Sygn. akt: KIO 2300/25

WYROK

Warszawa, 21 lipca 2025 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodnicząca:Anna Chudzik

Protokolant: Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na rozprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 6 czerwca 2025 r. przez wykonawcę Alstal Grupa Budowlana Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą w Bydgoszczy,

w postępowaniu prowadzonym przez Miasto Stołeczne Warszawa – Dzielnica Białołęka,

uczestnik po stronie Odwołującego – Budimex S.A. z siedzibą w Warszawie,

orzeka:

1.Umarza postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutów oznaczonych w odwołaniu lit. d oraz lit. f;

2.Uwzględnia odwołanie w zakresie zarzutu oznaczonego w odwołaniu lit. h i nakazuje Zamawiającemu zmianę § 16 ust. 1 pkt 3 lit. d wzoru umowy, poprzez określenie, że rezygnacja przez Zamawiającego z realizacji części Przedmiotu Umowy wraz ze zmniejszeniem Wynagrodzenia Wykonawcy nie może dotyczyć więcej niż 10% Przedmiotu Umowy;

3.W pozostałym zakresie oddala odwołanie:

4.Kosztami postępowania obciąża wykonawcę Alstal Grupa Budowlana Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą w Bydgoszczy w części 6/7 i Miasto Stołeczne Warszawa – Dzielnica Białołęka w części 1/7 i:

4.1.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 oraz kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez Odwołującego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika;

4.2.zasądza od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę 3 372 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące trzysta siedemdziesiąt dwa złotych zero groszy).

Na orzeczenie – w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie – Sądu Zamówień Publicznych.

Przewodnicząca:……

Sygn. akt: KIO 2300/25

Uzasadnienie

Zamawiający – Miasto Stołeczne Warszawa – Dzielnica Białołęka – prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia pn. *Budowa pływalni przy ul. Ostródzkiej.* Wartość zamówienia jest większa niż progi unijne. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 340262-2025.

Wykonawca Alstal Grupa Budowlana Sp. z o.o., Sp. k. wniósł 6 czerwca 2025 r. odwołanie wobec postanowień specyfikacji warunków zamówienia, zarzucając Zamawiającemu naruszenie przepisów:

a)art. 8 ust. 1 w zw. z art. 463 oraz 464 ustawy Pzp w zw. z art. 353^1 Kc w zw. z art. 16 ustawy Pzp, przez wprowadzenie do Wzoru Umowy postanowień dotyczących umowy o podwykonawstwo w zakresie możliwości uzyskania zabezpieczenia należytego wykonania umowy oraz terminu płatności poprzez nieadekwatne obciążeniem wykonawcy w stosunku do specyfiki realizacji i uwarunkowań rynkowych, będąc jednocześnie postanowieniem niekorzystnym dla wykonawców, naruszającym równowagę stron umowy i utrudniającym możliwość zachowania płynności finansowej oraz ograniczającymi krąg potencjalnych podwykonawców;

b)art. 8 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 353^1 Kc w zw. z art. 16 ustawy Pzp, przez wprowadzenie do Wzoru Umowy

postanowień dotyczących sposobu płatności uzależniających wypłatę całości wynagrodzenia na rzecz wykonawcy od woli Zamawiającego w przypadku niezgłoszonego/ niezaakceptowanego podwykonawcy;

c)art. 8 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 353^1 Kc w zw. z art. 16 ustawy Pzp, przez wprowadzenie do Wzoru Umowy postanowień dotyczących umowy o podwykonawstwo w zakresie sposobu płatności skutkujących nieadekwatnym obciążeniem wykonawcy w stosunku do specyfiki realizacji i uwarunkowań rynkowych, będąc jednocześnie postanowieniem niekorzystnym dla wykonawców, naruszającym równowagę stron umowy i utrudniającym możliwość zachowania płynności finansowej skutkujących brakiem możliwości uzyskania płatności za wykonane roboty w przypadku sporu z podwykonawcą w zakresie wykonanych przez podwykonawcę prac na rzecz wykonawcy;

d)art. 8 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 647, art. 654, art. 5 i art. 353^1 Kc w zw. z art. 16 ustawy Pzp, przez wprowadzenie do Wzoru Umowy postanowień dotyczących zasad odbioru robót budowlanych, uzależniających dokonanie odbioru i wypłatę należnego wynagrodzenia od odbioru bezusterkowego, co godzi w istotę i naturę umowy stosunku prawnego, stanowiąc wyraz uchylania się przez Zamawiającego od zapłaty wynagrodzenia naruszającym bezwzględnie obowiązujące przepisy prawa oraz równowagę stron umowy;

e)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, przez sformułowanie we Wzorze Umowy klauzuli waloryzacyjnej, dotyczącej zmiany wysokości wynagrodzenia wykonawcy w sytuacji zmiany cen materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia wbrew wymaganiom dyspozycji art. 439 ustawy Pzp, w sposób niewystarczający dla zapewnienia celu określonego w art. 439 ustawy Pzp, skutkując jej nierealnością;

f)art. 8 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 647, art. 654, art. 5 i art. 353^1 Kc w zw. z art. 16 ustawy Pzp, przez wprowadzenie do Wzoru Umowy postanowień dotyczących zasad odbioru robót budowlanych, uzależniających dokonanie odbioru i wypłatę należnego wynagrodzenia od odbioru bezusterkowego, co godzi w istotę i naturę umowy stosunku prawnego, stanowiąc wyraz bezpodstawnego wydłużania okresu gwarancji;

g)art. 8 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 5 i 353^1 w zw. z art. 473§1 w zw. z art. 483 w zw. z art. 484 § 2 Kc w zw. z art. 16 ustawy Pzp, przez zastrzeżenie przez Zamawiającego w ramach projektowanych postanowień Umowy poszczególnych jednostkowych kar umownych oraz łącznej maksymalnej wysokości kar umownych o rażąco wygórowanej wysokości, naruszając równowagę stron umowy;

h)art. 8 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 5 i 353^1 Kc w zw. z art. 99 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 455 w zw. z art. 16 ustawy Pzp, przez prowadzenie do Wzoru Umowy postanowień dotyczących zasad odbioru robót budowlanych, uniemożliwiając Wykonawcy prawidłowe skalkulowanie oferty, opisując przedmiot zamówienia w sposób nieprecyzyjny i niejednoznaczny, naruszając równowagę stron umowy;

i)art. 8 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 353^1 Kc w zw. z art. 16 ustawy Pzp poprzez wprowadzenie do Wzoru Umowy postanowień dotyczących cesji wierzytelności, uniemożliwiając w sposób bezpodstawny zabezpieczenie finansowania działalności wykonawcy, naruszając równowagę stron umowy.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu nadania kwestionowanym postanowieniom SWZ brzmienia:

a)*Strony (przy uwzględnieniu regulacji, o której mowa w art. 647 k.c. oraz art. 647^1 k.c.) postanawiają, że do zawarcia przez Wykonawcę Umowy o roboty budowlane z podwykonawcą wymagany jest brak sprzeciwu Zamawiającego.* ***Bez zgody Zamawiającego*** *Wykonawca* ***nie może*** *umożliwić podwykonawcy wejścia na teren budowy i rozpoczęcia prac. Zamawiający nie wyrazi zgody na zawarcie umowy podwykonawczej, której treść będzie sprzeczna z treścią niniejszej Umowy (zawartej z Wykonawcą). Nadto* ***umowa z podwykonawcą****: (…)*

d.~~*nie może zawierać postanowień nakazujących podwykonawcy wniesienie zabezpieczenia wykonania/należytego wykonania umowy podwykonawczej w postaci kwot zatrzymanych/kaucji;*~~

e.*winna zawierać wysokość wynagrodzenia ryczałtowego podwykonawcy lub w przypadku wynagrodzenia kosztorysowego, zasady ustalania wynagrodzenia kosztorysowego oraz określenie maksymalnej wysokości zobowiązań Wykonawcy wobec podwykonawcy z tytułu umowy o podwykonawstwo, zasady i terminy wystawienia faktury przez podwykonawcę, przy czym termin zapłaty wynagrodzenia podwykonawcy nie może być dłuższy niż* ***30 dni*** *od daty otrzymania faktury przez Wykonawcę (ze względu na konieczność przedłożenia przez Wykonawcę Zamawiającemu oświadczenia określonego w ust. 12 poniżej).*

b)*Stwierdzenie przez Zamawiającego, że roboty budowlane wykonywane są przez niezgłoszonego/ niezaakceptowanego*

przez niego, zgodnie z §6 podwykonawcę, uprawnia Zamawiającego do ~~wstrzymania wypłaty Wynagrodzenia Wykonawcy do czasu dokonania końcowego odbioru robót i ostatecznego rozliczenia inwestycji czy też~~ żądania od Wykonawcy usunięcia takiego podwykonawcy z terenu robót. Niezależnie od tego, Wykonawca będzie w pełni odpowiedzialny za działania lub zaniechania każdego podwykonawcy i ich przedstawicieli lub pracowników, tak jakby były to działania lub zaniechania Wykonawcy. Wykonawca naprawi szkody i/lub zwolni od odpowiedzialności Zamawiającego przejmując na siebie obowiązek naprawienia osobom trzecim szkód spowodowanych działaniem/zaniechaniem podwykonawców/dalszych podwykonawców.

c) *Przed dokonaniem zapłaty przez Zamawiającego za wykonane roboty, Wykonawca zobowiązany jest przedłożyć Zamawiającemu wraz ze swoimi dokumentami rozliczeniowymi: kopie pisemnych zgłoszeń gotowości do odbioru robót/prac podwykonawczych (będących składowymi robót/prac Wykonawcy) wraz z zestawieniem ich ilości i wartości, kopie protokołów odbioru tych robót podwykonawczych oraz kopie wszystkich doręczonych mu przez podwykonawców faktur związanych z odebranym w tym okresie przerobem, nadto w formie pisemnej oświadczenia podwykonawców o uregulowaniu przez Wykonawcę wobec podwykonawców wszelkich* ***bezspornych*** *zobowiązań i płatności oraz o zrzeczeniu się wszelkich roszczeń podwykonawców w stosunku do Zamawiającego. Oświadczenia te powinny odnosić się do robót wykonanych przez podwykonawców/dalszych podwykonawców, za które to roboty Wykonawca będzie przedkładał fakturę Zamawiającemu.*

d) *Wykonawca otrzyma Wynagrodzenie w częściach płatnych po wykonaniu i odbiorze ~~bez zastrzeżeń~~ przez Zamawiającego Przedmiotu Umowy za wykonane roboty budowlane – na podstawie faktur bieżących i odbiorów przejściowych stosownie do zaawansowania wykonania Przedmiotu Umowy, wystawionych, zgodnie z ostatecznym harmonogramem rzeczowo-finansowym (zał. nr 4a do Umowy) – do wysokości środków w budżecie Zamawiającego na dany rok realizacji inwestycji – do limitu 90% Wynagrodzenia. Faktury będą wystawiane nie częściej niż co 30 dni kalendarzowych w oparciu o protokoły zaawansowania robót i usług, zaakceptowane przez inspektorów nadzoru inwestorskiego i przez Zamawiającego. Fakturę końcową (w zakresie 10 % Wynagrodzenia) Wykonawca może wystawić po protokolarnym odbiorze końcowym przedmiotu Umowy, ~~zgodnie z treścią § 10 ust. 9, wykonanych w ramach Przedmiotu Umowy i potwierdzeniu usunięcia wszystkich wad/usterek istotnych w formie pisemnej przez Zamawiającego.~~*

e) *Strony Umowy mogą żądać zmiany Wynagrodzenia wyłączenie w przypadku, według wskaźnika o którym mowa w ust. 7, nastąpiła zmiana cen materiałów lub kosztów poniżej zmieni się co najmniej o +/- 10 3%, w stosunku co cen materiałów i kosztów z miesiąca w stosunku do wysokości tego wskaźnika obowiązującego w miesiącu złożenia Oferty przez Wykonawcę); żądanie zmiany Wynagrodzenia nie może obejmować Wynagrodzenia Wykonawcy za pierwsze pełne 6 miesięcy kalendarzowych realizacji Umowy, określonego w harmonogramie rzeczowo-finansowym.*

8. *Obliczenie wysokości zwaloryzowanego Wynagrodzenia Wykonawcy nastąpi wg wzoru:* ***Kz=Kp*W*** *gdzie:*

Kz – kwota waloryzacji

Kp – kwota Wynagrodzenia podlegająca waloryzacji (bez robót wykonanych, robót dodatkowych lub zamiennych);

** - mnożnik/pomnożyć*

W – wskaźnik powstały na podstawie miesięcznych wskaźników cen produkcji budowlano-montażowej ogółem (w układzie miesiąc poprzedni = 100), wyliczony na podstawie poniższego wzoru:

W = W0/100 * W1/100 * … * Wn, gdzie

W0 = wskaźnik zmiany cen produkcji budowlano montażowej ogółem w układzie „miesiąc poprzedni = 100" dotyczący miesiąca, w którym została złożona oferta (tj. W0=100)

W1 = wskaźnik zmiany cen produkcji budowlano montażowej ogółem w układzie „miesiąc poprzedni = 100" dotyczący miesiąca, następującego po miesiącu otwarcia ofert

Wn = wskaźnik zmiany cen produkcji budowlano montażowej ogółem w układzie „miesiąc poprzedni = 100" dotyczący miesiąca, w którym wskaźnik W przekroczy 0,3 (tj. 3%)

9. ***Maksymalna wartość zmiany Wynagrodzenia dopuszczona przez Zamawiającego w związku z zastosowaniem niniejszej klauzuli wynosi 15% Wynagrodzenia. (...)***

~~11. Zmiana Wynagrodzenia w związku z zastosowaniem niniejszej klauzuli może zostać zastosowana tylko raz w trakcie realizacji Umowy.~~

f) *7. Jeżeli Wykonawca nie usunie w terminie wskazanym przez Zamawiającego ujawnionych wad istotnych, ~~usterek lub~~*

~~braków~~, Zamawiający odmówi dokonania odbioru, wyznaczy nowy termin ich usunięcia i kolejny termin odbioru końcowego, który będzie się wiązał z ewentualnym naliczeniem kar umownych za niedotrzymanie terminu wykonania Przedmiotu Umowy. (…)

9. *Po dokonaniu odbioru robót budowlanych, usunięciu przez Wykonawcę ewentualnych istotnych wad~~/usterek, uzupełnieniu wszystkich braków~~, dostarczeniu kompletnej dokumentacji powykonawczej, specyfikacji elementów wyposażenia i technologii z podaniem ich wartości oraz uzyskaniu decyzji dopuszczającej Obiekt do użytkowania, przeszkoleniu przedstawicieli użytkownika - Zamawiający spisze protokół odbioru końcowego Przedmiotu Umowy.*

10. *Od daty podpisania przez Strony protokołu odbioru końcowego Przedmiotu Umowy bez wad istotnych~~ezy uwag~~ zaczyna biec termin gwarancji jakości/rękojmi.*

g) *Wykonawca zobowiązany jest do zapłaty Zamawiającemu kar umownych:*

1) *za każdy dzień zwłoki w wykonaniu robót budowlanych/dokumentacji powykonawczej/ decyzji pozwolenia na użytkowanie Obiektów licząc od terminu określonego odpowiednio w § 3 ust. 1 pkt. 1), 2), 3) - w wysokości **0,05%** Wynagrodzenia;*

2) *za zwłokę w usunięciu wad stwierdzonych przy odbiorze lub ujawnionych w okresie rękojmi za wady/gwarancji jakości – w wysokości **0,05%** Wynagrodzenia, których wada/usterka dotyczy, za każdy rozpoczęty dzień zwłoki, liczonej od dnia wyznaczonego na usunięcie wad/usterek,*

*za odstąpienie od Umowy/jej części z winy Wykonawcy o którym mowa w pkt 5 poniżej – **10%** Wynagrodzenia.*

h) *1. Zamawiający, poza możliwością zmiany niniejszej Umowy w przypadkach określonych w art. 455 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych – przewiduje również możliwość dokonywania zmian postanowień Umowy także w stosunku do treści oferty, na podstawie, której dokonano wyboru Wykonawcy, w następujących przypadkach: (...)*

3) pozostałe zmiany spowodowane następującymi okolicznościami (jeżeli zmiany te będą miały wpływ na wykonanie zamówienia przez Wykonawcę): (...)

*b) zmiana zakresu Przedmiotu Umowy w wyniku rezygnacji przez Zamawiającego z realizacji części Przedmiotu Umowy wraz ze zmniejszeniem Wynagrodzenia Wykonawcy – z zastrzeżeniem, iż rezygnacja nie może dotyczyć więcej niż **10%** Przedmiotu Umowy.*

i) *Zamawiający nie wyraża zgody na faktoring/cesję wierzytelności oraz przeniesienie praw i obowiązków wynikających z niniejszej Umowy przez Wykonawcę na rzecz osób trzecich **za wyjątkiem przeniesienia wierzytelności na renomowany bank polski finansujący działalność Podwykonawcy – w takim wypadku Wykonawca zobowiązany jest do pisemnego powiadomienia Zamawiającego o dokonaniu przelewu wierzytelności.***

Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania oraz biorąc pod uwagę stanowiska stron, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba umorzyła postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutów oznaczonych w odwołaniu lit. d (z uwagi na uwzględnienie tego zarzutu przez Zamawiającego w odniesieniu do odbioru bez zastrzeżeń i wycofanie zarzutu w pozostałym zakresie) oraz lit. f (z uwagi na uwzględnienie tego zarzutu przez Zamawiającego).

W odniesieniu do pozostałych zarzutów Izba ustaliła, że zaskarżone postanowienia wzoru umowy mają następujące brzmienie:

<u>Zarzut a) – § 6 ust. 5 wzoru umowy:</u>

(…) Nadto umowa z podwykonawcą:

b) nie może zawierać postanowień nakazujących podwykonawcy wniesienie zabezpieczenia wykonania/ należytego wykonania umowy podwykonawczej w postaci kwot zatrzymanych/ kaucji;

c) winna zawierać wysokość wynagrodzenia ryczałtowego podwykonawcy lub w przypadku wynagrodzenia kosztorysowego, zasady ustalania wynagrodzenia kosztorysowego oraz określenie maksymalnej wysokości zobowiązań Wykonawcy wobec podwykonawcy z tytułu umowy o podwykonawstwo, zasady i terminy wystawienia faktury przez podwykonawcę, przy czym termin zapłaty wynagrodzenia podwykonawcy nie może być dłuższy niż 10 dni od daty otrzymania faktury przez Wykonawcę (ze względu na konieczność przedłożenia przez Wykonawcę Zamawiającemu oświadczenia określonego w ust. 12 poniżej).

Zarzut b) – § 6 ust. 9 wzoru umowy:

Stwierdzenie przez Zamawiającego, że roboty budowlane wykonywane są przez niezgłoszonego/ niezaakceptowanego przez niego, zgodnie z §6 podwykonawcę, uprawnia Zamawiającego do wstrzymania wypłaty Wynagrodzenia Wykonawcy do czasu dokonania końcowego odbioru robót i ostatecznego rozliczenia inwestycji czy też żądania od Wykonawcy usunięcia takiego podwykonawcy z terenu robót. Niezależnie od tego, Wykonawca będzie w pełni odpowiedzialny za działania lub zaniechania każdego podwykonawcy i ich przedstawicieli lub pracowników, tak jakby były to działania lub zaniechania Wykonawcy. Wykonawca naprawi szkody i/lub zwolni od odpowiedzialności Zamawiającego przejmując na siebie obowiązek naprawienia osobom trzecim szkód spowodowanych działaniem/zaniechaniem podwykonawców/dalszych podwykonawców.

Zarzut c) – § 6 ust. 12 wzoru umowy:

Przed dokonaniem zapłaty przez Zamawiającego za wykonane roboty, Wykonawca zobowiązany jest przedłożyć Zamawiającemu wraz ze swoimi dokumentami rozliczeniowymi: kopie pisemnych zgłoszeń gotowości do odbioru robót/prac podwykonawczych (będących składowymi robót/prac Wykonawcy) wraz z zestawieniem ich ilości i wartości, kopie protokołów odbioru tych robót podwykonawczych oraz kopie wszystkich doręczonych mu przez podwykonawców faktur związanych z odebranym w tym okresie przerobem, nadto w formie pisemnej oświadczenia podwykonawców o uregulowaniu przez Wykonawcę wobec podwykonawców wszelkich zobowiązań i płatności oraz o zrzeczeniu się wszelkich roszczeń podwykonawców w stosunku do Zamawiającego. Oświadczenia te powinny odnosić się do robót wykonanych przez podwykonawców/dalszych podwykonawców, za które to roboty Wykonawca będzie przedkładał fakturę Zamawiającemu.

