

WYROK
z dnia 20 grudnia 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Emilia Garbala

Protokolant: Oskar Oksiński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 19 grudnia 2022 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 5 grudnia 2022 r. przez wykonawcę odwołującego: **STRABAG sp. z o.o., ul. Parzniewska 10, 05-800 Pruszków,**

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Stołeczny Zarząd Infrastruktury, Al. Jerozolimskie 97, 00-909 Warszawa,**

przy udziale wykonawców:

1) Skanska S.A., Al. Solidarności 173, 00-877 Warszawa,

2) Polimex Infrastruktura sp. z o.o., Al. Jana Pawła II 12, 00-124 Warszawa,

zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego,

orzeka:

1. umarza postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutów dotyczących: kary umownej za opóźnienie, bezusterkowego odbioru końcowego (z wyjątkiem definicji w pkt 5.9. projektu umowy), waloryzacji (z wyjątkiem wskaźnika zmiany cen materiałów lub kosztów) oraz określenia minimalnej wartości lub wielkości świadczeń stron,
2. w pozostałym zakresie **uwzględnia odwołanie** i nakazuje zamawiającemu dokonanie modyfikacji projektu umowy w następujący sposób:
 - w pkt 5.9. projektu umowy usunąć słowo: „bezusterkowy” oraz przed słowem: „wady” dodać słowo: „istotne”,
 - w § 9 projektu umowy doprecyzować, jakie materiały i koszty będą podlegały waloryzacji,

- w § 18 ust. 1 pkt 1.2. projektu umowy usunąć zdanie: „W takim wypadku Wykonawca może żądać jedynie Wynagrodzenia należnego mu z tytułu wykonanej części Umowy” i dodać treść zgodną z art. 644 kodeksu cywilnego,

3. kosztami postępowania obciąża zamawiającego: Stołeczny Zarząd Infrastruktury, Al. Jerozolimskie 97, 00-909 Warszawa, i:
 - 3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania,
 - 3.2. zasądza od zamawiającego: Stołeczny Zarząd Infrastruktury, Al. Jerozolimskie 97, 00-909 Warszawa, na rzecz odwołującego: STRABAG sp. z o.o., ul. Parzniewska 10, 05-800 Pruszków, kwotę 23 600 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem zwrotu kosztów uiszczonego wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2022 r. poz. 1710 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:

UZASADNIENIE

Zamawiający – Stołeczny Zarząd Infrastruktury, Al. Jerozolimskie 97, 00-909 Warszawa, prowadzi w trybie przetargu ograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Wykonanie RB-M dla: Zad. I–Budowa budynku specjalnego dla potrzeb ORO oraz Zad. II–Budowa budynku garażowego, obiektów pomocniczych, zagospodarowanie terenu oraz montaż wyposażenia budynków”, numer referencyjny: 64/01546/-1826/2022. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 23.11.2022 r., nr 2022/S 226-651237.

W dniu 05.12.2022 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wniesione przez wykonawcę STRABAG sp. z o.o., ul. Parzniewska 10, 05-800 Pruszków (dalej: „odwołujący”), w którym odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 433 pkt 1 w zw. z art. 16 pkt 3, art. 8 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2022 r. poz. 1710 ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp”, w zw. z art. 353¹ kc, poprzez:
 - i. ustalenie w § 19 ust. 1 pkt 1.1., 1.3, 1.4, 1.5, 1.9, 1.10, 1.11, 1.14, 1.15. Załącznika Nr 5, 5.1 i 5.2 do SWZ Wzór Umowy (dalej: Umowa) kar umownych za opóźnienie pomimo tego, że w Pzp wyłączona została możliwość ustalenia w umowie odpowiedzialności wykonawcy za opóźnienie, a jednocześnie zamawiający nie wskazał, że ustalenie ww. kar umownych za opóźnienie jest uzasadnione okolicznościami lub zakresem zamówienia,
 - ii. nadużycie pozycji dominującej i prawa do jednostronnego kształtowania zapisów umowy poprzez ustalenie w § 19 ust. 7 Umowy, że możliwość dochodzenia odszkodowania uzupełniającego (odszkodowanie na zasadach ogólnych) w przypadku, gdy kary umowne nie pokrywają całości szkody przysługuje tylko zamawiającemu, a takiej możliwości został pozbawiony wykonawca,
- 2) art. 16 w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 353¹ kc, art. 647 kc i art. 568 § 1 kc poprzez:
 - i. przyznanie zamawiającemu w § 6 ust. 3 Umowy w zw. z § 12 ust. 1 i 6 załącznika nr 8 do Umowy „Regulamin prac komisji odbioru zadań inwestycyjnych i remontowych SZI” prawa do odmowy dokonania odbioru końcowego Przedmiotu Umowy w każdym przypadku nieusunięcia wad nieistotnych stwierdzonych w trakcie odbioru technicznego, podczas gdy zgodnie z obowiązującymi przepisami uprawnienie do odmowy odbioru końcowego powinno mieć miejsce jedynie w przypadku stwierdzenia w trakcie odbioru końcowego wystąpienia wad istotnych. W przypadku wystąpienia wad nieistotnych

- nieusuwalnych zamawiający powinien dokonać odbioru końcowego i obniżyć w odpowiednim stopniu wynagrodzenie Wykonawcy. Jednocześnie powinno zostać doprecyzowane, że zamawiający ma obowiązek dokonania odbioru końcowego w sytuacji wskazanej w § 12 ust. 6 załącznika nr 8 do Umowy „Regulamin prac komisji odbioru zadań inwestycyjnych i remontowych SZI”,
- ii. powiązane z powyższym ustalenie w § 11 ust. 2 Umowy, że 60 miesięczny okres rękojmi liczony jest od daty bezusterkowego odbioru końcowego podczas gdy okres rękojmi powinien być liczony od daty wydania przedmiotu umowy zamawiającemu tj. od daty odbioru końcowego Przedmiotu Umowy nawet jeżeli wystąpiły wady nieistotne,
 - iii. powiązane z powyższym ustalenie Definicji zawartej w pkt 5.9 „Należycie wykonany Przedmiot Umowy” z bezusterkowym Protokołem Odbioru Końcowego,
- 3) art. 439 ust. 1 i 2 pkt 2, 4 w zw. z art. 16 pkt 3, art. 8 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 353¹ kc, art. 58 § 1 i 2 kc oraz art. 5 kc poprzez sformułowanie § 9 ust. 1 Umowy w sposób uniemożliwiający dokonanie prawidłowej i zgodnej z celem przepisów ustawy Pzp zmiany wysokości wynagrodzenia wykonawcy w sytuacji zmiany cen materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia w przypadku, gdy umowa w sprawie zamówienia publicznego, której przedmiotem są roboty budowlane została zawarta na okres dłuższy niż 6 miesięcy,
- 4) art. 433 pkt 4 ustawy Pzp poprzez niewskazanie w § 9 ust. 1 pkt 1.13 Umowy, § 9 ust. 18 Umowy, 17 ust. 2 pkt 2.7 Umowy minimalnej wartości lub wielkości świadczenia stron w przypadku ograniczenia zakresu zamówienia,
- 5) art. 433 pkt 2 w zw. z art. 16 pkt 3, art. 8 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 353¹ kc, 647 kc, art. 5 kc, art. 656 § 1 kc w zw. z art. 644 kc oraz art. 494 kc poprzez nadużycie pozycji dominującej i prawa do jednostronnego kształtowania zapisów umowy poprzez ustalenie w § 18 ust. 1 pkt 1.2 Umowy, że w przypadku odstąpienia od Umowy z powodu braku środków finansowych potrzebnych na zapłatę należnego wykonawcy wynagrodzenia, a co jest obowiązkiem zamawiającego, wykonawcy będzie przysługiwać wynagrodzenie z tytułu wykonanej części umowy podczas gdy rozwiązania (odstąpienia) Umowy w trakcie jej realizacji powoduje szkody po stronie wykonawcy, których nie pokrywa wynagrodzenie za wykonane do dnia odstąpienia od umowy roboty – koszty zabezpieczenia robót, koszty demobilizacji, koszty rozwiązania umów podwykonawczych, koszty anulowania dostaw. W przypadku rozwiązania (odstąpienia) umowy z przyczyn, za które odpowiedzialność ponosi Zamawiający rozliczenie po odstąpieniu powinno nastąpić na zasadach wynikających z art. 644 kc bądź art. 494 § 1 kc, tj. obejmować nie tylko wynagrodzenie za wykonaną część przedmiotu umowy, ale z uwzględnieniem szkody poniesionej przez wykonawcę wynikłej z niewykonania zobowiązania przez zamawiającego.

W szczególności odwołujący podniósł, co następuje.

„Zarzut I.

Wskazać należy, że Zamawiający wprowadził do Umowy w § 19 klauzulę abuzywną, o której mowa w art. 433 pkt 1) PZP. Zgodnie bowiem z § 19 ust. 1 Umowy Zamawiający przewidział możliwość naliczenia w wskazanych przypadkach kar umownych z tytułu opóźnienia Wykonawcy. Z treści SWZ nie wynika aby zachodziła konieczność wprowadzenia odpowiedzialności wykonawcy za opóźnienie względem którejkolwiek z kar wskazanych w § 19 Umowy. Zamawiający nie przedstawił argumentów, że jest to uzasadnione okolicznościami lub zakresem zamówienia.

Podkreślenia wymaga, że w § 19 ust. 2 umowy Zamawiający przewidział kary, których ewentualnie będzie mógł się domagać Wykonawca w przypadku gdy Zamawiający nieterminowo będzie realizował swoje obowiązki umowne. W przypadku kar obciążających Zamawiającego ukształtował on postanowienia umowne odmiennie niż w zakresie kar umownych obciążających wykonawcę tj. ustalił, że kary te mają przysługiwać za „zwłokę” a nie za „opóźnienie”. (...)

Jednocześnie w § 19 ust. 7 Umowy Zamawiający przewidział możliwość domagania się tzw. odszkodowania uzupełniającego. Również i w tym wypadku z naruszeniem zasady proporcjonalności oraz z wykorzystaniem dominującej pozycji przy kształtowaniu zapisów Umowy Zamawiający przewidział taką możliwość jedynie dla siebie pozbawiając jednocześnie takiej możliwości wykonawcę co jednoznacznie wynika z treści art. 484 § 1 zd. 2 kc.

Zarzut II.

(...) Zapisy Załącznika nr 8 do Umowy – „Regulamin prac komisji odbioru zadań inwestycyjnych i remontowych SZI” przewidują możliwość uchylenia się przez Zamawiającego od odbioru końcowego w przypadku występowania jakichkolwiek wad, które zostały stwierdzone w trakcie odbioru technicznego a nie zostały usunięte do dnia odbioru końcowego. W ocenie odwołującego takie uprawnienie powinno być ograniczone tylko do sytuacji wystąpienia wad istotnych a tym samym w sytuacji opisanej w § 12 ust. 6 załącznika nr 8 do Umowy Zamawiający powinien mieć nie możliwość ale obowiązek dokonania odbioru końcowego, zaś w sytuacji opisanej w § 12 ust. 1 umowy zamawiający powinien mieć możliwość odmowy przystąpienia do odbioru końcowego tylko jeżeli wcześniej stwierdzone w trakcie odbioru technicznego wad istotne nie zostały usunięte. W przypadku występowania jedynie wad nieistotnych Zamawiający powinien być zobligowany zarówno do przystąpienia do odbioru końcowego jak również do jego dokonania. (...)

Powyższe zostało ukształtowane w formie jednolitego stanowiska i wynika m.in. z wyroków Sądu Najwyższego oraz sądów powszechnych (...)

Konsekwencją nieuwzględnienia niniejszego zarzutu jest nie tylko usankcjonowanie niedopuszczalnego prawnie odbioru bezusterkowego, ale także:

- powiązanie Definicji zawartej w pkt 5.9 pojęcia Należytego wykonania Przedmiotu Umowy z bezusterkowym Odbiorem Końcowym utrzymanie 100% zabezpieczenia do czasu podpisania protokołu odbioru końcowego, tj. gdy nie ma nawet wad nieistotnych,
- wydłużenie terminu ważności zabezpieczenia (jego zwrotu) z punktu widzenia odbiorów, których koniec nastąpi dopiero z chwilą usunięcia wszystkich wad stwierdzonych w toku ich czynności, czyli nawet tych nieistotnych. (...)

Zarzut III.

(...) Zamawiający w § 9 Umowy wprowadził uregulowania będące podstawą przyszłej waloryzacji wynagrodzenia Wykonawcy. Pomimo wprowadzenia tych zapisów Zamawiający nie spełnił wymagań określonych w art. 439 ustawy Pzp a przewidziane przez Zamawiającego zasady waloryzacji wynagrodzenia mają charakter pozorny, tj. zawierają warunki, które powodują, że waloryzacja wynagrodzenia Wykonawcy nie wiadomo czy nastąpi, uzależnia zakres waloryzacji od decyzji zamawiającego w zakresie zatwierdzenia zestawienia cen i kosztów mających wpływ na waloryzację, na dzień złożenia ofert nie będzie wiadomo, na jakich zasadach będzie przeprowadzana, zawiera limit zmiany wynagrodzenia uniemożliwiający przywrócenie ekonomicznej równowagi stron uwzględniając aktualną sytuację inflacyjną. (...)

W § 9 ust. 1 Umowy Zamawiający przewidział poziom zmiany cen, od którego będzie uruchamiana waloryzacja na 5% liczonej na podstawie wskaźnika zmiany cen materiałów lub kosztów ustalonego w oparciu o średnie ceny, publikowane przez SEKOCENBUD. Pozornie może to świadczyć o spełnieniu wymagania określonego w art. 439 ust. 2 pkt 1) pzp. Pozorność spełniania tego wymagania jest konsekwencją treści § 9 ust. 1 pkt 1.2 Umowy, który pokazuje, że na chwilę złożenia ofert nie jest wiadomo, jakie materiały i koszty będą brane pod uwagę przy ustalaniu zmiany cen. Na chwilę złożenia ofert brak jest tzw. koszyka waloryzacyjnego. Koszyk ten (wykaz materiałów i usług) ma zostać ustalony po zawarciu umowy a jego treść będzie uzależniona od jednostronnej decyzji zamawiającego, gdyż wykaz musi zostać zatwierdzony przez Zamawiającego. Jednocześnie z zapisów umowy nie wynika jakie będą kryteria zatwierdzenia wykazu, kiedy o nastąpi, co będzie w sytuacji gdy strony nie będą w stanie uzgodnić wykazu. Brak zdefiniowania koszyka waloryzacyjnego w SWZ powoduje, że każdy z wykonawców może zakładać inne zasady waloryzacji wynagrodzenia i inaczej szacować ryzyka w tym zakresie co skutkować będzie w ostateczności nieporównywalnością ofert a tym samym powoduje naruszenie art. 16 pkt 1) pzp. (...)

Zgodnie z § 5 pkt ust. 1 pkt 1.2 Umowy oraz pkt 5 SWZ zakładany termin realizacji przedmiotu Umowy to 910 dni co stanowi 30,5 miesiąca realizacji. Ograniczając wysokość

waloryzacji do 5% wynagrodzenia z jednoczesnym wyłączeniem waloryzacji w ostatnich 6 miesiącach Zamawiający wbrew założeniom art. 429 pzp przerzuca na wykonawcę ryzyko zmiany cen. Przy obecnych trendach rynkowych i uwzględnieniu aktualnego poziomu inflacji możliwość waloryzacji zakończy się po pierwszym roku realizacji Umowy. Oznacza to, że po 12 miesiącach realizacji umowy przez kolejne 18 miesięcy wykonawca będzie realizował przedmiot umowy po cenach, które są absolutnie nieprzewidywalne. Art. 439 pzp został wprowadzony przez ustawodawcę właśnie po to aby wykonawca przy zamówieniach realizowanych w dłuższym okresie czasu nie musiał spekulować ceną i przyjmować w ofertach nadmiernych ryzyk inflacyjnych. W ostatnim czasie ustawodawca uznał, że dotychczasowe przepisy nie odpowiadały rzeczywistości i zmienionej sytuacji rynkowej i ograniczył ryzyko inflacyjne do 6 miesięcy. Zamawiający ustalając zbyt niski poziom możliwej waloryzacji działa zatem wbrew dyspozycji art. 439 pzp.

Zamawiający w sposób niedopuszczalny prawem wprowadza moment, od którego będzie waloryzował wynagrodzenie (upływ 12 miesięcy) i jednocześnie wprowadza kolejne okresy 12 miesięcznych liczone do kolejnej waloryzacji. W ocenie odwołującego jest to termin zbyt odległy i powodujący trudności w przeprowadzeniu realnej i skutecznej waloryzacji. Co więcej Zamawiający wyłącza waloryzację w ostatnich 6 miesiącach realizacji umowy, co zostało zastrzeżone w § 9 ust. 1 pkt 1.7 Umowy. Już sama okoliczność, iż umowa zostanie zawarta na ponad 30 miesięcy będzie powodować, że prace realizowane w ostatnich 6 miesiącach z uwagi na treść § 9 ust. 1 pkt 1.7 umowy nie zostaną zwaloryzowane. Przy obecnych zapisach § 9 ust. 1 pkt 1.6 umowy zakładających waloryzację w okresach co 12 miesięcy oznacza, że pierwsza waloryzacja nastąpi po 12 miesiącach, druga po 24 miesiącach a w zakresie ostatni 6,5 miesiąca wynagrodzenie nie zostanie zwaloryzowane z uwagi na § 9 ust. 1 pkt 1.7 Umowy. (...)

Zarzut IV.

(...) Wskazać należy, że Zamawiający wprowadził w § 9 ust. 1 pkt 1.13 Umowy, § 9 ust. 18 Umowy, 17 ust. 2 pkt 2.7 Umowy możliwość ograniczenia Przedmiotu Umowy bez jednoczesnego wskazania minimalnej wartości lub wielkości świadczeń stron. Tym samym wskazane zapisy umowne stanowią klauzulę abuzywną, o której mowa w art. 433 pkt 4) PZP. W celu doprowadzenia zapisów umownych do zgodności z art. 433 pkt 4 pzp Zamawiający powinien zmodyfikować zapisy Umowy i wskazać minimalną wartość lub wielkość świadczenia stron.

Zarzut V.

(...) Wykonawca nie kwestionuje samej możliwości odstąpienia od umowy przez Zamawiającego w sytuacji braku środków na dalszą realizację przedmiotu umowy. Jest to rozwiązanie jak najbardziej racjonalne. Nieracjonalnym pozostaje jednak obarczenie wykonawcy ryzykiem zaistnienia takiej sytuacji. Podkreślić należy, że wykonawca składając

ofertę zakłada, że będzie miał możliwość zrealizować całość przedmiotu umowy. Wykonawca konstruując ofertę wykonawca nie zakłada, że zamawiającemu zabraknie środków finansowych i umowa nie zostanie wykonana w całości. Na dzień składania ofert jest to okoliczność zupełnie nieprzewidywalna.

Jednocześnie zamawiający oczekuje, że w sytuacji spełnienia się przesłanek rozwiązania umowy z powodu braku środków na zapłatę wynagrodzenia wykonawcy to wykonawca poniesie konsekwencje takiej sytuacji. Zgodnie z proponowanymi zapisami umowy wykonawca otrzyma jedynie część wynagrodzenia za zrealizowane do dnia odstąpienia od umowy roboty. Wprowadzenie takiego ograniczenia przerzuca na wykonawcę wszystkie dalsze konsekwencje finansowe takiej sytuacji. Podkreślenia wymaga, że rozwiązanie umowy na roboty budowlane w trakcie jej realizacji jest okolicznością dramatycznie zmieniającą sytuację wykonawcy ponieważ:

- zachodzi konieczność wstrzymania realizacji robót i ich zabezpieczenia – generuje to koszty zabezpieczenia prac przed ich uszkodzeniem,
- brak możliwości zamontowania wyprodukowanych na potrzeby inwestycji materiałów i urządzeń,
- konieczność wstrzymania produkcji materiałów i urządzeń w toku ich wytwarzania – anulowanie/rozwiązanie umów dostawy,
- konieczność anulowania/rozwiązania umów podwykonawczych,
- demobilizacja placu budowy i urządzeń budowlanych.

Wszystkie koszty związane z powyższymi okolicznościami nie zostaną pokryte w wynagrodzeniu za wykonane do dnia odstąpienia roboty. Wykonawca nie będzie miał możliwość również rozliczenia części kosztów ogólnych budowy w zakresie kosztów zabezpieczeń i ubezpieczeń, które musiał wykupić z uwzględnieniem całego okresu realizacji budowy.

Uwzględniając powyższe okoliczności oznacza to, że zamawiający wbrew dyspozycji art. 433 pkt 3 pzp obarcza wykonawcą odpowiedzialnością (skutkami finansowymi) za okoliczności, za które odpowiedzialność ponosi zamawiający, który nie zapewnił środków finansowych na zapłatę wynagrodzenia wykonawcy. W ocenie wykonawcy z uwagi na abuzowność takiego postanowienia umowy powinno dojść do zmiany § 18 ust. 1 pkt 1.2 Umowy a rozliczenie po odstąpieniu powinno nastąpić na zasadach określonych w art. 644 kc bądź wykonawca powinien mieć możliwość domagania się od Zamawiającego odszkodowania skoro to Zamawiający ponosi odpowiedzialność za odstąpienie od umowy.”

W związku z powyższym odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu dokonania następujących zmian w projekcie umowy:

- i. wyeliminowanie z Umowy kar umownych za opóźnienie,
- ii. przyznanie wykonawcy prawa do domagania się odszkodowania uzupełniającego,

- iii. zobligowanie zamawiającego do dokonania odbioru końcowego, w przypadku gdy występują jedynie wady nieistotne, wyeliminowanie tym samym odbioru bezusterkowego,
- iv. jako konsekwencja wyeliminowania odbiorów bezusterkowych ustalenie, że okres rękojmi rozpoczyna się od daty odbioru oraz zmianę definicji zawartej w pkt 5.9,
- v. dokonania zmiany Umowy tj. § 9 ust. 1 poprzez nadanie mu treści zgodnej z przepisami i zasadami prawa, tak aby umożliwić realną waloryzację wynagrodzenia w warunkach rynkowych mając na uwadze zarówno wskaźnik wyjściowy tj. odwołanie się do odpowiedniego poziomu wskaźnika cen produkcji budowlano – montażowych publikowany przez Prezesa GUS oraz sposób liczenia i czasookresy waloryzacyjne, Punktami krytycznymi jakie wymagają zmiany w celu urealnienia waloryzacji są:
 - a) § 9 ust. 1 pkt 1.1 -1.3 Umowy – zakładające, że waloryzacja nie dotyczy całości wynagrodzenia, ale odbywa się w ramach poszczególnych materiałów i usług, przy czym na dzień złożenia oferty nie będzie wiadomo jakich materiałów i kosztów będzie to dotyczyć,
 - b) § 9 ust. 1 pkt 1.2 Umowy zakładający, że wykaz materiałów i kosztów (usług) mających wpływ na waloryzację będzie zatwierdzany przez Zamawiającego po zawarciu umowy, przy czym z Umowy nie wynika jakie będą kryteria takiego zatwierdzenia, w jakim czasie nastąpi zatwierdzenie a tym samym jakie ostatecznie materiały i koszty zostaną uwzględnione w wykazie a tym samym jak będzie przebiegać waloryzacja oraz tym samym jakie ryzyka inflacyjne wykonawca powinien założyć w ofercie,
 - c) § 9 ust. 1 pkt 1.9 Umowy wyłączający waloryzację w ostatnich 6 miesiącach realizacji umowy,
 - d) § 9 ust. 1 pkt 1.9 Umowy ograniczający waloryzację do 5% Wynagrodzenia,
- vi. wskazanie w umowie minimalnej wartości lub wielkości świadczenia stron w przypadku ograniczenia zakresu zamówienia, przy czym odwołujący proponuje aby wartość ta nie była wyższa niż 3% wartości wynagrodzenia wykonawcy,
- vii. ustalenie prawa wykonawcy do domagania się odszkodowania od zamawiającego w przypadku odstąpienia od umowy z przyczyn, za które odpowiada zamawiający ewentualnie rozliczenia w takim wypadku na zasadach wynikających z art. 644 kc.

Pismami z dnia 09.12.2022 r. następujący wykonawcy zgłosili przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego:

- 1) Skanska S.A., Al. Solidarności 173, 00-877 Warszawa,
 - 2) Polimex Infrastruktura sp. z o.o., Al. Jana Pawła II 12, 00-124 Warszawa,
- Izba stwierdziła, że przystąpienia zostały dokonane skutecznie.

Pismem z dnia 15.12.2022 r. zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o jego oddalenie w zakresie zarzutów dotyczących:

- „żądania Odwołującego wskazanego w pkt II. ppkt (v) Odwołania w zakresie nakazania Zamawiającemu stosowania wskaźnika cen produkcji budowlanomontażowych publikowany przez Prezesa GUS w przypadku waloryzacji wynagrodzenia wykonawcy”,
- „zarzutu Odwołującego sformułowanego w pkt II ppkt (vii) Odwołania dotycząca treści § 18 ust. 1 pkt 1.2 wzorca umowy”,
- „zarzutu Odwołującego sformułowanego pkt II ppkt (iii) Odwołania w zakresie żądania zmiany definicji „Należytego Wykonania Przedmiotu Umowy” zawartej we wzorcu umowy”.

Zamawiający uwzględnił zarzuty odwołania w pozostałym zakresie, tj. w zakresie dotyczącym: kary umownej za opóźnienie, bezusterkowego odbioru końcowego (z wyjątkiem definicji w pkt 5.9. projektu umowy), waloryzacji (z wyjątkiem wskaźnika zmiany cen materiałów lub kosztów) oraz określenia minimalnej wartości lub wielkości świadczeń stron. Wobec braku przystępujących po stronie zamawiającego, a co za tym idzie – braku sprzeciwu wobec uwzględniania odwołania, zgodnie z art. 568 pkt 3 w zw. z art. 522 ust. 4 ustawy Pzp, postępowanie odwoławcze podlegało umorzeniu w zakresie, w jakim zamawiający uwzględnił zarzuty.

Izba skierowała odwołanie na rozprawę w zakresie zarzutów, które nie zostały uwzględnione przez zamawiającego.

Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając na rozprawie złożone odwołanie i uwzględniając dokumentację z niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz stanowiska stron złożone na piśmie i podane do protokołu rozprawy, zważyła, co następuje.

Izba ustaliła wystąpienie przesłanek z art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, tj. istnienie po stronie odwołującego interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia przez niego szkody z uwagi na kwestionowane czynności zamawiającego.

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

Zarzut dotyczący definicji należycie wykonanego Przedmiotu Umowy (pkt 5.9. projektu umowy).

Zgodnie z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp, do czynności podejmowanych przez zamawiającego, wykonawców oraz uczestników konkursu w postępowaniu o udzielenie zamówienia i konkursie oraz do umów w sprawach zamówień publicznych stosuje się przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. - Kodeks cywilny (Dz.U. z 2022 r. poz. 1360), jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej.

Zgodnie z art. 353¹ kc, strony zawierające umowę mogą ułożyć stosunek prawny według swego uznania, byleby jego treść lub cel nie sprzeciwiały się właściwości (naturze) stosunku, ustawie ani zasadom współżycia społecznego.

Zgodnie z pkt 5.9. projektu umowy:

5.9. „Należycie wykonany Przedmiot Umowy” - oznacza, że został podpisany przez Strony ostateczny bezusterkowy Protokół Odbioru końcowego lub gdy zostaną usunięte wady lub braki i usterki, wymienione w Protokole Odbioru, które ujawnią się w ciągu terminu obowiązywania gwarancji, na zasadach określonych w Regulaminie Odbioru.

W pierwszej kolejności należy zauważyć, że zamawiający uwzględnił odwołanie w zakresie pozostałych zarzutów dotyczących bezusterkowego odbioru robót, co oznacza, że zamierza wprowadzić zmiany zgodne z żądaniem odwołującego (art. 522 ust. 4 ustawy Pzp). Zamawiający nie uwzględnił jedynie zarzutu dotyczącego ww. definicji zawartej w pkt 5.9. projektu umowy i nie dokonał w niej zmian. W odpowiedzi na odwołanie zamawiający wskazał, że bez względu na obowiązek odebrania robót mimo nieistotnych wad lub usterek, ma on prawo określenia stopnia staranności wykonania zamówienia, a dokonanie zmiany pkt 5.9. projektu umowy zgodnie z żądaniem odwołującego doprowadziłoby do wydania wykonawcy zabezpieczenia należytego wykonania umowy pomimo wystąpienia tychże wad nieistotnych lub usterek.

W trakcie rozprawy strony doszły do porozumienia w zakresie treści pkt 5.9. projektu umowy, tj. zgodziły się ze sobą, że w punkcie tym należy usunąć słowo: „bezusterkowy” oraz przed słowem: „wady” dodać słowo: „istotne”. Tym samym treść definicji należycie wykonanego Przedmiotu Umowy zyskałaby brzmienie:

„5.9. „Należycie wykonany Przedmiot Umowy” - oznacza, że został podpisany przez Strony ostateczny ~~bezusterkowy~~ Protokół Odbioru końcowego lub gdy zostaną usunięte istotne wady lub braki i usterki, wymienione w Protokole Odbioru, które ujawnią się w ciągu terminu obowiązywania gwarancji, na zasadach określonych w Regulaminie Odbioru”.
[skreślenie i podkreślenie tylko na potrzeby przejrzystości uzasadnienia wyroku]

Zamawiający zadeklarował wprowadzenie ww. zmian w pkt 5.9. projektu umowy oraz w Regulaminie dotyczącym odbioru robót.

W świetle powyższego, w tym zwłaszcza stanowiska zamawiającego zgadzającego się na ww. zmiany, co świadczy o ich zasadności, Izba stwierdziła, że zarzut kwestionujący treść definicji należycie wykonanego Przedmiotu Umowy, zasługuje na uwzględnienie. Przy czym zauważyć należy, że zgodnie z art. 555 ustawy Pzp Izba związana jest zarzutami odwołania, natomiast nie jest związana żądaniami zawartymi w odwołaniu. Biorąc zatem pod uwagę, że strony na rozprawie ustaliły zaspokajającą je treść pkt 5.9. projektu umowy, Izba nakazała zamawiającemu wprowadzenie zmian zgodnie z tymi ustaleniami.

Zarzut dotyczący waloryzacji.

Zgodnie z art. 439 ust. 1 i ust. 2 ustawy Pzp:

1. Umowa, której przedmiotem są roboty budowlane, dostawy lub usługi, zawarta na okres dłuższy niż 6 miesięcy, zawiera postanowienia dotyczące zasad wprowadzania zmian wysokości wynagrodzenia należnego wykonawcy w przypadku zmiany ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia.
2. W umowie określa się:
 - 1) poziom zmiany ceny materiałów lub kosztów, o których mowa w ust. 1, uprawniający strony umowy do żądania zmiany wynagrodzenia oraz początkowy termin ustalenia zmiany wynagrodzenia;
 - 2) sposób ustalania zmiany wynagrodzenia:
 - a) z użyciem odesłania do wskaźnika zmiany ceny materiałów lub kosztów, w szczególności wskaźnika ogłaszanego w komunikacie Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego lub
 - b) przez wskazanie innej podstawy, w szczególności wykazu rodzajów materiałów lub kosztów, w przypadku których zmiana ceny uprawnia strony umowy do żądania zmiany wynagrodzenia;
 - 3) sposób określenia wpływu zmiany ceny materiałów lub kosztów na koszt wykonania zamówienia oraz określenie okresów, w których może następować zmiana wynagrodzenia wykonawcy;
 - 4) maksymalną wartość zmiany wynagrodzenia, jaką dopuszcza zamawiający w efekcie zastosowania postanowień o zasadach wprowadzania zmian wysokości wynagrodzenia.

W § 9 projektu umowy zamawiający wskazał m.in.:

1. Zamawiający, zgodnie z art. 439 ust. 1-4 Ustawy PZP, w przypadku zmiany cen materiałów lub kosztów związanych z realizacją Przedmiotu Umowy, na pisemny wniosek

Wykonawcy, dokonuje zmiany wysokości Wynagrodzenia Wykonawcy na zasadach następujących:

- 1.1. zmiana wysokości Wynagrodzenia zostanie dokonana w odniesieniu do procentowego wskaźnika zmiany cen materiałów lub kosztów ustalanego w oparciu o średnie ceny, publikowane przez wydawnictwo SEKOCENBUD, aktualne na dzień złożenia wniosku o waloryzację w porównaniu ze wskaźnikiem z kwartału na dzień złożenia Oferty.
- 1.2. Wykonawca zobowiązany jest dostarczyć w ciągu 14 dni od dnia podpisania Umowy, wykaz materiałów i usług (pracy sprzętu) mających zasadniczy wpływ na wartość Przedmiotu Umowy, który po zatwierdzeniu przez Zamawiającego będzie stanowił podstawę do waloryzacji;
- 1.3. waloryzacja Wynagrodzenia, zostanie dokonana w przypadku gdy:
 - 1.3.1. dotyczy materiałów, usług (pracy sprzętu) ujętych w zatwierdzonym przez Zamawiającego wykazie o którym mowa w pkt.1.2 powyżej;
 - 1.3.2. zmiana Wynagrodzenia będzie nie mniejsza niż 5 % dla poszczególnej pozycji ujętej w wykazie, o którym mowa w pkt 1.2 powyżej;

Przed wszystkim należy zauważyć, że zamawiający uwzględnił większość zarzutów odwołania dotyczących kwestii waloryzacji, co oznacza, że zamierza wprowadzić zmiany zgodne z żądaniem odwołującego (art. 522 ust. 4 ustawy Pzp). Zamawiający nie uwzględnił jedynie zarzutu dotyczącego zastosowania przy waloryzacji wskaźnika zmiany cen materiałów lub kosztów ustalanego w oparciu o średnie ceny publikowane przez wydawnictwo SEKOCENBUD. Odwołujący podnosił w tym zakresie, że wskaźnik ten nie jest właściwy, ponieważ nie dotyczy całego wynagrodzenia, a tylko wynagrodzenia za poszczególne materiały i koszty, przy czym ich wykaz nie jest znany i nie wiadomo, wg jakich kryteriów zamawiający będzie go zatwierdzać, a w konsekwencji – jak będzie przebiegać waloryzacja. Odwołujący żądał zmiany wskaźnika poprzez odwołanie się do odpowiedniego poziomu wskaźnika cen produkcji budowlano – montażowych publikowanego przez Prezesa GUS.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że wskaźnik ogłaszany w komunikacie Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego został wskazany w art. 439 ust. 2 pkt 2 lit. a) ustawy Pzp jako przykładowy, o czym świadczy użycie w tym przepisie sformułowania „w szczególności”, zatem zamawiający mogą użyć również innego wskaźnika zmiany ceny materiałów lub kosztów. W związku z powyższym Izba nie dopatryła się naruszenia w zastosowaniu w niniejszym postępowaniu wskaźnika opierającego się na danych publikowanych przez wydawnictwo SEKOCENBUD.

Odrębną kwestią jest przejrzystość postanowień dotyczących waloryzacji, które powinny – jak słusznie zwrócił uwagę odwołujący – przed złożeniem oferty umożliwiać wykonawcom ocenę ryzyka inflacyjnego i w efekcie umożliwiać rzetelną kalkulację ceny oferty. Ponadto w art. 439 ust. 2 pkt 2 lit. b) ustawy Pzp ustawodawca dopuścił wskazanie innej podstawy ustalania zmiany wynagrodzenia, w szczególności wykazu rodzajów materiałów lub kosztów, w przypadku których zmiana ceny uprawnia strony umowy do żądania zmiany wynagrodzenia. Z przepisu wynika, że zamawiający może dokonywać zmiany wynagrodzenia w zakresie określonego rodzaju materiałów lub kosztów, ale wynika też, że ma on wskazać wykaz tychże rodzajów materiałów lub kosztów, czyli powinien określić, jakie materiały lub koszty w przypadku zmiany ich cen będą uwzględniane przy żądaniu zmiany wynagrodzenia.

W niniejszym postępowaniu zamawiający wskazał w § 9 ust. 1 pkt 1.2. projektu umowy, że wykonawca zobowiązany jest dostarczyć wykaz materiałów i usług (pracy sprzętu) mających zasadniczy wpływ na wartość Przedmiotu Umowy, który po zatwierdzeniu przez zamawiającego będzie stanowił podstawę do waloryzacji. Zamawiający nie wskazał jednak, jakie materiały lub inne koszty będzie uwzględniał przy waloryzacji i wg jakich zasad będzie zatwierdzał wykaz przedstawiony w tym zakresie przez wykonawcę. Tym samym postanowienia dotyczące waloryzacji nie są zgodne z treścią art. 439 ust. 2 pkt 2 lit. b) ustawy Pzp i nie zapewniają osiągnięcia celu, jakiemu służyć ma waloryzacja.

Wobec powyższego Izba uwzględniła odwołanie w zakresie, w jakim odwołujący zarzucał brak określenia materiałów lub kosztów podlegających waloryzacji i nakazała zamawiającemu doprecyzowanie tej kwestii w treści § 9 projektu umowy.

Jednocześnie Izba nie rozpoznała zarzutu, podniesionego dopiero na rozprawie, a dotyczącego braku wskazania przez zamawiającego, jaki konkretnie wskaźnik podawany przez wydawnictwo SEKOCENBUD będzie stosowany przy waloryzacji wynagrodzenia. Zgodnie z art. 555 ustawy Pzp Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. Ponadto art. 516 ust. 1 pkt 7 - 10 ustawy Pzp stanowi, że odwołanie powinno wskazywać czynność lub zaniechanie zamawiającego, którym zarzuca się niezgodność z przepisami ustawy, zawierać zwięzłe przedstawienie zarzutów, określać żądanie oraz wskazywać okoliczności faktyczne i prawne uzasadniające wniesienie odwołania. Z przepisów tych wynika zatem, że samo wskazanie czynności zamawiającego oraz naruszonych przez niego przepisów ustawy nie tworzy zarzutu. Zarzut jest substratem okoliczności faktycznych i prawnych, które powinny być wskazane w odwołaniu i to właśnie one określają granice rozpoznania odwołania. Oznacza to, że niezależnie od podstawy prawnej wskazanego naruszenia, nowe okoliczności faktyczne podnoszone dopiero na rozprawie stanowią nowe zarzuty, które nie były zawarte w odwołaniu. W związku z tym nie

mogą one być brane pod uwagę w trakcie rozpoznania odwołania przez Izbę, gdyż byłoby to niezgodne z ww. przepisami obowiązującymi w postępowaniu odwoławczym przed Izbą. Dopuszczenie rozszerzania przez odwołujących zakresu pierwotnych zarzutów lub ich modyfikacji na rozprawie prowadziłoby też w istocie do przedłużenia ustawowego terminu na wnoszenie odwołań. Ponadto w razie rozpoznania przez Izbę nowych zarzutów rozszerzonych o okoliczności faktyczne niepodniesione w odwołaniu, doszłoby do zachwiania zasady równości stron cechującej kontradyktoryjne postępowanie odwoławcze, gdyż zamawiający o tym, jakie konkretnie zarzuty kierowane są pod jego adresem, dowiadywałby się dopiero na rozprawie, co uniemożliwiłoby mu przygotowanie argumentacji i zgromadzenie ewentualnych dowodów przemawiających na jego korzyść. Dlatego też Izba, zgodnie z art. 555 ustawy Pzp, rozpoznając odwołanie pominęła podniesiony przez odwołującego dopiero na rozprawie nowy zarzut dotyczący braku dookreślenia przez zamawiającego rodzaju wskaźnika SEKOCENBUD stosowanego przy waloryzacji wynagrodzenia. Okoliczność ta (zarzut) nie była bowiem zawarta w odwołaniu.

Zarzut dotyczący odstąpienia od umowy.

Zgodnie z art. 456 ustawy Pzp:

1. Zamawiający może odstąpić od umowy:

1) w terminie 30 dni od dnia powzięcia wiadomości o zaistnieniu istotnej zmiany okoliczności powodującej, że wykonanie umowy nie leży w interesie publicznym, czego nie można było przewidzieć w chwili zawarcia umowy, lub dalsze wykonywanie umowy może zagrozić podstawowemu interesowi bezpieczeństwa państwa lub bezpieczeństwu publicznemu;

2) jeżeli zachodzi co najmniej jedna z następujących okoliczności:

a) dokonano zmiany umowy z naruszeniem art. 454 i art. 455,

b) wykonawca w chwili zawarcia umowy podlegał wykluczeniu na podstawie art. 108,

c) Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej stwierdził, w ramach procedury przewidzianej w art. 258 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej, że Rzeczpospolita Polska uchybiła zobowiązaniom, które ciążyą na niej na mocy Traktatów, dyrektywy 2014/24/UE, dyrektywy 2014/25/UE i dyrektywy 2009/81/WE, z uwagi na to, że zamawiający udzielił zamówienia z naruszeniem prawa Unii Europejskiej.

2. W przypadku, o którym mowa w ust. 1 pkt 2 lit. a, zamawiający odstępuje od umowy w części, której zmiana dotyczy.

3. W przypadkach, o których mowa w ust. 1, wykonawca może żądać wyłącznie wynagrodzenia należnego z tytułu wykonania części umowy.

Zgodnie z art. 5 kc: Nie można czynić ze swego prawa użytku, który by był sprzeczny ze społeczno-gospodarczym przeznaczeniem tego prawa lub z zasadami współżycia społecznego. Takie działanie lub zaniechanie uprawnionego nie jest uważane za wykonywanie prawa i nie korzysta z ochrony.

Zgodnie z art. 353¹ kc, strony zawierające umowę mogą ułożyć stosunek prawny według swego uznania, byleby jego treść lub cel nie sprzeciwiały się właściwości (naturze) stosunku, ustawie ani zasadom współżycia społecznego.

Zgodnie z art. 656 § 1 kc: Do skutków opóźnienia się przez wykonawcę z rozpoczęciem robót lub wykończeniem obiektu albo wykonywania przez wykonawcę robót w sposób wadliwy lub sprzeczny z umową, do rękojmi za wady wykonanego obiektu, jak również do uprawnienia inwestora do odstąpienia od umowy przed ukończeniem obiektu stosuje się odpowiednio przepisy o umowie o dzieło.

Zgodnie z art. 644 kc: Dopóki dzieło nie zostało ukończone, zamawiający może w każdej chwili od umowy odstąpić płacąc umówione wynagrodzenie. Jednakże w wypadku takim zamawiający może odliczyć to, co przyjmujący zamówienie oszczędził z powodu niewykonania dzieła.

W § 18 projektu umowy zamawiający wskazał m.in.:

1. Strony postanawiają, że oprócz przypadków wymienionych w art. 491 k.c. i nast. przysługuje im prawo odstąpienia od Umowy w następujących okolicznościach:
 - 1.1. w przypadku, o którym mowa w art. 456 ust. 1 pkt PZP. W razie wystąpienia istotnej zmiany okoliczności powodującej, że wykonanie umowy nie leży w interesie publicznym, czego nie można było przewidzieć w chwili zawarcia umowy, lub dalsze wykonywanie umowy może zagrażać podstawowemu interesowi bezpieczeństwa państwa lub bezpieczeństwu publicznemu Zamawiający może odstąpić od Umowy w terminie 30 dni od powzięcia wiadomości o powyższych okolicznościach. W takim wypadku Wykonawca może żądać jedynie wynagrodzenia należnego mu z tytułu wykonanej części umowy;
 - 1.2. w razie wystąpienia w rocznym planie finansowym (budżecie Zamawiającego) braku możliwości sfinansowania wydatków przewidzianych niniejszą Umową w danym roku w planie wydatków lub kosztów jednostki Zamawiającego, Zamawiający może odstąpić od umowy w terminie 90 dni od powzięcia wiadomości o powyższych okolicznościach. W takim wypadku Wykonawca może żądać jedynie Wynagrodzenia należnego mu z tytułu wykonanej części Umowy.

Odwołujący kwestionował treść ww. pkt 1.2., w którym w przypadku odstąpienia przez zamawiającego od Umowy z powodu braku możliwości sfinansowania realizacji zamówienia, przewidziano wypłatę wykonawcy wynagrodzenia tylko za wykonaną część tej Umowy.

Zamawiający powoływał się na art. 456 ust. 1 i 3 ustawy Pzp, w szczególności na szczególną sytuację wynikającą z agresji na Ukrainę, która może skutkować przesunięciem przez organ nadrzędny na inne cele środków przyznanych zamawiającemu, co oznaczać będzie pozbawienie zamawiającego tych środków.

Po pierwsze, należy jednak zauważyć, że odwołujący nie kwestionował dopuszczalności odstąpienia przez zamawiającego od umowy z jakichkolwiek przyczyn, ale to, jakie wynagrodzenie w takim przypadku zostanie wypłacone wykonawcy. Argumentacja zamawiającego odnosząca się do okoliczności, w jakich może nastąpić odstąpienie od umowy, nie ma zatem znaczenia dla istoty zarzutu podniesionego w odwołaniu.

Po drugie, należy zwrócić uwagę, że przesłanka odstąpienia od umowy wskazana w art. 456 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, na którą wskazywał zamawiający, została uwzględniona w § 18 ust. 1 pkt 1.1. projektu umowy. Oznacza to, że powoływany przez zamawiającego art. 456 ust. 3 ustawy Pzp przewidujący wypłatę wynagrodzenia należnego z tytułu wykonania tylko części umowy i odnoszący się do art. 456 ust. 1 ustawy Pzp, ma zastosowanie do ww. przesłanki odstąpienia z pkt 1.1. projektu umowy. Tymczasem odwołujący kwestionował w odwołaniu treść pkt 1.2., który dotyczy innej sytuacji, tj. sytuacji odstąpienia od umowy z przyczyn leżących po stronie zamawiającego, czyli braku środków na sfinansowanie przez niego zamówienia. Tym samym argumentacja zamawiającego opierająca się na treści art. 456 ust. 1 i 3 ustawy Pzp, nie jest zasadna, bo przepisy te nie znajdują zastosowania do § 18 ust. 1 pkt 1.2. projektu umowy.

Po trzecie, zasady współzycia społecznego wymagają, aby wykonawca nie ponosił negatywnych konsekwencji okoliczności, które dotyczą wyłącznie zamawiającego. Wykonawca nie ma bowiem wpływu na to, że zamawiający może nie mieć środków na sfinansowanie zamówienia, a jednocześnie musi zaangażować w realizację zamówienia określone koszty wynikające, jak wskazano w odwołaniu:

- z konieczności wstrzymania realizacji robót i ich zabezpieczenia, co generuje koszty zabezpieczenia prac przed ich uszkodzeniem,
- z braku możliwości zamontowania wyprodukowanych na potrzeby inwestycji materiałów i urządzeń,
- z konieczności wstrzymania produkcji materiałów i urządzeń w toku ich wytwarzania, co wiąże się z anulowaniem/rozwiązaniem umów dostawy,
- z konieczności anulowania/rozwiązania umów podwykonawczych,
- z demobilizacji placu budowy i urządzeń budowlanych.

Tymczasem w § 18 ust. 1 pkt 1.2. projektu umowy wskazano, że w razie odstąpienia od umowy, wykonawca będzie mógł otrzymać wynagrodzenie tylko za wykonaną część zamówienia, co oznacza, że ww. koszty nie zostaną wykonawcy zwrócone, mimo że wykonawca je poniesie i mimo że odstąpienie od umowy będzie wynikać wyłącznie

z przyczyn leżących po stronie zamawiającego. Izba podziela stanowisko odwołującego, zgodnie z którym takie ograniczenie prawa wykonawcy do wypłaty wynagrodzenia stanowi nadużycie przez zamawiającego jego pozycji dominującej i nie jest zgodne z zasadami sprawiedliwości i zasadami współżycia społecznego wynikającymi z art. 5 kc i art. 353¹ kc.

W związku z powyższym Izba uwzględniła odwołanie w zakresie ww. zarzutu i nakazała zamawiającemu usunięcie z pkt 1.2. zdania: „W takim wypadku Wykonawca może żądać jedynie Wynagrodzenia należnego mu z tytułu wykonanej części Umowy” oraz dodanie treści zgodnej z art. 644 kc. Przepis ten przewiduje, w razie odstąpienia od umowy, zapłatę umówionego wynagrodzenia z możliwością odliczenia tego, co wykonawca zaoszczędzi z powodu niewykonania zamówienia.

Wobec powyższego, Izba postanowiła jak w sentencji wyroku, orzekając na podstawie art. 552 ust. 1, art. 553 i art. 554 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Orzeczenie Izby zostało wydane w oparciu o dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia oraz w oparciu o stanowisko stron przedstawione na rozprawie i w pismach procesowych.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 574 i art. 575 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 7 ust. 1 pkt 1 w zw. z § 5 pkt 1 i pkt 2 lit. b) rozporządzenia 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