

**Sygn. akt: KIO 922/22
KIO 924/22**

WYROK

z 9 maja 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący: Ernest Klauziński
Joanna Gawdzik – Zawalska
Irmina Pawlik**

Protokolant: Klaudia Kwadrans

po rozpoznaniu na rozprawie 4 maja 2022 r. w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 1 kwietnia 2022 r. przez wykonawców:

1. Alstal Grupa Budowlana Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą w Bydgoszczy (sygn. akt KIO 922/22),
2. Polimex Infrastruktura Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (sygn. akt KIO 924/22),

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: Miasto Stołeczne Warszawa Dzielnica Ursus z siedzibą w Warszawie, przy udziale wykonawców:

1. Mostostal Warszawa S.A. z siedzibą w Warszawie zgłaszającego przystąpienie do postępowania o sygn. akt: KIO 922/22, KIO 924/22 po stronie odwołującego
2. Polimex Infrastruktura Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie zgłaszającego przystąpienie do postępowania o sygn. akt: KIO 922/22 po stronie odwołującego
3. Skanska S.A. z siedzibą w Warszawie zgłaszającego przystąpienie do postępowania o sygn. akt: KIO 922/22, KIO 924/22 po stronie odwołującego
4. Alstal Grupa Budowlana Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą w Bydgoszczy zgłaszającego przystąpienie do postępowania o sygn. akt: KIO 924/22 po stronie odwołującego.

orzeka:

1. Oddala odwołanie w sprawie o sygn. akt KIO 922/22.
2. Umarza postępowanie w sprawie o sygn. akt KIO 924/22 w zakresie zarzutów o numerach 2, 3, 4, 5, 8 i 9. W pozostałym zakresie oddala odwołanie.
3. Kosztami postępowania w sprawie o sygn. akt KIO 922/22 obciąża odwołującego: Alstal Grupa Budowlana Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą w Bydgoszczy i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez odwołującego z tytułu wpisu od odwołania.
4. Kosztami postępowania w sprawie o sygn. akt KIO 924/22 obciąża odwołującego: Polimex Infrastruktura sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez odwołującego z tytułu wpisu od odwołania.

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

Przewodniczący:

.....

.....

Sygn. akt: KIO 922/22

KIO 924/22

Uzasadnienie

Miasto Stołeczne Warszawa Dzielnica Ursus z siedzibą w Warszawie (dalej: Zamawiający) prowadzi na podstawie przepisów ustawy z 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 2019, dalej: Pzp) postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pn. „Budowa budynku szkoły podstawowej przy ul. Hennela/Silnikowej w Warszawie”, nr postępowania: UD-XI-WZP.271.7.2022.JPA. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane 22 marca 2022 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2022/S 057-148186.

KIO 922/22

1 kwietnia 2022 r. wykonawca Alstal Grupa Budowlana Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą w Bydgoszczy (dalej: Odwołujący), wniósł odwołanie, w którym zaskarżył niezgodne z przepisami czynności i zaniechania Zamawiającego, zarzucając mu naruszenie:

1. art. 16 pkt 1-3, 17 ust. 1 Pzp w zw. z art. 433 pkt 1 Pzp w zw. z art. 8 ust. 1 Pzp w zw. z art. 353¹ kc w zw. z art. 5 kc w zw. z art. 483 kc, a także art. 473 § 1 kc przez zastrzeżenie w § 10 ust. 2 lit. a), b), e), h) Projektu umowy kar umownych za „opóźnienie” w wykonaniu określonych obowiązków umownych. Postanowienia takie mogą sugerować, że zamawiający będzie dążył do nałożenia kar umownych w każdym wypadku nawet jeżeli niewykonanie zobowiązania umownego (brak podwykonawcy) nastąpiło z przyczyn niezależnych od wykonawcy. Tak ogólna zmiana reguł odpowiedzialności jest sprzeczna z art. 473 § 1 kc, który wymaga sprecyzowania okoliczności, które mimo braku winy wykonawcy skutkować będą naliczeniem kary umownej, a za takie nie można niewątpliwie uznać ogólnikowego zwrotu „opóźnienie”. W konsekwencji powyższego, Zamawiający oprócz art. 473 § 1 kc naruszył także art. 483 kc oraz art. 353¹ kc w zw. z art. 58 kc, w zw. z art. 5 kc przez ustanowienie obowiązku zapłaty kary umownej z pominięciem zasad odpowiedzialności dłużnika za niewykonanie lub nienależyte wykonanie umowy tj. z pominięciem przesłanki winy dłużnika oraz wykorzystanie pozycji dominującej organizatora przetargu i rażące uprzywilejowanie w treści projektu umowy pozycji

Zamawiającego, wbrew zasadom współżycia społecznego i właściwego stosunku prawnego, w sposób stanowiący nadużycie prawa.

2. art. 16 pkt 1-3, art. 17 ust. 1 Pzp w zw. z art. 8 ust. 1 Pzp w zw. z art. 643 kc i art. 647 kc przez przyznanie Zamawiającemu w § 6 ust. 13, 14, 15 Projektu umowy uznaniowego prawa do odmowy dokonania odbioru w każdym przypadku wystąpienia wad, przy czym uprawnienie do odmowy odbioru końcowego powinno mieć miejsce jedynie w przypadku wystąpienia wad istotnych. Zgodnie z art. 647 kc inwestor (Zamawiający) ma obowiązek dokonania odbioru i może uchylić się od tego obowiązku tylko w przypadku, gdy przedmiot umowy obciążony jest wadami istotnymi.

W przypadku wystąpienia wad nieistotnych inwestor (Zamawiający) jest obowiązany dokonać odbioru, co w konsekwencji powoduje, że przy obecnych postanowieniach wzoru umowy Zamawiający ma uznaniowe prawo nie tylko do odmowy odbioru, ale także do uzależnienia możliwości wystawienia faktury, która stanowi podstawę wypłaty wynagrodzenia na rzecz Wykonawcy, gdyż podstawą wystawienia faktury może być jedynie podpisany bez zastrzeżeń protokół odbioru, podczas gdy płatność powinna nastąpić po odbiorze, a nie po usunięciu wad odbiorowych. Powiązanie płatności częściowej i końcowej z usunięciem wad odbiorowych oznacza, że płatności te stanowią dodatkowe zabezpieczenie należytego wykonania umowy (zabezpieczenie usunięcia wad odbiorowych) a Zamawiający wbrew Pzp nie tylko narzuca formę zabezpieczenia, ale ustanawia zabezpieczenie przekraczające dopuszczalną wysokość zabezpieczenia.

3. art. 16 pkt 1-3, art. 17 ust. 1, art. 465 Pzp w zw. z art. 8 ust. 1 Pzp w zw. z art. 643 kc i art. 647 kc przez przyznanie Zamawiającemu w § 6 ust. 11 Projektu umowy prawa do nieprzystąpienia do czynności odbiorowych robót zgłoszonych do odbioru w przypadku nieprzedstawienia przez wykonawcę dokumentów, o których mowa w § 6 ust. 10 Projektu umowy. Zgodnie z art. 647 kc inwestor (Zamawiający) jest zobowiązany do przystąpienia do odbioru, które przyjmujący zamówienie wydaje mu zgodnie ze swym zobowiązaniem.
4. art. 16 pkt 1-3 w zw. z art. 8 Pzp, w zw. z art. 636 kc, co stanowi także naruszenie art. 353¹ kc w zw. z art. 58 kc, w zw. z art. 5 kc w związku z art. 99 ust. 1 i 4 Pzp, przez przyznanie Zamawiającemu w § 4 ust. 1 pkt 16) Projektu umowy, w ramach wynagrodzenia za wykonanie przedmiotu umowy uznaniowego prawa do jednostronnego i wiążącego dla wykonawcy nakazania przerywania robót na żądanie Zamawiającego i zabezpieczenie wykonanych robót przed ich uszkodzeniem lub zniszczeniem, które to prawo nie zostało powiązane z żadnym zdarzeniem, czy też naruszeniem postanowień umowy przez wykonawcę, co może

wpłynąć na prawidłową realizację zamówienia przez wykonawcę. Tymczasem zgodnie z art. 636 kc to wykonawca posiada stosowną wiedzę i kwalifikacje niezbędne do wykonania dzieła. Tym samym to wykonawca winien decydować o przebiegu realizacji zamówienia w oparciu o postanowienia umowy. Powyższe naruszenie w konsekwencji spowodowało także wykorzystanie pozycji dominującej organizatora przetargu i rażące uprzywilejowanie w treści projektu umowy pozycji Zamawiającego, wbrew zasadom współżycia społecznego i właściwego stosunku prawnego, w sposób stanowiący nadużycie prawa.

5. art. 16 pkt 1-3 w zw. z art. 99 ust. 1 i 4 Pzp przez ustanowienie niejednoznacznego postanowienia § 6 ust. 1 lit. c) Projektu umowy, który jest także niespójny w stosunku do postanowień § 4 ust. 1 pkt 37 i 38, co narusza zasady uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców, a także uniemożliwia wykonawcom prawidłową kalkulację oferty. Postanowienia projektu umowy wprowadzają niepewność co do zasad przeprowadzenia odbioru końcowego.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i uznanie, że projektowane postanowienia umowne (Załącznik nr 2 do SWZ) są niezgodne z ustawą Pzp i nakazanie Zamawiającemu dokonania zmiany treści załącznika nr 2 do SIWZ w sposób opisany poniżej:

1. w odniesieniu do zarzutu nr 1 odwołania, przez zmianę

- § 10 ust. 2 lit. a) Projektu umowy w następujący sposób:

„za zwłokę w wykonaniu danego etapu robót budowlanych, w wysokości 0,1 % wynagrodzenia umownego brutto za każdy rozpoczęty dzień zwłoki, liczony od dnia umownego wymienionego w § 3 ust. 1 punkt a, b, c niniejszej umowy, do zgłoszenia danego etapu robót budowlanych do odbioru, po którym nastąpił ich odbiór ~~bez zastrzeżeń~~, albo do odstąpienia od umowy przez Zamawiającego”,

- § 10 ust. 2 lit. b) Projektu umowy w następujący sposób:

„za zwłokę w usunięciu zgłoszonych wad w okresie gwarancji jakości lub rękojmi za wady wysokości 2 000 zł, za każdy rozpoczęty dzień zwłoki, liczony od dnia wyznaczonego przez Zamawiającego na ich usunięcie, do ich usunięcia”,

- § 10 ust. 2 lit. e) Projektu umowy w następujący sposób:

„z tytułu braku zapłaty lub nieterminowej zapłaty wynagrodzenia należnego podwykonawcom lub dalszym podwykonawcom, w wysokości 1 000 zł brutto (słownie: jeden tysiąc złotych) za każdy rozpoczęty dzień zwłoki w nieterminowej zapłacie wynagrodzenia”,

- § 10 ust. 2 lit. h) Projektu umowy w następujący sposób:

„z tytułu braku zmiany umowy o podwykonawstwo w zakresie terminu zapłaty w wysokości 500 zł brutto (słownie: pięćset złotych), za każdy rozpoczęty dzień zwłoki, liczony od dnia wyznaczonego przez Zamawiającego na dokonanie zmiany do dokonania tejże zmiany”,

2. w odniesieniu do zarzutu nr 2 odwołania, przez zmianę § 6 ust. 13, 14, 15 Projektu umowy w następujący sposób:

„13. Z czynności odbioru sporządza się protokół, który powinien zawierać ustalenia poczynione w toku odbioru. Jeżeli w toku czynności odbiorowych zostanie stwierdzone, że przedmiot odbioru posiada wady to, Zamawiający:

- a. ma prawo odmówić odbioru częściowego w przypadku wad istotnych do czasu ich usunięcia i wyznaczyć termin technicznie możliwy na ich usunięcie.
- b. dokona odbioru częściowego – w przypadku wystąpienia wad nieistotnych. W takim wypadku do protokołu odbioru częściowego zostanie sporządzona przez strony lista wad nieistotnych wraz ze wskazaniem terminów technicznie umożliwiających ich usunięcie;
- c. ma prawo odmówić odbioru końcowego – jednakże tylko w przypadku wystąpienia wad istotnych uniemożliwiających używanie przedmiotu umowy i będzie uprawniony do odstąpienia od umowy z winy Wykonawcy;
- d. dokona odbioru końcowego – w przypadku wystąpienia wad nieistotnych. W takim wypadku do protokołu odbioru końcowego zostanie sporządzona przez strony lista wad nieistotnych wraz ze wskazaniem terminów technicznie umożliwiających ich usunięcie. W przypadku gdy wady nieistotne nie będą możliwe do usunięcia Zamawiający będzie uprawniony do żądania odpowiedniego obniżenia wynagrodzenia.

14. Za dzień wykonania robót Strony uznają dzień podpisania protokołu odbioru przez Zamawiającego.

15. Roboty uważa się za odebrane przez Zamawiającego w przypadku podpisania przez Zamawiającego protokołu odbioru końcowego. Do protokołu odbioru robót, dla potwierdzenia wykonania przez Wykonawcę obowiązków nałożonych umową, winny być załączone wymagane dokumenty i oświadczenia przekazane przy odbiorach”.

3. w odniesieniu do zarzutu nr 3 odwołania, przez usunięcie § 6 ust. 11 Projektu umowy.

4. w odniesieniu do zarzutu nr 4 odwołania, przez usunięcie § 4 ust. 1 pkt 16) Projektu umowy.

5. w odniesieniu do zarzutu nr 5 odwołania, przez zmianę § 6 ust. 1 Projektu umowy w następujący sposób:

„Strony umowy ustalają, że będą dokonywały n/w odbiorów:

- a) odbiorów robót zanikowych – w zakresie robót zanikających oraz ulegających zakryciu.
- b) odbiorów częściowych robót – pod względem ilościowym i jakościowym robót, ustalonych w oparciu o zaawansowanie realizacji budowy, określonych przez

inspektorów nadzoru inwestorskiego, uwzględniając harmonogram rzeczowofinansowy robót i harmonogram płatności robót.

- c) odbiorów końcowych robót – nastąpi po wykonaniu całości robót budowlanych. Rozliczenie odbioru końcowego robót nastąpi do 97% całkowitego wynagrodzenia Wykonawcy, o którym mowa w § 7 ust.1 niniejszej umowy.
- d) odbioru końcowego przedmiotu umowy – po dokonaniu odbioru końcowego robót oraz wykonaniu przez Wykonawcę innych obowiązków nałożonych na niego umową, potwierdzonych przez inspektorów nadzoru inwestorskiego. Rozliczenie odbioru końcowego przedmiotu umowy stanowi 3% całkowitego wynagrodzenia Wykonawcy, o którym mowa w § 7 ust.1 niniejszej umowy, tj. do 100% całkowitego wynagrodzenia Wykonawcy.
- e) odbiory w okresie gwarancji i rękojmi – w przypadku zaistnienia wad przedmiotu umowy w okresie obowiązującej gwarancji i rękojmi, sprawdzenie ich usunięcia, jak również ocena stanu technicznego nowego budynku wybudowanego w wyniku realizacji przedmiotu umowy”.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący Alstal wskazał m.in.:

Zarzut nr 1

Postanowienia § 10 ust. 2 lit. a), b), e), h) Projektu umowy – ustanowienie kar umownych za „opóźnienie” w wykonaniu określonych obowiązków umownych.

Postanowienia takie mogą sugerować, że zamawiający będzie dążył do nałożenia kar umownych w każdym wypadku, nawet jeżeli niewykonanie zobowiązania umownego (brak podwykonawcy) nastąpiło z przyczyn niezależnych od wykonawcy. Tak ogólna zmiana reguł odpowiedzialności jest sprzeczna z art. 473 § 1 kc, który wymaga sprecyzowania okoliczności, które mimo braku winy wykonawcy skutkować będą naliczeniem kary umownej, a za takie nie można niewątpliwie uznać ogólnikowego zwrotu „opóźnienie”. W konsekwencji powyższego, Zamawiający oprócz art. 473 § 1 kc naruszył także art. 483 kc oraz art. 353¹ kc w zw. z art. 58 kc, w zw. z art. 5 kc przez ustanowienie obowiązku zapłaty kary umownej z pominięciem zasad odpowiedzialności dłużnika za niewykonanie lub nienależyte wykonanie umowy tj. z pominięciem przesłanki winy dłużnika oraz wykorzystanie pozycji dominującej organizatora przetargu i rażące uprzywilejowanie w treści projektu umowy pozycji Zamawiającego, wbrew zasadom współżycia społecznego i właściwego stosunku prawnego, w sposób stanowiący nadużycie prawa.

Prawo do naliczenia kar umownych z powodu nieterminowego wykonania zobowiązań umownych zostało zastrzeżone na wypadek „opóźnienia” (§ 10 ust. 2 lit. a), b), e), h) Projektu umowy). Wskazane postanowienie jest niezgodne z art. 433 pkt 1 Pzp który

stanowi, że projektowane postanowienia umowy nie mogą przewidywać odpowiedzialności wykonawcy za opóźnienie, chyba że jest to uzasadnione okolicznościami lub zakresem zamówienia.

W ocenie Odwołującego, przedmiot zamówienia nie uzasadnia wprowadzenia odpowiedzialności wykonawcy za opóźnienie. Na moment wniesienia odwołania Zamawiający nie ujawnił okoliczności uzasadniających wprowadzenie odpowiedzialności za „opóźnienie”. Postanowienia dotyczące kar w obecnej formie naruszają również zasady Pzp, w szczególności proporcjonalności i efektywności.

Zarzut nr 2

Zgodnie z art. 647 kc inwestor (Zamawiający) ma obowiązek dokonania odbioru i może uchylić się od tego obowiązku tylko w przypadku, gdy przedmiot umowy obarczony jest wadami istotnymi. W przypadku wystąpienia wad nieistotnych inwestor (Zamawiający) jest obowiązany dokonać odbioru, co w konsekwencji powoduje, że przy obecnych postanowieniach wzoru umowy Zamawiający ma uznaniowe prawo nie tylko do odmowy odbioru, ale także do uzależnienia możliwości wystawienia faktury, która stanowi podstawę wypłaty wynagrodzenia na rzecz wykonawcy, gdyż podstawą wystawienia faktury może być jedynie podpisany bez zastrzeżeń protokół odbioru, podczas gdy płatność powinna nastąpić po odbiorze, a nie po usunięciu wad odbiorowych. Powiązanie płatności częściowej i końcowej z usunięciem wad odbiorowych oznacza, że płatności te stanowią dodatkowe zabezpieczenie należytego wykonania umowy (zabezpieczenie usunięcia wad odbiorowych) a Zamawiający wbrew Pzp nie tylko narzuca formę zabezpieczenia ale ustanawia zabezpieczenie przekraczające dopuszczalną wysokość zabezpieczenia, wskazać należy, co następuje.

Zgodnie z art. 647 kc jednym z podstawowych obowiązków inwestora, w tym wypadku Zamawiającego, w ramach umowy o roboty budowlane jest dokonanie odbioru robót. Odbiór wykonanych robót jest kwestią kluczową w relacjach inwestor (Zamawiający) – wykonawca. Dokonanie odbioru stanowi niejako pokwitowanie spełnienia świadczenia wystawiane przez inwestora. Praktyka budowlana pokazuje, że na etapie odbioru końcowego dochodzi często do sporów pomiędzy inwestorem, a wykonawcą. Osią tego sporu jest kwestia wad w wykonanych robotach w związku, z których wystąpieniem, inwestorzy odmawiają dokonania odbioru, a tym samym blokują możliwość otrzymania wynagrodzenia przez wykonawcę.

W istocie przez odmowę dokonania odbioru inwestor próbuje wymusić usunięcie wad stwierdzonych na etapie odbioru końcowego przedmiotu umowy. Tego typu spory były przedmiotem oceny w licznych wyrokach Sądu Najwyższego. W wyrokach tych Sąd Najwyższy ukształtował jednolitą linię orzecniczą, z której wynika, że w świetle art. 647 kc

inwestor obowiązany jest dokonać odbioru końcowego i zapłacić wynagrodzenie należnego wykonawcy. Inwestor nie może uzależniać dokonania odbioru końcowego i zapłaty należnego wynagrodzenia od braku jakichkolwiek wad w wykonanym obiekcie. Inwestor może uchylić się od obowiązku dokonania odbioru końcowego tylko w przypadku wystąpienia wad istotnych, gdyż tylko w takim wypadku można wskazać, że wykonawca nie spełnił swojego świadczenia, w pozostałych wypadkach tj. wystąpienia wad nieistotnych mamy do czynienia z nieprawidłowym wykonaniem zobowiązania przez wykonawcę. W takiej sytuacji inwestor jest obowiązany dokonać odbioru końcowego, a do protokołu odbioru może zostać dołączony 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.

§ 6 ust. 13-15 Projektu umowy zaproponowana przez Zamawiającego narusza art. 647 kc. W związku z tym postanowienia zawarte we wskazanych punktach umowy powinny zostać zmienione w taki sposób, aby dostosować je treści do art. 647 kc tj. w przypadku, gdy w wykonanych robotach brak jest wad istotnych, Zamawiający jest zobowiązany do dokonania odbioru końcowego. Wskazane postanowienia wzoru umowy w obecnej formie oprócz wskazanego powyżej naruszenia art. 647 kc naruszają także zasadę uczciwej konkurencji, przejrzystości oraz proporcjonalności.

Zarzut nr 3

Zgodnie z art. 647 kc inwestor (Zamawiający) jest zobowiązany do przystąpienia do odbioru które przyjmując zamówienie wydaje mu zgodnie ze swym zobowiązaniem.

W § 6 ust. 10 Projektu umowy znajduje się katalog dokumentów, co do zasady związanych z potwierdzeniem wykonania zobowiązań wykonawcy wobec podwykonawcy oraz dalszego podwykonawcy. Zamawiający w § 6 ust. 11 Projektu umowy ustanowił sankcje za brak dostarczenia Zamawiającemu przedmiotowych dokumentów w postaci nieprzystąpienia do czynności odbiorowych robót zgłoszonych do odbioru. Zamawiający wprowadził także kary umowne w tym zakresie, co w sposób wystarczający zabezpiecza interes Zamawiającego.

Art. 465 Pzp w sposób szczegółowy opisuje konsekwencje braku przedstawienia dowodów zapłaty podwykonawcom oraz reguluje procedurę bezpośredniej zapłaty wynagrodzenia podwykonawcom. Zamawiający w § 6 ust. 11 Projektu umowy niegodnie z przedmiotowym przepisem dał sobie prawo do zaniechania do przystąpienia do odbiorów w przypadku nieprzedłożenia dowodów zapłaty wynagrodzenia na rzecz podwykonawców. Postanowienie zostało sformułowane w taki sposób, że brak chociażby jednego dowodu zapłaty na rzecz

podwykonawcy nawet niewielkiej kwoty wynagrodzenia podwykonawcy skutkować będzie zaniechaniem przystąpienia do odbioru robót.

Ponadto, § 6 ust. 10 Projektu umowy jest niezgodny z art. 643 kc i art. 647 kc. Zgodnie z art. 647 kc jednym z podstawowych obowiązków inwestora, w tym wypadku Zamawiającego, w ramach umowy o roboty budowlane jest dokonanie odbioru robót. Odbiór wykonanych robót jest kwestią kluczową w relacjach inwestor (Zamawiający) – wykonawca. W sytuacji gdy wykonawca zgłosił zakończenie robót budowlanych wykonanych zgodnie z projektem i zasadami wiedzy technicznej zamawiający jest zobowiązany do ich odbioru. Odwołujący wskazał, że argumentacja przedstawiona w uzasadnieniu zarzutu nr 2 jest adekwatna również w stosunku do zarzutu nr 3.

Zarzut nr 4

Zgodnie z art. 636 kc to wykonawca posiada stosowną wiedzę i kwalifikacje niezbędne do wykonania dzieła. Tym samym to wykonawca winien decydować o przebiegu realizacji zamówienia w oparciu o postanowienia umowy. Powyższe naruszenie w konsekwencji spowodowało także wykorzystanie pozycji dominującej organizatora przetargu i rażąco uprzywilejowanie w treści projektu umowy pozycji Zamawiającego, wbrew zasadom współżycia społecznego i właściwego stosunku prawnego, w sposób stanowiący nadużycie prawa, wskazać należy, co następuje.

Wskazane postanowienia umowy stanowią jednostronne uprawnienie Zamawiającego do ingerencji w przebieg realizacji zamówienia przez wykonawcę. Ingerencja ta może nastąpić na każdym etapie realizacji zamówienia i to bez zaistnienia żadnego dodatkowego zdarzenia. Wykonawca na etapie kalkulacji oferty, nie ma zatem wystarczającej wiedzy dotyczącej wymagań stawianych przez Zamawiającego i przebiegu realizacji zamówienia. Obowiązkiem Zamawiającego jest opisanie przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. Powyższe postanowienia projektu umowy naruszają nie tylko wskazane przepisy Pzp, ale także zasady uczciwej konkurencji, przejrzystości oraz proporcjonalności.

W świetle art. 636 kc Zamawiający nie jest zasadniczo uprawniony do wydawania poleceń i wiążących wskazówek wykonawcy, w szczególności nie może decydować o przebiegu czynności zmierzających do wykonania umowy. Zakłada się bowiem, że to przyjmujący zamówienie zobowiązany jest posiadać stosowną wiedzę i kwalifikacje niezbędne do wykonania dzieła. Nie jest jednak zaprzeczeniem tej tezy przyznanie zamawiającemu prawa do wglądu w proces wykonywania dzieła, po to by mógł on należycie zabezpieczyć swoje interesy. W stanie faktycznym sprawy, w szczególności biorąc pod uwagę

postanowienie § 4 ust. 1 pkt 16) projektu umowy Zamawiający może jednakże jednostronnie wpływać na przebieg realizacji zamówienia. Skorzystanie przez Zamawiającego z tak określonych uprawnień może wpłynąć na narzucenie wykonawcy sposobu wykonania zamówienia, nawet jeśli z punktu widzenia wykonawcy wykonywał on swoje obowiązki należycie i zgodnie ze sztuką budowlaną. W konsekwencji powyższego Zamawiający określając w § 4 ust. 1 pkt 16) projektu umowy uprawnienie do przerywania robót oprócz art. 636 kc naruszył także art. 353¹ kc w zw. z art. 58 kc, w zw. z art. 5 kc, przez wykorzystanie pozycji dominującej organizatora przetargu i rażące uprzywilejowanie w treści projektu umowy pozycji Zamawiającego, wbrew zasadom współżycia społecznego i właściwego stosunku prawnego, w sposób stanowiący nadużycie prawa.

Zarzut nr 5

W § 4 ust. 1 pkt 37 i 38 Projektu umowy Zamawiający opisując obowiązki wykonawcy posługuje się pojęciem odbioru końcowego robót budowlanych oraz pojęciem odbioru końcowego przedmiotu umowy. Natomiast w § 6 ust. 1 lit. c) Projektu umowy Zamawiający tworzy de facto hybrydę tych wskazanych pojęć i definiuje pojęcie „odbioru końcowego robót przedmiotu umowy”. Jednocześnie w postanowieniach dotyczących wynagrodzenia i warunków płatności ponownie posługuje się pojęciami „odbioru robót budowlanych” oraz „odbiorze przedmiotu umowy” (np. § 7 ust. 9 Projektu umowy). Postanowienia projektu umowy w obecnej formie są niejednoznaczne oraz niespójne. Postanowienia projektu umowy wprowadzają niepewność co do zasad przeprowadzenia odbioru końcowego, co narusza zasady uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców, a także uniemożliwia wykonawcom prawidłową kalkulację oferty.

Wnioskowana przez Odwołującego zmiana polegająca na zastąpieniu definicji „odbioru końcowego robót przedmiotu umowy” dwoma odrębnymi definicjami „odbioru końcowego robót” oraz „odbioru końcowego przedmiotu umowy” zapewni jednoznaczność w zakresie zasad realizacji zamówienia oraz umożliwi prawidłową kalkulację oferty.

14 kwietnia 2022 r. Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie i wniósł o jego oddalenie.

Ponadto Zamawiający wniósł o przeprowadzenie dowodów z następujących dokumentów:

1. Umowy darowizny zawartej pomiędzy m.st. Warszawa i firmą 2/124 Gaston Investments Sp. z o.o. Sp.k. - akt notarialny z 19 lutego 2018 r. rep. Nr 4586/2018 i akt notarialny z 26 sierpnia 2020 r. rep.nr 1465/2020 - na fakt związania Zamawiającego terminem wybudowania szkoły podstawowej i przedszkola jako

okoliczności uzasadniającej ustalenie odpowiedzialności Wykonawcy za opóźnienie w wykonaniu zobowiązania terminowego,

2. Umowy z 16 lutego 2021r. zawartej pomiędzy m.st. Warszawa a Netowns Sp. z o.o. w Warszawie i Ursa Park Smart City Sp. z o.o. Sp. k. w Warszawie - na fakt związania Zamawiającego terminem wybudowania szkoły podstawowej i przedszkola jako okoliczności uzasadniającej ustalenie odpowiedzialności wykonawcy za opóźnienie w wykonaniu zobowiązania terminowego,
3. Umowy darowizny zawartej pomiędzy m.st. Warszawa i firmą Ursus Gaston Investments Sp. z o.o. Sp.k. - akt notarialny z 22 marca 2022 r. rep. Nr 9316/2022 na fakt związania Zamawiającego terminem wybudowania szkoły podstawowej i przedszkola jako okoliczności uzasadniającej ustalenie odpowiedzialności wykonawcy za opóźnienie w wykonaniu zobowiązania terminowego.

W uzasadnieniu swojego stanowiska Zamawiający wskazał m. in.:

Zarzut nr 1

Odwołujący dokonał błędnej interpretacji postanowień umowy w zakresie oceny ustalenia odpowiedzialności wykonawcy za niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania uznając że „opóźnienie” jest jednoznaczne ze wskazaniem odpowiedzialności wykonawcy niezależnie od okoliczności przez niego zawinionych.

Odwołujący skupił się jedynie na postanowieniu umownym ustalającym kary umowne za opóźnienie błędnie przyjmując, że tak ustalona odpowiedzialność została przyjęta z pominięciem reguł ogólnej odpowiedzialności kontraktowej zawartej w przepisach art. 471 kc i nast. i tym samym jest sprzeczna z klauzulą zawartą w art. 433 Pzp. Na skutek takiej analizy Odwołujący poczynił założenia, że postanowienia projektowanej umowy dotyczące kary umownej stanowią w istocie zastrzeżenia o charakterze gwarancyjnym, nakładające obowiązek zapłaty określonej kwoty pieniężnej w razie niewykonania (niewłaściwego wykonania) zobowiązania wskutek okoliczności, za które dłużnik nie ponosi odpowiedzialności, do którego nie stosuje się przepisów o karze umownej. Podkreślić należy, że strony stosunku zobowiązaniowego mogą w ramach autonomii woli określać umownie zakres i sposób naprawienia szkody wynikającej z niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania. W umowie Zamawiający nie wskazał na żadne okoliczności poza zawinionymi, w których wykonawca ponosiłby odpowiedzialność, a tym samym nieuzasadniona jest sugestia Odwołującego o rozszerzeniu odpowiedzialności wykonawcy. Zatem przyjęta w projektowanej umowie odpowiedzialność jest zgodna z art. 471 kc.

Odwołujący pominął całkowicie § 10 ust. 1 umowy zgodnie z którym „strony ustalają odpowiedzialność za niewykonanie lub nienależyte wykonanie robót w formie kar

umownych”. Tak sformułowane postanowienie umowne wskazuje wprost na ustanowienie odpowiedzialności kontraktowej Wykonawcy z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania wskutek okoliczności obciążających Wykonawcę zgodnie z art. 471 i nast. kc. Zwrócić należy uwagę, że art. 471 kc nie określa bliżej zasad odpowiedzialności kontraktowej, w szczególności nie wskazuje winy jako przesłanki odpowiedzialności dłużnika. Jednakże zasady te wyprowadzić można z dalszych przepisów – z art. 472, 473 i 474 kc, które stanowią spójność normatywną. Z przepisów art. 471-474 kc wynika, że jeżeli zakres odpowiedzialności dłużnika nie jest zmieniony przez szczególny przepis ustawy lub przez umowę stron, to dłużnik odpowiada za niezachowanie należytej staranności, czyli odpowiada za winę w postaci niedbalstwa. Innymi słowy, niedołożenie należytej staranności przez dłużnika to możliwość postawienia mu zarzutu zawinienia w formie niedbalstwa. Dłużnik odpowiada więc za zachowanie naganne, lecz nieumyślne. Dlatego wskazuje się, że tym bardziej odpowiada on za umyślne uchybienia w wykonaniu zobowiązania.

Art. 433 pkt 1 Pzp posługuje się ogólnym sformułowaniem „opóźnienia” nie dokonując rozróżnienia pomiędzy opóźnieniem zwykłym i kwalifikowanym. Kwestionując postanowienia umowne w zakresie kary umownej, Odwołujący dokonał wąskiej wykładni prawa w tym zakresie i przy takim przyjęciu wykładni literalnej art. 433 pkt 1 należałoby przyjąć, że również opóźnienie kwalifikowane w wykonaniu zobowiązania jakim jest zwłoka wyłącza możliwość ustalenia odpowiedzialności Wykonawcy za nienależyte wykonanie zobowiązania. Zatem dokonując wykładni art. 433 pkt 1 Pzp w zakresie interpretacji „opóźnienia” należy odnieść się do zakresu odpowiedzialności Wykonawcy za nienależyte wykonanie zobowiązania określonej w art. 471 kc a tym przypadku za „opóźnienie kwalifikowane”. Dlatego też postanowienia umowy ustalające odpowiedzialność Wykonawcy za nienależyte wykonanie zobowiązania zostały określone zgodnie z art. 433 Pzp. i art. 471 kc i nast.

Istotnym faktem jest zawarcie przez Miasto Stołeczne Warszawa Dzielnicę Ursus z firmą 2/124 Gaston Investments Sp. z o.o. Sp.k. aktu notarialnego z 19 lutego 2018 r. zmienionego aktem notarialnym z 26 sierpnia 2020r. przenoszącej na rzecz Miasta prawa użytkowania wieczystego działki o nr 124/3 z obrębu 2-09-09 o powierzchni 17017 m² w drodze darowizny w celu umożliwienia Miastu budowy zespołu szkolno-przedszkolnego. Termin uzyskania pozwolenia na użytkowanie ww. inwestycji, wynikający z ww. aktów notarialnych, ustalony został do 31 grudnia 2025 roku. W przypadku braku spełnienia tego warunku przez Miasto, ww. Spółka oraz jej następcy prawni są uprawnieni do odwołania darowizny. W związku z tym Zamawiający zgodnie z zobowiązaniem terminowym planuje w latach 2022-2025 wybudować na ww. nieruchomości dwa odrębne obiekty budowlane: szkołę podstawową i przedszkole.

Przedmiotowe postępowanie jest kolejnym etapem budowy szkoły wraz z zagospodarowaniem terenu, po robotach przygotowawczych i obecnie trwającej remediacji

gruntu. Ponadto, na podstawie zawartej umowy z 16 lutego 2021 r. z art. 16 ustawy o drogach publicznych, Inwestorzy inwestycji niedrogowej czyli deweloperzy, którzy na sąsiedniej nieruchomości budują osiedla zabudowy wielorodzinnej - Netowns Sp. z o.o. w Warszawie i Ursa Park Smart City Sp. z o.o. Sp. k. w Warszawie, mają obowiązek wybudować w terminie do 30 czerwca 2022 r. ul. Silnikową na odcinku od ul. Hennela do ul. Quo Vadis, która stanowi obsługę komunikacyjną dla szkoły i przedszkola. Termin powyższy jest też determinowany zobowiązaniem wybudowania powyższej drogi zawartym w § 3 umowy darowizny zawartej pomiędzy m.st. Warszawa i firmą Ursus Gaston Investments Sp. z o.o. Sp.k. - akt notarialny z 22 marca 2022 r. rep. Nr 9316/2022

Narzucone terminy ww. aktami notarialnymi, czy ww. umową, są dla Zamawiającego okolicznościami uzasadniającymi wprowadzenie w postanowieniach umownych odpowiedzialności Wykonawcy za opóźnienie, w celu restrykcyjnego związania Wykonawcy terminem wykonania przedmiotu umowy. Opóźnienie budowy przyłącza wodociągowego i kanalizacji ściekowej na odcinku pasa drogowego w ul. Silnikowej w podanym terminie 2 miesiące, spowoduje wstrzymanie robót drogowych polegających na budowie tej drogi, co może skutkować roszczeniami ze strony Inwestorów inwestycji niedrogowej, którzy bez wybudowanej drogi mogą nie uzyskać pozwolenia na użytkowanie swoich inwestycji mieszkaniowych. Natomiast opóźnienie budowy budynku szkoły podstawowej, spowoduje opóźnienia kolejnych etapów inwestycji (wykończenia wnętrza pierwszych 2 kondygnacji budynku, czy zagospodarowania terenu, czy zakupu i dostaw pierwszego wyposażenia budynku), co w konsekwencji może doprowadzić do braku oddania wybudowanej szkoły wraz z zagospodarowaniem terenu w terminie określonym w ww. aktach notarialnych, tj. do 31 grudnia 2025 r. i odwołania darowizny. Powyższe opóźnienia spowodowałyby wielomilionowe straty finansowe, jak również utratę możliwości w zapewnieniu dostępu do szkoły i przedszkola zaplanowanej liczbie dzieci od września 2025 r.

Zarzut nr 2

Zarzut Odwołującego nie zasługuje na uwzględnienie z uwagi na to, że Odwołujący wywodzi naruszenie art. 643 i 647 kc czyniąc założenie, że odmowa dokonania odbioru przedmiotu umowy będzie miała charakter uznaniowy, niezależnie od oceny wykonania zgodnie z przyjętym przez Wykonawcę zobowiązaniem. Kwestionowane postanowienia umowy w żaden sposób nie wskazują na możliwość wysnucia takiej tezy. Wskazać należy, że strony umowy o roboty budowlane działają w sferze nakładających się na siebie norm cywilnoprawnych i administracyjnych regulujących stosunki prywatnoprawne pomiędzy nimi oraz publicznoprawne w zakresie prawidłowości procesu wznoszenia obiektu budowlanego. Przepisy Prawa budowlanego mają na celu ochronę interesu publicznego wyrażającego się w prawidłowej i zgodnej z prawem realizacji prac budowlanych. Przepisy prawa

cywilnego mają zaś na celu stworzenie ram prawnych dla stron zawierających umowę, których przedmiotem są prace budowlane i zapewnienie stronom możliwej ochrony prawnej ich indywidualnych interesów. Odwołujący wywodząc naruszenie przepisów skupił się głównie na ocenie obowiązków Zamawiającego, podczas gdy zgodnie z art. 647 kc obowiązek oddania obiektu budowlanego obciąża wykonawcę, przy czym nie można akcentować, że wykonawca zobowiązuje się do oddania przewidzianego w umowie obiektu, nie zaś do wykonania określonych robót budowlanych. Obowiązek wykonania robót budowlanych potrzebnych do finalnego oddania obiektu jest funkcjonalnie przyporządkowany temu ostatecznemu celowi umowy i niewątpliwie obciąża wykonawcę. Przepisy kodeksu cywilne w zakresie umowy o roboty budowlane odnoszą się do realizacji robót budowlanych wskazując po stronie wykonawcy obowiązek wykonania robót jako obowiązek dłużny.

Art. 647 kc wyraźnie wskazuje, że wykonawca zobowiązuje się do oddania przewidzianego w umowie obiektu, wykonanego zgodnie z projektem i z zasadami wiedzy technicznej, a inwestor zobowiązuje się m.in. do odebrania obiektu i zapłaty umówionego wynagrodzenia, jednak z art. 643 kc wynika obowiązek odbioru dzieła jedynie wówczas, gdy przyjmujący zamówienie wydaje dzieło zgodnie ze swym zobowiązaniem. Obowiązek odbioru dzieła nie powstaje, gdy wykonane dzieło ma wady, a więc jest wykonane niezgodnie z treścią zobowiązania. W postanowieniach umownych w § 4 ust. 1 pkt 1 wykonawca zobowiązany jest do „kompleksowej realizacja budowy, zgodnie z dokumentacją projektową (projektem budowlanym i wykonawczym wszystkich branż), obowiązującymi przepisami prawa, normami technicznymi, instrukcjami producentów wyrobów budowlanych warunkami zawartymi w Specyfikacji Technicznej Wykonania i Odbioru Robót, zgodnie ze sztuką budowlaną oraz harmonogramem rzeczowo-finansowym zatwierdzonym przez Zamawiającego”. W związku z powyższym zgodnie z postanowieniami Kc, czy umowy, Zamawiający ma prawo odmówić odbioru robót w przypadku wystąpienia wad, czyli braku wykonania robót budowlanych zgodnie z dokumentacją projektową (projektem budowlanym i wykonawczym wszystkich branż), obowiązującymi przepisami prawa, normami technicznymi, instrukcjami producentów wyrobów budowlanych warunkami zawartymi w Specyfikacji Technicznej Wykonania i Odbioru Robót, zgodnie ze sztuką budowlaną. Uwzględniając powyższą analizę, ocena wykonania przedmiotu umowy pod względem zgodności z przyjętym zobowiązaniem będzie dokonywana będzie dokonywana nie tylko w odniesieniu do wykonanego obiektu budowlanego ale również w aspekcie wykonania robót budowlanych potrzebnych do finalnego oddania obiektu.

Wprowadzenie do umowy proponowanych przez Odwołującego pojęć niejednoznacznych o niedookreślonej definicji takich jak „wady istotne” i „wady nieistotne” może prowadzić do eskalacji nieporozumień stron w zakresie ustaleń co do charakteru wady i wykonania przedmiotu umowy zgodnie ze wskazanymi powyżej zasadami. Występowanie wady

uniemożliwiającej używanie przedmiotu umowy, na etapie czynności odbioru jest nie do stwierdzenia, ponieważ podlegać to będzie ocenie dopiero w trakcie czynności związanych z uzyskiwaniem pozwolenia na użytkowanie, które są czynnościami następczymi względem czynności odbioru. W przedmiotowej sprawie uzyskanie pozwolenia na użytkowanie nastąpi po wykonaniu wszystkich etapów planowanej inwestycji, a postępowanie dotyczy jednego z kilku etapów inwestycji. Zgodnie z art. 56 ustawy z 7 lipca 1994r. (Dz.U. 2021, poz.2351) Prawo budowlane w czynnościach związanych z uzyskaniem pozwolenia na użytkowanie obiektu budowlanego uczestniczą organy Państwowej Inspekcji Sanitarnej i Państwowej Straży Pożarnej, które zajmują stanowisko w zakresie zgodności wykonania obiektu budowlanego zgodnie z projektem. Zatem przywołane przez Odwołującego orzecznictwo sądów w zakresie obowiązku odbioru przedmiotu umowy nie znajduje zastosowania na etapie wprowadzania postanowień umownych rozróżniających rodzaje wad, zwłaszcza że orzeczenia sądów powstają na gruncie konkretnych spraw, w których wyroki wydawane są na podstawie ustaleń czynionych w oparciu o kilka opinii biegłych z zakresu budownictwa. Wprowadzenie do projektowanej umowy postanowień proponowanych przez Odwołującego wskazywałoby na konieczność sporządzania opinii biegłego z zakresu budownictwa na etapie każdej czynności odbioru, w celu usuwania wątpliwości stron w zakresie ustalenia rodzaju wady kwalifikującej do odbioru lub odmowy odbioru, podczas gdy stwierdzenie możliwości użytkowania obiektu nastąpi dopiero podczas procedury uzyskiwania pozwolenia na użytkowanie.

Zatem postanowienia projektowanej umowy w § 6 ust. 13, 14, 15 nie sugerują uznaniowości Zamawiającego w wykonywaniu obowiązku odbioru przedmiotu umowy w okolicznościach braku zastrzeżeń do wykonania obowiązków wykonawcy określonych w art. 643 i 647 kc.

Zarzut nr 3

Postanowienie umowy wskazane w § 6 ust. 11 wystąpi w przypadku wykonywania robót budowlanych, czy dostaw lub usług przy udziale podwykonawcy. W pierwszej kolejności następuje odbiór robót budowlanych przez Generalnego Wykonawcę od podwykonawcy, do czego Generalny Wykonawca jest zobowiązany m.in. art. 647 Kc. W dalszej kolejności następuje odbiór robót przez Zamawiającego od Generalnego Wykonawcy, po przedstawieniu wymaganych dokumentów, o których mowa w § 6 ust. 10 projektowanej umowy, które potwierdzają dokonanie odbioru od podwykonawców i uregulowanie z tego tytułu stosownego im wynagrodzenia co w aspekcie art. 465 Pzp stanowi podstawę oceny dla Zamawiającego zasadności zapłaty bezpośredniej podwykonawcy robót. Przedmiotem odbioru są wszystkie roboty budowlane wynikające z zobowiązania Wykonawcy i prowadzące do wykonania obiektu budowlanego jako całości, a zatem potwierdzenie ich wykonania następuje również w protokołach odbioru tych robót od podwykonawców.

Wskazać należy, że Odwołujący nie kwestionuje obowiązku przedłożenia dokumentów warunkujących przystąpienie do czynności odbioru, a wskazanych w § 6 ust. 10 a skoro Zamawiający w § 6 ust.12 dopuszcza odbiór na warunkach tam określonych, mimo braku dokumentów wskazanych w § 6 ust. 10, to brak jest podstaw do stwierdzenia naruszenia zasad postępowania określonych w art. 16 pkt 1-3, art. 17 ust. 1.

Zarzut nr 4

Zarzut nie zasługuje na uwzględnienie ponieważ Zamawiającego reprezentują uczestnicy procesu budowlanego, o których mowa w ustawie Prawo budowlane - między innymi projektant oraz inspektorzy nadzoru. Stosownie do art. 21 ust.1 pkt 2 ustawy Prawo budowlane projektant w trakcie realizacji budowy ma prawo wpisem do dziennika budowy żądać wstrzymania robót budowlanych w razie stwierdzenia możliwości powstania zagrożenia, czy wykonywania robót niezgodnie z projektem. Ponadto, stosownie do art. 26 pkt 2 ustawy Prawo budowlane, inspektor nadzoru inwestorskiego ma prawo żądać od kierownika budowy wstrzymania dalszych robót budowlanych w przypadku, gdyby ich kontynuacja mogła wywołać zagrożenia bądź spowodować niedopuszczalną niezgodność z projektem i pozwoleniem na budowę. Skoro zatem przepisy Prawa budowlanego dopuszczają możliwość ingerencji Zamawiającego w proces wykonywania robót w określonych okolicznościach to kwestionowane przez Odwołującego postanowienia projektowanej umowy nie stanowią nadużycia prawa o jakim mowa w art. 5 i 58 kc. Zatem zapewnienie Zamawiającemu prawa do żądania wstrzymania robót w okolicznościach wskazanych powyżej stanowi gwarancje wykonywania robót zgodnie z projektem i przepisami Prawa budowlanego.

Zarzut nr 5

Zamawiający dokonał zmiany projektowanej umowy przez usunięcie § 4 ust. 1 pkt 38 zaś w pozostałym zakresie postanowienia projektowanej umowy w zakresie § 6 ust. 1 lit. c) i § 4 ust. 1 pkt 37 są jednoznaczne i spójne, a zarzuty Odwołującego wynikają z niewłaściwego rozumienia charakteru umowy o roboty budowlane. Wykonawca zobowiązuje się do oddania przewidzianego w umowie obiektu jak i do wykonania określonych robót budowlanych. Obowiązek wykonania robót budowlanych potrzebnych do finalnego oddania obiektu jest funkcjonalnie przyporządkowany temu ostatecznemu celowi umowy i niewątpliwie obciąża wykonawcę. Przepisy kc w zakresie umowy o roboty budowlane odnoszą się do realizacji robót budowlanych wskazując po stronie wykonawcy obowiązek wykonania robót jako obowiązek dłużny. Zatem kwestionowane postanowienia projektowanej umowy odnoszą do przedmiotu umowy i robót budowlanych jako całości. Wykonanie wszystkich robót

budowlanych objętych przedmiotem umowy upoważnia do zgłoszenia do odbioru końcowego.

W ocenie Zamawiającego zarzuty Odwołującego nie zasługują na uwzględnienie z uwagi brak wykazania przytoczonych w odwołaniu naruszeń Pzp czy też kc a zatem nie wpływają na wynik postępowania i na możliwość prawidłowej kalkulacji ceny oferty.

KIO 924/22

1 kwietnia 2022 r. wykonawca Polimex Infrastruktura Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (dalej: Odwołujący Polimex), wniósł odwołanie i zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 99 ust. 1 i 2 w zw. z art. 16 oraz art. 17 ust. 2 Pzp oraz art. 353¹ Kc, art. 5 Kc w zw. z art. 8 ust. 1 Pzp przez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny i niewyczerpujący oraz nieuwzględniający wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty oraz oszacowanie kosztów wykonania przedmiotu zamówienia z uwagi na fakt, że dokumentacja postępowania udostępniona wykonawcom przez Zamawiającego nie pozwala na jednoznaczne określenie zakresu prac do wykonania w ramach zamówienia, w szczególności ze względu na to, że obowiązki wykonawcy obejmują również czynności do wykonania po zakończeniu innych „etapów” budowy szkoły – nieobjętych zamówieniem (jak co najmniej wykonanie 2 etapu budowy budynku szkoły obejmującego wykonanie w budynku robót wykończeniowych; budowę zagospodarowania terenu szkoły podstawowej, budowę budynku przedszkola, w tym planowanej w nim stacji transformatorowej, która jest konieczna do docelowego zasilenia w energię elektryczną budynku szkoły podstawowej), mimo że Zamawiający nie określa precyzyjnie i jednoznacznie zakresu tych „innych etapów” ani terminów ich realizacji, podczas gdy jedynie wykonanie prac składających się na wszystkie „etapy” budowy szkoły (również te nieobjęte zakresem zamówienia) umożliwi wykonawcy wypełnienie wszystkich zobowiązań z umowy dotyczącej zamówienia (tj. m.in.: przygotowanie kompletnej dokumentacji powykonawczej, przygotowanie budynku szkoły do procedur odbiorowych, a ostatecznie wykonanie odbiorów przez Powiatowego Inspektora Nadzoru Budowlanego – stosownie do wymagań wynikających z § 4 ust. 1 pkt 34), 36), 37) oraz 40) Projektu umowy), co uniemożliwia należyte skalkulowanie ceny oferty i skutkować będzie nieporównywalnością ofert w postępowaniu, a w efekcie narusza zasadę przejrzystości postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz zasady uczciwej konkurencji,
2. art. 99 ust. 1 i 2 w zw. z art. 16 oraz art. 17 ust. 2 Pzp oraz art. 353¹ kc, art. 5 kc w zw. z art. 8 ust. 1 Pzp przez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób

niejednoznaczny i niewyczerpujący oraz nieuwzględniający wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty oraz oszacowanie kosztów wykonania przedmiotu zamówienia, z uwagi na nałożenie na wykonawcę obowiązku usunięcia z terenu inwestycji, w ramach wynagrodzenia ryczałtowego pozostałości konstrukcji podziemnych budynków, które w przeszłości znajdowały się na tym terenie, mimo braku określenia przez Zamawiającego lokalizacji, przebiegu, ilości i wielkości elementów podlegających rozbiórce,

3. art. 99 ust. 1 i 2 w zw. z art. 16 oraz art. 17 ust. 2 Pzp oraz art. 353¹ kc, art. 5 kc w zw. z art. 8 ust. 1 Pzp przez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny i niewyczerpujący oraz nieuwzględniający wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty oraz oszacowanie kosztów realizacji przedmiotu zamówienia, z uwagi na nałożenie na wykonawcę obowiązku przeprowadzenia, w ramach wynagrodzenia ryczałtowego, o którym mowa w § 7 ust. 1 Projektu umowy, remediacji gruntu, mimo, że Zamawiający nie udostępnił podstawowych danych pozwalających na wycenę tego elementu zamówienia,
4. art. 99 ust. 1 i 2 oraz 103 ust. 1 w zw. z art. 16 oraz art. 17 ust. 2 Pzp w zw. z art. 20 ust. 1 w zw. z art. 18 ust. 1 pkt 1 ustawy Prawo budowlane w zw. z art. 647 kc oraz art. 353¹ kc, art. 5 kc w zw. z art. 8 ust. 1 Pzp przez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny i niewyczerpujący oraz nieuwzględniający wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty oraz oszacowanie kosztów wykonania przedmiotu zamówienia, z uwagi na nałożenie na wykonawcę obowiązku przeprowadzenia, w ramach wynagrodzenia ryczałtowego, uzupełniających badań gruntowych, których wyniki mogą implikować konieczność zmiany sposobu wykonania przez wykonawcę posadowienia budynku, którego koszty nie są możliwe do ustalenia na podstawie dokumentacji postępowania,
5. art. 439 Pzp przez brak ujęcia w § 14 ust. 3 pkt 6) lit. f) Projektu umowy wszystkich elementów tzw. „klauzuli waloryzacyjnej” wymaganych tym przepisem, w szczególności określenia poziomu zmiany cen materiałów lub kosztów uprawniających strony do żądania zmiany wynagrodzenia,
6. art. 433 pkt 1 Pzp w zw. z art. 16 pkt 3 Pzp oraz art. 483 § 1 w zw. z art. 353¹ kc oraz z art. 5 kc w zw. z art. 8 ust. 1 Pzp przez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób sprzeczny z ww. przepisami z uwagi na zastrzeżenie w § 10 ust. 2 lit. a), b), e) oraz h) Projektu umowy kar umownych za opóźnienie – a nie zwłokę - w wykonaniu obowiązków określonych w ww. postanowieniach Projektu umowy, mimo, że zgodnie z art. 433 Pzp projekt umowy w sprawie zamówienia publicznego może

przewidywać kary za opóźnienie tylko o ile jest to uzasadnione okolicznościami zamówienia,

7. art. 99 ust. 1 i 2 w zw. z art. 16 oraz art. 17 ust. 2 Pzp w zw. z art. 647 kc oraz art. 353¹ kc, art. 5 kc w zw. z art. 8 ust. 1 Pzp przez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób niezgodny z podstawowymi zasadami umowy o roboty budowlane i naruszający zasadę równouprawnienia stron stosunku zobowiązaniowego przez zastrzeżenie w § 6 ust. 15 zd. 1 Wzoru umowy, że „Roboty uważa się za odebrane przez Zamawiającego pod warunkiem złożenia przez niego w protokole odbioru robót oświadczenia o ich odbiorze bez zastrzeżeń jak i potwierdzenia w protokole dopełnienia przez Wykonawcę wszystkich pozostałych wynikających z umowy obowiązków”, podczas gdy jednym z podstawowych obowiązków zamawiającego jest dokonanie odbioru wykonanych przez wykonawcę robót, zaś ewentualne ujawnienie wad nieistotnych (usterek), które nie wpływają na możliwość użytkowania obiektu i są możliwe do ich niezwłocznego usunięcia, nie może stanowić podstawy do odmowy dokonania odbioru obiektu,
8. art. 105 i 106 Pzp w zw. z art. 16 oraz art. 17 ust. 2 Pzp przez nałożenie na wykonawców w SWZ (Część 9 pkt 1 ppkt 4 w zw. z pkt 11) oraz w załączniku 11 do SWZ obowiązku przedstawienia wraz z ofertą przedmiotowych środków dowodowych wymienionych w załączniku nr 11 do SWZ, mimo, że wykonawcy robót budowlanych nie muszą być jednocześnie wytwórcami systemów stalowych lub systemów elewacji,
9. art. 99 ust. 1 i 2 w zw. z art. 16 oraz art. 17 ust. 2 Pzp oraz art. 353¹ kc, art. 5 kc w zw. z art. 8 ust. 1 Pzp przez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób naruszający zasadę równouprawnienia stron stosunku zobowiązaniowego oraz ekwiwalentności świadczeń z uwagi na niedopuszczenie zmiany wynagrodzenia wykonawcy w przypadku wystąpienia okoliczności, o których mowa w § 14 ust. 3 pkt 3 Wzoru umowy skutkujących koniecznością zmiany technologii robót budowlanych zastosowania wyrobów budowlanych i urządzeń technicznych, co narusza zasady uczciwej konkurencji.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. uzupełnienia opisu przedmiotu zamówienia przez jednoznaczne określenie i precyzyjne „rozgraniczenie” (uwzględniające wskazanie punktów styku) zakresu zamówienia objętego postępowaniem oraz zakresu i terminów realizacji zamówień, które zostały lub zostaną objęte przez Zamawiającego innymi zamówieniami

publicznymi, a których wykonanie warunkuje oddanie do użytkowania budynku szkoły podstawowej będącego przedmiotem zamówienia, w tym przez:

- a. prawidłowe zdefiniowanie w § 1 ust. 1 Wzoru umowy pojęć „przedmiot umowy” oraz „budowa”,
 - b. jednoznaczne wskazanie, że uzyskanie decyzji o pozwoleniu na użytkowanie szkoły podstawowej stanowi obowiązek Zamawiającego, ewentualnie w przypadku, w którym ma to stanowić obowiązek wykonawcy modyfikację Projektu umowy w taki sposób by Zamawiający przyjął na siebie odpowiedzialność za:
 - i. skutki nieprawidłowego wykonania obowiązków przez innych wykonawców (odpowiedzialnych za realizację „innych etapów”)
 - ii. zapewnienie współpracy z wykonawcą przy kompletowaniu dokumentacji niezbędnej do uzyskania pozwolenia na użytkowanie szkoły podstawowej, co jest istotne z punktu widzenia oszacowania ryzyka związanego z zakresem obowiązków i odpowiedzialności w związku z realizacją przedmiotowego zamówienia,
2. udostępnienia wykonawcom decyzji Prezydenta m.st. Warszawy nr 4/A/2022 z 11 stycznia 2022 r. w przedmiocie pozwolenia na budowę szkoły podstawowej, której budowa stanowi przedmiot zamówienia,
 3. dokonania zmiany § 14 ust. 3 pkt 3 Wzoru umowy przez wskazanie, że w przypadku niewykonania lub nieterminowego wykonania przez inne podmioty realizacji „kolejnych” etapów inwestycji pn. „Budowa zespołu szkolno-przedszkolnego w rejonie ul. Hennela” mających wpływ na budowy (które zgodnie z wnioskiem zawartym w punkcie 1 powyżej powinny zostać dokładnie opisane przez Zamawiającego) „zmiana terminu wykonania umowy o czas trwania przeszkody” będzie automatyczna,
 4. uzupełnienia opisu przedmiotu zamówienia o informacje pozwalające wykonawcom na należyłą wycenę prac dotyczących usunięcia pozostałości po budynkach dawnych zakładów Ursusa, ewentualnie „wyodrębnienia” przedmiotowych prac z zakresu zamówienia objętego wynagrodzeniem ryczałtowym i przewidzenia z tego tytułu rozliczenie obmiarowego np. wg stawki za metr sześcienny usuwanego fundamentu,
 5. udostępnienia wykonawcom charakterystyki stopnia zanieczyszczenia podłoża gruntowego wykonanej przez Pracownię Badań Geotechnicznych „GEOBUD” oraz decyzji mazowieckiego Regionalnego Dyrektora Ochrony Środowiska ustalającej plan remediacji gruntu na przyszłym terenie budowy,
 6. uzupełnienia dokumentacji projektowej o dodatkowe badania podłoża gruntowego, potwierdzające założenia projektowe oraz prawidłowość projektowanego

posadowienie budynku ewentualnie „wyodrębnienie” przedmiotowych prac z zakresu zamówienia objętego wynagrodzeniem ryczałtowym i przewidzieć z tego tytułu rozliczenie obmiarowego.

7. dokonania następującej zmiany w § 14 ust. 3 pkt 6) Wzoru umowy:

„Poza innymi przypadkami wymienionymi w umowie, zgodnie z art. 455 ustawy Prawo zamówień publicznych, przewiduje się możliwość dokonania istotnych zmian postanowień umowy w stosunku do treści oferty na podstawie której dokonano wyboru wykonawcy, dotyczących: (...)

6) wynagrodzenia w stosunku do umownego wynagrodzenia określonego w § 7 ust. 1 umowy w następujących przypadkach: (...)

f) gdy nastąpi zmiana cen materiałów (wyrobów) budowlanych lub kosztów związanych z realizacją zamówienia o co najmniej 1% w stosunku do stawek lub cen przyjętych w ostatnim wydawnictwie SEKOCENBUD opublikowanym przed terminem składania ofert w Postępowaniu - jeżeli zmiany te będą miały wpływ na koszty wykonania budowy - Zamawiający dopuszcza zmianę raz w roku kalendarzowym (zwiększenie lub zmniejszenie) wynagrodzenia Wykonawcy, zgodnie ze zmianą wskaźnika cen produkcji budowlano-montażowej w zakresie budowy budynków, publikowanego przez Główny Urząd Statystyczny. Zmiana wynagrodzenia będzie możliwa raz na dany rok, tj. po upływie 12 miesięcy od daty zawarcia umowy, zaś kolejna po upływie 24 miesięcy od dnia zawarcia umowy. Zmiana może obejmować jedynie elementy robót budowlanych, które pozostały jeszcze do wykonania zgodnie z zatwierdzonym przez Zamawiającego harmonogramem rzeczowo-finansowym realizacji budowy. Zamawiający dopuszcza zmianę (zwiększenie lub zmniejszenie) wynagrodzenia Wykonawcy, a Wykonawca wyraża na to zgodę, w przypadku zmiany wskaźnika cen produkcji budowlano-montażowej w zakresie budowy budynków, łącznie nie więcej niż o 10 % wartości umowy w zakresie zmniejszenia, czy zwiększenia wynagrodzenia Wykonawcy”.

8. dokonania zmian w § 10 ust. 2 lit. a), b), e) oraz h) Projektu umowy przez zastąpienie ujętych tam kar umownych za opóźnienie, karami umownymi za zwłokę,

9. zmiany terminu składania ofert o czas niezbędny do wprowadzenia zmian w Ogłoszeniu i SWZ,

10. rezygnacji z wymogu przedkładania wraz z ofertą przedmiotowych środków dowodowych wymienionych w załączniku nr 11 do SWZ.

W toku posiedzenia niejawnego Odwołujący oświadczył, że wycofuje zarzuty nr 2, 3, 4, 5, 8 i 9 odwołania.

W uzasadnieniu podtrzymanych zarzutów odwołania Odwołujący wskazał m.in.:

Zarzut nr 1

Zgodnie z § 1 ust. 3 zd. 1 Projektu umowy: „Zakres rzeczowy przedmiotu umowy określa projekt budowlany pn. „Budowa szkoły podstawowej i rozbiórka budynku stacji Trafo przy ul. T. Hennela/Silnikowej w Warszawie wraz z niezbędną infrastrukturą i zagospodarowaniem oraz przyłączem telekomunikacyjnym” z lipca 2021 r., zatwierdzony Decyzją Prezydenta m.st. Warszawy nr 4/A/2022 z 11 stycznia 2022 r. oraz branżowe projekty wykonawcze opracowane w grudniu 2021 r., branżowe specyfikacje techniczne wykonania i odbioru robót (zwane dalej w umowie STWiOR) i opis przedmiotu zamówienia”.

Z kolei § 4 ust. 1 pkt 1) Projektu umowy brzmi: „Wykonawca, w ramach wynagrodzenia za wykonanie przedmiotu umowy, w szczególności zobowiązany jest do:

- 1) kompleksowej realizacji budowy, zgodnie z dokumentacją projektową (projektem budowlanym i wykonawczym wszystkich branż), obowiązującymi przepisami prawa, normami technicznymi, instrukcjami producentów wyrobów budowlanych warunkami zawartymi w Specyfikacji Technicznej Wykonania i Odbioru Robót, zgodnie ze sztuką budowlaną oraz harmonogramem rzeczowo-finansowym zatwierdzonym przez Zamawiającego, (...)

Jednocześnie nazwa Zamówienia brzmi „Budowa budynku szkoły podstawowej przy ul. Hennela/Silnikowej w Warszawie”.

W ocenie Odwołującego Polimex mogłoby się więc wydawać, że wykonawca, z którym Zamawiający zawrze umowę zobowiązany będzie wykonać kompleksowe roboty budowlane potrzebne do wybudowania, wykończenia i przekazania do użytkowania budynku szkoły podstawowej. Takie wrażenie wzmacniają m.in. obowiązki wykonawcy wymienione w § 4 ust. 1 pkt 34), 36), 37) oraz 40) Projektu umowy, tzn.:

- 34) dokonywanie przez osoby uprawnione po stronie Wykonawcy wpisów do dziennika budowy, w tym zgłaszanie robót do odbioru oraz sporządzanie wymaganej przez przepisy prawa w zakresie wykonanych robót dokumentacji powykonawczej,
- 36) wykonanie dokumentacji powykonawczej przedmiotu umowy,
- 37) po zakończeniu robót budowlanych budowy i po potwierdzeniu przez inspektorów nadzoru inwestorskiego prawidłowości wykonania dokumentacji powykonawczej budowy, zgłoszenia robót budowlanych do odbioru końcowego,
- 40) Udział kierownika budowy budynku szkoły oraz kierowników robót danej specjalności w procedurze oddania wybudowanego obiektu budowlanego do użytkowania (w tym przygotowania stosownych oświadczeń, czy innych dokumentów wymaganych przepisami prawa, udział w inspekcjach organów państwowych) do czasu wydania ostatecznej decyzji zezwalającej na użytkowanie

obiektu budowlanego przez Powiatowego Inspektora 9 Nadzoru Budowlanego dla m.st. Warszawy.

Odwołujący wskazał, że część prac niezbędnych do oddania budynku szkoły do użytkowania (oraz do uzyskania pozwolenia na użytkowanie) nie została objęta przedmiotem zamówienia. Chodzi m.in. o:

1. wykonanie 2 etapu budowy budynku szkoły obejmującego wykonanie w budynku robót wykończeniowych;
2. budowę zagospodarowania terenu szkoły podstawowej (w szczególności drogi dojazdowe/drogi wewnętrzne, chodniki itp.),
3. budowę budynku przedszkola, w tym planowanej w nim stacji transformatorowej, która jest konieczna do docelowego zasilenia w energię elektryczną budynku szkoły podstawowej, co wynika z 14 ust. 3 pkt 2) lit. a) Wzoru umowy, zgodnie z którym Zamawiający dopuszcza zmianę umowy o Zamówienie w zakresie terminów zakończenia przedmiotu umowy w przypadkach „braku lub nieterminowej (opóźnionej) realizacji przez Zamawiającego kolejnych etapów inwestycji pn. „Budowa zespołu szkolno-przedszkolnego w rejonie ul. Hennela”.

Jednocześnie w § 1 ust. 3 lit. b) tir. 8 Wzoru umowy – określając przedmiot Zamówienia - Zamawiający wskazał, że do zakresu prac wykonawcy należy „Budowa I etapu inwestycji obejmująca rozbiórkę stacji Trafo, budowę budynku szkoły podstawowej, w tym: (...) wykonanie wykończenia wewnętrznego pomieszczeń na 3 kondygnacji budynku, w tym posadzki, ściany, sufity, drzwi wewnętrzne”.

To w wyniku zestawienia ze sobą ww. postanowień Wzoru umowy wykonawca dokonuje swoistego dekryptowania zakresu zamówienia, przyjmując, że skoro Zamawiający wymienia wykończenie trzeciej kondygnacji szkoły jako prace składające się na zakres zamówienia (por. § 1 ust. 3 lit. b) tir. 8 Wzoru umowy), a jednocześnie wskazuje, że jakieś prace wykończeniowe będą wykonane w ramach 2 etapu budowy, za który odpowiada Zamawiający, to należy przyjmować, że do zakresu 2 etapu wchodzi prace wykończeniowe na pierwszych dwóch kondygnacjach. Na skutek analogicznych analiz (tj. np. wnioskowania o zakresie zamówienia w związku z „brakami” dokumentacji postępowania w zestawieniu z przywołanymi powyżej postanowieniami Wzoru umowy, Odwołujący ustalił, że w zakres zamówienia nie wchodzi również (poza wykończeniem pierwszej i drugiej kondygnacji budynku szkoły):

1. zagospodarowanie terenu budowy w zakresie dróg dojazdowych / dróg wewnętrznych oraz ciągów pieszych,
2. prace wykończeniowe na szlakach komunikacyjnych oraz częściach wspólnych,
3. wykonanie stacji transformatorowej oraz drogi dojazdowej, które są objęte innym pozwoleniem na budowę, w granicach działki nr 124/3, która jest poza zakresem

opracowania niniejszego Postępowania, który nie jest realizowany, a wyłącznie widnieje w planach przetargowych Zamawiającego.

Konieczność ustalania zakresu przedmiotu zamówienia przez prowadzenie tego rodzaju analiz świadczy bez wątpienia o tym, że Zamawiający nie dopełnił obowiązku opisanie przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i nie budzący wątpliwości. Doświadczenie wykonawcy nakazuje poddać w wątpliwość racjonalność wydzielania do odrębnego zamówienia prac wykończeniowych na dwóch pierwszych kondygnacjach budynku szkoły przy jednoczesnym powierzeniu takich samych prac do wykonania wykonawcy, z którym Zamawiający zawrze umowę. W oparciu o postanowienia dokumentacji wykonawca może co najwyżej domyślać się, że ww. „etapy”/inne zamówienia będą realizowane w jakimś stopniu równoległe do przedmiotu zamówienia objętego postępowaniem.

Nie ulega wątpliwości, że prawidłowa realizacja przez wykonawcę ww. obowiązków z zakresu sporządzenia dokumentacji powykonawczej nie będzie możliwe, dopóki nie zakończy się realizacja prac, które nie wchodzą w ogóle w zakres zamówienia i pozostają poza kontrolą wykonawcy. Przygotowanie kompletnej dokumentacji powykonawczej przez wykonawcę Zamówienia wymaga bowiem m.in. ujęcia w niej:

1. dowodów dopuszczenia do stosowania w budownictwie materiałów i wyrobów budowlanych, urządzeń technicznych (również tych, które będą wykonywane przez wykonawców innych „etapów” na podstawie umów o inne zamówienia),
2. gwarancji producentów na wbudowane wyroby budowlane, czy urządzenia techniczne (również te wbudowane/dostarczone przez wykonawców innych zamówień),
3. dokumentacji projektowej z naniesionymi zmianami zatwierdzonymi przez projektanta branżowego i kierownika budowy (również co do zakresu nieobjętego Zamówieniem),
4. planu przeglądu i konserwacji instalacji, czy urządzeń technicznych wykonanej budowy (również w zakresie nieobjętym przedmiotem Zamówienia).

Bez ww. dokumentów wykonawca Zamówienia nie będzie mógł zrealizować obowiązków, o których mowa m.in. w § 4 ust. 1 pkt 34), 36), 37) oraz 40) Projektu umowy. Co więcej, wykonanie wybranych prac warunkowane jest pod względem technologicznym wykonaniem prac niewchodzących w zakres przedmiotu zamówienia. Przykładem może być, np. montaż armatury sanitarnej przy braku wykończonych powierzchni na dwóch pierwszych kondygnacjach oraz brak możliwości montażu galanterii wentylacyjnej (brak sufitów podwieszanych na kondygnacji 0 / +1), itp.

Ogół ww. wątpliwości tj. zarówno brak jednoznacznego określenia zakresów prac do wykonania w ramach Zamówienia, jak również poszczególnych innych „etapów” budowy szkoły, które mają stanowić odrębne zamówienia udzielane przez Zamawiającego, brak określenia terminów realizacji tych „innych etapów” przez innych wykonawców, powoduje

niepewność zarówno co do zakresu prac objętych zamówieniem, jak również możliwości dochowania terminów realizacji poszczególnych obowiązków przewidzianych przez Zamawiającego, co uniemożliwia należytą wyceny przedmiotu zamówienia i prawidłowe skalkulowanie ceny oferty.

Ukształtowanie zakresu zamówienia w powyższy sposób rodzi dodatkowo problem rozgraniczenia odpowiedzialności kierownika budowy, a przez to również wykonawcy, za prace wykonane przez inne podmioty – co generuje dodatkowe, trudne do wyceny ryzyka.

Zarzut nr 6

Odwołujący Polimex w uzasadnieniu zarzutu podniósł argumentację zbliżoną do argumentacji Odwołującego Alstal zawartej w zarzucie nr 1 odwołania KIO 922/22.

Zarzut nr 7

Odwołujący Polimex w uzasadnieniu zarzutu podniósł argumentację zbliżoną do argumentacji Odwołującego Alstal zawartej w zarzucie nr 2 odwołania KIO 922/22.

14 kwietnia 2022 r. Zamawiający złożył pisemną odpowiedź na odwołanie. Zamawiający wniósł o przeprowadzenie dowodu z tych samych dokumentów, które zostały wskazane w odpowiedzi na odwołanie o sygn. akt KIO 922/22. W zakresie zarzutu nr 1, 6 i 7 odwołania Zamawiający wniósł o jego oddalenie i wskazał m. in.:

Zarzut nr 1

W tytule postępowania, opisie przedmiotu zamówienia i postanowieniach umownych został wyraźnie określony zakres rzeczowy robót budowlanych. Powyższe uszczegóławia dokumentacja projektowo-kosztorysowa, tj. projekt budowlany, projekt wykonawczy wszystkich branż, STWiOR wszystkich branż oraz załączone jako materiał pomocniczy przedmiary robót. Nie uzasadnione jest twierdzenie Odwołującego, że wypełnienie wszystkich podanych przez Odwołującego etapów budowy szkoły podstawowej i przedszkola, uniemożliwia mu przygotowanie dokumentacji powykonawczej przedmiotu umowy, określonej w § 4 ust. 1 pkt 36 umowy. Wyraźnie wskazano, że wykonawca ma przygotować dokumentację powykonawczą przedmiotu umowy, a nie dokumentację powykonawczą całej inwestycji, po jej zakończeniu. Na etapie przygotowania oferty w postępowaniu wykonawca jest w stanie skalkulować udział kierownika budowy budynku szkoły oraz kierowników robót danej specjalności w procedurze oddania wybudowanego

obiektu budowlanego do użytkowania. Z doświadczenia Zamawiającego procedura ta trwa 2-3 miesiące, z udziałem inspekcji Państwowej Straży Pożarnej, Państwowej Inspekcji Sanitarnej i Powiatowego Inspektora Nadzoru Budowlanego. Koszty związane z udziałem kierownika budowy i kierowników robót są znikome przy kosztach budowy budynku szkoły. Rozpoczęcie procedury oddania obiektu do użytkowania zależy od zakończenia wszystkich etapów budowy szkoły i wybudowaniu w przedszkolu stacji transformatorowej stanowiącej zasilanie w energię elektryczną dla szkoły. Ze względu na to, że wskazane powyżej organy Państwowej Straży Pożarnej i Państwowej Inspekcji Sanitarnej zajmują stanowisko w zakresie zgodności wykonania obiektu budowlanego zgodnie z projektem w procesie oddania obiektu do użytkowania, może zostać stwierdzona okoliczność istnienia wady determinującej oddanie obiektu do użytkowania. Zatem zgodnie z art. 22 pkt 9 ustawy Prawo budowlane obowiązkiem kierownika budowy jest zapewnienie usunięcia stwierdzonych wad, wobec czego uczestniczenie kierownika budowy w procedurze oddania obiektu do użytkowania jest uzasadnione.

W zakresie zarzutów nr 6 i 7 Zamawiający podniósł argumentację analogiczną jak w przypadku zarzutów nr 1 i 2 odwołania KIO 922/22.

Po przeprowadzeniu rozprawy Izba, uwzględniając dokumentację przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności treść specyfikacji warunków zamówienia, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron i przystępujących zawarte w odwołaniu, odpowiedziach na odwołania, a także wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, ustaliła i zważyła, co następuje.

Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołań, wynikających z art. 528 Pzp.

Rozpoznając odwołanie Izba przeprowadziła dowody z dokumentacji postępowania, ze szczególnym uwzględnieniem Załącznika nr 2 do SWZ (Projekt umowy), a także dowody z dokumentów wskazanych przez strony.

KIO 922/22

Zarzut nr 1

W § 10 Projekt umowy Zamawiający wskazał:

„§ 10 Odpowiedzialność za niewykonanie lub nienależyte wykonanie umowy

1. Strony ustalają odpowiedzialność za niewykonanie lub nienależyte wykonanie robót w formie kar umownych.
2. Wykonawca zapłaci Zamawiającemu kary umowne:
 - a) za opóźnienie w wykonaniu danego etapu robót budowlanych, w wysokości 0,1 % wynagrodzenia umownego brutto za każdy rozpoczęty dzień opóźnienia, liczony od dnia umownego wymienionego w § 3 ust. 1 punkt a, b, c niniejszej umowy, do dnia zgłoszenia danego etapu robót budowlanych do odbioru, po którym nastąpił ich odbiór bez zastrzeżeń, albo do dnia odstąpienia od umowy przez Zamawiającego,
 - b) za opóźnienie w usunięciu zgłoszonych wad w okresie gwarancji jakości lub rękojmi za wady wysokości 2 000 zł., za każdy rozpoczęty dzień opóźnienia, liczony od dnia wyznaczonego przez Zamawiającego na ich usunięcie, do dnia ich usunięcia (...),
 - e) z tytułu braku zapłaty lub nieterminowej zapłaty wynagrodzenia należnego podwykonawcom lub dalszym podwykonawcom, w wysokości 1 000 zł brutto (słownie: jeden tysiąc złotych) za każdy rozpoczęty dzień opóźnienia w nieterminowej zapłacie wynagrodzenia (...),
 - h) z tytułu braku zmiany umowy o podwykonawstwo w zakresie terminu zapłaty w wysokości 500 zł. brutto (słownie: pięćset złotych), za każdy rozpoczęty dzień opóźnienia, liczony od dnia wyznaczonego przez Zamawiającego na dokonanie zmiany do dnia dokonania tejże zmiany (...).”

Zgodnie z art. 433 pkt 1 Pzp projektowane postanowienia umowy nie mogą przewidywać odpowiedzialności wykonawcy za opóźnienie, chyba że jest to uzasadnione okolicznościami lub zakresem zamówienia.

Odwołujący Alstal (oraz Odwołujący Polimex w zarzucie nr 6 odwołania KIO 924/22) przyjął wobec zacytowanych wyżej postanowień Projekt umowy, że intencją Zamawiającego jest, wbrew dyspozycji art. 433 pkt 1 Pzp, obciążenie wykonawcy odpowiedzialnością nie tylko za niedotrzymanie terminu realizacji przedmiotu zamówienia z powodu okoliczności leżących po stronie tego wykonawcy, ale również za przypadki, za które wykonawca nie odpowiada. Tak rozumiana odpowiedzialność byłaby wprost sprzeczna z art. 433 pkt 1 Pzp.

Biorąc pod uwagę stanowisko Zamawiającego Izba uznała, że obie strony zakres odpowiedzialności wykonawcy określony w § 10 ust. 2 lit. a, b, e i h rozumieją w dokładnie taki sam sposób. Nie ulega wątpliwości, że Zamawiający ma zamiar interpretować

kwestionowane postanowienia Projektu umowy w sposób zgodny z art. 471 Kc, zgodnie z którym dłużnik obowiązany jest do naprawienia szkody wynikłej z niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania, chyba że niewykonanie lub nienależyte wykonanie jest następstwem okoliczności, za które dłużnik odpowiedzialności nie ponosi. Art. 433 pkt 1 Pzp, którego naruszenie zarzucił Zamawiającemu Alstal zabrania rzeczywistego obarczenia wykonawcy odpowiedzialnością również za okoliczności, za które ten wykonawca nie odpowiada, zatem postanowienia Projektu umowy nie mogą być sprzeczne z art. 471 Kc, co na gruncie przedmiotowego postępowania nie ma miejsca. Oświadczenie Zamawiającego w tym zakresie jest jednoznaczne i jest ono dla niego wiążące. Skoro zatem Zamawiający rozumie postanowienia § 10 ust. 2 lit. a, b, e i h wzoru umowy tak samo jak Odwołujący, to nie doszło do naruszenia art. 433 pkt 1 Pzp. W konsekwencji zarzut nr 1 podlegał oddaleniu.

Zarzut nr 2

W § 6 ust. 13, 14 i 15 Projektu umowy Zamawiający wskazał:

13. Jeżeli w toku odbiorów robót zostaną stwierdzone wady, Zamawiający:

- a) ma prawo odmówić odbioru robót do czasu usunięcia wad, jeżeli wady nadają się do usunięcia i wyznaczyć termin technicznie możliwy na ich usunięcie;
- b) jeżeli stwierdzone wady nie nadają się do usunięcia Zamawiający ma prawo odstąpić od umowy z winy Wykonawcy.

14. Za dzień wykonania robót Strony uznają dzień podpisania protokołu usunięcia wad wymienionych w protokole odbioru robót.

15. Roboty uważa się za odebrane przez Zamawiającego pod warunkiem złożenia przez niego w protokole odbioru robót oświadczenia o ich odbiorze bez zastrzeżeń jak i potwierdzenia w protokole dopełnienia przez Wykonawcę wszystkich pozostałych wynikających z umowy obowiązków. Do protokołu odbioru robót, dla potwierdzenia wykonania przez Wykonawcę obowiązków nałożonych umową, winny być załączone wymagane dokumenty i oświadczenia przekazane przy odbiorach.

W SWZ oraz załącznikach do SWZ nie zostało zdefiniowane pojęcie wady, tym samym należy je rozumieć w sposób zgodny z przepisami Kodeksu cywilnego.

Zgodnie z art. 647 Kc 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.

Umowa o roboty budowlane jest umową rezultatu, a jej istotą jest osiągnięcie z góry określonego efektu. W świetle przytoczonego wyżej art. 647 Kc obowiązkiem wykonawcy robót budowlanych jest oddanie inwestorowi określonego w umowie obiektu, wykonanego zgodnie z projektem i z zasadami wiedzy technicznej. Natomiast obowiązkiem inwestora jest między innymi odebranie obiektu i zapłata umówionego wynagrodzenia. Odmowa odbioru może nastąpić jedynie wówczas, gdy wybudowany obiekt dotknięty jest wadami istotnymi. W sytuacji gdy wykonawca zgłosił zakończenie robót budowlanych i brak jest wad istotnych, inwestor ma obowiązek ich odbioru. Inwestor uprawniony jest oczywiście do oceny jakości odebranych robót, co może zostać odzwierciedlone w protokole odbioru. Przyjętą praktyką jest przy tym wyznaczenie terminu do usunięcia stwierdzonych w toku czynności odbiorowych usterek, które należy rozumieć jako wady nieistotne – wady nie uniemożliwiające prawidłowej eksploatacji wybudowanego obiektu. Stwierdzenie takich wad nieistotnych nie daje jednak inwestorowi prawa do odmowy odbioru przedmiotu robót budowlanych - odmowa odbioru będzie uzasadniona jedynie w przypadku, gdy stwierdzone wady będą na tyle istotne, że obiekt nie będzie się nadawał do użytkowania. Inwestor może dochodzić usunięcia wad na podstawie uprawnień wynikających z rękojmi lub gwarancji, ale nie wpływa to na obowiązek odbioru robót budowlanych i zapłaty wynagrodzenia za ich realizację.

W ocenie Izby kwestionowane przez Odwołującego Alstal postanowienia Projektu umowy nie są sprzeczne z wyżej opisanymi zasadami odbioru robót budowlanych wynikających z art. 647 Kc. Zamawiający nie zawarł żadnego postanowienia, któremu można przypisać znaczenie niezgodne z tym przepisem. Fakt, że Zamawiający nie wskazał, że wady nieistotne nie będą stały na przeszkodzie odbioru robót budowlanych nie oznacza, iż ma on zamiar postępować niezgodnie z art. 647 Kc. Podkreślenia wymaga, że postanowienia umowy nie muszą zawierać regulacji dotyczących każdego szczegółu wzajemnych obowiązków stron umowy w sytuacji, gdy obowiązki te zostały określone w przepisach prawa.

W konsekwencji Izba uznała, że Zamawiający nie naruszył wskazanych przez Odwołującego Alstal przepisów prawa i oddaliła zarzut nr 2.

Zarzut nr 3

Zarzut dotyczy § 6 ust. 10 i 11 Projektu umowy, które stanowią:

10. W przypadku wykonywania robót, dostaw lub usług związanych z realizacją robót przez podwykonawców/dalszych podwykonawców, Wykonawca w dniu zgłoszenia Zamawiającemu robót do odbioru zobowiązany jest do doręczenia n/w dokumentów, które powinny odnosić się do podlegających odbiorowi robót, dostaw lub usług

związanych z wykonaniem umowy zrealizowanych przez podwykonawców lub dalszych podwykonawców:

- 1) protokołu odbioru robót, dostaw lub usług związanych z realizacją robót wykonanych przez podwykonawców/dalszych podwykonawców,
 - 2) kopii faktur wystawionych przez podwykonawców/dalszych podwykonawców,
 - 3) kopii polecenia przelewu na kwoty wynikające z faktur podwykonawców/dalszych podwykonawców,
 - 4) dowodu zapłaty wymaganego wynagrodzenia dla podwykonawców lub dalszego podwykonawców na podstawie łączącej ich umowy; dowód zapłaty powinien odnosić się do tych zrealizowanych robót, dostaw lub usług związanych z realizacją robót przez podwykonawców lub dalszych podwykonawców, za prawidłową realizację których, Wykonawca będzie ubiegał się o zapłatę wynagrodzenia od Zamawiającego,
 - 5) pisemnego potwierdzenia przez podwykonawcę/dalszego podwykonawcę, którego wierzitelność jest częścią składową faktury Wykonawcy o dokonaniu terminowej zapłaty na rzecz tego podwykonawcy/dalszego podwykonawcy, a w przypadku niedotrzymania terminu, o otrzymaniu należnych mu odsetek z tytułu nieterminowej zapłaty.
11. W przypadku nieprzedstawienia przez Wykonawcę dokumentów, o których mowa w ust. 10, Zamawiający nie przystąpi do czynności odbiorowych robót zgłoszonych do odbioru.

Dla pełnej oceny ww. postanowień Projektu umowy istotne znaczenie ma również § 6 ust. 12:

12. Zamawiający dopuszcza przystąpienie do czynności odbiorowych bez złożenia wszystkich dokumentów przez Wykonawcę, o których mowa w ust. 10 pkt 3, 4, 5 jeżeli Wykonawca udokumentuje, że wstrzymanie lub odmowa zapłaty wynagrodzenia podwykonawcy/ dalszemu podwykonawcy była uzasadniona:
- 1) wystąpieniem wad istotnych w robotach, dostawach lub usługach związanych z realizacją robót wykonywanych przez podwykonawcę/dalszego podwykonawcę, a wady, które były przyczyną odmowy lub wstrzymania wynagrodzenia podwykonawcy/dalszemu podwykonawcy zostały usunięte przez Wykonawcę, co zostanie potwierdzone protokołem odbioru sporządzonym zgodnie z § 8 ust. 9,
 - 2) opóźnieniem w realizacji robót, dostaw lub usług związanych z realizacją robót wykonywanych przez podwykonawcę/dalszego podwykonawcę i naliczeniem

- z tego tytułu kar umownych przez Wykonawcę potrącanych z bieżącego wynagrodzenia podwykonawcy/dalszego podwykonawcy,
- 3) odstąpieniem przez Wykonawcę/podwykonawcę od umowy z podwykonawcą/dalszym podwykonawcą z winy podwykonawcy/dalszego podwykonawcy i naliczeniem z tego tytułu kar umownych przez Wykonawcę.

Biorąc pod uwagę powyższe postanowienia Projektu umowy Izba uznała, że zarzut nr 3 jest niezasadny. Fakt, że Zamawiający uzależnił przystąpienie do odbioru przedmiotu robót od uzyskania od wykonawcy określonych dokumentów nie oznacza, że § 6 ust. 11 Projektu umowy jest sprzeczny z art. 647 Kc. Przepis ten nie zabrania żądania przez Zamawiającego przedstawienia mu określonych dokumentów, ściśle zresztą związanych ze sposobem realizacji przedmiotu zamówienia przez wykonawcę. Dla Zamawiającego istotne jest, czy podwykonawcy realizujący przedmiot zamówienia otrzymali wynagrodzenie z tytułu wykonanych robót. Zamawiający może zażądać takich dokumentów, podobnie zresztą jak każdych innych potwierdzających realizację przedmiotu umowy w sposób zgodny z tą umową czy też dokumentacją projektową.

Przytoczony wyżej § 6 ust. 12 Projektu umowy pozwala z kolei wykonawcy oczekiwać, że Zamawiający przystąpi do czynności odbiorowych w sytuacji, gdy wykonawca nie zapłaci wynagrodzenia podwykonawcy w uzasadnionych, wymienionych w tym postanowieniu sytuacjach. Z tego względu w ocenie Izby kwestionowane przez Odwołującego Alstal postanowienia Projektu umowy nie jest sprzeczne z przepisami Pzp, a w konsekwencji zarzut podlegał oddaleniu.

Zarzut nr 4

Kwestionowany przez Odwołującego Alstal § 4 ust. 1 pkt 16 Projektu umowy brzmi: „Wykonawca, w ramach wynagrodzenia za wykonanie przedmiotu umowy, w szczególności zobowiązany jest do przerywania robót na żądanie Zamawiającego i zabezpieczenie wykonanych robót przed ich uszkodzeniem lub zniszczeniem”.

Odwołujący podniósł, że ww. postanowienie jest niezgodne z art. 636 Kc, zgodnie z którym:

- § 1. Jeżeli przyjmujący zamówienie wykonywa dzieło w sposób wadliwy albo sprzeczny z umową, zamawiający może wezwać go do zmiany sposobu wykonania i wyznaczyć mu w tym celu odpowiedni termin. Po bezskutecznym upływie wyznaczonego terminu zamawiający może od umowy odstąpić albo powierzyć poprawienie lub dalsze wykonanie dzieła innej osobie na koszt i niebezpieczeństwo przyjmującego zamówienie.

§ 2. Jeżeli zamawiający sam dostarczył materiału, może on w razie odstąpienia od umowy lub powierzenia wykonania dzieła innej osobie żądać zwrotu materiału i wydania rozpoczętego dzieła.

Stanowisko Odwołującego Alstal było niezasadne. Podkreślenia wymaga, że Zamawiający jako inwestor jest uprawniony do nakazania wstrzymania robót i nie stoi to w sprzeczności z art. 636 Kc. W ocenie Izby zarzut oparty został na podejrzeniu, że Zamawiający może wykorzystać powyższe uprawnienie w sposób niegodziwy i naruszający interesy wykonawcy przedmiotu zamówienia. Na obecnym etapie postępowania brak jest jednak jakichkolwiek podstaw do uznania, że Zamawiający mógłby podjąć takie działania. Nietrudno wyobrazić sobie z kolei sytuacje, w których czasowe wstrzymanie prac może być niezbędne z przyczyn obiektywnych (a nie ze względu na wadliwy lub sprzeczny z umową sposób realizacji przedmiotu zamówienia) i być w interesie tak Zamawiającego jak i publicznym.

W oczywistym interesie Zamawiającego jest terminowa i niezakłócona realizacja przedmiotu umowy, co zresztą Zamawiający podkreślał wskazując na obciążające go na podstawie umów zawartych z podmiotami trzecimi terminy zakończenia inwestycji. Nie ma zatem podstaw do przyjęcia, że Zamawiający wprowadzając do Projektu umowy § 4 ust. 1 pkt 16 naruszył równowagę stron umowy, czy też stworzył mechanizm pozwalający mu na ingerencję w prawidłowy przebieg procesu budowlanego.

W konsekwencji zarzut nr 4 został oddalony.

Zarzut nr 5

Odwołujący Alstal zakwestionował zgodność z art. 99 ust. 1 i 4 Pzp następujących postanowień Projektu umowy:

§ 4 Obowiązki wykonawcy

1. Wykonawca, w ramach wynagrodzenia za wykonanie przedmiotu umowy, w szczególności zobowiązany jest do:

- 37) po zakończeniu robót budowlanych budowy i po potwierdzeniu przez inspektorów nadzoru inwestorskiego prawidłowości wykonania dokumentacji powykonawczej budowy, zgłoszenia robót budowlanych do odbioru końcowego,
- 38) po uzyskaniu ostatecznej decyzji Powiatowego Inspektora Nadzoru Budowlanego dla m. st. Warszawy zezwalającej na użytkowanie wybudowanego obiektu budowlanego, zgłoszenia przedmiotu umowy do odbioru końcowego.

§ 6 - Odbiory robót budowlanych i przedmiotu umowy

1. Strony umowy ustalają, że będą dokonywały n/w odbiorów:

- c) odbioru końcowego robót przedmiotu umowy – po faktycznym zakończeniu wszystkich robót budowlanych objętych umową, jak i wykonanie przez Wykonawcę innych obowiązków nałożonych na niego umową. potwierdzonych

przez inspektorów nadzoru inwestorskiego. Rozliczenie odbioru końcowego robót stanowi 3% całkowitego wynagrodzenia Wykonawcy, o którym mowa w § 7 ust. 1 niniejszej umowy, tj. do 100% całkowitego wynagrodzenia Wykonawcy.

W odpowiedzi na odwołanie Zamawiający oświadczył, że dokonał zmiany Projektu umowy w ten sposób, że usunął § 4 ust. 1 pkt 38. Tym samym w ocenie Izby usunięte zostało postanowienie umowy, w oparciu o które Odwołujący postawił zarzut niejednoznaczności określenia przedmiotu odbioru robót. W konsekwencji również zarzut nr 5 został oddalony.

Z powyższych względów odwołanie podlegało oddaleniu.

KIO 924/22

Zarzut nr 1

Zarzut oparty został o przekonanie Odwołującego Polimex, że Zamawiający błędnie określił przedmiot zamówienia, tj. że zakres przedmiotu zamówienia wynikający z dokumentacji technicznej jest sprzeczny z przedmiarami robót, w których ujęte zostały wszystkie czynności do których wykonana będzie zobowiązany wykonawca zamówienia. Odwołujący podkreślił m. in., że zgodnie z przedmiarami wykonawca będzie zobligowany do montażu wyposażenia takiego jak umywalki, gniazda elektryczne i punkty oświetleniowe także w tej części budynku, która nie będzie wykończona.

W toku rozprawy Zamawiający jednoznacznie potwierdził, że był to zabieg celowy i świadomy. Zamawiający potwierdził tym samym, że Odwołujący w prawidłowy sposób odczytał zakres robót wynikający z dokumentacji technicznej i przedmiarów. W tej sytuacji nie ma podstaw do uznania, że w obrębie opisu przedmiotu zamówienia istnieją sprzeczności czy też niejednoznaczności uniemożliwiające prawidłową wycenę oferty. Prowadziło to z kolei do wniosku, że zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 99 ust. 1 i 2 Pzp nie potwierdził się. Izba nie jest uprawniona do oceny racjonalności zakresu prac przyjętego przez Zamawiającego do wykonania w ramach realizacji zamówienia. Izba ocenia zgodność przedmiotu zamówienia z przepisami Prawa zamówień publicznych. Zamawiający jest w pełni uprawniony do samodzielnego planowania tak zakresu robót jak i kolejności ich wykonania, a Izba nie ma podstaw do oceny tego planu pod kątem gospodarności czy zgodności z przepisami Ustawy o finansach publicznych. Nie ulega wątpliwości, że Zamawiający w toku realizacji przedmiotu zamówienia zamierza udzielić dodatkowego, odrębnego zamówienia, w ramach którego wykończona zostanie pozostała, nieobjęta przedmiotem postępowania część budynku – Zamawiający w toku rozprawy wyjaśnił, że ze

względu na konieczność zachowania krótkiego terminu realizacji całej inwestycji właśnie w taki sposób zamierza doprowadzić do szybkiej realizacji i oddania budynku do eksploatacji. Z powyższych względów Izba oddaliła zarzut nr 1.

W zakresie zarzutów nr 6 i 7 Izba wskazuje, że zarzuty te zostały oddalone z przyczyn takich samych, jak zarzuty nr 1 i 2 odwołania o sygn. akt KIO 922/22. Z tego też względu nie ma podstaw do odrębnego uzasadnienia dla oddalenia zarzutów nr 6 i 7 odwołania KIO 924/22.

Mając na uwadze powyższe Izba orzekła jak w sentencji.

Przewodniczący:

.....

.....