



OMÓWIENIE WYROKU KIO 3439/20 Z 22.01.2021

AUTOR:

IWONA HOLKA

Wszelkie prawa zastrzeżone

Nowa ustawa wprowadziła wiele zmian dotyczących umów o zamówienia publiczne. W art. Wskazano postanowienia, których w umowach nie należy zawierać, wprowadzono również obowiązkowe postanowienia umów, m.in. konieczność waloryzacji

Bardzo ciekawy w tym kontekście jest wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 2021-01-22, KIO 3439/20, dotyczący co prawda postępowania prowadzonego w oparciu o Pzp2004, natomiast w świetle zmienionych przepisów, tym bardziej znajdzie on zastosowanie w nowych postępowaniach.

Postępowanie i kwestionowane postanowienia umowy dotyczyły usługi wykonania dokumentacji projektowej. Odwołujący zarzucał nieuzasadnione potrzebami Zamawiającego uprzywilejowanie pozycji Zamawiającego i naruszenie zasady równowagi stron stosunku zobowiązaniowego oraz nadużycie przez Zamawiającego podmiotowego prawa do ukształtowania istotnych postanowień umownych.

Nie wszystkie podnoszone zarzuty zostały uwzględnione, jednak szczególnie warte uwagi w kontekście kształtowania postanowień umów są te, które zostały uwzględnione.

Legenda: podkreślenie: mój komentarz

Pochylenie: wyrok KIO

Czerwony kolor: stanowisko Izby szczególnie warte uwagi

I. SWOBODNE OGRANICZENIE ZAKRESU PRZEDMIOTU UMOWY

Izba uwzględniła zarzut odnoszący się do swobodnego ograniczenia zakresu umowy, bez wskazania minimalnego zakresu, który zostanie zrealizowany. W myśl art. 433 pkt 4) Pzp2019 takie zapisy umowy są niedopuszczalne.

*W tym zakresie Izba ustaliła, że zamawiający w Tomie II SIWZ - warunki umowy, w §3 **przewidział możliwość ograniczenia przedmiotu umowy, bez żadnych ujemnych dla siebie konsekwencji finansowych, nie określając przy tym maksymalnego poziomu do jakiego takie ograniczenie może nastąpić** (okoliczność bezsporna). Jednocześnie wskazał, że powyższe może mieć miejsce w przypadku ograniczenia przez Instytucję Zarządzającą, funduszy przyznanych zamawiającemu na realizację przedmiotu umowy. Zamiar ograniczenia przedmiotu umowy zamawiający zobowiązał się zgłosić wykonawcy w formie pisemnej, w terminie 30 dni, licząc od dnia powzięcia wiadomości o ograniczeniu środków finansowych. Odwołujący kwestionując wprowadzony zapis zwracał uwagę, że zamawiający przewidział możliwość bliżej nieokreślonego ograniczenia przedmiotu przyszłej umowy (zamówionych opracowań projektowych), bez żadnych ujemnych dla niego konsekwencji finansowych. Takie działanie powoduje, że wykonawcy nie są w stanie dokonać oceny ryzyka, wynikającego ze zmniejszenia ilościowego zakresu zamówienia i oszacować swoje koszty.*

Na rozprawie zwrócił uwagę, że każdy podmiot już przystępując do realizacji zamówienia ponosi szereg kosztów ogólnych, takich jak te dotyczące wniesienia zabezpieczenia należytego wykonania umowy, koszty ubezpieczenia, biura, związane z zatrudnieniem osób, nie mając pewności w jakim zakresie a nawet czy w ogóle zamówienie zostanie mu zlecone. W skrajnym przypadku zamawiający może podjąć decyzję o ograniczeniu zamawianych rozwiązań projektowych zaraz po rozpoczęciu jego realizacji.

Izba podzieliła zastrzeżenia odwołującego, mając na uwadze treść wyżej przytoczonych przepisów ustawy Pzp, nakazujących zamawiającemu opisanie przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, z uwzględnieniem wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty oraz kodeksu

cywilnego, który zakazuje formułowania postanowień umownych sprzecznych z właściwością stosunku zobowiązaniowego, ustawą oraz zasadami współżycia społecznego.

Argumentacja zamawiającego, że pozyskuje środki finansowe na realizację zamówienia z funduszy Unii Europejskiej i nie jest w stanie samodzielnie pokryć kosztów jego realizacji nie oznacza jednak, że część realizowanego zakresu nie zostanie pokryta ze środków własnych. Zamawiający na rozprawie oświadczył, że posiada własne środki i pokryje z nich 15% wartości zamówionych prac. Nic zatem nie stoi na przeszkodzie, aby zamawiający na tym właśnie poziomie określił minimalny zakres zleconych usług.

Mając jednocześnie na uwadze, że zakres żądanej przez odwołującego zmiany przekracza możliwości finansowe zamawiającego, Izba nakazała zmianę postanowienia umowy w takim zakresie, w jakim będzie to możliwe. Celem jest zagwarantowanie wykonawcy, że zlecony zostanie pewien minimalny poziom zamówienia, co pozwoli mu na skalkulowanie w cenie oferty zarówno kosztów ogólnych, wynikających z konieczności poniesienia pewnych wydatków, związanych z zamówieniem, jak też określenie właściwego w tym przypadku poziomu ryzyka.

Izba nie podzieliła argumentacji zamawiającego, że zapis taki spowoduje, że zamawiający zleci część dokumentacji, która stanie się nieprzydatna w późniejszym terminie. Jak słusznie zauważył odwołujący, zależnie od etapu w jakim przerwana zostanie realizacja zamówienia, zamawiający może wykorzystać zarówno przygotowaną koncepcję, jak też wykonaną dokumentację projektową i te następnie będą bazą dla zlecenia zamówienia w pełnym zakresie. Decyzję co do tego podejmuje zamawiający. Nierzadkie są sytuacje, w których zleca się wykonanie dokumentacji projektowej na podstawie przygotowanych koncepcji, czy też udzielanie zamówień na wykonanie projektów wykonawczych na podstawie przygotowanych wcześniej projektów budowlanych.

Izba nakazała również wskazanie terminu w jakim ewentualne ograniczenia zakresu umowy będą dokonywane.

Zasadny, w ocenie Izby, jest również zarzut dotyczący **określenia terminu, w jakim zamawiający będzie informował wykonawcę o zamiarze ograniczenia przedmiotu umowy**. Z niewiadomych powodów zamawiający ustala tak długi termin na poinformowanie wykonawcy, że powziął wiadomość o tym, że środki finansowe przyznane na realizację zamówienia - zostały ograniczone. Zgodzić się należy, że w takim przypadku im szybciej wykonawca dowie się o tych okolicznościach, tym szybciej może zaprzestać realizacji zamówienia i nie będzie zmuszony ponosić dodatkowych kosztów na jego realizację. Leży to również w interesie zamawiającego, albowiem nie będzie musiał ponowić kosztów wykonania dokumentacji, która w najbliższym okresie, jak sam stwierdził, nie zostanie wykorzystana.

II. WIELOKROTNE ZGŁASZANIE UWAG DO PROJEKTU

Zamawiający opisał proces odbioru i akceptacji dokumentacji. Wykonawca podważył możliwość wielokrotnego zgłaszania uwag do projektu, co zostało uwzględnione i nakazano, aby możliwość zgłoszenia uwag była jednokrotna.

Zarzut dotyczący wielokrotnego zgłaszania uwag do projektu - zarzut podlegał **UWZGLĘDNIENIU**

Zgodnie z postanowieniem Tomu II SIWZ - warunki umowy, §7 ust. 6 - 9: (ust. 6) W przypadku stwierdzenia Wad istotnych w przekazanych materiałach Zamawiający pisemnie informuje o tym Wykonawcę, który w wyznaczonym terminie (nie dłuższym niż 14 dni kalendarzowych dla pierwszej i kolejnych wersji opracowania), przekazuje poprawioną, zgodnie z zaleceniami Zamawiającego, dokumentację. (ust. 7) Wykonawca ma prawo w terminie 7 dni od otrzymania informacji o stwierdzonych Wadach do pisemnego ustosunkowania się do zastrzeżeń Zamawiającego. (ust. 8) Po otrzymaniu wyjaśnień od Wykonawcy, Zamawiający w ciągu 7 dni podejmie ostateczną decyzję odnośnie zakresu wymaganych poprawek. (ust. 9) Działania określone w ust. 7 oraz ust. 8 nie powodują wydłużenia terminu, o którym mowa w ust. 6, wyznaczonym na poprawienie dokumentacji. Wydłużenie terminu, o którym mowa w ust. 6, następuje w przypadku, gdy Zamawiający podejmie ostateczną decyzję, o której mowa w ust. 8 w terminie dłuższym niż 7 dni - o czas o jaki nastąpiło przedłużenie podjęcia ostatecznej decyzji przez Zamawiającego. Przekazana dokumentacja podlega powtórnej ocenie Zamawiającego w terminie nie dłuższym niż 14 dni od dnia jej ponownego przekazania.

Zamawiający dokonał modyfikacji kwestionowanych zapisów w części dotyczącej terminu, **nie zgadzał się natomiast z propozycją odwołującego, który postulował wprowadzenie do treści umowy zapisu, na mocy którego zamawiającego byłby zobowiązany do jednokrotnego zbiorczego zgłoszenia wad do przekazanej dokumentacji.** Z kolei w przypadku gdy zgłoszenia nowych wad, nie wynikających z korekty opracowań przekazanych przez wykonawcę - domagał się ustalenia, że mogą być one uwzględnione z tym zastrzeżeniem, że wykonawca będzie uprawniony do żądania wydłużenia terminu realizacji umowy lub etapu lub też dodatkowego wynagrodzenia.

Izba podzieliła stanowisko odwołującego, że zapisy umowy, które dopuszczają sytuacje w których zamawiający przekazuje wielokrotnie nowe uwagi do dokumentacji, w różnych terminach i to pomimo, że zakres opracowania nie uległ zmianie prowadzi do uznania, że zamawiający nadużywa swojej pozycji dominującej, konstruując zapisy przyszłej umowy w sposób, który narusza zasady równowagi stron stosunku zobowiązaniowego. Zasadnym jest oczekiwanie, aby zamawiający dokonał sprawdzenia przekazanych opracowań w pełnym zakresie i w odniesieniu do przekazanych dokumentów - sprecyzował jakie wady stwierdził w odniesieniu do tej części. Dostrzec należy, że postulat odwołującego nie dotyczył sytuacji, o których mówił zamawiający, to jest zgłaszania uwag do tej części dokumentacji, która została wcześniej przez odwołującego poprawiona, przekazana zamawiającemu a następnie ten zgłosił swoje zastrzeżenia do tej poprawionej części, ale o takie przypadki, gdzie przy okazji zamawiający wskazuje na błędy w pierwotnie już przekazanej dokumentacji.

Izba podzieliła argumentację, że podobnie jak w przypadku wykonawców, którzy mają ustalony harmonogram na wykonanie poszczególnych prac czy etapów, od zamawiającego należałoby oczekiwać, **iz przedstawi w określonym terminie uwagi do przekazanych przez wykonawcę opracowań i uczyni to w jednym terminie.** Powyższe umożliwi dokonanie odbioru danego etapu, a wykonawca otrzyma należne mu wynagrodzenie.

III. KARY UMOWNE: KATALOG I POZIOM

Izba nie uwzględniła natomiast zarzutu dotyczącego katalogu i poziomu kar umownych. Podkreślono, że odwołujący nie wykazał w jaki sposób przyjęte kary odbiegają od powszechnie przyjmowanych.

Zarzut dotyczący kar umownych - zarzut podlegał **ODDALENIU**

W Tomie II SIWZ - warunki umowy, w §12 opisane zostały zasady i wysokość naliczania kar umownych za naruszenia, których dopuścić miał się wykonawca przy realizacji przedmiotu umowy.

Odwołujący kwestionował zarówno szeroki katalog kar, jak też ich wysokość zwracając uwagę, że tak represyjne reguły odpowiedzialności w karach umownych mogą zniechęcać wykonawców do składania ofert, co wpływa na konkurencyjność postępowań o zamówienia publiczne, a niekiedy może nawet prowadzić do konieczności ich unieważnienia. Postulaty odwołującego zmierzały do tego, aby zamawiający obniżył poziom kar i ustalił je w wysokości, która odwołujący uznał za słuszną, nie wskazał jednak z jakich powodów określone przez niego poziomy są adekwatne w przypadkach naruszeń w przypadkach, które stwierdzi zamawiający przy realizacji kontraktu.

Izba zgadza się z zamawiającym, że kara umowna, która ma zastąpić odszkodowanie, pełni przede wszystkim rolę stymulacyjną i represyjną. Klauzula umowna, zobowiązująca jedną ze stron do zapłaty określonej kwoty, w przypadku zaistnienia określonych okoliczności zdejmuje z wierzyciela obowiązek udowodnienia rozmiarów faktycznej szkody. Stanowi ona zatem dodatkowy czynnik mobilizujący dłużnika do wykonania zobowiązania, w tym przypadku wykonawcę do realizacji zamówienia publicznego, zgodnie z zawartą z zamawiającym umową. Oczywiście wysokość takiej kary nie może być rażąco wygórowana, nie wolno bowiem pomijać jej funkcji kompensacyjnej, służącej naprawieniu szkody wynikającej z niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania przez wykonawcę (dłużnika).

Co jednak istotne odwołujący kwestionując wysokość kar i proponując swoje rozwiązania w tym zakresie winien wykazać, że poziomy ustalony przez zamawiającego czy to odbiegają od powszechnie przyjmowanych w tego rodzaju kontraktach czy też przedstawić jakąkolwiek analizę, wskazującą na nieuzasadniony poziom kar. Przypomnieć należy, że sposób formułowania warunków umowy przez zamawiającego podlega ocenie w kontekście nadużycia prawa (art. 5 k.c.), ograniczeń swobody kontraktowania (3531 k.c.) a wręcz nieważności czynności prawnej (art. 58 k.c.). Tylko zatem w przypadku, gdy ma miejsce rażąco nierównomierne obciążenie wykonawcy ryzykiem kontraktowym, takie zapisy należy uznać za niedozwolone na gruncie art. 3531 k.c. w ramach kształtowania stosunków obligacyjnych, a powyższe implikuje nieważność umowy w sprawie zamówienia publicznego w zakresie zawierającym niedozwolone postanowienia, stosownie do treści art. 58 k.c.

W ocenie Izby odwołujący nie wykazał, że ustalając katalog kar i określając ich wysokość czy też zastrzegając możliwość dochodzenia odszkodowania w wysokości przekraczającej wysokość kar umownych zamawiający uczynił to z pominięciem obowiązujących zasad wynikających z przepisów, chcąc przerzucić na potencjalnego wykonawcę zamówienia publicznego ryzyka związane z nienależytym wykonaniem umowy w stopniu, który jest oderwany od realnego uszczerbku, który mógłby powstać po stronie zamawiającego. W okolicznościach niniejszej sprawy nie można mówić o dysproporcji między Stronami umowy w sprawie zamówienia publicznego i nadużyciu pozycji przez zamawiającego. Zamawiający wprowadził rozbudowany katalog kar, opisując 22 przypadki kiedy kary te należne są zamawiającemu, nie przewidział natomiast analogicznego katalogu kar umownych za uchybienia obowiązkom wynikającym z umowy, w których karę umowną mógłby naliczyć wykonawca, jednakże jest to przedmiotem odrębnego zarzutu. Sama wysokość kar należnych zamawiającemu jest w ocenie Izby niewygórowana i proporcjonalna do stwierdzonych naruszeń.

IV. KARY DLA ZAMAWIAJĄCEGO

Odwołujący zakwestionował również brak jakichkolwiek kar dla Zamawiającego – Izba nakazała je wprowadzić.

Zarzut dotyczący **kar umownych należnych wykonawcy** - zarzut podlegał **UWZGLĘDNIENIU**

*Jak zauważył odwołujący zamawiający przewidział w umowie 22 okoliczności, kiedy naliczone zostaną wykonawcy kary umowne za uchybienia stwierdzone przez zamawiającego w toku realizacji umowy. **Wykonawca z kolei nie został uprawniony do naliczenia żadnej kary umownej, nawet w okolicznościach odstąpienia od umowy przez zamawiającego lub wykonawcę z przyczyn leżących po stronie zamawiającego.** Mamy zatem do czynienia z sytuacją, w której z jednej strony wykonawca jest karany, jak zauważył odwołujący za szereg uchybień, co więcej kary mogą być naliczane niezależnie od siebie, a kara za odstąpienie wydaje się dotkliwa jeśli weźmiemy pod uwagę inne zapisy umowy, takie jak brak gwarancji zlecenia zamówienia w pełnym zakresie, narzucony przez zamawiającego harmonogram prac, ściśle sprecyzowane procedury odbiorowe, z drugiej żadne uchybienie po stronie zamawiającego nie uprawnia wykonawcy do naliczenia kary. Nie ulega wątpliwości, że mamy zatem do czynienia z sytuacją, w której **zamawiający nadużywa swojej pozycji dominującej i jako gospodarz postępowania kształtuje warunki kontraktu w sposób, który jest korzystny wyłącznie dla niego.***

*Również w samej odpowiedzi na odwołanie **zamawiający podkreślał wyłącznie, że to na wykonawcy realizującym umowę ciąży szereg obowiązków, a rolą zamawiającego jest jego dyscyplinowanie, aby zamówienie to należycie zrealizował. Jakkolwiek zrozumiała jest, zwłaszcza w kontekście wydatkowania przez zamawiającego środków publicznych, dbałość zamawiającego o należyte wykonywanie zamówienia publicznego, nie można jednak koncentrować się wyłącznie na odpowiedzialności wykonawcy zapominając, że rolą zamawiającego jest także współpraca z wykonawcą przy realizacji umowy.***

Mając na uwadze fakt, że odwołujący postulował wprowadzenie kar w trzech przypadkach, ustalając ich wysokość na poziomie adekwatnym do poziomu który sam zamawiający uznał za proporcjonalny w przypadku analogicznych lub zbliżonych naruszeń, Izba uwzględniając zarzut nakazała zamawiającemu wprowadzenie postulowanych zapisów do treści §12 ust. 8 umowy. Dodany ust. 8 otrzyma brzmienie: "8. Zamawiający zapłaci wykonawcy kary umowne: (1) w przypadku odstąpienia od umowy przez którąkolwiek ze stron z przyczyn leżących po stronie zamawiającego w wysokości 29% całkowitego wynagrodzenia brutto określonego w § 6 ust. 1 lit. a) umowy; (2) w przypadku zwłoki w

realizacji obowiązków zamawiającego w procedurze odbioru prac - w wysokości 0,02% wynagrodzenia brutto za dany Etap, za każdy rozpoczęty dzień zwłoki w stosunku do terminów określonych w umowie i OPZ; (3) w przypadku zwłoki w realizacji obowiązków zamawiającego w procedurze akceptacji Raportu - w wysokości 0,02% wynagrodzenia brutto za dany Etap, za każdy rozpoczęty dzień zwłoki w stosunku do terminów określonych w umowie i OPZ".

V. ODMOWA WALORYZACJI – UZASADNIENIE

Zamawiający przewidział i opisał w umowie sposób zgłaszania waloryzacji wynagrodzenia w przypadku zmiany stawki Vat, wynagrodzeń, składek oraz PPK. Wykonawca domagał się, aby zobligować Zamawiającego do uzasadnienia odmowy dokonania waloryzacji, o ile przedstawione dokumenty i uzasadnienie nie doprowadzą do waloryzacji. Izba zarzutu nie uwzględniła. Zwrócono jednak uwagę, iż postulat jest zasadny, gdyż wykonawca powinien poznać argumenty leżące u podstaw decyzji zamawiającego, jednak w tym przypadku Izba wzięła pod uwagę, że przedmiotowe uzasadnienie nie wpłynie na możliwość polemiki z zamawiającym co do możliwości waloryzacji wynagrodzenia w przypadku, gdy uzna on przedstawiony wniosek za bezzasadny.

*Zarzut dotyczący przedstawienia uzasadnienia odmowy uwzględnienia wniosku dotyczącego waloryzacji wynagrodzenia - zarzut podlegał **ODDALENIU***

Izba ustaliła, że zgodnie z Tomem II SIWZ - warunki umowy, §23 przewidziana została możliwość waloryzacji wynagrodzenia w przypadkach opisanych w umowie tj. jeśli podczas realizacji umowy nastąpi zmiana: (i) wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę albo wysokości minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę; (ii) zasad podlegania ubezpieczeniom społecznym lub ubezpieczeniu zdrowotnemu lub wysokości stawki składki na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne; (iii) zasad gromadzenia i wysokości wpłat do pracowniczych planów kapitałowych, o których mowa w ustawie z dnia 4 października 2018 r. o pracowniczych planach kapitałowych, i zmiany te będą miały wpływ na koszty wykonania zamówienia przez wykonawcę.

Dalej, zamawiający opisał szczegółowo procedurę, jaka będzie stosowana w przypadku, gdy powyższe okoliczności wystąpią. I tak wykonawca, najpóźniej w terminie 30 dni od dnia wejścia w życie przepisów prawnych wprowadzających zmiany, o których mowa powyżej, będzie musiał wystąpić z pisemnym wnioskiem o zmianę wysokości wynagrodzenia, w którym wykaże oraz przedstawi: (i) wpływ powyższych okoliczności na wysokość kosztów wykonania umowy przez wykonawcę wraz ze wskazaniem wzrostu wartości kosztów wykonawcy wynikającego z tych okoliczności z uwzględnieniem wszystkich obciążeń publicznoprawnych (w tym wykonawca ma przedstawić liczbę osób przez niego zatrudnionych i bezpośrednio biorących udział w realizacji na rzecz zamawiającego pozostałej do wykonania w momencie wejścia w życie zmiany przepisów, części zamówienia, które to osoby otrzymują minimalne wynagrodzenie za pracę albo minimalną stawkę godzinową wraz z okresami, na jakie zostały zawarte umowy z tymi osobami); (ii) szczegółową kalkulację proponowanej zmiany wysokości wynagrodzenia. Zamawiający przewidział ponadto prawo zwrócenia się do wykonawcy, w terminie 14 dni od otrzymania pisemnego wniosku, o wyjaśnienie lub uzupełnienie wniosku, o którym mowa powyżej, we wskazanym przez niego zakresie, w szczególności poprzez przekazanie dodatkowych informacji lub dokumentów (oryginałów do wglądu lub kopii potwierdzonych za zgodność z oryginałami, z uwzględnieniem przepisów ustawy o ochronie danych osobowych, w szczególności dokumentów, o których mowa w § 9 ust. 8 Umowy).

*W ust. 7, który kwestionował odwołujący znalazł się zapis, że w przypadku uwzględnienia wniosku wykonawcy przez zamawiającego, Strony w terminie 30 dni od otrzymania wniosku wykonawcy przez zamawiającego lub otrzymania przez zamawiającego wyczerpujących wyjaśnień bądź uzupełnień, o których mowa w ustępie powyżej, podejmą działania w celu uzgodnienia treści aneksu do Umowy oraz jego podpisania. **Odwołujący domagał się, aby w ustępie tym dopisać, że w przypadku odmowy zamawiającego uwzględnienia wniosku w całości lub w części - zamawiający uzasadnił swoją decyzję pisemnie, w terminie 30 dni od daty otrzymania wniosku.***

Jakkolwiek postulat w tym zakresie wydaje się zasadny, gdyż wykonawca powinien poznać argumenty leżące u podstaw decyzji zamawiającego to jednak w tym przypadku Izba wzięła pod uwagę, co podnosił zamawiający, że przedmiotowe

uzasadnienie nie wpłynie na możliwość polemiki z zamawiającym co do możliwości waloryzacji wynagrodzenia w przypadku, gdy uzna on przedstawiony wniosek za bezzasadny. To zatem, co leżało u podstaw proponowanej zmiany, a więc możliwość poznania uzasadnienia, celem kwestionowania decyzji zamawiającego, jest bezprzedmiotowe z uwagi na to, że w umowie nie przewidziano możliwości korekty decyzji zamawiającego, jeśli wniosek spotka się z odmową. Odwołujący nie wnosił też, aby procedurę tą zmienić czy też nie określił jakie dodatkowe mechanizmy zamawiający miałyby wprowadzić, zatem nie mamy w tym przypadku do czynienia z naruszeniem przepisów przywoływanych przez odwołującego w treści złożonego odwołania.

VI. RYZYKO WYKONAWCY W ZWIĄZKU Z ODMOWĄ UDOSTĘPNIENIA INFORMACJI PRZEZ PODMIOTY TRZECIE

Izba odniosła się do wskazanego w umowie obowiązku pozyskania informacji niezbędnych do realizacji umowy od podmiotów trzecich i zarzut uwzględniła, podnosząc iż jest to nadmierne i nieuzasadnione obciążenie wykonawcy, który nie ma możliwości wyegzekwowania od podmiotów trzecich jakichkolwiek informacji.

Zarzut dotyczący **ryzyka wykonawcy w związku odmową udostępnienia informacji przez podmioty trzecie** - zarzut podlegał **UWZGLĘDNIENIU**

Izba ustaliła, że zamawiający w Tomie III SIWZ - Opis przedmiotu zamówienia, w pkt 3.1. przewidział, iż w celu należytego wykonania umowy zakłada się: (1) współpracę oraz pomoc ze strony zamawiającego w czasie realizacji zadania, w zakresie przekazywania danych, opracowań, dokumentów i informacji niezbędnych do przygotowania projektu (zwanymi dalej: Informacjami), będących w posiadaniu zamawiającego. Współpraca obejmować będzie, w szczególności konsultacje w zakresie zagadnień branżowych dla zapewnienia właściwych rozwiązań funkcjonalnych; (2) udzielenie przez zamawiającego pomocy w uzyskaniu powyższych Informacji w następujący sposób: wystawi pełnomocnictwa umożliwiające wystąpienie do Spółek Grupy PKP (w tym jednostek i komórek PKP PLK S.A.), jak i podmiotów spoza tej Grupy (nie wystawia się pełnomocnictwa dla wykonawcy w celu złożenia wniosku o wydanie decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach i decyzji zmieniających decyzje o środowiskowych uwarunkowaniach) oraz ULLK/ULICP). Wykonawca zobowiązany jest do przekazania w terminie do 7 dni kalendarzowych od dnia rozpoczęcia poszczególnych Etapów danych osób dla których oczekuje wystawienia stosownych pełnomocnictw. Jednocześnie zamawiający zobowiązuje się do wystawienia ww. pełnomocnictw w ciągu 7 dni kalendarzowych od dnia uzyskania od Wykonawcy właściwych danych do ich wystawienia. Udostępnianie Informacji będących w gestii jednostek i komórek PKP PLK S.A. może być zrealizowane według następującej procedury: wykonawca zwraca się pisemnie do jednostek lub komórek PKP PLK S.A. o udostępnienie oczekiwanych Informacji. Wniosek musi precyzyjnie określać oczekiwania w zakresie pozyskiwanych Informacji. Wniosek ma być przedłożony w odpisie do Dyrektora Projektu i Kierownika Kontraktu. Koszty uzyskania danych leżą po stronie wykonawcy; wykonawca zobowiązany jest do bieżącego informowania Dyrektora Projektu i Kierownika Kontraktu o stanie uzyskiwania Informacji w raportach tygodniowych; informacje będą udostępniane, o ile ich udostępnienie nie będzie naruszało interesów zamawiającego; ze strony zamawiającego, osobami odpowiedzialnymi za koordynację udostępnienia wykonawcy wewnętrznych Informacji, będących w wyłącznej dyspozycji zamawiającego, w zakresie niezbędnym do realizacji zadania, są Dyrektor Projektu i Kierownik Kontraktu. Zamawiający uczynił zastrzeżenie, że wykonawca powinien wziąć pod uwagę ryzyko, że zarówno spółki Grupy PKP, jak i podmioty spoza Grupy PKP, będąc autonomicznymi podmiotami gospodarczymi niezależnymi od zamawiającego oraz chroniąc pewne obszary swoich interesów, mogą nie udostępnić w części lub całości informacji, o które wykonawca wystąpi. Wobec powyższego w takich sytuacjach wykonawca zobowiązany jest do pozyskania lub ustalenia tych informacji w inny sposób, o ile to możliwe. Wszelkie informacje pozyskane przez wykonawcę powinny podlegać jego ocenie w zakresie wiarygodności, kompletności oraz aktualności, a wszelkie braki powinny być przedmiotem analizy, komentarza i wdrożenia przez wykonawcę środków zaradczych (między innymi przez pomiary aktualizacyjne, badania lub wizje lokalne). Odpowiedzialność za wykorzystanie wszelkich pozyskanych informacji spoczywa na wykonawcy, który ponosi ryzyko związane z ich prawidłowym ustaleniem. Ewentualne koszty uzyskania informacji ponosi wykonawca, który uwzględnił to ryzyko w swojej ofercie.

Odwołujący kwestionował poczynione zastrzeżenie zwracając uwagę, że jest to nowy zapis, od niedawna wprowadzony przez zamawiającego do projektu umowy. Dotychczas w treści SIWZ, zlecając zamówienia na wykonanie dokumentacji przewidywał, że to on pozyskuje dokumenty i informacje, które są niezbędne do realizacji zamówienia od podmiotów z grupy i następnie przekazuje je wykonawcy. Ponieważ sam spotykał się z problemami z ich pozyskiwaniem -przerzuca to ryzyko na wykonawcę. Odwołujący zwrócił też uwagę, że spółki z grupy to nie organy administracji, zatem w przypadku, gdy nie udzielą wykonawcy odpowiedzi - ten nie dysponuje żadnymi środkami prawnymi ani formami nacisku, aby dane te pozyskać. Tym samym w przypadku ich nieotrzymania nie może zrealizować zamówienia i ponosi konsekwencje z tym związane.

Izba podzieliła powyższe zastrzeżenia odwołującego i nakazała wykreślenie z treści OPZ przywołanego zapisu. Zapis ten dotyczył bowiem konieczności pozyskania wszelkich informacji i dokumentów, które miały służyć realizacji zamówienia, przerzucając na wykonawcę wszelkie ryzyka związane z realizacją zamówienia, nie wyłączając okoliczności, jak to ma miejsce w tym przypadku, niezależnych od wykonawcy. W kształcie i brzmieniu nadanym przez zamawiającego - zapis ten należało uznać za niedopuszczalny. Pomimo, że niewątpliwie umowy w sprawie zamówienia publicznego zbliżone są w swojej naturze do umów adhezyjnych, w których ograniczenie zasady równości stron kontraktu jest szczególnie widoczne, to przyzwolenie na nieekwiwalentność sytuacji prawnej stron umowy nie może być nieograniczone. Za rażąco wręcz niesprawiedliwe należy uznać obciążanie wykonawcy działającego z należytą starannością oraz zgodnie z wymaganiami zamawiającego opisanymi w OPZ, konsekwencjami działania podmiotów trzecich. Zamawiający mając faktyczną przewagę nad wykonawcami, nie może narzucać im warunków umowy, które są dla nich widocznie krzywdzące. Takie działanie narusza bowiem zasady współzycia społecznego, przez co jest sprzeczne z przepisami kodeksu cywilnego, przywołanymi przez odwołującego.

Nietrafiona jest w ocenie Izby argumentacja zamawiającego, że celem zminimalizowania ryzyka, leżącego po stronie wykonawcy, związanego z trudnościami z pozyskaniem tych dokumentów wprowadził możliwość zmiany umowy w takich sytuacjach (§ 22 ust. 1 pkt 7e). Po pierwsze dostrzec należy, że przedmiotowy zapis przewiduje możliwość zmiany umowy wyłącznie w przypadku szczególnie uzasadnionych trudności w pozyskiwaniu materiałów wyjściowych i danych niezbędnych dla prawidłowej realizacji poszczególnych opracowań lub Etapów/ Zadań Umowy, co samo w sobie jest pojęciem nieostrym, bowiem to zamawiający będzie decydował kiedy taka zmiana będzie możliwa i jaką sytuacją uznać za przypadek, w którym wystąpiły szczególnie uzasadnione trudności. Po drugie należy zgodzić się z odwołującym, że skoro sam zamawiający przyznaje, że mogą pojawić się problemy przy realizacji zamówienia w zakresie pozyskiwania danych, nawet w przypadku spółek znajdujących się w grupie PKP - to tym samym wręcz niemożliwe jest oszacowanie przez wykonawcę potencjalnego ryzyka z tym związanego. Jak zauważył odwołujący skoro sam zamawiający napotykał na takie trudności, tym większe problemy spotkać mogą wykonawcę realizującego zamówienie. W przypadku odmowy wykonawca nie będzie miał żadnych możliwości wpływania na decyzje tych instytucji, lub też narzędzi mobilizujących je do przekazania danych i informacji w pożądanym terminie. Inaczej bowiem, niż to ma miejsce w przypadku organów działających w oparciu o przepisy kodeksu postępowania administracyjnego - brak będzie procedur odwoławczych.

W związku z tym, że zamawiający nie wyraził zgody na modyfikację przedmiotowego zapisu Izba nakazała jego wykreślenie w całości, zgodnie z żądaniem odwołującego.

Polecam Państwu uwadze powyższy wyrok, szczególnie podczas przygotowywania postanowień umów. Dla Wykonawców zaś przedstawiona argumentacja może być przydatna w razie polemiki z Zamawiającymi na temat obowiązków i odpowiedzialności w projektowanych umowach.

IWONA HOLKA



Prawnik, trener i doradca w zakresie zamówień publicznych. Posiada praktyczne doświadczenie m.in. w: opracowywaniu dokumentacji przetargowych, sporządzaniu odwołań i reprezentacji przed KIO. Brała udział w wielu projektach, również współfinansowanych ze środków UE, koordynowała prace związane z zamówieniami publicznymi. Ma wieloletnie doświadczenia w realizacji zamówień publicznych, zarówno po stronie Zamawiającego, jak i Wykonawcy. Prowadzi konsultacje i doradztwo z dziedziny zamówień publicznych, a także szkolenia.

Sprawdź najbliższe szkolenia

**SPRAWDŹ
SZKOLENIA**

