

Sygn. akt: KIO 3724/23

WYROK

z dnia 27 grudnia 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Elżbieta Dobrenko

Protokolant: Tomasz Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 22 grudnia 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 11 grudnia 2023 r. przez wykonawcę **Budimex S.A. z siedzibą w Warszawie**

w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego **Przedsiębiorstwo Gospodarki Odpadami w Suwałkach Sp. z o.o. z siedzibą w Suwałkach**

orzeka:

1. Umarza postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutów: nr 3, nr 5, nr 6, nr 7, nr 9, nr 10, nr 11 petitum odwołania, w części zarzutu nr 2 w zakresie określenia limitu wzrostu ceny kontraktowej oraz w części zarzutu nr 8 w zakresie wprowadzenia w § 8 Aktu Umowy limitu kar umownych w wysokości 20 %,
2. Uwzględnia odwołanie w zakresie zarzutu nr 4 i nakazuje Zamawiającemu wprowadzenie do § 5 ust. 4.9 Aktu Umowy zasad okresu ochrony gwarancyjnej dotyczącej tylko napraw istotnych,
3. Uwzględnia odwołanie w zakresie zarzutu nr 8 i nakazuje Zamawiającemu wykreślenie w § 8 Aktu Umowy postanowień, w których mowa jest o niewliczaniu do limitu kar umownych kary umownej za odstąpienie,
4. W pozostałej części oddala odwołanie,
5. Kosztami postępowania obciąża Zamawiającego w $\frac{1}{2}$ i Odwołującego w $\frac{1}{2}$:
 - 5.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20.000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania;
 - 5.2. zasądza od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę 8.200 złotych (słownie: osiem tysięcy dwieście złotych), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione przez Odwołującego z tytułu wpisu.

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

Przewodniczący:

Sygn. akt KIO 3724/23

Uzasadnienie

Zamawiający Przedsiębiorstwo Gospodarki Odpadami w Suwałkach Sp. z o.o.

z siedzibą w Suwałkach, dalej „Zamawiający” prowadzi, na podstawie ustawy z dnia

11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych, postępowanie o udzielenie zamówienia pn.: „Budowa Instalacji Termicznego Przekształcenia Wstępnie Przetworzonych Odpadów Komunalnych (preRDF/RDF) w Suwałkach”, numer postępowania K-14/2023, dalej: „Postępowanie”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej

w dniu 1 grudnia 2023 r. pod nr 00731620-2023.

W dniu 11 grudnia 2023 r. wykonawca Budimex S.A. z siedzibą w Warszawie, dalej: „Odwołujący” wniósł odwołanie od czynności Zamawiającego, polegającej na ustaleniu treści Specyfikacji Warunków Zamówienia dotyczącej Postępowania (dalej jako: „SWZ”), w sposób naruszający przepisy ustawy Pzp i Kc, tj.:

- 1) art. 436 pkt 1) ustawy Pzp w zw. z art. 99 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 353¹ Kodeksu cywilnego poprzez oznaczenie terminu realizacji zamówienia datą kalendarzową pomimo, iż brak obiektywnych przyczyn uzasadniających takie działanie, co uniemożliwia racjonalną ocenę i wycenę zadania, prowadząc do zachwiania równowagi stron stosunku zobowiązaniowego i zasad współżycia społecznego (zarzut nr 1);
- 2) art. 439 ust. 1 i ust. 2 ustawy Pzp w zw. z art. 16 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 58 Kc w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp poprzez sformułowanie w ramach wzoru umowy klauzuli waloryzacyjnej, dotyczącej zmiany wysokości wynagrodzenia wykonawcy w sytuacji zmiany cen materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia wbrew literalnym wymaganiom dyspozycji art. 439 ustawy Pzp, w sposób wypaczający ideę waloryzacji i będący sprzeczny z celem określonym w art. 439 ustawy Pzp, determinując jej nieefektywność i nierealność (zarzut nr 2);

- 3) art. 16 ustawy Pzp w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 431 ustawy Pzp w zw. art. 353¹ Kc, w zw. z art. 58 KC i w zw. z art. 5 KC poprzez zastrzeżenie możliwości dowolnego wydania polecenia zawieszenia wykonywania umowy przez Zamawiającego, co stanowi wyraz nadużycia prawa Zamawiającego do jednostronnego kształtowania warunków umowy i całkowite przerzucenie na wykonawców ryzyka z tytułu zaistnienia przyczyn, które są niezależne od wykonawcy i niemożliwe do przewidzenia na etapie składania oferty, co stanowi wyraz wykorzystania pozycji dominującej i rażącego uprzywilejowania w treści projektowanych postanowień Umowy pozycji Zamawiającego, wbrew zasadom współżycia społecznego i właściwości stosunku prawnego, w sposób stanowiący ponadto nadużycie prawa (zarzut nr 3);
- 4) art. 16 ustawy Pzp w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 647, art. 5 i art. 353¹ KC poprzez ustalenie, w ramach projektowanych postanowień Umowy, że okres gwarancji biegnie na nowo od dnia podpisania przez Zamawiającego protokołu usunięcia wady, również w przypadku dokonania napraw w ramach wykonania swoich zobowiązań z tytułu odpowiedzialności za wady, co godzi w istotę i naturę umowy o roboty budowlane, będąc jednocześnie postanowieniem niekorzystnym dla wykonawców, naruszającym bezwzględnie obowiązujące przepisy prawa oraz równowagę stron umowy i prowadzi do naruszenia praw podmiotowych wykonawców (zarzut nr 4);
- 5) art. 8 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 5 i 353¹ KC w zw. z art. 568 KC w zw. z art. 577 KC w zw. z art. 431 ustawy Pzp, z art. 433 pkt 4) w zw. z art. 16 ustawy Pzp poprzez wprowadzenie postanowień związanych z zasadami zwrotu kosztów Serwisu Gwarancyjnego polegającego na usunięciu Wad, jedynie gdy Wada powstanie z przyczyn spowodowanych wyłączną winą Zamawiającego, bez uwzględnienia sytuacji, w której do powstania Wady dojdzie w wyniku siły wyższej lub też z winy osoby trzeciej za którą Wykonawca nie ponosi odpowiedzialności, co generuje ryzyko ponoszenia przez wykonawcę odpowiedzialności w sytuacjach niemożliwych do przewidzenia, co z kolei stanowi postanowienie niekorzystne dla wykonawców, naruszające równowagę stron umowy i prowadzące do naruszenia praw podmiotowych wykonawców (zarzut nr 5);
- 6) art. 16 ustawy Pzp w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 431 ustawy Pzp w zw. art. 353¹ KC, w zw. z art. 58 KC i w zw. z art. 5 KC poprzez sformułowanie w ramach Aktu Umowy postanowienia dotyczącego dopuszczenia jednostronnej interpretacji umowy przez Zamawiającego – w odniesieniu do „Wad limitujących”, co godzi w istotę i naturę umowy o roboty budowlane, będąc jednocześnie postanowieniem niekorzystnym dla wykonawców, naruszającym bezwzględnie obowiązujące przepisy prawa, równowagę stron umowy i prowadzi do naruszenia praw podmiotowych wykonawców, a także uwzględnia zbyt dużą uznaniowość działań Zamawiającego (zarzut nr 6);
- 7) art. 16 ustawy Pzp w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 452 ustawy Pzp w zw. art. 353¹ KC, w zw. z art. 58 KC i w zw. z art. 5 Kc poprzez sformułowanie w ramach Aktu Umowy postanowienia dotyczącego żądania wniesienia zabezpieczenia w wyższej wysokości niż 5% ceny całkowitej oferty lub maksymalnej wartości nominalnej zobowiązania bez odpowiedniego uzasadnienia, co godzi w istotę i naturę umowy o roboty budowlane, będąc jednocześnie postanowieniem niekorzystnym dla wykonawców, naruszającym bezwzględnie obowiązujące przepisy prawa, równowagę stron umowy i prowadzi do naruszenia praw podmiotowych wykonawców, a także uwzględnia zbyt dużą uznaniowość działań Zamawiającego (zarzut nr 7);
- 8) art. 8 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 5 i 353¹ Kc w zw. z art. 473§1 KC w zw. z art. 483 Kc w zw. z art. 484 § 2 Kc w zw. z art. 16 ustawy Pzp poprzez zastrzeżenie przez Zamawiającego w ramach projektowanych postanowień Umowy górnego limitu wszystkich kar umownych o rażąco wygórowanej wysokości, co jest nadmiernym i nieadekwatnym obciążeniem wykonawcy w stosunku do specyfiki realizacji i uwarunkowań rynkowych, będąc jednocześnie postanowieniem niekorzystnym dla wykonawców, naruszającym równowagę stron umowy i prowadzącym do naruszenia praw podmiotowych wykonawców (zarzut nr 8);
- 9) art. 99 ustawy Pzp w zw. z art. 16 ustawy Pzp oraz w zw. z art. 134 ust. 1 pkt 4) ustawy Pzp poprzez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób nieprecyzyjny i niespójny za sprawą wykreślenia Subklauzuli dotyczącej ograniczenia odpowiedzialności, co w konsekwencji prowadzi do braku możliwości oszacowania ryzyk znajdujących się po stronie wykonawcy, będąc jednocześnie postanowieniem niekorzystnym dla wykonawców, naruszającym równowagę stron umowy i prowadzącym do naruszenia praw podmiotowych wykonawców (zarzut nr 9);
- 10) art. 99 ustawy Pzp w zw. z art. 16 ustawy Pzp oraz w zw. z art. 134 ust. 1 pkt 4) ustawy Pzp poprzez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób nieprecyzyjny i niespójny za sprawą wykreślenia Subklauzuli dotyczącej sposobu postępowania w przypadku zaistnienia nieprzewidywalnych warunków fizycznych, przez co niemożliwa jest jednoznaczna interpretacja postanowień Aktu Umowy, co w konsekwencji prowadzi do braku możliwości oszacowania

ryzyk znajdujących się po stronie wykonawcy, będąc jednocześnie postanowieniem niekorzystnym dla wykonawców, naruszającym równowagę stron umowy i prowadzącym do naruszenia praw podmiotowych wykonawców (zarzut nr 10);

- 11) art. 99 ustawy Pzp w zw. z art. 16 ustawy Pzp oraz w zw. z art. 134 ust. 1 pkt 4) ustawy Pzp poprzez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób nieprecyzyjny i niespójny, przez co niemożliwa jest jednoznaczna interpretacja postanowień Aktu Umowy, co w konsekwencji prowadzi do braku możliwości oszacowania ryzyk znajdujących się po stronie wykonawcy, będąc jednocześnie postanowieniem niekorzystnym dla wykonawców, naruszającym równowagę stron umowy i prowadzącym do naruszenia praw podmiotowych wykonawców (zarzut nr 11).

W związku z powyższymi zarzutami Odwołujący wniósł o:

- 1) uwzględnienie odwołania,
- 2) nakazanie Zamawiającemu dokonania zmiany treści SWZ i ogłoszenia w sposób wskazany w uzasadnieniu niniejszego odwołania.

W uzasadnieniu – w części pod nazwą Uwagi ogólne, Odwołujący wskazał, że Odwołujący akceptuje fakt, że Zamawiający jako gospodarz postępowania ma pewną swobodę

w formułowaniu warunków realizacyjnych, to swoboda ta nie powinna mieć charakteru nieograniczonego, w tym nie może prowadzić do nadużycia własnego prawa podmiotowego – swojej pozycji dominującej. Treść przyszłego stosunku zobowiązaniowego kreowanego przez Zamawiającego, niezależnie od przysługującej Zamawiającemu uprzywilejowanej pozycji, powinien być tak ukształtowany, aby realizacja zamówienia była możliwa. Celem Zamawiającego powinno być również dążenie do osiągnięcia korzystnych rynkowo cen. Nie może także przerzucić całości ryzyka gospodarczego na wykonawcę, np. wyrok Sądu Okręgowego Warszawa-Praga z dnia 16 sierpnia 2005 r., sygn. akt IV Ca 508/05.

Postanowienia umowy powinny zostać przy tym określone w sposób na tyle precyzyjny, aby wykonawca był w stanie określić cenę ofertową. W sytuacji, w której nie jest możliwe podanie zamkniętego katalogu okoliczności, z którymi wiąże się określone następstwa, Zamawiający powinien dążyć do jak najpełniejszego ich wyszczególnienia, np. wyrok KIO z dnia 20 stycznia 2014 r., sygn. akt KIO 2949/13.

W odniesieniu do określania zasad przyszłego stosunku zobowiązaniowego, Odwołujący podkreślił, że swobodę umów ograniczają m.in. zasady współżycia społecznego oraz bezwzględnie obowiązujące przepisy prawa, w tym przepis art. 353¹ Kc.

W dziedzinie stosunków zobowiązaniowych, z których znaczna część służy wymianie dóbr i usług, podstawowe znaczenie ma wymóg zapewnienia tzw. słuszności (sprawiedliwości) kontraktowej, rozumianej jako równomierny rozkład uprawnień i obowiązków w stosunku prawnym, czy też korzyści i ciężarów oraz szans i ryzyk związanych z powstaniem i realizacją tego stosunku. Badając umowę pod względem słuszności kontraktowej, trzeba pamiętać

o podstawowym założeniu prawa cywilnego, według którego umowy służą realizacji woli stron je zawierających. O naruszeniu zasad współżycia społecznego w postaci wymogu sprawiedliwości umowy można więc mówić wtedy, gdy zawarta przez stronę umowa nie jest wyrazem jej w pełni swobodnie i rozważnie podjętej decyzji, gdyż na treść umowy wpłynął brak koniecznej wiedzy czy presja ekonomiczna (np. wynikająca z faktu korzystania przez kontrahenta z pozycji dominującej), a przyczyną tego nie jest niedbalstwo samego pokrzywdzonego. Dalsza przesłanka uznania umowy za wykraczającą poza granice kompetencji stron wynika z istoty zasad współżycia społecznego jako ocen i norm moralnych, a polega również na uwzględnieniu postawy drugiej strony umowy. Negatywna ocena umowy ze względu na kryteria moralne uzasadniona jest tylko w tych przypadkach, gdy kontrahentowi osoby pokrzywdzonej można postawić zarzut złego postępowania, polegający na wykorzystaniu (świadomym lub spowodowanym niedbalstwem) swojej przewagi. Tak też jednoznacznie stwierdzał Sąd Najwyższy w wyrokach o sygn. IV CSK 478/07 oraz II CSK 528/10. Takiej negatywnej ocenie powinna też podlegać umowa o zamówienie publiczne, ukształtowana przez Zamawiającego z wykorzystaniem jego silniejszej pozycji

w Postępowaniu, gdyż umowa taka powinna chronić interesy nie tylko Zamawiającego, ale również Wykonawcy, tak: KIO przykładowo w wyrokach o sygn. KIO 1910/11 i KIO 1918/11.

I. Określenie terminu zakończenia robót budowlanych poprzez wskazanie daty kalendarzowej (zarzut nr 1)

Zgodnie z § 2 ust. 2.1. Aktu Umowy „Budowa Instalacji będzie trwała od Daty Rozpoczęcia

(tj. od daty zawarcia Umowy) do Daty Ukończenia (tj. do daty podpisania Świadectwa Przejęcia), przy czym Data Ukończenia to najpóźniej 31 grudnia 2026 r.”

Analogicznie stanowi zdanie pierwsze Subklauzuli 8.2 [„Czas na Ukończenie”] Warunków Szczególnych Kontraktu w brzmieniu: „W terminie do 31 grudnia 2026 r. zostanie podpisane Świadectwo Przejęcia”. Co za tym idzie, Zamawiający nie zastosował się do wprowadzonej

w nowej ustawie Pzp zasady oznaczania terminu realizacji zamówienia poprzez zagwarantowanie wykonawcy

określonego okresu czasu na realizację, która to została wyartykułowana w treści art. 436 pkt 1) ustawy Pzp. Zgodnie z treścią tego przepisu, umowa zawiera postanowienia określające w szczególności planowany termin zakończenia usługi, dostawy lub robót budowlanych oraz, w razie potrzeby, planowane terminy wykonania poszczególnych części usługi, dostawy lub roboty budowlanej, określone w dniach, tygodniach, miesiącach lub latach, chyba że wskazanie daty wykonania umowy jest uzasadnione obiektywną przyczyną.

Jak podkreśla się przy tym w doktrynie, wprowadzona zmiana ustawy Pzp umotywowana była koniecznością wyeliminowania z obrotu sytuacji zmuszających wykonawców do kalkulacji ryzyk niemożliwych w istocie do przewidzenia związanych z tym, jaki realnie czas pozostanie wykonawcom do realizacji zamówienia. Regulacja ma na celu zapewnienie, by wszyscy wykonawcy mieli jednakową wiedzę o czasie wymaganym do realizacji zamówienia. Ma to zapobiec sytuacji, gdy każdy wykonawca odrębnie, na podstawie własnego doświadczenia

i wiedzy, estymował najpierw spodziewany termin zawarcia umowy (mimo że nie miał wpływu na tę datę), a następnie próbował wyliczyć pozostały mu czas na realizację zamówienia. Powyższe zmuszało wykonawców do uwzględniania związanych z tym ryzyk kontraktowych

i kosztów (tak: Prawo zamówień publicznych. Komentarz, red. H. Nowak, M. Winiarz, UZP, Warszawa 2021).

Uwzględniając motywy przyświecające wprowadzonej regulacji oraz fakt, iż każdy wyjątek od zasady wymaga ścisłego traktowania, określenie daty realizacji zamówienia datą kalendarzową możliwe jest tylko w sytuacjach wyjątkowych, o obiektywnym charakterze. Jako takie sytuacje komentatorzy wskazują przede wszystkim sytuacje związane

z ograniczonym finansowaniem wynikającym z dofinansowania unijnego (tak np. Prawo zamówień publicznych.

Komentarz, red. M. Jaworska, D. Grześkowiak – Stojek, J. Jarnicka, A. Matusiak). W przedmiotowym przypadku z taką sytuacją nie mamy jednak do czynienia – zgodnie bowiem z pkt 4.3 SWZ, przedmiotowe zamówienie nie jest finansowane ze środków UE, a jego finansowanie zapewnione jest w ramach wieloletniego programu finansowego (ergo – programu, który nie jest określony tak sztywnymi datami i zasadami rozliczeń jak

w przypadku funduszy unijnych, chodzi o Narodowy Fundusz Ochrony Środowiska

i Gospodarki Wodnej ze środków pochodzących z Funduszu Modernizacyjnego w ramach Programu Priorytetowego nr 2.1.3 „Racjonalna gospodarka odpadami Część 3) Wykorzystanie paliw alternatywnych na cele energetyczne.”). Co za tym idzie, z udostępnionych już materiałów przetargowych wynika, że brak w okolicznościach przedmiotowego przypadku obiektywnych motywów uzasadniających określenie terminu realizacji zamówienia sztywną datą kalendarzową.

Podkreślenia w tym kontekście wymaga, że czynnikiem kluczowym jest dysponowanie przez wykonawcę określonym okresem czasu na wykonanie odpowiednich czynności wchodzących w zakres zamówienia, zwłaszcza przy kontrakcie o takiej skali i wartości jak będący przedmiotem przedmiotowego postępowania. Tylko dysponowanie wiedzą co do konkretnego okresu czasu zagwarantowanego na wykonanie zamówienia z zestawieniem zakresu obowiązków nałożonych na wykonawców, pozwala na realną ocenę możliwości podjęcia się realizacji danego przedsięwzięcia i zabezpieczenia wymaganych nakładów finansowych, sprzętowych i osobowych. Bez takiej informacji, wykonawcy nie mają w istocie żadnej możliwości, aby ocenić realność przyjmowanego zobowiązania, nie mówiąc już o racjonalnym i rzetelnym skalkulowaniu należnego wynagrodzenia. Aktualnie potencjalni wykonawcy takiej wiedzy posiadać nie mogą, bowiem nie wiadomo, kiedy zostanie podpisana umowa w sprawie zamówienia publicznego – znana jest bowiem tylko zakładana przez Zamawiającego data końcowa. Nie sposób zatem realnie przewidzieć okresu, który należy założyć na realizację całości przedmiotu zamówienia.

Zasadność określenia daty realizacji przedmiotowego zamówienia poprzez odniesienie się do jednostek referujących do dni, tygodni bądź lat jest tym bardziej celowe, że przez wzgląd

na poziom skomplikowania przedmiotowego zamówienia i zakres dokumentacji przetargowej, w tym zakres i sposób weryfikacji kompetencji technicznych i zawodowych, wysoce prawdopodobnym jest kwestionowanie przez znaczną część uczestników rynku czynności zamawiającego związanych tak z ukształtowaniem treści SWZ, jak również z decyzjami na etapie badania i oceny złożonych ofert. Spowoduje to zapewne znaczne wydłużenie procedury przetargowej, determinujące, że pozostały czas na realizację zamówienia będzie czasem absolutnie niemożliwym do dotrzymania, generującym ponadto wystąpienie sytuacji świadczenia niemożliwego. W przypadku wyboru Generalnego Wykonawcy, biorąc pod uwagę okoliczność wydłużającego się postępowania ze względu na postępowania odwoławcze, a także procedurę wyjaśniania treści dokumentacji, pozostały czas na wykonanie tego zamówienia zostałby ograniczony do zaledwie kilkudziesięciu miesięcy (około 30), co jest czasem absolutnie niewystarczającym, biorąc pod uwagę ten przedmiot zamówienia. Uwzględniając ustalony obecnie przez Zamawiającego termin realizacji zamówienia (31.12.2026 r.) w połączeniu z ustaloną datą składania ofert (31.01.2024 r.) i terminem związania ofertą (120 dni), prognozowany przez Zamawiającego czas wymagany dla realizacji przedmiotowego zamówienia wynosi 31 miesięcy i taki też czas powinien być wykonawcom wyraźnie zagwarantowany – w formie zaproponowanej, tj. liczby miesięcy, a nie sztywnej daty.

Biorąc pod uwagę powyższe, Odwołujący wnosi o modyfikację treści SWZ (§ 2 ust. 2.1. Aktu Umowy i zdania pierwszego Subklauzuli 8.2 Warunków Szczególnych Kontraktu)

w następujący sposób:

- § 2 ust. 2.1. Aktu Umowy:

„Budowa Instalacji będzie trwała od Daty Rozpoczęcia (tj. od daty zawarcia Umowy) do Daty Ukończenia (tj. do daty podpisania Świadczenia Przejęcia), przy czym Data Ukończenia to najpóźniej ~~31 grudnia 2026 r.~~ data przypadająca 31 miesięcy od daty zawarcia Umowy”.

- Zdanie pierwsze Subklauzuli 8.2 [„Czas na Ukończenie”] Warunków Szczególnych Kontraktu:

„W terminie ~~do 31 grudnia 2026 r.~~ 31 miesięcy od daty zawarcia Umowy zostanie podpisane Świadczenie Przejęcia”.

II. Zarzut dotyczący klauzuli waloryzacyjnej (zarzut nr 2)

Zamawiający w ramach § 3 Aktu Umowy dotyczącego waloryzacji wynagrodzenia, wprowadził klauzulę o następującej treści:

„3.18. Zasady wprowadzania zmiany Ceny Kontraktowej w przypadku zmiany ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją Umowy: (...)

3.18.4 podstawą zmiany Ceny Kontraktowej jest zmiana cen produkcji budowlano-montażowej publikowana na stronie internetowej Głównego Urzędu Statystycznego <https://stat.gov.pl/>

w zakładce „Opracowania sygnałne”, podzakładka „Informacje sygnałne”, częstotliwość publikacji „miesięczne”, pozycja L.P. 13 „Wskaźniki cen produkcji budowlano-montażowej”

w miesiącu poprzedzającym złożenie wniosku o zmianę Wynagrodzenia Umownego, opisująca zmianę cen w stosunku do cen w analogicznym miesiącu poprzedniego roku kalendarzowego (dalej „Wskaźnik”),

3.18.5 jeśli wartość bezwzględna Wskaźnika wynosi co najmniej 5% Ceny Kontraktowej zmienia się w następujący sposób:

a) jeśli Wskaźnik jest dodatni (tj. potwierdza wzrost cen produkcji budowlano-montażowej) Cena Kontraktowa ulega podwyższeniu o procent odpowiadający połowie wartości procentowej Wskaźnika,

b) jeśli Wskaźnik jest ujemny (tj. potwierdza spadek cen produkcji budowlano-montażowej) Cena Kontraktowa ulega obniżeniu o procent odpowiadający połowie wartości procentowej Wskaźnika; (...)

3.18.9 wszystkie zmiany Ceny Kontraktowej dokonane na podstawie niniejszego ust. 3.18 nie mogą łącznie powodować wzrostu Ceny Kontraktowej o więcej niż 3% Ceny Kontraktowej

w Dacie Rozpoczęcia; (...).”

Odwołujący nadmieniał, że pomimo, iż ustawodawca dał Zamawiającemu względną swobodę co do ustalenia szczegółów związanych z wprowadzaniem mechanizmu waloryzacyjnym,

w tym co do maksymalnej wartości zmiany wynagrodzenia na skutek wdrożenia klauzul waloryzacyjnych, to swoboda Zamawiającego nie ma w tym przypadku charakteru nieograniczonego. Zgodnie z założeniem ustawodawcy taka swoboda podyktowana była bowiem wyłącznie tym, że Zamawiający jako gospodarz postępowania posiada najszerszą wiedzę co do specyfiki zamówienia, mając możliwość doboru najskuteczniejszych wskaźników waloryzacyjnych (zob. Uzasadnienie do rządowego projektu ustawy – Prawo zamówień publicznych, Sejm VIII kadencji, druk Nr 3624, s. 84). Postanowienia waloryzacyjne nie mogą jednak sprowadzać się jedynie do formalnego wypełnienia obowiązku ich zawarcia w umowie, lecz powinny pozwalać na rzeczywiste ich zastosowanie podczas realizacji zamówienia. Jak podkreślono przy tym, w dokumencie pn. Przykładowe klauzule waloryzacyjne dla sektora budownictwa, opracowanym pod auspicjami Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych: „W obecnej sytuacji rynkowej w sektorze budownictwa, charakteryzującej się m.in. dynamicznymi zmianami cen towarów i usług, problemami z realizacją dostaw produktów i ich komponentów, a także brakami kadrowymi, prawidłowe kształtowanie oraz stosowanie waloryzacji umownej nabiera szczególnego znaczenia i jest niezwykle istotne dla uczestników rynku zamówień publicznych”.

Co za tym idzie, wprowadzając klauzule waloryzacyjne w ramach umowy o zamówienie publiczne Zamawiający podporządkowany jest temu, aby mechanizm ten realnie działał podczas danej realizacji. Idea mechanizmu waloryzacyjnego musi być więc każdorazowo skutecznie wdrożona, nie mogąc być limitowaną poprzez dowolnie wprowadzane warunki, ograniczające bądź wyłączające jej skuteczność. Co więcej, a co wynika z ogólnych zasad udzielania zamówień publicznych, formułując klauzule waloryzacyjne Zamawiający podporządkowany jest też zasadzie proporcjonalności i przejrzystości, która w odniesieniu do omawianego postanowienia umownego ustalić, czy określony przez Zamawiającego limit waloryzowanych kwot pozwoli na realne przywrócenie równowagi ekonomicznej stron stosunku zobowiązaniowego.

Odwołujący zwrócił uwagę na fakt, że uregulowane w treści art. 439 ustawy Pzp przesłanki waloryzacji stanowią konkretne narzędzie dostosowania stosunku prawnego w celu przywrócenia stanu równowagi ekonomicznej między stronami umowy o zamówienie publiczne, który może zostać zachwiany ze względu na istotne czynniki zewnętrzne, na

które żadna ze stron stosunku prawnego nie ma wpływu. Istnienie konieczności uwzględnienia w umowach o zamówienie publiczne tzw. „klausuli waloryzacyjnej” z zasady ma niwelować więc stan podwyższonego ryzyka występującego w odniesieniu do stron stosunku prawnego, ale też ma za zadanie minimalizować negatywne konsekwencje zaistnienia okoliczności,

na które strony nie mają wpływu. Ostatecznie, uwzględnienie klauzuli waloryzacyjnej urealnia poziom wynagrodzenia wykonawcy w porównaniu z rzeczywiście wykonanymi przez niego pracami, których wartość była oszacowana na wcześniejszym etapie, tj. zanim doszło do istotnej zmiany.

Odwołujący wskazał, że celowo posługuje się sformułowaniami ogólnymi, takimi jak „ekwiwalentność” czy „urealnienie”, ponieważ wbrew powszechnemu przekonaniu klauzula waloryzacyjna nie stanowi wyłącznie o konieczności podwyższenia wynagrodzenia wykonawcy. W zależności bowiem od okoliczności, może przecież odnosić się zarówno do podwyższenia, jak i do obniżenia wynagrodzenia. W konsekwencji, zapewniona jest równość stron stosunku prawnego i rozkład ryzyk kontraktowych, z korzyścią zarówno dla wykonawcy, jak i zamawiającego. Urealnienie poziomu wynagrodzenia wykonawcy i zapewnienie równego (czy choćby symetrycznego) rozkładu ryzyk kontraktowych zyskuje na znaczeniu

w szczególności w aktualnej sytuacji gospodarczej. Ostatnie kilkanaście miesięcy przyniosło branży budowlanej wiele kluczowych zmian, które w istotny sposób zmieniły podejście wykonawców do składanych w postępowaniach ofert. Negatywne skutki trwającej wojny nie tylko nie omijają rynku budowlanego, ale oddziałują na niego w sposób i w skali dotychczas niewystępującej, co wiąże się chociażby z wahaniami cen surowców i materiałów czy zwiększonymi kosztami pozyskania siły roboczej. W konsekwencji, wykonawcy przystępując do procesu ofertowania tym bardziej muszą mieć pewność realnych gwarancji minimalizacji skutków ekonomicznych związanych z możliwymi dalszymi zmianami sytuacji gospodarczej, których nie można obecnie przewidzieć, a które mogą wystąpić w okresie realizacji przedmiotowego zamówienia.

W przedmiocie dynamicznych zmian na rynku budowlanym obszernie wypowiedzieli się w ostatnim czasie autorzy raportu branżowego pt. „Wybuch wojny w Ukrainie a wzrost kosztów realizacji inwestycji budowlanych w Polsce”, opracowanym wspólnie przez Partnera Technicznego (CCM) oraz Partnera Prawnego (DLA Piper)⁴. Raport uwzględnia wszystkie najważniejsze dane dotyczące zmian cen kluczowych surowców i materiałów wykorzystywanych w budownictwie za okres 24 lutego 2022 r. – 24 lutego 2023 r. Wydanie raportu poprzedzone zostało badaniem rynku, które objęło m.in. wszystkie firmy zrzeszone

w Polskim Związku Pracodawców Budownictwa, ogólnopolskiej organizacji firm infrastrukturalnych i budowlanych. Odpowiedzi respondentów wskazują wprost na istotny wzrost kosztów ponoszonych przez wykonawców w branży budowlanej, ale i na wiele dodatkowych czynników wpływających na ogólne pogorszenie sytuacji.

Jak wskazują dalej autorzy raportu, „W pierwszych tygodniach od wybuchu wojny w lutym 2022 roku ceny ropy naftowej i asfaltów drogowych wzrosły o około 30 proc. W tym czasie cena paliwa ON wrosła o ponad 40 proc., natomiast cena węgla (ARA i RB) była niemal dwukrotnie wyższa niż przed inwazją Rosji na Ukrainę. Choć ceny wszystkich analizowanych gatunków ropy naftowej wróciły do poziomu sprzed wojny już na przełomie lipca i sierpnia 2022 roku, nie odnotowano równie szybkich spadków cen materiałów ropopochodnych, w tym asfaltów drogowych oraz paliw. Dostęp do Raportu: <https://ccmanagement.pl/raport-ccm-i-dla-piper-wybuch-wojny-w-ukrainie-a-wzrost-kosztow-realizacji-inwestycji-budowlanych-w-polsce/>. Ceny asfaltów wróciły do poziomu notowanego przed 24 lutego dopiero w grudniu 2022 roku. Z kolei ceny paliw, stanowiących istotny koszt robót budowlanych, nadal utrzymują się na poziomie co najmniej 20 proc. wyższym niż przed rokiem”.

1) wprowadzenie do klauzuli waloryzacyjnej limitu waloryzacji na poziomie zaledwie 3%

Przekładając wszystkie powyższe uwagi na grunt skarżonego postanowienia, Odwołujący zakcentował następujące uchybienia dotyczące zastosowanego przez Zamawiającego limitu zmian wynagrodzenia na podstawie klauzuli waloryzacyjnej określonego na poziomie zaledwie 3% wynagrodzenia umownego (Ceny Kontraktowej).

Odwołujący wskazał, że postanowienia dotyczące mechanizmu waloryzacyjnego powinny odnosić się do kluczowych materiałów czy kosztów związanych z daną inwestycją i nie mogą być oderwane od zakresu i skali realizacji oraz celu wprowadzanego mechanizmu, bazującego przede wszystkim na adekwatności i realności.

Jak podkreśla się w tym aspekcie w doktrynie: Zamawiający, wprowadzając do umowy odpowiednią klauzulę, ma pozostawioną swobodę określenia jej elementów, mając

na względzie w szczególności: specyfikę zamówienia (np. w zakresie określenia, jakie elementy materiałów i kosztów są kluczowe i w praktyce podlegają dużym wahaniom) (...). Również zmiany cen materiałów muszą dotyczyć tych, które znajdują zastosowanie do wykonania zamówienia, przy czym wydaje się, że pojęcie materiałów należy rozumieć szeroko.

W przypadku umowy na roboty budowlane będą to m.in. wszelkie materiały budowlane, instalacyjne, elektryczne, ale też surowce czy nawet urządzenia do wbudowania (...) [tak: Prawo zamówień publicznych. Komentarz, red. M. Jaworska,

Legalis 2022].

W tym aspekcie Odwołujący zwraca uwagę chociażby na następujące materiały i czynniki kosztotwórcze mające istotne znaczenie dla realizacji podobnych inwestycji, które podlegają znacznym wahaniom cenowym, i które to wahania winny być niwelowane właśnie poprzez wdrożenie klauzul waloryzacyjnych:

Zestawienie 1: Zestawienie cen przykładowych materiałów i czynników kosztotwórczych wpływających na realizację podobnych inwestycji wraz ze wskazaniem poziomu wzrostu cen [opracowanie własne Odwołującego sporządzone przez Biuro Zakupów, Jakości i Ochrony Środowiska Budimex S.A.]

Odwołujący podkreślił, że według źródeł publikujących uśrednione notowania wzrostów cen jak np. Sekocenbud, wzrosty cen za ostatni rok w budownictwie wyniosły około 18,7%, czyli niemal pięciokrotność proponowanego przez Zamawiającego limitu waloryzacji. Powyższe dane odzwierciedlają tylko wzrosty na przestrzeni jednego zamkniętego roku kalendarzowego, natomiast planowany termin realizacji kontraktu jest dłuższy, więc wzrosty te tym bardziej mogą wielokrotnie przekraczać proponowany przez Zamawiającego limit waloryzacji. Ustalony więc przez Zamawiającego limit waloryzacji jest oderwany od realiów rynkowych, na co wskazują również dane przekazane w ramach cytowanego wcześniej Raportu dotyczącego wpływu wojny w Ukrainie na wzrost kosztów realizacji inwestycji budowlanych w Polsce. Oparcie mechanizmu waloryzacyjnego na założeniach poczynionych przez Zamawiającego sprawia, że rzeczony mechanizm waloryzacyjny jest de facto pozorny, stojący w konsekwencji w sprzeczności z założeniem ustawodawcy i treścią przepisu art. 439 ustawy Pzp. Mechanizm ten abstrahuje też od realiów rynkowych i tendencji makroekonomicznych, które zgodnie z wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 25.10.2022 r. (sygn. akt KIO 2532/22, KIO 2536/22, KIO 2544/22) stanowią jeden z elementów będących podstawą oceny prawidłowości działań Zamawiającego w tym zakresie.

Wskazując na obowiązujące w budownictwie infrastrukturalnym tendencje rynkowe, Odwołujący podkreślił, że największy publiczny Zamawiający w kraju, tj. GDDKiA przewiduje obecnie konsekwentnie we wszystkich realizowanych przez siebie kontraktach limit waloryzacji na poziomie 10%. Jak wskazane zostało na oficjalnej stronie internetowej GDDKiA: „Obecnie w umowach GDDKiA stosowany jest 10-procentowy limit waloryzacyjny. Obejmuje on umowy zawierane na wszystkich etapach prac nad inwestycją drogową, tj. od opracowania dokumentacji przygotowawczej, poprzez projekt, aż po roboty budowlane i nadzór nad realizacją kontraktu. Taki limit waloryzacyjny obejmie też długookresowe prace związane

z utrzymaniem istniejących dróg”. Taka tendencja obserwowana jest zresztą również u innych publicznych zamawiających zlecających zamówienia typu infrastrukturalnego. Podkreślenia wymaga, że wskazany 10% limit waloryzacji, stanowiący obecnie pewną „normę” rynkową jest wartością absolutnie minimalną, co obrazują obecne postulaty branży budowlanej, która domaga się podwyższenia limitu waloryzacji nawet do 20%, co – zgodnie z wiedzą Odwołującego – stanowi obecnie przedmiot rozmów i ustaleń z przedstawicielami strony zamawiającej (vide np. <https://www.muratorplus.pl/biznes/wiesci-z-rynku/zbyt-niska-waloryzacja-w-budownictwiezagroza-tysiacom-firm-branza-domaga-sie-zmian-rzadz-milczy-aa-pUan-79yk-wAJ9.html>). Odwołujący zwrócił uwagę, że w ciągu ostatnich kilku tygodni

na rynku głośnym echem odbiły się deklaracje rządu dotyczące dodatkowych środków

na waloryzację w budownictwie infrastrukturalnym i podjęcie przez wielu wykonawców branży budowlanej negocjacji m.in. z GDDKiA dotyczących podwyższenia limitu waloryzacji

z obowiązujących 10% do 15%. W wielu przypadkach zostały już podpisane aneksy do umów zwiększające limit waloryzacji właśnie do 15%. Zamawiający tymczasem nie tylko nie proponuje limitu waloryzacji na aktualnie obowiązującym w kontraktach infrastrukturalnych poziomie 10%, ale na poziomie ponad trzykrotnie niższym (a pięciokrotnie niższym od planowanych 15%). W konsekwencji, proponowany przez Zamawiającego limit waloryzacji, czyni przewidziany mechanizm waloryzacyjny nie tylko nieefektywnym, ale wręcz zupełnie martwym. Takie działanie nie zasługuje na aprobatę również z tego względu, że nieefektywny mechanizm waloryzacyjny oznaczać będzie, że rezerwy wynikające tak z braku możliwości waloryzowania cen materiałów i elementów kosztotwórczych, wykonawcy zmuszeni będą w kalkulować w cenę ofertową. W sposób oczywisty sytuacja taka nie jest korzystna dla samego Zamawiającego i celu prowadzenia Postępowania jakim jest zabezpieczenie prawidłowości wydatkowania środków publicznych i zapewnienie maksymalnej porównywalności składanych ofert.

Doprowadzenie do takiej sytuacji w sposób oczywisty niweczy też cel przepisu art. 439 ustawy Pzp, którego zadaniem było zabezpieczenie interesów obu stron umowy, w tym również interesów Zamawiającego. W tym kontekście podkreślenia wymaga zwłaszcza to, że prawidłowe stosowanie klauzul waloryzacyjnych pozwala Zamawiającemu na ponoszenie rzeczywistych kosztów wykonania zamówienia, nieobarczonych narzutem związanym

z koniecznością ujęcia w cenie ryzyka ich wzrostu (por. Prawo zamówień publicznych. Komentarz, red. M. Jaworska, Legalis 2022).

2) wprowadzenie do klauzuli waloryzacyjnej Wskaźnika (tzw. „aktywatora”) o wartości 5%

W treści proponowanej klauzuli waloryzacyjnej Zamawiający podał, że strony będą mogły żądać waloryzacji wynagrodzenia wyłącznie, gdy wskaźnik, o którym mowa w cytowanym postanowieniu zmieni się o poziom przekraczający +/- 5%, tj.:

a) jeśli Wskaźnik jest dodatni (tj. potwierdza wzrost cen produkcji budowlano-montażowej) Cena Kontraktowa ulega podwyższeniu o procent odpowiadający połowie wartości procentowej Wskaźnika,

b) jeśli Wskaźnik jest ujemny (tj. potwierdza spadek cen produkcji budowlano-montażowej) Cena Kontraktowa ulega obniżeniu o procent odpowiadający połowie wartości procentowej Wskaźnika.

Sens zastosowania tego tzw. „aktywatora” sprowadza się wyłącznie do ograniczenia zaangażowania (czasowego, ekonomicznego, osobowego) Stron umowy w procedowanie waloryzacji dla pewnych kwot ograniczonych procentowo, jednak w żadnej mierze nie wynika z przepisów ustawy Pzp. Jak się jednak okazuje, najczęstsza praktyka zamawiających zakłada całkowitą rezygnację z zastosowania aktywatorów, z dwóch podstawowych względów:

a) aktywatory nie zostały uwzględnione jako elementy proponowanych klauzul waloryzacyjnych w ramach przygotowanej przez Urząd Zamówień Publicznych publikacji

z listopada 2022 r. pt.: „Przykładowe klauzule waloryzacyjne dla sektora budownictwa”, nie są też standardowo uwzględniane jako elementy klauzuli w postępowaniach prowadzonych przez GDDKiA oraz PKP PLK, wybranych jako referencyjne w omawianym dokumencie;

b) wskaźnik referencyjny służący do wyliczenia wzoru waloryzacji, przy przyjęciu zaproponowanego przez Zamawiającego modelu, może nigdy nie znaleźć zastosowania.

W przypadku, gdy wskaźnik, o którym mowa w pkt 3.18.5 umowy zatrzyma się

w referencyjnym okresie, miesiąc do miesiąca, np. na wartości 4,9% lub mniej (co jest bardzo prawdopodobne, niemal pewne) klauzula waloryzacyjna w ogóle nie znajdzie zastosowania, będzie postanowieniem nieefektywnym, ale wręcz martwym, wbrew literalnemu brzmieniu przepisu ustawy Pzp.

W ocenie Odwołującego, wprowadzenie takiego dodatkowego warunku w postaci aktywatora prowadzi do wniosku, że wynagrodzenie wykonawcy może w ogóle nie podlegać waloryzacji – w całości, lub w określonej części. W realiach prowadzenia inwestycji budowlanych poprzez wprowadzenie takich dodatkowych obostrzeń związanych ze skorzystaniem z mechanizmu waloryzacji, Zamawiający nie dąży więc do urealnienia tego mechanizmu i dostosowania go do specyfiki danej inwestycji, ale wręcz do jego unicestwienia. Wykonawcy przystępując do niniejszego postępowania pozostają więc w niepewności, czy mechanizm waloryzacyjny

w ogóle będzie mógł mieć zastosowanie, co stoi w sprzeczności z założeniem ustawodawcy wyartykułowanym poprzez treść art. 439 ustawy Pzp. Z punktu widzenia Zamawiającego do głosu może dojść argument związany z relatywnie niską wartością „aktywatora”, ale

w odniesieniu do ogólnego mechanizmu waloryzacji nie chodzi tylko i wyłącznie

o wyeliminowanie konieczności dokonywania waloryzacji przy „niższych”, jak może się wydawać wartościach. W praktyce jednak nic bardziej mylnego – doprowadzenie do ustalenia aktywatora na tym poziomie w istocie nie zmniejsza obowiązków Zamawiającego związanych z dokonaniem waloryzacji, ale prowadzi do całkowitej niemal eliminacji mechanizmu waloryzacyjnego, wbrew przepisom ustawy Pzp.

Biorąc pod uwagę wszystkie powyższe okoliczności Odwołujący wniósł o modyfikację treści SWZ

(§ 3 ust. 3.18 projektowanych postanowień umowy) w następujący sposób:

• § 3 ust. 3.18: Zasady wprowadzania zmiany Ceny Kontraktowej w przypadku zmiany ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją Umowy:

– 3.18.5 ~~jeśli wartość bezwzględna Wskaźnika wynosi co najmniej 5%~~ Ceny Kontraktowej zmienia się w następujący sposób: a) jeśli Wskaźnik jest dodatni (tj. potwierdza wzrost cen produkcji budowlano-montażowej) Cena Kontraktowa ulega podwyższeniu o procent odpowiadający ~~połowie~~ wartości procentowej Wskaźnika, b) jeśli Wskaźnik jest ujemny (tj. potwierdza spadek cen produkcji budowlano-montażowej) Cena Kontraktowa ulega obniżeniu o procent odpowiadający ~~połowie~~ wartości procentowej Wskaźnika;

– 3.18.9 wszystkie zmiany Ceny Kontraktowej dokonane na podstawie niniejszego ust. 3.18 nie mogą łącznie powodować wzrostu Ceny Kontraktowej o więcej niż 3 15% Ceny Kontraktowej w Dacie Rozpoczęcia; (...).

III. Zarzut dotyczący dopuszczalności zawieszenia wykonywania Umowy bez ustalenia limitu okresu zawieszenia (zarzut nr 3)

Zamawiający w ramach projektowanych postanowień Aktu Umowy, w § 10 Aktu Umowy („Zawieszenie wykonywania umowy, odstąpienie od umowy”) ust. 10.1 podał, że:

„10.1. Zamawiający może z ważnych dla siebie powodów zawiesić wykonywanie Umowy poprzez złożenie Wykonawcy oświadczenia o zawieszeniu wykonywania Umowy (zwanego dalej „Oświadczeniem o Zawieszeniu”), w którym Zamawiający poda:

10.1.1. przyczyny zawieszenia z dokładnym opisem sytuacji Zamawiającego,

- 10.1.2. daty rozpoczęcia zawieszenia (daty zawieszenia),
10.1.3. przewidywanego czasu trwania zawieszenia, (...).

W ramach cytowanego projektowanego postanowienia umowy Zamawiający w sposób bardzo ogólny ustalił kwestię możliwości wydania polecenia zawieszenia wykonywania przez wykonawcę obowiązków wynikających z umowy, wskazując, że takie polecenie może wydać „z ważnych dla siebie powodów”, bez określenia, czego te przyczyny mogą w istocie dotyczyć. Brak zakreszenia ram w tym zakresie prowadzi w gruncie rzeczy do nieograniczonej możliwości zawieszenia realizacji przedmiotowego zamówienia przez Zamawiającego, prowadząc do bardzo istotnej niepewności po stronie wykonawcy.

W ocenie Odwołującego, Zamawiający za pomocą przewidzianej w ust. 10.1 konstrukcji usiłuje w sposób nieuprawniony wpłynąć na sposób realizacji przedmiotu zamówienia, przewidując dla siebie prerogatywę zupełnie dowolnego wstrzymania prac.

Zasada swobody umów, wyrażona w art. 353¹ Kc, na gruncie zamówień publicznych doznaje trojkiego ograniczenia: po pierwsze - Zamawiający nie może swobodnie wybrać kontrahenta, po drugie - Zamawiający określa zasady, na których zamierza zawrzeć umowę, po trzecie - strony nie mogą swobodnie zmienić umowy już zawartej. Zamawiającemu przysługuje prawo podmiotowe do jednostronnego ustalenia warunków umowy, które zabezpieczą jego interes w wykonaniu przedmiotu zamówienia zgodnie z jego obiektywnie uzasadnionymi potrzebami. Jednak uprawnienie Zamawiającego do ustalenia warunków umowy nie ma charakteru absolutnego, gdyż nie może on swego prawa podmiotowego nadużywać. Zamawiający może ustalić stosunek prawny według swego uznania, byleby jego treść lub cel nie sprzeciwiał się właściwości (naturze) stosunku, ustawie lub zasadom współżycia społecznego oraz nie może on czynić ze swego prawa użytku, który by był sprzeczny ze społeczno-gospodarczym przeznaczeniem tego prawa lub z zasadami współżycia społecznego (art. 353¹ oraz art. 5 Kc). Jednocześnie, wynagrodzenie ustalone w tym zamówieniu publicznym ma charakter ryczałtowy. Z takim charakterem wynagrodzenia łączy się istotne ryzyko obciążające wykonawcę, który co do zasady (z pewnymi wyjątkami wynikającymi przykładowo z nadzwyczajnej zmiany stosunków, o której w ramach niniejszego odwołania również jest mowa) nie może żądać podwyższenia wynagrodzenia, chociażby w czasie zawarcia umowy nie można było przewidzieć rozmiaru lub kosztu prac. Z tej też przyczyny, ponieważ wykonawcy muszą liczyć się z poniesieniem istotnego ryzyka mającego związek już z samym modelem wynagrodzenia, zupełnie niezasadne jest uzupełnianie tego mechanizmu o dodatkowe ryzyka, które w sposób zupełnie uznaniowy i zależny od woli i intencji Zamawiającego kształtują dodatkowe zobowiązania wykonawcy, w dodatku w sposób absolutnie niewspółmierny.

W ocenie Odwołującego w odniesieniu do postanowienia 10.1 projektowanych postanowień Umowy mamy do czynienia z postanowieniami przerzucającymi na wykonawców ryzyka zupełnie niemożliwe do przewidzenia, ustalone w sposób w pełni dyskrejonalny i zależny od woli i intencji Zamawiającego. Stąd Odwołujący wniósł o doprowadzenie omawianych klauzul do stanu, w którym wyeliminowane zostanie działanie na zasadzie uznaniowości, a klauzula przybierze formę zgodną z zasadami współżycia społecznego, równowagi stron, swobody umów, współdziałania i właściwością stosunku prawnego, również w zakresie maksymalnego wynagrodzenia, które będzie należne wykonawcy w przypadku wydania polecenia zawieszenia wykonywania obowiązków wynikających z umowy.

Biorąc pod uwagę powyższe, Odwołujący wniósł o modyfikację treści SWZ (§ 10 ust. 10.1 Aktu Umowy) w następujący sposób:

• § 10 ust. 10.1 Aktu Umowy: Zamawiający może z ważnych dla siebie powodów zawiesić wykonywanie Umowy poprzez złożenie Wykonawcy oświadczenia o zawieszeniu wykonywania Umowy (zwanego dalej „Oświadczeniem o Zawieszeniu”), w którym Zamawiający poda:

- 10.1.1. przyczyny zawieszenia z dokładnym opisem sytuacji Zamawiającego,
10.1.2. daty rozpoczęcia zawieszenia (daty zawieszenia),
10.1.3. przewidywanego czasu trwania zawieszenia, przy czym czas trwania zawieszenia nie może być dłuższy niż 6 miesięcy”.

IV. Zarzut dotyczący rozpoczęcia na nowo biegu gwarancji w przypadku jakichkolwiek napraw (zarzut nr 4)

Zamawiający w ramach projektowanych postanowień Aktu Umowy, w postanowieniu

§ 5 („Gwarancje wykonawcy”) ust. 5.9 Aktu Umowy podał, że:

„Podstawowy Okres Gwarancji dla elementów Instalacji, które Wykonawca wymienił lub naprawił w ramach wykonania swoich zobowiązań z tytułu odpowiedzialności za Wady, biegnie na nowo od dnia podpisania przez Zamawiającego protokołu usunięcia Wady.”

Interpretując omawiane postanowienie należy wziąć pod uwagę treść art. 581 § 1 KC, zgodnie z którym „Jeżeli w wykonaniu swoich obowiązków gwarant dostarczył uprawnionemu

z gwarancji zamiast rzeczy wadliwej rzecz wolną od wad albo dokonał istotnych napraw rzeczy objętej gwarancją, termin

gwarancji biegnie na nowo od chwili dostarczenia rzeczy wolnej od wad lub zwrócenia rzeczy naprawionej. Jeżeli gwarant wymienił część rzeczy, przepis powyższy stosuje się odpowiednio do części wymienionej.” Zestawiając treść przepisu art. 581 § 1 Kc z postanowieniem § 5 ust. 5.9 Aktu Umowy należy dojść do wniosku, że Zamawiający przewidział bieg na nowo Okresu Gwarancji dla elementów Instalacji nawet w przypadku napraw nieistotnych (bagatelnych). Należy pamiętać, że art. 581 KC ma charakter imperatywny (vide: M. Załucki (red.), Kodeks cywilny. Komentarz. Wyd. 3, Warszawa 2023), względnie semiimperatywny (vide: wyr. SA w Krakowie z 19.11.2014 r., sygn. akt I ACa 1046/14, Legalis; C. Żuławska, w: Komentarz do KC, Ks. III, t. II, 2011, s. 128; Z. Gawlik, w: Kidyba, Komentarz KC, t. III, cz. 2, 2014, s. 216). Zatem gwarant może dowolnie określić okres ochrony gwarancyjnej, jednak w przypadku, gdy realizuje obowiązki gwarancyjne, okres objęcia gwarancją ulega wydłużeniu według zasad szczegółowo określonych w art. 581 Kc. Niedopuszczalne jest wobec tego odmienne uregulowanie zasad wydłużania ochrony gwarancyjnej w treści dokumentu gwarancyjnego. Za takie niedopuszczalne (niezgodne obowiązującymi z przepisami) wydłużenie ochrony gwarancyjnej należy uznać uwzględnienie w ramach klauzuli § 5 ust. 5.9 Aktu Umowy również czynności „naprawienia” Wady, niezależnie od tego, czy chodzi tylko o wady istotne, czy też nieistotne.

Biorąc pod uwagę powyższe, Odwołujący wniósł o modyfikację treści SWZ (§ 5 ust. 5.9 Aktu Umowy) w następujący sposób:

- § 5 ust. 5.9 Aktu Umowy: Podstawowy Okres Gwarancji dla elementów Instalacji, które Wykonawca wymienił lub w stosunku do których dokonał istotnych napraw naprawił w ramach wykonania swoich zobowiązań z tytułu odpowiedzialności za Wady na podstawie gwarancji, biegnie na nowo od dnia podpisania przez Zamawiającego protokołu usunięcia Wady.

V. Zarzut dotyczący możliwości żądania od Zamawiającego zwrotu kosztów Serwisu Gwarancyjnego polegającego na usunięciu Wad, jedynie kiedy Wada powstanie z przyczyn spowodowanych wyłączną winą Zamawiającego (zarzut nr 5) Zamawiający w ramach projektowanych postanowień Aktu Umowy, w postanowieniu

§ 5 („Gwarancje wykonawcy”) ust. 5.16 Aktu Umowy podał, że:

„Wykonawca może żądać od Zamawiającego zwrotu kosztów Serwisu Gwarancyjnego polegającego na usunięciu Wad, jeżeli wykaże, że Wada powstała z przyczyn spowodowanych wyłącznie z winy Zamawiającego. W przypadku, gdy Wada powstała

z przyczyn, za które odpowiada zarówno Wykonawca, jak i Zamawiający, Strony zastosują proporcjonalny podział kosztów Serwisu Gwarancyjnego poniesionego przez Wykonawcę na usunięcie Wady, stosownie do stopnia odpowiedzialności każdej ze Stron za powstanie Wady.”

Odwołujący zwrócił uwagę na fakt, że zaprojektowane w ten sposób postanowienie oznacza, że Wykonawca zobowiązany byłby do pokrywania kosztów Serwisu Gwarancyjnego polegającego na usuwaniu Wad także w przypadku, jeżeli Wada powstałaby na skutek siły wyższej lub też z winy osoby trzeciej, za którą Wykonawca nie ponosi odpowiedzialności (są to typowe okoliczności egzoneracyjne). W ten sposób odpowiedzialność ta zbliżałaby się wręcz do odpowiedzialności absolutnej (lub też o charakterze ubezpieczeniowym)

o charakterze nieograniczonym, z uwagi na brak ustalenia całkowitego limitu odpowiedzialności.

Postanowienie § 5 ust. 5.16 Aktu Umowy budzi wątpliwości co do realnych intencji Zamawiającego w tym zakresie. Jego literalna interpretacja wskazuje, że w przypadku zaistnienia Wady powstałej z przyczyn niezależnej od stron umowy to Wykonawca będzie obciążony pełną odpowiedzialnością za powstałe wady w kontekście Serwisu, nawet jeśli byłyby one pokłosiem działań wykonanych przez inne podmioty lub okoliczności zupełnie niezależnych.

Taka interpretacja tych postanowień umownych stałaby jednak w sprzeczności

z podstawowymi zasadami realizacji kontraktu opartego na równowadze stron stosunku zobowiązaniowego. Wykonawca nie mając bowiem wpływu na okoliczności zaistnienia siły wyższej czy też sposób działania podmiotów trzecich realizujących nieokreślony w ramach dokumentacji postępowania zakres prac, ponosiłby de facto odpowiedzialność za ich pracę

(w sytuacji, w której doprowadziłaby ona do naruszenia wykonanego przez niego przedmiotu umowy).

W tym kontekście w drodze analogii Odwołujący wskazuje jednocześnie na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 20 maja 2014 r. (sygn. akt KIO 850/14), dotyczący co prawda innego zakresu odpowiedzialności wykonawcy, statuujący jednak generalną zasadę braku możliwości przypisywania wykonawcy odpowiedzialności za działania podmiotów od niego niezależnych, pozostających poza jego kontrolą: Tak gestorzy, czy zarządcy dróg lub urzędzeń obcych nie są w żaden sposób zależni od Wykonawcy, Wykonawca nie ma żadnego wpływu na działania tych podmiotów, nie został wyposażony przez Zamawiającego w jakiegokolwiek instrument umożliwiający wyegzekwowanie od tych podmiotów podpisania protokołu poświadczającego wykonanie inwentaryzacji. Dlatego też, jako zapis obarczający wykonawcę nadmiernym ryzykiem niedoszacowania oferty, Izba uznała, iż kwestionowane przez Odwołującego postanowienie subklauzuli narusza przepisy ustawy Pzp, w szczególności art. 29 ust. 1 ustawy Pzp, czyniąc opis sposobu realizacji zamówienia niejednoznacznym, uniemożliwiającym oszacowanie przez wykonawców minimalnego zakresu ryzyka

związanego z wykonywaniem zamówienia.

Niezależnie od powyższego, podnieść należy, że pomimo, że zasady odpowiedzialności

z tytułu gwarancji i rękojmi przy robotach budowlanych nie zostały w sposób szczegółowy uregulowane, to przedstawioną powyżej argumentację potwierdzają również przepisy Kodeksu Cywilnego. Stosując bowiem w drodze analogii przepisy o rękojmi i gwarancji przy sprzedaży należałoby dojść do wniosku, że przedmiotem oceny tej instytucji są wady dotyczące rzeczy w takiej postaci w jakiej została ona wykonana przez wykonawcę

i dostarczona zamawiającemu. W związku z tym, że tak art. 577 § 4 Kc jak i art. 568 § 1 Kc wiążą rozpoczęcie biegu rękojmi i gwarancji z momentem wydania rzeczy kupującemu, logicznym jest, że późniejsza ingerencja w istotę dostarczonej rzeczy nie jest okolicznością, za którą odpowiada sprzedawca. Wynika to też już z ogólnej zasady zdefiniowanej w art. 548 § 1 Kc, zgodnie z którą z chwilą wydania rzeczy sprzedanej przechodzą na kupującego korzyści i ciężary związane z rzeczą oraz niebezpieczeństwo przypadkowej utraty lub uszkodzenia rzeczy. Powyższe przepisy obrazują więc podejście ustawodawcy, zgodnie

z którym granice odpowiedzialności wykonawcy (sprzedawcy) winny być skorelowane

z zakresem jego władztwa i wpływu nad sprzedawaną rzeczą.

W konsekwencji, Odwołujący wniósł o korektę wskazanych na wstępie postanowień umownych w taki sposób aby jednoznacznie przesądzone zostało, że wykonawca nie ponosi odpowiedzialności za wystąpienie przypadków siły wyższej czy też za działania podmiotów trzecich, w tym za konsekwencje tych działań dotyczące wykonanych przez niego robót budowlanych – w kontekście kosztów Serwisu Gwarancyjnego polegającego na usunięciu wad. Wykonawca nie ma możliwości chociażby oszacowania w ofercie ryzyk związanych

z nałożoną na niego odpowiedzialnością, dalece wykraczającą ponad deklarowaną przez ustawodawcę zasadę współdziałania stron stosunku zobowiązaniowego (art. 431 ustawy Pzp).

Biorąc pod uwagę powyższe, Odwołujący wniósł o modyfikację treści SWZ (§ 5 ust. 5.16 Aktu Umowy) w następujący sposób:

- 5 ust. 5.16 Aktu Umowy: Wykonawca może żądać od Zamawiającego zwrotu kosztów Serwisu Gwarancyjnego polegającego na usunięciu Wad, jeżeli wykaże, że Wada powstała

z przyczyn, spowodowanych wyłącznie z winy Zamawiającego za które Wykonawca nie ponosi odpowiedzialności (niezależnych od Wykonawcy). W przypadku, gdy Wada powstała

z przyczyn, za które odpowiada zarówno Wykonawca, jak i Zamawiający, Strony zastosują proporcjonalny podział kosztów Serwisu Gwarancyjnego poniesionego przez Wykonawcę na usunięcie Wady, stosownie do stopnia odpowiedzialności każdej ze Stron za powstanie Wady.

VI. Zarzut dotyczący jednostronnego, wiążącego decydowania przez Zamawiającego o kwalifikacji Wad (zarzut nr 6)

Zamawiający w ramach projektowanych postanowień Warunków Szczególnych Kontraktu, w Subklauzuli 1.1 [„Definicje”] w ramach pkt. 1.1.105 obejmującego definicję Wady Limitującej podał w zdaniu ostatnim, że:

„Każdorazowo o tym, czy Wada jest limitująca decyduje Zamawiający wiążąco dla Wykonawcy.”

W ocenie Odwołującego, powyższe postanowienie w sposób jaskrawy stanowi o nadużyciu pozycji dominującej i rażącym uprzywilejowaniu w treści projektowanych postanowień Umowy Zamawiającego, który na podstawie cytowanej klauzuli ma prawo do jednostronnego podejmowania decyzji w zakresie sposobu interpretacji postanowień Umowy – w tym konkretnym kontekście, w zakresie „Wad limitujących”. Pomijając kwestię, że ukształtowanie w ten sposób wzajemnych relacji na linii wykonawca – zamawiający, należy ocenić wprost jako działanie wbrew zasadom współzycia społecznego i właściwości stosunku prawnego,

w sposób stanowiący ponadto nadużycie prawa, to jest to również działanie wbrew zasadom równowagi stron, swobodzie umów i zasadzie współdziałania.

Odwołujący powołał uchwałę składu Siedmiu Sędziów Sądu Najwyższego – Izby Cywilnej

z dnia 22 maja 1991 r. (sygn. akt III CZP 15/91), z której wynika, że „Artykuł 353 KC, wyrażający zasadę wolności umów, zarysowuje trzy granice tej wolności, są nimi: natura stosunku, ustawa i zasady współzycia społecznego. Natura umowy gospodarczej

i generowanego przez nią stosunku sprowadza się generalnie do tego, że wyraża ona

i pozwala realizować interes każdej ze stron, ponieważ zaś interesy te bywają przeciwstawne, istotę umowy stanowi uzgodnienie woli stron, wyrażającej ich interesy. Zgoda obydwu stron jest oczywistym wymogiem tak przy zawarciu umowy, jak i przy zmianach jej treści, stąd też nawet przy najdalej idących ułatwieniach w realizacji inicjatywy zmian (jak np. w art. 385

§ 3 Kc) pozostawiona jest drugiej stronie możliwość odmowy zgody na zmiany. W tym stanie rzeczy za sprzeczne z naturą umowy gospodarczej należy uznać pozostawienie w ręku jednej tylko strony możliwości dowolnej zmiany jej warunków. Sprzeczność ta występuje szczególnie wyraźnie zwłaszcza przy umowach, zawieranych nie w oparciu o

indywidualne pertraktacje, ale w oparciu o regulamin wydany przez profesjonalistę, skoro jest oczywiste, że zawsze jest on zainteresowany w najkorzystniejszym dla siebie ukształtowaniu regulacji masowo zawieranych umów. Klauzula umowna dopuszczająca dokonywanie jednostronnej zmiany

w dowolnym czasie takich umów narusza zasadę słuszności kontraktowej, nie zezwalającą na dopuszczenie takiego reżimu umownego, w którym z zasady realizowałoby się interesy jednej, z uszczerbkiem interesów drugiej ze stron umowy. Byłoby to zatem sprzeczne z zasadami współzycia społecznego."

Powyższy wyrok należy odnosić analogicznie również do dokonywania przez Zamawiającego jednostronnej interpretacji wszelkich postanowień umowy i załączników.

Na podobnym stanowisku co cytowany wyżej skład Sądu Najwyższego stanęła również Krajowa Izba Odwoławcza, która w zachowującym aktualność wyroku z dnia 18 maja 2015 r. (sygn. akt KIO 897/15) uznała, że „Przerzucenie na wykonawcę takiego ryzyka, nad którym wykonawca nie ma żadnej kontroli stanowi naruszenie zasady słuszności i sprawiedliwości kontraktowej”. W tym przypadku ryzykiem jest wejście w stosunek prawny, w którym strona nie ma żadnego wpływu na kształt wiążących ją zobowiązań.

W ocenie Odwołującego w odniesieniu do Subklauzuli 1.1 [„Definicje”] w ramach pkt. 1.1.105 Warunków Szczególnych Kontraktu zdanie ostatnie mamy do czynienia z postanowieniem przerzucającym na wykonawców ryzyka zupełnie niemożliwe do przewidzenia, ustalone

w sposób w pełni dyskrejonalny i zależny od woli i intencji Zamawiającego. Odwołujący wniósł o doprowadzenie omawianej klauzuli do stanu, w którym wyeliminowane zostanie działanie

na zasadzie uznaniowości, a klauzula przybierze formę zgodną z zasadami współzycia społecznego, równowagi stron, swobody umów, współdziałania i właściwością stosunku prawnego.

Odwołujący podkreślił, że postanowienie to w sposób rażący narusza naturę umowy (która stanowi granicę swobody umów wyznaczoną przez Kc), upoważniając jedną ze stron umowy w kompetencję do jednostronnego kwalifikowania Wad, w sposób któremu Wykonawca

w żaden sposób nie może się sprzeciwić, nawet w sytuacji, gdy taka kwalifikacja będzie niezgodna ze stanem rzeczywistym.

Biorąc pod uwagę powyższe, Odwołujący wnosi o modyfikację treści SWZ (pkt. 1.1.105 Subklauzuli 1.1 Warunków Szczególnych Kontraktu) w następujący sposób (poprzez usunięcie ww. postanowienia):

- pkt. 1.1.105 Subklauzuli 1.1 Warunków Szczególnych Kontraktu: ~~„Każdorazowo o tym, czy Wada jest limitująca decyduje Zamawiający wiążąco dla Wykonawcy.”~~

VII. Zarzut dotyczący zmiany Kwoty Zabezpieczenia Należytego Wykonania (zarzut nr 7)

1. Zamawiający w ramach projektowanych postanowień Aktu Umowy, w postanowieniu

§ 7 („Zabezpieczenia należytego wykonania umowy”) ust. 7.11 Aktu Umowy podał, że:

„Ilekoć Zmiany i/ lub korekty na podstawie § 9 skutkują wzrostem lub obniżeniem Ceny Kontraktowej:

7.11.1. w wypadku takiego wzrostu, na żądanie Zamawiającego, Wykonawca niezwłocznie zwiększy kwotę Zabezpieczenia Należytego Wykonania o procent równy procentowi łącznego wzrostu; lub

7.11.2. w wypadku takiego obniżenia, za uprzednią zgodą Zamawiającego, Wykonawca może obniżyć kwotę Zabezpieczenia Należytego Wykonania o procent równy procentowi łącznego obniżenia.”

„1. Wysokość zabezpieczenia ustala się w stosunku procentowym do ceny całkowitej podanej w ofercie albo maksymalnej wartości nominalnej zobowiązania zamawiającego wynikającego z umowy, jeżeli w ofercie podano cenę jednostkową lub ceny jednostkowe.

2. Zabezpieczenie ustala się w wysokości nieprzekraczającej 5% ceny całkowitej podanej

w ofercie albo maksymalnej wartości nominalnej zobowiązania zamawiającego wynikającego z umowy.”

Przepis art. 452 ustawy Pzp mają charakter bezwzględnie obowiązujący. Zamawiający nie może zatem żądać wniesienia zabezpieczenia w wyższej wysokości niż 5% ceny całkowitej oferty lub maksymalnej wartości nominalnej zobowiązania bez odpowiedniego uzasadnienia odnoszącego się do specyfiki przedmiotu zamówienia lub ryzyka związanego z jego realizacją, a także zabezpieczenia przewyższającego 10% podanych wyżej wartości. Również żądanie wniesienia dodatkowego zabezpieczenia, przewyższającego łącznie z zabezpieczeniem należytego wykonania umowy dopuszczalną wysokość, określoną w art. 452 (np. na wypadek niedokonania przez wykonawcę zamówienia na roboty budowlane zapłaty wynagrodzenia podwykonawcy lub dokonania nieterminowej zapłaty), stoi w sprzeczności z komentowanym przepisem i może być kwestionowane przez wykonawców (por. wyr. KIO z 15 czerwca 2015 r., KIO 1139/15, Legalis). Przepisy nie dopuszczają też waloryzacji ustalonej przed podpisaniem umowy wartości zabezpieczenia, nawet jeśli umowa przewiduje waloryzację wynagrodzenia wykonawcy (ceny oferty).

Kluczowe znaczenie dla ustalenia uprawnień zamawiającego w tym zakresie ma opinia Urzędu Zamówień Publicznych pt. „Podwyższenie wartości umowy o zamówienie publiczne

a wysokość zabezpieczenia należytego wykonania umowy” wydana na gruncie ustawy z 2004 r., która pozostaje

aktualna dla obowiązującej obecnie ustawy, w której wskazano jednoznacznie, że: „Ustawa pzp nie przewiduje mechanizmów dających zamawiającemu uprawnienia do żądanie podwyższenia zabezpieczenia (brak uregulowań dotyczących automatycznej waloryzacji kwoty zabezpieczenia). Mając na względzie powyższe, wskazać należy, że w przypadku podwyższenia wartości umowy o zamówienie publiczne, brak podstaw prawnych w ustawie – Prawo zamówień publicznych do wysunięcia przez zamawiającego żądania uzupełnienia wysokości zabezpieczenia należytego wykonania umowy o kwotę wynikającą ze zmiany (podwyższenia) wysokości wynagrodzenia wykonawcy. Należy przy tym zwrócić uwagę, że zgodnie z ustawą Pzp w trakcie realizacji umowy o zamówienie publiczne ustawodawca dopuszcza jedynie możliwość zmiany formy zabezpieczenia przez wykonawcę na inną lub kilka form, o których mowa w art. 148 ust. 1 ustawy Pzp (por. art. 149 ust. 1 ustawy Pzp). W takim przypadku zmiana formy zabezpieczenia jest dokonywana z zachowaniem ciągłości zabezpieczenia i bez zmniejszania jego wysokości”.

Biorąc pod uwagę treść § 7 ust. 7.11 Aktu Umowy, Zamawiający de facto w przypadku wzrostu Ceny Kontraktowej, żąda od Wykonawcy wniesienia dodatkowego zabezpieczenia poza określony wcześniej limit, co zdaniem Odwołującego jest niezgodne z obowiązującymi przepisami ustawy Pzp. Dlatego Odwołujący wniósł o doprowadzenie omawianej klauzuli do stanu zgodności z przepisami i właściwością stosunku prawnego.

Biorąc pod uwagę powyższe, Odwołujący wniósł o modyfikację treści SWZ (§ 7 ust. 7.11 Aktu Umowy) w następujący sposób (poprzez usunięcie ww. postanowienia):

• § 7 ust. 7.11 Aktu Umowy: ~~„Ilekoć Zmiany i/ lub korekty na podstawie § 9 skutkują wzrostem lub obniżeniem Ceny Kontraktowej:~~

~~7.11.1. w wypadku takiego wzrostu, na żądanie Zamawiającego, Wykonawca niezwłocznie zwiększy kwotę Zabezpieczenia Należytego Wykonania o procent równy procentowi łącznego wzrostu; lub~~

~~7.11.2. w wypadku takiego obniżenia, za uprzednią zgodą Zamawiającego, Wykonawca może obniżyć kwotę Zabezpieczenia Należytego Wykonania o procent równy procentowi łącznego obniżenia.”~~

VIII. Zarzut dotyczący rażąco wygórowanego limitu wszystkich kar umownych (zarzut nr 8)

1. Zamawiający w ramach projektowanych postanowień Aktu Umowy, w postanowieniu

§ 8 („Kary umowne”) ust. 8.8 oraz 8.10 Aktu Umowy podał, że:

„8.8. Łączna suma kar umownych nie może być wyższa niż 30% Ceny Kontraktowej. Do limitu, o którym mowa w zdaniu poprzednim nie wlicza się kary umownej za odstąpienie.”;

„8.10. Zamawiającemu przysługuje prawo dochodzenia odszkodowania uzupełniającego przenoszącego wysokość zastrzeżonych kar umownych na zasadach ogólnych Kodeksu cywilnego. Zamawiającemu przysługuje prawo łączenia kar naliczonych z poszczególnych tytułów, przy czym łączna suma kar umownych ze wszystkich tytułów – z wyłączeniem kary umownej za odstąpienie - nie może być wyższa niż 30% Ceny Kontraktowej”.

W odniesieniu do postanowienia z § 8 ust. 8.8 oraz 8.10 Aktu Umowy, w których Zamawiający określił maksymalną wysokość kar umownych do 30% wartości wynagrodzenia brutto (Ceny Kontraktowej), Odwołujący powołał się na podstawowe funkcje kary umownej, która ma naprawiać szkodę wynikłą z niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania pieniężnego. W ocenie Odwołującego, ustalenie maksymalnej wysokości kar umownych na 30% wartości wynagrodzenia należy uznać za rażąco wygórowane, co prowadzi do tego, że obciążenie Wykonawcy byłoby nieadekwatne, a kara umowna nie służyłaby kompensacji szkody powstałej u Zamawiającego, a zbliżała tak ukształtowaną karę umowną

do mechanizmu służącego jego nieuzasadnionemu wzbogaceniu.

Odwołujący podniósł, że w ramach orzecznictwa sądów powszechnych podkreśla się, że wysokość nałożonych kar umownych nie może przekraczać wysokości należnego wynagrodzenia, a w sytuacji, w której wysokość kar w stosunku do wartości całego zobowiązania oscyluje w granicach kilkudziesięciu procent wartości umowy, sądy uznają je za nadmierną dolegliwość, świadczącą o ich niewspółmierności w rozumieniu art. 484 § 2 Kc (tak np. wyrok SO w Rzeszowie z dnia 25.09.2019 r.; sygn. akt VI Ga 173/13). Co więcej,

w orzecznictwie wskazuje się również, że roszczenie o zapłatę kary umownej na wypadek zwłoki lub opóźnienia nie przysługuje stronie odstępującej od umowy wzajemnej, jeżeli

w umowie zastrzeżono również taką karę w związku z odstąpieniem od umowy (tak wyrok SN z dn. 14.06.2018 r., sygn. akt V CSK 534/17), co prowadzi do wniosku, że limit kar nie powinien przekraczać wysokości kary ustanowionej na wypadek odstąpienia od umowy.

Takie stanowisko zajęła też Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 4 września 2018 r. (sygn. akt KIO 1601/18), gdzie wskazane zostało, że: „Zamawiający określił w umowie wiele przypadków, które mogą powodować naliczenie kar umownych. Jakkolwiek zasadne jest zabezpieczenie interesów Zamawiającego oraz należytego wykonania zamówienia to uregulowanie dotyczące kar umownych nie mogą prowadzić do nieuzasadnionego wzbogacenia po stronie Zamawiającego czy naruszenia zasady proporcjonalności”.

Za wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 28 grudnia 2018 r. (sygn. akt KIO 2574/18) należy również podkreślić, że

„wysokość kary pieniężnej (...) nie może prowadzić do rażąco wygórowanej odpowiedzialności kontraktowej wykonawcy. W przeciwnym razie kara zmienia swój charakter odszkodowawczy i może doprowadzić do wypaczenia celu odpłatnej umowy. (...) Kara umowna powinna mieć wysokość, która będzie odczuwalna w stopniu dyscyplinującym stronę umowy, ale nie w stopniu prowadzącym do rażącego wzbogacenia jednej strony kosztem drugiej, a wręcz czyniącym niecelowym jej wykonywanie.”

Zgodnie z treścią wyroku Sądu Najwyższego z dnia 21 września 2007 r. (V CSK 139/07) oraz uchwały składu 7 sędziów Sądu Najwyższego z dnia 6 listopada 2003 r. (III CZP 61/03), rażąco wygórowana kara umowna to przypadek, gdy zachwiana zostanie relacja pomiędzy wysokością wynagrodzenia za wykonanie zobowiązania a wysokością kary umownej zastrzeżonej za opóźnienie w wykonaniu przedmiotu umowy, z uwzględnieniem okresu opóźnienia, jak i wtedy (co jest zasadniczym kryterium miarkowania kary umownej z uwagi na jej rażące wygórowanie), gdy zachwiany został stosunek wysokości zastrzeżonej kary umownej do wysokości doznawanej szkody.

Biorąc pod uwagę powyższe, tj. brak możliwości realnego wyegzekwowania kar umownych przekraczających poziom kilkudziesięciu procent wynagrodzenia umownego, a także uwzględniając, że brak wprowadzenia proporcjonalnego limitu kar na obecnym etapie doprowadzi do skalkulowania przez wykonawców znacznie większych ryzyk (co przyczynić się może do nieracjonalnego wydatkowania środków publicznych), Odwołujący pokreślił zasadność dokonania modyfikacji treści SWZ w tym zakresie (zgodnie z wnioskiem konkretnej modyfikacji poniżej).

Rażąco wygórowany charakter zdefiniowanej na wstępie kary umownej potwierdza też analiza innych analogicznych postępowań, która winna być wzięta pod uwagę przez Zamawiającego, z uwagi na fakt, że jak podkreśliła Izba w wyroku z dnia 8 marca 2013 r. (sygn. akt KIO 426/13) obowiązkiem zamawiającego przy kształtowaniu wymagań stawianych wykonawcom jest nie tylko odniesienie się do przedmiotu zamówienia, ale też ocena sytuacji rynkowej. Co za tym idzie, praktyka rynkowa i standardy stosowane przez innych publicznych zamawiających winny być wzięte pod uwagę podczas oceny rynkowości i współmierności wymagań i zobowiązań nakładanych przez Zamawiającego na wykonawców. Odwołujący powołał się wobec tego na następujące postępowania, w których zamawiający ustalili istotnie niższy poziom procentowy

maksymalnej wysokości kar umownych, tj. niższy niż przewidziane przez Zamawiającego 30% wartości wynagrodzenia umownego brutto:

1) Postępowanie pn.: „Zaprojektowanie oraz budowa Łódzkiego Centrum Recyklingu w Łodzi przy ulicy Zamiejskiej 1”, Zamawiający: Miejskie Przedsiębiorstwo Oczyszczania – Łódź sp. z o.o., ogłoszenie nr 2023/S 081-243422 z dnia 25 kwietnia 2023 r.:

- Klauzula 38.3 Umowy: „Łączna kwota wszystkich Kar Umownych do zapłacenia przez Generalnego Wykonawcę nie przekroczy 20% Ceny.”

2) Postępowanie pn.: „Budowa Gminnego Centrum Przesiadkowego w Sokółce”, Zamawiający: Gmina Sokółka, ogłoszenie nr 2022/S 140-396285 z dnia 22.07.2022 r.:

- § 25 ust. 4 umowy: „Łączna wysokość kar umownych, o których mowa w ustępach poprzedzających wynosi maksymalnie 10% wartości wynagrodzenia brutto”;

3) Postępowanie pn.: „Przebudowa budynku Domu Studenta nr 10 przy ul. Kanafojskiego

10 Uniwersytetu Warmińsko-Mazurskiego w Olsztynie”, Zamawiający: Uniwersytet Warmińsko-Mazurski w Olsztynie, ogłoszenie nr 2022/BZP 00484893/01 z dnia 08.12.2022 r.:

- § 8 ust. 5 umowy: „Łączna wysokość kar umownych, których Zamawiający może dochodzić od Wykonawcy, wynosi 15 % wartości umowy określonej w § 3 ust. 1 umowy”;

4) Postępowanie pn.: „Budowa budynku dla Sądu Rejonowego w Legionowie i Prokuratury Rejonowej w Legionowie przy ul. Jana III Sobieskiego 47 i 47A z koniecznymi rozbiórkami wraz z zagospodarowaniem terenu i niezbędną infrastrukturą”, Zamawiający: Sąd Apelacyjny w Warszawie oraz Prokuratura Okręgowa Warszawa - Praga w Warszawie, ogłoszenie nr 2023/S 043-125850 z dnia 01.03.2023 r.:

- § 25 ust. 8 umowy: „Z zastrzeżeniem ust. 4, łączna wysokość naliczanych kar umownych ze wszystkich tytułów określonych w Umowie nie przekroczy 15% Wynagrodzenia brutto określonego w § 18 ust. 1 Umowy”.

Biorąc pod uwagę powyższe, Odwołujący wnosi o modyfikację treści SWZ (§ 8 ust. 8 oraz 8.10 Aktu Umowy) w następujący sposób:

- § 8 ust. 8 oraz 8.10 Aktu Umowy: 8.8. Łączna suma kar umownych z wszystkich tytułów nie może być wyższa niż 30 20% Ceny Kontraktowej. ~~Do limitu, o którym mowa w zdaniu poprzednim nie wlicza się kary umownej za odstąpienie.~~

8.10. Zamawiającemu przysługuje prawo dochodzenia odszkodowania uzupełniającego przenoszącego wysokość zastrzeżonych kar umownych na zasadach ogólnych Kodeksu cywilnego. Zamawiającemu przysługuje prawo łączenia kar naliczonych z poszczególnych tytułów, przy czym łączna suma kar umownych ze wszystkich tytułów – z wyłączeniem kary umownej za odstąpienie - nie może być wyższa niż 30 20% Ceny Kontraktowej.

IX. Zarzut dotyczący braku ograniczenia odpowiedzialności (zarzut nr 9)

Zamawiający w ramach projektowanych postanowień Warunków Szczególnych Kontraktu usunął Subklauzulę 1.15 Warunków Ogólnych Kontraktu „Ograniczenie odpowiedzialności” w następującym brzmieniu:

„Żadna ze Stron nie ponosi odpowiedzialności wobec drugiej Strony za utratę możliwości użytkowania Robót, utratę zysków, utratę jakiegokolwiek umowy lub za jakiegokolwiek pośrednie lub wynikowe straty lub szkody, które mogą zostać poniesione przez drugą Stronę w związku z Kontraktem, inne niż na podstawie postanowień:

- (a) Subklauzuli 8.8 [Kary umowne za opóźnienie],
- (b) podpunktu (c) Subklauzuli 13.3.1 [Zmiana w drodze polecenia],
- (c) Subklauzuli 15.7 [Płatność po odstąpieniu dla potrzeb Zamawiającego],
- (d) Subklauzuli 16.4 [Płatność po odstąpieniu przez Wykonawcę],
- (e) Subklauzuli 17.3 [Prawa własności intelektualnej i przemysłowej],
- (f) pierwszego akapitu Subklauzuli 17.4 [Zwolnienie z odpowiedzialności przez Wykonawcę] oraz
- (g) Subklauzuli 17.5 [Zwolnienie z odpowiedzialności przez Zamawiającego].

Całkowita odpowiedzialność Wykonawcy wobec Zamawiającego na podstawie lub w związku z Kontraktem, inna niż: (i) na podstawie Subklauzuli 2.6 [Materiały Dostarczane przez Zamawiającego i Sprzęt Zamawiającego], (ii) na podstawie Subklauzuli 4.19 [Tymczasowe media], (iii) na podstawie Subklauzuli 17.3 [Prawa własności intelektualnej i przemysłowej], oraz (iv) na podstawie pierwszego akapitu Subklauzuli 17.4 [Zwolnienie z odpowiedzialności przez Wykonawcę], nie przekroczy kwoty określonej w Danych Kontraktowych lub (jeżeli takiej kwoty nie określono) Zaakceptowanej Kwoty Kontraktowej.

Postanowienia niniejszej Subklauzuli nie ograniczają odpowiedzialności w wypadku nadużycia finansowego, rażącego niedbalstwa, umyślnego niewywiązania się z Kontraktu lub lekkomyślnego działania Strony, która dokonała naruszenia.”

Na podstawie art. 472 Kodeksu cywilnego możliwe jest umowne ograniczenie bądź rozszerzenie odpowiedzialności kontraktowej dłużnika. Granicą ograniczenia odpowiedzialności dłużnika jest zgodnie z art. 473 § 2 Kodeksu cywilnego wina umyślna, bowiem nieważne jest zastrzeżenie wyłączające odpowiedzialność dłużnika za szkodę wyrządzoną umyślnie.

Klauzule limitujące (ograniczające) odpowiedzialność wykonawcy w umowach o roboty budowlane, w szczególności w zamówieniach dotyczących projektów energetycznych i przemysłowych, są standardem. Przykładem takiej klauzuli jest właśnie Subklauzula 17.6 Warunków Kontraktowych FIDIC (obecnie w edycji z 2017 r. – Subklauzula 1.15).

Przewodnik FIDIC wyjaśnia, że uzasadnieniem do uwzględnienia Subklauzuli 17.6 jest zachowanie rozsądnej równowagi pomiędzy różnymi celami stron umowy, z których każda będzie chciała ograniczyć swoją odpowiedzialność, zachowując jednocześnie prawo do pełnego odszkodowania w przypadku niewykonania zobowiązania przez drugą stronę. Podobnie jak w przypadku większości innych form umów w dzisiejszych czasach, jednym z celów wprowadzenia tej Subklauzuli jest pomoc stronom w ocenie ich ryzyka na etapie zawierania umowy. Na poziomie praktycznym ma to na celu umożliwienie stronom zidentyfikowania i ubezpieczenia (w miarę możliwości) ich potencjalnych zobowiązań wynikających z umowy.

W odniesieniu do niniejszego zarzutu odpowiednie zastosowanie znajduje argumentacja powołana w uzasadnieniu zarzutu nr 8 (dotyczącego rażąco wygórowanego limitu kar umownych), w szczególności w kontekście adekwatności określania wzajemnych zobowiązań i obciążeń stron stosunku umownego, konieczności doprowadzenia do sytuacji, w której nie będziemy mieli do czynienia z niewspółmiernością obciążeń stanowiącą dla stron nadmierną dolegliwość, czy zachwiania relacji między stronami.

Odwolujący wskazał, że w obrocie gospodarczym, w zamówieniach publicznych, których przedmiotem jest budowa obiektów lub instalacji przemysłowych i energetycznych, nie ma umów, które nie zawierałyby klauzuli ograniczającej odpowiedzialność odszkodowawczą wykonawcy.

Odwolujący (tytułem przykładu i odnosząc się do aktualnej sytuacji rynkowej, która powinna zostać wzięta pod uwagę) powołał się na następujące postępowania, w których zamawiający wprowadzili stosowną klauzulę ograniczającą odpowiedzialność odszkodowawczą:

1) Postępowanie o udzielenie zamówienia sektorowego na zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych w ramach przedsięwzięcia inwestycyjnego pod nazwą „Budowa Ekologicznej Elektrociepłowni w Łukowie”, sygnatura EEC/LUKOW/01/2022, Zamawiający: Przedsiębiorstwo Energetyki Ciepłej w Łukowie Sp. z o.o.:

• § 25 ust. 9 i 11 Umowy: „9. Maksymalna odpowiedzialność Stron z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania niniejszej Umowy, z tytułu odpowiedzialności deliktowej i umownej jest ograniczona do wysokości 100% wynagrodzenia brutto określonego w § 5 ust. 3, przy czym ograniczenie to nie dotyczy szkody wyrządzonej umyślnie. 10. [usunięto]. 11. Strony nie odpowiadają wzajemnie z tytułu utraconych korzyści, szkód pośrednich oraz następnych.”

2) Postępowanie prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego pn. „Zaprojektowanie

i budowa instalacji kotłów wodnych gazowo-olejowych w PGE EC S.A., Oddział Elektrociepłownia w Lublinie Wrotków", nr referencyjny: POST/PEC/PEC/ZSR/01920/2020, Zamawiający: PGE Energia Ciepła S.A.:

• § 18 Umowy: „Bez względu na inne postanowienia Umowy:

18.1. Łączna odpowiedzialność odszkodowawcza Wykonawcy wobec Zamawiającego wynikająca z jakichkolwiek roszczeń Zamawiającego z tytułu Umowy jest ograniczona

do wartości 100% całkowitego Wynagrodzenia Umownego netto, nie mniej jednak niż do wartości sumy ubezpieczeniowej, o której mowa w § 8 Umowy. Niezależnie od podstawy prawnej dochodzenia roszczenia odpowiedzialność odszkodowawcza Wykonawcy ograniczona jest w każdym przypadku do szkód rzeczywistych. Wykonawca oraz Podwykonawcy w żadnych okolicznościach nie będą odpowiadać za utracone korzyści.

18.2. Ograniczenie odpowiedzialności nie ma zastosowania w przypadku:

18.2.1 odpowiedzialności Wykonawcy z tytułu szkód wyrządzonych umyślnie lub w wyniku rażącego niedbalstwa;

18.2.2 odpowiedzialności Wykonawcy z tytułu szkód na osobie;

18.2.3 odpowiedzialności Wykonawcy z tytułu szkód w środowisku naturalnym;

18.2.4 odpowiedzialności Wykonawcy lub każdego z konsorcjantów Wykonawcy z tytułu szkód, o których mowa w ust. 17.5 i 17.6.”

3) Postępowanie prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego pn. „Budowa biomasowego kotła wodnego o mocy do 30 MWt dla PGE Energia Ciepła S.A. Oddział Wybrzeże – Elektrociepłownia w Gdyni”, nr referencyjny POST/PEC/PEC/UZI/00726/2023, Zamawiający: PGE Energia Ciepła S.A.:

• § 18 Umowy: jak powyżej.

Biorąc pod uwagę powyższe, Odwołujący wnosi o modyfikację treści SWZ (Subklauzuli 1.15 Warunków Szczególnych Kontraktu) w następujący sposób (poprzez usunięcie ww. Subklauzuli 1.15 Warunków Szczególnych Kontraktu):

„Subklauzula 1.15 Ograniczenie odpowiedzialności

Skreśla się.”

X. Zarzut dotyczący nieprzewidywalnych warunków fizycznych (zarzut nr 10)

1. Zamawiający w ramach projektowanych postanowień Warunków Szczególnych Kontraktu usunął Subklauzulę 4.12 [„Nieprzewidywalne warunki fizyczne”] Warunków Ogólnych Kontraktu w następującym brzmieniu:

„W niniejszej Subklauzuli „warunki fizyczne” oznaczają naturalne i wytworzone przez człowieka warunki fizyczne oraz inne fizyczne przeszkody i zanieczyszczenia, które Wykonawca napotyka na Placu Budowy przy realizacji Robót, włączając warunki podpowierzchniowe i hydrologiczne, ale wyłączając warunki klimatyczne na Placu Budowy i wpływ takich warunków klimatycznych.

Jeżeli Wykonawca napotka warunki fizyczne, które uważa za Nieprzewidywalne i takie, które będą negatywnie oddziaływać na postęp prac i/lub zwiększą Koszt realizacji Robót, zastosowanie znajdzie następująca procedura:

Po wykryciu powyższych warunków fizycznych, Wykonawca da Inżynierowi Powiadomienie, które:

(i) będzie dane tak szybko, jak to praktycznie możliwe i w takim odpowiednim czasie,

by Inżynier miał możliwość inspekcji i zbadania warunków fizycznych niezwłocznie i zanim zostaną zakłócone,

(ii) będzie opisywało warunki fizyczne, tak aby mogły być poddane inspekcji i/lub zbadaniu przez Inżyniera niezwłocznie,

(iii) będzie wskazywało powody, dla których Wykonawca uważa dane warunki za Nieprzewidywalne, oraz (iv) będzie opisywało, w jaki sposób takie warunki fizyczne negatywnie oddziałują na postęp i/lub zwiększają Koszt realizacji Robót.

4.12.2 Inspekcja i badanie przez Inżyniera

Inżynier dokona inspekcji i badania warunków fizycznych w terminie 7 dni lub w dłuższym terminie uzgodnionym z Wykonawcą, po otrzymaniu Powiadomienia Wykonawcy. Wykonawca będzie dalej realizował Roboty, stosując właściwe i uzasadnione środki, które są odpowiednie dla warunków fizycznych i umożliwią Inżynierowi ich inspekcję i zbadanie.

4.12.3 Polecenia Inżyniera

Wykonawca zastosuje się do wszelkich poleceń, które Inżynier może wydać w związku

z warunkami fizycznymi, a jeżeli takie polecenie stanowi Zmianę, zastosowanie znajdzie Subklauzula 13.3.1 [Zmiana w drodze polecenia].

4.12.4 Opóźnienie i/lub Koszt

Jeżeli i w zakresie, w jakim Wykonawca dozna opóźnienia i/lub poniesie Koszt z powodu takich warunków fizycznych, po wypełnieniu obowiązków określonych w Subklauzulach 4.12.1 do 4.12.3 powyżej, Wykonawca będzie uprawniony, z zastrzeżeniem Subklauzuli 20.2 [Roszczenia o Płatność i/lub PCnU], do PCnU i/lub żądania zapłaty takiego Kosztu.

4.12.5 Uzgodnienie lub określenie opóźnienia i/lub Kosztu

Uzgodnienie lub określenie, na podstawie Subklauzuli 20.2.5 [Uzgodnienie lub określenie], dotyczące któregoś z Roszczeń zgodnie z Subklauzulą 4.12.4 [Opóźnienie i/lub Koszt] będzie zawierało ocenę, czy, a jeżeli tak, to w jakim zakresie przedmiotowe warunki fizyczne były Nieprzewidywalne.

Inżynier może także sprawdzić, czy inne warunki fizyczne w podobnych częściach Robót (jeżeli takie były) były bardziej korzystne niż można było przewidzieć w Dacie Odniesienia. Jeżeli i w zakresie, w jakim napotkano takie korzystniejsze warunki, Inżynier może wziąć pod uwagę obniżenie Kosztu należnego w związku z takimi warunkami przy obliczaniu dodatkowego Kosztu, który ma zostać uzgodniony lub określony na podstawie niniejszej Subklauzuli 4.12.5. Jednakże wynik netto wszystkich dodatków i obniżek wynikających

z niniejszej Subklauzuli 4.12.5 nie będzie może skutkować obniżeniem Ceny Kontraktowej netto.

Inżynier może wziąć pod uwagę wszelkie dowody dotyczące warunków fizycznych przewidzianych przez Wykonawcę do Daty Odniesienia, które Wykonawca może uwzględnić w informacjach uzasadniających Roszczenie na podstawie Subklauzuli 20.2.4 [Pełne szczegółowe Roszczenie], ale nie będzie związany żadnym takim dowodem."

Odwołujący zwrócił uwagę, że Subklauzula 4.12 [„Nieprzewidywalne warunki fizyczne”] Warunków Ogólnych Kontraktu w sposób kompleksowy reguluje kwestię postępowania na wypadek napotkanych na placu budowy warunków fizycznych, które

w określony sposób będą oddziaływać na postęp prac czy kwestię wynagrodzenia. Zamawiający w sposób zupełnie nieuzasadniony usunął tę klauzulę z dokumentacji Postępowania nie proponując alternatywy, co sprawia, że wykonawcy rozważający składanie oferty w Postępowaniu w gruncie rzeczy nie wiedzą, jak Zamawiający zamierza postąpić w sytuacji wystąpienia nieprzewidywalnych warunków fizycznych. Jest to kwestia niebagatelna

i mająca znaczenie dla wykonawców w szczególności ze względu na fakt, że każdy

z wykonawców w inny sposób może wliczyć ryzyko wystąpienia nieprzewidywalnych warunków fizycznych w ramach swojej oferty. Ponownie, tego typu niedookreślenie w treści dokumentacji postępowania jest bardzo groźne, zarówno dla wykonawców, jak i samego Zamawiającego, również w kontekście przestrzegania dyscypliny finansów publicznych, bowiem na podstawie samych ofert wykonawców będzie bardzo trudno ustalić, jakie ryzyka związane z nieprzewidywalnymi warunkami fizycznymi każdy z wykonawców w kalkulował

do swojej oferty. Tego typu nieścisłości w linii prostej prowadzą do braku możliwości rzetelnego porównania ze sobą ofert. Najlepszym wyjściem z tej sytuacji, w dodatku wyjściem szeroko akceptowanym w branży, jest zastosowanie omawianej klauzuli, która w sposób przejrzysty

i kompleksowy reguluje wskazane kwestie, a jednocześnie działa w sposób analogiczny dla stron stosunku umownego.

Biorąc pod uwagę powyższe, Odwołujący wniósł o modyfikację treści SWZ (Subklauzuli

4.12 Warunków Szczególnych Kontraktu) w następujący sposób (poprzez usunięcie ww. Subklauzuli 4.12 Warunków Szczególnych Kontraktu):

„Subklauzula 4.12 Nieprzewidywalne warunki fizyczne

Skreśla się Klauzulę 4.12, w tym Subklauzulę 4.12.1. do 4.12.5.”

XI. Zarzut dotyczący sprzeczności i niespójności pomiędzy Aktem Umowy a Warunkami Szczególnymi Kontraktu (zarzut nr 11)

Zamawiający w ramach projektowanych postanowień Aktu Umowy przewidział postanowienie § 9 („Zmiany umowy”), w którym w sposób precyzyjny opisał podstawy i tryb wprowadzania zmian do Umowy, w tym zmian terminu wykonania Kontraktu. Jednocześnie jednak

w Warunkach Szczegółowych przewidział kolejne postanowienie, które dotyczy zmiany tzw. Czasu na Ukończenie (innymi słowy: terminu wykonania Kontraktu):

„Subklauzula 8.5 Przedłużenie Czasu na Ukończenie

Skreśla się treść Subklauzuli 8.5 i wprowadza nową Subklauzulę o treści:

Wykonawca będzie uprawniony wystąpienia z Roszczeniem do przedłużenia Czasu

na Ukończenie w granicach w jakich wykonanie dla celów określonych w Subklauzuli

10.1 [Przejęcie Robót i Odcinków] będzie opóźnione przez którąkolwiek z poniższych przyczyn:

(a) Zmiany, o ile korekta Czasu na Ukończenie nie została uzgodniona na mocy § 9 Aktu Umowy,

(b) opóźnienia dającego uprawnienia Wykonawcy do przedłużenia czasu na mocy jakiegokolwiek klauzuli niniejszych Warunków,

(c) wyjątkowo niepomyślnych warunków klimatycznych,

(d) nieprzewidywalnych braków możliwości zatrudnienia personelu lub uzyskania dostaw, spowodowanych przez epidemię czy działania rządowe, lub

(e) jakiegokolwiek opóźnienia, utrudnienia lub przeszkód spowodowanych przez lub dających się przypisać Zamawiającemu, Personelowi Zamawiającego, lub innemu wykonawcy, zatrudnionemu przez Zamawiającego na Placu Budowy.

Jeśli Inżynier uzna, że Wykonawca jest uprawniony do przedłużenia Czasu na Ukończenie całości lub części Robót, po konsultacji z Zamawiającym i Wykonawcą określi czas przedłużenia i przygotuje projekt Zmiany do Kontraktu, wraz z pisemnym uzasadnieniem takiego przedłużenia.”

Podobna sytuacja ma miejsce w stosunku do § 5 („Gwarancje wykonawcy”) Aktu Umowy oraz Klauzuli 11 [„Wady po Przejęciu”], które regulują te same zagadnienia.

W wyniku uregulowania tej samej materii w dwóch różnych miejscach (dwóch różnych dokumentach składających się na Umowę), interpretacja Umowy jest utrudniona lub wręcz niemożliwa, co powoduje, że wykonawcy nie są w stanie oszacować zakresu swoich obowiązków wynikających ze wskazanych powyżej postanowień Umowy. Ta okoliczność prowadzi z kolei do wystąpienia braku możliwości porównania złożonych ofert. Sformułowanie dokumentacji postępowania w sposób, w jaki uczynił to Zamawiający w ramach omawianych elementów sprawia, że wykonawcy nie mają pewności co do ostatecznych postanowień

i klauzul, które stanowią podstawę dokonania wyceny. Zamawiający nie przedstawił też konkretnej hierarchii dokumentów, co sprawia, że w przypadku rozbieżności (jak w tym przypadku), nie sposób jednoznacznie stwierdzić, treścią których dokumentów należy się kierować. Jeśli wykonawcy nie są w stanie samodzielnie przesądzić, które postanowienia

i klauzule są obowiązujące, nie będą też w stanie prawidłowo ocenić kosztów wykonania umowy, a w konsekwencji – ceny oferty. W konsekwencji doprowadzi to do braku możliwości porównania złożonych ofert (nie będzie wiadomo, czy każdy z wykonawców jednakowo ocenił kwestię obowiązywania i prymatu omawianych klauzul i postanowień), naruszenia zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Wykonawcy nie wiedząc, które klauzule i postanowienia są ostatecznie obowiązujące, muszą postarać się je uwzględnić,

a za realizację całego przedmiotu zamówienia oferują, zgodnie z oczekiwaniami Zamawiającego, cenę ryczałtową. W ocenie Odwołującego doprowadzenie do takiej sytuacji w Postępowaniu jest groźne i nie powinno mieć miejsca, bowiem to Zamawiającego obciąża obowiązek dokonania precyzyjnego, wyczerpującego i jednoznacznego opisu przedmiotu zamówienia, uwzględniającego wszystkie okoliczności mające wpływ na dokonanie przez wykonawców wyceny. Jak podała Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 5 marca 2021 r., sygn. KIO 89/21: „opis przedmiotu zamówienia ma mieć charakter wyczerpujący,

co oznacza m.in., że powinien on umożliwiać wykonawcom prawidłową ocenę wszelkich możliwych ryzyk, jakie mogą zaistnieć przy wykonywaniu przedmiotu umowy. Nie jest możliwe realne oszacowanie kosztu ryzyka, którego wykonawca nie ma możliwości zidentyfikować

z uwagi na brak odpowiedniej i wyczerpującej informacji w SIWZ. Nie opisując w sposób odpowiedni przedmiotu zamówienia, Zamawiający sam naraża się na negatywne dla niego konsekwencje faktyczne i prawne – począwszy od nieporównywalności ofert, zawyżenia cen ofertowych wobec braku możliwości dokładnego oszacowania ryzyka, przez problemy i spory na etapie realizacji zamówienia, aż do niekorzystnego dla Zamawiającego wyniku postępowań sądowych”. Podobnie zresztą Sąd Apelacyjny w Warszawie – I Wydział Cywilny, w wyroku

z dnia 3 grudnia 2019 r. (I ACa 266/19): „wykonawca powinien uwzględnić w ofercie tylko te ryzyka, które w okolicznościach danej sprawy, przy uwzględnieniu zawodowego charakteru działalności wykonawcy, są możliwe do przewidzenia. Jeżeli inwestor nie opisz przedmiotu zamówienia w wyczerpujący sposób, nie można przerzucać na wykonawcę wszelkich możliwych ryzyk, jakie mogą zaistnieć przy wykonywaniu przedmiotu umowy. Ocena ryzyka powinna być możliwa na podstawie opisu przedmiotu zamówienia”. Z kolei w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 1 lutego 2022 r. (sygn. KIO 66/22) Izba słusznie zauważyła, że „zamawiający nie może zatem wprowadzić do opisu przedmiotu zamówienia treści zwalniającej go ze sporządzenia szczegółowego opisu przedmiotu zamówienia w warunkach niezapewniających zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, a także Zamawiający nie może opierać się na mało przejrzystych i nieproporcjonalnych wymaganiach”.

Odwołujący wniósł o uspoźnienie Aktu Umowy i Warunków Szczególnych Kontraktu we wskazanym zakresie, tj. w odniesieniu do § 9 Aktu Umowy i Subklauzuli 8.5 Warunków Szczególnych Kontraktu oraz § 5 Aktu Umowy i Klauzuli 11 Warunków Szczególnych Kontraktu.

W odpowiedzi na odwołanie Zamawiający - pismo z 20 grudnia 2023 r. wskazał, że:

1. uwzględnia zarzut nr 7 (zarzut dotyczący zmiany kwoty Zabezpieczenia Należytego Wykonania Umowy),
2. częściowo (w zakresie szczegółowo opisanym w odpowiedzi na odwołanie) uwzględnia zarzut nr 5 (zarzut dotyczący możliwości żądania od Zamawiającego zwrotu kosztów Serwisu Gwarancyjnego), zarzut nr 8 (zarzut dotyczący rażąco wygórowanego limitu wszystkich kar umownych) oraz nr 10 (zarzut dotyczący nieprzewidywalnych warunków fizycznych) oraz wniósł o :

1. oddalenie odwołania w pozostałym zakresie;

2. dopuszczenie dowodów wskazanych w treści niniejszej odpowiedzi na okoliczności wskazane w uzasadnieniu odpowiedzi na odwołanie;

3. zasądzenie od Odwołującego na rzecz Zamawiającego kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa procesowego.

W uzasadnieniu pisma Zamawiający w odniesieniu do zarzutu nr 1 wskazał, że zgodnie z art. 436 pkt 1 Pzp, planowany

termin zakończenia robót budowlanych powinien być określony

w dniach, tygodniach, miesiącach lub latach, chyba że wskazanie daty wykonania umowy jest uzasadnione obiektywną przyczyną.

Tym samym ustawodawca wprost dopuścił możliwość wskazania daty wykonania umowy,

o ile istnieje uzasadniona obiektywna przyczyna dla takiego działania zamawiającego. Potwierdziła to Krajowa Izba Odwoławcza („KIO”) w wyroku z dnia 7 marca 2023 r., sygn. akt KIO 450/23: Przepis art. 436 pkt 1 p.z.p., określając jako zasadę ustalanie terminu realizacji zamówienia w dniach, tygodniach, miesiącach lub latach, wprost dopuszcza określenie tego terminu przez wskazanie daty, pod warunkiem istnienia ku temu obiektywnego uzasadnienia.

Odwołujący słusznie wskazuje, że przyczyną takiego działania Zamawiającego jest współfinansowanie budowy Instalacji Termicznego Przekształcenia Wstępnie Przetworzonych Odpadów Komunalnych (preRDF/RDF) w Suwałkach („Inwestycja”) przez Narodowy Fundusz Ochrony Środowiska i Gospodarki Wodnej („NFOŚiGW”) ze środków pochodzących

z Funduszu Modernizacyjnego w ramach Programu Priorytetowego nr 2.1.3 „Racjonalna gospodarka odpadami Część 3) Wykorzystanie paliw alternatywnych na cele energetyczne.”

Zamawiający zawarł z NFOŚiGW dwie umowy dotyczące współfinansowania Inwestycji:

a. umowę nr 3415/2022/Wn16/OZ-UP-FM/P o dofinansowanie realizacji Inwestycji ze środków NFOŚiGW zgromadzonych na rachunku funduszu modernizacyjnego w formie pożyczki oraz

b. umowę nr 3415/2022/Wn16/OZ-UP-FMD o dofinansowanie realizacji Inwestycji ze środków NFOŚiGW zgromadzonych na rachunku funduszu modernizacyjnego w formie dotacji.

dowód nr 1: wyciąg z umowy nr 3415/2022/Wn16/OZ-UP-FMD o dofinansowanie realizacji Inwestycji ze środków NFOŚiGW zgromadzonych na rachunku funduszu modernizacyjnego w formie pożyczki,

dowód nr 2: wyciąg z umowy nr 3415/2022/Wn16/OZ-UP-FM/P o dofinansowanie realizacji Inwestycji ze środków NFOŚiGW zgromadzonych na rachunku funduszu modernizacyjnego w formie dotacji.

W obydwóch umowach określono datę 31 grudnia 2026 r. jako termin zakończenia realizacji Inwestycji oraz termin osiągnięcia efektu rzeczowego.

Zamawiający podkreślił, że wbrew temu, co twierdzi Odwołujący, nie ma znaczenia, że Inwestycja nie jest finansowana ze środków unijnych, a „jedynie” krajowych, gdyż Zamawiający i w tym przypadku jest zobowiązany do ścisłego przestrzegania postanowień obydwóch umów zawartych z NFOŚiGW. Zgodnie z tymi umowami przekroczenie terminu 31 grudnia 2026 r. jako terminu zakończenia realizacji Inwestycji wiąże się z określonymi konsekwencjami dla Zamawiającego, w tym przede wszystkim z możliwością utraty dofinansowania, gdyż realizowanie Inwestycji niezgodnie z harmonogramem rzeczowo-finansowym prowadzi do zawieszenia wypłat, a nawet do wypowiedzenia i rozwiązania umowy (§ 11, § 12 umowy o dotację, § 12, § 13 umowy o pożyczkę).

Zamawiający wskazał, że jego stanowisko znajduje potwierdzenie w wyroku KIO z dnia

23 stycznia 2023 r., sygn. akt KIO 26/23, w którym Izba uznała za uzasadnione określenie terminu realizacji dofinansowywanego zamówienia konkretną datą.

Na marginesie Zamawiający wskazał, że ustawodawca nie określił, jakie obiektywne przyczyny mogą uzasadniać wskazanie daty wykonania zamówienia, a więc należy oceniać te przyczyny przez pryzmat warunków, w jakich prowadzone jest konkretne postępowanie.

W przypadku niniejszego Postępowania Zamawiający jest zobowiązany do dotrzymania daty 31 grudnia 2026 r. jako daty realizacji Inwestycji zgodnie z łączącymi go umowami

z NFOŚiGW.

Odnosząc się do zarzut nr 2 Zamawiający wskazał, że w dniu 19 grudnia 2023 r. Zamawiający dokonał zmiany postanowień wzoru umowy w sprawie zamówienia publicznego dotyczących klauzuli waloryzacyjnej w następujący sposób:

Punkt 3.18.9. Aktu Umowy otrzymał następujące brzmienie:

3.18.9. wszystkie zmiany Ceny Kontraktowej dokonane na podstawie niniejszego ust. 3.18. nie mogą łącznie powodować wzrostu Ceny Kontraktowej o więcej niż 3% 10% Ceny Kontraktowej w Dacie Rozpoczęcia.

Zamawiający wskazał, że nie uwzględnił zarzutu nr 2 Odwołującego.

Gdyby Odwołujący chciał podtrzymać swój zarzut, Zamawiający wskazał, że Odwołujący chciałby obciążyć Zamawiającego wszystkimi kosztami związanymi z ewentualnym wzrostem wskaźnika cen produkcji budowlano-montażowej.

Zamawiający wskazał, że takie działanie nie jest uzasadnione i nie mieści się w pojęciu umowy wzajemnej i wzajemnego równego traktowania stron umowy.

Jak wskazała Prokuratura Generalna Rzeczypospolitej Polskiej, uwzględnienie określonych ryzyk kontraktowych lub przyjętej w danej branży skali ich wystąpienia, gdy wynikają one ze specyfiki zamawianych przez inwestora dostaw,

usług lub robót budowlanych, jest obowiązkiem każdego z podmiotów składających ofertę realizacji określonego świadczenia,

w tym również ofertę wykonania zamówienia publicznego.

W opinii Prokuratury wskazano także: Zasadą jest równomierne rozłożenie na obie strony kosztów ryzyka niemożliwego do przewidzenia wzrostu cen materiałów i kosztów niezbędnych do wykonania umowy. Stwierdzenie to nie oznacza, że ryzyko to musi być zawsze rozłożone po równo, nieuzasadnione jest natomiast przerzucenie tego ryzyka w całości na zamawiającego: Zmiana umowy z uwagi na nadzwyczajny wzrost cen (waloryzacja wynagrodzenia) – podstawowe zagadnienia, dostępne: Rekomendacje i wzory postanowień umów - Prokuratura Generalna Rzeczypospolitej Polskiej - Portal Gov.pl (www.gov.pl)

Artykuł 48 ust. 2 ustawy z dnia 7 października 2022 r. w zmianie niektórych ustaw w celu uproszczenia procedur administracyjnych dla obywateli i przedsiębiorców (Dz.U. poz. 2185) wskazuje, że strony ponoszą zwiększony koszt wykonania w uzgodnionych częściach.

Zamawiający podkreślił, że w tak chętnie przywoływanych przez Odwołującego jako wzorcowe dokumentach Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad przyjęto zasadę, że Strony ponoszą kwotę wzrostu wynagrodzenia po połowie, a maksymalna zmiana wynagrodzenia umownego wynosi 10% pierwotnego wynagrodzenia umownego.

Zamawiający podniósł, że jego stanowisko jest zgodne z orzecnictwem KIO. W wyroku z dnia 21 kwietnia 2023 r., sygn. akt KIO 935/23 Izba stwierdza: Nie korzystają z ochrony prawnej dążenia wykonawców ukierunkowane jedynie na ukształtowanie korzystniejszej dla siebie treści przyszłej umowy, jeżeli treść nadana przez Zamawiającego nie narusza obowiązujących przepisów. Norma zawarta w art. 439 Pzp nie zobowiązuje w szczególności Zamawiającego do nadania postanowieniom umowy takiej treści, aby uprawnienie do żądania zmiany wysokości wynagrodzenia należnego wykonawcy powstawało w każdym przypadku, gdy nastąpi zmiana ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia, ani aby

w każdym przypadku następowała zmiana taka wysokości ww. wynagrodzenia, aby zmiana cen tych materiałów lub kosztów nie wpływała na opłacalność wykonywania umowy przez wykonawcę (wysokość zysku, który osiągnie wykonawca). Rolą waloryzacji umownej wskazanej w art. 439 ustawy Prawo zamówień publicznych jest bowiem urealnienie wynagrodzenia wykonawcy w przypadku zmiany cen materiałów lub kosztów, nie zaś całkowite wyeliminowanie ryzyka kontraktowego. W wyroku z dnia 16 marca 2023 r., sygn. akt KIO 528/23 KIO orzekła: Celem klauzul waloryzacyjnych jest przywrócenie stanu równowagi ekonomicznej między stronami umowy, która została zachwiana przez określone zdarzenia mające miejsce w trakcie jej realizacji. Wprowadzając obowiązek ustanowienia klauzuli waloryzacyjnej w umowie ustawodawca pozostawił swobodzie zamawiającemu możliwość doprecyzowania jej elementów. Wykonanie obowiązku z art. 439 ustawy Pzp powinno odbywać się z uwzględnieniem charakteru danego przedmiotu zamówienia, ale również możliwości finansowych zamawiającego w sposób nieprowadzący do wypaczeniu celu ww. przepisu. Także w wyroku z dnia 25 października 2022 r., sygn. akt KIO 2532/22, Izba wyjaśnia: Chodzi bowiem o to, aby nie doszło do zdecydowanego zachwiania równowagi ekonomicznej stron na niekorzyść wykonawcy, jak też aby nadmierne podwyższenie wynagrodzenia nie doprowadziło do negatywnych konsekwencji dla zamawiającego. Natomiast w wyroku z dnia 24 sierpnia 2022 r., sygn. akt KIO 2063/22 Izba podkreśliła: Mechanizm waloryzacji jest rozwiązaniem szczególnym mającym na celu ograniczenie

(a nie wyłączenie) ryzyka stron związanego ze zmianą cen materiałów bezpośrednio związanych z realizacją zamówienia. Z przepisów p.z.p. nie wynika, że strona wnioskująca

o waloryzację w szczególności Wykonawca, uzyska pełne czy też proporcjonalne pokrycie zmian cen materiałów. Pokrycie to nastąpi w sposób limitowany, wynikający z postanowień umowy.

Na marginesie Zamawiający zauważył, że przywołane przez Odwołującego statystyki wzrostu cen w budownictwie dotyczą roku 2022 r., a więc pochodzą sprzed ponad roku. Obecnie sytuacja na rynku budowlanym jest inna i zdecydowanie trudniej mówić o nieprzewidzianych, zasadniczych zmianach cen surowców czy robocizny.

Zamawiający wskazał także, że w określonych stanach faktycznych zastosowanie mogą mieć przepisy art. 357¹ k.c. lub art. 632 § 2 k.c. przewidujące tzw. klauzule rebus sic stantibus, które przyznają Wykonawcy – przy spełnieniu określonych w nich przesłanek – uprawnienie do żądania zmiany umowy, także w zakresie podwyższenia wynagrodzenia.

W odniesieniu do zarzutu nr 3 Zamawiający wskazał, że w dniu 19 grudnia 2023 r. dokonał zmiany postanowień wzoru umowy. Kwestionowane przez Odwołującego postanowienie ma aktualnie następującą treść:

10.1. Zamawiający może z ważnych dla siebie powodów zawiesić wykonywanie Umowy poprzez złożenie Wykonawcy oświadczenia o zawieszeniu wykonywania Umowy (zwanego dalej „Oświadczeniem o Zawieszeniu”), w którym Zamawiający poda:

10.1.1. przyczyny zawieszenia z dokładnym opisem sytuacji Zamawiającego,

10.1.2. daty rozpoczęcia zawieszenia (daty zawieszenia),

10.1.3. przewidywanego czasu trwania zawieszenia, przy czym czas trwania zawieszenia nie może być dłuższy niż 12 miesięcy,

10.1.4. terminu spotkania Stron przypadającego nie później niż 7 Dni Roboczych od daty otrzymania przez Wykonawcę Oświadczenia o Zawieszeniu, podczas którego uzgodniony zostanie sposób zabezpieczenia Terenu Budowy oraz procedury wykonania obowiązków Stron podczas zawieszenia wykonywania Umowy.

W odniesieniu do zarzutu nr 4 Zamawiający wskazał, że nie zgadza się z zarzutem Odwołującego, że postanowienia ust. 5.9. Aktu Umowy naruszają postanowienia kodeksu cywilnego, a w przypadku, gdy gwarant realizuje obowiązki gwarancyjne, okres objęcia gwarancją ulega wydłużeniu według zasad szczegółowo określonych w art. 581 k.c.

Stanowisko Zamawiającego znajduje poparcie w orzecznictwie. W wyroku z dnia 20 grudnia 2012 r., sygn. akt I ACa 1319/12, Sąd Apelacyjny we Wrocławiu orzekł: Jeśliby powód

w umowie tylko ogólnie wskazał, iż udziela gwarancji na wykonane roboty budowlane (bez dalszego jej skonkretyzowania), to wtedy ewentualnie można by i to jedynie w drodze analogii odwoływać się do regulacji ustawowej.

Jeśli natomiast strony w umowie o roboty budowlane wyraźnie uregulowały kwestie związane z udzieloną gwarancją (w tym jej zakres oraz całą procedurę z nią związaną), to te postanowienia umowne są dla stron wiążące i brak jest podstaw do sięgania w zakresie tak umownie udzielonej gwarancji do regulacji ustawowej przewidzianej przy umowie sprzedaży, w tym art. 581 k.c. W wyroku tym Sąd Apelacyjny podkreślił, że jego stanowisko jest ugruntowane w orzecznictwie: Zaakcentować przy tym należy, iż również z orzecznictwa przywoływanego przez skarżącą płynie wniosek, że jedynie w braku odmiennej umowy stron co do zakresu i procedury gwarancyjnej, można na zasadzie analogii odwoływać się do regulacji kodeksowej zawartej w art. 577-581 k.c. (por. wyrok SN z 22 kwietnia 1986 r., I CR 16/86, OSNC 1987/8/119).

Pogląd Zamawiającego, że postanowienia ust. 5.9 Aktu Umowy są zgodne z obowiązującym prawem potwierdza także wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 26 października 2020 r., sygn. VII AGa 550/19: Wprowadzanie przez strony umowy o roboty budowlane gwarancji do zawieranego kontraktu wymaga staranności przy redagowaniu odpowiednich postanowień. Jeśli strony wyraźnie uregulowały kwestie związane z udzieloną gwarancją (w tym jej zakres oraz całą procedurę z nią związaną), to brak jest podstaw do sięgania w zakresie tak umownie udzielonej gwarancji do regulacji ustawowej przewidzianej przy umowie sprzedaży. Jeśliby powód w umowie tylko ogólnie wskazał, iż udziela gwarancji na wykonane roboty budowlane (bez dalszego jej skonkretyzowania), to wtedy ewentualnie można by i to jedynie w drodze analogii odwoływać się do regulacji ustawowej. Jeśli natomiast strony w umowie o roboty budowlane wyraźnie uregulowały kwestie związane z udzieloną gwarancją (w tym jej termin, od kiedy gwarancja biegnie i okres na jaki została udzielona, ze wskazaniem, że dotyczy nie tylko wad, ale i usterek bez zróżnicowania terminu gwarancji w zależności od rodzaju wady), to te postanowienia umowne są dla stron wiążące i brak jest podstaw do sięgania w zakresie tak umownie udzielonej gwarancji do regulacji ustawowej przewidzianej przy umowie sprzedaży, w tym art. 581 KC.

Zamawiający podkreślił także, że okres gwarancji (i rękojmi) biegnie na nowo tylko dla elementów Instalacji, które Wykonawca wymienił lub naprawił w ramach wykonania swoich zobowiązań z tytułu odpowiedzialności za Wady (ust. 5.9. Aktu Umowy), a nie dla całej Instalacji. Zamawiający przewidział również maksymalny okres odpowiedzialności Wykonawcy w ramach Podstawowego Okresu Gwarancji: w żadnym przypadku nie może on trwać dłużej niż 60 miesięcy od dnia podpisania Świadczenia Przejęcia (ust. 5.11. Aktu Umowy).

W odniesieniu do zarzut nr 5 Zamawiający wskazał, że częściowo uwzględnił zarzut Odwołującego. W dniu 19 grudnia 2023 r. Zamawiający dokonał zmiany postanowień ust. 5.16 Aktu Umowy w następujący sposób:

5.16. Wykonawca może żądać od Zamawiającego zwrotu kosztów Serwisu Gwarancyjnego polegającego na usunięciu Wad, jeżeli wykaże, że Wada powstała z przyczyn, za które Wykonawca nie ponosi odpowiedzialności spowodowanych wyłącznie z winy Zamawiającego. W przypadku, gdy Wada powstała z przyczyn, za które odpowiada zarówno Wykonawca, jak

i Zamawiający, Strony zastosują proporcjonalny podział kosztów Serwisu Gwarancyjnego poniesionego przez Wykonawcę na usunięcie Wady, stosownie do stopnia odpowiedzialności każdej ze Stron za powstanie Wady.

W odniesieniu do zarzut nr 6 Zamawiający wskazał, że w dniu 19 grudnia 2023 r. dokonał zmiany definicji 1.1.105. „Wada Limitująca” zamieszczonej w Warunkach Szczególnych Kontraktu. Aktualna treść definicji 1.1.105 ma następujące brzmienie:

„Wada Limitująca” oznacza Wadę:

a) polegającą na niedotrzymaniu przez Instalację Parametrów Gwarantowanych Grupy A; lub

b) która uniemożliwia używanie Instalacji zgodnie z przepisami prawa, decyzjami administracyjnymi lub takimi postanowieniami umów Zamawiającego, które warunkują sprzedaż energii elektrycznej i ciepłej do odbiorców oraz przyjmowanie i/lub przetwarzanie odpadów preRDF/RDF do przetworzenia; lub

c) która stwarza rzeczywiste i bezpośrednie zagrożenie dla zdrowia lub życia ludzi, względnie mienia znacznej wartości,

które nie może być inaczej zabezpieczone lub usunięte niż przez natychmiastowe zatrzymanie pracy Instalacji; lub d) której wystąpienie powoduje przestój w pracy układu technologicznego (wykorzystywanego przy produkcji energii elektrycznej i/lub ciepła) lub wyklucza bezpieczną dla obsługi i samego układu dalszą jego pracę, lub powoduje obniżenie funkcjonalności w stopniu wpływającym na ograniczenie produkcji lub przesyłu energii elektrycznej i/lub ciepła.

Do podpisania Świadcstwa Przejęcia za Wadę Limitującą uznaje się także niekompletne wykonanie przedmiotu odbioru lub istnienie Wad istotnych w przedmiocie odbioru.

W przypadku rozbieżności między stanowiskami Stron odnośnie do tego Każdorazowo o tym, czy Wada jest limitująca, decyzję o kwalifikacji Wady podejmuje Zamawiający, po uprzednim uzyskaniu opinii Inżyniera Kontraktu decyduje Zamawiający wiążąco dla Wykonawcy. Zamawiający musi uzasadnić swoje stanowisko odnośnie do kwalifikacji Wady, opierając się na przesłankach Wady Limitującej określonych w Umowie.

Odnosząc się do zarzut nr 7 Zamawiający wskazał, że uwzględnił zarzut Odwołującego.

W dniu 19.12.2023 Zamawiający usunął postanowienia ust. 7.11. Aktu Umowy.

W odniesieniu do zarzut nr 8 Zamawiający wskazał, że częściowo uwzględnił zarzut Odwołującego. W dniu 19 grudnia 2023 r. Zamawiający wprowadził następujące zmiany postanowień § 8 Aktu Umowy:

9.18. Łączna suma kar umownych nie może być wyższa niż 30% 20% Ceny Kontraktowej. Do limitu, o którym mowa w zdaniu poprzednim nie wlicza się kary umownej za odstąpienie.

8.10. Zamawiającemu przysługuje prawo dochodzenia odszkodowania uzupełniającego przenoszącego wysokość zastrzeżonych kar umownych na zasadach ogólnych Kodeksu cywilnego. Zamawiającemu przysługuje prawo łączenia kar naliczonych z poszczególnych tytułów, przy czym łączna suma kar umownych ze wszystkich tytułów – z wyłączeniem kary umownej za odstąpienie - nie może być wyższa niż ~~30%~~ 20% Ceny Kontraktowej.

Zamawiający w ust. 10.25 Aktu Umowy przewidział: W każdym przypadku odstąpienia od Umowy, Zamawiający nie traci prawa do kar umownych lub odszkodowań, należnych zgodnie z Umową z tytułu okoliczności zaistniałych przed Dniem Odstąpienia.

Po dokonanej zmianie, w skrajnie niekorzystnym przypadku, gdyby Zamawiający najpierw naliczył należne kary umowne np. z tytułu niedotrzymania Parametrów Technicznych Grupy B w maksymalnej wysokości, tj. 20% Ceny Kontraktowej, a następnie zaszyby przesłanki do odstąpienia od Umowy z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy, wówczas maksymalna odpowiedzialność Wykonawcy z tytułu kar umownych wyniesie 30% Ceny Kontraktowej.

W tym miejscu Zamawiający wskazuje, że przywołany przez Odwołującego wyrok Sądu Najwyższego z dnia 14 czerwca 2018 r., sygn. akt V CSK 534/17 nie ma zastosowania do stanu faktycznego związanego z umową (Sąd Najwyższy wypowiadał się na temat kumulacji kary umownej za zwłokę i odstąpienie). Zamawiający wskazuje, że w Umowie przewidziano nie tylko kary umowne za zwłokę, ale również kary umowne za niedotrzymanie Parametrów Technicznych. Jak wskazano powyżej, Zamawiający byłby uprawniony do naliczenia obydwóch kar, gdyby najpierw zostały naliczone kary umowne za Parametry Techniczne,

a następnie zaszyby przesłanki do odstąpienia od umowy z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy. Zamawiający zastrzegł taką możliwość w ust. 8.1. Aktu Umowy (możliwość żądania kary umownej z tytułu odstąpienia obok kar umownych należnych Zamawiającemu z innych tytułów).

Zamawiający podniósł także, że w przywołanym przez Odwołującego wyroku Sądu Najwyższego, Sąd stwierdził: Przyjęte rozwiązanie nie naraża wierzyciela na żaden uszczerbek, może on bowiem umówić się ze swoim kontrahentem na karę umowną na wypadek odstąpienia, która będzie kompensowała cały jego uszczerbek wynikający z niewykonania umowy. Tym samym, stosując regułę wyrażoną w tym wyroku, Zamawiający powinien podnieść wysokość kary umownej za odstąpienie, aby kompensowała ona również uszczerbek Zamawiającego z tytułu nienależytego wykonania umowy.

Stanowisko Zamawiającego jest zgodne ze stanowiskiem doktryny. Prof. Przemysław Drapała w artykule „Kara umowna na wypadek odstąpienia od umowy (w ujęciu dogmatycznym)” [w:] Państwo i Prawo 2022, nr 7 s. 40-61: Starannie działający wierzyciel, zastrzegając karę umowną na wypadek odstąpienia, powinien albo ustalić ją w wysokości uwzględniającej także kompensację wcześniejszych uszczerbków wynikających z przejawów nienależytego wykonania zobowiązania przez dłużnika (np. zwłoki), które stanowić będą podstawę odstąpienia, albo w sposób wyraźny zastrzec możliwość kumulacji obu kar.

Reasumując omawiany zarzut Zamawiający podkreśla, że w okolicznościach niniejszej sprawy trudno mówić o rażąco wysokiej karze umownej. Zamawiający przypomina, że wykonawca zawsze jest uprawniony do wystąpienia do sądu powszechnego o miarkowanie kary umownej, jeżeli sąd uzna, że zaszyby przesłanki do takiego działania.

W odniesieniu do zarzut nr 9 Zamawiający wskazał, że w dniu 19 grudnia 2023 r. Zamawiający dodał następujące ustępy do postanowień § 8 Aktu Umowy:

8.16. Maksymalna odpowiedzialność odszkodowawcza Stron wynikająca z jakichkolwiek roszczeń jednej Strony wobec

drugiej z tytułu Umowy lub w związku z nią jest ograniczona do wartości 100% Ceny Kontraktowej brutto.

8.17. Strony nie odpowiadają za utracone korzyści.

8.18. W celu uniknięcia wątpliwości, postanowienia ust. 8.17. nie mają wpływu na prawo Zamawiającego do kar umownych przewidzianych w Umowie, co w szczególności oznacza, iż Wykonawca nie może zwolnić się od zapłaty całości lub części kary umownej powołując się na wyłączenia odpowiedzialności opisane w ust. 8.17.

8.19. Ograniczenie odpowiedzialności nie ma zastosowania w przypadku:

8.19.1. odpowiedzialności Strony z tytułu szkód wyrządzonych umyślnie;

8.19.2. odpowiedzialności Strony z tytułu szkód na osobie;

8.19.3. odpowiedzialności Strony z tytułu szkód w środowisku naturalnym.

Odnosząc się do zarzut nr 10 odwołania, Zamawiający wskazał, że częściowo uwzględnił zarzut Odwołującego. W dniu 19 grudnia 2023 r. Zamawiający wprowadził następujące postanowienia w zakresie Subklauzuli 4.12. Warunków Szczegółowych Kontraktu: Subklauzula 4.12 Nieprzewidywalne warunki fizyczne Treść Subklauzuli 4.12 otrzymuje następujące brzmienie:

W niniejszej Subklauzuli „warunki fizyczne” oznaczają naturalne i wytworzone przez człowieka warunki fizyczne oraz inne fizyczne przeszkody i zanieczyszczenia, które Wykonawca napotyka na Placu Budowy przy realizacji Robót, włączając warunki podpowierzchniowe

i hydrologiczne, ale wyłączając warunki klimatyczne na Placu Budowy i wpływ takich warunków klimatycznych, oznaczają okoliczności fizyczne związane z Terenem Budowy, których wystąpienie wpływa na wykonanie Umowy, a których Wykonawca nie mógł zidentyfikować przy zachowaniu należytej staranności i które nie powstały z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy; do warunków fizycznych zalicza się w szczególności znajdujące się w gruncie kolidujące z Robotami elementy infrastruktury, a także znajdujące się w ramach Terenu Budowy zanieczyszczenia i substancje niebezpieczne (np. azbest), niewybuchy lub znaleziska archeologiczne, których istnienia Wykonawca nie mógł, przy zachowaniu należytej staranności zidentyfikować na etapie złożenia oferty, uwzględniając przeprowadzoną przez niego wizję lokalną, treść przekazanej mu dokumentacji Zamawiającego i innych dokumentacji lub informacji udostępnionych mu przed złożeniem oferty.

Jeżeli Wykonawca napotka warunki fizyczne, które uważa za Nieprzewidywalne i takie, które będą negatywnie oddziaływać na postęp prac i/lub zwiększą Koszt realizacji Robót, zastosowanie znajdzie następująca procedura:

Treść Subklauzuli 4.12.4 Opóźnienie i/lub Koszt otrzymuje następujące brzmienie:

Jeżeli i w zakresie, w jakim Wykonawca dozna opóźnienia i/lub poniesie Koszt z powodu takich warunków fizycznych, Wykonawca będzie uprawniony do wystąpienia o zmianę Umowy zgodnie z postanowieniami punktu 9.2.2. Aktu Umowy po wypełnieniu obowiązków określonych w Subklauzulach 4.12.1 do 4.12.3 powyżej, Wykonawca będzie uprawniony, z zastrzeżeniem Subklauzuli 20.2 [Roszczenia o Płatność i/ lub PCnU], do PCnU i/lub żądania zapłaty takiego Kosztu.

Treść Subklauzuli 4.12.5 skreśla się

W odniesieniu do zarzutu nr 11, Zamawiający wskazał, że nie zgadza się z Wykonawcą, że postanowienia § 9 Aktu Umowy i Subklauzuli 8.5 oraz § 5 i Subklauzuli 11 są ze sobą sprzeczne. Wprost przeciwnie, postanowienia te wzajemnie się uzupełniają.

Zamawiający wskazał, że Odwołujący – poza wskazaniem zbieżnych tytułów przywołanych paragrafów i Subklauzuli – nie wykazał żadnych rozbieżności. Zamawiający wskazał, że nie wiadomo też, skąd Odwołujący wywodzi twierdzenie, że postanowienia te mogą prowadzić do nieporównywalności ofert.

Zamawiający wyjaśnił także, że na wypadek ewentualnych rozbieżności, w Umowie przewidziano hierarchię dokumentów składających się na Umowę. W Subklauzuli 1.5. Pierwszeństwo Dokumentów Zamawiający określił pierwszeństwo zgodnie z następującą kolejnością:

- (a) Akt Umowy,
- (b) Warunki Szczególne,
- (c) Warunki Ogólne,
- (d) Program Funkcjonalno-Użytkowy (wraz z Załącznikami),
- (e) Wykaz cen,
- (f) Wykaz Podwykonawców,
- (g) Oferta,
- (h) Umowa Konsorcjum (jeżeli występuje),
- (i) wszelkie inne dokumenty stanowiące część Kontraktu.

Pierwszeństwo mają postanowienia podane w dokumencie umiejscowionym w podanej kolejności na wyższym miejscu.

Zamawiający wskazał, że w § 5 Aktu Umowy (Gwarancje Wykonawcy) zawarte są ogólne postanowienia dotyczące gwarancji jakości i rękojmi (okres obowiązywania, zasady przedłużeń, maksymalny okres odpowiedzialności) oraz zasady zgłaszania Wad w Okresie Gwarancji. Natomiast Subklauzula 11 Warunków Szczególnych („Wady po

Przejęciu") dotyczy usuwania Wad wskazanych w Świadectwie Przejęcia i warunków, jakie są niezbędne do wystawienia Świadectwa Wykonania. W przedmiotowych zapisach nie ma żadnej sprzeczności.

W dniu 19 grudnia 2023 r. Zamawiający zmienił brzmienie ostatniego akapitu w Subklauzuli 8.5 w następujący sposób, przy czym nie jest to zmiana związana ze złożonym odwołaniem:

Jeśli Inżynier uzna, że Wykonawca jest uprawniony do przedłużenia Czasu na Ukończenie całości lub części Robót, po konsultacji z Zamawiającym i Wykonawcą określi czas przedłużenia i przygotuje projekt Zmiany do Kontraktu, wraz z pisemnym uzasadnieniem takiego przedłużenia.

W przypadku opisanym w niniejszej Subklauzuli Strony będą postępowały zgodnie z procedurą opisaną w § 9 Aktu Umowy.

Po przeprowadzeniu posiedzenia i rozprawy z udziałem stron i uczestnika postępowania na podstawie zebranego materiału w sprawie Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła co następuje:

Izba stwierdziła, że żadna z przesłanek wskazanych w art. 528 ustawy Pzp, których skutkiem jest odrzucenie odwołania nie wystąpiła.

Izba stwierdziła, że Odwołujący wykazał spełnienie przesłanek z art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, zarówno posiadania interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy.

Do postępowania odwoławczego w terminie przewidzianym w art. 525 ust. 1 ustawy Pzp, nie przystąpił żaden wykonawca.

Izba uwzględniła stanowiska prezentowane przez strony i uczestnika postępowania odwoławczego na posiedzeniu i rozprawie.

Izba rozpoznając odwołanie uwzględniła akta sprawy odwoławczej, które zgodnie z § 8 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z 30 grudnia 2020 r. w sprawie postępowania przy rozpoznawaniu odwołań przez Krajową Izbę Odwoławczą (Dz. U. z 2020 r., poz. 2453) stanowią odwołanie wraz z załącznikami oraz dokumentacja postępowania o udzielenie zamówienia w postaci elektronicznej lub kopia dokumentacji, o której mowa w § 7 ust.

2, a także inne pisma składane w sprawie oraz pisma kierowane przez Izbę lub Prezesa w związku z wniesionym odwołaniem.

Izba zaliczyła do materiału dowodowego sprawy dokumenty pochodzące z akt sprawy odwoławczej oraz złożone podczas rozprawy.

Stan faktyczny ustalony przez Izbę

Przedsiębiorstwo Gospodarki Odpadami w Suwałkach Sp. z o.o. z siedzibą w Suwałkach prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia pn.: „Budowa Instalacji Termicznego Przekształcenia Wstępnie Przetworzonych Odpadów Komunalnych (preRDF/RDF) w Suwałkach”.

Zamawiający przewidział w Specyfikacji Warunków Zamówienia, że:

Zgodnie z § 2 ust. 2.1. Aktu Umowy, Budowa Instalacji będzie trwała od Daty Rozpoczęcia

(tj. od daty zawarcia Umowy) do Daty Ukończenia (tj. do daty podpisania Świadectwa Przejęcia), przy czym Data Ukończenia to najpóźniej 31 grudnia 2026 r.

Subklauzula 8.2 [„Czas na Ukończenie”] Warunków Szczególnych Kontraktu: W terminie do 31 grudnia 2026 r. zostanie podpisane Świadectwo Przejęcia.

§ 3 Aktu Umowy:

3.18. Zasady wprowadzania zmiany Ceny Kontraktowej w przypadku zmiany ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją Umowy:

3.18.4 podstawą zmiany Ceny Kontraktowej jest zmiana cen produkcji budowlano-montażowej publikowana na stronie internetowej Głównego Urzędu Statystycznego <https://stat.gov.pl/>

w zakładce „Opracowania sygnałne”, podzakładka „Informacje sygnałne”, częstotliwość publikacji „miesięczne”, pozycja L.P. 13 „Wskaźniki cen produkcji budowlano-montażowej”

w miesiącu poprzedzającym złożenie wniosku o zmianę Wynagrodzenia Umownego, opisująca zmianę cen w stosunku do cen w analogicznym miesiącu poprzedniego roku kalendarzowego (dalej „Wskaźnik”),

3.18.5 jeśli wartość bezwzględna Wskaźnika wynosi co najmniej 5% Ceny Kontraktowej zmienia się w następujący sposób: a) jeśli Wskaźnik jest dodatni (tj. potwierdza wzrost cen produkcji budowlano-montażowej) Cena Kontraktowa ulega podwyższeniu o procent odpowiadający połowie wartości procentowej Wskaźnika, b) jeśli Wskaźnik jest ujemny (tj. potwierdza spadek cen produkcji budowlano-montażowej) Cena Kontraktowa ulega obniżeniu o procent odpowiadający połowie wartości procentowej Wskaźnika; (...)

3.18.9 wszystkie zmiany Ceny Kontraktowej dokonane na podstawie niniejszego ust. 3.18 nie mogą łącznie powodować wzrostu Ceny Kontraktowej o więcej niż 3% 10 % Ceny Kontraktowej w Dacie Rozpoczęcia.

w § 10 Aktu Umowy – Zawieszenie wykonywania umowy, odstąpienie od umowy – ust. 10.1:

10.1. Zamawiający może z ważnych dla siebie powodów zawiesić wykonywanie Umowy poprzez złożenie Wykonawcy oświadczenia o zawieszeniu wykonywania Umowy (zwanego dalej „Oświadczeniem o Zawieszeniu”), w którym Zamawiający poda:

10.1.1. przyczyny zawieszenia z dokładnym opisem sytuacji Zamawiającego,

10.1.2. daty rozpoczęcia zawieszenia (daty zawieszenia),

10.1.3. przewidywanego czasu trwania zawieszenia, przy czym czas trwania zawieszenia nie może być dłuższy niż 12 miesięcy.

W § 5 („Gwarancje wykonawcy”) ust. 5.9 Aktu Umowy:

Podstawowy Okres Gwarancji dla elementów Instalacji, które Wykonawca wymienił lub naprawił w ramach wykonania swoich zobowiązań z tytułu odpowiedzialności za Wady, biegnie na nowo od dnia podpisania przez Zamawiającego protokołu usunięcia Wady.”

W § 5 – Gwarancje wykonawcy w ust. 5.16 Aktu Umowy:

Wykonawca może żądać od Zamawiającego zwrotu kosztów Serwisu Gwarancyjnego polegającego na usunięciu Wad, jeżeli wykaże, że Wada powstała z przyczyn spowodowanych wyłącznie z winy Zamawiającego. W przypadku, gdy Wada powstała

z przyczyn, za które odpowiada zarówno Wykonawca, jak i Zamawiający, Strony zastosują proporcjonalny podział kosztów Serwisu Gwarancyjnego poniesionego przez Wykonawcę na usunięcie Wady, stosownie do stopnia odpowiedzialności każdej ze Stron za powstanie Wady.

W Subklauzuli 1.1 [„Definicje”] w ramach pkt. 1.1.105:

Każdorazowo o tym, czy Wada jest limitująca decyduje Zamawiający wiążąco dla Wykonawcy.

W Subklauzuli 1.1 [„Definicje”] w ramach pkt. 1.1.105 zdanie ostatnie:

Każdorazowo o tym, czy Wada jest limitująca decyduje Zamawiający wiążąco dla Wykonawcy.

W § 7 – Zabezpieczenia należytego wykonania umowy w ust. 7.11 Aktu Umowy:

Ileć Zmiany i/ lub korekty na podstawie § 9 skutkują wzrostem lub obniżeniem Ceny Kontraktowej:

7.11.1. w wypadku takiego wzrostu, na żądanie Zamawiającego, Wykonawca niezwłocznie zwiększy kwotę Zabezpieczenia Należytego Wykonania o procent równy procentowi łącznego wzrostu; lub

7.11.2. w wypadku takiego obniżenia, za uprzednią zgodą Zamawiającego, Wykonawca może obniżyć kwotę Zabezpieczenia Należytego Wykonania o procent równy procentowi łącznego obniżenia.

1. Wysokość zabezpieczenia ustala się w stosunku procentowym do ceny całkowitej podanej w ofercie albo maksymalnej wartości nominalnej zobowiązania zamawiającego wynikającego z umowy, jeżeli w ofercie podano cenę jednostkową lub ceny jednostkowe.

2. Zabezpieczenie ustala się w wysokości nieprzekraczającej 5% ceny całkowitej podanej w ofercie albo maksymalnej wartości nominalnej zobowiązania zamawiającego wynikającego z umowy.

W § 8 - Kary umowne, w ust. 8.8 oraz 8.10 Aktu Umowy:

8.8. Łączna suma kar umownych nie może być wyższa niż 30% 20% Ceny Kontraktowej. Do limitu, o którym mowa w zdaniu poprzednim nie wlicza się kary umownej za odstąpienie.

8.10. Zamawiającemu przysługuje prawo dochodzenia odszkodowania uzupełniającego przenoszącego wysokość zastrzeżonych kar umownych na zasadach ogólnych Kodeksu cywilnego. Zamawiającemu przysługuje prawo łączenia kar naliczonych z poszczególnych tytułów, przy czym łączna suma kar umownych ze wszystkich tytułów – z wyłączeniem kary umownej za odstąpienie - nie może być wyższa niż 30% 20% Ceny Kontraktowej”.

Zamawiający usunął Subklauzulę 1.15 Warunków Ogólnych Kontraktu – Ograniczenie odpowiedzialności w brzmieniu:

Żadna ze Stron nie ponosi odpowiedzialności wobec drugiej Strony za utratę możliwości użytkowania Robót, utratę zysków, utratę jakiegokolwiek umowy lub za jakiegokolwiek pośrednie lub wynikowe straty lub szkody, które mogą zostać poniesione przez drugą Stronę w związku z Kontraktem, inne niż na podstawie postanowień:

(a) Subklauzuli 8.8 [Kary umowne za opóźnienie],

(b) podpunktu (c) Subklauzuli 13.3.1 [Zmiana w drodze polecenia],

(c) Subklauzuli 15.7 [Płatność po odstąpieniu dla potrzeb Zamawiającego],

(d) Subklauzuli 16.4 [Płatność po odstąpieniu przez Wykonawcę],

(e) Subklauzuli 17.3 [Prawa własności intelektualnej i przemysłowej],

(f) pierwszego akapitu Subklauzuli 17.4 [Zwolnienie z odpowiedzialności przez Wykonawcę] oraz

(g) Subklauzuli 17.5 [Zwolnienie z odpowiedzialności przez Zamawiającego].

Zamawiający w ramach projektowanych postanowień Warunków Szczególnych Kontraktu usunął Subklauzulę 4.12

Nieprzewidywalne warunki fizyczne Warunków Ogólnych Kontraktu w brzmieniu:

W niniejszej Subklauzuli „warunki fizyczne” oznaczają naturalne i wytworzone przez człowieka warunki fizyczne oraz inne fizyczne przeszkody i zanieczyszczenia, które Wykonawca napotyka na Placu Budowy przy realizacji Robót, włączając warunki podpowierzchniowe i hydrologiczne, ale wyłączając warunki klimatyczne na Placu Budowy i wpływ takich warunków klimatycznych.

Jeżeli Wykonawca napotka warunki fizyczne, które uważa za Nieprzewidywalne i takie, które będą negatywnie oddziaływać na postęp prac i/lub zwiększą Koszt realizacji Robót, zastosowanie znajdzie następująca procedura:

Po wykryciu powyższych warunków fizycznych, Wykonawca da Inżynierowi Powiadomienie, które:

(iii) będzie dane tak szybko, jak to praktycznie możliwe i w takim odpowiednim czasie,

by Inżynier miał możliwość inspekcji i zbadania warunków fizycznych niezwłocznie i zanim zostaną zakłócone,

(iv) będzie opisywało warunki fizyczne, tak aby mogły być poddane inspekcji i/lub zbadaniu przez Inżyniera niezwłocznie,

(iii) będzie wskazywało powody, dla których Wykonawca uważa dane warunki za Nieprzewidywalne, oraz (iv) będzie opisywało, w jaki sposób takie warunki fizyczne negatywnie oddziałują na postęp i/lub zwiększają Koszt realizacji Robót.

4.12.2 Inspekcja i badanie przez Inżyniera

Inżynier dokona inspekcji i badania warunków fizycznych w terminie 7 dni lub w dłuższym terminie uzgodnionym z Wykonawcą, po otrzymaniu Powiadomienia Wykonawcy. Wykonawca będzie dalej realizował Roboty, stosując właściwe i uzasadnione środki, które są odpowiednie dla warunków fizycznych i umożliwią Inżynierowi ich inspekcję i zbadanie.

4.12.3 Polecenia Inżyniera

Wykonawca zastosuje się do wszelkich poleceń, które Inżynier może wydać w związku

z warunkami fizycznymi, a jeżeli takie polecenie stanowi Zmianę, zastosowanie znajdzie Subklauzula 13.3.1 [Zmiana w drodze polecenia].

4.12.4 Opóźnienie i/lub Koszt

Jeżeli i w zakresie, w jakim Wykonawca dozna opóźnienia i/lub poniesie Koszt z powodu takich warunków fizycznych, po wypełnieniu obowiązków określonych w Subklauzulach 4.12.1 do 4.12.3 powyżej, Wykonawca będzie uprawniony, z zastrzeżeniem Subklauzuli 20.2 [Roszczenia o Płatność i/lub PCnU], do PCnU i/lub żądania zapłaty takiego Kosztu.

4.12.5 Uzgodnienie lub określenie opóźnienia i/lub Kosztu

Uzgodnienie lub określenie, na podstawie Subklauzuli 20.2.5 [Uzgodnienie lub określenie], dotyczące któregoś z Roszczeń zgodnie z Subklauzulą 4.12.4 [Opóźnienie i/lub Koszt] będzie zawierało ocenę, czy, a jeżeli tak, to w jakim zakresie przedmiotowe warunki fizyczne były Nieprzewidywalne.

Inżynier może także sprawdzić, czy inne warunki fizyczne w podobnych częściach Robót (jeżeli takie były) były bardziej korzystne niż można było przewidzieć w Dacie Odniesienia. Jeżeli i w zakresie, w jakim napotkano takie korzystniejsze warunki, Inżynier może wziąć pod uwagę obniżenie Kosztu należnego w związku z takimi warunkami przy obliczaniu dodatkowego Kosztu, który ma zostać uzgodniony lub określony na podstawie niniejszej Subklauzuli 4.12.5. Jednakże wynik netto wszystkich dodatków i obniżeń wynikających

z niniejszej Subklauzuli 4.12.5 nie będzie może skutkować obniżeniem Ceny Kontraktowej netto.

Inżynier może wziąć pod uwagę wszelkie dowody dotyczące warunków fizycznych przewidzianych przez Wykonawcę do Daty Odniesienia, które Wykonawca może uwzględnić w informacjach uzasadniających Roszczenie na podstawie Subklauzuli 20.2.4 [Pełne szczegółowe Roszczenie], ale nie będzie związany żadnym takim dowodem.

W „Subklauzuli 8.5 Przedłużenie Czasu na Ukończenie została skreślona treść Subklauzuli 8.5 i wprowadzona nową Subklauzulę o treści:

Wykonawca będzie uprawniony wystąpienia z Roszczeniem do przedłużenia Czasu

na Ukończenie w granicach w jakich wykonanie dla celów określonych w Subklauzuli

10.1 [Przejęcie Robót i Odcinków] będzie opóźnione przez którąkolwiek z poniższych przyczyn:

(a) Zmiany, o ile korekta Czasu na Ukończenie nie została uzgodniona na mocy § 9 Aktu Umowy,

(b) opóźnienia dającego uprawnienia Wykonawcy do przedłużenia czasu na mocy jakiejkolwiek klauzuli niniejszych Warunków,

(c) wyjątkowo niepomyślnych warunków klimatycznych,

(d) nieprzewidywalnych braków możliwości zatrudnienia personelu lub uzyskania dostaw, spowodowanych przez epidemię czy działania rządowe, lub

(e) jakiegokolwiek opóźnienia, utrudnienia lub przeszkód spowodowanych przez lub dających się przypisać Zamawiającemu, Personelowi Zamawiającego, lub innemu wykonawcy, zatrudnionemu przez Zamawiającego na Placu Budowy.

Jeśli Inżynier uzna, że Wykonawca jest uprawniony do przedłużenia Czasu na Ukończenie całości lub części Robót, po

konsultacji z Zamawiającym i Wykonawcą określi czas przedłużenia i przygotuje projekt Zmiany do Kontraktu, wraz z pisemnym uzasadnieniem takiego przedłużenia."

Zamawiający w piśmie z dnia 20 grudnia 2023 r. oświadczył, że uwzględnił zarzut

nr 7, częściowo uwzględnił zarzut nr 5, zarzut nr 8 oraz zarzut nr 10 oraz że w dniu 19 grudnia 2023 r. dokonał zmiany postanowień wzoru umowy w następujący sposób:

1. Punkt 3.18.9. Aktu Umowy otrzymał następujące brzmienie:

3.18.9. wszystkie zmiany Ceny Kontraktowej dokonane na podstawie niniejszego ust. 3.18. nie mogą łącznie powodować wzrostu Ceny Kontraktowej o więcej niż 3% 10% Ceny Kontraktowej w Dacie Rozpoczęcia.

2. Punkty 10.1 – 10.1.4. otrzymały brzmienie:

10.1. Zamawiający może z ważnych dla siebie powodów zawiesić wykonywanie Umowy poprzez złożenie Wykonawcy oświadczenia o zawieszeniu wykonywania Umowy (zwanego dalej „Oświadczeniem o Zawieszeniu”), w którym Zamawiający poda:

10.1.1. przyczyny zawieszenia z dokładnym opisem sytuacji Zamawiającego,

10.1.2. daty rozpoczęcia zawieszenia (daty zawieszenia),

10.1.3. przewidywanego czasu trwania zawieszenia, przy czym czas trwania zawieszenia nie może być dłuższy niż 12 miesięcy,

10.1.4. terminu spotkania Stron przypadającego nie później niż 7 Dni Roboczych od daty otrzymania przez Wykonawcę Oświadczenia o Zawieszeniu, podczas którego uzgodniony zostanie sposób zabezpieczenia Terenu Budowy oraz procedury wykonania obowiązków Stron podczas zawieszenia wykonywania Umowy.

3. Postanowienia w ust. 5.16 Aktu Umowy otrzymały brzmienie:

5.16. Wykonawca może żądać od Zamawiającego zwrotu kosztów Serwisu Gwarancyjnego polegającego na usunięciu Wad, jeżeli wykaże, że Wada powstała z przyczyn, za które Wykonawca nie ponosi odpowiedzialności spowodowanych wyłącznie z winy Zamawiającego. W przypadku, gdy Wada powstała z przyczyn, za które odpowiada zarówno Wykonawca, jak

i Zamawiający, Strony zastosują proporcjonalny podział kosztów Serwisu Gwarancyjnego poniesionego przez Wykonawcę na usunięcie Wady, stosownie do stopnia odpowiedzialności każdej ze Stron za powstanie Wady.

4. Definicja „Wady Limitującej” w pkt 1.1.105. otrzymała brzmienie:

„Wada Limitująca” oznacza Wadę:

a) polegającą na niedotrzymaniu przez Instalację Parametrów Gwarantowanych Grupy A; lub

b) która uniemożliwia używanie Instalacji zgodnie z przepisami prawa, decyzjami administracyjnymi lub takimi postanowieniami umów Zamawiającego, które warunkują sprzedaż energii elektrycznej i ciepłej do odbiorców oraz przyjmowanie i/lub przetwarzanie odpadów preRDF/RDF do przetworzenia; lub

c) która stwarza rzeczywiste i bezpośrednie zagrożenie dla zdrowia lub życia ludzi, względnie mienia znacznej wartości, które nie może być inaczej zabezpieczone lub usunięte niż przez natychmiastowe zatrzymanie pracy Instalacji; lub

d) której wystąpienie powoduje przestój w pracy układu technologicznego (wykorzystywanego przy produkcji energii elektrycznej i/lub ciepła) lub wyklucza bezpieczną dla obsługi i samego układu dalszą jego pracę, lub powoduje obniżenie funkcjonalności w stopniu wpływającym na ograniczenie produkcji lub przesyłu energii elektrycznej i/lub ciepła.

Do podpisania Świadectwa Przejęcia za Wadę Limitującą uznaje się także niekompletne wykonanie przedmiotu odbioru lub istnienie Wad istotnych w przedmiocie odbioru.

W przypadku rozbieżności między stanowiskami Stron odnośnie do tego Każdorazowo o tym, czy Wada jest limitująca, decyzję o kwalifikacji Wady podejmuje Zamawiający, po uprzednim uzyskaniu opinii Inżyniera Kontraktu decyduje Zamawiający wiążąco dla Wykonawcy. Zamawiający musi uzasadnić swoje stanowisko odnośnie do kwalifikacji Wady, opierając się na przesłankach Wady Limitującej określonych w Umowie.

5. § 8 Aktu Umowy otrzymał brzmienie:

9.18. Łączna suma kar umownych nie może być wyższa niż 20% Ceny Kontraktowej. Do limitu, o którym mowa w zdaniu poprzednim nie wlicza się kary umownej za odstąpienie.

8.10. Zamawiającemu przysługuje prawo dochodzenia odszkodowania uzupełniającego przenoszącego wysokość zastrzeżonych kar umownych na zasadach ogólnych Kodeksu cywilnego. Zamawiającemu przysługuje prawo łączenia kar naliczonych z poszczególnych tytułów, przy czym łączna suma kar umownych ze wszystkich tytułów – z wyłączeniem kary umownej za odstąpienie - nie może być wyższa niż 20% Ceny Kontraktowej.

6. W § 8 Aktu Umowy zostały dodane następujące postanowienia:

8.16. Maksymalna odpowiedzialność odszkodowawcza Stron wynikająca z jakichkolwiek roszczeń jednej Strony wobec drugiej z tytułu Umowy lub w związku z nią jest ograniczona do wartości 100% Ceny Kontraktowej brutto.

8.17. Strony nie odpowiadają za utracone korzyści.

8.18. W celu uniknięcia wątpliwości, postanowienia ust. 8.17. nie mają wpływu na prawo Zamawiającego do kar

umownych przewidzianych w Umowie, co w szczególności oznacza, iż Wykonawca nie może zwolnić się od zapłaty całości lub części kary umownej powołując się na wyłączenia odpowiedzialności opisane w ust. 8.17.

8.19. Ograniczenie odpowiedzialności nie ma zastosowania w przypadku:

8.19.1. odpowiedzialności Strony z tytułu szkód wyrządzonych umyślnie;

8.19.2. odpowiedzialności Strony z tytułu szkód na osobie;

8.19.3. odpowiedzialności Strony z tytułu szkód w środowisku naturalnym.

6. Postanowienia w zakresie Subklauzuli 4.12. Warunków Szczegółowych Kontraktu: Subklauzula 4.12 Nieprzewidywalne warunki fizyczne Treść Subklauzuli 4.12 otrzymały następujące brzmienie:

W niniejszej Subklauzuli „warunki fizyczne” oznaczają naturalne i wytworzone przez człowieka warunki fizyczne oraz inne fizyczne przeszkody i zanieczyszczenia, które Wykonawca napotyka na Placu Budowy przy realizacji Robót, włączając warunki podpowierzchniowe

i hydrologiczne, ale wyłączając warunki klimatyczne na Placu Budowy i wpływ takich warunków klimatycznych, oznaczają okoliczności fizyczne związane z Terenem Budowy, których wystąpienie wpływa na wykonanie Umowy, a których Wykonawca nie mógł zidentyfikować przy zachowaniu należytej staranności i które nie powstały z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy; do warunków fizycznych zalicza się w szczególności znajdujące się w gruncie kolidujące z Robotami elementy infrastruktury, a także znajdujące się w ramach Terenu Budowy zanieczyszczenia i substancje niebezpieczne (np. azbest), niewybuchy lub znaleziska archeologiczne, których istnienia Wykonawca nie mógł, przy zachowaniu należytej staranności zidentyfikować na etapie złożenia oferty, uwzględniając przeprowadzoną przez niego wizję lokalną, treść przekazanej mu dokumentacji Zamawiającego i innych dokumentacji lub informacji udostępnionych mu przed złożeniem oferty.

Jeżeli Wykonawca napotka warunki fizyczne, które uważa za Nieprzewidywalne i takie, które będą negatywnie oddziaływać na postęp prac i/lub zwiększą Koszt realizacji Robót, zastosowanie znajdzie następująca procedura:

Treść Subklauzuli 4.12.4 Opóźnienie i/lub Koszt otrzymuje następujące brzmienie:

Jeżeli i w zakresie, w jakim Wykonawca dozna opóźnienia i/lub poniesie Koszt z powodu takich warunków fizycznych, Wykonawca będzie uprawniony do wystąpienia o zmianę Umowy zgodnie z postanowieniami punktu 9.2.2. Aktu Umowy po wypełnieniu obowiązków określonych w Subklauzulach 4.12.1 do 4.12.3 powyżej, Wykonawca będzie uprawniony, z zastrzeżeniem Subklauzuli 20.2 [Roszczenia o Płatność i/ lub PCnU], do PCnU i/lub żądania zapłaty takiego Kosztu.

Treść Subklauzuli 4.12.5 skreśla się.

7. W Subklauzuli 1.5. zostało określone pierwszeństwo dokumentów:

- (a) Akt Umowy,
- (b) Warunki Szczególne,
- (c) Warunki Ogólne,
- (d) Program Funkcjonalno-Użytkowy (wraz z Załącznikami),
- (e) Wykaz cen,
- (f) Wykaz Podwykonawców,
- (g) Oferta,
- (h) Umowa Konsorcjum (jeżeli występuje),
- (i) wszelkie inne dokumenty stanowiące część Kontraktu.

8. Zostało zmienione brzmienie ostatniego akapitu w Subklauzuli 8.5:

Jeśli Inżynier uzna, że Wykonawca jest uprawniony do przedłużenia Czasu na Ukończenie całości lub części Robót, po konsultacji z Zamawiającym i Wykonawcą określi czas przedłużenia i przygotuje projekt Zmiany do Kontraktu, wraz z pisemnym uzasadnieniem takiego przedłużenia.

W przypadku opisanym w niniejszej Subklauzuli Strony będą postępowały zgodnie z procedurą opisaną w § 9 Aktu Umowy.

Izba – uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy przedłożony przez strony

i uczestników postępowania odwoławczego, po dokonaniu ustaleń poczynionych na podstawie dokumentacji postępowania, biorąc pod uwagę zakres sprawy zakreślony przez okoliczności podniesione w odwołaniu oraz stanowiska złożone pisemnie i ustnie do protokołu:

1. umorzyła postępowanie w zakresie zarzutów: nr 3, nr 5, nr 6, nr 7, nr 9, nr 10, nr 11 petitum odwołania, w części zarzutu nr 2 w zakresie określenia limitu wzrostu ceny kontraktowej oraz w części zarzutu nr 8 w zakresie wprowadzenia w § 8 Aktu Umowy limitu kar umownych w wysokości 20 %, w związku z cofnięciem przez Odwołującego zarzutów 3, 5, 6, 9, 10 oraz 11, uwzględnieniem przez Zamawiającego zarzutu nr 7 w całości, częściowym uwzględnieniem przez Zamawiającego zarzutu nr 4 i nr 8;
2. uwzględniła odwołanie w zakresie zarzutu nr 4 w części nieuwzględnionej przez Zamawiającego i nakazała

Zamawiającemu wprowadzenie do § 5 ust. 4.9 Aktu Umowy zasad okresu ochrony gwarancyjnej dotyczącej tylko napraw istotnych,

3.uwzględniła odwołanie w zakresie zarzutu nr 8 w części nieuwzględnionej przez Zamawiającego i nakazała Zamawiającemu wykreślenie w § 8 Aktu Umowy postanowień, w których mowa jest o niewliczaniu do limitu kar umownych kary umownej za odstąpienie,

4.oddała odwołanie w części dotyczącej zarzutu nr 1 oraz zarzutu nr 2.

Zgodnie z art. 522 ust. 4 ustawy Pzp, w przypadku uwzględnienia przez

zamawiającego części zarzutów przedstawionych w odwołaniu, Izba może umorzyć

postępowanie odwoławcze w części dotyczącej tych zarzutów, pod warunkiem że

w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego nie przystąpił w terminie żaden

wykonawca albo wykonawca, który przystąpił po stronie zamawiającego, nie wniósł

sprzeciwu wobec uwzględnienia tych zarzutów. W takim przypadku Izba rozpoznaje

pozostałe zarzuty odwołania. Zamawiający wykonuje, powtarza lub unieważnia czynności

w postępowaniu o udzielenie zamówienia, zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu

w zakresie uwzględnionych zarzutów. Stosownie do art. 568 pkt 3 ustawy Pzp, Izba umarza

postępowanie odwoławcze, w formie postanowienia, w przypadku o którym mowa w art. 522. Ponadto Krajowa Izba

Odwoławcza, działając na podstawie art. 520 ust. 1 ustawy Pzp oraz art. 568 pkt 1 ustawy Pzp postanowiła umorzyć

postępowanie odwoławcze

w zakresie zarzutów nr 7, w związku z faktem uwzględnienia przez Zamawiającego tego zarzutu w całości, zarzutu nr 2

w części w zakresie określenia limitu wzrostu ceny kontraktowej oraz w zarzutu nr 8 odwołania wobec uwzględnienia

przez Zamawiającego odwołania w części i wprowadzenia w § 8 Aktu Umowy limitu kar umownych w wysokości

20 %.

Zgodnie z art. 520 ust. 1 ustawy Pzp, odwołujący może cofnąć odwołanie do czasu

zamknięcia rozprawy. Stosownie do art. 568 pkt 1 ustawy Pzp, Izba umarza postępowanie

odwoławcze, w formie postanowienia, w przypadku cofnięcia odwołania.

Odwołujący na posiedzeniu w dniu 22 grudnia 2023 r. oświadczył, że cofa odwołanie w części dotyczącej zarzutu nr 3, 5, 6, 9, 10 i 11.

W przywołanym powyżej przepisie art. 520 ust. 1 ustawy Pzp ustawodawca przyznał odwołującemu prawo do cofnięcia w całości środka ochrony prawnej. Skoro zatem

wykonawca może cofnąć odwołanie w całości, to na zasadzie wnioskowania a maiori ad

minus, należy uznać, że odwołujący może zrezygnować z popierania jedynie części

odwołania. W orzecznictwie Izby nie jest kwestionowana możliwość skutecznego cofnięcia

odwołania w części. Odwołujący oświadczył, że nie popiera już wskazanych powyżej zarzutów, a zatem postępowanie odwoławcze w tej części podlegało umorzeniu. Dostrzec należy,

że Izba związana jest oświadczeniem odwołującego o cofnięciu części odwołania, czego

skutkiem wynikającym wprost z art. 568 pkt 1 ustawy Pzp jest obowiązek

umorzenia przez Izbę postępowania odwoławczego w zakresie wycofanych zarzutów.

W odniesieniu do zarzutu nr 1 odwołania, Izba uznała powyższy zarzut za niezasadny.

Zgodnie z art. 436 pkt 1 ustawy Pzp, umowa zawiera postanowienia określające

w szczególności planowany termin zakończenia usługi, dostawy lub robót budowlanych, oraz,

w razie potrzeby, planowane terminy wykonania poszczególnych części usług, dostawy lub roboty budowlanej, określone w dniach, tygodniach, miesiącach lub latach, chyba że wskazane daty wykonania umowy jest uzasadnione obiektywną przyczyną.

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

Zgodnie z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp, do czynności podejmowanych przez zamawiającego, wykonawców oraz uczestników konkursu w postępowaniu o udzielenie zamówienia i konkursie oraz do umów w sprawach zamówień publicznych stosuje się przepisy ustawy z 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny (Dz. U. z 2022 r. poz. 1360, 2337 i 2339 oraz z 2023 r. poz. 326), jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej.

Zgodnie z art. 353¹ Kodeksu cywilnego, strony zawierające umowę mogą ułożyć stosunek prawny według swego uznania, byleby jego treść lub cel nie sprzeciwiały się właściwości (naturze) stosunku, ustawie ani zasadom współzycia społecznego.

Odwołujący w § 2 ust. 2.1. Aktu Umowy postanowił, że: „Budowa Instalacji będzie trwała od Daty Rozpoczęcia (tj. od daty zawarcia Umowy) do Daty Ukończenia (tj. do daty podpisania Świadcstwa Przejęcia), przy czym Data Ukończenia to najpóźniej 31 grudnia 2026 r.”

Zdanie pierwsze Subklauzuli 8.2 „Czas na Ukończenie” Warunków Szczególnych Kontraktu otrzymało brzmienie: „W terminie do 31 grudnia 2026 r. zostanie podpisane Świadcstwo Przejęcia”.

Zgodnie ze stanowiskiem Odwołującego, Zamawiający określając termin zakończenia robót budowlanych poprzez wskazanie daty kalendarzowej nie zastosował się do wprowadzonej

w nowej ustawie Pzp zasady oznaczania terminu realizacji zamówienia poprzez zagwarantowanie wykonawcy określonego okresu czasu na realizację, która została wyartykułowana w treści art. 436 pkt 1) ustawy Pzp.

W odpowiedzi na odwołanie, Zamawiający wskazał, że ustawodawca wprost dopuścił możliwość wskazania daty wykonania umowy, o ile istnieje uzasadniona obiektywna przyczyna dla takiego działania zamawiającego i na potwierdzenie powyższego stanowiska przywołał wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 7 marca 2023 r., sygn. akt KIO 450/23,

w którym Izba wskazała: Przepis art. 436 pkt 1 p.z.p., określając jako zasadę ustalanie terminu realizacji zamówienia w dniach, tygodniach, miesiącach lub latach, wprost dopuszcza określenie tego terminu przez wskazanie daty, pod warunkiem istnienia ku temu obiektywnego uzasadnienia.

Następnie Zamawiający wskazał, że przyczyną wskazania przez niego terminu zakończenia robót budowlanych poprzez wskazanie daty kalendarzowej jest okoliczność współfinansowania budowy Instalacji Termicznego Przekształcenia Wstępnie Przetworzonych Odpadów Komunalnych (preRDF/RDF) w Suwałkach, dalej: „Inwestycja” przez Narodowy Fundusz Ochrony Środowiska i Gospodarki Wodnej, dalej: „NFOŚiGW” ze środków pochodzących z Funduszu Modernizacyjnego w ramach Programu Priorytetowego nr 2.1.3 „Racjonalna gospodarka odpadami Część 3) Wykorzystanie paliw alternatywnych na cele energetyczne.”

Zamawiający zawarł z NFOŚiGW dwie umowy dotyczące współfinansowania Inwestycji:

a.umowę nr 3415/2022/Wn16/OZ-UP-FMP o dofinansowanie realizacji Inwestycji ze środków NFOŚiGW zgromadzonych na rachunku funduszu modernizacyjnego w formie pożyczki oraz

b.umowę nr 3415/2022/Wn16/OZ-UP-FMD o dofinansowanie realizacji Inwestycji ze środków NFOŚiGW zgromadzonych na rachunku funduszu modernizacyjnego w formie dotacji i wskazał dowody w celu wykazania powyższych okoliczności w postaci ww. umów.

Zamawiający wskazał, że w obydwóch umowach określono datę 31 grudnia 2026 r. jako termin zakończenia realizacji Inwestycji oraz termin osiągnięcia efektu rzeczowego. Zatem Zamawiający jest zobowiązany do ścisłego przestrzegania postanowień obydwóch umów zawartych z NFOŚiGW. Zgodnie z tymi umowami przekroczenie terminu 31 grudnia 2026 r. jako terminu zakończenia realizacji Inwestycji wiąże się z określonymi konsekwencjami dla Zamawiającego, w tym przede wszystkim z możliwością utraty dofinansowania, gdyż realizowanie Inwestycji niezgodnie z harmonogramem rzeczowo-finansowym prowadzi do zawieszenia wypłat, a nawet do wypowiedzenia i rozwiązania umowy (§ 11, § 12 umowy

o dotację, § 12, § 13 umowy o pożyczkę).

Na poparcie swojego stanowiska Zamawiający wskazał wyrok Krajowej Izby Odwoławczej

z dnia 23 stycznia 2023 r., sygn. akt KIO 26/23, w którym Izba uznała za uzasadnione określenie terminu realizacji dofinansowywanego zamówienia konkretną datą.

W ocenie Izby, fakt, że Inwestycja będzie współfinansowana przez NFOŚiGW ze środków pochodzących z Funduszu Modernizacyjnego w ramach Programu Priorytetowego nr 2.1.3 „Racjonalna gospodarka odpadami Część 3) Wykorzystanie paliw alternatywnych na cele energetyczne”, stanowi obiektywnie uzasadnioną przyczynę wskazania przez Zamawiającego terminu zakończenia robót budowlanych poprzez wskazanie daty kalendarzowej. Umowy zawarte z Narodowym Funduszem Ochrony Środowiska i Gospodarki Wodnej przewidują określone konsekwencje dla Zamawiającego w przypadku przekroczenia terminu 31 grudnia 2026 r. związane z możliwością utraty dofinansowania, zawieszenia wypłat, a nawet do wypowiedzenia i rozwiązania umowy, co wynika z § 11, § 12 umowy o dotację i § 12, § 13 umowy o pożyczkę.

Odwołujący wskazywał, co prawda, na problemy związane z realizacją jednej z umów zawartych z NFOŚiGW i roczne opóźnienie w jej realizacji, a także wynikającą z umowy przyłączeniowej przerwę pomiędzy zakończeniem inwestycji o rozpoczęciem produkcji energii, jednakże w ocenie Izby powyższy fakt pozostaje bez znaczenia dla konieczności określenia terminu zakończenia robót budowlanych poprzez datę kalendarzową. Zawarte przez Zamawiającego umowy z NFOŚiGW przewidują określone konsekwencje, przede wszystkim finansowe, co może rzutować w ogóle na możliwość

realizacji inwestycji.

Wobec powyższych okoliczności Izba uznała powyższy zarzut na niezasadny.

W odniesieniu do zarzutu nr 2 odwołania w części nieuwzględnionej przez Zamawiającego określonej przez Odwołującego jako wprowadzenie do klauzuli waloryzacyjnej Wskaźnika (tzw. „aktywatora”) o wartości 5%, Izba uznała powyższy zarzut za niezasadny

z następujących względów:

Zgodnie z art. 439 ust. 1 i ust. 2 ustawy Pzp, umowa, której przedmiotem są roboty budowlane, dostawy lub usługi, zawarta na okres dłuższy niż 6 miesięcy, zawiera postanowienia dotyczące zasad wprowadzania zmian wysokości wynagrodzenia należnego wykonawcy w przypadku zmiany ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia.

W umowie określa się:

1) poziom zmiany ceny materiałów lub kosztów, o których mowa w ust. 1, uprawniający strony umowy do żądania zmiany wynagrodzenia oraz początkowy termin ustalenia zmiany wynagrodzenia;

2) sposób ustalania zmiany wynagrodzenia:

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

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

3) sposób określenia wpływu zmiany ceny materiałów lub kosztów na koszt wykonania zamówienia oraz określenie okresów, w których może następować zmiana wynagrodzenia wykonawcy;

4) maksymalną wartość zmiany wynagrodzenia, jaką dopuszcza zamawiający w efekcie zastosowania postanowień o zasadach wprowadzania zmian wysokości wynagrodzenia.

Zgodnie z art. 16 pkt 1 ustawy Pzp, zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców.

Zgodnie z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp, do czynności podejmowanych przez zamawiającego, wykonawców oraz uczestników konkursu w postępowaniu o udzielenie zamówienia i konkursie oraz do umów w sprawach zamówień publicznych stosuje się przepisy ustawy z 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny (Dz. U. z 2022 r. poz. 1360, 2337 i 2339 oraz z 2023 r. poz. 326), jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej.

Zgodnie z art. 353¹ Kodeksu cywilnego, strony zawierające umowę mogą ułożyć stosunek prawny według swego uznania, byleby jego treść lub cel nie sprzeciwiały się właściwości (naturze) stosunku, ustawie ani zasadom współżycia społecznego.

Odwołujący podkreślił, że w jego ocenie, wprowadzenie dodatkowego warunku w postaci aktywatora wskaźnika o wartości 5% prowadzi do wniosku, że wynagrodzenie wykonawcy może w ogóle nie podlegać waloryzacji – w całości, lub w określonej części. W realiach prowadzenia inwestycji budowlanych poprzez wprowadzenie takich dodatkowych obostrzeń związanych ze skorzystaniem z mechanizmu waloryzacji, Zamawiający nie dążył więc

do urealnienia tego mechanizmu i dostosowania go do specyfiki danej inwestycji, ale wręcz

do jego unicestwienia. Wykonawcy przystępując do niniejszego postępowania pozostają więc w niepewności, czy mechanizm waloryzacyjny w ogóle będzie mógł mieć zastosowanie, co stoi w sprzeczności z założeniem ustawodawcy wyartykułowanym poprzez treść art. 439 ustawy Pzp.

Odwołujący wskazał, że gdy wskaźnik referencyjny służący do wyliczenia wzoru waloryzacji, przy przyjęciu zaproponowanego przez Zamawiającego modelu, może nigdy nie znaleźć zastosowania. Natomiast Zamawiający w odpowiedzi wskazał, że obecnie na stronach GUS-u opublikowano wysokość wskaźnika w wysokości 8,9 %, w styczniu 2023 r. jest to 13% rok do roku. Jest to stan na październik oraz jest to wskaźnik najniższy w tym roku. W związku z tym w ocenie Zamawiającego jest możliwość osiągnięcia przez wykonawcę pułapu 5%

i w związku z tym wystąpienia do Zamawiającego o zmianę wynagrodzenia. Odwołujący podkreślił, że obecnie Zamawiający powołuje się na wskaźnik waloryzacji jako wartość bezwzględną, który nie wynika z postanowień umowy.

Zamawiający podkreślił, że wskazywał w postanowieniach SWZ wskazywał, gdzie znajduje się wskaźnik waloryzacyjny – to strona GUS, Opracowania sygnałne i Pozycje sygnałne, pozycja 13.

W ocenie Izby, poza ogólnym stwierdzeniem, że obecnie Zamawiający posługuje się niewłaściwym wskaźnikiem waloryzacji nie wykazał, zgodnie z art. 534 ust. 1 ustawy Pzp, który stanowi, że strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne, że nie będzie możliwe osiągnięcie limitu 5%, który umożliwić będzie wystąpienie o zmianę wysokości wynagrodzenia wykonawcy, a zatem ustalenie wskaźnika waloryzacji na poziomie określonym przez Zamawiającego prowadzić będzie do całkowitej niemal eliminacji mechanizmu waloryzacyjnego. Zamawiający posługując się danymi ze strony GUS

wskazał, że określony przez niego pułap jest realny.

Ponadto Izba zgodziła się z Zamawiającym, że zasadą powinno być równomierne rozłożenie na obie strony kosztów ryzyka wzrostu cen materiałów i kosztów niezbędnych do wykonania umowy, co oczywiście nie oznacza, że ryzyko to musi być zawsze rozłożone po równo. Natomiast nieuzasadnione byłoby natomiast przerzucenie tego ryzyka w całości na zamawiającego.

Za zasadny Izba uznała zarzut nr 4, mając na uwadze następujące okoliczności:

Zgodnie z art. 16 pkt 1 ustawy Pzp, zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców.

Zgodnie z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp, do czynności podejmowanych przez zamawiającego, wykonawców oraz uczestników konkursu w postępowaniu o udzielenie zamówienia i konkursie oraz do umów w sprawach zamówień publicznych stosuje się przepisy ustawy z 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny (Dz. U. z 2022 r. poz. 1360, 2337 i 2339 oraz z 2023 r. poz. 326), jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej.

Zgodnie z art. 353¹ Kodeksu cywilnego, strony zawierające umowę mogą ułożyć stosunek prawny według swego uznania, byleby jego treść lub cel nie sprzeciwiał się właściwości (naturze) stosunku, ustawie ani zasadom współżycia społecznego.

Zgodnie z art. 581 § 1 Kodeksu cywilnego, zgodnie z którym, jeżeli w wykonaniu swoich obowiązków gwarant dostarczył uprawnionemu z gwarancji rzeczy wadliwej rzecz wolną od wad albo dokonał istotnych napraw rzeczy objętej gwarancją, termin gwarancji biegnie na nowo od chwili dostarczenia rzeczy wolnej od wad lub zwrócenia rzeczy naprawionej. Jeżeli gwarant wymienił część rzeczy, przepis powyższy stosuje się odpowiednio do części wymienionej.

Zgodnie z art. Odwołujący wskazał, że zestawiając treść postanowienia § 5 ust. 5.9: „Podstawowy Okres Gwarancji dla elementów Instalacji, które Wykonawca wymienił lub naprawił w ramach wykonania swoich zobowiązań z tytułu odpowiedzialności za Wady, biegnie na nowo od dnia podpisania przez Zamawiającego protokołu usunięcia Wady” z treścią art. 581 § 1 Kodeksu cywilnego, zgodnie z którym, jeżeli w wykonaniu swoich obowiązków gwarant dostarczył uprawnionemu z gwarancji rzeczy wadliwej rzecz wolną od wad albo dokonał istotnych napraw rzeczy objętej gwarancją, termin gwarancji biegnie na nowo od chwili dostarczenia rzeczy wolnej od wad lub zwrócenia rzeczy naprawionej. Jeżeli gwarant wymienił część rzeczy, przepis powyższy stosuje się odpowiednio do części wymienionej, należy dojść do wniosku, że Zamawiający przewidział bieg na nowo Okresu Gwarancji dla elementów Instalacji nawet w przypadku napraw nieistotnych. Z uwagi na imperatywny, względnie semiimperatywny charakter przepisu art. 581 § 1 Kodeksu cywilnego, w wypadku, gdy gwarant realizuje obowiązki gwarancyjne, okres objęcia gwarancją ulega wydłużeniu według zasad określonych w art. 581 Kodeksu cywilnego. Odwołujący wskazał, że niedopuszczalne jest odmienne uregulowanie zasad wydłużania ochrony gwarancyjnej w treści dokumentu gwarancyjnego. Odwołujący wskazał, że takim niedopuszczalnym (niezgodnym z obowiązującymi przepisami) wydłużeniem ochrony gwarancyjnej jest uwzględnienie w ramach klauzuli § 5 ust. 5.9. Aktu Umowy również czynności „naprawienia” Wady, niezależnie od tego, czy chodzi o wady istotne, czy nieistotne.

W odpowiedzi na odwołanie Zamawiający przywołał stanowiska zawarte w orzeczeniach sądów powszechnych, zgodnie z którym brak jest podstaw do sięgania do regulacji ustawowej przewidzianej przy umowie sprzedaży, w tym art. 581 Kc, jeśli strony w umowie o roboty budowlane wyraźnie uregulowały kwestię związane z udzieloną gwarancją (w tym jej termin, od kiedy gwarancja biegnie, okres na jaki została udzielona, ze wskazaniem, że dotyczy nie tylko wad, ale i usterek bez zróżnicowania terminu gwarancji w zależności od rodzaju wady).

W ocenie Izby, Zamawiający pominął fakt, że to zamawiający w głównej mierze kształtuje postanowienia umowne, a wykonawcy mają ograniczony wpływ na treść projektowanych postanowień umowy, ich weryfikacja następuje najczęściej dopiero na skutek skorzystania przez wykonawców ze środków ochrony prawnej. Nie jest to więc sytuacja, w której strony umowy uczestniczą w kształtowaniu postanowień umowy. Izba uznała, że Odwołujący był uprawniony przywołać przepis art. 581 § 1 Kodeksu cywilnego, w wypadku, gdy nie ma bezpośredniego wpływu na treść projektowanych postanowień umowy i domagać się aby treści projektowanych postanowień umownych była z nim zgodna, gwarantując wykonawcom, że zamawiający nie przerzuci na nich wszelkich ryzyk związanych z realizacją zamówienia, tak jak w przypadku rozpoznawanej sprawy szerokiego określenia zakresu ochrony gwarancyjnej również w zakresie dokonania „naprawienia” wady niezależnie od tego, czy chodzi o wady istotne czy też nieistotne.

Mając na uwadze powyższe Izba nakazała Zamawianemu uregulowanie w ramach klauzuli

§ 5 ust. 5.9. Aktu Umowy zakresu ochrony gwarancyjnej, która dotyczyć będzie tylko napraw istotnych mając na uwadze treść przepisu art. 581 § 1 Kodeksu cywilnego.

Izba uznała również za zasadny zarzut nr 8 odwołania w części nieuwzględnionej przez Zamawiającego.

Zgodnie z art. 436 pkt 3 ustawy Pzp, umowa zawiera postanowienia określające

w szczególności łączną maksymalną wysokość kar umownych, których mogą dochodzić strony.

Zgodnie z art. 16 pkt 1 ustawy Pzp, zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w

sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców.

Zgodnie z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp, do czynności podejmowanych przez zamawiającego, wykonawców oraz uczestników konkursu w postępowaniu o udzielenie zamówienia i konkursie oraz do umów w sprawach zamówień publicznych stosuje się przepisy ustawy z 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny (Dz. U. z 2022 r. poz. 1360, 2337 i 2339 oraz z 2023 r. poz. 326), jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej.

Zgodnie z art. 353¹ Kodeksu cywilnego, strony zawierające umowę mogą ułożyć stosunek prawny według swego uznania, byleby jego treść lub cel nie sprzeciwiały się właściwości (naturze) stosunku, ustawie ani zasadom współżycia społecznego.

Izba wskazuje, że zamawiający ustalając górne limity kar umownych powinien mieć na uwadze, że wysokość kar umownych nie powinna nie powinna stanowić źródła dodatkowego zysku dla zamawiającego czy też naruszenia zasady proporcjonalności określonej w art.

16 pkt 3 ustawy Pzp. Ustalając maksymalną wysokość kar umownych zamawiający powinien uwzględnić fakt, że określenie zbyt restrykcyjnych lub nieproporcjonalnych do wysokości wynagrodzenia wykonawcy kar umownych może powodować, że w postępowaniu nie zostanie złożona wystarczająca liczba ofert lub wykonawcy nie uwzględnią w cenie ofertowej wysokości wszystkich kar umownych, co może powodować wzrost ceny lub nieuzasadnioną rozbieżność między cenami.

Izba wskazuje, że powyższy skutek może mieć miejsce również na skutek wyłączenia przez Zamawiającego z określonego przez Zamawiającego limitu sumy kar umownych kary umownej za odstąpienie.

Zamawiający co prawda obniżył pułap łącznej sumy kar umownych z 30 % do 20%, ale biorąc pod uwagę możliwość naliczenia przez Zamawiającego kary umownej z tytułu odstąpienia od umowy i jak wskazał sam Zamawiający, po dokonanej zmianie, w skrajnie niekorzystnym przypadku, gdyby Zamawiający najpierw naliczył należne kary umowne np. z tytułu niedotrzymania Parametrów Technicznych Grupy B w maksymalnej wysokości, tj. 20% Ceny Kontraktowej, a następnie zaszyby przesłanki do odstąpienia od Umowy z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy, wówczas maksymalna odpowiedzialność Wykonawcy z tytułu kar umownych wyniesie 30% Ceny Kontraktowej, czyli de facto pułap łącznej sumy kar pozostał na tym samym poziomie. Zamawiający podkreślił, że wykonawca zawsze uprawniony jest do wystąpienia do sądu powszechnego o miarkowanie kary umownej, jeśli sąd uzna, że zaszyby przesłanki do takiego działania.

Izba uznała, że słusznie Odwołujący podniósł, że nie wszyscy wykonawcy mogą uwzględnić wysokość kar umownych przewidzianych z odstąpieniem od umowy, w związku z tym, że Zamawiający wyłączył z limitu kar kary umowną za odstąpienie, co powodować może negatywne skutki dla zachowania zasady zachowania uczciwej konkurencyjności w postępowaniu.

W związku z powyższymi okolicznościami, Izba uznała zarzut nr 8, w części nieuwzględnionej przez Zamawiającego za zasadny.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła, na podstawie art. 557 oraz art. 574, art. 575 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 7 ust. 1 pkt 1) w zw. z § 5 pkt 1 oraz § 5 pkt 2b) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. 2020 r. poz. 2437), mając na uwadze wynik postępowania i obciążyła nimi w 1/2 Zamawiającego oraz w 1/2 Odwołującego.

Wobec powyższego orzeczono, jak w sentencji.

Przewodniczący:.....