Sygn. akt: KIO 867/19

WYROK

z dnia 27 maja 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ernest Klauziński

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 27 maja 2019 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 10 maja 2019 r. przez wykonawcę: Control Process S.A. z siedzibą w Krakowie w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: CHEMWIK Sp. z o.o. z siedzibą w Bydgoszczy reprezentowanego przez Miejskie Wodociągi i Kanalizację Sp. z o.o. z siedzibą w Bydgoszczy,

orzeka:

1. Umarza postępowanie w zakresie zarzutu dotyczącego klauzuli 4.14 Warunków

   Kontraktu (Cz. II Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia zwanej dalej: "SIWZ"), z uwagi na wycofanie zarzutu przez Odwołującego po dokonanej przez Zamawiającego zmianie SIWZ z 22 maja 2019 r.

2. Uwzględnia odwołanie w zakresie:

   2.1. zarzutu nałożenia na wykonawców obowiązku osobistego wykonania kluczowych części zamówienia bez uzasadnienia technologicznego, z określeniem zakresu nie będącego częściami kluczowymi oraz niewspółmiernie do potrzeb, w sposób powodujący istotne ograniczenie konkurencji i nakazuje Zamawiającemu zastąpienie zawartego w punkcie 26 SIWZ - Instrukcja dla Wykonawców (dalej: ,,IDW') postanowienia: „Zgodnie z art. 36a ust. 2 pkt. 1 Pzp Zamawiający zastrzega obowiązek osobistego wykonania przez Wykonawcę kluczowych części zamówienia, tj. wykonania konstrukcji żelbetowych komór i zbiorników. W pozostałym zakresie Zamawiający dopuszcza udział

   podwykonawców" stwierdzeniem: „Zamawiający nie zastrzega obowiązku osobistego wykonania przez Wykonawcę kluczowych części zamówienia".

   2.2.zarzutu bezpodstawnego ograniczenia prawa wykonawcy do żądania od inwestora gwarancji zapłaty i nakazuje Zamawiającemu usunięcie punktu 2 klauzuli 2.4 Warunków Kontraktu (Cz. II SIWZ) w brzmieniu: „Żądanie gwarancji zapłaty każdorazowo obejmie nie więcej niż trzy kolejno następujące po sobie płatności w oparciu o plan płatności Wykonawcy uzgodniony z Inżynierem. Nie ogranicza to żądania kolejnych gwarancji do pełnej kwoty należnego Wykonawcy wynagrodzenia, przy czym okresy, których będzie dotyczyło żądanie gwarancji nie mogą się powielać".

3. W pozostałym zakresie oddala odwołanie.

4. Kosztami postępowania obciąża Zamawiającego i:

4.1. Zalicza w poczet kosztów postępowania kwotę 20 000,00 zł (dwadzieścia tysięcy złotych 00/100) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania.

4.2. Zasądza od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę 23 600,00 zł (dwadzieścia trzy tysiące sześćset złotych 00/100) stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 1986 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 Bydgoszczy.

Sygn. akt KIO 867/19

Uzasadnienie

CHEMWIK Sp. z o.o. z siedzibą w Bydgoszczy reprezentowany przez Miejskie Wodociągi i Kanalizację Sp. z o.o. z siedzibą w Bydgoszczy (dalej Zamawiający) prowadzi na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 1986 ze zm., dalej: Pzp) postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pn. „Modernizacja oczyszczalni ścieków Kapuściska - etap II" (znak postępowania: ZP-P/Rb/RZ/2019) zwane dalej Postępowaniem. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 30 kwietnia 2019 r. pod numerem 2019/S 084-198282. Wartość zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

W dniu 10 maja 2019 r. wykonawca Control Process S.A. z siedzibą w Krakowie (dalej Odwołujący), wniósł odwołanie, w którym zaskarżył niezgodne z przepisami czynności i zaniechania Zamawiającego zarzucając mu naruszenie:

1. art. 29 ust. 1 Pzp przez określenie terminu realizacji zamówienia (pkt 4 SIWZ - IDW) datą sztywną oraz w sposób nie uwzględniający wszystkich wymagań i okoliczności mających wpływ na sporządzenie oferty - tj. jako termin zbyt krótki, faktycznie uniemożliwiający realizację przedmiotu zamówienia w wyznaczonym terminie,

2. art. 36a ust. 2 Pzp w zw. z art. 36a ust. 1 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp - przez zastrzeżenie do osobistego wykonania przez wykonawcę kluczowych części zamówienia bez uzasadnienia technologicznego oraz niewspółmiernie do potrzeb, w sposób powodujący istotne ograniczenie konkurencji,

3. art. 139 ust. 1 Pzp w zw. z art. 649^2 ustawy z 23 kwietnia 1964 roku Kodeks cywilny (Dz.U. z 2018 r. poz. 1025 ze zm., dalej: Kc) przez ograniczenie prawa wykonawcy do żądania od inwestora gwarancji zapłaty,

4. art. 484 Kc, art. 353^1 Kc w zw. art. 139 ust. 1 Pzp oraz art. 29 ust. 1 Pzp - przez zastrzeżenie we wzorze umowy klauzul, obejmujących obowiązek uiszczania kar umownych określonych we wzorze umowy w wysokości rażąco wysokiej względem sankcjonowanego naruszenia, oderwanej od wartości potencjalnej szkody zamawiającego, co może prowadzić do wystąpienia znacznej straty po stronie

wykonawcy mimo niewielkich i nieistotnych naruszeń, co - w konsekwencji wykracza poza dopuszczalne granice swobody umów,

5. art. 361 Kc, art. 471 Kc w zw. art. 139 ust. 1 Pzp oraz art. 29 ust. 1 Pzp - przez zastrzeżenie we wzorze umowy (klauzula 4.14) odpowiedzialności wykonawcy za zapewnienie spełnienia parametrów ścieków odprowadzanych do wód wynikających z PFU oraz aktualnego pozwolenia wodno-prawnego posiadanego

przez Zamawiającego w sytuacji gdy Wykonawca nie włada Zakładem w żadnej części (w okresie projektowania) lub tylko w części (w okresie realizacji - klauzula 2.1).

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. Zmiany terminu realizacji zamówienia przez określenie go na termin 36 miesięcy od daty podpisania umowy z wykonawcą, tj. dokonanie zmiany treści pkt 4 SIWZ - IDW przez nadanie mu brzmienia: „Zamawiający wymaga wykonania zamówienia w terminie 36 miesięcy od daty zawarcia umowy z Wykonawcą oraz odpowiedniej zmiany dokumentacji odnoszącej się do tego terminu, w tym ogłoszenia o zamówieniu".

2. Usunięcia obowiązku osobistego wykonania kluczowych części zamówienia określonego w pkt 26 SIWZ - IDW, tj. zastąpienie stwierdzenia „Zgodnie z art. 36a ust. 2 pkt. 1 Pzp Zamawiający zastrzega obowiązek osobistego wykonania przez Wykonawcę kluczowych części zamówienia, tj. wykonania konstrukcji żelbetowych komór i zbiorników. W pozostałym zakresie Zamawiający dopuszcza udział podwykonawców" stwierdzeniem „Zamawiający nie zastrzega obowiązku osobistego wykonania przez Wykonawcę kluczowych części zamówienia".

3. Usunięcia tekstu dodanego w Klauzuli 2.4 (pkt 2.4. Warunków Kontraktu) jako sprzecznego z art. 649^1 Kc.

4. Obniżenia wszelkich zastrzeżonych w Warunkach Kontraktu kar umownych o 50% oraz określenie kar za zwłokę w miejsce kar za opóźnienie.

5. Zmiany warunków odpowiedzialności za ciągłość pracy Zakładu określonych w klauzuli 4.14 Warunków Kontraktu (Cz. II SIWZ) przez:

a) usunięcie odpowiedzialności za parametry pracy Zakładu, w tym parametry ścieków odprowadzanych do wód w okresie projektowania - do czasu uzyskania prawomocnego pozwolenia na budowę oraz przejęcia terenu budowy przez wykonawcę,

b) określenie, że po uzyskaniu pozwolenia na budowę oraz przejęciu terenu budowy przez wykonawcę jest on odpowiedzialny za parametry pracy

Zakładu, w tym ścieków odprowadzanych do wód wyłącznie w zakresie wynikającym z jego działań i zaniechań, zaś Zamawiający w przypadku przekroczenia parametrów zobowiązany jest do wezwania wykonawcy do usunięcia naruszeń w wyznaczonym, nie krótszym niż 3 dni terminie wraz z wykazaniem, że zmiana parametrów wynika z działań i zaniechań (realizacji prac) przez wykonawcę, oraz określenie, że poziomem odniesienia nie są parametry wynikające z PFU oraz aktualnego pozwolenia wodno-prawnego posiadanego przez Zamawiającego, lecz poziomy zanieczyszczeń w ściekach za analogiczne okresy w ostatnim roku przed pozyskaniem pozwolenia na budowę oraz przejęciem terenu budowy przez wykonawcę.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący wskazał m.in.:

Zarzut 1

Zamawiający określił termin realizacji zamówienia datą sztywną - do 31 października 2021 roku. Biorąc pod uwagę, że postępowanie jest na wczesnym etapie spodziewać się należy, że po podpisaniu umowy wykonawcy pozostanie niewiele ponad 2 lata na realizację zamówienia, które jest udzielane w trybie „zaprojektuj i wybuduj". Taki czas nie jest adekwatny do zakresu zamówienia - nie uwzględnia wszystkich wymagań i okoliczności.

W zakres prac projektowych wchodzi wiele elementów, w tym elementy całkowicie niezależne od wykonawcy, jak wykonanie inwentaryzacji istniejących obiektów na terenie oczyszczalni ścieków Kapuściska, wykonanie dokumentacji geotechnicznej, uzyskanie mapy do celów projektowych, dokonanie uzgodnień z innymi podmiotami, w tym jednostkami administracji publicznej - gdzie racjonalnie działający wykonawca musi uwzględnić maksymalne, wynikające z przepisów prawa terminy przysługujące tym organom na wykonanie czynności. Zgodnie z przeprowadzonymi przez Odwołującego wstępnymi

analizami koniecznych terminów dla prac projektowych, termin określony przez Zamawiającego nie uwzględnia czasu koniecznego na wykonanie kompletnej dokumentacji projektowej - na wykonanie kompletnej dokumentacji konieczne jest co najmniej 12 miesięcy. Tym samym na wykonanie prac budowlanych - całego pozostałego zakresu zamówienia pozostaje ok. 12 miesięcy, co również jest terminem nie uwzględniającym zakresu zadań ani okoliczności, szczególnie że Zamawiający określił, że „Niesprzyjające warunki klimatyczne nie stanowią podstawy do przedłużenia Czasu na Ukończenie." - Klauzula 8.4. Warunków Kontraktu. Tym samym w ocenie Odwołującego racjonalny i uzasadniony termin na realizację niniejszego zadania powinien wynosić 36 miesięcy od daty zawarcia umowy. Określenie tego terminu datą sztywną rodzi dodatkowe ryzyka dla Wykonawcy, gdyż nie jest on w stanie przewidzieć momentu zawarcia umowy, co w istotny sposób wpływa na termin realizacji zadania.

Zarzut 2

Zamawiający wskazał, że wykonanie konstrukcji żelbetowych komór i zbiorników zastrzega do osobistego wykonania przez wykonawcę. Zgodnie z treścią art. 36a ust. 2 pkt 1 Pzp zastrzeżenie takie możliwe jest dla „kluczowych części zamówienia na roboty budowlane lub usługi" - zatem Zamawiający jest ograniczony w swobodzie dokonywania takiego zastrzeżenia. Odwołujący na poparcie swojego stanowiska przytoczył m. in. wyrok KIO 923/14: „Zgodnie z art. 36 ust. 5 ustawy Pzp, wykonawca może powierzyć wykonanie zamówienia podwykonawcom, z wyjątkiem przypadku gdy ze względu na specyfikę przedmiotu zamówienia zamawiający zastrzeże w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, że część lub całość zamówienia nie może być powierzona podwykonawcom. Przepis ten wprowadza wyjątek od ogólnej zasady możliwości powierzenia realizacji całości lub części zamówienia podwykonawcom i jako taki powinien być stosowany w sposób ścisły. Wyłączenie udziału podwykonawców w realizacji zamówienia musi być umotywowane specyfiką przedmiotu zamówienia i poprzedzone jego wnikliwą analizą, która wyklucza prawidłową realizację zamówienia w przypadku, gdy jego część zostanie powierzona podwykonawcy. Powyższa regulacja wyraźnie wskazuje, iż zasadą jest obowiązek dopuszczenia możliwości podwykonawstwa, zaś ograniczenie tego uprawnienia wykonawcy jest dopuszczalne wyłącznie w wyjątkowych sytuacjach, uzasadnionych specyfiką danego zamówienia. Ciężar wykazania tej szczególnej okoliczności spoczywa na zamawiającym, który zamierza uczynić użytek z tego wyjątku od ogólnej reguły postępowania. Przykładowo można wskazać, że takim wyjątkiem może być wykonanie dzieła w postaci utworu, który może wykonać tylko dany wykonawca, wykonanie prac renowacyjnych, gdzie wykonawcą może być tylko podmiot posiadający w tym zakresie specjalistyczną wiedzę i doświadczenie, itd.".

W przedmiotowym postępowaniu prace w postaci wykonania konstrukcji żelbetowych komór i zbiorników są typowymi pracami budowlanymi, wykonywanymi na podstawie projektu szczegółowo je opisującego, co powoduje, że każdy fachowy zespół wykonując je zgodnie z projektem budowlanym wykona je w takiej samej jakości. Postawienie wymogu osobistego wykonania tego zakresu prac w żaden sposób nie wpływa na jakość realizacji, a jedynie ułatwia dostęp do przedmiotowego zamówienia firmom lokalnym, gdyż ze względów technologicznych (tężenie betonu, brak uzasadnienia do przewożenia go na duże odległości) prace betoniarskie zdecydowanie łatwiej wykonywać firmom lokalnym.

Zarzut 3

Zamawiający określił (dodatek do Klauzuli 2.4 - Warunki Kontraktu), że „Wykonawca żądając od Zamawiającego gwarancji zapłaty za wykonanie robót budowlanych na podstawie Ustawy Kodeks cywilny:

1. wyznaczy termin 90 dni roboczych do jej przedłożenia licząc od dnia doręczenia wezwania (żądania) Zamawiającemu.

2. żądanie gwarancji zapłaty każdorazowo obejmie nie więcej niż trzy kolejno następujące po sobie płatności w oparciu o plan płatności Wykonawcy uzgodniony z Inżynierem. Nie ogranicza to żądania kolejnych gwarancji do pełnej kwoty należnego Wykonawcy wynagrodzenia, przy czym okresy, których będzie dotyczyło żądanie gwarancji nie mogą się powielać."

W ocenie Odwołującego powyższe postanowienia są sprzeczne z art. 649^2 § 1 Kc, stanowiącym, że „Nie można przez czynność prawną wyłączyć ani ograniczyć prawa wykonawcy (generalnego wykonawcy) do żądania od inwestora gwarancji zapłaty". Orzecznictwo, jak i doktryna są zdania, że żądanie gwarancji zapłaty z art. 649^1 Kc jest samodzielnym uprawnieniem wykonawcy („Wyrażony w art. 649^2 § 1 zakaz umownego ograniczenia lub wyłączenia roszczenia wykonawcy oznacza niedopuszczalność uzgodnienia dodatkowych przesłanek żądania gwarancji zapłaty. Niedopuszczalne jest także wprowadzenie ograniczeń czasowych (np. prawo żądania gwarancji zapłaty za dany etap

prac powstaje dopiero po wykonaniu i odbiorze tego etapu prac) lub kwotowych." - Ciszewski Jerzy (red.), Kodeks cywilny. Komentarz, wyd. II Opublikowano: LexisNexis 2014). Tym samym, zdaniem Odwołującego, zawarte w zmodyfikowanej Klauzuli 2.4. postanowienie jest nieważne, jako sprzeczne z bezwzględnie obowiązującymi przepisami prawa.

Zarzut 4

Zamawiający określił szeroki katalog kar umownych określonych zarówno kwotowo, jak i procentowo, w relacji do Zatwierdzonej Kwoty Kontraktowej. W wielu przypadkach ustanowione przez Zamawiającego kary są karami za opóźnienie, co powoduje niezależność ich naliczenia od działań/zaniechań Wykonawcy. Zamawiający, zgodnie z Pzp, jest autorem umowy, ale przy jej konstruowaniu winien brać pod uwagę konieczność zapewnienia ekwiwalentności świadczeń i ryzyk. Na poparcie podnoszonego zarzutu Odwołujący przywołał wyrok KIO 980/18, KIO 983/18, w którym Izba stanęła na stanowisku, że określenie zbyt wysokich kar umownych jest naruszeniem przepisów Pzp i kary te winny być adekwatne do szkody Zamawiającego oraz nie prowadzić do pozbawienia Wykonawcy całego zysku przy niewielkim naruszeniu warunków kontraktu, co w realiach rynku budowlanego (operującego na kilkuprocentowych zyskach) jest bardzo łatwe.

Zarzut 5

Odwołujący wskazał, że Zamawiający postawił w Klauzuli 4.14 Warunków Kontraktu następujące wymaganie:

„Wykonawca winien zapewnić ciągłość pracy Zakładu podczas realizacji całego Kontraktu. Ciągłość pracy oznacza zarówno konieczność zapewnienia oczyszczania wszystkich ścieków dopływających do oczyszczalni w okresie realizacji Kontraktu, jak i zapewnienie spełnienia parametrów ścieków odprowadzanych do wód wynikających z PFU oraz aktualnego pozwolenia wodno-prawnego posiadanego przez Zamawiającego, w tym parametru rocznego azotu ogólnego w ściekach na poziomie 10 mg N/l, co stanowi warunek wynikający z Umowy o dofinansowanie nr POIS.01.01.00-00-004/12-00 Projektu „Modernizacja oczyszczalni ścieków Kapuściska w Bydgoszczy" w ramach działania 1.1: Gospodarka wodno-ściekowa w aglomeracjach powyżej 15 tyś. RLM priorytetu I: Gospodarka wodno-ściekowa Programu Operacyjnego Infrastruktura i Środowisko 2007-2013". Wykonawca ma świadomość, że w przypadku przekroczenia wskazanych wyżej parametrów, istnieje ryzyko nałożenia kary lub korekty finansowej na Zamawiającego przez Wojewódzki Fundusz Ochrony Środowiska i Gospodarki Wodnej lub też Wojewódzki Inspektorat Ochrony Środowiska. W takim przypadku, jak i w każdym innym przypadku zapłaty przez Zamawiającego jakiejkolwiek kwoty żądanej przez jakikolwiek podmiot lub organ w związku z niedotrzymaniem wskazanych wyżej parametrów lub z niewywiązaniem się przez oczyszczalnię ze swoich zadań lub zobowiązań w jakikolwiek inny sposób, jak również w przypadku wystąpienia z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy szkody w środowisku, Wykonawca zapłaci Zamawiającemu odszkodowanie odpowiadające kwocie nałożonej kary lub korekty finansowej. W przypadku zaistnienia jakiejkolwiek innej szkody po stronie Zamawiającego, w szczególności z uwagi na niezapewnienie ciągłości pracy Zakładu, zakłócenie jego pracy, spowodowanie awarii jego urządzeń, Wykonawca zobowiązany jest do wypłaty Zamawiającemu odszkodowania pokrywającego tę szkodę."

Powyższe wymaganie prowadzić będzie do przejęcia przez realizującego zadanie Wykonawcę pełnej odpowiedzialności za pracę modernizowanej oczyszczalni od momentu podpisania umowy. W ocenie Odwołującego odpowiedzialność taka nie znajduje uzasadnienia, bowiem:

a) pierwszym okresem realizacji zamówienia są prace projektowe - Wykonawca na tym etapie nie będzie ingerował w pracę oczyszczalni i nie będzie miał żadnego wpływu na jej działanie. Tym samym przyjęcie odpowiedzialności za ewentualne przekraczanie norm przez ścieki miałoby charakter działalności ubezpieczeniowej czy hazardowej, a nie budowlanej.

b) na etapie realizacji prac budowlanych również brak jest uzasadnienia do obciążania Wykonawcy pełną odpowiedzialnością za efekt ekologiczny pracy oczyszczalni. Wykonawca nie będzie miał wpływu na jakość ścieków dopływających do oczyszczalni, jak również na efekty pracy zainstalowanych aktualnie urządzeń. Odpowiedzialność Wykonawcy - aby pozostać w zgodności z przepisami Kodeksu cywilnego - winna obejmować wyłącznie zwyczajne skutki jego działań lub zaniechań, a nie działalności całego Zakładu.

Odwołujący wskazał ponadto, że obecnie oczyszczalnia przekracza normy w zakresie parametrów odprowadzanych ścieków do wód, na co wskazuje załączony do dokumentacji postępowania dokument - „Załącznik nr 6 do PFU - Wyniki analiz ścieków surowych i oczyszczonych na oczyszczalni „Kapuściska", co powoduje wysokie prawdopodobieństwo,

że Wykonawca zostanie obciążony karami, za które w żaden sposób nie ponosi odpowiedzialności - nie sposób bowiem wymagać, aby w dniu podpisania umowy na tyle zmodernizował (przekraczającą normy) oczyszczalnię, aby te normy nie były przekraczane i stan taki trwał przez cały okres realizacji umowy.

Odwołujący wniósł o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z treści:

1. harmonogramu planowanych prac niezbędnych do realizacji przedmiotu zamówienia - dowód nr 1;

2. rysunku technicznego Zamkniętej Komory Fermentacyjnej - dowód nr 2;

3. rysunku technicznego Wydzielonej Komory Fermentacyjnej wraz z dokumentacją fotograficzną - dowód nr 3;

4. wydruku ze strony artykułu dotyczącego przekroczenia norm przez oczyszczalnię ścieków stanowiącą przedmiot planowanych prac - dowód nr 4;

Zamawiający w pisemnej odpowiedzi na odwołanie wniósł o jego oddalenie oraz o pominięcie twierdzeń i dowodów, które nie zostały powołane w odwołaniu.

Zamawiający poinformował ponadto, że 22 maja 2019 r. dokonał następujących zmian SIWZ:

1. zmiana pkt 1 klauzuli 2.4. przez nadanie jej brzmienia „wyznaczy termin nie krótszy niż 45 dni do jej przedłożenia licząc od dnia doręczenia wezwania (żądania) Zamawiającemu”,

2. zmiana w klauzuli 4.9. oraz klauzuli 1 1.4. słowa „opóźnienie” na słowo „zwłoka”,

3. zmiana klauzuli 4.14. przez nadanie jej brzmienia:

„Wykonawca winien zapewnić ciągłość pracy Zakładu po wejściu na Teren budowy. Ciągłość pracy oznacza konieczność zapewnienia oczyszczania ścieków dopływających do oczyszczalni. Wykonawca powinien działać z należytą starannością. W przypadku nałożenia kary lub korekty finansowej na Zamawiającego przez Wojewódzki Fundusz Ochrony Środowiska i Gospodarki Wodnej lub też Wojewódzki Inspektorat Ochrony Środowiska i w każdym innym przypadku zapłaty przez Zamawiającego jakiejkolwiek kwoty żądanej przez jakikolwiek podmiot lub organ w związku z niewywiązaniem się przez oczyszczalnię ze swoich zadań lub zobowiązań w jakikolwiek inny sposób, jak również w przypadku wystąpienia szkody w środowisku, Wykonawca zapłaci Zamawiającemu odszkodowanie odpowiadające kwocie nałożonej kary lub korekty finansowej, o ile nałożenie danej kary lub korekty finansowej spowodowane jest niewykonaniem lub nienależytym wykonaniem Kontraktu przez Wykonawcę. W przypadku zaistnienia jakiejkolwiek innej szkody po stronie Zamawiającego, w szczególności z uwagi na niezapewnienie ciągłości pracy Zakładu, zakłócenie jego pracy, spowodowanie awarii jego urządzeń, Wykonawca zobowiązany jest do wypłaty Zamawiającemu odszkodowania pokrywającego tę szkodę, o ile przyczyna spowodowana była niewykonaniem lub nienależytym wykonaniem Kontraktu przez Wykonawcę. Wszelkie wstrzymania pracy jakiegokolwiek ciągu lub jakiegokolwiek urządzenia muszą wynikać z Programu. Wykonawca zobowiązany jest do niezwłocznego informowania Inżyniera o wszelkich zdarzeniach czy wypadkach, które choćby potencjalnie mogą zagrozić pracy Zakładu lub realizacji Kontraktu. Powiadomienie powyższe nie zwalnia Wykonawcy z odpowiedzialności za skutki takiego zdarzenia lub wypadku. Inżynier i Zamawiający uprawniony jest do wstrzymania Robót w każdej sytuacji, w której uzna to za niezbędne dla zapewnienia ciągłości pracy Zakładu. Za wyjątkiem sytuacji nieprzewidywalnych, Zamawiający poinformuje Wykonawcę o zamiarze wstrzymania Robót na co najmniej 5 dni przed planowanym wstrzymaniem. W zakresie, w jakim zagrożenie ciągłości pracy Zakładu spowodowane jest przyczynami leżącymi po stronie Wykonawcy, Wykonawca nie jest uprawniony do formułowania jakichkolwiek roszczeń w związku ze wstrzymaniem Robót wobec Zamawiającego”,

4. zmiana klauzuli 10.1. ppkt a) przez zmianę wysokości kary umownej z wysokości 0,02% Zatwierdzonej Kwoty Kontraktowej za każdy dzień opóźnienia na 0,01% Zatwierdzonej Kwoty Kontraktowej za każdy dzień zwłoki.

W związku z powyższym, Zamawiający wskazał, że poszczególne zarzuty odwołania stały się bezprzedmiotowe, tj.:

1. Zarzut nr 3 w zakresie w jakim Odwołujący żądał, aby termin na złożenie przez

Zamawiającego gwarancji zapłaty za wykonanie robót budowlanych był nie krótszy niż 45 dni od dnia doręczenia wezwania (żądania) Zamawiającemu przez wykonawcę,

2. Zarzut nr 4 w zakresie żądania zmiany kar umownych za opóźnienie na zwłokę,

3. Zarzut nr 4 w zakresie żądania obniżenia kary umownej za nieusunięcie w terminie

zaległych prac i wad (klauzula 10.1),

4. Zarzut nr 5 w zakresie odpowiedzialności wykonawcy za zapewnienie spełnienia parametrów ścieków odprowadzonych do wód wynikających z PFU oraz aktualnego pozwolenia wodno-prawnego posiadanego przez Zamawiającego przez cały okres realizacji zamówienia (Kontraktu).

