Sygn. akt: KIO 833/19

WYROK

z dnia 27 maja 2019 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Katarzyna Prowadzisz

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 20 maja 2019 roku, w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu w dniu 6 maja 2019 roku przez wykonawcę Budimex spółka akcyjna z siedzibą w Warszawie

w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego PKP Polskie Linie Kolejowe spółka akcyjna z siedzibą w Warszawie

przy udziale wykonawcy Torpol spółka akcyjna z siedzibą w Poznaniu zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 833/19 po stronie Odwołującego

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę Budimex spółka akcyjna z siedzibą

   w Warszawie i:

   2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę Budimex spółka akcyjna z siedzibą w Warszawie tytułem wpisu od odwołania,

   2.2 zasądza od wykonawcy Budimex spółka akcyjna z siedzibą w Warszawie na rzecz Zamawiającego PKP Polskie Linie Kolejowe spółka akcyjna z siedzibą w Warszawie kwotę 3 600 gr 00 (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione tytułem wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący: .....

Sygn. akt: KIO 833/19

UZASADNI EN I E

Zamawiający - PKP Polskie Linie Kolejowe spółka akcyjna z siedzibą w Warszawie - prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego w przedmiocie wykonania robót budowlanych na odcinku Czyżew-Białystok od km 107,260 do km 178,500 w ramach projektu „Prace na linii E 75 na odcinku Czyżew - Białystok.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 3 kwietnia 2019 roku pod numerem 2019/S 066-155626.

6 maja 2019 roku działając na podstawie art. 180 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2018 roku, poz. 1986 ze zm.; dalej: „Pzp" lub „ustawa") Odwołujący wniósł odwołanie wobec treść Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej „SIWZ") w treści przyjętej w modyfikacji SIWZ - Część II z dnia 26 kwietnia 2019 r., tj. wobec modyfikacji treści pkt 21.12 i 21.13 Tomu I SIWZ - Instrukcja dl Wykonawców oraz treści Subklauzuli 4.2 [Zabezpieczenie Wykonania] Warunków Szczególnych dla części A w Tomie II SIWZ - Warunki Umowy.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

- art. 353^1 k.c. w związku z art. 14 i art. 151 ust.3 ustawy dokonane przez przekroczenie granic swobody umów w związku z określeniem warunków SIWZ, w tym umowy, w sposób oczywiście sprzeczny z ustawą, przez ustalenie nie przewidzianych przez prawo okoliczności zwrotu zabezpieczenia w postaci „warunku usunięcia wszystkich wad potwierdzonego Świadectwem Wykonania", oraz dokonanie w konsekwencji również ustalenia, że wystawienie Świadectwa wykonania ma potwierdzać usunięcie wszelkich wad,

- art. 7 ust. 1 ustawy w ten sposób, że naruszył zasady określone w tym artykule, odnoszące się do obowiązku zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców przez zaniechanie przygotowania i prowadzenia postępowania z należytą starannością, w sposób umożliwiający zachowanie uczciwej konkurencji przez narzucenie ponoszenia ryzyka finansowego odnoszącego się do zatrzymania 30% kwoty zabezpieczenia, wykraczającego poza dopuszczalny zakres kształtowania warunków umowy.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu zmiany postanowień wniesionych

modyfikacją z dnia 26 kwietnia 2019r. przez usuńcie Części II Tom I SIWZ -Instrukcja dla Wykonawców w pkt 21.12 i pkt 21.13 warunku usunięcia wszelkich wad potwierdzonych Świadectwem Wykonania oraz usunięcia w Tomie II - Warunki Umowy w Subklauzuli 4.2 - Zabezpieczenie Wykonania- Warunków Szczególnych dla części A takiegoż samego warunku - usunięcia wszelkich wad, oraz obciążenie Zamawiającego kosztami postępowania odwoławczego.

Odwołujący podniósł, że posiada interes we wniesieniu odwołania ponieważ i może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego wyżej wymienionych przepisów. Odwołujący funkcjonuje jako przedsiębiorca na runku budowlanym, zainteresowany jest złożeniem oferty w postępowaniu, jednakże na warunkach odpowiadających wymogom regulacji prawnych.

Odwołujący następująco uzasadnił przedstawione w odwołaniu zarzuty:

Odwołujący podał, że ogłoszona pierwotnie przez Zamawiającego dokumentacja postępowania zawierała w ID W Tom I - w pkt 21 postanowienia odnoszące do wymagań w zakresie zabezpieczenia należytego wykonania umowy.

27.12. Zabezpieczenie należytego wykonania umowy będzie obowiązywało w okresie o 30dni dłuższym od dnia dokonania Odbioru końcowego albo dokonania ostatniego Odbioru Końcowego, zaś zabezpieczenie wykonania w Okresie Zgłaszania Wad będzie obowiązywało w okresie o 15 dni dłuższym od daty upływu Okresu Zgłaszania Wad. Zamawiający zwróci Wykonawcy Zabezpieczenie Wykonania w wysokości 70% w ciągu 30

dni od dnia dokonania Odbioru końcowego albo dokonania ostatniego Odbioru końcowego, jeżeli były dokonywane Odbiory Końcowe dla Odcinków albo innych części Robót nie będących Odcinkami.

21.13. Kwota pozostawiona na zabezpieczenie roszczeń tytułu rękojmi za wady w wykonaniu zamówienia wynosi 30 % wysokości zabezpieczenia i zostanie zwrócona nie później niż 15 dni po upływie okresu rękojmi za wady potwierdzonego wystawieniem Świadectwa Wykonania.

W ocenie Odwołującego powyższe postanowienia zgodne są z treścią art. 151 ust. 3 ustawy i jako takie nie budziły zastrzeżeń ze strony Wykonawców.

Modyfikacją SIWZ - Część II w dniu 26 kwietnia 2019 r. Zamawiający wprowadził nowe postanowienia powyższych punktów, które otrzymały poniższe brzmienie:

21.12. Zamawiający zwróci Wykonawcy Zabezpieczenie Wykonania w wysokości 70% w ciągu 30 dni od dnia dokonania Odbioru końcowego. Pozostała kwota w wysokości 30% Zabezpieczenia Wykonania pozostanie zwrócona nie później niż w terminie 15 dni po upływie tego okresu pod warunkiem usunięcia wszystkich wad potwierdzonych Świadectwem Wykonania.

21.13. I/I/ przypadku dokonywania Odbiorów Końcowych dla poszczególnych odcinków, Zamawiający dokonywać będzie częściowego zwrotu zabezpieczenia. Zamawiający w ciągu 30 dni od dokonania Odbioru końcowego dla danego odcinka dokona zwrotu 70% Zabezpieczenia Wykonania odpowiadającego wartości danego Odcinka. Pozostałą kwotę w wysokości 30% Zabezpieczenia Wykonania dla danego pozostanie na zabezpieczenie roszczeń powstałych w Okresie Zgłaszania Wad dla tego Odcinka i zostanie zwrócona nie później niż w terminie 15 dni po upływie tego okresu pod warunkiem usunięcia wszystkich wad potwierdzonych Świadectwem Wykonania.

Odwołujący podał, że art. 151 ustawy ma charakter normy prawnej bezwzględniej obowiązującej, co oznacza, że jej zastosowanie nie może być wolą stron wyłączone lub ograniczone, tak jak w omawianym przypadku Zamawiający ograniczył postanowienie art. 151 ust. 3 ustawy odmiennie regulując prawo do zatrzymania części zabezpieczenia warunkując je usunięciem wszelkich wad. Przeciwieństwem są normy względnie obowiązujące, których stosowanie pozostawione jest woli stron. Konsekwencją jest również naruszenie dopuszczalnej swobody umów, co wskazano w zarzutach niniejszego odwołania. Odwołujący podniósł również niezasadność użytego sformułowania „wszystkich wad" jako sformułowania nieprecyzyjnego, które uniemożliwia przedstawienie prawidłowo przygotowanej oferty ze względu na narzucenie istotnego ryzyka opóźnienia zwrotu części zabezpieczenia i przez to naruszenie równowagi stron. Sformułowanie, które może prowadzić do niepożądanej sytuacji, w której najmniejsza wada, bez znaczenia dla realizacji robót i funkcjonowania przedmiotu zamówienia, może uzasadniać zatrzymanie przez Zamawiającego 30% zabezpieczenia, które ze względu na przewidywane wartości Robót może sięgać ok. 100 min zł i może przez to wpłynąć na biznesową logikę udziału w postępowaniu. Konsekwencją zmian w postanowienia odnoszących się do pkt 21.12 i 21.13 jest również użycie sformułowania „usuniecie wszelkich wad" w Tomie II SIWZ - Warunki umowne, w Subklauzuli 4.2 Warunki Szczególne dla części A, gdzie Zamawiający użył tegoż sformułowania w drugim akapicie oraz punkcie 1). Wobec wskazanego przedmiotu zaskarżenia Odwołujący wniósł o usunięcie tegoż sformułowania w omawianej Subklauzuli.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron na podstawie zebranego materiału w sprawie oraz oświadczeń i stanowisk Stron Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2018 roku, poz. 1986 ze zm.; dalej: „Pzp" lub „ustawa"), skutkujących odrzuceniem odwołania. Odwołanie zostało złożone do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 6 maja 2019 roku oraz została przekazana w ustawowym terminie kopia odwołania Zamawiającemu, co Strony potwierdziły na posiedzeniu z ich udziałem. Odwołanie zostało złożone wobec dokonanej modyfikacji Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej: SIWZ) dokonanej za pismem z dnia 26 kwietnia 2019 roku. W zakresie dokonanej modyfikacji postanowień SIWZ w miejsce wcześniej istniejących treści wprowadzono modyfikacją nowe, nieistniejące przed dniem 26 kwietnia 2019 roku postanowienia bądź dotychczasowe zmodyfikowano. Dokonana przez Zamawiającego modyfikacja SIWZ jest niewątpliwa, nie była kwestionowana przez żądną ze Stron postępowania oraz stanowi czynność Zamawiającego, która może być weryfikowana przez wykonawcę z wykorzystaniem środków ochrony prawnej.

Izba ustaliła, że zostały wypełnione łącznie przesłanki z art. 179 ust 1 ustawy- Środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy - to jest posiadania interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody.

Zgodnie z brzmieniem przepisu art. 192 ust 2 ustawy Prawo zamówień publicznych Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Izba dokonawszy oceny podniesionych w odwołaniu zarzutów, biorąc pod uwagę stanowiska Stron przedstawione na rozprawie stwierdziła, że odwołanie zostało uwzględnione.

IV.

Na podstawie art. 191 ust. 2 ustawy wydając wyrok, Izba bierze za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania. Na podstawie art. 190 ust. 1 ustawy - Strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody do stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Dowody na poparcie swych twierdzeń lub odparcie twierdzeń strony przeciwnej strony i uczestnicy postępowania odwoławczego mogą przedstawiać aż do zamknięcia rozprawy. Przepis ten nakłada na Strony postępowania obowiązek, który zarazem jest uprawnieniem Stron, wykazywania dowodów na stwierdzenie faktów, z których wywodzą skutki prawne.

Podkreślenia wymaga w tym miejscu, że postępowanie przed Izbą stanowi postępowanie kontradyktoryjne, czyli sporne, a z istoty tego postępowania wynika, że spór toczą Strony postępowania i to one mają obowiązek wykazywania dowodów, z których wywodzą określone skutki prawne.

Mając na uwadze, że stosunki z zakresu prawa zamówień publicznych mają charakter cywilnoprawny, powołując w tym miejscu na regulację art. 1 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 roku - Kodeks cywilny, zgodnie z którym kodeks reguluje stosunki cywilnoprawne między osobami fizycznymi i osobami prawnymi, przechodząc do art. 6 Kodeksu cywilnego, który stanowi, że ciężar udowodnienia faktu spoczywa na osobie, która z faktu tego wywodzi skutki prawne należy wskazać, że właśnie z tej zasady wynika reguła art. 190 ust 1 ustawy. Przepis art. 6 Kodeksu cywilnego wyraża dwie ogólne reguły, a mianowicie wymaganie udowodnienia powoływanego przez stronę faktu, powodującego powstanie określonych skutków prawnych oraz usytuowanie ciężaru dowodu danego faktu po stronie osoby, która z faktu tego wywodzi skutki prawne; e/ incubit probatio qui dicit non qui negat (na tym ciąży dowód kto twierdzi a nie na tym kto zaprzecza). Izba wskazuje, że postępowanie odwoławcze jest odrębnym od postępowania o udzielenie zamówienia publicznego postępowaniem, które ma na celu rozstrzygnięcie powstałego pomiędzy Stronami sporu. W trakcie postępowania odwoławczego to Odwołujący kwestionuje podjęte przez Zamawiającego czynności lub zaniechaniem określonych działań, tak więc zgodnie z regułą płynącą z art. 190 ustawy to na Odwołującym ciąży ciężar dowiedzenia, że stanowisko Zamawiającego jest nieprawidłowe. Izba wskazuje w tym miejscu na wyrok Sądu Okręgowego w Poznaniu z dnia 19 marca 2009 roku sygn. akt X Ga 32/09, w którym to orzeczeniu Sąd wskazał między innymi Ciężar udowodnienia takiego twierdzenia spoczywa na tym uczestniku postępowania, który przytacza twierdzenie o istnieniu danego faktu, a nie na uczestniku, który twierdzeniu temu zaprzecza (...)

V.

Skład orzekający Izby rozpoznając sprawę uwzględnił akta sprawy odwoławczej, w skład których zgodnie z par. 8 ust. 1 rozporządzenia z Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2018 roku w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (Dz. U. z 2018 r. poz. 1092 ze zm.) wchodzą odwołanie wraz z załącznikami oraz kopia dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, a także inne pisma składane w sprawie oraz pisma przekazywane przez Izbę w związku z wniesionym odwołaniem.

Izba uwzględniła stanowiska i oświadczenia Stron złożone ustnie do protokołu, jak również

stanowisko Zamawiającego zawarte w piśmie z dnia 20 maja 2019 roku Odpowiedź Zamawiającego na odwołanie.

VI.

W zakresie zarzutów odwołania:

Izba ustaliła:

Zamawiający pismem z dnia 26 kwietnia 2019 roku, działając na podstawie art. 38 ust. 4 ustawy dokonał modyfikacji postanowień SIWZ w następujący sposób:

W zakresie Tomu I SWIZ - Instrukcja dla Wykonawców:

21.12. Zamawiający zwróci Wykonawcy Zabezpieczenie Wykonania w wysokości 70 % w ciągu 30 dni od dnia dokonania Odbioru końcowego. Pozostała kwota w wysokości 30 % Zabezpieczenia Wykonania pozostanie na zabezpieczenie roszczeń powstałych w Okresie Zgłaszania Wad i zostanie zwrócona nie później niż w terminie 15 dni po upływie tego okresu pod warunkiem usunięcia wszystkich wad potwierdzonych Świadectwem Wykonania.

21.13. W przypadku dokonywania Odbiorów Końcowych dla poszczególnych Odcinków,

Zamawiający dokonywać będzie częściowego zwrotu zabezpieczenia. Zamawiający w ciągu 30 dni od dokonania Odbioru końcowego dla danego Odcinka dokona zwrotu 70 % Zabezpieczenia Wykonania odpowiadającego wartości danego Odcinka. Pozostała kwota w wysokości 30 % Zabezpieczenia Wykonania dla tego Odcinka pozostanie

na zabezpieczenie roszczeń powstałych w Okresie Zgłaszania Wad dla tego Odcinka i zostanie zwrócona nie później niż w terminie 15 dni po upływie tego okresu pod warunkiem usunięcia wszystkich wad potwierdzonych Świadectwem Wykonania.

(Pierwotne brzmienie pkt 21 było następujące:

21.12. Zabezpieczenie należytego wykonania Umowy będzie obowiązywało w okresie o 30 dni dłuższym od dnia dokonania Odbioru końcowego albo dokonania ostatniego Odbioru Końcowego, zaś zabezpieczenie wykonania w Okresie Zgłaszania Wad będzie obowiązywało w okresie o 15 dni dłuższym od daty upływu Okresu Zgłaszania Wad. Zamawiający zwróci Wykonawcy Zabezpieczenie Wykonania w wysokości 70 % w ciągu 30 dni od dnia dokonania Odbioru końcowego albo dokonania ostatniego Odbioru końcowego, jeżeli były dokonywane Odbiory Końcowe dla Odcinków albo innych części Robót nie będących Odcinkami.

21.13. Kwota pozostawiona na zabezpieczenie roszczeń z tytułu rękojmi za wady w wykonaniu Zamówienia wynosi 30% wysokości zabezpieczenia i zostanie zwrócona nie później niż 15 dni po upływie okresu rękojmi za wady potwierdzonego wystawieniem Świadectwa Wykonania.)

W zakresie Tomu II SWIZ - Warunki Umowy:

- W Subklauzuli 4.2:

Zamawiający zwróci Wykonawcy Zabezpieczenie Wykonania w wysokości 70 % w ciągu 30 dni od dnia dokonania Odbioru końcowego. Pozostała kwota w wysokości 30 % Zabezpieczenia Wykonania pozostanie na zabezpieczenie roszczeń powstałych w Okresie Zgłaszania Wad i zostanie zwrócona nie później niż w terminie 15 dni po upływie tego okresu pod warunkiem usunięcia wszystkich wad potwierdzonych Świadectwem Wykonania wystawionym przez Inżyniera zgodnie z SubKLAUZULĄ 11.9 Warunków Szczególnych.

W przypadku dokonywania Odbiorów Końcowych dla poszczególnych Odcinków, Zamawiający dokonywać będzie częściowego zwrotu zabezpieczenia. Zamawiający w ciągu 30 dni od dokonania Odbioru końcowego dla danego Odcinka dokona zwrotu 70 % Zabezpieczenia Wykonania odpowiadającego wartości danego Odcinka. Pozostała kwota w wysokości 30 % Zabezpieczenia Wykonania dla tego Odcinka pozostanie

na zabezpieczenie roszczeń powstałych w Okresie Zgłaszania Wad dla tego Odcinka i zostanie zwrócona nie później niż w terminie 15 dni po upływie tego okresu pod warunkiem usunięcia wszystkich wad potwierdzonych Świadectwem Wykonania wystawionym przez Inżyniera zgodnie z SubKLAUZULĄ 119 Warunków Szczególnych.

(Pierwotne brzmienie ostatniego akapitu Subklauzuli 4.2:

Zamawiający zwróci Wykonawcy Zabezpieczenie Wykonania w wysokości 70 % w ciągu 30 dni od dnia dokonania Odbioru końcowego albo dokonania ostatniego Odbioru końcowego, jeżeli były dokonywane Odbiory Końcowe dla Odcinków albo innych części Robót niebędących Odcinkami. Pozostała kwota w wysokości 30 % Zabezpieczenia Wykonania pozostanie na zabezpieczenie roszczeń powstałych w Okresie Zgłaszania Wad i zostanie zwrócona nie później niż w terminie 15 dni po upływie tego okresu pod warunkiem usunięcia wszystkich wad potwierdzonych Świadectwem Wykonania wystawionym przez [Inżyniera zgodnie z SubKLAUZULĄ 11.9 Warunków Szczególnych.)

- W Subklauzuli 11.9:

Świadectwo Wykonania będzie wystawiane osobno dla każdego Odcinka. Wykonywanie zobowiązań Wykonawcy nie będzie uważane za ukończone do czasu aż Inżynier wystawi

Wykonawcy Świadectwo Wykonania (łącznie dla części A i części B) podające datę ukończenia zobowiązań Wykonawcy dla danego Odcinka według Kontraktu.

Inżynier wystawi Świadectwo Wykonania, w ciągu 7 dni od daty upływu Okresu Zgłaszania Wad lub później, jak tylko Wykonawca dostarczy wszystkie Dokumenty Wykonawcy oraz ukończy wszystkie Roboty dla danego Odcinka i dokona ich prób, włącznie z usunięciem wszelkich wad. Kopia Świadectwa Wykonania zostanie wystawiona dla Zamawiającego. Będzie się uważało, że tylko Świadectwo Wykonania stanowi akceptację Robót dla danego Odcinka.

(Pierwotne brzmienie Subklauzuli 11.9

Wykonywanie zobowiązań Wykonawcy nie będzie uważane za ukończone do czasu aż Inżynier wystawi Wykonawcy Świadectwo Wykonania (łącznie dla części A i części B) podające datę ukończenia zobowiązań Wykonawcy według Kontraktu.

Inżynier wystawi Świadectwo Wykonania, w ciągu 7 dni od najpóźniejszej z dat upływu Okresów Zgłaszania Wad lub później, jak tylko Wykonawca dostarczy wszystkie Dokumenty Wykonawcy oraz ukończy wszystkie Roboty i dokona ich prób, włącznie z usunięciem wszelkich wad. Kopia Świadectwa Wykonania zostanie wystawiona dla Zamawiającego. Będzie się uważało, że tylko Świadectwo Wykonania stanowi akceptację Robót.)

Izba zważyła:

Zabezpieczenie należytego wykonania umowy (art. 147 - 151 ustawy) pełni funkcję gwarancyjną, a jego zwrot następuje kiedy przestaje tę funkcję pełnić. Tym samym do momentu zakończenia realizacji umowy wniesione przez wykonawcę zabezpieczenie należytego wykonania umowy służy w całości pokryciu roszczeń z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania umowy (zamówienia). Natomiast po zakończeniu realizacji umowy pozostała po zmniejszeniu kwota zabezpieczenia należytego wykonania umowy zabezpiecza roszczenia z tytułu rękojmi za wady. Zaznaczyć należy również, że w chwili zawarcia umowy o zamówienie publiczne ustalenie wysokości szkody u Zamawiającego stanowi zdarzenie przyszłe i niepewne, tym samym zabezpieczenie należytego wykonania umowy umożliwia zaspokojenie przyszłej i niepewnej wierzytelności Zamawiającego, umożliwiającej domagania się od wykonawcy naprawienia szkody w razie niewykonania lub nienależytego wykonania umowy albo usunięcia wad w okresie rękojmi za wady.

Ocena ukształtowanych przez Zamawiającego postanowień dokumentacji postępowania dokonywana musi być każdorazowo w kontekście celu jakiemu służy instytucja zabezpieczenia należytego wykonania umowy. Mając na uwadze, że instytucja zabezpieczenia należytego wykonania umowy ma charakter fakultatywny (art. 147 ust. 1 ustawy), nie jest elementem konstrukcyjnym umowy w sprawie zamówienia publicznego, lecz odrębnym zobowiązaniem o niesamoistnym charakterze (wyrok Sądu Apelacyjnego w Poznaniu z dnia 28 grudnia 2007 roku sygn. akt I ACa 1027/07) to wprowadzenie do postanowień umowy regulacji o zabezpieczeniu należytego wykonania umowy zapewnia

Zamawiającemu ściągalność roszczeń przysługujących np. z tytułu odszkodowań, kar umownych, rękojmi za wady. Podkreślenia wymaga również, że zabezpieczenie należytego wykonania umowy pełni funkcję dyscyplinującą wykonawcę realizującego zamówienie (umowę).

Zgodnie z Subklauzulą 11.9 Tomu II SWIZ - Warunki Umowy, Inżynier będzie wystawiał Świadectwo Wykonania w ciągu 7 dni od daty upływu Okresu Zgłaszania Wad lub później, o ile po spełnieniu innych jeszcze obowiązków, zostaną usunięte wszelkie wady. W oparciu o Subklauzulę 4.2 Tomu II SWIZ - Warunki Umowy 30% Zabezpieczenia Wykonania pozostanie na zabezpieczenie roszczeń powstałych w Okresie Zgłaszania Wad zostanie zwrócona nie później niż w terminie 15 dni po upływie tego okresu pod warunkiem usunięcia wszystkich wad potwierdzonych Świadectwem Wykonania wystawionym przez Inżyniera zgodnie z Subklauzulą 11.9 Warunków Szczególnych. W Subklauzuli 1.1 pkt 1.1.3.7 Zamawiający zdefiniował Okres Zgłaszania Wad podając, że jest to okres rękojmi za wady. Tym samy, wady Zamawiający będzie zgłaszał w okresie rękojmi, a pozostawione 30% Zabezpieczenia Wykonania ma służyć pokryciu roszczeń jakie mogą powstać w tym właśnie okresie. Zamawiający ma pełne prawo zgłaszania wad, aż do upływu okresu rękojmi za wady, czyli do ostatniego dnia tego okresu, a zabezpieczenie należytego wykonania umowy musi również gwarantować Zamawiającemu możliwość zaspokojenia wierzytelności z wad zgłoszonych w tym okresie. Termin 15 dni przewidziany ustawą na zwrot pozostałej na zabezpieczenie roszczeń z tytułu rękojmi za wady kwoty niewątpliwie dotyczy sytuacji, w których zgłoszone w okresie rękojmi za wady wady zostały usunięte, bądź nie były zgłaszane. Odczytywanie tego przepisu (art. 151 ust.3 ustawy) w ten sposób, że mimo tego że w okresie rękojmi za wady zostały zgłoszone wady, które nie zostały usunięte w tym okresie, należy dokonać zwrotu kwoty zabezpieczenia należytego wykonania umowy pozostawionego na zabezpieczenie roszczeń z tytułu rękojmi za wady wypaczałoby istotę i cel zabezpieczenia należytego wykonania umowy. Mogłoby prowadzić również do niedopuszczalnych sytuacji, że automatycznie, niezależnie od istniejących regulacji, skracany byłby okres możliwości faktycznego i realnego zgłaszania wad przez Zamawiającego. Konieczność zabezpieczenia Zamawiającemu ściągalności roszczeń w przypadku nieusunięcia wad zgłoszonych w okresie rękojmi za wady nie pozwala na przyjęcie, że zabezpieczenie należytego wykonania umowy w okresie rękojmi za wady ma zostać zwrócone w terminie 15 dni od upływu tego okresu. W takim wypadu wprowadzone przez Zamawiającego postanowienie - w Tomie I SWIZ - Instrukcja dla Wykonawców pkt 21.12 i 21.13 jak równie z ww. Subklauzulach - że zwrot pozostawionej kwoty nastąpi nie później niż w terminie 15 dni po upływie tego okresu pod warunkiem usunięcia wszystkich wad potwierdzonych Świadectwem Wykonania nie stanowi w ocenie Izby regulacji niezgodnych z ustawą. Podkreślenia wymaga, że ocena każdego postanowienia dokumentacji musi być dokonywana w ramach celu jaki ma gwarantować i jaki za pomocą danej instytucji powinien zostać osiągnięty. W ocenie Izby nie doszło do przekroczenia granic swobody kształtowania postanowień umów (art. 353^1 k.c. w związku z art. 14 i art. 151 ust.3 ustawy), ponieważ w ocenie Izby Zamawiający w granicach obowiązującego prawa ukształtował postanowienia umowy w taki sposób, który zabezpiecza jego ewentualne przyszłe i niepewne roszczenia (o ile zostaną zgłoszone wady) na dzień zawierania umowy w odniesieniu do roszczeń, które mogą powstać w okresie rękojmi za wady. W efekcie Zamawiający nie naruszył również zasad Prawa zamówień publicznych dotyczących obowiązku zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców przez zaniechanie przygotowania i prowadzenia postępowania z należytą starannością, w sposób umożliwiający zachowanie uczciwej konkurencji przez narzucenie ponoszenia ryzyka finansowego odnoszącego się do zatrzymania 30% kwoty zabezpieczenia, ponieważ - co zostało podane powyżej - Zamawiający nie dokonał czynności kształtowania postanowień dokumentacji w tym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w odniesieniu do kwoty pozostawionej na zabezpieczenie roszczeń z tytułu rękojmi za wady z przekroczeniem dopuszczalnego zakresu kształtowania warunków umowy.

W ocenie Izby nie doszło również do naruszenia art. 353^1 k.c. w związku z art. 14 i art. 151 ust. 3 ustawy przez przekroczenie przez Zamawiającego granic swobody umów w związku z zawartym w dokumentacji postępowania postanowieniem, że wystawienie Świadectwa wykonania ma potwierdzać usunięcie wszelkich wad. Zgodnie ze stanowiskiem doktryny i orzecznictwa odpowiedzialność wykonawcy z tytułu rękojmi za wady ma charakter absolutny, co oznacza, że nie może on się z niej zwolnić. Faktyczna przesłanka odpowiedzialności z tytułu rękojmi, czyli odpowiedzialności jaka powstaje po wykonaniu zobowiązania z umowy przez wykonawcę to ustalenie, że zrealizowane zamówienie (wykonane) i odebrane przez Zamawiającego wykazuje cechy kwalifikujące ją jako rzecz wadliwą. Zgodnie z art. 556 k.c. sprzedawca odpowiada względem kupującego, jeżeli rzecz sprzedana ma wadę fizyczną lub prawną, natomiast w art. 556^1 § 1 k.c. ustawodawca wskazał, że wada fizyczna polega na niezgodności rzeczy sprzedanej z umową jednocześnie podając katalog otwarty przypadków niezgodności rzeczy sprzedanej

z umową, jak również wskazał ustawodawca w § 3 na powstałe wady fizyczne rzeczy w razie nieprawidłowego zamontowania i uruchomienia. Jednocześnie należy zaznaczyć, że odpowiedzialność sprzedawcy z tytułu rękojmi za wady fizyczne dotyczy tych wad, które istniały w chwili przejścia niebezpieczeństwa na kupującego lub wynikły z przyczyn tkwiących w rzeczy sprzedanej w tej samej chwili (art. 559 k.c.). Zgodnie z utrwalonym stanowiskiem wyrażonym w orzecznictwie i wskazywanym w doktrynie uprawnienia z tytułu rękojmi nie zależą od „ciężaru gatunkowego" wadliwości, nie są zależne od tego czy dana wada jest istotna. Tym samym na wykonawcy ciąży obowiązek usunięcia każdej z wad, które istniały w chwili dokonania Odbioru Końcowego bądź Odbioru Końcowego dla danego Odcinka, lub wynikły z przyczyn zaistniałych w tym czasie. „Wszelkie", to zgodnie ze słownikowym znaczeniem, dotyczące wszystkich aspektów, każde, jakiekolwiek. Tym samym, skoro wada, czyli w zasadzie każda wada, zgodnie z przepisami Kodeksu cywilnego powoduje odpowiedzialność sprzedającego względem kupującego, to wskazanie przez Zamawiającego sformułowania „wszelkich wad" nie powoduje przekroczenie przez Zamawiającego granic swobody umów. W ocenie Izby użyte przez Zamawiającego w postanowieniach dokumentacji przetargowej sformułowanie wszelkich wad, nie stanowi naruszenia podnoszonych przez Odwołującego przepisów prawa.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 oraz art. 192 ust. 10 Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 3 i § 5 ust. 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2018 r. poz. 972).

Wobec powyższego orzeczono jak w sentencji.

Przewodniczący: .....