

WYROK
z dnia 2 lutego 2021 roku

Krajowa Izba Odwoławcza, w składzie:

Przewodnicząca: Monika Kawa-Ogorzałek

Protokolant: Konrad Wyrzykowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 28 stycznia 2021 r., w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 28.12.2020 r. przez wykonawcę: **D.S. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą D.S. „SZADEK”, ul. Chodkiewicza 175, 90-447 Łódź** w postępowaniu prowadzonym przez **Miasto Łódź - Zarząd Inwestycji Miejskich, ul. Piotrkowska 175**

orzeka:

1. umarza postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutów nr 3, 7 oraz 8 odwołania wycofanych przez Odwołującego,
2. uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu dokonanie modyfikacji treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia poprzez:
 - wyłączenie z zakresu gwarancji usług utrzymania zieleni i rezygnacji z tych usług w ramach przedmiotu zamówienia, albo rezygnacji z usług utrzymania zieleni ponad obowiązki gwarancyjne mające na celu stwierdzenie prawidłowego wykonania zamówienia w tym zakresie (zarzut nr 1);
 - usunięcie słowa „i niewymaganego” z § 33 ust. 10 wzoru umowy (zarzut nr 4 oraz 5),
 - modyfikację § 35 ust. 3 wzoru umowy poprzez nadanie jej następującej treści: „W przypadku poniesienia szkody przewyższającej zastrzeżone w niniejszej Umowie kwoty kar umownych, Zamawiający oraz Wykonawca może dochodzić odszkodowania uzupełniającego do wysokości rzeczywiście poniesionej szkody” (zarzut nr 6)
3. oddala odwołanie w zakresie zarzutu nr 2.
4. kosztami postępowania obciąża Odwołującego w 1/5 i Zamawiającego w 4/5 i:
 - 4.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł (słownie: dziesięć tysięcy osiemset osiemdziesiąt złotych) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania.

Sygn. akt KIO 3512/20

4.2. zasądza od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę 10 880 zł (słownie: dziesięć tysięcy osiemset osiemdziesiąt złotych) stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

4.3 nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz Odwołującego kwoty 10000 zł (słownie: dziesięć tysięcy złotych) z tytułu nadpłaty w uiszczonym wpisie.

Stosownie do art. 198a ust. 1 i 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 ze zm.) oraz art. 580 ust.1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 2019 ze zm.) w związku z art. 92 ust.1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Przepisy wprowadzające ustawę – Prawo zamówień publicznych (Dz.U z 2019 r. poz.2020) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:

UZASADNIENIE

Zamawiający - Miasto Łódź - Zarząd Inwestycji Miejskich w Łodzi prowadzi na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. – Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019r., poz. 1843 ze zm.; dalej: „Pzp”) postępowanie pn. „Projekt „OdNowa Parku Helenów” Rewitalizacja Parku Helenów polegająca na zmianie sposobu zagospodarowania terenu, budowie małej architektury, a także przebudowie, rozbudowie i zmianie sposobu użytkowania części budynku usługowego wraz z towarzyszącymi urządzeniami budowlanymi wraz z budową niezbędnej infrastruktury technicznej oraz wykonaniem rozbiórek w systemie zaprojektuj i wybuduj”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień o nr 769713-N-2020 z dnia 22 grudnia 2020 r. oraz na stronie internetowej Zamawiającego.

W dniu 28 grudnia 2020r. Odwołujący – D.S. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą: D.S. „SZADEK” wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie wobec czynności Zamawiającego, polegających na sporządzeniu opisu przedmiotu zamówienia, którego treść, będąca elementem Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej: „SIWZ”), ogranicza konkurencję.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1) art. 29 ust. 2 w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp i art. 387 ustawy z 23 kwietnia 1964 r.— Kodeks cywilny (Dz.U. z 2020 r., poz. 1740 ze zm.; dalej: „k.c.”), w zw. z art. 14 ust. 1 Pzp poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób ograniczający konkurencję i obciążający wykonawcę szeregiem ryzyk związanych z utrzymaniem zieleni, wyrażające się w przerzuceniu na wykonawcę wszelkich ryzyk związanych z utrzymaniem zieleni w ramach gwarancji, w tym zobowiązanie Wykonawcy do wymiany uszkodzonego materiału roślinnego bez względu na przyczynę uszkodzenia (także dewastację) oraz rozszerzeniu w treści Załącznika nr 7 do Umowy „Warunki pielęgnacji materiału roślinnego” (str. 91-96; dalej również: „Załącznik pielęgnacyjny”) obowiązków gwarancyjnych do utrzymania całego parku w każdym aspekcie dotyczącym zieleni (pielenie, koszenie, nawadnianie nawet utrzymanie alejek w okresie zimowym), z jednoczesnym brakiem rozliczenia ww. obowiązków w comiesięcznym wynagrodzeniu wykonawcy, co jest niezgodnie z przepisami podatkowymi oraz w znacznym wymiarze wykracza ponad standardowe obowiązki gwarancyjne dotyczące jakości wykonanych robót;

2) art. 29 ust. 1 i 2 w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp i art. 387 k.c. w zw. z art. 14 ust. 1 Pzp poprzez wykorzystanie pozycji dominującej Zamawiającego i uprzywilejowanie pozycji Zamawiającego wobec wykonawcy polegające na przyjęciu, że w przypadku postania

Sygn. akt KIO 3512/20

ważnego interesu Zamawiającego, lub ważnego interesu publicznego lub też niespójnością z faktycznym postępowaniem prac lub zobowiązaniami Wykonawcy, Wykonawca jest uprawniony do aktualizacji tego harmonogramu wyłącznie na polecenie Zamawiającego z pominięciem inicjatywy Wykonawcy (§ 3 ust. 8 wzoru Umowy), w szczególności że zapłata za wykonane prace nie może przekroczyć kwot określonych w zaakceptowanym Harmonogramie rzeczowo-finansowym (§ 32 ust. 18 wzoru Umowy), podczas gdy teoretycznie, Zamawiający może nie zaakceptować sprawniejszego wykonywania robót przez Wykonawcę i w sposób nieuprawniony doprowadzić do sytuacji braku rozliczenia prawidłowo wykonanych robót;

3) art. 29 ust. 1 i 2 w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp i art. 387 k.c. w zw. z art. 14 ust. 1 Pzp poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny i niewyczerpujący oraz nieuwzględniający wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty, a także ograniczający konkurencję, wyrażające się w zaniechaniu przekazania szczegółowych informacji, o treści i charakterze dokumentacji zostanie przekazana Wykonawcy przez Zamawiającego, podczas gdy jest to z punktu widzenia realizacji oraz przebiegu Umowy informacja o strategicznym znaczeniu (§ 1 oraz § 16 ust. 1 pkt 4 wzoru Umowy);

4) art. 353(1) k.c. w związku z art. 143a ust. 1 punkt 1) i 2) Pzp, art. 5 k.c. w związku z art. 7 ust. 1, art. 14 oraz art. 139 Pzp poprzez wykorzystanie pozycji dominującej Zamawiającego i uprzywilejowanie pozycji Zamawiającego wobec Wykonawcy polegające na zobowiązaniu wykonawcy do zapłaty podwykonawcom (w celu uzyskania zapłaty od Zamawiającego) także wynagrodzenia niewymagalnego w zakresie odbioru końcowego, tj. przedstawienia ostatniej faktury częściowej (§ 33 ust. 10 wzoru Umowy);

5) art. 353(1) k.c. w związku z art. 143c Pzp, art. 5 k.c. w związku z art. 7 ust. 1, art. 14 oraz art. 139 Pzp poprzez wykorzystanie pozycji dominującej Zamawiającego i uprzywilejowanie pozycji Zamawiającego wobec Wykonawcy polegające na zastrzeżeniu dla zamawiającego prawa zatrzymania kwot wynagrodzenia odpowiadającego nieuregulowanej należności wykonawcy wobec podwykonawcy w zakresie kwot niewymagalnych (§ 32 ust. 19 zdanie drugie wzoru Umowy);

6) art. 353(1) k.c. w związku z art. 484 § 1 k.c., art. 5 k.c. w związku z art. 7 ust. 1, art. 14 oraz art. 139 Pzp poprzez wykorzystanie pozycji dominującej Zamawiającego i uprzywilejowanie pozycji Zamawiającego wobec Wykonawcy polegające na przyznaniu jedynie Zamawiającemu prawa do dochodzenia kar umownych za odstąpienie, jednoczesnym zaniechaniem przewidzenia kar umownych przysługujących Wykonawcy, jak również przyznanie jedynie Zamawiającemu prawa dochodzenia odszkodowania uzupełniającego przewyższającego wysokość zastrzeżonych kar umownych na zasadach ogólnych kodeksu cywilnego (§ 35 ust. 4 wzoru umowy);

Sygn. akt KIO 3512/20

7) art. 353(1) k.c. w związku z art. 484 § 1 k.c., art. 5 k.c. w związku z art. 7 ust. 1, art. 14 oraz art. 139 Pzp poprzez wykorzystanie pozycji dominującej Zamawiającego i uprzywilejowanie pozycji Zamawiającego wobec Wykonawcy polegające na przyznaniu Zamawiającemu prawa do odstąpienia w terminie 100 dni od dnia powzięcia wiadomości o okolicznościach stanowiących podstawę odstąpienia, podczas gdy standardowo w umowach w sprawie zamówienia publicznego praktykowany jest termin 30 dni (§ 38 ust. 4 wzoru Umowy);

8) art. 353(1) k.c. w związku z art. 484 § 1 k.c., art. 5 k.c. w związku z art. 7 ust. 1, art. 14 oraz art. 139 Pzp poprzez nakazanie Wykonawcę uwzględnienie w treści opinii o stanie technicznym obiektów i budynków sąsiednich ewentualnych szkód w okresie 5 lat po zakończeniu robót, co stanowi nieuprawnione przerzucanie odpowiedzialności z inwestora na wykonawcę robót, podczas gdy odpowiedzialność za szkody wyrządzone wynika z przepisów powszechnie obowiązujących (w tym przepisów KC) i jeśli szkoda zostanie wyrządzona z wyłącznej winy Zamawiającego, wykonawca nie może ponosić odpowiedzialności z tego tytułu (§ 11 ust. 9 wzoru Umowy).

W związku z tak postawionymi zarzutami Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu dokonania czynności polegającej na modyfikacji dokumentacji postępowania tj.:

a) (dot. zarzutu nr 1) zmianę treści gwarancji poprzez zastąpienie jej usługami utrzymania zieleni oraz wydzieleniem płatności za te usługi w formie ryczałtu wypłacanej co miesiąc w równych częściach;

b) (dot. zarzutu nr 2) nadanie § 3 ust. 8 wzoru Umowy następującej treści: „Zamawiający lub Wykonawca w każdym czasie ma prawo wnioskować o aktualizację...”

c) (dot. zarzutu nr 2) usunięcie § 32 ust. 18 Wzoru Umowy;

d) (dot. zarzutu nr 3) uzupełnienie w § 1 wzoru Umowy w pozycji „Dokumentacja Zamawiającego” o szczegółowe informacje o dokumentacji, jaka zostanie przekazana Wykonawcy i jaka powinna być uwzględniona w toku realizacji umowy;

e) (dot. zarzutu nr 4) usunięcie słowa „i niewymagalnego” z § 33 ust. 10 wzoru Umowy;

f)(dot. zarzutu nr 5) w przypadku nieuwzględnienia zarzutu nr 4, dodanie w § 31 ust. 19 zdanie 2 „za wyjątkiem wierzytelności niewymagalnych”;

g) (dot. zarzutu nr 6) nadanie następującej treści § 35 ust. 4 wzoru umowy: „W przypadku poniesienia szkody przewyższającej zastrzeżone w niniejszej Umowie kwoty kar umownych, Zamawiający oraz Wykonawca...” oraz dodanie w § 38 pkt 9 wzoru Umowy „Wykonawcy z tytułu odstąpienia z przyczyn leżących po stronie Zamawiającemu,

Sygn. akt KIO 3512/20

przysługuje kara umowna w wysokości 20 % całkowitego Wynagrodzenia brutto określonego w § 32 ust. 1”;

h) (dot. zarzutu nr 7) nadanie 38 ust. 4 wzoru umowy następującej treści: „Odstąpienie od Umowy z przyczyn wskazanych w ust. 3 pkt 1-3 Umowy powinno nastąpić w formie pisemnej w terminie 30 dni od dnia powzięcia wiadomości o powyższych okolicznościach”;

i) (dot. zarzutu nr 8) usunięcie z § 11 ust. 9 wzoru Umowy sformułowania „jak i w okresie 5 lat po ich zakończeniu”.

Uzasadniając zarzut nr 1 Odwołujący wskazał, że Zamawiający dokonał rozszerzenia w treści Załącznika pielęgnacyjnego obowiązków gwarancyjnych o utrzymanie całego parku w każdym aspekcie dotyczącym zieleni (pielenie, koszenie, nawadnianie nawet utrzymanie alejek w okresie zimowym), z jednoczesnym brakiem rozliczenia ww. obowiązków w comiesięcznym wynagrodzeniu wykonawcy, co jest niezgodnie z przepisami podatkowymi oraz w znacznym wymiarze wykracza ponad standardowe obowiązki gwarancyjne dotyczące jakości wykonanych robót. Odwołujący wskazał, że instytucja gwarancja jakości (występująca obok rękojmi) ma charakter bezpłatny i nie należy jej mylić z usługami utrzymania — które jak każde zamówienie publiczne — mają charakter odpłatny. Według Odwołującego, Zamawiający oczekuje kształtując w taki sposób obowiązki wykonawcy, że dokona on napraw zdewastowanych przez podmioty trzecie nasadzeń, jak również rozszerzenie tych obowiązków poza sezony wegetacyjne wynikające z normalnego wzrostu zasadzonych roślin. O ile zatem klasyczna gwarancja jakości obejmuje wady tkwiące w dostarczonym produkcie, referujące do jego wartości, usługi utrzymania (pielęgnacji) rozszerzają te obowiązki do wykonywania czynności pielęgnacyjnych ponad standardowy okres wzrostu (wegetacji). Tym samym mają one — jak każda usługa w rozumieniu Pzp — charakter odpłatny, z czym immanentnie związane są obowiązki publicznoprawne, takie jak podatek VAT. Zgodnie z art. 5 ust. 1 pkt 1 ustawy o VAT opodatkowaniu podlegają odpłatna dostawa towarów i odpłatne świadczenie usług, w terminie wynikającym z przepisów o VAT. Usługi pielęgnacyjne w zakresie zieleni są opodatkowane stawką w wysokości 8%, a tym samym powinny być sklasyfikowane jako odpłatne. Wykonawca realizując takie usługi ponosi koszty pracowników czy też dodatkowych nasadzeń (niezbędnych w wyniku zniszczenia rośliny przez osoby trzecie lub upływu okresu wegetacyjnego rośliny) i są one oderwane od „klasycznej” postaci gwarancji. Wykonawca został bowiem pozbawiony możliwości rozliczenia takich kosztów, gdyż całość wynagrodzenia została zapłacona, zaś VAT i podatek dochodowy od niej odprowadzony. Zamawiający w całkowicie nieuprawniony sposób w ramach gwarancji oczekuje także ośnieżania alejek — mimo że wykracza to ponad standardowy zakres zamówienia. Zamawiający oczekuje także nawadniania roślin — bez

Sygn. akt KIO 3512/20

wskazania kto ponosi koszty wody, jak również naprawy uszkodzonych wskutek wandalizmu linii nawadniających. Oczekiwanie tak szerokiego zakresu prac — jedynie przykładowo wymienionego powyżej, o olbrzymiej wartości jest całkowicie nieuzasadnione i godzi w interesy wszystkich wykonawców funkcjonujących na rynku. Gwarancja jakości nie może obejmować bowiem uszkodzeń wynikających z dewastacji czy przykładowo nawadniania roślin czy nawet utrzymania alejek w okresie zimowym — gdyż są to obowiązki daleko wykraczające poza standardowe obowiązki gwaranta.

Uzasadniając zarzut nr 2 Odwołujący wskazał, że Zamawiający kształtując postanowienia umowne przyjął, że w przypadku powstania ważnego interesu Zamawiającego, lub ważnego interesu publicznego lub też niespójnością z faktycznym postępowaniem prac lub zobowiązaniami Wykonawcy, Wykonawca jest uprawniony do aktualizacji tego harmonogramu wyłącznie na polecenie Zamawiającego z pominięciem inicjatywy Wykonawcy (§ 3 ust. 8 wzoru Umowy). W szczególności Zamawiający zastrzegł, że zapłata za wykonane prace nie może przekroczyć kwot określonych w zaakceptowanym Harmonogramie rzeczowo-finansowym (§ 32 ust. 18 wzoru Umowy), podczas gdy teoretycznie, Zamawiający może nie zaakceptować sprawniejszego wykonywania robót przez Wykonawcę i w sposób nieuprawniony doprowadzić do sytuacji braku rozliczenia prawidłowo wykonanych robót. Zgodnie z postanowieniami wzoru Umowy Wykonawca jest zobowiązany do zmiany harmonogramu rzeczowo-finansowego zgodnie z życzeniem i wskazaniem Zamawiającego. Jest to nieuzasadniona możliwość ingerencji Zamawiającego w przyjętą przez wykonawcę chronologię prac, w ich organizację, a co za tym idzie również istotny wpływ na koszty prowadzenia przedsiębiorstwa Wykonawcy. Ponadto, w sytuacji gdy harmonogram stanie się niespójny z faktycznym postępowaniem pracy Wykonawca jest de facto pozbawiony możliwości jego korekty, bowiem aktualizacja może się odbywać wyłącznie na polecenie Zamawiającego. W szczególności w obecnej sytuacji możliwych nagłych zmian w organizacji pracy przedsiębiorstwa wykonawcy wskutek pandemii wydaje się, że omawiany zapis stanowi nieuprawnione i nieuzasadnione uprzywilejowanie Zamawiającego, mając jednocześnie jawnie represyjny wydźwięk wobec wykonawcy. Odwołujący wskazał, że zgodnie ze wzorem umowy (i całą logiką postępowania przetargowego) wykonawca ma złożyć ofertę na wynagrodzenie ryczałtowe za wykonanie przedmiotu umowy i realizować je zgodnie z Harmonogramem rzeczowo-finansowych, zaś zapłata ma nastąpić na podstawie wykonanych i odebranych robót. Zamawiający zastrzegł, że zapłata za wykonane prace nie może przekroczyć kwot określonych w zaakceptowanym Harmonogramie rzeczowo-finansowym (§ 32 ust. 18 wzoru Umowy), lecz brak jest logiki w takim przyjęciu. Zamawiającemu także zależy na terminowej realizacji prac, zaś niezbędnym odbiorom powinny podlegać prace podlegające zakryciu. Skoro obowiązkiem ustawowym Zamawiającego jako inwestora jest dokonanie odbioru prac, nie może on ich uzależniać od

zgodności z Harmonogramem, który może ulegać w toku realizacji zmianom jedynie wskutek aktywności Zamawiającego. W takiej sytuacji Wykonawca pomimo prawidłowej i terminowej realizacji prac może zostać pozbawiony przysługującego mu wygradzenia, co doprowadzi do wstrzymania prac z przyczyn leżących po stronie Zamawiającego.

Zarzut nr 3 – zarzut wycofany.

Uzasadniając zarzut nr 4 oraz 5 Odwołujący wskazał, że wykonawca w treści umowy został zobowiązanych do zapłaty podwykonawcom (w celu uzyskania zapłaty od Zamawiającego) także wynagrodzenia niewymagalnego w zakresie odbioru końcowego, tj. przedstawienia ostatniej faktury częściowej (§ 33 ust. 10 wzoru Umowy). Co więcej, Zamawiający zastrzegł prawo zatrzymania kwot wynagrodzenia odpowiadającego nieuregulowanej należności wykonawcy wobec podwykonawcy w zakresie kwot niewymagalnych (§ 32 ust. 19 zdanie drugie wzoru Umowy). Podkreślił, że zgodnie z przepisami Pzp (art. 143a-143c), zamawiający są uprawnieni do weryfikacji rzetelności postępowania wykonawców wobec ich podwykonawców i dalszych podwykonawców i wywiązywania się z zobowiązań płatniczych na ww. określonej linii. Pzp ogranicza jednak uprawnienia Zamawiających do kwot wynagrodzenia wymagalnego dla podwykonawców i dalszych podwykonawców. Tymczasem zawarte we wzorze Umowy postanowienia rozciągają te uprawnienia także na wynagrodzenie niewymagalne. Tego typu uregulowania w sposób nadmierny uprzywilejowują zamawiającego i podwykonawców, całą odpowiedzialność i ryzyko przerzucając na Wykonawcę. „Wymagalność” oznacza upływ terminu na zapłatę, zaś żaden z przepisów powszechnie obowiązujących nie nakazuje dokonywania płatności przed terminem. Tym samym wymagania takie jest nadmiarowe i rażąco narusza interesy wykonawcy, obciążając go dodatkowymi rydzykami.

Uzasadniając zarzut 6 Odwołujący stwierdził, że treść umowy przyznaje jedynie Zamawiającemu prawa do dochodzenia kar umownych za odstąpienie, z jednoczesnym zaniechaniem przewidzenia kar umownych przysługujących Wykonawcy. Ponadto, jedynie Zamawiający posiada prawo dochodzenia odszkodowania uzupełniającego przewyższającego wysokość zastrzeżonych kar umownych na zasadach ogólnych kodeksu cywilnego (§ 35 ust. 4 wzoru umowy). Umowa nie zawiera ograniczenia odpowiedzialności którejkolwiek ze stron do wartości szkód rzeczywiście poniesionych lecz jednocześnie zastrzega szereg kar umownych od wykonawcy na rzecz zamawiającego i żadnych kar od zamawiającego na rzecz wykonawcy. Takie postanowienia stanowią nieuzasadnione uprzywilejowanie Zamawiającego dysponującego środkami publicznymi względem równorzędnej strony umowy, która także wskutek odstąpienia umowy w wyniku działań Zamawiającego może ponieść szkodę. Niemniej jednak przyznanie w takim przypadku (przy istniejącej już dysproporcji i nierówności stron) dodatkowo jeszcze tylko zamawiającemu prawa do dochodzenia odszkodowania uzupełniającego na zasadach ogólnych jest już

Sygn. akt KIO 3512/20

przekroczeniem zasad dopuszczalnego uprzywilejowania. W sytuacji, gdy do odstąpienia od umowy miałyby dojść z przyczyn, za które odpowiedzialność ponosi zamawiający wykonawca winien być uprawniony do poszukiwania zaspokojenia swoich słuszych roszczeń odszkodowawczych przed sądem (jeśli oczywiście przenosiłyby wysokość zastrzeżonej kary umownej). W przeciwnym przypadku zamawiający nie czułby się w ogóle zobligowany do współdziałania oraz wykazywania się należyłą starannością przy wykonaniu obciążających go obowiązków kontraktowych, bowiem z góry wiedziałby, że może go to kosztować wyłącznie 20% wynagrodzenia umownego brutto. Przyznanie wykonawcy prawa do dochodzenia przed sądem odszkodowania uzupełniającego jest w istocie jedynym kontraktowym elementem nacisku na zamawiającego i jedynym elementem dyscyplinującym.

Zarzut nr 7 oraz zarzut 8 – zarzuty wycofane.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie z dnia 27 stycznia 2021r. oświadczył, że uwzględnia zarzuty nr 3, nr 7 oraz nr 8 odwołania, a w pozostałym zakresie wniósł o oddalenie odwołania.

Odnosząc się do zarzutu nr 1 zauważył, że Odwołujący postuluje o zmianę treści gwarancji poprzez zastąpienie jej usługami utrzymania zieleni oraz wydzielaniem płatności za te usługi w formie ryczałtu wypłacanego co miesiąc w równych częściach. Według Zamawiającego, Odwołujący nie bierze pod uwagę charakteru niniejszego zamówienia albo dąży do zmiany jego charakteru. Świadczenie (zobowiązanie) dłużnika określone w treści umowy oraz SIWZ mają charakter świadczenia (zobowiązania) rezultatu, gdy obejmuje osiągnięcie z góry określonego wyniku (celu, efektu) — wykonanie Rewitalizacji Paku Helenów. Odwołujący ponosi odpowiedzialność za rezultat podejmowanych działań wynikających z wykonania rewitalizacji parku, a zakres uprawnień gwarancyjnych określony w załączniku nr 7 do umowy powiązany jest ściśle z celem realizowanego projektu. W ocenie Zamawiającego wprowadzenie w zakresie gwarancji szerokiego zakresu obowiązków związanych z utrzymaniem oraz pielęgnacją zieleni nie stanowi o naruszeniu przez Zamawiającego przepisów art. 29 ust. 1 i 2, art. 7 Pzp oraz regulacji kodeksu cywilnego. Wskazane przez Zamawiającego we wzorze umowy uprawnienia gwarancyjne są określone w sposób jednakowy dla wszystkich wykonawców.

Zamawiający wskazał, że zgodnie z treścią art. 577 § 1 k.c. udzielenie gwarancji następuje poprzez złożenie oświadczenia gwarancyjnego, które określa obowiązki gwaranta i uprawnienia kupującego. Zgodnie z treścią § 25 ust. 6 wzoru umowy umowa stanowi jednocześnie dokument gwarancji. Według dominującego poglądu stosunek prawny gwarancji ma charakter umowny. Jeśli tak, to stosunek ten podlega zasadzie swobody umów, co oznacza, że treść zobowiązania gwaranta może być co do zasady określona swobodnie. Takie stanowisko jest ugruntowane w orzecznictwie np. w wyroku Sądu

Sygn. akt KIO 3512/20

Najwyższego z dnia 16 kwietnia 2004 r., sygn. akt I CK 599/03, wyrok Sądu Najwyższego z dnia 10 stycznia 2000 r., III CKN 270/99. W konsekwencji zakres przedmiotowych usług świadczonych przez gwaranta może, ale nie musi się pokrywać z kodeksowym ujęciem wady.

Zamawiający podkreślił, że w niniejszej sprawie szerszy zakres obowiązków gwarancyjnych Wykonawcy uzasadniony jest charakterem przedmiotowego zamówienia realizowanego w formule „zaprojektuj wybuduj” okolicznością dofinansowania realizacji zamówienia ze środków UE oraz związaną z tym zasadą trwałości projektu. Wykonawca realizuje inwestycję w systemie „zaprojektuj i wybuduj” zatem to Wykonawca wykonując projekt nasadzeń ma wpływ na właściwy dobór roślin w taki sposób aby później zapewnić najwłaściwszą pielęgnację wybranych przez niego roślin. Prawidłowa pielęgnacja roślin w początkowej fazie ich wegetacji często decyduje o jakości terenów zielonych objętych obszarem inwestycji w latach następnych.

Ponadto to Wykonawca, który w ramach inwestycji projektuje system nawadniania a powinien w okresie 5 letniej gwarancji odpowiadać za nawadnianie roślin poprzez zaprojektowany system nawadniający. Realizacja czynności nawadniania przez inny podmiot niż Wykonawca może powodować spory dotyczące ingerencji innego podmiotu w zaprojektowany i wykonany przez Wykonawcę system nawadniania. To Wykonawca zobowiązany jest do systematycznej konserwacji oraz naprawy urządzeń napowietrzająco-nawadniających zatem uzasadnione jest nałożenie na Wykonawcę obowiązków w zakresie nawadniania roślin.

Zamawiający podkreślił, że wydatkując środki publiczne ma podstawy żądać od wykonawcy aby wziął odpowiedzialność za jakość swojej pracy związanej z utrzymaniem terenów zielonych, które wcześniej zaprojektował i wykonał w ramach inwestycji. Uzasadnione celem realizacji inwestycji finansowanej ze środków UE nałożenie na Wykonawcę obowiązku aby w ramach udzielonej gwarancji dbał o jakość dokonanych nasadzeń, aby ich prawidłowy wygląd nie ograniczał się jedynie do okresu odbioru inwestycji ale aby odpowiedzialny był w ramach pielęgnacji zieleni na ich prawidłowy wzrost. Wykonawca, który ma zaprojektować zieleń w Parku Helenów, zobowiązany jest ją prawidłowo zaprojektować i zrealizować przedmiot zamówienia, w tym układ nawadniania zieleni a potem ma zagwarantować, że spełnia ona oczekiwane funkcje związane z utrzymaniem żywotności zieleni. Początkowa faza wzoru roślinności jest niezwykle istotna dla powodzenia realizacji tego zakresu realizacji inwestycji.

Zamawiający dodał, że okres gwarancji na usługi pielęgnacji zieleni jest powiązany z 5 letnim okresem trwałości projektu dofinansowanego ze środków UE. Zamawiający wyjaśnił, że przyjął, iż wprowadzenie bezpośrednio po zakończeniu inwestycji odrębnego, zewnętrznego podmiotu świadczącego usługi w zakresie pielęgnacji terenów zielonych nie

Sygn. akt KIO 3512/20

będzie korzystane dla Zamawiającego i Wykonawcy. Ingerencja w przygotowane przez Wykonawcę tereny zielone przez zewnętrznych wykonawców mogłaby generować spory w zakresie ustalenia odpowiedzialności właściwego podmiotu w przypadku obumarcia czy chorób zieleni oraz korzystania przez Zamawiającego z jego uprawnień wynikających z gwarancji i rękojmi. Brak nałożenia na Wykonawcę tego rodzaju obowiązków i powierzenie ich zewnętrznemu podmiotowi narażałoby Wykonawcę na ryzyko trudności w ustaleniu czy wada tkwiła rzeczywiście w roślinie czy wynikała z nieprawidłowej pielęgnacji. Ryzyko tego typu niepewności jest wyeliminowane gdy pielęgnację realizuje ten sam Wykonawca.

Zamawiający przyznał, że odpowiedzialność osoby zobowiązanej z tytułu gwarancji ma zakres szeroki. Oceniana przez pryzmat art. 471 k.c. odpowiedzialność z tytułu gwarancji jest wyłączona, gdy zostanie wykazane, że wady towaru (robót) wynikają z przypadku, winy osoby trzeciej, niewłaściwego użytkowania rzeczy, braku odpowiedniej konserwacji, nieprawidłowego korzystania lub obsługi. W treści umowy, w szczególności w załączniku nr 7 do umowy nie wprowadzono zakresu odpowiedzialności gwaranta za akty dewastacji/wandalizmu niezależne od winy gwaranta. W tym załączniku wskazane jest iż „w przypadku naprawy, wymiany lub wykonywania innych prac związanych z uszkodzonymi bądź brakującymi elementami projektu (dotyczy zarówno materiału nasadzeniowego oraz pozostałych elementów objętych projektem), Wykonawca musi dopilnować, aby zastosowane zostały materiały tożsame z pierwotnie wykorzystanymi bądź istniejącymi na czas wykonywania danych prac pielęgnacyjnych”. W treści w/w załącznika nie ma mowy o aktach dewastacji. Wykonawca ma obowiązek kontroli aby jednostki miasta, które będą wymieniały materiały nasadzeniowe czy inne należące do zakresu projektu były tożsame z tymi które ten Wykonawca wprowadził, aby nie było różnicy materiałowej, technologicznej itp. Wykonawca jako Gwarant musi wyrazić zgodę na wprowadzenie zmian jeśli jednostka miasta nie byłaby w stanie wymienić danej rzeczy na identyczną z projektu. W przedmiotowym załączniku Zamawiający nie wymaga od Wykonawcy pokrywania kosztów aktów dewastacji - tylko jako gwarant pilnowania spójności projektu wymienianych rzeczy z projektem w przypadku uszkodzeń. W przypadku wymiany materiału nasadzeniowego który nie przeżył a nie był aktem dewastacji w okresie gwarancji te obowiązki należą do Gwaranta. Obowiązek wykazania, iż dane uszkodzenie jest wynikiem aktów dewastacji/wandalizmu obciąża jednak Wykonawcę.

Zamawiający podkreślił, że wychodząc naprzeciw oferentom zainteresowanym zamówieniem, celem uniknięcia wątpliwości dokonuje zmiany § 25 ust. 3 pkt 1 wzoru umowy mowy poprzez doprecyzowanie, iż wykonawca nie ponosi odpowiedzialności za akty wandalizmu.

Ponadto zgodnie z treścią załącznika nr 7 do umowy Wykonawca nie odpowiada za odśnieżanie terenu objętego projektem w zakresie terenów utwardzonych/dróg. Wykonawca

Sygn. akt KIO 3512/20

z uwagi na obowiązki gwarancyjne ma określić zasady ogarniania śniegu z terenów utwardzonych/dróg tak aby nie dopuścić przez podmioty trzecie wykonujące usługi odśnieżania do kierowania śniegu i błota pośniegowego w pobliżu i na „terenach zieleńców”. Powyższe ustalenie przez Wykonawcę warunków gwarancyjnych w zakresie odśnieżania terenów utwardzonych/dróg ma znaczenie z uwagi na okoliczność ewentualnych zarzutów dotyczących żywotności materiału roślinnego spowodowanych składowaniem śniegu i błota pośniegowego w pobliżu i na terenach zieleńców.

Zamawiający podkreślił, że wykonawca określone w treści umowy obowiązki gwarancyjne powinien wycenić sporządzając ofertę.

Zamawiający stwierdził, że nie zasługuje na uwzględnienie wniosek Odwołującego odnośnie zmiany treści gwarancji i zastąpienie ich usługami utrzymania zieleni oraz wydzieleniem płatności za te usługi w formie ryczałtu wypłacanej co miesiąc w równych częściach. Świadczenia gwarancyjne nie mogą być traktowane jako dodatkowe świadczenia dokonywane na rzecz Zamawiającego w oderwaniu od umowy na realizację robót budowlanych. Brak jest możliwości przewidzenia w treści umowy miesięcznego ryczałtu za usługi pielęgnacji zieleni w okresie gwarancji z uwagi na okoliczność, iż Zamawiający nie ma przewidzianych w planie finansowym jednostki środków finansowych na realizację dodatkowych usług utrzymania terenów zielonych. Terminy realizacji Projektu i wydatkowania środków zostały określone w treści umowy o dofinansowanie projektu. Zgodnie z treścią umowy o dofinansowanie zakończenie realizacji projektu przewidziane jest na dzień 18 maja 2023 r. Nie ma zatem możliwości wydatkowania środków na realizację inwestycji po dniu 18 maja 2023 r. Ponadto realizacja przez Wykonawcę dodatkowych usług w zakresie pielęgnacji zieleni z przewidzianym miesięcznym ryczałtem stanowiłoby naruszenie art. 142 ust. 2 Pzp dotyczącego zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego na okres dłuższy niż 4 lata.

Zamawiający za niezasługujący na uwzględnienie uznał również zarzut nr 2 odwołania. Podkreślił, że zgodnie z zapisami umowy to wykonawca, który wygra przetarg na realizację zadania, jest zobowiązany do opracowania Harmonogramu Rzeczowo-Finansowego, który przedstawi Zamawiającemu do zatwierdzenia najpóźniej w terminie 14 dni od daty podpisania umowy. Zgodnie z § 3 ust. 4 wzoru umowy Harmonogram Rzeczowo-Finansowy powinien określać szczegółowe terminy realizacji i uzgodnień poszczególnych czynności w ujęciu miesięcznym oraz określać wartość wynagrodzenia dla każdej pozycji harmonogramu. Harmonogram Rzeczowo-Finansowy musi być zgodny z ofertą wykonawcy. Harmonogram Rzeczowo-Finansowy musi zawierać podział na kolejne etapy projektowania, Roboty Budowlane, Dostawy. Zatem faktyczny podział zakresów i wartości prac zostanie doprecyzowany dopiero po zawarciu umowy w sprawie zamówienia publicznego. Zamawiający wyjaśnił, że zmiany w Harmonogramie rzeczowo-finansowym są okolicznością

naturalną i wręcz charakterystyczną dla tego rodzaju inwestycji, a konieczność ich dokonania wiąże się przede wszystkim z dostosowaniem harmonogramu do faktycznego postępu prac, wynika z monitorowania okoliczności mających znaczenie z perspektywy terminowego zakończenia inwestycji, pojawiających się problemów czy przeszkód także o charakterze obiektywnym i konieczności podjęcia ewentualnych działań mających minimalizować istniejące ryzyka. Nieuzasadniony jest zarzut Odwołującego, iż został pozbawiony możliwości inicjatywy w zakresie zmiany Harmonogramu Rzeczowo-Finansowego. Zgodnie bowiem z treścią § 3 ust. 7 wzoru Umowy przed rozpoczęciem realizacji robót, najpóźniej w dniu przekazania placu budowy Wykonawca zobowiązany jest do przedłożenia do akceptacji Zamawiającego zaktualizowanego Harmonogramu Rzeczowo-Finansowego. Zamawiający jest uprawniony jednak do zgłaszania i wprowadzania w nim zmian w trybie wskazanym w ust. 5 i ust. 6. W § 3 ust. 9 wzoru umowy przewidziano, iż w przypadku, gdy złożony Harmonogram Rzeczowo-Finansowy stanie się niespójny z faktycznym postępem pracy lub ze zobowiązaniami Wykonawcy Strony zgodnie ustalają, iż Wykonawca zobowiązany jest do przedłożenia skorygowanego Harmonogramu Rzeczowo-Finansowego, który wymaga akceptacji Zamawiającego. W treści § 3 ust. 8 wzoru Umowy przewidziane zostało prawo dla Zamawiającego wnioskowania o aktualizację terminów realizacji poszczególnych robót jeżeli przemawia za tym jego ważny interes lub interes publiczny w nie sprzeciwiają się względy techniczne oraz zasady sztuki budowlanej oraz interes Wykonawcy. Skorygowany Harmonogram Rzeczowo-Finansowy wymaga akceptacji Zamawiającego. Treść § 3 ust. 8 wzoru Umowy nie narusza art. 29 ust. 1 i 2 w zw. z art. 7 i art. 387 k.c. w związku z art. 14 ust. 1 Pzp.

Zamawiający zgodnie z zasadą swobody umów przewidzianą w art. 353 (1) k.c. ma możliwość wprowadzenia postanowienia umowy, który przewiduje dla Zamawiającego prawo wnioskowania o zmianę Harmonogramu rzeczowo-finansowego z uwagi na jego ważny interes, interes publiczny z uwzględnieniem interesu Wykonawcy. Wskazany przepis nie narusza przepisów Pzp oraz przepisów kodeksu cywilnego, tym bardziej, iż Wykonawca ma prawo wnioskować o aktualizację Harmonogramu rzeczowo-finansowego zgodnie z § 3 ust. 7 przed rozpoczęciem realizacji robót oraz w sytuacji, gdy złożony Harmonogram Rzeczowo-finansowy stanie się niespójny z faktycznym postępem prac.

Odwołujący na poprawie swojego stanowiska wskazuje, iż Zamawiający może nie zaakceptować sprawniejszego wykonywania robót przez Wykonawcę i doprowadzić w sposób nieuprawniony do sytuacji braku rozliczenia prawidłowo wykonanych robót. Powyższe nie zasługuje na uwzględnienie z uwagi na okoliczność, iż Zamawiający jest jednostką sektora finansów publicznych zobowiązaną do stosowania ustawy o finansach publicznych. Zgodnie z § 32 ust. 18 wzoru Umowy: Wynagrodzenie Wykonawcy w poszczególnych latach nie może przekroczyć kwot określonych z zaakceptowanym

Sygn. akt KIO 3512/20

Harmonogramie Rzeczowo-Finansowym. Zatem treść harmonogramu w bezpośredni sposób wpływa na rozliczanie kontraktu, decydując o terminach płatności częściowych. Zamawiający wymaga, by harmonogram rzeczowo-finansowy był dostosowany do posiadanych przez Zamawiającego limitu środków finansowych w poszczególnych latach realizacji inwestycji. Limit środków finansowych na realizację umowy, jakimi dysponuje Zamawiający - łączy się z zaplanowaniem wydatkowania tych środków w planie finansowym jednostki. Środki te są jednak przyznawane Zamawiającemu do wydatkowania w poszczególnych latach realizacji umowy zgodnie z postanowieniami planu finansowego. Istotą Harmonogramu Rzeczowo-Finansowego jest realizacja planu finansowego przez jednostkę i wydatkowanie środków zgodnie z tym planem przeznaczonych na realizację umowy.

Zgodnie z treścią art. 44 ust. 1 pkt 3 ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych, jednostki sektora finansów publicznych wydatki publiczne mogą ponosić na cele i w wysokościach ustalonych w planie finansowym tych jednostek. Poprzez taki przepis ustawodawca określił nieprzekraczalny limit możliwych do wydania środków finansowych. Limit ten określa plan finansowy danej jednostki. Oznacza to, że jednostka w ramach upoważnienia do dokonywania wydatków ze środków publicznych może dysponować tylko takimi środkami, jakie zostaną jej przypisane w planie finansowym i nie można dokonywać wydatków przekraczających wysokość poszczególnych wydatków zatwierdzonych w planie finansowym. Według Zamawiającego bezzasadny jest zarzut podniesiony przez Odwołującego, iż wymóg zgody Zamawiającego na zmianę Harmonogramu Rzeczowo-Finansowego stanowi nieuprawnione i nieuzasadnione uprzywilejowanie Zamawiającego, mając jednocześnie represyjny wydzwitek wobec Wykonawcy. Zamawiający, jako gospodarz postępowania, odpowiedzialny za wydatkowanie środków publicznych, jest uprawniony do używania dozwolonych przepisami prawa środków zabezpieczających interes Zamawiającego. Zasada równości stron stosunku zobowiązaniowego podlega modyfikacji i specyficznemu ograniczeniu zasady swobody umów (art. 3531 k.c.). Zmiana kwot wskazanych w Harmonogramie rzeczowo-finansowym wymaga zgody Zamawiającego z uwagi na konieczność kontroli wydatkowania środków publicznych zgodnie z planem finansowym jednostki. Niedopuszczalne jest bowiem, dokonywanie wydatku bez zaplanowanych środków na dany cel w planie finansowym jednostki. Zgodnie z art. 11 ustawy z dnia 17 grudnia 2004 r. o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych - naruszeniem dyscypliny finansów publicznych jest dokonanie wydatku ze środków publicznych bez upoważnienia określonego ustawą budżetową, uchwałą budżetową lub planem finansowym albo z przekroczeniem zakresu tego upoważnienia lub z naruszeniem przepisów dotyczących dokonywania poszczególnych rodzajów wydatków.

Zamawiający podkreślił, że nie można zaakceptować wniosku Odwołującego odnośnie wykreślenia § 32 ust. 18 wzoru umowy tak aby Wykonawca w celu sprawniejszej realizacji

przedmiotu umowy realizował przedmiot zamówienia niezgodnie z założeniami wskazanymi w Harmonogramie rzeczowo-finansowym, gdyż mogłoby to doprowadzić do przekroczenia limitów wydatków przyjętych przez Zamawiającego w planie finansowym jednostki. Z uwagi na konieczność zatwierdzenia środków dodatkowych na realizację zamówienia ponad kwoty wynikające z planu finansowego na Sesji Rady Miejskiej w przypadku zwiększenia kwoty podziału na lata nie ma możliwości pozostawienia dowolności Wykonawcy przy ewentualnym aktualizowaniu Harmonogramu Rzeczowo-Finansowego.

Zamawiający za niezastępujące nie uwzględnienie uznał również zarzuty nr 4 oraz nr 5 odwołania. Wskazał, że zgodnie z art. 143 a ust. 1 pkt 1 Pzp w przypadku zamówień na roboty budowlane, których termin wykonywania jest dłuższy niż 12 miesięcy, jeżeli umowa przewiduje zapłatę:

1) wynagrodzenia należnego wykonawcy w częściach - warunkiem zapłaty przez zamawiającego drugiej i następnych części należnego wynagrodzenia za odebrane roboty budowlane jest przedstawienie dowodów zapłaty wymagalnego wynagrodzenia podwykonawcom i dalszym podwykonawcom, o których mowa w art. 143c ust. 1, biorącym udział w realizacji odebranych robót budowlanych,

Przedstawiona regulacja prawna art. 143a ust. 1 pkt 1 i 2 Pzp daje zamawiającemu możliwość wstrzymania zapłaty wynagrodzenia w odpowiedniej części, jeżeli nie przedstawiono dowodów zapłaty wymagalnego wynagrodzenia należnego podwykonawcom. Postanowienia § 33 ust. 10 wzoru umowy nie naruszają treści art. 143 a oraz art. 143 c Pzp. Zgodnie z brzmieniem w/w postanowienia umowy Wykonawca zobowiązany jest dostarczyć Zamawiającemu przy każdej fakturze częściowej dowody zapłaty wynagrodzenia wymagalnego, natomiast przy fakturze końcowej dowody zapłaty wszelakiego wynagrodzenia (wymagalnego i niewymagalnego) podwykonawcom i dalszym podwykonawcom. Za przyjęciem dopuszczalności takiego rozwiązania przewidzianego przez Zamawiającego przemawiałoby obowiązywanie zasady swobody kontraktowej (art. 353(1) k.c. i interpretacja celowościowa art. 143 a Pzp. Skoro wprowadzenie art. 143a i nast. Pzp miało na celu ochronę interesów podwykonawców, to uznanie, że art. 143a Pzp wyraża normę zakazującą uwarunkowania zapłaty ostatniej faktury końcowej stanowiącej wynagrodzenie za roboty budowlane od przedstawienia dowodów zapłaty tylko wymagalnego wynagrodzenia podwykonawcom i dalszym podwykonawcom biorącym udział w realizacji robót budowlanych, byłoby sprzeczne z zamiarami ustawodawcy i celem nowelizacji. W literaturze podkreśla się, że termin płatności będzie pozbawiony większego znaczenia w razie zastrzeżenia w umowie o podwykonawstwo na przykład warunku akceptacji wykonanych prac przez podpisanie protokołu odbioru, ponieważ w takim przypadku, dopóki wykonawca będzie wstrzymywał akceptację wykonanych prac, nie podpisując protokołu odbioru, roszczenie o zapłatę wynagrodzenia nie będzie wymagalne, a

Sygn. akt KIO 3512/20

podwykonawca nie będzie mógł wystąpić z żądaniem zapłaty. Wydaje się więc, że z przedstawionego wyżej powodu można podać w wątpliwość efektywność analizowanej regulacji. W ocenie Zamawiającego norma prawna wyrażona w art. 143a ust. 1 Pzp posiada charakter semiimperatywny. Taką interpretację wspiera wykładnia celowościowa przepisu, o którym mowa. Skoro bowiem ma on na celu ochronę podwykonawców i dalszych podwykonawców, należy dopuścić możliwość zapewnienia tym podmiotom dalej posuniętej ochrony niż przewidziana w przepisie, o którym mowa.

Przepis art. 143 a ust. 1 pkt 1 Pzp odnoszą się do warunków zapłaty części należnego wynagrodzenia. Zapis o obowiązku przedstawienia przez podwykonawcę przy fakturze końcowej dowodów zapłaty wynagrodzenia (wymagalnego i niewymagalnego) nie stoi w sprzeczności z treścią art. 143 a ust. 1 pkt 1 Pzp z uwagi na okoliczność, iż dotyczy faktury końcowej nie zaś płatności częściowej. Zamawiający podkreślił, że ustawodawca zakłada, iż świadczenia wypłacane przez Zamawiającego w ramach faktur częściowych powinny być przeznaczane między innymi na kolejne wynagrodzenia należne podwykonawcom i dalszym podwykonawcom. Zamawiający udzielający wykonawcy zaliczek nie powinien być narażony na roszczenia podwykonawców i dalszych podwykonawców, wobec których odpowiada solidarnie z wykonawcą za zapłatę należnego im wynagrodzenia. Nie powinny być dopuszczone sytuacji, iż po wystawieniu faktury końcowej dla Zamawiającego istnieją niezapłacone należności Podwykonawców. Wyjaśnił, że Zamawiający może żądać przedstawienia do ostatniej faktury końcowej dowodów zapłaty należności podwykonawców lub dalszych podwykonawców wymagalnych i niewymagalnych pod rygorem odmowy zapłaty wymagalnego wynagrodzenia Wykonawcy. Celem przepisu art. 143a Pzp jest bowiem zdyscyplinowanie wykonawcy do bieżącego regulowania należności podwykonawców i dalszych podwykonawców. Założeniem powyższej regulacji jest zapobieganie zatorom płatniczym i zdyscyplinowanie wykonawcy do bieżącego regulowania należności podwykonawców, zważywszy, że zgodnie z art. 6471 k.c. Zamawiający odpowiada solidarnie z wykonawcą za zapłatę wynagrodzenia należnego podwykonawcy z tytułu wykonanych przez niego robót budowlanych, chyba że złożył skutecznie sprzeciw wobec wykonywania tych robót przez podwykonawcę. Ponadto należy mieć na uwadze, że zgodnie z art. 143c Pzp. Zamawiający dokonuje bezpośredniej zapłaty wymagalnego wynagrodzenia przysługującego podwykonawcy lub dalszemu podwykonawcy, który zawarł zaakceptowaną przez zamawiającego umowę o podwykonawstwo, której przedmiotem są roboty budowlane, lub który zawarł przedłożoną Zamawiającemu umowę o podwykonawstwo, której przedmiotem są dostawy lub usługi, w przypadku uchylenia się od obowiązku zapłaty odpowiednio przez wykonawcę, podwykonawcę lub dalszego podwykonawcę zamówienia na roboty budowlane. Z treścią w/w postanowienia umowy jest skorelowany § 32 ust. 19 wzoru umowy zgodnie z którym wraz z fakturą końcową Wykonawca jest zobowiązany dostarczyć

Sygn. akt KIO 3512/20

Zamawiającemu dowody zapłaty wszelakiego wynagrodzenia Podwykonawcom i dalszym podwykonawcom, którzy brali udział w realizacji odebranych Robót. Jednakże Zamawiający jest uprawniony zgodnie z tym postanowieniem umowy do zatrzymania wynagrodzenia w części odpowiadającej nieuregulowanej należności Podwykonawcy celem zabezpieczenia środków na zapłatę Podwykonawcy. W opinii Zamawiającego, kwestionowane postanowienia nie są także sprzeczne z przepisem art. 143c ust. 1 Pzp. Zgodnie z tym przepisem Zamawiający dokonuje bezpośredniej zapłaty wymagalnego wynagrodzenia przysługującego podwykonawcy lub dalszemu podwykonawcy, który zawarł zaakceptowaną przez umowę o zamawiającego podwykonawstwo, której przedmiotem są roboty budowlane, lub który zawarł przedłożoną zamawiającemu umowę o podwykonawstwo, której przedmiotem są dostawy lub usługi, w przypadku uchylenia się od obowiązku zapłaty odpowiednio przez wykonawcę, podwykonawcę lub dalszego podwykonawcę zamówienia na roboty budowlane. Podkreślił, że przepis art. 143 c ust. 1 Pzp wyznacza minimalny zakres ochrony, jaki Zamawiający zapewnia podwykonawcom. Z powyższego nie można jednak wywodzić zakazu wprowadzenia postanowienia umownego, które zwiększałoby tę ochronę, o treści takiej jak wskazano w SIWZ.

Zamawiający wniósł o oddalenie również zarzutu nr 6 odwołania. Wskazał, że zgodnie z art. 483 § 1 k.c. można zastrzec w umowie, że naprawienie szkody wynikłej z niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania niepieniężnego nastąpi przez zapłatę określonej sumy (kara umowna). Nie jest uzasadniony zarzut uprzywilejowanej pozycji Wykonawcy, gdyż zgodnie z treścią § 35 ust. 5 wzoru Umowy Wykonawca uprawniony będzie do nałóżenia kary umownej należnej od Zamawiającego w wysokości 20% całkowitego wynagrodzenia brutto określonego w § 32 ust. 1 w przypadku odstąpienia przez Wykonawcę od Umowy z winy Zamawiającego. Powyższe postanowienia wzoru Umowy zapewniają zachowanie zasady równości Stron.

Zgodnie z treścią § 35 ust. 3 wzoru Umowy „W przypadku poniesienia szkody przewyższającej zastrzeżone w niniejszej Umowie kwoty kar umownych Zamawiający może dochodzić odszkodowania uzupełniającego do wysokości rzeczywiście poniesionej szkody”. Powyższy przepis nie narusza zasady swobody umów, ani nie obraża przepisu art. 484 § 1 k.c. Wyjaśnił, że zgodnie z art. 484 k.c. kara umowna zastrzegana jest na wypadek niewykonania lub nienależytego wykonania obowiązków o charakterze niepieniężnym, te zaś obowiązki obciążają głównie Wykonawców. Natomiast po stronie Zamawiającego występują w przeważającej mierze obowiązki o charakterze pieniężnym. Stąd niejednakowy rozkład kar umownych, a w konsekwencji możliwości dochodzenia odszkodowania uzupełniającego nie świadczy samo w sobie o braku ekwiwalentności świadczeń. Takie stanowisko zajęła KIO w wyroku z dnia 16 stycznia 2014 r., KIO 2970/13.

Zamawiający wyjaśnił, że postanowienie § 35 ust. 3 wzoru Umowy ma przede wszystkim na celu zabezpieczenie interesu Zamawiającego, który ma prawo i obowiązek w należyty sposób zabezpieczyć interes publiczny. Przewidziane w umowie kary umowne na rzecz Zamawiającego oraz odszkodowanie uzupełniające mają charakter represyjny oraz mobilizujący Wykonawcę do należytego wykonania umowy. W interesie publicznym (a tym samym i Zamawiającego) nie jest bowiem karanie Wykonawcy i dochodzenie wyrządzonych w majątku Zamawiającego szkód, ale należyte wykonanie przedmiotu zamówienia. Interes Wykonawcy jest zabezpieczony poprzez przyznanie mu prawa do otrzymania wynagrodzenia za wykonane zamówienie oraz kary umownej stanowiącej zryczałtowaną formę odszkodowania w przypadkach określonych w Umowie. Nierównowaga kontraktowania która może zachodzić w przedmiotowym przypadku nie uzasadnia jednak zarzutu naruszenia art. 353(1) k.c. w zw. z art. 484 § 1 k.c. Zarzut ukształtowania warunków umowy w sposób sprzeczny z właściwością wzajemnego stosunku zobowiązaniowego, powodujący rażąco nierównowagę stron stosunku cywilnoprawnego oraz naruszający zasady prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji w związku z zastrzeżeniem prawa dochodzenia odszkodowania przewyższającego kary umowne wyłącznie dla Zamawiającego, nie zasługuje na uwzględnienie. Zamawiający, jako gospodarz postępowania, odpowiedzialny za wydatkowanie środków publicznych, jest uprawniony do używania dozwolonych przepisami prawa środków zabezpieczających interes Zamawiającego, bowiem niewykonanie umowy lub jej nienależyte wykonanie mogą skutkować dla Zamawiającego poważnymi konsekwencjami. Zasada równości stron stosunku zobowiązaniowego podlega modyfikacji i specyficznemu ograniczeniu zasady swobody umów (art. 3531 k.c.), a pewna nierówność stron umowy w sprawie zamówienia publicznego wynika wprost z przepisów ustawy zawierającej instrumenty prawne zastrzeżone wyłącznie na korzyść Zamawiającego. Można tu wskazać choćby na uprawnienia zastrzeżone na korzyść Zamawiającego, jak zabezpieczenie należytego wykonania umowy przez Wykonawcę, czy możliwość odstąpienia przez Zamawiającego od umowy. Zamawiający działa w interesie publicznym, w celu zaspokojenia potrzeb publicznych i ryzyko niepowodzenia zamierzonego celu prowadzi do niezaspokojenia uzasadnionych potrzeb szerszej zbiorowości.

Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również oświadczenia, stanowiska stron złożone w trakcie rozprawy, ustaliła i zważyła, co następuje:

Odwołanie zasługiwało na częściowe uwzględnienie.

Izba stwierdziła, że Odwołujący legitymuje się interesem we wniesieniu środka ochrony prawnej, o którym mowa w art. 179 ust. 1 Pzp. W odwołaniach na treść SIWZ wykonawcy mogą wskazywać nie tyle na brak bezpośredniej możliwości uzyskania zamówienia, co na wadliwe i niekonkurencyjne postanowienia SIWZ, które utrudniają im złożenie prawidłowej i zgodnej z przepisami Pzp oferty, w tym możliwości prawidłowego skalkulowania kosztów realizacji zamówienia. Uprawnienie to przysługuje każdemu wykonawcy, który potencjalnie może ubiegać się o udzielenie przedmiotowego zamówienia. Na tym etapie za wystarczające należy uznać wykazanie jedynie hipotetycznej szkody polegającej na niewłaściwym sformułowaniu treści SIWZ, które może utrudniać wykonawcy dostęp do zamówienia.

W związku z uwzględnieniem przez Zamawiającego, a w konsekwencji wycofaniem przez Odwołującego zarzutów nr 3, 7 oraz nr 8 Izby orzekła o umorzeniu postępowania odwoławczego w tym zakresie.

Przechodząc do rozpoznania zarzutu nr 1 dotyczącego obowiązków gwarancyjnych wykonawcy Izba uznała, że zarzut zasługiwał na uwzględnienie.

Wskazać należy, że Zamawiający w § 25 wzoru umowy określił warunki gwarancyjne oraz warunki pielęgnacji zieleni ciążące na wykonawcy. Jednocześnie w pkt 3 ust. 3 § 25 Zamawiający wskazał, że w okresie gwarancji do obowiązków wykonawcy należy pielęgnacja materiału roślinnego, a warunki pielęgnacji zostały określone w załączniku nr 7 do Umowy.

Izba analizując treść powyższego załącznika w całości podzieliła stanowisko i argumenty Odwołującego zgodnie z którymi Zamawiający rozszerzył w treści tego załącznika obowiązki gwarancyjne ponad te wynikające z opisu przedmiotu zamówienia. Rozszerzenie to nie obejmuje tylko gwarancji na wykonaną usługę, ale de facto wprowadza nową usługę utrzymania całego parku, w każdym aspekcie dotyczącym zieleni (pielenie, koszenie, nawadnianie, odchwaszczanie, cięcia pielęgnujące i formujące pokrój, utrzymanie alejek w okresie zimowym, a nawet zobowiązanie Wykonawcy do wymiany uszkodzonego materiału roślinnego bez względu na przyczynę uszkodzenia (także dewastację).

Przypomnieć natomiast należy, że opisany przedmiot zamówienia obejmuje zmianę sposobu zagospodarowania terenu, budowę małej architektury, przebudowę, rozbudowę i zmianę sposobu użytkowania części budynku usługowego wraz z rozbudową niezbędnej infrastruktury technicznej oraz wykonaniu rozbiórek na obszarze Parku Helenów w Łodzi. W zakres przedmiotu zamówienia według SIWZ nie wchodzi natomiast usługi utrzymaniowe, które jak wynika z § 25 Umowy mają być świadczone na rzecz Zamawiającego przez 60 miesięcy od daty podpisania protokołu odbioru końcowego.

Sygn. akt KIO 3512/20

Zgodnie z art. 577 k.c. gwarant odpowiada za jakość rzeczy sprzedanej (§ 1), w tym gwarant obowiązany do usunięcia wady fizycznej rzeczy lub do dostarczenia rzeczy wolnej od wad, jeżeli wady te ujawnią się w ciągu terminu określonego w gwarancji. Podstawową więc funkcją gwarancji jakości, jest ochrona kupującego (uprawnionego z gwarancji) przed konsekwencjami „zepsucia się” przedmiotu objętego gwarancją i przed niewłaściwym funkcjonowaniem tego przedmiotu pozostającym w związku z jego wadliwością. Gwarancja jakości obejmuje więc wady tkwiące w dostarczonym produkcie, referujące do jego wartości, a więc winna dotyczyć jakości dostarczonych roślin, czy też wykonanych prac wynikających z opisu przedmiotu zamówienia. Natomiast w przedmiotowym postępowaniu gwarancja jakości wykracza poza ustawowe obowiązki gwaranta, związane z wykonaniem zamówienia i rozszerza je do wykonywania nowych czynności nie wchodzących w przedmiot zamówienia. Oczekiwanie tak szerokiego zakresu prac, o tak dużej wartości i realizowanie ich przez 60 miesięcy jest przy takim opisie przedmiotu zamówienia całkowicie nieuzasadnione i godzi w interesy wszystkich wykonawców funkcjonujących na rynku. Gwarancja jakości nie może bowiem obejmować przykładowo nawadniania roślin czy utrzymania alejek w okresie zimowym, gdyż są to obowiązki wykraczające poza standardowe obowiązki gwaranta, a ponadto stanowią usługi o charakterze utrzymaniowym. Należy także dodać, że zasadnym jest stanowisko Odwołującego, że nawet w przypadku wliczenia do ceny zamówienia usług utrzymania nie będzie możliwości – zgodnego z prawem rozliczania kosztów zakupu środków do utrzymania Parku oraz pracy pracowników, do kosztów działalności wykonawcy w latach przypadających po dokonany końcowym odbiorze robót i zapłaty za wykonanie przedmiotu zamówienia. Zauważenia wymaga także fakt, że nie istnieje po stronie Zamawiającego możliwość zapłaty za wykonywanie czynności utrzymania, przed faktycznym ich wykonaniem.

Powyższe niewątpliwie stanowiłoby o naruszeniu ustawy o finansach publicznych i art. 13 pkt 6 ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 1440, z późn. zm.).

Wskazać należy, że Izba ocenia zasadność zarzutów odwołania w zakresie modyfikacji postanowień SIWZ przez pryzmat postawionych i sformułowanych żądań w zakresie danego zarzutu. Jednakże należy mieć na względzie kwestie, że nie w każdej sytuacji kwestionowania postanowień SIWZ, możliwe jest dokładne sformułowanie przez Odwołującego pełnej treści żądania, gdyż wtedy to Odwołujący formułowałby za Zamawiającego kwestionowane w niniejszym postępowaniu warunki gwarancyjne i pielęgnacyjne materiału roślinnego. Natomiast rolą Izby w takim przypadku, jest wskazanie wadliwości sformułowań SIWZ i skutków z tym związanych. Zdaniem Izby wystarczające i czytelne w niniejszym stanie faktycznym było zakwestionowanie postanowienia Umowy oraz Załącznika nr 7. Dlatego też Izba uwzględniając zarzut nakazała Zamawiającemu

Sygn. akt KIO 3512/20

modyfikację postanowień gwarancyjnych poprzez wyłączenie z zakresu gwarancji usług utrzymania zieleni i rezygnacji z tych usług w ramach tego przedmiotu zamówienia, albo rezygnacji z usług utrzymania zieleni ponad obowiązki gwarancyjne mające na celu stwierdzenie prawidłowego wykonania zamówienia w tym zakresie, pozostawiając Zamawiającemu wybór, który sposób Zamawiający zastosuje.

Izba nie uwzględniła żądania Odwołującego dotyczącego nakazania Zamawiającemu zmianę treści gwarancji poprzez zastąpienie jej usługami utrzymania zieleni oraz wydzieleniem płatności za te usługi w formie ryczałtu wypłacanej co miesiąc w równych częściach, bowiem wiązałoby się to z ingerencją Izby w zakres zamówienia, jakiego miałby udzielić Zamawiający ponad to opisane w SIWZ.

Izba oddaliła zarzut dotyczący nr 2 odwołania, uznając go za niezasadny.

Wskazać należy, że wbrew stanowisku Odwołującego, postanowienie zawarte w § 3 ust. 8 Umowy nie narusza art. 29 ust. 1 i 2 w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp i art. 387 k.c. Izba uznała, że Zamawiający wykazał zasadność wprowadzonego w ww. przepisie postanowienia. Zamawiający wyjaśnił bowiem, że dowolność w dokonywaniu zmian w HRF bez ich akceptacji przez Zamawiającego prowadziłyby do narażenia go na odpowiedzialność w zakresie dyscypliny finansów publicznych. Zauważyć należy, że jak wskazywał Zamawiający zmiana kwot wskazanych w HRF wymaga zgody Zamawiającego z uwagi na konieczność kontroli wydatkowania środków publicznych zgodnie z planem finansowym jednostki. Niedopuszczalne jest bowiem, dokonywanie wydatku bez zaplanowanych środków na dany cel w planie finansowym jednostki. Zgodnie z art. 11 ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych - naruszeniem dyscypliny finansów publicznych jest dokonanie wydatku ze środków publicznych bez upoważnienia określonego ustawą budżetową, uchwałą budżetową lub planem finansowym albo z przekroczeniem zakresu tego upoważnienia lub z naruszeniem przepisów dotyczących dokonywania poszczególnych rodzajów wydatków. W konsekwencji Izba stwierdziła, że nieuzasadnione jest żądanie dotyczące wykreślenia § 32 ust. 18 wzoru umowy, gdyż jak wykazał Zamawiający mogłoby to doprowadzić do przekroczenia limitów wydatków przyjętych przez Zamawiającego w planie finansowym jednostki.

Odnosząc się do zarzutu nr 4 i 5 dotyczącego postanowień projektu umowy uzależniających zapłatę wynagrodzenia wykonawcy od dokonania przez niego zapłaty wynagrodzenia podwykonawcom, w tym także wynagrodzeń niewymagalnych w zakresie odbioru końcowego, należy zauważyć, że w art. 647¹ k.c. wprost przewidziana została odpowiedzialność solidarna Zamawiającego z wykonawcą za zapłatę wynagrodzenia należnego podwykonawcy z tytułu wykonanych przez niego robót budowlanych. Ponadto w art. 143a ust. 1 pkt 1 i 2 Pzp mowa jest o uzależnieniu wypłaty wykonawcy

Sygn. akt KIO 3512/20

wynagrodzenia lub zaliczek jedynie od przedstawienia dowodów zapłaty podwykonawcom wymagalnego wynagrodzenia. Tym samym wprowadzone przez Zamawiającego postanowienia projektu umowy są niezgodne z ww. przepisami. Dodatkowo zauważyć należy, że postanowienia uzależniające wypłatę wynagrodzenia wykonawcy od zapłaty podwykonawcom wynagrodzenia, które nie jest jeszcze wymagalne zmusza wykonawcę do prefinansowania podwykonawców przed uzyskaniem wynagrodzenia od Zamawiającego. Są to więc rozwiązania niekorzystne dla wykonawcy, niezgodne z zasadami współżycia społecznego, w tym z regułą wypłaty wynagrodzenia podwykonawcom po otrzymaniu wynagrodzenia od Zamawiającego. Natomiast zwolnienie Zamawiającego z odpowiedzialności solidarnej za należności podwykonawców nie jest też korzystne dla tych podwykonawców, gdyż ogranicza liczbę podmiotów, od których mogą się domagać swoich należności.

Wobec powyższych ustaleń, Izba stwierdziła, że Zamawiający nie był uprawniony do wprowadzenia kwestionowanych w odwołaniu postanowień projektu umowy i nakazała dokonanie modyfikacji zgodnie z żądaniami Odwołującego.

Odnosząc się do zarzutu nr 6 dotyczącego postanowienia § 35 ust. 3 Umowy zgodnie z którym tylko Zamawiającemu przysługuje możliwość dochodzenia odszkodowania uzupełniającego wskazać należy, że zgodnie z art. 353¹ k.c. strony zawierające umowę mogą ułożyć stosunek prawny według swego uznania, byleby jego treść lub cel nie sprzeciwiały się właściwości (naturze) stosunku, ustawie ani zasadom współżycia społecznego. Z przepisu tego wynika, że strony dysponują co do zasady swobodą kształtowania treści umowy, niemniej jednak swoboda ta nie jest nieograniczona. Zarówno treść, jak i cel umowy nie mogą być bowiem sprzeczne z właściwością stosunku zobowiązaniowego, przepisami prawa oraz z zasadami współżycia społecznego. Postanowienia umowy, bez względu zatem na wyrażoną wyżej swobodę umów, nie mogą naruszać istoty i charakteru danego zobowiązania, przepisów bezwzględnie obowiązujących oraz ogólnych zasad słuszności, dobrych obyczajów, uczciwości, czy rzetelności, które mieszczą się w pojęciu zasad współżycia społecznego.

Izba rozumie przy tym intencje Zamawiającego przedstawione w odpowiedzi na odwołanie, a sprowadzające się do chęci zabezpieczenia jego interesów, niemniej jednak powyższe nie może prowadzić do nadania postanowieniom umowy treści obiektywnie niekorzystnej dla jednej ze stron, w tym wypadku – wykonawcy. Takie postępowanie Zamawiającego nie jest zgodne z zasadami współżycia społecznego i nie może być usprawiedliwione ani interesem publicznym ani zasadą swobody umów. Jak wskazano już wyżej, możliwość korzystania z zasady swobody umów doznaje ograniczenia m.in. w obowiązku przestrzegania zasad współżycia społecznego, które w tym wypadku zostały

Sygn. akt KIO 3512/20

naruszone poprzez zamiar narzucenia wykonawcom, przy wykorzystaniu silniejszej pozycji Zamawiającego, niekorzystnych dla nich rozwiązań. Za nieuprawnione należy bowiem uznać takie ukształtowanie stosunku, które nie pozwala profesjonalnemu wykonawcy działającemu z należytą starannością na skalkulowanie ryzyk związanych z realizacją umowy oraz wyłącza możliwość dochodzenia odszkodowania, w sytuacji kiedy wartość kary umownej nie pokryje wysokości poniesionych szkód.

Izba w składzie orzekającym w całości podzieliła stanowisko Odwołującego, zgodnie z którym, wykonawca w sytuacji, gdy do odstąpienia od umowy doszłoby z przyczyn, za które odpowiedzialność ponosi Zamawiający winien być uprawniony do poszukiwania zaspokojenia swoich słuszych roszczeń odszkodowawczych przed sądem. Wyłączenie natomiast z góry dopuszczalności dochodzenia powyższego roszczenia przez Zamawiającego w okolicznościach przedmiotowej sprawy stanowi nadużycie jego pozycji.

Uzasadnienia dla odebrania przez Zamawiającego wykonawcom uprawnienia do dochodzenia odszkodowania uzupełniającego nie może stanowić okoliczność, że Zamawiający przewidział w § 35 ust. 5 wzoru Umowy uprawnienie wykonawcy do naliczenia kary umownej należnej od Zamawiającego w wysokości 20% całkowitego wynagrodzenia brutto, w przypadku odstąpienia przez Wykonawcę od umowy z winy Zamawiającego. Może bowiem zdarzyć się taka sytuacja, gdy wysokość kary umownej nie zdoła pokryć poniesionych przez wykonawcę strat, w związku z czym wykonawca taki musi posiadać uprawnienie do zabezpieczenia swojego interesu. Dlatego też w ocenie Izby Zamawiający w sposób nieuprawniony dokonał wyłączenia możliwości dochodzenia odszkodowania uzupełniającego przed sądem przez wykonawców. W tym stanie rzeczy za zasadne Izba uznała postawione przez Odwołującego zarzuty i nakazała Zamawiającemu dokonanie modyfikacji § 35 ust. 3 Umowy w sposób wskazany w sentencji wyroku.

Mając powyższe na względzie orzeczono jak w sentencji.

Izba, częściowo uwzględniła i częściowo oddaliła odwołanie. Stosunek zarzutów zasadnych do niezasadnych wyniósł odpowiednio 4/5 do 1/5. Kosztami postępowania obciążano, zatem Zamawiającego w części 4/5 i Odwołującego w części 1/5.

Na koszty postępowania odwoławczego składał się wpis uiszczony przez Odwołującego w wysokości 7500 zł, koszty poniesione przez Odwołującego z tytułu zastępstwa przed Izbą w kwocie 3.600 zł, ustalone na podstawie rachunku złożonego do akt sprawy (łącznie: 11.100 zł) . Odwołujący poniósł dotychczas koszty postępowania odwoławczego w wysokości 11 100 zł tytułem wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika, tymczasem odpowiadał za nie do wysokości 2200 zł (11 100 zł x 1/5). Wobec powyższego Izba zasądziła od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę 8900 zł

Sygn. akt KIO 3512/20

stanowiącą różnicę pomiędzy kosztami poniesionymi dotychczas przez Odwołującego a kosztami postępowania, za jakie odpowiadał w świetle jego wyniku.

Biorąc powyższe pod uwagę, o kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 2 pkt 1 w zw. z § 3 pkt 2 lit. b oraz § 5 ust. 3 pkt 1 oraz § 5 ust. 4 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 972).

Przewodniczący :