

Sygn. akt: KIO 1418/22

WYROK

z dnia 14 czerwca 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ewa Sikorska

Protokolant: Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 10 czerwca 2022 roku Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 26 maja 2022 r. przez wykonawcę **PORR Spółka akcyjna w Warszawie** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego – **5 Wojskowy Szpital Kliniczny z Polikliniką Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej w Krakowie**

orzeka:

1. umarza odwołanie w zakresie zarzutów: nr 1, nr 2, nr 3, nr 4, nr 5 lit. a, lit. d, lit. f, lit. l, lit. m, lit. n, lit. o, lit. p, lit. q, lit. r, lit. s (str.3-6) odwołania,
2. w pozostałym zakresie odwołanie oddala,
3. kosztami postępowania obciąża wykonawcę **PORR Spółka akcyjna w Warszawie** i:
 - 3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **PORR Spółka akcyjna w Warszawie** tytułem wpisu od odwołania,
 - 3.2. zasądza od wykonawcy **PORR Spółka akcyjna w Warszawie** – na rzecz zamawiającego – **5 Wojskowego Szpitala Klinicznego z Polikliniką Samodzielnego Publicznego Zakładu Opieki Zdrowotnej w Krakowie** – kwotę **4 091 zł 45 gr** (słownie: cztery tysiące dziewięćdziesiąt jeden złotych czterdzieści pięć groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika i dojazdu na posiedzenie Izby.

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

.....

Uzasadnienie

Zamawiający – 5 Wojskowy Szpital Kliniczny z Polikliniką Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej w Krakowie – prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem są roboty budowlane dotyczące realizacji zadania inwestycyjnego pod nazwą „Budowa budynku szpitala dla potrzeb bloku operacyjnego, oddziałów szpitalnych, zaplecza diagnostyczno-laboratoryjnego i rehabilitacji” wraz z dostawą sprzętu – zadanie 2 nr 91575.

Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 roku, poz. 1129 ze zm.), zwanej dalej ustawą P.z.p.

W dniu 26 maja 2022 roku wykonawca PORR SA w Warszawie (dalej: odwołujący) wniósł odwołanie wobec treści Specyfikacji Warunków Zamówienia („SWZ”) oraz Ogłoszenia o zamówieniu w zakresie:

(1) SWZ: a) pkt 8.1; b) Pkt 21.1.2; c) Pkt 2.1.3

(2) Dokumentów wchodzących w skład załącznika nr 1 do OPZ:

a) 270-IP-00-XX-TD-B-00001-GAZY_MEDYCZNE_PW (strony 5, 10, 11)

b) 270-IP-00-XX-TD-M-00001-Opis Technologii Medycznej (strony 27-28)

c) 270-IP-ZB-XX-SP-M-98301 - Specyfikacje Wyposażenia i Sprzętu Medycznego (strona 22)

d) 2022_5WSZK_EIR_Opis (strona 5)

e) ZAL2 – MPDT (exel – wiersz 73)

(3) Wzoru Umowy (załącznik nr 3 do SWZ):

a) art. 6.3

b) art. 8.1 w związku z art. 8.3

c) art. 11.3

d) art. 14.1

e) art. 24

f) art. 26.2 w związku z art. 26.3 w związku z definicją „Robót”

g) art. 26.5

h) art. 27.3

i) art. 29.12 w związku z art. art. 29.13

j) art. 88.1.3

k) art. 88.3.2 w związku z art. 89.2.2

l) art. 103.3

m) art. 107.2.1.5

n) art. 107.2.2

o) art. 107.2.4.1.14

p) art. 108.4 i 108.8

q) art. 110.2.1.2

(4) Zał. nr 4 do Wzoru umowy (Procedury Odbiorowe):

a) pkt 3.2.3.5., pkt 3.2.3.9 i pkt 3.2.3.10

(5) Zał. nr 9 do Wzoru umowy (Gwarancja jakości i wzór karty gwarancyjnej):

d) § 3 pkt 2

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy P.z.p.:

W zakresie treści SWZ (w tym dokumentów stanowiących OPZ)

(1) art. 240 ust. 1 i 2 w zw. z art. 241 ust. 1 z zw. z art. 16 ustawy P.z.p. poprzez sformułowanie kryteriów oceny ofert w sposób nieproporcjonalny, a przy tym niejednoznaczny, niezrozumiały, nieuzasadniony i uniemożliwiający przeprowadzenie rzetelnej weryfikacji i porównania poziomu oferowanego wykonania przedmiotu zamówienia na podstawie informacji przedstawionych w ofertach w związku z:

a) ustaleniem kryterium pn. „Gwarancja na całość przedmiotu umowy”, gdy tymczasem, z uwagi na przedmiot zamówienia, w skład którego wchodzi elementy zróżnicowane, charakteryzujące się odrębną specyfiką (jak np. produkty medyczne oraz produkty budowlane), żądanie określenia okresu gwarancji odpowiadającego całości umowy jest nieuzasadnione;

b) ustaleniem kryterium „Doświadczenie Kierownika Budowy”, w treści którego premiowane będzie aż 12 inwestycji o określonej przez zamawiającego wartości, co (z uwagi na wielość poddawanych ocenie inwestycji) wypacza sens mechanizmu kryterium oceny ofert oraz stanowi nadmierną uciążliwość dla wykonawców;

(2) art. 99 ust. 1 w zw. z art. 16 ustawy P.z.p. poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny i niewyczerpujący, uniemożliwiający prawidłowe przygotowanie oferty w zakresie:

a) gazów medycznych, w odniesieniu do których Zamawiający przedstawił projekty niekompletne i obciążone brakami, a także przywołał nieobowiązującą na etapie składania oferty i realizacji zamówienia ustawę o wyrobach medycznych;

b) zamieszczenia w specyfikacji technicznej informacji o punktowaniu określonych elementów wyposażenia i sprzętu, gdy tymczasem przyznawanie z tego tytułu dodatkowej punktacji jest nieuzasadnione i niezrozumiałe w świetle treści kryteriów oceny ofert;

c) obowiązku wykonania zamówienia w terminie do dnia 30.11.2026 r., gdy tymczasem wskazanie „sztywnej” daty kalendarzowej jest nieuzasadnione w świetle braku wiedzy wykonawców na temat terminu zawarcia umowy;

(3) art. 99 ust. 4, 5 i 6 w zw. z art. 16 ustawy P.z.p. poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób, który prowadzi do uprzywilejowania niektórych produktów i wyeliminowanie innych, przy jednoczesnym braku dopuszczenia możliwości posłużenia się produktami równoważnymi i określenia kryteriów równoważności (dot. wymogów w zakresie gazów medycznych);

(4) art. 99 ust. 1, 4 w zw. z art. 16 ustawy P.z.p. poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób, który utrudnia uczciwą konkurencję, pozostaje wewnętrznie sprzeczny, formułuje nadmierne i nieuzasadnione wymagania (w zakresie żądanych dokumentów), a przez to utrudnia dostęp do zamówienia wykonawcom potencjalnie zdolnym do jego realizacji w związku z zawartym w treści dokumentów wchodzących w skład Opisu Przedmiotu Zamówienia („OPZ”) wymogiem przedłożenia wraz z ofertą dodatkowych dokumentów (Plan Realizacji BIM oraz Plan Wykonania BIM).

W zakresie postanowień umowy:

(5) art. 353¹ K.c. w zw. z art. 8 ust. 1 w zw. z art. 134 ust. 1 pkt 20 w zw. z art. 433 pkt 4 w zw. z art. 99 w zw. z art. 447 ust. 1 w zw. z art. 453 w zw. z art. 16 pkt 1 ustawy P.z.p. poprzez ukształtowanie stosunku prawnego (umowy) w sposób sprzeczny z jego właściwością oraz zasadami współżycia społecznego, prowadzący do nadużycia przez

zamawiającego jego podmiotowego prawa poprzez rażące wykorzystanie dominującej pozycji „organizatora przetargu”, co znalazło odzwierciedlenie w szczególności w:

a) przyznaniu zamawiającemu uprawnienia do przeniesienia praw i obowiązków wynikających z umowy na osobę trzecią bez konieczności uzyskania zgody wykonawcy (art. 6.3 Wzoru Umowy);

b) sformułowaniu zakazu angażowania się w działalność sprzeczną z interesami Zamawiającego, który obejmuje w szczególności zakaz współpracy z podmiotami mającymi zamiar wziąć udział w osobnym przetargu na dostawę wyposażenia pod groźbą odstąpienia przez zamawiającego z winy wykonawcy lub naliczenia kary umownej (art. 8.1 w związku z art. 8.3 Wzoru Umowy);

c) przyznaniu Zamawiającemu prawa do jednostronnej zmiany listy instrukcji i standardów w toku realizacji umowy oraz narzuceniu wykonawcy obowiązku dostosowania się bez prawa do zmiany wynagrodzenia lub terminu realizacji (art. 11.3 Wzoru Umowy);

d) braku określenia terminu przekazania Wykonawcy projektu budowlanego dotyczącego wykonania zbiornika tlenu, którym Zamawiający nie będzie dysponował w chwili zawarcia umowy oraz w związku z tym niezawarcia odpowiedniego postanowienia we Wzorze Umowy, iż wykonawca będzie uprawniony do zmiany terminu realizacji, jeżeli będzie to spowodowane opóźnieniem w przekazaniu projektu budowlanego dotyczącego wykonania zbiornika tlenu (art. 14.1 Wzoru Umowy);

e) obciążeniu wykonawcy obowiązkiem weryfikacji i kontroli zgodności przedmiotu dostaw z OPZ lub Dokumentacją Projektową, mimo iż dostawy te będą przedmiotem odrębnego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego przez Zamawiającego przy jednoczesnym braku przyznaniu wykonawcy uprawnienia do zmiany Czasu na Ukończenie oraz zmiany wysokości wynagrodzenia, w przypadku, gdy zweryfikowane przez wykonawcę dostawy nie będą spełniać wymogów przewidzianych w dokumentacji Postępowania (art. 24 Wzoru Umowy);

f) obciążeniu wykonawcy obowiązkiem wykonania czynności i robót, które nie zostały wskazane w umowie i dokumentacji projektowej, za której kompletność i prawidłowość odpowiada Zamawiający (Art. 26.2, 26.3 Wzoru umowy oraz definicja „Robót”);

g) obciążeniu wykonawcy obowiązkiem sporządzenia niezbędnych projektów zamiennych i uzyskaniu w tym zakresie nowych pozwoleń na budowę, za które Wykonawca będzie odpowiedzialny, podczas gdy za sporządzenie projektu budowlanego i uzyskanie pozwolenia na budowę odpowiedzialny jest Zamawiający (art. 26.5 Wzoru Umowy);

h) zastrzeżeniu przez Zamawiającego, iż 35 % kwoty zabezpieczenia należytego wykonania zostanie zwolnione w terminie 14 dni od dnia sporządzeniu Protokołu przekazania Obiektu do eksploatacji, podczas gdy w świetle przepisów ustawy P.z.p. zabezpieczenie należytego wykonania umowy winno być zwrócone wykonawcy maksymalnie w terminie 30 dni od dnia wykonania zamówienia i uznania go za należyte wykonane(Art. 27.3 Wzoru Umowy);

i) nałożeniu na wykonawcę obowiązku przedkładania wraz z raportami okresowymi pisemnych oświadczeń oraz dowodów, które mają potwierdzić, iż wykonawca terminowo uiszcza wszelkie wymagalne należności na rzecz podwykonawców robót budowlanych, podczas gdy w świetle przepisów ustawy P.z.p. wystarczającym jest przedłożenie wyłącznie dowodów (art. 29.12 i art. 29.13 Wzoru Umowy);

j) zastrzeżeniu przez Zamawiającego niezgodnego z przepisami K.c. warunku odbioru robót, który polega na uzależnieniu dokonania odbioru robót od zakończenia i odebrania przez Zamawiającego wszystkich dostaw, które nie wchodzą w zakres przedmiotu umowy i są realizowane przez dostawców wybranych przez Zamawiającego w odrębnym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego (art. 88.1.3 Wzoru Umowy);

k) braku wskazania powodów, kiedy możliwe jest odrzucenie przez Zamawiającego wniosku o dokonanie odbioru końcowego i podpisanie protokołu zakończenia robót, jak również wskazaniu, że Zamawiający ma prawo do odmowy odbioru częściowego do czasu usunięcia wszelkich wad i niedoróbek, także nieistotnych (art. 88.3.2 i art. 89.2.2 Wzoru Umowy, Procedury Odbiorowe - pkt a) pkt 3.2.3.5, pkt 3.2.3.9 i pkt 3.2.3.10);

l) przyznaniu Zamawiającemu uprawnień polegającego na możliwości dokonania jednostronnych zmian w umowie, niepoprzedzonych konsultacjami czy zgodą wykonawcy (art. 103.2 Wzoru Umowy);

m) ograniczeniu procedury zmiany umowy w zakresie wydłużenia terminu jej realizacji do maksymalnie 30 dni z przyczyn niezależnych od wykonawcy, takich jak wystąpienie niekorzystnych warunków atmosferycznych, jak i z przyczyn zawinionych przez Zamawiającego, jak na przykład zwłoka w przekazaniu placu budowy czy błędy dokumentacji projektowej (art. 107.2.1.5 Wzoru Umowy);

n) braku uwzględnienia w Akcie Umowy jednoznacznego postanowienia, że wykonawca będzie miał prawo do kosztu w przypadku zmiany czasu na ukończenie, która będzie miała wpływ na koszt (art. 107.2.1.5 Wzoru Umowy);

o) wyłączeniu przez Zamawiającego możliwości zmiany wysokości wynagrodzenia wykonawcy w przypadku wprowadzenia zmian technologicznych wynikających ze zmian prawa lub roszczeń osób trzecich (art. 107.2.2 Wzoru Umowy);

p) ukształtowanie stosunku prawnego w sposób sprzeczny z prawem z uwagi na uwzględnienie przez Zamawiającego w umowie klauzuli niedozwolonej, bezpośrednio zakazanej przez ustawy P.z.p., która w istocie stanowi zastrzeżenia prawa do ograniczenia zakresu zamówienia bez wskazania minimalnej wartości lub wielkości świadczenia [art. 107.2.4.1.14 Wzoru Umowy);

q) wprowadzeniu do klauzuli waloryzacyjnej warunkowości zastosowania waloryzacji w sytuacji, gdy osiągnie ona wartość na poziomie 5% oraz wprowadzeniu limitu waloryzacji w wysokości 10% wartości wynagrodzenia wykonawcy (art. 108.4 i 108.8 Wzoru Umowy);

r) zobowiązaniu wykonawcy do konieczności zagwarantowania przejściowego finansowania robót przez wykonawcę z uwagi na dopuszczenie możliwości wystawienia faktury częściowej dopiero po podpisaniu przez Zamawiającego umowy dotacyjnej na dany rok kalendarzowy (art. 110.2.1.2 Wzoru Umowy);

s) uwzględnieniu przez Zamawiającego nieadekwatnie krótkiego czasu na zgłoszenie awarii istotnych, jak i nieistotnych. (Załącznik nr 9 do Wzoru umowy (Gwarancja jakości i wzór karty gwarancyjnej) pkt b) § 3 pkt 2);

a w konsekwencji powyższych

(6) art. 16 ustawy P.z.p. poprzez przeprowadzenie Postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców, proporcjonalności i przejrzystości.

Na podstawie art. 534 ust. 1 w zw. z art. 535 ustawy P.z.p. odwołujący wniósł o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów załączonych do odwołania, wnioskowanych w odwołaniu lub przedstawionych na rozprawie, na okoliczności wskazane w uzasadnieniu pisemnym bądź ustnym.

Na podstawie art. 573 ustawy P.z.p. odwołujący wniósł o zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów zastępstwa procesowego, według norm przewidzianych przepisami prawa zgodnie z fakturą przedstawioną na rozprawie.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie z dnia 9 czerwca 2022 roku oświadczył, że uwzględnia odwołanie w części w zakresie zarzutu nr 1 lit. b, nr 2 lit. a i b, nr 3, nr 4, nr 5 lit. c, d, h, m, o i p.

Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania w zakresie wykraczającym poza uwzględnione zarzuty z uwagi na brak podstaw faktycznych i prawnych uzasadniających zarzuty i żądania odwołującego.

Ponadto zamawiający wniósł o zasądzenie od odwołującego kosztów zastępstwa procesowego w wysokości 3.600 zł, w oparciu o stosowny dokument księgowy, który zostanie przedstawiony na rozprawie, zgodnie z treścią § 5 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania, jak też kosztów dojazdu zgodnie z treścią przywołanego rozporządzenia.

Zamawiający wniósł także o przeprowadzenie dowodu z dokumentów wskazanych w ramach uzasadnienia odpowiedzi na odwołanie na okoliczności w niej określone.

Odwołujący, w dniu 10 czerwca 2022 roku, na posiedzeniu niejawnym Krajowej Izby Odwoławczej z udziałem stron, oświadczył, że cofa zarzuty nieuwzględnione przez odwołującego, za wyjątkiem: zarzutu nr 5 lit. b, e, g, i, j, k. Ponadto odwołujący podtrzymał dwa zarzuty, które zostały przez zamawiającego uwzględnione, tj. zarzut nr 5 lit. c i h.

W zakresie podtrzymanych zarzutów odwołujący wniósł o ich uwzględnienie i nakazanie zamawiającemu zmianę postanowień SWZ w sposób wskazany poniżej.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Odwołanie podlega umorzeniu w zakresie zarzutów: nr 1, nr 2, nr 3, nr 4, nr 5 lit. a, lit. d, lit. f, lit. l, lit. m, lit. n, lit. o, lit. p, lit. q, lit. r, lit. s (str.3-6) odwołania.

W pozostałym zakresie odwołanie jest bezzasadne i podlega oddaleniu.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, że odwołujący jest uprawniony do korzystania ze środków ochrony prawnej w rozumieniu art. 505 ust. 1 ustawy P.z.p. Okoliczność ta nie była pomiędzy stronami sporna.

Dot. zarzutu 5b:

Stosownie do treści art. 8.1 i 8.3 projektu umowy:

„1. Wykonawca nie zaangażuje się w żadną działalność, która mogłaby być sprzeczna z interesami Zamawiającego w związku z Inwestycją w okresie trwania Umowy, jak również Wykonawca zobowiązuje się do tego, że Koordynator Wykonawcy, Personel Wykonawcy, Podwykonawcy ani żadna z osób zaangażowanych (choćby pośrednio) przez Wykonawcę w realizację Umowy również nie zaangażuje się w żadną działalność, która mogłaby być sprzeczna z interesami Zamawiającego w związku z Inwestycją w okresie trwania Umowy.

Na potrzeby Umowy Strony zgodnie przyjmować będą jako „sprzeczną z interesami Zamawiającego” taką działalność, która, chociażby potencjalnie, wpływać może negatywnie wykonywanie Robót przez Wykonawcę, Koordynatora Wykonawcy, Personelu Wykonawcy,

Podwykonawców czy też jakiejkolwiek z osób zaangażowanych (choćby pośrednio) przez Wykonawcę w realizację Umowy.

W szczególności Wykonawca, Koordynator Wykonawcy, Personel Wykonawcy, Podwykonawcy ani żadna z osób zaangażowanych (choćby pośrednio) przez Wykonawcę w realizację Umowy nie podejmie jakiejkolwiek współpracy, innej niż wynikająca z Umowy, z podmiotami mającymi zamiar zostać Dostawcami lub podwykonawcami Dostawców, Dostawcami i podwykonawcami Dostawców lub ich personelem, a jeśli przed dniem podpisania Aktu Umowy w taką współpracę wstąpił, to bez odrębnego wezwania Zamawiającego w tym przedmiocie, Wykonawca podejmie działania celem niezwłocznego zakończenia takiej współpracy przez Wykonawcę, Koordynatora Wykonawcy, Personelu Wykonawcy, Podwykonawców lub jakichkolwiek osób zaangażowanych (choćby pośrednio) przez Wykonawcę w realizację Umowy, nie później jednak niż w terminie 5 Dni Roboczych od Dnia zawarcia Umowy.

W przypadku gdy przed podpisaniem Aktu Umowy, lub po zawarciu Umowy, Wykonawca, Koordynator Wykonawcy, Personel Wykonawcy, Podwykonawcy lub jakakolwiek z osób zaangażowanych (choćby pośrednio) przez Wykonawcę w realizację Umowy będzie pozostawać we współpracy, o której mowa w zdaniu uprzednim, to Wykonawca nie później niż w terminie 5 Dni Roboczych od Dnia zawarcia Umowy lub podjęcia takiej współpracy:

1.1. podejmie działania celem niezwłocznego zakończenia takiej współpracy przez Wykonawcę, Koordynatora Wykonawcy, Personelu Wykonawcy, Podwykonawców lub jakichkolwiek osób zaangażowanych (choćby pośrednio) przez Wykonawcę w realizację Umowy, nie później jednak niż w terminie 5 Dni Roboczych od Dnia zawarcia Umowy, lub

1.2. złoży Zamawiającemu oświadczenie w przedmiocie braku sprzeczności z interesami Zamawiającego takiej współpracy z jednoczesnym wskazaniem zakresu takiej współpracy oraz ewentualnych działań podjętych przez Wykonawcę zmierzających do przeciwdziałania powstania konfliktu interesów takiej współpracy z interesami Zamawiającego w związku z Umową.”

W art. 8.3 zamawiający sformułował konsekwencje naruszenia wskazanej powyżej klauzuli umownej, które polegać miałyby na naliczeniu wykonawcy kar umownych lub odstąpieniu od umowy z winy wykonawcy.

W ocenie odwołującego tak skonstruowane postanowienia umowne istotnie ingerują w działalność prowadzoną przez wykonawcę i – co istotne – wykraczają poza uzasadnione potrzeby zamawiającego.

Odwołujący wskazał, że zamawiający klauzulą umowną określoną w art. 8.1 ogranicza *de facto* działalność biznesową wykonawcy, bowiem na tle wskazanego postanowienia umownego wykonawca może zostać wręcz pozbawiony możliwości realizowania innych inwestycji budowlanych, w które zaangażowany jest szeroko rozumiany personel wykonawcy. Zamawiający kwestionowanym postanowieniem narzuca na wykonawcę potencjalny obowiązek zakończenia takiej (rzekomo sprzecznej) współpracy i skupieniu całego swojego personelu (w tym personelu podwykonawców i innych, pośrednio realizujących zadanie osób) na zadaniu wynikającym z tego postępowania. Nie można więc nie zauważyć, iż taką klauzulą zamawiający istotnie ingeruje w działalność wykonawcy, w tym w działalność wykonawcy na innych, trwających już inwestycjach, w które zaangażowany jest wykonawca. Nadużycie wynikające z analizowanych klauzul ma tym większy, niekorzystny wymiar dla wykonawcy, gdyż zamawiający zdecydował się obarczyć wykonawcę ryzykiem odstąpienia od umowy lub kar umownych w przypadku zaangażowania wykonawcy (personelu) w realizację innych inwestycji.

Odwołujący wniósł o zmianę wzoru umowy poprzez usunięcie z niego art. 8.1 i 8.3

Zamawiający nie zgodził się z argumentami odwołującego, wskazując, że przewidziany w art. 8.1 umowy „zakaz” nie ma charakteru permanentnego i nic nie stoi na przeszkodzie dla podejmowania przez wykonawcę takiej aktywności, przy jednoczesnym poinformowaniu zamawiającego, w jaki sposób taki wykonawca złoży oświadczenie wskazane w Artykule 8.1.2. umowy i przedstawi zamawiającemu informacji opisanych w przytoczonym postanowieniu.

Izba uznała zarzut za nieuzasadniony.

Izba wskazuje, że zamawiający jest uprawniony do tego, by wymagać od swoich kontrahentów zaniechania bądź niepodejmowania działalności, która jest sprzeczna z jego interesami.

W umowie strony mogą zawrzeć zapisy zobowiązujące do powstrzymania się od działalności sprzecznej z interesami jednej ze stron zarówno w czasie trwania umowy, jak i po jej ustaniu. Kodeks cywilny nie reguluje wprost tego rodzaju klauzul (poza jednym wyjątkiem dotyczącym zakazu konkurencji przy umowie agencyjnej). Wydaje się jednak, że tego rodzaju postanowienia mogą być wprowadzone do umowy zgodnie z wyrażoną w art. 353¹ Kodeksu cywilnego tzw. zasadą swobody umów, zgodnie z którą strony mogą ułożyć stosunek prawny według swego uznania, byleby jego treść lub cel nie sprzeciwiały się właściwości (naturze) stosunku, ustawie ani zasadom współżycia społecznego.

W wyroku Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 21 września 2018 r., sygn. akt VII AGa 38/18, dotyczącego wprowadzenia do umowy postanowienia obejmującego klauzulę konkurencyjną, czytamy: „Szczególnie zatem profesjonalni uczestnicy obrotu gospodarczego mają możliwość takiego ukształtowania stosunku prawnego, który będzie odpowiadał zarówno ich ogólnemu interesowi gospodarczemu, jak i indywidualnym interesom kontrahentów. W judykaturze rozważana była kwestia dopuszczalności zamieszczenia w umowie klauzuli konkurencyjnej bez ekwiwalentu. Przyjmuje się, że jest to co do zasady dopuszczalne, bowiem z zasady swobody umów wynika też przyzwolenie na nierówność stron, nieekwiwalentność ich sytuacji prawnej.”.

Z kolei Sąd Najwyższy w wyroku z 5 grudnia 2013 roku, sygn. akt V CSK 30/13 potwierdził, że: „To, że w kodeksie nie ma szczegółowej regulacji odnoszącej się do tego stosunku prawnego wprost świadczy o woli ustawodawcy dopuszczenia szerokiego zakresu swobody kontraktowej, która umożliwi ukształtowanie umowy w sposób odpowiadający celowi gospodarczemu i indywidualnym interesom stron”. „Klauzula konkurencyjna bez ekwiwalentu, przy zastrzeżeniu kary umownej za jej naruszenie, mimo braku symetrii nie traci sensu gospodarczego i mieści się w granicach lojalności kontraktowej”.

Niezależnie od powyższego podkreślenia wymaga, że zamawiający w rozpoznawanym przypadku nie zakazał wykonawcy prowadzenia jakiejkolwiek działalności, w którą zaangażowana byłaby osoba biorąca udział w realizacji umowy ze strony wykonawcy, a która polegałaby na współpracy z podmiotami zaangażowanymi w realizację inwestycji jako dostawcy. Zakaz dotyczy jedynie prowadzenia takiej działalności, która jest sprzeczna z interesami zamawiającego. Wynika to wprost z treści art. 8.1 wzoru umowy, który zawiera definicję działalności „sprzecznej z działalnością Zamawiającego”. Jeżeli wykonawca prowadzi bądź będzie prowadził współpracę z dostawcami, ale współpraca ta nie będzie nosić znamion działalności sprzecznej z działalnością Zamawiającego, dla uczynienia zadość wynikającemu z umowy obowiązкови zaniechania prowadzenia działalności zakazanej wystarczające będzie złożenie oświadczenia o braku sprzeczności z interesami zamawiającego. Tym samym uprawnienie wykonawcy do prowadzenia działalności gospodarczej będzie ograniczone tylko w zakresie niezbędnym dla realizacji inwestycji.

Dot. zarzutu 5c:

Zgodnie z art. 11.3 wzoru umowy:

„3. Wykonawca zapewnia, że, składając Ofertę, zapoznał się z Instrukcjami i standardami, których lista stanowi Załącznik nr 3 do Aktu Umowy [Lista Instrukcji i standardów do stosowania przez Wykonawcę w związku z realizacją Umowy], i zobowiązuje

się do nich stosować, traktując wynikające z nich zobowiązania jako zobowiązania wynikające z Umowy.

W momencie podpisania Aktu Umowy Zamawiający potwierdzi ważność Instrukcji i standardów, których lista stanowi Załącznik nr 3 do Aktu Umowy [Lista Instrukcji i standardów do stosowania przez Wykonawcę w związku z realizacją Umowy] z Dnia złożenia przez Wykonawcę Oferty.

W przypadku wprowadzenia nowych lub zmiany obowiązujących, a wskazanych w Załączniku nr 3 do Aktu Umowy [Lista Instrukcji i standardów do stosowania przez Wykonawcę w związku z realizacją Umowy], Instrukcji lub standardów, Zamawiający poinformuje o tym bez zbędnej zwłoki Wykonawcę z jednoczesnym złożeniem na piśmie oświadczenia o zmianie treści Załącznika nr 3 do Aktu Umowy

[Lista Instrukcji i standardów do stosowania przez Wykonawcę w związku z realizacją Umowy], a Wykonawca dostosuje się do ich treści i wdroży wynikające z nich obowiązki w ramach Umowy.

Zmiana taka nie będzie traktowana jako Zmiana Umowy i pozostawać będzie bez wpływu na ewentualne prawo Wykonawcy do zwiększenia Wynagrodzenia lub zmianę Czasu na Ukończenie.”

Odwołujący podniósł, że powyższe postanowienie umowne przerzuca na wykonawcę ryzyko związane z realizacją zamówienia i wprowadza istotne trudności w oszacowaniu i kalkulacji ryzyk na etapie składania oferty. Zamawiający bowiem daje sobie pełne prawo do samodzielnych, bliżej nieuzasadnionych zmian w zakresie standardów realizacji przedmiotu zamówienia. Nie da się nie dostrzec, iż zmiany w takiej postaci nierzadko niosą za sobą ryzyko zmiany wysokości wynagrodzenia wykonawcy, a przy tym mogą prowadzić do zmiany czasu koniecznego do ukończenia zadania w nowym, nieprzewidzianym wcześniej standardzie. Zamawiający w treści tego postanowienia nie precyzuje okoliczności, które mogłyby stać za zasadnością zmiany rzeczonych instrukcji i standardów. Co istotne, wykonawca na etapie realizacji przedmiotu zamówienia może nie być przygotowany do zmiany takich standardów, bowiem taka zmiana nieść może za sobą zmianę stosowanych materiałów i urządzeń, a to z kolei generować może po stronie wykonawcy ryzyko ponoszenia dodatkowych kosztów realizacji zamówienia.

W ocenie odwołującego, wskazane postanowienie uniemożliwia wykonawcy realne oszacowanie kosztów realizacji zamówienia, które poniesione będą w trakcie zadania. Powyższe oznacza, że wykonawcy muszą dokonać własnych i hipotetycznych założeń w kwestii możliwości zmiany instrukcji i standardów, co poza oczywistym wykorzystaniem przez

Zamawiającego pozycji dominującej w projekcie umowy, prowadzi dodatkowo do złożenia przez wykonawców nieporównywalnych ofert, bowiem każdy w wykonawcy inaczej wyceni ryzyko potencjalnej zmiany na etapie realizacji umowy.

Odwołujący wniósł o zmianę art. 11.3 Wzoru Umowy - poprzez nadanie mu następującej treści:

„Wykonawca zapewnia, że, składając Ofertę, zapoznał się z Instrukcjami i standardami, których lista stanowi Załącznik nr 3 do Aktu Umowy [Lista Instrukcji i standardów do stosowania przez Wykonawcę w związku z realizacją Umowy], i zobowiązuje się do nich stosować, traktując wynikające z nich zobowiązania jako zobowiązania wynikające z Umowy. W momencie podpisania Aktu Umowy Zamawiający potwierdzi ważność Instrukcji i standardów, których lista stanowi Załącznik nr 3 do Aktu Umowy [Lista Instrukcji i standardów do stosowania przez Wykonawcę w związku z realizacją Umowy] z Dnia złożenia przez Wykonawcę Oferty. W przypadku wprowadzenia nowych lub zmiany obowiązujących, a wskazanych w Załączniku nr 3 do Aktu Umowy [Lista Instrukcji i standardów do stosowania przez Wykonawcę w związku z realizacją Umowy], Instrukcji lub standardów, zmiana taka będzie traktowana jako Zmiana Umowy, a Wykonawcy przysługiwać prawo do zwiększenia Wynagrodzenia oraz zmiany Czasu na Ukończenie. ~~Zamawiający poinformuje o tym bez zbędnej zwłoki Wykonawcę z jednoczesnym złożeniem na piśmie oświadczenia o zmianie treści Załącznika nr 3 do Aktu Umowy [Lista Instrukcji i standardów do stosowania przez Wykonawcę w związku z realizacją Umowy], a Wykonawca dostosuje się do ich treści i wdroży wynikające z nich obowiązki w ramach Umowy. Zmiana taka nie będzie traktowana jako Zmiana Umowy i pozostawać będzie bez wpływu na ewentualne prawo Wykonawcy do zwiększenia Wynagrodzenia lub zmianę Czasu na Ukończenie.~~

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie oświadczył, że uwzględnia powyższy zarzut i zobowiązał się do zmiany treści art. 11.3 wzoru umowy poprzez nadanie mu treści:

„Wykonawca zapewnia, że, składając Ofertę, zapoznał się z Instrukcjami i standardami, których lista stanowi Załącznik nr 3 do Aktu Umowy [Lista Instrukcji i standardów do stosowania przez Wykonawcę w związku z realizacją Umowy], i zobowiązuje się do nich stosować, traktując wynikające z nich zobowiązania jako zobowiązania wynikające z Umowy.

W momencie podpisania Aktu Umowy Zamawiający potwierdzi ważność Instrukcji i standardów, których lista stanowi Załącznik nr 3 do Aktu Umowy [Lista Instrukcji i standardów do stosowania przez Wykonawcę w związku z realizacją Umowy] z Dnia złożenia przez Wykonawcę Oferty.

W przypadku wprowadzenia nowych lub zmiany obowiązujących, a wskazanych w Załączniku nr 3 do Aktu Umowy [Lista Instrukcji i standardów do stosowania przez Wykonawcę w związku z realizacją Umowy], Instrukcji lub standardów, Zamawiający poinformuje o tym bez zbędnej zwłoki Wykonawcę z jednoczesnym złożeniem na piśmie oświadczenia o zmianie treści Załącznika nr 3 do Aktu Umowy [Lista Instrukcji i standardów do stosowania przez Wykonawcę w związku z realizacją Umowy], a Wykonawca dostosuje się do ich treści i wdroży wynikające z nich obowiązki w ramach Umowy.

Zmiana taka nie będzie traktowana jako Zmiana Umowy.”

Na rozprawie przed Krajową Izbą Odwoławczą zamawiający oświadczył, że ostatnie zdanie zmienionej treści jest nieprawidłowe i powinno brzmieć:

„Zmiana taka będzie traktowana jako Zmiana Umowy”

Odwołujący podtrzymał zarzut dot. brzmienia art. 11.3 wzoru umowy.

Izba uznała zarzut za nieuzasadniony.

W ocenie Izby modyfikacja, jaką zobowiązał się wprowadzić zamawiający, czyni zadość oczekiwaniom wykonawcom w zakresie ewentualnych zmian ich sytuacji wynikających z wprowadzenia nowych bądź zmiany dotychczasowych instrukcji lub standardów. W szczególności wykreślenie z dotychczasowej treści art. 11.3 wzoru umowy postanowienia o braku możliwości zwiększenia wynagrodzenia lub terminu realizacji inwestycji powoduje, że interesy wykonawców należy uznać za niezagrażone.

Dot. zarzutu 5e:

Zgodnie z art. 24 wzoru umowy:

„1. W zakresie opisanych w Umowie obowiązków i praw Wykonawca będzie realizował wobec Dostawców wszystkie czynności związane z koordynacją Dostaw w ramach Inwestycji, jak również będzie doradcą technicznym dla Zamawiającego na etapie postępowań o udzielenie zamówień, w następstwie których zawarte zostaną Umowy Dostawy.

2. W szczególności w zakres zobowiązania Wykonawcy wchodzi dokonanie weryfikacji czy będące przedmiotem Dostawy Materiały lub Urządzenia Dostawców odpowiadają warunkom przewidzianym w OPZ lub Dokumentacji Projektowej i jest możliwa ich zabudowa w ramach Robót.

Weryfikacja taka nastąpi na etapie postępowań o udzielenie zamówień, w następstwie których zawarte zostaną Umowy Dostawy.

W przypadku stwierdzenia niezgodności Wykonawca przedstawi Zamawiającemu pisemną informację o stwierdzonej niezgodności wraz ze wskazaniem rozwiązań alternatywnych, tak w zakresie realizacji Robót jak i samych Materiałów lub Urządzeń Dostawców.

W tym przypadku Zamawiający wyda Wykonawcy polecenie, o którym mowa w Artykule 19 Aktu Umowy [Polecenia Zamawiającego].

3. W przypadku gdy na etapie realizacji Dostaw, kiedy Wykonawca dokonał uprzednio weryfikacji w odniesieniu do takich Dostaw zgodnie z Artykułem 24.2. Aktu Umowy [Umowy Dostawy] powyżej, zostanie stwierdzone, że dane Materiały lub Urządzenia Dostawców nie spełniają wymogów OPZ lub Dokumentacji Projektowej, względnie niemożliwa jest ich zabudowa w ramach Inwestycji bez zmiany w ramach Robót, to Wykonawca nie będzie uprawniony do jakiegokolwiek przedłużenia Czasu na Ukończenie lub Kosztu, a wszelkie zmiany dokonane zostaną przez Wykonawcę na jego wyłączny koszt i ryzyko”

Odwołujący w odwołaniu podniósł, że ma świadomość tego, iż w tym postępowaniu będzie sprawował funkcję doradcy technicznego, jednak doradztwo to nie może przybrać formy całkowicie nieograniczonej. Obowiązkiem wykonawcy nie jest bowiem przejęcie zadań Zamawiającego, który jako profesjonalny uczestnik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego winien dopilnować tego, by zamawiany przez niego przedmiot dostawy odpowiadał warunkom technicznym wynikającym ze specyfiki zadania będącego przedmiotem tego postępowania. W ocenie odwołującego świadczy to o próbie obarczenia wykonawcy niedającym się skalkulować i nieuzasadnionym ryzykiem, które Zamawiający chce przerzucić na wykonawcę realizującego roboty budowlane. Obciążanie wykonawcę nadmiernym i nieuzasadnionym ryzykiem ma tym większy wymiar, gdyż Zamawiający w punkcie 3 analizowanego postanowienia wprost wyłącza możliwości zgłoszenia roszczenia przez wykonawcę o wydłużenie Czasu na Ukończenie lub Kosztu, w przypadku gdy stwierdzone zostanie, że materiały i urządzenia dostawców nie spełniają wymogów OPZ lub Dokumentacji Projektowej. Takie ograniczenie stanowi jaskrawy przejaw nadużycia swobody umowy przez Zamawiającego, ale przede wszystkim stanowi w ocenie Odwołującego klauzulę abuzywną, o której mowa w art. 433 pkt 3 Pzp. Zgodnie z przywołanym przepisem projektowane postanowienia umowy nie mogą przewidywać odpowiedzialności wykonawcy za okoliczności, za które wyłączną odpowiedzialność ponosi zamawiający. Tymczasem to nie wykonawca wybrany w ramach Postępowania odpowiadać powinien za zgodność przedmiotu dostaw pozyskiwanych w ramach innego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Obarczanie wykonawcy ryzykiem niezgodności tych materiałów i sprzętów z OPZ/Dokumentacją projektową, a w dalszej kolejności – wyłączenie możliwości zgłoszenia przez wykonawcę roszczenia o odpowiednie wydłużenie terminu na wykonanie zamówienia

lub zwiększenia kosztów jest przejawem jaskrawego naruszenia wskazanego przepisu, jak również, po raz kolejny potwierdza, iż Zamawiający stara się nadużyć swojej pozycji dominującej.

Odwołujący wniósł o nadanie zakwestionowanemu zapisowi następującej treści:

„1. W zakresie opisanych w Umowie obowiązków i praw Zamawiający ~~Wykonawca~~ będzie realizował wobec Dostawców wszystkie czynności związane z koordynacją Dostaw w ramach Inwestycji. ~~Wykonawca~~ będzie doradcą technicznym dla Zamawiającego na etapie postępowań o udzielenie zamówień, w następstwie których zawarte zostaną Umowy Dostawy.

2. W szczególności w zakres zobowiązania Zamawiającego ~~Wykonawcy~~ wchodzi dokonanie weryfikacji czy będące przedmiotem Dostawy Materiały lub Urządzenia Dostawców odpowiadają warunkom przewidzianym w OPZ lub Dokumentacji Projektowej i jest możliwa ich zabudowa w ramach Robót. Weryfikacja taka nastąpi na etapie postępowań o udzielenie zamówień, w następstwie których zawarte zostaną Umowy Dostawy. ~~W przypadku stwierdzenia niezgodności Wykonawca przedstawi Zamawiającemu pisemną informację o stwierdzonej niezgodności wraz ze wskazaniem rozwiązań alternatywnych, tak w zakresie realizacji Robót jak i samych Materiałów lub Urządzeń Dostawców. W tym przypadku Zamawiający wyda Wykonawcy polecenie, o którym mowa w Artykule 19 Aktu Umowy [Polecenia Zamawiającego].~~

3. W przypadku gdy na etapie realizacji Dostaw, kiedy Zamawiający ~~Wykonawca~~ dokonał uprzednio weryfikacji w odniesieniu do takich Dostaw zgodnie z Artykułem 24.2. Aktu Umowy [Umowy Dostawy] powyżej, zostanie stwierdzone, że dane Materiały lub Urządzenia Dostawców nie spełniają wymogów OPZ lub Dokumentacji Projektowej, względnie niemożliwa jest ich zabudowa w ramach Inwestycji bez zmiany w ramach Robót, to ~~Wykonawca nie będzie~~ uprawniony do jakiegokolwiek przedłużenia Czasu na Ukończenie lub Kosztu, a wszelkie zmiany dokonane zostaną przez ~~Wykonawcę~~ na ~~jego wyłączny~~ koszt i ryzyko Zamawiającego.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie stwierdził, że jest świadom, iż jego oczekiwania w zakresie opisu przedmiotu zamówienia wykraczają poza typowe ramy umowy o roboty budowlane. Niemniej jednak potrzeby Zamawiającego, które legły u podstaw ogłoszenia postępowania, wiążą się z tym aby otrzymać w pełni funkcjonalny obiekt budowlany wraz zapewnieniem przez potencjalnego wykonawcę usług dodatkowych, za które, co oczywiste, Zamawiający jest gotów zapłacić — i w tym celu oczekuje od oferentów skalkulowania kosztu realizacji tych usług w ramach ofert (w cenie). Oczekiwania Odwołującego w zakresie zmiany opisu przedmiotu zamówienia wypaczają całkowicie cel,

dla którego Zamawiający przystąpi do procedowania postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Mogą wręcz prowadzić do sytuacji, w której Zamawiający zmuszony będzie rozważyć zaniechanie kontynuacji realizacji inwestycji. Zamawiający zauważył, że zagadnienie sprawowania nadzoru przez wykonawcę nad Dostawcami, jest kluczowe bowiem przeciwdziałać będzie ryzykom związanym z niezgodnością rozwiązań w ramach Dostaw z Robotami, które zrealizować ma wykonawca. Nie stanowi przy tym nieuzasadnionego oczekiwania ze strony Zamawiającego, bowiem Zamawiający przekazuje Wykonawcy instrumenty kontroli dostaw (zarówno na etapie postępowań zmierzających do udzielenia zamówień na poszczególne Dostawy, jak i w trakcie realizacji).

Izba uznała zarzut za nieuzasadniony.

Izba wskazuje, że zamawiający ma prawo opisać przedmiot zamówienia w sposób uwzględniający jego uzasadnione potrzeby. Zamawiający realizuje określone cele statutowe i ma najlepszą wiedzę w zakresie tego, w jaki sposób mogą one zostać osiągnięte. To zamawiający jako gospodarz postępowania określa zakres zarówno przedmiotowy, jak i podmiotowy, charakteryzujący cel jaki zamierza osiągnąć.

Zamawiający dokonując opisu przedmiotu zamówienia nie ma obowiązku zapewnienia możliwości realizacji przedmiotu zamówienia w sposób najdogodniejszy dla wykonawców. Prawie nigdy nie jest możliwe opisanie przedmiotu zamówienia, który w ten czy inny sposób nie utrudnia części wykonawcom złożenie oferty. A zatem nie można przyznać wykonawcom uprawnień do narzucania zamawiającym konkretnego określenia ich potrzeb oraz sposobu ich opisanie czy zapewnienia ich realizacji w specyfikacji warunków zamówienia.

W tym miejscu wskazać należy, że ograniczenie wolności ułożenia stosunku prawnego wedle uznania stron polega jedynie na tym, że jego treść lub cel nie może sprzeciwiać się właściwości zobowiązania, ustawie ani zasadom współżycia społecznego. Jak wskazuje się w orzecznictwie, z zasady swobody umów wynika przyzwolenie na faktyczną nierówność stron (wyrok SN z dnia 18 marca 2008 r., IV CSK 478/07).

Izba wskazuje, że zgodnie z art 353¹ K.c., strony zawierające umowę mogą ułożyć stosunek prawny według swojego uznania, byle jego treść lub cel nie sprzeciwiały się właściwości (naturze) stosunku, ustawie albo zasadom współżycia społecznego. Przepisy ustawy P.z.p. modyfikują zasadę równości stron stosunku zobowiązaniowego i stanowią specyficzne ograniczenie zasady swobody umów. Nierówność stron umowy w sprawie zamówienia publicznego wynika *expressis verbis* z przepisów ustawy P.z.p. W umowie w sprawie zamówienia publicznego zamawiający może formułować postanowienia wyłącznie korzystne dla niego. W orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej ugruntowany jest pogląd,

że zamawiający działa w interesie publicznym i ryzyko niepowodzenia zamierzonego w danym postępowaniu celu prowadzi częstokroć do niezaspokojenia uzasadnionych potrzeb szerszej zbiorowości. Zatem ryzyko zamawiającego przewyższa normalne ryzyko związane z prowadzeniem działalności gospodarczej, które występuje, gdy umowę zawierają dwaj przedsiębiorcy.

Podkreślić należy, że umowy zawierane w wyniku przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego są uznawane za *sui generis* umowy adhezyjne (tak np. Sąd Okręgowy w Warszawie w wyroku z dnia 16 lipca 2016 roku sygn. akt: XXIII Ga 924/14 oraz Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 18 lutego 2016 roku sygn. akt II CSK 197/15).. Jak wskazał Sąd Okręgowy we Wrocławiu w wyroku z 14 kwietnia 2008 r., X Ga 67/08 *Na gruncie prawa zamówień publicznych mamy niewątpliwie do czynienia ze swoistego rodzaju ograniczeniem zasady wolności umów (art. 353¹ k.c.), które znajduje odzwierciedlenie w treści zawieranej umowy. Zgodnie z charakterem zobowiązania publicznego Zamawiający może starać się przenieść odpowiedzialność na wykonawców. W ramach swobody umów Zamawiający może narzucić pewne postanowienia we wzorze umowy, a Wykonawca może nie złożyć oferty na takich warunkach. Natomiast składając ofertę musi wziąć pod uwagę rozszerzony zakres ryzyk i odpowiednio zabezpieczyć swoje interesy, kalkulując cenę ofertową. Należy jednak podkreślić, iż błędem jest utożsamianie przez Skarżącego podziału ryzyk z naruszeniem zasady równości stron stosunku zobowiązaniowego. Niezależnie od tego jak dużo ryzyka zostanie w umowie przypisane wykonawcy to on dokonuje jego wyceny i ujmuje dodatkowy koszt tych ryzyk w cenie oferty. Składając ofertę zabezpiecza zatem swoje interesy kalkulując cenę ofertową. Zamawiający zaś po wyborze najkorzystniejszej oferty musi zawrzeć umowę na warunkach przedstawionych we wzorze umowy i zapłacić wskazaną przez Wykonawcę cenę. Umowy zawierane w trybie udzielenia zamówienia publicznego zbliżone są w swym charakterze do kategorii umów przystąpienia (umów adhezyjnych). Dominująca pozycja Zamawiającego wynika nie, jak w przypadku umów adhezyjnych z przewagi ekonomicznej jednego z kontrahentów, a z faktu, iż jest stroną reprezentującą interes publiczny. Dla umów adhezyjnych charakterystyczne jest, iż najważniejsze ich warunki określa jeden z kontrahentów posługując się najczęściej ogólnymi warunkami umów. Podobnie w przypadku umów zawieranych w trybie udzielenia zamówienia publicznego - w specyfikacji istotnych warunków zamówienia należy zawrzeć wszystkie istotne warunki przyszłej umowy. Zamawiający może wręcz załączyć do specyfikacji wzór (projekt) przyszłej umowy lub ogólne warunki umowy, jeżeli zamierza na takich warunkach zawrzeć umowę. W takim przypadku złożenie oferty jest równoznaczne ze zgodą kontrahenta na zawarcie umowy według wzorca umownego (art. 384 § 1 k.c.). Zasada równości, na którą powołuje się Skarżący nabiera na gruncie prawa zamówień publicznych*

zupełnie innego znaczenia. W myśl art. 7 PZP Zamawiający obowiązany jest do traktowania na równych prawach wszystkich podmiotów ubiegających się o zamówienia publiczne i do prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia w sposób gwarantujący zachowanie uczciwej konkurencji. Powołany przez Skarżącego art. 7 PZP stanowić ma w założeniu swoistego rodzaju barierę przed nadużyciami ze strony Zamawiającego i wyraża dwie podstawowe zasady prawa zamówień publicznych - zasadę równości oraz zasadę uczciwej konkurencji. Zdecydowanym celem powyższych regulacji jest wyeliminowanie z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jakichkolwiek elementów, które miałyby charakter dyskryminacyjny. Także w samym postępowaniu zmierzającym do wyłonienia wykonawcy musi być przestrzegana zasada niedyskryminacji. Można uznać, że postępowanie ma charakter dyskryminacyjny wówczas, gdy prowadzi do wyłączenia określonej kategorii potencjalnych wykonawców bez uzasadnionej przyczyny. Nie sposób przyjąć, że ustalenie istotnych warunków zamówienia następuje w sposób dowolny w drodze jednostronnej czynności Zamawiającego. Jednakże zgodnie z art. 36 ust. 1 pkt 16 PZP, specyfikacja istotnych warunków zamówienia zawiera istotne dla zamawiającego postanowienia, które zostaną wprowadzone do treści zawieranej umowy. Zastosowane przez Zamawiającego kryteria spełniają warunek niedyskryminacji, jeżeli są istotne z punktu widzenia rzeczywistych potrzeb zamawiającego. Zamówienia publicznego udziela się bowiem w ściśle określonym celu, dla zaspokojenia z góry oznaczonych potrzeb publicznych. Należy więc stwierdzić, że kształtowanie poszczególnych warunków kontraktu nie jest działaniem dowolnym, a ich treść musi mieć zawsze swoje uzasadnienie w istniejących potrzebach jednostki zamawiającej.

Dot. zarzutu 5g:

Zgodnie z art. 26.5 projektu umowy:

„5. W celu zrealizowania Zadania Inwestycyjnego Wykonawca z należyłą starannością i pilnością zrealizuje i ukończy Roboty zgodnie z Umową oraz usunie wszelkie Wady w robotach.

Wykonawca, w szczególności:

5.1. sprawdzi poprawność Projektu Budowlanego, Projektów Wykonawczych, pozostałej Dokumentacji Projektowej i Pozwolenia na Budowę oraz innych dokumentów przedłożonych przez Zamawiającego, 5.2. w uzgodnieniu z Inwestorem Zastępczym i Zamawiającym dokona w Projekcie Budowlanym oraz Projektach Wykonawczych ewentualnych niezbędnych aktualizacji i modyfikacji, uzyska decyzję o zmianie Pozwolenia na Budowę lub wykona zamienny Projekt Budowlany i uzyska nowe pozwolenia na budowę wraz z innymi

decyzjami administracyjnymi, o ile będzie to konieczne dla należytej realizacji Robót i będzie to uzasadnione z punktu widzenia technicznego oraz celu Umowy,

5.3. weźmie odpowiedzialność za tak sprawdzony, zaktualizowany lub uzyskany jako zamienny projekt budowlany oraz projekty wykonawcze, jak również za każdy inny dokument wymagany przez Zamawiającego zgodnie z Prawem i Umową.”

Odwołujący podkreślił, że przedmiotem zamówienia jest wyłącznie budowa budynku szpitala, co oznacza, że zadanie to jest realizowane w formule „buduj”. Jeśli zatem inwestycja realizowana jest w formule „buduj”, to za pełną dokumentację będącą podstawą do wykonania przedmiotu umowy odpowiada zamawiający.

Odwołujący zauważył, że w treści przedmiotowego Aktu Umowy Zamawiający wprost wskazuje w definicjach (str. 13 Aktu Umowy), iż Zamawiający uzyska i przedłoży wykonawcy pozwolenie na budowę czy projekt budowlany. Wobec tego, obowiązek sporządzenia/uzyskania pozwolenia na budowę i projektu budowlanego leży po stronie Zamawiającego. Nie można przyjąć, że skoro koniecznym okaże się wykonanie zamiennego projektu budowlanego i uzyskanie nowego pozwolenia na budowę to obowiązek ten (co ważne - ze wszystkimi tego konsekwencjami) w takim przypadku przechodzi na wykonawcę. Nie znajduje to w ocenie Odwołującego jakiegokolwiek uzasadnienia. Zamawiający odpowiedzialny jest za przygotowanie i uzyskanie wszelkiej dokumentacji umożliwiającej wykonawcy wykonanie przedmiotu zamówienia, przy czym wykonawca ma prawo oczekiwać, że dokumentacja ta jest kompletna i spełniająca wszelkie wymagania.

Odwołujący stwierdził, że ma świadomość, że na etapie realizacji inwestycji może okazać się niezbędne opracowanie dokumentacji zamiennej. Nie zgadza się jednak z tym, że konsekwencje tego mają obciążać właśnie wykonawcę. Wiąże się to bowiem z przerzuceniem na wykonawcę odpowiedzialności za ewentualne błędy i wadliwości posiadanej przez Zamawiającego dokumentacji projektowej. Tymczasem na obecnym etapie (tj. przed rozpoczęciem realizacji zadania) tak dogłębna weryfikacja tej dokumentacji nie jest obiektywnie możliwa (ewentualne wadliwości mogą być zidentyfikowane dopiero na etapie realizacyjnym). Tym samym, niezasadnym jest rozszerzenia zakresu przedmiotu zamówienia i przerzucaniu na wykonawcę konsekwencji uzyskania zamiennego projektu budowlanego i w dalszej kolejności nowego pozwolenia na budowę, w sytuacji gdy obowiązek leży po stronie Zamawiającego i jasno wynika z postanowień umowy.

Odwołujący wniósł o nadanie art. 26.5 wzoru umowy następującej treści:

„Wykonawca, w szczególności:

5.1. Wykonawca poinformuje Inwestora Zastępczego jeżeli dostarczona przez Zamawiającego Dokumentacja Projektowa nie nadaje się do prawidłowego wykonania Robót. ~~Projektu Budowlanego, Projektów Wykonawczych, pozostałej Dokumentacji Projektowej i Pozwolenia na Budowę oraz innych dokumentów przedłożonych przez Zamawiającego,~~

5.2. w uzgodnieniu z Inwestorem Zastępczy i Zamawiającym dokona w Projekcie Budowlanym oraz Projektach Wykonawczych ewentualnych niezbędnych aktualizacji i modyfikacji, Zamawiający uzyska decyzję o zmianie Pozwolenia na Budowę lub wykona zamienny Projekt Budowlany i uzyska nowe pozwolenia na budowę wraz z innymi decyzjami administracyjnymi, o ile będzie to konieczne dla należytej realizacji Robót i będzie to uzasadnione z punktu widzenia technicznego oraz celu Umowy,

~~5.3 Zamawiający weźmie odpowiedzialność za tak sprawdzony, zaktualizowany lub uzyskany jako zamienny projekt budowlany oraz projekty wykonawcze jak również za każdy inny dokument wymagany przez Zamawiającego zgodnie z Prawem i Umową.”~~

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie podniósł te same okoliczności jak w przypadku zarzutu 5e odwołania. Dodatkowo zauważył, że kwestia wprowadzenia do Umowy opcji „przeprojektuj”, tj. dokonania przez wykonawcę przeglądu dokumentacji projektowej oraz ewentualnego wprowadzenia do nich zmian nie jest rozwiązaniem niespotykanym w obrocie gospodarczym, a wręcz typowym dla inwestycji budowlanych realizowanych w formule EPC-pod klucz.

Izba uznała zarzut za nieuzasadniony.

Izba w pełni podtrzymuje argumentację wskazaną powyżej, dotyczącą uzasadnienia oddalenia zarzutu określonego w pkt. 5e odwołania.

Dot. zarzutu 5h:

Zgodnie z art. 27.3 wzoru umowy

„Zamawiający zwróci Wykonawcy Zabezpieczenie w sposób następujący:

3.1. część kwoty Zabezpieczenia, w wysokości 35% (trzydzieści pięć procent) kwoty Zabezpieczenia, zostanie zwolniona przez Zamawiającego w terminie 14 Dni od dnia sporządzeniu Protokołu Odbioru Końcowego,

3.2. część kwoty Zabezpieczenia, w wysokości 35 % (trzydzieści pięć procent) kwoty Zabezpieczenia, zostanie zwolniona przez Zamawiającego w terminie 14 Dni od dnia sporządzeniu Protokołu przekazania Obiektu do eksploatacji według Artykułu 88 Aktu umowy [Przekazanie Robót do eksploatacji – Przejęcie Robót przez Zamawiającego];

3.3. pozostała część kwoty Zabezpieczenia, pozostawiona na zabezpieczenie roszczeń Zamawiającego z tytułu rękojmi lub Gwarancji Jakości, w wysokości 30 % (trzydzieści procent) kwoty Zabezpieczenia, zostanie zwolniona nie później niż w 15 (piętnastym) dniu po dniu, w którym upływa Okres Zgłaszania Wad.

Na potrzeby ustanowienia Zabezpieczenia Strony przyjmują jako planowaną datę upływu Okresu Zgłaszania Wad dzień [●] r., przy czym wskazana data ma wyłącznie charakter pomocniczy na potrzeby ustanowienia Zabezpieczenia i nie może być traktowana przez Strony jako wiążący termin wykonania Umowy.”

Odwołujący wskazał, że zgodnie z art. 453 ustawy P.z.p. zamawiający zwraca zabezpieczenie w terminie 30 dni od dnia wykonania zamówienia i uznania przez zamawiającego za należyte wykonane. Przepisy ustawy P.z.p. umożliwiają zamawiającemu pozostawienie na zabezpieczenie roszczeń z tytułu rękojmi za wady lub gwarancji kwoty nie przekraczającej 30% zabezpieczenia. W praktyce realizacji umów w sprawie zamówienia publicznego oznacza to, że po uznaniu przez zamawiającego, że zamówienie zostało zrealizowane należyte, zamawiający zwraca 70% zabezpieczenia, a pozostałą kwotę pozostawia na zabezpieczenie roszczeń na okres rękojmi za wady. W ocenie Odwołującego całkowicie niezasadne i sprzeczne z art. 453 ustawy P.z.p. pozostaje rozdzielenie zwracanej części zabezpieczenia należytego wykonania na dwa odrębne zdarzenia, w szczególności poprzez wprowadzenie warunku zwrotu 35% wartości zabezpieczenia należytego wykonania umowy po sporządzeniu protokołu przekazania obiektu do eksploatacji, który nie wiąże się już z oceną prawidłowości wykonania inwestycji budowlanego. W związku z funkcją, jaką pełni zabezpieczenie należytego wykonania umowy, zamawiający ma obowiązek dokonać jego zwrotu w terminie 30 dni od dnia wykonania zamówienia i uznania przez zamawiającego za należyte wykonane .

W ocenie odwołującego za zupełnie nieuzasadnioną uznać należy sytuację, w której zwrot tak istotnej części zabezpieczenia należytego wykonania umowy nastąpić ma dopiero po przekazaniu obiektu do eksploatacji, gdyż zdarzenie to uzależnione jest od okoliczności niezależnych od wykonawcy (realizacja dostaw niewchodzących w zakres przedmiotowy Postępowania).

Odwołujący wniósł o zmianę art. 27.3 wzoru umowy poprzez nadanie mu następującej treści:

„3. Zamawiający zwróci Wykonawcy Zabezpieczenie w sposób następujący:

3.1 część kwoty Zabezpieczenia, w wysokości 70% ~~35%~~ (trzydzieści pięć siedemdziesiąt procent) kwoty Zabezpieczenia, zostanie zwolniona przez Zamawiającego w terminie 14 Dni od dnia sporządzeniu Protokołu Odbioru Końcowego,

~~3.2. część kwoty Zabezpieczenia, w wysokości 35 % (trzydzieści pięć procent) kwoty Zabezpieczenia, zostanie zwolniona przez Zamawiającego w terminie 14 Dni od dnia sporządzeniu Protokołu przekazania Obiektu do eksploatacji według Artykułu 88 Aktu umowy [Przekazanie Robót do eksploatacji – Przejęcie Robót przez Zamawiającego]~~”

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie oświadczył, że uwzględnia powyższy zarzut i zobowiązuje się do zmiany treści art. 27.3 wzoru umowy w sposób następujący:

Zamawiający zwróci Wykonawcy Zabezpieczenie w sposób następujący:

„3.1. część kwoty Zabezpieczenia, w wysokości 70% (siedemdziesiąt procent) kwoty Zabezpieczenia, zostanie zwolniona przez Zamawiającego w terminie 14 Dni od dnia sporządzeniu Protokołu Odbioru Końcowego;

3.2. pozostała część kwoty Zabezpieczenia, pozostawiona na zabezpieczenie roszczeń Zamawiającego z tytułu rękojmi lub Gwarancji Jakości, w wysokości 30% (trzydzieści procent) kwoty Zabezpieczenia, zostanie zwolniona nie później niż w 15 (piętnastym) dniu po dniu, w którym upływa Okres Zgłaszania Wad.

Na potrzeby ustanowienia Zabezpieczenia Strony przyjmują jako planowaną datę upływu Okresu Zgłaszania Wad dzień [•] r., przy czym wskazana data ma wyłącznie charakter pomocniczy na potrzeby ustanowienia Zabezpieczenia i nie może być traktowana przez Strony jako wiążący termin wykonania Umowy.”

Odwołujący na rozprawie przed Krajową Izbą Odwoławczą oświadczył, że podtrzymuje wskazany wyżej zarzut.

Izba uznała zarzut za nieuzasadniony.

Izba wskazuje, że zgodnie z art. 453 ust. 1 ustawy P.z.p., zamawiający zwraca zabezpieczenie w terminie 30 dni od dnia wykonania zamówienia i uznania przez zamawiającego za należyte wykonane. W myśl ust. 2, zamawiający może pozostawić na zabezpieczenie roszczeń z tytułu rękojmi za wady lub gwarancji kwotę nieprzekraczającą 30% zabezpieczenia. Stosownie do ust. 3, kwota, o której mowa w ust. 2, jest zwracana nie później niż w 15. dniu po upływie okresu rękojmi za wady lub gwarancji.

Izba wskazuje, że modyfikacja treści art. 27.3 umowy, do jakiej zobowiązał się zamawiający w związku z uwzględnieniem odwołania, nie jest sprzeczna z dyspozycją art.

453 ust. 1 – 3 ustawy P.z.p. W zakresie ustalenia, co należy rozumieć przez „sporządzenie Protokołu Końcowego”

Dot. zarzutu 5i:

Zgodnie z art. 29 ust. 12 i 13 wzoru umowy:

„12. Wraz z Raportami Okresowymi Wykonawca będzie przekazywał pisemne oświadczenia, że Wykonawca terminowo uiszcza wszelkie wymagalne należności na rzecz Podwykonawców Robót Budowlanych wynikające z umów pomiędzy Podwykonawcami Robót Budowlanych i Wykonawcą, oraz wskazujące następujące okoliczności:

12.1. nazwy i dane adresowe Podwykonawców Robót Budowlanych wykonujących w imieniu Wykonawcy Roboty w danym okresie raportowania;

12.2. przybliżoną wartość Robót wykonanych w danym okresie raportowania przez poszczególnych Podwykonawców Robót Budowlanych;

12.3. płatności uiszczone na rzecz każdego z Podwykonawców Robót Budowlanych przez Wykonawcę w danym okresie raportowania oraz całkowitą sumę płatności dokonanych na rzecz każdego z Podwykonawców Robót Budowlanych w toku realizacji Umowy.

Wraz z wyżej wymienionym oświadczeniem Wykonawca będzie przekazywał dowody dokonania zapłaty wynagrodzenia Podwykonawcom jak również pisemne oświadczenia Podwykonawców Robót Budowlanych, z których będzie wynikać, że wszystkie należności takich Podwykonawców Robót Budowlanych wynikające z ich umów z Wykonawcą wymagalne w danym okresie raportowania zostały uiszczone przez Wykonawcę.

Powyższe zobowiązania Wykonawcy znajdują wprost zastosowanie do dalszych Podwykonawców Robót Budowlanych.

13. Wykonawca wraz z Raportami Okresowymi dostarczy ponadto oświadczenia Podwykonawców Robót Budowlanych, będących dalszymi podwykonawcami Wykonawcy, a którzy nie są w sposób bezpośredni stronami umów z Wykonawcą, z których to oświadczeń będzie wynikać, że wszystkie należności takich Podwykonawców Robót Budowlanych wynikające z ich umów o charakterze podwykonawczym wymagalne w danym okresie raportowania zostały na ich rzecz uiszczone.”

Odwołujący wskazał, że ustawodawca wprost wskazał, iż warunkiem zapłaty wynagrodzenia przez zamawiającego jest przedstawienie dowodów zapłaty wymagalnego wynagrodzenia podwykonawcom i dalszym podwykonawcom. W ocenie Odwołującego już więc ustawowy mechanizm weryfikacji wywiązywania się przez wykonawcę z obowiązku wypłaty wynagrodzenia podwykonawcom powinien być z punktu widzenia Zamawiającego

całkowicie wystarczający. Ustawodawca wprost nakłada na wykonawcę obowiązek przedstawienia dowodów zapłaty wynagrodzenia należnego podwykonawcom. Postawienie więc przez Zamawiającego obowiązku przedstawienia zarówno dowodów jak i oświadczeń każdego z podwykonawcom jest w ocenie Odwołującego wymaganiem ponad potrzeby Zamawiającego. Odwołujący zauważył, iż z praktycznego punktu widzenia, żądanie złożenia zarówno dowodów dokonania zapłaty jak i indywidualnych oświadczeń podwykonawców będzie czynnością *de facto* wydłużającą proces potwierdzenia dokonania należnej zapłaty podwykonawcom (i wbrew celowi regulacji z art. 447 ustawy P.z.p. będzie prowadzić do zatorów płatniczych). Każdorazowa konieczność uzyskiwania dodatkowych oświadczeń od podwykonawców i dalszych podwykonawców o dokonaniu płatności jest z perspektywy realizacji inwestycji (oraz tego, iż wykonawca w świetle przepisów ustawy P.z.p. i tak musi przedstawić dowód np. w postaci faktury lub wyciągu bankowego) czynnością wydłużającą, bowiem wykonawca nie będzie miał wpływu na terminowość podwykonawców w doręczeniu mu takiego oświadczenia.

Odwołujący wniósł o zmianę art. 29.12 w związku z art. 29.13 wzoru umowy poprzez nadanie mu następującej treści:

„12. Wykonawca będzie przekazywał dowody dokonania zapłaty wynagrodzenia Podwykonawcom lub pisemne oświadczenia Podwykonawców Robót Budowlanych, z których będzie wynikać, że wszystkie należności takich Podwykonawców Robót Budowlanych wynikające z ich umów z Wykonawcą wymagalne w danym okresie raportowania zostały uiszczone przez Wykonawcę. Powyższe zobowiązania Wykonawcy znajdują wprost zastosowanie do dalszych Podwykonawców Robót Budowlanych.

13. Wykonawca wraz z Raportami Okresowymi dostarczy dowody potwierdzające, że wszystkie należności takich Podwykonawców Robót Budowlanych, będących dalszymi podwykonawcami Wykonawcy, a którzy nie są w sposób bezpośredni stronami umów z Wykonawcą wynikające z ich umów o charakterze podwykonawczym wymagalne w danym okresie raportowania zostały na ich rzecz uiszczone.”

Zamawiający stwierdził, że wprowadzone w umowie rozwiązanie z artykułu 29, zgodnie z którym wykonawca powinien przedkładać oświadczenia podwykonawców o uzyskaniu wynagrodzenia z tytułu podwykonawstwa, stanowi przejaw dotychczasowych doświadczeń Zamawiającego, gdzie zdarzały się sytuacje, w których podwykonawcy artykułowali wobec Zamawiającego oczekiwania zapłaty, pomimo wcześniejszego przekazania przez wykonawcę „dowodów potwierdzających zapłatę”. Ma ono zagwarantować, że podwykonawcy uzyskają należne im wynagrodzenie i nie będą mogli następczo (po złożeniu takiego oświadczenia) artykułować roszczeń względem

Zamawiającego (z uwagi na nadużycie ich prawa w rozumieniu K.c.). Zamawiający zauważył, że ustawa P.z.p. nie tworzy zamkniętego katalogu „dowodów potwierdzających zapłatę”, a przyjęte rozwiązanie, z oczywistych względów, stanowi takowy dowód i nie wiąże się ze szczególną trudnością ich uzyskania przez wykonawcę.

Izba uznała zarzut za nieuzasadniony.

Izba wskazuje, że zgodnie z art. 447 ust. 1 pkt 1 ustawy P.z.p., w przypadku zamówień na roboty budowlane, których termin wykonywania jest dłuższy niż 12 miesięcy, jeżeli umowa przewiduje zapłatę wynagrodzenia należnego wykonawcy w częściach, warunkiem zapłaty, przez zamawiającego, drugiej i następnych części należnego wynagrodzenia za odebrane roboty budowlane jest przedstawienie dowodów zapłaty wymagalnego wynagrodzenia podwykonawcom i dalszym podwykonawcom, o których mowa w art. 464 ust. 1, biorącym udział w realizacji odebranych robót budowlanych.

Izba wskazuje na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia z 8 sierpnia 2014 r., sygn. akt KIO 1506/14, którego wnioski w pełni podziela i uznaje za swoje, a z którego wynika, że ustawodawca nie wskazał, co ma być owymi dowodami, ani nie zdefiniował pojęcia dowodu, jednak można przyjąć, że chodzi o taki „środek służący do wykazania prawdziwości okoliczności ważnych do rozstrzygnięcia sprawy (definicja słowa „dowód” zawarta w internetowym słowniku języka polskiego PWN), dzięki któremu zamawiający będzie miał poczucie, że wykonawca „udowodnił” mu zaistnienie danych okoliczności. Połączenie wydruku przelewu z oświadczeniem wykonawcy jest najbardziej popularnym i chyba najlepszym środkiem do osiągnięcia tego celu. Nie jest też powiedziane, że 1 dokument to 1 dowód, dowód w tym zakresie może bowiem się składać z całego ciągu dokumentów. Zdaniem Izby zamawiający postąpił poprawnie wskazując wykonawcy od razu w umowie, jakie dokumenty ma on przygotować wraz z fakturą. Jest to dla wykonawcy bardziej korzystne, niż gdyby dopiero po przedstawieniu mu faktury zamawiający zaczął wskazywać, że danego dokumentu nie uznaje za wystarczający dowód”. A zatem dowodami zapłaty powinny być wszelkie dokumenty, z których wynika potwierdzenie zrealizowania obowiązku dotyczącego zapłaty wymagalnego wynagrodzenia za wykonaną część robót podwykonawcom i dalszym podwykonawcom

Dot. zarzutu 5j

Zgodnie z art. 88.1.3 „Roboty będą przejęte przez Zamawiającego, kiedy zakończone i odebrane przez Zamawiającego zostaną wszystkie Dostawy, o których mowa w artykule 24 Aktu Umowy” (dostawy te są przedmiotem odrębnego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego).

W ocenie odwołującego, powyższe postanowienie po raz kolejny stanowi nieuzasadnione ryzyko wykonawcy w zakresie skuteczności dokonania odbioru przedmiotu zamówienia, jakim są – siłą rzeczy – roboty budowlane. Zamawiający stara się bowiem uzależnić odbiór przedmiotu zamówienia od zakończenia i odebrania dostaw, które realizowane będą przez podmiot inny niż wykonawca. Zamawiający nie może więc uzależniać odbioru przedmiotu zamówienia wynikającego z tego Postępowania od dnia zakończenia dostaw, bowiem są to dwa odrębne zadania, a obowiązki w postaci terminowego dostarczenia przedmiotu dostaw przez podmiot trzeci nie mogą być przerzucane na wykonawcę realizującego roboty budowlane.

Odwołujący podniósł, że określenie takiego powiązania jest sprzeczne z przepisami kodeksu cywilnego. Zgodnie z art. 647 Kodeksu cywilnego przez umowę o roboty budowlane wykonawca zobowiązuje się do oddania przewidzianego w umowie obiektu, wykonanego zgodnie z projektem i z zasadami wiedzy technicznej, a inwestor zobowiązuje się do dokonania wymaganych przez właściwe przepisy czynności związanych z przygotowaniem robót, w szczególności do przekazania terenu budowy i dostarczenia projektu, oraz do odebrania obiektu i zapłaty umówionego wynagrodzenia. Na tle wskazanego przepisu zamawiający ma więc obowiązek odbioru robót.

Wobec powyższego, odwołujący wniósł o nadanie art. 88.1.3. następującej treści:

1. Roboty będą Przejęte przez Zamawiającego, kiedy:

1.1. Roboty zostaną ukończone zgodnie z Umową, włącznie ze sprawami opisanymi w Artykule 78 Aktu Umowy [Czas na Ukończenie] i z wyjątkiem tego, co zostało dozwolone w Artykule 88.3.1. Aktu Umowy [Przejęcie Robót przez Zamawiającego] poniżej, oraz

1.2. Inwestor Zastępczy oraz Wykonawca, przy udziale Zamawiającego, sporządzą Protokół Odbioru Końcowego lub będzie się uważało, że zostało wystawione zgodnie z niniejszym Artykułem.

~~1.3. zakończone i odebrane przez Zamawiającego zostaną wszystkie Dostawy, o których mowa w Artykule 24 Aktu Umowy.~~

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie podniósł te same okoliczności jak w przypadku zarzutu 5e odwołania.

Izba uznała zarzut za nieuzasadniony.

Izba w pełni podtrzymuje argumentację wskazaną powyżej, odnoszącą się do uzasadnienia oddalenia zarzutu określonego w pkt. 5e odwołania.

Dot. zarzutu 5k:

Zgodnie z art. 88 ust. 3 pkt 3.2 wzoru umowy

3. Inwestor Zastępczy, w porozumieniu z Koordynatorem Zamawiającego, w ciągu 3 Dni Roboczych po otrzymaniu wniosku Wykonawcy:

3.2. odrzuci wniosek, podając powody i wyszczególniając pracę wymaganą do zrobienia przez Wykonawcę, aby umożliwić przystąpienie do sporządzenia Protokołu Odbioru Końcowego; w takim przypadku Wykonawca ukończy te pracę przed wystawieniem ponownego powiadomienia według niniejszego Artykułu 88 Aktu Umowy [Przekazanie Robót do eksploatacji - Przejęcie Robót przez Zamawiającego].

Zgodnie z art. 89 ust. 2 pkt 2.2 wzoru umowy:

2. Inwestor Zastępczy w ciągu 3 Dni Roboczych po otrzymaniu wniosku Wykonawcy:

2.2. odrzuci wniosek, podając powody i wyszczególniając pracę wymaganą do zrobienia przez Wykonawcę, aby umożliwić przystąpienie do sporządzenia Protokołu Zakończenia Robót; w takim przypadku Wykonawca ukończy te pracę przed wystawieniem ponownego powiadomienia według niniejszego Artykułu 89 Aktu Umowy [Protokół Zakończenia Robót].

Zgodnie z Załącznikiem nr 4, pkt 3.2.3 ppkt 3.2.3.9 [Procedury odbiorowe]

3.2.3.9. Jeżeli w toku czynności odbiorowych zostaną stwierdzone wady to Inwestorowi Zastępczemu (Inspektorowi Nadzoru) i Zamawiającemu przysługuje prawo odmowy odbioru robót do czasu usunięcia wad.

Odwołujący podniósł, że w żadnym z powyższych postanowień Zamawiający nie precyzuje, iż podstawą odmowy odbioru robót będą wyłącznie wady istotne. Tym samym, postanowienia te zakładają, iż Zamawiający dokona odbioru robót dopiero wówczas, gdy roboty będą wolne od wad. Brak wyraźnego i szczegółowego rozróżnienia tych wad prowadzi do sytuacji, w której Zamawiający będzie upoważniony do odmowy odbioru robót również w przypadku wystąpienia wad nieistotnych. W ocenie odwołującego postanowienia w aktualnym brzmieniu pozostają niezgodne z przepisami Kodeksu cywilnego oraz zasadami realizacji robót budowlanych.

Odwołujący wniósł o zmianę art. 88.3.2 wzoru umowy poprzez nadanie mu następującej treści:

„3.2. odrzuci wniosek, podając powody i wyszczególniając pracę wymaganą do zrobienia przez Wykonawcę, aby umożliwić przystąpienie do sporządzenia Protokołu Odbioru Końcowego, z zastrzeżeniem, że podstawą odrzucenia wniosku o sporządzenia Protokołu Odbioru Końcowego może stanowić tylko i wyłącznie wystąpienie wad istotnych Robót; w takim przypadku Wykonawca ukończy te pracę przed wystawieniem ponownego

powiadomienia według niniejszego Artykułu 88 Aktu Umowy [Przekazanie Robót do eksploatacji - Przejęcie Robót przez Zamawiającego].”;

Odwołujący wniósł o zmianę art. 89.2.2 wzoru umowy poprzez nadanie mu następującej treści:

„2.2. odrzuci wniosek, podając powody i wyszczególniając pracę wymaganą do zrobienia przez Wykonawcę, aby umożliwić przystąpienie do sporządzenia Protokołu Zakończenia Robót, z zastrzeżeniem, że podstawę odrzucenia wniosku o sporządzenia Protokołu Zakończenia Robót może stanowić tylko i wyłącznie wystąpienie wad istotnych Robót; w takim przypadku Wykonawca ukończy te pracę przed wystawieniem ponownego powiadomienia według niniejszego Artykułu 89 Aktu Umowy [Protokół Zakończenia Robót].”

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie zauważył, że zarzut Odwołującego w zakresie braku wskazania powodów, kiedy możliwe jest odrzucenie przez Zamawiającego wniosku o dokonanie odbioru końcowego i podpisanie protokołu zakończenia robót, jak również wskazaniu, że Zamawiający ma prawo do odmowy odbioru częściowego do czasu usunięcia wszelkich wad i niedoróbek, także nieistotnych, abstrahuje od oczywistej w Kodeksie cywilnym zasady, iż odmowa odbioru może nastąpić wyłącznie w przypadku zaistnienia wad istotnych w rozumieniu K.c. W ich braku i nieuzasadnionej odmowie odbioru przez Zamawiającego przyjmuje się wręcz tzw. „fikcję odbioru jednostronnego”, który skutkuje obliżem Zamawiającego dla dokonania zapłaty wynagrodzenia wykonawcy.

Izba uznała zarzut za nieuzasadniony.

Izba wskazuje, że zgodnie z art. 447 Kodeksu cywilnego przez umowę o roboty budowlane wykonawca zobowiązuje się do oddania przewidzianego w umowie obiektu, wykonanego zgodnie z projektem i z zasadami wiedzy technicznej, a inwestor zobowiązuje się do dokonania wymaganych przez właściwe przepisy czynności związanych z przygotowaniem robót, w szczególności do przekazania terenu budowy i dostarczenia projektu, oraz do odebrania obiektu i zapłaty umówionego wynagrodzenia.

W szczególności Izba wskazuje, że z zakwestionowanych przez odwołującego zapisów umownych w żaden sposób nie wynika, że zamawiający będzie uprawniony do odmowy odbioru przedmiotu umowy w sytuacji stwierdzenia jakichkolwiek wad, w tym również wad nieistotnych. Wobec braku takich postanowień zastosowanie będą miały odpowiednie przepisy Kodeksu cywilnego.

W orzecznictwie sądów powszechnych i Sądu Najwyższego ugruntowany jest pogląd, że odbiór robót budowlanych nie jest uzależniony od tego, czy są one całkowicie wolne od wad. Z wyroku Sądu Apelacyjnego w Katowicach z dnia 22 września 2016 r., V ACa 1009/15

wynika, że w sytuacji gdy wykonawca zgłosił zakończenie robót budowlanych wykonanych zgodnie z projektem i zasadami wiedzy technicznej zamawiający jest zobowiązany do ich odbioru (art. 647 k.c.). W protokole z tej czynności stanowiącym pokwitowanie spełnienia świadczenia i podstawę dokonania rozliczeń stron, niezbędne jest zawarcie ustaleń co do jakości wykonanych robót, w tym ewentualny wykaz wszystkich ujawnionych wad z terminami ich usunięcia lub oświadczeniem inwestora o wyborze innego uprawnienia przysługującego mu z tytułu odpowiedzialności wykonawcy za wady ujawnione przy odbiorze.

Odmowa odbioru będzie uzasadniona jedynie w przypadku, gdy przedmiot zamówienia będzie mógł być kwalifikowany jako wykonany niezgodnie z projektem i zasadami wiedzy technicznej lub wady będą na tyle istotne, że obiekt nie będzie się nadawał do użytkowania (wyrok Sądu Najwyższego z 7 marca 2013 r., II CSK 476/12).

A zatem zamawiający nie będzie uprawniony do odbioru robót, jeżeli przy czynności odbioru zostaną stwierdzone wady nieistotne. W ocenie Izby brak jest podstaw do nakazywania zamawiającemu dokonywania zmian w treści wzoru umowy zgodnie z żądaniem odwołującego.

Z uwagi na powyższe orzeczono jak na wstępie.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 575 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania oraz na podstawie § 8 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437).

Przewodniczący: