Sygn. akt: KIO 2953/23

WYROK
z dnia 24 października 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący:Luiza Łamejko
Protokolant:Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 23 października 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 6 października 2023 r. przez wykonawcę **Strabag Infrastruktura Południe Sp. z o.o., Wysoka, ul. Lipowa 5a, 52-200 Wrocław** w postępowaniu prowadzonym przez **Miasto Gorzów Wielkopolski w imieniu którego działa Gorzowskie Inwestycje Miejskie Sp. z o.o., ul. Sikorskiego 4, 66-400 Gorzów Wielkopolski**

orzeka:

1.Uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu Miastu Gorzów Wielkopolski,
w imieniu którego działa Gorzowskie Inwestycje Miejskie Sp. z o.o., dokonanie zmiany specyfikacji warunków zamówienia przez zdefiniowanie pojęcia „Inwestycja" osobno dla każdego z zadań.
2.Kosztami postępowania obciąża Miasto Gorzów Wielkopolski w imieniu którego działa Gorzowskie Inwestycje Miejskie Sp. z o.o. i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę Strabag Infrastruktura Południe Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu tytułem wpisu od odwołania,
2.2. zasądza od Miasta Gorzów Wielkopolski, w imieniu którego działa Gorzowskie Inwestycje Miejskie Sp. z o.o. na rzecz wykonawcy Strabag Infrastruktura Południe Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu kwotę 23 600 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania poniesione przez Strabag Infrastruktura Południe
Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu tytułem wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 i 580 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 2953/23

U z a s a d n i e n i e

Miasto Gorzów Wielkopolski w imieniu którego działa Gorzowskie Inwestycje Miejskie Sp. z o.o. (dalej: „Zamawiający") prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Rozwój terenów inwestycyjnych w Gorzowie Wielkopolskim poprzez rozbudowę układu komunikacyjnego północnej części miasta". Postępowanie to prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2023 r. poz. 1605 ze zm.), zwanej dalej: „ustawy Pzp". Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 6 września 2023 r. pod numerem 2023/S 171-537770.

W dniu 6 października 2023 r. wykonawca Strabag Infrastruktura Południe Sp. z o.o.
z siedzibą we Wrocławiu (dalej: „Odwołujący") wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie zarzucając Zamawiającemu naruszenie art. 5 kc, art. 353¹ kc, 647 kc oraz art. 58 kc w zw. z art. 8 ustawy Pzp, a w konsekwencji art. 99 ust. 1 oraz art. 16 ust 1 ustawy Pzp
poprzez wprowadzenie do projektu umowy postanowień uzależniających zapłatę wynagrodzenia za jedno z zadań objętych prowadzonym postępowaniem (postępowanie prowadzone jest z podziałem na części) od zakończenia drugiego zadania objętego prowadzonym postępowaniem, co w konsekwencji stanowi o niejednoznacznym
i niewyczerpującym opisaniu przedmiotu zamówienia.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu dokonania zmiany SWZ, poprzez dodanie w SWK w Subkl. 1.1. definicji pojęcia Inwestycja rozumianego jako dla zadania nr 1 - wykonanie robót składających się na zakres Zadania częściowego nr 1, dla zadania nr 2 - wykonanie robot składających się na zakres

Zadania częściowego nr 2.

Odwołujący wskazał, że Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Rozwój terenów inwestycyjnych w Gorzowie Wielkopolskim poprzez rozbudowę układu komunikacyjnego północnej części miasta" w podziale na 2 zadania: Zadanie częściowe nr 1 - ul. Mironicka; Zadanie częściowe nr 2 - Północna Obwodnica Gorzowa Wlkp. Każdy z wykonawców biorących udział w postępowaniu może złożyć ofertę na jedno lub dwa zadania.

W dniu 26 września 2023 r. Zamawiający, działając na podstawie art. 135 ust 2 i 6 ustawy Pzp, zamieścił odpowiedz na pytanie wykonawcy. Pytanie brzmiało:

„W akcie umowy, par 2, Zamawiający wprowadził następujące postanowienie: *Wykonawca oświadcza, że wyraża zgodę na zapłatę wynagrodzenia na zasadach wskazanych w ust 5 pkt 1) lit. d) Promesy Wstępnej dotyczącej dofinansowania inwestycji z Programu Rządowy Fundusz Polski Ład: Program Inwestycji Strategicznych (Nr Promesy. Edycja5RSP/2022/361/PolskiLad), z jednoczesnym zastrzeżeniem, że zapłata wynagrodzenia Wykonawcy Inwestycji w całości nastąpi po wykonaniu inwestycji w terminie nie dłuższym niż 35 dni od dnia wydania Świadectwa Przejęcia (podkreślenie własne). Zgodnie z par 2 ust 1 Aktu umowy „Słowa i zwroty użyte w tej Umowie będą miały takie samo znaczenie, jakie jest im odpowiednio przypisano w Warunkach Kontraktowych, o których jest mowa poniżej.*

Par 2 ust 2 Jako części niniejszej Umowy będzie się uważało, odczytywało i interpretowało następujące dokumenty:

a)Akt Umowy wraz z późniejszymi Aneksami,

b)Warunki Szczególne Kontraktu,

c)Warunki Ogólne Kontraktu,

d)Oferta Wykonawcy,

Warunki Kontraktowe nie zawierają definicji pojęcia „Inwestycji". Tym bardziej nie zawierają pojęcia „inwestycji" do których referuje przywołany par. 2 ust 2 Aktu Umowy. Jednocześnie zgodnie z Warunkami Kontraktowymi co do zapłaty wynagrodzenia umowa w Subkl. 14.7. przewiduje, że: *„(...) Wykonawca zapewni finansowanie inwestycji w części niepokrytej udziałem własnym Zamawiającego na czas poprzedzający wypłatę z Promesy udzielonej Zamawiającemu przez Bank Gospodarstwa Krajowego w ramach programu Polski Ład,*
z zastrzeżeniem, że zapłata wynagrodzenia w całości nastąpi po wykonaniu inwestycji w terminie nie dłuższym niż 35 dni od dnia odbioru końcowego inwestycji przez Zamawiającego - w tym przypadku poprzez odbiór końcowy inwestycji należy rozumieć wystawienie Świadectwa Przejęcia (...) Transza 3-o wartości pozostałej do zapłaty kwoty wynagrodzenia Wykonawcy, z uwzględnieniem sumy wypłaconych wcześniej kwot wynagrodzenia. Płatność nastąpić będzie mogła po wystawieniu Świadectwa Przejęcia, na podstawie Końcowego Świadectwa Płatności (…)".

Z kolei zgodnie z Subkl. 14.10 *„(...) Nie później niż 4 dni od dnia/daty wystawienia Świadectwa Przejęcia (dla całego zakresu Robót) zostanie wystawione Końcowe Świadectwo Płatności, na podstawie przedłożonych Inżynierowi trzech egzemplarzy Rozliczenia Końcowego wraz*
z dokumentami stanowiącymi jego podstawę, zgodnie z Subklauzulą 14.3 [Wnioski
o Przejściowe Świadectwa Płatnościj, przedstawiające:

a)wartość wszystkich wykonanych robót zgodnie z Kontraktem aż do dnia zakończenia Robót, tj. do daty wpisu w Dzienniku Budowy, którym nadzór w rozumieniu Prawa budowlanego poświadczy zakończenie robót budowlanych;

b)wszelkie dalsze kwoty, które Wykonawca uważa za należne, oraz

c)szacunkową wartość wszelkich innych kwot, które Wykonawca uważa za należne mu na mocy Kontraktu, Szacunkowe wartości należy w Rozliczeniu Końcowym wykazać oddzielnie"

Z kolei Roboty - zgodnie z Subkl. 1.1.5.8. zdefiniowane zostały w zastępujący sposób „*Roboty Oznaczają wykonanie:*

a)dla zadania częściowego nr 1 - Robót, określonych w Subklauzuli 1.1.6.22

b)dla zadania częściowego nr 2- Robót, określonych w Subklauzuli 1.1.6.23

W ramach wykonania prowadzone są Roboty Stałe oraz Roboty Tymczasowe lub którekolwiek z nich według potrzeb"

Podobnie w Subkl. 10.1 Świadectwo Przejęcia, Zamawiający przewidział, że *Przed wystąpieniem o wystawienie Świadectwa Przejęcia, Wykonawca zobowiązany jest, zgodnie ze wskazówkami Inżyniera i pod jego nadzorem, sporządzić wszelkie wymagane dokumenty, w tym wymagany Kontraktem dokument Gwarancji Jakości i doręczyć je Inżynierowi oraz dokonać wszelkich czynności niezbędnych do uzyskania przez Wykonawcę kompletu właściwych*

dokumentów zezwalających zgodnie z Prawem budowlanym na użytkowanie obiektu budowlanego/obiektów budowlanych realizowanych na podstawie aktu umowy, tj.
w szczególności ostatecznej decyzji administracyjnej pozwolenia na użytkowanie, zaświadczenia o braku podstaw do wniesienia sprzeciwu do zawiadomienia organu nadzoru budowlanego o zakończeniu budowy lub/i dokonania zawiadomienia organu nadzoru budowlanego o zakończeniu budowy, do którego organ ten w terminie 14 dni od dnia doręczenia zawiadomienia nie zgłosi! sprzeciwu w drodze decyzji."

W związku z powyższym prosimy o potwierdzenie, że użyty w par 2 ust. 2 umowy zwrot o tym, że zaplata wynagrodzenia Wykonawcy Inwestycji nastąpi po wykonaniu inwestycji w terminie nie dłuższym niż 35 dni od wydania Świadectwa Przejęcia, w przypadku gdy zadanie częściowe 1 i zadanie częściowe 2 będzie realizowało dwóch różnych wykonawców rozumieć należy w ten sposób, że zaplata wynagrodzenia w całości odpowiednio dla zadania częściowego nr 1 i zadania częściowego nr 2 nastąpi:

a)dla zadania częściowego nr 1 po zakończeniu objętych nim Robót, wystawieniu dla nich Świadectwa Przejęcia i Końcowego Świadectwa płatności, i odpowiednio

b)dla zadania częściowego nr 2, po zakończeniu objętych nim Robót, wystawieniu dla nich Świadectwa Przejęcia i Końcowego Świadectwa płatności".

W odpowiedzi z 26 września 2023 r. Zamawiający wyjaśnił, że:

„Rozumowanie Wykonawcy zawarte na końcu pytania jest niepoprawne. Zamawiający podnosi, że zadanie realizowane jest przy dofinansowaniu w ramach Rządowego Funduszu Polski Ład: Program Inwestycji Strategicznych. Rozliczenie końcowe z wykonawcami nastąpi na zasadach określonych w promesie załączonej do SWZ, która określa m.in. zasady wypłaty dofinansowania. **Oznacza to, że płatność końcowa z tytułu realizacji obu zadań (zadanie częściowe nr 1 i zadanie częściowe nr 2) nastąpi po zakończeniu obu zadań**. (podkreślenie własne). Dlatego wykonawcy realizujący oba zadania muszą ze sobą współpracować.".

Dalej Zamawiający przytoczył postanowienia Subkl. 4.6 Współpraca, wskazując na obowiązek wykonawców zsynchronizowania harmonogramów tak, aby ukończyć prace w tym samym terminie, co pozwoli na dokonanie płatności w oparciu o dofinansowanie.

W ocenie Odwołującego, udzielona odpowiedź na pytanie, stanowiąca element specyfikacji warunków zamówienia, wprowadza zasady dokonywania zapłaty za wykonane roboty niezgodne z obowiązującymi przepisami, bo uzależniające dokonanie zapłaty od spełnienia świadczenia przez podmiot trzeci (wykonawcę drugiego zadania) nie będący stroną umowy.

Odwołujący zwrócił uwagę na wyrok Sądu Najwyższego z 2 czerwca 2021 r. (IICSKP 7/21) w którym Sąd Najwyższy wypowiedział się, czy można zastrzec warunkową wypłatę wynagrodzenia wykonawcy robót budowlanych, wskazując, że:

„W ocenie Sądu Najwyższego, w umowie o roboty budowlane nie jest dopuszczalne uzależnienie zapłaty całości należnego wykonawcy wynagrodzenia od warunku w rozumieniu art. 89 KC, skoro zapłata wynagrodzenia należy do elementów przedmiotowo istotnych tej umowy (art. 647 KC). Zgodnie bowiem z art. 89 KC możliwe jest uzależnienie powstania lub ustania skutków czynności prawnej od zdarzenia przyszłego i niepewnego, z zastrzeżeniem wyjątków wynikających m.in. z właściwości tej czynności prawnej. O ile zatem, z reguły, nic nie stoi na przeszkodzie zawarciu umowy o roboty budowlane pod warunkiem (uzależnieniu jej wszystkich skutków od zdarzenia przyszłego i niepewnego), o tyle wykluczone jest uzależnienie tylko niektórych skutków tej czynności, objętych *essentialia negotii* (np. oddania obiektu albo zapłaty całości wynagrodzenia) od zdarzenia przyszłego i niepewnego. Powiązanie zapłaty całego wynagrodzenia z warunkiem w rozumieniu art. 89 KC godziłoby bowiem w naturę stosunku prawnego umowy o roboty budowlane (art. 353^1 w zw. z art. 647 KC), skoro zawarta umowa byłaby tylko warunkowo wzajemna i odpłatna.

Oczywiste jest też, że takie postanowienie zakłócałoby w istotny sposób równowagę kontraktową. Innymi słowy, zastrzeżenie w treści czynności prawnej warunku nie może powodować pozbawienia umowy nazwanej jej istotnych cech. Odrębną kwestią jest natomiast uzależnienie rozmiaru świadczenia (wysokości należnego wykonawcy wynagrodzenia) od warunku. W tym kontekście należy postrzegać postanowienie umowy wymagające od wykonawcy przedstawienia faktur obciążających wykonawcę a wystawionych przez podwykonawców. Nie ulega wątpliwości, że podwykonawca z różnych przyczyn może nie przedstawić faktury generalnemu wykonawcy, co w konsekwencji oznacza, że wykonawca ten nie będzie taką fakturą dysponował. Skutkowałoby to uzależnieniem zapłaty wynagrodzenia należnego wykonawcy od zachowania osoby trzeciej (podwykonawcy), a więc zdarzenia -
z perspektywy stron umowy o roboty budowlane - przyszłego i niepewnego. Niezależnie zatem od umownego ujęcia tej

okoliczności, takie postanowienie umowne, jako sprzeczne z naturą stosunku prawnego wykreowanego umową o roboty budowlane (art. 353¹ w zw. z art. 89 KC), jest nieważne (art. 58 § 1 i 3 KC). Należy więc je traktować jako niezastrzeżone.”.

Odwołujący podał, że dalej SN wskazał, iż możliwe jest uzależnienia wymagalności roszczenia od spełnienia dodatkowych świadczeń, muszą to być jednak świadczenia dodatkowe Wykonawcy lub podmiotów, którymi się on posługuje do wykonania swojej umowy, ale nie podmiotów trzecich - a takim będzie wykonawca innej umowy. I tak „(...) Zdaniem Sądu Najwyższego, dopuszczalne jest natomiast uzależnienie wymagalności roszczenia o zapłatę wynagrodzenia od spełnienia przez wykonawcę dodatkowych świadczeń ubocznych (np. złożenia dokumentacji powykonawczej) lub dokonania określonych aktów staranności (np. złożenia rozliczenia co do wykonanych robót, kosztorysu, czy też faktury), a więc zachowań które są uzależnione wyłącznie od wykonawcy lub osób, którymi się posługuje. Tego rodzaju postanowienie umowne nie jest warunkiem w rozumieniu art. 89 KC (nawet jeżeli treść umowy mogłaby skłaniać do takiej interpretacji), ale przesłanką, którą należy spełnić, aby przyjąć, że roszczenie o spełnienie świadczenia wzajemnego (zapłatę wynagrodzenia) stało się wymagalne.”.

Jak wskazał Odwołujący, w przywołanym wyroku SN odniósł się również do szczególnej regulacji dotyczącej umów o zamówienia publiczne wskazując, że na gruncie ustawy Pzp dopuszczalne jest uzależnienie obowiązku zapłaty, w przypadku zamówień, na roboty budowlane, których termin wykonywania jest dłuższy niż 12 miesięcy, a umowa przewiduje zapłatę wynagrodzenia należnego wykonawcy w częściach, od przedstawienia dowodów zapłaty wymagalnego wynagrodzenia podwykonawcom i dalszym podwykonawcom, biorącym udział w realizacji odebranych robót budowlanych. Podobną regulację zawiera obowiązujący od 1 stycznia 2021 r. przepis art. 447 ust. 1 ustawy Pzp. Odwołujący stwierdził, że skoro takie rozwiązanie zostało wprost przez ustawodawcę zaakceptowane, to nie sposób uznać, że jest ono sprzeczne z zasadami współżycia społecznego (art. 58 § 1 KC). Zdaniem Odwołującego, regulacja ta jest spójna
z zaprezentowanym w wyroku stanowiskiem co do tego, że niezgodne z przepisami jest uzależnienie obowiązku zapłaty od spełnienia świadczenia przez podmiot trzeci.

Odwołujący zwrócił również uwagę na orzecznictwo sądów powszechnych uznających za niezgodne z art. 58 KC postanowienia uzależniające termin zapłaty wynagrodzenia podwykonawcy przez wykonawcę od uzyskania wynagrodzenia od inwestora (wyrok SA
w Warszawie z 17.07.2007 r., sygn. akt I ACa 817/06, w którym sad uznał, iż nieważne są postanowienia umowne, uzależniające termin zapłaty przez przedsiębiorcę wynagrodzenia swojemu wierzycielowi za spełnione świadczenie, od uzyskania przez tego przedsiębiorcę zapłaty od swojego dłużnika, nawet jeżeli pomiędzy jednym, a drugim zachodzi instrumentalna relacja tego rodzaju, że środki uzyskane od dłużnika od początku miały być przeznaczone na zapłatę wierzycielowi, oraz wyrok Sądu Okręgowego w Łodzi z 10 października 2018 r., sygn. akt. XIII Ga 455/18).

Odwołujący podniósł ponadto, że zaskarżone postanowienia dotyczące sposobu dokonania zapłaty stanowią o niejasnym i niewyczerpującym opisie przedmiotu zamówienia. Jak zauważył Odwołujący, z tytułu kredytowania inwestycji wykonawca ponosi określone koszty, które aby mógł uwzględnić w cenie oferty, musi móc oszacować. Podstawą oszacowania kosztów kredytowania inwestycji jest m.in. czas, przez który wykonawca ponosi ten koszt (drugim - wysokość tych kosztów). Wykonawca nie odpowiada za sposób wykonania innego zamówienia przez innego wykonawcę, w tym za termin wykonania. W cenie swojej oferty wykonawca może ująć jedynie własne założenia realizacyjne. Odwołujący podkreślił, że nie mając wpływu na termin wykonania zamówienia przez innego wykonawcę (bo współpraca w tym uzgodnienie harmonogramu z wykonawcą drugiego zadania nie oznacza wykonywania jego obowiązków) wykonawca nie jest w stanie przyjąć, w sposób porównywalny z innymi wykonawcami, kosztów kredytowania robót wywołanych sposobe wykonania drugiego zadania przez innego wykonawcę.

Dodatkowo, jak wskazał Odwołujący, postanowienia umowne uzależniające dokonanie zapłaty końcowej od ukończenia obu zadań narażają wykonawcę na odpowiedzialność karno-skarbową albo dodatkowe koszty w postaci obowiązku zapłaty podatku VAT niezależnie od dokonania zapłaty przez Zamawiającego. Odwołujący wskazał, że z przepisów ustawy z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług (Dz. U. z 2011 r. Nr 177 poz. 1054 ze zm.), zwanej dalej „ustawą o VAT” wynika, że obowiązek podatkowy po stronie wykonawcy robót budowlanych powstaje w momencie ich wykonania. Odwołujący podał, że w opinii pt. „Moment powstania obowiązku podatkowego dla usług budowlanych lub budowlano-montażowych” Prezes Urzędu Zamówień Publicznych wyjaśnił:

„(...) Z wyjaśnień zawartych w interpretacji Ministra Finansów jednoznacznie wynika, że powstanie po stronie wykonawcy usługi budowlanej lub budowlano-montażowej (robót budowlanych) obowiązku podatkowego (podatku VAT) jest niezależne od dalszych czynności formalnych dokonywanych w relacji usługobiorca-usługodawca takich jak przyjęcie
i podpisanie protokołu zdawczo-odbiorczego wykonanych robót budowlanych. W związku

z powyższym, należy wskazać, że unormowania zawarte w omawianych przepisach ustawy o VAT winny znajdować odzwierciedlenie w postanowieniach poszczególnych umów w sprawach zamówień publicznych, których przedmiotem są usługi budowlane lub budowlano-montażowe. Zgodnie z art. 139 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r. poz. 2164) do umów w sprawach zamówień publicznych stosuje się przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. - Kodeks cywilny, jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej. Oznacza to, że zastosowanie znajduje wynikająca z art. 3531 Kodeksu cywilnego granica swobodnego kształtowania stosunku cywilnoprawnego. Stosownie do ww. przepisu strony zawierające umowę mogą ułożyć stosunek prawny według swego uznania, byleby jego treść lub cel nie sprzeciwiały się właściwości (naturze) stosunku, ustawie ani zasadom współżycia społecznego. W tym miejscu podkreślić należy, że termin, w którym wykonawca usługi budowlanej lub budowlano-montażowej obowiązany jest wystawić fakturę VAT, został wyraźnie wskazany w art. 106i ust. 3 pkt 1 ustawy o VAT. Wobec powyższego niezgodnymi z powszechnie obowiązującymi unormowaniami rangi ustawowej z zakresu powstania obowiązku podatkowego (podatku VAT) są zatem wszelkie postanowienia umowy między zamawiającym a wykonawcą przewidujące obowiązek wystawienia przez wykonawcę faktury VAT dopiero po podpisaniu protokołów odbioru końcowych/częściowych czy innego rodzaju potwierdzeń przyjęcia wykonania zamawianych robót. Wykonawca ma bowiem obowiązek wystawienia faktury VAT zgodnie z przepisami ustawy o VAT, natomiast zamawiający obowiązany jest tę fakturę przyjąć bez względu na ewentualne zastrzeżenia co do nienależytego wykonania części/całości zamawianych robót. (...)".

Krajowa Izba Odwoławcza, po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, na podstawie zebranego materiału dowodowego wskazanego w treści uzasadnienia, jak też po zapoznaniu się z oświadczeniami i stanowiskami stron postępowania złożonymi pisemnie oraz ustnie do protokołu w toku rozprawy ustaliła i zważyła, co następuje.

Izba stwierdziła, że Odwołujący legitymuje się interesem we wniesieniu środka ochrony prawnej, o którym mowa w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp. Zakres zarzutów, w sytuacji ich potwierdzenia się, wskazuje na pozbawienie Odwołującego możliwości uzyskania zamówienia i jego realizacji, narażając tym samym Odwołującego na poniesienie w tym zakresie wymiernej szkody.

W przedmiotowej sprawie niesporne były postanowienia dokumentów zamówienia. Uzasadniając swoją decyzję Zamawiający wskazywał na pochodzenie środków, z jakich finansowane jest zamówienie, a także na treść „Wstępnej Promesy" nr Edycja 5RSP/2022/361/PolskiLad.

Izba stwierdziła, że uzależnienie wypłaty wynagrodzenia od spełnienia świadczenia przez podmiot trzeci, nie będący stroną umowy (tj. wykonawcę innej części zamówienia) stanowi nadużycie prawa i nie zasługuje na ochronę. Zapłata wynagrodzenia wykonawcy, który wywiązał się z zawartej z nim umowy jest podstawowym obowiązkiem zamawiającego. Za nieuprawnione należy uznać uzależnienie wypłaty wynagrodzenia od zdarzenia przyszłego i niepewnego – wykonawca nie ma wpływu ani na tok postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w innej części zamówienia, ani na prawidłowość czy tempo realizacji zamówienia przez innego wykonawcę. Wykonawca nie może być zatem obciążany konsekwencjami działań innego podmiotu, na którego postępowanie nie ma wpływu.

Uzasadnienia dla wprowadzonych przez Zamawiającego postanowień dokumentów zamówienia nie może stanowić regulacja dotycząca kredytowania inwestycji przez wykonawcę. Wykonawca z tytułu kredytowania inwestycji ponosi określone koszty, które są zależne od takich czynników, jak czas i koszt realizacji inwestycji. Wykonawca ubiegający się o zamówienie jest w stanie oszacować ww. koszty i ponieść odpowiedzialność za realizację inwestycji. Jednak w sytuacji, gdy realizacja zamówienia w innej części jest zależna od innego podmiotu, wykonawca nie ma możliwości realnego oszacowania założeń realizacyjnych innego podmiotu. Współpraca pomiędzy wykonawcami poszczególnych części nie oznacza wykonania obowiązków za inny podmiot. Realne oszacowanie ryzyk związanych z odrębnym zamówieniem i jego realizacją lub brakiem realizacji przez innym podmiot jest niemożliwe. Nie bez znaczenia są także przepisy podatkowe związane z terminem zapłaty przez wykonawcę podatku VAT, na które wskazywał Odwołujący. Izba miała także na względzie okoliczność, że Zamawiający nie wykazał, że przeprowadzenie postępowania w sposób, który zadośćuczyni wymogom ustawowym nie jest możliwe.

Wobec powyższego, za zasadny Izba uznała zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 5 kc, art. 353^1 kc, 647 kc oraz art. 58 kc w zw. z art. 8 ustawy Pzp, a w konsekwencji art. 99 ust. 1 oraz art. 16 ust 1 ustawy Pzp przez wprowadzenie do projektu umowy postanowień uzależniających zapłatę wynagrodzenia za jedno z zadań objętych prowadzonym postępowaniem od zakończenia drugiego zadania objętego prowadzonym postępowaniem, co w konsekwencji stanowi o niejednoznacznym i niewyczerpującym opisaniu przedmiotu zamówienia.

Mając powyższe na uwadze, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 557 i 575 ustawy Pzp oraz § 7 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania
(Dz. U. z 2020 r. poz. 2437, dalej jako „rozporządzenie").

Zgodnie z art. 557 ustawy Pzp w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego, z kolei w myśl art. 575 ustawy Pzp strony oraz uczestnik postępowania odwoławczego wnoszący sprzeciw ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku. Zgodnie
z § 5 rozporządzenia, do kosztów postępowania odwoławczego zalicza się m.in. wpis (pkt 1), oraz wynagrodzenie i wydatki jednego pełnomocnika, jednak nieprzekraczające łącznie kwoty 3 600 złotych (pkt 2 lit. b).

Jak stanowi § 7 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia, w przypadku uwzględnienia odwołania przez Izbę, koszty ponosi zamawiający. W takiej sytuacji Izba zasądza od zamawiającego na rzecz odwołującego równowartość kwoty wpisu oraz koszty, o których mowa w § 5 pkt 2 rozporządzenia.

W świetle powyższych regulacji, Izba obciążyła Zamawiającego kosztami postępowania odwoławczego.

Przewodniczący:……..