Sygnatura akt: KIO 3080/25

WYROK
Z 4 września 2025 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca:J.G.
Członkowie: Elżbieta Dobrenko
Małgorzata Jodłowska
Protokolant: Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na rozprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 24 lipca 2025 r. przez wykonawcę:

STRABAG Sp. z o.o. Pruszków (KRS: 0000054588)biegającego się o udzielenie zamówienia publicznego w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego:

Polska Agencja Żeglugi Powietrznej Warszawa, przy udziale uczestnika po stronie odwołującego – wykonawcy:

A.Budimex S.A. Warszawa (KRS: 0000001764)
B.NDI S.A. Sopot (KRS: 0000872743)

orzeka:

Umarza odwołanie w zakresie zarzutu drugiego dotyczącego ukształtowania § 5 ust. 13 Projektu Umowy;

Oddala odwołanie w pozostałym zakresie;

Kosztami postępowania odwoławczego obciąża w całości odwołującego i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego poniesione przez odwołującego koszty: 20 000 zł 00 gr (dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) wpisu od odwołania, 3 600 zł 00 gr (trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) wynagrodzenia i wydatków pełnomocnika.

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:……
Członkowie: .....

.....

U z a s a d n i e n i e

Polska Agencja Żeglugi Powietrznej Warszawa (ul. Wieżowa 8, 02-147 Warszawa) (dalej zamawiający) prowadzi na podstawie ustawy z 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. 2024r. poz. 1320) (dalej Ustawa lub Pzp) postępowania o udzielenie zamówienia na roboty budowlane o wartości równej lub przekraczającej progi unijne, w trybie przetargu nieograniczonego pod nazwą: „Zaprojektowanie i wybudowanie Nowego Centrum Zarządzania Ruchem Lotniczym - nCZRL w Warszawie"; znak postępowania: 059/MZP/2025/P/MDO; Numer ogłoszenia o zamówieniu 276779-2025. Ogłoszenie opublikowano w Suplemencie do Dziennika Urzędowego Unii Europejskiej: Dz.U. S 83/2025 w dniu 29 kwietnia 2025 r. (dalej Postępowanie). Zasady, warunki i przedmiot zamówienia opisuje specyfikacja warunków zamówienia (dalej SWZ) w tym w szczególności stanowiący załącznik do SWZ Projekt Umowy.

24 lipca 2025 r. odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w Warszawie wniósł wykonawca STRABAG sp. z o.o. Pruszków (KRS 0000054588) (dalej odwołujący).

Po udostępnieniu przez zamawiającego 25 lipca 2025 r. kopii odwołania, 28 lipca 2025 r. przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego zgłosił wykonawca Budimex S.A. Warszawa (KRS: 0000001764) oraz wykonawca NDI S.A. Sopot (KRS: 0000872743) (dalej przystępujący). Izba uznała przystąpienia za skuteczne wobec wypełnienia przesłanek art. 525 Pzp.

Odwołujący wniósł odwołanie wobec treści dokumentów zamówienia w Postępowaniu. Odwołujący zarzucił zamawiającemu (zaznaczenia własne izby):

Zarzut pierwszy

art. 99 ust. 1 Ustawy, art. 433 pkt 3) Ustawy w zw. z art. 16 pkt 1) - 3) Ustawy oraz art. 5 KC, art. 353/1 KC, art. 647 KC i art. 649 KC w zw. z art. 8 ust. 1 Ustawy poprzez ukształtowanie § 15 ust. 1 pkt 1.1 przedostatni akapit Projektu Umowy w zw. z § 15 ust. 1 pkt 1.1 ppkt 1.1.4 lit. g) - h) Projektu Umowy w sposób, który przerzuca na wykonawcę pełną odpowiedzialność finansową (ryzyko) realizacji zamówienia w przedłużonym czasie z powodu okoliczności niezależnych od wykonawcy i okoliczności, za które wyłączną odpowiedzialność ponosi zamawiający. Zamawiający przewidział

bowiem możliwość wydłużenia terminów realizacji umowy z wyraźnym wyłączeniem w § 15 ust. 1 pkt 1.1 przedostatni akapit Projektu Umowy możliwości zmiany wysokości wynagrodzenia, na wypadek, gdy decyzja o środowiskowych uwarunkowaniach dla przedsięwzięcia (zamówienia) zostanie wydana z opóźnieniem lub gdy na zamawiającego nałożony zostanie obowiązek przeprowadzenia oceny oddziaływania na środowisko dla przedsięwzięcia (zamówienia). Przerzucenie wyłącznie na wykonawcę ryzyka we wskazanym powyżej zakresie stanowi

przejaw nadużycia pozycji dominującej przez zamawiającego, a także

klauzulę abuzywną w rozumieniu art. 433 pkt 3) Pzp,

gdyż zgodnie z § 2 ust. 13 Projektu Umowy, to zamawiający jest zobowiązany do przeprowadzenia procedury uzyskania decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach (dalej także DŚU), wytworzenia dokumentów dla potrzeb tej procedury (np. karty informacyjnej przedsięwzięcia) oraz uzyskania tej decyzji w określonym terminie.

