

WYROK
z dnia 19 listopada 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Emilia Garbala

Protokolant: Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 18 listopada 2021 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 4 listopada 2021 r. przez wykonawcę odwołującego: [REDACTED]

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: [REDACTED]

przy udziale wykonawcy [REDACTED], zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego,

orzeka:

1. Umarza postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutu dotyczącego naruszenia art. 439 ust. 1 i 2 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez brak zamieszczenia w Projekcie Umowy postanowień dotyczących zmian wysokości wynagrodzenia należnego wykonawcy,
2. **uwzględnia odwołanie** w zakresie zarzutu dotyczącego art. 2 ust. 2 i ust. 3 Projektu Umowy i nakazuje zamawiającemu usunięcie:
 - fragmentu o treści: „W razie niepoinformowania Zamawiającego przez Wykonawcę o wadzie Dokumentacji Przetargowej w ciągu 3 dni od dnia wykrycia powyższej wady, Wykonawca traci prawo wystąpienia do Zamawiającego z wnioskiem o przedłużenie terminu realizacji Inwestycji z powodu wady Dokumentacji Przetargowej.”,

- fragmentu o treści: „Gdyby zachodziła potrzeba dokonania Robót nieprzewidzianych w Umowie z powodu wadliwej Dokumentacji Przetargowej, Wykonawca wykona te Roboty na własny koszt i niebezpieczeństwo, przy czym zmiany zakresu Robót ustalonego w Umowie nie będą miały wpływu na termin realizacji Inwestycji”,

3. **oddala odwołanie** w pozostałym zakresie,

4. kosztami postępowania obciąża zamawiającego w części 2/11 i odwołującego w części 9/11, i:

4.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania,

4.2. zasądza od zamawiającego na rzecz odwołującego kwotę 4.563 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące pięćset sześćdziesiąt trzy złote zero groszy).

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:

UZASADNIENIE

Zamawiający – [REDAKTOWANE], prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Rozbudowa [REDAKTOWANE] w celu zwiększenia możliwości produkcyjnych ze złoża [REDAKTOWANE]”, numer referencyjny: ZP/PGNG/21/0275/GE/DIG2. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 25.10.2021 r., nr 2021/S 207-542787. W tym samym dniu została opublikowana specyfikacja warunków zamówienia (dalej: „swz”).

W dniu 04.11.2021 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wniesione przez wykonawcę [REDAKTOWANE] (dalej: „odwołujący”), w którym odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 433 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 poz. 1129 ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp”, poprzez zawarcie w projektowanych postanowieniach umownych postanowień, które przerzucają na wykonawcę odpowiedzialność za okoliczności, za które wyłączną odpowiedzialność ponosi Zamawiający, wobec zawarcia w projekcie umowy dotyczącym Części I (rozbudowa Ośrodka Centralnego [REDAKTOWANE] (OC [REDAKTOWANE]) o zespół budynków i obiektów budowlanych wraz z infrastrukturą techniczną – rozbudowa Ośrodka Grupowego [REDAKTOWANE] (OG [REDAKTOWANE]) (dalej „Projekt Umowy”) związana z włączeniem do eksploatacji odwiertu [REDAKTOWANE]) postanowień o następującej treści:
 - i. Art. 1 Definicje ust. 1 pkt 2) i pkt 3) – Projektu Umowy (...) a zatem bez wyraźnego wskazania, że Dokumentacja Projektowa jest przekazana przez Zamawiającego, pomimo tego, że przedmiotowe zamówienie będzie realizowane właśnie na podstawie Dokumentacji Projektowej przekazanej przez Zamawiającego, a Wykonawca nie może ponosić odpowiedzialności za tę Dokumentację Projektową,
 - ii. Art. 10. Wynagrodzenie i Warunki Płatności ust. 5 pkt 2 – Projektu Umowy (...), które to postanowienie umowne przerzuca na Wykonawcę odpowiedzialność za okoliczności, za które odpowiedzialność ponosi Zamawiający, z uwagi na to, że to Zamawiający dostarcza w tym zamówieniu Dokumentację Projektową, a nie Wykonawca, a tym samym nie może ponosić odpowiedzialności za tę Dokumentację Projektową,
 - iii. Art. 2. Przedmiot Umowy ust. 2 – Projektu Umowy (...), które to postanowienie umowne przerzuca na wykonawcę odpowiedzialność za okoliczności, za które odpowiedzialność ponosi Zamawiający, z uwagi na to, że to Zamawiający dostarcza w tym zamówieniu

Dokumentację Przetargową/Projektową, a nie Wykonawca, a tym samym nie może ponosić odpowiedzialności za tę Dokumentację,

- iv. Art. 2. Przedmiot Umowy ust. 3 zdanie pierwsze – Projektu Umowy (...), które to postanowienie umowne przerzuca na Wykonawcę odpowiedzialność za okoliczności, za które odpowiedzialność ponosi Zamawiający, z uwagi na to, że to Zamawiający dostarcza w tym zamówieniu Dokumentację Przetargową, a nie Wykonawca, a tym samym nie może ponosić odpowiedzialności za tę Dokumentację Przetargową,
- v. Art. 2. Przedmiot Umowy ust. 4 zdanie ostatnie – Projektu Umowy (...), które to postanowienie umowne przerzuca na Wykonawcę odpowiedzialność za okoliczności, za które odpowiedzialność ponosi Zamawiający, z uwagi na to, że to Zamawiający dostarcza w tym zamówieniu Dokumentację Przetargową, Dokumentację Projektową, a nie Wykonawca, a tym samym nie może ponosić odpowiedzialności za roboty, usługi czy też dostawy, których nie dało się przewidzieć w chwili zawarcia Umowy,
- vi. Art. 4. Obowiązki Wykonawcy ust. 3 pkt 1 – Projektu Umowy (...), które to postanowienie umowne przerzuca na Wykonawcę odpowiedzialność za okoliczności, za które odpowiedzialność ponosi Zamawiający, z uwagi na to, że to Zamawiający dostarcza w tym zamówieniu Dokumentację Projektową, a nie Wykonawca, a tym samym nie może ponosić odpowiedzialności za tę Dokumentację Projektową i jej przygotowanie,
- vii. Art. 4. Obowiązki Wykonawcy ust. 6 – Projektu Umowy (...), które to postanowienie umowne przerzuca całkowitą odpowiedzialność za realizację Umowy również w sytuacjach, gdy wyłączną odpowiedzialność ponosi Zamawiający,
- viii. Art. 4. Obowiązki Wykonawcy ust. 28 – Projektu Umowy (...), które to postanowienie umowne przerzuca całkowitą odpowiedzialność na Wykonawcę za realizację Umowy również w sytuacjach, gdy wyłączną odpowiedzialność ponosi Zamawiający, w szczególności dotyczy to dokumentów lub aktów administracyjnych niezbędnych do realizacji zamówienia, a których uzyskanie obciąża Zamawiającego,
- ix. Art. 4. Obowiązki Wykonawcy ust. 56 – Projektu Umowy (...), które to postanowienie umowne przerzuca całkowitą odpowiedzialność na Wykonawcę za realizację Umowy również w sytuacjach, gdy wyłączną odpowiedzialność ponosi Zamawiający, w szczególności gdy nieosiągnięcie tych Parametrów Gwarantowanych będzie efektem np. wadliwej Dokumentacji Projektowej, za którą w relacjach z Wykonawcą odpowiada Zamawiający,
- x. Art. 10. Wynagrodzenie i Warunki Płatności ust. 5 pkt 2) – Projektu Umowy (...), które to postanowienie umowne przerzuca na Wykonawcę odpowiedzialność za okoliczności, za które odpowiedzialność ponosi Zamawiający, z uwagi na to, że to Zamawiający dostarcza w tym zamówieniu Dokumentację Projektową, a nie Wykonawca, a tym samym nie może ponosić odpowiedzialności za tę Dokumentację Projektową,

- xi. Art. 10. Wynagrodzenia i Warunki Płatności ust. 5 pkt 17) – Projektu Umowy (...), które to postanowienie umowne przerzuca na Wykonawcę odpowiedzialność za okoliczności, za które odpowiedzialność ponosi Zamawiający, z uwagi na to, że to Zamawiający dostarcza w tym zamówieniu Dokumentację Projektową, a nie Wykonawca, a tym samym nie może ponosić odpowiedzialności za tę Dokumentację Projektową, jak również nie może pełnić nadzoru autorskiego nad Dokumentacją, której nie jest autorem,
- 2) art. 439 ust. 1 i 2 ustawy Pzp poprzez brak zamieszczenia w Projekcie Umowy postanowień dotyczących zasad wprowadzania zmian wysokości wynagrodzenia należnego wykonawcy, w przypadku zmiany ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia, pomimo tego, że przedmiotem Umowy są roboty budowlane oraz zostanie ona zawarta na okres dłuższy niż 12 miesięcy (Umowa przewiduje 24 miesiące na wykonanie przedmiotu Umowy).

W szczególności odwołujący podniósł, co następuje.

„7. Postępowanie dotyczy zamówienia, które będzie realizowane w formule „wybuduj” na podstawie dokumentacji projektowej przekazanej przez Zamawiającego. Nie jest to zamówienie w formule „zaprojektuj i wybuduj”.

8. Tym samym oznacza to, że w relacjach Zamawiający – Wykonawca to zawsze Zamawiający jest odpowiedzialny za dostarczenie dokumentacji projektowej, na podstawie której Wykonawca zrealizuje opisane w niej roboty budowlane. (...)

10. Wszelkie zatem postanowienia umowne, które przerzucają na wykonawcę odpowiedzialność związaną z wadliwością dokumentacji projektowej, za którą to Wykonawca nie ponosi odpowiedzialności – należy uznać za tzw. klauzulę abuzywną niedopuszczalną na gruncie art. 433 pkt 3 PZP.

(I) ART. 1. DEFINICJE UST. 1 PKT 2) I PKT 3) – PROJEKTU UMOWY

11. Zamawiający zamieścił w art. 1 ust. 1 pkt 2) i pkt 3) Projektu Umowy definicje Dokumentacji Projektowej oraz definicję Dokumentacji Przetargowej.

„Dokumentacja Projektowa – obejmuje wszelkie dokumenty (rysunki i ich opisy) przedstawiające obiekty budowlane składające się na Inwestycję, w szczególności: Projekt Technologiczny, Projekt Budowlany, Projekt Rozbiórki, Projekt Wykonawczy i informację dotyczącą bezpieczeństwa i ochrony zdrowia, w przypadkach, gdy jej opracowanie jest wymagane na podstawie odrębnych przepisów”

„Dokumentacja Przetargowa – dokumentacja dostarczona Wykonawcy przez Zamawiającego oraz dokumentacja przekazana przez Wykonawcę Zamawiającemu w trakcie procedury o udzielenie zamówienia prowadzonego przez Zamawiającego na pytania wykonawców w trakcie trwania postępowania o udzielenie zamówienia oraz Oferta”

12. Z treści tych definicji nie wynika jednak to, że Dokumentacja Projektowa jest

dokumentem sporządzanym i dostarczanym przez Zamawiającego. W treści definicji Dokumentacji Projektowej brak takiej informacji, a w treści definicji Dokumentacji Przetargowej, w której jest mowa o dokumentach przekazywanych przez Zamawiającego, nie wymienia się z kolei Dokumentacji Projektowej. Brak wyraźnego wskazania, że Dokumentację Projektową dostarcza w tym Postępowaniu Zamawiający, sprawia co potwierdzają również inne postanowienia umowy (o czym w dalszej części), że odpowiedzialność za Dokumentację Projektową Zamawiający próbuje przerzucić na Wykonawcę.

(II) ART. 10. WYNAGRODZENIE I WARUNKI PŁATNOŚCI UST. 5 PKT 2 – PROJEKTU UMOWY

13. Zamawiający w art. 10 ust. 5 pkt 2 Projektu Umowy zawarł następujące postanowienie:

„Wynagrodzenie pokrywa wszystkie koszty poniesione przez Wykonawcę w celu prawidłowego i terminowego zrealizowania Umowy i na warunkach w niej oznaczonych, w szczególności koszty związane z: (...)

2) opracowaniem Dokumentacji Projektowej”

14. Jak było już o tym wyżej, to Zamawiający dostarcza w tym zamówieniu Dokumentację Projektową, a tym samym nie może on wymagać od Wykonawców, aby również wliczali do swojego wynagrodzenia koszty związane z opracowaniem Dokumentacji Projektowej. Tego typu postanowienie zmierza do tego, aby przerzucić na Wykonawcę odpowiedzialność za Dokumentację Projektową, której Wykonawca nie wykonuje w tym zamówieniu.

(III) ART. 2. PRZEDMIOT UMOWY UST. 2 – PROJEKTU UMOWY

15. Zamawiający zawarł w art. 2 ust. 2 Projektu Umowy postanowienie o treści:

„Wykonawca oświadcza, że zapoznał się z Dokumentacją Przetargową i nie wnosi do niej żadnych zastrzeżeń w szczególności nie stwierdził wad tej dokumentacji. Jeżeli po zawarciu Umowy Wykonawca stwierdzi wady Dokumentacji Przetargowej, to Wykonawca ma obowiązek poinformowania Zamawiającego o tej wadzie w ciągu 3 dni od dnia wykrycia powyższej wady. W razie niepoinformowania Zamawiającego przez Wykonawcę o wadzie Dokumentacji Przetargowej w ciągu 3 dni od dnia wykrycia powyższej wady, Wykonawca traci prawo wystąpienia do Zamawiającego z wnioskiem o przedłużenie terminu realizacji Inwestycji z powodu wady Dokumentacji Przetargowej.”

16. Ten podkreślony fragment również zmierza do tego, aby przerzucić na Wykonawcę odpowiedzialność za wadliwą Dokumentację Przetargową/Projektową, którą dostarcza Zamawiający. Wystarczy bowiem jeden dzień spóźnienia Wykonawcy z poinformowaniem o wadzie takiej Dokumentacji, a na podstawie ww. postanowienia umownego, Wykonawca traci prawo do ewentualnych roszczeń związanych z przedłużeniem terminu realizacji takiego zamówienia, pomimo tego, że wada Dokumentacji może wstrzymać roboty na wiele miesięcy.

17. W znamienitej większości orzecznictwo sądów powszechnych potwierdza słuszność stanowiska, że nieważne są postanowienia warunków kontraktowych, które ograniczają wykonawcy możliwość dochodzenia roszczeń w przypadku niezgłoszenia ich drugiej stronie w terminie określonych umową.

(IV) ART. 2. PRZEDMIOT UMOWY UST. 3 – PROJEKTU UMOWY

20. Zamawiający w art. 2 ust. 3 Projektu Umowy przewidział następujące postanowienie:

„Gdyby zachodziła potrzeba dokonania Robót nieprzewidzianych w Umowie w powodu wadliwej Dokumentacji Przetargowej, Wykonawca wykona te Roboty na własny koszt i niebezpieczeństwo, przy czym zmiany zakresu Robót ustalonego w Umowie nie będą miały wpływu na termin realizacji Inwestycji”

21. W tym postanowieniu umowny Zamawiający wprost wskazuje, że Wykonawca ma wykonać wszelkie roboty na własny koszt, pomimo tego, że Dokumentacja Przetargowa z uwagi na swą wadliwość nie przewidywała określonych robót do wykonania, jak również, że zmiana zakresu tych robót nie będzie uprawniała Wykonawcy do jakichkolwiek roszczeń tak o przedłużenie terminu realizacji, jak również dodatkowej zapłaty za dodatkowe roboty budowlane.

22. Tego typu postanowienia jest już najbardziej jaskrawym przejawem tzw. klauzuli abuzywnej

(V) ART. 2. PRZEDMIOT UMOWY UST. 4 ZDANIE OSTATNIE – PROJEKTU UMOWY

23. W art. 2 ust. 4 Projektu Umowy, Zamawiający wskazał, że:

„Wykonawca w ramach Wynagrodzenia zobowiązuje się do wykonania wszelkich usług, robót budowlanych i innych czynności niewymienionych w Umowie, które są konieczne do wykonania Inwestycji, jak również dostarczenia lub wykonania Instalacji, Urządzeń, Wyposażenia i Materiałów, które nie są wyraźnie wymienione w Umowie, a których dostawa lub wykonanie w toku wykonywania Umowy okaże się konieczne dla pełnej realizacji Inwestycji. Wykonawca wykona usługi, roboty budowlane oraz inne czynności niewymienione w Umowie w sposób zgodny z wymaganiami właściwych organów administracji, wymogami prawa, w tym prawa unijnego, a także w sytuacji zmiany stanu prawnego, nawet jeśli konieczności wykonania tych usług, robót budowlanych lub czynności nie dało się przewidzieć w chwili zawarcia Umowy”

24. Podkreślony fragment to kolejny przykład niedopuszczalnej klauzuli umownej (abuzywnej), którą Zamawiający przerzuca na Wykonawcę całkowitą odpowiedzialność za realizację Umowy, również za okoliczności obciążające Zamawiającego (np. wadliwa Dokumentacja Przetargowa/Projektowa, teren budowy nie nadający się do prowadzenia robót).

(VI) ART. 4. OBOWIĄZKI WYKONAWCY UST. 3 PKT 1 – PROJEKTU UMOWY

25. Zawarte w art. 4 ust. 3 pkt 1 Projektu Umowy postanowienie, otrzymało następujące brzmienie:

„W przypadku Dokumentacji Projektowej, której opracowanie leży po stronie Wykonawcy dokumenty będą przesłane do zaopiniowania Zamawiającemu e-mailem oraz w 2 egzemplarzach w formie papierowej. Po zakończonym procesie opiniowania projekty będą przekazane Zamawiającemu w formie papierowej w 4 egzemplarzach i w 2 egzemplarzach w formie zapisu elektronicznego na informatycznym nośniku danych, w formacie PDF oraz w formacie umożliwiającym jego edycję w programie MS Office lub AutoCad.”

26. Jak było już o tym wcześniej, Dokumentacja Projektowa jest dostarczana w tym Postępowaniu przez Zamawiającego i to na jej podstawie Wykonawca będzie realizował zamówienie. Tym samym wszelkie postanowienia umowne, które przerzucają na Wykonawcę obowiązek jej realizacji (jak w przypadku tego postanowienia umownego), oznaczają de facto przerzucenie na niego odpowiedzialności za dokumenty, za które nie ponosi on odpowiedzialności.

(VII) ART. 4. OBOWIĄZKI WYKONAWCY UST. 6 – PROJEKTU UMOWY

27. W art. 4 ust. 6 Projektu Umowy, Zamawiający zawarł następujące postanowienie:

„Wykonawca poniesie koszty i ryzyko wynikające ze zmian i korekt wprowadzanych na kolejnych etapach realizacji Inwestycji, o ile okaże się to niezbędne dla prawidłowego wykonania Inwestycji. W szczególności dotyczy to zmian i korekt wprowadzonych wskutek opiniowania dokumentów przez Zamawiającego.”

28. Przy tak ukształtowanym postanowieniu umownym, również przerzuca się całe ryzyko związane z realizacją Umowy na Wykonawcę. Każda bowiem zmiana, czy też korekta wynikająca nawet z okoliczności obciążających tylko i wyłącznie Zamawiającego (np. wadliwa Dokumentacja Przetargowa/Projektowa, teren budowy nie nadający się do realizacji robót budowlanych), obciążają Wykonawcę.

(VIII) ART. 4. OBOWIĄZKI WYKONAWCY UST. 28 – PROJEKTU UMOWY

29. Art. 4 ust. 28 Projektu Umowy otrzymał następujące brzmienie:

„Wykonawca poniesie wszelkie ryzyka związane z brakiem jakiegokolwiek, wymaganego dla prawidłowej realizacji przedmiotu Umowy, aktu administracyjnego lub dokumentu.”

30. Mamy w tym wypadku do czynienia z kolejnym przykładem przerzucenia całkowitej odpowiedzialności na Wykonawcę. Postanowienie o takiej bowiem treści odnosi się do wszystkich dokumentów czy też decyzji administracyjnych, nawet tych, które nie leżą obowiązkach Wykonawcy. Do takich mogą np. zaliczać się opracowanie Dokumentacji Projektowej z uwagi na wadliwość dostarczonej przez Zamawiającego.

(IX) ART. 4. OBOWIĄZKI WYKONAWCY UST. 56 – PROJEKTU UMOWY

31. Zamawiający wymaga w art. 4 ust. 56 Projektu Umowy, aby Wykonawca złożył oświadczenie, w którym zobowiąże się do zagwarantowania Parametrów Gwarantowanych Inwestycji:

„Wykonawca gwarantuje, że podczas Próby Gwarancyjnej zostaną uzyskane Parametry Gwarantowane Inwestycji”

32. Wykonawca wskazuje ponownie, że to nie on jest autorem Dokumentacji Przetargowej/Projektowej. Tym samym jedyne co może on zagwarantować to, że wykona to zgodnie z tą Dokumentacją, wszelkimi normami, czy też zasadami wiedzy technicznej. Nie może natomiast zagwarantować, że założone w niej parametry zostaną osiągnięte. Wykonawca nie będąc jej autorem nie może odpowiadać za to co zostało w niej zaprojektowane. Wystarczy bowiem, że projektant mógł niewłaściwie dobrać urządzenia (np. zbyt małą moc) i to wszystko sprawi, że finalnie Wykonawca wykona obiekt zgodnie z umową, ale parametry końcowe nie zostaną osiągnięte z przyczyn nie leżących absolutnie po stronie Wykonawcy.

33. Przy takim natomiast postanowieniu umownym, Wykonawca bierze na siebie nieograniczoną w żaden sposób odpowiedzialność za osiągnięcie tych parametrów.

(X) (XI) ART. 10. WYNAGRODZENIA I WARUNKI PŁATNOŚCI UST. 5 PKT 2) I PKT 17) – PROJEKTU UMOWY

34. W art. 10 ust. 5 pkt 2) Projektu Umowy, Zamawiający zawarł następujące postanowienie:

„Wynagrodzenie pokrywa wszystkie koszty poniesione przez Wykonawcę w celu prawidłowego i terminowego zrealizowania Umowy i na warunkach w niej oznaczonych, w szczególności koszty związane z: (...)

2) opracowaniem Dokumentacji Projektowej.”

35. Z kolei w art. 10 ust. 5 pkt 2) Projektu Umowy, Zamawiający wskazał, że:

„Wynagrodzenie pokrywa wszystkie koszty poniesione przez Wykonawcę w celu prawidłowego i terminowego zrealizowania Umowy i na warunkach w niej oznaczonych, w szczególności koszty związane z: (...)

17) pełnieniem nadzoru autorskiego.”

36. Jak było już o tym wyżej, to Zamawiający dostarcza w tym zamówieniu Dokumentację Przetargową/Projektową, a tym samym nie może on wymagać od Wykonawców, aby również wliczali do swojego wynagrodzenia koszty związane z opracowaniem Dokumentacji Projektowej, czy też pełnieniem nadzoru autorskiego w sytuacji, kiedy to nie są twórcami tej Dokumentacji. Tego typu postanowienie zmierza do tego, aby przerzucić na Wykonawcę odpowiedzialność za Dokumentację Projektową, której Wykonawca nie wykonuje w tym zamówieniu.

ZARZUT NARUSZENIA ART. 439 UST. 1 I 2 PZP

(...) 39. Jak można przeczytać w Komunikacie zamieszczonym w dniu 29 października 2021 r. na stronie Urzędu Zamówień Publicznych www.uzp.gov.pl „Klauzula waloryzacyjna Narzędzie sprawnej realizacji zamówienia”: (...)

40. W przedmiotowym Postępowaniu mamy niewątpliwie do czynienia z Umową na roboty budowlane (m.in. taka informacja jest w Ogłoszeniu o zamówieniu, w SWZ), również treść postanowień Projektu Umowy wskazuje na to, że są to roboty budowlane.

41. Termin realizacji zaś zamówienia wynosi 24 miesiące (vide: pkt 4 SWZ, Art. 3 Projektu Umowy).

42. Nie ulega zatem wątpliwości, że dyspozycja norm prawnych określonych w art. 439 ust. 1 i ust. 2 PZP, nakazująca Zamawiającemu stworzenie takich klauzul waloryzacyjnych – aktywowała się.

43. Niestety w Projekcie Umowy, czy też w innych dokumentach zamówienia próżno szukać takiej klauzuli. Zamawiający całkowicie pominął tworząc Projekt Umowy ten obowiązek narzucony mu przez ustawodawcę. Co więcej w Projekcie Umowy w art. 4 ust. 2 Projektu Umowy, Zamawiający wskazał, że Wykonawca nie może domagać się podwyższenia wynagrodzenia, poza zmianą VAT, czy też Robotami Dodatkowymi.

44. Dlatego też istnieje ustawowy obowiązek wprowadzenia takiej klauzuli."

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu dokonania następujących modyfikacji swz:

- i poprzez dodanie do definicji Dokumentacji Projektowej (art. 1 ust. 1 pkt 2 Projektu Umowy) fragmentu, że jest to dokumentacja dostarczona przez Zamawiającego, względnie poprzez dodanie do dokumentów wymienionych w definicji Dokumentacji Przetargowej (art. 1 ust. 1 pkt 3 Projektu Umowy) również Dokumentacji Projektowej,
- ii usunięcie art. 10 ust. 5 pkt 2) Projektu Umowy,
- iii usunięcie w art. 2 ust. 2 Projektu Umowy fragmentu o treści: „W razie niepoinformowania Zamawiającego przez Wykonawcę o wadzie Dokumentacji Przetargowej w ciągu 3 dni od dnia wykrycia powyższej wady, Wykonawca traci prawo wystąpienia do Zamawiającego z wnioskiem o przedłużenie terminu realizacji Inwestycji z powodu wady Dokumentacji Przetargowej.”,
- iv usunięcie w art. 2 ust. 3 zdanie pierwsze Projektu Umowy fragmentu o treści: „Gdyby zachodziła potrzeba dokonania Robót nieprzewidzianych w Umowie w powodu wadliwej Dokumentacji Przetargowej, Wykonawca wykona te Roboty na własny koszt i niebezpieczeństwo, przy czym zmiany zakresu Robót ustalonego w Umowie nie będą miały wpływu na termin realizacji Inwestycji”,
- v usunięcie w art. 2 ust. 4 zdanie ostatnie Projektu Umowy fragmentu o treści: „Wykonawca wykona usługi, roboty budowlane oraz inne czynności niewymienione w Umowie

w sposób zgodny z wymaganiami właściwych organów administracji, wymogami prawa, w tym prawa unijnego, a także w sytuacji zmiany stanu prawnego, nawet jeśli konieczności wykonania tych usług, robót budowlanych lub czynności nie dało się przewidzieć w chwili zawarcia Umowy”,

vi usunięcie z art. 4 ust. 3 pkt 1 Projektu Umowy fragmentu o treści: „W przypadku Dokumentacji Projektowej, której opracowanie leży po stronie Wykonawcy dokumenty będą przesłane do zaopiniowania Zamawiającemu e-mailem oraz w 2 egzemplarzach w formie papierowej. Po zakończonym procesie opiniowania projekty będą przekazane Zamawiającemu w formie papierowej w 4 egzemplarzach i w 2 egzemplarzach w formie zapisu elektronicznego na informatycznym nośniku danych, w formacie PDF oraz w formacie umożliwiającym jego edycję w programie MS Office lub AutoCad.”

vii usunięcie art. 4 ust. 6 Projektu Umowy o treści: „Wykonawca poniesie koszty i ryzyko wynikające ze zmian i korekt wprowadzanych na kolejnych etapach realizacji Inwestycji, o ile okaże się to niezbędne dla prawidłowego wykonania Inwestycji. W szczególności dotyczy to zmian i korekt wprowadzonych wskutek opiniowania dokumentów przez Zamawiającego.”

względnie dodanie fragmentu, że nie dotyczy to sytuacji wadliwości Dokumentacji Przetargowej/Projektowej,

viii usunięcie art. 4 ust. 28 Projektu Umowy o treści: „Wykonawca poniesie wszelkie ryzyka związane z brakiem jakiegokolwiek, wymaganego dla prawidłowej realizacji przedmiotu Umowy, aktu administracyjnego lub dokumentu.”

względnie dodanie fragmentu o treści, że nie dotyczy to aktów administracyjnych lub dokumentów, które dostarcza Zamawiający,

ix usunięcie art. 4 ust. 56 projektu Umowy o treści: „Wykonawca gwarantuje, że podczas Próby Gwarancyjnej zostaną uzyskane Parametry Gwarantowane Inwestycji”

względnie dodanie fragmentu o treści, że nie dotyczy to sytuacji, w których nie uzyskano Parametrów Gwarantowanych Inwestycji z uwagi na wadliwość Dokumentacji Przetargowej/Projektowej,

x usunięcie art. 10 ust. 5 pkt 2) Projektu Umowy o treści: „Wynagrodzenie pokrywa wszystkie koszty poniesione przez Wykonawcę w celu prawidłowego i terminowego zrealizowania Umowy i na warunkach w niej oznaczonych, w szczególności koszty związane z: (...) 2) opracowaniem Dokumentacji Projektowej.”

xi usunięcie art. 10 ust. 5 pkt 17) Projektu Umowy o treści: „Wynagrodzenie pokrywa wszystkie koszty poniesione przez Wykonawcę w celu prawidłowego i terminowego zrealizowania Umowy i na warunkach w niej oznaczonych, w szczególności koszty związane z: (...) 17) pełnieniem nadzoru autorskiego.”

2) dodania do postanowień Projektu Umowy klauzuli waloryzacyjnej.

Pismem z dnia 08.11.2021 r. wykonawca [REDAKTOWANE] (dalej: „przystępujący”), zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego. Izba stwierdziła, że przystąpienie zostało dokonane skutecznie.

Pismem z dnia 16.11.2021 r. odwołujący oświadczył, że cofa odwołanie w zakresie zarzutu nr 2 dotyczącego naruszenia art. 439 ust. 1 i 2 ustawy Pzp poprzez brak zamieszczenia w Projekcie Umowy postanowień dotyczących zasad wprowadzania zmian wysokości wynagrodzenia należnego wykonawcy w przypadku zmiany ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia, pomimo tego, że przedmiotem Umowy są roboty budowlane oraz zostanie ona zawarta na okres dłuższy niż 12 miesięcy (Umowa przewiduje 24 miesiące na wykonanie przedmiotu Umowy). Cofnięcie odwołania w ww. zakresie nastąpiło z powodu dokonania przez zamawiającego w dniu 12.11.2021 r. zmian projektu umowy i wprowadzenia postanowień dotyczących waloryzacji wynagrodzenia. Z uwagi na cofnięcie odwołania co do ww. zarzutu, postępowanie odwoławcze podlegało w tym zakresie umorzeniu na podstawie art. 568 pkt 1 ustawy Pzp.

Pismem z dnia 18.11.2021 r. zamawiający przekazał odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o jego oddalenie.

W trakcie rozprawy strony i przystępujący podtrzymali swoje stanowiska w sprawie.

Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając na rozprawie złożone odwołanie i uwzględniając dokumentację z niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz stanowiska stron i przystępującego złożone na piśmie i podane do protokołu rozprawy, zważyła, co następuje.

Izba ustaliła wystąpienie przesłanek z art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, tj. istnienie po stronie odwołującego interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia przez niego szkody z uwagi na kwestionowane czynności zamawiającego.

Ponadto Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 528 ustawy Pzp.

Zgodnie z art. 433 pkt 3 ustawy Pzp, projektowane postanowienia umowy nie mogą przewidywać:

3) odpowiedzialności wykonawcy za okoliczności, za które wyłączną odpowiedzialność ponosi zamawiający.

Pierwszy zarzut odwołania dotyczy art. 1 ust. 1 pkt 2 i 3 Projektu Umowy o treści:

„2) Dokumentacja Projektowa – obejmuje wszelkie dokumenty (rysunki i ich opisy) przedstawiające obiekty budowlane składające się na Inwestycję, w szczególności: Projekt Technologiczny, Projekt Budowlany, Projekt Rozbiórki, Projekt Wykonawczy i informację dotyczącą bezpieczeństwa i ochrony zdrowia, w przypadkach, gdy jej opracowanie jest wymagane na podstawie odrębnych przepisów,

3) Dokumentacja Przetargowa – dokumentacja dostarczona Wykonawcy przez Zamawiającego oraz dokumentacja przekazana przez Wykonawcę Zamawiającemu w trakcie procedury o udzielenie zamówienia prowadzonego przez Zamawiającego na pytania wykonawców w trakcie trwania postępowania o udzielenie zamówienia oraz Oferta.”

Odwołujący wskazuje, że zamówienie jest udzielane w formule „buduj”, a nie „projektuj i buduj”, tymczasem z ww. definicji nie wynika, że dokumentacja projektowa jest dokumentem sporządzanym i dostarczonym przez zamawiającego. W odpowiedzi na odwołanie zamawiający wskazał na art. 2 ust. 1 oraz art. 24 ust. 6 pkt 1 Projektu Umowy, w których wskazano, że „Wykonawca przyjmuje na warunkach określonych Umową kompletne wykonanie Inwestycji zgodnie z załączoną Dokumentacją Projektową” (art. 2 ust. 1) oraz że załącznikiem stanowiącym integralną część Umowy jest „Dokumentacja Projektowa bez dokumentacji warsztatowej i dokumentacji rozwiązań zamiennych” (art. 24 ust. 6 pkt 1). Z przywołanych przez zamawiającego postanowień Projektu Umowy wynika zatem – zgodnie z oczekiwaniem odwołującego – że Dokumentacja Projektowa (ze wskazanymi wyjątkami) jest dokumentem sporządzanym i dostarczonym przez zamawiającego. Tym samym nie ma znaczenia, że fakt ten nie został wskazany w ww. definicjach, gdyż wynika on z art. 2 ust. 1 oraz art. 24 ust. 6 pkt 1 Projektu Umowy. Dlatego odwołanie w zakresie tego zarzutu zostało oddalone.

Drugi zarzut odwołania dotyczy art. 10 ust. 5 pkt 2 Projektu Umowy o treści:

„Wynagrodzenie pokrywa wszystkie koszty poniesione przez Wykonawcę w celu prawidłowego i terminowego zrealizowania Umowy i na warunkach w niej oznaczonych, w szczególności koszty związane z: (...)

2) opracowaniem Dokumentacji Projektowej.”

Odwołujący zarzuca, że skoro zamawiający ma obowiązek dostarczyć Dokumentację Projektową, to nie może wymagać od wykonawców, aby wliczali do swojego wynagrodzenia koszty związane z jej opracowaniem.

Należy zauważyć, że zgodnie z wyżej wskazanym art. 24 ust. 6 pkt 1 Projektu Umowy, Dokumentacja Projektowa jest załącznikiem do Umowy, ale bez dokumentacji warsztatowej i dokumentacji rozwiązań zamiennych. Zamawiający powołał się też w odpowiedzi na odwołanie na art. 4 ust. 5 Projektu Umowy, z którego wynika, że

wykonawca może, po uprzedniej akceptacji zamawiającego i projektanta, wprowadzić rozwiązania zamienne w stosunku do rozwiązań przewidzianych w Dokumentacji Projektowej. Oznacza to, że wykonawca jest uprawniony do wprowadzania rozwiązań zamiennych, które wchodzi w skład Dokumentacji Projektowej i to ich koszt musi pokryć z przysługującego mu wynagrodzenia ryczałtowego zgodnie z kwestionowanym w odwołaniu postanowieniem Projektu Umowy. Art. 10 ust. 5 pkt 2 Projektu Umowy nie odnosi się więc do okoliczności, za które wyłączną odpowiedzialność ponosi zamawiający, gdyż odnosi się do opracowania Dokumentacji Projektowej w zakresie rozwiązań zamiennych, za które odpowiedzialność ponosi także wykonawca. Dlatego odwołanie w zakresie tego zarzutu zostało oddalone.

Trzeci zarzut odwołania dotyczy art. 2 ust. 2 Projektu Umowy o treści:

„Wykonawca oświadcza, że zapoznał się z Dokumentacją Przetargową i nie wnosi do niej żadnych zastrzeżeń, w szczególności nie stwierdził wad tej dokumentacji. Jeżeli po zawarciu Umowy Wykonawca stwierdzi wady Dokumentacji Przetargowej, to Wykonawca ma obowiązek poinformowania Zamawiającego o tej wadzie w ciągu 3 dni od dnia wykrycia powyższej wady. W razie niepoinformowania Zamawiającego przez Wykonawcę o wadzie Dokumentacji Przetargowej w ciągu 3 dni od dnia wykrycia powyższej wady, Wykonawca traci prawo wystąpienia do Zamawiającego z wnioskiem o przedłużenie terminu realizacji Inwestycji z powodu wady Dokumentacji Przetargowej.”

Odwołujący zarzuca, że ostatnie zdanie ww. postanowienia zmierza do tego, aby przerzucić na wykonawcę odpowiedzialność za wadliwą Dokumentację Przetargową/Projektową, którą dostarcza Zamawiający. Wystarczy bowiem jeden dzień spóźnienia wykonawcy z poinformowaniem o wadzie takiej Dokumentacji, a na podstawie ww. postanowienia umownego wykonawca traci prawo do ewentualnych roszczeń związanych z przedłużeniem terminu realizacji takiego zamówienia, mimo że wada Dokumentacji może wstrzymać roboty na wiele miesięcy.

W pierwszej kolejności należy zgodzić się ze stanowiskiem zamawiającego przedstawionym w odpowiedzi na odwołanie, że wykonawca w razie uchybienia ww. 3-dniowemu terminowi, nie poniesie konsekwencji finansowych, gdyż kara umowna jest naliczana tylko za zwłokę, a wadliwość Dokumentacji Projektowej dostarczonej przez zamawiającego nie pozwala na uznanie, że doszło do zwłoki po stronie wykonawcy, ponadto zgodnie z art. 1 ust. 1 pkt 19, art. 4 ust. 2 i art. 10 ust. 3 Projektu Umowy, za Roboty Dodatkowe wykraczające poza zakres zamówienia zawarty w Dokumentacji Przetargowej, wykonawcy należy się dodatkowe wynagrodzenie.

Niemniej jednak odwołujący zwraca uwagę na to, że uchybienie 3-dniowemu terminowi na zgłaszanie wad Dokumentacji Przetargowej powoduje utratę prawa do

ewentualnych roszczeń związanych z przedłużeniem terminu realizacji zamówienia. Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie powołał się na art. 19 ust. 8 pkt 6 Projektu Umowy, który przewiduje przedłużenie terminu realizacji Umowy, jeżeli z przyczyn niezawinionych przez Wykonawcę, w szczególności w razie konieczności wykonania Robót Dodatkowych, zachowanie terminów stanie się niemożliwe. Dodatkowo zamawiający stwierdził, że i tak nie będzie miał w istocie możliwości ustalenia, kiedy wykonawca odkrył istnienie wady Dokumentacji Przetargowej.

Izba stwierdziła, że sporządzenie dokumentacji przetargowej jest obowiązkiem zamawiającego i to zamawiający ponosi odpowiedzialność za jej wady. Wykonawcy przed złożeniem ofert mają obowiązek zapoznać się z tą dokumentacją i mogą żądać wyjaśnienia jej treści, jak też mogą kwestionować jej treść w drodze odwołania, niemniej jednak nie może to oznaczać przerzucenia odpowiedzialności za prawidłowość wykonania tej dokumentacji na wykonawców. Ponadto argumentacja podniesiona przez zamawiającego prowadzi do wniosku, że kwestionowane w odwołaniu postanowienie (ostatnie zdanie art. 2 ust. 2 Projektu Umowy) jest w istocie zbędne, skoro zamawiający i tak nie będzie w stanie ustalić, kiedy wykonawca wykrył wadę Dokumentacji Przetargowej, a zatem nie będzie w stanie ustalić, czy wykonawca zgłosił wadę z zachowaniem, czy z uchybieniem 3-dniowego terminu. Dodatkowo, skoro przedłużenie terminu realizacji Umowy może nastąpić, jeżeli zachowanie terminów stanie się niemożliwe z przyczyn niezawinionych przez wykonawcę, to w świetle odpowiedzialności zamawiającego za dokumentację przetargową, nawet jeśli wykonawca uchybi terminowi z art. 2 ust. 2 Projektu Umowy, będzie mógł domagać się przedłużenia terminu realizacji Umowy w oparciu o art. 19 ust. 8 pkt 6 Projektu Umowy. W świetle okoliczności podniesionych przez zamawiającego, wyznaczenie 3-dniowego terminu, po upływie którego wykonawca traci prawo do żądania przedłużenia terminu realizacji zamówienia, nie ma zatem znaczenia, gdyż zamawiający nie będzie w stanie ustalić zachowania tego terminu, a wykonawca będzie się mógł powoływać na niezawinione przez siebie przyczyny skutkujące koniecznością wydłużenia terminu realizacji Umowy.

Ze względu na powyższe okoliczności, w tym z uwagi na fakt, że to zamawiający ponosi odpowiedzialność za dostarczoną przez siebie Dokumentację Projektową, Izba uwzględniła odwołanie w zakresie ww. zarzutu i nakazała zamawiającemu usunięcie kwestionowanego postanowienia.

Czwarty zarzut odwołania dotyczy art. 2 ust. 3 Projektu Umowy o treści:

„Gdyby zachodziła potrzeba dokonania Robót nieprzewidzianych w Umowie z powodu wadliwej Dokumentacji Przetargowej, Wykonawca wykona te Roboty na własny koszt i niebezpieczeństwo, przy czym zmiany zakresu Robót ustalonego w Umowie nie będą miały wpływu na termin realizacji Inwestycji”.

Jak już wyżej wskazano, sporządzenie dokumentacji przetargowej jest obowiązkiem zamawiającego i to zamawiający ponosi odpowiedzialność za jej wady. Tym samym nie jest dopuszczalne przerzucenie odpowiedzialności za prawidłowość wykonania tej dokumentacji na wykonawców. Izba podtrzymuje zatem swoje stanowisko wyrażone powyżej i dlatego też odwołanie w zakresie ww. zarzutu zostało uwzględnione, a Izba nakazała zamawiającemu usunięcie kwestionowanego postanowienia.

Piąty zarzut odwołania dotyczy art. 2 ust. 4 Projektu Umowy o treści:

„Wykonawca w ramach Wynagrodzenia zobowiązuje się do wykonania wszelkich usług, robót budowlanych i innych czynności niewymienionych w Umowie, które są konieczne do wykonania Inwestycji, jak również dostarczenia lub wykonania Instalacji, Urządzeń, Wyposażenia i Materiałów, które nie są wyraźnie wymienione w Umowie, a których dostawa lub wykonanie w toku wykonywania Umowy okaże się konieczne dla pełnej realizacji Inwestycji. Wykonawca wykona usługi, roboty budowlane oraz inne czynności niewymienione w Umowie w sposób zgodny z wymaganiami właściwych organów administracji, wymogami prawa, w tym prawa unijnego, a także w sytuacji zmiany stanu prawnego, nawet jeśli konieczności wykonania tych usług, robót budowlanych lub czynności nie dało się przewidzieć w chwili zawarcia Umowy”.

Odwołujący kwestionuje ostatnie zdanie ww. postanowienia jako przerzucające na wykonawcę całkowitą odpowiedzialność za realizację Umowy.

Zamawiający powołał się w odpowiedzi na odwołanie na fakt, że w niniejszym postępowaniu przewidziano wynagrodzenie ryczałtowe. Ten rodzaj wynagrodzenia jest stosowany, gdy nie można przewidzieć rozmiaru lub kosztów prac (art. 632 § 1 kc), co oznacza, że wykonawca ponosi ryzyko związane z zakresem robót/usług, które będą faktycznie konieczne do wykonania i nie może żądać podwyższenia wynagrodzenia. W efekcie wykonawca bierze na siebie ryzyko poniesienia większych kosztów, jeśli zakres robót/usług do wykonania okaże się większy niż pierwotnie określony, jak też ma szansę ponieść mniejsze koszty, jeśli zakres robót/usług do wykonania okaże się mniejszy.

Izba stwierdziła, że obowiązek wykonania zamówienia zgodnie z wymaganiami obowiązującego prawa i właściwych organów administracji, także w zakresie nieprzewidzianym w Umowie, jest zasadny i dopuszczalny zwłaszcza w świetle przyjętego w tym postępowaniu wynagrodzenia ryczałtowego. Tym bardziej, że ponoszone przez wykonawcę ryzyko nie obejmuje Robót Dodatkowych, za które należy mu się dodatkowe wynagrodzenie. Dlatego też odwołanie w zakresie ww. zarzutu zostało oddalone.

Szósty zarzut odwołania dotyczy art. 4 ust. 3 pkt 1 Projektu Umowy o treści:

„W przypadku Dokumentacji Projektowej, której opracowanie leży po stronie Wykonawcy dokumenty będą przesłane do zaopiniowania Zamawiającemu e-mailem oraz w 2 egzemplarzach w formie papierowej. Po zakończonym procesie opiniowania projekty będą przekazane Zamawiającemu w formie papierowej w 4 egzemplarzach i w 2 egzemplarzach w formie zapisu elektronicznego na informatycznym nośniku danych, w formacie PDF oraz w formacie umożliwiającym jego edycję w programie MS Office lub AutoCad.”

Ww. postanowienie wyraźnie odnosi się do tej Dokumentacji Projektowej, której opracowanie leży po stronie wykonawcy, zatem nie jest zasadna argumentacja odwołującego, zgodnie z którą za Dokumentację Projektową odpowiada wyłącznie zamawiający. Jak wskazano już wyżej, z art. 24 ust. 6 pkt 1 oraz art. 4 ust. 5 Projektu Umowy wynika, że wykonawca może tworzyć dokumentację rozwiązań zamiennych, która staje się częścią Dokumentacji Projektowej. Tym samym kwestionowane postanowienie dotyczy tych właśnie rozwiązań zamiennych, których sporządzenie należy do wykonawcy. Dlatego Izba nie podzieliła argumentacji odwołującego i odwołanie w zakresie ww. zarzutu zostało oddalone.

Siódmy zarzut odwołania dotyczy art. 4 ust. 6 Projektu Umowy o treści:

„Wykonawca poniesie koszty i ryzyko wynikające ze zmian i korekt wprowadzanych na kolejnych etapach realizacji Inwestycji, o ile okaże się to niezbędne dla prawidłowego wykonania Inwestycji. W szczególności dotyczy to zmian i korekt wprowadzonych wskutek opiniowania dokumentów przez Zamawiającego.”

Odwołujący ponownie wskazuje, że przy tak ukształtowanym postanowieniu umownym, zamawiający przerzuca całe ryzyko związane z realizacją Umowy na wykonawcę.

Izba podzieliła w tym zakresie argumentację zamawiającego, który po pierwsze, zauważył, że opiniowanie dokumentów dotyczy tylko dokumentów sporządzanych przez wykonawcę (art. 4 ust. 3 Projektu Umowy), a zatem takich, co do których nie można przyjąć, że odpowiedzialność ponosi wyłącznie zamawiający. Po drugie, zgodnie z art. 1 ust. 1 pkt 19, art. 4 ust. 2 i art. 10 ust. 3 Projektu Umowy, za Roboty Dodatkowe wykraczające poza zakres zamówienia zawarty w Dokumentacji Przetargowej, wykonawcy należy się dodatkowe wynagrodzenie. Zatem kwestionowane postanowienie z pewnością nie dotyczy zmian i korekt na tyle istotnych, że skutkujących koniecznością wykonania Robót Dodatkowych. Z uwagi na powyższe odwołanie w zakresie ww. zarzutu zostało oddalone.

Ósmy zarzut odwołania dotyczy art. 4 ust. 28 Projektu Umowy o treści:
„Wykonawca poniesie wszelkie ryzyka związane z brakiem jakiegokolwiek, wymaganego dla prawidłowej realizacji przedmiotu Umowy, aktu administracyjnego lub dokumentu.”

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie przytoczył treść art. 2 ust. 7, art. 4 ust. 20 pkt 4 i 7, art. 4 ust. 27 Projektu Umowy, w których wymieniono obowiązki wykonawcy związane z uzyskaniem określonych aktów administracyjnych i dokumentów, z wyjątkiem tych, których uzyskanie stanowi obowiązek zamawiającego (chyba, że tracą ważność lub wymagają zmiany w trakcie realizacji Umowy). W świetle powyższych postanowień Projektu Umowy nie jest zatem tak jak twierdzi odwołujący, że cała odpowiedzialność w tym zakresie została przerzucona na wykonawcę. Ponadto z przytoczonego przez zamawiającego art. 8 ust. 2 Projektu Umowy wynika, że zamawiający zobowiązał się do współpracy z wykonawcą w zakresie pozyskiwania decyzji, pozwoleń, zgód, ekspertyz, czy innych dokumentów lub aktów administracyjnych, co również przeczy tezie o wyłącznej odpowiedzialności wykonawcy. Z uwagi na powyższe odwołanie w zakresie ww. zarzutu zostało oddalone.

Dziewiąty zarzut odwołania dotyczy art. 4 ust. 56 Projektu Umowy o treści:
„Wykonawca gwarantuje, że podczas Próby Gwarancyjnej zostaną uzyskane Parametry Gwarantowane Inwestycji”.

Izba podzieliła argumentację zamawiającego, zgodnie z którą „Zamawiający oczekuje od Wykonawcy więcej, niż tylko bezrefleksyjnej realizacji projektu i stwierdzenia przy odbiorze końcowym, że nie jest możliwe osiągnięcie Parametrów Gwarantowanych z powodu wad Dokumentacji Projektowej”. Celem udzielenia zamówienia publicznego jest jego wykonanie w prawidłowy sposób, tj. zgodnie z dokumentacją przekazaną przez zamawiającego, ale także z zasadami wiedzy technicznej, co wynika również z art. 647 kc. Strony są więc zobowiązane do współpracy w trakcie realizacji umowy, w tym m.in. wykonawca ma obowiązek informować o wykrytych wadach Dokumentacji Przetargowej, przy czym w przypadku wad prowadzących do konieczności wykonania Robót Dodatkowych, wykonawcy przysługuje dodatkowe wynagrodzenie (art. 1 ust. 1 pkt 19, art. 4 ust. 2 i art. 10 ust. 3 Projektu Umowy). Wprawdzie wykonawca nie powinien ponosić odpowiedzialności za wady Dokumentacji Przetargowej, niemniej jednak jego rolą jest nie tylko „ślepe” wykonywanie robót wg projektu, ale także sygnalizowanie wad i trudności, które nie pozwalają na prawidłowe wykonanie zamówienia i proponowanie właściwych zmian. Tym samym wykonawca jest aktywnym uczestnikiem procesu budowlanego, który również powinien dążyć do osiągnięcia celu udzielanego zamówienia. Z uwagi na powyższe odwołanie w zakresie ww. zarzutu zostało oddalone.

Dziesiąty i jedenasty zarzut odwołania dotyczy art. 10 ust. 5 pkt 2 i 17 Projektu Umowy o treści:

„Wynagrodzenie pokrywa wszystkie koszty poniesione przez Wykonawcę w celu prawidłowego i terminowego zrealizowania Umowy i na warunkach w niej oznaczonych, w szczególności koszty związane z: (...)

2) opracowaniem Dokumentacji Projektowej, (...)

17) pełnieniem nadzoru autorskiego.”

Jak już wyżej wskazano, z art. 24 ust. 6 pkt 1 oraz art. 4 ust. 5 Projektu Umowy wynika, że wykonawca może tworzyć dokumentację rozwiązań zamiennych. Ponadto do obowiązków wykonawcy należy też opracowanie Dokumentacji Wykonawczej i Dokumentacji Powykonawczej (art. 1 ust. 1 pkt 1 i 4 Projektu Umowy). Kwestionowane postanowienia dotyczą zatem tych właśnie opracowań, których sporządzenie należy do wykonawcy. W konsekwencji – chodzi również o nadzór autorski sprawowany przez wykonawcę w zakresie, w jakim sporządził on Dokumentację Wykonawczą i Powykonawczą. Dlatego Izba nie podzieliła argumentacji odwołującego i odwołanie w zakresie ww. zarzutu zostało oddalone.

Wobec powyższego, Izba postanowiła jak w sentencji wyroku, orzekając na podstawie art. 552 ust. 1, art. 553 i art. 554 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Orzeczenie Izby zostało wydane w oparciu o dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia oraz w oparciu o stanowiska stron i uczestnika przedstawione na rozprawie i w pismach procesowych.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 574 i art. 575 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 7 ust. 2 pkt 1 i ust. 3 w zw. z § 5 pkt 1 i pkt 2 lit. a), b) i d) rozporządzenia w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437).

Spośród jedenastu zarzutów zawartych w odwołaniu, Izba uwzględniła dwa. Dlatego też Izba obciążyła zamawiającego kosztami postępowania odwoławczego w części 2/11, a odwołującego – w części 9/11.

Na koszty postępowania odwoławczego składają się: 20.000 zł - wpis od odwołania, 3.600 zł - koszt wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego, 256,00 zł – nocleg, 1.220,33 zł - dojazd na rozprawę, 17 zł – opłata od pełnomocnictwa, co razem daje kwotę 25.093,33 zł. Z tej kwoty 2/11 stanowi 4.562,42 zł, zaś 9/11 – 20.530,91 zł.

Odwołujący poniósł dotychczas koszty w wysokości 25.093,33 zł, a powinien ponieść je w wysokości 20.530,91 zł. Z kolei zamawiający nie poniósł dotychczas żadnych kosztów, a powinien je ponieść w wysokości 4.562,42 zł. Oznacza to, że zamawiający powinien zwrócić odwołującemu kwotę 4.562,42 zł, aby każda ze stron ostatecznie poniosła koszty w wysokości odpowiadającej wynikowi postępowania odwoławczego ($25.093,33 - 4.562,42 = 20.530,91$). Przy czym zgodnie z § 7 ust. 6 ww. rozporządzenia, koszty rozdzielone stosunkowo zaokrągla się w górę do pełnych złotych. Dlatego Izba zasądziła od zamawiającego na rzecz odwołującego kwotę 4.563 zł.

Przewodniczący