

WYROK

Warszawa, dnia 29 lipca 2025 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Danuta Dziubińska

Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 23 czerwca 2025 r. przez wykonawcę Balzola Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie w postępowaniu prowadzonym przez Tramwaje Śląskie Spółka Akcyjna z siedzibą w Chorzowie

Uczestnicy postępowania po stronie odwołującego:

A.Budimex Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie

B.ZUE Spółka Akcyjna z siedzibą w Krakowie

orzeka:

1. umarza postępowanie w zakresie zarzutów uwzględnionych przez zamawiającego oraz zarzutów wycofanych przez odwołującego;
2. uwzględnia odwołanie w zakresie zarzutu nr I.4 i nakazuje zamawiającemu zastąpienie obowiązku złożenia oświadczenia podwykonawcy lub dalszego podwykonawcy obowiązkiem złożenia dowodów zapłaty na rzecz podwykonawców jako warunek zapłaty drugiej i kolejnych faktur wykonawcy;
3. oddala odwołanie w pozostałym zakresie;
4. kosztami postępowania obciąża odwołującego w 1/2 i zamawiającego w 1/2:
 - 4.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania, 3 600 zł 00 gr (trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem wynagrodzenia pełnomocnika zamawiającego, 3 600 zł 00 gr (trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego, 17 zł 00 gr (siedemnaście złotych zero groszy) tytułem opłaty od pełnomocnictwa złożonego przez zamawiającego;
 - 4.2. zasądza od zamawiającego - Tramwaje Śląskie Spółka Akcyjna z siedzibą w Chorzowie na rzecz odwołującego - Balzola Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie kwotę 9 992 zł 00 gr (dziewięć tysięcy dziewięćset dziewięćdziesiąt dwa złote zero groszy), tytułem zwrotu części uiszczonych kosztów postępowania odwoławczego.

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:

Uzasadnienie

Tramwaje Śląskie S.A.(dalej: „Zamawiający”) prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie ustawy z 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (dalej: „ustawa Pzp” lub „Pzp”), postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. *Wykonanie prac w formule „zaprojektuj i wybuduj” dla zadań obejmujących przebudowę torowiska oraz sieci trakcyjnej na terenie Będzina oraz Dąbrowy Górniczej w ramach Projektu pn.: „Modernizacja i rozwój infrastruktury tramwajowej w Górnym Śląsku – Zagłębiowskiej Metropolii – Etap I” współfinansowanego przez Unię Europejską ze środków Funduszu Spójności w ramach Programu Fundusze Europejskie na Infrastrukturę, Klimat,*

Środowisko 2021-2027, numer referencyjny UE/JRP/C/280/2025.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 11 czerwca 2025 r. pod numerem 365661-2025. Specyfikacja Warunków Zamówienia (dalej: "SWZ"), w tym projektowane postanowienia umowy (dalej: „Umowa”) została opublikowana w tej samej dacie.

Wykonawca Balzola Polska Sp. z o.o. (dalej: „Odwołujący”) wniósł odwołanie wobec postanowień SWZ w którym zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisów:

- I.1. art. 433 pkt 3 ustawy Pzp, art. 8 ustawy Pzp w zw. z art. 353¹ kc, art. 647 kc., 651 kc., art. 656 w zw. z art. 632 kc i 634 kc oraz art. 99 ust. 1 ustawy Pzp polegające na sformułowaniu projektowanych postanowień umowy w sposób sprzeczny z istotą umowy o zamówienie publiczne na roboty budowlane realizowane w trybie zaprojektuj i wybuduj oraz przenoszący na wykonawcę odpowiedzialność za okoliczności za które wyłączną odpowiedzialność ponosi Zamawiający tj. za prawidłowość dokonanego opisu przedmiotu zamówienia w tym jego sprzeczności, błędy lub niejasności i zaniechania w zakresie obowiązku zgodnego z ustawą dokonania opisu przedmiotu zamówienia przez:
- wprowadzenie w § 1 ust. 3 Umowy „Przedmiot zamówienia” postanowień o tym, że „Wykonawca oświadcza, że zapoznał się z wszelkimi dokumentami dotyczącymi zakresu Umowy, w tym udostępnioną przez Zamawiającego dokumentacją oraz SWZ, PFU i oświadcza, że nie wnosi w tym zakresie zastrzeżeń w związku z czym wykonawca nie jest uprawniony do formułowania jakichkolwiek roszczeń w związku z wykryciem ewentualnych sprzeczności, błędów lub niejasności.”
 - wprowadzenie w § 1 ust. 10 Umowy „Przedmiot zamówienia” postanowień o tym, że „Powyższy obowiązek dotyczy również wszystkich prac (robót, dostaw, usług) które nie są wyraźnie wyszczególnione w SWZ, Umowie i jej załącznikach a okażą się konieczne do wykonania Przedmiotu Umowy w trakcie realizacji prac projektowych lub robót budowlanych. W związku z tym takie prace (roboty, dostawy i usługi), o których mowa powyżej, traktowane będą jako objęte Przedmiotem Umowy oraz zostaną wykonane przez Wykonawcę w ramach Wynagrodzenia”.
 - wprowadzenie w § 1 ust. 13 Umowy „Przedmiot zamówienia” postanowień o tym, że „Wykonawca oświadcza, że rozważył wszystkie stosowane warunki oraz okoliczności w których mają być wykonywane prace, w szczególności odnośnie wpływu tych okoliczności na wykonane roboty, wartość Umowy (włączając w to wahania kosztów i dostępność siły roboczej, organizacji pracy) oraz otrzymał od Zamawiającego wszelkie niezbędne dane, mogące mieć wpływ na ryzyka i okoliczności realizacji Przedmiotu Umowy.”
- I.2. art. 8 ust. 1 ustawy Pzp w zw. 353¹ kc, art. 5 kc w zw. z art.627 kc, 647 kc, art. 652 kc, poprzez nadużycie pozycji dominującej organizatora przetargu, ukształtowanie postanowień przyszłej umowy w sposób sprzeczny z naturą stosunku prawnego, zasadą równowagi stron i wprost przepisami prawa i przyznanie sobie przez Zamawiającego, w sposób niezgodny z prawem, w § 9 ust. 12, § 9 ust. 14 i ust 16 Umowy a także § 9 ust 12 Umowy i § 4 pkt 3) Umowy uprawnienia do odmowy dokonania odbioru od Wykonawcy dokumentacji projektowej oraz wykonanych robót, na wypadek stwierdzenia wystąpienia w nich jakichkolwiek wad w tym nieistotnych, a także uprawnienia do odmowy dokonania zapłaty do czasu dokonania odbioru „bez uwag”, podczas gdy zgodnie z obowiązującymi przepisami dokonanie odbioru aktualizującego obowiązek zapłaty jest obowiązkiem inwestora i nie może być uzależnione od bezusterkowego wykonania działu czy obiektu.
- I.3. art. 433 pkt 3, art. 8 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 353¹, art. 627 i art 647 kc poprzez nadużycie pozycji dominującej organizatora przetargu, ukształtowanie postanowień przyszłej umowy w sposób sprzeczny z naturą stosunku prawnego, zasadą równowagi stron i wprost przepisami prawa poprzez określenie w § 6 ust. 1 - 3 Umowy, że za termin wykonania każdego z etapów zamówienia jak i termin wykonania przedmiotu umowy uważa się dzień podpisania protokołu odbioru podczas gdy datą wykonania zobowiązań wykonawcy czy to z umowy o roboty budowlane czy umowy o dzieło jest data zakończenia robót i zgłoszenia gotowości do odbioru, potwierdzone protokołem odbioru, który ma charakter pokwitowania spełnienia świadczenia w rozumieniu art. 462 kc. ale nie może stanowić o dacie wykonania zobowiązań umownych przez wykonawcę.
- I.4. art. 447 ust. 1 pkt 1) ustawy Pzp poprzez zastrzeżenie w § 7 ust. 18, 19 oraz § 10 ust 5 Umowy, że warunkiem zapłaty każdej faktury będzie przedstawienie przez Wykonawcę Zamawiającemu oświadczeń podwykonawców wg. załącznika nr 4 o braku wymagalnych wierzytelności i zwolnieniu Zamawiającego z odpowiedzialności podczas gdy:
- 1)przedstawienie dowodów zapłaty wynagrodzenia na rzecz podwykonawców lub dalszych podwykonawców może warunkować drugiej i następnej części należnego wynagrodzenia za odebrane roboty;
 - 2)zapłata części wynagrodzenia na rzecz wykonawcy może być uwarunkowana przedstawieniem dowodów zapłaty

