

Sygn. akt: KIO 836/23

WYROK
z dnia 17 kwietnia 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Izabela Niedziałek-Bujak

Protokolant: Oskar Oksiński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 11 kwietnia 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 27 marca 2023 r. przez Odwołującego – **PORR Spółka Akcyjna**, ul. Hołubcowa 123, 02-854 Warszawa, w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – **Narodowy Instytut Zdrowia Publicznego PZH – Państwowy Instytut Badawczy**, ul. Chocimska 24, 00-791 Warszawa

przy udziale

Wykonawcy – **Budimex Spółka Akcyjna**, ul. Siedmiogrodzka 9, 01-204 Warszawa, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego

orzeka:

1. Umarza postępowanie w zakresie zarzutu nr 1 (w całości) i zarzutu nr 2 w zakresie postanowień pkt 10.1 i pkt 10.8.2.5 wzoru umowy;
2. Uwzględnia odwołanie w części zarzutu nr 2 w odniesieniu do pkt 7.2.2. swz i 5.2.2. wzoru umowy i nakazuje Zamawiającemu określenie planowanego terminu zakończenia liczbą miesięcy.
3. Oddala odwołanie w pozostałym zakresie.
4. Kosztami postępowania obciąża Zamawiającego Odwołującego i:
 - 4.1 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;
 - 4.2 zasądza od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę 10.000 zł 00 gr. (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) tytułem zwrotu ½ kosztów wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 580 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo Zamówień Publicznych (Dz. U. 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:

Sygn. akt: KIO 836/23

Uzasadnienie

W postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – Narodowy Instytut Zdrowia Publicznego PZH – Państwowy Instytut Badawczy w Warszawie, w trybie podstawowym bez negocjacji, którego przedmiotem jest „Utworzenie specjalistycznego Centrum Badawczo-Analitycznego Narodowego Instytutu Zdrowia Publicznego PZH – Państwowego Instytutu Badawczego w Warszawie przy ul. Powsińskiej 61/63” (sygn. postępowania: O.OZP.260.85.3.2023), ogłoszonym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 17.03.2023 r. 2023/S 055-163681, wobec opisu przedmiotu zamówienia, jak również projektowanych postanowień umowy, Wykonawca – PORR S.A. z siedzibą w Warszawie, wniósł w dniu 27.03.2023 r. odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej (sygn. akt KIO 836/23).

Odwołujący zarzuca Zamawiającemu niezgodne z przepisami Ustawy:

- 1) nieprawidłowy opis sposobu obliczenia ceny przez ustalenie w formularzu oferty limitu za wykonanie prac projektowych nieadekwatnego do specyfiki zamówienia i charakteru wynagrodzenia;
- 2) ukształtowanie postanowień wzoru umowy w sposób naruszający przepisy Pzp i kodeksu cywilnego, w szczególności z przekroczeniem: (i) granic swobody umów, (ii) zasad współżycia społecznego oraz (iii) zasad rozłożenia ryzyka kontraktowego pomiędzy stronami umowy o roboty budowlane;
- 3) prowadzenie postępowania z naruszeniem podstawowych zasad udzielania zamówień publicznych w szczególności zasady uczciwej konkurencji oraz zasady proporcjonalności.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości oraz nakazanie Zamawiającemu dokonania zmiany limitu wynagrodzenia za wykonanie prac projektowych we wskazany w uzasadnieniu sposób, jak również zmiany warunków przyszłej umowy w sposób opisany w odwołaniu.

Do postępowania odwoławczego przystąpił po stronie Odwołującego wykonawca – Budimex S.A. z siedzibą w Warszawie.

Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie wnosząc o jego oddalenie. Zamawiający wprowadził zmiany do swz w zakresie dotyczącym zarzutu nr 1 oraz uwzględnił zarzut nr 2 w zakresie związanym z podwykonawstwem (pkt 10.1 i pkt 10.8.2.5 wzoru umowy).

Odwołujący na posiedzeniu w odniesieniu do zarzutów uwzględnionych przez Zamawiającego (zarzut nr 1 i zarzut nr 2 w części) cofnął odwołanie. Przystępujący po stronie Zamawiającego nie wniósł sprzeciwu wobec uwzględnienia w części zarzutów odwołania.

Odwołujący podtrzymał odwołanie w zakresie zarzutów nie uwzględnionych przez Zamawiającego. Zarzuty podtrzymane odnoszą się do projektowanych postanowień umownych i dotyczą:

- pkt 2.70 – definicji „Utworu”;
- pkt 2.72 – definicji „Wada istotna”;
- pkt 5.2.2 + 7.2.2 swz – terminu realizacji do 31.05.2026 r;
- pkt 7.5 – zmiany wysokości wynagrodzenia;
- pkt 10.21 – roszczenia regresowego;
- pkt 17.5 – odbiór robót;
- pkt 19.8 i 19.9 – uprawnień Zamawiającego w przypadku Wady Przedmiotu Kontraktu;
- pkt 20.1.1 – podstawy odstąpienia od Kontraktu;
- pkt 20.1.4 – kary za zwłokę w zapewnieniu osoby wchodzącej w skład Personelu Kluczowego;
- pkt 27.3 – płatności za przedłużenie terminu realizacji w wyniku zdarzeń stanowiących ryzyko Zamawiającego.

Zamawiający miał ukształtować postanowienia umowy w sposób naruszający przepisy Pzp i kodeksu cywilnego:

- 1) art. 436 pkt 1 Pzp w zw. z art. 16 Pzp w zw. z art. 99 ust. 1 i 4 w zw. z art. 16 Pzp przez ustalenie terminu zakończenia realizacji inwestycji za pomocą konkretnej daty kalendarzowej;
- 2) art. 433 pkt 3 i art. 99 ust. 1 Pzp w zw. z art. 353(1) k.c. i art. 473 k.c. w zw. z art. 16 i art. 8 Pzp – przez niejednoznaczny i niewyczerpujący opis przedmiotu zamówienia, który powoduje nałożenie na Wykonawcę obowiązku uwzględnienia w ramach wynagrodzenia umownego wszelkich kosztów i prac, „choćby w czasie zawarcia Kontraktu nie można było przewidzieć rozmiaru lub kosztu prac, innych czynności lub prac koniecznych do zgodnego z Kontraktem wykonania całości przedsięwzięcia opisanego w PFU” (pkt 7.7 wzoru umowy), co spowoduje nieporównywalność

składanych ofert oraz stanowi naruszenie zasady równowagi kontraktowej stron i zasady uczciwej konkurencji;

- 3) art. 431 Pzp i art. 647 k.c. w zw. z art. 354 § 2 k.c. i art. 353 (1) k.c. w zw. z art. 8 ust. 1 Pzp – przez ukształtowanie postanowień wzoru umowy w sposób sprzeczny z istotą umowy o roboty budowlane oraz zasadą współdziałania stron przy wykonywaniu umowy w sprawie zamówienia publicznego, tj. przyznanie Zamawiającemu prawa do odmowy odbioru robót w przypadku ujawnienia się braków w dokumentacji;
- 4) art. 465 ust. 3 Pzp przez przyznanie Zamawiającemu prawa do roszczenia regresowego obejmującego odsetki, podczas gdy ww. przepis wprost wskazuje, że bezpośrednia zapłata obejmuje wyłącznie wynagrodzenie bez odsetek;
- 5) art. 431 Pzp i art. 647 k.c. w zw. z art. 354 § k.c. i art. 353 (1) k.c. w zw. z art. 8 ust. 1 Pzp – przez ukształtowanie postanowień wzoru umowy w sposób sprzeczny z istotą umowy o roboty budowlane oraz zasadą współdziałania stron przy wykonywaniu umowy w sprawie zamówienia publicznego poprzez ustalenie katalogu roszczeń i uprawnień przysługujących Zamawiającemu z tytułu gwarancji nie mających uzasadnienia w realnych potrzebach Zamawiającego oraz nie uzasadnionych przedmiotem zamówienia;
- 6) art. 438 k.c., art. 484 § 2 k.c. i art. 436 pkt 3 Pzp w zw. z art. 353(1) k.c. w zw. z art. 8 ust. i art. 16 Pzp – poprzez ustalenie wygórowanych stawek kar umownych z tytułu odstąpienia od umowy oraz absencji Kluczowego Personelu;
- 7) art. 433 pkt 3 Pzp oraz 353(1)- k.c. i art. 473 k.c. w zw. z art. 16 i art. 8 Pzp – poprzez obarczenie wykonawcy odpowiedzialnością za okoliczności, za które wyłączną odpowiedzialność ponosi Zamawiający poprzez ograniczenie podstawy naliczenia kosztów ogólnych w przypadku wydłużenia terminu realizacji z przyczyn leżących po stronie Zamawiającego;
- 8) art. 387 § 1 k.c. i art. 353(1) k.c. w zw. z art. 8 ust. 1 Pzp – poprzez nałożenie na wykonawcę w ramach wynagrodzenia umownego obowiązku przeniesienia praw autorskich w odniesieniu do wszystkich utworów wytworzonych w trakcie realizacji kontraktu z uwagi na wadliwą definicję utworu zawarta w 2.70 swz.

Stanowisko Izby

Do rozpoznania zarzutów w odwołaniu zastosowanie znajdowały przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022 r., poz. 1710 z późn. zm.),

obowiązującej w dacie wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, zwana dalej Ustawą.

Odwołanie nie podlegało odrzuceniu i takich wniosków nie formułowano w pismach procesowych, jak i na posiedzeniu przed otwarciem rozprawy.

Rozpoznając odwołanie Izba miała na uwadze stan faktyczny ustalony w oparciu o dokumentację postępowania złożoną do akt sprawy, w tym zapisy swz, w szczególności wzór umowy, a także dowody złożone do akt sprawy odwoławczej w odpowiedzi na odwołanie.

Przedmiot zamówienia obejmuje wykonanie kompletnej dokumentacji projektowej w zakresie Etapu I i Etapu II (przy czym wnioski o wydanie Pozwoleń i same Pozwolenia dotyczą Etapu I) oraz wykonania budowy w zakresie Etapu I. Zakresem zamówienia objęta jest dostawa i montaż wszystkich urządzeń i instalacji wraz z ich uruchomieniem oraz szkoleniem z obsługi, a także przedłożenie Dokumentacji oraz uzyskanie pozwoleń na użytkowanie (pkt 4.3 umowy). Zamawiający w pkt 5.2 Kontraktu określił termin realizacji dla projektowania na 12 miesięcy od daty zawarcia Kontraktu oraz dla Budowy do dnia 31 maja 2026 r. (pkt 5.2.2). Termin o którym mowa w pkt **Błąd! Nie można odnaleźć źródła odwołania.** jest zachowany w przypadku przedstawienia w tym terminie do odbioru Przedmiotu Kontraktu bez Wad Istotnych po uzyskaniu Pozwolenia na Użytkowanie, pod warunkiem podpisania przez Zamawiającego Protokołu Odbioru Budowy.

Obowiązki wykonawcy w zakresie Budowy opisane zostały szczegółowo w pkt 14 Kontraktu.

Izba uwzględniła odwołanie w części dotyczącej zarzutu nr 2 w zakresie wskazanego naruszenia:

- 1) art. 436 pkt 1 Pzp w zw. z art. 16 Pzp w zw. z art. 99 ust. 1 i 4 w zw. z art. 16 Pzp przez ustalenie terminu zakończenia realizacji inwestycji za pomocą konkretnej daty kalendarzowej;

Odwołujący formułując zarzut wskazał na brak podstaw do określenia terminu realizacji za pomocą daty dziennej i wnosił o zmianę postanowień swz przez ustalenie terminu na okres 20 miesięcy liczonych od dnia zawarcia kontraktu, co miałyby odpowiadać regulacji z art. 436 Ustawy. W ocenie Odwołującego Zamawiający nie wskazał żadnych obiektywnych okoliczności, które uzasadniałyby wskazanie konkretnej daty. Ponieważ w momencie wszczęcia postępowania Zamawiający nie uzyskał środków na sfinansowanie, jak również

nie zostały ustalone zasady i terminy wydatkowania, nie można na tej podstawie ustalić istnienia obiektywnej przyczyny, która mogłaby wynikać z umowy o dofinansowanie projektu.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie powołał się na Krajowy Plan Odbudowy i Zwiększenia Odporności (stan na czerwiec 2022 r.), w ramach którego inwestycja ma być rozliczona, jako jeden z kamieni milowych D35G – Utworzenie Specjalistycznego Centrum Badawczo – Analitycznego (Komponent D.3.1.1.). Zamawiający na rozprawie przedłożył wyciąg z KPO z opisem Komponentu D.3.1.1. – str. od 300 do 305, na których zawarta została ogólna charakterystyka w tym celu i zadania tego projektu oraz zakres czasowy - I kw. 2021 – II kw. 2026 r.

Zamawiający ustalił termin wykonania Robót do dnia 31 maja 2026 r. (pkt 5.2.2. wzoru umowy i pkt 7.2.2. swz). Jest to jedyny termin określony datą kalendarzową. Pozostałe w Kontrakcie opisane są liczbą dni. Ponadto, w pkt 27.1.1 do 27.1.14 Kontraktu wskazane zostały przyczyny, których wystąpienie uprawniać będzie do wydłużenia terminu wykonania Przedmiotu Kontraktu o liczbę dni, w których z powodu tych okoliczności brak było możliwości wykonywania Kontraktu lub proporcjonalnie do zakresu utrudnień i opóźnień spowodowanych tymi okolicznościami

Zgodnie z art. 436 pkt 1 Ustawy, w umowie należy określić *planowany termin zakończenia usługi, dostawy lub robót budowlanych oraz, w razie potrzeby, planowane terminy wykonania poszczególnych części usługi, dostawy lub roboty budowlanej, określone w dniach, tygodniach, miesiącach lub latach, chyba że wskazanie daty wykonania umowy jest uzasadnione obiektywną przyczyną.*

Izba uwzględniła odwołanie w tym zakresie uznając, iż Zamawiający nie przedstawił okoliczności, które pozwalały na odstąpienie od wymogu ustalenia terminu wykonania umowy ilością dni, tygodni, miesięcy lub lat przez wskazanie końcowej daty wykonania umowy, stanowiących o istnieniu obiektywnej przyczyny ustalenia terminu realizacji datą kalendarzową.

Zamawiający powołał się na uzgodnienia w ramach KPO z Komisją Europejską i załączył wyciąg z dokumentu, z którego wynikają ramy czasowe realizacji projektu, które już w momencie wszczęcia postępowania nie zostały dotrzymane. Dotyczy to terminu początkowego – I kw. 2021 r. Z przedłożonego dokumentu nie wynika, iż zmiana terminu może mieć znaczenie dla rozliczenia inwestycji, jak również że nie będzie ona możliwa w momencie uruchomienia środków z KPO. Ponieważ Zamawiający nie przedstawił innych dowodów, które pozwalałyby przyjąć wniosek Zamawiającego o braku możliwości zmiany zakreślonych ram czasowych w sytuacji wydłużającego się procesu uzyskania środków

europejskich na sfinansowanie KPO, Izba nie miała podstaw do przyjęcia tego wniosku. Uwzględniając natomiast wydłużającą się procedurę przetargową wobec wstępnych założeń, jakie towarzyszyły uzgodnieniom z wykonawcami (zawarcie umowy miałyby nastąpić już w marcu b.r.) utrzymanie konkretnej daty zakończenia inwestycji jest realnie zagrożone. Ponadto, Zamawiający wprowadził we wzorze umowy zapisy pozwalające na zmianę terminu, tym samym należy uznać, iż data końcowa nie jest bezwzględnie wymagana dla osiągnięcia celu projektu. Należy również odnotować, iż szereg klauzul Kontraktu odnosi się do terminów liczonych w dniach, co powoduje, iż wskazanie daty zakończenia Kontraktu ma wyłącznie charakter sztuczny i nie uwzględnia specyfiki zamówienia, w którym może wystąpić szereg okoliczności wpływających na terminowość Robót.

Wprowadzona w art. 436 Ustawy regulacja dotycząca określania planowanego terminu zakończenia inwestycji objętej zamówieniem ma na celu ustalenie jasnych dla wykonawców ram czasowych, co stanowi istotny element opisu przedmiotu zamówienia, pozwalający na oszacowanie kosztów inwestycji, jak również oszacowanie odpowiednich sił i środków, jakie będą musiały być zaangażowane w celu dotrzymania nałożonych terminów. Możliwość odstąpienia od zasady ustalania terminu ilością dni, tygodni, miesięcy lub lat, przez wskazanie daty wykonania umowy musi być obiektywnie uzasadnione. Nie chodzi o samo formalne nazwanie przyczyny, która może obiektywnie uzasadniać takie odstąpienie, konieczne jest rzeczywiste istnienie uzasadnienia, co pozwala odnieść daną okoliczność do sytuacji faktycznie mającej znaczenie dla realizacji inwestycji. Ponieważ Zamawiający nie miał w momencie wszczęcia postępowania żadnych pewnych danych określających terminy realizacji poszczególnych etapów, termin zakończenia ustalony na dzień 31 maja 2026 r. w zasadzie stanowi pewien prognozowany cel, jednak nie ma on umocowania w dokumentach, które nakładałyby na Zamawiającego obowiązek rozliczenia tej inwestycji w nieprzekraczalnym terminie. Uwzględniając odległy, względem etapu wszczęcia postępowania termin realizacji, obiektywna przyczyna musi istnieć już w momencie ogłoszenia o zamówieniu, a tej Zamawiający nie wykazał. Ponieważ zasadniczo Odwołujący dąży do zmiany postanowień przez wskazanie ilości miesięcy w miejsce daty zakończenia umowy, Izba nie odniosła się do twierdzeń Odwołującego o minimalnej ilości 20 miesięcy na realizację całości zadania, co dopiero może być przez Zamawiającego oszacowane i określone, przy uwzględnieniu specyfiki i zakresu inwestycji i podlegać może dalszym zarzutom ze strony wykonawców.

W pozostałym zakresie Izba oddaliła odwołanie.

Uwzględniając podstawy pozostałej części zarzutu nr 2 i 3 odwołania, które wprost odnoszą się do projektowanych postanowień umowy należy poczynić ogólną uwagę dotyczącą obowiązków zamawiającego w kontekście zapewnienia przejrzystości dokumentacji postępowania. Powołując się w tej części na autorytet Sądu Okręgowego w Warszawie warto przypomnieć, iż obowiązek przejrzystości ma na celu zagwarantowanie braku ryzyka faworyzowania i arbitralnego traktowania ze strony instytucji zamawiającej. Wymaga on by wszystkie warunki i zasady postępowania w sprawie były określone w sposób jasny, precyzyjny i jednoznaczny w ogłoszeniu o zamówieniu lub w specyfikacji, tak by pozwolić wszystkim rozsądnie poinformowanym i wykazującym zwykłą staranność oferentom na zrozumienie ich dokładnego zakresu i dokonanie ich wykładni w taki sam sposób, jak również by umożliwić instytucji zamawiającej rzeczywistą weryfikację, czy oferty złożone przez oferentów odpowiadają kryteriom wyznaczonym dla danego zamówienia. (wyrok z 28.09.2022, sygn. akt XXIII Zs 112/22). Wskazane naruszenia zasad opisanych w art. 16 Ustawy należało zatem oceniać w kontekście realnego znaczenia kwestionowanych postanowień wzoru umowy dla jasności zasad wiążących na etapie realizacji umowy, co może mieć znaczenie dla kalkulacji ceny oferty.

Odnosząc się w kolejności do pozostałych podstaw zarzutów podtrzymanych przez Odwołującego Izba wskazuje jako poniżej.

- 2) Naruszenie art. 433 pkt 3 i art. 99 ust. 1 Pzp w zw. z art. 353(1) k.c. i art. 473 k.c. w zw. z art. 16 i art. 8 Pzp – przez niejednoznaczny i niewyczerpujący opis przedmiotu zamówienia, który powoduje nałożenie na Wykonawcę obowiązku uwzględnienia w ramach wynagrodzenia umownego wszelkich kosztów i prac, „choćby w czasie zawarcia Kontraktu nie można było przewidzieć rozmiaru lub kosztu prac, innych czynności lub prac koniecznych do zgodnego z Kontraktem wykonania całości przedsięwzięcia opisanego w PFU” (pkt 7.7 wzoru umowy), co spowoduje nieporównywalność składanych ofert oraz stanowi naruszenie zasady równowagi kontraktowej stron i zasady uczciwej konkurencji;

Zarzut i żądanie Odwołującego dotyczą wykreślenia pkt 7.5 wzoru umowy klauzuli wyłączającej (poza przypadkami wskazanym w Kontrakcie) możliwość żądania podwyższenia wynagrodzenia, chociażby w czasie zawarcia Kontraktu nie można było przewidzieć rozmiaru lub kosztu prac, innych czynności lub prac koniecznych do zgodnego z Kontraktem wykonania całości przedsięwzięcia opisanego w PFU.

W oparciu o tą klauzulę Odwołujący formułuje tezę o niedostatecznym opisie przedmiotu zamówienia, naruszającym art. 99 Ustawy, co ma wynikać z przerzucenia w całości na wykonawcę ryzyka gospodarczego wynikającego z niedostatecznego opisu przedmiotu

zamówienia. Ponadto, klauzula ta miałaby naruszać art. 433 pkt 3 Ustawy zakazujący wprowadzania w umowie postanowień przewidujących odpowiedzialność wykonawcy za okoliczności, za które wyłączną odpowiedzialność ponosi zamawiający.

Tak postawiony zarzut Izba oddaliła.

Obie tezy dotyczące niejednoznaczności opisu przedmiotu zamówienia, jak i wprowadzenia postanowień umowy mających naruszać art. 433 pkt 3 Ustawy nie zostały poparte treścią umowy, która prowadziłyby do takich wniosków. Klauzula, której wykreślenia domaga się Odwołujący nie odnosi się w żaden sposób do opisu przedmiotu zamówienia, jak również nie zawiera treści, która prowadziłyby do możliwości uznania, iż Zamawiający przewiduje odpowiedzialność Wykonawcy za okoliczności, za które wyłączna odpowiedzialność spoczywać miałaby na Zamawiającym. Jednocześnie stanowi ona odzwierciedlenie charakteru wynagrodzenia, jakie Zamawiający przewidział w ramach niniejszego kontraktu, tj. wynagrodzenia ryczałtowego, do którego zastosowanie znajduje art. 632 § 1 k.c., zgodnie z którym, *jeżeli strony umówiły się o wynagrodzenie ryczałtowe, przyjmujący zamówienie nie może żądać podwyższenia wynagrodzenia, chociażby w czasie zawarcia umowy nie można było przewidzieć rozmiaru lub kosztów prac.*

Bez pogłębionej analizy pozostałych klauzul umownych (w szczególności określających podstawy do zmiany wynagrodzenia umownego) nie można obronić wniosków odwołania. Ponadto, Odwołujący w swojej wypowiedzi zdaje się formułować jedynie obawy o to, w jaki sposób klauzula ta miałaby wpłynąć na kalkulację ryzyk w cenie ofertowej, a nie faktycznego znaczenia dla ustalenia zakresu świadczenia wykonawcy.

- 3) Naruszenie art. 431 Pzp i art. 647 k.c. w zw. z art. 354 § 2 k.c. i art. 353 (1) k.c. w zw. z art. 8 ust. 1 Pzp – przez ukształtowanie postanowień wzoru umowy w sposób sprzeczny z istotą umowy o roboty budowlane oraz zasadą współdziałania stron przy wykonywaniu umowy w sprawie zamówienia publicznego, tj. przyznanie Zamawiającemu prawa do odmowy odbioru robót w przypadku ujawnienia się braków w dokumentacji;

Kwestionowana klauzula 17.5 wzoru umowy odnosi się do zasad odbioru robót według stanu ich zaawansowania na podstawie zgłoszenia robót do odbioru. *Zamawiający może odrzucić zawiadomienie o osiągnięciu gotowości do odbioru według stanu zaawansowania Robót bez wyznaczania terminu odbioru – w przypadku złożenia dokumentów zawierających Wady Istotne lub gdy dokumenty są niekompletne; w takim przypadku Zamawiający poinformuje Wykonawcę, że nie wyznaczy terminu odbioru, kierując do Wykonawcy uzasadnienie dla*

zaniechania tej czynności. Zamawiający – w przypadku nieprawidłowego zawiadomienia o gotowości, o którym mowa w zdaniu poprzedzającym – nie jest obowiązany przyjąć wykonanych Robót.

Odwołujący żąda modyfikacji klauzuli w taki sposób, iż przy stwierdzonych Wadach Istotnych dokumentów lub ich niekompletności, Zamawiający nie będzie mógł odmówić odbioru według stanu zaawansowania robót, ale zobowiązany będzie wezwać wykonawcę do usunięcia wad lub uzupełnienia braków w dokumentacji wyznaczając w tym celu dodatkowy termin.

Izba oddaliła zarzut.

Ustalone przez Zamawiającego zasady odbioru robót, powiązane z płatnościami za wykonany etap prac mają na celu przede wszystkim zabezpieczyć obiektywne i uzasadnione potrzeby uzyskania przedmiotu świadczenia spełniającego wymagania potwierdzone dokumentami, które pozwalają na weryfikację prawidłowości świadczenia. Uznanie, iż Zamawiający nie może odmówić odbioru w sytuacji, gdy wystąpią wady w dokumentacji lub ich braki, nie ma uzasadnienia w przepisach, a ponadto kwestionowane postanowienie nie oznacza, iż wykonawca nie może po uzupełnieniu dokumentów (mając uzasadnienie od Zamawiającego odmowy odbioru) powtórzyć czynność zgłoszenia do odbioru bez błędów w dokumentach. W przypadku złożenia ponownie wniosku Zamawiający będzie zobowiązany przystąpić do odbioru Robót według stanu ich zaawansowania w terminie 3 dni roboczych od dnia zgłoszenia. Tylko od stopnia przygotowania się wykonawcy do odbioru robót będzie zależało to, czy Zamawiający będzie miał podstawy do odmowy odbioru.

- 4) Naruszenie art. 465 ust. 3 Pzp przez przyznanie Zamawiającemu prawa do roszczenia regresowego obejmującego odsetki, podczas gdy ww. przepis wprost wskazuje, że bezpośrednia zapłata obejmuje wyłącznie wynagrodzenie bez odsetek;

W ocenie Odwołującego, skoro odpowiedzialność Zamawiającego względem podwykonawców z tytułu płatności bezpośrednich za wykonanie robót budowlanych ograniczona jest do wysokości kwoty należności wynikającej z umowy, to nie ma podstaw do świadczenia regresowego względem wykonawcy obejmującego odsetki, koszty procesu i koszty egzekucji.

Izba oddaliła zarzut.

Wprowadzony zapis nie narusza art. 465 ust. 3 Ustawy, gdyż odnosi się do zwrotu innych kosztów, jakie Zamawiający może ponieść w związku z odmową przez wykonawcę zapłaty wynagrodzenia należnego podwykonawcy lub dalszemu podwykonawcy. Odwołujący w

żaden sposób nie uargumentował dlaczego koszty te powinny obciążać Zamawiającego, w szczególności mając na uwadze, iż to zaniechanie po stronie wykonawcy może prowadzić do ich powstania.

- 5) Naruszenie art. 431 Pzp i art. 647 k.c. w zw. z art. 354 § k.c. i art. 353 (1) k.c. w zw. z art. 8 ust. 1 Pzp – przez ukształtowanie postanowień wzoru umowy w sposób sprzeczny z istotą umowy o roboty budowlane oraz zasadą współdziałania stron przy wykonywaniu umowy w sprawie zamówienia publicznego poprzez ustalenie katalogu roszczeń i uprawnień przysługujących Zamawiającemu z tytułu gwarancji nie mających uzasadnienia w realnych potrzebach Zamawiającego oraz nie uzasadnionych przedmiotem zamówienia;

Zarzut odnosi się do pkt 19.8 Kontraktu, w którym Zamawiający wskazał uprawnienia, jakie przysługiwać mu będą w okresie gwarancji w przypadku wystąpienia Wady Przedmiotu Kontraktu.

Jeżeli Wada Przedmiotu Kontraktu ujawni się w odpowiednim okresie (Okres Gwarancji) Zamawiający może wedle swego wyboru, który wiąże Wykonawcę:

19.8.1. żądać wymiany na wolny od Wad albo usunięcia Wady lub wymianę w wyznaczonym przez Zamawiającego terminie, albo

19.8.2. złożyć oświadczenie o obniżeniu Wynagrodzenia, albo

19.8.3. złożyć oświadczenie o odstąpieniu od Kontraktu – w przypadku Wady Istotnej.

W uzasadnieniu zarzutu Odwołujący wskazał, iż Zamawiającemu co do zasady przysługuje prawo do ukształtowania treści gwarancji w umowie o zamówienie publiczne. Jednak zbytne rozszerzenie obowiązków gwaranta w stosunku do standardowych zapisów automatycznie przekłada się na wzrost cen otrzymanych ofert, a w trakcie okresu gwarancyjnego może wywołać skutek odwrotny do zamierzonego, którym jest podstawowy cel gwarancji, tj. przywrócenie pełnej sprawności rzeczy objętej gwarancją.

Izba oddaliła zarzut.

Już samo uzasadnienie tego zarzutu prowadzi do wniosku, iż nie można wskazanych postanowień traktować w kategorii naruszenia przepisów Ustawy. Argumenty podniesione w odwołaniu traktujące o standardowych postanowieniach umownych nie mogą prowadzić do pozbawienia Zamawiającego prawa do wprowadzania postanowień, których celem jest zabezpieczenie uzasadnionych interesów, w tym zastrzeżenie możliwości podjęcia kroków opisanych w klauzuli 19.8 Kontraktu, w odpowiedzi na istotne naruszenie obowiązków po stronie Wykonawcy.

- 6) art. 438 k.c., art. 484 § 2 k.c. i art. 436 pkt 3 Pzp w zw. z art. 353(1) k.c. w zw. z art. 8 ust. i art. 16 Pzp – poprzez ustalenie wygórowanych stawek kar umownych z tytułu odstąpienia od umowy oraz absencji Kluczowego Personelu;

Odwołujący kwestionuje wysokość kar umownych przewidzianych w pkt 20.1.1 i 20.1.4 Kontraktu, jako zbyt wygórowanych. Kary te przewidziane zostały na wypadek odstąpienia od Kontraktu w całości lub w części przez którąkolwiek ze Stron z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy – w wysokości 20% Ceny netto oraz niezapewnienia osoby wchodzącej w skład Personelu Kluczowego w wysokości 10.000 zł za każdy rozpoczęty dzień zwłoki w zapewnieniu każdej takiej osoby.

Izba oddaliła zarzut.

Poza ogólnikowymi tezami Odwołujący nie przedstawił żadnych konkretnych argumentów, które przemawiałyby za nakazaniem zmiany wysokości kary umownej. Samo dążenie do minimalizacji kar ze strony Wykonawcy nie może automatycznie być traktowane jako wykazanie naruszenia ogólnych zasad kodeksowych, tym bardziej, że stosowanie klauzul umownych może podlegać kontroli sądowej na etapie pozwalającym realnie odnieść się do okoliczności pozwalających określić, czy wysokość kary będzie nadmierna w stosunku do szkody, jaką może ponieść Zamawiający.

- 7) art. 433 pkt 3 Pzp oraz 353(1)- k.c. i art. 473 k.c. w zw. z art. 16 i art. 8 Pzp – poprzez obarczenie wykonawcy odpowiedzialnością za okoliczności, za które wyłączną odpowiedzialność ponosi Zamawiający poprzez ograniczenie podstawy naliczenia kosztów ogólnych w przypadku wydłużenia terminu realizacji z przyczyn leżących po stronie Zamawiającego;

Odwołujący zarzut ten odnosi do pkt 27.3 Kontraktu, w którym określone zostały zasady płatności:

Płatności za przedłużenie terminu realizacji w wyniku zdarzeń stanowiących ryzyko Zamawiającego, w zakresie obejmującym koszty ogólne Wykonawcy, będą uwzględniane w wysokości 0,007% Ceny netto, określonej w pkt 7.1 za każdy dzień wydłużenia terminu. Kwota wskazana w zdaniu poprzednim wyczerpuje roszczenia Wykonawcy w zakresie rekompensaty kosztów ogólnych. Niezależnie od postanowień Kontraktu możliwa jest jego zmiana w przypadkach określonych w Pzp.

Izba oddaliła zarzut.

Żądanie Odwołującego związane jest z podstawą do naliczenia płatności, jaką jest wskazana Cena netto Kontraktu, która nie uwzględniałaby ewentualnych zmian ceny w wyniku zdarzeń, które mogą prowadzić do podwyższenia wynagrodzenia należnego wykonawcy. Ponieważ wskazana klauzula dotyczy wyłącznie rekompensaty kosztów ogólnych w związku z przedłużeniem terminu realizacji, a te kalkulowane są w cenie oferty, trudno dopatrzeć się naruszenia przepisów wskazanych w podstawie zarzutu. Wnioski Odwołującego nie zostały niczym poparte. W szczególności nie można z treści klauzuli wnioskować, jakoby Zamawiający zwalniał się z odpowiedzialności za przedłużenie terminu realizacji z przyczyn, które stanowią jego ryzyko, czy też przenosił na Wykonawcę odpowiedzialność za okoliczności, które obciążają Zamawiającego.

- 8) art. 387 § 1 k.c. i art. 353(1) k.c. w zw. z art. 8 ust. 1 Pzp – poprzez nałożenie na wykonawcę w ramach wynagrodzenia umownego obowiązku przeniesienia praw autorskich w odniesieniu do wszystkich utworów wytworzonych w trakcie realizacji kontraktu z uwagi na wadliwą definicję utworu zawarta w 2.70 swz.

Zarzut dotyczy przyjętej na potrzeby Kontraktu definicji utworu z pkt 2.70 swz, która miałaby obejmować każdy wykorzystany na potrzeby realizacji utworów w rozumieniu Prawa Autorskiego, a do którego prawa nie mogłyby być przeniesione na Zamawiającego.

Izba oddaliła zarzut.

Podniesione obawy mają wyłącznie walor hipotetyczny i nie zostały powiązane z żadnym konkretną okolicznością, która prowadziłyby do uznania, iż Wykonawca miałby obowiązek przenieść prawa autorskie do utworu, który nie jest wytworzony w ramach realizacji Kontraktu. Podany przykład oprogramowania wykorzystywanego przez Wykonawcę na potrzeby przygotowania elementów dokumentacji projektowej nie może być traktowany, jako adekwatny dla zobrazowania naruszenia, gdyż nie dotyczy produktu wytworzonego w ramach realizacji Kontraktu. Zarzut ten w odbiorze składu orzekającego ma wyłącznie charakter pozorny i nie pozwala na konkretne zidentyfikowanie na czym miałyby polegać naruszenie przez Zamawiającego wskazanych przepisów prawa. Ponadto, w pkt 23 Kontraktu zawarto szereg postanowień związanych z prawami autorskimi, które w ogóle nie zostały objęte analizą Wykonawcy.

W świetle powyższego odwołanie w części zasługiwało na uwzględnienie. Mając na uwadze charakter zarzutów, które można połączyć do wspólnego mianownika jakim jest treść umowy, skład orzekający uznał za właściwe i uzasadnione odpowiedzialnością

Zamawiającego za kształt postanowień przyszłej umowy, iż koszty odwołania obejmujące wpis powinny być podzielone po równo pomiędzy strony.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. § 5, § 7 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 31 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. poz. 2437).

Na poczet kosztów postępowania odwoławczego zaliczony został wpis w wysokości 20.000,00 zł. – podzielony pomiędzy strony sporu. Koszty pełnomocnika Zamawiającego obejmujące samą opłatę skarbową Izba zniósła mając na uwadze, iż strony nie składały rachunków obejmujących wynagrodzenie pełnomocników i inne koszty dojazdu, które faktycznie ponoszą i należało je znieść pomiędzy stronami.

Przewodniczący: