limit ten jest

w świetle zasad doświadczenia życiowego racjonalny oraz pojawiający się w obrocie gospodarczym stosunkowo często.

Zamawiający jako gospodarz postępowania w granicach przepisów prawa prowadzi je zgodnie z ustanowionymi przez siebie zasadami oraz ze świadomością grożących mu z tego tytułu niedogodności. Takie niedogodności mogą wynikać chociażby z chęci odstąpienia wykonawcy od umowy przed czasem w celu uchronienia się przez naliczeniem górnego limitu kar umownych, jednakże nie jest to w żadnej mierze uzasadnienie potwierdzające nieprawidłowość zastosowania przepisów ustawy. Mając na uwadze, że kontrola projektowanych postanowień umowy odbywa się jedynie pod względem legalności, a nie celowości, efektywności ekonomicznej projektowanych postanowień Izba nie stwierdziła naruszeń, które nakazywałyby w obliczu ustawy uwzględnienia zarzutów odwołania sygn. akt KIO 3136/23 (zarzut 5 - § 19 ust. 7) oraz KIO 3179/23 (zarzut 3) – Izba zarzuty te uznała za niezasadne.

Zarzuty podniesione w odwołaniach sygn. akt KIO 3136/23 (zarzut 10) oraz sygn. akt KIO 3179/23 (zarzut

2b).

Izba ustaliła, że w Projektowanych postanowieniach umowy Zamawiający podał:

§ 7 - Waloryzacja wynagrodzenia

(...)

3. Wynagrodzenie, o którym mowa w ust. 1, będzie podlegać waloryzacji raz na 6 miesięcy, zwanej dalej „okresem waloryzacji”, począwszy od dnia zawarcia Umowy.

(...)

5. Waloryzacja będzie odbywać się na podstawie kwartalnego wskaźnika zmian cen produkcji budowlano-montażowej w stosunku do poprzedniego kwartału, do publikowanego na stronie <https://www.infor.pl/wskazniki/nieruchomosci/172,Wskaznik-zmian-cen-produkcji-budowlano-montazowej.html>, zwanego dalej „wskaźnikiem”, w przypadku, gdy poziom zmiany osiągnie wzrost / spadek o 5 %,

(...)

9. Jeżeli zaistnieje przypadek, o którym mowa w ust. 5, zmiana wynagrodzenia odbywa się przy użyciu obliczonego wskaźnika według wzoru:

w przypadku wzrostu:

w przypadku spadku:

gdzie:

$W(X)$ – wskaźnik waloryzacji za kwartał X , gdzie X jest kwartałem, w którym przypada możliwość waloryzacji wynagrodzenia; wskaźnik może przyjąć wartość dodatnią lub ujemną, wskaźnik należy obliczyć z dokładnością do 2 miejsc po przecinku

$Z(X)$ – kwartalny wskaźnik zmian cen produkcji budowlano-montażowej w stosunku do poprzedniego kwartału

Izba podkreśla, że celem zastosowania art. 439 ustawy jest faktyczne umożliwienie zmiany wysokości wynagrodzenia wykonawcy (zarówno przez jego podwyższenie, jak i obniżenie) w przypadku zmiany ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia. Szczególnie należy podkreślić, że dla prawidłowego zastosowania tego przepisu nie jest zatem wystarczające formalne zawarcie w projektach umów postanowień dotyczących kwestii w tym przepisie wymaganych, ale konieczne jest także określenie tych klauzul, które da stronom umowy szansę na faktyczną zmianę wysokości wynagrodzenia uwzględniającą rzeczywiste zmiany cen na rynku. Formułując zatem postanowienia projektu umowy w tym zakresie, Zamawiający musi każdorazowo dokonać oceny sytuacji rynkowej w danej branży, której dotyczy udzielane zamówienie i w zależności od wyniku tej oceny (w tym możliwych granic przewidywania), tak określić zasady wprowadzania zmian wysokości wynagrodzenia należnego wykonawcy, aby zmiany te dokonywane w trakcie realizacji zamówienia realnie odzwierciedlały zmiany cen na rynku.

Tym samym nie jest wystarczające i zgodne z ww. przepisem samo określenie w projekcie umowy np. poziomu zmiany ceny materiałów lub kosztów uprawniającego do żądania zmiany wynagrodzenia lub maksymalnej dopuszczalnej wartości zmiany wynagrodzenia, jeżeli zostały one określone w oderwaniu od sytuacji rynkowej w danej branży, w tym od kształtowania się cen na danym rynku. Takie nieadekwatne do rzeczywistości rynkowej określenie zasad waloryzacji nie daje stronom umowy szans na rzetelną zmianę wysokości wynagrodzenia odzwierciedlającą faktyczne zmiany cen związanych, a w konsekwencji - czyni waloryzację pozorną, iluzoryczną, niespełniającą celów, dla których został ustanowiony ww. przepis. Należy również podkreślić, że instytucja waloryzacji cen ma w założeniu służyć nie tylko wykonawcom, ale także Zamawiającym. Przy czym nie chodzi tu tylko o to, że waloryzacja może prowadzić także do obniżenia wysokości wynagrodzenia należnego wykonawcy, ale również o to, że określenie przez

Zamawiającego uczciwych i realnych zasad zmiany wysokości wynagrodzenia, pozwala wykonawcom na skalkulowanie ceny oferty bez doliczania do niej kosztów ryzyka wzrostu cen. Oczywiście jest bowiem, że w przypadku braku zapewnienia rzetelnych zasad waloryzacji, racjonalnie kalkulujący swoją ofertę wykonawca, aby nie ponieść straty i osiągnąć zysk z realizacji zamówienia publicznego, musi uwzględnić w cenie oferty m.in. ryzyko wynikające ze wzrostu cen na rynku.

W zakresie zarzutu w odwołaniach sygn. akt KIO 3136/23 (zarzut 10) oraz KIO 3179/23 (zarzut 2b) kwestionowana jest wprowadzona do klauzuli waloryzacyjnej wysokość kwartalnego wskaźnika zmian cen produkcji budowlano-montażowej, która została określona w tej klauzuli na poziomie 5% - **Izba zarzuty w tej części uznała za zasadne.**

Izba uznała, że w obliczu argumentacji każdego z Odwoływających odwołania w odniesieniu do przyjętego w klauzuli waloryzacyjnej poziomu wskaźnika są zasadne.

Na podstawie stanowiska zawartego w odwołaniu sygn. akt KIO 3136/23 jak również

w oparciu o dowód zawniokowany i złożony do akt sprawy przez Odwołującego w sprawie

o sygn. akt KIO 3179/23 (dowód nr 2) jednoznacznie wynika, że od 2018 roku kwartalny wskaźnik zmian cen produkcji budowlano – montażowej nie osiągnął przyjętego w klauzuli waloryzacyjnej poziomu 5%. Wymaga podkreślenia również, że okres ostatnich 5 lat, jaki ujmował dowód nr 2 obejmował zarówno okres pandemii COVID-19 jak również rozpoczęcie wojny w Ukrainie. Tak istotne okoliczności faktyczne w jakich znalazł się świat i Europa miały wpływ na zmiany cen rynkowych, wahania cen na giełdach oraz szerokie ograniczenia

w dostawach materiałów budowanych nie doprowadziły jednocześnie do zmiany kwartalnego wskaźnika zmian cen produkcji budowlano-montażowej o 5%. Najwyższa odnotowana

w okresie 5 lat wartość to wzrost o 4% w II kwartale 2022 roku, przy czym w kolejnych kwartałach odnotowywany był spadek wzrostu odpowiednio o wartości 3,5% oraz w ostatnim kwartale 2022 roku 3,2%. W roku 2023 w I kwartale zanotowana wzrost 1,7 % natomiast w II kwartale tego roku to wzrost 2,1 %.

Powyższe dane w jednoznaczny sposób potwierdzają, że ani w okresie pandemii COVID-19, ani po wybuchu wojny w Ukrainie jak również w okresie zmieniającej się dynamicznie inflacji w Polsce i na świecie kwartalny wskaźnik zmian cen produkcji budowlano-montażowej ani raz nie osiągnął poziomu 5%. Jednocześnie w pierwszych dwóch kwartałach tego roku nie osiągnął nawet poziomu 2,5%, czyli połowy wymaganego klauzulą wzrostu 5%.

Izba nie może nakazać zmiany postanowień umowy ale może nakazać wykreślenie i tak też w tym przypadku uczyniła.

Niezbędnym jest wykreślenie wartości kwartalnego wskaźnika zmian cen produkcji budowlano-montażowej wynoszącego 5% (nakazuje wykreślenie z § 7 pkt 5 oraz pkt 9 Projektowanych postanowień umowy treści: 5%), które Izba nakazała

w przypadku obu odwołań. Jednocześnie wskazuje, że klauzula waloryzacyjna ma stanowić regulację dające wykonawcy realną możliwość jej zastosowania, tym samym przyjęty w klauzuli wskaźnik zmian cen produkcji budowlano-montażowej powinien również być realny, a poziom jego realności określają wartości publikowane przez GUS.

W odniesieniu do odwołania sygn. akt KIO 3136/23 oraz podnoszonego

w ramach tego zarzutu 10 limitu waloryzacji określonego w § 7 pkt 13 Projektowanych postanowień umowy na poziomie 10%, w tej części **Izba zarzut w tej części uznała za niezasadny**

- z uwagi na to, że nie ma w tym zakresie podniesionej żadnej argumentacji. Nie stanowi

w ocenie Izby takiego uzasadnienia stwierdzenie Odwołującego, że limit ten jest zbyt niski gdy weźmie się pod uwagę, że waloryzacja ma w założeniu służyć urynkowieniu wynagrodzenia wykonawcy w sytuacji nadzwyczajnym zmian cen.

W ocenie Izby tak przedstawiona argumentacja, uzasadnienie faktyczne odwołania stanowi w zasadzie brak wskazania podstawy faktycznej w uzasadnieniu odwołania, a która

na etapie prowadzenia postępowania odwoławczego nie daje się poddać ocenie. Brak podania faktycznych podstaw, argumentacji kwestionującej czynność Zamawiającego

nie pozwala w zasadzie na ocenę czynności Zamawiającego co do wprowadzonego przez Zamawiającego limitu poziomu waloryzacji w Projektowanych postanowieniach umowy. Izba ocenia czynność Zamawiającego w kontekście podniesionego zarzutu i przypisanej mu argumentacji faktycznej. Natomiast brak takiej argumentacji powoduje, że nie jest możliwe dokonanie oceny zarzutu w kontekście czynności Zamawiającego. Niezmiennie to po stronie wykonawcy składającego odwołanie ciąży obowiązek wykazania uzasadnienia i argumentacji podnoszonych naruszeń. Izba nie ma obowiązku, ani prawa, poszukiwania za Odwołującego uzasadnienia zarzutów podniesionych w odwołaniu. Nie sposób poddać ocenie czynność Zamawiającego w sytuacji, gdy poza stwierdzeniem, że z taką czynności Odwołujący się nie zgadza nie przedstawia Odwołujący żadnej argumentacji faktycznej. Wykonawca składający odwołanie obowiązany jest do skonkretyzowania swojego stanowiska przez podanie uzasadnienia faktycznego oraz jednoznacznego odniesienia się do czynności czy zaniechań Zamawiającego. Izba nie może domyślać się intencji czy zamierzeń Odwołującego, jak również Izba nie może podejmować za Odwołującego czynności zmierzających

do uzasadnienia zarzutu odwołania. W ramach środków ochrony prawnej następuje ocena działania Zamawiającego (podejmowanych przez niego czynności w postępowaniu bądź bezprawnych zaniechań), pod względem zgodności z przepisami ustawy. Jednakże aby to było możliwe niezbędne jest podanie argumentacji faktycznej przez Odwołującego, argumentacji odnoszącej się postulowanej oceny. Oznacza to zatem konieczność odniesienia się do elementów stanu faktycznego, jak również podjętych czynności lub zaniechań Zamawiającego w taki sposób, który pozwoli na uznanie, że podniesione zostały konkretne i uzasadnione faktycznie zarzuty wobec tych czynności lub zaniechań przypisanych Zamawiającemu.

Izba podkreśla, że orzecznictwo sądów powszechnych jak również Krajowej Izby Odwoławczej wskazuje na potrzebę ścisłego odczytywania treści zarzutu, w tym przede wszystkim niedopuszczalność wykraczania poza jego treść. Jak wskazano w nieprzerwanie aktualnym wyroku Sądu Okręgowego w Gliwicach z 29 czerwca 2009 r. w spr. X Ga 110/09, „Jeśli więc strona nie odwołuje się do konkretnych okoliczności faktycznych to skład orzekający nie może samodzielnie ich wprowadzić do postępowania tylko dlatego, że można je przyporządkować określonej, wskazanej w odwołaniu kwalifikacji prawnej.” Na potrzebę ścisłego traktowania pojęcia zarzutu wskazał również Sąd Okręgowy w Rzeszowie w uzasadnieniu wyroku z dnia 18 kwietnia 2012 r. w spr. o sygn. I Ca 117/12: „Z analizy powyższych przepisów można wyciągnąć dwa zasadnicze wnioski dla niniejszej sprawy. Po pierwsze, zarówno granice rozpoznania sprawy przez KIO jak i Sąd są ściśle określone przez zarzuty odwołania, oparte na konkretnej i precyzyjnej podstawie faktycznej. Sąd w postępowaniu toczącym się na skutek wniesienia skargi jest związany podniesionymi w odwołaniu zarzutami i wyznaczonymi przez nie granicami zaskarżenia.” W orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej również ugruntowany jest również pogląd, że dla oceny zarzutu kluczowe znaczenie ma podanie w treści odwołania uzasadnienia faktycznego, wyczerpującego i zawierającego argumentację pozwalającą na ocenę poprawności zachowań (czynności, zaniechań) Zamawiającego, które kwestionuje we wniesionym odwołaniu Odwołujący. W orzecznictwie Sądu Najwyższego

wskazuje się również, że powód nie jest obowiązany do wskazania w pozwie podstawy prawnej swego roszczenia. „Zgodnie z zasadą da mihi factum, dabo tibi ius – wynikającą w polskim prawie procesowym z nałożenia na powoda jedynie obowiązku przytoczenia okoliczności faktycznych uzasadniających żądanie – konstrukcja prawna podstawy rozstrzygnięcia należy do sądu.” (wyrok Sądu Najwyższego z dnia 26 czerwca 1997 roku sygn. akt I CKN 130/97). Sąd Najwyższy podkreśla w swoim orzecznictwie, że obligatoryjnym elementem pozwu jest przytoczenie okoliczności faktycznych uzasadniających żądanie pozwu (art. 187 par. 1 ust. 2 KPC), okoliczności te stanowią podstawę faktyczną powództwa (causa petendi) – tak Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 2 maja 1957 roku sygn. akt II CR 305/57.

W orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej również ugruntowany jest pogląd,

że o prawidłowości konstrukcji zarzutu odwołania nie może przesądzać kwalifikacja prawna zaskarżonej czynności, ponieważ ostatecznie to do Izby należy subsumcja stanu faktycznego pod określoną normę prawną, natomiast kluczowe znaczenie ma podanie

w treści odwołania uzasadnienia faktycznego, wyczerpującego i zawierającego argumentację pozwalającą na ocenę zachowań (czynności, zaniechań) Zamawiającego, które kwestionuje we wniesionym odwołaniu Odwołujący. W tym zakresie aktualnie pozostaje wypracowane na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 Prawo zamówień publicznych stanowisko co do konieczności podania uzasadnienia faktycznego podnoszonych zarzutów, bowiem przepisy uprzednio obowiązującej ustawy nie odbiegają od treści obowiązujących obecnie. Jednocześnie wypracowane w orzecznictwie stanowisko znajduje również swoje odzwierciedlenie w piśmiennictwie.

Wymaga odnotowania w tym miejscu, że postępowanie odwoławcze nie jest elementem procedury administracyjnej i nie wystarczy w odwołaniu wskazać, że z danymi czynnościami lub zaniechaniami Zamawiającego Odwołujący się nie zgadza, w postępowaniu odwoławczym niezbędne jest przedstawienie w odwołaniu uzasadnienia zawierającego okoliczności faktyczne i prawne uzasadniające twierdzenia Odwołującego i pozwalające Izbie, w postępowaniu kontradyktoryjnym, na ocenę działań Zamawiającego w kontekście podnoszonych przez Odwołującego naruszeń.

W odniesieniu do odwołania sygn. akt KIO 3179/23 oraz podnoszonego w ramach tego zarzutu 2b, w odniesieniu do § 7 pkt 5 Projektowanych postanowień umowy w zakresie braku uwzględnienia realnego wzrostu cen następującego w okresie pierwszego półrocza od otwarcia ofert i potem w kolejnych półroczach – Izba zarzut w tej części uznała za zasadny.

Mając na uwadze wszystkie powyższe wywody, które w tym miejscu w całości powołuje, Izba stwierdza ponownie, że kształtowanie klauzuli waloryzacyjnej w umowach o zamówienie publiczne nie może mieć charakteru iluzorycznego. Przyjęty sposób waloryzacji ma urealniać faktyczny wzrost cen oraz odnosić się do okresu jaki obejmuje okres od otwarcia ofert, bowiem w ten sposób urealnione zostają wynagrodzenia wykonawców. wymaga także podkreślenia, że kształtowanie realnych, prawdziwych w znaczeniu możliwości zastosowania klauzul waloryzacyjnych powoduje, że nie dochodzi do przeszacowywania wartości ofert, które szacowne są w sposób realny, bowiem wykonawcy mają świadomość możliwości faktycznej, realnej waloryzacji cen zawartych w umowie.

Izba nie może nakazać zmiany postanowień umowy jednakże Izba uprawniona jest

do stwierdzenia, że dane postanowienia klauzuli waloryzacyjnej powodują, że staje się

ona iluzoryczna, a tym samym prowadzą do tego te regulacje umowne, że postanowienia takie nie realizują celu art. 439 ustawy. Izba uznała, że niezbędne jest urealnienie klauzuli waloryzacyjnej, aby mogła ona spełnić ustawowy cel, a tym samym niezbędne jest ujęcie w tej klauzuli faktycznego okresu jaki powinien być brany pod uwagę począwszy od otwarcia ofert (a nie tylko gdy umowa zawierana jest po upływie 180 dni od dnia otwarcia ofert jak w z § 7 pkt 4 Projektowanych postanowień umowy), oraz ujęcia w klauzuli wzrostu cen za pierwszy kwartał w danym „okresie waloryzacji” (przyjętym przez Zamawiającego okresie waloryzacji co 6 miesięcy). Chodzi o to, aby faktycznie okresie waloryzacji uwzględnione zostały kwartalne wskaźniki zmian cen produkcji budowlano-montażowej.

Mając na uwadze powyższe Izba nakazała:

- wykreślić z § 7 pkt 3 Projektowanych postanowień umowy treść: *od dnia zawarcia Umowy,*

- wykreślić z § 7 pkt 5 Projektowanych postanowień umowy treści: *kwartalnego wskaźnika zmian cen produkcji budowlano-montażowej w stosunku do poprzedniego kwartału.*

Zarzut podniesiony w odwołaniu oraz KIO 3179/23 (zarzut 1) – Izba uznała zarzut za niezasadny.

Izba ustaliła, że w Projektowanych postanowieniach umowy Zamawiający podał:

§ 6 Wynagrodzenie

2. Wynagrodzenie ryczałtowe, o którym mowa w ust. 1 obejmuje wszelkie koszty związane z realizacją przedmiotu Umowy, w tym wszystkie obowiązujące podatki i opłaty oraz ryzyko i odpowiedzialność Wykonawcy z tytułu niewłaściwej oceny nakładów pracy niezbędnych dla wykonania przedmiotu Umowy, błędnego oszacowania wszelkich pozostałych kosztów związanych z realizacją prac objętych Umową, a także oddziaływania innych czynników mających lub mogących mieć wpływ na koszty, a także koszty ubezpieczenia wymaganego zapisami Umowy. Żadne nieoszacowanie, pominięcie, brak rozpoznania i doprecyzowania zakresu prac nie może być podstawą do żądania zmiany wynagrodzenia określonego w Umowie.

Wykonawca nie jest uprawniony do żądania od Zamawiającego zwrotu jakichkolwiek wydatków poniesionych przy wykonywaniu Umowy ani do zwolnienia go z zaciągniętych w tym celu zobowiązań.

(...)

12. Ewentualne roboty dodatkowe lub zamienne oraz roboty stanowiące zamówienia dodatkowe zostaną wycenione przez Wykonawcę w kosztorysie z zastosowaniem następujących zasad:

- 1) robocizna, materiały i sprzęt, zostaną przyjęte jako stawki średnie z zeszytu „SEKOCENBUD – Informacje kwartalne cenach czynników produkcji”, obowiązującego dla województwa, w którym roboty są wykonywane, aktualnemu w kwartale poprzedzającym opracowanie kosztorysu;
- 2) jeżeli kalkulacja przedłożona przez Wykonawcę do zatwierdzenia Zamawiającemu będzie wykonana niezgodnie z określoną zasadą, Zamawiający wprowadzi odpowiednią korektę kalkulacji cen materiałów i sprzętu;
- 3) w pozostałych przypadkach np. braku możliwości dokonania wyceny na podstawie SEKOCENBUD, zostaną przedstawione Zamawiającemu do akceptacji oferty zakupu;
- 4) Zamawiający ma prawo do weryfikacji wartości rynkowej cen i akceptacji lub odrzucenia kosztorysu.

W ramach zarzut 1 Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie ww. przepisów przez wprowadzenie do wzoru umowy postanowień zobowiązujących Wykonawcę do:

- uwzględnienia w wynagrodzeniu ryczałtowym „wszelkich pozostałych kosztów związanych z realizacją prac objętych Umową” oraz

- „doprecyzowania zakresu prac” i objęcia go wynagrodzeniem ryczałtowym, aby wykluczyć żądanie zmiany tego wynagrodzenia na skutek braku doprecyzowania tego zakresu przez Wykonawcę.

Izba zarzut uznała za niezasadny, bowiem w ocenie Izby Odwołujący niezasadnie określa wymagania jakie ujął w z § 6 pkt 2 zd. 1 Projektowanych postanowień umowy i identyfikuje je bezpośrednio z opisem przedmiotu zamówienia. Odwołujący stara się wywieść, że elementy tego postanowienia umownego jakie kwestionuje, a wskazane powyżej, nie odnoszą się do samego wynagrodzenia a mają uzasadniać jakieś zaniechania w przedmiocie zamówienia i zakresie pracy wynikającego z zaniechań Zamawiającego. W ocenie Izby takie stanowisko jest w zupełności nieuzasadnione. Odwołujący pomija w zupełności pierwszą część zdania, z której jednoznacznie wynika, że wszystkie elementy jakie są wymienione w tym zdaniu odnoszą się do skalkulowania wynagrodzenia, które ma charakter ryczałtowy w tym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

Zgodnie z art. 632 § 1 KC jeżeli strony umówiły się o wynagrodzenie ryczałtowe, przyjmujący zamówienie nie może żądać podwyższenia wynagrodzenia, chociażby w czasie zawarcia umowy nie można było przewidzieć rozmiaru lub kosztów prac. Odwołujący w żaden sposób, choć znana jest mu dokumentacja zamówienia w tym dokumentacja techniczna nie wskazywał na braki dokumentacji technicznej, jednocześnie nie kwestionowała opisu przedmiotu zamówienia a jedynie wywodził jego braki na podstawie ww. postanowienia umownego. W ocenie Izby postanowienie umowne jednoznacznie koreluje z regulacją kodeksową odnoszącą się do wynagrodzenia ryczałtowego. Istotą wynagrodzenia ryczałtowego jest to, że ustalenie wynagrodzenia w tej postaci wiąże się z istotnym ryzykiem dla przyjmującego zamówienie, gdyż nie może on żądać podwyższenia wynagrodzenia, nawet jeżeli w chwili zawarcia umowy nie można było przewidzieć rozmiaru i kosztu prac (tak: *K. Osajda* (red. serii), *W. Borysiak* (red. tomu), *Kodeks cywilny. Komentarz. Wyd. 31, Warszawa 2023*). W ramach przyjętego postanowienia w § 6 pkt 2 zd. 1 Projektowanych postanowień umowy Zamawiający określił elementy jakie winien ująć w cenie ryczałtowej wykonawca, co wcale nie znaczy, że przedmiot zamówienia jest niewłaściwie opisany. Izba podkreśla, że wykonawca przyjmuje na siebie biorąc udział w tym postępowaniu konieczność skalkulowania kosztów wykonania roboty budowlanej, której przedmiotem jest budowa budynku Krajowego Centrum Monitorowania Ratownictwa Medycznego wraz z niezbędną infrastrukturą techniczną oraz zagospodarowaniem terenu, która ma być wykonana w terminie łącznym maksymalnie do 20 miesięcy od dnia zawarcia umowy

(§ 8 Projektowanych postanowień umowy), a po jej zrealizowaniu ma stanowić miejsce w którym obsługiwany będzie system monitorowania wszystkich karetek w Polsce, w tym również śmigłowce. Odwołujący z żaden sposób nie wykazał, że opis przedmiotu zamówienia, czyli zakres zamówienia nie pozwala mu na oszacowanie kosztów realizacji zamówienia.

Należy nadmienić również, że ryczałtowe wynagrodzenie w inny sposób lokuje pomiędzy stronami ryzyko niż wynagrodzenie kosztorysowe. Ryzyko zwiększenia kosztów wykonania dzieła obciąża przy wynagrodzeniu ryczałtowym przyjmującego zamówienie. To on bowiem musi ponieść koszty przy niezmiennym wynagrodzeniu (art. 632 KC). Odwrotnie jest przy wynagrodzeniu kosztorysowym, gdzie ryzyko zwiększenia rozmiaru prac obciąża tego, kto sporządził kosztorys (art. 630 KC) – (tak *M. Gutowski* (red.), *Kodeks cywilny. Tom III. Komentarz. Art. 627–1088. Wyd. 3, Warszawa 2022*).

Izba powołuje w tym miejscu wyrok Sądu Apelacyjnego w Białymstoku z dnia 28 października 2021 r. sygn. akt I ACa 869/18, gdzie sąd wyjaśnił, że ustalenie ryczałtowego wynagrodzenia za wykonanie robót budowlanych wyklucza możliwość domagania się zapłaty za prace dodatkowe jedynie wtedy, gdy te prace są naturalną konsekwencją procesu budowlanego i w naturalny sposób z niego wynikają. Co więcej, dotyczą takich sytuacji, w których wykonawca dysponując dokumentacją przedstawioną przez inwestora przy kalkulowaniu wynagrodzenia przed zawarciem umowy powinien przewidzieć jako konieczne do wykonania. Ponadto podnieść należy, że powszechnie

w judykaturze jest uznawanie dokumentacji dostarczonej przez inwestora wykonawcy jako wskazówki w rozumieniu KC, a zatem uprawnione jest przyjęcie, że (...) działało

w zaufaniu do pozwanego, iż przedstawiona mu dokumentacja, jest niewadliwa. (...) Przekazany wykonawcom opis określać musi zakres świadczenia wykonawcy w sposób umożliwiający rzetelną jego wycenę. Z kolei wykonawca, mając na względzie treść art. 29 ust. 1 p.z.p., jak i KC, powinien uwzględnić w ofercie tylko te ryzyka, które w okolicznościach danej sprawy, przy uwzględnieniu zawodowego charakteru działalności wykonawcy, są możliwe do przewidzenia.

Izba podkreśla ponownie, że w żadnej mierze w ramach przedmiotowego postępowania odwoławczego Odwołujący nie kwestionował opisu przedmiotu zamówienia, nie wnosił żadnych zarzutów w tym zakresie, jak również nie odwołał się w żaden sposób

do jakichkolwiek według niego wątpliwych postanowień dokumentacji zamówienia.

To wykonawca dysponując na etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, niezależnie od sposobu wynagradzania, ma i powinien kwestionować opis przedmiotu zamówienia jeżeli uważa, że coś jest nieoprawne. Sam fakt wynagrodzenia ryczałtowego nie zwalnia wykonawcy z weryfikacji udostępnionych dokumentacji technicznych. Jednocześnie, choć ww. orzeczenie sądu, wydane zostało z odwołaniem do poprzednio obowiązującej ustawy Prawo zamówień publicznych to jego istota jest tożsama na kanwie obecnie obowiązujących przepisów. Jednocześnie podkreślenia wymaga, że w tej sprawie odwoławczej, w dokumentacji zamówienia jednoznacznie zostało przewidziane, że wynagrodzenie za wszelkie dodatkowe prace, które wykraczają poza zakres projektu lub wynikając z przyczyn niezależnych od stron będą rozliczane na podstawie § 6 pkt 12 Projektowanych postanowień umowy albo w określonych przypadkach gdy takie zaistnieją

w oparciu o § 22 Projektowanych postanowień umowy dotyczący zmian umowy.

Mając na uwadze powyższe Izba za niezasadny uznała zarzut 1 (odwołanie sygn. akt KIO 3179/23)

Zarzut podniesiony w odwołaniu oraz KIO 3179/23 (zarzut 2c) – Izba uznała zarzut za niezasadny.

Izba ustaliła, że w Projektowanych postanowieniach umowy Zamawiający podał:

§ 7 Waloryzacja wynagrodzenia

(...)

5. Waloryzacja będzie odbywać się na podstawie kwartalnego wskaźnika zmian cen produkcji budowlano-montażowej w stosunku do poprzedniego kwartału, publikowanego na stronie <https://www.infor.pl/wskazniki/nieruchomosci/172,Wskaznik-zmian-cen-produkcji-budowlano-montazowej.html>, zwanego dalej „wskaźnikiem”, w przypadku, gdy poziom zmiany osiągnie wzrost / spadek o 5 %,

6. W przypadku zaistnienia okoliczności, o których mowa w ust. 5, Wykonawca może zawnieść o waloryzację wynagrodzenia, jeżeli wpływa ona na koszt wykonania przedmiotu Umowy.

7. Wniosek o waloryzację wynagrodzenia powinien zawierać co najmniej:

1) opis okoliczności faktycznych uprawniających do dokonania zmiany,

2) podstawę dokonania zmiany, to jest podstawę prawną wynikającą z przepisów ustawy PZP lub postanowień Umowy,
3) informacja i dowody potwierdzające, że zostały spełnione okoliczności uzasadniające dokonanie zmiany wynagrodzenia. Dowodami są wszelkie dokumenty, które uzasadniają dokonanie proponowanej zmiany, w tym w szczególności dokument potwierdzający zmianę kosztu Wykonawcy wynikającą ze zmiany sytuacji rynkowej (np. oferty dostawców, usługodawców, dystrybutorów lub producentów sprzętu, materiałów budowlanych, lub innych podmiotów oferujących świadczenia).

Zgodnie z art. 439 ust.2 pkt 2 ustawy w umowie określa się sposób ustalania zmiany wynagrodzenia:

a) z użyciem odesłania do wskaźnika zmiany ceny materiałów lub kosztów, w szczególności wskaźnika ogłaszanego w komunikacie Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego lub

b) przez wskazanie innej podstawy, w szczególności wykazu rodzajów materiałów lub kosztów, w przypadku których zmiana ceny uprawnia strony umowy do żądania zmiany wynagrodzenia.

W ramach tego zarzutu podnoszona jest przez Odwołującego niezasadność żądania od wykonawcy, a ujęta w § 7 pkt 7 ppkt 3 Projektowanych postanowień umowy, przedstawiania z wnioskiem o waloryzację wynagrodzenia wymaganych ww. postanowieniem umowy informacji i dowodów, w okolicznościach, gdy Zamawiający określa sposób wynagrodzenia w oparciu o wskaźnik GUS, a nie na innej podstawie.

Izba nie podziela stanowisko Odwołującego. Przyjęty przez Zamawiającego sposób waloryzacji określony w § 7 pkt 5 oraz pkt 9 Projektowanych postanowień umowy oparty jest o wniosek (§ 7 pkt 6 Projektowanych postanowień umowy), który wykonawca składa do Zamawiającego, gdy wskaźnika zmian cen produkcji budowlano-montażowej osiągnie wzrost / spadek o 5 %, (§ 7 pkt 5 Projektowanych postanowień umowy) jeżeli wpływa ona na koszt wykonania przedmiotu Umowy. Odwołujący pominął w zupełności treść (§ 7 pkt 6 Projektowanych postanowień umowy), gdzie Zamawiający uzależnił uruchomienie przyjętej klauzuli waloryzacji od wpływu okoliczności związanych ze zmianą wskaźnika na koszt wykonania przedmiotu umowy.

W obliczu powyższych regulacji zawartych w § 7 pkt 5, 6 i 7 ppkt 3 Projektowanych postanowień umowy Izba nie znajduje podstawy do uwzględnienia zarzutu. Wykonawca zgodnie z tymi postanowieniami musi złożyć wniosek zawierający *informacje i dowody potwierdzające, że zostały spełnione okoliczności uzasadniające dokonanie zmiany wynagrodzenia. Dowodami są wszelkie dokumenty, które uzasadniają dokonanie proponowanej zmiany, w tym w szczególności dokument potwierdzający zmianę kosztu Wykonawcy wynikającą ze zmiany sytuacji rynkowej (np. oferty dostawców, usługodawców, dystrybutorów lub producentów sprzętu, materiałów budowlanych, lub innych podmiotów oferujących świadczenia)* – co będzie niezbędne do oceny wpływu zmiany wskaźnika na koszty wykonania umowy (§ 7 pkt 6 Projektowanych postanowień umowy).

W odniesieniu do tenoru wyroku i kosztów:

Izba uwzględniła odwołanie o sygn. akt 3135/23, uwzględniła w części odwołanie w sprawie sygn. akt 3136/23 w stosunku pięciu zarzutów uwzględnionych do siedmiu zarzutów poddanych rozpoznaniu, oraz uwzględniła w części odwołanie w sprawie o sygn. akt KIO 3179/23 w stosunku jednego zarzutu uwzględnionego do trzech zarzutów poddanych rozpoznaniu.

Wobec powyższego, na podstawie art. 553 i art. 556 oraz 557 ustawy orzeczono jak w pkt 3 i 4 tenoru wyroku.

Izba wydała w punkcie 1 i 2 tenoru wyroku postanowienia o umorzeniu postępowania:

-w sprawie sygn. akt KIO 3136/23 w zakresie zarzutów odwołania: zarzut 6, zarzut 7, zarzut 8) – z powodu uwzględnienia odwołania przez Zamawiającego w tym zakresie,

-w sprawie sygn. akt KIO 3179/23 w zakresie zarzutów odwołania: zarzut 2 a , zarzut 2 d – z powodu uwzględnienia odwołania przez Zamawiającego w tym zakresie.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 557 ustawy z 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 5 pkt 1 i 2 lit. b oraz § 7 ust. 2 pkt 1 oraz ust. 6, § 9 ust. 3 pkt 3, § 11 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. *w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania* (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437), stosownie do wyniku postępowania.

Wobec powyższego orzeczono jak w wyroku.

Przewodniczący:
