

WYROK

Warszawa, dnia 4 września 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Przemysław Dzierzędzki

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 19 sierpnia 2024 r. przez wykonawcę [REDAKTOWANE]. w [REDAKTOWANE]

w postępowaniu prowadzonym przez [REDAKTOWANE]

[REDAKTOWANE] w [REDAKTOWANE]

przy udziale uczestnika po stronie odwołującego – wykonawcy [REDAKTOWANE]

[REDAKTOWANE] w [REDAKTOWANE]

orzeka:

1. umarza postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutu nr 4 odwołania,
2. uwzględnia częściowo odwołanie w zakresie zarzutu nr 1 odwołania i nakazuje zamawiającemu wykonanie czynności modyfikacji treści SWZ (Umowy) poprzez modyfikację treści postanowienia Umowy i nadanie im następującego brzmienia:
 - a) zdanie pierwsze §3 ust. 1 projektu umowy: *„Wynagrodzenie, o którym mowa w ust. 1, obejmuje wszystkie koszty Wykonawcy związane z wykonaniem i odbiorem przedmiotu Umowy, zgodnie z wzorem stanowiącym załącznik nr 3 do Umowy oraz ofertą Wykonawcy, a wynikające z zastosowanej technologii, obowiązujących norm i przepisów, a niezbędne do wykonania przedmiotu Umowy.”*,
 - b) §4 ust. 2 projektu umowy: *„Wykonawca oświadcza, że zapoznał się z dokumentacją przedstawioną przez Zamawiającego i nie zgłasza do niej uwag i zastrzeżeń. Zakres obowiązków weryfikacyjnych nałożonych na Wykonawcę i składanych oświadczeń ograniczony jest do czynności i informacji, możliwych do przeprowadzenia i zidentyfikowania przez Wykonawcę na podstawie dokumentacji sporządzonej przez Zamawiającego na etapie składania oferty.”*,
3. w pozostałym zakresie oddala odwołanie,

4. kosztami postępowania obciąża [REDAKTOWANE]
[REDAKTOWANE] w [REDAKTOWANE] w części 1/3 oraz wykonawcę [REDAKTOWANE] w [REDAKTOWANE] w części 2/3 i:
- 4.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **10.000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę [REDAKTOWANE] w [REDAKTOWANE] tytułem wpisu od odwołania,
- 4.2. zasądza od [REDAKTOWANE] w [REDAKTOWANE] na rzecz wykonawcy [REDAKTOWANE] w [REDAKTOWANE] kwotę **3.333 zł 33 gr** (słownie: trzy tysiące trzysta trzydzieści trzy złote trzydzieści trzy grosze).

Na orzeczenie - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie - Sądu Zamówień Publicznych.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

██ w ██████████, zwany dalej „zamawiającym”, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2023 r. poz. 1605 ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp” lub „Pzp”, którego przedmiotem jest Rozbudowa oraz przystosowanie budynków nr 15 oraz 23 na potrzeby ██████████

████████████████████ „zaprojektuj i wykonaj”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych 12 sierpnia 2024 r., ██████████.

Wobec czynności i zaniechań zamawiającego w ww. postępowaniu w dniu 19 sierpnia 2024 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wniósł odwołanie wykonawca ██████████ w ██████████, zwany dalej „odwołującym”.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 433 ust. 1 pkt 3) ustawy Pzp, art. 455 ust. 1 w zw. z art. 99 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 5 KC, art. 58 KC, art. 353¹ KC w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp poprzez wprowadzenie do Umowy postanowień, z których wynika odpowiedzialność wykonawcy za okoliczności za które wyłączną odpowiedzialność ponosi zamawiający, tj. za niekompletność lub niepoprawność treści dokumentacji Postępowania (w tym PFU, ZKZ), za prawidłowość identyfikacji uwarunkowań istotnych z punktu widzenia realizacji zamówienia, przekładających się na treść dokumentacji przygotowywanej przez zamawiającego za jej niekompletność, niepoprawność, niespójność, błędy, pominięcia lub inne braki, co stanowi o przerzuceniu na wykonawców wszelkich ryzyk związanych z nieprawidłowym i niejednoznacznym opisem przedmiotu zamówienia, a w konsekwencji uniemożliwia racjonalną kalkulację ceny oferty i jej przygotowanie, w sytuacji, w której dyspozycja art. 433 ustawy Pzp wprost wskazuje, że taka klauzula jest klauzulą abuzywną, prowadzącą do nadużycia przez Zamawiającego prawa do kształtowania postanowień umownych i jego pozycji dominującej, będąc jednocześnie postanowieniem niekorzystnym dla wykonawców, naruszającym bezwzględnie obowiązujące przepisy prawa oraz prowadzącą do zachwiania równowagi stron stosunku zobowiązaniowego i naruszenia zasad współżycia społecznego i praw podmiotowych wykonawców (zarzut nr 1);
- 2) art. 8 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 577 § 4, art. 568 § 1, art. 647, art. 654, art. 5 i art. 353¹ KC w zw. z art. 16 ustawy Pzp poprzez wprowadzenie do Umowy niespójnych postanowień

dotyczących zasad odbioru, uzależniających de facto dokonanie odbioru i wypłatę należnego wynagrodzenia, rozpoczęcie biegu terminu gwarancji i rękojmi, a także zwrot 70% kwoty zabezpieczenia od usunięcia wszelkich wad zidentyfikowanych w ramach przedmiotu umowy, tj. od odbioru bezusterkowego, co godzi w istotę i naturę umowy o roboty budowlane, stanowiąc wyraz uchylania się przez Zamawiającego od podstawowych obowiązków nałożonych na inwestora, będąc jednocześnie postanowieniem niekorzystnym dla wykonawców, naruszającym bezwzględnie obowiązujące przepisy prawa oraz równowagę stron umowy i prowadzącym do naruszenia praw podmiotowych wykonawców (zarzut nr 2);

- 3) art. 8 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 5 i 353¹ KC w zw. z art. 473 § 1 KC w zw. z art. 483 KC w zw. z art. 484 KC w zw. z art. 16 ustawy Pzp poprzez zastrzeżenie przez Zamawiającego kary umownej za zwłokę w usunięciu wady nieistotnej co jest nadmiernym i nieadekwatnym obciążeniem wykonawcy w stosunku do specyfiki realizacji i uwarunkowań rynkowych, i jednocześnie określenia kary umownej w sposób uprawniający Zamawiającego do arbitralnego określania przypadków jej naliczenia i jej finalnej wysokości przez Zamawiającego na etapie realizacji Umowy, bez umożliwienia wykonawcom ustalenia konkretnych okoliczności stanowiących podstawę jej naliczenia i przypadków naliczenia oraz w sposób uniemożliwiający wyliczenie jej wysokości, co jest wprost sprzeczne z powszechnie obowiązującymi przepisami prawa, i jednocześnie stanowi wyraz nadużycia prawa Zamawiającego do kształtowania postanowień umownych i jego pozycji dominującej oraz jest postanowieniem niekorzystnym dla wykonawców, naruszającym równowagę stron umowy i prowadzącym do naruszenia praw podmiotowych wykonawców (zarzut nr 3);
- 4) art. 8 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 5 i 353¹ KC w zw. z art. 473 § 1 KC w zw. z art. 483 KC w zw. z art. 484 § 2 KC w zw. z art. 16 ustawy Pzp poprzez zastrzeżenie przez Zamawiającego w ramach Umowy górnego limitu kar umownych o rażąco wygórowanej wysokości, co jest nadmiernym i nieadekwatnym obciążeniem wykonawcy w stosunku do specyfiki realizacji i uwarunkowań rynkowych, stanowiąc jednocześnie wyraz nadużycia prawa Zamawiającego do kształtowania postanowień umownych i jego pozycji dominującej oraz będąc postanowieniem niekorzystnym dla wykonawców, naruszającym równowagę stron umowy i prowadzącym do naruszenia praw podmiotowych wykonawców (zarzut nr 4).

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu dokonania zmiany treści SWZ (w tym Umowy) w sposób wskazany w uzasadnieniu niniejszego odwołania.

W uzasadnieniu zarzutu nr 1 odwołania odwołujący wskazał, że Zamawiający określił w Umowie (Załącznik nr 2 do SWZ) następujące postanowienie:

§3 ust. 1 Umowy „Wynagrodzenie, o którym mowa w ust. 1, obejmuje wszystkie koszty Wykonawcy związane z wykonaniem i odbiorem przedmiotu Umowy, w tym również nie ujęte w zakresie określonym w PF-U, ZKZ sporządzonym przez Zamawiającego i Wykonawcę, zgodnie z wzorem stanowiącym załącznik nr 3 do Umowy oraz ofercie Wykonawcy, a wynikające z zastosowanej technologii, obowiązujących norm i przepisów, a niezbędne do wykonania przedmiotu Umowy”.

§4 ust. 2 Umowy „Wykonawca oświadcza, że zapoznał się z dokumentacją przedstawioną przez Zamawiającego i nie zgłasza do niej uwag i zastrzeżeń”.

Odwołujący podniósł, że opis przedmiotu zamówienia, co wprost determinuje dyspozycja art. 99 ust. 1 ustawy Pzp powinien pozwolić każdemu z potencjalnie zainteresowanych danym zamówieniem wykonawcom, przygotowanie i złożenie ważnej oferty, w tym umożliwić precyzyjne obliczenie ceny za jego realizację. Wskazał, że zgodnie z treścią art. 433 ust. 1 pkt 3) ustawy Pzp „Projektowane postanowienia umowy nie mogą przewidywać: (...) 3) odpowiedzialności wykonawcy za okoliczności, za które wyłączną odpowiedzialność ponosi zamawiający”.

Odwołujący argumentował, że zamawiający jest gospodarzem niniejszego Postępowania i w sposób arbitralny decyduje o ukształtowaniu dokumentacji Postępowania. Zgodnie z §1 ust. 1 Umowy „Szczegółowy zakres i opis przedmiotu Umowy określa Program Funkcjonalno-Użytkowy (PF-U), będący integralną częścią Umowy, stanowiący załącznik nr 1 do Umowy”. Zdaniem odwołującego jednocześnie w treści Umowy tak ukształtował jej postanowienia, że de facto przerzuca na wykonawcę odpowiedzialność za dokumentację, którą sam wytworzył, w tym za ich poprawności i kompletność, bowiem wykonawca ma w kosztach realizacji zamówienia uwzględnić nawet koszty, które nie zostały ujęte/opisane w sporządzonej przez Zamawiającego dokumentacji (w tym PFU, ZKZ), tj. nawet te które nie są możliwe do ustalenia/oszacowania na etapie składania oferty, bowiem odpowiedni zakres nie został ujęty w dokumentacji Postępowania.

Odwołujący wskazał, że Zamawiający za pośrednictwem tak ukształtowanego postanowienia zdaje się uchylać od odpowiedzialności za prawidłowe przygotowanie opisu przedmiotu zamówienia, które jak wyraźnie wynika z poczynionych powyżej uwag jest jego wyłączną prerogatywą. W konsekwencji, Zamawiający usiłuje przerzucić na wykonawcę w zasadzie nieograniczony katalog ryzyk związanych z nieprecyzyjnością i brakami w opisie przedmiotu zamówienia, narzucając, że wynagrodzenie należne wykonawcy ma konsumować wszelkie koszty, za wszelkie prace związane z realizacją zamówienia, które okażą się

niezbędne, nawet jeśli nie wynikają one z przekazanej dokumentacji (nawet te nieujęte w przekazanej dokumentacji). Według odwołującego tak określony zakres zobowiązań nałożonych na wykonawcę nie tylko narusza jego prawa podmiotowe, ale też generuje ryzyko całkowitej nieporównywalności złożonych ofert. Odwołujący argumentował, że nie można wymagać od wykonawcy, aby na etapie zawarcia umowy, składał oświadczenie o braku zastrzeżeń i uwag do dokumentacji Postępowania przygotowanej przez Zamawiającego. Zastrzeżenia i uwagi zgłaszane są na etapie postępowania przetargowego w formie korzystania ze środków ochrony prawnej i zadawania pytań do Zamawiającego. Wszelkie zmiany treści dokumentacji, które zostały wprowadzone w wyniku działań ze strony wykonawcy są obowiązujące natomiast jeżeli na etapie realizacji zamówienia okaże się, że dokumentacja Postępowania nie jest kompletna lub została sporządzona przez Zamawiającego w sposób nieprawidłowy, to brak zgłoszenia zastrzeżeń/uwag co do treści, a wynikające z okoliczności, których wykonawca nie był w stanie przewidzieć nie może nakładać na niego odpowiedzialności za jej treść, w związku z tym, że nie wniósł uwag lub zastrzeżeń co do jej treści na etapie postępowania przetargowego lub zawarcia umowy.

Według odwołującego, maksymalną granicę wyznaczającą zobowiązanie nałożone na wykonawcę stanowią elementy możliwe do przewidzenia na podstawie udostępnionej przez Zamawiającego dokumentacji. Wszelkie prace i związane z nimi koszty realizacji zamówienia, których nie dało się wywieść z udostępnionej dokumentacji, czy istniejących norm i przepisów prawa, siłą rzeczy nie mogą stanowić przedmiotu zamówienia, nie będąc nim objętymi, nie zostaną zatem ujęte w ofercie. Zamawiający domaga się jednak, aby wynagrodzenie obejmowało także te niedookreślone, potencjalne koszty i zakres prac, który nie zostanie ujęty w ofercie wykonawcy (w wyniku nieujęcia danych prac przez Zamawiającego w dokumentacji). Zdaniem odwołującego, dla takich sytuacji ustawodawca przewidział wprost możliwość realizacji robót dodatkowych czy innych zmian w umowie, co oznacza, że postanowienia umowne włączające w zakres zobowiązania wykonawców prace/koszty nieopisane, nieujęte (bądź opisane w sposób sprzeczny bądź niejednoznaczny) w dokumentacji zamówienia nie tylko naruszałyby regulacje dotyczące opisu przedmiotu zamówienia i rozkładu ryzyk umownych, ale też stanowią obejście art. 455 ust. 1 ustawy Pzp. Odwołujący podkreślał, że wykonawca przygotowuje ofertę i kalkuluje jej cenę (wraz z ryzykiem realizacji zamówienia) na podstawie przygotowanej przez Zamawiającego dokumentacji. Brak realizacji zamówienia w terminie lub w sposób nienależyty jest obarczony odpowiedzialnością odszkodowawczą, w tym naliczeniem wykonawcy kar umownych. Tym samym zaistnienie rozbieżności, niekompletności lub błędów w dokumentacji, za które odpowiedzialny jest Zamawiający nie powinno generować odpowiedzialności po stronie wykonawcy. Takie działanie

Zamawiającego stanowi zdaniem odwołującego rażące nadużycie pozycji dominującej Zamawiającego i w jego ocenie nie zasługuje na akceptację.

Odwołujący argumentował także, że respektując, także jedną z podstawowych zasad udzielania zamówień publicznych zdefiniowaną w art. 16 ustawy Pzp, tj. zasadę przejrzystości, wykonawcy muszą na etapie ubiegania się o udzielenie zamówienia dysponować jednoznacznymi i klarownymi informacjami dotyczącymi zakresu nałożonych na nich zobowiązań, które powinny być wprost skorelowane z udostępnionym opisem przedmiotu zamówienia i ogólnodostępnymi informacjami możliwymi do przeanalizowania przez profesjonalnego wykonawcę. Wyeliminowanie postanowień budzących wątpliwości interpretacyjne, sugerujących nałożenie na wykonawców zobowiązań wykraczających poza tak określone ramy, zachęcić może przy tym do uczestnictwa w danym postępowaniu przetargowym, eliminując ryzyko sporów na etapie realizacji zamówienia.

Zdaniem odwołującego tak ukształtowany przez Zamawiającego sposób ponoszenia odpowiedzialności przez wykonawców oznaczać będzie, że wykonawcy zmuszeni będą wkalkulować w cenę ofertową bardzo wysokie koszty ryzyka realizacji zamówienia. Brak należytego ustalenia zasad odpowiedzialności skutkować może tym, że podmiot, który ma możliwość złożenia konkurencyjnej cenowo oferty, nie uczyni tego ze względu na postanowienia umowne zakładające właściwie nieograniczoną odpowiedzialność wykonawcy. W sposób oczywisty sytuacja taka nie jest korzystna dla samego Zamawiającego i celu prowadzenia Postępowania jakim jest zabezpieczenie prawidłowości wydatkowania środków publicznych i zapewnienie maksymalnej porównywalności składanych ofert.

Odwołujący wniósł o modyfikację treści SWZ (Umowy) poprzez modyfikację treści postanowienia Umowy i nadanie mu następującego brzmienia:

§3 ust. 1 Umowy „Wynagrodzenie, o którym mowa w ust. 1, obejmuje wszystkie koszty Wykonawcy związane z wykonaniem i odbiorem przedmiotu Umowy, zgodnie z wzorem stanowiącym załącznik nr 3 do Umowy oraz ofertą Wykonawcy, a wynikające z zastosowanej technologii, obowiązujących norm i przepisów, a niezbędne do wykonania przedmiotu Umowy”.

§4 ust. 2 Umowy „Wykonawca oświadcza, że zapoznał się z dokumentacją przedstawioną przez Zamawiającego i nie zgłasza do niej uwag i zastrzeżeń. Zakres obowiązków weryfikacyjnych nałożonych na Wykonawcę i składanych oświadczeń ograniczony jest do czynności i informacji, możliwych do przeprowadzenia i zidentyfikowania przez Wykonawcę na podstawie dokumentacji sporządzonej przez Zamawiającego na etapie składania oferty”.

W uzasadnieniu zarzutu nr 2 odwołania odwołujący wskazał, że Zamawiający określił w Umowie (Załącznik nr 2 do SWZ) zasady dokonania odbioru w następujący sposób:

§9 ust. 7 Umowy „Z czynności odbioru dokumentacji, o której mowa w §1 ust. 2 pkt 1 - 3 oraz odbioru końcowego sporządzony zostanie protokół zawierający wszystkie ustalenia dokonane w toku odbioru – podpisany przez komisję odbioru. Jeżeli w czasie odbioru zostaną stwierdzone wady Zamawiającemu przysługują następujące uprawnienia:

- 1) jeżeli wady kwalifikują się do usunięcia, Zamawiający wyznacza Wykonawcy termin ich usunięcia. Wykonawca zobowiązany jest do pisemnego zawiadomienia Zamawiającego o usunięciu wad. Zamawiającemu przysługuje prawo naliczenia kar zgodnie z §13 ust. 1 pkt. 2 do czasu faktycznego oddania robót i/lub dokumentacji bez wad.*
- 2) jeżeli wady nie kwalifikują się do usunięcia, to:*
 - a) Zamawiający może żądać ponownego wykonania robót i/lub dokumentacji lub*
 - b) Zamawiający może żądać zapłaty równowartości wadliwej części robót i/lub dokumentacji.*
- 3) jeżeli wady uniemożliwiają użytkowanie obiektu zgodnie z przeznaczeniem i nie kwalifikują się do usunięcia, Zamawiający może odstąpić od Umowy z przyczyn zależnych od Wykonawcy z konsekwencjami wymienionymi w § 13 ust. 1 pkt. 8 lub żądać wykonania przedmiotu Umowy po raz drugi.*

§9 ust. 8 Umowy „Po stwierdzeniu wad w toku odbioru, zostanie sporządzony protokół wad w formie załącznika do protokołu końcowego odbioru robót budowlanych. Podpisany protokół końcowego odbioru robót budowlanych z załączonym podpisanym protokołem wad potwierdzającym usunięcie wad istotnych (jeżeli takowe wystąpią) jest podstawą do wystawienia przez Wykonawcę faktury końcowej oraz zgodnie z § 12 ust. 6 pkt. 1 do zwrotu 70% wartości zabezpieczenia”.

Według odwołującego ustalając w taki sposób procedurę odbiorową de facto Zamawiający wprowadził bezusterkowy odbiór, jednoznacznie sankcjonowany i wyłączony na gruncie ugruntowanego orzecznictwa w tym zakresie i praktyki realizacyjnej projektów wykonywanych w reżimie zamówień publicznych. Zdaniem odwołującego powyższe postanowienia generują sytuację, w której pomimo możliwości korzystania z efektu wykonanych prac przez Zamawiającego lub pomimo istnienia nieznaczących jedynie uchybień w robotach wykonanych przez wykonawcę zostaje on pozbawiony należnego mu wynagrodzenia, finansując de facto dane przedsięwzięcie powyżej uzasadnionych ram czasowych. Zgodnie z zamierzeniem Zamawiającego i treścią cytowanych postanowień umownych wykonawca nie mógłby zatem uzyskać należnego mu wynagrodzenia i

zobowiązany byłby do ponoszenia kosztów utrzymania obiektu, pomimo możliwości jego prawidłowego użytkowania.

Odwołujący podniósł, że w przypadku, w którym wykonawca wykonał swoje zobowiązanie, a zidentyfikowane braki mają charakter wyłącznie nieistotnych wad, usterek, obowiązkiem Zamawiającego, wynikającym z treści art. 647 KC jest dokonanie odbioru robót i wypłata należnego wykonawcy wynagrodzenia. Każdorazowo, jeśli przedmiot umowy o roboty budowlane wypełnia treść zobowiązania wynikającego z dokumentacji projektowej i umożliwia zamawiającemu korzystanie z obiektu, to obowiązkiem zamawiającego jest dokonanie odbioru wykonanych prac i zapłata. W taki bowiem sposób - poprzez odniesienie do przedmiotowego znaczenia danej wady i jej przełożenia na funkcjonowanie przedmiotu umowy - definiowana jest „istotność” uchybień zidentyfikowanych w ramach przedmiotu umowy.

Odwołujący argumentował, że wszelkie nieistotne wady zidentyfikowane w ramach czynności odbiorowych i kwestia „rozliczenia” wykonawcy z ich usuwania odbywa się w ramach rękojmi i gwarancji, zabezpieczając więc w sposób wystarczający interesy Zamawiającego w tym przedmiocie. Należy bowiem zauważyć, że odebranie przedmiotu umowy (nawet z wadami nieistotnymi) rozpoczyna jednocześnie bieg okresu rękojmi i gwarancji. Wynika to chociażby ze stosowanych w drodze analogii przepisów dotyczących rękojmi i gwarancji przy sprzedaży (art. 577§4 KC, art. 568§1 KC) wiążących rozpoczęcie biegu rękojmi i gwarancji z momentem wydania rzeczy kupującemu. Co za tym idzie, w takiej sytuacji to właśnie roszczenia z rękojmi czy gwarancji są reżimem właściwym dla wywodzenia i egzekwowania uprawnień Zamawiającego z zakresu usuwania wszelkich nieprawidłowości dotyczących przedmiotu umowy (art. 638§1 KC). Dopuszczenie do sytuacji, w której Zamawiający w sposób dowolny blokuje wypłatę wynagrodzenia dla wykonawcy, próbując wymusić usunięcie rzekomych wad stwierdzonych podczas odbiorów i jednocześnie nalicza kary umowne do czasu oddania dokumentacji/robót bez wad, które realnie mają charakter nieznaczących uchybień, pomimo, iż jego interesy i uprawnienia zabezpieczone są poprzez ustawowe instrumenty, nie ma nic wspólnego ani z zasadą równowagi stron stosunku zobowiązaniowego, ani z zasadą współdziałania zamawiającego i wykonawcy przy wykonywaniu umowy w sprawie zamówienia publicznego, wprost wyartykułowaną w ramach ustawy Pzp (art. 431 ustawy Pzp).

Zdaniem odwołującego, przez tak ukształtowane postanowienia umowne Zamawiający uchyla się od ciążącego na nim, bezwzględnego obowiązku wynikającego z treści art. 647 KC, który wskazuje, że jednym z podstawowych obowiązków inwestora, w tym wypadku Zamawiającego, w ramach umowy o roboty budowlane jest dokonanie odbioru robót. Odbiór wykonanych robót jest kwestią kluczową w relacjach inwestor (zamawiający) — wykonawca. Stąd też, jakkolwiek praktyka uchylania się przez inwestorów od tego obowiązku, w

szczegółności przy odbiorach końcowych, jest jednoznacznie sankcjonowana, zwłaszcza, że doświadczenie realizacyjne pokazuje, że na etapie odbioru robót może dochodzić do sporów co do kwestii istnienia wad, a inwestorzy wykorzystują tego typu abuzywne postanowienia np. w celu nieuzasadnionego blokowania wypłaty wynagrodzenia dla wykonawcy, próbując wymusić usunięcie rzekomych wad stwierdzonych podczas odbiorów, które realnie mają charakter nieznaczących uchybień.

Zdaniem odwołującego przedmiotowe postanowienia Umowne dają Zamawiającemu uprawnienie do podjęcia takich samych działań zarówno w odniesieniu do wad istotnych (uniemożliwiających, prawidłowe korzystanie z rezultatu prac) jak i wad nieistotnych (usterek nie mających wpływu na możliwość korzystania z efektu wykonanych prac), co jest niezgodne tak z praktyką budowlaną jak i bezwzględnie obowiązującymi przepisami prawa. Przy czym takie uregulowanie procedury odbioru ma dalej idące konsekwencje, gdyż od oficjalnego odbioru i podpisania protokołu końcowego odbioru robót zaczyna biec termin okresu gwarancji i rękojmi (§ 11 ust. 1 Umowy „Okres rękojmi jest równy okresowi gwarancji. Bieg terminu gwarancji i rękojmi rozpoczyna się od dnia podpisania protokołu końcowego odbioru robót budowlanych”).

Odwołujący wniósł o modyfikację treści SWZ (Umowy) poprzez modyfikację treści postanowień Umowy i nadanie im następującego brzmienia:

§9 ust. 7 Umowy „Z czynności odbioru dokumentacji, o której mowa w §1 ust. 2 pkt 1 - 3 oraz odbioru końcowego sporządzony zostanie protokół zawierający wszystkie ustalenia dokonane w toku odbioru – podpisany przez komisję odbioru. Jeżeli w czasie odbioru zostaną stwierdzone wady Zamawiającemu przysługują następujące uprawnienia:

- 1) jeżeli wady są nieistotne i kwalifikują się do usunięcia, Zamawiający w tym zakresie dokona odbioru (podpisania protokołu), ale jednocześnie wyznacza Wykonawcy termin ich usunięcia. Wykonawca zobowiązany jest do pisemnego zawiadomienia Zamawiającego o usunięciu wad.
- 2) Jeżeli wady są istotne i kwalifikują się do usunięcia, Zamawiający w tym zakresie wyznacza Wykonawcy termin ich usunięcia. Wykonawca zobowiązany jest do pisemnego zawiadomienia Zamawiającego o usunięciu wad. Zamawiającemu przysługuje prawo naliczenia kar zgodnie z §13 ust. 1 pkt. 2 do czasu usunięcia istotnych wad robót i/lub dokumentacji.
- 2) jeżeli wady nie kwalifikują się do usunięcia, to:
 - a) Zamawiający może żądać ponownego wykonania robót i/lub dokumentacji
lub
 - b) Zamawiający może żądać zapłaty równowartości wadliwej części robót i/lub dokumentacji.

3) jeżeli wady uniemożliwiają użytkowanie obiektu zgodnie z przeznaczeniem i nie kwalifikują się do usunięcia, Zamawiający może odstąpić od Umowy z przyczyn zależnych od Wykonawcy z konsekwencjami wymienionymi w § 13 ust. 1 pkt. 8 lub żądać wykonania przedmiotu Umowy po raz drugi.

W uzasadnieniu zarzutu nr 3 odwołania odwołujący podniósł, że Zamawiający wprowadził do Umowy (Załącznik nr 2 do SWZ) postanowienie o następującej treści:

§13 ust. 1 Umowy „Zamawiający naliczy kary umowne w następujących przypadkach: (...) 2) za zwłoki usunięciu wad, stwierdzonych przy odbiorze w wysokości po 0,1 % wynagrodzenia umownego netto, za każdy dzień zwłoki;” (fragment zacytowany wprost, bez zmian).

Kolejno odwołujący wskazał, że z powyższą karą umowną skorelowane jest następujące postanowienie:

§9 ust. 7 Umowy „Z czynności odbioru dokumentacji, o której mowa w §1 ust. 2 pkt 1 - 3 oraz odbioru końcowego sporządzony zostanie protokół zawierający wszystkie ustalenia dokonane w toku odbioru – podpisany przez komisję odbioru. Jeżeli w czasie odbioru zostaną stwierdzone wady Zamawiającemu przysługują następujące uprawnienia:

1) jeżeli wady kwalifikują się do usunięcia, Zamawiający wyznacza Wykonawcy termin ich usunięcia. Wykonawca zobowiązany jest do pisemnego zawiadomienia Zamawiającego o usunięciu wad. Zamawiającemu przysługuje prawo naliczenia kar zgodnie z §13 ust. 1 pkt. 2 do czasu faktycznego oddania robót i/lub dokumentacji bez wad”.

Zdaniem odwołującego z powyższego wynika, że de facto wykonawcy aktualnie nie są w stanie ustalić w jakiej wysokości została zastrzeżona kara umowna i jak wysokie ryzyko należy skalkulować w tym zakresie. Treść klauzuli umownej zastrzegająca tę karę umowną nie spełnia zatem minimalnych wymogów określonych w art. 483 KC, brak jest wskazania konkretnych zasad jej wyliczenia oraz konkretnych punktów na osi czasu stanowiących o limicie wysokości jej naliczenia. Według odwołującego odpowiedzialność wykonawcy powinna w tym zakresie być ograniczona do wad istotnych przedmiotu zamówienia, a nie także do pojedynczych wad nieistotnych, usterek czy niemających znaczenia błędów. Tak ukształtowana klauzula daje Zamawiającemu arbitralne, nieograniczoną możliwość decydowania o naliczeniu kary umownej, w każdym przypadku, i zakończeniu jej naliczenia, bowiem nie sposób określić w jaki sposób Zamawiający będzie ustalał faktyczny czas odbioru robót/dokumentacji bez wad. Powoduje to istotną niepewność co do ryzyka realizacji zamówienia, a tym samym w sposób rażący narusza równowagę stron umowy i jest jednocześnie znacznym obciążeniem wykonawcy i całkowicie nieadekwatnym do naruszenia jeżeli mówimy o wadach nieistotnych.

Według odwołującego takie ukształtowanie klauzul umownych jest też niekorzystne dla samego Zamawiającego (jako dysponenta środków publicznych), bowiem wykonawcy będą

kalkulować znacznie wyższe koszty ryzyka (niepewności realizacji zamówienia), co przełoży się na ceny ofert i może też doprowadzić do sytuacji, gdy oferty staną się nieporównywalne, z uwagi na zupełnie inne szacowanie kosztów ryzyka przez oferentów. Odwołujący wniósł o modyfikację treści SWZ (postanowień Umowy) w następujący sposób:

§13 ust. 1 Umowy „Zamawiający naliczy kary umowne w następujących przypadkach: (...) 2) za zwłokę w usunięciu wad istotnych, stwierdzonych przy odbiorze w wysokości po 0,1 % wynagrodzenia umownego netto, za każdy dzień zwłoki;”.

W uzasadnieniu zarzutu nr 4 odwołania odwołujący podniósł, że Zamawiający wprowadził do Umowy (Załącznik nr 2 do SWZ) postanowienie o następującej treści:

§13 ust. 2. Umowy „Limit zastosowanych kar umownych nie może przekroczyć 30% wynagrodzenia umownego netto.”.

Według odwołującego Zamawiający określił zatem maksymalną wysokość kar umownych na poziomie aż 30% wartości wynagrodzenia brutto, co w ocenie Odwołującego należy uznać za rażąco wygórowaną wysokość limitu zastrzeżonych przez Zamawiającego kar umownych. Odwołujący wskazał, że podstawową funkcją kary umownej jest naprawa szkody wynikłej z niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania pieniężnego. Natomiast takie ukształtowanie postanowień Umowy związanych z karami umownymi prowadzi do tego, że obciążenie wykonawcy byłoby nieadekwatne, a kary umowne nie służyłyby kompensacji szkody powstałej u Zamawiającego, a zbliżały tak ukształtowane kary umowne do mechanizmu służącego jego nieuzasadnionemu wzbogaceniu. Odwołujący podnosił, że w ramach orzecznictwa sądów powszechnych podkreśla się, że wysokość nałożonych kar umownych nie może przekraczać wysokości należnego wynagrodzenia, a w sytuacji, w której wysokość kar w stosunku do wartości całego zobowiązania oscyluje w granicach kilkudziesięciu procent wartości umowy (jak w przedmiotowym przypadku), sądy uznają je za nadmierną dolegliwość, świadczącą o ich niewspółmierności w rozumieniu art. 484§2 KC. Według odwołującego limit kar nie powinien przekraczać wysokości kary ustanowionej na wypadek odstąpienia od umowy. Odwołujący wskazał zatem, że w Umowie Zamawiający zastrzegł karę umowną za odstąpienie od umowy w wysokości 10 % wynagrodzenia netto, w następujący sposób:

§ 13 ust. 1 Umowy „1. Zamawiający naliczy kary umowne w następujących przypadkach: (...) 8) za odstąpienie od Umowy z winy Wykonawcy – w wysokości 10% wynagrodzenia umownego netto;”.

Odwołujący podniósł, że kary umowne za odstąpienie od umowy zostały zastrzeżenie na niższym poziomie niż maksymalny limit kar umownych określony przez Zamawiającego.

Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której oświadczył, że uwzględni częściowo zarzut nr 4 odwołania. W pozostałym zakresie wniósł o oddalenie odwołania. W odpowiedzi i w trakcie rozprawy przedstawił uzasadnienie faktyczne i prawne swego stanowiska. Biorąc pod uwagę powyższe, tj. brak możliwości realnego wyegzekwowania kar umownych przekraczających poziom kilku lub odpowiednio kilkudziesięciu procent wynagrodzenia umownego, a także uwzględniając, że brak wprowadzenia proporcjonalnego limitu kar na obecnym etapie doprowadzi do skalkulowania przez wykonawców znacznie większych ryzyk (co przyczynić się może do nieracjonalnego wydatkowania środków publicznych), Odwołujący podkreślał zasadność dokonania modyfikacji treści SWZ (Umowy) w tym zakresie (zgodnie z wnioskiem konkretnej modyfikacji poniżej).

Odwołujący powołał się na następujące postępowania, w których zamawiający ustalili istotnie niższy poziom procentowy maksymalnej wysokości kar umownych, tj. niższy niż przewidziane przez Zamawiającego 30% wartości wynagrodzenia umownego netto:

1) Postępowanie pn.: „Budowa Gminnego Centrum Przesiadkowego w [REDAKTOWANE]”, Zamawiający: [REDAKTOWANE], ogłoszenie nr [REDAKTOWANE] z dnia 22.07.2022 r.:

§ 25 ust. 4 umowy: „Łączna wysokość kar umownych, o których mowa w ustępach poprzedzających wynosi maksymalnie 10% wartości wynagrodzenia brutto”;

2) Postępowanie pn.: „Przebudowa budynku Domu Studenta nr 10 przy ul. [REDAKTOWANE] [REDAKTOWANE] Zamawiający: [REDAKTOWANE] w [REDAKTOWANE], ogłoszenie nr [REDAKTOWANE] z dnia 08.12.2022 r.:

§ 8 ust. 5 umowy: „Łączna wysokość kar umownych, których Zamawiający może dochodzić od Wykonawcy, wynosi 15 % wartości umowy określonej w § 3 ust. 1 umowy”;

3) Postępowanie pn.: „Budowa budynku dla Sądu Rejonowego w [REDAKTOWANE] i Prokuratury Rejonowej w [REDAKTOWANE] przy ul. [REDAKTOWANE] z koniecznymi rozbiórkami wraz z zagospodarowaniem terenu i niezbędną infrastrukturą”, Zamawiający: Sąd Apelacyjny w [REDAKTOWANE] oraz Prokuratura Okręgowa [REDAKTOWANE] - [REDAKTOWANE], ogłoszenie nr [REDAKTOWANE] z dnia 01.03.2023 r.:

§ 25 ust. 8 umowy: „Z zastrzeżeniem ust. 4, łączna wysokość naliczanych kar umownych ze wszystkich tytułów określonych w Umowie nie przekroczy 15% Wynagrodzenia brutto określonego w § 18 ust. 1 Umowy”.

Odwołujący wniósł o modyfikację treści SWZ (postanowień Umowy) w następujący sposób:

§13 ust. 2 Umowy „Limit zastosowanych kar umownych nie może przekroczyć 10% wynagrodzenia umownego netto.”

Alternatywnie:

§13 ust. 2 Umowy „Limit zastosowanych kar umownych nie może przekroczyć 15% wynagrodzenia umownego netto.”.

Do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego zgłosił przystąpienie wykonawca [REDAKTOWANE] Sp. z o.o. w [REDAKTOWANE]. Wniósł o uwzględnienie odwołania.

Uwzględniając całość dokumentacji z przedmiotowego postępowania, w tym w szczególności: ogłoszenie o zamówieniu, postanowienia specyfikacji warunków zamówienia (SWZ), odpowiedzi na pytania dotyczące treści SWZ, modyfikacje SWZ, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia, stanowiska złożone przez strony w trakcie posiedzenia i rozprawy, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Art. 8 ust. 1 Pzp stanowi, że Do czynności podejmowanych przez zamawiającego, wykonawców oraz uczestników konkursu w postępowaniu o udzielenie zamówienia i konkursie oraz do umów w sprawach zamówień publicznych stosuje się przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. - Kodeks cywilny (Dz.U. z 2022 r. poz. 1360, 2337 i 2339 oraz z 2023 r. poz. 326), jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej.

Art. 16 ustawy Pzp stanowi, że Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób:

- 1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców;*
- 2) przejrzysty;*
- 3) proporcjonalny.*

Art. 99 ust. 1 Pzp stanowi, że Przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty.

Art. 433 Pzp stanowi, że Projektowane postanowienia umowy nie mogą przewidywać:

- 3) odpowiedzialności wykonawcy za okoliczności, za które wyłączną odpowiedzialność ponosi zamawiający;*

Art. 455 ust. 1 Pzp stanowi, że Dopuszczalna jest zmiana umowy bez przeprowadzenia nowego postępowania o udzielenie zamówienia:

- 1) niezależnie od wartości tej zmiany, o ile została przewidziana w ogłoszeniu o zamówieniu lub dokumentach zamówienia, w postaci jasnych, precyzyjnych i jednoznacznych postanowień*

umownych, które mogą obejmować postanowienia dotyczące zasad wprowadzania zmian wysokości ceny, jeżeli spełniają one łącznie następujące warunki:

- a) określają rodzaj i zakres zmian,
 - b) określają warunki wprowadzenia zmian,
 - c) nie przewidują takich zmian, które modyfikowałyby ogólny charakter umowy;
- 2) gdy nowy wykonawca ma zastąpić dotychczasowego wykonawcę:
- a) jeżeli taka możliwość została przewidziana w postanowieniach umownych, o których mowa w pkt 1, lub
 - b) w wyniku sukcesji, wstępując w prawa i obowiązki wykonawcy, w następstwie przejęcia, połączenia, podziału, przekształcenia, upadłości, restrukturyzacji, dziedziczenia lub nabycia dotychczasowego wykonawcy lub jego przedsiębiorstwa, o ile nowy wykonawca spełnia warunki udziału w postępowaniu, nie zachodzą wobec niego podstawy wykluczenia oraz nie pociąga to za sobą innych istotnych zmian umowy, a także nie ma na celu uniknięcia stosowania przepisów ustawy, lub
 - c) w wyniku przejęcia przez zamawiającego zobowiązań wykonawcy względem jego podwykonawców, w przypadku, o którym mowa w art. 465 ust. 1;

Art. 5 KC stanowi, że Nie można czynić ze swego prawa użytku, który by był sprzeczny ze społeczno-gospodarczym przeznaczeniem tego prawa lub z zasadami współzycia społecznego. Takie działanie lub zaniechanie uprawnionego nie jest uważane za wykonywanie prawa i nie korzysta z ochrony.

Art. 58 KC stanowi:

- § 1. Czynność prawna sprzeczna z ustawą albo mająca na celu obejście ustawy jest nieważna, chyba że właściwy przepis przewiduje inny skutek, w szczególności ten, iż na miejsce nieważnych postanowień czynności prawnej wchodzi odpowiednie przepisy ustawy.
- § 2. Nieważna jest czynność prawna sprzeczna z zasadami współzycia społecznego.
- § 3. Jeżeli nieważnością jest dotknięta tylko część czynności prawnej, czynność pozostaje w mocy co do pozostałych części, chyba że z okoliczności wynika, iż bez postanowień dotkniętych nieważnością czynność nie zostałaby dokonana.

Art. 353 ¹ KC stanowi, że Strony zawierające umowę mogą ułożyć stosunek prawny według swego uznania, byleby jego treść lub cel nie sprzeciwiały się właściwości (naturze) stosunku, ustawie ani zasadom współzycia społecznego.

Art. 473. § 1. KC stanowi, że Dłużnik może przez umowę przyjąć odpowiedzialność za niewykonanie lub za nienależyte wykonanie zobowiązania z powodu oznaczonych okoliczności, za które na mocy ustawy odpowiedzialności nie ponosi.

Art. 483 KC stanowi:

§ 1. Można zastrzec w umowie, że naprawienie szkody wynikłej z niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania niepieniężnego nastąpi przez zapłatę określonej sumy (kara umowna).

§ 2. Dłużnik nie może bez zgody wierzyciela zwolnić się z zobowiązania przez zapłatę kary umownej.

Art. 484. KC stanowi:

§ 1. W razie niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania kara umowna należy się wierzycielowi w zastrzeżonej na ten wypadek wysokości bez względu na wysokość poniesionej szkody. Żądanie odszkodowania przenoszące wysokość zastrzeżonej kary nie jest dopuszczalne, chyba że strony inaczej postanowiły.

§ 2. Jeżeli zobowiązanie zostało w znacznej części wykonane, dłużnik może żądać zmniejszenia kary umownej; to samo dotyczy wypadku, gdy kara umowna jest rażąco wygórowana.

Art. 568. § 1 KC stanowi, że Sprzedawca odpowiada z tytułu rękojmi, jeżeli wada fizyczna zostanie stwierdzona przed upływem dwóch lat, a gdy chodzi o wady nieruchomości – przed upływem pięciu lat od dnia wydania rzeczy kupującemu.

Art. 577 § 4 KC stanowi, że Jeżeli nie zastrzeżono innego terminu, termin gwarancji wynosi dwa lata licząc od dnia, kiedy rzecz została kupującemu wydana.

Art. 647 KC stanowi:

Przez umowę o roboty budowlane wykonawca zobowiązuje się do oddania przewidzianego w umowie obiektu, wykonanego zgodnie z projektem i z zasadami wiedzy technicznej, a inwestor zobowiązuje się do dokonania wymaganych przez właściwe przepisy czynności związanych z przygotowaniem robót, w szczególności do przekazania terenu budowy i dostarczenia projektu, oraz do odebrania obiektu i zapłaty umówionego wynagrodzenia.

Art. 654 KC stanowi, że w braku odmiennego postanowienia umowy inwestor obowiązany jest na żądanie wykonawcy przyjmować wykonane roboty częściowo, w miarę ich ukończenia, za zapłatą odpowiedniej części wynagrodzenia.

Ustalono, że przedmiotem zamówienia jest Rozbudowa oraz przystosowanie budynków nr 15 oraz 23 na potrzeby [REDAKTOWANE]

[REDAKTOWANE] "zaprojektuj i wykonaj"

Ustalono, że w załączniku nr 2 do SWZ (projekt umowy), po modyfikacji z dnia 23 sierpnia 2024 r. zamawiający przewidział m.in.:

§ 1

Przedmiot Umowy

1. *Przedmiotem Umowy jest zadanie pt. „Rozbudowa oraz przystosowanie budynków nr 15 oraz 23 na potrzeby [REDAKTOWANE]” - w formule zaprojektuj i wybuduj przy ul. gen. [REDAKTOWANE] w [REDAKTOWANE], zwany dalej „przedmiotem Umowy” lub „robotami”. Szczegółowy zakres i opis przedmiotu Umowy określa Program Funkcjonalno-Użytkowy (PF-U), będący integralną częścią Umowy, stanowiący załącznik nr 1 do Umowy.*

§ 3

Wartość Umowy i warunki płatności

2. *Wynagrodzenie, o którym mowa w ust. 1, obejmuje wszystkie koszty Wykonawcy związane z wykonaniem i odbiorem przedmiotu Umowy, w tym również nie ujęte w zakresie określonym w PF-U, ZKZ sporządzonym przez Zamawiającego i Wykonawcę, zgodnie z wzorem stanowiącym załącznik nr 3 do Umowy oraz ofercie Wykonawcy, a wynikające z zastosowanej technologii, obowiązujących norm i przepisów, a niezbędne do wykonania przedmiotu Umowy. Wykonawca oświadcza, że nie będzie zgłaszał żadnych roszczeń z tytułu niedoszacowania należności za wykonanie prac będących przedmiotem Umowy lub innych błędów Wykonawcy. Ponadto Wykonawca oświadcza, że ilości przyjęte do określenia ryczałtowej należności za wykonanie przedmiotu Umowy są wystarczające do wykonania całości robót zgodnie z postanowieniami niniejszej Umowy oraz że wynagrodzenie określone w Umowie uwzględnia wszelkie okoliczności lokalizacji, cechy projektu i terminy a także rekompensuje wszelkie jego wydatki, koszty i zobowiązania bez możliwości wysuwania roszczeń w stosunku do Zamawiającego.*

§ 4

Obowiązki Wykonawcy

2. *Wykonawca oświadcza, że zapoznał się z dokumentacją przedstawioną przez Zamawiającego i nie zgłasza do niej uwag i zastrzeżeń.*

§ 9

Warunki odbioru robót

7. Z czynności odbioru dokumentacji, o której mowa w §1 ust. 2 pkt 1 - 3 oraz odbioru końcowego sporządzony zostanie protokół zawierający wszystkie ustalenia dokonane w toku odbioru – podpisany przez komisję odbioru. Jeżeli w czasie odbioru zostaną stwierdzone wady Zamawiającemu przysługują następujące uprawnienia:
- 1) jeżeli wady kwalifikują się do usunięcia, Zamawiający wyznacza Wykonawcy termin ich usunięcia. Wykonawca zobowiązany jest do pisemnego zawiadomienia Zamawiającego o usunięciu wad. Zamawiającemu przysługuje prawo naliczenia kar zgodnie z § 13 ust. 1 pkt. 2 do czasu faktycznego oddania robót i/lub dokumentacji bez wad.
 - 2) jeżeli wady nie kwalifikują się do usunięcia, to:
 - a) Zamawiający może żądać ponownego wykonania robót i/lub dokumentacji lub
 - b) Zamawiający może żądać zapłaty równowartości wadliwej części robót i/lub dokumentacji.
 - 3) jeżeli wady uniemożliwiają użytkowanie obiektu zgodnie z przeznaczeniem i nie kwalifikują się do usunięcia, Zamawiający może odstąpić od Umowy z przyczyn zależnych od Wykonawcy z konsekwencjami wymienionymi w § 13 ust. 1 pkt. 8 lub żądać wykonania przedmiotu Umowy po raz drugi.
8. Po stwierdzeniu wad w toku odbioru, zostanie sporządzony protokół wad w formie załącznika do protokołu końcowego odbioru robót budowlanych. Podpisany protokół końcowego odbioru robót budowlanych z załączonym podpisanym protokołem wad potwierdzającym usunięcie wad istotnych (jeżeli takowe wystąpią) jest podstawą do wystawienia przez Wykonawcę faktury końcowej oraz zgodnie z § 12 ust. 6 pkt. 1 do zwrotu 70% wartości zabezpieczenia.

§ 13

Kary Umowne

1. Zamawiający naliczy kary umowne w następujących przypadkach:
 - 2) za zwłokę w usunięciu wad, stwierdzonych przy odbiorze w wysokości po 0,1 % wynagrodzenia umownego netto, za każdy dzień zwłoki;
2. Limit zastosowanych kar umownych nie może przekroczyć 20% wynagrodzenia umownego netto.

Krajowa Izba Odwoławcza postanowiła umorzyć postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutu nr 4 odwołania (pkt 1 sentencji).

Krajowa Izba Odwoławcza, działając na podstawie art. 520 ust. 1 ustawy Pzp i art. 568 pkt 1 ustawy Pzp, postanowiła umorzyć postępowanie odwoławcze w zakresie ww. zarzutu.

Zgodnie z art. 520 ust. 1 ustawy Pzp, *odwołujący może cofnąć odwołanie do czasu zamknięcia rozprawy*. Stosownie do art. 568 pkt 1 ustawy Pzp, *Izba umarza postępowanie odwoławcze, w formie postanowienia, w przypadku cofnięcia odwołania*.

Odwołujący w trakcie posiedzenia Izby w dniu 2 września 2024 r. przed otwarciem rozprawy oświadczył, że cofa odwołanie w ww. części. W przywołanym przepisie art. 520 ust. 1 ustawy Pzp ustawodawca przyznał odwołującemu prawo do cofnięcia w całości środka ochrony prawnej. Skoro zatem wykonawca może cofnąć odwołanie w całości, to na zasadzie wnioskowania a maiori ad minus, należy uznać, że odwołujący może zrezygnować z popierania jedynie części odwołania. W orzecznictwie Izby nie jest kwestionowana możliwość skutecznego cofnięcia odwołania w części. Odwołujący oświadczył, że nie popiera już odwołania w ww. zakresie, wobec powyższego postępowanie odwoławcze w tej części podlegało umorzeniu. Dostrzec należy, że Izba związana jest oświadczeniem odwołującego o cofnięciu części odwołania, czego skutkiem wynikającym wprost z art. 568 pkt 1 ustawy Pzp ustawy Pzp jest obowiązek umorzenia przez Izbę postępowania odwoławczego w zakresie wycofanych zarzutów.

Rozstrzygnięcie w przedmiocie zarzutów, które okazały się niesporne jest bezcelowe. Jednocześnie jednak informacja o częściowym umorzeniu postępowania odwoławczego musi znaleźć odzwierciedlenie w sentencji orzeczenia, a nie w uzasadnieniu. W art. 559 ust. 2 ustawy Pzp, określającym w sposób wyczerpujący elementy treści uzasadnienia wyroku wydanego przez Izbę, nie ma bowiem żadnej wzmianki o możliwości zamieszczenia w uzasadnieniu wyroku jakiegokolwiek rozstrzygnięcia.

Odwołanie, w zakresie rozpatrywanym merytorycznie, zasługiwało częściowo na uwzględnienie.

Zasadny okazał się zarzut nr 1 odwołania.

Odwołanie w zakresie zarzutu nr 1 odwołania zostało skierowane wobec następujących postanowień projektu umowy:

§3 ust. 1 Umowy zdanie pierwsze „Wynagrodzenie, o którym mowa w ust. 1, obejmuje wszystkie koszty Wykonawcy związane z wykonaniem i odbiorem przedmiotu Umowy, w tym również nie ujęte w zakresie określonym w PFU, ZKZ sporządzonym przez Zamawiającego i Wykonawcę, zgodnie z wzorem stanowiącym załącznik nr 3 do Umowy oraz ofercie Wykonawcy, a wynikające z zastosowanej technologii, obowiązujących norm i przepisów, a niezbędne do wykonania przedmiotu Umowy”.

§4 ust. 2 Umowy „Wykonawca oświadcza, że zapoznał się z dokumentacją przedstawioną przez Zamawiającego i nie zgłasza do niej uwag i zastrzeżeń”.

Odwołujący domagał się nakazania zamawiającemu modyfikacji ww. postanowień przez nadanie im brzmienia:

- a) zdanie pierwsze §3 ust. 1 projektu umowy: *„Wynagrodzenie, o którym mowa w ust. 1, obejmuje wszystkie koszty Wykonawcy związane z wykonaniem i odbiorem przedmiotu Umowy, zgodnie z wzorem stanowiącym załącznik nr 3 do Umowy oraz ofertą Wykonawcy, a wynikające z zastosowanej technologii, obowiązujących norm i przepisów, a niezbędne do wykonania przedmiotu Umowy.”*,
- b) §4 ust. 2 projektu umowy: *„Wykonawca oświadcza, że zapoznał się z dokumentacją przedstawioną przez Zamawiającego i nie zgłasza do niej uwag i zastrzeżeń. Zakres obowiązków weryfikacyjnych nałożonych na Wykonawcę i składanych oświadczeń ograniczony jest do czynności i informacji, możliwych do przeprowadzenia i zidentyfikowania przez Wykonawcę na podstawie dokumentacji sporządzonej przez Zamawiającego na etapie składania oferty.”*.

Zgodzić należało się z uzasadnieniem zarzutu przez odwołującego, który trafnie wskazał na przepis art. 99 ustawy Pzp. Zgodnie z art. 99 ust. 1 Pzp *Przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty*.

Jak wynika z powołanego przepisu zakres świadczenia, do wykonania którego może zostać zobowiązany wykonawca, zamawiający winien określić jednoznacznie, wyczerpująco, posługując się precyzyjnymi sformułowaniami i w taki sposób, aby jego podstawie można było sporządzić ofertę i skalkulować jej cenę.

Zdaniem Izby przywołanym postulatом ustawowym z pewnością nie odpowiadały postanowienia projektu umowy zakwestionowane w zarzucie nr 1 odwołania. Dokładna ich analiza prowadziła do wniosku, że zamawiający w istocie domagał się od wykonawców, aby uwzględnili w treści oferty i wycenili w cenie ofertowej również świadczenia, które *„nie zostały ujęte w zakresie określonym w PFU, ZKZ sporządzonym przez Zamawiającego i Wykonawcę”*.

Tak opisany zakres świadczenia, którego uwzględnienia w cenie oferty i wyceny w cenie ofertowej zamawiający domagał się od wykonawców, nie odpowiadał przywołanym wyżej regułom dotyczącym opisywania przedmiotu zamówienia. Według Izby opis przedmiotu zamówienia, nakładający na wykonawców konieczność wycenienia nieznanego co do zakresu świadczenia nie może być uznany za sporządzony w sposób jednoznaczny, precyzyjny, wyczerpujący, za pomocą dokładnych sformułowań. Przeciwnie, postanowienia zaskarżone w zarzucie nr 1 odwołania prowadziły do sytuacji, w której zamawiający de facto domagał się od

wykonawców wyceny i uwzględnienia w treści oferty nieopisanego i niemożliwego do przewidzenia zakresu świadczenia.

Izba stwierdziła także, że takie określenie przedmiotu zamówienia naruszało również zasadę równego traktowania wykonawców. Przy zachowaniu zaskarżonego w zarzucie nr 1 ww. obowiązku każdy z wykonawców inaczej wyceniałby ryzyko wystąpienia niewiadomego ma moment ofertowania zakresu świadczenia. Powyższe prowadzić mogłoby do pojawienia się zjawiska nieporównywalności ofert składanych przez wykonawców w postępowaniu.

Dostrzeżenia wymagało również, że tak sformułowany opis przedmiotu zamówienia skutkowałby tym, iż na wykonawców zostałaby przerzucona odpowiedzialność za prawidłowość dostarczonej przez zamawiającego dokumentacji postępowania. Niezależnie bowiem od wad tej dokumentacji wykonawca zmuszony zostałby przez zaskarżone postanowienia do wycenienia świadczeń nieujętych w tej dokumentacji, które ujawniłyby się na etapie realizacji, a których - nawet biorąc pod uwagę profesjonalny charakter wykonawcy - nie byłby on w stanie dostrzec na etapie ofertowania, nie będąc autorem tej dokumentacji.

Na uwagę zasługiwał fakt, że to nie wykonawca ale inny podmiot działający na zlecenie zamawiającego był autorem dokumentacji. Jak słusznie wskazał odwołujący, przy pozostawieniu obu spornych postanowień zamawiający przerzucałby na wykonawcę nieograniczony katalog ryzyk związanych z nieprecyzyznością i brakami w opisie przedmiotu zamówienia. Zamawiający narzucał bowiem wykonawcy, że wynagrodzenie należne mu ma konsumować wszelkie koszty za wszelkie prace związane z realizacją zamówienia, które okażą się niezbędne, nawet jeśli nie wynikają one z przekazanej dokumentacji (nawet te nieujęte w przekazanej dokumentacji). Zdaniem Izby zakres świadczenia i odpowiadające mu koszty jego wykonania, których nie dało się wyinterpretować z dokumentacji, a także właściwych norm, zwyczajów i przepisów prawa, nie mogą stanowić przedmiotu zamówienia na gruncie Pzp. Ten bowiem podlega rygorom wynikającym z art. 99 ust. 1 Pzp. W konsekwencji zatem ten nieograniczony, niesprecyzowany zakres świadczenia nie może być uznany za prawidłowo opisany przedmiot zamówienia, a nie będąc nim, nie może zostać ujęty w cenie ofertowej.

Owszem zamawiający może oczekiwać, że wykonawcy przed złożeniem ofert zapoznają się z przedstawioną im dokumentacją. Wykonawcy mają także prawo żądać wyjaśnienia jej treści, mogą również kwestionować dokumentację w drodze odwołania. Jednakże zakres weryfikacji dokumentacji na etapie ofertowania powinien być ograniczony do czynności i informacji, możliwych do przeprowadzenia i zidentyfikowania przez wykonawcę na podstawie tej dokumentacji, biorąc pod uwagę również profesjonalny charakter wykonawcy.

Wbrew stanowisku zamawiającego przedstawionym w odpowiedzi na odwołanie, przepis art. 99 ust. 1 ustawy Pzp i wskazane wyżej reguły sporządzania opisu przedmiotu zamówienia znajdują zastosowania także w sytuacji, gdy zamawiający zorganizował wizję lokalną na obiekcie, podczas której wykonawcy mogli zapoznać się z miejscem realizacji inwestycji. Nie ulegało również wątpliwości, że przepis ten znajduje także zastosowanie w sytuacji, gdy przedmiotem zamówienia jest zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych, a zamawiający opisuje przedmiot zamówienia za pomocą programu funkcjonalno-użytkowego (PFU).

Kierując się powyższymi rozważaniami Izba stwierdziła, że zarzut nr 1 odwołania zasługiwał na uwzględnienie.

Chybiony okazały się zarzut nr 2 odwołania.

Odwołanie w zakresie zarzutu nr 2 odwołania zostało skierowane wobec następujących postanowień projektu umowy:

§ 9

Warunki odbioru robót

7. Z czynności odbioru dokumentacji, o której mowa w §1 ust. 2 pkt 1 - 3 oraz odbioru końcowego sporządzony zostanie protokół zawierający wszystkie ustalenia dokonane w toku odbioru – podpisany przez komisję odbioru. Jeżeli w czasie odbioru zostaną stwierdzone wady Zamawiającemu przysługują następujące uprawnienia:

1) jeżeli wady kwalifikują się do usunięcia, Zamawiający wyznacza Wykonawcy termin ich usunięcia. Wykonawca zobowiązany jest do pisemnego zawiadomienia Zamawiającego o usunięciu wad. Zamawiającemu przysługuje prawo naliczenia kar zgodnie z § 13 ust. 1 pkt. 2 do czasu faktycznego oddania robót i/lub dokumentacji bez wad.

2) jeżeli wady nie kwalifikują się do usunięcia, to:

a) Zamawiający może żądać ponownego wykonania robót i/lub dokumentacji lub

b) Zamawiający może żądać zapłaty równowartości wadliwej części robót i/lub dokumentacji.

3) jeżeli wady uniemożliwiają użytkowanie obiektu zgodnie z przeznaczeniem i nie kwalifikują się do usunięcia, Zamawiający może odstąpić od Umowy z przyczyn zależnych od Wykonawcy z konsekwencjami wymienionymi w § 13 ust. 1 pkt. 8 lub żądać wykonania przedmiotu Umowy po raz drugi.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu modyfikacji treści SWZ (umowy) poprzez modyfikację treści postanowień umowy i nadanie im następującego brzmienia:

§9 ust. 7 Umowy „Z czynności odbioru dokumentacji, o której mowa w §1 ust. 2 pkt 1 - 3 oraz odbioru końcowego sporządzony zostanie protokół zawierający wszystkie ustalenia dokonane w toku odbioru – podpisany przez komisję odbioru. Jeżeli w czasie odbioru zostaną stwierdzone wady Zamawiającemu przysługują następujące uprawnienia:

- 1) jeżeli wady są nieistotne i kwalifikują się do usunięcia, Zamawiający w tym zakresie dokona odbioru (podpisania protokołu), ale jednocześnie wyznacza Wykonawcy termin ich usunięcia. Wykonawca zobowiązany jest do pisemnego zawiadomienia Zamawiającego o usunięciu wad.
- 2) Jeżeli wady są istotne i kwalifikują się do usunięcia, Zamawiający w tym zakresie wyznacza Wykonawcy termin ich usunięcia. Wykonawca zobowiązany jest do pisemnego zawiadomienia Zamawiającego o usunięciu wad. Zamawiającemu przysługuje prawo naliczenia kar zgodnie z §13 ust. 1 pkt. 2 do czasu usunięcia istotnych wad robót i/lub dokumentacji.
- 2) jeżeli wady nie kwalifikują się do usunięcia, to:
 - a) Zamawiający może żądać ponownego wykonania robót i/lub dokumentacji lub
 - b) Zamawiający może żądać zapłaty równowartości wadliwej części robót i/lub dokumentacji.
- 3) jeżeli wady uniemożliwiają użytkowanie obiektu zgodnie z przeznaczeniem i nie kwalifikują się do usunięcia, Zamawiający może odstąpić od Umowy z przyczyn zależnych od Wykonawcy z konsekwencjami wymienionymi w § 13 ust. 1 pkt. 8 lub żądać wykonania przedmiotu Umowy po raz drugi.

Odwołujący odnosząc się do zakwestionowanych przez siebie postanowień § 9 ust. 7 projektu umowy podniósł, że ustalając w taki sposób procedurę odbiorową de facto zamawiający wprowadził bezusterkowy odbiór. Odwołujący argumentował, że w przypadku, w którym wykonawca wykonał swoje zobowiązanie, a zidentyfikowane braki mają charakter wyłącznie nieistotnych wad, usterek, obowiązkiem Zamawiającego, wynikającym z treści art. 647 KC jest dokonanie odbioru robót i wypłata należnego wykonawcy wynagrodzenia.

Izba stwierdziła, że zarzut odwołującego oparty został na błędnym założeniu, jakby zamawiający wprowadził w projekcie umowy tzw. „bezusterkowy odbiór”, od którego miał uzależnić wypłatę wynagrodzenia. Takie założenie odwołującego okazało się chybione.

Odwołujący nie dostrzegł, że w projekcie umowy zamawiający przewidział także postanowienie § 9 ust. 8 projektu umowy. Zgodnie z tym postanowieniem: *Po stwierdzeniu wad w toku odbioru, zostanie sporządzony protokół wad w formie załącznika do protokołu*

końcowego odbioru robót budowlanych. Podpisany protokół końcowego odbioru robót budowlanych z załączonym podpisanym protokołem wad potwierdzającym usunięcie wad istotnych (jeżeli takowe wystąpią) jest podstawą do wystawienia przez Wykonawcę faktury końcowej oraz zgodnie z § 12 ust. 6 pkt. 1 do zwrotu 70% wartości zabezpieczenia.

Jak wynikało jednoznacznie z przywołanego postanowienia § 9 ust. 8 projektu umowy zamawiający przewidział wyraźnie, iż podstawą do wystawienia faktury końcowej i zwrotu 70% zabezpieczenia jest podpisanie protokołu końcowego odbioru robót z protokołem potwierdzającym usunięcie wad istotnych. Zatem w sytuacji, gdy wady istotne zostaną usunięte, wykonawcy, zgodnie z projektem umowy należeć się będzie wynagrodzenie. Zamawiający, wbrew twierdzeniom odwołującego, nie uzależnił zatem wypłaty wynagrodzenia od podpisania tzw. bezusterkowego protokołu odbioru robót.

Podkreślenia wymagało, że dokonując wykładni oświadczenia, jakim jest projekt umowy należy brać pod uwagę całość jego treści, a nie jedynie wybrane fragmenty. Dopiero analiza całokształtu postanowień umownych, ich wzajemnych relacji pozwala na ustalenie rzeczywistych wzajemnych uprawnień i obowiązków stron umowy. Tymczasem odwołujący swą tezę o istnieniu uprawnienia zamawiającego do powstrzymania się z wypłatą wynagrodzenia aż do czasu usunięcia wszelkich usterek oparł na wybiórczej analizie treści umowy, ograniczonej jedynie do postanowienia § 9 ust. 7 projektu umowy, bez poddania należytej analizie reguł przewidzianych w postanowieniu § 9 ust. 8 projektu umowy.

Biorąc powyższe pod uwagę Izba stwierdziła, że zarzut nr 2 nie zasługiwał na uwzględnienie.

Chybiony okazał się zarzut nr 3 odwołania.

Odwołanie w zakresie zarzutu nr 3 odwołania zostało skierowane wobec postanowienia §13 ust. 1 pkt 2 projektu umowy, w którym zamawiający przewidział, iż *Zamawiający naliczy kary umowne za zwłokę w usunięciu wad, stwierdzonych przy odbiorze w wysokości po 0,1 % wynagrodzenia umownego netto, za każdy dzień zwłoki.*

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu modyfikacji treści SWZ (umowy) przez modyfikację treści postanowień umowy i nadanie im następującego brzmienia:

§ 13

Kary Umowne

1. *Zamawiający naliczy kary umowne w następujących przypadkach:*
- 2) *za zwłokę w usunięciu wad istotnych, stwierdzonych przy odbiorze w wysokości po 0,1 % wynagrodzenia umownego netto, za każdy dzień zwłoki.*

Porównanie zaskarżonego i postulowanego przez odwołującego brzmienia § 13 ust. 1 pkt 2 projektu umowy prowadziło do wniosku, że odwołujący de facto domagał się ograniczenia kary umownej do przypadków zwłoki w usunięciu jedynie wad istotnych, podczas gdy zamawiający przewidywał naliczanie takiej kary również w razie wad nieistotnych.

Zdaniem Izby w przypadku nienależytego wykonania zobowiązania niepieniężnego zamawiający uprawniony jest do zastrzeżenia w projekcie umowy zastrzeżenia o możliwości dochodzenia od wykonawcy kary umownej. Izba wzięła pod uwagę, że żaden z przywołanych przez odwołującego w odwołaniu jako naruszonych przepisów KC ani Pzp nie ograniczał prawa zamawiającego do tego, aby zastrzeżona w umowie kara umowna za zwłokę w usunięciu wad została ograniczona jedynie do wad istotnych.

Przy wyrokowaniu Izba wzięła pod uwagę także fakt, że sporna kara umowna została zastrzeżona na wypadek „zwłoki” wykonawcy w usunięciu wady. Sformułowanie „zwłoka” wskazywało zatem za konieczność zaistnienia po stronie wykonawcy opóźnienia kwalifikowanego, a więc takiego, za które wykonawca ponosił odpowiedzialność.

Odwołujący podniósł także w odwołaniu, że przy utrzymaniu zaskarżonej kary umownej wykonawcy nie będą w stanie ustalić w jakiej wysokości została zastrzeżona kara umowna i jak wysokie ryzyko należy skalkulować w tym zakresie. Zarzucał, że treść klauzuli umownej zastrzegającej tę karę umowną nie spełnia minimalnych wymogów określonych w art. 483 KC, brak jest wskazania konkretnych zasad jej wyliczenia oraz konkretnych punktów na osi czasu stanowiących o limicie wysokości jej naliczenia.

Odnosząc się do tego rodzaju argumentacji Izba stwierdziła, że uszło uwadze odwołującego, iż analogiczne zastrzeżenia można byłoby sformułować także wobec proponowanego przez niego brzmienia postanowienia § 13 ust. 1 pkt 2 projektu umowy. Podkreślenia wymagało bowiem, że sam mechanizm obliczania wysokości kary umownej okazał się identyczny w zaskarżonym, jaki i w proponowanym przez odwołującego brzmieniu postanowienia § 13 ust. 1 pkt 2 projektu umowy. Jedyna różnica - jak wskazano wcześniej - polegała na tym, że odwołujący w swej propozycji nie przewidywał zastrzeżenia kary umownej w przypadku zwłoki w usunięciu wad nieistotnych, a jedynie w przypadku zwłoki w usunięciu wad istotnych. Biorąc powyższe pod uwagę Izba stwierdziła, że – w omawianym zakresie - treść uzasadnienia zarzutów pozostawała w całkowitym oderwaniu od treści żądania sformułowanego przez samego odwołującego.

Kierując się powyższymi rozważaniami Izba stwierdziła, że zarzut nr 3 nie zasługuje na uwzględnienie.

Przy wyrokowaniu Izba pominęła złożone przez zamawiającego dowody, to jest:

- a) odwołanie wniesione przez odwołującego do Prezesa Izby w dniu 6.03.2023 r. w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego w trybie przetargu nieograniczonego pn.: „[REDAKTOWANE]”, nr sprawy [REDAKTOWANE],
- b) odpowiedź zamawiającego na odwołanie w ww. postępowaniu, wraz z załącznikiem nr 1 do tej odpowiedzi,
- c) projekt umowy w ww. postępowaniu po zmianach z 10.03.2023 r.,
- d) postanowienie Izby z dnia 21.03.2023 r. wydane w sprawie o sygn. KIO 634/23.

Jak wynikało z oświadczenia zamawiającego dowody te zostały złożone na okoliczność, że odwołujący podnosi te same zarzuty w odniesieniu do umowy lub powiela zarzuty innych wykonawców w tamtym postępowaniu i na okoliczność, że zarzuty nie zostały w zakresie podnoszonym ówczesnie uwzględnione przez zamawiającego, a odwołujący mimo to wycofał odwołanie.

Izba stwierdziła, że fakty, jakie zostały wykazane przez zamawiającego ww. dowodami pozbawione są jakiegokolwiek znaczenia dla rozstrzygnięcia sprawy. Przedmiotem rozstrzygnięcia w tym postępowaniu odwoławczym są zarzuty dotyczące legalności zaskarżonych w odwołaniu postanowień projektu umowy. Okoliczność, czy takie same lub zbliżone zarzuty odwołujący formułował i cofał w innym postępowaniu o udzielenie zamówienia z punktu widzenia tej oceny nie ma jakiegokolwiek, nawet najmniejszego znaczenia prawnego.

Stosownie do art. 553 ustawy Pzp, *o oddaleniu odwołania lub jego uwzględnieniu Izba orzeka w wyroku. W pozostałych przypadkach Izba wydaje postanowienie*. Orzeczenia Izby, o których mowa w pkt 2, 3 sentencji, miały charakter merytoryczny, gdyż odnosiły się do oddalenia oraz uwzględnienia części odwołania. Z kolei orzeczenia Izby zawarte w pkt 1, 4 sentencji miały charakter formalny, gdyż dotyczyły odpowiednio umorzenia części postępowania odwoławczego i kosztów postępowania, a zatem były postanowieniami. O tym, że orzeczenie o kosztach zawarte w wyroku Izby jest postanowieniem przesądził Sąd Najwyższy w uchwale z 8 grudnia 2005 r. III CZP 109/05 (OSN 2006/11/182). Z powołanego przepisu art. 553 ust. 1 ustawy Pzp wynika zakaz wydawania przez Izbę orzeczenia o charakterze merytorycznym w innej formie aniżeli wyrok. Z uwagi zatem na zbieg w jednym orzeczeniu rozstrzygnięć o charakterze merytorycznym (pkt 2, 3 sentencji) i formalnym (pkt 1, 4 sentencji), całe orzeczenie musiało przybrać postać wyroku.

Zgodnie z przepisem art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, *Krajowa Izba Odwoławcza uwzględnia odwołanie w całości lub w części, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie*

zamówienia, konkursu lub systemu kwalifikowania wykonawców. W analizowanej sprawie stwierdzone naruszenia ustawy Pzp mogą mieć istotny wpływ na wynik postępowania.

W świetle art. 554 ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp, uwzględniając odwołanie, Izba może jeżeli umowa nie została zawarta:

- a) nakazać wykonanie lub powtórzenie czynności zamawiającego albo
- b) nakazać unieważnienie czynności zamawiającego, albo
- c) nakazać zmianę projektowanego postanowienia umowy albo jego usunięcie, jeżeli jest niezgodne z przepisami ustawy.

Na ww. podstawie Izba nakazała zamawiającemu zmianę projektowanych postanowień umownych w sposób wskazany w pkt 2 sentencji wyroku.

Wobec powyższego, na podstawie art. 554 ust. 1 pkt 1 i art. 554 ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp, orzeczono jak w pkt 2 sentencji.

Odnosnie zarzutów i żądań, których Izba nie podzieliła, na podstawie art. 554 ust. 2 ustawy Pzp, orzeczono jak w pkt 3 sentencji. Stosownie do przywoływanego przepisu, w *przypadku uwzględnienia odwołania w części, w sentencji wyroku Izba wskazuje, które zarzuty uznała za uzasadnione, a które za nieuzasadnione.*

Zgodnie z art. 557 ustawy Pzp, *w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego. Z kolei w świetle art. 575 ustawy Pzp, strony oraz uczestnik postępowania odwoławczego wnoszący sprzeciw ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku.*

Jak wskazuje się w piśmiennictwie, reguła ponoszenia przez strony kosztów postępowania odwoławczego stosownie do wyników postępowania odwoławczego oznacza, że „*obowiązuje w nim, analogicznie do procesu cywilnego, zasada odpowiedzialności za wynik procesu, według której koszty postępowania obciążają ostatecznie stronę „przegrywającą” sprawę (por. art. 98 § 1 k.p.c.)*” Jarosław Jerzykowski, *Komentarz do art. 192 ustawy - Prawo zamówień publicznych*, w: Dzierżanowski W., Jerzykowski J., Stachowiak M. *Prawo zamówień publicznych. Komentarz, LEX, 2014, wydanie VI.*

W analizowanej Izba uwzględniła częściowo odwołanie. Odwołanie podlegało uwzględnieniu w zakresie jednego zarzutu i podlegało oddaleniu w zakresie dwóch zarzutów. Odpowiedzialność za wynik postępowania ponosił zatem zamawiający w części 1/3 oraz

odwołujący w części 2/3. Na koszty postępowania składał się wpis od odwołania uiszczony przez odwołującego w kwocie 10.000 zł.

Odwołujący poniósł dotychczas koszty postępowania odwoławczego w wysokości 10.000 zł tytułem wpisu od odwołania, tymczasem odpowiadał za nie jedynie do wysokości 6.666,67 zł ($10.000 \text{ zł} \times 2/3$). Wobec powyższego Izba zasądziła od zamawiającego na rzecz odwołującego kwotę 3.333,33 zł ($10.000 \text{ zł} - 6.666,67 \text{ zł}$), 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 odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 557 oraz art. 575 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 7 ust. 2 pkt 1 w rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437).

Przewodniczący: