

WYROK
z dnia 30 listopada 2021 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Irmina Pawlik

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 29 listopada 2021 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 15 listopada 2021 r. przez wykonawcę Torpol Oil & Gas Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Wysogotowie w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Polskie Górnictwo Naftowe i Gazownictwo Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie

przy udziale wykonawcy Control Process Spółka Akcyjna z siedzibą w Krakowie zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego

orzeka:

1. umarza postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutów odwołania oznaczonych nr 1.3 (zarzut dotyczący art. 2 ust. 2 projektu umowy) i nr 1.4 (zarzut dotyczący art. 2 ust. 3 projektu umowy);
2. oddala odwołanie;
3. kosztami postępowania odwoławczego obciąża odwołującego Torpol Oil & Gas Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Wysogotowie i 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.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający Polskie Górnictwo Naftowe i Gazownictwo z siedzibą w Warszawie (dalej jako „Zamawiający”) prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Zagospodarowanie złoża Różańsko i budowa źródła kogeneracyjnego na potrzeby KRNiGZ Dębno” (nr postępowania ZP/PGNG/21/0277/GE/DIG1). Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 3 listopada 2021 r. pod numerem 2021/S 213-563133. Do ww. postępowania o udzielenie zamówienia zastosowanie znajdują przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm., dalej „ustawa Pzp”). Wartość szacunkowa zamówienia przekracza progi unijne, o których mowa w art. 3 ustawy Pzp.

W dniu 15 listopada 2021 r. wykonawca Torpol Oil & Gas Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Wysogotowie (dalej jako „Odwołujący”) wniósł odwołanie wobec treści dokumentów zamówienia, zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 433 pkt 3 ustawy Pzp poprzez zawarcie w projektowanych postanowieniach umownych postanowień, które przerzucają na wykonawcę odpowiedzialność za okoliczności, za które wyłączną odpowiedzialność ponosi Zamawiający, wobec zawarcia w projekcie umowy nazwanym „Umowa o Generalne Wykonawstwo Inwestycji pod nazwą „Zagospodarowanie złoża Różańsko i budowa źródła kogeneracyjnego na potrzeby KRNiGZ Dębno” (zwany dalej „Projektem Umowy”) postanowień:

1.1. Art. 1 Definicje ust. 1 pkt 2) i pkt 3) Projektu Umowy - bez wyraźnego rozróżnienia na to, która Dokumentacja Projektowa jest dokumentacją dostarczaną przez Zamawiającego, a która Dokumentacja Projektowa jest dostarczana przez Wykonawcę, pomimo tego, że przedmiotowe zamówienie będzie realizowane częściowo na podstawie Dokumentacji Projektowej, którą przekazuje Zamawiający, a częściowo na podstawie Dokumentacji Projektowej, którą musi opracować Wykonawca, a tym samym brak tego rozróżnienia sprawia, że na Wykonawcę zostaje przerzucona odpowiedzialność również za Dokumentację Projektową, której nie jest autorem, i która jest mu dostarczana przez Zamawiającego,

1.2. Art. 10. Wynagrodzenie i Warunki Płatności ust. 7 pkt 2 Projektu Umowy - które to postanowienie umowne przerzuca na Wykonawcę odpowiedzialność za okoliczności, za które odpowiedzialność ponosi Zamawiający, z uwagi na to, że część zakresu zamówienia będzie realizowana na podstawie Dokumentacji Projektowej opracowanej i dostarczonej przez Zamawiającego, a brak rozróżnienia w Projekcie

Umowy, o którą Dokumentację Projektową chodzi, sprawia, że całą odpowiedzialność za Dokumentację Projektową przerzuca się na Wykonawcę,

1.3. Art. 2. Przedmiot Umowy ust. 2 Projektu Umowy - które to postanowienie umowne przerzuca na Wykonawcę odpowiedzialność za okoliczności, za które odpowiedzialność ponosi Zamawiający, z uwagi na to, że to Zamawiający dostarcza w tym zamówieniu Dokumentację Przetargową oraz w części Dokumentację Projektową, a nie Wykonawca, a tym samym nie może ponosić odpowiedzialności za tę Dokumentację, w zakresie w jakim otrzymał ją od Zamawiającego,

1.4. Art. 2. Przedmiot Umowy ust. 3 zdanie pierwsze Projektu Umowy - które to postanowienie umowne przerzuca na Wykonawcę odpowiedzialność za okoliczności, za które odpowiedzialność ponosi Zamawiający, z uwagi na to, że to Zamawiający dostarcza w tym zamówieniu Dokumentację Przetargową, a nie Wykonawca, a tym samym nie może ponosić odpowiedzialności za tę Dokumentację Przetargową,

1.5. Art. 2. Przedmiot Umowy ust. 4 zdanie ostatnie – Projektu Umowy - które to postanowienie umowne przerzuca na Wykonawcę odpowiedzialność za okoliczności, za które odpowiedzialność ponosi Zamawiający, z uwagi na to, że to Zamawiający dostarcza w tym zamówieniu Dokumentację Przetargową oraz Dokumentację Projektową w zakresie części przedmiotu zamówienia, a tym samym Wykonawca nie może ponosić odpowiedzialności za roboty, usługi czy też dostawy, których nie dało się przewidzieć w chwili zawarcia Umowy, w zakresie Dokumentacji przekazywanej przez Zamawiającego,

1.6. Art. 2 Przedmiot Umowy ust. 7 zdanie pierwsze Projektu Umowy - które to postanowienie umowne przerzuca na Wykonawcę odpowiedzialność za okoliczności, za które odpowiedzialność ponosi Zamawiający, z uwagi na to, że to Zamawiający w zakresie części przedmiotu zamówienia dostarcza Dokumentację Projektową, a przy postanowieniu o takiej treści cała odpowiedzialność za Dokumentację Projektową zostaje przerzucona na Wykonawcę,

1.7. Art. 4 Obowiązki Wykonawcy ust. 22 pkt 1 Projektu Umowy - które to postanowienie umowne przerzuca na Wykonawcę odpowiedzialność za okoliczności, za które odpowiedzialność ponosi Zamawiający, z uwagi na to, że to Zamawiający w zakresie części przedmiotu zamówienia dostarcza Dokumentację Projektową, a przy postanowieniu o takiej treści cała odpowiedzialność za Dokumentację Projektową zostaje przerzucona na Wykonawcę,

1.8. Art. 4. Obowiązki Wykonawcy ust. 31 Projektu Umowy - które to postanowienie umowne przerzuca całkowitą odpowiedzialność na Wykonawcę za realizację Umowy również w sytuacjach, gdy wyłączną odpowiedzialność ponosi

Zamawiający, w szczególności dotyczy to dokumentów lub aktów administracyjnych niezbędnych do realizacji zamówienia, a których uzyskanie obciąża Zamawiającego, 1.9. Art. 4. Obowiązki Wykonawcy ust. 59 Projektu Umowy - które to postanowienie umowne przerzuca całkowitą odpowiedzialność na Wykonawcę za realizację Umowy również w sytuacjach, gdy wyłączną odpowiedzialność ponosi Zamawiający, w szczególności gdy nieosiągnięcie tych Parametrów Gwarantowanych będzie efektem np. wadliwej Dokumentacji Przetargowej/Projektowej, którą przekazuje Zamawiający i za którą w relacjach z Wykonawcą odpowiada Zamawiający,

2. art. 99 ust. 1 ustawy Pzp poprzez brak rozróżnienia w postanowieniach umownych dwóch rodzajów Dokumentacji Projektowej (tj. Dokumentacji Projektowej, którą przekazuje Zamawiający i Dokumentację Projektową, którą będzie musiał opracować Wykonawca), co sprawia, że przedmiot zamówienia nie jest opisany w sposób jednoznaczny i wyczerpujący oraz za pomocą dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty – albowiem Wykonawcy nie są w stanie dokonać właściwego rozróżnienia zakresu swojej odpowiedzialności.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i:

1. nakazanie Zamawiającemu zmianę projektowanych postanowień Projektu Umowy lub ich usunięcie według poniższych żądań:
 - 1.1. poprzez rozróżnienie w definicji Dokumentacji Projektowej (art. 1 ust. 1 pkt 2 Projektu Umowy), dwóch rodzajów Dokumentacji Projektowej tj. Dokumentacji Projektowej dostarczanej przez Zamawiającego, oraz Dokumentacji Projektowej, którą opracować musi Wykonawca, względnie dodanie również do definicji Dokumentacji Przetargowej, która jest przygotowywana i przekazywana przez Zamawiającego, że zawiera ona Dokumentację Projektową w tym zakresie w jakim Wykonawca ma wykonać Roboty na jej podstawie,
 - 1.2. poprzez dodanie do art. 10 ust. 7 pkt 2) Projektu Umowy o treści: *„Wynagrodzenie pokrywa wszystkie koszty poniesione przez Wykonawcę w celu prawidłowego i terminowego zrealizowania Umowy i na warunkach w niej oznaczonych, w szczególności koszty związane z: (...) 2) opracowaniem Dokumentacji Projektowej”*, fragmentu o treści: *„z wyjątkiem Dokumentacji Projektowej, którą przekazuje Zamawiający”*,
 - 1.3. usunięcie w art. 2 ust. 2 Projektu Umowy o treści: *„Wykonawca oświadcza, że zapoznał się z Dokumentacją Przetargową i nie wnosi do niej żadnych zastrzeżeń w szczególności nie stwierdził wad tej dokumentacji. Jeżeli po*

zawarcia Umowy Wykonawca w terminie 3 miesięcy od zawarcia Umowy, stwierdzi wady Dokumentacji Przetargowej, to Wykonawca ma obowiązek poinformowania Zamawiającego o tej wadzie w ciągu 3 dni od dnia wykrycia powyższej Wady. W razie niepoinformowania Zamawiającego przez Wykonawcę o wadzie Dokumentacji Przetargowej w terminie 3 miesięcy od zawarcia Umowy i w ciągu 3 dni od dnia wykrycia powyższej wady, Wykonawca traci prawo wystąpienia do Zamawiającego z wnioskiem o przedłużenie terminu realizacji Inwestycji z powodu wady Dokumentacji Przetargowej”

- 1.4. *usuniecie w art. 2 ust. 3 zdanie pierwsze Projektu Umowy fragmentu o treści: „Gdyby zachodziła potrzeba dokonania Robót nieprzewidzianych w Umowie z powodu wadliwej Dokumentacji Przetargowej, Wykonawca wykona te Roboty na własny koszt i niebezpieczeństwo, przy czym zmiany zakresu Robót ustalonego w Umowie nie będą miały wpływu na termin realizacji Inwestycji”,*
- 1.5. *usuniecie w art. 2 ust. 4 zdanie ostatnie Projektu Umowy fragmentu o treści: „Wykonawca wykona usługi, roboty budowlane oraz inne czynności niewymienione w Umowie w sposób zgodny z wymaganiami właściwych organów administracji, wymogami prawa, w tym prawa unijnego, a także w sytuacji zmiany stanu prawnego, nawet jeśli konieczności wykonania tych usług, robót budowlanych lub czynności nie dało się przewidzieć w chwili zawarcia Umowy”,*
- 1.6. *poprzez dodanie do Art. 2 ust. 7 zdanie pierwsze Projektu Umowy o treści „Na Wykonawcy spoczywa w szczególności obowiązek sporządzenia Dokumentacji Projektowej (...)” fragmentu o treści: „że nie dotyczy to Dokumentacji Projektowej przekazanej przez Zamawiającego”*
- 1.7. *Poprzez dodanie do Art. 4 ust. 22 pkt 1 Projektu Umowy o treści: „Realizacja przedmiotu Umowy polegać będzie w szczególności na: 2) wykonaniu Dokumentacji Projektowej wraz z przeprowadzeniem niezbędnych procedur formalno-prawnych w celu uzyskania pozwolenia na budowę i pozwolenia na użytkowanie” fragmentu o treści: „że nie dotyczy do Dokumentacji Projektowej przekazanej przez Zamawiającego”*
- 1.8. *usuniecie art. 4 ust. 31 Projektu Umowy o treści: „Wykonawca poniesie wszelkie ryzyka związane z brakiem jakiegokolwiek, wymaganego dla prawidłowej realizacji przedmiotu Umowy, aktu administracyjnego lub dokumentu.”*
względnie dodanie fragmentu o treści „że nie dotyczy to aktów administracyjnych lub dokumentów, których dostarczenie obciąża Zamawiającego”,

- 1.9. usunięcie art. 4 ust. 59 projektu Umowy o treści: *„Wykonawca gwarantuje, że podczas Próby Gwarancyjnej zostaną uzyskane Parametry Gwarantowane Inwestycji”* względnie dodanie fragmentu o treści, że: *„nie dotyczy to sytuacji, w których nie uzyskano Parametrów Gwarantowanych Inwestycji z uwagi na wadliwość Dokumentacji Przetargowej/Projektowej przekazanej przez Zamawiającego”*
2. nakazanie Zamawiającemu, aby ten wyraźnie rozróżnił w Projekcie Umowy dwa rodzaje Dokumentacji Projektowej (tj. Dokumentacji Projektowej przekazywanej przez Zamawiającego oraz Dokumentacji Projektowej, którą ma opracować Wykonawca) i w konsekwencji odpowiednie rozdzielenie obowiązków, uprawnień i odpowiedzialności za poszczególne rodzaje Dokumentacji Projektowej.

Odwołujący na wstępie wskazał, iż przedmiotowe zamówienie będzie realizowane w formule mieszanej, tj. częściowo na podstawie Dokumentacji Projektowej przekazanej przez Zamawiającego (w formule „wybuduj”) oraz częściowo na podstawie Dokumentacji Projektowej, którą ma opracować Wykonawca (w formule „zaprojektuj i wybuduj”). Jest o tym mowa m.in. w Harmonogramie Rzeczowo-Finansowym stanowiącym załącznik nr 4 do Projektu Umowy. W Projekcie Umowy Zamawiający zawarł liczne postanowienia umowne, które stanowią niedopuszczalną na gruncie art. 433 pkt 3 Pzp klauzulę umowną, przerzucającą na Wykonawcę odpowiedzialność za okoliczności, za które odpowiedzialność ponosi Zamawiający. Ponadto Projekt Umowy został opracowany w taki sposób, że nie zawiera wyraźnego rozdziału poszczególnych praw i obowiązków Stron, a także ich odpowiedzialności – przy uwzględnieniu tego, że pewna część zakresu zamówienia do wykonania (Roboty) będzie wykonywana na podstawie Dokumentacji Projektowej przygotowanej i przekazanej przez Zamawiającego, a pewna część zakresu zamówienia do wykonania będzie polegała na opracowaniu Dokumentacji Projektowej przez Wykonawcę, a następnie na jej podstawie będą wykonywane Roboty.

Uzasadniając zarzut naruszenia art. 433 ust. 3 ustawy Pzp Odwołujący wskazał, iż postępowanie dotyczy zamówienia, które będzie realizowane w formule mieszanej tj. w formule „wybuduj” na podstawie dokumentacji projektowej przekazanej przez Zamawiającego oraz w formule „zaprojektuj i wybuduj”, gdzie to Wykonawca ma opracować dokumentację projektową i na jej podstawie zrealizować roboty. Tym samym oznacza to, że w relacjach Zamawiający – Wykonawca to zawsze Zamawiający będzie odpowiedzialny za tę dokumentację, którą dostarcza on Wykonawcy, na podstawie której Wykonawca zrealizuje opisane w niej roboty budowlane. To samo dotyczy dokumentacji, która ma posłużyć Wykonawcy do opracowania przez wykonawcę dokumentacji projektowej. Wynika to m.in. z art. 103 ust. 1 ustawy Pzp, zgodnie z którym zamówienie na roboty budowlane opisuje się

za pomocą dokumentacji projektowej oraz specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych. Podobnie w art. 103 ust. 2 ustawy Pzp ustawodawca wskazał, że w przypadku robót w formule „zaprojektuj i wybuduj” przedmiot zamówienia opisuje się za pomocą programu funkcjonalno-użytkowego. Opis przedmiotu zamówienia zaś to zawsze obowiązek zamawiającego. Ponadto stosownie do treści przepisu art. 647 Kodeksu cywilnego, przez umowę o roboty budowlane wykonawca zobowiązuje się do oddania przewidzianego w umowie obiektu, wykonanego zgodnie z projektem i z zasadami wiedzy technicznej, a inwestor zobowiązuje się do dokonania wymaganych przez właściwe przepisy czynności związanych z przygotowaniem robót, w szczególności do przekazania terenu budowy i dostarczenia projektu oraz do odebrania obiektu i zapłaty umówionego wynagrodzenia. Nie ulega zatem wątpliwości, że o ile Wykonawca będzie brał odpowiedzialność za dokumentację projektową, którą musi w przedmiotowym zamówieniu opracować, to w zakresie dokumentacji przetargowej oraz dokumentacji projektowej, którą przekazuje mu Zamawiający w tym postępowaniu – Wykonawca za jakość otrzymanej dokumentacji odpowiedzialności nie może ponosić. W tym bowiem zakresie cała odpowiedzialność w relacjach z Wykonawcą spoczywa bowiem na Zamawiającym. W relacjach z Wykonawcą nie zwalnia go z tej odpowiedzialności również to, że była ona wykonywana przez profesjonalny podmiot. Wszelkie zatem postanowienia umowne, które przerzucają na wykonawcę odpowiedzialność związaną z wadliwością Dokumentacji Projektowej, Dokumentacji Przetargowej przekazanej w tym Postępowaniu przez Zamawiającego, za którą to Wykonawca nie ponosi odpowiedzialności – należy uznać za tzw. klauzulę abuzywną niedopuszczalną na gruncie art. 433 pkt 3 ustawy Pzp.

W zakresie zarzutu z pkt 1.1. Odwołujący Torpol wskazał, iż z treści definicji zawartych w art. 1 ust. 1 pkt 2 i 3 Projektu Umowy nie wynika to, że w pewnym zakresie Dokumentacja Projektowa jest dokumentem sporządzanym i dostarczonym przez Zamawiającego. W treści definicji Dokumentacji Projektowej brak takiej informacji, a w treści definicji Dokumentacji Przetargowej, w której jest mowa o dokumentach przekazywanych przez Zamawiającego, nie wymienia się z kolei Dokumentacji Projektowej w zakresie w jakim to Zamawiający ją dostarcza. Brak wyraźnego rozróżnienia, dwóch rodzajów Dokumentacji Projektowej, sprawia (co potwierdzają również inne Postanowienia Umowy – o czym w dalszej części), że Zamawiający próbuje przerzucić odpowiedzialność na Wykonawcę – za Dokumentację Projektową, którą to Zamawiający dostarcza Wykonawcy.

W zakresie zarzutu z pkt 1.2. Odwołujący Torpol wskazał, iż Zamawiający w pewnym zakresie Robót do wykonania dostarcza w tym zamówieniu Dokumentację Projektową, a tym samym nie może on wymagać od Wykonawców, aby również wliczali do swojego wynagrodzenia koszty związane z opracowaniem tej właśnie Dokumentacji Projektowej.

Tego typu postanowienie bez wyraźnego wyłączenia z wynagrodzenia Wykonawcy Dokumentacji Projektowej, którą dostarcza Zamawiający, zmierza do tego, aby przerzucić na Wykonawcę odpowiedzialność za Dokumentację Projektową, również w tej części, której Wykonawca nie wykonuje w tym zamówieniu.

W odniesieniu do zarzutu z pkt 1.3. Odwołujący Torpol wskazał, iż przywołany fragment również zmierza do tego, aby przerzucić na Wykonawcę odpowiedzialność za wadliwą Dokumentację Przetargową/Projektową, którą dostarcza Zamawiający. Wystarczy bowiem jeden dzień spóźnienia Wykonawcy z poinformowaniem o wadzie takiej Dokumentacji, a na podstawie ww. postanowienia umownego, Wykonawca traci prawo do ewentualnych roszczeń związanych z przedłużeniem terminu realizacji takiego zamówienia, pomimo tego, że wada Dokumentacji może wstrzymać roboty na wiele miesięcy. Odwołujący wskazał, iż w znamienitej większości orzecznictwo sądów powszechnych potwierdza słuszność stanowiska, że nieważne są postanowienia warunków kontraktowych, które ograniczają wykonawcy możliwość dochodzenia roszczeń w przypadku niezgłoszenia ich drugiej stronie w terminie określonym umową. Odwołujący powołał się na wyroki Sądu Okręgowego w Warszawie (z dnia 1 grudnia 2011 r. sygn. akt XXV C 812/10, z dnia 11 lipca 2012 r., sygn. akt 647/11, z dnia 11 czerwca 2012 r., sygn. akt XXV C 567/11 oraz z dnia 13 lipca 2011 r., sygn. akt XXV C 701/10) oraz Sądu Okręgowego w Gdańsku (wyrok z dnia 17 grudnia 2013 r., sygn. akt XV C 1956/12), w których uznano, że prekluzyjny termin na złożenie powiadomienia o roszczeniu nie może zostać uznany za prawidłowy i zgodny z powszechnie obowiązującym prawem. Sądy te wskazywały, że z mocy samego prawa, próba nałożenia na wykonawcę ograniczonego do 28 dni terminu, z którym wiązałyby się większa niż dopuszcza Kodeks Cywilny sankcja w postaci utraty uprawnienia do przedłużenia kontraktowego czasu na ukończenie i zapłaty dodatkowego kosztu – jest nieskuteczna. Podobnie, nie jest możliwe podniesienie zarzutu przedawnienia przez zamawiającego w celu uniknięcia skutków roszczenia. Wykonawcy robót budowlanych, którym zamawiający „narzucił” umowny termin prekluzyjny, są uprawnieni do dochodzenia swoich roszczeń powstałych w związku realizacją kontraktu w terminie 3 lat. Termin rozpoczęcia biegu okresu przedawnienia należy liczyć od momentu, w którym roszczenie stało się wymagalne, a więc od momentu, w którym wykonawca dowiedział się lub przy zachowaniu należytej staranności powinien był dowiedzieć się o okoliczności stanowiącej jego podstawę. Odwołujący wskazał, iż rozważania Sądu Apelacyjnego w Warszawie (wyroki Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 20 marca 2013 r., sygn. akt VI ACa 1315/12. Zbliżone stanowisko Sąd Apelacyjny w Warszawie zajął w wyrokach: z dnia 29 kwietnia 2013r., sygn. akt VI ACa 1183/12 oraz z dnia 4 lipca 2016 r., sygn. alt VI ACa 569/15) są co do zasad tożsame z argumentami podnoszonymi przez sądy okręgowe.

W zakresie zarzutu z pkt 1.4. Odwołujący Torpol podniósł, iż w art. 2 ust. 3 Projektu Umowy Zamawiający wprost wskazuje, że Wykonawca ma wykonać wszelkie roboty na własny koszt, pomimo tego, że Dokumentacja Przetargowa z uwagi na swą wadliwość nie przewidywała określonych robót do wykonania, jak również, że zmiana zakresu tych robót nie będzie uprawniała Wykonawcy do jakichkolwiek roszczeń tak o przedłużenie terminu realizacji, jak również dodatkowej zapłaty za dodatkowe roboty budowlane. Tego typu postanowienia jest już najbardziej jaskrawym przejawem tzw. Klauzuli abuzywnej. Odwołujący przypomina, że to Zamawiający dostarcza Dokumentację Przetargową.

W odniesieniu do zarzutu z pkt 1.5. Odwołujący Torpol wskazał, iż wskazany w odwołaniu fragment art. 2 ust. 4 Projektu Umowy to kolejny przykład niedopuszczalnej klauzuli umownej (abuzywnej), którą Zamawiający przerzuca na Wykonawcę całkowitą odpowiedzialność za realizację Umowy, również za okoliczności obciążające Zamawiającego (np. wadliwa Dokumentacja Przetargowa/Projektowa, teren budowy nie nadający się do prowadzenia robót).

W odniesieniu do zarzutu z pkt 1.6. Odwołujący Torpol wskazał, iż w art. 2 ust. 7 Projektu Umowy Zamawiający narzuca na Wykonawcę obowiązek sporządzenia Dokumentacji Projektowej bez wyraźnego wskazania, że nie dotyczy to Dokumentacji Projektowej doręczonej przez Zamawiającego. Brak tego wskazania sprawia, że Zamawiający będzie domagał się wykonania (np. uzupełnienie, naprawa) Dokumentacji Projektowej, którą sam dostarcza Wykonawcy i za którą to Zamawiający ponosi odpowiedzialność.

W odniesieniu do zarzutu z pkt 1.7. Odwołujący Torpol wskazał, iż w art. 4 ust. 22 pkt 1 Projektu Umowy, Zamawiający po raz kolejny narzuca na Wykonawcę obowiązek sporządzenia Dokumentacji Projektowej bez wyraźnego wskazania, że nie dotyczy to Dokumentacji Projektowej doręczonej przez Zamawiającego. Brak tego wskazania sprawia, że Zamawiający będzie domagał się wykonania (np. uzupełnienie, naprawa) Dokumentacji Projektowej, którą sam dostarcza Wykonawcy i za którą to Zamawiający ponosi odpowiedzialność.

W zakresie zarzutu z pkt 1.8. Odwołujący Torpol podniósł, iż w art. 4 ust. 31 Projektu Umowy znajduje się kolejny przykład przerzucenia całkowitej odpowiedzialności na Wykonawcę. Postanowienie o takiej bowiem treści odnosi się do wszystkich dokumentów, czy też decyzji administracyjnych, nawet tych, które nie leżą w obowiązkach Wykonawcy. Do takich mogą np. zaliczać się opracowanie Dokumentacji Projektowej z uwagi na wadliwość dostarczonej przez Zamawiającego.

W odniesieniu do zarzutu z pkt 1.9. Odwołujący Torpol podniósł, iż w art. 4 ust. 59 Projektu Umowy Zamawiający wymaga w art. 4 ust. 59 Projektu Umowy, aby Wykonawca złożył oświadczenie, w którym zobowiąże się do zagwarantowania Parametrów Gwarantowanych Inwestycji. Odwołujący wskazał, iż to nie wykonawca jest autorem Dokumentacji Przetargowej/Projektowej w tej części, którą przekazuje Zamawiający. Tym samym jedyne co może on zagwarantować to, że wykona to zgodnie z tą Dokumentacją, wszelkimi normami, czy też zasadami wiedzy technicznej. Nie może natomiast zagwarantować, że założone w niej parametry zostaną osiągnięte. Wykonawca nie będąc jej autorem nie może odpowiadać za to co zostało w niej zaprojektowane. Wystarczy bowiem, że projektant mógł niewłaściwie dobrać urządzenia (np. zbyt małą moc) i to wszystko sprawi, że finalnie Wykonawca wykona obiekt zgodnie z umową, ale parametry końcowe nie zostaną osiągnięte z przyczyn nie leżących absolutnie po stronie Wykonawcy. Przy takim natomiast postanowieniu umownym, Wykonawca bierze na siebie nieograniczoną w żaden sposób odpowiedzialność za osiągnięcie tych parametrów.

Uzasadniając zarzut naruszenia art. 99 ust. 1 ustawy Pzp Odwołujący Torpol podniósł, iż przygotowana przez Zamawiającego konstrukcja Projektu Umowy, która jak zostało to wyżej wskazane, nie rozróżnia tego podziału na prawa, obowiązki oraz odpowiedzialność Stron Umowy w zależności od tego, czy Wykonawca będzie realizował Roboty na podstawie Dokumentacji Projektowej oraz Dokumentacji Przetargowej. Brak tego wyraźnego rozróżnienia niezależnie od tego, że oznacza przerzucenie przez Zamawiającego na Wykonawcę pełnej odpowiedzialności za realizację zamówienia (również za dokumenty, które przekazuje mu Zamawiający) co stanowi niedopuszczalną na gruncie kontraktów realizowanych na PZP – klauzulę abuzywną, powoduje również to, że Wykonawcy pozostają w stanie niepewności, co do tego jaki faktycznie zakres obowiązków ich obciąża przy realizacji zamówienia. Taki stan niepewności co do tego, co faktycznie stanowi zakres obowiązków Wykonawcy, sprawia, że przedmiot zamówienia nie jest należycie opisany, przy przestrzeganiu reguł opisanych w art. 99 ust. 1 Pzp. Zgodnie z art. 99 ust. 1 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.

Tymczasem oprócz braku wyraźnego rozróżnienia w Projekcie Umowy, o którym mowa wyżej, Projekt Umowy zawiera wiele wewnętrznych sprzeczności i tak np.: w art. 1 ust. 1 pkt 2) mamy definicję Dokumentacji Projektowej, w której Zamawiający wskazuje, że dokumentacja ta zawiera m.in. Projekt Technologiczny, Projekt Budowlany, Projekt Wykonawczy. Z kolei w art. 1 ust. 1 pkt 19), 21), 22) Projektu Umowy Zamawiający wskazał, że Projekt Budowlany, Projekt Technologiczny, Projekt Wykonawczy – są to dokumenty

dostarczone przez Zamawiającego. Jednocześnie w innych miejscach Projektu Umowy Zamawiający narzuca na Wykonawcę obowiązek sporządzenia Dokumentacji Projektowej i uwzględnienia wykonania tej Dokumentacji w cenie oferty (np. art. 2 ust. 7, art. 4 ust. 22 pkt 1, art. 4 ust. 22 pkt 19, art. 4 ust. 47, art. 8 ust. 1 pkt 1 Projektu Umowy). Tego typu brak konsekwencji w opisanu praw, obowiązków i odpowiedzialności Stron sprawia, że Wykonawcy nie są w stanie w sposób należyty wyszacować swojej oferty cenowej, nie wiedzą jaki jest ich zakres obowiązków do wykonania, jak również nie są w stanie wyszacować swojego ryzyka związanego z realizacją zamówienia. Na marginesie Odwołujący Torpol zauważył, że w jednym wycinku zakresu realizacji zamówienia Zamawiający wyraźnie rozdzielił tę „mieszaną” formułę realizacji zamówienia. Mianowicie w art. 10 ust. 7 pkt 17) Projektu Umowy wskazał, że: *„Wynagrodzenie pokrywa wszystkie koszty poniesione przez Wykonawcę w celu prawidłowego i terminowego zrealizowania Umowy i na warunkach w niej oznaczonych, w szczególności koszty związane z: 17) pełnieniem nadzoru autorskiego, z wyjątkiem nadzoru autorskiego w zakresie Dokumentacji Projektowej dostarczonej Wykonawcy przez Zamawiającego w ramach Dokumentacji Przetargowej”*. Jak zatem widać w tym zakresie Zamawiający potrafił dokonać tego rozdziału praw, obowiązków i odpowiedzialności Stron Umowy. W taki sam sposób powinien postąpić w pozostałym zakresie Projektu Umowy.

Zamawiający w dniu 26 listopada 2021 r. złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania w całości.

Po przeprowadzeniu rozprawy, na podstawie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Wobec spełnienia wymogów określonych art. 525 ust. 1-3 ustawy Pzp Izba uznała za skuteczne zgłoszenie przystąpienia dokonane przez wykonawcę Control Process Spółka akcyjna z siedzibą w Krakowie po stronie Odwołującego i dopuściła ww. wykonawcę do udziału w postępowaniu odwoławczym w charakterze Uczestnika.

Izba stwierdziła, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 528 ustawy Pzp.

Izba umorzyła postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutów odwołania oznaczonych nr 1.3 (zarzut dotyczący art. 2 ust. 2 projektu umowy) i nr 1.4 (zarzut dotyczący art. 2 ust. 3 projektu umowy) wobec ich wycofania przez Odwołującego na posiedzeniu w dniu 29 listopada 2021 r., co znalazło odzwierciedlenie w pkt 1 sentencji wyroku. W pozostałym zakresie odwołanie zostało skierowane do rozpoznania na rozprawie.

Izba uznała, iż Odwołujący wykazał, iż posiada interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, czym

wypełnił materialnoprawne przesłanki dopuszczalności odwołania, o których mowa w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba dokonała ustaleń faktycznych w oparciu o zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, tj. w oparciu o dokumenty zamówienia przekazane przez Zamawiającego, w szczególności SWZ, OPZ i Projekt Umowy, z uwzględnieniem dokonanych przez Zamawiającego w toku postępowania modyfikacji.

Izba ustaliła, co następuje:

Przedmiotem zamówienia jest realizacja inwestycji polegającej na zagospodarowaniu złoża Różańsko i budowa źródła kogeneracyjnego na potrzeby KRNiGZ Dębno w zakresie wskazanym w pkt 3.2 SWZ. W pkt 3.4 SWZ wskazano, iż szczegółowy zakres i opis przedmiotu zamówienia, sposób i warunki jego wykonania oraz wymagania Zamawiającego przedstawione są w załącznikach do Projektu Umowy stanowiącego Załącznik nr 2 do SWZ.

W Projekcie Umowy zawarto m.in. następujące postanowienia:

- Art. 1 Definicje ust. 1 pkt 2) *„Dokumentacja Projektowa – obejmuje wszelkie dokumenty (rysunki i ich opisy) przedstawiające obiekty budowlane składające się na Inwestycję, w szczególności: Projekt Technologiczny, Projekt Budowlany, Projekt Wykonawczy i informację dotyczącą bezpieczeństwa i ochrony zdrowia, w przypadkach, gdy jej opracowanie jest wymagane na podstawie odrębnych przepisów”*
- Art. 1 Definicje ust. 1 pkt 3) *„Dokumentacja Przetargowa – dokumentacja dostarczona Wykonawcy przez Zamawiającego oraz dokumentacja przekazana przez Wykonawcę Zamawiającemu w trakcie procedury o udzielenie zamówienia prowadzonego przez Zamawiającego, w szczególności SWZ, odpowiedzi Zamawiającego na pytania wykonawców w trakcie trwania postępowania o udzielenie zamówienia oraz Oferta”*
- Art. 1 Definicje ust. 1 pkt 15) *– „Parametry Gwarantowane Inwestycji – parametry Inwestycji wskazane w załączniku do Umowy”*
- Art. 1 Definicje ust. 1 pkt 24) *– „Roboty Dodatkowe – wszelkie roboty budowlane, dostawy i usługi wykraczające poza zakres zawarty w Dokumentacji Przetargowej”*
- Art. 2 Przedmiot Umowy ust. 1 – *„Zamawiający powierza, a Wykonawca przyjmuje na warunkach określonych Umową: kompletne wykonanie Inwestycji zgodnie z załączoną Dokumentacją Projektową i specyfikacją techniczną inwestycji pn. „Zagospodarowanie złoża Różańsko i budowa źródła kogeneracyjnego na potrzeby KRNiGZ Dębno”, obejmującej w szczególności: 1) rozbudowę strefy odwiertów Różańsko-1a i 3k, 2) rozbudowę strefy odwiertu Różańsko-4, 3) budowę rurociągu przesyłowego wody złożowej relacji strefy odwiertów Różańsko – OC Barnówko wraz przyłączem elektroenergetycznym dla zasilania stref Różańsko, 4) monitoring szczelności*

istniejących rurociągów płynu złożowego, 5) budowę stacji transformatorowej na strefie Różańsko-1 i 3k, 6) rozbudowę OC Barnówko, 7) prace związane z odwodnieniem wykopów, 8) dostawę Źródła Kogeneracyjnego, 9) budowę rurociągu wody ze studni zlokalizowanej na terenie SP Mostno 7 na teren OC Barnówko, 10) świadczenie na rzecz Zamawiającego Obsługi Serwisowej, w celu zapewnienia utrzymania Turbozespołu Gazowego w optymalnym stanie technicznym, w szczególności umożliwiającym jego bezpieczną eksploatację oraz zapewnienie utrzymania Parametrów Gwarantowanych. Obsługa Serwisowa będzie realizowana zgodnie z Harmonogramem Przeglądów i Prac Planowanych.”

- *Art. 2. Przedmiot Umowy ust. 2 – „Wykonawca oświadcza, że zapoznał się z Dokumentacją Przetargową i nie wnosi do niej żadnych zastrzeżeń w szczególności nie stwierdził wad tej dokumentacji. Jeżeli po zawarciu Umowy Wykonawca w terminie 3 miesięcy od zawarcia Umowy, stwierdzi wady Dokumentacji Przetargowej, to Wykonawca ma obowiązek poinformowania Zamawiającego o tej wadzie w ciągu 3 dni od dnia wykrycia powyższej Wady. W razie niepoinformowania Zamawiającego przez Wykonawcę o wadzie Dokumentacji Przetargowej w terminie 3 miesięcy od zawarcia Umowy i w ciągu 3 dni od dnia wykrycia powyższej wady, Wykonawca traci prawo wystąpienia do Zamawiającego z wnioskiem o przedłużenie terminu realizacji Inwestycji z powodu wady Dokumentacji Przetargowej”*
- *Art. 2. Przedmiot Umowy ust. 3 zdanie pierwsze – „Gdyby zachodziła potrzeba dokonania Robót nieprzewidzianych w Umowie w powodu wadliwej Dokumentacji Przetargowej, Wykonawca wykona te Roboty na własny koszt i niebezpieczeństwo, przy czym zmiany zakresu Robót ustalonego w Umowie nie będą miały wpływu na termin realizacji Inwestycji”*
- *Art. 2. Przedmiot Umowy ust. 4 zdanie ostatnie – „Wykonawca w ramach Wynagrodzenia zobowiązuje się do wykonania wszelkich usług, robót budowlanych i innych czynności niewymienionych w Umowie, które są konieczne do wykonania Inwestycji, jak również dostarczenia lub wykonania Instalacji, Urządzeń, Wyposażenia i Materiałów, które nie są wyraźnie wymienione w Umowie, a których dostawa lub wykonanie w toku wykonywania Umowy okaże się konieczne dla pełnej realizacji Inwestycji. Wykonawca wykona usługi, roboty budowlane oraz inne czynności niewymienione w Umowie w sposób zgodny z wymaganiami właściwych organów administracji, wymogami prawa, w tym prawa unijnego, a także w sytuacji zmiany stanu prawnego, nawet jeśli konieczności wykonania tych usług, robót budowlanych lub czynności nie dało się przewidzieć w chwili zawarcia Umowy”*
- *Art. 2 Przedmiot Umowy ust. 7 zdanie pierwsze – „Na Wykonawcy spoczywa w szczególności obowiązek sporządzenia Dokumentacji Projektowej (...)”*

- Art. 4 Obowiązki Wykonawcy ust. 5 – *„Wprowadzanie przez Wykonawcę rozwiązań zamiennych w stosunku do rozwiązań przewidzianych w zatwierdzonej przez Zamawiającego Dokumentacji Projektowej wymaga uprzedniej akceptacji Zamawiającego i Projektanta”*
- Art. 4 Obowiązki Wykonawcy ust. 22 pkt 1 – *„Realizacja przedmiotu Umowy polegać będzie w szczególności na: 1) wykonaniu Dokumentacji Projektowej wraz z przeprowadzeniem niezbędnych procedur formalno-prawnych w celu uzyskania pozwolenia na budowę i pozwolenia na użytkowanie”*
- Art. 4. Obowiązki Wykonawcy ust. 31 – *„Wykonawca poniesie wszelkie ryzyka związane z brakiem jakiegokolwiek, wymaganego dla prawidłowej realizacji przedmiotu Umowy, aktu administracyjnego lub dokumentu.”*
- Art. 4. Obowiązki Wykonawcy ust. 59 *„Wykonawca gwarantuje, że podczas Próby Gwarancyjnej zostaną uzyskane Parametry Gwarantowane Inwestycji”*
- Art. 8 Obowiązki Zamawiającego ust. 2 *„Jeżeli uzyskanie przez Wykonawcę decyzji, pozwoleń, zgód, ekspertyz czy innych dokumentów lub aktów administracyjnych wymaganych do wykonania Umowy, nie będzie możliwe bez bezpośredniego udziału Zamawiającego, Zamawiający podejmie współpracę z Wykonawcą w celu usunięcia powstałych przeszkód.”*
- Art. 10. Wynagrodzenie i Warunki Płatności ust. 7 pkt 2 – *„Wynagrodzenie pokrywa wszystkie koszty poniesione przez Wykonawcę w celu prawidłowego i terminowego zrealizowania Umowy i na warunkach w niej oznaczonych, w szczególności koszty związane z: (...) 2) opracowaniem Dokumentacji Projektowej.”*
- Integralną część umowy stanowią m.in. załącznik nr 1 – Dokumentacja Projektowa i załącznik nr 2 – Specyfikacja techniczna robót nie ujętych w dokumentacji projektowej i dodatkowe wyjaśnienia.

Ponadto Izba ustaliła, iż Zamawiający dokonał modyfikacji projektowanych postanowień umownych, wykreślając w art. 2 ust. 2 Projektu Umowy w zdaniu drugim fragment *„w terminie 3 miesięcy od zawarcia Umowy”* oraz zdanie trzecie *„W razie niepoinformowania Zamawiającego przez Wykonawcę o wadzie Dokumentacji Przetargowej w terminie 3 miesięcy od zawarcia Umowy i w ciągu 3 dni od dnia wykrycia powyższej wady, Wykonawca traci prawo wystąpienia do Zamawiającego z wnioskiem o przedłużenie terminu realizacji Inwestycji z powodu wady Dokumentacji Przetargowej”*, a ponadto wykreślając w art. 2 ust. 3 Projektu Umowy kwestionowany w odwołaniu fragment o treści *„Gdyby zachodziła potrzeba dokonania Robót nieprzewidzianych w Umowie w powodu wadliwej Dokumentacji Przetargowej, Wykonawca wykona te Roboty na własny koszt i niebezpieczeństwo, przy czym zmiany zakresu Robót ustalonego w Umowie nie będą miały*

wpływu na termin realizacji Inwestycji.”

Izba zważyła, co następuje:

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, poczynione ustalenia faktyczne oraz orzekając w granicach zarzutów zawartych w odwołaniu, Izba stwierdziła, iż odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Zarzut naruszenia art. 433 pkt 3 ustawy Pzp (zarzut nr 1 odwołania) nie potwierdził się. Zgodnie z tym przepisem projektowane postanowienia umowy nie mogą przewidywać odpowiedzialności wykonawcy za okoliczności, za które wyłączną odpowiedzialność ponosi zamawiający.

Odwołujący przedmiotowy zarzut opierał na twierdzeniu, że zakwestionowane w odwołaniu postanowienia umowne przenoszą na wykonawcę odpowiedzialność za dokumentację projektową dostarczaną przez Zamawiającego, a zatem za okoliczności, za które wyłączną odpowiedzialność ponosi Zamawiający, co uznać należy za niedozwolone na gruncie ww. przepisu postanowienie Projektu Umowy.

W ramach uwag natury ogólnej zauważyć należy, że na gruncie prawa cywilnego za niedozwolone postanowienia umowne uznaje się takie postanowienia umowy zawieranej z konsumentem niezgodnione indywidualnie, które kształtują jego prawa i obowiązki w sposób sprzeczny z dobrymi obyczajami, rażąco naruszając jego interesy (art. 385¹ § 1 Kodeksu cywilnego). Kodeksy cywilny wskazuje zatem, iż o abuzywności postanowień umownych świadczy co do zasady ustalenie praw i obowiązków jednej ze stron umowy w sposób rażąco naruszający jej interesy i sprzeczny z dobrymi obyczajami, przy czym celem omawianego przepisu jest przede wszystkim ochrona konsumentów. Swojego rodzaju odpowiednikiem tej regulacji na gruncie ustawy Pzp, chroniącym wszak interes wykonawcy (a zatem przedsiębiorcy, podmiotu profesjonalnego) jest art. 433, w świetle którego za niedozwolone należy uznać co do zasady takie postanowienia, które kształtują obowiązki wykonawcy w sposób rażąco nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia i ryzyk związanych z jego realizacją. Ustawodawca, dążąc do zrównoważenia pozycji stron umowy w sprawie zamówienia publicznego, zdecydował się wprowadzić do ustawy Pzp przepis zakazujący stosowania w umowach klauzul nakładających na wykonawcę obowiązki rażąco nieproporcjonalne do przedmiotu zamówienia. Katalog klauzul abuzywnych ma w przypadku ustawy Pzp charakter zamknięty.

Wśród tego rodzaju klauzul art. 433 wymienia m.in. postanowienia umowy przewidujące odpowiedzialność wykonawcy za okoliczności, za które wyłączną

odpowiedzialność ponosi zamawiający. Zgodnie z ogólną zasadą odpowiedzialności kontraktowej wyrażoną w art. 471 Kodeksu cywilnego 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. Dłużnik (wykonawca) na gruncie regulacji prawa cywilnego co do zasady nie będzie zobowiązany do naprawienia szkody w sytuacji, gdy niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania jest następstwem okoliczności, za które nie ponosi on odpowiedzialności. Z kolei w sytuacji przyczynienia się przez wierzyciela (zamawiającego) do powstania lub zwiększenia szkody, obowiązek jej naprawienia przez dłużnika (wykonawcę) ulega co do zasady odpowiedniemu zmniejszeniu stosownie do okoliczności, a zwłaszcza do stopnia winy obu stron (por. art. 362 Kodeksu cywilnego). Wskazać, jednak należy że art. 473 Kodeksu cywilnego (zgodnie z którym 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) daje stronom możliwość odstępstwa od zasad ogólnych i uregulowania odpowiedzialności umownej w inny sposób, w szczególności rozszerzenia jej na przypadki, za które dłużnik nie ponosi odpowiedzialności. Na gruncie ustawy Pzp ustawodawca, mając na uwadze, że kształtowanie postanowień umowny w sprawie zamówienia publicznego ma co do zasady charakter jednostronny, dążąc do ochrony wykonawców, ograniczył ww. swobodę kontraktową, wprowadzając zakaz obarczania wykonawcy odpowiedzialnością za te okoliczności, za które wyłączną odpowiedzialność ponosi zamawiający.

Mając powyższe na uwadze co do zasady zgodzić trzeba się z Odwołującym, że za niedopuszczalne w świetle art. 433 pkt 3 ustawy Pzp należałoby uznać takie postanowienia umowne, które nakładałyby na wykonawcę odpowiedzialność za wady dokumentacji projektowej, którą Zamawiający przekazał wykonawcy w celu realizacji zamówienia. Natomiast w ocenie Izby Odwołujący nie wykazał, aby w przedmiotowym przypadku objęte zakresem zaskarżenia postanowienia Projektu Umowy nakładały na wykonawcę taką właśnie odpowiedzialność za Dokumentację Projektową przekazaną wykonawcom przez Zamawiającego (będącą elementem dokumentów zamówienia), a jako takie, aby stanowiły klauzule abuzywne, o których mowa w art. 433 pkt 3 ustawy Pzp.

Zarzut oznaczony nr 1.1 odwołania został oparty na okoliczności, iż w zawartej w art. 1 ust. 1 pkt 2 definicji Dokumentacji Projektowej nie dokonano rozróżnienia na dokumentację projektową, którą zobowiązany jest wykonać w ramach przedmiotu umowy Odwołujący od dokumentacji projektowej przekazywanej wykonawcy przez Zamawiającego. Zdaniem Odwołującego okoliczność ta świadczyć ma o tym, że Zamawiający próbuje przenieść na

wykonawcę odpowiedzialność również za tę dokumentację projektową, za której dostarczenie odpowiada Zamawiający. W ocenie Izby tak wyprowadzony wniosek nie jest prawidłowy. Owszem, sama definicja zawarta w art. 1 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp nie wprowadza wspomnianego rozróżnienia, natomiast nie świadczy to bynajmniej o naruszeniu art. 433 pkt 3 ustawy Pzp. Po pierwsze definicja ta sama w sobie w ogóle nie referuje do kwestii odpowiedzialności stron umowy za wykonanie wskazanej tam Dokumentacji Projektowej, trudno zatem z jej brzmienia wywodzić taką okoliczność. Po drugie pomimo braku wyraźnego rozróżnienia we wskazanej definicji dokumentacji projektowej przekazywanej przez Zamawiającego od dokumentacji, jaką wykonać ma wykonawca, to jednak rozróżnienie takie wynika jednoznacznie z dokumentów zamówienia. Odwołujący nie wskazywał, aby miał jakiegokolwiek trudności z ustaleniem zakresu dokumentacji projektowej jaką opracować miał będzie wykonawca, z którym zostanie zawarta umowa w sprawie zamówienia publicznego – został on opisany w specyfikacji technicznej stanowiącej załącznik nr 2 do Projektu Umowy (a ponadto zakres ten może objąć konieczność dokonania zmian w dokumentacji projektowej przekazanej przez Zamawiającego w przypadku wprowadzenia rozwiązań zamiennych w stosunku do przewidzianych w zatwierdzonej dokumentacji – por. art. 4 ust. 5 Projektu Umowy). Z kolei dokumentacja dostarczana przez Zamawiającego stanowi załącznik nr 1 do Projektu Umowy i jest jej integralną częścią (jednocześnie wchodząc w skład dokumentów zamówienia). Samo uregulowanie definicji Dokumentacji Projektowej w sposób zbiorczy nie powoduje, że staje się ona wadliwa ani że uchybia przepisom ustawy Pzp. Tym samym zarzut należy uznać za bezzasadny.

W zakresie zarzutu nr 1.2 odwołania Izba stwierdziła, iż nie jest prawidłowy wniosek Odwołującego, jakoby o przeniesieniu odpowiedzialności za dokumentację przekazaną przez Zamawiającego na wykonawcę, miałyby świadczyć treść art. 10 ust. 7 pkt 2 Projektu Umowy, wskazująca na to, że wynagrodzenie umowne pokrywa koszty poniesione przez wykonawcę związane z opracowaniem Dokumentacji Projektowej. Przedmiotowego postanowienia umownego nie można interpretować w oderwaniu od pełnej treści Projektu Umowy i dokumentów zamówienia, a w szczególności w oderwaniu od przedmiotu zamówienia. Zakresem zamówienia objęte jest m.in. wykonanie przez wykonawcę konkretnej dokumentacji projektowej (na temat jej zakresu – *vide* uzasadnienie zarzutu nr 1.1), a to przecież za realizację zamówienia przysługiwać będzie wykonawcy wynagrodzenie, o którym mowa w art. 10 Projektu Umowy. Wynika to zarówno z art. 10 ust. 1 Projektu Umowy („Za należyte wykonanie Umowy Wykonawca otrzyma wynagrodzenie...”), jak i z przywołanego w odwołaniu ust. 7, gdzie wskazano, że wynagrodzenie pokrywa koszty poniesione przez wykonawcę „w celu prawidłowego i terminowego zrealizowania Umowy”. Co więcej, z art. 10 ust. 7 pkt 2 Projektu Umowy wprost wynika, że chodzi tu o koszty związane z

„opracowaniem” dokumentacji, a oczywistym na gruncie postanowień Projektu Umowy jest, że w ramach realizacji przedmiotu zamówienia opracowana zostanie wyłącznie ta część Dokumentacji Projektowej, za której wykonanie odpowiada wykonawca. Z kolei część Dokumentacji Projektowej, za którą odpowiada Zamawiający została już sporządzona i stanowi integralną część Projektu Umowy (załącznik nr 1), a koszty związane z jej opracowaniem zostały już poniesione. Z zakwestionowanego postanowienia umownego nie wynika podnoszona przez Odwołującego okoliczność, że wykonawca miałby wliczyć do swojego wynagrodzenia koszty sporządzonej już dokumentacji projektowej, której opracowanie nie jest objęte zakresem zamówienia, byłoby to nielogiczne. W tym stanie rzeczy zarzut należy uznać za bezzasadny.

Zarzuty nr 1.3 oraz 1.4 nie podlegały merytorycznemu rozstrzygnięciu. Postępowanie odwoławcze zostało w tym zakresie umorzone z uwagi na wycofanie ww. zarzutów przez Odwołującego.

Zarzut nr 1.5 Izba uznała za niewykazany. Odwołujący domagał się usunięcia z art. 2 ust. 4 Projektu Umowy ostatniego zdania o treści: *„Wykonawca wykona usługi, roboty budowlane oraz inne czynności niewymienione w Umowie w sposób zgodny z wymaganiami właściwych organów administracji, wymogami prawa, w tym prawa unijnego, a także w sytuacji zmiany stanu prawnego, nawet jeśli konieczności wykonania tych usług, robót budowlanych lub czynności nie dało się przewidzieć w chwili zawarcia Umowy”*. Jednocześnie całe uzasadnienie przedmiotowego zarzutu zostało ograniczone do stwierdzenia, że jest to przykład klauzuli abuzywnej, która przerzuca na wykonawcę odpowiedzialność za okoliczności obciążające Zamawiającego (np. wadliwa dokumentacja projektowa, teren budowy nie nadający się do prowadzenia robót). Odwołujący nie przedstawił żadnej merytorycznej argumentacji, która referowałaby do brzmienia ww. postanowienia umownego i analizy jego treści pod kątem abuzywności. Odwołujący jedynie postawił pewną tezę, której ani nie wyjaśnił, ani nie dowiódł. Dodatkowo należy wskazać, że omawiane postanowienie umowne wskazuje na czynności wykonywane przez wykonawcę podczas realizacji umowy, a zatem nie jest zasadne odnoszenie jego treści do przekazanej przez Zamawiającego i stanowiącej integralną część Projektu Umowy dokumentacji. Ponadto zakwestionowana treść art. 2 ust. 4 Projektu Umowy wskazuje na obowiązek wykonania zamówienia zgodnie z przepisami prawa (w tym z uwzględnieniem zaistniałych w stanie prawnym zmian) oraz zgodnie z wymaganiami organów administracji, którego to obowiązku nie sposób w ocenie Izby uznać za niedopuszczalny, zwłaszcza, że jak zauważono w odpowiedzi na odwołanie, wynagrodzenie umowne ma charakter ryczałtowy.

W zakresie zarzutu nr 1.6 Izba odsyła do uzasadnienia wskazanego przy zarzucie nr 1.1. Dodatkowo należy podkreślić, że sformułowanie *„Na wykonawcy spoczywa*

w szczególności obowiązek sporządzenia Dokumentacji Projektowej” winno być interpretowane z uwzględnieniem pełnej treści Projektu Umowy, w sposób wielopłaszczyznowy, a nie wybiórczy, jak czyni to Odwołujący. Jak wskazano już powyżej na gruncie postanowień Projektu Umowy oraz dokumentów zamówienia możliwe jest jednoznaczne ustalenie, jakie konkretnie obowiązki w zakresie sporządzenia dokumentacji projektowej ciążyą na wykonawcy. Mając to na względzie, w sytuacji, gdy mowa jest o tym, że na wykonawcy spoczywa obowiązek sporządzenia dokumentacji projektowej, należy to rozumieć jako obowiązek jej sporządzenia w takim zakresie, jaki wynika z treści Umowy. Ponadto należy wskazać, że w omawianym postanowieniu jest mowa o „sporządzeniu” dokumentacji, a zatem siłą rzeczy nie może ono dotyczyć tej dokumentacji, która została już opracowana i która została przez Zamawiającego przekazana wykonawcom jako załącznik do SWZ. Słusznie wskazał Zamawiający, że sporządzić można jedynie taką dokumentację, która nie istnieje w chwili zawierania umowy. Sam brak wyraźnego wskazania w kwestionowanym postanowieniu, że obowiązek ten nie dotyczy dokumentacji dostarczonej przez Zamawiającego, wbrew twierdzeniom Odwołującego, nie powoduje, że Zamawiający będzie miał prawo domagać się od wykonawcy opracowania dokumentacji projektowej, w zakresie w jakim odpowiada on za jej dostarczenie (przecież została ona przekazana już na etapie wszczęcia postępowania). Nie wskazuje także, że Zamawiający będzie mógł domagać się jej poprawienia czy uzupełnienia - umowa precyzuje zakres Dokumentacji Projektowej, za której sporządzenie odpowiada wykonawca i nie zawiera postanowień nakładających na wykonawcę dodatkowe obowiązki w tym zakresie, a jedynie wskazuje na możliwą ingerencję w tę dokumentację w przypadku zaproponowania rozwiązań zamiennych.

Zarzut nr 1.7 Izba uznała za bezzasadny. W ocenie Izby Odwołujący w sposób nieprawidłowy wywodzi z zawartego w art. 4 ust. 22 pkt 1 Projektu Umowy stwierdzenia, że „Realizacja przedmiotu umowy polegać będzie w szczególności na wykonaniu Dokumentacji Projektowej” wniosek, że Zamawiający będzie domagał się wykonania (poprawienia, uzupełnienia) dokumentacji, którą dostarcza Zamawiający. Odwołujący po raz kolejny dokonuje analizy postanowień umownych w sposób wybiórczy, w tym w oderwaniu od faktycznego zakresu obowiązków wykonawcy, jaki wynika z dokumentów zamówienia. Przedmiot zamówienia w zakresie usług projektowych – jak już wskazano – wynika ze specyfikacji technicznej stanowiącej załącznik nr 2 do Projektu Umowy oraz z art. 4 ust. 5 Projektu Umowy, który referuje do robót zamiennych. Treść zakwestionowanego postanowienia umownego po pierwsze odnosi się do realizacji przedmiotu umowy, a po drugie wskazuje na wykonanie dokumentacji projektowej. Ta jej część, za którą odpowiada Zamawiający, została już opracowana i załączona do SWZ, a Projektu Umowy nie zawiera

postanowień nakładających na wykonawcę dodatkowe obowiązki w odniesieniu do tej dokumentacji, jak konieczność jej poprawienia czy uzupełnienia (z zastrzeżeniem sytuacji, kiedy zaproponowane zostaną roboty zamienne).

Zarzut nr 1.8 Izba uznała za niewykazany, Odwołujący domagał się usunięcia art. 4 ust. 31 Projektu Umowy o treści: „*Wykonawca poniesie wszelkie ryzyka związane z brakiem jakiegokolwiek, wymaganego dla prawidłowej realizacji przedmiotu Umowy, aktu administracyjnego lub dokumentu*”, ewentualnie jego zmiany w sposób wskazany w odwołaniu. Jednocześnie całe uzasadnienie przedmiotowego zarzutu zostało ograniczone do stwierdzenia, że jest to kolejny przykład klauzuli abuzywnej, która przerzuca na wykonawcę odpowiedzialność za okoliczności obciążające Zamawiającego (gdyż odnosi się do wszystkich dokumentów, także tych dostarczanych przez Zamawiającego). Odwołujący nie przedstawił jednak merytorycznej argumentacji, która referowałaby do brzmienia ww. postanowienia umownego i analizy jego treści pod kątem abuzywności. Odwołujący jedynie postawił pewną tezę, której ani nie wyjaśnił, ani nie dowiódł. Wskazać ponadto należy, że Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie powołał się na szereg postanowień Projektu Umowy (art. 2 ust. 7, art. 4 ust. 22 pkt 6 i 7, art. 4 ust. 30, art. 4 ust. 58, art. 4 ust. 82, art. 5 ust. 2, art. 5 ust. 8-9, art. 5 ust. 13), które precyzują kwestię obowiązków wykonawcy związanych z pozyskiwaniem aktów administracyjnych i dokumentów. Projekt Umowy wprost w art. 4 ust. 30 wskazuje, że obowiązkiem wykonawcy jest uzyskanie aktów administracyjnych i dokumentów wymaganych do wykonania inwestycji i jej eksploatacji z wyjątkiem tych, których uzyskanie stanowi obowiązek Zamawiającego. Dodatkowo Zamawiający zobowiązał się do współdziałania z wykonawcą w sytuacji, gdy udział Zamawiającego w pozyskaniu stosownych aktów administracyjnych będzie wymagany (art. 8 ust. 2 Projektu Umowy). Powyższe wskazuje, że Odwołujący przeprowadził analizę postanowień umownych w sposób wybiórczy, z pominięciem ich istotnej treści. Natomiast podczas rozprawy nie podjął żadnej polemiki z treścią odpowiedzi na odwołanie w omawianym zakresie, wobec czego nie sposób uznać, aby wykazał on zasadność postawionego zarzutu.

Zarzut nr 1.9 Izba uznała za niewykazany. Odwołujący domagał się usunięcia z Projektu Umowy (względnie zmiany) postanowienia art. 4 ust. 59 o treści „*Wykonawca gwarantuje, że podczas Próby Gwarancyjnej zostaną uzyskane Parametry Gwarantowane Inwestycji*” powołując się na okoliczność, że wykonawca nie może zagwarantować, nie będąc autorem dokumentacji projektowej przekazanej przez Zamawiającego, że założone w niej parametry zostaną osiągnięte. Odwołujący jednak pominął okoliczność, iż wykonawca realizując umowę zobowiązany jest działać z należytą starannością, przy czym miernik tej należytej staranności jest tutaj podwyższony z uwagi na fakt, iż mamy do czynienia

z podmiotem profesjonalnym (por. art. § 355 § 2 Kodeksu cywilnego). Osiągnięcie Parametrów Gwarantowanych Inwestycji jest celem zamówienia, jednym z jego kluczowych założeń i wykonawca zobowiązany jest do ich dochowania. Jak zauważył Zamawiający, wykonawca ma obowiązek informowania Zamawiającego o stwierdzonych wadach Dokumentacji Przetargowej (por. art. 2 ust. 2 Projektu Umowy). Wykonawca powinien być w stanie realizując inwestycję ocenić czy dokumentacja przekazana przez Zamawiającego umożliwia jej prawidłową realizację, w razie potrzeby zaproponować rozwiązania zamiennie, czy poinformować o konieczności wykonania Robót Dodatkowych (za które wszak przysługuje wykonawcy dodatkowe wynagrodzenie). Nie chodzi tu bowiem wyłącznie o - cytując Zamawiającego – „bezrefleksyjną realizację Projektu”. Wykonawca ma obowiązek należytego wykonania przedmiotu zamówienia, w sposób zgodny z Dokumentacją Projektową, ale i z zasadami wiedzy technicznej, ma obowiązek współdziałania z Zamawiającym i informowania go o stwierdzonych wadach. Na powyższe okoliczności zwrócono szczegółowo uwagę w odpowiedzi na odwołanie, niemniej Odwołujący podczas rozprawy do twierdzeń Zamawiającego nawet nie odniósł się.

W świetle powyższego nie znalazł potwierdzenia również zarzut nr 2 odwołania, tj. zarzut naruszenia art. 99 ust. 1 ustawy Pzp. Zgodnie z tym przepisem 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. Odwołujący nie sprostął ciężarowi wykazania, że zakwestionowane postanowienia umowne faktycznie budzą wątpliwości, są niejednoznaczne czy niezrozumiałe dla podmiotów profesjonalnie trudniących się działalnością stanowiącą przedmiot zamówienia. Nie wyjaśnił dlaczego nie jest w stanie w sposób należyty oszacować oferty, nie wskazał także argumentów, które potwierdzałyby postawioną w odwołaniu tezę, jakoby wykonawcy nie wiedzieli jaki jest zakres ich obowiązków do wykonania (jak zaś wskazano m.in przy omawianiu zarzutu nr 1.1 i 1.2 zakres ten został określony w sposób precyzyjny). Jak już opisano powyżej, Odwołujący dokonał interpretacji postanowień umownych w sposób oderwany od pełnej treści dokumentów zamówienia i wybiórczy. Ponadto Odwołujący podczas rozprawy w ogóle nie podjął polemiki ze stanowiskiem Zamawiającego zawartym w odpowiedzi na odwołanie, a zatem trudno uznać jego twierdzenia za wykazane.

Mając na uwadze wszystko powyższe Izba uznała, że odwołanie podlega oddaleniu i na podstawie art. 553 ustawy Pzp orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 557 i 575 ustawy Pzp oraz § 8 ust. 2 pkt 1 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich

rozliczenia oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437).

Przewodniczący: