

Sygn. akt: KIO 196/23

WYROK
z dnia 10 lutego 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Aleksandra Kot

Członkowie: Beata Konik

Piotr Kozłowski

Protokolant: Klaudia Kwadrans

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 6 lutego 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 23 stycznia 2023 r. przez wykonawcę Skanska S.A. z siedzibą w Warszawie w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego LimWot sp. z o.o. z siedzibą w Limanowej,

przy udziale wykonawcy Warbud S.A. z siedzibą w Warszawie zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego,

orzeka:

1. Umarza postępowanie odwoławcze w zakresie:
 - 1.1 wycofanych przez odwołującego zarzutów w odniesieniu do żądań: nr 2, nr 5, nr 8, nr 11, nr 13, nr 14, nr 16, nr 18, nr 19, nr 20, nr 23, nr 32, nr 33, nr 34, nr 36, nr 39 i nr 40;
 - 1.2 zarzutów uwzględnionych przez zamawiającego w odniesieniu do żądań: w całości (nr 26) lub w części (nr 1, nr 15, nr 17, nr 21, nr 25, nr 27 i nr 38);
2. W pozostałym zakresie oddala odwołanie;
3. Kosztami postępowania obciąża odwołującego Skanska S.A. z siedzibą w Warszawie i:
 - 3.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000,00 zł (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych 00/100) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania;
 - 3.2 zasądza od odwołującego Skanska S.A. z siedzibą w Warszawie na rzecz zamawiającego LimWot sp. z o.o. z siedzibą w Limanowej kwotę 3 938,30 zł (słownie: trzy tysiące dziewięćset trzydzieści osiem złotych 30/100) stanowiącą uzasadnione koszty postępowania odwoławczego poniesione przez zamawiającego z tytułu: wynagrodzenia pełnomocnika w kwocie 3 600,00 zł (słownie: trzy tysiące sześćset złotych 00/100) oraz kosztów związanych z dojazdem na rozprawę w kwocie 338,30 zł (słownie: trzysta trzydzieści osiem złotych 30/100).

Stosownie do art. 579 ust. 1 oraz 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:

Członkowie:

.....

Sygn. akt: KIO 196/23

Uzasadnienie

LimWot sp. z o.o. z siedzibą w Limanowej (dalej: „Zamawiający” oraz „LimWot”) prowadzi na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2022 r. poz. 1710 ze zm., dalej: „ustawa Pzp”) postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu ograniczonego w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa pn. „Budowa kompleksu wojskowego w mieście Limanowa dla potrzeb pododdziałów 11 Małopolskiej Brygady Obrony Terytorialnej” (Numer referencyjny: ZP.2.2022, dalej: „Postępowanie”).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 24 października 2022 r. pod numerem 2022/S 205-586238.

Wartość wskazanego zamówienia przekracza progi unijne.

23 stycznia 2023 r. wykonawca Skanska S.A. z siedzibą w Warszawie (dalej: „Odwołujący” oraz „Skanska”) wniósł odwołanie na czynności Zamawiającego podjęte w toku Postępowania polegające na ukształtowaniu postanowień Specyfikacji Warunków Zamówienia (dalej: „SWZ”), w tym umowy o udzielenie zamówienia publicznego, w sposób naruszający przepisy ustawy Pzp.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

- 1) art. 7 pkt 18, pkt 32 oraz pkt 36 lit. d) oraz art. 8 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 353¹ ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny (t.j. Dz.U. z 2022 r. poz. 1360 ze zm., dalej: „k.c.” oraz „Kodeks cywilny”) oraz art. 393 k.c. poprzez:
 - przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w taki sposób, że jego końcowym elementem nie będzie zawarcie umowy o udzielenie zamówienia publicznego, w razie nieziszczenia się warunku ustanowionego przez Zamawiającego w załączniku *** do Umowy z Generalnym Wykonawcą Zobowiązania Generalnego Wykonawcy i Spółki na rzecz Finansującego (tzw. „Porozumienie bezpośrednie”), w postaci złożenia przez Finansującego podpisu pod oświadczeniem znajdującym się na końcu tego załącznika,
 - ukształtowanie umowy o udzielenie zamówienia publicznego (zamówienia) z zastrzeżeniem warunku, z pominięciem Zamawiającego (umowa o świadczenie na rzecz osoby trzeciej), w sposób wykraczający poza ramy określone zasadą swobody umów;

- 2) art. 433 pkt 3 ustawy Pzp poprzez przerzucenie w umowie i załączniku *** do Umowy z Generalnym Wykonawcą Zobowiązania Generalnego Wykonawcy i Spółki na rzecz Finansującego (tzw. „Porozumienie bezpośrednie”) obowiązków, które są tylko i wyłącznie obowiązkami Zamawiającego wobec Finansującego i – co za tym idzie, poprzez ustanowienie odpowiedzialności wykonawcy za okoliczności, za które wyłączną odpowiedzialność ponosi Zamawiający;
- 3) art. 99 ust. 1 ustawy Pzp poprzez nieprecyzyjny opis przedmiotu zamówienia bez uwzględnienia wszystkich okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty oraz przeniesienie odpowiedzialności na wykonawcę za okoliczności, za które wyłączną odpowiedzialność ponosi Zamawiający;
- 4) art. 103 ust. 1 ustawy Pzp poprzez nieprawidłowy (niepełny) opis przedmiotu zamówienia i niezałączenie do dokumentacji projektowej projektów wykonawczych;
- 5) art. 16 i art. 17 ust. 2 ustawy Pzp poprzez ukształtowanie SWZ w sposób nieprzejrzysty (konstrukcja podmiotowa umowy) i nieproporcjonalny (nadmierne wymagania w tym zakresie), wreszcie poprzez doprowadzenie do udzielenia zamówienia wykonawcy w sposób niezgodny z ustawą Pzp;
- 6) art. 439 ustawy Pzp poprzez sformułowanie klauzuli waloryzacyjnej w sposób tylko pozornie zapewniający możliwość bieżącego i adekwatnego dostosowania stosunku zobowiązaniowego do zmiany okoliczności, a także poprzez zamieszczenie klauzuli waloryzacyjnej w § 21 umowy, który stanowi o możliwościach zmiany umowy, a nie o jej obligatoryjnej zmianie, jak w przypadku klauzuli waloryzacyjnej.

W związku z powyższymi zarzutami Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości oraz nakazanie Zamawiającemu (pisownia oryginalna):

- 1) Sprecyzowania opisu przedmiotu zamówienia w części dotyczącej braku obowiązku konserwacji po stronie wykonawcy. Biorąc pod uwagę okres tego obowiązku i możliwe warianty, wykonawcy mogą ten zakres oszacować odmiennie, przez co oferty będą w tej części nieporównywalne. Zamawiający powinien konkretnie, w odniesieniu do poszczególnych elementów robót wskazać zakresy czynności do wykonania przez wykonawcę, ich standard i częstotliwość. Konieczność uregulowania tego zakresu potwierdza choćby § 10 ust. 1 pkt 47 umowy, zgodnie z którym wykonawca ma „zapewnić w okresie gwarancyjnym przeglądy i serwisowanie wyposażenia technicznego budynku, wbudowanych urządzeń i osprzętu technicznego, mebli wbudowanych i ruchomych, systemów (sanitarnych, elektrycznych, telekomunikacyjnych i elektrycznych nn.”. Paragraf 8 załącznika do umowy „Istotne postanowienia gwarancyjne” nie precyzuje obowiązków w tym

zakresie. Odwołujący wnosi także o zawarcie w umowie zastrzeżenia, że wykonawca będzie realizował czynności konserwacyjne i serwisowe z użyciem niezbędnych do tego celu materiałów, bez eksploatacji i wymiany materiałów eksploatacyjnych, które nie były przedmiotem umowy.

- 2) Usunięcia z postanowienia: „Zamawiający powierza, a Wykonawca przyjmuje do realizacji wykonanie robót budowlanych w formule „pod klucz”, stosownie do postanowień niniejszej umowy” (§ 1 ust. 1 umowy), sformułowania „pod klucz”. Opisu przedmiotu zamówienia na roboty budowlane dokonuje się za pomocą dokumentacji projektowej oraz specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych, a nie za pomocą pojęcia niezdefiniowanego ani w ustawie Pzp, ani w Kodeksie cywilnym, ani w Prawie budowlanym.
- 3) Sprecyzowania tego, o jakie konkretnie „inne regulacje wydane przez właściwe organy administracji lub inne podmioty, których przestrzeganie jest niezbędne w czasie realizacji robót budowlanych” chodzi Zamawiającemu w § 1 ust. 4 umowy, zgodnie z którym: „Wykonawca zobowiązuje się do wykonania Przedmiotu Umowy zgodnie z przepisami prawa, niniejszą umową, decyzją o pozwoleniu na budowę i/lub innymi regulacjami wydanymi przez właściwe organy administracji lub inne podmioty, których przestrzeganie jest niezbędne w czasie realizacji robót budowlanych, dokumentacją projektową, harmonogramem prac, w tym podziałem na fazy robót budowlanych sztuką budowlaną i zasadami wiedzy technicznej”.
- 4) Doprecyzowania pojęcia „awaria” zawartego w § 2 ust. 1 pkt 9 umowy, albowiem zdaniem Odwołującego definicja ta ma charakter zamknięty, zaś Zamawiający użył sformułowania „w szczególności”. Wykonawca powinien wiedzieć jakie konkretnie sytuacje Zamawiający będzie uważał za „awarię” zgodnie z przyjętą przez siebie definicją.
- 5) Zmiany postanowienia zawartego w § 3 ust. 6 umowy: „Najpóźniej na 40 dni przed upływem terminu wskazanego w ust. 5 Wykonawca skompletuje dokumenty niezbędne do złożenia wraz ze zgłoszeniem zakończenia budowy w PINB i przekaze je Inżynierowi Kontraktu celem weryfikacji. Wykonawca zobowiązany jest do uzupełniania niezbędnych dokumentów w razie zgłoszenia takiej konieczności przez Inżyniera Kontraktu lub Zamawiającego”. Odwołujący domaga się, aby dokumenty te miały być przekazane do Zamawiającego nie później niż w dniu złożenia wniosku o wydanie decyzji o pozwolenia na użytkowanie.
- 6) Zamknięcia katalogu możliwości zgłaszania uwag do harmonogramu rzeczowo-finansowego (§ 5 ust. 8 w zw. z ust. 2, 3 i 7 umowy).
- 7) Zrezygnowania z procedury „zatwierdzania” kosztorysu szczegółowego. Kosztorys ten będzie podstawą sporządzenia przez wykonawcę oferty i zmiany w nim,

zatwierdzenie, weryfikowanie będzie stanowiło zmiany w ofercie. Wykonawca jest świadomy tego, jaką rolę w trakcie realizacji inwestycji kosztorys ten będzie spełniał. Jednakże wynagrodzenie za realizację umowy ma charakter ryczałtowy. „Zatwierdzenie” takie, jakie założył Zamawiający, będzie mogło stanowić pole do nieuzasadnionych i nieuprawnionych dążeń do zmian w elementach cenotwórczych po stronie Zamawiającego, tym bardziej, że procedura „zatwierdzenia” może się przeciągać, w zależności od arbitralnej decyzji Zamawiającego (§ 3 ust. 3 umowy).

- 8) Usunięcia postanowienia sugerującego, że decyzja o pozwoleniu na budowę, mająca kluczowe znaczenie dla realizacji inwestycji, nie ma charakteru ostatecznego, w związku ze sformułowaniem użytym w umowie: „Wykonawca zobowiązany jest rozpocząć roboty nie później niż w terminie do 14 dni od dnia przekazania terenu budowy, przy czym nie wcześniej niż przed datą, w której pozwolenie na budowę stanie się ostateczne” - § 3 ust. 2 umowy.
- 9) Zmiany i zamieszczenia postanowienia, zgodnie z którym o możliwości prowadzenia robót w okresie zimowym będą decydowały obiektywne czynniki pogodowe, a nie Inżynier Kontraktu - § 3 ust. 5 umowy.
- 10) Wykreślenia z § 4 ust. 5 umowy następującego postanowienia: „Wykonawca oświadcza, że gwarancja na wbudowane i zamontowane urządzenia nie będzie zawierać postanowień powodujących utratę lub ograniczenie udzielonej gwarancji w przypadku udzielenia przez Zamawiającego zamówienia na świadczenie usługi przeglądów technicznych i konserwacji urządzeń innemu Wykonawcy”. Wykonawca nie może zagwarantować Zamawiającemu tak daleko idącego zobowiązania, które stanowi wolę podmiotów trzecich. Celem Zamawiającego powinno być zapewnienie prawidłowego funkcjonowania wbudowanych i zamontowanych urządzeń, poprzez ich przeglądy techniczne i konserwację, a nie to, by móc powierzać te usługi dowolnie wybranemu podmiotowi.
- 11) Usunięcia następującego postanowienia z § 4 ust. 6 umowy i analogicznego postanowienia z punktu 11 karty gwarancyjnej: „Strony ustalają okres rękojmi za wady równy okresowi gwarancji jakości. Przez powyższe rozumie się, że w przypadku zawieszenia lub przerwania któregokolwiek z ww. okresów, analogicznemu wstrzymaniu lub przerwaniu ulega również drugi okres, a oba okresy kończą się w tym samym momencie – zgodnie z najdłuższym z nich”. Stosownie do odpowiednich przepisów Kodeksu cywilnego, wykonanie uprawnień z gwarancji zawieszają bieg terminów do wykonania uprawnień z tytułu rękojmi (art. 568 § 2-3 k.c.). Zawieszenie nie działa w odwrotnym przypadku – wykonywania uprawnień z tytułu rękojmi.

- 12) Zawarcia postanowienia, że wykonawca ma obowiązek wykonać roboty zgodnie z polskimi normami, przy czym polską normą staje się również norma europejska pod warunkiem, że została zharmonizowana - § 6 ust. 17 umowy i inne miejsca, w których umowa odsyła do norm europejskich.
- 13) Usunięcia z § 7 ust. 3 umowy fragmentu zaznaczonego poniżej pogrubioną kursywą: „Kwota wynagrodzenia brutto, określonego w ust. 1 powyżej, obejmuje wszystkie koszty, narzuty i opusty związane z realizacją Przedmiotu Umowy, wynikające z niniejszej Umowy, dokumentów zamówienia (w tym SWZ), dokumentacji projektowej, opisu przedmiotu zamówienia, specyfikacji technicznych wykonania i odbioru **robót oraz inne nie ujęte w tej dokumentacji, a** niezbędne do wykonania Przedmiotu Umowy, **co do których Wykonawca będący podmiotem profesjonalnym, przy dołożeniu najwyższej staranności, powinien był przewidzieć konieczność ich wykonania**”. Jak orzekł Sąd Apelacyjny we Wrocławiu w wyroku z dnia 17 grudnia 2020 r., sygn. akt I ACa 232/20: „Sąd Apelacyjny podziela pogląd wyrażony w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 9 maja 2012 r. (KIO 809/12), że obciążające wykonawcę ryzyko nieprzewidzenia rozmiaru lub kosztów prac będące w świetle art. 632 § 1 k.c. cechą wynagrodzenia ryczałtowego doznaje modyfikacji na gruncie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U.2013.907 ze zm.). W uzasadnieniu tego rozstrzygnięcia wskazano, że wykonawcy nie może bowiem obciążać ryzyko nieprzewidzenia rozmiaru prac czy ich kosztów będące wynikiem opisu przedmiotu zamówienia naruszającego art. 29 i art. 31 ustawy. Należy również pamiętać, że w świetle art. 140 ust. 3 ustawy umowa o udzielenie zamówienia publicznego podlega unieważnieniu w części wykraczającej poza określenie przedmiotu zamówienia zawarte w specyfikacji istotnych warunków. Ryczałtowy system wynagrodzenia nie wyłącza obowiązku zamawiającego opisanie przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, uwzględniający wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty (art. 29 ust. 1 cyt. ustawy - Prawo zamówień publicznych). Niedopuszczalne jest również przerzucenie na wykonawcę skutków finansowych nieprecyzyjnego opisanie przedmiotu zamówienia (por. wyrok SA w Warszawie z dnia 16 października 2019 r., I ACa 520/18, Lex)”.
- 14) Ustalenia jednego poziomu ograniczenia przez Zamawiającego przedmiotu umowy (np. w § 7 ust. 6 oraz § 9 ust. 3 umowy) – jednostronne ograniczenie występuje w umowie na różnym poziomie, sugerowany przez Odwołującego poziom to 5%.
- 15) Wykreślenia z paragrafu zawierającego obowiązki wykonawcy tych obowiązków, które obciążają inwestora - § 10 ust. 1 pkt 4-7 umowy. Zakresy te nie stanowią obowiązków nadzwyczajnych, niemożliwych do przewidzenia. Zamawiający powinien

uzyskać wskazane w tych punktach pozwolenia, decyzje i informacje w ramach normalnego procesu przygotowania zamówienia publicznego. Przerzucenie odpowiedzialności za te zakresy stanowi klauzulę abuzywną przewidzianą w przepisie art. 433 pkt 3 ustawy Pzp.

- 16) Wykreślenia obowiązku ustanowionego dla wykonawcy, polegającego na „doprowadzeniu do zakończenia budowy zgodnie z wymogami Rozdziału 5b uPrBud” - §10 ust. 1 pkt 40 umowy, jako obowiązku, który dotyczy inwestora robót budowlanych.
- 17) Wykreślenia obowiązku wykonawcy polegającego na „przygotowaniu w oparciu o przekazane przez Zamawiającego wytyczne arkusz efektów gospodarczych stosownie do metodyki stosowanej przez Użytkownika” - § 10 ust. 1 pkt 43 umowy. Jest to obowiązek niesprecyzowany, zależny od wymagań podmiotu trzeciego nie będącego stroną umowy (użytkownik), niemożliwy do oszacowania na etapie sporządzania oferty.
- 18) Wykreślenia postanowienia zawartego w § 10 ust. 10 umowy: „Wszelkie działania konieczne do należytego wykonania Przedmiotu Umowy, które nie zostały wyraźnie określone w niniejszej Umowie, są obowiązkami Wykonawcy i są uwzględnione w kwocie wynagrodzenia określonej w § 7 ust. 1 Umowy”. Jest to kolejne przekroczenie zasad dotyczących wynagrodzenia ryczałtowego, opisu przedmiotu zamówienia i zasad obowiązujących w reżimie zamówień publicznych. Tak otwarty przedmiot umowy na roboty budowlane nie spełnia warunków wskazanych w przepisie art. 99 ust. 1 ustawy Pzp.
- 19) Podkreślenia, iż „wszelkie uwagi odnośnie kompletności, spójności i sprzeczności zostały przez Wykonawcę wyjaśnione za pomocą pytań do SWZ, na które Wykonawca otrzymał satysfakcjonujące go odpowiedzi, co potwierdził składając ofertę w postępowaniu o udzielenie zamówienia”, przy czym dotyczy to takiego zakresu staranności, jakiego należy wymagać od wykonawcy robót budowlanych, a nie od projektanta, a także wiedzy, którą taki wykonawca jest w stanie posiadać na etapie przed podpisaniem umowy.
- 20) Wyjaśnienia, o jakie prawa autorskie, wobec jakiej dokumentacji chodzi Zmawiającemu w § 10 ust. 12 lit. c umowy: „pełną odpowiedzialność za wszelkie naruszenia praw ochronnych, a w szczególności praw z patentów i praw autorskich w związku z realizacją Przedmiotu Umowy oraz za szkody wynikłe w związku z tymi naruszeniami”. Ponadto Odwołujący wnosi o potwierdzenie, że Zamawiający dysponuje prawami ochronnymi, a w szczególności prawami z patentów i praw autorskich w takim stopniu, by zagwarantować wykonawcy realizację umowy.

- 21) Ograniczenia odpowiedzialności opisanej w § 10 ust. 12 lit. d umowy do sytuacji, które powstaną z winy wykonawcy.
- 22) Wykreślenia postanowienia zawartego w § 10 ust. 12 lit. e umowy, albowiem zawiera on odpowiedzialność na zasadzie ryzyka za zdarzenia na terenie budowy, za które wykonawca robót budowlanych odpowiada na zasadach ogólnych z k.c.: „ryzyko finansowe z tytułu uszkodzenia, zniszczenia obiektu budowlanego oraz uszkodzenia, zniszczenia lub utraty wszelkich materiałów, urządzeń i wyposażenia znajdujących się na terenie budowy, a także bezprawnego usunięcia drzew i krzewów oraz wszelkich innych szkód w mieniu znajdującym się na terenie budowy oraz bezpośredniego sąsiedztwa terenu budowy, wystąpienie takich szkód nie zwalnia Wykonawcy z obowiązku terminowego i należytego wykonania Przedmiotu Umowy”.
- 23) Wykreślenia § 12 ust. 6 lit. b umowy – „książek obmiarów”. Realizacja robót nastąpi na podstawie wynagrodzenia ryczałtowego.
- 24) Wykreślenia postanowienia z § 10 ust. 1 pkt 17 umowy, zgodnie z którym wykonawca ma „strzec mienia Zamawiającego znajdującego się na terenie budowy i chronić je przed zniszczeniem”. Takie zobowiązanie powinno być uzależnione od zweryfikowania przez wykonawcę możliwości zapewnienia bezpieczeństwa dla mienia Zamawiającego, z uwzględnieniem wartości mienia Zamawiającego.
- 25) Wykreślenia następującego postanowienia: „Wszystkie aspekty formalno-administracyjne, w tym uzyskanie wszelkich pozwoleń, decyzji i uzgodnień związanych z realizacją Przedmiotu Umowy leżą po stronie Wykonawcy, którego w okresie realizacji Przedmiotu Umowy obciążają również koszty z tym związane. Zamawiający udzieli Wykonawcy pełnomocnictw do pozyskiwania pozwoleń, decyzji i uzgodnień w jego imieniu (za wyjątkiem zaciągania zobowiązań finansowych, do których Wykonawca nie jest uprawniony - w takim przypadku, Wykonawca przygotowuje niezbędne wnioski i dokumenty oraz przedstawi je Inżynierowi Kontraktu do akceptacji, a po jej uzyskaniu - Zamawiającemu do podpisu; Zamawiający uprawniony jest do odmowy podpisu podając uzasadnienie). Na każdym etapie pozyskiwania niezbędnych dokumentów Wykonawca powinien konsultować się z Inżynierem Kontraktu oraz sukcesywnie przedstawiać, a docelowo przekazać Zamawiającemu całą prowadzoną dokumentację formalno - administracyjną” – § 12 ust. 7 umowy. Wykonawca ma wykonać roboty budowlane na podstawie decyzji i pozwoleń, które uzyskał Zamawiający. Decyzją, którą wykonawca ma uzyskać, jest pozwolenie na użytkowanie. Wykonawca wnosi o wyczerpujące wyliczenie i dostarczenie wykonawcy, w terminie umożliwiającym uwzględnienie tego przy sporządzaniu oferty, listy pozwoleń, uzgodnień, warunków wszelkich decyzji

administracyjnych, w których posiadaniu jest Zamawiający oraz oświadczenia o dacie ich aktualności.

- 26) Potwierdzenia, że roboty dodatkowe lub zamienne będą obowiązujące dla wykonawcy tylko w razie zawarcia przez strony umowy stosownego aneksu. W związku z tym Odwołujący wnosi o wykreślenie następującego postanowienia z § 13 ust. 1 umowy: „Wykonawca zobowiązany jest wykonać roboty zamienne lub roboty dodatkowe na żądanie Zamawiającego zgłoszone w formie pisemnej pod rygorem nieważności”, także postanowienia z § 21 ust. 23 lit. d umowy: „Wykonawca nie może odmówić wykonania robót dodatkowych lub robót / prac wykraczających poza zakres Przedmiotu Umowy, w sytuacji, gdy Zamawiający zleci Wykonawcy ich wykonanie”.
- 27) Wykreślenia postanowień zawartych w § 14 ust. 8 i 9 umowy, jako stanowiących bezpodstawną i nieuzasadnioną próbę przerzucenia na wykonawcę obowiązków Zamawiającego i projektanta: „Wykonawca na własny koszt we współpracy z Projektantem w ramach nadzoru autorskiego zobowiązany jest do aktualizacji zezwoleń, uzgodnień, decyzji, warunków przyłączeniowych itp., których termin ważności upłynął, a są niezbędne do prawidłowej realizacji Przedmiotu Umowy. Wykonawca, w tych przypadkach będzie działał w ramach pełnomocnictwa wystawionego przez Zamawiającego (za wyjątkiem zaciągania zobowiązań finansowych, do których Wykonawca nie jest uprawniony - w takim przypadku Wykonawca przygotowuje niezbędne wnioski i dokumenty oraz przedstawi je Zamawiającemu do podpisu. Zamawiający uprawniony jest do odmowy podpisu podając uzasadnienie). Wykonawca na własny koszt zobowiązany jest do zawarcia umów w przypadku konieczności usunięcia lub przebudowy „obiektów” (np. sieci, studzienki) kolidujących z realizowanym Przedmiotem Umowy, zgodnie z dokumentacją projektową”.
- 28) Usunięcia terminów „braki” i „usterki”, o których mowa w umowie, choćby przy okazji odbiorów (§ 17 ust. 5 umowy). Odwołujący jest zdania, że jedynie termin wada i wada istotna w rozumieniu Kodeksu cywilnego powinny wyznaczać uprawnienia Zamawiającego w tym zakresie.
- 29) Doprecyzowania terminów i warunków odbiorów częściowych. Zamawiający stwierdza, że będą one „przeprowadzane na bieżąco i w miarę potrzeb” (§ 17 ust. 1 lit. b umowy). Należy ustalić bardziej precyzyjne warunki dokonywania tych odbiorów.
- 30) W § 17 ust. 6 po lit. h umowy Zamawiający stwierdza, że „brak dołączenia ww. dokumentów może spowodować odmowę dokonania odbioru”. Wnosimy o zmianę postanowienia w tym zakresie, że odmowa dokonania odbioru będzie uzasadniona tylko i wyłącznie wystąpieniem w robotach wad istotnych w rozumieniu Kodeksu cywilnego.

- 31) Precyzyjnego opisanie na czym polegać ma sprawdzenie „prawidłowości złożonych przez wykonawcę dokumentów do odbioru, zgodnie z § 17 ust. 14 umowy: „Zamawiający, po dokonaniu weryfikacji, tj. sprawdzenia kompletności i prawidłowości złożonych dokumentów oraz ich zatwierdzeniu”. Wnosimy też o zamieszczenie postanowienia, że wykonawca nie będzie ponosił odpowiedzialności za działanie czy też zaniechanie w tym zakresie Zamawiającego (zgodnie z przepisem art. 433 pkt 3 ustawy Pzp).
- 32) Podobnie jeśli chodzi o następujące zdanie z tej samej jednostki tekstu umowy: „pod warunkiem, iż dokumentacja powykonawcza jest kompletna i prawidłowa oraz Inżynier Kontraktu zaakceptuje gotowość do Odbioru końcowego”. Wykonawca nie może ponosić konsekwencji zachowania, które jest zachowaniem Zamawiającego (zgodnie z przepisem art. 433 pkt 3 ustawy Pzp). Wnosimy o zapisanie, iż wykonawca nie będzie ponosił konsekwencji działania lub zaniechania Inżyniera Kontraktu w tym przedmiocie.
- 33) Usunięcia postanowienia zawartego w § 2 ust. 7 załącznika „Istotne postanowienia gwarancyjne”, zgodnie z którym „Wykonawca oświadcza, że postanowienia gwarancyjne zostaną utrzymane i nie będą podlegały ograniczeniom w związku z koniecznością wdrożenia/zainstalowania/wykonania robót budowlanych/dostaw/usług przez Użytkownika w budynku”. Wykonawca nie zna zakresu takiej przyszłej i ewentualnej ingerencji. Nie może zatem z góry uznać, że będzie gwarantem zmienionych bez swojego udziału zakresów robót. Ewentualnie Odwołujący wnosi, by przed takimi robotami, dostawami, usługami Użytkownik miał obowiązek poinformować wykonawcę o zakresie ingerencji w przedmiot umowy i uwzględnić zastrzeżenia wykonawcy do tych świadczeń, warunkujące możliwość utrzymania gwarancji.
- 34) Usunięcia następującego postanowienia z załącznika „Istotne postanowienia gwarancyjne”: „W razie wypowiedzenia, rozwiązania czy odstąpienia od Umowy na wykonanie robót, niniejsza Gwarancja obowiązuje w zakresie wykonanych robót, a Wykonawca nie może się uwolnić od odpowiedzialności gwarancyjnej powołując się na ingerencję podmiotów trzecich w wykonane przez niego roboty”. Wykonawca nie może gwarantować jakości robót, jeśli nastąpiła w tych robotach ingerencja podmiotów trzecich.
- 35) Usunięcia następujących rodzajów wad z załącznika „Istotne postanowienia gwarancyjne” (§ 4 ust. 1): „zmniejszenie wartości wyrobu lub robót budowlano-montażowych, obniżenie stopnia użyteczności wyrobu lub robót budowlano-montażowych, obniżenie walorów estetycznych wyrobu lub robót budowlano-montażowych, obniżenie jakości lub inną szkodę w Wyrobie lub robotach budowlano-

montażowych”. Są to wady, których stwierdzenie jest wysoce utrudnione, o ile w ogóle obiektywnie możliwe, z uwagi na nieostrą, uznaniową definicję.

- 36) Usunięcia następującego fragmentu z załącznika „Istotne postanowienia gwarancyjne”: „W przypadku wystąpienia wad uniemożliwiających użytkowanie Przedmiotu Umowy zgodnie z jego przeznaczeniem Użytkownik może żądać wykonania tego przedmiotu po raz drugi wyznaczając Wykonawcy odpowiedni termin, zachowując jednocześnie prawo domagania się od Wykonawcy naprawienia szkody wynikłej z opóźnienia” – § 4 ust. 6. Żądanie wykonania umowy po raz drugi przez użytkownika, w sytuacji zobowiązania tak złożonego jak niniejsza robota budowlana, jest oczekiwaniem nieuzasadnionym, którego uwzględnienie w oszacowaniu oferty może zwielokrotnić jej wartość.
- 37) Usunięcia z § 6 ust. 3 załącznika „Istotne postanowienia gwarancyjne” fragmentu zaznaczonego poniżej pogrubioną kursywą: „W przypadku wystąpienia w okresie gwarancji trzykrotnie wady lub Awarii tego samego elementu danego urządzenia lub materiału **lub części Przedmiotu Umowy**, Wykonawca zobowiązuje się wymienić urządzenie lub materiał **lub część Przedmiotu Umowy** na nowe w terminie do 7 dni roboczych lub w innym terminie uzgodnionym z Użytkownikiem. Wymiana wskazana powyżej nie dotyczy dźwigów osobowych. Wykonawca nie jest zobowiązany do wymiany, jeśli Użytkownik zdecyduje, że wystarczająca będzie kolejna naprawa”. Pojęcie „część Przedmiotu Umowy” jest nieostre i pozostawia zbyt dużą dowolność interpretacyjną, przez co zobowiązanie wykonawcy nie jest opisane w taki sposób, jaki nakazują to przepisy ustawy Pzp.
- 38) Zastąpienia następującego punktu z karty gwarancyjnej (pkt 10.3): „Okres gwarancji biegnie od nowa w przypadku wymiany urządzenia lub materiału lub części Przedmiotu Umowy na nowy, wolny od wad a także w przypadku dokonania trzykrotnej naprawy elementu” uregulowaniem z Kodeksu cywilnego (art. 581).
- 39) Skrócenia terminu zawartego w postanowieniu „Zamawiający powinien zakończyć czynności odbioru najpóźniej w ciągu 60 dni od daty rozpoczęcia czynności odbioru, co zostanie potwierdzone protokołem Odbioru końcowego” (§ 17 ust. 17 umowy) do 14 dni, a także zamiany terminu „powinien” sformułowaniem bardziej kategorycznym, czyli „zakończy”. Tak długi termin na zakończenie czynności odbioru jest niczym nieuzasadniony tym bardziej w takim ujęciu, że nie jest to obowiązek dla Zamawiającego, a jedynie sugestia „powinności”. Obowiązek Zamawiającego musi być opisany jednoznacznie także z uwagi na kryterium oceny ofert polegającego na skróceniu terminu realizacji zamówienia.
- 40) Usunięcia następującego postanowienia z karty gwarancyjnej: „Czas trwania gwarancji za wady jakościowe, licząc od daty odbioru końcowego obiektu, wynika z

okresu niezbędnego do ujawnienia się lub wykrycia wady, nie określa natomiast trwałości obiektu i jego elementów” – pkt 10.4 jako niezrozumiałego.

41) W branży instalacyjnej w dokumencie STWiOR jest zapis jak niżej. Wykonawca wnosi o jego wykreślenie, jako niezgodnego z przyjętą przez Zamawiającego formułą realizacji zamówienia („zbuduj”):

„1.3.2. Dokumentacja Projektowa

Jeżeli w trakcie wykonywania robót okaże się koniecznym uzupełnienie Dokumentacji Projektowej przekazanej przez Zamawiającego, Wykonawca sporządzi brakujące rysunki i STWiO na własny koszt w 4 egzemplarzach i przedłoży je Inspektorowi Nadzoru do zatwierdzenia”.

W uzasadnieniu odwołania wykonawca Skanska następująco przedstawił okoliczności faktyczne i prawne jako dodatkowe sprecyzowanie tych spośród powyższych zarzutów, które do zamknięcia rozprawy ostały się do rozpatrzenia przez Izbę.

{zarzut dotyczący nieprecyzyjnego opisu przedmiotu zamówienia}

Odwołujący wskazał, że na podstawie zarzutu nieprecyzyjnego opisu przedmiotu zamówienia, a także na podstawie zarzutu polegającego na naruszeniu przez Zamawiającego zasad udzielania zamówień określonych w przepisie art. 16 i 17 ustawy Pzp, postanowił zakwestionować poszczególne postanowienia SWZ, w tym postanowienia projektu umowy, który stanowi część SWZ.

{zarzut dotyczący zawarcia umowy o udzielenie zamówienia publicznego niezgodnie z przepisem art. 7 pkt 18, pkt 32 oraz pkt 36 lit. d) oraz ar. 8 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z przepisem art. 353¹ Kodeksu cywilnego oraz przepisem art. 393 Kodeksu cywilnego i przepisem art. 433 pkt 3 ustawy Pzp}

Odwołujący podniósł, że umowa, którą do zaproszenia do składania ofert załączył Zamawiający jest umową o roboty budowlane zdefiniowaną w ustawie Pzp. Nie oznacza to, że LimWot, chcąc przeprowadzić proces inwestycyjny, będzie zwolniony z dokonania czynności z zakresu Prawa budowlanego, o ile przepisy tej ustawy wymagają od inwestora podjęcia określonych czynności. Skanska podkreślił, że umowa w niniejszym postępowaniu, to stosunek dwóch podmiotów, Zamawiającego i wykonawcy, którzy na jej podstawie są zobowiązani do wykonania konkretnych czynności, a czynnościom tym odpowiadają określone uprawnienia. Wykonawca ma obowiązek podstawowy – wykonać roboty budowlane. Zamawiający zaś, czyli – przechodząc na grunt Prawa budowlanego, Inwestor –

ma obowiązek wykonane roboty odebrać i zapłacić umówione wynagrodzenie. Tym podstawowym, wzajemnym zobowiązaniom i uprawnieniom towarzyszą inne, przypisane do roli – odpowiednio – kierownika budowy (wykonawca) i inwestora (Zamawiający). Stroną umowy dla wykonawcy jest LimWot sp. z o.o. z siedzibą w Limanowej. W związku z tym Odwołujący podniósł, że jego zdumienie budzi takie ukształtowanie zobowiązania w umowie, które do umowy wprowadza dodatkową, trzecią stronę. Od działania i zaniechania tej trzeciej strony, Zamawiający i wykonawca będą całkowicie uzależnieni w wykonywaniu swych zobowiązań i uprawnień. Nie jest to przy tym, strona wymieniona w komparcji umowy, która ma umowę o udzielenie zamówienia publicznego zawrzeć przez podpisanie jej przez osobę uprawnioną do reprezentacji. Wykonawca Skanska wskazał, że takiej konstrukcji, jak przyjęta przez LimWot, nie przewiduje reżim ustawy Pzp. Tymczasem w § 23 umowy Zamawiający zobowiązał wykonawcę do podpisania umowy z Finansującym, o treści otwartej, bo jedynie „zasadniczo zgodnej z załącznikiem do niniejszej umowy”. W ocenie Odwołującego już choćby z powodu tego otwartego charakteru zacytowanego zobowiązania wykonawca nie może go przyjąć na siebie. Przedmiot zamówienia opisuje się bowiem w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. Wykonawca nie może natomiast „blankietowo” wyrazić zgody na wszelkie zobowiązania, nieokreślone w trakcie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Skanska podkreślił, że opis przedmiotu niniejszego zamówienia, za którego prawidłowość i rzetelność odpowiada LimWot jest niejednoznaczny, gdyż nie uwzględnia wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty, co stanowi naruszenie przez Zamawiającego ww. przepisów ustawy Pzp. W niniejszym postępowaniu wykonawca pozostaje w niepewności co do tego, jakie prace, obowiązki i czynności trzeba będzie wycenić i wykonać. Skoro bowiem ma obowiązek zawrzeć z Finansującym umowę, której treść jest jedynie „zasadniczo zgodna” z załącznikiem ***, to katalog możliwych postanowień w tej przyszłej umowie jest zupełnie otwarty. Z uwagi na tę niepewność co do oferowanego zakresu świadczenia wykonawcy nie mogą poprawnie skalkulować swojej oferty. Zdaniem Odwołującego takie wskazanie powoduje, iż każdy z wykonawców może zupełnie inaczej rozumieć swoje obowiązki, co doprowadzi w istocie do nieporównywalności ofert. Nadto Skanska zaznaczył, że wynikający z treści SWZ zakres zobowiązania wykonawcy z tytułu realizacji zamówienia, za wykonanie którego przysługiwać mu będzie wynagrodzenie narusza także zasadę ekwiwalentności świadczeń stron wynikających z umowy wzajemnej. Trudno bowiem mówić o ekwiwalentności świadczeń w sytuacji, w której wykonawca kalkulując cenę swojej oferty, nie jest w stanie odnieść jej do dającego się przewidzieć zakresu usług. Innymi słowy wykonawcy nie mogą ponosić ryzyk, w tym kosztów

i odpowiedzialności, związanych z brakiem jednoznacznego opisu przez Zamawiającego przedmiotu zamówienia.

Ponadto Odwołujący wskazał, że co również istotne, zawarte w załączniku (bez numeru, oznaczonego ***) konkretne postanowienia, stanowią istotną modyfikację umowy pomiędzy wykonawcą a Zamawiającym. Tryb wprowadzania zmian do umowy został opisany w § 21, jednak żadne postanowienie tego paragrafu nie przewiduje uczestniczenia w tym procesie podmiotu trzeciego. Skanska podniósł, że trudno zatem stwierdzić, jaką rolę ma pełnić w procesie zmiany umowy Finansujący, skoro zgodnie z przywołanym załącznikiem:

„Generalny Wykonawca i Spółka zobowiązują się do niedokonywania następujących czynności bez uprzedniej pisemnej zgody Finansującego:

6.1 zmiana Umowy z Generalnym Wykonawcą;

6.2 zrzeczenie się przez Spółkę roszczenia wobec Generalnego Wykonawcy wynikającego z Umowy z Generalnym Wykonawcą;

6.3 dokonania jakiegokolwiek Działania Rozwiązującego w odniesieniu do Umowy z Generalnym Wykonawcą, chyba że takie Działanie Rozwiązujące jest dokonywane przez Generalnego Wykonawcę i zostanie przeprowadzone zgodnie z procedurą wynikającą z Punktu 7 poniżej.” Odwołujący podkreślił, że rola Finansującego jest decydująca także w kontekście tak istotnych uprawnień stron umowy, jak odstąpienie od umowy, zawieszenie jej wykonywania itp., skoro zgodnie z wyżej wymienionym załącznikiem: „Generalny Wykonawca i Spółka zobowiązują się do informowania Finansującego (niezwłocznie, nie później jednak niż w terminie 5 (pięciu) Dni Roboczych od zaistnienia któregośkolwiek z powyższych zdarzeń) o: zamiarze dokonania którejkolwiek z następujących czynności: wypowiedzenie, rozwiązanie, odstąpienie od Umowy z Generalnym Wykonawcą, zawieszenie wykonywania obowiązków z niej wynikających, stwierdzenie jej nieważności, wystąpienie o jej unieważnienie albo o stwierdzenie nieważności lub zakwestionowanie obowiązywania w dowolnej części lub spowodowanie jej wygaśnięcia w inny sposób (każda z tych czynności zwana jest dalej „Działaniem Rozwiązującym”) oraz „Na co najmniej [90 (dziewięćdziesiąt) dni] przed podjęciem przez Generalnego Wykonawcę Działania Rozwiązującego w odniesieniu do Umowy z Generalnym Wykonawcą („Okres Przejściowy”), Generalny Wykonawca zawiadomi Finansującego oraz Spółkę o tym zamiarze na piśmie („Zawiadomienie o Zamiarze Podjęcia Działania Rozwiązującego”), a ponadto „W Okresie Przejściowym: (a) Generalny Wykonawca nie może podejmować Działania Rozwiązującego ani czynności służącej dochodzeniu lub zabezpieczeniu jego wiarygodności wobec Spółki (...).”

Wykonawca Skanska podniósł również, że konstrukcja, jaką w niniejszym postępowaniu przyjął Zamawiający, czyni zawarcie umowy o realizację zamówienia publicznego umową obciążoną zastrzeżeniem warunku. Zgodnie bowiem z punktem 13

Załącznika ^{***}, zwanego też „porozumieniem bezpośrednim”: „Umowa z Generalnym Wykonawcą wchodzi w życie, o ile Finansujący złoży podpis pod oświadczeniem znajdującym się na końcu niniejszego załącznika”. Przy czym, jak zaznaczył Zamawiający w przypisie do tego postanowienia: „Niniejszy punkt jest zbędny, jeżeli Umowa będzie zawierać w innym miejscu odpowiedni zapis potwierdzający, że wchodzi w życie po podpisaniu przez Strony oraz po złożeniu oświadczenia Finansującego dotyczącego niniejszego Załącznika (art. 393 § 2 k.c.)”. Odwołujący podkreślił, że przytoczone postanowienia modyfikują, w sposób nieznaną ustawie Pzp, tryb przeprowadzania postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. W niniejszym przypadku bowiem, faktycznie, postępowanie to nie kończy się ani unieważnieniem postępowania, ani zawarciem umowy o udzielenie zamówienia publicznego, skoro zawarcie takiej umowy (udzielenie zamówienia) jest uzależnione od decyzji podmiotu trzeciego.

Nadto Skanska zwrócił uwagę na brzmienie pkt 11 i 12 Załącznika ^{***}, zgodnie z którym: „Postanowienia niniejszego Załącznika stanowią umowę o świadczenie na rzecz osoby trzeciej w rozumieniu art. 393 Kodeksu cywilnego. Finansujący może żądać bezpośrednio od Generalnego Wykonawcy i od Spółki wykonania ich zobowiązań wymienionych w niniejszym Załączniku. Niniejszy Załącznik stanowi integralną część Umowy z Generalnym Wykonawcą”. Odwołujący zaznaczył, że jak stanowi doktryna i orzecznictwo, umowa o świadczenie na rzecz osoby trzeciej jest umową, której celem jest „skrócenie drogi świadczenia i przez to usprawnienie obrotu. Świadczenie przechodzi bezpośrednio od przyrzekającego do osoby trzeciej, z pominięciem zastrzegającego” (art. 393 KC red. Załucki 2023, wyd. 3/Salamonowicz).

Odwołujący podniósł, że LimWot, formułując zobowiązanie umowne w ten, a nie inny sposób, *de facto* uzależnił możliwość dokonywania przez strony umowy (Zamawiającego i wykonawcę) zawartej w reżimie zamówień publicznych zmian w takiej umowie od decyzji podmiotu trzeciego. Nawet pomimo zaistnienia możliwości, które uprawniają Zamawiającego i wykonawcę do zmian umowy, przewidzianych w § 21, strony nie będą mogły zawrzeć stosownego aneksu zmieniającego umowę, bez uprzedniej, pisemnej zgody na tę zmianę wyrażonej przez Finansującego. Faktycznie bowiem każda zmiana umowy będzie wymagała zgody Finansującego. W ocenie wykonawcy Skanska takie ukształtowanie wężła obligacyjnego w umowie o realizację zamówienia publicznego stanowi klauzulę abuzywną przewidzianą w przepisie art. 433 ustawy Pzp, zgodnie z którym „projektowane postanowienia umowy nie mogą przewidywać odpowiedzialności wykonawcy za okoliczności, za które wyłączną odpowiedzialność ponosi zamawiający”. Odwołujący podkreślił, że zobowiązania wobec Finansującego są bowiem tylko i wyłącznie zobowiązaniami Zamawiającego i wykonawca nie może być zmuszony do po pierwsze zawarcia umowy z tym podmiotem, a po drugie do ponoszenia konsekwencji braku

wypełniania przez Zamawiającego jego zobowiązań wobec Finansującego. Jeśli Zamawiający zamierza skutecznie zobowiązać do czegokolwiek wykonawcę, wierzycielem tych zobowiązań może być tylko i wyłącznie sam Zamawiający, który postanowienia umowy powinien sformułować tak, by móc skutecznie wypełniać swoje zobowiązania wobec Finansującego. Zdaniem Skanska takie uregulowanie umowy, jak obecnie, jest rozwiązaniem wykraczającym poza zasadę swobody umów, o której mowa w art. 353¹ Kodeksu cywilnego. Jak podniósł Odwołujący, faktycznie bowiem wprowadza ono do umowy o realizację zamówienia publicznego, poprzez § 23 i aneks dołączony do umowy, którego konsekwencją ma być zawarcie przez wykonawcę umowy z Finansującym, dodatkowego „zamawiającego”. Dołączony do umowy aneks dotyczy zobowiązań i uprawnień stron umowy o udzielenie zamówienia publicznego. Sprowadza się to zatem do wprowadzenia nieznanego ustawie trybu zmiany umowy o realizację zamówienia publicznego. Zdaniem Odwołującego jeśli LimWot uznaje treść umowy z Finansującym z załącznika *** za obligatoryjną, rozwiązaniem może być tylko i wyłącznie przyznanie Finansującemu statusu „współzamawiającego” w niniejszym postępowaniu. Takiej konstrukcji jednak nie przewiduje ustawa Pzp.

{zarzut nieprawidłowego ukształtowania klauzuli waloryzacyjnej}

Odwołujący wskazał, że Zamawiający w § 21 ust. 25 umowy przewidział waloryzację po upływie 12 miesięcy realizacji umowy od jej zawarcia.

W związku z powyższym wykonawca Skanska wniósł o modyfikację postanowień umowy w następujący sposób:

- wzrost wskaźnika cen produkcji budowlano-montażowej robót budowlanych specjalistycznych ogłaszanego w komunikacie Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego za ostatni miesiąc poprzedzający wniosek o waloryzację ma wynosić co najmniej 3 % w stosunku do wysokości tego wskaźnika w miesiącu zawarcia Umowy, a nie 8 %;
- zmiana wynagrodzenia dokonana może zostać po upływie pierwszych 6 miesięcy realizacji Umowy, a nie 12 miesięcy;
- łączna zmiana wysokości wynagrodzenia Wykonawcy z tytułu waloryzacji nie może przekroczyć 25% ceny podanej w ofercie Wykonawcy, a nie 5 %.

Odwołujący podniósł, że *ratio legis* wprowadzenia do ustawy Pzp obowiązku stosowania klauzul waloryzacyjnych w umowach w sprawie zamówienia publicznego wynika z konieczności zachowania równowagi ekonomicznej stron umowy w stosunku do stanu na dzień złożenia oferty przez wykonawcę. Skanska zaznaczyła, że w pełni podziela poglądy

doktryny, zgodnie z którymi: „Waloryzacja wynagrodzenia umożliwia niezbędną elastyczność kształtowania kosztów związanych z realizacją zamówienia w dłuższym okresie, zapewniającą możliwość bieżącego i adekwatnego dostosowania stosunku zobowiązaniowego do zmiany okoliczności. Zapobiega obciążaniu wykonawców obowiązkiem zadeklarowania w ofercie niezmiennej ceny i tym samym ponoszeniu jednostronnego ryzyka zmiany stosunków gospodarczych. Co może mniej oczywiste – stosowanie klauzul waloryzacyjnych jest również korzystne dla zamawiających, pozwala bowiem na ponoszenie rzeczywistych kosztów wykonania zamówienia, nieobarczonych narzutem związanym z koniecznością ujęcia w cenie ryzyka ich wzrostu. Stosowanie klauzul waloryzacyjnych zapobiega również powstawaniu sytuacji, kiedy wykonanie zamówienia przestaje być opłacalne, a tym samym sprzyja trwałości stosunku umownego, co niewątpliwie jest korzystne dla obu stron umowy” (Prawo zamówień publicznych. Komentarz, red. Marzena Jaworska, Dorota Grześkowiak-Stojek, Julia Jarnicka, Agnieszka Matusiak, wyd. 2021). W ocenie Odwołującego postanowienia klauzuli waloryzacyjnej nie mogą więc jedynie formalnie spełniać wymogi ustawy Pzp, lecz powinny zostać skonstruowane w sposób umożliwiający rzeczywiste zastosowanie waloryzacji wynagrodzenia podczas realizacji zamówienia.

2 lutego 2023 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęła odpowiedź na odwołanie, w której Zamawiający oświadczył, że:

- 1) uwzględnił odwołanie w zakresie zarzutu nr 4 w całości i wskazał, że przekazał wykonawcom biorącym udział w Postępowaniu projekty wykonawcze;
- 2) uwzględnił odwołanie w zakresie zarzutów 1 - 3 i 5 w części i wskazał, że dokonał modyfikacji zapisów projektu umowy stanowiącego załącznik do SWZ w następujący sposób:
 - z treści § 1 ust. 1 umowy usunięto określenie „pod klucz”;
 - § 3 ust. 2 umowy nadano brzmienie: „Wykonawca zobowiązany jest rozpocząć roboty nie później niż w terminie do 14 dni od dnia przekazania terenu budowy”;
 - w § 4 ust. 6 zdaniu drugim umowy oraz zdaniu drugim w pkt 11 karty gwarancyjnej nadano brzmienie: „Wykonanie uprawnień z gwarancji zawiesza bieg terminów do wykonania uprawnień z tytułu rękojmi”;
 - § 3 ust. 6 zdanie pierwsze umowy nadano brzmienie: „Najpóźniej na 15 dni przed upływem terminu wskazanego w ust. 5 Wykonawca skompletuje dokumenty niezbędne do złożenia wraz ze zgłoszeniem zakończenia budowy w PINB i przekaże je Inżynierowi Kontraktu celem weryfikacji”;

- § 7 ust. 3 umowy otrzymuje brzmienie: „Kwota wynagrodzenia brutto, określonego w ust. 1 powyżej, obejmuje wszystkie koszty, narzuty i opusty związane z realizacją Przedmiotu Umowy, wynikające z niniejszej Umowy, dokumentów zamówienia (w tym SWZ), dokumentacji projektowej, opisu przedmiotu zamówienia, specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót niezbędne do wykonania Przedmiotu Umowy”;
- w § 7 ust. 6 „5%” zmieniono na „10%”;
- w § 8 ust. 7 „Istotnych postanowień gwarancyjnych” po dotychczasowej treści dodano zdanie drugie: „Wykonawca będzie realizował czynności konserwacyjne i serwisowe z użyciem niezbędnych do tego celu materiałów, bez eksploatacji i wymiany materiałów eksploatacyjnych, które nie były przedmiotem umowy”;
- § 10 ust. 1 pkt 4 umowy nadano brzmienie; „Uzyskać pozwolenia gestorów mediów na wszelkie roboty związane z tymi mediami, w tym na usuwanie kolizji itp. przed przystąpieniem do realizacji tych części robót, których to pozwolenie dotyczy, jeżeliby w toku realizacji robót wystąpiła sytuacja inna niż wskazana w pozwoleniach uzyskanych przez Zamawiającego i przekazanych Wykonawcy”;
- w § 10 ust. 1 pkt 40 umowy usunięto frazę „i doprowadzić do zakończenia budowy zgodnie z wymogami Rozdziału 5b uPrBud”;
- § 10 ust. 1 pkt 43 umowy nadano brzmienie: „Przygotować w oparciu o przekazane przez Zamawiającego wytyczne arkusz efektów gospodarczych”;
- w § 10 umowy skreślono ust. 10;
- w § 10 ust. 11 lit. b umowy skreślono: „Wszelkie uwagi odnośnie kompletności, spójności i sprzeczności zostały przez Wykonawcę wyjaśnione za pomocą pytań do SWZ, na które Wykonawca otrzymał satysfakcjonujące go odpowiedzi, co potwierdził składając ofertę w postępowaniu o udzielenie zamówienia”;
- w § 10 ust 12 lit. d umowy nadano brzmienie: „pełną odpowiedzialność, włącznie z pokryciem kar umownych, odszkodowań i bonifikat, które zobowiązany będzie pokryć Zamawiający, w tym wynikających z porozumień, warunków, umów, które zawarł Zamawiający w celu realizacji i wykonania Przedmiotu Umowy, w szczególności z gestorami sieci, jeśli kary umowne, odszkodowania lub bonifikaty zostały naliczone w związku z działaniem lub zaniechaniem, za które odpowiedzialność ponosi Wykonawca”;
- w § 12 ust. 6 umowy usunięto lit. b;
- § 12 ust. 7 umowy nadano brzmienie: „Jeżeli w toku realizacji umowy zajdzie obowiązek uzyskania stanowiska, decyzji lub pozwolenia odpowiedniego organu

publicznego Zamawiający udzieli Wykonawcy odpowiedniego pełnomocnictwa celem działania przez Wykonawcę w ramach przygotowanych przez niego wniosków”;

- w § 13 ust. 1 umowy skreślono zdanie „Wykonawca zobowiązany jest wykonać roboty zamienne lub roboty dodatkowe na żądanie Zamawiającego zgłoszone w formie pisemnej pod rygorem nieważności”;
- w § 14 ust. 8 umowy po treści zdania pierwszego dodano frazę „o ile konieczność ich uzyskania będzie wynikała z działań lub zaniechań Wykonawcy”;
- w § 14 ust. 9 umowy po jego dotychczasowej treści dodano frazę: „o ile konieczność ich uzyskania będzie wynikała z działań lub zaniechań Wykonawcy”;
- § 17 ust. 17 umowy nadano brzmienie: „Zamawiający przeprowadzi odbiór w ciągu 30 dni od daty rozpoczęcia czynności odbioru, co zostanie potwierdzone protokołem Odbioru końcowego”;
- w § 17 ust. 14 umowy usunięto frazę: „oraz Inżynier Kontraktu zaakceptuje gotowość do Odbioru końcowego”;
- w § 21 ust. 23 umowy skreślono lit. d;
- w § 2 ust. 7 „Istotnych postanowień gwarancyjnych” po jego dotychczasowej treści dodano zdanie: „przed takimi robotami, dostawami, usługami Użytkownik poinformuje Wykonawcę o zakresie ingerencji w przedmiot umowy i uwzględni zastrzeżenia wykonawcy do tych świadczeń, warunkujące możliwość utrzymania gwarancji”;
- § 2 ust. 8 „Istotnych postanowień gwarancyjnych” nadano brzmienie: „W razie wypowiedzenia, rozwiązania czy odstąpienia od Umowy na wykonanie robót, niniejsza Gwarancja obowiązuje w zakresie wykonanych robót”;
- § 4 ust. 6 „Istotnych postanowień gwarancyjnych” nadano brzmienie: „W przypadku wystąpienia wad uniemożliwiających użytkowanie Przedmiotu Umowy zgodnie z jego przeznaczeniem Użytkownik może żądać naprawy odpowiedniej części lub jego wymiany wyznaczając Wykonawcy odpowiedni termin, zachowując jednocześnie prawo domagania się od Wykonawcy naprawienia szkody wynikłej ze zwłoki”;
- pkt 10.3 zdanie pierwsze karty gwarancyjnej nadano brzmienie: „Okres gwarancji biegnie od nowa w przypadku dokonania trzykrotnej naprawy elementu”;
- w karcie gwarancyjnej w pkt 10 usunięto ppkt 4);
- Załącznikowi „Porozumienie bezpośrednie” nadano nowe brzmienie.

W pozostałym zakresie Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania i zasądzenie kosztów postępowania, w tym związanych z udziałem fachowego pełnomocnika oraz kosztów dojazdu.

Na posiedzeniu z udziałem stron oraz uczestnika postępowania odwoławczego 6 lutego 2023 r., w związku z treścią odpowiedzi na odwołanie, a przede wszystkim zmianami SWZ wprowadzonymi 1 lutego 2023 r., Odwołujący wycofał odwołanie w odniesieniu do żądań: nr 2, nr 5, nr 8, nr 11, nr 13, nr 14, nr 16, nr 18, nr 19, nr 20, nr 23, nr 32, nr 33, nr 34, nr 36, nr 39 i nr 40, natomiast podtrzymał odwołanie odnośnie pozostałych żądań w zakresie nieuwzględnionym przez Zamawiającego.

Krajowa Izba Odwoławcza, rozpoznając na rozprawie złożone odwołanie i uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przekazaną przez Zamawiającego, stanowiska stron oraz uczestnika postępowania odwoławczego złożone na piśmie i podane do protokołu rozprawy, a także przedłożone dowody, ustaliła, co następuje.

Izba stwierdziła, że nie zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania, o których stanowi przepis art. 528 ustawy Pzp.

Izba stwierdziła, że Odwołujący posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowanego możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, co uprawniało go do złożenia odwołania.

Do niniejszego postępowania odwoławczego skuteczne przystąpienie po stronie Odwołującego zgłosił wykonawca Warbud S.A. z siedzibą w Warszawie (dalej: „Przystępujący”).

Odwołanie zostało rozpoznane w granicach zawartych w nim zarzutów (art. 555 ustawy Pzp) z uwzględnieniem zasady kontradyktoryjności postępowania (art. 534 ust. 1 ustawy Pzp). Rozpoznając przedmiotowe odwołanie Izba miała na uwadze treść akt postępowania (§8 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie postępowania przy rozpoznawaniu odwołań przez Krajową Izbę Odwoławczą).

Izba ustaliła następujące okoliczności jako istotne:

Poniżej Izba zacytuje wybrane postawienia Załącznika nr 6 do SWZ „Projektowane postanowienia umowy” (dalej: „wzór umowy”), Załącznika do umowy „Istotne postanowienia gwarancyjne” (dalej: „IPG”), „Karty gwarancyjnej określającej uprawnienia Zamawiającego z tytułu Gwarancji jakości” (dalej: „Karta gwarancyjna”) oraz Specyfikacji Technicznej

Wykonania i Odbioru Robót TOM I Z III (dalej: „STWiOR”), kwestionowane przez Odwołującego, a także postanowienia, na które skład orzekający powołuje się w dalszej części uzasadnienia niniejszego wyroku, w brzmieniu obowiązującym na dzień orzekania.

Zgodnie z § 1 ust. 1, 2 i 4 wzoru umowy:

„1. Na podstawie ogłoszonego wyniku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na zadanie pod nazwą: „Budowa kompleksu wojskowego w mieście Limanowa dla potrzeb pododdziałów 11 Małopolskiej Brygady Obrony Terytorialnej” przeprowadzonego w trybie przetargu ograniczonego, znak ZP.2.2022, Zamawiający powierza, a Wykonawca przyjmuje do realizacji wykonanie robót budowlanych w formule, stosownie do postanowień niniejszej umowy.

2. Szczegółowy zakres robót budowlanych objętych Umową określony jest:

1) dokumentacją projektową i specyfikacjami technicznymi wykonania i odbioru robót oraz dokumentami formalnoprawnymi przekazanymi przez Zamawiającego - Załącznik nr 1 do umowy,

2) specyfikacją warunków zamówienia - Załącznik nr 2 do umowy,

3) ofertą złożoną przez Wykonawcę - Załącznik nr 3 do umowy,

4) kosztorysem szczegółowym sporządzonym przez Wykonawcę - Załącznik nr 4 do Umowy,

5) Harmonogramem rzeczowo-finansowym sporządzonym przez Wykonawcę - Załącznik nr 5 do Umowy.

(...)

4. Wykonawca zobowiązuje się do wykonania Przedmiotu Umowy zgodnie z przepisami prawa, niniejszą umową, decyzją o pozwoleniu na budowę i/lub innymi regulacjami wydanymi przez właściwe organy administracji lub inne podmioty, których przestrzeganie jest niezbędne w czasie realizacji robót budowlanych, dokumentacją projektową, harmonogramem prac, w tym podziałem na fazy robót budowlanych sztuką budowlaną i zasadami wiedzy technicznej”.

W myśl § 2 ust. 1 pkt 9 wzoru umowy: „1. Przez pojęcia użyte w umowie należy rozumieć: (...) Awaria - rozumie się przez to w szczególności stan niesprawności obiektu, budynku, urządzeń lub ich elementów lub systemu urządzeń, powodujący przerwę w ich używaniu, uniemożliwiający ich funkcjonowanie, powodujący ich niewłaściwe działanie lub całkowite unieruchomienie, a także okoliczność, w której zagrożone jest życie lub zdrowie ludzi, następuje zakłócenie funkcjonowania Zamawiającego lub Użytkownika obiektu, występuje zagrożenie dla warunków bytowych ludności i gdzie konieczne jest podjęcie

natychmiastowej akcji ratunkowej i wszelkich innych prac dla zminimalizowania strat materialnych”.

Stosownie do brzmienia § 3 ust. 3 i 5 wzoru umowy: „3. W terminie do 7 dni od dnia podpisania Umowy Wykonawca przekaże Zamawiającemu do zatwierdzenia Kosztorys szczegółowy w formie pisemnej, w 3 egzemplarzach, oraz w wersji elektronicznej w formatach edytowalnych .ath, .xlsx oraz w formacie .pdf. Zamawiający zgłosi Wykonawcy uwagi do Kosztorysu szczegółowego na piśmie lub za pośrednictwem poczty elektronicznej w terminie do 14 dni od jego otrzymania lub dokona w tym terminie zatwierdzenia Kosztorysu. Zatwierdzeniu podlegać będą tylko kompletne Kosztorysy, z zastrzeżeniem iż nie mogą one prowadzić do zmiany charakteru wynagrodzenia ryczałtowego. Wykonawca uwzględni zgłoszone uwagi w terminie do 7 dni od dnia ich przekazania przez Zamawiającego i w tym terminie przekaże Zamawiającemu poprawioną wersję Kosztorysu szczegółowego w ilości i formie wskazanej w zdaniu pierwszym. W przypadku wystąpienia dalszych uwag ze strony Zamawiającego, procedura przekazania i sprawdzenia kosztorysu we wskazanych terminach rozpoczyna się od nowa. Wykonawca może powoływać się na Kosztorys szczegółowy zatwierdzony (na piśmie) przez Zamawiającego. (...) 5. Termin wykonania Przedmiotu Umowy ustala się do miesięcy od daty zawarcia Umowy (przez termin zakończenia rozumie się termin Odbioru końcowego potwierdzony protokołem Odbioru końcowego po uzyskaniu przez Wykonawcę ostatecznego pozwolenia na użytkowanie). Do tego okresu nie wlicza się przerwy zimowej od dnia 16 grudnia do 15 marca, przy czym Inżynier Kontraktu może wyrazić w tym okresie zgodę na prowadzenie robót”.

§ 4 ust. 5 wzoru umowy stanowi: „W sytuacji, gdy gwarancja udzielana przez producenta lub dostawcę wystawiana jest na dłuższy okres niż wskazany w ust. 2 lub 4, wówczas Wykonawca udziela Zamawiającemu gwarancji jakości na okres gwarancji udzielanej przez producenta lub dostawcę. Wykonawca oświadcza, że gwarancja na wbudowane i zamontowane urządzenia nie będzie zawierać postanowień powodujących utratę lub ograniczenie udzielonej gwarancji w przypadku udzielenia przez Zamawiającego zamówienia na świadczenie usługi przeglądów technicznych i konserwacji urządzeń innemu Wykonawcy. Bieg terminu rękojmi za wady i gwarancji jakości rozpoczyna się od dnia dokonania Odbioru końcowego potwierdzonego podpisaniem przez obie Strony Umowy, przy udziale Inżyniera Kontraktu i Inżyniera Konsultanta, protokołem Odbioru końcowego. Wraz z protokołem Odbioru końcowego Wykonawca podpisuje Kartę gwarancyjną”.

Zgodnie z § 5 ust. 1, 2, 3, 7 i 8 wzoru umowy:

„1. Wykonawca zobowiązany jest w terminie do 7 dni od daty zatwierdzenia Kosztorysu szczegółowego przez Zamawiającego do przedstawienia Zamawiającemu do zatwierdzenia Harmonogramu rzeczowo-finansowego sporządzonego w oparciu o zatwierdzony Kosztorys szczegółowy stanowiący załącznik nr 4 do Umowy oraz wytyczne wskazane przez Zamawiającego. Harmonogram rzeczowo-finansowy Wykonawca zobowiązany jest przedłożyć Zamawiającemu w formie pisemnej w 3 egzemplarzach podpisanych przez Wykonawcę oraz w wersji elektronicznej przesłanej na adres wskazany przez Zamawiającego.

2. Harmonogram rzeczowo-finansowy należy sporządzić w sposób zapewniający zgodność elementów robót i ich wartości z zatwierdzonym przez Zamawiającego Kosztorysem szczegółowym, w okresach kwartalnych.

3. Harmonogram rzeczowo-finansowy winien uwzględniać w szczególności:

a)-miesięczny okres realizacji Przedmiotu Umowy,.

b) Podział realizacji przedmiotu umowy na 8 faz podlegającym odbiorom częściowym i rozliczeniu (fakturowaniu częściowemu),

c) kolejność – w szczególności miesięcznej – realizowanych robót, realizacji dostaw i usług, technologie realizacji, czas realizacji i terminy wykonania zakresu wszystkich etapów robót objętych zobowiązaniem Wykonawcy, podlegających Odbiorom częściowym, Odbiorowi końcowemu, przygotowane w sposób zapewniający Wykonawcy terminową realizację Przedmiotu Umowy, a Zamawiającemu umożliwiające bieżącą weryfikację postępu realizacji Przedmiotu Umowy, procentowy układ wykonania robót poszczególnych etapów w realizacji całego Przedmiotu Umowy,

d) przewidywany – w szczególności miesięcznej - czas rozpoczęcia, trwania i zakończenia poszczególnych etapów robót, dostaw i usług,

e) koszty realizacji robót uwzględniające realizację poszczególnych etapów robót budowlanych, dostaw i usług, udział podwykonawców i dalszych podwykonawców w realizacji Przedmiotu Umowy (wskazanie zakresu oraz wartości robót wykonywanych przez podwykonawców oraz dalszych podwykonawców jak również ich nazw/firm - jeśli są znane na tym etapie),

f) płatności i ich wysokość – zgodna z podziałem wskazanym pod lit b), przy czym suma płatności częściowych nie może przekroczyć 90 % wartości wynagrodzenia określonego w § 7 ust. 1,

(...)

7. Zgodnie z opracowanym przez Wykonawcę i zatwierdzonym przez Zamawiającego Harmonogramem rzeczowo-finansowym będą dokonywane płatności faktur wystawianych na podstawie wystawionych przez Zamawiającego świadectw płatności z zastrzeżeniem, że płatności będą regulowane w wysokościach wskazanych w Harmonogramie rzeczowo-

finansowym wyłącznie w przypadkach realizacji Przedmiotu Umowy w całości zgodnie z Harmonogramem rzeczowo-finansowym.

8. Zamawiający zastrzega sobie możliwość wniesienia uwag do przedstawionego przez Wykonawcę Harmonogramu rzeczowo-finansowego, gdy:

a) będzie zakładał niemożliwe z punktu widzenia technologii przewidzianej w dokumentacji projektowej, zasad sztuki budowlanej oraz zasad aktualnej wiedzy technicznej, terminy realizacji prac,

b) nie będzie spełniał wymogów określonych w ust. 2 i ust. 3, ust. 7.

c) nie będzie uwzględniał możliwości prowadzenia prac wykończeniowych, co najmniej na 4 miesiące przed terminem wykonania Przedmiotu Umowy, o którym mowa w § 3 ust. 5.

W myśl § 6 ust. 17 wzoru umowy: „W przypadku powierzenia wykonania części prac lub robót podwykonawcom, Wykonawca ponosi pełną odpowiedzialność za ich należyte wykonanie zgodnie z niniejszą Umową, dokumentacją projektową, polskimi i europejskimi normami i obowiązującymi przepisami, jak również zasadami wiedzy technicznej. Wykonawca nie może polecić podwykonawcy realizacji przedmiotu Umowy o podwykonawstwo w przypadku braku akceptacji umowy z podwykonawcą przez Zamawiającego, przez które rozumie się zarówno wyrażenie zastrzeżeń lub sprzeciwu, co do przedłożonej kopii Umowy o podwykonawstwo, jak również niewyrażenie sprzeciwu w sytuacji gdy okres na wyrażenie sprzeciwu jeszcze nie upłynął”.

Stosownie do treści § 10 ust. 1 pkt 4-7, 17 i 43 oraz ust. 12 lit. d i e wzoru umowy:

„1. Wykonawca zobowiązany jest:

(...)

4) Uzyskać pozwolenia gestorów mediów na wszelkie roboty związane z tymi mediami, w tym na usuwanie kolizji itp. przed przystąpieniem do realizacji tych części robót, których to pozwolenie dotyczy, jeżeliby w toku realizacji robót wystąpiła sytuacja inna niż wskazana w pozwoleniach uzyskanych przez Zamawiającego i przekazanych Wykonawcy.

5) Uzyskać w razie konieczności decyzję zatwierdzającą program gospodarki odpadami niebezpiecznymi.

6) Sporządzić informację o wytwarzanych odpadach oraz o sposobach gospodarowania wytworzonymi odpadami i złożyć ją do właściwego organu ochrony środowiska wraz z ewentualnym uzyskaniem niezbędnej decyzji na 2 miesiące przed rozpoczęciem robót powodujących powstanie odpadów niebezpiecznych.

7) Uzyskać uzgodnienia od władz lokalnych i właścicieli innych urządzeń uzbrojenia terenu w szczególności odnośnie terminów włączenia i wyłączenia oraz wszelkich innych warunków dotyczących prowadzenia robót.

(...)

17) Strzec mienia Zamawiającego znajdującego się na terenie budowy i chronić je przed zniszczeniem.

(...)

43) Przygotować w oparciu o przekazane przez Zamawiającego wytyczne arkusz efektów gospodarczych.

(...)

12. Wykonawca ponosi w szczególności:

(...)

d) pełną odpowiedzialność, włącznie z pokryciem kar umownych, odszkodowań i bonifikat, które zobowiązany będzie pokryć Zamawiający, w tym wynikających z porozumień, warunków, umów, które zawarł Zamawiający w celu realizacji i wykonania Przedmiotu Umowy, w szczególności z gestorami sieci, jeśli kary umowne, odszkodowania lub bonifikaty zostały naliczone w związku z działaniem lub zaniechaniem, za które odpowiedzialność ponosi Wykonawca,

e) ryzyko finansowe z tytułu uszkodzenia, zniszczenia obiektu budowlanego oraz uszkodzenia, zniszczenia lub utraty wszelkich materiałów, urządzeń i wyposażenia znajdujących się na terenie budowy, a także bezprawnego usunięcia drzew i krzewów oraz wszelkich innych szkód w mieniu znajdującym się na terenie budowy oraz bezpośredniego sąsiedztwa terenu budowy, wystąpienie takich szkód nie zwalnia Wykonawcy z obowiązku terminowego i należytego wykonania Przedmiotu Umowy”.

Zgodnie z § 12 ust. 7 wzoru umowy „Jeżeli w toku realizacji umowy zajdzie obowiązek uzyskania stanowiska, decyzji lub pozwolenia odpowiedniego organu publicznego Zamawiający udzieli Wykonawcy odpowiedniego pełnomocnictwa celem działania przez Wykonawcę w ramach przygotowanych przez niego wniosków”.

§ 13 ust. 1 wzoru umowy stanowi: „Wykonawca jest zobowiązany do niezwłocznego informowania w formie pisemnej lub drogą elektroniczną (e-mail) Zamawiającego o okolicznościach wskazujących na konieczność wykonania robót zamiennych lub dodatkowych przed podjęciem jakichkolwiek działań. Do informacji o konieczności wykonania robót zamiennych lub dodatkowych, Wykonawca złoży na wezwanie Zamawiającego kosztorys różnicowy lub kosztorys dodatkowy - zgodnie z żądaniem Zamawiającego, w terminie określonym Zamawiającego. Decyzję o konieczności wykonania

tych robót podejmuje Zamawiający w formie pisemnej pod rygorem nieważności. W przypadku wykonania przez Wykonawcę robót zamiennych lub dodatkowych bez pisemnej decyzji Zamawiającego w sprawie konieczności ich wykonania, Wykonawca nie może domagać się zwiększenia wynagrodzenia lub wydłużenia terminu wykonania przedmiotu Umowy, o którym mowa w § 3 ust. 5, a Zamawiający może polecić usunięcie ww. robót lub ich pozostawienie na koszt i ryzyko Wykonawcy”.

W myśl § 14 ust. 8 i 9 wzoru umowy:

„8. Wykonawca na własny koszt we współpracy z Projektantem w ramach nadzoru autorskiego zobowiązany jest do aktualizacji zezwoleń, uzgodnień, decyzji, warunków przyłączeniowych itp., których termin ważności upłynął, a są niezbędne do prawidłowej realizacji Przedmiotu Umowy, o ile konieczność ich uzyskania będzie wynikała z działań lub zaniechań Wykonawcy. Wykonawca, w tych przypadkach będzie działał w ramach pełnomocnictwa wystawionego przez Zamawiającego (za wyjątkiem zaciągania zobowiązań finansowych, do których Wykonawca nie jest uprawniony - w takim przypadku Wykonawca przygotowuje niezbędne wnioski i dokumenty oraz przedstawi je Zamawiającemu do podpisu. Zamawiający uprawniony jest do odmowy podpisu podając uzasadnienie).

9. Wykonawca na własny koszt zobowiązany jest do zawarcia umów w przypadku konieczności usunięcia lub przebudowy „obiektów” (np. sieci, studzienki) kolidujących z realizowanym Przedmiotem Umowy zgodnie z dokumentacją projektową, o ile konieczność ich uzyskania będzie wynikała z działań lub zaniechań Wykonawcy”.

§ 17 ust. 1 lit. b, ust. 5, ust. 6 lit. h i ust. 14 wzoru umowy stanowi:

„1. Przewiduje się następujące rodzaje odbiorów:

(...)

b) odbiory częściowe – przeprowadzane po zakończeniu każdego z etapów robót określonych w harmonogramie rzeczowo – finansowym, w tym także ostatniego, w terminie do 14 dni od daty zgłoszenia gotowości do odbioru oraz przekazania dokumentów, o których mowa w ust. 6, przeprowadzane na bieżąco i w miarę potrzeb, przy czym na żądanie Zamawiającego data odbioru częściowego może być przesunięta o kolejne 7 dni,

(...)

5. W czasie trwania Umowy po zakończeniu każdego etapu wskazanego przez Wykonawcę w Harmonogramie rzeczowo-finansowym, jak również w każdej sytuacji, gdy Inżynier Kontraktu lub Zamawiający uzna odbiór częściowy za konieczny lub zasadny, będą przeprowadzane Odbiory częściowe robót i prac. Odbiór częściowy nie oznacza przekazania Zamawiającemu prac objętych tym odbiorem, ani nie ogranicza prawa Zamawiającego

i podmiotów działających na jego zlecenie do wniesienia uwag lub zgłoszenia braków, wad lub usterek do zakresów prac objętych jakimkolwiek wcześniejszym odbiorem częściowym.

6. Częściowych odbiorów będzie dokonywał Inżynier Kontraktu przy udziale Koordynatora Zamawiającego. Z czynności odbiorów częściowych będą sporządzane protokoły Odbioru częściowego. Wykonawca zgłosi gotowość do odbioru, dołączając do zgłoszenia dokumenty pozwalające na wykazanie wykonania części Przedmiotu Umowy podlegającego odbiorowi zgodnie z Umową, w szczególności:

a) zbiór atestów, certyfikatów i deklaracji zgodności / właściwości użytkowych, dokumentacji techniczno- ruchowych dotyczących zabudowanych materiałów i urządzeń wchodzących w skład elementu będącego przedmiotem częściowego odbioru,

b) zestawienie wszystkich podwykonawców i dalszych podwykonawców biorących udział w realizacji danego etapu robót ze wskazaniem robót przez nich wykonywanych i przysługujących im należności oraz oświadczeniem czy i w jakim zakresie są one kwestionowane i z jakiej przyczyny,

c) odpowiednie protokoły z uprzednich odbiorów częściowych prac oraz robót, przeprowadzonych pomiędzy Wykonawcą i wszystkimi podwykonawcami, jak również pomiędzy podwykonawcami oraz dalszymi podwykonawcami,

d) protokoły usunięcia wad i usterek zgłoszonych podczas poprzedniego odbioru częściowego,

e) dowody wykonania prób, badań, pomiarów, przeglądów, sprawdzeń, rozruchów (jeśli odnoszą się do części Przedmiotu Umowy podlegającego odbiorowi częściowemu),

f) decyzje i pozwolenia, uzgodnienia i zgody, jak również inne dokumenty wystawione przez podmioty trzecie (w tym organy administracyjne), jeśli odnoszą się do części Przedmiotu Umowy podlegającego odbiorowi częściowemu,

g) dokumenty wykazujące właściwe zagospodarowanie odpadów, drewna, złomu, jeśli odnoszą się do części Przedmiotu Umowy podlegającego odbiorowi częściowemu,

h) dokumentację fotograficzną, o której mowa w § 12 ust. 5.

Brak dołączenia ww. dokumentów może spowodować odmowę dokonania odbioru. W przypadku prawidłowego zgłoszenia oraz potwierdzenia prawidłowości odbieranych prac i robót, przez które rozumie się nieistnienie w nich wad istotnych uniemożliwiających użytkowanie lub korzystanie z części Przedmiotu Umowy podlegającego odbiorowi, Odbiór częściowy zostanie dokonany w terminie do 14 dni od daty zgłoszenia gotowości do jego dokonania, przy czym na żądanie Zamawiającego termin ten może być przesunięty o kolejne 7 dni. W przypadku ujawnienia w trakcie Odbioru częściowego wad nieistotnych, w protokole wskazane zostaną te wady wraz z wyznaczonym terminem do ich usunięcia, postanowienia ust. 18 stosuje się odpowiednio. W przypadku dokonania odbioru częściowego bez zastrzeżeń (z możliwością wskazania drobnych usterek i wskazaniem terminu ich usunięcia)

Zamawiający w ciągu 7 dni wystawi Wykonawcy Świadcstwo Zakończenia Fazy Robót Budowlanych, które upoważnia Wykonawcę do wystawienia faktury częściowej.

(...)

14. Zamawiający, po dokonaniu weryfikacji, tj. sprawdzenia kompletności i prawidłowości złożonych dokumentów oraz ich zatwierdzeniu, powoła komisję odbiorową i wyznaczy termin rozpoczęcia czynności Odbioru końcowego, jednak nie później niż na 14 dni od daty dokonania zgłoszenia (z możliwością jego wydłużenia o kolejne 7 dni), pod warunkiem, iż dokumentacja powykonawcza jest kompletna i prawidłowa. Zamawiający zastrzega sobie prawo do wnoszenia uwag do dokumentacji powykonawczej. W przypadku wniesienia uwag do dokumentacji powykonawczej przez Zamawiającego, Wykonawca ustosunkuje się do nich w terminie do 5 dni. W przypadku konieczności naniesienia zmian w dokumentacji powykonawczej zmiany te zostaną przez Wykonawcę naniesione w terminie do 5 dni roboczych. Dokumentacja powykonawcza z naniesionymi zmianami podlega ponownemu sprawdzeniu w zakresie kompletności i prawidłowości złożonych dokumentów. Wady nieistotne dokumentacji powykonawczej nie stanowią przeszkody w rozpoczęciu czynności Odbioru końcowego”.

W § 21 ust. 25 wzoru umowy Zamawiający wprowadził zapisy odnoszące się do klauzuli waloryzacyjnej o następującej treści:

„Każda ze Stron uprawniona jest do żądania zmiany wysokości wynagrodzenia Wykonawcy, gdy wskaźnik cen produkcji budowlano-montażowej robót budowlanych specjalistycznych ogłaszany w komunikacie Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego za ostatni miesiąc poprzedzający wniosek o waloryzację wzrośnie lub spadnie o co najmniej 8 % w stosunku do wysokości tego wskaźnika w miesiącu zawarcia Umowy, a jeżeli zawarcie Umowy nastąpiło po 180 dniach od upływu terminu składania ofert, w stosunku do wysokości wskaźnika w miesiącu składania ofert. Zmiana może zostać dokonana z zastrzeżeniem poniższych warunków:

a) zmiana wynagrodzenia dokonana może zostać po upływie pierwszych 12 miesięcy realizacji Umowy,

b) waloryzacja nie dotyczy wynagrodzenia za roboty oraz usługi wykonane przed datą złożenia wniosku lub które zgodnie z Umową miały być wykonane przed datą złożenia wniosku, chyba że opóźnienie wynika z przyczyn zależnych wyłącznie od Zamawiającego, Strona zainteresowana waloryzacją składa drugiej Stronie wniosek o dokonanie waloryzacji wynagrodzenia wraz z uzasadnieniem wskazującym wysokość wskaźnika oraz przedmiot i wartość robót oraz usług podlegających waloryzacji (niewykonanych do dnia złożenia wniosku, które nie miały zostać wykonane do dnia złożenia wniosku), przy czym jeżeli

z wnioskiem występuje Wykonawca, kopia tego wniosku złożona winna zostać Inżynierowi Kontraktu do akceptacji,

c) w przypadku wzrostu lub spadku wskaźnika, o którym mowa w ust. 25, w wysokości tam wskazanej, waloryzacja będzie polegała na wzroście lub obniżeniu wynagrodzenia za prace wykonane po dniu złożenia wniosku o wartość zwiększenia lub zmniejszenia wskaźnika, przy czym łączna zmiana wysokości wynagrodzenia Wykonawcy z tytułu waloryzacji nie może przekroczyć 5% ceny podanej w ofercie Wykonawcy,

d) Wykonawca, którego wynagrodzenie zostało zmienione zgodnie z waloryzacją opisaną w niniejszym punkcie zobowiązany jest do zmiany wynagrodzenia przysługującego podwykonawcy, z którym zawarł umowę, w zakresie odpowiadającym zmianom cen i kosztów, dotyczących zobowiązań tego podwykonawcy, jeśli łącznie spełnione są następujące warunki:

- i. przedmiotem umowy są usługi lub roboty budowlane
- ii. okres obowiązywania umowy przekracza 6 miesięcy
- iii. zmiana dotyczyć będzie usług lub robót budowlanych realizowanych przez podwykonawcę w okresie, którego dotyczyć będzie waloryzacja dokonana w Umowie,

e) w przypadku niedokonania zmiany, o której mowa w lit. d Wykonawca zobowiązany będzie do zapłaty na rzecz Zamawiającego kary umownej w wysokości 5% wartości umowy z tym podwykonawcą za każdy przypadek niedokonania zmiany”.

W myśl § 23 wzoru umowy „Strony umowy będą zobowiązane zawrzeć z Finansującym umowę regulującą uprawnienia Finansującego i obowiązki stron wobec Finansującego o treści zasadniczo zgodnej z załącznikiem do niniejszej umowy”.

Ponadto Izba ustaliła, że Zamawiający w związku z modyfikacją treści SWZ z dnia 1 lutego 2023 r. usunął lit. d z § 21 ust. 23 wzoru umowy.

Zgodnie z § 2 ust. 6 IPG „Nie podlegają uprawnieniom z tytułu gwarancji wady powstałe na skutek:

a) siły wyższej, pod pojęciem, której rozumie się każdą okoliczność, która zachodzi po podpisaniu Umowy i jest niezależna od woli Stron, uniemożliwia wykonywanie zobowiązań umownych oraz skutków, której nie można uniknąć albo też, której działanie zapoczątkowane jest przez anormalne, nieodwracalne zdarzenia, które nie mogą być przewidziane, a jeśli mogą być przewidziane; to są nieuniknione. Za wypadki siły wyższej Strony uznają w szczególności: pożary, powodzie i inne klęski żywiołowe, strajki oraz wojny. Wystąpienie okoliczności siły wyższej należy stosownie udokumentować,

b) normalnego zużycia Przedmiotu Umowy lub jego części zgodnie z Instrukcją użytkowania budynku, w terminach przewidzianych w tym dokumencie lub w dokumentach wystawionych przez producentów,

c) szkód wynikłych z winy Użytkownika, a szczególnie konserwacji i użytkowania Przedmiotu Umowy w sposób niezgodny z Instrukcją użytkowania budynku lub zasadami eksploatacji i użytkowania wskazanymi w Instrukcji użytkowania budynku,

d) uszkodzeń mechanicznych (chyba, że powstały w wyniku wady Przedmiotu Umowy, za którą odpowiada Wykonawca) lub aktów wandalizmu”.

Stosownie do brzmienia § 4 ust. 1 lit. c-f IPG: „Za wadę uznaje się, w szczególności: (...) c) zmniejszenie wartości wyrobu lub robót budowlano-montażowych, d) obniżenie stopnia użyteczności wyrobu lub robót budowlano-montażowych, e) obniżenie walorów estetycznych wyrobu lub robót budowlano-montażowych, f) obniżenie jakości lub inną szkodę w Wyrobie lub robotach budowlano – montażowych (...)”.

W myśl § 6 ust. 3 IPG: „W przypadku wystąpienia w okresie gwarancji trzykrotnie wady lub Awarii tego samego elementu danego urządzenia lub materiału lub części Przedmiotu Umowy, Wykonawca zobowiązuje się wymienić urządzenie lub materiał lub część Przedmiotu Umowy na nowe w terminie do 7 dni roboczych lub w innym terminie uzgodnionym z Użytkownikiem. Wymiana wskazana powyżej nie dotyczy dźwigów osobowych. Wykonawca nie jest zobowiązany do wymiany, jeśli Użytkownik zdecyduje, że wystarczająca będzie kolejna naprawa”.

Pkt 10.1 Karty gwarancyjnej stanowi: „Nie podlegają gwarancji wady powstałe na skutek: a. siły wyższej, b. szkód wynikłych z winy Użytkownika, a szczególnie konserwacji i użytkowania Przedmiotu Umowy w sposób niezgodny z Instrukcją użytkowania budynku lub zasadami eksploatacji i użytkowania wskazanymi w Instrukcji użytkowania budynku, c. szkód wynikłych ze zwłoki w zgłoszeniu wady Wykonawcy, d. uszkodzeń mechanicznych (chyba, że powstały w wyniku wady Przedmiotu Umowy, za którą odpowiada Wykonawca) lub aktów wandalizmu”.

Z kolei zgodnie z pkt 10.3 Karty gwarancyjnej „Okres gwarancji biegnie od nowa w przypadku dokonania trzykrotnej naprawy elementu. Wymiana wskazana powyżej nie dotyczy dźwigów osobowych”.

W STWiOR znajduje się następujące postanowienie: „1.3.2. Dokumentacja Projektowa

Jeżeli w trakcie wykonywania robót okaże się koniecznym uzupełnienie Dokumentacji Projektowej przekazanej przez Zamawiającego, Wykonawca sporządzi brakujące rysunki i STWiO na własny koszt w 4 egzemplarzach i przedłoży je Inspektorowi Nadzoru do zatwierdzenia”.

Biorąc pod uwagę poczynione ustalenia Izba zważyła, co następuje:

Zgodnie z art. 520 ustawy Pzp „1. Odwołujący może cofnąć odwołanie do czasu zamknięcia rozprawy. 2. Cofnięte odwołanie nie wywołuje skutków prawnych, jakie ustawa wiąże z wniesieniem odwołania do Prezesa Izby”.

Z kolei art. 522 ust. 4 ustawy Pzp stanowi, że „W przypadku uwzględnienia przez zamawiającego części zarzutów przedstawionych w odwołaniu, Izba może umorzyć postępowanie odwoławcze w części dotyczącej tych zarzutów, pod warunkiem że w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego nie przystąpił w terminie żaden wykonawca albo wykonawca, który przystąpił po stronie zamawiającego, nie wniósł sprzeciwu wobec uwzględnienia tych zarzutów. W takim przypadku Izba rozpoznaje pozostałe zarzuty odwołania. Zamawiający wykonuje, powtarza lub unieważnia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia, zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu w zakresie uwzględnionych zarzutów”.

Wreszcie stosownie do art. 568 ustawy Pzp „Izba umarza postępowania odwoławcze, w formie postanowienia, w przypadku: 1) cofnięcia odwołania; 2) stwierdzenia, że dalsze postępowanie stało się z innej przyczyny zbędne lub niedopuszczalne; 3) o którym mowa w art. 522”.

Reasumując, z przywołanych przepisów wynika w szczególności, że w zakresie zarzutów wniesionego odwołania, które następnie zostały wycofane przez Odwołującego, bądź uwzględnione przez Zamawiającego, przy braku przystępujących po jego stronie lub co najmniej przy braku z ich strony sprzeciwu co do tej czynności, Izba zobowiązana jest do umorzenia w tym zakresie postępowania odwoławczego.

Stąd Izba w ustalonych powyżej okolicznościach – działając na podstawie art. 568 pkt 1 i 3 ustawy Pzp – orzekła odpowiednio, jak w ppkt 1.1 i 1.2 sentencji orzeczenia kończącego postępowanie odwoławcze w rozpoznawanej sprawie.

Skład orzekający uznał natomiast, że odwołanie w pozostałym zakresie podlegało oddaleniu.

W ocenie Izby w okolicznościach przedmiotowej sprawy zasadnym jest

przedstawienie uwag natury ogólnej, odnoszących się do wymogów formalnych odwołania określonych przepisami ustawy Pzp.

Izba wskazuje, że stosownie do treści art. 516 ust. 1 pkt 7-10 ustawy Pzp „Odwołanie zawiera: (...) 7) wskazanie czynności lub zaniechania czynności zamawiającego, której zarzuca się niezgodność z przepisami ustawy, lub wskazanie zaniechania przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia lub zorganizowania konkursu na podstawie ustawy; 8) zwięzłe przedstawienie zarzutów; 9) żądanie co do sposobu rozstrzygnięcia odwołania; 10) wskazanie okoliczności faktycznych i prawnych uzasadniających wniesienie odwołania oraz dowodów na poparcie przytoczonych okoliczności; (...)”.

Tym samym należy podkreślić, że właśnie określone w wyżej wymienionym przepisie wymogi konstrukcyjne odwołania przesądzają, że treść zarzutu nie jest ograniczona wyłącznie do twierdzeń zawartych we wstępnej części odwołania (petitum), a dotyczy również okoliczności faktycznych i prawnych zawartych w sformułowanej przez odwołującego argumentacji. Odwołanie powinno wyrażać zastrzeżenia wobec dokonanych przez zamawiającego czynności lub zaniechań, co oznacza obowiązek zaprezentowania przez odwołującego nie tylko podstawy prawnej takich zastrzeżeń, ale przede wszystkim argumentacji odnoszącej się do postulowanej oceny. Oznacza to zatem konieczność odniesienia się do wszystkich elementów stanu faktycznego, jak również podjętych czynności lub zaniechań zamawiającego w taki sposób, który pozwoli na uznanie, że podniesione zostały konkretne zarzuty wobec tych czynności lub zaniechań przypisanych zamawiającemu (tak Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 3 czerwca 2020 r. o sygn. akt: KIO 401/20, KIO 403/20).

Podsumowując powyższe Izba stwierdza, że to na wykonawcy, będącym profesjonalistą, spoczywa ciężar przedstawienia w treści odwołania jasnych i szczegółowych zarzutów zbudowanych z dwóch warstw, tj. prawnej i faktycznej, które wyznaczają granice rozstrzygnięcia Izby. Zgodnie bowiem z art. 555 ustawy Pzp „Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu”. Stąd niezależnie od wskazanego w odwołaniu przepisu, którego naruszenie jest zarzucane zamawiającemu, Izba jest uprawniona do oceny prawidłowości zachowania zamawiającego (podjętych lub zaniechanych czynności) jedynie przez pryzmat sprecyzowanych w odwołaniu dla uzasadnienia jego wniesienia okoliczności faktycznych i prawnych. Mają one decydujące znaczenie dla ustalenia granic kognicji Izby przy rozpoznaniu sprawy, gdyż konstytuują zarzut podlegający rozpoznaniu (zob.: wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 24 sierpnia 2022 r. o sygn. akt: KIO 1889/22, KIO 1891/22, KIO 1904/22).

Przywołana regulacja ma o tyle znaczenie dla zarzutów odwołania, które ostały się do merytorycznego rozstrzygnięcia, o ile dynamika postępowania odwoławczego, w tym zmiany i wyjaśnienia treści SWZ wprowadzone przez Zamawiającego, dała Odwołującemu asumpt

do podnoszenia ustnie do protokołu zupełnie nowych okoliczności, pod pretekstem konieczności odniesienia się do treści odpowiedzi na odwołanie i zmian treści skarżonych postanowień. Stąd przed przystąpieniem do omawiania poszczególnych zarzutów konieczne stało się zaznaczenie, że mogły one zostać rozpoznane w granicach przysługującej Izbie kognicji, gdyż rozszerzenie na etapie rozprawy przez Odwołującego zarzutów zawartych w odwołaniu o nowe podstawy faktyczne powoduje *de facto* podniesienie nowych zarzutów (por. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 29 kwietnia 2022 r. w sprawie o sygn. akt: KIO 1027/22). Konkretnie przypadki wykroczenia przez Skanska poza te granice, wyznaczone przez okoliczności zawarte we wniesionym odwołaniu, zostały poniżej co najwyżej zasygnalizowane, bez merytorycznego odnoszenia się do tych nowych zarzutów.

Nadto skład orzekający wskazuje, że wykonawca, który kwestionuje w ramach środków ochrony prawnej treść postanowień SWZ, w tym umowy o udzielenie zamówienia publicznego, powinien również w sposób precyzyjny i staranny określić swoje żądania, bowiem ocena zarzutów podniesionych w ramach odwołania dokonywana jest z uwzględnieniem żądań wykonawcy co do nowych postanowień SWZ. Izba podziela ugruntowane w doktrynie i orzecznictwie stanowisko, że odwołujący formułując swoje żądania, wskazuje, jakie rozstrzygnięcie czyni zadość jego interesom. Żądania odwołania są bowiem pewną reasumpcją podniesionych zarzutów, postulatami kierowanymi do podmiotu uprawnionego do rozstrzygnięcia w przedmiocie odwołania, ukształtowania kwestionowanych czynności lub zaniechań w sposób czyniący zadość interesowi odwołującego w kontekście postawionych zarzutów. Należy podkreślić, że Izba dokonuje kontroli czynności lub też zaniechań czynności zamawiającego, natomiast nie jest władna formułować konkretną treść zapisów w dokumentach zamówienia. W sprawie, której przedmiotem jest brzmienie SWZ oraz postanowień umownych nie bez znaczenia pozostaje treść żądań Odwołującego w zakresie zmiany tych dokumentów, gdyż wyznaczają one zakres dokonywanego rozstrzygnięcia. W przypadku odwołania dotyczącego postanowień SWZ oraz treści umowy, ocena zarzutu podniesionego w ramach środka ochrony prawnej dokonywana jest z uwzględnieniem formułowanych żądań co do jego nowej treści. Stąd tak istotne są żądania stawiane w konkretnym postępowaniu odwoławczym - ich czytelne przedstawienie oraz wskazanie związku ze stawianymi zarzutami. To żądania bowiem wyznaczają zakres dokonywanej ewentualnie modyfikacji postanowień SWZ lub postanowień umownych (por.: wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 26 sierpnia 2021 r. o sygn. akt: KIO 1987/21 oraz wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 3 czerwca 2020 r. o sygn. akt: KIO 401/20, KIO 403/20).

Przenosząc powyższe rozważania na kanwę niniejszej sprawy zasadnym jest podkreślenie, że wbrew twierdzeniom wykonawcy Skanska o kompletności wniesionego

odwołania jako zawierającego wszystkie elementy wymagane ustawą Pzp, Izba dla większości stawianych żądań nie dopatrzyła się uzasadnienia w postaci zarzutów obejmujących wskazanie wszystkich okoliczności faktycznych i prawnych, co było główną przyczyną ich oddalenia. Odwołanie *de facto* w przeważającej mierze wskazuje żądania (pkt II ppkt 1-41 petitum odwołania), które zresztą w wielu przypadkach nie zostały dostatecznie sprecyzowane tj. miały charakter ogólnych oczekiwań, niestanowiących propozycji konkretnych zapisów, co uniemożliwiało Izbie ich uwzględnienie, gdyż w ramach uzasadnienia odwołania odniesiono się jedynie do zarzutów dotyczących Załącznika *** do Umowy z Generalnym Wykonawcą Zobowiązania Generalnego Wykonawcy i Spółki na rzecz Finansującego (tzw. „Porozumienie bezpośrednie”) (dalej: „Porozumienie bezpośrednie”) oraz nieprawidłowego ukształtowania klauzuli waloryzacyjnej. W ocenie Izby w istocie uzasadnienie odwołania koncentruje się na zarzutach związanych z treścią Porozumienia bezpośredniego, co do których Izba wypowie się w dalszej części uzasadnienia niniejszego wyroku.

Przechodząc jednak w pierwszej kolejności do rozpoznawanych zarzutów i powiązanych z nimi przez Odwołującego żądań z pkt II petitum odwołania, skład orzekający uzupełniająco wskazuje, co następuje:

{zarzut nr 3 w zw. z żądaniem nr 1}

Skanska domaga się sprecyzowania opisu przedmiotu zamówienia w zakresie przeglądów konserwacyjnych i serwisowych, podnosząc, że konieczność uregulowania tej kwestii wynika chociażby z § 10 ust. 1 pkt 47 wzoru umowy, a ponadto, iż § 8 IPG nie uszczegóławia obowiązków w tym zakresie. Odwołujący nie precyzuje jednak postawionego żądania tj. nie opisuje, jakie konkretnie, w jego ocenie, zakresy czynności w odniesieniu do poszczególnych elementów robót, miałyby być wykonywane przez wykonawcę, o jakim standardzie, a także nie określa częstotliwości dokonywania rzeczonych przeglądów konserwacyjnych i serwisowych. Odwołujący nie przedstawił w zakresie omawianego żądania sposobu wprowadzenia zmian do wzoru umowy, nie podał jakiegokolwiek propozycji zapisów, a zatem nie wskazał, jakie rozstrzygnięcie czyni zadość jego interesom. Niezależnie od powyższego skład orzekający zauważa, że LimWot zarówno w IPG (§ 2 ust. 6) jak i w Karcie gwarancyjnej (pkt 10.1) wskazał, jakie wady nie podlegają uprawnieniom z tytułu gwarancji, a Odwołujący nie wykazał, że mimo takiego sformułowania Karty gwarancyjnej nie jest możliwym określenie obowiązków wykonawcy wynikających z udzielonej gwarancji jakości. W świetle wyżej wymienionych okoliczności zdaniem Izby brak było podstaw do uwzględnienia omawianego zarzutu.

{zarzut nr 3 w zw. z żądaniem nr 3}

Izba wskazuje, że zarzut ten podlegał oddaleniu jako nieuzasadniony i niesprecyzowany. Należy podkreślić, że Odwołujący nie wykazał zasadności podnoszonego żądania, podczas gdy Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie wyjaśnił, iż w trakcie robót szereg podmiotów uprawnionych na podstawie przepisów prawa, w tym organów publicznych ma prawo do wydawania wiążących strony procesu budowlanego poleceń. W konsekwencji – jak zaznaczył LimWot – tego rodzaju postanowienie umowne (§ 1 ust. 4) ma charakter uzasadniony i nie nakłada na wykonawcę żadnych dodatkowych obowiązków, innych niż te, które wynikają z charakteru świadczenia wykonawcy, jego odpowiedzialności jako podmiotu realizującego roboty i dysponującego terenem budowy.

{zarzut nr 3 w zw. z żądaniem nr 4}

Odwołujący domaga się doprecyzowania pojęcia „awaria” zawartego w § 2 ust. 1 pkt 9 wzoru umowy, albowiem jego zdaniem definicja ta ma charakter zamknięty, natomiast Zamawiający użył sformułowania „w szczególności”. Mając na uwadze uzasadnienie omawianego zarzutu należy uznać, że Skanska skarży jedynie słowo „w szczególności”, nie kwestionując jednocześnie reszty definicji pojęcia „awaria”, która w ocenie Izby jest szeroka. Wobec ograniczenia uzasadnienia zarzutu wyłącznie do przytoczonej okoliczności faktycznej zarzut ten podlega oddaleniu jako bezzasadny.

{zarzut nr 3 w zw. z żądaniem nr 6}

W zakresie omawianego zarzutu wykonawca Skanska sformułował *de facto* tylko żądanie dotyczące „Zamknięcia katalogu możliwości zgłaszania uwag do harmonogramu rzeczowo- finansowego (§ 5 ust. 8 w zw. z ust. 2, 3 i 7 umowy)”. Odwołując się do argumentacji przedstawionej we wstępnej części uzasadnienia niniejszego wyroku, zasadnym jest przypomnienie, że postawienie żądania w sposób ogólnych oczekiwań, uniemożliwia Izbie przychylenie się do podniesionego zarzutu. Wobec przedstawionych okoliczności zarzut podlegał oddaleniu jako nieuzasadniony i niesprecyzowany.

{zarzut nr 1 w zw. z żądaniem nr 7}

Odwołujący domaga się zrezygnowania z procedury „zatwierdzania” kosztorysu szczegółowego argumentując, iż „zatwierdzenie”, jakie założył LimWot, będzie mogło

stanowić pole do nieuzasadnionych i nieuprawnionych dążeń do zmian w elementach cenotwórczych po stronie Zamawiającego (§ 3 ust. 3 wzoru umowy). Należy zauważyć, że Skanska nie wytłumaczył, z których fragmentów skarżonego paragrafu wywodzi takie wnioski, które – w ocenie Izby – stanowią oczywistą nadinterpretację postanowień wzoru umowy. Zdaniem składu orzekającego mając na uwadze brzmienie § 3 ust. 3 wzoru umowy zasadnym jest przyjęcie, że rzeczony postanowienie odnosi się jedynie do zatwierdzania kosztorysu szczegółowego w zakresie jego kompletności. Zamawiający w treści komentowanego postanowienia wzoru umowy wskazał bowiem, że „(...) Zatwierdzeniu podlegać będą tylko kompletne Kosztorysy, z zastrzeżeniem iż nie mogą prowadzić do zmiany charakteru wynagrodzenia ryczałtowego (...)”. Nadto Izba wskazuje, że podczas rozprawy Odwołujący przywołał nowe okoliczności faktyczne tj. odwołał się do wyjaśnień treści SWZ z dnia 1 lutego 2023 r., które zostały opublikowane już po wniesieniu odwołania, co – jak to zostało omówione we wstępnej części uzasadnienia wyroku – stanowi podniesienie nowego zarzutu.

{zarzut nr 1 w zw. z żądaniem nr 9}

Wykonawca Skanska odwołując się do § 3 ust. 5 wzoru umowy, wniósł o dokonanie zmiany i zamieszczenie postanowienia, zgodnie z którym o możliwości prowadzenia robót w okresie zimowym będą decydowały obiektywne czynniki pogodowe, a nie Inżynier Kontraktu. Należy podkreślić, że przedmiotowy zarzut opiera się na błędnej interpretacji wyżej wymienionego postanowienia umowy, którą Odwołujący *de facto* przedstawił dopiero podczas rozprawy. Jak bowiem słusznie podniósł Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie, postanowienia umowne w zakresie okresu zimowego jednoznacznie wskazują, iż inicjatywa w tym względzie należy do wykonawcy. W istocie zatem § 3 ust. 5 wzoru umowy powinien być rozumiany w ten sposób, że to do wykonawcy należy decyzja odnośnie realizacji prac w okresie od dnia 16 grudnia do dnia 15 marca, jeśli w jego ocenie czynniki pogodowe będą na to pozwalały, natomiast rola Inżyniera Kontraktu sprowadza się wyłącznie do możliwości wyrażenia zgody na prowadzenie tych robót w wyżej wymienionym okresie.

{zarzut nr 1 w zw. z żądaniem nr 10}

Przedmiotowy zarzut podlegał oddaleniu jako nieuzasadniony, nieoparty na żadnych okolicznościach faktycznych i oceną prawną. Wobec powyższego koniecznym było przyjęcie, że Odwołujący nie wykazał zasadności żądania wykreślenia z § 4 ust. 5 wzoru umowy fragmentu wskazanego w odwołaniu.

{zarzut nr 3 w zw. z żądaniem nr 12}

Izba wskazuje, że zarzut ten podlegał oddaleniu jako nieuzasadniony i niesprecyzowany. Należy podkreślić, że Odwołujący formułując przedmiotowy zarzut, a właściwie wyłącznie żądanie, domaga się wprowadzenia postanowienia, w myśl którego wykonawca ma obowiązek wykonać roboty zgodnie z polskimi normami, przy czym polską normą staje się również norma europejska pod warunkiem, że została zharmonizowana. Skanska przywołał § 6 ust. 17 wzoru umowy „i inne miejsca, w których umowa odsyła do norm europejskich”. Izba zauważa, że Odwołujący wskazał żądanie w sposób enigmatyczny, w szczególności nie odwołał się do konkretnych norm zawartych w dokumentach zamówienia, jak również do treści przepisu art. 101 pkt 2 ustawy Pzp, który reguluje sposób dokonywania opisu przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami wynikającymi z norm i innych przedmiotowych dokumentów odniesienia, uszeregowanych tam według określonej hierarchii.

{zarzut nr 3 i nr 4 w zw. z żądaniem nr 15}

Główną przyczyną oddalenia przedmiotowego zarzutu był brak jego szczegółowego uzasadnienia. Dodatkowo skład orzekający, rozpoznając zarzut w zakresie podtrzymanym przez Odwołującego, podzielił stanowisko Zamawiającego wyrażone w odpowiedzi na odwołanie oraz skonkretyzowane podczas rozprawy, zgodnie z którym obowiązki określone w § 10 ust. 1 pkt 5-7 wzoru umowy w żaden sposób nie wykraczają ponad standardowy zakres obowiązków wykonawcy przy realizacji skomplikowanego zamierzenia budowlanego i wynikają z faktu, iż wykonawca jest gospodarzem terenu budowy. Słusznie bowiem podniósł LimWot, że kwestionowane obowiązki nie powinny być przerzucone na Zamawiającego m in. z tego powodu, iż to wykonawca jest posiadaczem odpadów wytworzonych na placu budowy, a zatem zasadnym jest uznanie, że w razie konieczności winien uzyskać decyzję zatwierdzającą program gospodarki odpadami niebezpiecznymi (pkt 5) bądź sporządzić informację o wytwarzanych odpadach oraz o sposobach gospodarowania odpadami (pkt 6). Ponadto również czynności, o których mowa w § 10 ust. 1 pkt 7, stanowią zwykle obowiązki o charakterze techniczno-organizacyjnym, które na każdej budowie obciążają wykonawcę robót budowlanych. Niezależnie od powyższego koniecznym jest wskazanie, że Skanska na etapie rozprawy rozszerzył podniesiony zarzut o nowe podstawy faktyczne poprzez odwoływanie się do wyjaśnień treści SWZ z dnia 1 lutego 2023 r.

{zarzut nr 3 w zw. z żądaniem nr 17}

Przedmiotowy zarzut w zakresie podtrzymanym przez Odwołującego podlegał oddaleniu. Należy zauważyć, że Odwołujący domagał się wykreślenia obowiązku wykonawcy polegającego na przygotowaniu, w oparciu o przekazane Zamawiającego wytyczne, arkusza efektów gospodarczych, stosownie do metodyki stosowanej przez użytkownika. Uzasadniając wyżej wymieniony zarzut Skanska podniósł jedynie w sposób ogólnikowy, że jest to obowiązek niesprecyzowany, zależny od wymagań podmiotu trzeciego niebędącego stroną umowy (użytkownika), niemożliwy do oszacowania na etapie sporządzenia oferty. Zważywszy na powyższe, LimWot dokonał zmiany treści § 10 ust. 1 pkt 43 wzoru umowy, zgodnie z którą obowiązek wykonawcy sprowadza się do przygotowania arkusza efektów gospodarczych w oparciu o przekazane przez Zamawiającego wytyczne. LimWot wykreślił zatem fragment odnoszący się do przygotowania arkusza stosownie do metodyki stosowanej przez użytkownika, czyli według wymagań podmiotu trzeciego, co – jak wynika z treści uzasadnienia omawianego zarzutu – było właśnie kwestionowane przez wykonawcę Skanska. W świetle przedstawionych okoliczności zasadnym jest zatem uznanie, że rozpoznawany zarzut jest bezzasadny i nieaktualny.

{zarzut nr 1 w zw. z żądaniem nr 21}

Izba uznała, że zarzut w zakresie podtrzymanym przez Odwołującego podlegał oddaleniu jako nieuzasadniony i niesprecyzowany. W zakresie omawianego zarzutu wykonawca Skanska sformułował *de facto* wyłącznie nieskonkretyzowane żądanie dotyczące „Ograniczenia odpowiedzialności opisanej w § 10 ust. 12 pkt d umowy do sytuacji, które powstaną z winy wykonawcy”, co uniemożliwiło składowi orzekającemu uwzględnienie zarzutu.

{zarzut nr 1 w zw. z żądaniem nr 22}

Przedmiotowy zarzut podlegał oddaleniu jako nieuzasadniony, niepoparty dostatecznie okolicznościami faktycznymi i oceną prawną. Odwołujący nie wykazał zasadności postawionego żądania tj. iż kwestionowane postanowienie § 10 ust. 12 lit. e wzoru umowy narusza przepisy ustawy Pzp oraz Kodeksu cywilnego.

{zarzut nr 3 i 4 w zw. z żądaniem nr 24}

W ocenie składu orzekającego żądanie dotyczące wykreślenia zobowiązania wykonawcy do strzeżenia mienia Zamawiającego znajdującego się na terenie budowy jest bezzasadne. Należy podkreślić, że obowiązek, o którym mowa w § 10 ust. 1 pkt 17 wzoru

umowy, stanowi zwykle zadanie należące do wykonawcy zarządzającego terenem budowy podczas realizacji inwestycji. Izba podzieliła stanowisko wyrażone przez Zamawiającego w zakresie rozpoznawanego zarzutu, zgodnie z którym kwestionowanego postanowienia nie można uznać za normę obciążającą wykonawcę w sposób nieuprawniony.

{zarzut nr 3 i 4 w zw. z żądaniem nr 25}

Izba zauważa, że wobec modyfikacji treści § 12 ust. 7 wzoru umowy dokonanej przez LimWot, zgodnie z którą wykonawca zobowiązany będzie do uzyskania stanowiska, decyzji lub pozwolenia odpowiedniego organu na podstawie udzielonego mu przez Zamawiającego pełnomocnictwa wyłącznie wtedy, jeżeli w toku realizacji umowy zajdzie taka potrzeba, oraz uwzględniając fakt, że LimWot przekazał wykonawcom zaproszonym do złożenia oferty listę decyzji i pozwoleń, które uzyskał na dzień 1 lutego 2023 r., przedmiotowy zarzut jest bezzasadny i nieaktualny w świetle treści SWZ w brzmieniu obowiązującym na dzień orzekania.

{zarzut nr 3 i 4 w zw. z żądaniem nr 27}

Mając na uwadze zmianę treści SWZ z dnia 1 lutego 2023 r., zgodnie z którą LimWot w § 14 ust. 8 i 9 wzoru umowy dodał frazę „o ile konieczność ich uzyskania będzie wynikała z działań lub zaniechań Wykonawcy”, przedmiotowy zarzut jest niezasadny i nieaktualny. W świetle nowego brzmienia wyżej wymienionych postanowień nie można bowiem przyjąć, że naruszają one przepisy ustawy Pzp, w szczególności, iż stanowią – jak podniósł Odwołujący w odwołaniu – „bezpodstawną i nieuzasadnioną próbę przerwania na wykonawcę obowiązków Zamawiającego i projektanta”. Aktualnie bowiem obowiązki określone w przytoczonych paragrafach obciążają wykonawcę wyłącznie w sytuacji, gdy konieczność ich wykonania będzie wynikała z działań lub zaniechań wykonawcy.

{zarzut nr 3 w zw. z żądaniem nr 28}

Izba wskazuje, że przedmiotowy zarzut podlegał oddaleniu jako nieuzasadniony. Odwołujący nie wykazał zasadności postawionego żądania w zakresie usunięcia terminów „braki” i „usterki”.

{zarzut nr 3 w zw. z żądaniem nr 29}

Należy wskazać, że Odwołujący nie sprecyzował ani zarzutu, ani postawionego żądania, które sprowadza się wyłącznie do wniosku o „doprecyzowanie terminów i warunków odbiorów częściowych”, co uniemożliwiło składowi orzekającemu merytoryczną ocenę rozpoznawanego zarzutu. Wymaga bowiem przypomnienia, że to żądania wyznaczają zakres ewentualnej modyfikacji postanowień umownych. Ponadto Izba podziela stanowisko Zamawiającego zawarte w odpowiedzi na odwołanie, zgodnie z którym odbiory częściowe będą dokonywane stosownie do harmonogramu rzeczowo-finansowego, natomiast umowa przewiduje, że podlegał on będzie uzgodnieniu między stronami na wstępnym etapie realizacji umowy. Zgodnie bowiem z § 17 ust. 1 lit. b wzoru umowy odbiory częściowe przeprowadzane będą po zakończeniu każdego z etapów robót określonych w harmonogramie rzeczowo-finansowym, w tym także ostatniego, w terminie do 14 dni od daty zgłoszenia gotowości do odbioru oraz przekazania dokumentów wymaganych przez Zamawiającego, z kolei regulacje dotyczące zatwierdzenia harmonogramu rzeczowo-finansowego zostały zawarte w § 5 wzoru umowy. Mając na uwadze powyższe okoliczności przedmiotowy zarzut również z tych powodów podlegał oddaleniu jako bezzasadny.

{zarzut nr 3 w zw. z żądaniem nr 30}

Skład orzekający wskazuje, że zarzut ten podlegał oddaleniu jako nieuzasadniony. Dodatkowo – jak słusznie podniósł Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie – w § 17 ust. 6 wzoru umowy przewidziano standardowy katalog dokumentów, które wykonawca zobowiązany jest przedstawić w ramach procedur odbiorowych tj. „dokumenty pozwalające na wykazanie wykonania części Przedmiotu Umowy podlegającego odbiorowi zgodnie z Umową”, co również czyni rozpoznawany zarzut niezasadnym.

{zarzut nr 3 w zw. z żądaniem nr 31}

Przedmiotowy zarzut podlegał oddaleniu jako nieuzasadniony. Ponadto postawione żądanie ma charakter ogólnych oczekiwań, nie odwołuje się do propozycji konkretnych zapisów, co uniemożliwiało Izbie uwzględnienie rozpoznawanego zarzutu. Dodatkowo należy zauważyć, że Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie wyjaśnił, że potwierdzenie kompletności i prawidłowości dokumentów będzie miało charakter zatwierdzenia.

{zarzut nr 3 w zw. z żądaniem nr 35}

Mając na uwadze brak szczegółowego uzasadnienia zarzutu oraz związanego z nim żądania, skład orzekający uznał, że nie zasługiwał on na uwzględnienie. Odwołujący domaga się usunięcia rodzajów wad określonych w § 4 ust. 1 lit. c-f IPG, gdyż są to wady, których stwierdzenie jest wysoce utrudnione, o ile w ogóle obiektywnie możliwe, z uwagi na nieostrą, uznaniową definicję. Należy zauważyć, że Skanska nie wytłumaczył, co rozumie pod pojęciem „nieostrej” i „uznaniowej” definicji, a także dlaczego żąda wykreślenia kwestionowanych postanowień, a nie sprecyzowania zawartych definicji. Niezależnie od powyższego zdaniem Izby definicje użyte przez LimWot są zrozumiałe i dostatecznie opisane, a zatem nie powinny sprawiać profesjonalnemu wykonawcy trudności w ich interpretacji.

{zarzut nr 1 w zw. z żądaniem nr 37}

Argumentacja w zakresie przedmiotowego zarzutu jest analogiczna do stanowiska wyrażonego przez Izbę odnośnie zarzutu nr 3 w zw. z żądaniem nr 35. Należy podkreślić, że w przypadku niniejszego zarzutu Odwołujący domaga się usunięcia z § 6 ust. 3 IPG fragmentu „część Przedmiotu Umowy”. Skanska nie wytłumaczył jednak, co rozumie pod pojęciem „nieostrej” definicji, a także dlaczego żąda wykreślenia kwestionowanych postanowień, a nie sprecyzowania kwestionowanego pojęcia, jeśli w jego ocenie jest ono zbyt ogólne. Pomimo tego, że Odwołujący nie uzasadnił postawionego żądania, koniecznym jest podkreślenie, że przedmiot umowy został zdefiniowany w § 1 wzoru umowy, a zatem wykonawca ma świadomość tego, jakie zakresy robót budowlanych będzie zobowiązany zrealizować. Nadto, jak słusznie podniósł Zamawiający podczas rozprawy, na etapie wzoru umowy trudno jest wskazać na konkretną część przedmiotu umowy, której miałyby dotyczyć wada lub awaria, gdyż jest to zdarzenie przyszłe i niepewne. Wobec powyższych okoliczności odwołanie się w kwestionowanym postanowieniu do pojęcia „części Przedmiotu Umowy” należy uznać za uzasadnione.

{zarzut nr 1 w zw. z żądaniem nr 38}

Należy zauważyć, że niniejszy zarzut nie zawierał żadnego uzasadnienia, a wskazane przez Odwołującego żądanie sprowadzało się wyłącznie do wniosku o zastąpienie pkt 10.3 Karty gwarancyjnej uregulowaniem z art. 581 k.c. Skanska nie sprecyzował zatem żądania tj. nie wskazał na konkretną treść zapisów, które w jego ocenie czyniłyby zadość jego interesom. Biorąc pod uwagę powyższe, a także zmiany treści SWZ dokonane przez Zamawiającego 1 lutego 2023 r., wprowadzające nowe brzmienie

kwestionowanego postanowienia Karty gwarancyjnej, zarzut ten podlegał oddaleniu jako bezzasadny i nieaktualny na dzień orzekania.

{zarzut nr 3 i 4 w zw. z żądaniem nr 41}

Izba wskazuje, że zarzut ten podlegał oddaleniu jako nieuzasadniony. Odwołujący dokonał bowiem opisu przedmiotowego zarzutu w sposób niezwykle powierzchowny, wskazując wyłącznie, iż kwestionowane przez niego postanowienie STWiOR jest niezgodne z przyjętą przez Zamawiającego formułą realizacji zamówienia „zbuduj”. Należy zaznaczyć, że LimWot słusznie podniósł w odpowiedzi na odwołanie, iż kwestionowany obowiązek wykonawcy ograniczony do etapu realizacji robót budowlanych nie stanowi zmiany sposobu realizacji świadczenia. Dodatkowo Zamawiający podczas rozprawy wyjaśnił, że kwestionowane postanowienie należy interpretować w taki sposób, iż chodzi o nieistotne zmiany na gruncie Prawa budowlanego.

Odnosząc się z kolei do zarzutów dotyczących Porozumienia bezpośredniego należy wskazać, co następuje:

W pierwszej kolejności Izba podkreśla, że Zamawiający w dniu 1 lutego 2023 r. dokonał zmian treści SWZ, w tym Porozumienia bezpośredniego, wobec czego przy rozpoznawaniu zarzutów podniesionych przez Odwołującego skład orzekający wziął pod uwagę nowe brzmienie rzeczzonego porozumienia. Tytułem wstępu zasadnym jest dostrzeżenie roli, jaką pełni wyżej wymieniony dokument w kontekście przyszłej umowy w sprawie zamówienia publicznego, która ma zostać zawarta pomiędzy wybranym wykonawcą a Zamawiającym. Porozumienie bezpośrednie, stanowiące załącznik do umowy z Generalnym Wykonawcą i zarazem integralną część rzeczzonej umowy, reguluje relacje pomiędzy Generalnym Wykonawcą, LimWot oraz Finansującym tj. Funduszem Inwestycji Samorządowych Funduszem Inwestycyjnym Zamkniętym Aktywów Niepublicznych z siedzibą w Warszawie, zarządzanym przez PFR Towarzystwo Funduszy Inwestycyjnych S.A. z siedzibą w Warszawie, którego reprezentuje Polski Fundusz Rozwoju S.A. z siedzibą w Warszawie. Zamawiający był bowiem zobowiązany do wprowadzenia do umowy z Generalnym Wykonawcą szeregu konkretnych postanowień na podstawie Umowy o Partnerstwie Strategicznym z dnia 15 grudnia 2022 r. zawartej pomiędzy Skarbem Państwa – Rejonowym Zarządem Infrastruktury w Krakowie a LimWot sp. z o.o. z siedzibą w Limanowej, Miastem Limanowa (dalej: „Umowa o Partnerstwie Strategicznym”), co wynika z wyciągu z wyżej wymienionej umowy, przedłożonego przez Zamawiającego wraz z odpowiedzią na odwołanie.

W ocenie Izby Porozumienie bezpośrednie w brzmieniu po modyfikacji jego treści nie narusza przepisów ustawy Pzp oraz Kodeksu cywilnego, w szczególności nie zawiera klauzul abuzywnych, o których mowa w art. 433 pkt 3 ustawy Pzp.

Odnosząc się do postanowień Porozumienia bezpośredniego kwestionowanych przez Skanska w odwołaniu, należy zauważyć przede wszystkim, że LimWot usunął z przedmiotowego porozumienia pkt 13, zgodnie z którym „Umowa z Generalnym Wykonawcą wchodzi w życie, o ile Finansujący złożył podpis pod oświadczeniem znajdującym się na końcu niniejszego załącznika”, w konsekwencji czego obecna treść Porozumienia bezpośredniego nie zawiera rzeczonych oświadczenia. Wobec powyższego zarzut uzależnienia zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego od decyzji podmiotu trzeciego, czyli ziszczenia się warunku w postaci złożenia przez Finansującego podpisu pod oświadczeniem znajdującym się na końcu Porozumienia bezpośredniego, jest niezasadny, nieaktualny oraz bezprzedmiotowy w świetle treści SWZ w brzmieniu na dzień orzekania. Ponadto z Porozumienia bezpośredniego został usunięty pkt 6, zgodnie z którym „Generalny Wykonawca i Spółka zobowiązują się do zobowiązują się do niedokonywania następujących czynności bez uprzedniej pisemnej zgody Finansującego: 6.1 zmiana Umowy z Generalnym Wykonawcą; 6.2 zrzeczenie się przez Spółkę roszczenia wobec Generalnego Wykonawcy wynikającego z Umowy z Generalnym Wykonawcą; 6.3 dokonania jakiegokolwiek Działania Rozwiązującego w odniesieniu do Umowy z Generalnym Wykonawcą, chyba że takie Działanie Rozwiązujące jest dokonywane przez Generalnego Wykonawcę i zostanie przeprowadzone zgodnie z procedurą wynikającą z Punktu 7 poniżej”. Zważywszy na powyższe, twierdzenia Odwołującego, iż zmiana umowy zawartej przez LimWot z Generalnym Wykonawcą, w sytuacji gdy zaistnieją przesłanki przewidziane w § 21 wzoru umowy, będzie wymagała uprzedniej pisemnej zgody Finansującego, są całkowicie bezzasadne, a zarzut w tym zakresie nieaktualny i bezprzedmiotowy.

Należy zauważyć, że zmodyfikowana treść Porozumienia bezpośredniego w istocie nakłada na wykonawcę wyłącznie obowiązki informacyjne oraz techniczne, które nie mają wpływu na sposób wykonania zamówienia czy też na wycenę jego oferty. Słusznie podniósł Zamawiający, że obecne brzmienie Porozumienia bezpośredniego nie może być uznane za naruszające przepisy ustawy Pzp, w szczególności art. 433 pkt 3 ustawy Pzp, gdyż przedmiotowe porozumienie nie zawiera żadnych bezpośrednich obowiązków wykonawcy wobec Finansującego. Obowiązki wykonawcy sprowadzają się bowiem do poinformowania Finansującego o pewnych okolicznościach za pośrednictwem LimWot. Mając na uwadze powyższe zasadnym jest przyjęcie, że treść Porozumienia bezpośredniego została ukształtowana w granicach zasady swobody umów wyrażonej w art. 353¹ k.c. i – wbrew twierdzeniom Odwołującego – nie modyfikuje treści umowy pomiędzy Zamawiającym a wykonawcą.

Odnosząc się z kolei do postanowienia § 23 wzoru umowy Izba wskazuje, że nie należy jego treści interpretować w sposób zaprezentowany przez Skanska w uzasadnieniu odwołania tj. iż Zamawiający zobowiązał wykonawcę do podpisania umowy z Finansującym o treści otwartej, bo jedynie „zasadniczo zgodnej z załącznikiem do niniejszej umowy”. Zdaniem składu orzekającego treść wyżej wymienionego paragrafu należy rozumieć w taki sposób, że istota umowy, którą mają obowiązek zawrzeć strony z Finansującym, nie zmieni się tzn. że w przyszłej umowie będą zawarte postanowienia określone w Porozumieniu bezpośrednim, a ewentualne modyfikacje mogą dotyczyć wyłącznie drobnych, marginalnych zmian, niewpływających na uregulowane w rzeczonym porozumieniu zobowiązania Generalnego Wykonawcy i LimWot na rzecz Finansującego. Obowiązki wykonawcy zostały zatem szczegółowo określone przez Zamawiającego, a ponadto – jak to zostało wskazane powyżej – ograniczają się jedynie do obowiązków informacyjnych oraz technicznych. Nie można więc przyjąć za Odwołującym, iż wykonawca pozostaje w niepewności co do tego, jakie prace, obowiązki i czynności trzeba będzie wycenić i wykonać. Nadto aktualna treść Porozumienia bezpośredniego nie ma również żadnego wpływu na kalkulację ceny oferty.

Dodatkowo podkreślenia wymaga, iż żądania powiązane z zarzutami nr 1 i 2 petitum odwołania w zakresie Porozumienia bezpośredniego zostały sformułowane w sposób nieprecyzyjny, miały charakter ogólnych oczekiwań, które nie odwoływały się do propozycji konkretnych zapisów, co w konsekwencji także pod tym względem uniemożliwiało Izbie uwzględnienie przedmiotowych zarzutów.

Ustosunkowując się do zarzutu dotyczącego nieprawidłowego ukształtowania klauzuli waloryzacyjnej Izba wskazuje, że podlegał on oddaleniu jako nieuzasadniony. Wykonawca nie sprostął bowiem ciężarowi przedstawienia w treści odwołania jasnych i szczegółowych zarzutów zbudowanych z dwóch warstw, tj. prawnej i faktycznej. Należy zauważyć, że Odwołujący zawarł wyłącznie ogólne wywody odnoszące się do *ratio legis* wprowadzenia do ustawy Pzp obowiązku stosowania klauzul waloryzacyjnych w umowach oraz przywołał fragment komentarza do wyżej wymienionej ustawy. Skanska nie wykazał jednak zasadności swoich żądań w zakresie modyfikacji treści klauzuli waloryzacyjnej, o której mowa w § 21 ust. 25 wzoru umowy, tj. nie uzasadnił, dlaczego w jego ocenie zmiana wynagrodzenia miałyby zostać dokonana po upływie pierwszych 6 miesięcy realizacji umowy czy też z jakich powodów łączna zmiana wysokości wynagrodzenia z tytułu waloryzacji miałyby nie przekraczać 25% ceny podanej w ofercie wykonawcy. Co więcej, Skanska nie uzasadnił swoich twierdzeń w zakresie zmiany wysokości wzrostu wskaźnika.

Reasumując rozważania w kontekście rozpoznawanych zarzutów odwołania istotnym jest również podkreślenie, że Odwołujący nie sprostął obowiązkowi wynikającemu z art. 534 ust. 1 ustawy Pzp. Należy zaznaczyć, że zgodnie z ogólną zasadą rozkładu ciężaru dowodu

wyrażoną w przywołanym powyżej przepisie wykonawca Skanska zobowiązany był wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzi skutki prawne, gdyż nie zgadzał się z brzmieniem zapisów wzoru umowy zaproponowanych przez Zamawiającego, i to jego rolą było wykazać, że postanowienia wzoru umowy ukształtowane przez LimWot naruszają przepisy ustawy Pzp oraz Kodeksu cywilnego.

W myśl przepisu art. 534 ust. 1 ustawy Pzp strony są bowiem obowiązane wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Ciężar dowodu rozumieć należy jako obarczenie strony procesy obowiązkami przekonania Krajowej Izby Odwoławczej za pomocą dowodów o słuszności swoich twierdzeń oraz konsekwencjami zaniechania realizacji tego obowiązku, lub jego nieskuteczności. Postępowanie przed Izbą toczy się kontradyktoryjnie, a w postępowaniu o charakterze spornym to strony obowiązane są przedstawiać dowody, natomiast organ orzekający nie ma obowiązku zastępowania stron w jego wypełnianiu (tak: Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 25 października 2021 r. o sygn. akt KIO 2857/21).

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 557, art. 574 oraz art. 575 ustawy Pzp, a także w oparciu o przepisy § 8 ust. 2 pkt 1 w zw. z § 5 pkt 2 lit. a) i b) 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), orzekając w tym zakresie o obciążeniu kosztami postępowania stroną przegrywającą, czyli Odwołującego.

Wobec powyższego orzeczono, jak w sentencji.

Przewodniczący:

Członkowie: