

Sygn. akt: KIO 417/23

WYROK
z dnia 28 lutego 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ryszard Tetzlaff
Członkowie: Maksym Smorczewski
Monika Szymanowska

Protokolant: Klaudia Kwadrans

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **23 lutego 2023 r. w Warszawie** odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **13 lutego 2023 r.** przez wykonawcę: **STRABAG Sp. z o.o., ul. Parzniewska 10, 05-800 Pruszków** w postępowaniu prowadzonym przez **Centralny Port Komunikacyjny Sp. z o.o., Al. Jerozolimskie 142B, 02-305 Warszawa**

przy udziale wykonawcy **Budimex S.A., ul. Siedmiogrodzka 9, 01-204 Warszawa** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego

orzeka:

1. umarza postępowanie w zakresie zarzutów dotyczących:

a) zarzutu nr 1 częściowo, tj. naruszenia art. 436 pkt 3 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2022 r. poz. 1710) poprzez przekroczenie granic swobody umów i ukształtowanie treści przyszłego stosunku prawnego w sposób naruszający równowagę stron i w sposób sprzeczny z jego

naturą, oraz naruszeniem przepisów nakładających na Zamawiającego obowiązek określenia maksymalnej wartości kar umownych poprzez ich obejście - w związku z przewidzianym obowiązkiem spełnienia świadczenia gwarancyjnego przewidzianego w § 2 ust. 4 Załącznika nr 9 do wzoru przyszłej umowy, niepodlegający limitowi przewidzianego dla kar umownych i obciążenie wykonawców obowiązkiem zapłaty na rzecz Zamawiającego 7,5% maksymalnej kwoty wynagrodzenia za zdarzenia, na które wykonawca nie ma wpływu, tj. w zakresie działań czy zaniechań innych podmiotów (podwykonawców, dostawców, podmiotów na zasobach których polegał), jednocześnie przy iluzorycznej możliwości zwolnienia się wykonawców od spełnienia takiego świadczenia;

b) zarzutu nr 3 częściowo, tj. naruszenia art. 353¹ w zw. z art. 647 Ustawa z dnia 23.04.1964 r. Kodeks cywilny (t.j. Dz. U. z 2022 r., poz. 1360 z późn. zm.) i art. 651 Ustawa z dnia 23.04.1964 r. Kodeks cywilny (t.j. Dz. U. z 2022 r., poz. 1360 z późn. zm.), art. 58 Ustawa z dnia 23.04.1964 r. Kodeks cywilny (t.j. Dz. U. z 2022 r., poz. 1360 z późn. zm.) w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2022 r. poz. 1710) oraz w zw. z art. 5k oraz art. 8 Rozporządzenia Rady (UE) nr 833/2014 z dnia 31 lipca 2014 r., dotyczącego środków ograniczających w związku z działaniami Rosji destabilizującymi sytuację na Ukrainie, zmienionym Rozporządzeniem Rady (UE) nr 2022/578 z dnia 8 kwietnia 2022 r. poprzez przekroczenie granic swobody umów i ukształtowanie treści przyszłego stosunku prawnego w sposób naruszający równowagę stron i w sposób sprzeczny z jego naturą, a także z naruszeniem zasady proporcjonalności przewidzianej w przepisach unijnych - w zakresie w jakim Zamawiający przewidział w § 2 ust. 11 Załącznika nr 9 do wzoru przyszłej Umowy uprawnienie dla siebie do: zawieszenia wszystkich płatności na rzecz Wykonawcy - podczas gdy powyższe uprawnienie nie wynika z przepisów, stanowi wykorzystanie dominującej pozycji Zamawiającego i w sposób nieuprawniony przerzuca na wykonawców ryzyka związane z naruszeniem zakazów sankcyjnych przez podmioty trzecie oraz nie uwzględnia wagi i rozmiaru tych naruszeń;

c) zarzutu nr 6, tj. naruszenia art. 439 ust. 1 i ust. 2 w zw. z art. 16 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2022 r. poz. 1710), art. 99 ust 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2022 r. poz. 1710), art. 353¹ Ustawa z dnia 23.04.1964 r. Kodeks cywilny (t.j. Dz. U. z 2022 r., poz. 1360 z późn. zm.), art. 58 Ustawa z dnia 23.04.1964 r. Kodeks cywilny (t.j. Dz. U. z 2022 r., poz. 1360 z późn. zm.) w zw. 8 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2022 r. poz. 1710) poprzez sformułowanie

w § 10 wzoru umowy zasad i warunków waloryzacji w sposób niejednoznaczny oraz z nieprecyzyjnym i niedostatecznym określeniem przesłanek waloryzacji, a przez to w sposób uniemożliwiający dokonanie zmiany wysokości wynagrodzenia wykonawcy, co narusza obowiązek Zamawiającego ustalenia w umowie przyznania waloryzacji w sytuacji zmiany cen materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia w przypadku, gdy umowa w sprawie zamówienia publicznego, której przedmiotem są roboty budowlane została zawarta na okres dłuższy niż 12 miesięcy;

z uwagi na ich wycofanie;

2. W pozostałym zakresie oddała odwołanie.

3. kosztami postępowania obciąża STRABAG Sp. z o.o., ul. Parzniewska 10, 05-800 Pruszków i:

3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20 000,00 zł** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **STRABAG Sp. z o.o., ul. Parzniewska 10, 05-800 Pruszków** tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 579 ust. 1 oraz art. 580 ust.1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2022 r. poz. 1710) 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

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Budowa korytarzy transportowych dojazdowych przy budowie Centralnego Portu Komunikacyjnego – zaprojektuj i wybuduj - postępowanie w dwóch częściach” w ramach podpisanej Umowy Ramowej na prace przygotowawcze przy budowie Centralnego Portu Komunikacyjnego – postępowanie w dwóch Częściach (nazwa przetargu wskazana w pkt 2.1. SWZ), w Zaproszeniu podana nazwa zadania: „Budowa korytarzy transportowych dojazdowych przy budowie Centralnego Portu Komunikacyjnego – postępowanie w dwóch Częściach (Część 1 i Część 2) - zaprojektuj i wybuduj” - CZĘŚĆ 2”, numer postępowania 131/22/MKS/PZP/493/UW/PP/3, zostało wszczęte przez Centralny Port Komunikacyjny Sp. z o.o., Al. Jerozolimskie 142B, 02305 Warszawa zwany dalej: „Zamawiającym”. Do ww. postępowania o udzielenie zamówienia zastosowanie znajdują przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2022 r. poz. 1710), zwana dalej: „NPzp” albo „PZP”.

W dniu 02.02.2023 r. Zamawiający dokonał zmiany Specyfikacji Warunków Zamówienia zwana dalej: „SWZ” w tym w całości wykreślił dotychczasową treść Załącznika nr 9 i udostępnił nową jego treść i zmienił w całości postanowienia § 10 wzoru umowy (za pośrednictwem Platformy SmartPZP).

Dnia 13.02.2023 r. (wpływ do Prezesa KIO w wersji elektronicznej podpisane podpisem cyfrowym za pośrednictwem elektronicznej skrzynki podawczej - ePUAP) odwołanie względem czynności z 02.02.2023 r. złożył STRABAG Sp. z o.o., ul. Parzniewska 10, 05800 Pruszków zwana dalej: „STRABAG Sp. z o.o.” albo „Odwołującym”.

Zarzucił naruszenie:

1. 353¹ k.c. w zw. z art. 647 k.c. i art. 651 k.c. oraz art. 58 k.c. w zw. z art. 8 ust. 1 PZP, art. 436 pkt 3 PZP poprzez przekroczenie granic swobody umów i ukształtowanie treści przyszłego stosunku prawnego w sposób naruszający równowagę stron i w sposób sprzeczny z jego naturą, oraz naruszeniem przepisów nakładających na Zamawiającego obowiązek określenia maksymalnej wartości kar umownych poprzez ich obejście - w związku z przewidzianym obowiązkiem spełnienia świadczenia gwarancyjnego przewidzianego w § 2 ust. 4 Załącznika nr 9 do wzoru przyszłej umowy, niepodlegający limitowi przewidzianego dla kar umownych i obciążenie wykonawców obowiązkiem zapłaty na rzecz Zamawiającego 7,5% maksymalnej kwoty wynagrodzenia za zdarzenia, na które wykonawca nie ma wpływu, tj. w zakresie działań czy zaniechań innych podmiotów (podwykonawców, dostawców,

podmiotów na zasobach których polegał), jednocześnie przy iluzorycznej możliwości zwolnienia się wykonawców od spełnienia takiego świadczenia;

2. 353¹ k.c. w zw. z art. 647 k.c. i art. 651 k.c. oraz art. 58 k.c. w zw. z art. 8 ust. 1 PZP poprzez przekroczenie granic swobody umów i ukształtowanie treści przyszłego stosunku prawnego w sposób naruszający równowagę stron i w sposób sprzeczny z jego naturą - w zakresie w jakim przewidział w § 2 ust. 2 i ust. 3 Załącznika nr 9 do wzoru przyszłej umowy jako „*gwarantowaną okoliczność*” przez wykonawcę, że inne podmioty trzecie, tj. podwykonawcy, dostawcy i usługodawcy, czy podmioty na których zdolnościach polega, nigdy i przez cały czas realizacji umowy nie będą objęte sankcjami oraz że nie naruszą przepisów i zakazów określonych w polskich i europejskich przepisach sankcyjnych, chociaż zagwarantowanie takiej okoliczności za inne podmioty, które działają niezależnie od wykonawcy jest niemożliwe, a sam wykonawca nie ma narzędzi ani możliwości wpływania na działania bądź zaniechania innych podmiotów, czy możliwości faktycznych i prawnych ich zapobiegnięciu;

3. 353¹ k.c. w zw. z art. 647 k.c. i art. 651 k.c. oraz art. 58 k.c. w zw. z art. 8 ust. 1 PZP poprzez przekroczenie granic swobody umów i ukształtowanie treści przyszłego stosunku prawnego w sposób naruszający równowagę stron i w sposób sprzeczny z jego naturą - w zakresie w jakim przewidział w § 2 ust. 8 Załącznika nr 9 do wzoru przyszłego obowiązku „*należytego wyegzekwowania wykonania*” od Podmiotów Współpracujących złożenia oświadczeń sankcyjnych, podczas gdy Zamawiający nie określił, co będzie uznane przez niego za „*należyte*” wykonanie takiego obowiązku, pomija że wykonawca nie ma narzędzi ani możliwości wpływania na działania bądź zaniechania innych podmiotów, a jednocześnie za niezłożenie oświadczenia przez podmiot trzeci Zamawiający przewidział zobowiązanie zapłaty kary umownej w wysokości 2,5 % maksymalnej kwoty wynagrodzenia za każdy przypadek, chociaż wykonawca nie ma wpływu na zaniechanie innego podmiotu, a nieprzedłożenie takiego oświadczenia przez podmiot trzeci może nastąpić z przyczyn zupełnie niezależnych i niezawinionych przy Wykonawcę;

4. 353¹ k.c. w zw. z art. 647 k.c. i art. 651 k.c., art. 58 k.c. w zw. z art. 8 ust. 1 PZP oraz w zw. z art. 5k oraz art. 8 Rozporządzenia Rady (UE) nr 833/2014 z dnia 31 lipca 2014 r., dotyczącego środków ograniczających w związku z działaniami Rosji destabilizującymi sytuację na Ukrainie, zmienionym Rozporządzeniem Rady (UE) nr 2022/578 z dnia 8 kwietnia 2022 r. (dalej: „*Rozporządzenie*”) poprzez przekroczenie granic swobody umów i ukształtowanie treści przyszłego stosunku prawnego w sposób naruszający równowagę stron i w sposób sprzeczny z jego naturą, a także z naruszeniem zasady proporcjonalności przewidzianej w przepisach unijnych - w zakresie w jakim Zamawiający przewidział w § 2 ust. 11, w § 2 ust. 12, w § 2 ust. 13, w § 2 ust. 14 pkt 3, w § 2 ust. 16 Załącznika nr 9 do wzoru przyszłej Umowy uprawnienie dla siebie do: zawieszenia wszystkich płatności na rzecz

Wykonawcy, zawieszenia wykonywania całości Umowy, zawieszenia okresu wymagalności wszelkich płatności w okresie zawieszenia realizacji umowy, odstąpienia od całości umowy z Wykonawcą - podczas gdy powyższe uprawnienia nie wynikają z przepisów, stanowią wykorzystanie dominującej pozycji Zamawiającego i w sposób nieuprawniony przerzucają na wykonawców ryzyka związane z naruszeniem zakazów sankcyjnych przez podmioty trzecie oraz nie uwzględniają wagi i rozmiaru tych naruszeń;

5. art. 484 § 1 k.c., art. 483 § 1 k.c. w zw. z art. 471 k.c. i art. 473 § 1 k.c., oraz art. 353¹ k.c. w zw. z art. 647 k.c., art. 58 k.c., względnie art. 5 k.c. w zw. z art. 8 ust. 1 PZP oraz art. 433 pkt 2 PZP poprzez wprowadzenie we wzorze przyszłej umowy - w § 2 ust. 22 pkt 1, 2 i 3 Załącznika nr 9 do wzoru umowy - kar umownych za naruszenie obowiązków wskazanych w ust. 8 w zakresie „należytego wyegzekwowania obowiązku” od podmiotów współpracujących, oraz za naruszenie obowiązków wskazanych w § 2 ust. 9 i ust. 10 Załącznika nr 9 do wzoru przyszłej umowy dotyczących podmiotów współpracujących oraz za odstąpienie od umowy w przypadku naruszenia obowiązków wskazanych w § 2 ust. 17. pkt 2) lub 3) Załącznika nr 9 do wzoru przyszłej umowy dotyczących podmiotów trzecich - w sposób sprzeczny funkcją kar umownych, które dotyczą niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania przez Wykonawcę, a nie zaniechań bądź działań podmiotów trzecich, którym Wykonawca nie może zapobiec oraz przez przekroczenie granic swobody i ukształtowanie treści przyszłego stosunku w sposób naruszający równowagę stron i w sposób sprzeczny z naturą stosunku prawnego, w jakim obciąża wykonawcę tymi karami umownymi,

6. art. 439 ust. 1 i ust. 2 PZP w zw. z art. 16 PZP, art. 99 ust 1 i 2 PZP, art. 353¹ k.c., art. 58 k.c. w zw. 8 ust. 1 ustawy PZP poprzez sformułowanie w § 10 wzoru umowy zasad i warunków waloryzacji w sposób niejednoznaczny oraz z nieprecyzyjnym i niedostatecznym określeniem przesłanek waloryzacji, a przez to w sposób uniemożliwiający dokonanie zmiany wysokości wynagrodzenia wykonawcy, co narusza obowiązek Zamawiającego ustalenia w umowie przyznania waloryzacji w sytuacji zmiany cen materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia w przypadku, gdy umowa w sprawie zamówienia publicznego, której przedmiotem są roboty budowlane została zawarta na okres dłuższy niż 12 miesięcy;

oraz w konsekwencji naruszeń wskazanych powyżej:

7. art. 16 pkt 1 PZP i art. 17 ust. 1 pkt 1 i 2 PZP poprzez naruszenie zasad zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, a to przez zaniechanie przygotowania i prowadzenia postępowania z należytą starannością.

W oparciu o przedstawione wyżej zarzuty wnosił o uwzględnienie odwołania w całości oraz nakazanie Zamawiającemu:

1. nakazanie Zamawiającemu zmiany warunków przyszłej Umowy, tj. Załącznika nr 9 do wzoru umowy poprzez usunięcie w całości § 2 ust. 4 Załącznika nr 9 oraz odpowiednie dostosowanie pozostałych postanowień Załącznika nr 9 do tej zmiany;

2. nakazanie Zamawiającemu zmiany warunków przyszłej Umowy, tj. Załącznika nr 9 do wzoru umowy poprzez zmianę (zastąpienie) obecnego brzmienia § 2 ust. 2 i ust. 3 Załącznika nr 9 na następującą treść: § 2 ust. 2: *„Wykonawca oświadcza, że na dzień zawarcia Umowy, nie występuje u niego żadna z okoliczności określonych w ust. 1 niniejszego paragrafu”.*

§ 2 ust. 3: *„Wykonawca oświadcza, że zobowiązuje się do nienaruszania zakazów wynikających z sankcji, o których mowa w § 2 ust. 1 pkt 3.”* oraz o odpowiednie dostosowanie pozostałych postanowień Załącznika nr 9 do tych zmian;

ewentualnie

nakazanie Zamawiającemu dokonania zmiany postanowień § 2 ust. 2 i ust. 3 Załącznika nr 9 do wzoru umowy poprzez usunięcie z nich oświadczeń gwarancyjnych Wykonawcy za działania bądź zaniechania podwykonawców, dostawców, usługodawców oraz podmiotów na zasobach których polegał Wykonawca w związku z wprowadzonymi przepisami sankcyjnymi i odpowiednie dostosowanie pozostałych postanowień Załącznika nr 9 do umowy;

3. nakazanie Zamawiającemu zmiany warunków przyszłej Umowy, tj. Załącznika nr 9 do wzoru umowy poprzez usunięcie z treści w § 2 ust. 8 Załącznika nr 9 zwrotu:

„oraz do należytego wyegzekwowania wykonania tego obowiązku przez Podmioty Współpracujące.”

4. nakazanie Zamawiającemu zmiany warunków przyszłej Umowy tj. Załącznika nr 9 do wzoru umowy poprzez:

- dopisanie na końcu § 2 ust. 11 następującego zdania:

„W przypadku gdy okoliczności, o których mowa w ust. 1 pkt 2) lub 3) dotyczą jedynie Podmiotu Współpracującego, powyższe zawieszenie dotyczy wyłącznie należności przewidzianych dla Podmiotu Współpracującego, objętego tymi okolicznościami.”

- poprzez zmianę (zastąpienie) obecnego brzmienia zdania drugiego § 2 ust. 12 na następującą treść:

„W przypadku zawieszenia wykonywania umowy z powodu okoliczności, o której mowa w ust. 1 pkt 2 lub 3, Zamawiający może zawiesić wykonywanie Umowy jedynie w części, w której jest ona wykonywana przy udziale Podmiotu Współpracującego, którego ta okoliczność dotyczy”.

- poprzez dopisanie na końcu § 2 ust. 13 następującego zdania: *„W przypadku gdy powyższe uprawdopodobnienie dotyczy Podmiotu Współpracującego, Zamawiający może zawiesić wykonywanie Umowy jedynie w części zleconej do wykonania Podmiotowi Współpracującemu, co do którego uprawdopodobnienie nastąpiło”.*

- poprzez zmianę (zastąpienie) obecnego brzmienia § 2 ust. 14 pkt. 3) na następującą treść:

„W okresie zawieszenia należności które mógłby dochodzić Wykonawca z tytułu zawieszanej części Umowy nie staną się wymagalne, a termin ich zapłaty nie upłynie przed zakończeniem okresu zawieszenia,”

- poprzez zmianę treści § 2 pust. 14 pkt. 4) i dodanie do tego punktu po słowach: *„ma obowiązek całkowitego wstrzymania realizacji Umowy”* postanowienia: *„albo jej zawieszanej części”*

- poprzez dopisanie na końcu § 2 ust. 16 następującego zdania:

„W przypadku, gdy okoliczności, o których mowa w ust. 1 niniejszego paragrafu dotyczą Podmiotu Współpracującego, Zamawiającemu zamiast uprawnienia do odstąpienia od Umowy w myśl niniejszego ustępu przysługuje uprawnienie do żądania od Wykonawcy zmiany Podmiotu Współpracującego, co do którego zachodzi którakolwiek z okoliczności wskazanych w ust. 1 na inny Podmiot Współpracujący, co do którego okoliczności z ust. 1 nie zachodzą. Wykonawca w terminie 14 dni liczonych od dnia wezwania go przez Zamawiającego będzie zobowiązany do przekazania Zamawiającemu porozumienia lub oświadczenia, o których mowa w ust 15. (wraz z dowodem doręczenia oświadczenia Podmiotowi Współpracującemu). Wykonawca podpisze umowę z nowym Podmiotem Współpracującym w terminie niepowodującym zwłoki w realizacji Umowy lub samodzielnie wykona prace powierzone dotychczas Podmiotowi Współpracującemu, co do którego zaszła którakolwiek z okoliczności wskazanych w ust. 1.”

-poprzez zmianę treści § 2 ust. 17 pkt 3, i dodanie do tego punktu po słowach: *„Wykonawca nie złożył Zamawiającemu”- zwrotu „własnego”*

5. nakazanie Zamawiającemu zmiany warunków Umowy, tj. Załącznika nr 9 do wzoru poprzez usunięcia w całości § 2 ust. 22 Załącznika nr 9 dostosowanie pozostałych postanowień Załącznika nr 9 do tej zmiany.

6. nakazanie Zamawiającemu zmiany warunków Umowy, tj. § 10 wzoru umowy poprzez usunięcie w całości obowiązującego obecnie brzmienia i zastąpienie go brzmieniem § 10 wzoru umowy przed zmianą dokonaną SWZ w dniu 02.02.2023r. (tj. przywrócenie poprzedniego brzmienia tego paragrafu przewidzianego przez Zamawiającego przed zmianą SWZ).

Zamawiający - Centralny Port Komunikacyjny Sp. z o.o. prowadzi postępowanie w ramach realizacji Umowy Ramowej nr 67/21/DW/PZP/493, pn. „Prace przygotowawcze przy budowie Centralnego Portu Komunikacyjnego wraz z pracami i usługami towarzyszącymi”.

W dniu 11.01.2023r. na podstawie art. 389 ust. 2 PZP Zamawiający zaprosił wykonawcę do udziału w postępowaniu realizacyjnym (wykonawczym), którego celem jest wybór Wykonawcy zadania pn.: *„Budowa korytarzy transportowych dojazdowych przy*

budowie Centralnego Portu Komunikacyjnego - zaprojektuj i wybuduj - postępowanie w dwóch częściach” w ramach podpisanej Umowy Ramowej na prace przygotowawcze przy budowie Centralnego Portu Komunikacyjnego - postępowanie w dwóch Częściach (nazwa przetargu wskazana w pkt 2.1. SWZ), w Zaproszeniu podana nazwa zadania: „Budowa korytarzy transportowych dojazdowych przy budowie Centralnego Portu Komunikacyjnego - postępowanie w dwóch Częściach (Część 1 i Część 2) - zaprojektuj i wybuduj”.

Przedmiotem Zamówienia Wykonawczego jest świadczenie na rzecz Zamawiającego, usług w zakresie opracowania dokumentacji projektowej wraz z uzyskaniem niezbędnych zgód, decyzji, pozwoleń oraz kompleksowe wykonanie robót budowlanych wraz z uzyskaniem pozwolenia na użytkowanie i zapewnieniem odpowiedniego nadzoru zgodnie z prawem budowlanym dla korytarzy transportowych dojazdowych przy budowie Centralnego Portu Komunikacyjnego. Przedmiot Zamówienia Wykonawczego został podzielony na dwie Części - niniejsze odwołanie dotyczy Części 2.

Zamawiający w dniu 02.02.2023r. opublikował zmiany do SWZ, które m. in. obejmowały treść Załącznika nr 9 do wzoru umowy. Poprzednio obowiązująca wersja (brzmienie) Załącznika nr 9 została przez Zamawiającego wykreślona w całości, a Zamawiający wprowadził nowe postanowienia do wzoru umowy. Jednocześnie z tą zmianą, Zamawiający zmienił całą treść § 10 wzoru przyszłej umowy, regulującą umowną waloryzację.

Ad. Zarzuty związane ze świadczeniem gwarancyjnym i gwarantowanymi przez wykonawcę okolicznościami

W § 2 ust. 4 Załącznika nr 9 do wzoru umowy (Załącznik nr 2 do SWZ) w związku z wprowadzoną klauzulą sankcyjną, Zamawiający przewidział zapłatę przez wykonawców świadczenia gwarancyjnego, wskazując w tej regulacji, że:

„4. Jeżeli w dniu zawarcia Umowy występowała którakolwiek z okoliczności, o których mowa w ust. 1 niniejszego paragrafu lub jeżeli w okresie realizacji Umowy zaistnieje którakolwiek z okoliczności określonych w ust. 1 niniejszego paragrafu, Wykonawca spełni świadczenia gwarancyjne, tj.

1) zapłaci kwotę w wysokości 7,5% maksymalnej wartości wynagrodzenia, jakie może być należne Wykonawcy na podstawie Umowy (włączając w to zakresy objęte prawem opcji) oraz

2) naprawi szkodę poniesioną przez Zamawiającego w związku z wystąpieniem którejkolwiek z okoliczności, o których mowa w ust. 1 niniejszego paragrafu lub w związku z odstąpieniem od Umowy na podstawie ust. 16 lub 17 niniejszego paragrafu - w wartości przekraczającej wartość świadczenia, o którym mowa w ust. 4 pkt 1 niniejszego paragrafu - do pełnej wartości szkody poniesionej przez Zamawiającego.”

Zapłata świadczenia gwarancyjnego, zgodnie z ust. 5 powołanego paragrafu, ma nastąpić w terminie 10 dni od otrzymania wezwania przez wykonawców.

Jednocześnie w § 2 ust. 2 oraz w ust. 3 Załącznika nr 9 Zamawiający przewidział złożenie przez wykonawców gwarancji, że na dzień zawarcia umowy, nie występuje żadna z okoliczności określonych w § 2 ust. 1 Załącznika nr 9 oraz że takie okoliczności nigdy nie wystąpią w okresie realizacji Umowy. Zgodnie z regulacją złożone oświadczenia mają być „okolicznością gwarantowaną” przez wykonawców.

„ust. 2. Wykonawca gwarantuje, że na dzień zawarcia Umowy, nie występuje żadna z okoliczności określonych w ust. 1 niniejszego paragrafu (gwarantowana okoliczność).” „ust. 3. Wykonawca gwarantuje, że żadna z okoliczności określonych w ust. 1 niniejszego paragrafu nie wystąpi w okresie realizacji Umowy (gwarantowana okoliczność).”

Odwołujący wyjaśnia, że zgodnie z ust. 1, do którego odwołują się powyższe postanowienia, postanowienia § 2 nie dotyczą jedynie samego wykonawcy, ale również Podmiotów współpracujących (zdefiniowanych w Załączniku nr 9, jako podwykonawcy, dostawcy, usługodawcy - jakiegokolwiek stopnia oraz podmioty na zasobach, których polega wykonawca) objęci sankcjami lub którzy naruszyli w ramach wykonywania Umowy jakiegokolwiek, wynikający z sankcji wprowadzonych na mocy przepisów obowiązujących w Rzeczypospolitej Polskiej, zakaz działania lub zaniechania, w szczególności określonych w Rozporządzeniu 833/2014, Rozporządzeniu 765/2006 lub Rozporządzeniu 269/2014 zakazów nabywania dostaw, usług lub robót budowlanych znajdujących się w lub pochodzących z Białorusi lub Rosji oraz zakazów przywozu lub transportowania produktów pochodzących lub wywożonych z Białorusi lub Rosji.

Z zestawienia powyższych regulacji i oczekiwanych przez Zamawiającego gwarancji wynika, że wykonawca będzie zobowiązany do zapłaty na rzecz Zamawiającego świadczenia gwarancyjnego - jeżeli jego podwykonawcy, dostawy, usługodawcy bądź podmioty na zasobach których polegał naruszą zakazy sankcyjne. Jednocześnie, Zamawiający żąda zagwarantowania przez Wykonawcę - za cudzy podmiot - jakim są podmioty współpracujące (według definicji Zamawiającego), że nie wystąpiła żadna z okoliczności wskazanych w ust. 1 na dzień zawarcia umowy, ani też że nie wystąpią one u podmiotów współpracujących przez cały okres realizacji umowy.

Innymi słowy, Zamawiający oczekuje od Wykonawcy zagwarantowania za inny, niezależny od Wykonawcy podmiot i ponoszenia za te obce dla wykonawcy podmioty odpowiedzialności i sankcji w postaci zapłaty świadczenia gwarancyjnego w wysokości 7,5% wartości maksymalnego wynagrodzenia za ich zaniechania czy naruszenia.

Zdaniem Odwołującego, Zamawiający pomija w swoich oczekiwaniach gwarancyjnych, że wykonawcy nie mają żadnego wpływu na działalność, decyzje, czy podejmowane czynności bądź zaniechania podmiotów współpracujących. Wykonawca

wskazuje, że wprowadzenie przez niego klauzul zobowiązujących podmioty trzecie do przedłożenia oświadczeń sankcyjnych nie gwarantuje, że podmiot współpracujący nie naruszy tych postanowień.

Wykonawcy nie mają także żadnej możliwości skutecznego zapobieżenia ewentualnym naruszeniom zakazów lub nakazów sankcyjnych przez takie podmioty. Co więcej, wykonawcy nie mają realnych narzędzi, którymi mogliby wymusić bądź oczekiwać określonych czynności faktycznych i prawnych od podmiotów trzecich. Zdaniem Odwoływającego, Zamawiający nie uwzględnia w nałożonych na wykonawców gwarantowanych obowiązkach, że wykonawcy nie mają możliwości wpływania na decyzje (czy to faktyczne, czy prawne) swoich podwykonawców i dostawców. Nie posiadają do tego ani uprawnień, ani środków prawnych.

Oczekując złożenia przez wykonawców gwarancji - bezwzględnej - w rzeczywistości oznacza, że Zamawiający oczekuje spełniania przez wykonawców świadczeń niemożliwych, tj. zagwarantowania odpowiedniego zachowania podmiotów trzecich, choć zależy ono wyłącznie od woli tych podmiotów zewnętrznych, na których prowadzenie działalności gospodarczej wykonawcy nie mają wpływu.

Z powyższych względów, zarówno obowiązek gwarantowania przez wykonawców na podmioty trzecie, jaki i nałożenie na wykonawców obowiązku spełnienia świadczenia gwarancyjnego jest nie oparte na żadnych przepisach i wykracza poza zasadę swobody umów, a także wykracza i sprzeciwia się naturze stosunku prawnego, jakim jest umowa o roboty budowlane w zakresie, w jakim Wykonawca ma w ramach tej umowy gwarantować za działania i zaniechania podmiotów współpracujących w sytuacji, gdy umowa o roboty budowlane, a nawet swoboda umów nie zapewnia mu narzędzi do tak daleko idącej ingerencji w działania podmiotu współpracującego.

Tym bardziej, gdy weźmie się pod uwagę, że obowiązek zapłaty „świadczenia gwarancyjnego” jest praktycznie zobowiązaniem bezwzględnym, od którego - przy obecnych regulacjach umownych - wykonawcy nie będą mieli szansy się zwolnić, pomimo prowizorycznych postanowień umownych, które miałyby to umożliwić (o czym niżej). Odwoływający wskazuje, że sama istotna świadczenia gwarancyjnego wiąże się z tym, że dany wykonawca jest zobowiązany do zapłaty. Z natury rzeczy postanowienia dotyczące świadczeń gwarancyjnych to nic innego jak zagwarantowanie sobie przez Zamawiającego otrzymania zapłaty konkretnej kwoty za okoliczności, za które dłużnik (tutaj wykonawca) nie ponosi odpowiedzialności.

Co więcej, do takich zobowiązań (nie uregulowanych wprost w kodeksie cywilnym i wprowadzana do umów na zasadzie swobody umów) nie stosuje się przepisów o karze umownej, czyli Zamawiający pozbawia wykonawców nawet możliwości miarkowania takiego świadczenia przez sąd. Przewidziane świadczenie gwarancyjne stanowi odrębny od

odpowiedzialności kontraktowej wykonawcy - reżim odpowiedzialności - a obowiązek zapłaty będzie powstawać zawsze, niezależnie od tego, czy Zamawiający poniósł jakąkolwiek szkodę, jak i bez znaczenia będą okoliczności, że wykonawcy zrealizują prawidłowo wszystkie swoje zobowiązania z umowy o roboty budowlane. Bez znaczenia będzie zatem kwestia winy wykonawcy, brak zapewnia mu przepisami narzędzi, które umożliwiłyby mu udzielenie Zamawiającemu oczekiwanej gwarancji lub co spowodowało wystąpienie okoliczności wskazanych w ust. 1 - nie będzie to miało wpływu na obowiązek zapłaty przez wykonawców świadczenia gwarancyjnego. Obowiązek zapłaty jest bowiem od takich okoliczności oderwany, w konsekwencji czego wykonawca (będący gwarantem) nie ma możliwości uniknięcia zapłaty - i w tym znaczeniu obowiązek ten ma charakter pierwotny.

Odwołujący zdaje sobie sprawę z orzeczeń KIO w zakresie kształtowania postanowień umowy, ograniczeń z tego płynących i potrzeb Zamawiającego. Jednak zdaniem Odwołującego, nałożenie w umowie o zamówienie publiczne reżimu bezwzględnej odpowiedzialności wykonawców, w sposób oderwany od ogólnych zasad odpowiedzialności kontraktowej, określonej w kodeksie cywilnym i nałożenie obowiązku zapłaty na rzecz Zamawiającego świadczenia gwarancyjnego o wartość 7,5% wynagrodzenia przekracza zasady swobody umów. Powyższe uwagi pozostają aktualne również w kontekście wprowadzonej do wzoru umowy - jedynie iluzorycznej możliwości - „zwolnienia się” z obowiązku zapłaty świadczenia gwarancyjnego przez wykonawców. Odwołujący wskazuje, że w § 2 ust. 6 i 7 Załącznika nr 9 do umowy, Zamawiający określił, że wykonawcy mogą się zwolnić z obowiązku zapłaty świadczenia gwarancyjnego (niezależnie czy Zamawiający odstąpi od umowy, czy nie), regulując przy tym, że powyższe zwolnienie z obowiązku zapłaty kwoty gwarancyjnej może nastąpić wyłącznie, jeżeli wykonawca wykaże, że:

- 1) dołożył należytej staranności w celu zapewnienia, żeby żadna z okoliczności określonych w ust. 1 niniejszego paragrafu nie występowała w dniu zawarcia Umowy, oraz
- 2) dołożył należytej staranności w celu zapewnienia, żeby żadna z okoliczności określonych w ust. 1 niniejszego paragrafu nie wystąpiła w okresie realizacji Umowy, w szczególności poprzez zawarcie odpowiednich zobowiązań w umowach z Podmiotami Współpracującymi oraz egzekwowanie przestrzegania tych zobowiązań,
- 3) a przy tym Zamawiający nie poniesie jakiegokolwiek szkody w związku z zaistnieniem którejkolwiek z okoliczności, o których mowa w ust. 1 niniejszego paragrafu.

Odwołujący wskazuje w odwołaniu, że zwolnienie, o którym mowa w ww. postanowieniach ma wyłącznie charakter iluzoryczny, bowiem ich konstrukcja nie pozwala jednoznacznie określić wykonawcy, kiedy Zamawiający uzna, że wykonawca „dołożył” już należytej staranności, aby móc zwolnić się z obowiązku zapłaty w sytuacji gdy jego podmiot współpracujący naruszył zakazy sankcyjne. Zamawiający w pkt 2) wskazał na jedną taką okoliczności, jak „zawarcie odpowiednich zobowiązań w umowach”, ale przesłanka ta jest

wymieniona wyłącznie jako „w szczególności”, a ponadto spełnienie tej przesłanki nie zwalnia jeszcze wykonawcy z odpowiedzialności, co oznacza że dla zwolnienia z zapłaty świadczenia gwarancyjnego Zamawiający może oczekiwać także jednoczesnego spełniania innych wymogów przez wykonawców, które nie zostały wskazane, a ich ocena będzie zależała wyłącznie od arbitralnej i uznaniowej decyzji Zamawiającego. Podobnie w przypadku przesłanki zwolnienia, jaką jest dołożenie należytej staranności przy „egzekwowaniu” obowiązków nałożonych na podmioty współpracujące - ani nie wiadomo na czym miałyby polegać to „egzekwowanie”, ani kiedy Zamawiający może już uznać, że wykonawcy spełnił warunek „zwolnienia”. Wszystkie te przesłanki „dołożenia należytej staranności” przez wykonawców należy oceniać przez pryzmat tego, że działania wykonawców dotyczą podmiotów trzecich, które na przykład na wezwania wykonawców mogą reagować, bądź nie, a sam wykonawca nie ma wpływu ani możliwości zmuszenia ich do żadnych działań.

Z tych względów, to jest nieokreślenia faktycznych przesłanek „zwolnienia” z zapłaty świadczenia gwarancyjnego i braku jednoznaczności, jakie czynności musi podjąć wykonawca, aby mógł mieć pewność, że dołożył należytej staranności i dzięki temu będzie zwolniony z zapłaty świadczenia gwarancyjnego - dla Odwołującego oznacza, że uzyskanie „zwolnienia” będzie nierealne w rzeczywistości, a Zamawiający dowolnie będzie mógł dokonać interpretacji i obciążać wykonawców zapłatą świadczenia gwarancyjnego. Wykonawcy nie są zatem w stanie przewidzieć, jakie ryzyko należy przyjąć w związku z tak postawionymi warunkami „zwolnienia” się z obowiązku zapłaty świadczenia gwarancyjnego.

Wobec przedstawionych powyżej argumentów, uznał, że świadczenie gwarancyjne przewidziane w umowie ma charakter faktycznie bezwzględny, możliwość uwolnienia się od obowiązku zapłaty tego świadczenia pozorna i na wykonawców został nałożony obowiązek ponoszenia odpowiedzialności gwarancyjnej.

Zwrócił uwagę, że nałożone na wykonawców świadczenie gwarancyjne w związku z ust. 26 i ust. 27 paragrafu drugiego Załącznika nr 9 do umowy stanowi obejście przepisu art. 436 pkt 3 ustawy PZP. Zgodnie z powołanym artykułem, Zamawiający zobowiązani są podać w umowie o zamówienia publiczne łączną maksymalną wysokość kar umownych, których mogą dochodzić strony. Zamawiający oprócz tego, że przewidział ww. świadczenie gwarancyjne za naruszenie tych samych obowiązków, przewidział w umowie nałożenie na wykonawców kar umownych. W § 2 ust. 26 uregulował, że w przypadku gdyby wykonawcy byli zobowiązaniu zarówno do zapłaty kary umownej, jak i świadczenia gwarancyjnego - wykonawca będzie zobowiązany do zapłaty świadczenia gwarancyjnego. Jednocześnie w ust. 24 wskazał na limit kar umownych za naruszenia obowiązków związanych z zakazami sankcyjnym na 20%, niezależnie od limitu na pozostałe kary umowne. Jednakże świadczenie gwarancyjne, będące w swojej istocie najdalej idącym bezwzględny zobowiązaniem do

zapłaty, nie jest uwzględnione w żadnym limicie. Zdaniem Odwołującego, choć z formalnego punktu widzenia świadczenie gwarancyjne nie jest karą umowną i ma inny reżim odpowiedzialności - to Zamawiający w ten właśnie sposób, tj. poprzez zaostrenie reżimu odpowiedzialności do odpowiedzialności gwarancyjnej, obchodzi art. 436 pkt 3 ustawy PZP.

Mając na uwadze przedstawione argumenty, zdaniem Odwołującego, zaskarżone regulacje umowne naruszają przepisy kodeksu cywilnego oraz ustawy PZP. Zamawiający - w ramach swobody umów - nie jest uprawniony do obciążenia wykonawców świadczeniem gwarancyjnym oraz składania oświadczeń o okolicznościach gwarantowanych za inne podmioty trzecie, których działalność jest od nich niezależna. Ocena, czy możliwe jest nałożenie przez Zamawiającego takiego zobowiązania gwarancyjnego, musi odbyć się z uwzględnieniem natury stosunku zobowiązaniowego, łączącego Zamawiającego i Wykonawcę. W tym kontekście należy podkreślić, że wykonawcy i Zamawiający po przeprowadzeniu postępowania, zawierają umowę o roboty budowlane, a świadczenie gwarancyjne, które przewidział Zamawiający dotyczy obowiązków wynikających z polskich i unijnych przepisów sankcyjnych.

Również w orzecznictwie Sądu Najwyższego podkreśla się, że nie sposób de lege lata akceptować stanowisko, że możliwe byłoby skuteczne zawarcie umowy gwarancyjnej - w której granice wspomnianego ryzyka nie zostałyby w ogóle określone lub określone w sposób bardzo ogólny (tak w wyroku Sądu Najwyższego z dnia 9 listopada 2006 r., IV CSK 208/06)

Wykonawca może złożyć gwarancje w imieniu własnym, bowiem nie odpowiada za inne podmioty, stąd wnosi o dokonanie odpowiedniej zmiany wzoru umowy, jak wskazał w petitum odwołania. Nie sposób bowiem wymagać od wykonawców, aby bez przyznania im skutecznych narzędzi gwarantowali, że zewnętrzny podmiot trzeci, nie podejmie działań i że nigdy nie wystąpią okoliczności faktyczne i prawne, a jednocześnie płacili gwarantowane Zamawiającemu świadczenie w niebagatelnej wysokości 7,5% maksymalnej wartości wynagrodzenia.

Przewidziane przez Zamawiającego zobowiązania wykonawców oznaczają nałożenie na nich ryzyka niemożliwego do wycenienia, pozostającego poza jakimkolwiek oddziaływaniem wykonawców.

Dodatkowo należy wskazać, że Zamawiający w związku z naruszeniem przez podmioty współpracujące przepisów sankcyjnych przewidział dla siebie również uprawnienie do zawieszenia wykonywania umowy, do nałożenia na wykonawców kar umownych, uprawnienie do odstąpienia od umowy w części, jak i w całości, a w § 29 ust. 4 wzoru umowy wskazał co rozumie przez odpowiedzialność gwarancyjną. Kompleksowo całość konsekwencji, które miałyby ponosić wykonawca za działania bądź zaniechania podmiotów trzecich, na które nie ma nawet możliwości wpłynąć oraz argumenty wskazane przez

Odwołującego powyżej potwierdzają, że Zamawiający kształtując wzór przyszłej umowy stron, przekroczył zasadę swobody umów i naruszył przepisy wskazane w petitum odwołania.

Ad zarzut dotyczący nałożenia obowiązku „egzekwowania” wykonania obowiązków

Odwołujący wskazuje, że w § 2 ust. 8 Załącznika nr 9 Zamawiający, oprócz zobowiązania wykonawców do zawarcia w umowach z Podmiotami Współpracującymi obowiązku złożenia przez Podmioty Współpracujące oświadczeń, o których mowa w ust. 10 pkt. 2) - czego Odwołujący nie kwestionuje - przewidział również obowiązek wykonawców „należytego wyegzekwowania wykonania tego obowiązku przez Podmioty Współpracujące.”

Odwołujący zarzuca, że Zamawiający nie określił, co będzie uznane przez niego za „należyte” wykonanie takiego obowiązku. Jeżeli Zamawiający oczekuje uzyskania określonego rezultatu - złożenia oświadczenia, to nakładając takie zobowiązanie na wykonawców, Zamawiający pominął, że wykonawcy nie mają adekwatnych narzędzi ani możliwości wpływania na działania bądź zaniechania innych podmiotów. Wykonawcy nie są organem egzekucyjnym i o ile mogą umownie zobowiązać podmioty współpracujące do złożenia wymaganych oświadczeń, to nie wiadomo jak mieliby „wyegzekwować” ten obowiązek, jeżeli dany podmiot współpracujący będzie uchylać się od jego wykonania. Zamawiający oczekuje zatem wykonania świadczenia niemożliwego.

Jednocześnie za niezłożenie oświadczenia przez podmiot trzeci Zamawiający przewidział zobowiązanie zapłaty kary umownej przez wykonawcę w wysokości 2,5 % maksymalnej kwoty wynagrodzenia za każdy przypadek, chociaż wykonawca nie ma wpływu na zaniechanie innego podmiotu, a nieprzedłożenie takiego oświadczenia przez podmiot trzeci może nastąpić z przyczyn zupełnie niezależnych i niezawinionych przy Wykonawcę. Ponadto brak „wyegzekwowania” złożenia oświadczenia - ściślej niedołożenie należytej staranności w tej czynności - stanowić będzie o braku możliwości zwolnienia się wykonawcy z obowiązku zapłaty świadczenia gwarancyjnego. Zamawiający przewidział również z tego tytułu uprawnienie do odstąpienia od umowy. Wszystkie te sankcje mogą zostać nałożone na wykonawców za niespełnienie bliżej określonego obowiązku „wyegzekwowania” oświadczenia, w sytuacji gdy dotyczy ten obowiązek podmiotów trzecich działających i podejmujących decyzje samodzielnie i bez możliwości wpływu na nie przez wykonawcę.

Mając powyższe na względzie, Odwołujący stoi na stanowisku, że Zamawiający nałożył na niego nieokreślony obowiązek, obarczając wykonawcę daleko idącymi skutkami z przekroczeniem zasady swobody umów oraz z naruszeniem powołanych w petitum odwołania przepisów.

Ad zarzut dotyczący kar umownych

W Załączniku nr 9 do wzoru przyszłej umowy, w § 2 ust. 22 Załącznika nr 9 do umowy, Zamawiający w związku z naruszeniem obowiązków sankcyjnych przewidział nałożenie na wykonawców kar umownych:

- 1) jeżeli Wykonawca naruszył którekolwiek ze zobowiązań, o których mowa w ust. 8 i 9 niniejszego paragrafu - kara umowna liczona za każdy przypadek naruszenia odrębnie w wysokości 2,5% maksymalnej wartości wynagrodzenia, jakie może być należne Wykonawcy na podstawie Umowy (włączając w to wynagrodzenie za zakresy objęte prawem opcji),
- 2) jeżeli Wykonawca naruszył zobowiązanie, o którym mowa w ust. 10 niniejszego paragrafu - kara umowna liczona za każdy przypadek naruszenia odrębnie - wysokości 2,5% wynagrodzenia, o którym mowa w pkt 1 powyżej oraz,
- 3) jeżeli Zamawiający odstąpił od Umowy na podstawie ust. 17. pkt 2) lub 3) niniejszego paragrafu - w wysokości 15% wynagrodzenia, jak w pkt 1 powyżej.

Jednocześnie w kolejnych regulacjach Załącznika nr 9, Zamawiający określił, że jeżeli dana okoliczność stanowi podstawę obowiązku zapłaty kary umownej, o której mowa w ust. 22 pkt 1 lub 2 oraz ze względu na tę samą okoliczność Zamawiający odstąpi od Umowy na podstawie ust. 17 pkt 2 lub 3 niniejszego paragrafu, wówczas naliczona zostanie wyłącznie kara umowna, o której mowa w ust. 22 pkt 3 niniejszego paragrafu (ust. 23).

Wykonawcy zobowiązani są do zapłaty Zamawiającemu kar umownych w terminie 14 dni od otrzymania od Zamawiającego wezwania do jej zapłaty (ust. 25), a łączna wartość kar umownych zastrzeżonych w niniejszym paragrafie nie przekroczy 20% maksymalnej wartości wynagrodzenia (ust. 26).

W myśl § 2 ust. 27 - kary umowne przewidziane w niniejszym paragrafie nie są ograniczone ogólnymi limitami wysokości kar umownych przewidzianych Umową i nie są uwzględniane przy obliczaniu ich wykorzystania. Łączna wartość kar umownych zastrzeżonych w niniejszym paragrafie oraz wszystkich innych kar umownych przewidzianych Umową nie przekroczy kwoty odpowiadającej sumie ogólnego limitu wartości kar umownych przewidzianych Umową oraz limitu, o którym mowa w ust. 25 niniejszego paragrafu.

Odwołujący zarzuca, że przewidziane przez Zamawiającego kary umowne za okoliczności, które dotyczą podmiotów współpracujących (zgodnie z definicją Zamawiającego) - są niezgodne z istotą i naturą kar umownych.

Zgodnie z zasadą wynikającą z art. 484 § 1 k.c., kary umowne przewidywane są na wypadek niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania przez dłużnika. Kara umowna należna jest zatem tylko wtedy, gdy niewykonanie lub nienależyte wykonania zobowiązania jest następstwem okoliczności, za które dłużnik (tutaj wykonawca) ponosi odpowiedzialność. A contrario, kara umowna nie jest należna w przypadku, gdy takie

niewykonania lub nienależyte wykonania wynika z okoliczności, za które dłużnik nie ponosi odpowiedzialności.

Odwołujący podnosi zarzuty wobec zastrzeżonych przez Zamawiającego kar umownych, ponieważ są one przewidziane w oderwaniu od zobowiązania wykonawców i jego odpowiedzialności z tytułu umowy o roboty budowlane. Powyższe wynika z tego, że Zamawiający obciąża wykonawców karami również za działania bądź zaniechania podmiotów trzecich wobec uregulowania w umowie okoliczności gwarantowanych przez wykonawcę za podmioty współpracujące - czyli w rzeczywistości niezależnie od ich przyczyny oraz w działaniach własnych wykonawcy. Jak wskazywał powyżej Odwołujący, nie ma wpływu na wykonywanie zobowiązań przez zewnętrzne podmioty.

Tymczasem kary umowne przewidziane w powołanym ust. 22, wykonawca będzie zobowiązany zapłacić w takich sytuacjach jak a) „nie wyegzekwowanie” wykonania złożenia oświadczenia przez podmioty współpracujące - choć ani nie wiadomo na czym miałyby ta „egzekucja” polegać, a Wykonawca nie ma wpływu na podmioty trzecie, b) za nie zawiadomienie o wystąpieniu jakiegokolwiek okoliczności, o której mowa w ust. 1 - gdy przy „dochowaniu należytej staranności” powinien byłby się dowiedzieć o zaistnieniu podstawy do takiego zawiadomienia - choć nie wiadomo kiedy Zamawiający uzna, że wykonawca dochował już „należytej staranności” i kiedy uzna, że już powinien się „dowiedzieć”.

Zamawiający przewiduje również kary umowne za niezłożenie oświadczeń przez podmioty trzecie, co jak wskazywał powyżej Odwołujący pozostaje poza jego wpływem i możliwościami „zmuszenia” podmiotów współpracujących do ich złożenia. I także wykonawca będzie obciążony karami umownymi za odstąpienie od umowy, gdy wystąpią okoliczności wskazane w ust. 8 i 10 Załącznika nr 9 - przez zaniechania podmiotów współpracujących.

Tak ukształtowanie kar umownych przez Zamawiającego, tj. za okoliczności, na które Wykonawca nie ma wpływu, a przy tym nie dotyczą jego zobowiązania, naruszają granice swobody umów oraz równowagę stron.

Przepis art. 353 [1] k.c. rozstrzyga kwestię zakresu kompetencji stron umowy zobowiązaniowej za pomocą dwóch sformułowań. Wskazuje zakres w sposób pozytywny, stanowiąc, że strony mogą „ułożyć stosunek prawny”, a po drugie określa zakres kompetencji stron także w sposób negatywny, wyznaczając granice, poza które ich działalność normotwórcza nie może wykraczać (Komentarz art. 353 k.c. System Prawa Prywatnego, tom 5, red. Osajda 2020, wyd. 3, Legalis). Chodzi tu o zakaz kształtowania stosunku zobowiązaniowego w sposób sprzeczny z właściwością (naturą) stosunku, ustawą i zasadami współżycia społecznego. W literaturze wskazuje się na konieczność zapewnienia wzajemności lub odpowiedniości uprawnień (rozumianych jako przysługiwanie obu stronom takich samych uprawnień lub uprawnień różnych postaci, ale ekwiwalentnych wobec siebie,

ewentualnie jako zrównoważenie dysproporcji wartości świadczeń przez nierówny rozdział innych obowiązków i uprawnień) oraz proporcjonalności uprawnień, tj. dostosowania ich zakresu do rzeczywistej potrzeby ochrony interesów uprawnionego (Komentart. do art. 3531 k.c. System Prawa Prywatnego, tom 5, red. Osajda 2020, wyd. 3, Legalis).

Jak wskazał powyżej Odwołujący, Zamawiający przewidział dla siebie tak szeroki wachlarz możliwych sankcji do nałożenia na wykonawców, od uprawnienia do zawieszenia wykonania umowy, obowiązek zapłaty świadczenia gwarancyjnego, po odstąpienie od umowy - że w takim całokształcie, nałożenie ww. kar umownych za działania bądź zaniechania podmiotów trzecich narusza równowagę stron i pozostaje nieadekwatne do tego, co może uczynić sam wykonawca, aby nie być takimi karami obciążony. Dlatego też Odwołujący uważa, że nałożenie na wykonawców dodatkowo kar umownych, nieprzewidzianych w przepisach sankcyjnych, i to w sytuacji, gdy Wykonawca możliwości wpłynięcia na działania niezależnych od niego podmiotów trzecich narusza także zasady współżycia społecznego.

Powyższe narusza również przepisy ustawy PZP i stanowi klauzulę abuzywną, bowiem projektowane postanowienia umowy nie mogą przewidywać naliczania wykonawcy kar umownych za zachowanie wykonawcy niezwiązane bezpośrednio lub pośrednio z przedmiotem umowy lub jej prawidłowym wykonaniem.

Ad. Zarzut dotyczący uprawnienia Zamawiającego do zawieszania i odstąpienia od umowy

Zgodnie z § 2 ust. 11 Załącznika nr 9 do umowy Zamawiający przewidział dla siebie uprawnienie do zawieszenia wszystkich płatności na rzecz Wykonawcy (§ 2 ust. 11), a niezależnie od tego możliwość zawieszenia wykonywania całości Umowy (§ 2 ust. 12). Postanowienia umowy wskazują, że Zamawiający może zawiesić wykonywanie całości Umowy faktycznie na podstawie wyłącznie arbitralnego uprawdopodobnienia wystąpienia powyższej okoliczności (§ 2 ust. 13).

Jednocześnie z ww. uprawnieniami, zawieszeniu ulegają terminy wymagalności wszelkich płatności (§ 2 ust. 14 pkt 3).

Zamawiający przewidział również dla siebie uprawnienie do odstąpienia od całości Umowy (§ 2 ust. 16 i ust. 17).

Powyższe regulacje wskazują, że Zamawiający przyznaje sobie niezwykle szeroki katalog uprawnień i sankcji, które mogą zostać nałożone na wykonawców - od zawieszenia wykonywania umowy po odstąpienie od niej - bez względu, czy dane zdarzenie dotyczyło działań / zaniechań wykonawcy, czy zaistnieje okoliczność dotycząca wyłącznie jednego Podmiotu Współpracującego, odpowiedzialnego za realizację jedynie części przedmiotu Umowy.

Zdaniem Odwołującego, proponowane przez Zamawiającego postanowienia w zakresie, w jakim przyznają mu uprawnienia do wstrzymania wszelkich płatności,

zawieszenia realizacji całej umowy, możliwości odstąpienia od całej umowy również w sytuacji, gdy wyłącznie jeden z Podmiotów Współpracujących jest lub stanie się Podmiotem Objętym Sankcjami, stanowi nadużycie Zamawiającego, godzące w swobodę umów oraz ustaloną przez przepisy unijne zasadę proporcjonalności środków względem stwierzonego naruszenia.

W odniesieniu do podmiotów, których Zamawiający określa mianem Podmiotów Współpracujących, czyli podwykonawców, dostawców, usługodawców lub podmiotów, na zdolnościach których Wykonawca polega, art. 5k Rozporządzenia zabrania im udzielania zamówienia lub jego dalszej realizacji w sytuacji, gdy indywidualnie liczona dla każdego z takich podmiotów wartość świadczenia przekracza 10% wartości całego zamówienia. Jednocześnie art. 8 ww. Rozporządzenia nakazuje państwom członkowskim wprowadzenie przepisów sankcyjnych, za naruszenie tego zakazu, przy czym sankcje przewidziane takimi przepisami mają m.in. być proporcjonalne do ciężaru naruszenia.

Zgodnie z odpowiedziami Komisji Europejskiej do interpretacji art. 5k, w przypadku gdy Podmiot Współpracujący narusza zakaz, o którym mowa w art. 5k Rozporządzenia, Zamawiający powinien mieć uprawnienie do żądania od Wykonawcy zmiany Podmiotu Współpracującego, który naruszył zakaz, na inny podmiot. Żądanie to ma pozostawać w zgodzie z zasadą niedyskryminacji i równego traktowania. Zamawiający powinien zagwarantować Wykonawcy taką możliwość (vide pytanie i odpowiedź na pytanie nr 8, pytanie nr 21).

W związku z powyższym, w opinii Odwołującego, w zakresie w jakim Zamawiający nie przewidział możliwości zmiany Podmiotu Współpracującego podlegającego zakazowi na inny podmiot, który może realizować zamówienia zgodnie z przepisami, a zamiast tego przewidział dla siebie uprawnienia dotyczące całości umowy, w tym wstrzymanie wszystkich płatności, wstrzymanie realizacji całości umowy, wstrzymanie wymagalności wszelkich płatności, a nawet możliwość odstąpienia od całości umowy, stanowią naruszenie przepisów unijnych oraz przepisów polskich w zakresie swobody umów i są niewspółmierne do wagi stwierzonego naruszenia. Wykonawca według obecnych postanowień umownych ma ponosić całe ryzyko związane z działaniami bądź zaniechaniami podmiotów trzecich, chociaż nie ma realnej możliwości im zapobiec.

W ocenie Odwołującego, w takich przypadkach, uprawnienia Zamawiającego powinny ograniczać się wyłącznie do tej części umowy, która realizowana jest przez Podmiot Współpracujący będący Podmiotem Objętym Sankcjami. Analogicznie uprawnienia Zamawiającego do wstrzymania wykonywania umowy oraz wstrzymania płatności czy wstrzymania terminu wymagalności płatności, powinny nie pozostawać do dyskrecyjnej decyzji Zamawiającego, lecz ograniczać się wyłącznie do płatności i terminów, przewidzianych dla płatności na rzecz Podmiotu Współpracującego, który jest lub stanie się

Podmiotem Objętym Sankcjami. Odwołujący wskazuje także, że Zamawiający powinien przewidzieć w takich sytuacjach zmianę przez Wykonawcę Podmiotu Współpracującego.

Zamawiający w dniu 14.02.2023 r. (za pośrednictwem Platformy SmartPZP) wezwał wraz kopią odwołania, w trybie art. 524 NPzp, uczestników postępowania przetargowego do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym.

W dniu 17.02.2023 r. (wpływ do Prezesa KIO w wersji elektronicznej podpisane podpisem cyfrowym za pośrednictwem elektronicznej skrzynki podawczej - ePUAP) Budimex S.A., ul. Siedmiogrodzka 9, 01-204 Warszawa zwany dalej: „Budimex S.A.” albo „Przystępującym” zgłosiło przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego wnosząc o uwzględnienie odwołania w całości. Izba uznała skuteczność przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego: Budimex S.A.

Dnia 22.02.2023 r. (wpływ do Prezesa KIO w wersji elektronicznej podpisane podpisem cyfrowym za pośrednictwem elektronicznej skrzynki podawczej - ePUAP) STRABAG Sp. z o.o. złożył pismo, w którym wycofał zarzut 6.

W dniu 23.02.2023 r. (e-mailem) Zamawiający wobec wniesienia odwołań do Prezesa KIO wniósł na piśmie, w trybie art. 521 NPzp, odpowieź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania w całości. Przed odniesieniem się szczegółowo do zarzutów zawartych w odwołaniu Zamawiający wskazał na kilka kwestii generalnych mających znaczenie dla rozstrzygnięcia w niniejszej sprawie.

Pojęcia pisane wielką literą niezdefiniowane w treści niniejszej odpowiedzi na odwołanie mają znaczenie nadane im w postanowieniach projektu umowy wykonawczej.

1. Wartość i skala postępowania

Zamawiający zwraca uwagę, że przedmiot zamówienia w postępowaniu jest niezwykle newralgiczny, gdyż obejmuje wykonanie dokumentacji projektowej oraz budowę korytarzy transportowych dojazdowych (dróg dojazdowych) do budowanego lotniska. Zamówienie to jest jednym z kluczowych elementów umożliwiających w ogóle realizację robót zasadniczych inwestycji Centralnego Portu Komunikacyjnego (dalej: „CPK”). Brak terminowej realizacji, w tym ewentualna konieczność zmiany wykonawcy w trakcie realizacji zamówienia (np. z powodu realizacji inwestycji przez Podmioty Objęte Sankcjami), bezpośrednio zagraża powodzeniu realizacji całej inwestycji CPK.

Korytarze dojazdowe są niezbędne, aby umożliwić, m.in.:

- transport maszyn i materiałów z okolicznych rejonów oraz z terenu kraju na teren budowy CPK,
- wywóz nadmiarowych mas ziemnych pochodzących np. z niwelacji,

- poprawę możliwości komunikacyjnych dla mieszkańców oraz obsługi budowy na czas budowy CPK,
- dojazd pracowników na budowę,
- umożliwienie dostawy materiałów z bocznic kolejowych na teren budowy CPK.

Aby lepiej móc wyobrazić sobie wartość i skalę przedsięwzięcia, Zamawiający wskazuje, że wartość planowanych zamówień w ramach umowy ramowej zawartej po przeprowadzeniu postępowania ramowego, na podstawie której ogłoszono postępowanie, to 1.749.951.699 zł netto. Jeśli zaś chodzi o konkretną szacowaną wartość przedmiotu zamówienia w postępowaniu, Zamawiający na rozprawie przedstawi do wyłącznej wiadomości Krajowej Izby Odwoławczej (dalej: „KIO” lub „Izba”) protokół z szacowania wartości zamówienia (Zamawiający nie upublicznił wartości szacunkowej zamówienia w żadnej z części postępowania). Mając na uwadze powyższe, Zamawiający musi zadbać o to, aby dobór mechanizmów wprowadzonych do wzoru Umowy, w tym do Załącznika nr 9 - klauzuli sankcyjnej (dalej: „Klauzula Sankcyjna”), eliminował/zmniejszał ryzyko związane z wykonywaniem zamówienia przez wykonawcę podlegającego wykluczeniu z postępowania.

2. Oświadczenie sankcyjne składane w trakcie postępowania, postępowania ramowego oraz innych postępowań wykonawczych.

Zgodnie z art. 119 ustawy Pzp Zamawiający jest zobowiązany do zbadania, czy wobec podmiotów udostępniających zasoby nie zachodzą podstawy wykluczenia, które zostały przewidziane w dokumentacji postępowania względem wykonawcy. W konsekwencji, razem z ofertą składaną w postępowaniu, wykonawcy oraz podmioty udostępniające im zasoby, zostały zobowiązane do złożenia oświadczenia, którego wzór stanowi Załącznik nr 9 do specyfikacji wykonawczej (dalej: „SWZ- W”), tj. oświadczenia składanego w związku z agresją Rosji wobec Ukrainy i udziałem Białorusi w tej agresji - Załącznik nr 1 do odpowiedzi na odwołanie (dalej: „Oświadczenie”). Zamawiający wyraźnie podkreślił, że Odwołujący nie kwestionuje w odwołaniu ani obowiązku złożenia Oświadczenia w postępowaniu, ani jego treści, mimo że z treści Oświadczenia wynika konieczność nie tylko zadeklarowania, czy wykonawca oraz podmioty trzecie są podmiotami, o których mowa w art. 5k Rozporządzenia 833/2014 dotyczącego środków ograniczających w związku z działaniami Rosji destabilizującymi sytuację na Ukrainie (dalej: „Rozporządzenie 833”), ale również potwierdzenia, czy Umowa zawarta po przeprowadzeniu postępowania będzie wykonywana z udziałem podwykonawców, dostawców, o których mowa w art. 5k ust. 1 Rozporządzenia 833. Treść Oświadczenia zasadniczo pokrywa się z treścią Załącznika 9a do Umowy. Dodatkowo w pkt 6 Formularza Ofertowego - Załącznik nr 2 do odpowiedzi na odwołanie, każdy wykonawca będzie musiał złożyć w postępowaniu oświadczenie

o zamiarze powierzenia podmiotom trzecim/podwykonawcom danego zakresu zamówienia wynikającego ze SWZ-W.

Obowiązek złożenia Oświadczenia oraz Formularza Ofertowego w postępowaniu powoduje, że Wykonawca już przed złożeniem oferty musi podjąć decyzję co do sposobu realizacji przedmiotu zamówienia, tj. czy będzie realizował przedmiot zamówienia samodzielnie, czy będzie i w jakim zakresie polegał na zasobach podmiotów trzecich, które następnie będą zobowiązane do udziału w realizacji zamówienia. To oznacza, że każdy wykonawca, w tym STRABAG, jako profesjonalista w obrocie gospodarczym, ma obowiązek weryfikacji podmiotu, z którego zasobów zamierza skorzystać, czy też, z którym zamierza zawrzeć umowę o podwykonawstwo, również pod kątem możliwości złożenia oświadczenia w związku z agresją Rosji wobec Ukrainy i udziałem Białorusi w tej agresji, które to oświadczenia są wymagane przez każdego zamawiającego publicznego. W tym też kontekście żaden podmiot trzeci, czy podwykonawca Odwołującego nie będzie dla niego „*obcym, niezależnym podmiotem*”, jak twierdzi Odwołujący, tylko podmiotem, z którym Odwołujący nawiązuje współpracę gospodarczą.

Brak kwestionowania przez STRABAG treści Oświadczenia czyni zupełnie niezrozumiałym kwestionowanie treści Załącznika nr 9 do Umowy, który to załącznik nie stanowi nowego oświadczenia w stosunku do Oświadczenia składanego wraz z ofertą, a jedynie jego doprecyzowanie i rozwinięcie. Mając na uwadze powyższe, stanowisko STRABAG zawarte w odwołaniu można podsumować w następujący sposób: Odwołujący nie ma oporów, żeby oświadczyć, że nie będzie realizował umowy za pomocą podmiotów, o których mowa w art. 5k Rozporządzenia 833, nie chce jednak ponosić z tego tytułu żadnej odpowiedzialności ani ryzyka, co czyni złożenie takiego oświadczenia bezprzedmiotowym.

Na marginesie Zamawiający wskazał, że w dniu 31.01.2023 r. STRABAG składając ofertę w ramach innego postępowania wykonawczego prowadzonego po zakończeniu postępowania ramowego, tj. w postępowaniu, pn. *Opracowanie dokumentacji projektowej i wykonanie robót rozbiórkowych wraz z uporządkowaniem terenu - Pakiet 2*, złożył Oświadczenie, powołując się w ramach tego postępowania na zasoby podmiotu trzeciego oraz wskazał, że określone części zamówienia zamierza zlecić podwykonawcom, a dwie konkretne firmy od razu wpisał do Formularza Ofertowego - Załącznik nr 3 do odpowiedzi na odwołanie. Ponadto, oświadczenie w związku z agresją Rosji wobec Ukrainy i udziałem Białorusi w tej agresji, którego treść pokrywa się z treścią Oświadczenia składanego w postępowaniach wykonawczych, STRABAG złożył w dniu 29.04.2022 r. w ramach postępowania ramowego - Załącznik nr 4 do odpowiedzi na odwołanie.

Treść klauzuli sankcyjnej zawartej w Załączniku nr 9 do Umowy była częścią następujących dokumentacji postępowań wykonawczych prowadzonych po zawarciu umowy ramowej w ramach postępowania ramowego:

1) Wykonanie Robót Rozbiórkowych wraz z uporządkowaniem terenu - Realizacja robót przygotowawczych Pakiet 1, nr 73/22/DW/PZP/606/UW/PP/1, zaproszenie do złożenia oferty: 09.09.2022 r., STRABAG nie zadawał pytań dotyczących klauzuli sankcyjnej, nie złożył odwołania na treść specyfikacji warunków zamówienia, złożył ofertę;

2) Budowa kolektora ściekowego na czas realizacji robót budowlanych wraz z możliwością wykorzystania na etapie eksploatacji lotniska - nr 100/22/DW/PZP/1341/UW/PP/2, zaproszenie do złożenia oferty: 12.10.2022 r., STRABAG nie zadawał pytań dotyczących klauzuli sankcyjnej, nie złożył odwołania na treść specyfikacji warunków zamówienia;

3) Opracowanie dokumentacji projektowej i wykonanie robót rozbiórkowych wraz z uporządkowaniem terenu - Pakiet 2 - nr 132/22/MST/PZP/2432/UW/PP/5, zaproszenie do złożenia oferty: 20.12.2022 r. - STRABAG nie zadawał pytań dotyczących klauzuli sankcyjnej, nie złożył odwołania na treść specyfikacji warunków zamówienia, złożył ofertę.

Odwołujący zaczął kwestionować treść Klauzuli Sankcyjnej zawartej* we wzorze Umowy dopiero w postępowaniu, które jest już czwartym z kolei postępowaniem wykonawczym w ramach postępowania ramowego. W dniu 23.01.2023 r. STRABAG wniósł odwołanie na treść klauzuli sankcyjnej, a po uwzględnieniu części zarzutów przez Zamawiającego i cofnięciu odwołania, złożył w dniu 13.02.2023 r. kolejne odwołanie, które jest obecnie rozpatrywane przez Izbę. Tym samym Zamawiający uważa, że niniejsze odwołanie wnoszone jest jedynie dla zwłoki.

1. W zakresie zarzutów sformułowanych przez Odwołującego w pkt I ppkt 1-5 odwołania, Zamawiający wskazuje, co następuje.

Przepisy Rozporządzenia 833 zakazują udzielania lub dalszego wykonywania wszelkich zamówień publicznych lub koncesji objętych zakresem dyrektyw w sprawie zamówień publicznych na rzecz lub z udziałem podmiotów wskazanych w przepisie Artykułu 5k Rozporządzenia 833. Oznacza to również, że na Zamawiającym spoczywa bardzo poważne ryzyko związane konsekwencjami wykonywania zamówień publicznych za pomocą podmiotów, które objęte są dyspozycjami ww. przepisu prawa. W przypadku, gdy świadczenie wynikające z umowy o roboty budowlane miałyby zgodnie z umową zostać spełnione przez Podmiot Objęty Sankcjami na podstawie Rozporządzenia 833, wówczas świadczenie to miałyby charakter świadczenia niemożliwego, co z kolei rodziłoby daleko idące implikacje, w tym nawet wygaśnięcie zobowiązania.

Dla Zamawiającego takiego jak CPK, który prowadzi wiele powiązanych ze sobą inwestycji, tego typu ryzyko jest szczególnie poważne. Już z tego względu szczególnie uzasadnione jest stosowanie mechanizmów, już na etapie postępowania przetargowego, które wykluczą lub przynajmniej ograniczą powyższe ryzyka i ich skutki - trudne do przyjęcia zarówno dla Zamawiającego jak i Wykonawcy. Rozwiązaniem do tego zmierzającym jest z jednej strony możliwość częściowego odstąpienia od Umowy (ograniczenie niepożądanych

skutków do minimum). Z drugiej strony - wprowadzenie i przestrzeganie mechanizmów, których celem jest niedopuszczenie do tego typu skutków. Jak już to wyżej wskazano, na Zamawiającym ciąży wynikający z art. 119 ustawy Pzp obowiązek zbadania, czy wobec podmiotu udostępniającego zasoby nie zachodzą podstawy wykluczenia, które zostały przewidziane w dokumentacji postępowania względem wykonawcy. Wynikające z Rozporządzenia 833 sankcje (zakazy) wymagają, aby taką możliwość badania Zamawiający miał również w trakcie realizacji Umowy, co Zamawiający uczynił również w Umowie, a ściślej rzecz ujmując - w tej części jej postanowień, które regulują umowę gwarancyjną. Wyrazem przestrzegania przywołanych zakazów jest również treść Klauzuli Sankcyjnej, zgodnie z którą Wykonawca gwarantuje, iż żadna z okoliczności, o których mowa w § 2 ust. 1 Klauzuli Sankcyjnej nie zachodzi i nie zajdzie w trakcie wykonywania umowy w sprawie zamówienia publicznego. Wykonawca składa tego rodzaju oświadczenie gwarancyjne nie tylko w odniesieniu do siebie, ale również w odniesieniu do Pomiotów Współpracujących, albowiem wykonywanie zamówienia publicznego za pomocą Podmiotów Współpracujących, o których mowa w § 2 ust. 1 pkt. 2) i 3) Klauzuli Sankcyjnej, jest zakazane.

Powyższe uwagi mają wyjaśnić, dlaczego Zamawiający nie może uwzględnić zarzutów Odwołującego, zmierzających w istocie do ubezskutecznienia zakazów z Rozporządzenia 833 i uchronienia Odwołującego od jakiegokolwiek odpowiedzialności za ryzyko, które tylko on może spowodować (związane z niedopuszczalnym kształtowaniem strony podmiotowej zamówienia). W dalszej kolejności Zamawiający odnosić się będzie szczegółowo do zarzutów Odwołującego.

Warto jednak jeszcze w tym miejscu podkreślić, że postanowienia określające gwarantowany przez Wykonawcę stan oraz konsekwencje zaistnienia stanu przeciwnego nie stanowią elementu umowy o roboty budowlane, lecz element umowy gwarancji, która występuje obok umowy o roboty budowlane. Jak wskazano poniżej, błędna kwalifikacja tych postanowień przez Odwołującego jest źródłem większości jego niecelnych ocen i zarzutów.

II. Szczegółowe odniesienie się Zamawiającego do poszczególnych zarzutów odwołania w zakresie Klauzuli Sankcyjnej.

1. Zamawiający nie uwzględnia zarzutu sformułowanego przez Odwołującego w pkt. I.1 odwołania i uznaje go za chybiony i wadliwy konstrukcyjnie.

1) Odwołujący zarzuca Zamawiającemu naruszenie zasady swobody umów, wiążąc naruszenie tej zasady z przepisami ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny (dalej: „Kodeks cywilny”) dotyczącymi umowy o roboty budowlane. Tymczasem postanowienia Klauzuli Sankcyjnej nie odnoszą się do obowiązków Wykonawcy wynikających z umowy o roboty budowlane. Opisują one ryzyka związane z przepisami sankcyjnymi i określają zasady, na jakich ryzyko to jest ponoszone przez Strony. Klauzula Sankcyjna kształtuje

między Stronami odrębny stosunek prawny - umowę gwarancyjną (o której szerzej w pkt. III.1.5-7 niniejszej odpowiedzi na odwołanie), na mocy której Wykonawca gwarantuje określone tam okoliczności. Niewykonanie zobowiązań gwarancyjnych obwarowane jest zaś obowiązkiem spełnienia świadczenia gwarancyjnego. Umowa gwarancyjna ma zabezpieczać ryzyka związane z wykonywaniem umowy o roboty budowlane w kontekście przepisów sankcyjnych, ale stanowi ona odrębny od umowy na roboty budowlane stosunek prawny. Podobnie jest w przypadku umowy kaucji gwarancyjnej czy też umowy o zachowaniu poufności, które mogą stanowić element umowy o roboty budowlane, jednak kreują między stronami odrębny stosunek zobowiązaniowy.

2) W pierwszej kolejności określa wymagania, jakie obowiązki zostały nałożone na Zamawiającego przepisami Rozporządzenia 833. Przepisy te zakazują udzielania lub dalszego wykonywania wszelkich zamówień publicznych lub koncesji objętych zakresem dyrektyw w sprawie zamówień publicznych na rzecz lub z udziałem podmiotów wskazanych w przepisie Artykułu 5k Rozporządzenia 833. Na Zamawiającym spoczywa znaczne ryzyko związane z wykonywaniem zamówień publicznych za pomocą podmiotów, które objęte są dyspozycjami ww. przepisu prawa. W konsekwencji konieczne było przyjęcie takich rozwiązań umownych, które uregulują w możliwie najmniej dotkliwy sposób skutki ww. zdarzeń (możliwość częściowego odstąpienia od Umowy), ale jednocześnie należy zabezpieczyć wystąpienie ww. ryzyka. Wobec tego niezbędne jest odpowiednie uregulowanie skutków powyższego pomiędzy stronami, co Zamawiający uczynił również w umowie gwarancyjnej. Wyrazem tego uregulowania jest wskazanie w treści Klauzuli Sankcyjnej, iż Wykonawca gwarantuje, iż żadna z okoliczności, o których mowa w § 2 ust. 1 Klauzuli Sankcyjnej nie zachodzi i nie zajdzie w trakcie wykonywania umowy w sprawie zamówienia publicznego. Wykonawca składa tego rodzaju oświadczenie gwarancyjne nie tylko w odniesieniu do siebie, ale również w odniesieniu do Podmiotów Współpracujących, albowiem wykonywanie zamówienia publicznego za pomocą Podmiotów Współpracujących, o których mowa w § 2 ust. 1 pkt. 2) i 3) Klauzuli Sankcyjnej, jest zakazane.

3) Nie ulega wątpliwości, że Zamawiający nie powinien ponosić ryzyka, o którym mowa w pkt 1 powyżej w całości, albowiem okoliczności związane z jego powstaniem leżą w całości po stronie Wykonawcy, a Zamawiający nie jest związany jakimkolwiek stosunkiem zobowiązaniowym z Podmiotami Współpracującymi, w przeciwieństwie do Wykonawcy, który będzie zawierał z tymi podmiotami umowy na wykonanie części przedmiotu zamówienia. Przyjęte przez Zamawiającego ukształtowanie postanowień Klauzuli Sankcyjnej dzieli zatem ryzyko spoczywające na Zamawiającym w związku z przepisami Rozporządzenia 833 pomiędzy Strony Umowy w sprawiedliwy sposób, albowiem Stroną, która ma wpływ na podmiot potencjalnie generujący to ryzyko jest jedynie Wykonawca. Przy czym, przedmiotowego ryzyka Wykonawca nie ponosi w całości, ale tylko w takim zakresie, w jakim

nie dołożył należytej staranności, aby je wyeliminować (zob. § 2 ust. 6 Klauzuli Sankcyjnej). Wykonawca nie ponosi więc ryzyka za okoliczności, którym z obiektywnych względów zapobiec nie mógł.

4) Nie można przy tym zarzucić Zamawiającemu - wbrew twierdzeniom zawartym w odwołaniu - iż ryzyko przeniesione postanowieniami Klauzuli Sankcyjnej na Wykonawcę jest opisane w sposób zbyt ogólny. Przeciwnie - zostało ono opisane w sposób skonkretyzowany (Wykonawca ponosi odpowiedzialność za okoliczność, iż w dacie zawarcia Umowy oraz w trakcie jej realizacji nie wystąpi żadna z okoliczności, o których mowa w § 2 ust. 1 Klauzuli Sankcyjnej). Jednocześnie Zamawiający określił precyzyjnie jakie są konsekwencje naruszenia gwarancji określonych w § 2 ust. 2 i 3 Klauzuli Sankcyjnej oraz wskazał, w jaki sposób Wykonawca może się z tej odpowiedzialności zwolnić.

5) Klauzula Sankcyjna zawiera postanowienia konstytuujące pomiędzy Stronami umowę gwarancji, na podstawie której Wykonawca gwarantuje Zamawiającemu, iż określone w tej umowie okoliczności (opisane w § 2 ust. 1 Klauzuli Sankcyjnej) nie zachodzą na dzień zawarcia Umowy i nie zajdą w okresie jej realizacji. Zawarcie takiej umowy jest całkowicie dopuszczalne na gruncie polskiego prawa i nie wykracza poza zasadę swobody umów wyrażonej w art. 353 [1] Kodeksu cywilnego.

6) Mianem gwarancji określa się w przepisach prawa oraz w języku prawniczym wiele (często różniących się od siebie konstrukcyjnie) instytucji, których cechą wspólną jest przyjęcie przez pewien podmiot (gwaranta) odpowiedzialności za ryzyko, które zasadniczo obciąża inny podmiot (beneficjenta gwarancji). Przyjmuje się, że udzielenie gwarancji nie jest jednostronną czynnością prawną, lecz umową, której stronami są gwarant oraz beneficjent gwarancji. Pogląd ten znalazł również odzwierciedlenie w przepisach prawa. Charakterystyczną cechą gwarancji, w tym również gwarancji zabezpieczającej, jest to, że stanowią one źródło samodzielnego zobowiązania gwaranta do spełnienia świadczenia na rzecz beneficjenta gwarancji. Podkreślenia wymaga, że umowa gwarancji zabezpieczającej nie jest umową nazwaną. Fragmentaryczna regulacja dotycząca umowy gwarancji znajduje się w ustawie prawo bankowe, przy czym odnosi się ona do gwarancji udzielanych wyłącznie przez banki. Ponadto przepisy wprost stanowią także o (umowie) gwarancji ubezpieczeniowej (choć bez regulacji odnoszącej się do tego typu umowy). Niemniej udzielanie gwarancji nie jest zastrzeżone wyłącznie dla banków i zakładów ubezpieczeń. Możliwość zawierania umów gwarancji znajduje swoją podstawę w zasadzie wolności umów, a gwarancji może udzielać każdy podmiot prawa mający zdolność do czynności prawnych (chyba że wyłączałby to przepis szczególny). [źródło: *System Prawa Handlowego, Tom 5A, Rozdział 4, „Zabezpieczenie wiarytelności w obrocie handlowym”, Wydawnictwo CH Beck*].
Formułowanie umów gwarancyjnych w umowach zawieranych na gruncie prawa polskiego

jest zatem praktyką powszechną i to w odniesieniu do szerokiego spektrum okoliczności gwarantowanych. Jest to zatem instrument niekontrowersyjny w praktyce obrotu.

7) Z powyższego jednoznacznie wynika, iż skonstruowanie umowy gwarancyjnej, w której to gwarant będzie ponosił odpowiedzialność za wskazane w tej umowie ryzyko (w tym wypadku za to, iż okoliczności opisane w § 2 ust. 1 Klauzuli Sankcyjnej nie zachodzą na dzień zawarcia Umowy i nie zajdą w okresie jej realizacji) jest prawnie dopuszczalne, wobec czego Zamawiający ma możliwość wprowadzenia świadczenia gwarantowanego do treści Klauzuli Sankcyjnej i nie może być tu mowy - wbrew zarzutom Odwołującego - o przekroczeniu granicy swobody umów. Ponownego podkreślenia w tym miejscu wymaga, iż umowa gwarancji nie jest elementem umowy o roboty budowlane w tym znaczeniu, że nie kreuje praw i obowiązków związanych ze świadczeniami, jakie mają wykonywać Strony umowy o roboty budowlane. Występuje ona bowiem obok tej umowy.

8) Wbrew twierdzeniom Odwołującego Wykonawca ma też możliwość spełnienia gwarantowanych okoliczności w odniesieniu do Podmiotów Współpracujących. Może on monitorować, weryfikować te podmioty, wprowadzić do postanowień umów zawieranych z Podmiotami Współpracującymi klauzule, na podstawie których zagwarantuje sobie odpowiednie uprawnienia z tym związane i sankcje za naruszenie zobowiązań w tym zakresie. Podkreślenia wymaga, że Wykonawca jako jedyny ma wpływ na to, z kim współpracuje i w związku z tym powinien sobie zapewnić taki wachlarz uprawnień i narzędzi (w tym kontraktowych) by móc odpowiednio monitorować i egzekwować kwestie związane z gwarantowanymi w Klauzuli Sankcyjnej okolicznościami (§ 2 ust. 2 i 3).

9) Trudno wobec powyższego zgodzić się z twierdzeniem Wykonawcy, iż Zamawiający żąda od niego spełnienia świadczenia niemożliwego - zresztą gwarantowany przez Wykonawcę stan nie jest świadczeniem. Obowiązek zapłaty sumy gwarancyjnej, czy obowiązek naprawienia szkody, (świadczenia, które przewiduje umowa gwarancji), są natomiast niewątpliwie świadczeniami możliwymi. Ponadto, należy zauważyć, że świadczenie może być niemożliwe z przyczyn mających swoje źródło w okolicznościach faktycznych lub prawnych. Powodem tego, że świadczenie nie może być faktycznie spełnione, może być nieistnienie rzeczy indywidualnie oznaczonej lub sprzeczność z prawami natury lub istniejącym stanem wiedzy (techniki), siła wyższa. Prawna niemożliwość świadczenia zachodzi wówczas, gdy wykonanie zobowiązania, tj. działania lub zaniechania byłoby sprzeczne z prawem. W ocenie Zamawiającego w omawianym przypadku żadna z ww. okoliczności nie zachodzi. Okoliczność, że Wykonawca może napotkać trudności w spełnieniu gwarantowanego świadczenia nie przesądza o tym, iż jest ono niemożliwe do spełnienia. Pod pojęciem "niemożliwości świadczenia" należy rozumieć bowiem niemożliwość o charakterze obiektywnym, pierwotnym i trwałym, przy czym przesłanki te muszą zostać spełnione łącznie (wyrok SA w Szczecinie z 28.4.2016 r. (I ACa 1146/15,

Legalis). Co jednak najistotniejsze, w omawianym przypadku nie mamy do czynienia ze świadczeniem, tylko ze stanem gwarantowanym, z którym łączy się obowiązek spełnienia świadczenia na wypadek, gdyby stan gwarantowany przestał istnieć. Wykonawca może uwolnić się od obowiązku zapłaty świadczenia gwarancyjnego, jeżeli podejmie określone działania zmierzające do niezastnienia stanu przeciwnego do gwarantowanego. Nie ulega wątpliwości, że te działania nie będą miały charakteru działań niemożliwych do wykonania.

10) Wbrew twierdzeniom Odwołującego, ma on realną, a nie iluzoryczną możliwość zwolnienia się z obowiązku zapłaty świadczenia gwarancyjnego - opisaną w § 2 ust. 6 i 7 Klauzuli Sankcyjnej. Wskazane tam przesłanki egzoneracyjne sformułowane są w sposób skonkretyzowany. Odwołujący zobowiązany jest wykazać, iż (i) dołożył należytej staranności żeby żadna z okoliczności określonych w ust. 1 niniejszego paragrafu nie występowała w dniu zawarcia Umowy (ii) dołożył należytej staranności w celu zapewnienia, żeby żadna z okoliczności określonych w ust. 1 niniejszego paragrafu nie wystąpiła w okresie realizacji. Dodatkowo w zakresie pkt (ii) powyżej Zamawiający wyraźnie wskazał w jaki sposób należy tę należyłą staranność wykazać (to jest w szczególności poprzez zawarcie odpowiednich zobowiązań w umowach z Podmiotami Współpracującymi oraz egzekwowanie przestrzegania tych zobowiązań). Kolejną przesłanką, której wystąpienie jest konieczne dla zwolnienia się z obowiązku spełnienia świadczenia gwarancyjnego jest brak szkody w związku z zaistnieniem którejkolwiek z okoliczności, o których mowa w § 2 ust. 1 Klauzuli Sankcyjnej. Dzięki tak ukształtowanym postanowieniom Wykonawca będzie zasadniczo ponosił odpowiedzialność jedynie za zdarzenia, na które ma wpływ. W razie sporu, rozstrzygnięcie będzie należało do sądu.

11) Zamawiający z treści odwołania wnosi, iż w ocenie Odwołującego przesłanki egzoneracyjne powinny być sformułowane kazuistycznie, co w opinii Zamawiającego byłoby niemożliwe do zrealizowania. Katalog przesłanek pozwalających na zwolnienie się Wykonawcy z obowiązku zapłaty świadczenia gwarancyjnego jest sformułowany w sposób konkretny, a jednocześnie w sposób na tyle elastyczny, że obejmuje swym zakresem szeroki wachlarz możliwości, co jest rozwiązaniem na korzyść Wykonawcy. Umowa posługuje się tu sformułowaniami znanymi polskiemu językowi prawnemu i nie powinno mieć wątpliwości, co te sformułowania oznaczają. Każdy wykonawca zawierając umowę powinien znać i rozumieć pojęcie należytej staranności, bo jest ona od niego wymaga w każdym aspekcie wykonywania umowy.

12) Zamawiający ma prawo oczekiwać, że ostatecznie zawrze umowę z wykonawcą, który dochowuje należytej staranności w celu zapewnienia, by jego podwykonawcy nie byli objęci sankcjami. Co więcej, ze względu na obowiązki wynikające z przepisów prawa Zamawiający nie może pozwolić sobie na to, by wykonywać umowę z wykonawcą, który nie dochowuje w tym zakresie należytej staranności.

13) Odwołujący zdaje się czynić Zamawiającemu zarzut z tego, iż zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa nałożył na Wykonawcę odpowiedzialność gwarancyjną - do czego jest w sposób oczywisty uprawniony. Jednocześnie Zamawiający nie ukształtował tego zobowiązania w sposób, który nie daje Wykonawcy możliwości zwolnienia się z odpowiedzialności, co czyni zadość normie prawnej, z której wynika, iż stosunek zobowiązaniowy powinien być ułożony tak, aby jego treść lub cel nie sprzeciwiały się właściwości (naturze) stosunku, ustawie ani zasadom współżycia społecznego.

14) Za nieuzasadnione należy uznać również wiązanie odpowiedzialności z tytułu naruszenia obowiązków wynikających z Klauzuli Sankcyjnej z odpowiedzialnością za realizację umowy o roboty budowlane. Jak już to wyżej wskazano, Klauzula Sankcyjna stanowi odrębną umowę gwarancyjną pomiędzy Stronami umowy o roboty budowlane i naruszenie jej postanowień nie wiąże się z naruszeniem zobowiązań wynikających z przepisów Kodeksu Cywilnego dotyczących umowy o roboty budowlane. Odwołujący nadmiarowo włączył przepis art. 647 oraz 651 Kodeksu Cywilnego do treści zarzutu, nie wykazując jaki związek z zarzutem mają ww. przepisy prawa.

15) Jednocześnie Zamawiający wskazuje, że w dniu 22.02.2023 r. opublikował na platformie SmartPZP zmianę projektu Umowy poprzez dodanie do treści § 2 Klauzuli Sankcyjnej ustęp 27, w którym zawarł limit odpowiedzialności z tytułu świadczenia gwarancyjnego analogiczny do limitu kar umownych. W konsekwencji część zarzutu Odwołującego odnosząca się do braku limitu dla świadczenia gwarancyjnego i tym samym obejścia przepisu art. 436 ust. 3 ustawy PZP pozbawiona jest podstaw faktycznych i prawnych.

2. Zamawiający nie uwzględnił zarzutu sformułowanego przez Odwołującego w pkt. 1.2 odwołania i uznaje go za chybiony.

1) Wbrew twierdzeniom Odwołującego przy kształtowaniu treści § 2 ust. 2 i 3 nie doszło do przekroczenia granicy swobody umów, albowiem Zamawiający jest uprawniony do nałożenia na Wykonawcę takiego obowiązku o charakterze gwarancyjnym, co wykazano już w rozważaniach powyżej w zakresie charakteru umowy gwarancyjnej. Określenie stanu gwarantowanego opisanego w § 2 ust. 2 i 3 jest konieczne i dopuszczalne, a do Wykonawcy należy dobrać odpowiednie środki, by nie dopuścić do stanu przeciwnego do stanu gwarantowanego. Jeżeli podejmie działania z należytą starannością, a do stanu przeciwnego do gwarantowanego jednak dojdzie, Wykonawca będzie mógł zwolnić się z odpowiedzialności gwarancyjnej.

2) Zamawiający zwraca uwagę, że okoliczności opisane w § 2 ust. 1 Klauzuli Sankcyjnej stanowią ryzyko, które kontrolować może jedynie Wykonawca, a nie Zamawiający. Zamawiający nie ma na nie żadnego wpływu. Wobec powyższego to na Wykonawcy spoczywać muszą spoczywać zobowiązania, których charakter da Zamawiającemu możliwość uchylenia ryzyka w stosunku do niego. W ocenie Zamawiającego adekwatnym

instrumentem w takiej sytuacji jest właśnie zawarcie umowy typu gwarancyjnego, w której świadczenie gwarantowane obejmuje okoliczności stanowiące źródło potencjalnego ryzyka.

3. Zamawiający nie uwzględnia zarzutu sformułowanego przez Odwołującego w pkt. 1.3 odwołania i uznaje go za chybiony.

1) W pierwszej kolejności Zamawiający wskazuje, iż należyta staranność dłużnika jest pojęciem, którym posługuje się Kodeks cywilny i zostało ono w sposób szeroki opisane w orzecznictwie i doktrynie prawa. W przepisie art. 355 § 1 Kodeksu Cywilnego należyta staranność została zdefiniowana jako staranność ogólnie wymagana w stosunkach danego rodzaju. Jest nią określony sposób postępowania (model, wzorzec) skonstruowany z reguł postępowania (powinności) mającego prowadzić do spełnienia świadczenia. Określenie "staranny" stanowi w tym przypadku synonim takich określeń jak: ostrożny, zapobiegliwy, przewidywany (przewidujący), rozważny, uważny, rozsądny (tak również P. Machnikowski, w: E. Gniewek, P. Machnikowski, Komentarz KC, 2019, art. 355, Nb 7). Przy konstruowaniu wzorca (miernika) należytej staranności przedsiębiorcy w stosunkach jednostronnie i dwustronnie profesjonalnych należy uwzględniać to, że jego działalność ma charakter gospodarczy lub zawodowy, co oznacza w szczególności jej prowadzenie w sposób zorganizowany oraz ciągle i oparty na szczególnej wiedzy, jak również umiejętnościach. Z prowadzeniem przez dłużnika działalności profesjonalnej wiążą się zwiększone oczekiwania otoczenia co do jego umiejętności, wiedzy, skrupulatności i rzetelności, zapobiegliwości, a także zdolności przewidywania, na których należy budować wzorzec należytej staranności dla przedsiębiorcy. Wzorzec ten jest zatem surowszy, podwyższony w stosunku do wzorca odnoszącego się do osób wykonujących podobne zobowiązania poza zakresem działalności gospodarczej lub zawodowej. Należyta staranność dłużnika, określana przy uwzględnieniu zawodowego charakteru prowadzonej przez niego działalności gospodarczej, obejmuje także znajomość obowiązującego prawa oraz następstw z niego wynikających w zakresie prowadzonej działalności gospodarczej (tak Sąd Najwyższy w wyroku z 17.8.1993 r., III CRN 77/93, OSNC 1994, Nr 3, poz. 69). Ocena należytej staranności następuje poprzez porównanie zachowania ocenianej osoby ze wzorem prawidłowego zachowania w podobnych warunkach. Stwierdzenie, że zachowanie ocenianej osoby (dłużnika) odbiegało od tego hipotetycznego modelu, prowadzi do konkluzji, że osoba oceniana nie dołożyła należytej staranności (dopuszczała się niedbalstwa).

2) Wykonawca, zawierając umowę na wykonanie przedmiotu zamówienia w postępowaniu, zobowiązuje się do działania w jej wykonaniu z należyłą starannością, której miernik jest podwyższony z uwagi na to, iż Wykonawca jest przedsiębiorcą. W ocenie Zamawiającego interpretacja pojęcia „należyta staranność” nie nastręcza trudności przy realizacji przedmiotu Umowy, dziwi zatem zarzut, iż Zamawiający nie określił, co będzie uznane za należyte wykonanie obowiązków, o których mowa w § 2 ust. 8 Klauzuli Sankcyjnej. Zamawiający

zwraca uwagę, że Klauzula Sankcyjna posługuje się w tym zakresie tym samym miernikiem staranności, który jest wymagany od Wykonawcy w zakresie realizacji przedmiotu umowy wykonawczej. W konsekwencji za oczywiste należy uznać, iż Wykonawca ma w taki sposób egzekwować obowiązki wynikające z Klauzuli Sankcyjnej, by zostały one wykonane należycie. Za nadmiarowe i nieuprawnione należy uznać twierdzenie Wykonawcy, iż nie ma narzędzi umożliwiających wpływanie na działania Podmiotów Współpracujących i że obowiązek wyegzekwowania od tych podmiotów oświadczeń dotyczących objęcia sankcjami jest świadczeniem niemożliwym (więcej o świadczeniu niemożliwym w pkt III.1.9) niniejszej odpowiedzi na odwołanie). W ocenie Zamawiającego Wykonawca ma całe spektrum narzędzi, przede wszystkim kontraktowych, by złożenie tych oświadczeń wyegzekwować, w szczególności poprzez odpowiednie ukształtowanie obowiązków Podmiotów Współpracujących w zawieranych z nimi umowach oraz zawarcie w tych umowach sankcji za niewykonanie określonych obowiązków. Nadto Wykonawca winien w tej sytuacji nawiązywać współpracę z podmiotami, których sytuacja właścicielska oraz dotycząca prowadzonej przez nich działalności gospodarczej nie budzą wątpliwości Odwołującego pod kątem postanowień Klauzuli Sankcyjnej. To Wykonawca dobiera sobie współpracowników w celu realizacji przedmiotu zamówienia, zatem ma wpływ na należyłą realizację obowiązków wynikających z Klauzuli Sankcyjnej. Zamawiający celowo nie określał w sposób kazuistyczny, w jaki sposób należyta staranność Wykonawcy w zakresie wyegzekwowania obowiązków wynikających z § 2 ust. 1 Klauzuli Sankcyjnej ma zostać zapewniona, zapewniając tym samym Wykonawcy szerokie spektrum możliwości, by należyta staranność w tym zakresie wykazać. Podkreślenia w tym miejscu wymaga, iż po zawarciu umowy w sprawie zamówienia publicznego Zamawiający nie ma już możliwości badania oświadczeń w zakresie Objęcia Sankcjami analogicznie, jak to ma miejsce w trakcie procesu badania i oceny ofert w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. W konsekwencji jedynym sposobem na skuteczne zmitigowanie ryzyka związanego z potencjalnym wykonywaniem zamówienia za pomocą pomiotów Objętych Sankcjami jest zobowiązanie Wykonawcy do tego, by zagwarantował, iż okoliczności opisane w § 2 ust. 1 Klauzuli Sankcyjnej nie występują i nie wystąpią.

4. Zamawiający nie uwzględnia zarzutu sformułowanego przez Odwołującego w pkt I.4 odwołania i uznaje go za chybiony.

1) Zamawiający wskazuje, iż szeroki wachlarz uprawnień Zamawiającego sformułowany we wskazanych w tym zarzucie postanowieniach Klauzuli Sankcyjnej (§ 2 ust. 11-13, ust. 14 pkt. 3), ust. 16 oraz ust. 17) ma na celu należyte spełnienie przez Zamawiającego obowiązków wynikających z przepisów sankcyjnych, to jest niedopuszczenie by umowa w sprawie zamówienia publicznego była wykonywana przez Podmiot Objęty Sankcjami. Celem uchylenia wszelkiego ryzyka jawiącego się w związku z ww. sytuacją, Zamawiający zastrzegł

sobie uprawnienia, które mają różną wagę i charakter, począwszy od zawieszenia płatności, skończywszy na odstąpieniu od umowy. Takie ukształtowanie tych uprawnień pozwala Zamawiającemu dopasować odpowiedni instrument kontraktowy do sytuacji faktycznej.

2) Zamawiający zwraca uwagę, że przepisy Rozporządzenia 833 formułują zakaz wykonywania umowy w sprawie zamówienia publicznego jako takiej (w przypadkach tam wskazanych), nie wskazują na możliwość realizowania umowy w określonej części.

3) Dla skuteczności zastrzeżenia uprawnień opisanych w § 2 ust. 11, w § 2 ust. 12, w § 2 ust. 13, w § 2 ust. 14 pkt 3, w § 2 ust. 16 Załącznika nr 9 do Umowy nie jest jednocześnie konieczne, by zostały one wprowadzone do jakiegokolwiek przepisu prawa - ich wprowadzenie do Klauzuli Sankcyjnej możliwe jest na zasadzie wynikającej z przepisu art. 353 [1] Kodeksu cywilnego.

4) Katalog uprawnień Zamawiającego związanych z nieprzedłożeniem oświadczeń, o których mowa w § 2 ust. 11 Załącznika nr 9 do umowy musi przede wszystkim zabezpieczać ryzyko, które Zamawiający ponosi na mocy przepisów sankcyjnych. Zakaz wykonywania umów w sprawie zamówienia publicznego z udziałem Podmiotów Objętych Sankcjami powoduje, iż Zamawiający musi dysponować różnorodnymi instrumentami prawnymi, które umożliwią mu nienaruszenie tego zakazu. Trudno zatem zgodzić się z Odwołującym, iż instrumenty te pozostają bez związku z wagą i rozmiarem naruszeń postanowień Klauzuli Sankcyjnej. Sankcje za naruszenie zakazu, o którym mowa w zdaniu poprzedzającym są na tyle surowe, że Zamawiający musi w sposób odpowiedni zabezpieczyć się przed sytuacją, w której na skutek działań lub zaniechań Wykonawcy lub Podmiotów Współpracujących mógłby się na taki zarzut narazić.

5) Nie sposób zgodzić się również z argumentem Wykonawcy, iż katalog uprawnień Zamawiającego przewidziany w § 2 ust. 11, w § 2 ust. 12, w § 2 ust. 13, w § 2 ust. 14 pkt 3, w § 2 ust. 16 Klauzuli Sankcyjnej stanowi nadużycie prawa przez Zamawiającego, godzące w swobodę umów oraz ustaloną przez przepisy unijne zasadę proporcjonalności środków względem stwierdzonego naruszenia. Zamawiający w tym miejscu wskazuje, iż Wykonawca dysponuje szeregiem uprawnień umożliwiających mu m.in. dorowadzenie do wznowienia wykonywania Umowy, jeśli przekaze Zamawiającemu porozumienie o rozwiązaniu lub oświadczenie o wypowiedzeniu lub odstąpieniu od umowy z Podmiotem Współpracującym związanej z wykonywaniem umowy wykonawczej. W konsekwencji Wykonawca ma możliwość zastąpienia jednego Podmiotu Współpracującego innym Podmiotem Współpracującym - i tym samym doprowadzić do wznowienia wykonywania Umowy. Ma też możliwość wykazania, że okoliczności stanowiące podstawę do odstąpienia nie wystąpiły i tym samym uchylić ryzyko złożenia przez Zamawiającego oświadczenia o odstąpieniu od Umowy. Przy czym uprawnienie do odstąpienia od Umowy w razie wystąpienia okoliczności sankcyjnej zostało zachowane, gdyż jest wynikiem przepisów wiążących Zamawiającego.

6) Jednocześnie Zamawiający informuje, że w dniu 22.02.2023 r. opublikował na platformie SmartPZP zmianę projektu Umowy polegającą na zmianie treści § 2 ust. 11 Klauzuli Sankcyjnej, która obecnie brzmi *„Nieprzedłożenie któregośkolwiek z oświadczeń, o których mowa w ust. 10 niniejszego paragrafu, przedłożenie niekompletnego, nieprawdziwego lub w inny sposób niezgodnego z Umową oświadczenia, o którym mowa w ust. 10 niniejszego paragrafu lub przedłożenie oświadczenia stwierdzającego Objęcie Sankcjami czy to Wykonawcy, czy to Podmiotu Współpracującego, powoduje zawieszenie z dniem następującym po upływie terminu na przedłożenie oświadczenia przez Wykonawcę lub, odpowiednio, z dniem złożenia oświadczenia wszystkich płatności na rzecz Wykonawcy: żadna należność, której mógłby dochodzić Wykonawca na podstawie Umowy, nie stanie się wymagalna, a termin jej zapłaty nie będzie biegł - aż do czasu przedłożenia odpowiedniego, zgodnego z Umową, w tym prawidłowo wypełnionego i prawdziwego oświadczenia lub, za pisemną zgodą Zamawiającego, innego dowodu potwierdzającego, że nie występuje żadna z okoliczności określonych w ust. 1 niniejszego paragrafu, z zastrzeżeniem następnego zdania. Jeżeli - w razie nieprzedłożenia oświadczenia, o którym mowa w ust. 10 pkt 2 - Wykonawca wykaże jaka część całej należności stanowi kwotę, którą Wykonawca ma obowiązek wypłacić temu Podmiotowi Współpracującemu, którego oświadczenie nie zostało przedłożone, wówczas zawieszeniu, o którym mowa w pierwszym zdaniu niniejszego ustępu ulegnie jedynie część należności, której mógłby dochodzić Wykonawca na podstawie Umowy, odpowiadająca kwocie, którą Wykonawca ma obowiązek wypłacić temu Podmiotowi Współpracującemu” - Załącznik nr 5 do odpowiedzi na odwołanie.*

7) W konsekwencji Zamawiający umożliwił Wykonawcy wykazanie jaka część całej należności przypadającej do zapłaty Wykonawcy stanowi kwotę, którą Wykonawca ma obowiązek wypłacić temu Podmiotowi Współpracującemu, którego oświadczenie nie zostało przedłożone. W takim przypadku zawieszeniu płatności ulegnie jedynie część należności, której mógłby dochodzić Wykonawca na podstawie Umowy, odpowiadająca kwocie, którą Wykonawca ma obowiązek wypłacić temu Podmiotowi Współpracującemu.

5. Zamawiający nie uwzględnia zarzutu sformułowanego przez Odwołującego w pkt. 1.5 odwołania i uznaje go za chybiony.

1) Nie ulega wątpliwości, iż kary umowne przewidziane w § 2 ust. 22 Klauzuli Sankcyjnej zastrzeżono na wypadek niewykonania lub nienależytego wykonania obowiązków umownych spoczywających na Wykonawcy.

2) To Wykonawca jest bowiem zobowiązany do dostarczenia Zamawiającemu nie tylko oświadczeń, o których mowa w § 2 ust. 4 pkt. 1) Klauzuli Sankcyjnej, ale również oświadczeń Podmiotów Współpracujących. Skoro zatem obowiązek umowny został zastrzeżony do wykonania przez Wykonawcę, to kara umowna za jego niewykonanie została zastrzeżona prawidłowo i w zgodzie z normami prawnymi wiążącymi zastrzeżenie kary umownej

z działaniem lub zaniechaniem strony zobowiązanej. Podkreślenia w tym miejscu wymaga, iż zastrzeżone w Klauzuli Sankcyjnej kary umowne zabezpieczają niezwykle istotny interes Zamawiającego związany z niedopuszczeniem do realizacji umowy wykonawczej przez Podmioty Objęte Sankcjami i pozwalają tym samym na kontrolowanie tego stanu rzeczy. Wbrew twierdzeniom Odwołującego kary te nie zostały zastrzeżone za działania lub zaniechania osób trzecich, albowiem to nie na osobach trzecich spoczywają obowiązki, za których niewykonanie lub nienależyte wykonanie przewidziano kary umowne.

3) Wobec powyższego za pozbawione podstaw prawnych należy uznać stwierdzenie Odwołującego, z którego wynika, iż kary zostały zastrzeżone w sposób sprzeczny z funkcją tych kar (albowiem zastrzeżono je - zdaniem Odwołującego za niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania przez podmiot trzeci). Co do zasady wykonanie obowiązków związanych z:

- 1) zawiadaniem Zamawiającego o wystąpieniu okoliczności sankcyjnej,
- 2) przekazywaniem umów z podwykonawcami, dostawcami i podmiotami udostępniającymi zasoby,
- 3) odpowiednim ukształtowaniem treści tych umów i ich egzekwowaniem,
- 4) przekazywaniem oświadczeń sankcyjnych,

pozostaje w sferze kontroli Wykonawcy. To nie podmiot trzeci jest bowiem stroną umowy gwarancyjnej stanowiącej element Klauzuli Sankcyjnej i to nie podmiot trzeci ponosi odpowiedzialność za naruszenie zawartych w tej umowie zobowiązań. Klauzula Sankcyjna wyraźnie przypisuje obowiązki związane z przedkładaniem oświadczeń, o których mowa w § 2 ust. 2 i 3 tej klauzuli, Wykonawcy. Odwołujący zdaje się konsekwentnie nie dostrzegać, iż to nie podmioty trzecie zobowiązane są do dostarczenia oświadczeń, o których mowa w § 2 ust. 2 i 3 Klauzuli Sankcyjnej Zamawiającemu, a podmiotem odpowiedzialnym za powyższe jest jedynie Wykonawca.

W zakresie zarzutu sformułowanego przez Odwołującego w pkt 1.6 odwołania Zamawiający wskazuje, iż pismem z dnia 17.02.2023 r. - Załącznik nr 6 do odpowiedzi na odwołanie dokonał zmiany SWZ w zakresie § 10 wzoru umowy. Odwołujący w dniu 21.02.2023 r. cofnął odwołanie w zakresie tego zarzutu, wobec czego nie podlega on rozpoznaniu przez Krajową Izbę Odwoławczą.

Zamawiający nie uwzględnia zarzutu sformułowanego przez Odwołującego w pkt 1.7 odwołania i uznaje go za chybiony.

Odwołujący w pkt 1.7 odwołania zarzucił Zamawiającemu naruszenie zasad zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców przez zaniechanie przygotowania i prowadzenia postępowania z należytą starannością. Zarzut ten nie został jednak w żaden sposób uzasadniony przez Odwołującego, więc Zamawiający nie wie jakie

działania/ zaniechania Zamawiającego stały się podstawą do skonstruowania takich twierdzeń. Zarzut jest bezzasadny i nie zasługuje na uwzględnienie.

Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej po zapoznaniu się z przedstawionymi poniżej dowodami, po wysłuchaniu oświadczeń, jak i stanowisk stron (Przystępujący po stronie Odwołującego nieobecny) złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy, ustalił i zważył, co następuje.

Skład orzekający Izby ustalił, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 528 NPzp, a Wykonawca wnoszący odwołanie posiadał interes w rozumieniu art. 505 ust. 1 NPzp, uprawniający do jego złożenia.

Skład orzekający Izby, działając zgodnie z art. 542 ust. 1 NPzp, dopuścił w niniejszej sprawie dowody z: dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne nadesłanej przez Zamawiającego w formie elektronicznej, w tym w szczególności postanowień Specyfikacji Warunków Zamówienia zwanej dalej: „SWZ”, treści załącznika nr 9 i 9a do umowy, zmiany z 02.02.2023 r. /Zamawiający w całości wykreślił dotychczasową treść Załącznika nr 9 do umowy, udostępnił nową jego treść i zmienił w całości postanowienia § 10 wzoru umowy/, zmiany z 17.02.2023 r. /w zakresie zmiany postanowień § 10 wzoru umowy/ oraz zmiany z 22.02.2023 r. /dotyczy załącznika nr 9 do umowy/.

Poza tym, Izba zaliczyła w poczet materiału dowodowego załączone przez Zamawiającego do odpowiedzi na odwołanie:

- 1) Załącznik nr 1 - Oświadczenie składane przez wykonawców w postępowaniu w związku z agresją Rosji wobec Ukrainy i udziałem Białorusi w tej agresji w postępowaniu;
- 2) Załącznik nr 2 - Formularz Ofertowy w postępowaniu;
- 3) Załącznik nr 3 - Oświadczenie złożone przez STRABAG w postępowaniu wykonawczym na Pakiet 2;
- 4) Załącznik nr 4 - Oświadczenie złożone przez STRABAG w postępowaniu ramowym;
- 5) Załącznik nr 5 - Zmiana Klauzuli Sankcyjnej § 2 ust. 11, ust. 14 pkt 3 oraz dodanie ust. 27 w nowym brzmieniu, z 22.02.2023 r.;
- 6) Załącznik nr 6 - Informacja o zmianie treści SWZ z 17.02.2023 r.;
- 7) Załącznik nr 7 - Nowa treść Załącznika nr 9 i 9a do Umowy.

Dodatkowo, Izba zaliczyła w poczet materiału dowodowego złożone przez Zamawiającego na rozprawie:

- protokół z szacowania wartości zakupu, w tym co do części 2 postępowania (tajemnica przedsiębiorstwa Zamawiającego), na okoliczność wskazaną w odpowiedzi na odwołanie.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy skład orzekający Izby wziął pod uwagę także stanowisko wynikające ze złożonych pism, tj. odwołania oraz odpowiedzi na odwołanie Zamawiającego, stanowiska i oświadczenia stron (Przystępujący po stronie Odwołującego nieobecny) złożone ustnie do protokołu.

Odnosząc się generalnie do podniesionych w treści odwołania zarzutów, stwierdzić należy, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Odwołujący sformułował w odwołaniu zarzuty naruszenia przez Zamawiającego:

1. 353¹ k.c. w zw. z art. 647 k.c. i art. 651 k.c. oraz art. 58 k.c. w zw. z art. 8 ust. 1 PZP, art. 436 pkt 3 PZP poprzez przekroczenie granic swobody umów i ukształtowanie treści przyszłego stosunku prawnego w sposób naruszający równowagę stron i w sposób sprzeczny z jego naturą, oraz naruszeniem przepisów nakładających na Zamawiającego obowiązek określenia maksymalnej wartości kar umownych poprzez ich obejście - w związku z przewidzianym obowiązkiem spełnienia świadczenia gwarancyjnego przewidzianego w § 2 ust. 4 Załącznika nr 9 do wzoru przyszłej umowy, niepodlegający limitowi przewidzianego dla kar umownych i obciążenie wykonawców obowiązkiem zapłaty na rzecz Zamawiającego 7,5% maksymalnej kwoty wynagrodzenia za zdarzenia, na które wykonawca nie ma wpływu, tj. w zakresie działań czy zaniechań innych podmiotów (podwykonawców, dostawców, podmiotów na zasobach których polegał), jednocześnie przy iluzorycznej możliwości zwolnienia się wykonawców od spełnienia takiego świadczenia;
2. 353¹ k.c. w zw. z art. 647 k.c. i art. 651 k.c. oraz art. 58 k.c. w zw. z art. 8 ust. 1 PZP poprzez przekroczenie granic swobody umów i ukształtowanie treści przyszłego stosunku prawnego w sposób naruszający równowagę stron i w sposób sprzeczny z jego naturą - w zakresie w jakim przewidział w § 2 ust. 2 i ust. 3 Załącznika nr 9 do wzoru przyszłej umowy jako „gwarantowaną okoliczność” przez wykonawcę, że inne podmioty trzecie, tj. podwykonawcy, dostawcy i usługodawcy, czy podmioty na których zdolnościach polega, nigdy i przez cały czas realizacji umowy nie będą objęte sankcjami oraz że nie naruszają przepisów i zakazów określonych w polskich i europejskich przepisach sankcyjnych, chociaż zagwarantowanie takiej okoliczności za inne podmioty, które działają niezależnie od wykonawcy jest niemożliwe, a sam wykonawca nie ma narzędzi ani możliwości wpływania na działania bądź zaniechania innych podmiotów, czy możliwości faktycznych i prawnych ich zapobiegnięciu;

3. 353¹ k.c. w zw. z art. 647 k.c. i art. 651 k.c. oraz art. 58 k.c. w zw. z art. 8 ust. 1 PZP poprzez przekroczenie granic swobody umów i ukształtowanie treści przyszłego stosunku prawnego w sposób naruszający równowagę stron i w sposób sprzeczny z jego naturą - w zakresie w jakim przewidział w § 2 ust. 8 Załącznika nr 9 do wzoru przyszłej obowiązku „należytego wyegzekwowania wykonania” od Podmiotów Współpracujących złożenia oświadczeń sankcyjnych, podczas gdy Zamawiający nie określił, co będzie uznane przez niego za „należyte” wykonanie takiego obowiązku, pomija że wykonawca nie ma narzędzi ani możliwości wpływania na działania bądź zaniechania innych podmiotów, a jednocześnie za niezłożenie oświadczenia przez podmiot trzeci Zamawiający przewidział zobowiązanie zapłaty kary umownej w wysokości 2,5 % maksymalnej kwoty wynagrodzenia za każdy przypadek, chociaż wykonawca nie ma wpływu na zaniechanie innego podmiotu, a nieprzedłożenie takiego oświadczenia przez podmiot trzeci może nastąpić z przyczyn zupełnie niezależnych i niezawinionych przy Wykonawcę;

4. 353¹ k.c. w zw. z art. 647 k.c. i art. 651 k.c., art. 58 k.c. w zw. z art. 8 ust. 1 PZP oraz w zw. z art. 5k oraz art. 8 Rozporządzenia Rady (UE) nr 833/2014 z dnia 31 lipca 2014 r., dotyczącego środków ograniczających w związku z działaniami Rosji destabilizującymi sytuację na Ukrainie, zmienionym Rozporządzeniem Rady (UE) nr 2022/578 z dnia 8 kwietnia 2022 r. (dalej: „Rozporządzenie”) poprzez przekroczenie granic swobody umów i ukształtowanie treści przyszłego stosunku prawnego w sposób naruszający równowagę stron i w sposób sprzeczny z jego naturą, a także z naruszeniem zasady proporcjonalności przewidzianej w przepisach unijnych - w zakresie w jakim Zamawiający przewidział w § 2 ust. 11, w § 2 ust. 12, w § 2 ust. 13, w § 2 ust. 14 pkt 3, w § 2 ust. 16 Załącznika nr 9 do wzoru przyszłej Umowy uprawnienie dla siebie do: zawieszenia wszystkich płatności na rzecz Wykonawcy, zawieszenia wykonywania całości Umowy, zawieszenia okresu wymagalności wszelkich płatności w okresie zawieszenia realizacji umowy, odstąpienia od całości umowy z Wykonawcą - podczas gdy powyższe uprawnienia nie wynikają z przepisów, stanowią wykorzystanie dominującej pozycji Zamawiającego i w sposób nieuprawniony przerzucają na wykonawców ryzyka związane z naruszeniem zakazów sankcyjnych przez podmioty trzecie oraz nie uwzględniają wagi i rozmiaru tych naruszeń;

5. art. 484 § 1 k.c., art. 483 § 1 k.c. w zw. z art. 471 k.c. i art. 473 § 1 k.c., oraz art. 353¹ k.c. w zw. z art. 647 k.c., art. 58 k.c., względnie art. 5 k.c. w zw. z art. 8 ust. 1 PZP oraz art. 433 pkt 2 ustawy PZP poprzez wprowadzenie we wzorze przyszłej umowy - w § 2 ust. 22 pkt 1, 2 i 3 Załącznika nr 9 do wzoru umowy - kar umownych za naruszenie obowiązków wskazanych w ust. 8 w zakresie „należytego wyegzekwowania obowiązku” od podmiotów współpracujących, oraz za naruszenie obowiązków wskazanych w § 2 ust. 9 i ust. 10 Załącznika nr 9 do wzoru przyszłej umowy dotyczących podmiotów współpracujących oraz za odstąpienie od umowy w przypadku naruszenia obowiązków wskazanych w § 2 ust.

17. pkt 2) lub 3) Załącznika nr 9 do wzoru przyszłej umowy dotyczących podmiotów trzecich - w sposób sprzeczny funkcją kar umownych, które dotyczą niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania przez Wykonawcę, a nie zaniechań bądź działań podmiotów trzecich, którym Wykonawca nie może zapobiec oraz przez przekroczenie granic swobody i ukształtowanie treści przyszłego stosunku w sposób naruszający równowagę stron i w sposób sprzeczny z naturą stosunku prawnego, w jakim obciąża wykonawcę tymi karami umownymi,

6. art. 439 ust. 1 i ust. 2 ustawy PZP w zw. z art. 16 PZP, art. 99 ust 1 i 2 PZP, art. 353¹ k.c., art. 58 k.c. w zw. 8 ust. 1 ustawy PZP poprzez sformułowanie w § 10 wzoru umowy zasad i warunków waloryzacji w sposób niejednoznaczny oraz z nieprecyzyjnym i niedostatecznym określeniem przesłanek waloryzacji, a przez to w sposób uniemożliwiający dokonanie zmiany wysokości wynagrodzenia wykonawcy, co narusza obowiązek Zamawiającego ustalenia w umowie przyznania waloryzacji w sytuacji zmiany cen materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia w przypadku, gdy umowa w sprawie zamówienia publicznego, której przedmiotem są roboty budowlane została zawarta na okres dłuższy niż 12 miesięcy; oraz w konsekwencji naruszenia norm wskazanych powyżej:

7. art. 16 pkt 1 PZP i art. 17 ust. 1 pkt 1 i 2 PZP poprzez naruszenie zasad zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, a to przez zaniechanie przygotowania i prowadzenia postępowania z należytą starannością.

Izba dokonała następujących ustaleń odnośnie do przedmiotowego odwołania:

Izba stwierdziła, że przedstawione w odwołaniu oraz odpowiedzi na odwołanie okoliczności faktyczne, w tym treść dokumentacji postępowania, posiadają odzwierciedlenie w zebranych materiałach procesowych. Okoliczności faktyczne nie były sporne, strony różniły się w ocenie prawnej postanowień Klauzuli Sankcyjnej, tj. dopuszczalności postanowień § 2 ust. 4, § 2 ust. 2 i 3, § 2 ust. 8, § 2 ust. 12, 13, 14 pkt 3 i 4 oraz ust. 16, jak i § 2 ust. 22 Załącznika nr 9 do wzoru przyszłej umowy, których treść została prawidłowo przywołana w odwołaniu.

Dodatkowo, Zamawiający w dniu 22.02.2023 r. dokonał zmiany § 2 ust. 11, ust. 14 pkt 3 oraz dodał § 2 ust. 27 Załącznika nr 9 do wzoru przyszłej umowy w nowym brzmieniu: „11. Nieprzedłożenie któregośkolwiek z oświadczeń, o których mowa w ust. 10 niniejszego paragrafu, przedłożenie niekompletnego, nieprawdziwego lub w inny sposób niezgodnego z Umową oświadczenia, o którym mowa w ust. 10 niniejszego paragrafu lub przedłożenie oświadczenia stwierdzającego Objęcie Sankcjami czy to Wykonawcy, czy to Podmiotu Współpracującego, powoduje zawieszenie z dniem następującym po upływie terminu na przedłożenie oświadczenia przez Wykonawcę lub, odpowiednio, z dniem złożenia

oświadczenia wszystkich płatności na rzecz Wykonawcy: żadna należność, której mógłby dochodzić Wykonawca na podstawie Umowy, nie stanie się wymagalna, a termin jej zapłaty nie będzie biegł – aż do czasu przedłożenia odpowiedniego, zgodnego z Umową, w tym prawidłowo wypełnionego i prawdziwego oświadczenia lub, za pisemną zgodą Zamawiającego, innego dowodu potwierdzającego, że nie występuje żadna z okoliczności określonych w ust. 1 niniejszego paragrafu, z zastrzeżeniem następnego zdania. Jeżeli – w razie nieprzedłożenia oświadczenia, o którym mowa w ust. 10 pkt 2 – Wykonawca wykaże jaką część całej należności stanowi kwotę, którą Wykonawca ma obowiązek wypłacić temu Podmiotowi Współpracującemu, którego oświadczenie nie zostało przedłożone, wówczas zawieszeniu, o którym mowa w pierwszym zdaniu niniejszego ustępu ulegnie jedynie część należności, której mógłby dochodzić Wykonawca na podstawie Umowy, odpowiadająca kwocie, którą Wykonawca ma obowiązek wypłacić temu Podmiotowi Współpracującemu.”;
„W okresie zawieszenia żadna należność, której mógłby dochodzić Wykonawca na podstawie Umowy, nie stanie się wymagalna, a termin jej zapłaty nie biegnie przed zakończeniem okresu zawieszenia”; „Łączna wartość kwot wypłaconych tytułem świadczenia gwarancyjnego, o którym mowa w § 2 ust. 4 pkt. 1) Załącznika nr 9 do Umowy nie przekroczy 20% maksymalnej wartości wynagrodzenia, jakie może być należne Wykonawcy na podstawie Umowy (włączając w to wynagrodzenie za zakresy objęte prawem opcji). Dotychczasowe ust. 27 i 28 otrzymują numerację 28 i 29.”.

Jednocześnie, Odwołujący wycofał na posiedzeniu częściowo zarzut 1 naruszenia art. 436 pkt 3 PZP poprzez przekroczenie granic swobody umów i ukształtowanie treści przyszłego stosunku prawnego w sposób naruszający równowagę stron i w sposób sprzeczny z jego naturą, oraz naruszeniem przepisów nakładających na Zamawiającego obowiązek określenia maksymalnej wartości kar umownych poprzez ich obejście - w związku z przewidzianym obowiązkiem spełnienia świadczenia gwarancyjnego przewidzianego w § 2 ust. 4 Załącznika nr 9 do wzoru przyszłej umowy, niepodlegający limitowi przewidzianego dla kar umownych i obciążenie wykonawców obowiązkiem zapłaty na rzecz Zamawiającego 7,5% maksymalnej kwoty wynagrodzenia za zdarzenia, na które wykonawca nie ma wpływu, tj. w zakresie działań czy zaniechań innych podmiotów (podwykonawców, dostawców, podmiotów na zasobach których polegał), jednocześnie przy iluzorycznej możliwości zwolnienia się wykonawców od spełnienia takiego świadczenia. Nadto, częściowo wycofał zarzutu nr 3, tj. naruszenia art. 353¹ w zw. z art. 647 K.c. i art. 651 K.c., art. 58 k.c. w zw. z art. 8 ust. 1 PZP oraz w zw. z art. 5k oraz art. 8 Rozporządzenia Rady (UE) nr 833/2014 z dnia 31 lipca 2014 r., dotyczącego środków ograniczających w związku z działaniami Rosji destabilizującymi sytuację na Ukrainie, zmienionym Rozporządzeniem Rady (UE) nr 2022/578 z dnia 8 kwietnia 2022 r. poprzez przekroczenie granic swobody umów

i ukształtowanie treści przyszłego stosunku prawnego w sposób naruszający równowagę stron i w sposób sprzeczny z jego naturą, a także z naruszeniem zasady proporcjonalności przewidzianej w przepisach unijnych - w zakresie w jakim Zamawiający przewidział w § 2 ust. 11 Załącznika nr 9 do wzoru przyszłej Umowy uprawnienie dla siebie do: zawieszenia wszystkich płatności na rzecz Wykonawcy - podczas gdy powyższe uprawnienie nie wynika z przepisów, stanowi wykorzystanie dominującej pozycji Zamawiającego i w sposób nieuprawniony przerzuca na wykonawców ryzyka związane z naruszeniem zakazów sankcyjnych przez podmioty trzecie oraz nie uwzględnia wagi i rozmiaru tych naruszeń. Poza tym, wycofał przed otwarciem posiedzenia, pismem z 22.02.2023 r. zarzut nr 6, tj. naruszenia art. 439 ust. 1 i ust. 2 w zw. z art. 16 PZP, art. 99 ust 1 i 2 PZP, art. 353¹ K.c., art. 58 K.c. w zw. 8 ust. 1 PZP poprzez sformułowanie w § 10 wzoru umowy zasad i warunków waloryzacji w sposób niejednoznaczny oraz z nieprecyzyjnym i niedostatecznym określeniem przesłanek waloryzacji, a przez to w sposób uniemożliwiający dokonanie zmiany wysokości wynagrodzenia wykonawcy, co narusza obowiązek Zamawiającego ustalenia w umowie przyznania waloryzacji w sytuacji zmiany cen materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia w przypadku, gdy umowa w sprawie zamówienia publicznego, której przedmiotem są roboty budowlane została zawarta na okres dłuższy niż 12 miesięcy.

Izba umorzyła postępowanie odwoławcze w wyżej wskazanym zakresie, natomiast pozostałe zarzuty zostały merytorycznie rozpoznane przez skład orzekający, co skutkowało oddaleniem odwołania - w tym przedmiocie Izba wskazuje jak niżej.

Biorąc pod uwagę stan rzeczy ustalony w toku postępowania (art. 552 ust.1 NPzp), oceniając wiarygodność i moc dowodową, po wszechstronnym rozważeniu zebranego materiału (art. 542 ust. 1 NPzp), Izba stwierdziła co następuje.

Odnosnie zarzutu pierwszego, Izba uznała w/w zarzut za podlegający oddaleniu.

W zakresie pierwszego zarzutu dotyczącego § 2 ust. 4 Załącznika nr 9 do wzoru przyszłej umowy należy przychylić się do stanowiska Zamawiającego z rozprawy. Niewątpliwie Zamawiający winien zapewnić skuteczność sankcji przewidzianych przez powszechnie obowiązujące przepisy, celem ochrony swoich interesów i interesu publicznego. Rozwiązanie przyjęte przez Zamawiającego na zasadach gwarancji jest właściwą konstrukcją, która zapewnia wymaganą skuteczność. Gwarancja bowiem zarządza ryzykiem związanym z zaistnieniem stanu gwarantowanego. Jednocześnie, Zamawiający przyjmując takie rozwiązanie, mimo jego specyfiki, gdzie gwarant określa pewne zdarzenie gwarancyjne (okoliczność gwarantowaną) z obowiązkiem świadczenia określonej sumy

gwarancyjnej, postanowił wyjść naprzeciw oczekiwaniom rynku i zapewnić mechanizm ekskulpacji od negatywnych konsekwencji zaistnienia stanu gwarantowanego, tzn. przeciwnego do niego. Nie można bowiem oceniać § 2 ust. 4 Załącznika nr 9 do wzoru umowy w oderwaniu od § 2 ust. 6 pkt 1 i 2 tego załącznika. Należy także wskazać, że § 2 ust. 6 pkt 1 i 2 Załącznika nr 9 do wzoru przyszłej umowy nie mógł mieć charakteru kazuistycznego, ze względu na różnorodność sytuacji, które mogą mieć miejsce. Zamawiający posłużył się określeniem klauzul generalnych, mając na uwadze brak możliwości przewidzenia wszystkich przyszłych stanów faktycznych, co właściwie chroni interes Wykonawcy. Tak ukształtowana treść, wraz z § 2 ust. 4 Załącznika nr 9 do wzoru przyszłej umowy, stanowi pewnego rodzaju podział ryzyka związanego z zaistnieniem stanu gwarantowanego tzn. przeciwnego do niego, umożliwiając Wykonawcy ekskulpowanie się poprzez wykazanie dołożenia należytej staranności w celu zachowania stanu gwarantowanego. Jest to rozwiązanie kompromisowe, mieszczące się w zakresie swobody umów, które w ocenie Izby pozwala w sposób proporcjonalny podejść do ryzyka, zarówno z perspektywy Zamawiającego, jak i przyszłych Wykonawców.

Podejście zaprezentowane do tych postanowień przez Odwołującego, które dostrzegł niespójność, gdyż z jednej strony omawiana treść opiera się na zapłacie sumy pieniężnej, z drugiej na elemencie świadczenia, tj. odnosi się przy należytej staranności do aktu staranności, czyli zobowiązania kontraktowego, w ocenie Izby abstrahuje od tego, że jest to działanie niezgodne z interesem Wykonawców.

Jednocześnie, Izba wskazuje, że Zamawiający przyznał na rozprawie (okoliczność przyznana), że w sytuacji zmiany przepisów powszechnie obowiązujących po złożeniu oświadczenia sankcyjnego i zmiany stanu gwarantowanego, wg. Rozporządzeń, taki stan rzeczy uznałby Zamawiający za wyłączający obowiązek zapłaty sumy gwarantowanej przy zachowaniu pozostałych przesłanek, w tym braku szkody po stronie Zamawiającego. Niewątpliwie też nie bez znaczenia jest okoliczność, że mamy do czynienia z umową ramową, a oświadczenie sankcyjne zawierające klauzule sankcyjne we wcześniejszych postępowaniach wykonawczych były bardziej restrykcyjne niż w chwili obecnej, Zamawiający bowiem w obecnym postępowaniu dokonał daleko idących ustępstw.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

Odnośnie zarzutu drugiego, Izba uznała w/w zarzut za podlegający oddaleniu.

W zakresie drugiego zarzutu dotyczącego § 2 ust. 2 i 3 Załącznika nr 9 do wzoru przyszłej umowy, Izba podzieliła stanowisko Zamawiającego, uznając że nie ma konieczności ujednolicenia treści zaskarżonego oświadczenia, gdyż nie zawiera ono

sformułowania „zobowiązuje się” ale „oświadcza”, zatem nie doszło do naruszenia podnoszonych przepisów, a zarzut ma charakter wyłącznie polemiczny. Z kolei sam wniosek z odwołania dotyczący zmiany § 2 ust. 2 i 3 Załącznika nr 9 do wzoru przyszłej umowy z „gwarantuje” na „oświadcza” ma charakter semantyczny, tym bardziej w kontekście treści samego oświadczenia.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

Odnosnie zarzutu trzeciego, Izba uznała w/w zarzut za podlegający oddaleniu.

W zakresie trzeciego zarzutu dotyczącego § 2 ust. 8 Załącznika nr 9 do wzoru przyszłej umowy, Izba uznała, że nie jest zgodne z prawdą stanowisko Odwołującego, że nie ma Odwołujący wpływu na działanie i zaniechanie innego podmiotu. Po pierwsze, bezsprzecznie rację ma Zamawiający, że sam Wykonawca dokonuje wyboru współpracowników i to on powinien zaplanować, czy będzie realizował dane zamówienie sam, czy też przy udziale podwykonawców, czy poprzez podmioty trzecie. Tego też wymaga od Odwołującego Zamawiający, m.in. poprzez konieczność wskazania w formularzu podmiotów, z którymi będzie współpracował, co pozostawiono całkowitej swobodzie Wykonawcy. Niewątpliwie Wykonawca posiada także narzędzia do wyegzekwowania stosownego oświadczenia od tych podmiotów i monitorowania jego realizacji w toku wykonywania umowy. Chodzi tutaj o całe spektrum narzędzi kontraktowych, np. poprzez odpowiednie ukształtowanie obowiązków podmiotów współpracujących w zawieranych z nimi umowach oraz zawarcie w tych umowach sankcji za niewykonanie określonych obowiązków. Nadto, Wykonawca winien w tej sytuacji nawiązywać współpracę z podmiotami, których sytuacja właścicielska oraz dotycząca prowadzonej przez nich działalności gospodarczej nie budzą wątpliwości pod kątem postanowień Klauzuli Sankcyjnej. Poza tym, po zawarciu umowy, Zamawiający nie ma możliwości badania oświadczeń w zakresie objęcia sankcjami, analogicznie jak to ma miejsce w trakcie procesu badania i oceny ofert, wobec tego jedynym sposobem na skuteczne zminimalizowania ryzyka związanego z potencjalnym wykonywaniem zamówienia za pomocą podmiotów objętych sankcjami jest zobowiązanie Wykonawcy do tego, by zagwarantował, iż okoliczności opisane w § 2 ust. 1 Załącznika nr 9 do wzoru przyszłej umowy nie występują i nie wystąpią. To nie Zamawiający, a Wykonawca ma realne i skuteczne narzędzia oraz możliwości do zapewnienia i wyegzekwowania realizacji zamówienia zgodnie z prawem, przez podmioty, które nie powinny być wyeliminowane z realizacji zamówień publicznych w związku z przedmiotowymi normami sankcyjnymi.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

Oдноśnie zarzutu czwartego, Izba uznała w/w zarzut za podlegający oddaleniu.

W zakresie czwartego zarzutu dotyczącego § 2 ust. 12, 13, 14 pkt 3 i 4 oraz ust. 16 Załącznika nr 9 do wzoru przyszłej umowy, Izba przychyliła się do stanowiska Zamawiającego co do ewentualnych negatywnych skutków, które mu zagrażają w wypadku złamania przedmiotowego zakazu. Sankcja bowiem z tym związana, w związku z wykonywaniem umowy przez podmiot objęty sankcjami, może być nawet zweryfikowana jako świadczenie niemożliwe, i w skrajnym wypadku skutkować wygaśnięciem zobowiązania i nieważnością umowy, co wynika z art. 495 K.c. Skutkiem tego może być niemożliwość wykonywania całej umowy lub jej części, w zależności od zaistniałej sytuacji. Taki negatywny skutek byłby nie do przyjęcia dla Zamawiającego. Z tego powodu Zamawiający określił w umowie różne stopnie sankcji, tzn. stopniowanie w tym zakresie, w zależności od okoliczności, tj. zawieszenie wykonywania umowy, zawieszenie wykonywania płatności, odstąpienie od umowy w całości lub części.

W tym miejscu, należy wskazać, że tak w odpowiedzi na odwołanie (str. 12), jak i na rozprawie Zamawiający oświadczył, że w okresie zawieszenia wykonywania umowy, czas zawieszenia przeznaczony będzie na umożliwienie Wykonawcy naprawy zaistniałej sytuacji, tzn. Wykonawca może zamienić nierzetelnego podwykonawcę/podmiot trzeci na inny, zdolny realizować umowę podmiot, zatem stanowisko Odwołującego jest bezzasadne. Nie było spornym, że może dojść do zmiany takiego podmiotu. W konsekwencji należy uznać, że dokonanie zmiany dokumentacji postępowania zgodnie z wnioskiem Odwołującego jest bezpodstawne, gdyż zawieszenie wykonywania umowy nie było rozwiązaniem przewidzianym na stałe, lecz przejściowym, właśnie celem usunięcia nierzetelnego podwykonawcy, tj. podmiotu współpracującego. Zasadne w tym zakresie jest stanowisko Zamawiającego, że taka możliwość wynika z zasady swobody umów i nieograniczonej możliwości wyboru kontrahenta. Nadto, Zamawiający wskazał, co podziela skład orzekający, że odstąpienie od umowy nie wynika z przepisów powszechnie obowiązujących, ale może być wprowadzone do umowy, co uczynił Zamawiający. Istniejąca umowa przewiduje również możliwość odstąpienia od umowy w części, nie w całości, co wynika z § 2 ust. 19 Załącznika nr 9 do wzoru przyszłej umowy.

Różnorodność omawianych narzędzi jest uzasadniona różnorodnością sytuacji, które mogą mieć miejsce. Inaczej będzie rozpatrywana sytuacja, kiedy wszyscy wykonawcy i podwykonawcy zostaną w całości objęci sankcjami i uznani za podmioty objęte zakazem, z inną sytuacją będziemy mieli do czynienia, gdy tylko część zamówienia będzie realizowana przez podmioty objęte sankcjami.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

Oдноśnie zarzutu piątego, Izba uznała w/w zarzut za podlegający oddaleniu.

Względem tego zarzutu, dotyczącego § 2 ust. 22 Załącznika nr 9 do wzoru przyszłej umowy, Izba nie uznaje ukształtowanych przez Zamawiającego kar umownych za rozwiązanie o charakterze abuzywnym naruszające art. 433 ust. 2 Pzp.

Należy przypomnieć, że przyjęte rozwiązanie przez Zamawiającego ma charakter kompromisowy i nie można w sposób prosty twierdzić, że jest to próba penalizacji okoliczności, które w żaden sposób nie są związane z przedmiotem zamówienia. Nadto, ciężar dowodu w tym zakresie obciążał Odwołującego.

Niewątpliwie po stronie Zamawiającego istnieje realne ryzyko uzasadniające ukształtowanie treści dotyczących kar umownych w obecny sposób, na co Izba zwracała uwagę przy rozpatrywaniu poprzednich zarzutów. Nie można więc bezrefleksyjnie twierdzić, że wszystkie negatywne konsekwencje obciążają Wykonawców. Zamawiający wykazał newralgiczny charakter postępowania oraz przyjęty szacunek dla postępowania dla części 2, jednoznacznie świadczący o skali i wadze zamówienia, co uzasadnia zastosowane rozwiązania.

Z tych względów, jak i wobec tego, że to Wykonawca, a nie Zamawiający ma stosowne narzędzia egzekwowania stanu gwarantowanego w stosunku do podmiotów współpracujących, które swobodnie sobie dobiera, uznać należy, że kary umowne są przewidziane za niewykonanie określonych zobowiązań ze strony Wykonawcy. W konsekwencji kary umowne z § 2 ust. 22 Załącznika nr 9 do wzoru przyszłej umowy zastrzeżono na wypadek niewykonania lub nienależytego wykonania obowiązków umownych spoczywających na Wykonawcy.

Niewątpliwie bowiem obowiązki wynikające z § 2 ust. 22 Załącznika nr 9 do wzoru przyszłej umowy pozostają w sferze kontroli Wykonawcy. To nie podmiot współpracujący jest stroną umowy i to nie on ponosi odpowiedzialność za naruszenie zawartych w tej umowie zobowiązań, podmiotem odpowiedzialnym jest Wykonawca.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

Oдноśnie zarzutu siódmego, z uwagi na jego wynikowy charakter względem zarzutów wcześniejszych, wobec ich oddalenia, ten zarzut także, w ocenie Izby podlega oddaleniu.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

W tym stanie rzeczy, Izba oddaliła odwołanie na podstawie art. 553 zdanie pierwsze i art. 554 ust. 1 pkt 1 Pzp oraz orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono z uwzględnieniem przywołanych poniżej przepisów, w tym także w oparciu o § 8 ust. 2 zdanie pierwsze rozporządzenia wskazanego poniżej. Jednocześnie, obciążając kosztami Odwołującego.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 557 Pzp oraz art. 575 Pzp, z uwzględnieniem postanowień Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437).

Przewodniczący:

.....

.....