

**WYROK**

**z dnia 23 listopada 2021 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:**

**Przewodniczący: Małgorzata Rakowska**

**Protokolant: Piotr Cegłowski**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 19 listopada 2021 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 8 listopada 2021 r. przez wykonawcę **Przedsiębiorstwo Inżynieryjnych Robót Kolejowych „TOR-KRAK” Sp. z o.o., ul. Isep 2e, 31-588 Kraków** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Tramwaje Śląskie S.A., ul. Inwalidzka 5, 41-506 Chorzów**

**orzeka:**

1. Umarza postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutu 4 dotyczącego nieprawidłowego sformułowania postanowień § 14 ust. 4 wzoru umowy.
2. Zarzut 1 dotyczący nieprawidłowego sformułowania postanowień § 1 ust. 12 wzoru umowy jako spóźniony nie podlegał rozpoznaniu, a odwołanie w tej części uznaje za spóźnione.
3. Oddala odwołanie w pozostałym zakresie.
4. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża wykonawcę **Przedsiębiorstwo Inżynieryjnych Robót Kolejowych „TOR-KRAK” Sp. z o.o., ul. Isep 2e, 31-588 Kraków** i:
  - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Przedsiębiorstwo Inżynieryjnych Robót Kolejowych „TOR-KRAK” Sp. z o.o., ul. Isep 2e, 31-588 Kraków** tytułem wpisu od odwołania,
  - 2.2. zasądza od wykonawcy **Przedsiębiorstwa Inżynieryjnych Robót Kolejowych „TOR-KRAK” Sp. z o.o., ul. Isep 2e, 31-588 Kraków** na rzecz zamawiającego **Tramwaje Śląskie S.A., ul. Inwalidzka 5, 41-506 Chorzów** kwotę **4 032 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące trzydzieści dwa złote zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika, kosztów dojazdu na rozprawę oraz opłaty skarbowej od pełnomocnictw.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r., poz. 1129 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

Tramwaje Śląskie S.A. z siedzibą w Chorzowie, zwana dalej „Zamawiającym”, działając na podstawie przepisów ustawy dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (tj.: Dz. U. z 2019 r., poz.2019 ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp”, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia na „Przebudowę infrastruktury tramwajowej w ciągu ul. Wojska Polskiego w Sosnowcu od ul. Gen. Andersa do ul. Orłąt Lwowskich (dobudowa drugiego toru)” – zadanie nr 2.4”.

Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało opublikowane w dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 15 września 2021 r., nr 2021/S 179-467010.

W dniu 8 listopada 2021 r. (pismem z tej samej daty) wykonawca Przedsiębiorstwo Inżynierskich Robót Kolejowych „TOR-KRAK” Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie, zwany dalej „Odwołującym”, wniósł odwołanie od niezgodnej z przepisami ustawy czynności Zamawiającego podjętej w postępowaniu o udzielenie zamówienia, tj. sporządzenia treści Załącznika nr 8 do Specyfikacji Warunków Zamówienia - Wzór Umowy, zwanego dalej „wzór umowy”, w brzmieniu uwzględniającym modyfikację dokonaną przez Zamawiającego dnia 27 października 2021r, we wskazanym zakresie:

1. § 1 ust. 12 wzoru umowy w brzmieniu: 12. Wykonawca zobowiązany jest do wykonania w ramach wynagrodzenia określonego w § 9 ust. 1, robót oraz obowiązków spoczywających na nim, w tym wynikających z umowy (w tym dokumentacji projektowej i specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych), przepisów prawa, aktów administracyjnych i zasad sztuki budowlanej”, w zakresie w jakim przerzuca na wykonawcę ryzyko związane z niejednoznacznym, niewyczerpującym i utrudniającym uczciwą konkurencję opisem przedmiotu zamówienia;
2. § 18 ust. 6 wzoru umowy w brzmieniu: „Wykonawca zobowiązany jest do zapewnienia obecności osób wskazanych w ust. 1 tego paragrafu na terenie budowy na każde telefoniczne wezwanie Zamawiającego lub Inżyniera Kontraktu w terminie 4 godzin od chwili przekazania im telefonicznego zgłoszenia”, w całości w tym w szczególności, w zakresie w jakim nakłada na wykonawcę obowiązek prowadzący realnie do dezorganizacji procesu budowlanego sprzeczny z istotą funkcji kierownika budowy i kierownika robót elektrycznych, a także zasadą współdziałania, efektywności i proporcjonalności oraz prowadzący do ingerowania przez Zamawiającego i Inżyniera Kontraktu w organizację pracy kadry kierowniczej wykonawcy;

3. § 14 ust. 1 lit. r) wzoru umowy w brzmieniu: „Zamawiający jest uprawniony do naliczenia Wykonawcy kar umownych w następujących przypadkach: r) za każdą nieusprawiedliwioną nieobecność osoby wskazanej w § 18 ust. 1 lit. a) lub b) Umowy na terenie budowy na wezwanie Inżyniera Kontraktu lub Zamawiającego, o którym mowa w § 18 ust. 6 Umowy - w wysokości 1.000 zł za każdą nieobecność potwierdzoną pisemną notatką Inżyniera Kontraktu lub Zamawiającego”, w całości;
4. § 14 ust. 4 wzoru umowy w brzmieniu: „4. Niezależnie od kar umownych zastrzeżonych w niniejszej umowie Wykonawca zobowiązuje się do pokrycia wszelkich kosztów poniesionych przez Zamawiającego w związku z niewykonaniem lub nienależytym wykonaniem przez niego zakontraktowanych u Organizatora Komunikacji usług przewozowych z powodu wyłączenia ruchu tramwajowego na czas przekraczający okres prowadzenia Robót określony w § 5 ust. 5. ” w całości, w tym w szczególności w zakresie w którym wprowadza odpowiedzialność wykonawcy za opóźnienie oraz działania Zamawiającego, a także przerzuca na wykonawcę wszelkie ryzyko związane z wykonaniem zamówienia;

zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 99 ust. 1 i 2 ustawy Pzp w zw. z art. 16 punkt 1, 2 i 3 ustawy Pzp, poprzez wprowadzenie do wzoru umowy stanowiącego załącznik do Specyfikacji Warunków Zamówienia sprzecznego z ustawą § 1 ust. 12 oraz § 14 ust. 4 wzoru umowy i dokonanie niejednoznacznego, nieprzejrzystego opisu przedmiotu zamówienia oraz w związku z tym naruszenie podstawowych zasad postępowania o udzielenie zamówienia publicznego tj. zasady przejrzystości, proporcjonalności, a także zasady zachowania uczciwej konkurencji i w rezultacie uniemożliwienie wykonawcom dokonania rzetelnej wyceny zamówienia i złożenia porównywalnych ofert w Postępowaniu, a także przerzucenie na wykonawców ryzyka związanego z niejednoznacznym opisem przedmiotu zamówienia;
2. art. 431 ustawy Pzp w zw. z art. 17 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 16 pkt. 3 ustawy Pzp poprzez wprowadzenie do Wzoru Umowy stanowiącego załącznik do Specyfikacji Warunków Zamówienia, zwany dalej „SWZ”, sprzecznego z ustawą § 18 ust. 6 wzoru umowy, zawierającego niecelowe prowadzące do dezorganizacji procesu budowlanego, sprzeczne z zasadą współdziałania wykonawcy i zamawiającego w wykonaniu zamówienia oraz zasadami efektywności i proporcjonalności, uprawnienie po stronie Zamawiającego i Inżyniera Kontraktu do wzywania do osobistego stawiennictwa w sztywnym czasie 4 godzin kadry kierowniczej wykonawcy;
3. art. 96 ust. 1 i 2 ustawy Pzp poprzez wprowadzenie do wzoru umowy stanowiącego załącznik do Specyfikacji Warunków Zamówienia sprzecznego z ustawą § 18 ust. 6

wzoru umowy i ustanowienie dodatkowych wymagań związanych z realizacją zamówienia wykraczających poza ramy art. 96 ust. 1 i 2 ustawy Pzp, prowadzących do ingerowania w stosunek pracy istniejący pomiędzy wykonawcą a jego pracownikami i przyznania Zamawiającemu oraz Inżynierowi Kontraktu uprawnień do pośredniego dysponowania czasem pracy kadry kierowniczej wykonawcy;

4. art. 433 pkt 2 ustawy Pzp w zw. z art. 483 § 1 k.c. poprzez wprowadzenie do wzoru umowy stanowiącego załącznik do SWZ sprzecznego z ustawą § 14 ust. 1 lit. r Wzoru Umowy poprzez wprowadzenie kary umownej za zachowanie wykonawcy niezwiązane bezpośrednio lub pośrednio z przedmiotem umowy lub jego prawidłowym wykonaniem i jednocześnie nałożenie na wykonawcę sankcji za niewykonanie obowiązku sprzecznego z ustawą;
5. art. 433 punkt 1 ustawy Pzp poprzez wprowadzenie do wzoru umowy stanowiącego załącznik do SWZ sprzecznego z ustawą § 14 ust. 4 wzoru umowy, nakładającego na wykonawcę odpowiedzialność na opóźnienie w wykonaniu robót poprzez obciążenie wykonawcy w każdym przypadku kosztami niewykonania lub nienależytego wykonania przez Zamawiającego zakontraktowanych usług przewozowych w przypadku przedłużenia terminu wykonania umowy oraz przerwienie na wykonawcę nadmiernego ryzyka związanego z wykonaniem zamówienia;
6. art. 433 punkt 3 ustawy Pzp poprzez wprowadzenie do wzoru umowy stanowiącego załącznik do SWZ sprzecznego z ustawą § 14 ust. 4 Wzoru Umowy przewidującego odpowiedzialność wykonawcy za okoliczności leżące wyłącznie po stronie Zamawiającego i przerwienie na wykonawcę nadmiernego ryzyka związanego z realizacją umowy o zamówienie publiczne.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz rozpatrzenie i uwzględnienie odwołania i:

1. nakazanie Zamawiającemu odpowiednio zmiany lub usunięcia projektowanych postanowień wzoru umowy, a to:
  - a) odnośnie § 1 ust. 12 wzoru umowy - nakazanie zmiany, poprzez nadanie mu brzmienia: „12. Wykonawca zobowiązany jest do wykonania w ramach wynagrodzenia określonego w § 9 ust. 1 robót oraz obowiązków spoczywających na nim, wynikających z Umowy (w tym dokumentacji projektowej i specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych) w sposób zgodny z przepisami prawa, aktami administracyjnymi i zasadami sztuki budowlanej.”;
  - b) odnośnie § 18 ust. 6 wzoru umowy - nakazanie usunięcia w całości;
  - c) odnośnie § 14 ust. 1 lit. r) wzoru umowy - nakazanie usunięcia w całości;
  - d) odnośnie § 14 ust. 4 wzoru umowy - nakazanie usunięcia w całości;

2. nakazanie Zamawiającemu przekazania zmiany SWZ - treści Załącznika nr 8 wzoru umowy niezwłocznie wszystkim wykonawcom oraz zamieszczenie jej na stronie internetowej;
3. Obciążenie w całości Zamawiającego kosztami postępowania, w szczególności zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów wpisu od odwołania oraz przyznanie Odwołującemu zwrotu pozostałych kosztów postępowania odwoławczego w oparciu o spis kosztów przedstawiony na rozprawie;

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący wskazał m.in.:

Odnośnie zarzutu dotyczącego § 1 ust. 12 wzoru umowy Odwołujący podniósł m.in., iż dokonana przez Zamawiającego zmiana prowadzi do niejednoznacznego opisu przedmiotu zamówienia, utrudniającego konkurencję. Zamawiający jest zobowiązany opisać przedmiot zamówienia w sposób jednoznaczny to znaczy niebudzący wątpliwości oraz precyzyjnie określony, a także wyczerpujący, czyli przedstawiający przedmiot zamówienia w sposób wszechstronny i szczegółowy. W zmienionym brzmieniu wzoru umowy doszło do nałożenia na wykonawcę obowiązku wykonania w ramach wynagrodzenia umownego robót oraz obowiązków wynikających nie tylko z dokumentacji projektowej i specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych, ale także z przepisów prawa, aktów administracyjnych i zasad sztuki budowlanej. Projektowane postanowienie umowne prowadzi de facto do konieczności przejścia przez wykonawcę ryzyk związanych w szczególności z treścią wydanych aktów administracyjnych w toku wykonania zamówienia (np. decyzji), także nieznanymi na chwilę złożenia oferty. W tej sytuacji Wykonawca musi wycenić w zasadzie nieznaną zakres prac, bowiem z treści projektowanego § 1 ust. 12 umowy nie wynika w sposób transparentny, jakie roboty oraz obowiązki wykonawca ma wycenić oraz wykonać w ramach wynagrodzenia umownego.

Odnośnie zarzutu dotyczącego § 18 ust. 6 wzoru umowy Odwołujący podniósł m.in., że dodany do wzoru umowy przez Zamawiającego projektowany § 18 ust. 6, który przyznaje Zamawiającemu oraz Inżynierowi Kontraktu prawo do wzywania, bez sprecyzowania konkretnych okoliczności, pracowników Wykonawcy tj. kierownika budowy oraz kierownika robót elektrycznych, do stawiania się na terenie budowy, na każde telefoniczne zgłoszenie w terminie 4 godzin od jego otrzymania, jest niezgodny z przepisami ustawy. Postanowienie to jest niecelowe i może w praktyce prowadzić do dezorganizacji pracy w Kontrakcie oraz w zasadzie do utrudnienia realizacji zamówienia wykonawcy, co stanowi naruszenie zasady współdziałania zamawiającego i wykonawcy zamówienia wyrażonej w art. 431 ustawy Pzp. Jest ono sprzeczne także z zasadą efektywności i prowadzi do sytuacji, w której w przypadku wzywania kadry kierowniczej wykonawcy przez Zamawiającego na plac budowy może dojść do dezorganizacji procesu budowlanego, a także może nastąpić wzrost kosztów wykonania zamówienia, co jest ewidentnie sprzeczne z zasadą współdziałania oraz

efektywności. Nadto wskazał na treść art. 22 ustawy prawo budowlane, w którym wskazano podstawowe obowiązki kierownika budowy, na którym w szczególności spoczywa odpowiedzialność za przestrzeganie na terenie budowy przepisów bezpieczeństwa i higieny pracy, zapewnienie prawidłowego przebiegu robót budowlanych. Kierownik budowy w trakcie procesu budowlanego wykonuje szereg obowiązków, co za tym idzie jego stawiennictwo na każde wezwanie Zamawiającego lub Inżyniera Kontraktu - bez podania przyczyny tego wezwania i to w sztywnym terminie 4 godzin od zawiadomienia o tym Wykonawcy, stanowi wymóg sprzeczny z istotą funkcji, którą pełni kierownik budowy, a także prowadzący do braku jakiegokolwiek efektywności wykonywania zamówienia. Analogiczne uwagi zachowują aktualność w odniesieniu do kierownika robót elektrycznych. Osoby te pełnią samodzielne funkcje w budownictwie i muszą mieć zagwarantowaną realną możliwość wykonywania spoczywających na nich zadań, bez ograniczeń wynikających z konieczności stawienia się w ściśle oznaczonym czasie na każde wezwanie Zamawiającego czy Inżyniera Kontraktu.

Odnośnie zarzutu dotyczącego § 14 ust. 1 lit. r) wzoru umowy Odwołujący podniósł, że pismem z dnia 27 października 2021 r. (punkt 5), Zamawiający do § 14 ust. 1 wzoru umowy dodał w szczególności literę r), określając dodatkowy przypadek, w którym Zamawiający jest uprawniony do naliczenia kary umownej „za każdą nieusprawiedliwioną nieobecność osoby wskazanej w § 18 ust. 1 lit. a) lub b) umowy na terenie budowy na wezwanie Inżyniera Kontraktu lub Zamawiającego, o którym mowa w § 18 ust. 6 umowy - w wysokości 1.000 zł za każdą nieobecność potwierdzoną pisemną notatką Inżyniera Kontraktu lub Zamawiającego”. Kara umowna za naruszenie tej regulacji winna zostać uznana za niedopuszczalną i wykreślona z projektu umowy. Zaproponowana kara umowna jest sprzeczna z art. 433 pkt 2 ustawy Pzp zgodnie, z którym projektowane postanowienia umowy nie mogą przewidywać naliczania kar umownych za zachowanie wykonawcy niezwiązane bezpośrednio lub pośrednio z przedmiotem umowy lub jej prawidłowym wykonaniem. Okoliczność w jakim czasie kierownik budowy lub kierownik robót elektrycznych stawia się na wezwanie Zamawiającego lub Inżyniera Kontraktu, czy będą to 4 godziny, 5 godzin, czy też 10 godzin, nie jest bezpośrednio związana z prawidłowym wykonywaniem przedmiotu umowy. Kierownik budowy ma czuwać nad całym procesem budowlanym i spoczywa na nim szereg obowiązków, brak jest jednak podstaw by nakazać mu w ściśle określonym czasie, bez podania przyczyny, przybyć na wezwanie Zamawiającego lub Inżyniera Kontraktu. Niniejsze w konsekwencji prowadzi do obarczenia wykonawcy zbyt dużym i nieuzasadnionym ryzykiem kontraktowym, w stopniu wykraczającym ponad uzasadnione potrzeby Zamawiającego.

Odnośnie zarzutu dotyczącego § 14 ust. 4 wzoru umowy Odwołujący podniósł, że kwestionowane postanowienie prowadzi do sytuacji, w której Wykonawca miałby ponosić bliżej nieokreślone koszty niewykonania lub nienależytego wykonania przez Zamawiającego

usług transportowych, w przypadku wyłączenia ruchu tramwajowego na okres dłuższy niż przewidziany w umowie termin końcowy wykonania robót. Analizowane postanowienie wzoru umowy jest ewidentnie sprzeczne z ustawą i winno zostać skreślone. Zgodnie z art. 433 pkt 1 ustawy Pzp projektowane postanowienia umowy nie mogą przewidywać odpowiedzialności wykonawcy za opóźnienie, chyba że jest to uzasadnione okolicznościami lub zakresem zamówienia. Nadto należy wskazać, że powyższe postanowienie jest również sprzeczne z art. 433 pkt 3 ustawy Pzp, zgodnie, z którym projektowane postanowienia umowy nie mogą przewidywać odpowiedzialności wykonawcy za okoliczności, za które wyłączną odpowiedzialność ponosi Zamawiający. W przypadku, gdyby doszło do niewykonania lub nienależytego wykonania przez Zamawiającego zakontraktowanych u Organizatora Komunikacji usług przewozowych, okoliczność ta leży tylko i wyłącznie po stronie Zamawiającego. Wyłącznie Zamawiający może zadbać o to by dostosować treść umów zawieranych z Organizatorami Komunikacji usług przewozowych w taki sposób, by w przypadku przesunięcia terminu wykonania robót na Kontrakcie nie ponosić dodatkowych kosztów. Wykonawca nie ma żadnego wpływu na treść umów zawieranych przez Zamawiającego z Organizatorami Komunikacji, ani na wykonanie przez Zamawiającego zobowiązań z tych umów, nie jest także stroną tych umów, co za tym idzie brak jest jakichkolwiek podstaw by ponosił on odpowiedzialność za skutki ich niewykonania ich lub nienależytego wykonania przez Zamawiającego.

W dniu 9 listopada 2021 r. Zamawiający kopie otrzymanego odwołania zamieścił na stronie internetowej prowadzonego postępowania oraz przekazał za pośrednictwem poczty elektronicznej wykonawcom, którzy zarejestrowali się na Platformie zakupowej Zamawiającego dotyczącej przedmiotowego postępowania.

W terminie na zgłoszenie przystąpienia do postępowania nie przystąpił żaden wykonawca.

W dniu 18 listopada 2021 r. (pismem z tej samej daty) Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, wskazując iż uznaje odwołanie w odniesieniu do zarzutu określonego w pkt 4 odwołania odnoszącego się do postanowień § 14 ust. 4 wzoru umowy. W zakresie pozostałych zarzutów zawartych w pkt 1-3 wniósł o oddalenie odwołania.

**Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym SWZ oraz dokonane modyfikacje SWZ, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron złożone podczas rozprawy, skład orzekający Izby ustalił i zważył co następuje:**



Izba nie znalazła podstaw do odrzucenia odwołania w związku z tym, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek negatywnych, uniemożliwiających merytoryczne rozpoznanie odwołania, wynikających z art. 528 ustawy Pzp, jak również stwierdziła, że wypełniono przesłanki istnienia interesu odwołującego w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów art. 505 ust 1 ustawy Pzp.

Postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutu 4 dotyczącego nieprawidłowego sformułowania postanowień § 14 ust. 4 wzoru umowy, stanowiącego załącznik nr 8 do SWZ zostało umorzone na podstawie art. 522 ust. 4 ustawy Pzp.

Mając na uwadze powyższe skład orzekający Izby merytorycznie rozpoznał złożone odwołanie, uznając, iż odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

**Zarzut 1 dotyczący nieprawidłowego sformułowania postanowień § 1 ust. 12 wzoru umowy jako spóźniony nie podlegał rozpoznaniu, a odwołanie w tej części Izba uznała za spóźnione.**

Izba ustaliła, iż Zamawiający w rozdziale XVIII SWZ „Projektowane postanowienia umowy w sprawie zamówienia publicznego, które zostaną wprowadzone do umowy w sprawie zamówienia publicznego” pkt 1 wskazał, że wymaga od Wykonawcy zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego zgodnej ze wzorem stanowiącym załącznik nr 8 do SWZ.

W załączniku nr 8 zawierającym wzór umowy w § 1 ust. 12 Zamawiający zamieścił następującą treść: „Wykonawca zobowiązany jest do wykonania w ramach wynagrodzenia określonego w § 9 ust. 1, obowiązków spoczywających na nim, w tym wynikających z umowy, przepisów prawa, aktów administracyjnych i zasad sztuki budowlanej, a także wszelkich prac niezbędnych do wykonania Przedmiotu Umowy również tych, których konieczność ujawni się w trakcie realizacji robót objętych umową, a które posiadający odpowiednią wiedzę i doświadczenie Wykonawca powinien był przewidzieć na podstawie dokumentacji projektowej, obowiązujących przepisów techniczno - budowlanych i administracyjnych, jak również wiedzy i doświadczenia”.

W dniu 23 września 2021 r. wykonawca NDI S.A. wniósł odwołanie, w którym m.in. zakwestionował treść § 1 ust. 12 wzoru umowy, tj. następującą treść „Wykonawca zobowiązany jest do wykonania w ramach wynagrodzenia określonego w § 9 ust. 1, obowiązków spoczywających na nim, w tym wynikających z Umowy, przepisów prawa, aktów administracyjnych i zasad sztuki budowlanej, a także wszelkich prac niezbędnych do wykonania Przedmiotu Umowy również tych, których konieczność ujawni się w trakcie

realizacji robót objętych umową, a które posiadający odpowiednią wiedzę i doświadczenie Wykonawca powinien był przewidzieć na podstawie dokumentacji projektowej, obowiązujących przepisów techniczno - budowlanych i administracyjnych, jak również wiedzy i doświadczenia”. Odwołujący (NDI S.A.) wniósł o jego zmianę i nadanie mu treści: „Wykonawca zobowiązany jest do wykonania w ramach wynagrodzenia określonego w § 9 ust. 1, obowiązków spoczywających na nim, w tym wynikających z Umowy, przepisów prawa, aktów administracyjnych i zasad sztuki budowlanej”.

Krajowa Izba Odwoławcza wyrokiem z dnia 18 października 2021 r. w sprawie o sygn. akt KIO 2809/21 w zakresie wyżej wskazanego zarzutu uwzględniła odwołanie i nakazała zmianę § 1 ust. 12 – w zakresie w jakim przenosi na wykonawcę ryzyko finansowe, związane z niejednoznacznym i niewyczerpującym opisem przedmiotu zamówienia.

Zamawiający w dniu 27 października 2021 r. dokonał modyfikacji wzoru umowy m.in. przez zmianę treści § 1 ust. 12 wzoru umowy, nadając mu następujące brzmienie:

„12. Wykonawca zobowiązany jest do wykonania w ramach wynagrodzenia określonego w § 9 ust. 1, robót oraz obowiązków spoczywających na nim, w tym wynikających z umowy (w tym dokumentacji projektowej i specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych), przepisów prawa, aktów administracyjnych i zasad sztuki budowlanej.”.

Mając na uwadze powyższe Izba uznała, że postanowienie umowy w kwestionowanym zakresie, tj. obowiązku wykonania zamówienia zgodnie z przepisami prawa, aktami administracyjnymi i zasadami sztuki budowlanej jest niezmiennie od daty publikacji SWZ, która miała miejsce w dniu 15 września 2021 r. Tak więc podnoszenie tego zarzutu dopiero na tym etapie powoduje, że jest on spóźniony. Uznanie tego zarzutu, jako skutecznie wniesionego licząc od modyfikacji SWZ, prowadziłoby faktycznie do przywrócenia terminu na podważanie czynności Zamawiającego, która nie tylko, że była już kwestionowana, ale była także przedmiotem rozpoznania przez Krajową Izbę Odwoławczą. Tym samym zarzut ten nie był rozpoznawany merytorycznie.

## **Zarzut 2 dotyczący nieprawidłowego sformułowania postanowień § 18 ust. 6 wzoru umowy nie potwierdził się**

Izba ustaliła, iż Zamawiający w rozdziale XVIII SWZ „Projektowane postanowienia umowy w sprawie zamówienia publicznego, które zostaną wprowadzone do umowy w sprawie zamówienia publicznego” pkt 1 wskazał, że wymaga od Wykonawcy zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego zgodnej ze wzorem stanowiącym załącznik nr 8 do SWZ.

W wyniku modyfikacji treści załącznika nr 8 zawierającego wzór umowy w § 18 dodano ust. 6 o następującej treści: „Wykonawca zobowiązany jest do zapewnienia obecności osób wskazanych w ust. 1 tego paragrafu na terenie budowy na każde

telefoniczne wezwanie Zamawiającego lub Inżyniera Kontraktu w terminie 4 godzin od chwili przekazania im telefonicznego zgłoszenia”.

Odwołujący zakwestionował powyższe postanowienie wzoru umowy, podnosząc iż kwestionowana treść nakłada na wykonawcę obowiązek prowadzący realnie do dezorganizacji procesu budowlanego sprzeczny z istotą funkcji kierownika budowy i kierownika robót elektrycznych, a także zasadą współdziałania, efektywności i proporcjonalności oraz prowadzący do ingerowania przez Zamawiającego i Inżyniera Kontraktu w organizację pracy kadry kierowniczej wykonawcy.

Mając na uwadze powyższe Izba zważyła, co następuje:

Zgodnie z rozdziałem VI SWZ Wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia zobowiązany jest do dysponowania osobami odpowiedzialnymi za kierowanie robotami budowlanymi posiadającymi określone kwalifikacje zawodowe, uprawnienia oraz doświadczenie niezbędne do wykonania zamówienia publicznego tj.: jedną osobą, która będzie pełnić funkcję Kierownika Budowy oraz jedną osobą, która będzie pełnić funkcję Kierownika robót elektrycznych. Osoby wskazane na etapie postępowania o udzielenie zamówienia – w myśl § 18 ust. 2 wzoru umowy - wykonawca jest zobowiązany skierować do realizacji zamówienia. Tym samym wykonawca zobowiązany jest do zapewnienia dostępności wskazanych osób przez cały okres realizacji zamówienia. Kwestionowane postanowienie ma na celu zapewnienie Zamawiającemu, w określonych sytuacjach, które mogą się pojawić w trakcie realizacji umowy, możliwość wezwania tych osób (kierownika budowy, kierownika robót elektrycznych) na teren budowy. Chodzi więc o realną dostępność osób skierowanych przez wykonawcę do realizacji tego zamówienia. Obowiązki kierownika budowy, co jest niewątpliwe, powstają na początku procesu budowlanego i wymagają dbałości oraz systematycznego wykonywania. Przepisy dotyczące podstawowych obowiązków i uprawnień kierownika budowy stosuje się odpowiednio do kierownika robót, zatem kierownik robót ma takie same obowiązki i uprawnienia jak kierownik budowy, z tym że ograniczone do zakresu nadzorowanej branży. A ponieważ osoby te zobowiązane są do podejmowania określonych czynności na budowie względem pozostałych uczestników procesu budowlanego powinny być – jak słusznie wskazał Zamawiający - dostępne dla Zamawiającego lub Inżyniera Kontraktu. Powyższe – wbrew twierdzeniom Odwołującego – nie pozostaje w sprzeczności z obowiązkiem współdziałania stron umowy w sprawie zamówienia publicznego. Zasada ta statuuje przecież nakaz lojalnej współpracy celem wywiązania się z wzajemnych zobowiązań. Obowiązek stawiennictwa w czasie 4 godzin od chwili przekazania im telefonicznego zgłoszenia wobec określonych obowiązków tych osób nie jest nadmierny. Należyty przebieg budowy pod względem zgodności z przepisami prawa, bezpieczeństwa i poprawności technicznej jest przecież obowiązkiem kierownika budowy. Osoby te powinny pozostawać w dyspozycji Zamawiającego i Inżyniera Kontraktu.

Wezwanie ich na teren budowy nie dezorganizuje procesu budowlanego a przeciwnie w nieprzewidzianych wcześniej sytuacjach może go tylko usprawnić. Tym samym Izba uznała, że zarzut ten nie potwierdził się.

**Zarzut 3 dotyczący nieprawidłowego sformułowania postanowień § 14 ust.1 lit. r) wzoru umowy nie potwierdził się**

Izba ustaliła, iż Zamawiający w rozdziale XVIII SWZ „Projektowane postanowienia umowy w sprawie zamówienia publicznego, które zostaną wprowadzone do umowy w sprawie zamówienia publicznego” pkt 1 wskazał, że wymaga od Wykonawcy zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego zgodnej ze wzorem stanowiącym załącznik nr 8 do SWZ.

W wyniku modyfikacji treści załącznika nr 8 zawierającego wzór umowy w § 14 ust. 1 dodano lit. r) o następującej treści: „Zamawiający jest uprawniony do naliczenia Wykonawcy kar umownych w następujących przypadkach: r) za każdą nieusprawiedliwioną nieobecność osoby wskazanej w § 18 ust. 1 lit. a) lub b) Umowy na terenie budowy na wezwanie Inżyniera Kontraktu lub Zamawiającego, o którym mowa w § 18 ust. 6 Umowy - w wysokości 1.000 zł za każdą nieobecność potwierdzoną pisemną notatką Inżyniera Kontraktu lub Zamawiającego”, Odwołujący zakwestionował powyższe postanowienie wzoru umowy, podnosząc iż zaproponowana kara umowna jest sprzeczna z art. 433 pkt 2 ustawy Pzp zgodnie, z którym projektowane postanowienia umowy nie mogą przewidywać naliczania kar umownych za zachowanie wykonawcy niezwiązane bezpośrednio lub pośrednio z przedmiotem umowy lub jej prawidłowym wykonaniem.

Mając na uwadze powyższe Izba zważyła, co następuje:

Art. 433 pkt 2 ustawy Pzp stanowi, że „projektowane postanowienia umowne nie mogą przewidywać: (...) 2) naliczania kar umownych za zachowania wykonawcy niezwiązane bezpośrednio lub pośrednio z przedmiotem umowy lub jej prawidłowym wykonaniem”. Oznacza to, że Zamawiający nie może zastrzec w umowie kary umownej za zachowania poboczne wykonawcy, tj. takie, które są niezwiązane bezpośrednio lub pośrednio z przedmiotem umowy lub jej prawidłowym wykonaniem. W tym konkretnym przypadku przewidziane we wzorze umowy kary umowne są związane z prawidłowym wykonaniem umowy. Chodzi bowiem o stawiennictwo i obecność kierownika budowy i kierownika robót elektrycznych na budowie w przypadku zaistnienia sytuacji, w których obecność tych osób na budowie z uwagi na obowiązek czuwania nad prawidłowym przebiegiem realizacji umowy będzie konieczna. Osoby te powinny być więc dostępne w trakcie całej budowy. Temu przecież służy spełnienie wymogów SWZ i dysponowanie osobami o określonym doświadczeniu, kwalifikacjach i uprawnieniach. Tym samym Izba uznała, że zarzut ten nie potwierdził się.

Biorąc powyższe pod uwagę, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 574 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r., poz. 1129 ze zm.) oraz w oparciu o przepisy § 8 ust. 2 w zw. z § 5 pkt 2 lit. a), b) i c) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz.U. z 2020 r., poz. 2437).

**Przewodniczący:** .....