Sygn. akt: KIO 2533/23

WYROK
z dnia 15 września 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Aneta Mlącka
Protokolant: Klaudia Kwadrans

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 11 września 2023 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 28 sierpnia 2023 r. przez Odwołującego **STRABAG sp. z o.o. (ul. Parzniewska 10, 05-800 Pruszków)** w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego **Uniwersytet Medyczny w Łodzi (Al. Kościuszki 4, 90-419 Łódź)**

przy udziale:

A. Wykonawcy **MIRBUD S.A. (ul. Unii Europejskiej 18, 96-100 Skierniewice)** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego,

B. Wykonawcy **Skanska S.A. (Al. Solidarności 173, 00-877 Warszawa)** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego

orzeka:

1. Oddala odwołanie w zakresie zarzutów opisanych w odwołaniu pod numerem 1,4,5,6,7
2. uwzględnia odwołanie w zakresie zarzutów opisanych w odwołaniu pod numerem 2,3

i nakazuje:

- wykreślenie postanowienia §9 ust. 11 wzoru umowy (załacznik do SWZ), jako nieznajdującego podstawy prawnej w przepisach ustawy Prawo zamówień publicznych,
- dokonanie zmiany w §9 ust. 7 lit a) i b) wzoru umowy (załacznik do SWZ) poprzez doprowadzenie do zgodności z art. 437 ust 1 pkt 4 ustawy Przawo zamówień publicznych w związku z art. 447 ust 1 i 2 ustawy Prawo zamówień publicznych,

3. kosztami postępowania obciąża:

- Odwołującego **STRABAG sp. z o.o. (ul. Parzniewska 10, 05-800 Pruszków)** w wysokości 2/3,
- Zamawiającego **Uniwersytet Medyczny w Łodzi (Al. Kościuszki 4, 90-419 Łódź)** w wysokości 1/3,

3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego:

- kwotę **20000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego **STRABAG sp. z o.o. (ul. Parzniewska 10, 05-800 Pruszków)** tytułem wpisu od odwołania,
- kwotę **3600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem kosztów wynagrodzenia pełnomocnika Odwołującego **STRABAG sp. z o.o. (ul. Parzniewska 10, 05-800 Pruszków),**
- kwotę **3600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem kosztów wynagrodzenia pełnomocnika Zamawiającego **Uniwersytet Medyczny w Łodzi (Al. Kościuszki 4, 90-419 Łódź),**

3.2. zasądza od Zamawiającego **Uniwersytet Medyczny w Łodzi (Al. Kościuszki 4, 90-419 Łódź)** na rzecz Odwołującego **STRABAG sp. z o.o. (ul. Parzniewska 10, 05-800 Pruszków)** kwotę **5700 zł 00 gr** (pięć tysięcy siedemset złotych zero groszy) tytułem kosztów postępowania odwoławczego w postaci 1/3 wysokości wpisu od odwołania, kwotę **1200 zł 00 gr** (dwa tysiąc dwieście złotych zero groszy) tytułem 1/3 wysokości kosztów wynagrodzenia pełnomocnika Odwołującego,

3.3. zasądza od Odwołującego **STRABAG sp. z o.o. (ul. Parzniewska 10, 05-800 Pruszków)** na rzecz Zamawiającego **Uniwersytet Medyczny w Łodzi (Al. Kościuszki 4, 90-419 Łódź)** kwotę **2400 zł 00 gr** (dwa tysiące czterysta złotych zero groszy) tytułem 2/3 wysokości kosztów wynagrodzenia pełnomocnika Zamawiającego.

Stosownie do art. 579 ust. 1 oraz 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019r. - 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 2533/23

UZASADNIENIE

Zamawiający: Uniwersytet Medyczny w Łodzi prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, w trybie przetargu nieograniczonego, którego przedmiotem jest wykonanie robót budowlanych pn. „Budowa Budynku Radioterapii w ramach Drugiego etapu Centrum Kliniczno-Dydaktycznego Uniwersytetu Medycznego w Łodzi wraz z Akademickim Ośrodkiem Onkologicznym - roboty wykończeniowe z dostawami'.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Suplemencie do Dziennika Urzędowego Unii Europejskiej w dniu 16 sierpnia 2023 r. pod numerem 2023/S 156-498397.

Odwołujący Strabag sp. z o.o. wniósł odwołanie, w którym zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1) art. 353(1) w zw. z art. 5 ustawy Kodeks cywilny w zw. z art. 8 ust. 1, art. 16 pkt 1) oraz art. 99 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez nadużycie przez Zamawiającego uprawnienia wynikającego ze swobody kształtowania warunków umowy i zastrzeżenie w §3 ust. 6 Załącznika nr 3 do SWZ - wzór umowy uprawnienia Zamawiającego do powierzenia - na koszt i niebezpieczeństwo wykonawcy - realizacji dalszych prac innemu wykonawcy po uprzednim odstąpieniu o od umowy przez Zamawiającego w całości lub w części, co stanowi nadużycie przez Zamawiającego uprawnienia wynikającego ze swobody kształtowania warunków umowy, poprzez nałożenie na wykonawcę obowiązku skalkulowania w cenie oferty ryzyka, którego na etapie składania tej oferty wykonawca nie jest w stanie określić i nie może też go przewidzieć na etapie zawierania umowy, co skutkuje obowiązkiem przyjęcia na siebie ryzyka poniesienia ewentualnych strat związanych z zaistnieniem niemożliwych do przewidzenia sytuacji.

2) art. 450 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych w zw. z art. 452 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych w zw. z art. 353(1) ustawy Kodeks cywilny poprzez nadużycie przez Zamawiającego uprawnienia wynikającego ze swobody kształtowania warunków umowy i zastrzeżenie w §9 ust. 11 Załącznika nr 3 do SWZ - wzór umowy nieprzewidzianej w przepisach ustawy Prawo zamówień publicznych dodatkowej formy zabezpieczenia należytego wykonania umowy, polegającej na przyznaniu Zamawiającemu uprawnienia do zatrzymania w ramach każdej pozycji kosztorysowej realizowanych prac części jej wartości w wysokości 20%, mającej stanowić wartość pozwolenia na użytkowanie obiektu, podczas gdy ustawa ustawy Prawo zamówień publicznych nie przewiduje takiej formy zabezpieczenia należytego wykonania umowy, a Zamawiający w §13 ust. 1 wzoru umowy ustanowił już zabezpieczenie należytego wykonania umowy w wysokości 5% wartości wynagrodzenia brutto za

wykonanie przedmiotu umowy, a więc w wysokości maksymalnej dopuszczonej ustawą PZP.
3)art. 437 ust 1 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych w zw. z art. 447 ust 1 i 2 w zw. z art. 16 pkt 1 - 3 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez wprowadzenie do wzoru umowy postanowień wprost sprzecznych z powyższymi przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych w zakresie w jakim w §9 ust. 7 lit. a) i b) Załącznika nr 3 do SWZ - wzór umowy Zamawiający wskazuje, że jeśli w wyniku zaistnienia sporu pomiędzy wykonawcą a podwykonawcą lub dalszym podwykonawcą, na tle rozliczeń dotyczących inwestycji, wykonawca nie będzie mógł przedłożyć oświadczeń jednego lub większej ilości podwykonawców, to wówczas Zamawiający uprawniony będzie do wypłaty wykonawcy wynagrodzenia pomniejszonego o kwotę sporną powiększoną o 20 % jej wartości, która podlegać będzie zatrzymaniu do czasu rozwiązania sporu pomiędzy wykonawcą a podwykonawcą (w przypadku jeśli wykonawca przedłoży zgodne oświadczenie stron sporu o wysokości kwot bezspornych i wysokości kwot spornych), bądź Zamawiający uprawniony będzie do wypłaty należnego wykonawcy wynagrodzenia pomniejszonego o kwoty zatrzymane na zabezpieczenie roszczeń tego podwykonawcy w stosunku do Zamawiającego wraz z uprawnieniem do zatrzymania kwoty stanowiącej równowartość nierozliczonej dotychczas części kontraktu tego podwykonawcy powiększonej o 20% (w przypadku jeśli wykonawca nie przedłoży zgodnego oświadczenie stron sporu o wysokości kwot bezspornych i wysokości kwot spornych) podczas, gdy zgodnie z art. 447 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, w przypadku nieprzedstawienia przez wykonawcę wszystkich dowodów zapłaty wstrzymuje się wypłatę wynagrodzenia na rzecz wykonawcy wyłącznie w części równej sumie kwot wynikających z nieprzedstawionych dowodów zapłaty.
4)art. 353(1) w zw. z art. 5 oraz 484 ust. 1 w zw. z art. 494 ustawy Kodeks cywilny w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, w zw. z art. 16 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez nadużycie przez Zamawiającego uprawnienia wynikającego ze swobody kształtowania warunków umowy i zastrzeżenie w §15 ust. 4 Załącznika nr 3 do SWZ - wzór umowy postanowienia zgodnie z którym odstąpienie przez którąkolwiek ze stron od zawartej umowy w całości nie powoduje uchylenia obowiązku zapłaty kar umownych z tytułu zdarzeń zaistniałych w okresie jej obowiązywania, czyli dopuszczenie wprost przez Zamawiającego możliwości dokonania kumulacji kary umownej z tytułu odstąpienia od umowy z pozostałymi karami umownymi - w tym z tytułu zwłoki wykonawcy w stosunku do któregokolwiek z terminów pośrednich w realizacji umowy, podczas gdy nie może być kumulowana kara umowna przewidziana za nienależyte wykonanie zobowiązania, np. kara umowna za zwłokę w wykonaniu zobowiązania z karą umowną za niewykonanie zobowiązania.
5)art. 439 ust. 1 i 2 pkt 2, 4 ustawy Prawo zamówień publicznych w zw. z art. 16 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, art. 8 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych w zw. z art. 353(1), 58 § 1 i 2 i 5 ustawy Kodeks cywilny poprzez sformułowanie §20 ust. 16 oraz 19 Załącznika nr 3 do SWZ - wzór umowy w sposób uniemożliwiający dokonanie prawidłowej i zgodnej z celem przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych zmiany wysokości wynagrodzenia wykonawcy w sytuacji zmiany cen materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia w przypadku, gdy umowa w sprawie zamówienia publicznego, której przedmiotem są roboty budowlane, została zawarta na okres dłuższy niż 6 miesięcy.
6)art. 353(1) w zw. z art. 5 ustawy Kodeks cywilny w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, w zw. z art. 16 oraz 99 ust. 1 i 433 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez nadużycie przez Zamawiającego uprawnienia wynikającego ze swobody kształtowania warunków umowy, to jest poprzez skonstruowanie postanowień umowy w sposób nieuzasadniony potrzebami Zamawiającego, uprzywilejowanie pozycji Zamawiającego i naruszenie zasady równowagi stron stosunku zobowiązaniowego, co pozostaje w sprzeczności z zasadami współżycia społecznego i godzi w naturę stosunku prawnego, tj. poprzez nałożenie w §5 ust. 3 Załącznika nr 3 do SWZ - wzór umowy obowiązku ponoszenia przez wykonawcę wszystkich kosztów energii cieplnej na podstawie refaktur wystawionych przez Zamawiającego w oparciu o faktury wystawione Zamawiającemu przez podmiot dostarczający (refakturowanie 100% kosztów), czyli nałożenia na wykonawcę obowiązku skalkulowania w cenie oferty ryzyka, którego na etapie składania tej oferty wykonawca nie jest w stanie określić i nie może też go przewidzieć na etapie zawierania umowy, co skutkuje obowiązkiem przyjęcia na siebie ryzyka poniesienia ewentualnych strat związanych z zaistnieniem niemożliwych do przewidzenia sytuacji.
7)art. 16 ustawy Prawo zamówień publicznych, art. 8 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, art. 134 ust. 1 pkt 20 ustawy Prawo zamówień publicznych w związku z art. 353(1) KC i art. 647 KC w zw. z art. 483 KC i art. 473 §1 KC ze względu na zastrzeżenie w §15 ust. 1 lit. j) i p) Załącznika nr 3 do SWZ - wzór umowy kar umownych w sposób nadużywający swobody Zamawiającego do kształtowania postanowień umownych, poprzez sformułowanie kar umownych w sposób niejasny, ogólnikowy i przyznający Zamawiającemu arbitralne uprawnienie do oceny czy podstawa do nałożenia kary umownej zaistniała czy nie i tym samym uniemożliwiający Wykonawcy prawidłowe oszacowanie ryzyk związanych z realizacją Umowy oraz mogący prowadzić do niczym nieuzasadnionego wzbogacenia się Zamawiającego kosztem Wykonawcy.
Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu dokonanie następujących czynności - zmiany treści SWZ oraz wzoru Umowy stanowiącego zał. nr 3 do SWZ poprzez:
- w zakresie zarzutu nr 1 - Odwołujący wniósł o wykreślenie postanowienia §3 ust. 6 w całości, jako stanowiącego nadużycie prawa Zamawiającego do kształtowania warunków umowy o zamówienie publiczne i nakładającego na wykonawcę obowiązku przyjęcia na siebie ryzyka niemożliwego do skalkulowania na etapie składania oferty;
- w zakresie zarzutu nr 2 - Odwołujący wniósł o wykreślenie postanowienia §9 ust. 11 w całości, jako nieznajdującego podstawy prawnej w przepisach ustawy Prawo zamówień publicznych oraz KC;
- w zakresie zarzutu nr 3 - Odwołujący wniósł o dokonanie stosownych zmian w §9 ust. 7 li. a) i b) poprzez doprowadzenie go do zgodności z przepisami art. 437 ust 1 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych w zw. z art. 447 ust 1 i 2 w następujący sposób:
- §9 ust. 7 lit. a): „Jeśli Wykonawca przedłoży zgodne oświadczenie stron sporu o wysokości kwot bezspornych i wysokości kwot spornych, wedle załącznika nr 7 do niniejszej umowy lub innej treści zaakceptowanej przez Uniwersytet Medyczny w Łodzi, Zamawiający wypłaci należne Wykonawcy wynagrodzenie pomniejszone o kwotę sporną". powiększoną o 20 % jej wartości, która podlegać będzie zatrzymaniu do czasu rozwiązania sporu pomiędzy Wykonawcą a Podwykonawcą na zabezpieczenie roszczeń tego podwykonawcy w stosunku do Zamawiającego, z tym jednak, iż Wykonawca w takim przypadku zrzeka się względem Zamawiającego odsetek za opóźnienie w płatności tej należności, a w przypadku, gdyby w wyniku rozstrzygnięcia Zamawiający zobowiązany był do zapłaty na rzecz tego podwykonawcy kwoty większej niż zatrzymana (odsetki, koszty itp.), Wykonawca zobowiązany jest zapłacić na rzecz Zamawiającego kwotę różnicy"
- §9 ust. 7 lit. b): „Jeśli Wykonawca nie przedłoży zgodnego oświadczenie stron sporu o wysokości kwot bezspornych i wysokości kwot spornych, o którym mowa powyżej, Zamawiający wypłaci należne Wykonawcy Wynagrodzenie

pomniejszone o kwoty zatrzymane na zabezpieczenie roszczeń tego podwykonawcy w stosunku do Zamawiającego". Zamawiający uprawniony będzie do zatrzymania kwoty stanowiącej równowartość nierozliczonej dotychczas części kontraktu tego podwykonawcy powiększonej o 20%. Wykonawca w takim przypadku zrzeka się względem Zamawiającego odsetek za opóźnienie w płatności tej należności, a w przypadku gdyby w wyniku rozstrzygnięcia Zamawiający zobowiązany był do zapłaty na rzecz tego podwykonawcy kwoty większej niż zatrzymana (odsetki, koszty itp.), Wykonawca zobowiązany jest zapłacić na rzecz Zamawiającego kwotę różnicy".
- w zakresie zarzutu nr 4 Odwołujący wniósł o wykreślenie postanowienia §15 ust. 4 w całości, jako stanowiącego nadużycie prawa Zamawiającego do kształtowania warunków umowy o zamówienie publiczne poprzez umożliwienie - w przypadku odstąpienia przez Zamawiającego od umowy - kumulowania przez Zamawiającego kary umownej przewidzianej za nienależyte wykonanie zobowiązania i kary umownej za niewykonanie zobowiązania, podczas gdy wierzyciel (Zamawiający) nie może zażądać zapłaty obu wymienionych kar umownych, gdyż wzajemnie się one wykluczają ponieważ odstąpienie od umowy powoduje przekształcenie się stanu zwłoki w stan niewykonania zobowiązania strona może dochodzić kary umownej przewidzianej na wypadek odstąpienia od umowy, tj. kary przewidzianej na wypadek niewykonania zobowiązania z wyłączeniem możliwości równoczesnego dochodzenia kary umownej zastrzeżonej z tytułu zwłoki lub opóźnienia jako jednej z postaci nienależytego wykonania zobowiązania.
- w zakresie zarzutu nr 5 Odwołujący wniósł o dokonanie zmiany §20 ust. 16 oraz 19 poprzez nadanie im treści zgodnej z przepisami i zasadami prawa tak, aby umożliwić realną waloryzacje wynagrodzenia w warunkach rynkowych mając na uwadze wskaźnik wyjściowy tj. odwołanie się do realnego poziomu zmian wskaźnika cen produkcji budowlano - montażowych publikowany przez Prezesa GUS.
Punktami krytycznymi jakie wymagają zmiany w celu urealnienia waloryzacji są:
- § 20 ust. 16 Umowy warunkujący waloryzację od co najmniej zmiany wskaźnika na poziomie 15% - gdzie taka sytuacja występuje wyłącznie w okresach poważnych, nieprzewidywalnych wzrostów cen, gdzie określone Umową obecne warunki na przestrzeni ostatnich lat rejestrowane są dopiero od czasu ataku Federacji Rosyjskiej na terytorium Ukrainy,
- § 20 ust. 19 zakładający poniesienie przez Zamawiającego wyłącznie połowy kwoty waloryzacji wynagrodzenia, co przy uwzględnieniu nierealnych i nierynkowych warunków uruchomienia waloryzacji jak powyżej zwiększa dodatkowo ryzyko zmiany cen
- w zakresie zarzutu nr 6 Odwołujący wniósł o dokonanie stosownych zmian w §5 ust. 3 poprzez doprowadzenie go do zgodności z przepisami art. 353(1) w zw. z art. 5 ustawy Kodeks cywilny w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy PZP, w zw. z art. 16 oraz 99 ust. 1 ustawy PZP w następujący sposób:
§5 ust. 3; „Wykonawca ponosił będzie koszty zużycia mediów obejmujące koszty: wody, energii cieplnej i elektrycznej, a także wszelkich innych mediów wykorzystywanych w ramach realizacji umowy, do dnia odbioru końcowego. Od chwili przejęcia placu budowy do dnia odbioru końcowego Wykonawca zobowiązany jest do ponoszenia wszystkich kosztów energii cieplnej na podstawie refaktur wystawionych przez Zamawiającego w oparciu o faktury wystawione Zamawiającemu przez podmiot dostarczający (refakturowanie 100% kosztów). W zakresie pozostałych mediów (z wyłączeniem energii cieplnej) Wykonawca zobowiązany jest do zamontowania podliczników mediów, których wskazania stanowić będą podstawę obciążenia Wykonawcy przez Zamawiającego kosztem ich zużycia. Faktury z tytułu opłaty za media wystawiane będą każdorazowo przez Zamawiającego i potrącane z opłacanej faktury Wykonawcy. W przypadku, gdyby Wykonawca z jakiegokolwiek powodu nie zamontował podliczników, zobowiązany będzie do ponoszenia zryczałtowanych kosztów mediów, które strony ustalają na: energia elektryczna 1 %, woda i ścieki 0,5 % z każdej faktury wystawionej przez Wykonawcę, bez względu na to, czy Zamawiający uznał zasadność jej płatności czy nie. Faktury z tytułu opłaty za media wystawiane będą każdorazowo przez Zamawiającego z 7 - dniowym terminem płatności. Zamawiający uprawniony będzie do potrącenia należności z tytułu opłat za media z zobowiązaniami względem Wykonawcy wynikającymi z niniejszej umowy.
- w zakresie zarzutu nr 7 Odwołujący wniósł o zmianę zapisów wzoru Umowy w zakresie kar umownych poprzez usunięcie z §15 ust. 1 Załącznika nr 3 do SWZ - przepisów oznaczonych literami j) i p) w całości, jako stanowiących nadużycie prawa Zamawiającego do kształtowania warunków umowy o zamówienie publiczne poprzez przyznanie sobie pełnej dowolności w ustalaniu czy podstawa do nałożenia kary umownej zaistniała czy nie.
Uprawnienie Zamawiającego do powierzenia - na koszt i niebezpieczeństwo wykonawcy - realizacji dalszych prac innemu wykonawcy po uprzednim odstąpieniu od umowy przez Zamawiającego w całości lub w części.
Odwołujący żądał usunięcia postanowienia §3 ust. 6 wzoru umowy stanowiącego załącznik do SWZ. Jak wyjaśnił, żądanie związane jest z tym, że Wykonawca nie jest w stanie przewidzieć na etapie składania oferty ryzyka oraz kosztu powierzenia realizacji robót innemu wykonawcy po uprzednim odstąpieniu od umowy przez Zamawiającego w całości lub w części - w tym zwłaszcza skalkulowania wysokości związanego z tym hipotetycznego kosztu jaki wykonawca byłby zobowiązany ponieść. Ryzyko oraz koszt wystąpienia sytuacji w której - po pierwsze zamawiający odstąpi od umowy w całości lub części oraz - po drugie wykonawca zobowiązany będzie ponieść wszelkie koszty wykonania prac przez innego wykonawcę jest okolicznością, której nie da się określić ani oszacować. Jest to więc ryzyko przyjęcia na siebie ewentualnych strat związanych z zaistnieniem niemożliwych do przewidzenia sytuacji, które to ryzyko mogą przyjąć na siebie wyłącznie wykonawcy posiadający znaczne rezerwy finansowe - co wprost narusza dyspozycję art. art. 16 pkt 1) ustawy Prawo zamówień publicznych, zgodnie z którym zamawiający zobowiązany jest przygotować i przeprowadzić postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców.
Odwołujący zaznaczył, że swoboda Zamawiającego w zakresie kształtowania postanowień umowy nie jest nieograniczona.
W konsekwencji Odwołujący stwierdził, że nałożenie na wykonawcę obowiązku przyjęcia na siebie ryzyka poniesienia ewentualnych strat związanych z zaistnieniem niemożliwych do przewidzenia sytuacji - jak ryzyko wystąpienia sytuacji odstąpienia przez zamawiającego od umowy w całości lub części połączone z ryzykiem poniesienia przez wykonawcę kosztów wykonawstwa zastępczego przez innego wykonawcę w zakresie nieustalonym wprost w umowie prowadzi do naruszenia przepisów art. 353(1) w zw. z art. 5 ustawy Kodeks cywilny w zw. z art. 8 ust. 1, art. 16 pkt 1) oraz art. 99 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.
Zastrzeżenie nieprzewidzianej w przepisach ustawy Prawo zamówień publicznych dodatkowej formy zabezpieczenia należytego wykonania umowy, polegającej na przyznaniu Zamawiającemu uprawnienia do zatrzymania w ramach każdej pozycji kosztorysowej realizowanych prac - części jej wartości w wysokości 20%.
Zamawiający w §9 ust. 11 wzoru umowy stanowiącego załącznik do SWZ przewidział, że 20% każdej pozycji kosztorysowej realizowanych prac jest „wartością pozwolenia na użytkowanie obiektu, stanowiącego potwierdzenie przez właściwe urzędy prawidłowości wykonania prac", wobec czego gdyby wykonawca nie zakończył realizacji

przedmiotu umowy i nie uzyskał pozwolenia na użytkowanie obiektów objętych przedmiotem umowy, to wówczas należne mu wynagrodzenie zostanie obliczone zostanie zgodnie z pozycjami kosztorysowymi określonymi w kosztorysie ofertowym poprzez pomniejszenie go o równowartość 20% wartości kosztorysowej wszystkich zrealizowanych i zafakturowanych prac i dostaw objętych przedmiotem umowy.
Zdaniem Odwołującego, zakwalifikowanie w powyższym przepisie 20% każdej pozycji kosztorysowej stanowi dodatkowe zabezpieczenie należytego wykonania umowy przez wykonawcę ponad to wynikające z ustawy Prawo zamówień publicznych - art. 450 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych w zw. z art. 452 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych i które to zabezpieczenie Zamawiający już we wzorze umowy przewidział w §13 - poprzez zobowiązanie wykonawcy do wniesienia zabezpieczenie należytego wykonania umowy, w wysokości 5% wartości wynagrodzenia brutto za wykonanie przedmiotu umowy.
W ocenie Odwołującego niezgodne z ustawą Prawo zamówień publicznych jest wstrzymywanie przez zamawiających płatności na rzecz wykonawców lub odmowa wypłaty w sytuacjach nieznajdujących wprost podstawy prawnej. Taka sytuacja może prowadzić do zatorów płatniczych, zachwiania płynności rozliczania inwestycji i kondycji finansowej wykonawcy. Wstrzymywanie płatności powoduje też niezasadne i niezgodne z przepisami kredytowanie inwestycji przez wykonawcę. Art. 647 kodeksu cywilnego stanowi, że przez umowę o roboty budowlane wykonawca zobowiązuje się do oddania przewidzianego w umowie obiektu, wykonanego zgodnie z projektem i z zasadami wiedzy technicznej, a inwestor zobowiązuje się do dokonania wymaganych przez właściwe przepisy czynności związanych z przygotowaniem robót, w szczególności do przekazania terenu budowy i dostarczenia projektu, oraz do odebrania obiektu i zapłaty umówionego wynagrodzenia. Tym samym żądanie od wykonawcy wniesienia dodatkowego zabezpieczenia w postaci kaucji w wysokości 20% wartości każdej pozycji kosztorysowej, która to kaucja może przepaść na rzecz Zamawiającego w przypadkach które Zamawiający w sposób arbitralny dyktuje we wzorze umowy nie znajduje podstaw w ustawie Prawo zamówień publicznych co powoduje, że postanowienie §3 ust. 11 powinno zostać usunięte ze wzoru umowy w całości.
Przyznanie Zamawiającemu pozaustawowych uprawnień do pomniejszania wynagrodzenia wykonawcy o dodatkowy narzut 20% wartości kwoty spornej (w przypadku zaistnienia sporu pomiędzy wykonawcą a podwykonawcą lub dalszym podwykonawcą, na tle rozliczeń dotyczących inwestycji), bądź zatrzymania wynagrodzenia wykonawcy w wysokości kwoty spornej (w przypadku zaistnienia sporu pomiędzy Wykonawcą a podwykonawcą lub dalszym podwykonawcą, na tle rozliczeń dotyczących inwestycji) powiększonej o dodatkowy narzut w wysokości 20% nierozliczonej dotychczas części kontraktu tego podwykonawcy.
Zgodnie z art. 447 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, w przypadku nieprzedstawienia przez wykonawcę wszystkich dowodów zapłaty wstrzymuje się wypłatę wynagrodzenia na rzecz wykonawcy wyłącznie w części równej sumie kwot wynikających z nieprzedstawionych dowodów zapłaty.
Jak wskazał Odwołujący, Zamawiający wprowadził do wzoru umowy w §9 ust. 7 lit. a) i b) dodatkowy narzut (kaucję), którą uprawniony jest zatrzymać w przypadku zaistnienia sporu pomiędzy wykonawcą a podwykonawcą lub dalszym podwykonawcą - wynoszącą odpowiednio 20% kwoty spornej (w przypadku wypłaty przez zamawiającego wynagrodzenia wykonawcy gdy wykonawca przedłoży zgodne oświadczenie stron sporu o wysokości kwot bezspornych i wysokości kwot spornych), bądź 20% kwoty stanowiącej równowartość nierozliczonej dotychczas części kontraktu tego podwykonawcy (w przypadku gdy wykonawca nie przedłoży zgodnego oświadczenia stron sporu o wysokości kwot bezspornych i wysokości kwot spornych).
W rezultacie, nieprzedstawienie przez wykonawcę dowodów zapłaty wynagrodzenia na rzecz podwykonawców lub dalszych podwykonawców skutkować będzie wstrzymaniem wypłaty wynagrodzenia na rzecz wykonawcy w dodatkowej - nieznanej prawu zamówień publicznych - wysokości wynoszącej 20% kwoty spornej, bądź 20% kwoty stanowiącej równowartość nierozliczonej dotychczas części kontraktu podwykonawcy - podczas gdy zgodnie z art. 447 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, w przypadku nieprzedstawienia przez wykonawcę wszystkich dowodów zapłaty wstrzymuje się jedynie wypłatę wynagrodzenia na rzecz wykonawcy wyłącznie w części równej sumie kwot wynikających z nieprzedstawionych dowodów zapłaty.
Zdaniem Odwołującego, §9 ust. 7 lit. a) i b) wzoru Umowy w treści nadanej mu przez Zamawiającego jest wprost sprzeczny z art. 447 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych.
Odwołujący podkreślił, że ustawa Prawo zamówień publicznych nie przewiduje uprawnienia zamawiającego do wstrzymania wymagalnego wynagrodzenia wykonawcy w wysokości ponad tą określoną w 447 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych. Niezgodne z ustawą Prawo zamówień publicznych jest wstrzymywanie przez zamawiających płatności na rzecz wykonawców lub odmowa wypłaty w sytuacji, gdy wykonawca nie zdoła przedłożyć oświadczenia podwykonawców lub dalszego podwykonawcy - co może także nastąpić z przyczyn od niego niezależnych (np. ogłoszenie upadłości przez podwykonawcę). Taka sytuacja może prowadzić do zatorów płatniczych, zachwiania płynności rozliczania inwestycji i kondycji finansowej wykonawcy. Wstrzymywanie płatności powoduje też niezasadne i niezgodne z przepisami kredytowanie inwestycji przez wykonawcę. Art. 647 kodeksu cywilnego stanowi, że przez umowę o roboty budowlane wykonawca zobowiązuje się do oddania przewidzianego w umowie obiektu, wykonanego zgodnie z projektem i z zasadami wiedzy technicznej, a inwestor zobowiązuje się do dokonania wymaganych przez właściwe przepisy czynności związanych z przygotowaniem robót, w szczególności do przekazania terenu budowy i dostarczenia projektu, oraz do odebrania obiektu i zapłaty umówionego wynagrodzenia.
Przyznanie Zamawiającemu uprawnienia do kumulowania kary umownej z tytułu odstąpienia od umowy z pozostałymi karami umownymi - w tym z tytułu zwłoki wykonawcy w stosunku do któregokolwiek z terminów pośrednich w realizacji umowy - w przypadku odstąpienia od umowy w całości lub niewykonanej części.
Zamawiający w §15 ust. 4 wzoru umowy stanowiącego załącznik do SWZ wskazał, że odstąpienie przez którąkolwiek ze stron od zawartej umowy w całości lub niewykonanej części nie powoduje uchylenia obowiązku zapłaty kar umownych z tytułu zdarzeń zaistniałych w okresie jej obowiązywania. Jak wyjaśnił Odwołujący, zapis powyższy uprawnia Zamawiającego do kumulowania kary umownej przewidzianej za nienależyte wykonanie zobowiązania i kary umownej za niewykonanie zobowiązania. Odwołujący wskazał na orzecznictwo Sądu Najwyższego, z którego wynika, że wierzyciel nie może zażądać zapłaty równolegle dwóch kar umownych - za odstąpienie od umowy oraz kary związanej z nienależytym wykonaniem zobowiązania, ponieważ kara umowna za nienależyte wykonanie zobowiązania należy się wierzycielowi w razie jej zastrzeżenia, gdy świadczenie zostało wprawdzie spełnione przez dłużnika, ale w sposób nienależyty, tzn. gdy zaistniała rozbieżność między zakresem zaspokojenia wierzyciela przewidzianym w treści zobowiązania a zaspokojeniem uzyskanym w rzeczywistości, natomiast obowiązek zapłaty kary umownej zastrzeżonej za niewykonanie zobowiązania powstaje, gdy zobowiązanie nie zostało wykonane, a zatem gdy dłużnik nie spełnił świadczenia, które zgodnie z treścią zobowiązania należy się wierzycielowi, przy czym nastąpiło to z powodu okoliczności, za które dłużnik odpowiada. Spełnienie jedynie części świadczenia jest równoznaczne z niespełnieniem

świadczenia, a tym samym z niewykonaniem zobowiązania. Dlatego nie jest możliwe kumulowanie kary umownej przewidzianej za nienależyte wykonanie zobowiązania, np. wykonanie ze zwłoką, z karą umowną za niewykonanie tego samego zobowiązania, ponieważ kary te wzajemnie się one wykluczają. Odstąpienie od umowy powoduje przekształcenie się stanu zwłoki w stan niewykonania zobowiązania i strona może dochodzić kary umownej przewidzianej na wypadek odstąpienia od umowy, tj. kary przewidzianej na wypadek niewykonania zobowiązania z wyłączeniem możliwości równoczesnego dochodzenia kary umownej zastrzeżonej z tytułu zwłoki lub opóźnienia jako jednej z postaci nienależytego wykonania zobowiązania. W konsekwencji jeśli doszło zatem do odstąpienia od umowy w całości, należna jest tylko kara za odstąpienie (uchwała Sądu Najwyższego - Izba Cywilna z dnia 18 lipca 2012 r. III CZP 39/12).
W konsekwencji w opinii Odwołującego, postanowienie §15 ust. 4 wzoru umowy jako sprzeczny z art. 353(1) w zw. z art. 5 oraz 484 ust. 1 w zw. z art. 494 ustawy Kodeks cywilny w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, w zw. z art. 16 ustawy Prawo zamówień publicznych powinien zostać usunięty jako związany z nadużyciem przez Zamawiającego uprawnienia wynikającego ze swobody kształtowania warunków umowy.
W ocenie Odwołującego zasady waloryzacji zostały ustalone przez Zamawiającego w sposób sprzeczny z celem wyrażonym w art. 439 ustawy Prawo zamówień publicznych - waloryzacja jest pozorna i stanowi obejście przepisów nakazujących jej wprowadzenie i przeprowadzenie bowiem w praktyce nie spełni swojej funkcji.
Zamawiający w § 20 wzoru umowy stanowiącego załącznik do SWZ wprowadził uregulowania będące podstawą przyszłej waloryzacji wynagrodzenia Wykonawcy. Odwołujący wskazał, że pomimo wprowadzenia tych zapisów Zamawiający nie spełnił wymagań określonych w art. 439 ustawy Prawo zamówień publicznych, a przewidziane przez Zamawiającego zasady waloryzacji wynagrodzenia mają charakter pozorny, tj. zawierają warunki, które powodują, że waloryzacja wynagrodzenia Wykonawcy nie wiadomo czy nastąpi, uzależnia waloryzację od limitu zmiany wynagrodzenia uniemożliwiającego przywrócenie ekonomicznej równowagi stron.
Zdaniem Odwołującego przewidziana przez Zamawiającego klauzula waloryzacyjna została sformułowana tak, że po jej zastosowaniu dalsze ryzyko zmiany cen ma zostać poniesione przez Wykonawcę. W ocenie Odwołującego ma to zapewnić, by §20 dotyczący waloryzacji wynagrodzenia w praktyce w trakcie realizacji zamówienia był zastosowany jedynie w ograniczonym zakresie jednocześnie uniemożliwiając przewrócenie ekwiwalentności świadczeń stron. Powyższe prowadzi do wniosku, że wprowadzona klauzula waloryzacyjna jest oderwana od obecnych i nieprzewidywalnych warunków rynkowych i tylko z pozoru przewiduje, że pozwoli wykonawcy przywrócić równowagę ekonomiczną zachwianą wzrostem cen.
W ocenie Odwołującego przyjęty przez Zamawiającego we wzorze umowy sposób waloryzacji wynagrodzenia nie prowadzi do przywrócenia równowagi ekonomicznej stron, ma charakter w znacznej części pozorny i przerzuca na wykonawcę ryzyko zmiany cen, które obecnie jest nieprzewidywalne. Zgodnie z zapisami § 20 ust. 19 Zamawiający zakłada poniesienie przez niego wyłącznie połowy kwoty waloryzacji wynagrodzenia, co przy uwzględnieniu wszystkich odnośnych okoliczności, w tym opisanego powyżej sposobu ustalania tej zmiany czyni z mechanizmu waloryzacji zapisanego umową instrument niepraktyczny, nierealny i pozorny który w żaden sposób nie może być traktowany jako spełaniający założenia i intencje ustawodawcy.
Nałożenie na wykonawcę obowiązku poniesienia kosztów energii cieplnej, niezwiązanych z realizacją umowy.
Jak wskazał Odwołujący, zgodnie z §5 ust. 3 wzoru umowy stanowiącego załącznik do SWZ wykonawca obciążony został obowiązkiem poniesienia wszystkich kosztów energii cieplnej na podstawie refaktur wystawionych przez Zamawiającego w oparciu o faktury wystawione zamawiającemu przez podmiot dostarczający (refakturowanie 100% kosztów).
Odwołujący podkreślił, że na etapie składania oferty wykonawca nie jest w stanie ocenić wysokości kosztów związanych ze zużyciem energii cieplnej, jakie zobowiązany byłby ponieść na skutek zużycia energii cieplnej przez zamawiającego. Wymóg poniesienia przez wykonawcę wszelkich kosztów związanych ze zużyciem energii cieplnej przez zamawiającego nie jest ponadto związany bezpośrednio z realizacją umowy przez wykonawcę.
Odwołujący argumentował, że na wykonawcę nałożony został wymóg skalkulowania w cenie oferty ryzyka, którego na etapie składania tej oferty nie jest w stanie określić i nie może też go przewidzieć na etapie zawierania umowy - co skutkuje obowiązkiem przyjęcia na siebie ryzyka poniesienia ewentualnych strat związanych z zaistnieniem niemożliwych do przewidzenia sytuacji. Zamawiający nie wyjaśnił podstawy do obciążenia wykonawcy koniecznością poniesienia wszelkich kosztów energii cieplnej zużytej, także tych nie związanych z realizacją umowy. Nałożenie na wykonawcę obowiązku ponoszenia kosztów zużycia energii cieplnej przez zamawiającego, zdaniem Odwołującego, jest przykładem nierównego rozkładu ryzyka kontraktowego tj. obarczenia wykonawcy odpowiedzialnością za działania i zaniechania podmiotów, za które, zgodnie z prawem odpowiedzialności nie ponosi. Takie postanowienia w opinii Odwołującego naruszają też art. 433 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, zgodnie z którym ustawodawca zakazał Zamawiającemu takiego kształtowania postanowień umownych, które nakładałoby na wykonawcę odpowiedzialność za okoliczności stanowiące wyłączną odpowiedzialność zamawiającego.
Ustanowienie przez Zamawiającego kar umownych w sposób nadużywający swobody Zamawiającego do kształtowania postanowień umownych.
W zakresie kary określonej w §15 ust. 1 lit. j) i p) tj. kary umownej za „nienależyte wykonanie umowy lub jej warunków innych niż wskazane powyżej oraz innych niż wyłączone na mocy art. 433 pkt 1 - 3 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz „w przypadku nienależytego wykonania umowy lub jej warunków innych niż wskazane powyżej."
Zdaniem Odwołującego Zamawiający narusza równowagę stror Umowy - gdyż w takim wypadku to Zamawiający posiada pełną dowolność w ocenie, czy nastąpiło nienależyte wykonanie umowy lub jej warunków, co powoduje, że może on celowo dążyć do nałożenia kary umownej na podstawie przesłanki nie znajdującej wprost podstawy w umowie. Jak wskazał Odwołujący, do elementów przedmiotowo istotnych regulujących karę umowną należy zaliczyć przede wszystkim określenie zobowiązania, bądź pojedynczego obowiązku, którego niewykonanie lub nienależyte wykonanie rodzi obowiązek zapłaty kary, a więc wskazanie tytułu jej naliczenia. W powołanych powyżej zapisach brak jest takiego obowiązku, gdyż Zamawiający ograniczył się do wskazania jako podstawy do naliczenia kary umownej ogólnikowego stwierdzenia „nienależytego wykonanie umowy lub jej warunków", co nie tylko nie może zostać uznane jako podstawa do zastrzeżenia kary umownej, lecz powodować może ryzyko bezpodstawnego wzbogacania się zamawiającego kosztem wykonawcy.

Izba ustaliła i zważyła co następuje:

§ 3 ust. 6 wzoru umowy stanowiącego załącznik do SWZ stanowi:
„W przypadku niewykonania przedmiotu umowy lub któregokolwiek z jego etapów w ustalonym terminie lub popadnięcie przez Wykonawcę w opóźnienie tak dalece, iż wykonanie całego przedmiotu umowy w ustalonym terminie nie jest

prawdopodobne, Zamawiający po uprzednim odstąpieniu od umowy w całości lub w części może powierzyć wykonanie dalszych prac innemu wykonawcy na koszt i niebezpieczeństwo Wykonawcy. Uprawnienie takie nie będzie Zamawiającemu przysługiwało, gdy niewykonanie przedmiotu umowy lub któregokolwiek z jego etapów w ustalonym terminie nastąpi na polecenie Zamawiającego."
Odwołujący nie wykazał, aby zacytowane postanowienie umowne dotyczące wykonania zastępczego, stanowiło nieprzewidziany dotychczas i sprzeczny z uregulowaniami ustawowymi instrument prawny.
Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie wskazał, że orzecznictwo dopuszcza umowne uregulowanie uprawnienia do wykonania zastępczego na koszt i ryzyko wykonawcy nienależycie wykonującego umowę, wywodząc takie uprawnienie ze swobody kontraktowania. Odwołujący nie zaprzeczył tej okoliczności.
Odwołujący w treści zarzutu wskazał, że powyższe postanowienie umowne stanowi nadużycie przez Zamawiającego uprawnienia wynikającego ze swobody kształtowania warunków umowy, poprzez nałożenie na wykonawcę obowiązku skalkulowania w cenie oferty ryzyka, którego na etapie składania tej oferty wykonawca nie jest w stanie określić i nie może też go przewidzieć na etapie zawierania umowy, co skutkuje obowiązkiem przyjęcia na siebie ryzyka poniesienia ewentualnych strat związanych z zaistnieniem niemożliwych do przewidzenia sytuacji.
Należy wskazać, że obowiązkiem wykonawcy jest kalkulowanie przedmiotu zamówienia, tego, co wynika z opisu przedmiotu zamówienia; realizację zamówienia wykonaną z należytą starannością. Nie jest obowiązkiem Zamawiającego określanie wielkości ryzyka, które stanowi wynik nieprawidłowej realizacji zamówienia przez wykonawcę. Nikt nie jest w stanie określić takiego ryzyka. Obowiązkiem wykonawcy, jak wskazano powyżej, jest oszacowanie przedmiotu zamówienia wykonanego z należytą starannością. To, jakie ryzyka wykonawca skalkuluje, jest jego samodzielną decyzją biznesową. Nie można natomiast zarzucić Zamawiającemu nieprawidłowości w sytuacji, gdy przewidział w treści wzoru umowy postanowienie, które nie narusza regulacji ustawowych, o czym powyżej.
Zamawiający podkreślał, że w spornym postanowieniu znalazły się wskazane przypadki, w jakich Zamawiający będzie mógł skorzystać ze wskazanej tam instytucji. Odstąpienie od umowy jest szczegółowo opisane w §16 – wskazano tam powody, dla których Zamawiający może odstąpić od umowy.
Nie można zatem stwierdzić, aby doszło do nadużycia przez Zamawiającego uprawnienia wynikającego ze swobody kształtowania warunków umowy. W konsekwencji nie można uznać, aby Zamawiający naruszył art. 353^1 w związku z art. 5 ustawy Kodeks cywilny w związku z art. 8 ust. 1, art. 16 pkt 1) oraz art. 99 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Zarzut opisany w odwołaniu pod numerem 1 podlegał oddaleniu.
Zgodnie z § 5 ust. 3 wzoru umowy stanowiącego załącznik do SWZ:
„Wykonawca ponosił będzie koszty zużycia mediów obejmujące koszty: wody, energii cieplnej i elektrycznej, a także wszelkich innych mediów wykorzystywanych w ramach realizacji umowy, do dnia odbioru końcowego. Od chwili przejęcia placu budowy do dnia odbioru końcowego Wykonawca zobowiązany jest do ponoszenia wszystkich kosztów energii cieplnej na podstawie refaktur wystawionych przez Zamawiającego w oparciu o faktury wystawione Zamawiającemu przez podmiot dostarczający (refakturowanie 100% kosztów). W zakresie pozostałych mediów (z wyłączeniem energii cieplnej) Wykonawca zobowiązany jest do zamontowania podliczników mediów, których wskazania stanowić będą podstawę obciążenia Wykonawcy przez Zamawiającego kosztem ich zużycia. Faktury z tytułu opłaty za media wystawiane będą każdorazowo przez Zamawiającego i potrącane z opłacanej faktury Wykonawcy. W przypadku, gdyby Wykonawca z jakiegokolwiek powodu nie zamontował podliczników, zobowiązany będzie do ponoszenia zryczałtowanych kosztów mediów, które strony ustalają na: energia elektryczna 1 %, woda i ścieki 0,5 % z każdej faktury wystawionej przez Wykonawcę, bez względu na to, czy Zamawiający uznał zasadność jej płatności czy nie. Faktury z tytułu opłaty za media wystawiane będą każdorazowo przez Zamawiającego z 7 - dniowym terminem płatności. Zamawiający uprawniony będzie do potrącenia należności z tytułu opłat za media z zobowiązaniami względem Wykonawcy wynikającymi z niniejszej umowy".
Z treści zacytowanego powyżej postanowienia jednoznacznie wynika, że Wykonawca będzie miał obowiązek ponoszenia kosztów energii cieplnej tylko od chwili przejęcia placu budowy do dnia odbioru końcowego, a zatem ponoszenia kosztów wynikających z własnej bieżącej działalności Wykonawcy. Postanowienie to nie jest zatem niejasne. Nie jest tak, że Wykonawca będzie zmuszony do ponoszenia kosztów zużycia energii cieplnej za Zamawiającego, a zatem nie można uznać, że Zamawiający naruszył art. 433 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych.
Zamawiający nie obarczył Wykonawcy ryzykiem za działania podmiotu, za które nie powinien ponosić odpowiedzialności. W trakcie rozprawy z udziałem stron Zamawiający wyjaśnił, że postanowienie to należy czytać w całości łącznie. W pierwszym zdaniu znajduje się informacja, że w ramach realizacji umowy Wykonawca będzie ponosił koszty zużycia mediów, a w kolejnym zdaniu znajduje się informacja, w jaki sposób i w jakim zakresie będzie miało miejsce rozliczanie poszczególnych mediów. Wyjaśnił także, że z doświadczeń Zamawiającego wynika, że wykonawcy nie chcą rozliczać energii cieplnej, dlatego obecnie zdecydował się wprowadzić takie rozwiązanie. Wprowadzenie zatem takiego postanowienia wydaje się być uzasadnione. Nie można zatem stwierdzić, aby doszło do nadużycia przez Zamawiającego uprawnienia wynikającego ze swobody kształtowania warunków umowy.
W konsekwencji nie można uznać, aby Zamawiający naruszył art. 353^1 w związku z art. 5 ustawy Kodeks cywilny w związku z art. 8 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, w związku z art. 16 oraz 99 ust. 1 i 433 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych. Zarzut opisany w odwołaniu pod numerem 6 podlegał oddaleniu.
Zgodnie z § 15 ust. 1 lit. j) oraz p) wzoru umowy stanowiącego załącznik do SWZ:
„j) w przypadku nienależytego wykonania umowy lub jej warunków innych niż wskazane powyżej oraz innych niż wyłączone na mocy art. 433 pkt 1 - 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, Wykonawca zapłaci Zamawiającemu karę umowną w kwocie 10 % wartości wynagrodzenia brutto, o którym mowa w § 8 ust. 1 umowy;
p) *w przypadku nienależytego wykonania umowy lub jej warunków innych niż wskazane powyżej Wykonawca zapłaci Zamawiającemu karę umowną w kwocie 5 % wartości wynagrodzenia brutto, o którym mowa w § 8 ust. 1 umowy".*
Odwołujący nie wykazał, aby powyżej zacytowane postanowienie było niejasne. Tego rodzaju postanowienie nie jest postanowieniem niespotykanym, a co najważniejsze, Odwołujący nie wykazał, aby naruszało wskazane przez niego przepisy prawa. Izba podziela stanowisko, zgodnie z którym okoliczności, w których Zamawiający będzie uprawniony do naliczania kar umownych, zostały we wzorze umowy wystarczająco precyzyjnie opisane. Izba podziela także stanowisko wyrażone w wyroku o sygnaturze akt KIO 2311/19, zgodnie z którym postanowienia wzoru umowy są wspólne wszystkim wykonawcom i będą dotyczyły w równym stopniu każdego wykonawcy, który uzyska zamówienie i zawrze z zamawiającym umowę na jego realizację. Po drugie - wykonawcom przyznano istotny instrument służący przeciwdziałaniu ryzyku naliczania kar umownych w postaci wyłącznego uprawnienia do ukształtowania ceny oferty w sposób owo ryzyko niwelujący, bądź minimalizujący.
W konsekwencji nie można uznać, aby doszło do naruszenia przez Zamawiającego art. 16 ustawy Prawo zamówień

publicznych, art. 8 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, art. 134 ust. 1 pkt 20 ustawy Prawo zamówień publicznych w związku z art. 353^1, art. 647 w związku z art. 483 i art. 473 § 1 ustawy Kodeks cywilny. Zarzut opisany w odwołaniu pod numerem 7 podlegał oddaleniu.
Zgodnie z § 9 ust. 11 wzoru umowy stanowiącego załącznik do SWZ:
„Strony uznają przy tym, że w ramach każdej pozycji kosztorysowej realizowanych prac część jej wartości w wysokości 20% stanowi wartość pozwolenia na użytkowanie obiektu, stanowiącego potwierdzenie przez właściwe urzędy prawidłowości wykonania prac. W związku z powyższym w przypadku, gdyby z jakichkolwiek powodów Wykonawca nie zakończył realizacji przedmiotu umowy i nie uzyskał pozwolenia na użytkowanie obiektów objętych przedmiotem umowy należne wykonawcy wynagrodzenie za wykonane prace obliczone zostanie zgodnie z pozycjami kosztorysowymi określonymi w kosztorysie ofertowym pomniejszonymi o równowartość 20% wartości kosztorysowej wszystkich zrealizowanych i zafakturowanych prac i dostaw objętych przedmiotem umowy."
Izba podziela stanowisko Odwołującego, zgodnie z którym zakwalifikowanie w powyższym przepisie 20% każdej pozycji kosztorysowej stanowi dodatkowe zabezpieczenie należytego wykonania umowy przez wykonawcę ponad to wynikające z ustawy Prawo zamówień publicznych - art. 450 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych w związku z art. 452 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych - i które to zabezpieczenie Zamawiający już we wzorze umowy przewidział w § 13 - poprzez zobowiązanie wykonawcy do wniesienia zabezpieczenia należytego wykonania umowy, w wysokości 5% wartości wynagrodzenia brutto za wykonanie przedmiotu umowy.
Powyższe postanowienie stanowi nadużycie Zamawiającego. Zamawiający przewidział w zacytowanym postanowieniu dodatkowe zabezpieczenie w sytuacji, gdy ustawa Prawo zamówień publicznych wyraźnie reguluje dopuszczalną maksymalną wysokość takiego zabezpieczenia. Zamawiający (jak wskazuje Odwołujący) przewidział w treści wzoru umowy zobowiązanie wykonawcy do wniesienia zabezpieczenie należytego wykonania umowy, w wysokości 5% wartości wynagrodzenia brutto za wykonanie przedmiotu umowy, zatem wprowadzenie dodatkowego zabezpieczenia jest nadużyciem. Zamawiający nie przedstawił również żadnej kalkulacji, z której miałaby wynikać taka wartość pozwolenia na użytkowanie obiektu.
W konsekwencji należało stwierdzić, że doszło do nadużycia przez Zamawiającego uprawnienia wynikającego ze swobody kształtowania warunków umowy i w konsekwencji naruszenia art. 450 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych w zw. z art. 452 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych w związku z art. 353^1 ustawy Kodeks cywilny. Zarzut opisany w odwołaniu pod numerem 2 podlegał zatem uwzględnieniu.
Zgodnie z § 9 ust. 7 lit. a) - b) wzoru umowy stanowiącego załącznik do SWZ:
„W przypadku, gdyby w wyniku zaistnienia sporu pomiędzy Wykonawcą a podwykonawcą lub dalszym podwykonawcą, na tle rozliczeń dotyczących inwestycji realizowanej na zamówienie Uniwersytetu Medycznego w Łodzi, Wykonawca nie mógł przedłożyć oświadczeń jednego lub większej ilości podwykonawców zgłoszonych, a niewyrejestrowanych zgodnie z niniejszym paragrafem, Zamawiający zrealizuje część płatności na rzecz Wykonawcy według następujących zasad:
a) Jeśli Wykonawca przedłoży zgodne oświadczenie stron sporu o wysokości kwot bezspornych i wysokości kwot spornych, wedle załącznika nr 7 do niniejszej umowy lub innej treści zaakceptowanej przez Uniwersytet Medyczny w Łodzi, Zamawiający wypłaci należne Wykonawcy wynagrodzenie pomniejszone o kwotę sporną powiększoną o 20 % jej wartości, która podlegać będzie zatrzymaniu do czasu rozwiązania sporu pomiędzy Wykonawcą a Podwykonawcą na zabezpieczenie roszczeń tego podwykonawcy w stosunku do Zamawiającego, z tym jednak, iż Wykonawca w takim przypadku zrzeka się względem Zamawiającego odsetek za opóźnienie w płatności tej należności, a w przypadku, gdyby w wyniku rozstrzygnięcia Zamawiający zobowiązany był do zapłaty na rzecz tego podwykonawcy kwoty większej niż zatrzymana (odsetki, koszty itp.), Wykonawca zobowiązany jest zapłacić na rzecz Zamawiającego kwotę różnicy;
b) Jeśli Wykonawca nie przedłoży zgodnego oświadczenie stron sporu o wysokości kwot bezspornych i wysokości kwot spornych, o którym mowa powyżej, Zamawiający wypłaci należne Wykonawcy Wynagrodzenie pomniejszone o kwoty zatrzymane na zabezpieczenie roszczeń tego podwykonawcy w stosunku do Zamawiającego. Zamawiający uprawniony będzie do zatrzymania kwoty stanowiącej równowartość nierozliczonej dotychczas części kontraktu tego podwykonawcy powiększonej o 20%. Wykonawca w takim przypadku zrzeka się względem Zamawiającego odsetek za opóźnienie w płatności tej należności, a w przypadku gdyby w wyniku rozstrzygnięcia Zamawiający zobowiązany był do zapłaty na rzecz tego podwykonawcy kwoty większej niż zatrzymana (odsetki, koszty itp.), Wykonawca zobowiązany jest zapłacić na rzecz Zamawiającego kwotę różnicy."
Zgodnie z art. 447 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, w przypadku nieprzedstawienia przez wykonawcę wszystkich dowodów zapłaty wstrzymuje się wypłatę wynagrodzenia na rzecz wykonawcy wyłącznie w części równej sumie kwot wynikających z nieprzedstawionych dowodów zapłaty. Jak słusznie zauważył Odwołujący, Zamawiający wprowadził do wzoru umowy w § 9 ust. 7 lit. a) i b) dodatkowy narzut (kaucję), którą uprawniony jest zatrzymać w przypadku zaistnienia sporu pomiędzy wykonawcą a podwykonawcą lub dalszym podwykonawcą - wynoszącą odpowiednio 20% kwoty spornej (w przypadku wypłaty przez Zamawiającego wynagrodzenia wykonawcy, gdy wykonawca przedłoży zgodne oświadczenie stron sporu o wysokości kwot bezspornych i wysokości kwot spornych), bądź 20% kwoty stanowiącej równowartość nierozliczonej dotychczas części kontraktu tego podwykonawcy (w przypadku, gdy wykonawca nie przedłoży zgodnego oświadczenia stron sporu o wysokości kwot bezspornych i wysokości kwot spornych). W rezultacie, nieprzedstawienie przez wykonawcę dowodów zapłaty wynagrodzenia na rzecz podwykonawców lub dalszych podwykonawców skutkować będzie wstrzymaniem wypłaty wynagrodzenia na rzecz wykonawcy w dodatkowej - nieznanej prawu zamówień publicznych - wysokości wynoszącej 20% kwoty spornej, bądź 20% kwoty stanowiącej równowartość nierozliczonej dotychczas części kontraktu podwykonawcy - podczas gdy zgodnie z art. 447 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, w przypadku nieprzedstawienia przez wykonawcę wszystkich dowodów zapłaty wstrzymuje się jedynie wypłatę wynagrodzenia na rzecz wykonawcy wyłącznie w części równej sumie kwot wynikających z nieprzedstawionych dowodów zapłaty.
Izba podziela stanowisko Odwołującego w całości. Artykuł 447 ustawy Prawo zamówień publicznych ma charakter normy ius cogens i nie jest możliwa jego zmiana. Skoro ustawa Prawo zamówień publicznych nie przewiduje uprawnienia Zamawiającego do wstrzymania wymagalnego wynagrodzenia ponad wysokość określoną w art. 447 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, to dodatkowe wstrzymywanie płatności lub odmowa wypłaty stanowi naruszenie art. 437 ust 1 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych w związku z art. 447 ust. 1 i 2 w związku z art. 16 pkt 1 - 3 ustawy Prawo zamówień publicznych. Wprowadzenie do wzoru umowy postanowienia § 9 ust. 7 lit. a) i b) jest sprzeczne z powyższymi przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych. Z powyższego względu zarzut opisany w odwołaniu pod numerem 3 został uwzględniony.
Zgodnie z § 15 ust. 4 wzoru umowy stanowiącego załącznik do SWZ:

„Odstąpienie przez którąkolwiek ze stron od zawartej umowy w całości lub niewykonanej części nie powoduje uchylenia obowiązku zapłaty kar umownych z tytułu zdarzeń zaistniałych w okresie jej obowiązywania."
Izba uznała za prawidłowe stanowisko Zamawiającego. Zamawiający wskazał, że orzecznictwo Sądu Najwyższego dotyczące możliwości kumulowania kar umownych z tytułu odstąpienia od umowy w całości jest niejednolite. Na potwierdzenie tego stanowiska Zamawiający powołał się na wyrok Sądu Najwyższego, który potwierdza stanowisko Zamawiającego (także Odwołujący na poparcie swojego stanowiska powołał się na wyrok Sądu Najwyższego). Wobec rozbieżności orzecznictwa dotyczącego możliwości kumulowania kar umownych przy odstąpieniu od umowy w całości, nie jest możliwe bezsporne stwierdzenie, że kwestionowany zapis wzoru umowy narusza przepisy prawa.
Odwołujący w ogóle nie zajął stanowiska w zakresie możliwości kumulowania kar umownych w przypadku częściowego odstąpienia od umowy. Zamawiający wskazał także, że Sąd Najwyższy dopuścił możliwość kumulowania kar umownych w przypadku, gdyby doszło do częściowego odstąpienia od umowy. Zamawiający powołując się na wyrok Sądu Najwyższego wskazał, że możliwe jest dochodzenie roszczeń z tytułu kary umownej za zwłokę lub opóźnienie oraz kary umownej za odstąpienie od umowy w przypadku, gdy odstąpienie od umowy następuje w odniesieniu do niewykonanej jej części. W konsekwencji należało uznać zarzut opisany w odwołaniu pod numerem 4 za bezzasadny.
Zgodnie z § 20 ust. 16 i 19 wzoru umowy stanowiącego załącznik do SWZ:
„16. Zmiana wynagrodzenia z tytułu zmiany cen materiałów i kosztów może nastąpić wyłącznie wtedy, gdy zgodnie z publikowanymi przez GUS wskaźnikami budowlanymi wartość cen produkcji budowlano montażowej w stosunku do miesiąca, w którym nastąpiło otwarcie ofert (2023r.) wzrosła powyżej 15%, a w przypadku kolejnej zmiany wynagrodzenia wyłącznie wtedy, gdy zgodnie z publikowanymi przez GUS wskaźnikami budowlanymi wartość cen produkcji budowlano montażowej w stosunku do pierwszego pełnego miesiąca po poprzedniej zmianie wynagrodzenia wzrosła powyżej 15%.
19. W przypadku zaistnienia opisanych powyżej przesłanek do zmiany wynagrodzenia z uwagi na wzrost cen materiałów lub kosztów strony ustalają, że z zastrzeżeniem postanowień ust. 13 - 18 niniejszego paragrafu, wynagrodzenie Wykonawcy w zakresie objętym wzrostem nastąpi:
j) w przypadku pierwszej zmiany wynagrodzenia w trakcie trwania umowy o 50% wartości wzrostu cen materiałów i kosztów zgodnie z publikowanymi przez GUS wskaźnikami wartość cen produkcji budowlano montażowej w stosunku do miesiąca, w którym nastąpiło otwarcie ofert (2023r.) pomniejszonego o 50% wartości, o jaką wzrosło wynagrodzenia za wykonanie prac objętych waloryzacją o z tytułu przesłanek opisanych w § 20 ust. 1 lit. a) - d) niniejszej umowy;
k) a w przypadku kolejnej zmiany wynagrodzenia o 50% wartości wzrostu cen produkcji budowlano montażowej w stosunku do pierwszego pełnego miesiąca po poprzedniej zmianie wynagrodzenia pomniejszonego o 50% wartości, o jaką wzrosło wynagrodzenia za wykonanie prac objętych waloryzacją o z tytułu przesłanek opisanych w § 20 ust. 1 lit. a) - d) niniejszej umowy."
Jak zauważył Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie, zarzut Odwołującego sprowadza się do zakwestionowania dwóch elementów klauzuli waloryzacyjnej zawartej we wzorze umowy: wysokość poziomu zmiany cen, która powodować będzie uruchomienie mechanizmu waloryzacyjnego oraz poniesienie przez Zamawiającego wyłącznie połowy kwoty waloryzacji wynagrodzenia. We wzorze umowy Zamawiający przewidział, że wzrost wysokości cen produkcji budowlano montażowej wynoszący 15% uprawnia wykonawcę do wystąpienia o zmianę wysokości należnego mu wynagrodzenia. Z treści samego odwołania wynika, że 15% wzrost cen materiałów budowlanych lub kosztów budowy nie jest nierealny. Odwołujący przedstawił dane, z których wynika, że w okresie trwania umowy wzrost cen o taki współczynnik jest możliwy. Jednocześnie Izba zauważa, że wynikający z art. 439 ustawy Prawo zamówień publicznych obowiązek wprowadzenia klauzul waloryzacyjnych nie nakłada obowiązku waloryzacji wynagrodzenia w przypadku każdego, nawet najmniejszego wzrostu cen, lecz daje zamawiającemu uprawnienie do określenia, jaka wielkość zmiany cen daje wykonawcy możliwość żądania podwyższenia wysokości wynagrodzenia. W świetle twierdzeń zawartych w odwołaniu nie można uznać, że przyjęty przez Zamawiającego poziom wzrostu cen, który powinien uruchomić mechanizm waloryzacji wynagrodzenia, jest poziomem nierealnym czy niezgodnym z uregulowaniami prawnymi.
W kwestii ponoszenia przez Zamawiającego połowy kwoty waloryzacji wynagrodzenia Izba zauważa, że przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych nie przewidują, aby wyłącznie zamawiający miał ponosić koszty związane z waloryzacją. Rozłożenie tych kosztów w równych częściach na obie strony umowy w ocenie Izby mieści się w zakresie uprawnień Zamawiającego. Powoduje to rozłożenie ryzyka gospodarczego na obie strony. Przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych nie przewidują, aby tylko jedna strona ponosiła ryzyko i koszty związane z potencjalnym wzrostem cen i kosztów wykonania umowy. W konsekwencji należało uznać zarzut opisany w odwołaniu pod numerem 5 za bezzasadny.
O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 557 oraz art. 574, 575 ustawy z 11.09.2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2023 r. poz. 1605 ze zm.) oraz w oparciu o przepisy § 5 pkt 1 lit. a) oraz § 5 pkt 2b), § 7 ust. 2 pkt 1), § 7 ust. 3 pkt 1), zaliczając w poczet kosztów postępowania uiszczony przez Odwołującego wpis od odwołania, koszty z tytułu zastępstwa procesowego pełnomocnika Odwołującego w wysokości 3600 zł, koszty z tytułu zastępstwa procesowego pełnomocnika Zamawiającego w wysokości 3600 zł (stosownie do § 5 pkt 2 lit b) wskazanego rozporządzenia).
Uwzględniając powyższe przepisy, Zamawiającego oraz Odwołującego obciążono kosztami postępowania odwoławczego proporcjonalnie do ilości zarzutów uwzględnionych i oddalonych.
W odwołaniu zostało podniesionych siedem zarzutów, w tym pięć zarzutów podlegało oddaleniu, dwa zarzuty podlegały uwzględnieniu. Stosownie do powyższego wyniku postępowania odwoławczego, Izba kosztami postępowania obciążyła Zamawiającego w wysokości 1/3 oraz Odwołującego w wysokości 2/3.
W konsekwencji, od Zamawiającego na rzecz Odwołującego zasądzono kwotę 5700 zł 00 gr, która stanowi w przybliżeniu 1/3 wysokości wpisu od odwołania, kwotę 1200 zł 00 gr, która stanowi 1/3 wartości wynagrodzenia pełnomocnika Odwołującego, a na rzecz pełnomocnika Zamawiającego zasądzono kwotę w wysokości 2400 zł, która stanowi 2/3 wartości wynagrodzenia wynikającego ze złożonego na rozprawie dokumentu.
Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w sentencji.

Przewodniczący:

……