Zarzut drugi

art. 99 ust. 1 i 4 Ustawy, art. 103 ust. 2 i 3 Ustawy, art. 16 pkt 1) - 3) Ustawy, art. 433 pkt 3) Ustawy oraz art. 5 KC, 353/1 KC i art. 647 KC w zw. z art. 8 ust. 1 Ustawy poprzez ukształtowanie § 5 ust. 13 Projektu Umowy w sposób, który nakłada na wykonawcę obowiązek uwzględnienia w ofercie wymagań technicznych oraz środowiskowych wobec zamówienia, wynikających z dokumentów, które nie są udostępnione w ramach dokumentacji opisującej zamówienia i zostaną uzyskane przez zamawiającego dopiero w przyszłości, a które to wymagania są określone na zasadzie katalogu otwartego, co czyni podstawę zmiany umowy określoną w § 15 ust. 1 pkt 1.2 ppkt 1.2.1 lit. i) Projektu Umowy iluzoryczną i nie dającą realnej podstawy do zmiany umowy w zakresie wynagrodzenia wykonawcy. W § 5 ust. 13 Projektu Umowy zamawiający, posługując się sfomułowaniem „w szczególności" oraz „między innymi", wskazuje bowiem, że wymieniony tam katalog wymagań ma charakter przykładowy, co powoduje, że wykonawca nie będzie mógł domagać się zmiany wynagrodzenia w oparciu o § 15 ust. 1 pkt 1.2 ppkt 1.2.1 lit. i) Projektu Umowy. Skutkuje to zobowiązaniem wykonawcy do uwzględnienia w swojej ofercie wszelkich, mogących pojawić się w przyszłości wymagań środowiskowych, wobec czego wymagania te w zakresie niewynikającym z Programu Funkcjonalno-Użytkowego przybierają postać niemożliwe do przewidzenia ryzyka. W ten sposób zamawiający przerzuca na wykonawcę negatywne konsekwencje ewentualnego nienależytego opisu przedmiotu zamówienia.

W związku z zarzutami odwołujący wnosił:

Zarzut pierwszy

o nakazanie zamawiającemu zmiany Projektu Umowy w sposób, który pozwoli na zmianę wynagrodzenia wykonawcy, w tym zmianę na podstawie klauzuli § 15 ust. 5 Projektu Umowy, w przypadku gdy wydanie decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach opóźni się względem założonego terminu (31 stycznia 2026 r.) lub na zamawiającego nałożony zostanie obowiązek przeprowadzenia oceny oddziaływania na środowisko. „Odwołujący jest świadomy, że gospodarzem Postępowania jest Zamawiający, dlatego zaproponowana poniżej zmiana § 15 ust. 1 pkt 1.1 przedostatni akapit Projektu Umowy stanowi wyłącznie wytyczenie kierunku zmian, które w ocenie Odwołującego są adekwatne do przedstawionego zarzutu: „ W przypadkach wymienionym w pkt 1.1.4 (g) oraz (h), Strony dopuszczają możliwość wydłużenia terminu realizacji Dokumentacji Projektowej i w konsekwencji również terminu realizacji Umowy, o tyle dni o ile wydanie przez Regionalnego Dyrektora Ochrony Środowiska decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach przekroczyło 31 stycznia 2026 r. W takich przypadkach należne Wykonawcy wynagrodzenie nie ulegnie zmianie W przypadku gdy termin wydania decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach, tj. 31 stycznia 2026 r. zostanie przekroczony, Wykonawca będzie uprawniony do żądania zmiany wysokości wynagrodzenia na podstawie § 15 ust. 5 Umowy"."

Zarzut drugi

o nakazanie zamawiającemu zmiany w ten sposób, że wykonawca zobowiązany będzie do uwzględnienia w ofercie zamkniętego katalogu wymagań technicznych i środowiskowych, które są możliwe do przewidzenia na podstawie udostępnionej przez Zamawiającego dokumentacji. „Odwołujący jest świadomy, że gospodarzem Postępowania jest Zamawiający, dlatego zaproponowana poniżej zmiana § 5 ust. 13 Projektu Umowy stanowi wyłącznie wytyczenie kierunku zmian, które w ocenie Odwołującego są adekwatne do przedstawionego zarzutu: „Wykonawca oświadcza, że w zakresie wymogów związanych z ochroną środowiska, wynikających w szczególności z karty informacyjnej przedsięwzięcia lub raportu oddziaływania na środowisko oraz decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach, Wykonawca uwzględnił w wynagrodzenia wynikającym z Oferty między innymi następujące wymagania dotyczące Obiektu, o ile były one możliwe do ustalenia przez Wykonawcę, przy dołożeniu należytej staranności i uwzględnieniu zawodowego charakteru prowadzonej działalności, na podstawie PFU (...)."

Przystępujący popierali stanowisko odwołującego.

Zamawiający pismem z 28 sierpnia 2025 r. poinformował o dokonanej 7 sierpnia 2025 r. w związku z zarzutem drugim odwołania zmianie Projektu Umowy i wniósł w tym zakresie o umorzenie postępowania odwoławczego na podstawie art. 568 pkt 2 Pzp z uwagi na to, że dalsze prowadzenie postępowanie jest tu zbędne. W zakresie zarzutu pierwszego zamawiający wnosił o jego oddalenie.

Odwołujący na posiedzeniu, w związku z dokonaną przez zamawiającego 7 sierpnia 2025 r. zmianą SWZ w tym Projektu Umowy cofnął odwołanie w zakresie zarzutu drugiego.

Izba nie dopatrzyła się zaistnienia przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 528 Ustawy.

Izba uznała, że odwołujący wykazał interes w uzyskaniu zamówienia i możliwość poniesienia szkody jako przesłanki materialnoprawnej dopuszczalności odwołania z art. 505 ust. 1 Ustawy.

Zarzut drugi

Wobec złożenia przez odwołującego oświadczenia w trybie art. 520 Ustawy o wycofaniu zarzutu drugiego izba uznała, że zachodzą przesłanki umożliwiające umorzenie postępowania odwoławczego z art. 568 pkt 1 Ustawy w tym zakresie.

Izba umorzyła postępowanie odwoławcze w oparciu o art. 568 pkt 1 Ustawy, co do zarzutu drugiego.

Zarzut pierwszy

Izba stwierdziła, że odwołujący nie wykazał przesłanek zarzutu pierwszego i oddaliła odwołanie w tym zakresie.

Strony, w zakresie zarzutu podlegającego merytorycznemu rozpoznaniu dla wykazania twierdzeń przywoływały stanowiska organów i doktryny oraz treść warunków zamówienia. Odwołujący wnosił dodatkowo o dopuszczenie dowodu z dokumentów.

Mając na uwadze zebrany w sprawie materiał dowodowy w postaci dokumentów zamówienia oraz złożone przez strony dowody i z uwzględnieniem wyjaśnień stron i uczestnika izba ustaliła, co następuje:

Odwołujący wnosił o dopuszczenie dowodu z:

1) organigram opracowany przez odwołującego prezentujący skład zespołu projektowego w Postępowaniu, na okoliczność ponoszenia kosztów utrzymania personelu w okresie etapu projektowania, w tym również w okresie wydłużonym/ przestoju;

2) zanonimizowane pisma z 1 września 2025 r. stanowiące odpowiedź na zapytanie odwołującego od firm projektowych, będących potencjalnymi podwykonawcami prac projektowych, z którymi odwołujący prowadził rozmowy w przedmiocie podwykonawstwa, których zaangażowanie w realizację przedmiotu zamówienia opisowo obrazuje organigram (oznaczenia na zielono i czerwono w organigramie), na okoliczność jak w pkt. 1)

3) zanonimizowany wyciąg z umowy na realizację prac projektowych z innej inwestycji realizowanej przez odwołującego, którą odwołujący zawarł na prace projektowe z podmiotem trzecim jako podwykonawcą, na okoliczność tego, że standardem rynkowym jest zastrzeganie wynagrodzenia na okres wydłużenia / przestoju prac projektowych i na okoliczności jak w pkt 1);

4) korespondencja mailowa z ubezpieczycielem odwołującego wskazująca na koszty polisy OC wyliczone dla określonej długości ubezpieczenia (czasu realizacji umowy), której cena określona została na czas określony realizacji przedmiotu zamówienia w Postępowaniu tj. 244 tygodni, na okoliczność tego, co jest także oczywiste, że koszt ubezpieczenia wzrasta wraz z długością okresu ubezpieczenia i na okoliczności jak w pkt 1);

5) zestawienie własne kosztów z pkt. 1,2,3,4 oraz kosztów bankowej gwarancji dobrego wykonania, do której zapewnienia zobowiązany jest wykonawca zgodnie z paragrafem 18 Projektu Umowy, na okoliczność jak w pkt 1) oraz wysokości potencjalnej wysokości dodatkowych kosztów, jakie zobowiązany byłyby ponieść odwołujący w sytuacji wydłużenia realizacji etapu projektowego.

Izba stwierdza, że powyższe dowody, także w świetle zasad logiki i doświadczenia życiowego i twierdzeń stron, potwierdzają:

1. **potencjalną możliwość poniesienia dodatkowych kosztów przez wykonawców w sytuacji przedłużenia okresu realizacji etapu projektowego, także w przypadku gdy przedłużenie wynikać będzie z opóźnienia wydania decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach względem założonego SWZ terminu (31 stycznia 2026 r.) lub na zamawiającego nałożony zostanie obowiązek przeprowadzenia oceny oddziaływania na środowisko;**
2. **potencjalną możliwość skalkulowania kosztów na wypadek ewentualnego przedłużenia okresu realizacji etapu projektowania przez wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia.**

Odwołujący powołał się również na raport NIK potwierdzający, że proces pozyskiwania DŚU jest czasochłonny i wymagający a w szeregu postępowaniach o wydanie DŚU wnioski dotknięte były błędami formalnymi lub merytorycznymi wymagającymi uzupełnień i postępowania znacząco się przedłużały.

Izba stwierdza, że powyższe okoliczności wynikające z raportu NIK nie były sporne, lecz pozostają irrelewantne dla rozstrzygnięcia istoty sporu jako dotyczącego konkretnych okoliczności i podmiotów oraz sytuacji przyszłej i

niepewnej. Dodatkowo sam fakt posiadania kompetencji i zdolności pozyskania DŚU przez zamawiającego w Postępowaniu w określonym SWZ terminie nie był kwestionowany przez odwołującego, co ten oświadczył na rozprawie.

Izba ustaliła także bezsporne okoliczności, że:

1. przed zmianą wprowadzoną przez zamawiającego 14 lipca 2025 r. zgodnie z § 1 ust. 2 pkt 2.1 Projektu Umowy wykonawca był zobowiązany do uzyskania zezwolenia na realizację inwestycji objętej przedmiotem zamówienia w Postępowaniu jak również wszelkich decyzji niezbędnych do uzyskania zezwolenia na realizację inwestycji w zakresie lotniska użytku publicznego, w tym także decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach, która zgodnie z art. 6 ust. 1 pkt 7) ustawy z 12 lutego 2009 r. o szczególnych zasadach przygotowania i realizacji inwestycji w zakresie lotnisk użytku publicznego (t.j. Dz. U. z 2024 r. poz. 1464 ze zm.) stanowi załącznik do wniosku o wydanie zezwolenia na realizację inwestycji w zakresie lotniska użytku publicznego;
2. na skutek odwołania wniesionego przez odwołującego od pierwotnego brzmienia SWZ zamawiający 14 lipca 2025 r. zmienił zakres obowiązków przyjmując na siebie obowiązek uzyskania wyżej wskazanej decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach
3. w ramach zmiany SWZ, o której mowa w pkt powyżej zamawiający:

a. dodał w § 2 Projektu Umowy ust. 13 o następującym brzmieniu: Termin realizacji etapu prac projektowych zakłada, że w terminie 6 miesięcy, lecz nie później niż do 31 stycznia 2026 r.. Zamawiający sporządzi kartę informacyjną przedsięwzięcia i na tej podstawie pozyska dla Obiektu decyzję o środowiskowych uwarunkowaniach;

b. dodał w § 15 ust. 1 pkt 1.1 ppkt 1.1.4 Projektu Umowy dwie nowe przesłanki zmiany terminów realizacji umowy, o którym mowa w § 2 ust. 1 i 2 na wypadek: g) wydania przez Regionalnego Dyrektora Ochrony Środowiska decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach w terminie późniejszym niż do 31 stycznia 2026 roku; h) wydania przez Regionalnego Dyrektora Ochrony Środowiska postanowienia nakładającego obowiązek przeprowadzenia oceny oddziaływania przedsięwzięcia na środowisko dla planowanego przedsięwzięcia (Obiektu);

c. zmieniony § 15 ust. 1 pkt 1.1. ppkt 1.1.4. dotyczy wyłącznie zmian terminów realizacji przedmiotu umowy będących następstwem działania lub zaniechania organów administracji publicznej i innych podmiotów o kompetencjach zbliżonych do organów administracji, w tym jednostek certyfikujących, w szczególności: przypadków określonych w dodanych lit. g) oraz h);

d. zmiany terminów realizacji przedmiotu umowy będące „następstwem okoliczności leżących po stronie zamawiającego reguluje zaś nie zmieniony § 15 ust. 1 pkt 1.1. ppkt 1.1.3. Projektu Umowy;

e. dodał § 15 ust. 1 ust. 1 pkt 1.1 Projektu Umowy przedostatni i ostatni akapit, w którym wyraźnie wyłączył możliwość zmiany wynagrodzenia wykonawcy w przypadku, gdy DŚU zostanie wydana w późniejszym terminie niż do dnia 31 stycznia 2026 r.: „W przypadkach wymienionym w pkt 1.1.4 (g) oraz (h), Strony dopuszczają możliwość wydłużenia terminu realizacji Dokumentacji Projektowej i w konsekwencji również terminu realizacji Umowy, o tyle dni o ile wydanie przez Regionalnego Dyrektora Ochrony Środowiska decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach przekroczyło 31 stycznia 2026 r. W takich przypadkach należne Wykonawcy wynagrodzenie nie ulegnie zmianie.

W którym przewidział możliwość zmiany wynagrodzenia na wypadek powierzenia wykonawcy wykonania raportu oddziaływania na środowisko i pozyskania DŚU: „przypadku wymienionym w pkt 1.1.4 (h), Zamawiający może zobowiązać Wykonawcę do wykonania raportu oddziaływania na środowisko, a Strony dokonają zwiększenia wysokości należnego Wykonawcy wynagrodzenia o koszt wykonania raportu oddziaływania na środowisko i pozyskanie decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach dla Obiektu."

Izba stwierdza, że skarżone postanowienie Projektu Umowy wyłączające możliwość zmiany wynagrodzenia odnosi się wyłącznie do przedłużenia terminu realizacji przedmiotu zamówienia z przyczyn leżących po stronie organu administracyjnego odpowiedzialnego za wydanie DŚU i nałożenie obowiązku opracowania raportu oddziaływania inwestycji na środowisko. Kwestie przedłużenia terminu realizacji z przyczyn leżących po stronie zamawiającego uregulowane zostały odrębnym, niezaskarżonym postanowieniu Projektu Umowy.

Mając na uwadze powyższe, **izba stwierdza, że zarzut dotknięty jest błędem w założeniu faktycznym, że skarżone postanowienie Projektu Umowy wyłączające możliwość domagania się zmiany wynagrodzenia dotyczy okoliczności leżących po stronie zamawiającego, za które ten ponosi odpowiedzialność, podczas gdy wyłączenie zmiany wynagrodzenia odnosi się do zmiany terminu będącej następstwem wyłącznie zaniechań lub działań organu administracji publicznej i innych podmiotów o kompetencjach zbliżonych do organów administracji, w tym jednostek certyfikujących. Przedłużenie terminu realizacji przedmiotu zamówienia z przyczyn, za które zamawiający ponosi odpowiedzialność nie zostały w ogóle objęte zaskarżonym postanowieniem Projektu Umowy.**

Izba wskazuje, że zgodnie z:

art. 433 pkt. 3 Pzp Projektowane postanowienia umowy nie mogą przewidywać: odpowiedzialności wykonawcy za okoliczności, za które wyłączną odpowiedzialność ponosi zamawiający;
art. 8 ust. 1 Pzp Do czynności podejmowanych przez zamawiającego, wykonawców oraz uczestników konkursu w postępowaniu o udzielenie zamówienia i konkursie oraz do umów w sprawach zamówień publicznych stosuje się przepisy z dnia 23 kwietnia 1964 r. - Kodeks cywilny (Dz. U. z 2024 r. poz. 1061), jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej
Art. 471. k.c. Dłużnik obowiązany jest do naprawienia szkody wynikłej z niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania, chyba że niewykonanie lub nienależyte wykonanie jest następstwem okoliczności, za które dłużnik odpowiedzialności nie ponosi.
Art. 473. § 1. 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. § 2. Nieważne jest zastrzeżenie, iż dłużnik nie będzie odpowiedzialny za szkodę, którą może wyrządzić wierzycielowi umyślnie.
Art. 5 k.c. 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
Art. 353/1 k.c. 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.
Art. 16 Pzp Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób: 1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców; 2)
przejrzysty; 3) proporcjonalny.
Art. 134 ust. 1 pkt 20 Pzp SWZ zawiera co najmniej: projektowane postanowienia umowy w sprawie zamówienia publicznego, które zostaną wprowadzone do umowy w sprawie zamówienia publicznego.;
Izba wskazuje, że przepisy Ustawy ograniczają generalną zasadę równowagi stron przydając na gruncie prawa zamówień publicznych zamawiającemu prymat w ustalaniu warunków zamówienia. Oczywistym jest, także że projektowane postanowienia umowy w sprawie zamówienia publicznego nie mogą być sprzeczne z przepisami bezwzględnie obowiązującymi ani regulować wzajemnych obowiązków i praw stron w sposób prowadzący do ich nieważności, naruszający podstawowe zasady prawa. Przydanie uprawnienia zamawiającemu do kreowania zapisów umowy w sprawie zamówienia publicznego otwiera drogę do potencjalnego nadużycia tego prawa podmiotowego., co przesądza o możliwości powołania się na art. 5 k.c. Pewne ograniczenia w określaniu wzajemnych praw i obowiązków określa również art. 433 Pzp. Izba wskazuje jednak, że to na odwołującym ciąży obowiązek określenia okoliczności, z którymi wiąże zarzut naruszenia określonej normy prawnej a także wykazania, że skarżone zapisy Projektu Umowy są sprzeczne z art. 433 pkt 3 Pzp.
Dla rozstrzygnięcia istoty sporu konieczne jest więc dokonanie oceny, czy przepis art. 433 pkt 3 Pzp znajdzie zastosowanie do skarżonej regulacji a także czy skarżony zapis narusza normę art. 433 Pzp lub art. 5 k.c. w zw. z art. 353/1 k.c. Oczywiście z uwzględnieniem rzeczywistego brzmienia skarżonego zapisu Projektu Umowy i treści zarzutu.
Wobec charakteru i brzmienia kwestionowanego postanowienia - jako dotyczącego odpowiedzialności kontaktowej - dla oceny zasadności zarzutu odnieść się należy do przepisów kodeksu cywilnego Działu II Skutki niewykonania zobowiązań art. 471- 474 k.c. także w zw. z art. 8 Pzp.
Na wstępie izba podkreśla, że powszechnie przyjmuje się – co wynika z art. 471 k.c. – że aby dłużnik ponosił odpowiedzialność kontraktową, do niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania musi dojść z przyczyn, za które ponosi on odpowiedzialność. Dalsze przepisy (art. 472–474) regulują zakres odpowiedzialności i możliwość rozszerzenia lub ograniczenia odpowiedzialności kontraktowej. Wynika z nich, że dłużnik, co do zasady, odpowiada:
- za niezachowanie należytej staranności, co jest równoznaczne z odpowiedzialnością za winę, co najmniej w postaci niedbalstwa (art. 355 i 472 k.c.);
- za działania lub zaniechania osób trzecich, z których pomocą dłużnik zobowiązanie wykonywa lub którym wykonanie zobowiązanie powierza oraz osób będących jego przedstawicielami ustawowymi, za osoby te dłużnik odpowiada na zasadzie ryzyka (art. 474 k.c.).
Zgodnie z art. 472 i 473 k.c. odpowiedzialność dłużnika może być przez ustawę lub czynność prawną ukształtowana surowiej bądź łagodniej w porównaniu z przywołanymi wyżej regułami ogólnymi z pewnymi wyłączeniami. Ograniczenia, co do możliwości kształtowania odpowiedzialności w relacji zamawiający – wykonawca, doregulowuje art. 433 Pzp. Ograniczenie te, kształtuje także art. 5 k.c. w zw. z art. 353/1 k.c..
Generalnie odpowiedzialność kontraktowa oparta jest na winie domniemanej dłużnika (lub osoby wymienionej w art. 474k.c.) a w pewnych sytuacjach dłużnik jest zwolniony z obowiązku wyrównania szkody dopiero gdy wykaże, że

naruszenie zobowiązania nie jest następstwem okoliczności, za które w ramach konkretnego zobowiązania odpowiada (leżącego po jego stronie).

W granicach zakreślonych zasadą swobody umów (art. 353/1 k.c.) dopuszcza się, by strony uregulowały odpowiedzialność dłużnika inaczej niż przewiduje to art. 472 k.c. Zaostrzyły ją (z uwzględnieniem art. 433 pkt 3 Pzp i art. 5 k.c.) lub złagodziły, w tym również, co do odpowiedzialności za cudze zachowania.

Jednocześnie przyjmuje się, że, w odróżnienia od złagodzenia odpowiedzialności dłużnika (gdzie nieważne będą postanowienia wyłączające odpowiedzialność za szkodę z winy umyślnej), możliwość rozszerzenia zakresu odpowiedzialności dłużnika jest w zasadzie nieograniczona. Dłużnik może w umowie zgodzić się na odpowiedzialność na zasadzie ryzyka, nawet jeśli w danym przypadku zgodnie z przepisami powinien odpowiadać na zasadzie winy (tutaj przyjmuje się, że należy doprecyzować zakres odpowiedzialności – vide orzeczenie SN z 29 marca 1949 r., C 286/48, Demokratyczny Przegląd Prawniczy 1950, nr 1, s. 57; „W umowie można wprawdzie wskazać, że dłużnik ma odpowiadać za niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania z powodu ściśle określonych okoliczności przypadkowych, a nawet za siłę wyższą, niemniej ogólne stwierdzenie o pełnej odpowiedzialności bez ich oznaczenia jest niewystarczające" – vide orzeczenie SN z 29 listopada 2002 r. , IV CKN 1553/00, LEX nr 78326). Klauzula społeczno-gospodarczego przeznaczenia prawa z art. 5 k.c. jest ogólną normą odnoszącą się do wszystkich możliwych przypadków, gdy powoływanie się na prawo podmiotowe nie stanowi jego wykonywania, lecz jego nadużywanie, które nie jest społecznie aprobowane i w związku z tym nie korzysta z ochrony a więc odnosić się może również do obciążenia wykonawcy przez zamawiającego jako nadużywającego pozycji dominującej w postępowaniu o udzielenie zamówienia odpowiedzialnością kontraktową, w sposób który stanowiłby naruszenie zasad współżycia społecznego lub sprzeczny byłyby ze społeczno gospodarczym przeznaczeniem prawa.

W tym przypadku na odwołującym ciążył obowiązek wykazania, że zamawiający uwzględniając żądanie odwołującego z poprzedniego postępowania odwoławczego wprowadził kwestionowany zapis Projektu Umowy, w sposób przesądzający o nadużyciu swojego uprawnienia, czego odwołujący nie wykazał. **Dla skutecznego zarzutu konieczne byłoby bowiem wykazanie, że skonkretyzowany zapis – wobec uprawnienia zamawiającego (wynikającego z art. 134 Pzp do kształtowania postanowień umownych) - nie jest aprobowany społecznie i jest naganny a w konsekwencji pozbawiony ochrony prawnej. Odwołujący opisując twierdzone nadużycie oparł się na całkowicie błędnym założeniu, co do treści kwestionowanego postanowienia umowy. Zarzut dotyczył wyłączenia możliwości domagania się podwyższenia wynagrodzenia wobec obciążenia wykonawcy odpowiedzialnością obciążającą wyłącznie zamawiającego. Odwołujący upatrywał naruszenia w tym, że wyłączenie zmiany wynagrodzenia realizuje się w sytuacji zawinionej przez zamawiającego, podczas gdy skarżony zapis Projektu Umowy zastosowanie znajdował do zupełnie innej sytuacji. Stąd izba, także wobec związania zakresem zarzutu nie znalazła podstaw do uwzględnienia zarzutu w zakresie nadużycia prawa podmiotowego przez zamawiającego.**

Błędem dotknięte było także założenie odwołującego, że hipoteza normy art. 433 pkt 3 Pzp obejmuje okoliczności leżące po stronie zamawiającego, podczas gdy przepis ten zakazuje wyłącznie obciążania wykonawcy odpowiedzialnością za okoliczności, za które wyłączną odpowiedzialność ponosi zamawiający. Powyższe uczyniło zarzut w zakresie oceny kwestionowanego postanowienia Projektu Umowy jako klauzuli abuzywnej bezzasadnym.

Izba wskazuje tutaj, że art. 433 pkt 3 Pzp referuje do ogólnych zasad odpowiedzialności określonych przepisami kodeksu cywilnego. Brak jest przesłanek, by normę tę wykładać w sposób rozszerzający – to jest wprowadzający generalny zakaz obciążania wykonawcy przez zamawiającego odpowiedzialnością za przyczyny leżące po stronie zamawiającego. Przepis obejmuje wyłącznie zakaz obciążania wykonawcy odpowiedzialnością za okoliczności, za które odpowiedzialność i to wyłączną ponosi zamawiający. Hipotezą tej normy nie jest objęte obciążenie wykonawcy odpowiedzialnością za zachowanie organów, czy osób trzecich w tym innych niż te za których działania i zaniechania odpowiedzialność ponosi dana strona kontraktu. **Stąd zakaz z art. 433 pkt 3 Pzp dotyczy okoliczności, za które wyłączną odpowiedzialność (winę w postaci co najmniej niedbalstwa) ponosi zamawiający, co nie zostało w ogóle uregulowane skarżonym postanowieniem Projektu Umowy.**

Izba wskazuje ponownie, że skoro zarzut opierał się na założeniu, że:

a. skarżony zapis Projektu Umowy reguluje kwestie dotyczące wyłączenia żądania podwyższenia wynagrodzenia na wypadek nie uzyskania określonych decyzji administracyjnych w terminie umownym przez zamawiającego, którego obowiązek ten obciąża i za co ponosi odpowiedzialność, a w pewnych przypadkach winę;

b. przyjęcie przez zamawiającego obowiązku uzyskania DŚU nie później niż do 31 stycznia 2026 r., w tym do wytworzenia dokumentacji dla potrzeb uzyskania DŚU, a także przeprowadzenia postępowania administracyjnego oznacza, że „uzyskanie DŚU w określonym terminie jest wyłączną odpowiedzialnością Zamawiającego";

c. wyłączenie możliwości zmiany wynagrodzenia na wypadek wydania DŚU w terminie późniejszym niż do 31 stycznia

2026 r., narusza przepisy Ustawy, a w szczególności wprowadza do Projektu Umowy klauzulę abuzywną w rozumieniu art. 433 pkt 3) Ustawy, bo „W istocie rzeczy Zamawiający wyłącza możliwość zmiany wynagrodzenia wykonawcy nawet wówczas, gdy niewydanie DŚU zostanie spowodowane okolicznościami zawinionymi przez Zamawiającego (np. opóźnieniem w sporządzeniu karty informacyjnej przedsięwzięcia, złożeniem wniosku o wydanie DŚU obarczonego błędami lub złożeniem w postępowaniu administracyjnym w sprawie wydania DŚU dokumentacji, które będzie wymagała uzupełnień)", co stanowić może również naruszenie art. 353^1 KC i klauzuli generalnej z art. 5 KC wobec nadużyć pozycji i prawa podmiotowego przez zamawiającego
i jako okoliczności uzasadniające zarzut odwołujący podkreślał, że:
d. „Wykonawcy kalkulując oferty wyceniają podstawowy czas realizacji zamówienia. Kalkulacja obejmuje zakres zamówienia wynikający z udostępnionej dokumentacji projektowej, prace nieujęte w tej dokumentacji a konieczne do wykonania oraz możliwe do przewidzenia na etapie składania oferty, a także koszty ogólne jakie będą towarzyszyły tym pracom w zakreślonym okresie realizacji zamówienia. Wykonawca za każdy dodatkowy dzień realizacji umowy ponosi koszty stałe takie jak koszty budowy, koszty wynajmu maszyn, zatrudnionej kadry, koszty zabezpieczenia i gwarancji itd. Przedłużając czas realizacji z przyczyn niezawinionych przez wykonawcę nie pozostaje uzasadnione przerzucenie na niego kosztów z tym związanych. Wykonawca nie ma wiedzy, czy i o ile nastąpi przedłużenie czasu realizacji zamówienia wobec czego nie może wycenić odpowiednio ryzyka w ofercie. Z drugiej strony dostrzec należy, że założenie przez wykonawców sztucznego narzutu np. 20 % do ceny oferty nadal nie daje pewności, że założony limit będzie wystarczający na pokrycie ryzyka, jak i niesie dużo bardziej doniosłe zagrożenie jak sztuczne zawyżanie cen w celu pokrycia ryzyka, niezasadne wydatkowanie środków publicznych, oraz nieporównywalność ofert wykonawców."
e. postępowanie administracyjne w sprawie wydawania DŚU jest procesem wymagającym, skomplikowanym i czasochłonnym powołując się na raport Najwyższej Izby Kontroli pt. „Realizacja zadań organów administracji rządowej w procesie wydawania decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach" z którego wynika, że szereg wniosków o wydanie DŚU spośród badanych nie spełniało wymogów formalnych lub merytorycznych i konieczne było wezwanie do ich uzupełnienia a postępowania przedłużały się znacząco,
to brak jest podstaw do uwzględnienia zarzutu.

Odwołujący nie wykazał, że uprawnienie zamawiającego ukształtowania postanowienia umownego naruszyło zasady współżycia społecznego lub sprzeczne jest ze społeczno - gospodarczym przeznaczeniem prawa. Skarżone postanowienie w ogóle nie dotyka podnoszonej zarzutem kwestii obciążenia wykonawcy odpowiedzialnością za okoliczności, za które wyłączna odpowiedzialność ponosi zamawiający. Okoliczność, że ukształtowane zapisem wyłączenie możliwości żądania podwyższenia wynagrodzenia na wypadek przedłużenia terminu realizacji etapu projektowego umowy wobec zaniechania organu administracyjnego w konsekwencji łączy się z potrzebą:

- oszacowania ryzyka takiej możliwości i

- ponoszenia wiążących się z przedłużeniem kosztów

nie stanowi ani naruszenia zasad współżycia społecznego ani nie niweczy społeczno gospodarczego przeznaczenia prawa, ani nie stanowi obciążenia wykonawcy odpowiedzialnością zamawiającego.

Ryzyko finansowe jest możliwe do uchwycenia i wkalkulowania w cenę.

Izba zwraca uwagę, że ewentualne przedłużenie realizacji kontraktu z przyczyn leżących po stronie organu administracyjnego właściwego do wydania DŚU, dotknie strony kontraktu niezależnie od stopnia ich zawinienia i niezależnie od obciążenia którejś z nich obowiązkiem pozyskania DŚU w założonym terminie i może (jeśli istnieje) być wkalkulowane w cenę ostatecznie obciążając zamawiającego.

Skarżony zapis w ogóle nie odnosi się do obciążenia wykonawcy odpowiedzialnością za okoliczności, za które odpowiedzialność wyłączną ponosi zamawiający. Rolą art. 433 pkt 3 Pzp nie jest zaś eliminowanie wszystkich ryzyk jakie wiązać się mogą z realizacją kontraktu i obowiązków danej strony. Norma art. 433 pkt 3 Pzp chronić ma przed obciążaniem wykonawców odpowiedzialnością za okoliczności za które wyłączną odpowiedzialność, w rozumieniu cywilnym, ponosi zamawiający, a nie przed ryzykiem kontraktowym. Izba zwraca uwagę ,że czym innym jest rozdział obowiązków umownych i przyczyny leżące po jednej stronie kontraktu nie są tożsame z okolicznościami, za które strona ta ponosi odpowiedzialność. Analogicznie ryzyko finansowe kontraktowe ponoszone przez jedną ze stron nie jest równoznaczne z odpowiedzialnością cywilną.

Reasumując izba stwierdza, że odwołujący nie wykazał, aby wprowadzone w Projekcie Umowy zapisy prowadziły do naruszenia podstawowych zasad udzielania zamówień publicznych. Nie wskazał i nie wykazał, okoliczności, które potwierdziłyby brak uzasadnienia podważanego wymagania/ zapisu i wpływ tegoż na ograniczenie konkurencyjności lub nieproporcjonalność oczekiwań zamawiającego w świetle przedmiotu zamówienia także rażąco naruszających równowagę stron. Zarzut oparty był na błędnym założeniu, co do treści zapisu. Wykonawca nie wykazał żeby

kwestionowany zapis stanowił wyraz nadużycia pozycji dominującej zamawiającego przesądzającej o konieczności jego zmiany. Uzasadniając zarzut odwoływał się do zawinionych zachowań zamawiającego. Nie wykazał także, że jest sprzeczny z art. 433 pkt 3 Pzp. W świetle art. 555 ust. 1 w zw. z art. 516 ust. 1 pkt. 8-10 Ustawy „Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu" zaś „Odwołanie zawiera: (…) 8) zwięzłe przedstawienie zarzutów; 9) żądanie co do sposobu rozstrzygnięcia odwołania; 10) wskazanie okoliczności faktycznych i prawnych uzasadniających wniesienie odwołania oraz dowodów na poparcie przytoczonych okoliczności". W ocenie izby w niniejszej sprawie, w oddalonym zakresie odwołanie nie zawierało uzasadnienia faktycznego, które pozwoliłoby na zrekonstruowanie sprzecznego z Ustawą zachowania zamawiającego. Zgodnie z art. 554 ust. 1 Ustawy „Izba uwzględnia odwołanie w całości lub w części, jeżeli stwierdzi: 1) naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, konkursu lub systemu kwalifikowania wykonawców". Odwołanie nie może opierać się na ogólnikowych twierdzeniach i przekonaniu odwołującego co do ich słuszności. Twierdzenia, na których odwołujący opiera zarzuty powinny być skonkretyzowane i muszą znaleźć potwierdzenie w materiale dowodowym. Rolą izby nie jest poszukiwanie faktów i dowodów na okoliczności, które uzasadnić mają twierdzenia odwołania.

Izba orzekła na podstawie art. 552 ust. 1, art. 553 z uwzględnieniem art. 554 ust. 1 pkt. 1) i 2) Ustawy. Orzekając o kosztach w oparciu o przepis art. 557 oraz art. 574 Ustawy a także mając na uwadze § 9 ust. 1 pkt 1 w zw. z § 8 ust. 2 pkt 1 i w zw. z § 5 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. poz. 2437). Izba rozstrzygnęła o kosztach obciążając nimi odwołującego w całości.

Mając na uwadze powyższe izba orzekła jak w sentencji.

Przewodnicząca:…….....

Członkowie: .....

.....