wymagalnego wynagrodzenia na rzecz podwykonawców i dalszych podwykonawców

I.5 art. 433 pkt 4) ustawy Pzp, art. 8 ustawy Pzp w zw. z art. 353¹ kc oraz art. 5 kc poprzez zastrzeżenie w § 10 ust 26 ale również § 15 ust 5 uprawnienia Zamawiającego do jednostronnego ograniczenia zakresu umowy przy czym w §10 ust. 26 Umowy o 20% a w § 15 ust. 5 Umowy aż o 70% wartości umowy co w tym drugim przypadku jest nadmierne i nieproporcjonalne, podważa celowość zawarcia umowy, a ponadto przyczyny ograniczenia zakresu umowy wskazane w § 15 ust 5 tj. brak możliwości planowanego finansowania projektu są przeszkodą do zawarcia umowy czy też podstawą do unieważnienia postępowania ale nie do jednostronnego ograniczenia zakresu umowy bez prawa wykonawcy do żądania odszkodowania.

Mając na uwadze powyższe, Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu dokonania:

1) w zakresie zarzutu nr I.1 – zmianę w § 1 ust. 3 Umowy poprzez jego usunięcie, zmianę §1 ust.10 Umowy poprzez jego usunięcie oraz zmianę § 1 ust 13 poprzez zastąpienie jego dotychczasowego brzmienia zgodnie z którym „Wykonawca oświadcza, że rozważył wszystkie stosowane warunki oraz okoliczności w których mają być wykonywane prace, w szczególności odnośnie wpływu tych okoliczności na wykonane roboty, wartość Umowy (włączając w to wahania kosztów i dostępność siły roboczej, organizacji pracy) oraz otrzymał od Zamawiającego wszelkie niezbędne dane, mogące mieć wpływ na ryzyka i okoliczności realizacji Przedmiotu Umowy” zapisem „Wykonawca oświadcza, że w oparciu o dokumenty udostępnione przez Zamawiającego na etapie przetargu rozważył wszystkie stosowane warunki oraz okoliczności w których mają być wykonywane prace, w szczególności odnośnie wpływu tych okoliczności na wykonane roboty, wartość Umowy (włączając w to wahania kosztów i dostępność siły roboczej, organizacji pracy).”

w zakresie zarzutu I.2:

-zmianę w § 4 pkt 3) Umowy w następujący sposób „*zapłata Wykonawcy należnego wynagrodzenia za prawidłowo wykonany i odebrany Przedmiot Umowy zgodnie z postanowieniami niniejszej Umowy*”;

-zmianę w § 9 ust. 12: „Do obowiązków Wykonawcy należy dołączenie do każdej dokumentacji projektowej, stanowiącej przedmiot odbioru pisemnego oświadczenia, że dostarczona dokumentacja projektowa jest wykonana zgodnie z Umową, obowiązującymi przepisami, normami oraz że została przekazana w stanie pełnym i jest kompletna z punktu widzenia celu, dla którego została wykonana. Pisemne oświadczenie, o którym mowa w tym ustępie, stanowi integralną część przedmiotu odbioru”

-zmianę w § 9 ust 14 Umowy: „Odbiór końcowy dokumentacji projektowej dla każdego Zadania (Etap I), w tym weryfikacja dokumentacji przez Zamawiającego oraz Inżyniera Kontraktu odbywa się na zasadach określonych w SWZ oraz w terminie 14 dni roboczych od dnia otrzymania kompletnego opracowania.

-zmianę w § 9 ust. 16 Umowy: „Z zastrzeżeniem procedury odbiorowej przewidzianej dla dokumentacji projektowej w PFU, w razie stwierdzenia wad lub braków dokumentacji projektowej objętej Przedmiotem Umowy w trakcie wykonywania Umowy lub w czasie odbioru dokumentacji lub jej części, a także w trakcie realizacji robót budowlanych prowadzonych na podstawie tej dokumentacji - Wykonawca zobowiązuje się do usunięcia stwierdzonych wad lub braków. W przypadku stwierdzenia wad lub braków dokumentacji projektowej w trakcie procedury odbioru, zgodnie z PFU, Wykonawca zobowiązany jest usunąć te wady lub braki w terminach wskazanych przez Zamawiającego w protokole odbioru. W przypadku stwierdzenia wad lub braków na późniejszym etapie, tj. już po odbiorze dokumentacji, Wykonawca zobowiązany jest usunąć te wady lub braki w terminie wyznaczonym przez Zamawiającego na piśmie, nie krótszym jednak niż 6 dni.

-zmianę w § 9 część II Odbiory w zakresie robót budowlanych ust. 12 Umowy,

„Jeśli w toku czynności odbioru zostaną stwierdzone wady nieistotne:

a) jeżeli wady można usunąć i umożliwiają użytkowanie Przedmiotu Umowy zgodnie z przeznaczeniem, Zamawiający dokona odbioru końcowego wyznaczając termin usunięcia wad;

b) jeżeli wad nie można usunąć i umożliwiają użytkowanie przedmiotu odbioru zgodnie z przeznaczeniem i nie zagrażają bezpieczeństwu życia i zdrowia ludzi, Zamawiający może obniżyć odpowiednio wynagrodzenie Wykonawcy.

3) W zakresie zarzutu I.3 poprzez zmianę § 6 ust 3-5 poprzez zapisanie w każdym ze wskazanych postanowień umowy, że terminem wykonania etapu oraz terminem wykonania Przedmiotu Umowy jest data zgłoszenia zakończenia prac czy robót danego Etapu pod warunkiem dokonania odbioru”.

4) W zakresie zarzutu I.4 przez zmianę w §7 ust 18 i 19 oraz §10 ust 5 i zastąpienie obowiązku złożenia oświadczenia

podwykonawcy lub dalszego podwykonawcy obowiązkiem złożenia dowodów zapłaty na rzecz podwykonawców jako warunek zapłaty drugiej i kolejnych f-r wykonawcy.

5) W zakresie zarzutu I.5 przez usunięcie §15 ust 5 Umowy.

Zamawiający w pisemnej odpowiedzi na odwołanie oświadczył, że uwzględni odwołanie w części, tj. odnośnie:

- 1) zarzutu nr I.1 w zakresie treści § 1 ust. 3 Umowy w części „w związku z czym Wykonawca nie jest uprawniony do formułowania jakichkolwiek roszczeń w związku z wykryciem ewentualnych sprzeczności, błędów lub niejasności”, Zamawiający dokona zmiany SWZ poprzez nadanie § 1 ust. 3 Umowy treści: *Wykonawca oświadcza, że zapoznał się z wszelkimi dokumentami dotyczącymi zakresu Umowy, w tym udostępnioną przez Zamawiającego dokumentacją oraz SWZ, PFU i oświadcza, że nie wnosi w tym zakresie zastrzeżeń.*
- 2) zarzutu nr I.2 w zakresie:
 - a) treści § 4 pkt 3) Umowy, Zamawiający dokona zmiany SWZ poprzez nadanie § 4 pkt 3) Umowy następującej treści: *„zapłata Wykonawcy należnego wynagrodzenia za prawidłowo wykonany i odebrany Przedmiot Umowy zgodnie z postanowieniami niniejszej Umowy”*
 - b) treści § 9 ust. 12 Umowy, Zamawiający dokona zmiany SWZ poprzez nadanie § 9 ust. 12 Umowy następującej treści: *„Do obowiązków Wykonawcy należy dołączenie do każdej dokumentacji projektowej, stanowiącej przedmiot odbioru pisemnego oświadczenia, że dostarczona dokumentacja projektowa jest wykonana zgodnie z Umową, obowiązującymi przepisami, normami oraz że została przekazana w stanie pełnym i jest kompletna z punktu widzenia celu, dla którego została wykonana. Pisemne oświadczenie, o którym mowa w tym ustępie, stanowi integralną część przedmiotu odbioru”*
 - c) treści § 9 ust. 16 Umowy, Zamawiający dokona zmiany SWZ poprzez nadanie § 9 ust. 16 Umowy treści: *„Z zastrzeżeniem procedury odbiorowej przewidzianej dla dokumentacji projektowej w PFU, w razie stwierdzenia wad lub braków dokumentacji projektowej objętej Przedmiotem Umowy w trakcie wykonywania Umowy lub w czasie odbioru dokumentacji lub jej części, a także w trakcie realizacji robót budowlanych prowadzonych na podstawie tej dokumentacji - Wykonawca zobowiązuje się do usunięcia stwierdzonych wad lub braków. W przypadku stwierdzenia wad lub braków dokumentacji projektowej w trakcie procedury odbioru, zgodnie z PFU, Wykonawca zobowiązany jest usunąć te wady lub braki w terminach wskazanych przez Zamawiającego w protokole odbioru. W przypadku stwierdzenia wad lub braków na późniejszym etapie, tj. już po odbiorze dokumentacji, Wykonawca zobowiązany jest usunąć te wady lub braki w terminie wyznaczonym przez Zamawiającego na piśmie, nie krótszym jednak niż 6 dni.”*
 - d) treści § 9 Część II ust. 12 Umowy, Zamawiający dokona zmiany SWZ poprzez nadanie § 9 Część II ust. 12 Umowy następującej treści: *„Jeśli w toku czynności odbioru zostaną stwierdzone wady nieistotne to Zamawiający:*
 - a) *dokona odbioru końcowego wyznaczając termin usunięcia wad, jeżeli wady można usunąć i umożliwiają użytkowanie Przedmiotu Umowy zgodnie z przeznaczeniem;*
 - b) *może obniżyć odpowiednio wynagrodzenie Wykonawcy, jeżeli wad nie można usunąć i umożliwiają użytkowanie przedmiotu odbioru zgodnie z przeznaczeniem i nie zagrażają bezpieczeństwu życia i zdrowia ludzi,”*
- 3) zarzutu nr I.4 w części dotyczącej zapłaty drugiej i następnych części wynagrodzenia umownego oraz zakresu wstrzymania zapłaty wynagrodzenia umownego:
 - a) § 7 ust. 18 i 19 Umowy Zamawiający dokona zmiany SWZ poprzez nadanie § 7 ust. 18 i 19 Umowy odpowiednio następującej treści:

„18. Przed dokonaniem zapłaty przez Zamawiającego za wykonany Przedmiot Umowy (dotyczy wyłącznie drugiej i następnych części Wynagrodzenia) Wykonawca zobowiązany jest przedłożyć Zamawiającemu pisemne Oświadczenia Podwykonawców lub dalszych Podwykonawców (według wzoru stanowiącego załącznik nr 4) uzupełnione o nazwę i numer Zadania, którego dotyczy, podpisane przez upoważnioną osobę, o uregulowaniu przez Wykonawcę wobec Podwykonawców lub dalszych Podwykonawców, wszelkich wymagalnych na dzień podpisania przedmiotowego oświadczenia zobowiązań i płatności oraz o zrzeczeniu się jakichkolwiek roszczeń Podwykonawców lub dalszych Podwykonawców w stosunku do Zamawiającego. Zamawiający jest uprawniony do wstrzymania zapłaty Wynagrodzenia na rzecz Wykonawcy wyłącznie w wysokości odpowiadającej wynagrodzeniu Podwykonawcy lub dalszego Podwykonawcy wynikającemu z umowy o podwykonawstwo lub o dalsze podwykonawstwo za wykonanie robót określonych w Oświadczeniu, o którym mowa w zdaniu pierwszym, do czasu przedłożenia tego Oświadczenia. W takim wypadku Wykonawca nie jest uprawniony do naliczania Zamawiającemu odsetek ustawowych od wstrzymanej płatności.

19. *Niezależnie od powyższego obowiązku (dotyczy wyłącznie drugiej i następujących części Wynagrodzenia), w przypadku, gdy termin płatności wynagrodzenia przysługującego Podwykonawcy lub dalszemu Podwykonawcy z tytułu wykonania Przedmiotu Umowy objętych oświadczeniem, którego wzór stanowi załącznik nr 4, przypada po dniu złożenia tego oświadczenia, Wykonawca zobowiązany jest przedłożyć Zamawiającemu kolejne oświadczenie Podwykonawcy lub dalszego Podwykonawcy według tego wzoru, w terminie 5 dni od dnia otrzymania przez niego tego wynagrodzenia od Wykonawcy. Zamawiający jest uprawniony do wstrzymania zapłaty wynagrodzenia na rzecz Wykonawcy za kolejne wykonane roboty do czasu przedłożenia oświadczenia, o którym mowa w zdaniu poprzednim. W takim wypadku Wykonawca nie jest uprawniony do naliczania Zamawiającemu odsetek ustawowych od wstrzymanej płatności.*

b) treści § 10 ust. 5 Umowy, Zamawiający dokona zmiany SWZ poprzez nadanie § 10 ust. 5 Umowy następującej treści: *„Zamawiający reguluje należność na podstawie faktur Wykonawcy oddzielnie dla każdego Zadania, przelewem na rachunek bankowy Wykonawcy w terminie do 30 dni od daty doręczenia prawidłowo wystawionej pod względem formalnym, merytorycznym i rachunkowym faktury wraz z dokumentami rozliczeniowymi oraz Oświadczeniem Podwykonawcy lub dalszego Podwykonawcy według wzoru określonego w załączniku nr 4 (dotyczy wyłącznie drugiej i następujących części Wynagrodzenia) oraz zestawieniem podwykonawców według wzoru określonego w załączniku nr 5. W przypadku, gdy termin zapłaty należności przypada na sobotę lub dzień ustawowo wolny od pracy za ostatni dzień terminu uważa się następną dzień po dniu lub dniach wolnych od pracy, o których mowa powyżej. W przypadku stwierdzenia przez Zamawiającego lub Inżyniera Kontraktu niedołączenia przez Wykonawcę do faktury któregośkolwiek z dokumentów określonych w tym paragrafie, Wykonawca zobowiązany będzie do jego przedłożenia w terminie 7 dni od dnia otrzymania wezwania od Zamawiającego lub Inżyniera Kontraktu.”*

Wskazując na powyższe, Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania w pozostałym zakresie, tj. w zakresie:

- a) zarzutu nr I.1 – dotyczącego treści § 1 ust. 3 Umowy w części „Wykonawca oświadcza, że zapoznał się z wszelkimi dokumentami dotyczącymi zakresu Umowy, w tym udostępnioną przez Zamawiającego dokumentacją oraz SWZ, PFU i oświadcza, że nie wnosi w tym zakresie zastrzeżeń.”, § 1 ust. 10 Umowy, § 1 ust. 13 Umowy;
- b) zarzutu nr I.2 – dotyczącego treści § 9 ust 14 Umowy;
- c) zarzutu nr I.3 – dotyczącego treści § 6 ust. 3-5 Umowy;
- d) zarzutu nr I.4 – dotyczącego treści - § 7 ust 18 i 19, § 10 ust. 5 Umowy w części odnoszącej się do oświadczenia podwykonawcy lub dalszego podwykonawcy;
- e) zarzutu nr I.5 – dotyczącego treści - § 15 ust. 5 Umowy.

W piśmie procesowym z 23 lipca 2025 r., Odwołujący z wniósł o umorzenie postępowania w części uwzględnionej przez Zamawiającego. Odwołujący podtrzymał zarzuty odwołania oznaczone nr I.4 i nr I.5 dotyczące § 7 ust. 18 i 19 oraz § 10 ust. 5 w części dotyczącej oświadczenia podwykonawcy jako warunku dokonania zapłaty na rzecz wykonawcy. W pozostałym zakresie Odwołujący cofnął odwołanie. Odwołujący wniósł o umorzenie postępowania odpowiednio na podstawie art. 568 pkt 1 albo pkt 3 w związku z art. 522 ustawy Pzp.

Krajowa Izba Odwoławcza (w treści także: „KIO” lub „Izba”) stwierdziła, że odwołanie nie zawiera braków formalnych. Wpis w prawidłowej wysokości został wniesiony w ustawowym terminie. Nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania, o których mowa w art. 528 ustawy Pzp.

Na posiedzeniu z udziałem stron Odwołujący oświadczył, że podtrzymuje zarzut nr I.4 dotyczące § 7 ust. 18 i 19 oraz § 10 ust. 5 w części dotyczącej oświadczenia podwykonawcy jako warunku dokonania zapłaty na rzecz wykonawcy oraz zarzut nr I.5 dotyczący § 10 ust. 2 6 i § 15 ust. 5 Umowy.

Wobec częściowego uwzględnienia odwołania oraz częściowego wycofania odwołania, postępowanie w zakresie zarzutów nr I.1., nr I.2, nr I.3 podlegało umorzeniu. Tym samym rozpoznaniu przez Izbę podlegały zarzuty nr I.4 i nr I.5 odwołania.

Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając odwołanie, uwzględniając dokumentację postępowania oraz stanowiska zaprezentowane w sprawie, ustaliła i zważyła co następuje:

Odwołujący legitymuje się uprawnieniem do skorzystania w przedmiotowym postępowaniu ze środków ochrony prawnej. Zostały bowiem wypełnione przesłanki, o których mowa w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp.

Następnie Izba ustaliła, co następuje:

Zgodnie z § 1 Wzoru umowy, stanowiącego załącznik nr 9 do SWZ:

1. Przedmiotem Umowy jest wykonanie dokumentacji projektowej, uzyskanie niezbędnych decyzji administracyjnych oraz realizacja na podstawie tej dokumentacji robót budowlanych i wykonanie dokumentacji powykonawczej oddzielnie dla każdego z niżej wymienionych zadań inwestycyjnych pn.:

- „Przebudowa torowiska tramwajowego i sieci trakcyjnej w Będzinie w ciągu Al. H. Kołłątaja od "Nerki" do skrzyżowania z ul. Paryską” – zadanie 1 (zwane w Umowie „Zadanie 1”),
- „Przebudowa torowiska tramwajowego i sieci trakcyjnej w Będzinie w ciągu Al. H. Kołłątaja od skrzyżowania z ul. Koszelew do granicy miasta z Dąbrową Górniczą” – zadanie 2 (zwane w Umowie „Zadanie 2”),
- „Przebudowa sieci trakcyjnej w ciągu Al. H. Kołłątaja na odcinku od skrzyżowania z ul. Paryską do skrzyżowania z ul. Koszelew” – zadanie 3 (zwane w Umowie „Zadanie 3”),
- „Przebudowa torowiska tramwajowego w Dąbrowie Górniczej wzdłuż DW 910 na odcinku od pętli KWK Paryż do granicy z Będzinem” – zadanie 7 (zwane w Umowie „Zadanie 7”), w ramach realizacji Projektu pn.: „Modernizacja i rozwój infrastruktury tramwajowej w Górnośląsko – Zagłębiowskiej Metropolii – Etap I” współfinansowanego przez Unię Europejską ze środków Funduszu Spójności w ramach Programu Fundusze Europejskie na Infrastrukturę, Klimat, Środowisko 2021-2027 (zwane w Umowie odpowiednio „Przedmiot Umowy”, każde oddzielnie również „Zadanie” lub łącznie „Zadania” i „Projekt”).

2. Zakres Przedmiotu Umowy, obowiązki i wymagania w stosunku do Wykonawcy określone zostały w SWZ, w tym w Umowie i w Programie Funkcjonalno-Użytkowym (dalej jako „PFU”) oraz w ofercie Wykonawcy, które stanowią załączniki do Umowy.

(...)

Stosownie do § 6 Umowy:

1. Całość Przedmiotu Umowy Wykonawca wykona w terminie 27 miesięcy od dnia zawarcia Umowy tj. do dnia r. Wskazany w niniejszym ustępie termin jest planowanym terminem wykonania Umowy (zamówienia) z zachowaniem etapów i terminów pośrednich określonych poniżej.

(...)

W § 7 ust. 18 i 19 Umowy zostało określone:

18. Przed dokonaniem zapłaty przez Zamawiającego za wykonany Przedmiot Umowy

Wykonawca zobowiązany jest przedłożyć Zamawiającemu pisemne Oświadczenia Podwykonawców lub dalszych Podwykonawców (według wzoru stanowiącego załącznik nr 4) uzupełnione o nazwę i numer Zadania, którego dotyczy, podpisane przez upoważnioną osobę, o uregulowaniu przez Wykonawcę wobec Podwykonawców lub dalszych Podwykonawców, wszelkich wymagalnych na dzień podpisania przedmiotowego oświadczenia zobowiązań i płatności oraz o zrzeczeniu się jakichkolwiek roszczeń Podwykonawców lub dalszych Podwykonawców w stosunku do Zamawiającego. Zamawiający jest uprawniony do wstrzymania zapłaty wynagrodzenia na rzecz Wykonawcy do czasu przedłożenia Oświadczenia, o którym mowa w zdaniu pierwszym. W takim wypadku Wykonawca nie jest uprawniony do naliczania Zamawiającemu odsetek ustawowych od wstrzymanej płatności.

19. Niezależnie od powyższego obowiązku, w przypadku, gdy termin płatności wynagrodzenia przysługującego Podwykonawcy lub dalszemu Podwykonawcy z tytułu wykonania Przedmiotu Umowy objętych oświadczeniem, którego wzór stanowi załącznik nr 4, przypada po dniu złożenia tego oświadczenia, Wykonawca zobowiązany jest przedłożyć Zamawiającemu kolejne oświadczenie Podwykonawcy lub dalszego Podwykonawcy według tego wzoru, w terminie 5 dni od dnia otrzymania przez niego tego wynagrodzenia od Wykonawcy. Zamawiający jest uprawniony do wstrzymania zapłaty wynagrodzenia na rzecz Wykonawcy za kolejne wykonane roboty do czasu przedłożenia oświadczenia, o którym mowa w zdaniu poprzednim. W takim wypadku Wykonawca nie jest uprawniony do naliczania Zamawiającemu odsetek ustawowych od wstrzymanej płatności.

§10 Umowy określa:

1. Za wykonanie Przedmiotu Umowy Zamawiający zapłaci Wykonawcy całkowite ryczałtowe wynagrodzenie w wysokości netto zł (słownie: złotych 00/100) powiększone o należny podatek od towarów i usług w obowiązującej stawce w łącznej wysokości zł (słownie: złotych 00/100), co na dzień zawarcia Umowy daje kwotę brutto zł (słownie: złotych 00/100) (w Umowie jako „Wynagrodzenie”),

zgodnie z poniższym podziałem:

1) Wynagrodzenie ryczałtowe za wykonanie Zadania 1 pn.: „Przebudowa torowiska tramwajowego i sieci trakcyjnej w Będzinie w ciągu Al. H. Kołłątaja od "Nerki" do skrzyżowania z ul. Paryską” w wysokości netto zł (słownie: ... złotych 00/100), powiększone o należny podatek od towarów i usług w obowiązującej stawce w łącznej wysokości ... zł (słownie: ... złotych 00/100), co na dzień zawarcia Umowy daje kwotę brutto ... zł (słownie: ... złotych 00/100) (dalej jako „Wynagrodzenie za Zadanie 1”), zgodnie z poniższym podziałem:

a. Wynagrodzenie za wykonanie Etapu I (3% Wynagrodzenia za Zadanie 1) netto: zł (słownie: złotych 00/100) podatek VAT: zł (słownie: złotych 00/100) według stawki VAT % brutto: zł (słownie: złotych 00/100). Rozliczenie wynagrodzenia za wykonanie Etapu I będzie dokonane w następujący sposób:

i. 40% wynagrodzenia za wykonanie Etapu I – podstawą do wystawienia przez Wykonawcę faktury częściowej z tego tytułu będzie zatwierdzony przez Zamawiającego protokół odbioru częściowego prac projektowych dla Zadania 1 obejmujących co najmniej złożenie przez niego ostatecznego wniosku o wydanie decyzji administracyjnej umożliwiającej realizację robót budowlanych;

ii. 60% wynagrodzenia za wykonanie Etapu I – podstawą do wystawienia przez Wykonawcę faktury częściowej z tego tytułu będzie zatwierdzony przez Zamawiającego protokół odbioru końcowego prac projektowych dla Zadania 1 obejmujących m.in. uzyskanie ostatecznej decyzji na realizację robót budowlanych;

b. Wynagrodzenie za wykonanie Etapu II (97% Wynagrodzenia za Zadanie 1) netto: zł (słownie: złotych 00/100) podatek VAT: zł (słownie: złotych 00/100) według stawki VAT % brutto: zł (słownie: złotych 00/100). Rozliczenie wynagrodzenia za wykonanie Etapu II będzie następowało etapami zgodnie z podziałem i wartościami robót określonymi w HRF w okresach miesięcznych do limitu 90% Wynagrodzenia za Zadanie 1 na podstawie faktur częściowych dostarczonych Zamawiającemu wraz z kompletem dokumentów rozliczeniowych. Podstawą do wystawienia faktury częściowej przez Wykonawcę za wykonywanie robót budowlanych objętych Etapem II w ramach Zadania 1 będzie zatwierdzony przez Zamawiającego protokół odbioru częściowego robót budowlanych. Podstawą do wystawienia faktury końcowej przez Wykonawcę (w wysokości pozostałego 10% Wynagrodzenia za Zadanie 1 – tj. różnicy pomiędzy wypłaconym dotychczas wynagrodzeniem, a Wynagrodzeniem za Zadanie 1) będzie dokonanie odbioru końcowego robót budowlanych dla Zadania 1.

2) Wynagrodzenie ryczałtowe za wykonanie Zadania 2 pn.: „Przebudowa torowiska tramwajowego i sieci trakcyjnej w Będzinie w ciągu Al. H. Kołłątaja od skrzyżowania z ul. Koszelew do granicy miasta z Dąbrową Górniczą” w wysokości netto zł (słownie: ... złotych 00/100), powiększone o należny podatek od towarów i usług w obowiązującej stawce w łącznej wysokości ... zł (słownie: ... złotych 00/100), co na dzień zawarcia Umowy daje kwotę brutto ... zł (słownie: ... złotych 00/100), (dalej jako „Wynagrodzenie za Zadanie 2”), zgodnie z poniższym podziałem:

a. Wynagrodzenie za wykonanie Etapu I (3% Wynagrodzenia za Zadanie 2) netto: zł (słownie: złotych 00/100) podatek VAT: zł (słownie: złotych 00/100) według stawki VAT % brutto: zł (słownie: złotych 00/100). Rozliczenie wynagrodzenia za wykonanie Etapu I będzie dokonane w następujący sposób:

i. 40% wynagrodzenia za wykonanie Etapu I – podstawą do wystawienia przez Wykonawcę faktury częściowej z tego tytułu będzie zatwierdzony przez Zamawiającego protokół odbioru częściowego prac projektowych dla Zadania 2 obejmujących co najmniej złożenie przez niego ostatecznego wniosku o wydanie decyzji administracyjnej umożliwiającej realizację robót budowlanych;

ii. 60% Wynagrodzenia za wykonanie Etapu I – podstawą do wystawienia przez Wykonawcę faktury częściowej z tego tytułu będzie zatwierdzony przez Zamawiającego protokół odbioru końcowego prac projektowych dla Zadania 2 obejmujących m.in. uzyskanie ostatecznej decyzji na realizację robót budowlanych;

b. Wynagrodzenie za wykonanie Etapu II (97% Wynagrodzenia za Zadanie 2) netto: zł (słownie: złotych 00/100) podatek VAT: zł (słownie: złotych 00/100) według stawki VAT % brutto: zł (słownie: złotych 00/100). Rozliczenie wynagrodzenia za wykonanie Etapu II będzie następowało etapami zgodnie z podziałem i wartościami robót określonymi w HRF w okresach miesięcznych do limitu 90% Wynagrodzenia za Zadanie 2, na podstawie faktur częściowych dostarczonych Zamawiającemu wraz z kompletem dokumentów rozliczeniowych. Podstawą do wystawienia faktury częściowej przez Wykonawcę za wykonywanie robót budowlanych objętych Etapem II w ramach Zadania 2 będzie zatwierdzony przez

Zamawiającego protokół odbioru częściowego robót budowlanych. Podstawą do wystawienia faktury końcowej przez Wykonawcę (w wysokości pozostałego 10% Wynagrodzenia za Zadanie 2 – tj. różnicy pomiędzy wypłaconym dotychczas wynagrodzeniem, a Wynagrodzeniem za Zadanie 2) będzie dokonanie odbioru końcowego robót budowlanych dla Zadania 2.

3) Wynagrodzenie ryczałtowe za wykonanie Zadania 3 pn.: „Przebudowa sieci trakcyjnej w ciągu Al. H. Kollątaja na odcinku od skrzyżowania z ul. Paryską do skrzyżowania z ul. Koszelew” w wysokości netto zł (słownie: ... złotych 00/100), powiększone o należny podatek od towarów i usług w obowiązującej stawce w łącznej wysokości ... zł (słownie: ... złotych 00/100), co na dzień zawarcia Umowy daje kwotę brutto ... zł (słownie: ... złotych 00/100), (dalej jako „Wynagrodzenie za Zadanie 3”), zgodnie z poniższym podziałem:

a. Wynagrodzenie za wykonanie Etapu I (3% Wynagrodzenia za Zadanie 3) netto: zł (słownie: złotych 00/100) podatek VAT: zł (słownie: złotych 00/100) według stawki VAT % brutto: zł (słownie: złotych 00/100). Rozliczenie wynagrodzenia za wykonanie Etapu I będzie dokonane w następujący sposób:

i. 40% wynagrodzenia za wykonanie Etapu I – podstawą do wystawienia przez Wykonawcę faktury częściowej z tego tytułu będzie zatwierdzony przez Zamawiającego protokół odbioru częściowego prac projektowych dla Zadania 3 obejmujących co najmniej złożenie przez niego ostatecznego wniosku o wydanie decyzji administracyjnej umożliwiającej realizację robót budowlanych;

ii. 60% wynagrodzenia za wykonanie Etapu I – podstawą do wystawienia przez Wykonawcę faktury częściowej z tego tytułu będzie zatwierdzony przez Zamawiającego protokół odbioru końcowego prac projektowych dla Zadania 3 obejmujących m.in. uzyskanie ostatecznej decyzji na realizację robót budowlanych;

b. Wynagrodzenie za wykonanie Etapu II (97% Wynagrodzenia za Zadanie 3) netto: zł (słownie: złotych 00/100) podatek VAT: zł (słownie: złotych 00/100) według stawki VAT % brutto: zł (słownie: złotych 00/100). Rozliczenie wynagrodzenia za wykonanie Etapu II będzie następowało etapami zgodnie z podziałem i wartościami robót określonymi w HRF w okresach miesięcznych do limitu 90% Wynagrodzenia za Zadanie 3 na podstawie faktur częściowych dostarczonych Zamawiającemu wraz z kompletem dokumentów rozliczeniowych. Podstawą do wystawienia faktury częściowej przez Wykonawcę za wykonywanie robót budowlanych objętych Etapem II w ramach Zadania 3 będzie zatwierdzony przez Zamawiającego protokół odbioru częściowego robót budowlanych. Podstawą do wystawienia faktury końcowej przez Wykonawcę (w wysokości pozostałego 10% Wynagrodzenia za Zadanie 3 – tj. różnicy pomiędzy wypłaconym dotychczas wynagrodzeniem, a Wynagrodzeniem za Zadanie 3) będzie dokonanie odbioru końcowego robót budowlanych dla Zadania 3.

4) Wynagrodzenie ryczałtowe za wykonanie Zadania 7 pn.: „Przebudowa torowiska tramwajowego w Dąbrowie Górniczej wzdłuż DW 910 na odcinku od pętli KWK Paryż do granicy z Będzinem” w wysokości netto zł (słownie: ... złotych 00/100), powiększone o należny podatek od towarów i usług w obowiązującej stawce w łącznej wysokości ... zł (słownie: ... złotych 00/100), co na dzień zawarcia Umowy daje kwotę brutto ... zł (słownie: ... złotych 00/100), (dalej jako „Wynagrodzenie za Zadanie 7”), zgodnie z poniższym podziałem:

a. Wynagrodzenie za wykonanie Etapu I (3% Wynagrodzenia za Zadanie 7) netto: zł (słownie: złotych 00/100) podatek VAT: zł (słownie: złotych 00/100) według stawki VAT % brutto: zł (słownie: złotych 00/100). Rozliczenie wynagrodzenia za wykonanie Etapu I będzie dokonane w następujący sposób:

i. 40% wynagrodzenia za wykonanie Etapu I – podstawą do wystawienia przez Wykonawcę faktury częściowej z tego tytułu będzie zatwierdzony przez Zamawiającego protokół odbioru częściowego prac projektowych dla Zadania 7 obejmujących co najmniej złożenie przez niego ostatecznego wniosku o wydanie decyzji administracyjnej umożliwiającej realizację robót budowlanych;

ii. 60% wynagrodzenia za wykonanie Etapu I – podstawą do wystawienia przez Wykonawcę faktury częściowej z tego tytułu będzie zatwierdzony przez Zamawiającego protokół odbioru końcowego prac projektowych dla Zadania 7 obejmujących m.in. uzyskanie ostatecznej decyzji na realizację robót budowlanych;

b. Wynagrodzenie za wykonanie Etapu II (97% Wynagrodzenia za Zadanie 7) netto: zł (słownie: złotych 00/100) podatek VAT: zł (słownie: złotych 00/100) według stawki VAT % brutto: zł (słownie: złotych 00/100). Rozliczenie wynagrodzenia za wykonanie Etapu II będzie następowało etapami zgodnie z podziałem i wartościami robót określonymi w HRF w

okresach miesięcznych do limitu 90% Wynagrodzenia dla Zadania 7 na podstawie faktur częściowych dostarczonych Zamawiającemu wraz z kompletem dokumentów rozliczeniowych. Podstawą do wystawienia faktury częściowej przez Wykonawcę za wykonywanie robót budowlanych objętych Etapem II w ramach Zadania 7 będzie zatwierdzony przez Zamawiającego protokół odbioru częściowych robót budowlanych. Podstawą do wystawienia faktury końcowej przez Wykonawcę (w wysokości pozostałego 10% Wynagrodzenia za Zadanie 7 – tj. różnicy pomiędzy wypłaconym dotychczas wynagrodzeniem, a Wynagrodzeniem za Zadanie 7) będzie dokonanie odbioru końcowego robót budowlanych dla Zadania 7.

(...)

5. Zamawiający reguluje należność na podstawie faktur Wykonawcy oddzielnie dla każdego Zadania, przelewem na rachunek bankowy Wykonawcy w terminie do 30 dni od daty doręczenia prawidłowo wystawionej pod względem formalnym, merytorycznym i rachunkowym faktury wraz z dokumentami rozliczeniowymi oraz Oświadczeniem Podwykonawcy lub dalszego Podwykonawcy według wzoru określonego w załączniku nr 4 oraz zestawieniem podwykonawców według wzoru określonego w załączniku nr 5. W przypadku, gdy termin zapłaty należności przypada na sobotę lub dzień ustawowo wolny od pracy za ostatni dzień terminu uważa się następną dzień po dniu lub dniach wolnych od pracy, o których mowa powyżej. W przypadku stwierdzenia przez Zamawiającego lub Inżyniera Kontraktu niedołączenia przez Wykonawcę do faktury któregokolwiek z dokumentów określonych w tym paragrafie, Wykonawca zobowiązany będzie do jego przedłożenia w terminie 7 dni od dnia otrzymania wezwania od Zamawiającego lub Inżyniera Kontraktu.

Zgodnie z §10 ust. 26 Umowy: 26. Zamawiający zastrzega sobie prawo do ograniczenia Przedmiotu Umowy na każdym etapie jego realizacji. Ograniczenie Przedmiotu Umowy będzie skutkowało pomniejszeniem Wynagrodzenia do wartości prac faktycznie wykonanych. Zamawiający nie zamierza ograniczać Przedmiotu Umowy o więcej niż 20%, zatem minimalna wartość świadczenia ze strony Zamawiającego wyniesie co najmniej 80% wartości Wynagrodzenia.

W myśl §15 ust.5 Umowy: 5. Jeżeli Zamawiający nie będzie miał możliwości planowanego finansowania Projektu przez Unię Europejską oraz banki może odstąpić od Umowy z wyłączeniem prawa Wykonawcy do dochodzenia odszkodowania na zasadach ogólnych, z zastrzeżeniem, że odstąpienie od Umowy w takim przypadku będzie mogło nastąpić wyłącznie w zakresie robót, których łączna wartość nie przekroczy 70 % wartości netto Umowy.

Izba zważyła, co następuje:

Odwołanie podlega uwzględnieniu w zakresie zarzutu nr I.4 , zaś oddaleniu w zakresie zarzutu nr I.5.

Ad zarzut nr 1 I.4. dotyczący naruszenia art. 447 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp

W podtrzymanym zakresie ww. zarzutu, Odwołujący kwestionuje przyznanie sobie przez Zamawiającego uprawnienia do wstrzymania wynagrodzenia w przypadku nie przedstawienia przez Wykonawcę oświadczeń podwykonawców o uregulowaniu przez wykonawcę wszystkich należności oraz o zrzeczeniu się jakichkolwiek roszczeń w stosunku do Zamawiającego, jako jedyne dowodu zapłaty na rzecz podwykonawców. Zdaniem Odwołującego zapis ten jest sprzeczny z art. 447 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp w zakresie, w jakim ogranicza dowody zapłaty wymagalnego wynagrodzenia podwykonawców wyłącznie do oryginału oświadczenia.

Odwołujący wskazał, że pojęcie dowodu zapłaty, którym posłużył się Ustawodawca jest szersze niż pojęcie oświadczenia podwykonawcy, które obok np. potwierdzenia dokonania przelewu, pokwitowania wystawionego przez stanowi jeden z możliwych dowodów dokonania zapłaty. Odwołujący stwierdził, że skutek zapłaty wynagrodzenia podwykonawcy nie występuje jedynie wówczas, gdy dojdzie do rzeczywistej zapłaty sumy pieniężnej, ale może być wynikiem ugody, jednostronnego oświadczenia woli wykonawcy, np. o potrąceniu wierzytelności, które w skutkach są równoważne z zapłatą i na które pozwala ustawa Pzp. Odwołujący stwierdził, że istnieje możliwość odmowy złożenia przez podwykonawcę oświadczenia i w takiej sytuacji wykonawca z przyczyn nie leżących po jego stronie nie będzie miał możliwości uzyskania należnego mu wynagrodzenia, pomimo spełnienia swoich zobowiązań względem podwykonawców, a jedynie ze względu na brak możliwości legitymowania się formalnym oświadczeniem ze strony podwykonawcy.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie stwierdził, że jest uprawniony do żądania od wykonawcy w Umowie przedkładania dowodu zapłaty wymagalnego wynagrodzenia podwykonawcom i dalszym podwykonawcom w postaci oświadczenia podwykonawcy czy dalszego podwykonawcy. Zdaniem Zamawiającego, wobec nieokreślenia w ustawie Pzp jakiego rodzaju dowody powinny wykazywać zapłatę wynagrodzenia podwykonawcom, zamawiający uprawnieni są do swobodnego określenia, które dowody uznają za wystarczające.

Jakkolwiek zgodzić się należy z Zamawiającym, że ww. przepis oraz ustawa Pzp w innym miejscu nie zawiera

definicji „dowód zapłaty”, jak też z tym, że oświadczenie podwykonawcy czy dalszego podwykonawcy (dalej także: „oświadczenie”) może być dowodem w rozumieniu tego przepisu, a także z tym, że zamawiający jest uprawniony do wskazania w dokumentach zamówienia oświadczenia jako dowodu, to jednak nie tego dotyczy spór w analizowanej sprawie. Odwołujący nie kwestionuje bowiem powyższych okoliczności, lecz to, że Zamawiający ograniczył dowody wyłącznie do oświadczenia podwykonawcy czy dalszego podwykonawcy.

Zgodnie z art. 447 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp: *1. W przypadku zamówień na roboty budowlane, których termin wykonywania jest dłuższy niż 12 miesięcy, jeżeli umowa przewiduje zapłatę: 1) 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;*

Przepis ten jest wyrazem ochrony podwykonawców i dalszych podwykonawców robót budowlanych przed nierzetelnym wykonawcą, jak też wyrazem ochrony zamawiającego przed roszczeniami o zapłatę ze strony podwykonawców i dalszych podwykonawców, wynikającymi z solidarnej odpowiedzialności z wykonawcą za zapłatę wynagrodzenia za wykonane roboty.

Jak wyżej wskazano, ww. przepis (jak też pozostałe regulacje ustawy Pzp) nie zawiera definicji dowodu. W związku z tym należy przyjąć powszechne rozumienie tego terminu, tj. np. jako dokument, który potwierdza dokonanie zapłaty na rzecz – w tym przypadku - podwykonawcy czy dalszego podwykonawcy. Za dowód zapłaty należy zatem uznać takie dokumenty, z których w sposób nie budzący wątpliwości wynika potwierdzenie zrealizowania obowiązku zapłaty wymagalnego wynagrodzenia podwykonawcom i dalszym podwykonawcom za wykonaną przez nich część robót w ramach danego zadania.

W ocenie Izby, jakkolwiek wskazanie przez Zamawiającego w umowie oczekiwań co do dokumentów składanych wraz z fakturą, celem uzyskania zapłaty, należy uznać za uzasadnione, służy ono bowiem transparentności postępowania, to jednak zawężenie w umowie katalogu dowodów jedynie do oświadczenia podwykonawcy jest działaniem nieuzasadnionym.

Stosownej treści oświadczenie podwykonawcy czy dalszego podwykonawcy może być dowodem potwierdzającym uregulowanie należności na ich rzecz, jednak, trudno uznać, że w świetle ww. przepisu, jest to jedyny możliwy dowód potwierdzający taką okoliczność.

Zamawiający nie wykazał, że jedynie oświadczenie może być dowodem zapłaty na rzecz podwykonawcy czy dalszego podwykonawcy, nie wykazał, że nie jest możliwe, aby w sytuacji dopuszczenia możliwości przedłożenia przez wykonawcę wraz z fakturą innych dowodów, np. prawidłowo opisanej faktury, wystawionej przez podwykonawcę i potwierdzenie zrealizowanego przez wykonawcę przelewu, zapewniających możliwości pełnej identyfikacji zapłaty z zakresem robót wykonanych przez tego podwykonawcę w ramach przedmiotowego zamówienia, nie mógłby ich uznać za wiarygodny dowód zapłaty należności na rzecz podwykonawcy.

Z tych względów, zarzut należy uznać za potwierdzony.

Ad zarzut nr 1.5 dotyczący naruszenia art. 433 pkt 4 ustawy Pzp, art. 8 ustawy Pzp w zw. z art. 353¹ kc oraz art. 5 kc

Zgodnie z art. 433 pkt 4 ustawy Pzp Projektowane postanowienia umowy nie mogą przewidywać: 4) *możliwości ograniczenia zakresu zamówienia przez zamawiającego bez wskazania minimalnej wartości lub wielkości świadczenia stron.*

Art. 8 ustawy Pzp stanowi: *1. 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 dnia 23 kwietnia 1964 r. - Kodeks cywilny (Dz.U. z 2024 r.), jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej. 2. Termin oznaczony w godzinach rozpoczyna się z początkiem pierwszej godziny i kończy się z upływem ostatniej godziny. 3. Jeżeli początkiem terminu oznaczonego w godzinach jest pewne zdarzenie, nie uwzględnia się przy obliczaniu terminu godziny, w której to zdarzenie nastąpiło. 4. Termin obejmujący dwa lub więcej dni zawiera co najmniej dwa dni robocze. 5. Dniem roboczym nie jest dzień uznany ustawowo za wolny od pracy oraz sobota.*

Stosownie do art. 353¹ kc: *Strony zawierające umowę mogą ułożyć stosunek prawny według swego uznania, byleby jego treść lub cel nie sprzeciwiały się właściwości (naturze) stosunku, ustawie ani zasadom współżycia społecznego.*

W myśl art. 5 kc: *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.

Naruszenia ww. przepisu Odwołujący upatruje w tym, że Zamawiający w § 15 ust. 5 Umowy przewidział możliwość odstąpienia od Umowy w zakresie robót, których łączna wartość nie przekroczy 70 % wartości netto Umowy i jednocześnie w §10 ust 26 Umowy zastrzegł sobie prawo do ograniczenia przedmiotu Umowy nie więcej niż o 20%.

Zdaniem Odwołującego każdy z ww. zapisów Umowy wypełnia dyspozycję art. 433 pkt 4 ustawy Pzp, a przepis ten nie daje możliwości wprowadzenia takich postanowień wielokrotnie, a nadto uprawnienie do ograniczenia zakresu umowy o 70% stanowi wypaczenie sensu tej regulacji, którym było zapewnienie pewności obrotu gospodarczego w zamówieniach publicznych. Odwołujący wskazał, że Zamawiający określając limit możliwego ograniczenia zakresu zamówienia winien wziąć pod uwagę, że wykonawcy tworząc ofertę oraz oszacowując koszty realizacji danej inwestycji co do zasady biorą pod uwagę wykonanie całości inwestycji. Podmioty ubiegające się o zamówienie, składając ofertę liczą, że będą realizować całą umowę, na tej podstawie kalkulują więc koszty personelu, zabezpieczeń, zagospodarowania placu budowy, ubezpieczeń, ochrony itp. W sposób proporcjonalny obliczają też koszty pośrednie i zyski związane z daną realizacją. W skrajnych przypadkach wyłączenia znaczącej części robót z zakresu umowy, taka realizacja może stać się nieopłacalna z perspektywy wykonawcy. Byłoby to nieuzasadnione nie tylko ekonomiczne, ale też nieadekwatne do koniecznego przygotowania osobowego i technicznego związanego z przygotowaniem oferty, niwecząc cel ubiegania się o dane zamówienie. W sytuacji, w której doszłoby do zmniejszenia zakresu rzeczowego realizacji, wykonawca niezmiennie ponosić musiałby koszty stałe (plac budowy, ubezpieczenia, sprzęt itp.) na analogicznym poziomie jak przy wykonywaniu całej inwestycji, szczególnie, że brak możliwości planowanego finansowania Projektu to okoliczność stanowiąca przeszkodę do zawarcia umowy. Art. 257 przewiduje bowiem uprawnienie do unieważnienia postępowania na wypadek gdy środki publiczne jakie Zamawiający zamierzał przeznaczyć na finansowanie zamówienia nie zostały mu przyznane.

W odpowiedzi na odwołanie Zamawiający podał, że w zakwestionowanych przez Odwołującego postanowieniach umownych przewidziane zostały różnego rodzaju uprawnienia Zamawiającego, tj. odpowiednio uprawnienie do jednostronnego ograniczenia zakresu przedmiotowego Umowy oraz uprawnienie do odstąpienia od Umowy. Określone w § 10 ust. 26 uprawnienie do jednostronnego ograniczenia zakresu przedmiotowego Umowy nie narusza w jakikolwiek sposób art. 433 pkt 4 ustawy Pzp, jak również zasady swobody umów wynikającej z art. 353¹ k.c. Zamawiający wskazał w nim jednoznacznie i w sposób niebudzący wątpliwości w jakim zakresie uprawniony jest do maksymalnego ograniczenia przedmiotu Umowy poprzez odniesienie się do 20 % wartości netto Umowy. Zamawiający zagwarantował zatem Wykonawcy, że Umowa zostanie zrealizowana co najmniej w zakresie 80 % wartości netto Umowy. Ww. sposób określenia uprawnienia do ograniczenia przedmiotu Umowy umożliwia Wykonawcom oszacowanie ryzyka związanego ze skorzystaniem z niego przez Zamawiającego. Wykonawcy w celu jego ograniczenia są w stanie uwzględnić w cenie ofertowej koszty, w tym koszty stałe, wynikające z ograniczenia jednostronnego przedmiotu Umowy (do 20% wartości Wynagrodzenia), jak również przewidzieć w umowach z podwykonawcami i kontrahentami analogiczne uprawnienie jak to przysługujące Zamawiającemu w ramach Umowy.

Zdaniem Zamawiającego za sprzeczne z ww. przepisami nie można również uznać określonego w § 15 ust. 5 Umowy uprawnienia do odstąpienia od Umowy. Zamawiający uprawniony jest do określenia umownych podstaw odstąpienia od Umowy niezależnie od uprawnienia przewidzianego w § 10 ust. 26 Umowy oraz podstaw określonych w ustawie Pzp. Korzystając z tego uprawnienia Zamawiający dążąc do maksymalnego zminimalizowania ryzyka i ewentualnych negatywnych skutków dla Wykonawcy, zastrzegł, że odstąpienie od Umowy nie nastąpi co do całości lub nieokreślonej części Umowy, ale tylko w zakresie nieprzekraczającym 70% wartości netto Umowy.

W ocenie Izby należy podzielić stanowisko Zamawiającego.

Uprawnienie do odstąpienia od umowy stanowi inny rodzaj czynności, niż wskazana w art. 433 pkt 4 ustawy Pzp możliwość ograniczenia zakresu zamówienia, przy jednoczesnym wskazaniu minimalnej wartości lub wielkości świadczenia strony.

Obowiązek wskazania w umowie minimalnej wartości lub wielkości świadczenia, przy jednoczesnym braku wskazania w tym przepisie ich granic, nie wyłącza uprawnienia zamawiającego do odstąpienia od umowy, wynikającego z Kodeksu cywilnego.

Nie można zatem podzielić argumentacji Odwołującego, z której wynika, że Zamawiający w Umowie w dwóch miejscach przewidział ograniczenie Umowy, o którym mowa w art. 433 pkt 4 ustawy Pzp. Nie może także powieść się podjęta na rozprawie próba zsumowania przez Odwołującego wielkości dopuszczonego ograniczenia zakresu Umowy oraz możliwej części odstąpienia od Umowy.

Zwraca uwagę, że Odwołujący nie żąda wykreślenia postanowienia § 10 ust. 26 Umowy, gdzie Zamawiający jasno określił jaki jest gwarantowany zakres przedmiotu umowy, co oznacza, że zdaniem Odwołującego, postanowienie to nie narusza art. 433 pkt 4 ustawy Pzp.

Odwołujący żąda natomiast usunięcia § 15 ust. 5 Umowy, dotyczącego odstąpienia od umowy w części w razie zaistnienia wskazanych okoliczności, tj. brak możliwości planowanego finansowania Projektu przez Unię Europejską oraz banki, nie wykazując przy tym, że umowne prawo odstąpienia w świetle wskazanych w odwołaniu przepisów prawa jest niedopuszczalne.

W szczególności zauważenia wymaga, że Odwołujący nie wskazał i nie wykazał, która z zasad współzycia społecznego miałaby, jego zdaniem, zostać naruszona na skutek wprowadzenia przez Zamawiającego kwestionowanych postanowień w dokumentach zamówienia.

Nie sposób uznać za przekonujący, podnoszony przez Odwołującego argument o sposobie kalkulacji oferty. Jest bowiem zrozumiałe, że wykonawcy kalkulują cenę oferty, w tym możliwe ryzyka związane z zamówieniem, z uwzględnieniem treści dokumentacji zamówienia, opracowanej przez Zamawiającego, a ta jest znana przed terminem składania ofert.

Za nietrafiony należy także uznać argument dotyczący odstąpienia od umowy w części w razie braku możliwości planowanego finansowania Projektu. Odwołujący nie wykazał dlaczego, skoro, jak twierdzi, w takim przypadku mogłoby dojść do unieważnienia postępowania, a zatem braku zawarcia umowy, odstąpienie od umowy w części narusza wskazane w odwołaniu przepisy.

Tym samym zarzut nr I.5 nie potwierdził się.

Stosownie do art. 552 ust. 1 Pzp 1. *Wydając wyrok, Izba bierze za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania odwoławczego. Zgodnie z przepisem art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, Izba uwzględni odwołanie w całości lub w części, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, konkursu lub systemu kwalifikowania wykonawców.*

W analizowanej sprawie potwierdził się tylko jeden z dwóch podtrzymanych przez Odwołującego zarzutów odwołania, tj. zarzut nr I.4. W związku z czym w tym zakresie odwołanie podlegało uwzględnieniu, zaś drugi z podtrzymanych zarzutów, tj. zarzut nr I.5 podlegał oddaleniu. W konsekwencji koszty postępowania obciążały strony po połowie.

Na koszty postępowania składał się wpis w wysokości 20 000, 00 zł, po 3 600,00 zł tytułem wynagrodzenia pełnomocników stron, 17,00 zł gr tytułem opłaty od pełnomocnictwa złożonego przez zamawiającego, co łącznie stanowi 27 217,00 zł. Połowa z tej kwoty to 13 608,50 zł. Odwołujący poniósł koszty w kwocie 23 600,00 zł a powinien zapłacić 13 608,50 zł. Zamawiający poniósł koszty w kwocie 3 617,00 zł a powinien zapłacić 13 608,50 zł. W związku z tym Zamawiający powinien dokonać zapłaty na rzecz odwołującego kwoty 9 992,00 zł tytułem zwrotu części kosztów postępowania odwoławczego.

Zgodnie z art. 557 ustawy Pzp, *w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego.*

Biorąc powyższe pod uwagę, o kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku postępowania na podstawie art. 557 i art. 575 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 pkt 1 i 2 lit. b i d oraz § 7 ust. 4 i 6 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437).

Izba nie uwzględni wniosku pełnomocnika Zamawiającego o zasądzenie kosztów przejazdu samochodem osobowym w kwocie 647,20 gr mając na uwadze stanowisko wyrażone przez Sąd Okręgowy w Warszawie w postanowieniu z 27 listopada 2024 r. sygn. akt XXIII Zs 153/24, gdzie zostało stwierdzone, że koszty dojazdu pełnomocnika mogą być dodatkowo doliczane do wynagrodzenia, ale muszą być wykazane jako koszty rzeczywiście poniesione, a nie ryczałtowo według stawek dla podróży służbowych pracowników. W tym przypadku pełnomocnik, który złożył fakturę wskazującą na działanie w ramach Kancelarii Radcy Prawnego z siedzibą w Warszawie (biuro w Katowicach) nie wykazał rzeczywistego poniesienia kosztów. Przedstawione przez pełnomocnika zestawienie kosztów dotyczy jedynie ich wyliczenia z uwzględnieniem odległości na trasie Katowice-Warszawa-Katowice i stawki za kilometr (1,15 zł)

Przewodnicząca:.....