Zarzut e) – § 8A ust. 2 wzoru umowy:

2. Strony Umowy mogą żądać zmiany Wynagrodzenia wyłączenie w przypadku, gdy wskaźnik, o którym mowa w ust. 7 poniżej zmieni się co najmniej o +/- 10 %, w stosunku do wysokości tego wskaźnika obowiązującego w miesiącu złożenia Oferty przez Wykonawcę; żądanie zmiany Wynagrodzenia nie może obejmować Wynagrodzenia Wykonawcy za pierwsze pełne 6 miesięcy kalendarzowych realizacji Umowy, określonego w harmonogramie rzeczowo-finansowym. (…)

8. Obliczenie wysokości zwaloryzowanego Wynagrodzenia Wykonawcy nastąpi wg wzoru:

*Kz=Kp*W/100*

gdzie:

Kz – kwota waloryzacji

Kp – kwota Wynagrodzenia podlegająca waloryzacji (bez robót wykonanych, robót dodatkowych lub zamiennych);

** - mnożnik/pomnożyć*

W – skumulowany procentowy wzrost wysokości wskaźnika cen produkcji budowlano-montażowej, tablica 1 OGÓŁEM (kolumna czwarta) publikowanego przez Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego od miesiąca, w którym Wykonawca złożył Ofertę w stosunku do wysokości tego wskaźnika w siódmym pełnym miesiącu kalendarzowym realizacji Umowy.

9. Maksymalna wartość zmiany Wynagrodzenia dopuszczona przez Zamawiającego w związku z zastosowaniem niniejszej klauzuli wynosi 5% Wynagrodzenia. (…)

11. Zmiana Wynagrodzenia w związku z zastosowaniem niniejszej klauzuli może zostać zastosowana tylko raz w trakcie realizacji Umowy.

Zarzut g) – § 15 ust. 2 wzoru umowy:

Wykonawca zobowiązany jest do zapłaty Zamawiającemu kar umownych:

1)za każdy dzień zwłoki w wykonaniu robót budowlanych/dokumentacji powykonawczej/ decyzji pozwolenia na użytkowanie Obiektów licząc od terminu określonego odpowiednio w § 3 ust. 1 pkt. 1), 2), 3) – w wysokości 0,5% Wynagrodzenia;

2)za zwłokę w usunięciu wad stwierdzonych przy odbiorze lub ujawnionych w okresie rękojmi za wady/gwarancji jakości – w wysokości 0,5% Wynagrodzenia, których wada/usterka dotyczy, za każdy rozpoczęty dzień zwłoki, liczonej od dnia wyznaczonego na usunięcie wad/usterek,

3)za odstąpienie od Umowy/jej części z winy Wykonawcy o którym mowa w pkt 5 poniżej – 20% Wynagrodzenia (…)

Zarzut h) – § 16 ust. 1 pkt 3 wzoru umowy:

1.Zamawiający, poza możliwością zmiany niniejszej Umowy w przypadkach określonych w art. 455 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych – przewiduje również możliwość dokonywania zmian postanowień Umowy także w stosunku do treści oferty, na podstawie, której dokonano wyboru Wykonawcy, w następujących przypadkach: (…)

4)pozostałe zmiany spowodowane następującymi okolicznościami (jeżeli zmiany te będą miały wpływ na wykonanie zamówienia przez Wykonawcę): (…)

d)zmiana zakresu Przedmiotu Umowy w wyniku rezygnacji przez Zamawiającego z realizacji części Przedmiotu Umowy wraz ze zmniejszeniem Wynagrodzenia Wykonawcy – z zastrzeżeniem, iż rezygnacja nie może dotyczyć więcej niż 50 % Przedmiotu Umowy (…)

Zarzut i) – § 8 ust. 21 wzoru umowy:

Zamawiający nie wyraża zgody na faktoring/cesję wierzytelności oraz przeniesienie praw i obowiązków wynikających z niniejszej Umowy przez Wykonawcę na rzecz osób trzecich.

Izba zważyła, co następuje:

W ocenie Izby zasadny okazał się zarzut dotyczący § 16 ust. 1 pkt 3 wzoru umowy (zarzut h), natomiast pozostałe zarzuty odwołania nie zasługują na uwzględnienie, w zaskarżonych postanowieniach wzoru umowy nie można bowiem dopatrzeć się naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy.

Na wstępie, odnosząc się zbiorczo do zarzutów oznaczonych w odwołaniu lit. a, b, c, e, g, i – podkreślić należy, że odwołania dotyczące postanowień SWZ (w tym postanowień przyszłej umowy), tak jak dotyczące każdej innej czynności lub zaniechania zamawiającego, służą ochronie wykonawców przed działaniami niezgodnymi z przepisami prawa (art. 513 ustawy Pzp), a Izba może uwzględnić odwołanie wyłącznie w sytuacji, gdy stwierdzi naruszenie przez Zamawiającego przepisów ustawy mające wpływ lub mogące mieć istotny wpływ na wynik postępowania lub niezgodność projektowanego postanowienia umowy z wymaganiami wynikającymi z przepisów ustawy (art. 554 ust. 1 ustawy Pzp). Nie korzystają zatem z ochrony prawnej dążenia wykonawców ukierunkowane jedynie na ukształtowanie korzystniejszej dla siebie treści przyszłej umowy, jeżeli treść nadana przez Zamawiającego nie narusza obowiązujących przepisów. W ocenie Izby ww. zarzuty nie zmierzają do wyeliminowania działań Zamawiającego naruszających przepisy prawa, ale jedynie do nadania postanowieniom umowy treści korzystnej dla wykonawcy.

Jedną z podstaw prawnych ww. zarzutów Odwołujący uczynił art. 353^1 Kc, który stanowi: *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*. Ponadto, w odniesieniu do zarzutu oznaczonego lit. g, jego podstawą prawną było naruszenie art. 5 Kc, zgodnie z którym *nie można czynić ze swego prawa użytku, który by był sprzeczny ze społeczno-gospodarczym przeznaczeniem tego prawa lub z zasadami współżycia społecznego. Takie działanie lub zaniechanie uprawnionego nie jest uważane za wykonywanie prawa i nie korzysta z ochrony*.

W ocenie Izby Odwołujący nie wykazał, aby swoboda Zamawiającego w kształtowaniu postanowień umowy przekraczała granice wyznaczone ww. przepisami Kc. Odwołujący nie przedstawił żadnego wywodu, który potwierdzałby naruszenie art. 353^1 i art. 5 Kc. Nie wykazał sprzeczności zaskarżonych postanowień z właściwością (naturą stosunku), nie można też uznać zarzutów za zasadne z powodu naruszenia bliżej nieokreślonych zasad współżycia społecznego. Zarzuty odwołania w tym zakresie należy uznać za dążenie do korzystniejszego dla wykonawców ukształtowania postanowień przyszłej umowy, nie zaś za zwalczanie działań Zamawiającego naruszających przepisy prawa. Wniosek jaki wynika z uzasadnienia tych zarzutów jest tylko taki, że zakwestionowane postanowienia stanowią dla wykonawcy określoną dolegliwość i lub wiążą się z pewnym ryzykiem, czego jednak nie można utożsamiać z naruszeniem przepisów ustawowych, jak również z nadużyciem prawa podmiotowego ani z przekroczeniem zasady swobody umów. W ocenie Izby, biorąc pod uwagę charakter przedmiotowego zamówienia, zakwestionowane postanowienia zabezpieczają uzasadnione interesy Zamawiającego.

Zauważenia wymaga, że zgodnie z art. 134 ust. 1 pkt 20 ustawy Pzp, SWZ zawiera m.in. projektowane postanowienia umowy w sprawie zamówienia publicznego, które zostaną wprowadzone do umowy w sprawie zamówienia publicznego. Ustawa przyznaje więc zamawiającym możliwość określenia istotnych postanowień przyszłej umowy i podania ich do wiadomości wykonawców, którzy akceptują te postanowienia przystępując do udziału w postępowaniu. Fakt skorzystania przez Zamawiającego z przyznanego ustawowo uprawnienia kształtowania treści umowy nie stanowi sam w sobie o nadużyciu zasady swobody umów i naruszeniu zasad współżycia społecznego. Odwołujący natomiast nie przedstawił argumentacji, która świadczyłaby o wystąpieniu takiego naruszenia w niniejszej

sprawie.

Zarzut a)

W odniesieniu do zarzutu oznaczonego lit. a Odwołujący – oprócz przekroczenia granic swobody umów – zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisów art. 463 oraz 464 ust. 2 i 3 ustawy Pzp, które stanowią:

art. 463: *Umowa o podwykonawstwo nie może zawierać postanowień kształtujących prawa i obowiązki podwykonawcy, w zakresie kar umownych oraz postanowień dotyczących warunków wypłaty wynagrodzenia, w sposób dla niego mniej korzystny niż prawa i obowiązki wykonawcy, ukształtowane postanowieniami umowy zawartej między zamawiającym a wykonawcą.*

art. 464:

2. Termin zapłaty wynagrodzenia podwykonawcy lub dalszemu podwykonawcy, przewidziany w umowie o podwykonawstwo, nie może być dłuższy niż 30 dni od dnia doręczenia wykonawcy, podwykonawcy lub dalszemu podwykonawcy faktury lub rachunku.

3. Zamawiający, w terminie określonym zgodnie z , zgłasza w formie pisemnej, pod rygorem nieważności, zastrzeżenia do projektu umowy o podwykonawstwo, której przedmiotem są roboty budowlane, w przypadku gdy: (…)

2) przewiduje ona termin zapłaty wynagrodzenia dłuższy niż określony w ust. 2;

Odnosząc się do zakazu zawarcia w umowie podwykonawczej postanowień nakazujących podwykonawcy wniesienie zabezpieczenia wykonania/ należytego wykonania umowy podwykonawczej w postaci kwot zatrzymanych/ kaucji wskazać należy, że Odwołujący nie wykazał żadnej niezgodności takiego postanowienia z przepisami ustawy. Wskazany wyżej zakaz nie tylko nie narusza art. 463 ustawy Pzp, ale wręcz wpisuje się w ratio legis tego przepisu, zapobiegając określeniu praw i obowiązków podwykonawcy w sposób dla niego mniej korzystny niż prawa i obowiązki wykonawcy, ukształtowane postanowieniami umowy zawartej między zamawiającym a wykonawcą. Zauważyć należy, że nakaz wniesienia zabezpieczenia należytego wykonania umowy podwykonawczej w formie kwot zatrzymanych/ kaucji wiąże się z zasadami wypłaty wynagrodzenia podwykonawcy (zatrzymanie części wynagrodzenia). Nakaz taki względem wykonawcy byłby niedopuszczalny w świetle art. 450 ustawy Pzp, określającego formy zabezpieczenia należytego wykonania umowy.

Całkowicie gołosłowne pozostało twierdzenie Odwołującego, że zaskarżone postanowienie w zakresie, w jakim odnosi się do form zabezpieczenia należytego wykonania umowy podwykonawczej, może doprowadzić do znaczącego ograniczenia kręgu podwykonawców, którzy gotowi byliby wnieść zabezpieczenie w innej z form dopuszczonych w relacjach Zamawiający-Wykonawca. Przede wszystkim jednak zauważenia wymaga, że zaskarżone postanowienie nie zakazuje – jak zdaje się to przedstawiać Odwołujący –wniesienia zabezpieczenia w formie kwot zatrzymanych\kaucji, a jedynie wyłącza możliwość żądania zabezpieczenia tylko w takiej formie.

Odwołujący nie wykazał też niezgodności z przepisami ustawy postanowienia określającego termin zapłaty wynagrodzenia podwykonawcy na 10 dni. Zauważenia wymaga, że przepis art. 464 ustawy Pzp wskazuje wyłącznie termin maksymalny (30 dni), co oznacza, że dopuszczalne jest określenie terminu krótszego. Zamawiający przedstawił przekonujące – zdaniem Izby – uzasadnienie określenia takiego terminu, wskazując na konieczność poprzedzenia wypłaty wynagrodzenia wykonawcy (które zgodnie z § 8 ust. 8 wzoru umowy jest płatne w terminie 21 dni od wystawienia faktury) jego uprzednim rozliczeniem się z podwykonawcą. Odwołujący natomiast nie przedstawił żadnego dowodu na okoliczność, że *w postępowaniach analogicznych do przedmiotu niniejszego postepowania praktyką rynkową jest zastrzeganie 30-dniowego terminu płatności*. Nie podjął też chociażby próby uprawdopodobnienia, że ograniczenie tego terminu do 10 dni skutkować będzie koniecznością finansowania realizacji prac podwykonawczych w sposób nieracjonalny.

Zarzut b)

Przedmiotowy zarzut został oparty wyłącznie na twierdzeniu o przekroczeniu zasady swobody umów (art. 353^1 Kc), polegające na wprowadzeniu do wzoru umowy postanowienia niemającego uzasadnienia w istniejących potrzebach zamawiającego, co stanowi nadużycie przez Zamawiającego jego pozycji dominującej.

Izba nie podziela powyższego poglądu. Wprowadzenie do umowy postanowień zapobiegających wykonywaniu robót budowlanych przez niezgłoszonego/ niezaakceptowanego podwykonawcę lub mobilizujących wykonawcę do usunięcia takiego podwykonawcy z terenu robót bez wątpienia służy realizacji uzasadnionych potrzeb Zamawiającego.

Jak słusznie wskazał Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie: *Przedmiotowy zapis ma na celu zapewnienie pełnej transparentności i zgodności z art. 462 i art. 464 ustawy Prawo zamówień publicznych, które przewidują obowiązek*

uprzedniego zgłoszenia podwykonawcy oraz umożliwiają Zamawiającemu kontrolę nad przebiegiem realizacji zamówienia, w tym w zakresie podmiotów faktycznie je wykonujących. Obowiązek zgłoszenia Zamawiającemu podwykonawców jest ściśle powiązany z art. 647[1] Kc, który wprowadza odpowiedzialność solidarną inwestora z wykonawcą za zapłatę wynagrodzenia podwykonawcy. Izba podziela również stanowisko Zamawiającego, że *wprowadzenie takiego mechanizmu zabezpieczającego pozwala Zamawiającemu na egzekwowanie należytego nadzoru nad strukturą realizacyjną zadania oraz przeciwdziała występowaniu zjawiska nieformalnego podwykonawstwa, które rodzi ryzyka natury prawnej, technicznej i finansowej, zarówno dla Zamawiającego, jak i dla innych uczestników procesu inwestycyjnego*.

W ocenie Izby nie sposób podzielić stanowiska Odwołującego, jakoby Zamawiający wprowadził podwójną sankcję za naruszenie obowiązku zgłoszenia podwykonawcy, tj. karę umowną i jednocześnie prawo wstrzymania wypłaty wynagrodzenia wykonawcy do czasu dokonania końcowego odbioru robót i ostatecznego rozliczenia inwestycji. Podkreślić należy, że inną funkcję pełni zastrzeżona na tę okoliczność kara umowna, która ma charakter m.in. odszkodowawczy, inną natomiast – prawo czasowego wstrzymania wypłaty wynagrodzenia, które ma stanowić narzędzie zapobiegające naruszeniu lub służące jak najszybszemu wyeliminowania już zaistniałego naruszenia.

Nieprzekonujące jest twierdzenie Odwołującego, że zastrzeżenie takiego uprawnienia na rzecz Zamawiającego może doprowadzić do rzeczywistej konieczności sfinansowania całej realizacji inwestycji ze strony wykonawcy. Podkreślić należy, że to od wykonawcy zależy przecież dopełnienie obowiązków związanych w wprowadzaniem podwykonawców na teren budowy. Wprowadzenie wykonawcy niezgłoszonego czy niezaakceptowanego zawsze będzie spowodowane działaniami i zaniechaniami wykonawcy, który musi liczyć się z konsekwencjami tak istotnych naruszeń. Dotyczy to również dalszych podwykonawców, wykonawca powinien bowiem tak określić zasady współpracy z podwykonawcą i tak zorganizować nadzór na terenie budowy, aby wprowadzanie dalszych podwykonawców odbywało się w sposób zgodny z przepisami prawa i postanowieniami umowy. Nieprzekonujące jest więc – zdaniem Izby – twierdzenie o ryzyku przystąpienia do realizacji robót niezgłoszonych lub niezaakceptowanych podwykonawców, bez wiedzy wykonawcy i z przyczyn, za które nie podnosi on odpowiedzialności.

Zarzut c)

Przedmiotowy zarzut został oparty wyłącznie na twierdzeniu o przekroczeniu zasady swobody umów (art. 353[1] Kc), polegające na wprowadzeniu do wzoru umowy postanowienia niemającego uzasadnienia w istniejących potrzebach zamawiającego, co stanowi nadużycie przez Zamawiającego jego pozycji dominującej.

W ocenie Izby wymaganie przedłożenia, przed dokonaniem zapłaty przez Zamawiającego za wykonane roboty, oświadczeń podwykonawców o uregulowaniu przez wykonawcę wobec nich wszelkich zobowiązań i płatności, jest uzasadnione i nie stanowi przekroczenia zasady swobody umów określonej w art. 353[1] Kc.

Izba podziela stanowisko Zamawiającego, że zaskarżone postanowienie realizuje cel, jakim jest ochrona interesu publicznego, ochrona podwykonawców oraz rzetelne rozliczenie wynagrodzenia wykonawcy. Jednocześnie jest to zgodne z art. 447 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, który stanowi, że w przypadku zamówień na roboty budowlane, których termin wykonywania jest dłuższy niż 12 miesięcy, jeżeli umowa przewiduje zapłatę wynagrodzenia należnego wykonawcy w częściach, warunkiem zapłaty, przez zamawiającego, drugiej i następnych części należnego wynagrodzenia za odebrane roboty budowlane jest przedstawienie dowodów zapłaty wymagalnego wynagrodzenia podwykonawcom i dalszym podwykonawcom, o których mowa w , biorącym udział w realizacji odebranych robót budowlanych. Ustawa wymaga więc potwierdzenia zapłaty wymagalnych zobowiązań z tytułu wynagrodzenia, nie zaś – jak tego chciał Odwołujący – jedynie zobowiązań bezspornych.

Ponadto, jak słusznie podniósł Zamawiający, realizacja sformułowanego w odwołaniu wniosku o ograniczenie zakresu wymaganych oświadczeń podwykonawców tylko do zobowiązań i płatności bezspornych, wiązałaby się z potencjalnymi wątpliwościami interpretacyjnymi, a także stwarzałaby ryzyko nadużyć polegających na dowolnym kwestionowaniu zobowiązań przez wykonawcę, co mogłoby prowadzić do opóźnień lub unikania płatności na rzecz podwykonawców.

Zarzut e)

W odniesieniu do postanowień dotyczących waloryzacji wynagrodzenia Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisów art. 439 ust. 1 i 2 ustawy Pzp, stanowiących:

1. 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.

2. 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.

Ponadto Odwołujący powołał się na przepis art. 58 Kc, zgodnie z którym:

§ 1. Czynność prawna sprzeczna z ustawą albo mająca na celu obejście ustawy jest nieważna, chyba że właściwy przepis przewiduje inny skutek, w szczególności ten, iż na miejsce nieważnych postanowień czynności prawnej wchodzą odpowiednie przepisy ustawy.

§ 2. Nieważna jest czynność prawna sprzeczna z zasadami współżycia społecznego.

§ 3. Jeżeli nieważnością jest dotknięta tylko część czynności prawnej, czynność pozostaje w mocy co do pozostałych części, chyba że z okoliczności wynika, iż bez postanowień dotkniętych nieważnością czynność nie zostałaby dokonana.

Po pierwsze należy stwierdzić, że Zamawiający zamieścił we wzorze umowy wszystkie elementy waloryzacji wymagane ww. przepisami, brak więc jest podstaw do twierdzenia o naruszeniu tych przepisów. Zamawiający określił poziom zmiany cen uprawniający do waloryzacji, sposób jej ustalenia z odesłaniem do wskaźnika publikowanego przez Prezesa GUS, wpływ zmiany cen na koszt wykonania zamówienia oraz maksymalną wartość zmiany wynagrodzenia. W ocenie Izby Odwołujący nie wykazał, aby wprowadzenie tych postanowień stanowiło wyłącznie formalne wypełnienie obowiązku określonego w art. 439 ustawy Pzp.

Izba nie podziela stanowiska Odwołującego, że ograniczanie możliwości zastosowania waloryzacji wyłącznie do pojedynczej sytuacji (jednokrotność) stoi wprost w sprzeczności z podstawowymi celami wprowadzenia waloryzacji. Oceniając częstotliwość waloryzacji pod kątem zapewnienia ekwiwalentności świadczeń należy brać pod uwagę charakter i okres realizacji zamówienia i do niego odnosić przewidywaną liczbę waloryzacji. Biorąc zatem pod uwagę, że w rozpoznawanej sprawie termin realizacji zamówienia wynosi 20 miesięcy od podpisania umowy łącznie z uzyskaniem decyzji dopuszczającej obiekty do użytkowania (§ 3 ust. 1 wzoru umowy), a największe nakłady na jej realizację – jak przyznał sam Odwołujący – będą ponoszone po upływie pierwszych 6 miesięcy, to trudno uznać, że pojedyncza waloryzacja dla okresu pozostałych 14 miesięcy nie zrealizuje celu waloryzacji. Jednocześnie pozwoli to Zamawiającemu na zapewnienie przewidywalności budżetowej. Należy też mieć na uwadze, że jakkolwiek celem waloryzacji jest minimalizowanie skutków zmiany kosztów realizacji zamówienia, to cel ten nie powinien być rozumiany jak bieżące i całkowite eliminowanie skutków każdej zmiany kosztów realizacji zamówienia, o czym świadczy fakt, że ustawodawca zobowiązał zamawiających do określania zarówno jej częstotliwości, jak i poziomu zmiany ceny materiałów lub kosztów, po osiągnięciu powstanie uprawnienie do waloryzacji wynagrodzenia. Oznacza to, że wykonawca musi brać pod uwagę, że waloryzacja nie zapewni pełnej rekompensaty zwiększonych kosztów wykonania zamówienia.

Odnosząc się do proponowanego przez Odwołującego wskaźnika waloryzacji stwierdzić należy, że jedyne co zostało wykazane to fakt, że jest to wskaźnik preferowany przez wykonawcę. Odwołujący w żadnej mierze nie wykazał wadliwości wskaźnika przewidzianego przez Zamawiającego, który jest zgodny z art. 439 ustawy Pzp.

W odniesieniu do twierdzenia Odwołującego, że wartość zmian cen uprawniająca do złożenia wniosku o waloryzację jest stanowczo zawyżona, gdyż na 10% inflację nie wskazują żadne prognozy makroekonomiczne, stwierdzić należy, że teza ta wydaje się być niespójna z pozostałymi zarzutami dotyczącymi klauzuli waloryzacyjnej. Skoro – jak twierdzi Odwołujący – prognozowany wzrost cen jest niższy, to świadczy to również o braku konieczności częstej waloryzacji i zwiększenia jej limitu (o co wnosił Odwołujący). Stanowisko Odwołującego wydaje się więc wewnętrznie sprzeczne – z jednej strony podważa on 10-procentowy wzrost wskaźnika uprawniający do waloryzacji, wskazując na prognozowanie niższej inflacji, z drugiej strony – uzasadniając potrzebę zwiększenia limitu waloryzacji

powołuje się na okoliczność, że według źródeł publikujących uśrednione notowania wzrostów cen wzrosty cen za ostatni rok w budownictwie wyniosły około 18,7%. Zauważyć należy, że prawo do waloryzacji będzie – zgodnie z § 8A ust. 7 wzoru umowy – ustalane w oparciu o miesięczny wskaźnik cen produkcji budowlano-montażowej, tablica 1 OGÓŁEM (kolumna czwarta) publikowany przez Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego. Nie jest to więc wskaźnik oderwany od kosztów związanych z przedmiotową inwestycją.

Wobec powyższego za niezasadne Izby uznała zarzuty dotyczące klauzuli waloryzacyjnej, zarówno w odniesieniu do częstotliwości waloryzacji, jak i progu uprawniającego do waloryzacji, wskaźnika będącego podstawą jej ustalenia oraz limitu waloryzacji.

Zarzut g)

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 5 i 353^1 Kc, w zw. z w zw. z art. 473 § 1, art. 483 i art. 484 § 2 Kc.

Art. 473 § 1 Kc stanowi: *Dłużnik może przez umowę przyjąć odpowiedzialność za niewykonanie lub za nienależyte wykonanie zobowiązania z powodu oznaczonych okoliczności, za które na mocy ustawy odpowiedzialności nie ponosi*.

Zgodnie z art. 483 § 1 Kc:

§ 1. Można zastrzec w umowie, że naprawienie szkody wynikłej z niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania niepieniężnego nastąpi przez zapłatę określonej sumy (kara umowna).

§ 2. Dłużnik nie może bez zgody wierzyciela zwolnić się z zobowiązania przez zapłatę kary umownej.

Stosownie do art. 484 § 2 Kc: *Jeżeli zobowiązanie zostało w znacznej części wykonane, dłużnik może żądać zmniejszenia kary umownej; to samo dotyczy wypadku, gdy kara umowna jest rażąco wygórowana*.

Przedstawione przez Odwołującego uzasadnienie przedmiotowego zarzutu ogranicza się do gołosłownego twierdzenia, że *kara umowna za przypadki zdefiniowane w § 15 ust. 2 Umowy ma charakter rażąco wygórowany, prowadząc do tego, że obciążenie wykonawcy jest nieadekwatne, a kara umowna nie służy kompensacji szkody powstałej u Zamawiającego, tylko zbliża tak ukształtowaną karę umowną do mechanizmu służącego jego nieuzasadnionemu wzbogaceniu*. Jednocześnie Odwołujący nie przedstawił żadnej argumentacji na poparcie ww. twierdzenia, natomiast pozostała część uzasadnienia sprowadza się do kilku zdań mających charakter ogólnych uwag teoretycznych o roli kar umownych i konieczności zapewnienia ich adekwatności do wagi naruszenia.

Odwołujący nie wykazał więc, aby Zamawiający – określając wysokość kar umownych – naruszył przepisy ustawy, w tym przede wszystkim że poziom kar umownych jest tak rażąco wygórowany, że zakłóca lub uniemożliwia konkurencję w postępowaniu. W ocenie Izby Odwołujący nie podjął nawet próby przeprowadzenia takiego dowodu, nie przedstawili chociażby żadnej symulacji, która potwierdzałaby, że podjęcie się realizacji zamówienia wiązałoby się dla wykonawcy z tak wysokim ryzykiem, że wyłącza ono ekonomiczną celowość ubiegania się o zamówienie, co w konsekwencji wyłącza lub niezasadnie ogranicza konkurencję w postępowaniu.

Zauważyć należy, że funkcją kar umownych jest nie tylko naprawienie szkody wyrządzonej zamawiającemu (co wynika z art. 480 § 1 Kc), kary te pełnią również funkcję prewencyjną, motywując wykonawcę do należytego wykonania przedmiotu umowy i minimalizując ryzyko niedotrzymania jej postanowień. W ocenie Izby zastrzeżone przez Zamawiającego kary pozwalają zrealizować te funkcje, a żądania Odwołującego zmierzają jedynie do ukształtowania kwestionowanych postanowień w sposób dla niego korzystniejszy.

Zarzut i)

Przedmiotowy zarzut został oparty wyłącznie na twierdzeniu o przekroczeniu zasady swobody umów (art. 353^1 Kc), polegające na wprowadzeniu do wzoru umowy postanowienia niemającego uzasadnienia w istniejących potrzebach zamawiającego, co stanowi nadużycie przez Zamawiającego jego pozycji dominującej.

Uzasadnienie tego zarzutu sprowadza się w istocie do twierdzenia, że cesja wynagrodzenia nie ma jakiegokolwiek wpływu na uprawnienia Zamawiającego, służy natomiast wsparciu działalności przedsiębiorców z sektora MŚP celem zabezpieczenia sytuacji finansowej takich podmiotów. Odwołujący nie wykazał, który z elementów wyznaczających zakres swobody umów został przez Zamawiającego naruszony.

Zamawiający natomiast przedstawił przekonujące uzasadnienie takiego ograniczenia, powołując się na ochronę interesu publicznego oraz zapewnienia transparentności i kontroli nad przepływem środków publicznych. Wskazał, że *ewentualne przeniesienie wierzytelności – nawet na instytucję finansową – ogranicza wpływ Zamawiającego na realizację umowy i rozliczenia, może prowadzić do nieprzewidzianych komplikacji prawnych oraz utrudniać stosowanie przepisów*

dotyczących solidarnej odpowiedzialności za wynagrodzenie podwykonawców (zgodnie z art. 465 Pzp).

Odnosząc się do żądania Odwołującego Zamawiający zasadnie wskazał, że wprowadzenie wyjątku w postaci możliwości dokonania cesji na *renomowany bank polski* może wywoływać wątpliwości interpretacyjne, co może otwierać drogę do prób obchodzenia zakazu cesji (np. przez factoring niejawny, z użyciem spółek zależnych banku).

Należy również zgodzić się z Zamawiającym, że zakaz przenoszenia wierzytelności i obowiązków jest zgodny z art. 509 § 1 Kc (który wprost wskazuje na możliwość umownego zastrzeżenia zakazu cesji wierzytelności), a jednocześnie mieści się w granicach swobody kontraktowej stron, nie naruszając przepisów ustawy Pzp ani zasad uczciwej konkurencji.

Zarzut h)

W odniesieniu do ww. zarzutu, który w ocenie Izby jest zasadny, Odwołujący zarzucił Zamawiającemu – obok naruszenia art. 5 i art. 3531 Kc – także naruszenie art. 99 ust. 1 w zw. z art. 455 ustawy Pzp.

Zgodnie z 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 mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty*.

Stosownie do art. 455 ust. 1 ustawy Pzp: *Dopuszczalna jest zmiana umowy bez przeprowadzenia nowego postępowania o udzielenie zamówienia:*

1) niezależnie od wartości tej zmiany, o ile została przewidziana w ogłoszeniu o zamówieniu lub dokumentach zamówienia, w postaci jasnych, precyzyjnych i jednoznacznych postanowień umownych, które mogą obejmować postanowienia dotyczące zasad wprowadzania zmian wysokości ceny, jeżeli spełniają one łącznie następujące warunki:

a) określają rodzaj i zakres zmian,

b) określają warunki wprowadzenia zmian,

c) nie przewidują takich zmian, które modyfikowałyby ogólny charakter umowy;

W ocenie Izby możliwość rezygnacji przez Zamawiającego z realizacji 50% przedmiotu umowy w okolicznościach przedmiotowej sprawy powoduje, że określenie przedmiotu zamówienia nie umożliwia rzetelnego sporządzenia oferty, co jest niezgodne z art. 99 ust. 1 ustawy Pzp.

Jakkolwiek art. 433 pkt 4 ustawy Pzp określa jako klauzulę abuzywną zastrzeżenie możliwości ograniczenia zakresu zamówienia przez zamawiającego bez wskazania minimalnej wartości lub wielkości świadczenia stron, to sam fakt wskazania tej minimalnej wartości lub wielkości nie może świadczyć o dopuszczalności takiego ograniczenia, w oderwaniu od pozostałych przepisów ustawy, w tym zawierających wymagania w zakresie jednoznacznego i precyzyjnego opisu przedmiotu zamówienia.

Rozumiejąc potrzebę zapewnienia pewnego stopnia elastyczności w realizacji przedmiotu zamówienia, nie sposób zgodzić się z Zamawiającym, że możliwość niewykonania połowy zamówienia polegającego na budowie pływalni, na podstawie istniejącego już projektu (a więc w istocie niezrealizowanie w ogóle celu zamówienia – trudno bowiem uznać za taką realizację wykonanie połowy robót składających się na takie zadanie) służy tylko reagowaniu na zmieniające się uwarunkowania finansowe, organizacyjne lub techniczne, które mogą wystąpić w toku realizacji umowy. Zamawiający powyższego twierdzenia w żadnej mierze nie wykazał ani nawet nie uprawdopodobnił.

Zamawiający powołał się na bliżej nieokreślone zmiany potrzeb, decyzje organów nadzoru, itp. Zauważenia wymaga jednak, że to zaskarżone postanowienie umowy pozwala na całkowicie uznaniową rezygnację z realizacji aż połowy zamówienia. O ile w przypadku dostaw czy usług można zrozumieć, że w sytuacji zmniejszenia się zapotrzebowania zamawiającego zakres zamówienia zostanie istotnie zmniejszony, o tyle trudno doszukać się takiego usprawiedliwienia w sytuacji realizacji zadania inwestycyjnego będącego przedmiotem niniejszego zamówienia, stanowiącego pewną całość i realizowanego na podstawie opracowanego już projektu budowlanego. W tym przypadku bowiem potrzeby Zamawiającego zostały już jednoznacznie określone, a trudno zakładać, że ewentualne konieczne korekty projektu budowlanego miałyby dotyczyć aż takiego zakresu zamówienia i jednocześnie pozwalałyby na utrzymanie charakteru zamówienia i osiągnięcie jego celów.

Określając dopuszczalny próg ograniczenia przedmiotu zamówienia należy więc mieć na względzie charakter i specyfikę przedmiotu zamówienia oraz konsekwencje, jakie możliwość taka wywołuje dla opisu przedmiotu zamówienia i w konsekwencji w sferze kalkulacji oferty. W rozpoznawanej sprawie wykonawca, licząc się z ryzykiem niezrealizowania połowy zamówienia, w istocie nie wie, jaki będzie przedmiotem zamówienia i jak kalkulować ofertę, w szczególności

biorąc pod uwagę, że kalkulacja dotyczy robót budowlanych stanowiących określoną całość i wymagających stosownego zaplanowania całego procesu. Zatem sam fakt, że Zamawiający określił minimalny zakres zamówienia, nie przesądza o zgodności takiego postanowienia z prawem.

Co istotne, Zamawiający podczas rozprawy nie był w stanie podać, na jakiej podstawie ustalił 50-procentowy próg gwarantowanego zakresu zamówienia, powoływał się jedynie na ogólną potrzebę zapewnienia elastyczności. Ze stanowiska Zamawiającego nie wynika, aby przeprowadził on jakiekolwiek analizy ryzyka w tym zakresie, co prowadzi do wniosku, że próg ten został określony całkowicie uznaniowo, bez uwzględnienia skutków dla kompletności i jednoznaczności opisu przedmiotu zamówienia.

Trudno też zgodzić się z Zamawiającym, że takie postanowienie umowne umożliwia wykonawcom ocenę ryzyka i uwzględnienie go w kalkulacji oferty. Zdaniem Izby byłoby to przerzucenie na wykonawcę zbyt dużego ryzyka przy jednoczesnym braku usprawiedliwienia w obiektywnych potrzebach Zamawiającego.

W związku z tym, że Zamawiający w najmniejszym nawet stopniu nie przedstawił argumentów pozwalających określić konieczny próg możliwości rezygnacji z realizacji części przedmiotu umowy, Izba uwzględniła wniosek Odwołującego, aby próg ten dotyczył nie więcej niż 10% przedmiotu umowy.

Wobec powyższego orzeczono, jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 557, art. 574 i art. 575 ustawy Pzp oraz § 5 pkt 1 i 2 lit. b oraz § 7 ust. 2 pkt 1, ust. 3 pkt 1 i ust. 6 , stosownie do wyniku postępowania obciążając kosztami Odwołującego w części 6/7 i Zamawiającego w części 1/7.

Przewodnicząca:……