

Sygn. akt: KIO 1893/23, 1915/23

**WYROK**  
**z dnia 24 lipca 2023 r.**

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Monika Szymanowska  
Członkowie: Justyna Tomkowska  
Agnieszka Trojanowska

Protokolant: Wiktoria Ceyrowska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 17 lipca 2023 r. w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 3 lipca 2023 r. przez:

I. odwołującego Mostostal Zabrze Gliwickie Przedsiębiorstwo Budownictwa Przemysłowego S.A. w Gliwicach sygn. akt: KIO 1893/23,

II. odwołującego PORR S.A. w Warszawie sygn. akt: KIO 1915/23,

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Miasto Gliwice przy udziale wykonawców:

– Mostostal Warszawa S.A. w Warszawie przystępującego po stronie odwołujących w sprawach sygn. akt: KIO 1893/23 i KIO 1915/23,

– Mirbud S.A. w Skierniewicach przystępującego po stronie odwołujących w sprawach sygn. akt: KIO 1893/23 i KIO 1915/23,

– Budimex S.A. w Warszawie przystępującego po stronie odwołującego w sprawie sygn. akt: KIO 1893/23 i przystępującego po stronie zamawiającego w sprawie sygn. akt: KIO 1915/23,

orzeka:

I. W przedmiocie odwołania sygn. akt: KIO 1893/23:

1. umarza postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutu nr 2, częściowo zarzutu nr 5 - § 7 ust. 15 wzoru umowy, zarzutu nr 6 i zarzutu nr 7,
2. częściowo uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu zmianę dokumentacji postępowania poprzez usunięcie z wzoru umowy § 4 ust. 10 lit. c, d, e i § 4 ust. 11,
3. w pozostałym zakresie oddala odwołanie,
4. kosztami postępowania odwoławczego w części 1/2 obciąża odwołującego Mostostal Zabrze Gliwickie Przedsiębiorstwo Budownictwa Przemysłowego S.A. w Gliwicach oraz w części 1/2 obciąża zamawiającego Miasto Gliwice i:
  - 4.1. zalicza na poczet kosztów postępowania kwotę 20 000,00 zł (dwadzieścia tysięcy złotych) uiszczoną przez odwołującego Mostostal Zabrze Gliwickie Przedsiębiorstwo Budownictwa Przemysłowego S.A. w Gliwicach tytułem wpisu od odwołania,
  - 4.2. zasądza od zamawiającego Miasta Gliwice na rzecz odwołującego Mostostal Zabrze Gliwickie Przedsiębiorstwo Budownictwa Przemysłowego S.A. w Gliwicach kwotę 9 681,00 zł (dziewięć tysięcy sześćset osiemdziesiąt jeden złotych) tytułem zwrotu kosztów postępowania odwoławczego,
  - 4.3. znosi wzajemnie pozostałe koszty stron postępowania odwoławczego.

I. W przedmiocie odwołania sygn. akt: KIO 1915/23:

1. umarza postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutów nr 1 i nr 3 oraz częściowo zarzutu nr 2 - § 3 ust. 2 pkt 67, § 6 ust. 9 (lit. c), § 6 ust. 15 (lit. f), § 11 ust. 2 pkt 1 (lit. i), § 11 ust. 2 pkt 11 (lit. j) wzoru umowy i pkt 7 załącznika nr 10 do wzoru umowy (lit. k),
2. w pozostałym zakresie uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu zmianę dokumentacji postępowania poprzez usunięcie z wzoru umowy: § 3 ust. 2 pkt 17, § 4 ust. 10 lit. c, d, e, § 4 ust. 11, § 6 ust. 11, § 6 ust. 13, § 7 ust. 11 i 18, § 7a ust. 16, § 11 ust. 2 pkt 10,
3. kosztami postępowania odwoławczego obciąża zamawiającego Miasto Gliwice i:
  - 3.1. zalicza na poczet kosztów postępowania kwotę 20 000,00 zł (dwadzieścia tysięcy złotych) uiszczoną przez odwołującego PORR S.A. w Warszawie tytułem wpisu od odwołania,
  - 3.2. zasądza od zamawiającego Miasta Gliwice na rzecz odwołującego PORR S.A. w Warszawie kwotę 23 600,00 zł (dwadzieścia trzy tysiące sześćset złotych) tytułem zwrotu kosztów postępowania odwoławczego.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022 r. poz. 1710 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:.....  
Członkowie: .....

**Uzasadnienie**

**wyroku z dnia 24 lipca 2023 r. w sprawie o sygn. akt: KIO 1893/23, KIO 1915/23**

Zamawiający – Miasto Gliwice ul. Zwycięstwa 21, 44-100 Gliwice, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn.: "Budowa szpitala miejskiego", o ogłoszeniu o zamówieniu publicznym opublikowanym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 22 czerwca 2023 r. pod nr 2023/S 119-373683. Postępowanie na roboty budowlane, o wartości powyżej kwoty określonej w przepisach wydanych na podstawie art. 3 ust. 3 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022 r. poz. 1710 ze zm.) dalej zwanej „p.z.p.”, jest prowadzone przez zamawiającego w trybie przetargu nieograniczonego.

Odwołanie w sprawie o sygn. akt: KIO 1893/23:

W dniu 3 lipca 2023 r. odwołanie wobec treści dokumentacji postępowania wniósł wykonawca Mostostal Zabrze Gliwickie Przedsiębiorstwo Budownictwa Przemysłowego S.A. Plac Piastów 10, 44-101 Gliwice (dalej zwany „odwołującym” lub „odwołującym Mostostal”). We wniesionym środku zaskarżenia odwołujący postawił zamawiającemu

następujące zarzuty naruszenia (pisownia oryginalna):

- 1.art. 647 Kodeksu cywilnego (dalej: „kc”), art. 353<sup>1</sup> kc, art. 58 § 1 i 2 kc, art. 5 kc, w związku z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp, art. 16 pkt 1-3 ustawy Pzp, art. 431 ustawy Pzp, art. 464 ustawy Pzp poprzez ukształtowanie postanowień i rozwiązań umowy w sposób sprzeczny z ww. przepisami, w tym z naturą stosunku prawnego umowy o roboty budowlane, zasadą równowagi stron stosunku zobowiązaniowego, zasadami współzycia społecznego, przepisami kodeksu cywilnego, a tym samym w sposób naruszający naczelną zasady prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, tj. zasadę uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, zasadę przejrzystości i zasadę proporcjonalności (adekwatności), jak również naruszenie art. 99 ust. 1 i 4 ustawy Pzp w zw. z art. 103 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 134 ust. 1 pkt 4) oraz art. 464 ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp oraz art. 462 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 16 pkt 1-3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie sporządzenia opisu przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniających wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie pełnej i ważnej oferty oraz narzucenie wykonawcom obowiązków nadmiernych i sprzecznych z obowiązującymi przepisami prawa, które powodują niemożliwy do oszacowania wzrost kosztów realizacji zamówienia, a także utrudniają zatrudnianie podwykonawców, co przejawia się we wprowadzeniu do Wzoru umowy postanowień, na mocy których wykonawca ma obowiązek zawarcia w umowie podwykonawczej bezwarunkowego oświadczenia podwykonawcy o kumulatywnym przystąpieniu do długu wykonawcy w zakresie odpowiedzialności związanej z niewykonaniem lub nienależytym wykonaniem zobowiązań (w tym zobowiązań związanych z udzieloną rękojmią lub gwarancją) wynikających z umowy w sprawie zamówienia publicznego w części objętej umową o podwykonawstwo do kwoty wynikającej z umowy o podwykonawstwo, ponadto umowa podwykonawcza musi zawierać zgodę wykonawcy na kumulatywne przystąpienie do długu przez podwykonawcę, ponadto umowa podwykonawcza musi zawierać solidarne zobowiązanie wykonawcy i podwykonawcy do przekazania Zamawiającemu oświadczenia o kumulatywnym przystąpieniu do długu, którego wzór stanowi załącznik nr 8 (o treści jak zobowiązania gwarancyjne wynikające z umowy w sprawie zamówienia publicznego), co w konsekwencji zwiększa w sposób nieokreślony koszt zatrudniania podwykonawców oraz prowadzi do naruszenia praw wykonawcy,
- 2.art. 387 § 1 kc, art. 647 kc, art. 353<sup>1</sup> kc, art. 58 § 1 i 2 kc, art. 5 kc, w związku z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp, art. 16 pkt 1-3 ustawy Pzp, art. 431 ustawy Pzp poprzez ukształtowanie postanowień i rozwiązań umowy w sposób sprzeczny z ww. przepisami, w tym z naturą stosunku prawnego umowy o roboty budowlane, zasadą równowagi stron stosunku zobowiązaniowego, zasadami współzycia społecznego, przepisami kodeksu cywilnego zgodnie z którymi umowa o świadczenie niemożliwe jest nieważna, a tym samym w sposób naruszający naczelną zasady prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, tj. zasadę uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, zasadę przejrzystości i zasadę proporcjonalności (adekwatności), jak również naruszenie art. 99 ust. 1 i 4 ustawy Pzp w zw. z art. 103 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 134 ust. 1 pkt 4) w zw. z art. 16 pkt 1-3 ustawy Pzp poprzez sporządzenie opisu przedmiotu zamówienia w sposób, który nie uwzględnia wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie i wycenę oferty, poprzez narzucenie Wykonawcy obowiązków niemożliwych do wykonania, które powodują niemożliwy do oszacowania wzrost kosztów realizacji zamówienia, a także utrudniają uczciwą konkurencję, co przejawia się we wprowadzeniu do opisu przedmiotu zamówienia oraz Wzoru umowy postanowień, na mocy których wykonawca ma w każdym przypadku obowiązek uzyskania pozwoleń i decyzji umożliwiających oddanie obiektu do użytkowania, w tym uzyskania decyzji o pozwoleniu na użytkowanie, oraz we wprowadzeniu do Wzoru umowy postanowień, na mocy których warunkiem zakończenia odbioru końcowego przedmiotu umowy jest przedstawienie Zamawiającemu protokołu obowiązkowej kontroli właściwego Inspektora Nadzoru Budowlanego z pozytywnym stanowiskiem organu (w przypadku braku przeprowadzania obowiązkowej kontroli przez organ – przedstawienie potwierdzenia, że organ nie zgłasza sprzeciwu na rozpozycie użytkowania obiektu) wraz z ostateczną decyzją o pozwoleniu na użytkowanie, a warunkiem zwrotu zabezpieczenia należytego wykonania umowy oraz rozliczenia końcowego przedmiotu umowy jest przekazanie do użytkownika przedmiotu umowy,
- 3.art. 16 pkt 1, 2 i 3 w zw. z art. 134 ust. 1 pkt 4, 6 i 20, oraz art. 99 ust. 1 i 4 Pzp, art. 436 ust. 1 pkt 1 Pzp, a także art. 5, art. 353<sup>1</sup> k.c. w zw. z art. 8 ust. 1 Pzp poprzez zaniechanie dokonania opisu przedmiotu zamówienia, w tym warunków jego realizacji wskazanych we Wzorze umowy (w zakresie wskazanym poniżej) w sposób jednoznaczny i wyczerpujący za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń oraz w sposób uwzględniający wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie i kalkulację oferty, co powoduje niemożliwy do oszacowania wzrost kosztów realizacji zamówienia oraz utrudnia uczciwą konkurencję, a także sporządzenie Wzoru umowy w sposób naruszający zasady współzycia społecznego oraz niegwarantujący zachowania równowagi stron stosunku zobowiązaniowego, wzajemności świadczeń i uczciwej konkurencji, co przejawia się w nieprawidłowym określeniu terminu realizacji umowy, tj. bez rozróżnienia czy Zamawiający skorzysta z prawa opcji czy nie i w jakim konkretnie zakresie, co z kolei uniemożliwia dokładne ustalenie kosztów świadczenia wykonawcy i dokonanie rzetelnej wyceny oferty,
- 4.art. 16 pkt 1, 2 i 3 w zw. z art. 134 ust. 1 pkt 4, 6 i 20, oraz art. 99 ust. 1 i 4 Pzp, art. 436 ust. 1 pkt 1 Pzp, a także art. 5, art. 353<sup>1</sup> k.c. w zw. z art. 8 ust. 1 Pzp poprzez zaniechanie dokonania opisu przedmiotu zamówienia, w tym warunków jego realizacji wskazanych we Wzorze umowy (w zakresie wskazanym poniżej) w sposób jednoznaczny i wyczerpujący za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń oraz w sposób uwzględniający wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie i kalkulację oferty, co powoduje niemożliwy do oszacowania wzrost kosztów realizacji zamówienia oraz utrudnia uczciwą konkurencję, a także sporządzenie Wzoru umowy w sposób naruszający zasady współzycia społecznego oraz niegwarantujący zachowania równowagi stron stosunku zobowiązaniowego, wzajemności świadczeń i uczciwej konkurencji, co przejawia się w przyznaniu Zamawiającemu prawa do jednostronnego ukształtowania terminu zakończenia przedmiotu umowy w razie uruchomienia przez Zamawiającego prawa opcji w terminie późniejszym niż 6 miesięcy przed terminem określonym w §2 ust. 2 Wzoru umowy, co może skutkować wydłużeniem zakończenia przedmiotu umowy nawet do 6 miesięcy, co z kolei uniemożliwia dokładne ustalenie kosztów świadczenia wykonawcy i dokonanie rzetelnej wyceny oferty,
- 5.art. 647 kc, art. 353<sup>1</sup> kc, art. 58 § 1 i 2 kc, art. 5 kc, w związku z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp, art. 16 pkt 1-3 ustawy Pzp, art. 431 ustawy Pzp poprzez ukształtowanie postanowień i rozwiązań umowy w sposób sprzeczny z ww. przepisami, w tym z naturą stosunku prawnego umowy o roboty budowlane, zasadą równowagi stron stosunku

zobowiązaniowego, zasadami współzycia społecznego, przepisami kodeksu cywilnego, a tym samym w sposób naruszający naczelną zasadę prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, tj. zasadę uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, zasadę przejrzystości i zasadę proporcjonalności (adekwatności), jak również naruszenie art. 436 pkt 2 ustawy Pzp oraz art. 441 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 16 pkt 1-3 ustawy Pzp poprzez brak uwzględnienia we Wzorze umowy, że w razie skorzystania przez Zamawiającego z prawa opcji, zwłaszcza na późnym etapie realizacji części podstawowej, Wykonawca w celu wykonania uruchomionej opcji może ponieść dodatkowe i nieprzewidziane koszty, które są niemożliwe do oszacowania na etapie przygotowania oferty, oraz poprzez brak uwzględnienia we Wzorze umowy, że w razie skorzystania przez Zamawiającego z prawa opcji i wydłużenia terminu zakończenia przedmiotu umowy Wykonawca powinien otrzymać całe wynagrodzenie za wykonanie części podstawowej po jej wykonaniu, możliwie szybko i bez wstrzymywania zapłaty całości tego wynagrodzenia do momentu odbioru przez Zamawiającego robót wykonanych w ramach uruchomionej opcji,

6.art. 16 pkt 1-3 ustawy Pzp oraz art. 17 ust 1 ustawy Pzp w związku z art. 431 ustawy Pzp w związku z art. 439 ust. 1 i ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp w związku z art. 8 ustawy Pzp w zw. z art. 58 kc, art. 353<sup>1</sup> kc oraz art. 5 kc, poprzez ukształtowanie projektowanych postanowień umowy w zakresie waloryzacji wynagrodzenia wykonawcy w ten sposób, że poziom zmiany ceny materiałów lub kosztów, został ustalony na bardzo wysokim poziomie, co powoduje, że postanowienia umowy w zakresie waloryzacji mają charakter fasadowy, nie nadają się do praktycznego zastosowania, a zatem zostały sformułowane w sposób sprzeczny z przepisami prawa lub zmierzający do ich obejścia,

7.art. 16 pkt 1-3 ustawy Pzp oraz art. 17 ust 1 ustawy Pzp w związku z art. 431 ustawy Pzp w związku z art. 439 ust. 1 i ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp w związku z art. 8 ustawy Pzp w zw. z art. 58 kc, poprzez przyjęcie jako wskaźnika dla określenia wysokości zmiany wynagrodzenia dla zmiany cen materiałów wskaźnika, który jest nieadekwatny i nieodpowiedni, gdyż w ogóle nie uwzględnia i nie odnosi się do zmiany cen znacznej części materiałów niezbędnych do realizacji zamówienia, a nie będących materiałami budowlanymi, materiałami instalacyjnymi ani materiałami elektrycznymi,

i żądał nakazania zamawiającemu modyfikacji dokumentacji postępowania w sposób wskazany w uzasadnieniu środka zaskarżenia. W uzasadnieniu odwołania, w przedmiocie zarzutów, które zostały merytorycznie rozpoznane przez Izbę, wskazano jak niżej.

W zakresie zarzutu nr 1 odwołujący wskazał, że w § 4 ust. 10 i 11 wzoru umowy (załącznik nr 7 do SWZ) zamawiający określił następujące „wymagania dotyczące umowy o podwykonawstwo, której przedmiotem są roboty budowlane, których niespełnienie spowoduje zgłoszenie przez Zamawiającego odpowiednio zastrzeżeń lub sprzeciwu: (...) c. umowa musi zawierać bezwarunkowe oświadczenie Podwykonawcy o kumulatywnym przystąpieniu do długu Wykonawcy w zakresie odpowiedzialności związanej z niewykonaniem lub nienależytym wykonaniem zobowiązań (w tym zobowiązań związanych z udzieloną rękojmią lub gwarancją) wynikających z niniejszej umowy w części objętej umową o podwykonawstwo do kwoty wynikającej z umowy o podwykonawstwo, d. umowa musi zawierać zgodę Wykonawcy na kumulatywne przystąpienie do długu przez Podwykonawcę, o którym mowa w lit. c), e. umowa musi zawierać solidarne zobowiązanie Wykonawcy i Podwykonawcy do przekazania Zamawiającemu oświadczenia o kumulatywnym przystąpieniu do długu, którego wzór stanowi załącznik nr 8 (o treści jak zobowiązania gwarancyjne wynikające z niniejszej umowy). 11. Oryginał oświadczenia, o którym mowa w ust. 10 lit. e) Wykonawca przekaże/doręczy Zamawiającemu w terminie 14 dni od daty zawarcia umowy o podwykonawstwo.”

Kwestionowane postanowienia wzoru umowy stanowią nieumocowaną ustawowo, nadmierną i niedopuszczalną ingerencję w treść umów podwykonawczych zawieranych przez wykonawcę/podwykonawcę z osobami trzecimi, zgodnie z zasadą swobody umów, której ograniczenie nie ma podstaw na gruncie ustawy p.z.p., w tym w art. 464 ust. 3 pkt 1 p.z.p. Wprowadzenie dodatkowego obowiązku przyjęcia przez podwykonawcę odpowiedzialności za dług wykonawcy wobec zamawiającego jest konstrukcją sprzeczną z naturą stosunku wynikającego z umowy o podwykonawstwo, której przedmiotem są roboty budowlane, gdyż umowa ta ze swej istoty przewiduje odpowiedzialność podwykonawcy tylko przed wykonawcą w ramach zawartej przez nich umowy o podwykonawstwo, a nie odpowiedzialność podwykonawcy przed inwestorem. Zgodnie z przepisem art. 474 k.c., interes inwestora jest wystarczająco chroniony tym, że wykonawca odpowiada przed nim za działania lub zaniechania podwykonawców jak za własne działania i zaniechania.

Przedmiotowe postanowienia wzoru umowy są w ocenie odwołującego ewidentnie sprzeczne również z celem przepisu art. 464 ust. 3 pkt 1 p.z.p., którym jest ochrona interesów podwykonawców w zamówieniach publicznych, w szczególności przez zabezpieczenie zapłaty ich wynagrodzenia przez zamawiającego. Wprowadzone przez zamawiającego postanowienia umowy nie tylko nie zapewniają podwykonawcom zapłaty ich wynagrodzenia przez zamawiającego, ale przeciwnie przewidują, że to podwykonawcy mogą być zmuszeni do zapłaty zamawiającemu np. kar umownych na podstawie umowy zamawiającego z wykonawcą. Wprowadzony wymóg ogranicza - bez racjonalnego uzasadnienia i wbrew intencji ustawodawcy - dostęp do udziału w realizacji zamówienia publicznego wielu małym i średnim, lokalnym przedsiębiorcom budowlanym, którzy mogliby występować jako podwykonawcy, ale w tych warunkach nie będą w stanie przyjąć na siebie dodatkowej odpowiedzialności względem zamawiającego, rozszerzonej o zobowiązania wykonawcy wynikające z umowy wykonawcy z zamawiającym (w tym np. z tytułu kar liczonych nie od wartości robót podwykonawcy, lecz od wartości całego zamówienia).

Zważywszy na skutki finansowe kwestionowanych postanowień wzoru umowy dla ewentualnych podwykonawców, postanowienia te wprowadzają bardzo poważne utrudnienia w zatrudnianiu podwykonawców, które nie jest uzasadnione żadnym istotnym interesem zamawiającego (wobec którego wykonawca ponosi przecież pełną odpowiedzialność za należyte wykonanie całości zamówienia, w tym także za część zamówienia realizowaną przy pomocy podwykonawców wykonawcy) i musi być uznane za nadmierne. Tak istotne utrudnienie będzie skutkowało znaczącym podniesieniem kosztów zatrudnienia podwykonawców do realizacji zamówienia, a co za tym idzie znaczącym podniesieniem kosztów realizacji niniejszego zamówienia i cen oferowanych przez wykonawców zamawiającemu. Wszyscy wykonawcy będą bowiem musieli uwzględnić w swoich ofertach fakt, że ich przyszli podwykonawcy podniosą swoje ceny rynkowe o koszt dodatkowego, niestandardowego ryzyka wynikającego z zobowiązania do przyjęcia odpowiedzialności finansowej za cudzy dług (w tym np. odpowiedzialności z tytułu kar za zwłokę w robotach liczonych nie od wartości robót podwykonawcy, lecz od wartości całego zamówienia - bo na podstawie umowy wykonawcy z zamawiającym). Zwiększenie bez istotnych powodów kosztów realizacji zamówienia publicznego narusza zdaniem odwołującego art. 44 ustawy o finansach publicznych, czyli zasadę celowego, racjonalnego wydatkowania środków publicznych przez zamawiającego oraz optymalnego doboru metod i środków

służących osiągnięciu założonych celów.

Kwestionowane postanowienia wprowadzają też dodatkowe, znaczące ekonomicznie świadczenie wykonawcy, które jednak nie zostało w ogóle ujęte w opisie przedmiotu zamówienia w SWZ, tj. zobowiązanie do świadczenia przez osobę trzecią, polegającego na przystąpieniu osoby trzeciej do długu wykonawcy wobec zamawiającego i przyjęcia przez osobę trzecią odpowiedzialności finansowej za cudzy dług. Wiadomo, że takie dodatkowe świadczenie musi rodzić negatywne skutki finansowe dla wykonawców, tj. musi wykonawców dodatkowo kosztować, ale nie sposób jednoznacznie oszacować ile konkretnie, bo to dodatkowe świadczenie nie zostało opisane przez zamawiającego w SWZ zgodnie z zasadami określonymi w art. 99 ust. 1 i 4 p.z.p., a więc w sposób umożliwiający wykonawcom wycenienie ryzyka i kosztów wynikających z kwestionowanych zapisów umowy. Z uwagi na konstrukcję prawną kwestionowanych postanowień należy także wskazać, że wprowadzają one nieprzewidziane w przepisach p.z.p. dodatkowe zabezpieczenie należytego wykonania umowy dla zamawiającego, wykraczające poza dopuszczalne formy i limity wartościowe dla takiego zabezpieczenia z art. 449-453 p.z.p., a więc stanowią one również naruszenie tych bezwzględnie obowiązujących przepisów Pzp.

Ponadto, skoro zgodnie z kwestionowanymi postanowieniami wzoru umowy, podwykonawca będzie odpowiadał bezpośrednio przed zamawiającym za należyte wykonanie robót wchodzących w skład niniejszego zamówienia publicznego, a zamawiający na podstawie odpowiednich przepisów będzie odpowiadał za bezpośrednią zapłatę wynagrodzenia tego podwykonawcy, to status takiego podwykonawcy w zakresie tej części zamówienia publicznego nie będzie się różnił od statusu wykonawcy, z tą jednak zasadniczą różnicą, że podwykonawca będzie wykonawcą wybranym niezgodnie z przepisami ustawy, a więc z naruszeniem art. 17 ust. 2 p.z.p.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu: a) wykreślenia z § 4 ust. 10 wzoru umowy (załącznik nr 7 do SWZ) liter od c do e, b) wykreślenia z § 4 wzoru umowy (załącznik nr 7 do SWZ) ustępu 11, c) wykreślenia z § 16 ust. 11 wzoru umowy (załącznik nr 7 do SWZ) załącznika nr 8 - wzór oświadczenia podwykonawcy o kumulatywnym przystąpieniu do długu, d) usunięcia załącznika nr 8 do umowy - wzór oświadczenia podwykonawcy o kumulatywnym przystąpieniu do długu.

W przedmiocie zarzutu nr 3 odwołujący podniósł, że zadanie będące przedmiotem zamówienia zostało podzielone na część podstawową i na opcje - informacje w tym zakresie znajdują się w dokumencie „opis podziału zadania na część podstawową i na część objętą prawem opcji” (załącznik nr 15 do SWZ). Jedyne uruchomienie wszystkich opcji jest równoznaczne ze zleceniem pełnego zakresu rzeczowego opisanego w niniejszym zamówieniu. Ponadto, zgodnie z § 15 Wzoru Umowy (Załącznik nr 7 do SWZ): „2. Skorzystanie z prawa opcji nie jest obowiązkowe dla Zamawiającego. W przypadku nie skorzystania przez Zamawiającego z prawa opcji Wykonawcy nie przysługuje żadne roszczenie z tego tytułu. 3. Zamawiający zastrzega sobie możliwość skorzystania z prawa opcji w niepełnym zakresie. 4. Warunkiem uruchomienia prawa opcji jest złożenie w formie pisemnej przez Zamawiającego oświadczenia woli o skorzystaniu z prawa opcji i jego zakresie. Strony dopuszczają możliwość złożenia tego oświadczenia na wskazany w umowie adres poczty elektronicznej Wykonawcy, tj. ....”

Kluczowe i niezbędne dla funkcjonowania szpitala instalacje są przedmiotem opcji nr 1 - wyposażenie i elementy wykończeniowe szpitala. Innymi słowy bez wykonania robót, które są przedmiotem opcji nr 1, nie będzie możliwe użytkowanie budynku szpitala, ponieważ obejmuje wykonanie szeregu niezbędnych robót praktycznie w każdej z branż. Jednocześnie w świetle postanowień wzoru umowy wykonawca nie ma żadnej gwarancji ani roszczenia o skorzystanie z prawa opcji przez zamawiającego. Decyzja w tym zakresie należy wyłącznie do zamawiającego. Zamawiający zastrzega sobie możliwość skorzystania z prawa opcji w niepełnym zakresie. W świetle postanowień SWZ nie ma zatem żadnej pewności czy zamawiający w ogóle uruchomi opcję nr 1, a jeśli tak, to w jakim konkretnie zakresie.

Zamawiający wskazał w § 2 ust. 2 Wzoru umowy (załącznik nr 7 do SWZ), że: „2. Termin zakończenia przedmiotu umowy Strony ustalają na: do 36 miesięcy od zawarcia umowy.” Odnosnie terminu wykonania opcji zamawiający wskazał w § 15 ust. 5 Wzoru umowy (załącznik nr 7 do SWZ), że: „5. Dla zakresu uruchomionego oświadczeniem woli, które dotyczy: - jednej opcji lub jej części, - kilku opcji (bez względu na to czy poszczególne opcje będą uruchamiane w całości czy w części), - wszystkich opcji. Zamawiający określa następujące terminy realizacji: a) dla zakresu uruchomionego przez Zamawiającego na min. 6 miesięcy przed terminem określonym w § 2 ust. 2 - termin realizacji zgodnie z § 2 ust. 2. b) dla zakresu uruchomionego przez Zamawiającego w terminie późniejszym niż 6 miesięcy przed terminem określonym w § 2 ust. 2 - termin realizacji uruchomionego zakresu do 6 miesięcy od dnia uruchomienia danego zakresu.”

Zamawiający przewidział co do zasady jeden i ten sam termin zakończenia przedmiotu umowy, wynoszący 36 miesięcy, zarówno w razie realizacji wyłącznie części podstawowej, jak i w razie uruchomienia wszystkich przewidzianych opcji. Na wykonanie wszystkich opcji wykonawca może mieć zaledwie 6 miesięcy (tylko tyle gwarantują mu postanowienia umowy) i to jeszcze przypadających w okresie 36 miesięcy, tj. w terminie realizacji wskazanym w § 2 ust. 2 wzoru umowy, który jest zarazem terminem realizacji części podstawowej zamówienia. Jedyne dla zakresu uruchomionego przez zamawiającego w terminie późniejszym niż 6 miesięcy przed terminem określonym w § 2 ust. 2 wzoru umowy termin realizacji uruchomionego zakresu będzie wynosił do 6 miesięcy od dnia uruchomienia danego zakresu.

Jednocześnie w § 10 ust. 1 pkt 1) wzoru umowy nie przewidziano w ogóle możliwości zmiany umowy w zakresie terminu realizacji przedmiotu umowy z powodu skorzystania przez zamawiającego z prawa opcji w terminie, o którym mowa w § 15 ust. 5 lit. a) wzoru umowy, czyli na min. 6 miesięcy przed terminem określonym w § 2 ust. 2 wzoru umowy. Zgodnie z § 10 ust. 1 pkt 1) lit. o) wzoru umowy zmiana terminu umownego oraz harmonogramu terminowo - finansowego wchodzi w rachubę wyłącznie w razie uruchomienia prawa opcji w terminie, o którym mowa w § 15 ust. 5 lit. b) umowy, czyli w terminie późniejszym niż 6 miesięcy przed terminem określonym w § 2 ust. 2 umowy - w takim wypadku termin realizacji uruchomionego zakresu będzie wynosił do 6 miesięcy od dnia uruchomienia danego zakresu. W każdym innym przypadku uruchomienia opcji wykonawca będzie musiał „zmieścić się” z jej realizacją w podstawowym terminie zakończenia przedmiotu umowy, określonym w § 2 ust. 2 wzoru umowy.

Kluczowe i niezbędne dla funkcjonowania szpitala instalacje są przedmiotem opcji nr 1 - wyposażenie i elementy wykończeniowe szpitala. Opcja ta obejmuje wykonanie szeregu niezbędnych robót praktycznie w każdej z branż. Co więcej, w zakres przewidziany do realizacji w ramach opcji wchodzi także: sprzęt medyczny i wyposażenie integralnie związane z wyposażeniem budynku (grupa 1 zestawienia wyposażenia), sprzęt medyczny i wyposażenie do wbudowania (grupa 2 zestawienia wyposażenia), sprzęt medyczny ruchomy (grupa 3 zestawienia wyposażenia), sprzęt i wyposażenie niemedyczne (grupa 4 zestawienia wyposażenia). Sprzęt medyczny i wyposażenie integralnie związane z wyposażeniem budynku (grupa 1 zestawienia wyposażenia) to m.in. tomografy komputerowe. Jest zatem oczywiste, że jeden i ten sam termin zakończenia przedmiotu umowy, zarówno dla części podstawowej, jak i dla opcji nr 1, nie

uwzględnia np. terminów produkcji urządzeń oraz technologicznej sekwencji ich montażu.

Jak wskazuje zamawiający w formularzu cenowym (załącznik nr 6 do SWZ) całkowita wartość opcji nr 1 nie może przekroczyć 53% wartości całego zadania. Jest zatem jasne, że opcja nr 1 pod względem wartości jest bardzo zbliżona lub nawet większa od części podstawowej – przy jednoczesnym założeniu jej realizacji w czasie sześciokrotnie krótszym (6 miesięcy w stosunku do 36 miesięcy dla części podstawowej). Wszystko to powoduje, że już wykonanie samej tylko opcji nr 1 w ciągu zaledwie 6 miesięcy będzie niemożliwe, a niemożliwość ta pogłębi się jeszcze w razie uruchomienia przez zamawiającego pozostałych opcji. W rezultacie wykonawca, z przyczyn całkowicie od niego niezależnych, a wynikających wyłącznie ze zbyt późno podjętej decyzji zamawiającego o uruchomieniu opcji, nie będzie w stanie wykonać zleconych mu opcji w terminie zakończenia przedmiotu umowy, wynoszącym 36 miesięcy. Brak odpowiedniego uwzględnienia w terminie realizacji umowy tego, czy zamawiający skorzysta z prawa opcji czy nie i w jakim konkretnie zakresie, jest niezrozumiały i nieuzasadniony zwłaszcza w świetle wskazanych w treści SWZ powodów niedokonania podziału zamówienia na części. Poszczególne sprzęty medyczne objęte opcją nr 1, szczególnie sprzęty wielkogabarytowe (np. tomografy komputerowe) muszą w odpowiednim momencie trwania robót budowlanych (np. przed zabudowaniem części ścian i stropów na trasie transportu, ale po uzyskaniu przez posadzkę odpowiedniej nośności, czyli na odpowiednim etapie realizacji części podstawowej) zostać przetransportowane po wyznaczonych trasach technologicznych w miejsca docelowe.

Wykonanie części podstawowej w sposób poprawny nie jest możliwe bez choćby częściowego uruchomienia przez zamawiającego odpowiednio wcześniej opcji nr 1 (tj. w zakresie dotyczącym dostaw sprzętu medycznego). Natomiast zbyt późne uruchomienie opcji w zakresie dotyczącym dostaw sprzętu medycznego wymusi ponowne wykonanie pewnego zakresu robót z części podstawowej, ze względu na konieczność np. wyburzenia ścian czy demontażu instalacji. Okoliczność ta nie została uwzględniona przez zamawiającego, który narzuca wykonawcom jeden termin realizacji umowy, tj. bez rozróżnienia czy zamawiający skorzysta z prawa opcji czy nie i w jakim konkretnie zakresie, a w jego ramach gwarantuje jedynie 6 miesięcy na wykonanie wszystkich przewidzianych przez zamawiającego opcji.

Odwolujący wniósł o nakazanie zamawiającemu: a) zmiany treści § 10 ust. 1 pkt 1) lit. o) we wzorze umowy (załącznik nr 7 do SWZ) na następującą: „uruchomienia prawa opcji”; b) zmiany treści § 15 ust. 5 we wzorze umowy (załącznik nr 7 do SWZ) na następującą: „W terminie do 14 dni od otrzymania przez Wykonawcę oświadczenia Zamawiającego Wykonawca przedstawi Zamawiającemu informację o wpływie oświadczenia na termin zakończenia przedmiotu umowy oraz harmonogram terminowo - rzeczowo - finansowy.”

Aktualnie przewidziana przez zamawiającego w § 10 ust. 1 pkt 1) lit. o) wzoru umowy możliwość zmiany terminu zakończenia przedmiotu umowy dotyczy wyłącznie przypadku uruchomienia prawa opcji w terminie późniejszym niż ostatnich 6 miesięcy realizacji przedmiotu umowy, a powinna dotyczyć każdego przypadku uruchomienia prawa opcji, bez względu na moment złożenia przez zamawiającego oświadczenia o skorzystaniu z prawa opcji. Zarówno skorzystanie z prawa opcji, jak i określenie zakresu, w jakim dana opcja zostaje uruchomiona, jest wyłączną kompetencją zamawiającego. Wykonawca powinien mieć zatem możliwość określenia wpływu oświadczenia zamawiającego na realizację przedmiotu umowy i uzgodnienia – poprzez zawarcie aneksu do umowy - ewentualnego nowego terminu zakończenia przedmiotu umowy. Skorzystanie z tej opcji przez zamawiającego na minimum 6 miesięcy przed terminem określonym w § 2 ust. 2 wzoru umowy w świetle aktualnego brzmienia nie będzie dawać podstaw do zmiany terminu realizacji umowy, a jednocześnie realizacja zakresu opcji nr 1 w 6 miesięcy jest obiektywnie niemożliwa. Konieczne jest zatem przewidzenie w umowie mechanizmu pozwalającego na dostosowanie terminu zakończenia przedmiotu umowy do zakresu uruchomionej lub uruchomionych przez zamawiającego opcji. Postulowane przez odwołującego zmiany umożliwią zrównoważenie interesów zamawiającego i wykonawcy, a jednocześnie pozwolą zamawiającemu na zabezpieczenie jego uzasadnionych potrzeb.

W przedmiocie zarzutu nr 4 odwołujący argumentował, iż w przypadku uruchomienia przez zamawiającego dowolnej opcji lub choćby jej części w terminie późniejszym niż 6 miesięcy przed terminem zakończenia przedmiotu umowy (zgodnie z § 15 ust. 5 lit. b) wzoru umowy), zamawiający dokona jednostronnie i samodzielnie zmiany (tj. wydłużenia) okresu realizacji umowy o nieokreślony czas (nie dłuższy niż 6 miesięcy) będzie to miało zasadniczy wpływ m.in. na:

- a) zabezpieczenie należytego wykonania umowy i na związane z nim koszty, gdyż wydłużenie okresu realizacji umowy o nieokreślony czas (nie dłuższy niż 6 miesięcy) pociągnie za sobą konieczność adekwatnego przedłużenia okresu ważności zabezpieczenia - § 9 ust. 4 wzoru umowy,
- b) okres gwarancji i rękojmi, który biegnie od momentu podpisania przez strony protokołu odbioru końcowego i oddania do użytkowania przedmiotu umowy - § 8 ust. 1 i 2 wzoru umowy i łatwo można sobie wyobrazić sytuację, w której zamawiający najpierw uruchamia opcję nr 1 w zakresie technologii medycznej i wyposażenia (sprzęt medyczny i wyposażenie) a następnie, kilka miesięcy później, uruchamia opcję w jakimkolwiek innym zakresie, odsuwając tym samym w czasie rozpoczęcie biegu okresu gwarancji i rękojmi także na sprzęt medyczny i wyposażenie. Taka sytuacja wymusi na wykonawcy, nie będącym przecież producentem sprzętu medycznego, zapewnienie odpowiedniego przedłużenia gwarancji producentów na zakupiony od nich sprzęt medyczny, co może się okazać się okazać bardzo kosztowne albo po prostu niemożliwe;
- c) formy rozliczeń i płatności za roboty, które uzależnione są od podpisania protokołu odbioru końcowego, co wobec skorzystania przez Zamawiającego z prawa opcji zostanie odsunięte w czasie - § 7 ust. 15 i § 7\* ust. 15 wzoru umowy. W rezultacie na etapie realizacji umowy może się okazać, że wykonawca będzie zmuszony kredytować zamawiającego dłużej, niż to szacował kalkulując cenę oferty, a ponadto na wyższą kwotę, tj. obejmującą oprócz 10% wynagrodzenia z tytułu części podstawowej dodatkowo 10% wynagrodzenia z tytułu wykonanej opcji;
- d) koszty wykonania zamówienia przez wykonawcę, w tym zwłaszcza koszty zatrudnienia potrzebnego personelu i utrzymania zaplecza budowy przez wydłużony okres realizacji umowy.

Przyznanie zamawiającemu prawa do jednostronnej i samodzielnej zmiany (tj. wydłużenia) okresu realizacji umowy o nieokreślony czas (nie dłuższy niż 6 miesięcy) nie tylko narusza podstawowe zasady prawa cywilnego oraz stanowi przekroczenie granicy swobody umów, ale również skutkuje brakiem możliwości oszacowania kosztów z tym związanych dla wykonawcy. Dotyczy to w szczególności kosztów zabezpieczenia należytego wykonania umowy, kosztów gwarancji i rękojmi, kosztów personelu i zaplecza budowy oraz kosztu zatrzymanego pieniądza. Ze względu na dużą liczbę opcji, możliwość ich uruchamiania w całości jak i w części niezależnie od siebie i w różnych terminach nie jest możliwe skalkulowanie kosztów wynikających z tego ryzyk i uwzględnienie ich w cenie oferty. Zarówno skorzystanie z prawa opcji, jak i określenie zakresu, w jakim dana opcja zostaje uruchomiona, jest wyłączną kompetencją zamawiającego. Wykonawca powinien mieć zatem możliwość określenia wpływu oświadczenia zamawiającego na

realizację przedmiotu umowy i uzgodnienia – poprzez zawarcie aneksu do umowy – ewentualnego nowego terminu zakończenia przedmiotu umowy. Przyznanie takiej kompetencji wyłącznie zamawiającemu w sposób oczywisty i nadmierny uprzywilejowuje go względem wykonawcy, co narusza wszystkie wskazane powyżej przepisy.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu: a) zmiany treści § 15 ust. 5 we wzorze umowy (załącznik nr 7 do SWZ) na następującą: „W terminie do 14 dni od otrzymania przez Wykonawcę oświadczenia Zamawiającego Wykonawca przedstawi Zamawiającemu informację o wpływie oświadczenia na termin zakończenia przedmiotu umowy oraz harmonogram terminowo - rzeczowo - finansowy.”

W przedmiocie zarzutu nr 5 wskazano co następuje. Część prac objętych opcjami (np. montaż sprzętu medycznego wielkogabarytowego) w sposób zasadniczy wpływa na zakres zamówienia objęty częścią podstawową zamówienia i jest z tym zakresem ściśle związana. Co więcej, zakres czynności koniecznych do wykonania w razie skorzystania przez zamawiającego z prawa opcji na późnym etapie realizacji części podstawowej (np. wyburzenie ścian, demontaże instalacji) jest niemożliwy do przewidzenia na etapie przygotowania oferty i kalkulacji ceny, gdyż jest uzależniony przede wszystkim od momentu złożenia przez zamawiającego oświadczenia o skorzystaniu z prawa opcji oraz od określenia zakresu, w jakim dana opcja zostaje uruchomiona. W konsekwencji odwołujący nie jest w stanie oszacować kosztów wynikających z tego ryzyk ani ująć ich w ramach wynagrodzenia umownego (ryczałtowego). Dlatego też w ocenie odwołującego w razie skorzystania przez zamawiającego z prawa opcji, zarówno termin realizacji przedmiotu umowy jak i dodatkowe i nieprzewidziane koszty z tym związane powinny zostać przez strony ustalone odrębnie.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu: a) zmiany treści § 15 ust. 5 we wzorze umowy (załącznik nr 7 do SWZ) na następującą: „W terminie do 14 dni od otrzymania przez Wykonawcę oświadczenia Zamawiającego Wykonawca przedstawi Zamawiającemu informację o wpływie oświadczenia na termin zakończenia przedmiotu umowy oraz harmonogram terminowo - rzeczowo - finansowy.” b) zmiany treści § 15 we wzorze umowy (załącznik nr 7 do SWZ) poprzez dodanie ustępu 7 o brzmieniu: „Jeżeli w wyniku skorzystania przez Zamawiającego z prawa opcji Wykonawca będzie musiał ponieść dodatkowe i nieprzewidziane koszty, wówczas jest zobowiązany poinformować o tym fakcie Zamawiającego w terminie wskazanym w ust. 5.” c) zmiany treści § 10 ust. 1 pkt 1) lit. o) we wzorze umowy (załącznik nr 7 do SWZ) na następującą: „uruchomienia prawa opcji”; d) zmiany treści § 10 we wzorze umowy (załącznik nr 7 do SWZ) poprzez dodanie w ustępie 1 punktu 16) o brzmieniu: „zmiana wynagrodzenia w przypadku konieczności poniesienia przez Wykonawcę dodatkowych i nieprzewidzianych kosztów wskazanych w § 15 ust. 7 Umowy.”

Ponadto, zgodnie z § 7 ust. 15 i § 7\* ust. 15 wzoru umowy: „Strony ustalają następujące formy rozliczeń i płatności za roboty: a) rozliczenie częściowe, realizowane po wykonaniu każdego elementu rozliczeniowego przedmiotu umowy określonego w harmonogramie terminowo - rzeczowo - finansowym, na podstawie protokołu odbioru częściowego, do wysokości 90% wynagrodzenia umownego dla uruchomionych części zadania; b) rozliczenie końcowe przedmiotu umowy na podstawie protokołu odbioru końcowego i przekazania do użytkowania przedmiotu umowy;”. W ramach rozliczenia końcowego przedmiotu umowy, które nastąpi dopiero na podstawie protokołu odbioru końcowego, wykonawca otrzyma 10% wynagrodzenia umownego dla uruchomionych części zadania, a zatem także 10% wynagrodzenia umownego dla części podstawowej (gwarantowanej).

Konsekwencją skorzystania z prawa opcji przez zamawiającego będzie możliwość wydłużenia terminu realizacji przedmiotu umowy o okres do 6 miesięcy (zgodnie z aktualnym brzmieniem wzoru umowy) albo o inny okres, ustalony przez strony na drodze aneksu do umowy - w razie uwzględnienia zarzutów i żądań odwołania dotyczących zmiany treści § 10 ust. 1 pkt 1) lit. o) wzoru umowy. Konsekwencją powyższego będzie z kolei przedłużenie o niemożliwy do oszacowania na etapie przygotowania oferty czas rozliczenia końcowego dla 10% wynagrodzenia umownego dla części podstawowej. W rezultacie na etapie realizacji umowy może się okazać, że wykonawca będzie zmuszony kredytować zamawiającego dłużej, niż to szacował kalkulując cenę oferty. Stanowi to dla odwołującego ryzyko niemożliwe do oszacowania i do wyceny na etapie sporządzania oferty.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu: zmiany treści § 7 ust. 15 lit. b) oraz § 7\* ust. 15 lit. b) we wzorze umowy (załącznik nr 7 do SWZ) na następującą: „rozliczenie końcowe przedmiotu umowy na podstawie protokołu odbioru końcowego i przekazania do użytkowania przedmiotu umowy; w przypadku zmiany terminu zakończenia przedmiotu umowy na skutek skorzystania przez Zamawiającego z prawa opcji rozliczenie końcowe przedmiotu umowy w zakresie części podstawowej zadania nastąpi nie później niż po upływie 39 miesięcy od dnia zawarcia umowy.”

Odwołanie w sprawie o sygn. akt: KIO 1915/23:

W dniu 3 lipca 2023 r. odwołanie wobec treści dokumentacji postępowania wniósł wykonawca PORR S.A, ul. Hołubcowa 123, 02-854 Warszawa (dalej zwany „odwołującym” lub „odwołującym PORR”). We wniesionym środku zaskarżenia odwołujący postawił zamawiającemu następujące zarzuty naruszenia (pisownia oryginalna):

- 1.art. 112 ust. 1 Pzp w zw. z art. 112 ust. 2 pkt 4 Pzp w zw. z art. 116 ust. 1 Pzp w zw. z art. 16 Pzp poprzez określenie warunków udziału w postępowaniu w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia, nadmierny i uniemożliwiający ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, tj.: a) postawienie wymogu, zgodnie z którym wykonawcy zobligowani są do dysponowania kierownikiem robót konstrukcyjno-budowlanych, który powinien legitymować się: – doświadczeniem w pełnieniu funkcji Kierownika budowy lub Kierownika robót konstrukcyjno-budowlanych przy realizacji co najmniej jednej budowy obejmującej budowę wyniesionego lądowiska dla helikopterów,
- 2.art. 353 [1] k.c. w zw. z art. 8 ust. 1 Pzp w zw. z art. 134 ust. 1 pkt 20 Pzp w zw. z art. 16 Pzp, w zw. z art. 58 k.c. poprzez ukształtowanie stosunku prawnego (umowy) w sposób sprzeczny z jego właściwością oraz zasadami współzależności społecznej, prowadzący do nadużycia przez Zamawiającego jego podmiotowego prawa poprzez rażące wykorzystanie dominującej pozycji „organizatora przetargu”, co znalazło odzwierciedlenie w szczególności w:
  - a) obciążeniu wykonawcy nieuzasadnionym ryzykiem kontraktowym w postaci obowiązku uwzględnienia w cenie oferty okoliczności, których nie sposób przewidzieć (§ 3 ust. 2 pkt 17 Wzoru Umowy),
  - b) narzuceniu wykonawcom obowiązku zawarcia w ewentualnych umowach z podwykonawcami nieuzasadnionych i nieproporcjonalnych postanowień, rażąco niekorzystnych dla wykonawców (§ 4 ust. 10 lit. c, d, e oraz § 4 ust. 11 Wzoru Umowy),
  - c) wprowadzeniu procedury wykonawstwa zastępczego bez uprzedniego wezwania Wykonawcy do usunięcia wad i wyznaczenia w tym przedmiocie odpowiedniego terminu (§ 6 ust. 9 Wzoru Umowy),
  - d) uzależnieniu dokonania odbioru robót od przedłożenia przez wykonawcę dokumentacji, która ma znaczenie tylko i wyłącznie z perspektywy dokonania zapłaty za realizację zamówienia, bez względu na stan zrealizowanych prac (§6 ust. 11 Wzoru Umowy),

- e) ustaleniu, że termin na zwrot zabezpieczenia należytego wykonania umowy rozpoczyna swój bieg po usunięciu wad stwierdzonych przy odbiorze końcowym i podpisaniu przez Stronę protokołu końcowego odbioru i przekazania do użytkownika przedmiotu umowy (§ 6 ust. 13 Wzoru Umowy),
- f) możliwości wstrzymania płatności dokonanej wykonawcy za przeprowadzone prace pomimo ich należytego wykonania (§ 6 ust. 15 Wzoru Umowy),
- g) uzależnieniu dokonania waloryzacji wynagrodzenia należnego wykonawcy od ewentualnego zdarzenia niezależnego zarówno od Zamawiającego jak i Wykonawcy, co czyni waloryzację przewidzianą w Postępowaniu jedynie iluzoryczną (§ 7 ust. 11 oraz § 7a ust. 16 Wzoru Umowy),
- h) uzależnieniu dokonania zapłaty wykonawcy od dołączenia do faktury (częściowej i końcowej) dokumentów pozyskanych od podmiotów trzecich, na co wykonawca nie ma pełnego wpływu (§ 7 ust. 18 Wzoru Umowy),
- i) rażącem wydłużeniu okresu upoważniającego Zamawiającego do odstąpienia od umowy w przypadku zaistnienia istotnej zmiany okoliczności powodującej, że wykonanie umowy lub jej części nie leży w interesie publicznym (§ 11 ust. 2 pkt Wzoru Umowy),
- j) wprowadzeniu arbitralnych, sprzecznych z celem tej instytucji i rodzących nieuzasadnione ryzyko po stronie wykonawcy, przesłanek odstąpienia od umowy (§ 11 ust. 2 pkt 10 i 11 Wzoru Umowy),
- k) ustaleniu rażąco krótkiego terminu na usunięcie określonego przez Zamawiającego katalogu wad (pkt 7 Załącznika nr 10 do Wzoru Umowy),

3.art. 97 ust. 1 w zw. z art. 16 Pzp poprzez ustanowienie wymogu wniesienia przez wykonawców zainteresowanych wzięciem udziału w Postępowaniu wadium w nadmiernej wysokości tj. 26 000 000,00 zł (dwadzieścia sześć milionów złotych 00/100), co, biorąc pod uwagę aktualną sytuację rynkową oraz okoliczności postępowania nie znajduje uzasadnienia, a w konsekwencji

4.art. 16 Pzp poprzez przeprowadzenie Postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców, proporcjonalności i przejrzystości, i żądał nakazania zamawiającemu modyfikacji dokumentacji postępowania w sposób wskazany w uzasadnieniu środka zaskarżenia. W uzasadnieniu odwołania, w przedmiocie zarzutów, które zostały merytorycznie rozpoznane przez Izbę, odwołujący wskazał co następuje.

a)Uzasadnienie w zakresie zaskarżenia § 3 ust. 2 pkt 17 wzoru umowy:

W odniesieniu do postanowienia § 3 ust. 2 pkt 17 wzoru umowy, odwołujący wniósł o zmianę ww. postanowienia o treści: „dokona niezbędnych uzgodnień wynikających z decyzji administracyjnej o zatwierdzeniu projektu budowlanego i udzieleniu pozwolenia na budowę, innych decyzji i postanowień administracyjnych, wytycznych gestorów uzbrojenia i zarządcy dróg oraz z dokumentacji projektowej i specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót z właściwymi organami i poniesie ewentualne koszty z tym związane. Wszelkie ewentualne koszty z tym związane poniesie Zamawiający” poprzez nadanie mu postanowieniu następującej treści: „dokona niezbędnych uzgodnień wynikających z decyzji administracyjnej o zatwierdzeniu projektu budowlanego i udzieleniu pozwolenia na budowę, innych decyzji i postanowień administracyjnych, wytycznych gestorów uzbrojenia i zarządcy dróg oraz z dokumentacji projektowej i specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót z właściwymi organami. Wszelkie ewentualne koszty z tym związane poniesie Zamawiający”.

Przywołane postanowienie jest wadliwe w części i jako takie podlega zmianie w części, ponieważ wprowadza on nieograniczoną możliwość modyfikacji (rozszerzenia) zakresu przedmiotu zamówienia, przenosząc jednocześnie całe ryzyko na wykonawcę. Nie należy zapominać, w kontekście uzyskania aktualizacji uzgodnień czy też wytycznych od zarządców dróg, gestorów sieci czy innych podmiotów trzecich, że podmioty te są dla wykonawcy podmiotami trzecimi, tj. nie łączy go z nimi żadna relacja kontraktowa ani prawna, a w swej istocie wszelkie ustalenia dokonywane są zasadniczo przez zamawiającego i tenże podmiot trzeci. Uzgodnienia takie wpływają jednak na zakres prac koniecznych do wykonania przez wykonawcę, przy czym wykonawca nie ma żadnej możliwości dokonania na etapie ofertowania weryfikacji i wyceny takich prac. Wykonawca często dysponuje jedynie wstępnymi uzgodnieniami uzyskanymi przez zamawiającego i to one podlegają wycenie. Kolejno, w razie zmiany takich uzgodnień – na które każdorazowo zgodzić się musi zamawiający – może dojść do zmiany zakresu prac i robót koniecznych do wykonania. Skoro jednak to zamawiający decyduje czy akceptuje konkretne uzgodnienia przewidujące określony zakres prac i robót do wykonania przez wykonawcę (a niewskazanych w dokumentacji przetargowej), winien on również ponosić koszty ich realizacji. W innej sytuacji, zamawiający uzyska możliwość swobodnej i arbitralnej zmiany zakresu rzeczowego przedmiotu zamówienia.

Należy zauważyć, że uzgodnienia takie mogą przewidywać konieczność realizacji prac i robót o zakresie dużo dalej idącym niż konieczne do należytego wykonania przedmiotu zamówienia, a wykonawca w swej istocie jest wyłączony z procesu decyzyjnego. Co kluczowe – obowiązkiem zamawiającego jest udostępnienie wykonawcom dokumentacji, określającej pełen (kompletny) zakres prac koniecznych do wykonania. Powyższe pozwala oferentom na dokonanie wyceny zakresu prac robót do wykonania. W reżimie zamówień publicznych to na inwestorze spoczywa obowiązek sporządzenia i przekazania wykonawcy prawidłowej, wolnej od wad dokumentacji i to inwestor ponosi ryzyko wadliwie sporządzonej dokumentacji, jak również odpowiada za wyrządzoną wykonawcy szkodę spowodowaną wadliwą dokumentacją projektową (przetargową).

b)Uzasadnienie w zakresie zaskarżenia § 4 ust. 10 lit. c, d, e wzoru umowy:

Odwołujący wnosi o wykreślenie ww. postanowienia w całości. W aktualnym brzmieniu postanowienie stanowi, że: „c. umowa musi zawierać bezwarunkowe oświadczenie Podwykonawcy o kumulatywnym przystąpieniu do długu Wykonawcy w zakresie odpowiedzialności związanej z niewykonaniem lub nienależytym wykonaniem zobowiązań (w tym zobowiązań związanych z udzieloną rękojmią lub gwarancją) wynikających z niniejszej umowy w części objętej umową o podwykonawstwo do kwoty wynikającej z umowy o podwykonawstwo, d. umowa musi zawierać zgodę Wykonawcy na kumulatywne przystąpienie do długu przez Podwykonawcę, o którym mowa w lit. c), e. umowa musi zawierać solidarne zobowiązanie Wykonawcy i Podwykonawcy do przekazania Zamawiającemu oświadczenia o kumulatywnym przystąpieniu do długu, którego wzór stanowi załącznik nr 8 (o treści jak zobowiązania gwarancyjne wynikające z niniejszej umowy)”.

Przywołane postanowienie jest wadliwe i jako takie podlega wykreśleniu w całości. Z jednej strony, ze zrozumiałych względów u podstaw wprowadzenia ww. postanowienia tej treści leżała motywacja zamawiającego skierowana na możliwe najpełniejsze zabezpieczenia należytej realizacji zamówienia. Z drugiej jednak - wobec treści ww. postanowienia w istocie reżim ustawowo-umowny odpowiedzialności ulega osłabieniu. Wadliwość postanowienia zasadza się na tym, że wprowadzając kolejne, pomniejsze „gwarancje” należytej realizacji zamówienia, w tym w drodze

nałożenia obowiązków złożenia oświadczeń woli przez kolejne podmioty ostatecznie prowadzi do rozproszenia odpowiedzialności za należyte wykonanie umowy. Tymczasem, cała logika umowy o generalne wykonawstwo zasadza się na zachowaniu konstrukcji bezpośredniości wzajemnych praw i obowiązków inwestora i generalnego wykonawcy w związku z realizacją złożonego przedsięwzięcia inwestycyjnego, przy którym zaangażowanych jest liczne grono podmiotów. Generalny wykonawca może m.in. zatrudnić podwykonawców, lecz to on odpowiada przed inwestorem za wykonane przez nich zadania. Generalny wykonawca przejmuje odpowiedzialność za działania i zaniechania podmiotów zaangażowanych w realizację zamówienia, co znajduje bezpośrednie przełożenia na odczuwalną optymalizację realizacji skomplikowanego przedsięwzięcia inwestycyjnego.

Powyższa zasada – wyrażona w regulacjach ustawowych – w praktyce „skraca” tak zamawiającemu jak i generalnemu wykonawcy drogę egzekwowania wzajemnych praw i obowiązków stron umowy i jako taka sama w sobie gwarantuje efektywność należytej realizacji zamówienia publicznego. Odpowiednio, wypracowane ustawowo mechanizmy, w tym instytucje przewidziane w przepisach ogólnych, stanowią skuteczne narzędzie dochodzenia roszczeń w przypadku niewykonania lub nienależytego wykonania zamówienia.

Umowa kumulatywnego przystąpienia do długu jest umową nienazwaną, zawieraną w ramach ogólnej zasady swobody umów. W szczególności nie stanowi ona instytucji „dedykowanej” dla umów o realizację zamówienia publicznego. Swoboda umów na gruncie p.z.p. jest ograniczona w odniesieniu do dowolnego kształtowania stosunku prawnego zarówno przed zawarciem umowy, jak i w trakcie realizacji umowy. Przepisy p.z.p. nie stoją wprost na przeszkodzie stosowania ww. instytucji, która uznawana jest za dopuszczalną w reżimie p.z.p. Powyższe jest jednak irrelevantne dla bezspornego faktu, że „wrmieszanie” kolejnej instytucji (kumulatywnego przystąpienia do długu) do konkretnej konstrukcji odpowiedzialności w efekcie osłabia wzajemne pozycje stron umowy o realizację zamówienia, prowadząc do ogólnej destabilizacji sytuacji prawnej stron.

Jedynie w pierwszej kolejności, w przypadku uznanie oświadczenia jednej ze stron ww. umowy za nieważne lub bezskuteczne powstaje pytanie o konsekwencje tegoż dla umownej konstrukcji odpowiedzialności poszczególnych podmiotów stosunku prawnego (stosunków prawnych) w związku z realizacją zamówienia. Niezależnie od powyższego, ww. postanowienie może budzić wątpliwości co do zgodności z zasadami ogólnymi prawa zobowiązań. Postanowienie zakłada, że podwykonawca przejmie odpowiedzialność – na przyszłość – za dług, którego wartość nie została oznaczona. Ważność takiego zobowiązania może budzić wątpliwości w szczególności w świetle przepisów art. 58 k.c.

c) Uzasadnienie w zakresie zaskarżenia § 4 ust. 11 wzoru umowy:

W odniesieniu do postanowienia § 4 ust. 11 wzoru umowy, odwołujący wniósł o wykreślenie postanowienia w całości. W aktualnym brzmieniu postanowienie stanowi, że: „Oryginał oświadczenia, o którym mowa w ust. 10 lit. e) Wykonawca przekaze/doręczy Zamawiającemu w terminie 14 dni od daty zawarcia umowy o podwykonawstwo” Przywołane postanowienie jest wadliwe w całości i jako takie podlega wykreśleniu. Względy przemawiające za uznaniem ww. postanowienia za podlegające wykreśleniu są analogiczne do przedstawionych w uzasadnieniu wykreślenia § 4 ust. 10 lit. c, d, e wzoru umowy.

d) Uzasadnienie w zakresie zaskarżenia § 6 ust. 11 wzoru umowy:

Odwołujący wniósł o wykreślenie postanowienia w całości, obecnie brzmi ono: „Wykonawca zobowiązany jest przekazać właściwemu przedstawicielowi Zamawiającego w dniu rozpoczęcia odbioru końcowego przedmiotu umowy: 1) oświadczenie Wykonawcy zawierające wykaz, które z odbieranych robót zostały wykonane przez Wykonawcę, Podwykonawcę lub dalszego Podwykonawcę, zgodnie z załącznikiem nr 5a albo 5b, 2) w przypadku realizacji przedmiotu umowy przy udziale Podwykonawcy lub dalszego Podwykonawcy, oświadczenia końcowe w brzmieniu zgodnym ze wzorem oświadczenia stanowiącym załącznik nr 5c do niniejszej umowy, 3) oświadczenie o zatrudnieniu pracowników na umowę o pracę zgodnie z wymaganiami zawartymi w § 3 ust.6 umowy (wg wzoru stanowiącego załącznik nr 6 do umowy), 4) dowodów zapłaty wymagalnego wynagrodzenia podwykonawcom i dalszym podwykonawcom, o których mowa w § 4, biorącym udział w realizacji odebranych robót budowlanych”.

Względy przemawiające za uznaniem ww. postanowienia za podlegające wykreśleniu są zdaniem odwołującego analogiczne do przedstawionych w uzasadnieniu wykreślenia §4 ust. 10 lit. c, d, e wzoru umowy, podkreślenia wymaga jedynie, że sam fakt „przypisania” konkretnego zakresu realizowanych prac do konkretnego podmiotu (wykonawcy, podwykonawcy lub dalszego podwykonawcy) pozostaje w istocie irrelevantne dla stosunku prawnego z umowy o generalne wykonawstwo, w szczególności w kontekście odpowiedzialności za niewykonanie lub nienależyte wykonanie zamówienia. Wskazane postanowienia przewidują takie obowiązki wykonawcy, które nie tylko nie stanowią dodatkowego zabezpieczenia dla zamawiającego, ale w praktyce niepotrzebnie otwierają pole do dyskusji nad relacją rzeczywistego wykonania prac przez konkretny podmiot (wykonawcę, podwykonawcę lub dalszego podwykonawcę) i odpowiedzialności za wykonanie lub należyte wykonanie poszczególnych robót.

Jednocześnie należy zauważyć, że powyższe dokumenty mają znaczenie jedynie w zakresie rozliczenia wynagrodzenia wykonawcy. Natomiast fakt złożenia ww. oświadczeń przez podwykonawców nie ma żadnego wpływu na procedury odbioru robót, których celem jest weryfikacja jakości zamówienia, a nie poprawności rozliczeń dokonanych z podwykonawcami.

e) Uzasadnienie w zakresie zaskarżenia § 6 ust. 13 wzoru umowy:

Odwołujący wnosi o zmianę ww. postanowienia o treści: „Po protokolarnym potwierdzeniu usunięcia wad stwierdzonych przy odbiorze końcowym i podpisaniu przez Strony protokołu końcowego odbioru i przekazania do użytkownika przedmiotu umowy, rozpoczynają swój bieg terminy na zwrot zabezpieczenia należytego wykonania umowy” poprzez nadanie mu postanowieniu następującej treści: „Po podpisaniu przez Strony protokołu końcowego odbioru i przekazania do użytkownika przedmiotu umowy, rozpoczynają swój bieg terminy na zwrot zabezpieczenia należytego wykonania umowy”

Przywołane postanowienie jest wadliwe w części i jako takie podlega zmianie. Projektowane postanowienie jest kolejną regulacją istotnie naruszającą ustawowe regulacje dotyczące zasad odbioru obiektu i swej istocie zmierza do wprowadzenia instytucji „bezusterkowego” odbioru robót budowlanych. Zaburzenie tych zasad niesie za sobą jednak szereg istotnych konsekwencji dla wykonawcy. Dochodzi bowiem do sytuacji, w której – pomimo odebrania obiektu i powstania uprawnień z tytułu rękojmi i gwarancji - dalej musi on utrzymywać zabezpieczenia należytego wykonania w pełnej kwocie. Sytuacja taka pozostaje sprzeczna m.in. z art. 453 § 2 p.z.p., wprost wskazującym maksymalną kwotę pozostawioną na okres rękojmi i gwarancji. Projektowana regulacja skutkuje utrzymaniem w okresie po odbiorze (a zatem już w okresie rękojmi i gwarancji) zabezpieczenia, co jest sprzeczne z art. 453 ust. 2 p.z.p.

Celem wyjaśnienia, jak wskazano powyżej, ujawnienie wad robót budowlanych (jak i projektu) nie wpływa na obowiązek inwestora dokonania odbioru robót zgodnie z art. 647 k.c., a jedynie z tą chwilą inwestor nabywa uprawnienia z tytułu rękojmi przewidziane w art. 637 i art. 638 k.c. (por. m.in. wyrok Sądu Apelacyjnego w Szczecinie z dnia

29 września 2020 roku, sygn. akt I Aga 119/19). Jeżeli natomiast wady nie są istotne w powyższym znaczeniu, to inwestor nie może odmówić jego odbioru, natomiast może skorzystać z uprawnień z tytułu rękojmi, ewentualnie gwarancji (por. m.in. wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 26 kwietnia 2019 roku, sygn. akt VII AGa 1452/18).

Zatem z chwilą odbioru strony przechodzą w reżim rękojmi i gwarancji, a wysokość zabezpieczenia winna zostać dostosowana do aktualnej wówczas sytuacji kontraktowej stron. W konsekwencji, zaskarżone postanowienie narusza przywołane regulacje i z tegoż względu winno ulec zmianie w ww. zakresie.

f) Uzasadnienie w zakresie zaskarżenia § 7 ust. 18 wzoru umowy:

Odwolujący wniósł o zmianę ww. postanowienia o treści: „Warunkiem dokonania zapłaty jest dołączenie do faktury (częściowej i końcowej) oryginałów oświadczenia Wykonawcy o treści załącznika nr 5b oraz Podwykonawców/dalszych Podwykonawców o treści załącznika nr 5c, o uregulowaniu wszystkich należności wynikających z realizacji umowy o podwykonawstwo, zawierające dodatkowo: a) informację czy należności te zostały zapłacone w umówionym terminie, a w przypadku opóźnienia płatności, wskazujące liczbę dni tego opóźnienia, b) oświadczenie, że nie wnoszą oni do Zamawiającego i żadnych roszczeń z tytułu tych umów oraz roszczeń z nimi związanych. W przypadku, gdy Wykonawca realizuje umowę bez udziału Podwykonawców – warunkiem dokonania zapłaty jest dołączenie do faktury oryginału oświadczenia Wykonawcy o treści załącznika nr 5 a).”, poprzez nadanie mu postanowieniu następującej treści: „Warunkiem dokonania zapłaty jest dołączenie do faktury (częściowej i końcowej) oryginałów oświadczenia Wykonawcy o treści załącznika nr 5b oraz Podwykonawców/dalszych Podwykonawców o treści załącznika nr 5c, o uregulowaniu wszystkich należności wynikających z realizacji umowy o podwykonawstwo, zawierające dodatkowo: a) informację czy należności te zostały zapłacone w umówionym terminie, a w przypadku opóźnienia płatności, wskazujące liczbę dni tego opóźnienia, b) oświadczenie, że nie wnoszą oni do Zamawiającego i żadnych roszczeń z tytułu tych umów oraz roszczeń z nimi związanych. W przypadku, gdy Wykonawca realizuje umowę bez udziału Podwykonawców – warunkiem dokonania zapłaty jest dołączenie do faktury oryginału oświadczenia Wykonawcy o treści załącznika nr 5 a). W przypadku braku możliwości pozyskania stosownych oświadczeń ze strony Podwykonawców, Zamawiający dokona zapłaty, jeśli Wykonawca przedłoży : – kopie faktur wystawionych przez Podwykonawców poświadczonych za zgodność z oryginałem przez Wykonawcę, za roboty budowlane, usługi i dostawy – dowody potwierdzające uregulowanie wymagalnych zobowiązań wobec Podwykonawców z tytułu należnego im wynagrodzenia za roboty budowlane, usługi i dostawy, stwierdzonych fakturami wymienionymi powyżej, w szczególności kopie dokonanych przelewów bankowych na rachunki Podwykonawcy”.

Przyjmując intencję zamawiającego, odwołujący nie neguje konieczności przedstawienia dokumentów potwierdzających dokonanie płatności na rzecz podwykonawców. Praktyka obrotu wskazuje jednak na konieczność rozszerzenia katalogu dowodów pozwalających na wykazanie zaspokojenia wymagalnego wynagrodzenia podwykonawców poprzez uwzględnienie dokumentów innych niż li tylko oświadczenia podwykonawców, a to w szczególności: kopie wystawionych przez podwykonawców faktur VAT w powiązaniu z dowodami dokonanych płatności. Powyższe zaspokajają interesy tak wykonawcy jak i zamawiającego, gdyż w sposób jednoznaczny pozwala na obiektywne stwierdzenie, że płatności zostały dokonane i roszczenie podwykonawcy o zapłatę wymagalnego wynagrodzenia zostały zaspokojone, na dowód czego wykonawca dysponuje np. potwierdzeniem przelewu i zostało podyktowane trudnościami techniczno-organizacyjnymi w uzyskaniu stosownych oświadczeń (szczególnie po zakończeniu realizacji przez poszczególnych podwykonawców), a jednocześnie oddaje intencję projektowanego postanowienia umownego i zabezpieczeni interesy stron procesu inwestycyjnego.

Zaproponowane rozwiązanie pozostaje również zgodne z jednolitym stanowiskiem Sądu Najwyższego, wyrażonym m.in. w wyroku z dnia 2 czerwca 2021 roku, sygn. akt II CSKP 7/21. Przedłożenie dowodów zapłaty w sposób definitywny zamyka kwestie zapłaty wynagrodzenia należnego podwykonawcom i chroni zamawiającego w sposób dużo dalej idący niż jedynie oświadczenia podwykonawców.

g) Uzasadnienie w zakresie zaskarżenia § 7 ust. 11 i § 7a ust. 16 wzoru umowy:

Odwolujący wniósł o wykreślenie ww. postanowień w całości. W aktualnym brzmieniu §7 ust. 11 wzoru umowy stanowi, że: „Jeżeli zwiększenie wynagrodzenia będzie skutkowało koniecznością dokonania zmian w budżecie miasta Gliwice albo Wieloletniej Prognozie Finansowej aneks zostanie zawarty nie wcześniej niż po dokonaniu odpowiednich zmian przez właściwy organ”, zaś § 7a ust. 16 „Jeżeli zwiększenie wynagrodzenia będzie skutkowało koniecznością dokonania zmian w budżecie miasta Gliwice albo Wieloletniej Prognozie Finansowej aneks zostanie zawarty nie wcześniej niż po dokonaniu odpowiednich zmian przez właściwy organ.”

W opinii odwołującego uzależnienie zmiany wynagrodzenia (waloryzacji) od przeprowadzenia zmian w budżecie miejskim jest zupełnie nieuzasadnione. Postanowienia w narzuconym przez zamawiającego brzmieniu przeczą ustawowej idei dostosowywania wynagrodzenia umownego do zmieniających się uwarunkowań rynkowych i nieprzerzucania na wykonawców pełnej odpowiedzialności za zmiany cen rynkowych. W sytuacji, w której mechanizm waloryzacyjny zadziała jedynie wtedy, gdy ziszczy się warunek całkowicie niezależny od wykonawcy (a przy tym zupełnie niepowiązany z sytuacją rynkową), jakim jest wprowadzenie zmiany w miejskim budżecie rodzi niezasadne i trudne do oszacowania na etapie ofertowania ryzyka. W skrajnych przypadkach może doprowadzić do zablokowania możliwości skutecznej i sprawnej zmiany umowy poprzez odpowiednie podniesienie wynagrodzenia należnego wykonawcy.

h) Uzasadnienie w zakresie zaskarżenia § 11 ust. 2 pkt 10 wzoru umowy:

Odwolujący wniósł o wykreślenie postanowienia w całości. Zaskarżone projektowania umowne regulują materię odstąpienia od umowy, tj. najdalej idącej decyzji dotyczącej realizacji przedmiotu zamówienia skutkujące przerwaniem więzi obligacyjnej stron. Stąd każdorazowo przesłanki odstąpienia winny być precyzyjne i adekwatne do sytuacji i zasad realizacji umowy. Zgodnie z obecnym brzmieniem wzoru umowy: „2. Zamawiającemu przysługuje prawo do odstąpienia od umowy lub jej części w przypadku: 10) gdy Wykonawcy naliczono co najmniej dwukrotnie kary umowne - w terminie do 60 dni od daty naliczenia kolejnej kary”.

Zaskarżony § 11 ust. 1 pkt 10 wzoru umowy już nawiązując do samego faktu dwukrotnego naliczenia kary umownej, abstrahuje od elementu jej wpływu na możliwość realizacji umowy, jej charakteru i bagatelności. Prowadzi on do sytuacji, gdy naliczenie wykonawcy dwóch kar w wysokości łącznej 200 złotych będzie skutkowało powstaniem po stronie zamawiającego uprawnienia do odstąpienia, ze wszelkimi tego skutkami. Sytuacja taka w sposób rażący narusza równowagę kontraktową stron i narusza zasadę proporcjonalności oraz swobody kontraktowania.

Zamawiający złożył odpowiedzi na wniesione odwołania, w których wskazał, że uwzględnił część zarzutów. W sprawie sygn. akt: KIO 1893/23 zamawiający oświadczył, że zgadza się z argumentacją odwołującego dotyczącą zarzutu nr 2 i dokona modyfikacji następującej treści wzoru umowy: § 1 ust. 2 pkt 2, § 1 ust. 7, § 3 ust. 2 pkt 36, § 3 ust. 2 pkt 52, pkt 54 i pkt 55, § 3 ust. 3 pkt 6, § 3 ust. 3 pkt 15, § 6 ust. 2 pkt 4, § 6 ust. 12 pkt 3, § 6 ust. 13, § 7 ust. 15 lit. b, § 7\* ust. 15 lit. b, § 8 ust. 1. Zamawiający podjął również czynności zmierzające do modyfikacji § 15 ust. 5 oraz § 7a ust. 6 lit.

b, ust. 6a, ust. 7 lit. b, ust. 8, ust. 9 lit. b, ust. 10 i § 7a\* ust. 6 lit. b, ust. 6a, ust. 7 lit. b ust. 8, ust. 9 lit. b, ust. 10 wzoru umowy, zmianie ulegnie również § 7 ust. 15 wzoru umowy, w sposób wskazany w uzasadnieniu odpowiedzi na odwołanie. W pozostałym zakresie wniesiono o oddalenie odwołania i obciążenie odwołującego kosztami zastępstwa procesowego - zgodnie ze złożoną fakturą VAT oraz kosztami dojazdu - zgodnie ze złożonymi biletami.

W sprawie sygn. akt: KIO 1915/23 zamawiający częściowo uwzględnił odwołanie w zakresie: zarzutu nr 1 w całości, zarzutu nr 2 w części - modyfikacja pkt 7 wzoru dokumentu gwarancyjnego, § 11 ust. 2 pkt 1), § 3 ust. 2 pkt 67, § 6 ust. 9, § 6 ust. 15 wzoru umowy oraz zarzut nr 3 w części, zgodnie z uzasadnieniem wskazanym w odpowiedzi na odwołanie. W pozostałej części wniesiono o oddalenie odwołania i zasądzenie na rzecz zamawiającego kosztów zastępstwa procesowego na podstawie złożonej faktury VAT oraz kosztów dojazdu na podstawie złożonych biletów.

**Krajowa Izba Odwoławcza – po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, po zapoznaniu się ze stanowiskami przedstawionymi w odwołaniach, odpowiedzi na odwołania, stanowiskiem przystępujących, konfrontując je z zebranych w sprawie materiałem procesowym, w tym z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz po wysłuchaniu oświadczeń i stanowisk złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy – ustaliła i zważyła, co następuje:**

Skład orzekający stwierdził, że połączone do wspólnego rozpoznania odwołania dotyczą materii określonej w art. 513 p.z.p. i podlegają rozpoznaniu zgodnie z art. 517 p.z.p. Izba stwierdziła również, że nie została wypełniona żadna z przesłanek określonych w art. 528 p.z.p., których stwierdzenie skutkowałoby odrzuceniem odwołań i odstąpieniem od badania meritum sprawy.

Izba nie zgodziła się ze stanowiskiem zamawiającego o braku legitymacji materialnej odwołujących do wniesienia rozpoznawanych odwołań. Jak podnosił odwołujący Mostostal, ukształtowany przez zamawiającego wzór umowy narusza normy k.c. i p.z.p. czym godzi w interes odwołującego, któremu uniemożliwiono złożenie konkurencyjnej i spełniającej wszystkie wymagania SWZ oferty, w rezultacie odwołujący może nie uzyskać zamówienia i nie osiągnie zysku z jego realizacji. Zaś jak podnosił odwołujący PORR, wymogi postawione przez zamawiającego w SWZ mają charakter nadmierny i nieproporcjonalny, przez co stanowią nieuzasadnioną barierę w dostępie do zamówienia, jednocześnie postanowienia wzoru umowy zostały sformułowane w sposób istotnie niekorzystny dla wykonawcy, poprzez rażące wykorzystanie pozycji dominującej, co może finalnie przesądzić o niezłożeniu oferty w przetargu.

W ocenie składu orzekającego odwołujący Mostostal i odwołujący PORR posiadają interes w uzyskaniu zamówienia, a podnoszone w odwołaniach naruszenie przez zamawiającego przepisów może doprowadzić do poniesienia przez nich szkody. Istnieje więc obiektywna potrzeba uzyskania przez odwołujących określonego rozstrzygnięcia, co wynika z rzeczywistej możliwości utraty szansy na ubieganie się o udzielenie zamówienia publicznego i powoduje, że wszystkie przesłanki niezbędne do przyznania odwołującym legitymacji określonej w art. 505 ust. 1 p.z.p. zostały spełnione. Na obecnym etapie postępowania nie ma podstaw, aby odmówić legitymacji materialnej wykonawcy, który chce uzyskać dane zamówienie, co uniemożliwia (albo w sposób istotny utrudnia) działanie lub zaniechanie zamawiającego niezgodne z normami p.z.p., w wyniku czego wykonawca może utracić korzyści z realizacji zamówienia.

Skład orzekający podziela także stanowisko wyrażone w wyroku z dnia 28 stycznia 2020 r. sygn. akt: KIO 61/20, gdzie Izba trafnie wytłumaczyła zamawiającemu, że po zapoznaniu się wykonawców z ogłoszeniem o zamówieniu i specyfikacją, więc przed terminem składania ofert, należy uznać, że sam zamiar ubiegania się o zamówienie jest wystarczający do stwierdzenia posiadania przez wykonawcę interesu we wniesieniu odwołania i możliwości poniesienia przez niego szkody z powodu wadliwych postanowień dokumentacji postępowania.

Ponadto, wobec spełnienia przesłanek art. 525 ust. 1 - 3 p.z.p. skład orzekający postanowił dopuścić do udziału w postępowaniu odwoławczym wykonawców Mostostal Warszawa S.A. ul. Konstruktorska 12A, 02-673 Warszawa i Mirbud S.A. ul. Unii Europejskiej 18, 96-100 Skierniewice, którzy w sprawach sygn. akt: KIO 1893/23 i KIO 1915/23 zgłosili przystąpienie po stronie odwołujących, a także wykonawcę Budimex S.A. ul. Siedmiogrodzka 9, 01-204 Warszawa, który w sprawie sygn. akt: KIO 1893/23 zgłosił przystąpienie po stronie odwołującego, zaś w sprawie sygn. akt: KIO 1915/23 – w zakresie zarzutu nr 1 lit. a dotyczącego warunku udziału w postępowaniu – po stronie zamawiającego.

Izba wskazuje dalej, że wobec oświadczenia zamawiającego o częściowym uwzględnieniu zarzutów z obu odwołań, zgodnie ze złożonymi odpowiedziami na odwołania z dnia 13 lipca 2023 r., postępowanie odwoławcze w tym przedmiocie zostało umorzone na podstawie art. 522 ust. 4 w zw. z art. 568 pkt 3 p.z.p., co znalazło odzwierciedlenie w pkt 1 tenoru sentencji wyroku. Warto dodać, że przystępujący Budimex S.A. w Warszawie, zgodnie ze stanowiskiem procesowym z dnia 13 lipca 2023 r. oświadczył, że nie wnosi sprzeciwu wobec uwzględnienia przez zamawiającego zarzutu nr 1 z odwołania sygn. akt: KIO 1915/23.

Dalej, zgodnie z wnioskiem odwołującego Mostostal, Izba umorzyła postępowanie odwoławcze dotyczące zarzutu nr 5 z *petitum* odwołania w zakresie, w jakim zamawiający dokonał modyfikacji § 7 ust. 15 wzoru umowy, ponieważ o ile nie złożono oświadczenia o uwzględnieniu odwołania, to modyfikacja SWZ uwzględnienia istotę żądania odwołującego, co wyczerpuje przesłanki art. 568 pkt 2 p.z.p. – dalsze procedowanie stało się zbędne, ponieważ cel wniesienia odwołania został już zrealizowany. Skoro odwołujący doprowadził do oczekiwanego rezultatu, proces powinien zostać umorzony z powodu następczej zbędności wydania wyroku w tym zakresie, podyktowanej niecelowością rozstrzygnięcia sprawy, a wynik podstępowania nie powinien mieć charakteru rozstrzygnięcia merytorycznego, lecz powinien być jedynie jego formalnym zakończeniem. Z powodu modyfikacji SWZ, Izba umorzyła także postępowanie odwoławcze w zakresie odwołania PORR – zarzut nr 3 i zarzut nr 2 lit. j dotyczący § 11 ust. 2 pkt 11 wzoru umowy.

Skład orzekający ustalił, że stan faktyczny nie był między stronami sporny i został w sposób prawidłowy, mający odzwierciedlenie w materiale procesowym, przedstawiony przez odwołujących. Strony różniły się natomiast oceną prawną zaistniałych okoliczności faktycznych w zakresie prawidłowości ukształtowania przez zamawiającego dokumentacji postępowania. Izba dokonała oceny stanu faktycznego ustalonego w sprawie mając na uwadze art. 554 ust. 1 pkt 1 p.z.p., który stanowi, że Izba uwzględni odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.

Po dokonaniu ustaleń poczynionych na podstawie dokumentacji postępowania przedstawionej przez zamawiającego, biorąc pod uwagę zakres sprawy określony przez okoliczności podniesione w odwołaniach oraz stanowiska stron złożone pisemnie i ustnie do protokołu, Izba stwierdziła, że sformułowane przez odwołujących zarzuty znajdują oparcie w ustalonym stanie faktycznym i prawnym, a tym samym odwołanie w sprawie sygn. akt: KIO 1893/23 zasługuje na uwzględnienie w części, zaś odwołanie w sprawie sygn. akt: KIO 1915/23 na uwzględnienie w całości.

Przed przystąpieniem do szczegółowego omówienia poszczególnych zarzutów, Izba wskazuje, że podziela stanowisko wyrażone przez Sąd Okręgowy w Warszawie w wyroku z dnia 1 października 2019 r. sygn. akt: XXII Ga 1023/19, gdzie wskazano, że „Nie można zgodzić się ze stanowiskiem Zamawiającego – Skarżącego, że ma on niczym

niekontrolowane uprawnienie do swobodnego kształtowania wzoru umowy (IPU), które wykonawcy mogą zaakceptować i złożyć ofertę, a jeżeli warunki umowy im nie odpowiadają, to po prostu w przetargu mogą nie uczestniczyć. W tym zakresie bowiem Zamawiający związany jest nie tylko bezwzględnie obowiązującymi nakazami i zakazami wynikającymi z przepisów prawa, ale także zasadami współżycia społecznego i naturą stosunku zobowiązaniowego. Przy czym podkreślić należy, że zawarta w wyniku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego umowa będzie umową cywilno-prawną, pomiędzy zamawiającym i wykonawcą, który złoży najkorzystniejszą ofertę. Jedynie tryb zawarcia tej umowy odbiegać będzie od uregulowań zawartych w . Sama jednak umowa musi być zgodna nie tylko z przepisami , ale również innych obowiązujących ustaw, w tym w szczególności z .”

Odwołujący w połączonych do rozpoznania sprawach kwestionowali ustanowione w umowie żądanie zamawiającego złożenia przez wykonawcę oświadczenia podwykonawcy o kumulatywnym przystąpieniu do długu (§ 4 ust. 10 lit. c, d, e oraz § 4 ust. 11 wzoru umowy w zw. z załącznikiem nr 8 do wzoru umowy) – zarzut nr 1 z *petitum* odwołania sygn. akt: KIO 1893/23 oraz zarzut 2 lit. b z *petitum* odwołania sygn. akt: KIO 1915/23, Izba podzieliła w tym zakresie trafne stanowisko odwołujących i uwzględniła obydwie odwołania.

Zamawiający hasłowo podnosił, że treść wzoru umowy została ukształtowana proporcjonalnie i adekwatnie, ponieważ przedmiotem zamówienia jest budowa szpitala miejskiego i ze względu na funkcję, jaką ostatecznie będzie pełnił budynek, można wymagać od wykonawców więcej. Natomiast z doświadczenia życiowego i logiki wynika, że roboty budowlane, niezależnie czy w ich wyniku powstanie szpital, teatr, stadion, dworzec czy inny budynek użyteczności publicznej, nie różnią się na tyle, aby uprzywilejować miasto Gliwice. Jednostki posiadające status zamawiających stanowią szczególną grupę podmiotów, z których każdy wykonuje swoje zadania w ramach aparatu państwa *sensu largo*, niejednokrotnie mając na celu zaspokajanie potrzeb o charakterze szczególnym i powszechnym, w tym również dotyczącym infrastruktury. Przedmiot umowy, niewątpliwie znaczący i złożony, nawet przy uwzględnieniu celu, specyfiki i wieloaspektowości zamówienia, winien być rozpatrywany przez przyzmat konieczności zachowania zasad powszechnie obowiązujących przepisów prawa i nie udowodniono, aby wprowadzenie do umowy dodatkowego instrumentu kumulatywnego przystąpienia podwykonawców do długu, w brzemieniu załącznika nr 8 do umowy, było obiektywnie uzasadnione i adekwatne.

O ile zamawiający ma rację, że postępowanie przed Izbą jest postępowaniem kontrydaktoryjnym, ponieważ proces dotyczący prawidłowości ukształtowania treści dokumentacji przetargu niczym się nie różni od innej materii, będącej przedmiotem rozpoznania przez Krajową Izbę Odwoławczą, to strony (nie tylko odwołujący) mają obowiązek wykazania okoliczności faktycznych, na kanwie których budują swoją argumentację i przedstawiania dowodów na poparcie swoich twierdzeń (art. 534 ust. 1 p.z.p.). Zatem zamawiający, który chciał wywodzić korzystne dla siebie skutki prawne z wprowadzenia do umowy dodatkowego, niededykowanego umowom zawierany w reżimie p.z.p., zabezpieczenia, które także nie jest powszechnie stosowane, powinien być w stanie wykazać, że istnieje takie ryzyko kontraktowe, które wymaga omawianych rozwiązań. Zamawiający na rozprawie wyliczał umowy, w których rzekomo stosuje sporny instrument, jednak stroną obciąża obowiązek przedstawiania dowodów, a nie odesłania do BIP. Co istotne, wyliczono nieadekwatne do umowy będącej przedmiotem zamówienia, umowy samego zamawiającego, nie odnosząc się do zamówień z rynku, z drugiej strony miasto Gliwice, w przypadku zaskarżenia spornych, tożsamyh postanowień przez wykonawcę Budimex, uwzględniło wcześniejsze odwołanie, co skutkowało umorzeniem postępowania odwoławczego (sygn. akt: KIO 2178/19).

Standard działania zamawiających powinien być także determinowany zasadą efektywności, która w tym przypadku nie została przez zamawiającego zachowana. Brak prawidłowego skonstruowania warunków realizacji kontraktu nie pozwala na złożenie ofert zgodnymi z wymaganiami zamówienia, wycenionymi w oparciu o rzeczywiste koszty, pozwalających na należyte wykonanie umowy. Izba odmówiła wiarygodności argumentacji zamawiającego, że nie dojdzie do poniesienia przez strony umowy żadnych dodatkowych kosztów z tytułu kumulatywnego przystąpienia do długu przez podwykonawców. Z logiki i doświadczenia życiowego wynika, że każde dodatkowe ryzyko/obowiązek zostanie wliczony w cenę, co jest naturalną cechą kalkulowania wynagrodzenia w procesie budowlanym, w szczególności w zastosowanym w umowie wynagrodzeniu ryczałtowym. W praktyce ciężar ekonomiczny danego obowiązku czy ryzyka zostanie przerzucony na podwykonawcę. Gdyby miało to tak działać, jak uważa zamawiający, to żaden racjonalny podwykonawca nie podpisałby spornego oświadczenia.

Działanie zamawiającego jest również nieproporcjonalne do osiągnięcia zamierzonego celu i wykracza poza to, co jest konieczne do jego osiągnięcia. Zamawiający ma prawo określić instrumenty zabezpieczające prawidłową realizację umowy, jednakże nie powinien wprowadzać nadmiernych i nieuzasadnionych barier w dostępie do zamówienia. Izba podziela stanowisko odwołujących, odnoszących się do odpowiedzi na odwołanie, o możliwości znalezienia alternatywnego rozwiązania, w szczególności co do rękojmi i gwarancji (odpowiednio ukształtowane upoważnienie zamawiającego do dochodzenia roszczeń gwarancyjnych bezpośrednio od podwykonawcy, które nie pozbawiałoby wykonawcy jego uprawnień wobec podwykonawców). Rezultat uzyskany przez zamawiającego jest nieadekwatny do celu jaki chciał osiągnąć, zatem w postępowaniu doszło do naruszenia art. 16 pkt 3 p.z.p.

Należy także zwrócić uwagę, że w umowie o roboty budowlane, zgodnie z definicją legalną zawartą w art. 7 pkt 27 p.z.p., mamy poszerzony krąg podmiotów, które są stroną umowy o podwykonawstwo, co może powodować znaczące rozproszenie odpowiedzialności za należyte wykonanie kontraktu, o czym w odwołaniu pisał odwołujący PORR, Izba podziela tą argumentację. Nie można także zapominać, że ustawodawca wprowadził szczególne rozwiązania prawne, mające na celu ochronę podwykonawców i dalszych podwykonawców, aby zwiększyć zaangażowanie tych podmiotów w zamówienia publiczne, co pozytywnie wpływa na konkurencyjność, a w konsekwencji na bardziej celowe operowanie środkami publicznymi przez zamawiającego. Natomiast zamawiający pogarsza sytuację podwykonawców, co trafnie zaznaczał odwołujący Mostostal. Skład orzekający podziela i przyjmuje za własne zasadne stanowisko wyrażone w odwołaniu Mostostal o bezpodstawnym ograniczeniu podwykonawcom dostępu do zamówienia, szczególnie małym i średnim lokalnym przedsiębiorcom, którzy w warunkach tej umowy nie będą w stanie przyjąć na siebie dodatkowej odpowiedzialności względem zamawiającego.

W ocenie Izby z dokumentacji postępowania wynika, że realizacja umowy wiąże się ze standardowym, powszechnym ryzykiem kontraktowym w tego typu zamówieniach, a chęć jego uniknięcia nie może prowadzić do wykorzystania przez zamawiającego pozycji dominującej i nadania postanowieniom umowy treści obiektywnie niekorzystnej dla wykonawcy. Nieusprawiedliwiona dysproporcja praw i obowiązków narusza równowagę kontraktową, jest sprzeczna z dobrymi obyczajami. Postępowanie zamawiającego, wprowadzającego zbyt restrykcyjne postanowienia umowne, będące barierą w składaniu ofert, nie może być usprawiedliwione interesem publicznym ani zasadą swobody umów.

Każdy z wyżej wskazanych powodów powoduje samodzielną przyczynę skutkującą koniecznością nakazania

zamawiającemu wykreślenia z umowy omawianego postanowienia, zaś wszystkie razem powodują, że w żadnym wypadku nie mogło się ono ostać. Izba zatem uwzględniła zarzut nr 1 naruszenia przez zamawiającego art. 647 k.c., art. 353<sup>1</sup> k.c., art. 58 § 1 i 2 k.c., art. 5 k.c., w zw. z art. 8 ust. 1 p.z.p., art. 16 pkt 1-3 p.z.p., art. 431 p.z.p., art. 464 p.z.p. i art. 99 ust. 1 i 4 p.z.p. z odwołania Mostostal, a także zarzut nr 2 lit. b naruszenia przez zamawiającego art. 353<sup>1</sup> k.c. w zw. z art. 8 ust. 1 p.z.p. w zw. z art. 134 ust. 1 pkt 20 p.z.p. w zw. z art. 16 p.z.p. w zw. z art. 58 k.c. z odwołania PORR.

W pozostałym zakresie dotyczącym odwołania sygn. akt: KIO 1893/23 – zarzuty nr 3, 4 i 5 *z petitum* odwołania – skład orzekający stwierdził co następuje.

Krótko zaznaczyć wypada, że prawo opcji to jednostronne uprawnienie zamawiającego do ukształtowania zakresu zamówienia, polegające na możliwości rozszerzenia zamówienia podstawowego o określone usługi, roboty budowlane lub dostawy, których potrzeba wykonania może wystąpić na etapie realizacji zamówienia. Warunkiem skorzystania z tego uprawnienia jest spełnienie wymagań określonych w art. 441 ust. 1 p.z.p., tj. sformułowanie zrozumiałych, precyzyjnych i jednoznacznych postanowień umownych, które będą określać rodzaj, maksymalną wartość i okoliczności skorzystania z opcji, które nie zmodyfikują ogólnego charakteru umowy. Powyższe informacje są niezbędne do wyceny zamówienia obejmującego opcję, a także do ustalenia zakresu potencjalnego świadczenia, ponieważ składając ofertę wykonawca powinien wycenić zarówno zamówienie podstawowe, jak i zamówienie objęte opcją.

Postawione w odwołaniu zarzuty dotyczące wadliwego ukształtowania prawa opcji, okazały się chybione, bowiem zostały ukierunkowane na wprowadzenie do umowy alternatywnego sposobu realizacji opcjonalnego zakresu zamówienia, a nie na wykazaniu, że doszło do naruszenia przez zamawiającego powszechnie obowiązujących przepisów prawa. Oparcie zarzutów wymierzonych w czynność zamawiającego jedynie na tym, że odwołujący w inny sposób widziałby ukształtowanie treści umowy i wykorzystanie postępowania odwoławczego do próby narzucenia dogodniejszych warunków realizacji umowy, a nie do wykazania sprzecznej z prawem czynności zamawiającego, nie jest wystarczające do wywiedzenia skutecznego odwołania.

Żądanie odwołującego dotyczące możliwości wpływu na termin realizacji zakończenia przedmiotu umowy, w przypadku skorzystania z prawa opcji, pomija, że dla uruchomienia opcji wystarczające powinno być oświadczenie zamawiającego o woli skorzystania z opcji, przekazane wykonawcy w ustalony w umowie sposób. Po otrzymaniu takiego oświadczenia wykonawca powinien przystąpić do realizacji opcji zgodnie z warunkami określonymi w SWZ, za cenę określoną w ofercie. Gdyby opcja wymagała dodatkowych uzgodnień np. dotyczących terminu jej realizacji, wówczas stałaby się zmianą umowy. Opcja jest rozwiązaniem prawie automatycznym, a jej opis powinien być na tyle jednoznaczny i szczegółowy, aby nie trzeba było negocjować żadnego istotnego elementu dotyczącego wykonania opcjonalnego zakresu umowy.

W szczególności, w tym postępowaniu termin realizacji opcji, mając na uwadze warunki realizacji zamówienia opcjonalnego ukształtowane przez zamawiającego, dla wszystkich wykonawców na etapie składania oferty powinien być jednakowy, inaczej mogłoby dojść do nieporównywalności złożonych ofert. Wykonawcy powinni kalkulować cenę w tożsamy sposób, żeby zapewnić w przetargu zachowanie zasady uczciwej konkurencji. Budzi zatem poważne wątpliwości stanowisko odwołującego o rzekomej dowolności i nieporównywalności ofert prezentowane na rozprawie, skoro strona żądała odejścia od narzucenia jednakowego terminu w SWZ na rzecz przerzucenia tego ustalenia na etap realizacji umowy z wybranym wykonawcą, co pozostawiłoby całkowitą, nieweryfikowalną, nieograniczoną swobodę w wycenie tego zakresu oferty.

Izba dalej wskazuje, że dokumentacja postępowania w zakresie terminów realizacji opcji, zgodnie z odpowiedzią zamawiającego na odwołanie, w § 15 ust. 5 wzoru umowy ulegnie zmianie i zostanie zastąpiona treścią „5. Dla zakresu uruchomionego oświadczeniem woli, które dotyczy: - jednej opcji lub jej części, - kilku opcji (bez względu na to czy poszczególne opcje będą uruchamiane w całości czy w części), - wszystkich opcji, zamawiający określa następujące terminy realizacji: a) dla zakresu uruchomionego przez zamawiającego na min. 18 miesięcy przed terminem określonym w § 2 ust. 2 - termin realizacji zgodnie z § 2 ust. 2, b) dla zakresu uruchomionego przez zamawiającego w terminie późniejszym niż 18 miesięcy przed terminem określonym w § 2 ust. 2 - termin realizacji uruchomionego zakresu: - dla opcji nr 1 i 8 - do 18 miesięcy od dnia uruchomienia danego zakresu, - dla opcji nr 2, 3, 4, 5, 6 i 7 - do 12 miesięcy od dnia uruchomienia danego zakresu”. Zatem stanowisko o braku możliwości zrealizowania opcji w ciągu sześciu miesięcy jest nieaktualne i nie może świadczyć o naruszeniu prawa przez zamawiającego.

Odwołujący zarzucał także brak adekwatnego terminu otrzymania decyzji zamawiającego o uruchomieniu opcji (m.in. dla dostaw sprzętu medycznego), więc zamawiający to zmienił. Nowe brzmienie SWZ wydłuża ten termin trzykrotnie dla opcji nr 1 i nr 8 oraz dwukrotnie dla opcji nr 2-7. W ocenie składu orzekającego termin ten jest właściwy i proporcjonalny, zaś odwołujący nie wykazał, aby postanowienia umowy były nieprawidłowe, a także aby § 10 ust. 1 pkt 1) lit. o) wzoru umowy wymagał postulowanej zmiany, czy żeby wykonawca musiał kredytować zamawiającego dłużej, niż oszacował to w ofercie lub na wyższą kwotę. Argumentacja odwołującego jest merytorycznie pusta, ograniczająca się do polemiki z treścią dokumentacji postępowania. Nie podjęto chociażby próby wykazania ile zdaniem odwołującego zajmie realizacja zamówienia podstawowego, a ile opcji, co mogłoby pozwolić na osadzenie jego hipotez w uchwytnej wartościach. Nie jest możliwa weryfikacja stanowiska strony, która ograniczyła się do subiektywnej oceny, bez wskazania okoliczności faktycznych, które do tej oceny doprowadziły. Pozbawia to skład orzekający możliwości zweryfikowania argumentacji odwołującego i uznania jej uzasadnioną.

Odwołujący powinien wyjść poza swoje przekonanie i w dającym się zrewidować stanowisku osadzić obecne uwarunkowania przetargu w jego zdaniem realnych terminach, co pozwoliłoby na ocenę dlaczego te z SWZ są niemożliwe do realizacji, czy niemożliwe do realnej wyceny, w tym stwierdzenie, że są one obiektywnie nieprawidłowe, a nie problematyczne dla tego odwołującego. Tożsamo w zakresie konieczności kredytowania zamawiającego i niemożliwych do wyceny ryzyk czy dodatkowych, nieprzewidzianych kosztów. Nawet nie przybliżono możliwości zaistnienia określonych okoliczności (np. poprzez odniesienie rzeczonych kosztów mogących wystąpić w tego typu kontraktach, opierając się na wiedzy i doświadczeniach z realizacji innych, zbliżonych umów) pozostawiając zarzut jako żądanie zmiany SWZ, bez odpowiedniego, dającego się zweryfikować uzasadnienia, a z drugiej strony odwołujący w odwołaniu trafnie identyfikował inne koszty, które należy ponieść. Zamawiający także nie wyłączył w umowie możliwości żądania podwyższenia wynagrodzenia na podstawie powszechnie obowiązujących przepisów prawa. Ponadto, Izba podziela argumentację wskazaną przez zamawiającego na str. 23-25 odpowiedzi na odwołanie i przyjmuje ją za własną.

Postulaty zmiany treści dokumentacji postępowania, będące wyłącznie polemiką z zamawiającym, bez podjęcia chociażby próby wykazania naruszenia przepisów p.z.p. czy kodeksu cywilnego, na które powołano się przy wskazaniu podstawy prawnej omawianych zarzutów nr 3-5, powodują pozostawianie twierdzeń odwołującego w sferze gołosłownych wniosków strony, a nie wykazania naruszenia prawa przez zamawiającego, które mogłoby w kontradictoryjnym procesie

spowodować uwzględnienie odwołania.

W przedmiocie pozostałych zarzutów odwołania sygn. akt: KIO 1915/23, które nie zostały omówione we wcześniejszej części uzasadnienia – zarzut nr 2 z *petitum* odwołania dotyczący naruszenia przez zamawiającego art. 353<sup>1</sup> k.c. w zw. z art. 8 ust. 1 p.z.p. w zw. z art. 134 ust. 1 pkt 20 p.z.p. w zw. z art. 16 p.z.p. w zw. z art. 58 k.c. poprzez ukształtowanie stosunku prawnego (umowy) w sposób sprzeczny z jego właściwością oraz zasadami współzycia społecznego, prowadzący do nadużycia przez zamawiającego jego podmiotowego prawa poprzez rażące wykorzystanie dominującej pozycji „organizatora przetargu” (lit. a, d, e, g, h, j) – Izba wskazuje jak niżej.

Skład orzekający stwierdził, że w § 3 ust. 2 pkt 17 wzoru umowy zamawiający dokonał przerzucenia na wykonawcę konieczności poniesienia kosztów uzyskania niezbędnych uzgodnień wynikających z decyzji administracyjnej o zatwierdzeniu projektu budowlanego i udzieleniu pozwolenia na budowę, innych decyzji i postanowień administracyjnych, wytycznych gestorów uzbrojenia i zarządcy dróg oraz z dokumentacji projektowej i specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót z właściwymi organami, co powoduje brak możliwości dokonania prawidłowej oceny wszelkich możliwych ryzyk, jakie mogą zaistnieć przy wykonywaniu przedmiotu umowy. Nie jest bowiem możliwe realne oszacowanie kosztu ryzyka, którego wykonawca nie może prawidłowo zidentyfikować, kiedy nie określono w dokumentacji postępowania w sposób prawidłowy wszystkich wymagań i okoliczności mających wpływ na sporządzenie oferty.

Zamawiający podnosił, że zakres wskazanych uzgodnień został zawarty w załączniku nr 8 i nr 17 do SWZ, jednakże nie wynika to z zaskarżonego postanowienia umownego, które nie odnosi się do tych dokumentów. Jak trafnie zauważył odwołujący wprowadzono nieograniczoną możliwość modyfikacji, co rodzi poważne wątpliwości interpretacyjne. Zamawiający sam także nie był w stanie jednoznacznie określić zamkniętego katalogu rzeczonych uzgodnień i wytycznych. Jednostka zamawiająca hasłowo wskazała na cały szczegółowy opis przedmiotu zamówienia i całą dokumentację formalną, a nie na konkretne, skwantyfikowane fragmenty tych obszernych dokumentów.

Zamawiający ponadto podnosił, że odwołujący jest profesjonalistą w zakresie prowadzonej działalności, więc warto przypomnieć, że to zamawiający jest odpowiedzialny za wyczerpujące i jednoznaczne skonstruowanie przedmiotu zamówienia, a brak właściwego ukształtowania treści umowy naraża zamawiającego na negatywne konsekwencje. Nieprawidłowości przy konstrukcji nakładanego na wykonawcę zobowiązania negatywnie odbijają się na ilości ofert, prowadząc do ich nieporównywalności i zawyżania cen, zamawiający powinien bowiem pamiętać, że każde ryzyko i każda wada SWZ będą miały swoje konsekwencje – na etapie składania ofert albo na etapie realizacji umowy. Wykonawca powinien uwzględnić w ofercie tylko te ryzyka, które w okolicznościach danej sprawy są możliwe do przewidzenia, a obowiązkiem zamawiającego jest udostępnienie wykonawcom dokumentacji postępowania określającej pełny (kompletny) zakres prac koniecznych do wykonania. Wobec powyższego skład rozpoznający spór uwzględnił omawiany zarzut, również w całości zgadzając się ze stanowiskiem wyrażonym w odwołaniu, które Izba uznaje za własne.

W przedmiocie § 6 ust. 11 i § 7 ust. 18 wzoru umowy skład orzekający uznał postanowienia umowy za wadliwe, w zakresie w jakim zamawiający uzależnił podpisanie protokołu odbioru końcowego oraz dokonanie zapłaty wynagrodzenia wykonawcy od złożenia oświadczeń podwykonawców, zgodnie z treścią załącznika nr 5c do wzoru umowy. Jak już wyżej wskazano, swoboda zamawiającego w kształtowaniu postanowień umownych nie jest nieograniczona, w szczególności, że mamy do czynienia z najważniejszymi czynnościami stron umowy, od których zależy wymagalność roszczenia o zapłatę wynagrodzenia. Nie wystarczy powołać się na interes publiczny, aby usprawiedliwić dowolne wymaganie jednostki zamawiającej, ponieważ posiada ona negatywne doświadczenia w realizacji wcześniejszych kontraktów. Możliwe roszczenia, z powodu niedopełnienia przez wykonawcę obowiązku zapłaty wynagrodzenia podwykonawcom, nie uzasadniają naruszenia granicy swobody umów i równowagi kontraktowej poprzez wymaganie od wykonawcy złożenia nieproporcjonalnie ukształtowanych oświadczeń podwykonawców na wzorze określonym w załączniku nr 5c do wzoru umowy.

Zamawiający, w sposób nieuprawniony, nie dopuścił również proponowanej przez odwołującego – w przypadku braku możliwości pozyskania stosownych oświadczeń ze strony podwykonawców – możliwości przedłożenia kopii faktur wystawionych przez podwykonawców poświadczonych za zgodność z oryginałem przez wykonawcę i dowodów potwierdzających uregulowanie wymagalnych zobowiązań wobec podwykonawców z tytułu należnego im wynagrodzenia (w szczególności potwierdzenia dokonanych przelewów bankowych na rachunek podwykonawcy) stwierdzonych ww. fakturami. Odwołujący wskazał zamawiającemu trafne rozwiązanie zaspokajające interesy obu stron kontraktu, pozwalające w sposób obiektywny i jednoznaczny na stwierdzenie, że płatności zostały dokonane (roszczenie podwykonawcy o zapłatę wymagalnego wynagrodzenia zostały zaspokojone). Natomiast w § 7 ust. 18 wzoru umowy zamawiający nie dopuszcza złożenia wskazanych przez odwołującego bezpośrednich dowodów, że zapłata została dokonana, a uzależnia wypłatę wynagrodzenia wykonawcy od uprawdopodobnienia przez oświadczenie, co wskazuje, że zamawiający nie rozważył w sposób wystarczający omawianych kwestii określając znacznie mniejszy stopień ochrony inwestora przed nielojalnym postępowaniem ze strony wykonawcy w przypadku nieregulowania należności względem podwykonawców, niż proponował odwołujący. Innymi słowy, przedłożenie dowodów zapłaty chroni zamawiającego w sposób daleki niż oświadczenia podwykonawców.

Izba podziela także stanowisko wyrażone w wyroku Sądu Najwyższego z dnia 2 czerwca 2021 r. sygn. akt: II CSKP 7/21, gdzie wskazano, iż „Nie ulega wątpliwości, że podwykonawca z różnych przyczyn może nie przedstawić faktury generalnemu wykonawcy, co w konsekwencji oznacza, że wykonawca ten nie będzie taka faktura dysponował. Skutkowało to uzależnieniem zapłaty wynagrodzenia należnego wykonawcy od zachowania osoby trzeciej (podwykonawcy), a więc od zdarzenia – z perspektywy stron umowy o roboty budowlane – przysłego i niepewnego. Niezależnie zatem od umownego ujęcia tej okoliczności, takie postanowienie umowne, jako sprzeczne z naturą stosunku prawnego wykreowanego umową o roboty budowlane (art. 353<sup>1</sup> w zw. z art. 89 k.c.), jest nieważne (art. 58 § 1 i 3 k.c.).”.

Ponadto, w zakresie § 6 ust. 11 wzoru umowy, za wystarczające i proporcjonalne należy uznać bezpośrednie dowody zapłaty wymagalnego wynagrodzenia podwykonawcom, a wymóg złożenia oświadczenia, którego wykonawca z różnych, niezależnych od niego powodów, może nie być w stanie przedstawić, jest nadmiarowy, zaś zamawiający nie wykazał okoliczności przeciwnych. W szczególności, że celem procedury odbioru robót jest weryfikacja prawidłowości, jakości realizacji zamówienia, a nie poprawność rozliczeń dokonanych z podwykonawcami, co ma zasadnicze znaczenie przy rozliczeniu wynagrodzenia wykonawcy.

W odniesieniu do § 6 ust. 13 wzoru umowy, skład orzekający uznał je za nieprawidłowe w zakresie określenia rozpoczęcia biegu terminu na zwrot wykonawcy zabezpieczenia należytego wykonania umowy od protokolarnego potwierdzenia usunięcia wad stwierdzonych przy odbiorze końcowym. Termin ten powinien rozpocząć bieg od podpisania przez stronę protokołu odbioru końcowego i przekazania przedmiotu umowy do użytkowania. Izba w całości

zgadza się z trafną argumentacją odwołującego wyrażoną w odwołaniu.

Omawiane postanowienie umowne jest w szczególności sprzeczne z art. 453 § 2 p.z.p. obligującym zamawiającego do pozostawienia należytego zabezpieczenia umowy na zabezpieczenie roszczeń z tytułu rękojmi za wady lub gwarancji w kwocie nie przekraczającej 30%. Na kanwie zaskarżonego postanowienia umownego może dojść do sytuacji, w której – pomimo odebrania obiektu i powstania uprawnień z tytułu rękojmi i gwarancji (§ 8 ust. 1 wzoru umowy) – wykonawca dalej musi utrzymywać zabezpieczenia należytego wykonania w pełnej kwocie, więc postawiony zarzut zasługuje na uwzględnienie.

W przedmiocie § 7 ust. 11 i § 7a ust. 16 wzoru umowy, Izba stwierdziła, że postanowienia te należy usunąć, ponieważ zamawiający w sposób nieuprawniony uzależnił zwiększenie wynagrodzenia/waloryzację wynagrodzenia wykonawcy od dokonania zmian w budżecie miasta Gliwice albo wieloletniej prognozie finansowej, czyli z naruszeniem zasady swobody umów, daleko od racjonalnego wyważenia interesu obu stron procesu budowlanego, postawiono warunek całkowicie niezależny od wykonawcy, od którego nie powinno się uzależniać wypłaty wynagrodzenia.

Innymi słowy, umowa o roboty budowlane jest umową wzajemną i odpłatną, jeżeli wykonawca wykona roboty, które będą skutkować zwiększeniem jego wynagrodzenia, albo dojdzie do zmiany uwarunkowań rynkowych skutkujących koniecznością waloryzacji wynagrodzenia wykonawcy, uzależnienie zmiany wynagrodzenia od dodatkowego zdarzenia, zupełnie niezwiązanego z ww. okolicznościami, jest nieuprawnione. Zamawiający w sposób istotny zakłócił równowagę kontraktową wprowadzając do umowy postanowienie kreujące niezasadne i trudne do oszacowania ryzyko, które może doprowadzić do zablokowania podniesienia należnego wykonawcy wynagrodzenia, przez niemożliwy do oszacowania okres.

W przedmiocie argumentacji zamawiającego dotyczącej art. 44 i art. 46 ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych (Dz. U. z 2023 r. poz. 1270 ze zm.) warto zaznaczyć, że nie tylko miasto Gliwice obowiązuje rzeczona ustawa, nie powoduje to jednak, że jednostki zamawiające wprowadzają do umów nieuprawnione warunki uzależniające zwiększenie wynagrodzenia wykonawcy od działań podmiotów trzecich pozostających poza kontrolą stron umowy. Nie zmienia powyższego stanowisko zamawiającego, że zmiany są dokonywane na każdej sesji, bez zwlekania, ponieważ niczym nieoparte hipotezy strony nie mogą stanowić jakiegokolwiek gwarancji, na podstawie której można oprzeć ryzyko wyceny wielomilionowego zamówienia publicznego.

Skład orzekający uwzględnił także zarzut dotyczący § 11 ust. 2 pkt 10 wzoru umowy, zgadzając się w całości z argumentacją odwołującego. Sporna kara umowna jest rażąco nieadekwatna do naruszenia i całkowicie zaburza równowagę kontraktową stron. Zamawiający przyznał sobie jednostronne prawo odstąpienia od umowy lub jej części w przypadku, gdy wykonawcy naliczono co najmniej dwukrotnie kary umowne (w terminie do 60 dni od daty naliczenia kolejnej kary). Już na pierwszy rzut oka, bez żadnej pogłębionej analizy można zauważyć, że zaskarżone postanowienie umowne, które reguluje najdalej idącą negatywną decyzję inwestora, która skutkuje zerwaniem umowy, w sposób rażący narusza zasadę proporcjonalności i swobodę kontraktowania. Odstąpienie od umowy w przypadku dwukrotnego naliczenia jakiegokolwiek kary (np. kary 1.000,00 zł za niezastosowanie się do żądania zamawiającego obecności na radzie budowy (odbywającej się raz w tygodniu przez cały okres realizacji umowy), jednego kierownika/specjalisty wskazanego w § 5 ust. 1 umowy – co istotne, kara jest liczona dla każdej z 12 osób odrębnie) może skutkować rozwiązaniem kontraktu.

Izba zgadza się z zamawiającym, że kary umowne w tego typu umowach nie są żadnym *novum*, a ich katalog jest powszechnie stosowany w kontraktach o roboty budowlane, jednak omawiana kara jest osobiwa i nie ma nic wspólnego z zasadą proporcjonalności uprawnień zamawiającego w stosunku do rzeczywistej potrzeby ochrony jego interesów. Postanowienia umowy w sprawie zamówienia publicznego podlegają ocenie co do zgodności z naturą stosunku zobowiązaniowego, który mają regulować oraz zgodności z zasadami współżycia społecznego, a ocena taka dokonywana jest w szczególności przez pryzmat rozkładu ryzyk kontraktowych i ekwiwalentności świadczeń. Podstawy odstąpienia od umowy powinny być precyzyjne i adekwatne do warunków realizacji kontraktu. Prawo do odstąpienia od umowy określone w § 11 ust. 2 pkt 10 wzoru umowy nie spełnia żadnej z powyższych dyrektyw.

Konkludując, skład orzekający stwierdził, że wyżej omówione postanowienia umowne naruszają równowagę kontraktową i przekraczają granicę swobody umów, zamawiający oczekuje odpowiedzialności wykonawcy za wszelkie zdarzenia negatywne, w tym niezależne od aktywności wykonawcy, a nawet te, które mogą wynikać z działania/zaniechania zamawiającego lub podmiotów trzecich (w tym organów publicznych). Treść umowy nie pozwala na rzetelne skalkulowanie ceny ofertowej, gdyż nie ma możliwości przewidzenia wszelkich ryzyk, które mogą wystąpić na etapie realizacji zamówienia, a także wprowadzono postanowienia nieproporcjonalne i wprost sprzeczne z normami p.z.p. lub uzależniające wypłatę wynagrodzenia za wykonane roboty budowlane od zdarzeń przyszłych i niepewnych.

Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniła odwołania, zgodnie z pkt 2 tenoru sentencji wyroku, bowiem wykazano, iż w przedmiotowym stanie faktycznym została wypełniona hipoteza normy prawnej wyrażonej w art. 554 ust. 1 pkt 1 p.z.p. Stwierdzone naruszenie przepisów ustawy, poprzez uniemożliwienie lub znaczące utrudnienie złożenia ofert odwołującym, może mieć wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Uwzględniając brzmienie art. 554 ust. 3 lit. c w zw. z art. 554 ust. 6 p.z.p. skład orzekający nakazał zamawiającemu usunięcie wadliwych postanowień umowy.

Rozstrzygnięcie o kosztach postępowania wydano na podstawie art. 575 p.z.p. obciążając strony kosztami zgodnie z zasadą odpowiedzialności za wynik postępowania odwoławczego z uwzględnieniem treści rozporządzenia 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 zwanego „rozporządzeniem ws. kosztów”.

W sprawie sygn. akt: KIO 1893/23, mając na uwadze § 7 ust. 5 w zw. z § 5 pkt 1 i pkt 2 lit. a i brozporządzenia ws. kosztów, zważywszy na rodzaj uwzględnionych zarzutów, a także okoliczność, że zarzuty dotyczące prawa opcji, które zostały oddalone, generalnie zawierają pokrywające się żądania (i jako jedno zagadnienie zostały potraktowane w odpowiedzi na odwołanie, zamawiający dokonał także istotnej zmiany dokumentacji w tym zakresie, nie podejmując się obrony dotychczasowego jej brzmienia), Izba obciążyła strony kosztami postępowania odwoławczego po połowie. Na koszty złożył się uiszczony przez odwołującego wpis, koszty wynagrodzenia pełnomocników na podstawie przedłożonych faktur VAT i koszt dojazdu zamawiającego na podstawie złożonych do akt sprawy biletów. Odwołujący wygrał w połowie, więc przysługuje mu od zamawiającego zwrot połowy kosztów wpisu i połowy kosztów za zastępstwo procesowe, zamawiający także wygrał w połowie, czyli przysługuje mu zwrot połowy kosztów za zastępstwo procesowe i połowa kosztów dojazdu. Natomiast tam, gdzie strony przegrały ponoszą koszty we własnym zakresie. Zatem Izba zasądziła na rzecz odwołującego kwotę 9 681,00 zł stanowiącą należny zwrot części kosztów postępowania odwoławczego i zniósła koszty stron w postaci wynagrodzenia pełnomocników, ponieważ strony zwracałyby je sobie w

tej samej kwocie, w sposób krzyżowy.

Natomiast w sprawie o sygn. akt: KIO 1915/23, uwzględniając § 7 ust. 1 pkt 1 w zw. z § 5 pkt 1 i pkt 2 lit. b rozporządzenia ws. kosztów, Izba obciążyła zamawiającego jako stronę przegrywającą kosztami postępowania odwoławczego w postaci wpisu i kosztów zastępstwa procesowego odwołującego, zgodnie ze złożoną przez fakturą VAT zmniejszoną do limitu wynikającego z § 5 pkt 2 lit. b rozporządzenia ws. kosztów.

Mając na uwadze powyższe o kosztach postępowania odwoławczego orzeczono jak w sentencji.

Przewodniczący:.....

Członkowie: .....

.....