Odnosząc się do treści odwołania, Zamawiający podniósł, że podlega ono oddaleniu ze względu na nieprawidłowe przedstawienie zarzutów odwołania i zaniechanie przez Odwołującego określenia jakichkolwiek podstaw faktycznych uzasadniających wniesienie odwołania. Odwołujący nie sformułował żadnego „zarzutu" w rozumieniu art. 180 ust. 3 Pzp, który mógłby podlegać rozpoznaniu przez KIO. Stopień lakoniczności twierdzeń Odwołującego uniemożliwia KIO poddanie ich jakiejkolwiek weryfikacji, jak również Zamawiający nie ma możliwości szczegółowego odniesienia się do ich zasadności. Tym samym Zamawiający zarzucił Odwołującemu, że wniesione odwołanie nie zawiera wszystkich, niezbędnych, określonych w art. 180 ust. 3 Pzp elementów i z tego względu powinno zostać oddalone. W ocenie Zamawiającego Odwołujący ograniczył się jedynie do lakonicznych stwierdzeń, bez należytej argumentacji i dowodów. Na poparcie swoich twierdzeń Odwołujący powołał się niemal wyłącznie na fragmenty wyroków sądów oraz stanowisko doktryny, nie przekładając ich w żaden sposób na stan faktyczny w sprawie. W odwołaniu brak jest jakiejkolwiek próby wykazania podniesionych twierdzeń w nim zawartych, co całkowicie podważa ich wiarygodność, jak i zasadność samego odwołania. Odnosząc się do poszczególnych zarzutów odwołania Zamawiający wskazał:

Zarzut nr 1

Odwołujący nie wykazał, aby termin określony w SIWZ, tj. do dnia 31 października 2021 r., był nierealny. Odwołujący stwierdził jedynie, że termin wykonania zamówienia powinien wynosić 36 miesięcy od dnia zawarcia umowy o zamówienie publiczne, nie przedstawił żadnych szczegółowych informacji, które miałyby potwierdzać, że dotychczasowy termin wykonania zamówienia jest nierealny. Zamawiający na etapie przygotowania postępowania dokonał analizy i weryfikacji zakresu przedmiotowego zamówienia celem prawidłowego oznaczenia terminu wykonania, biorąc pod uwagę konieczność wykonania prac projektowych, uzyskania decyzji administracyjnych oraz realizację robót budowlanych.

Nie istnieje żaden przepis prawny, na podstawie którego Zamawiający nie mógłby określić terminu wykonania zamówienia przez określenie konkretnej daty. Tym samym, takie oznaczenie terminu wykonania zamówienia należy uznać za prawidłowe.

Zamawiający wskazał ponadto, że po raz drugi przeprowadza postępowania zmierzające do wykonania modernizacji oczyszczalni ścieków Kapuściska. Pierwotne postępowanie zostało unieważnione ze względu na to, że cena oferty najkorzystniejszej znacząco przekraczała kwotę jaką Zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia.

W poprzednim, unieważnionym postępowaniu, Zamawiający przewidział również konkretną datę realizacji zamówienia, tj. dzień 30 czerwca 2021 r. Odwołujący w ramach tego postępowania złożył ofertę i zaakceptował termin wykonania zamówienia. Zamawiający oświadczył, że celem ograniczenia kosztów wykonania zamówienia ograniczył w obecnie prowadzonym postępowaniu zakres przedmiotowy zamówienia, a jednocześnie wydłużył okres realizacji zamówienia o cztery miesiące ze względu na konieczność przeprowadzenia ponownej procedury zmierzającej do wyboru wykonawcy.

Zarzut nr 2

Zamawiający uważa, że jest uprawniony do określenia obowiązku osobistego wykonania części zamówienia przez wykonawcę, tj. robót budowlanych polegających na wykonaniu konstrukcji żelbetowych komór i zbiorników. Realizacja takich robót nie należy do typowych robót budowlanych, które mają być wykonane w oparciu o projekt budowlany. W trakcie wykonywania robót oczyszczalnia będzie normalnie funkcjonować, w związku z tym roboty budowlane objęte zamówieniem będą znacznie bardziej skomplikowane pod względem organizacyjnym.

Na terenie oczyszczalni ścieków Kapuściska dodatkowym problemem jest wysoki stan wód gruntowych, powodujący konieczność wykonania odpowiednich czynności

celem zabezpieczenia terenu budowy. Dopuszczenie udziału podwykonawców powodowałoby, że znacznie utrudniona byłaby kontrola jakości wykonywanych robót. Ewentualne zastrzeżenia Zamawiający zgłaszałby generalnemu wykonawcy, a dopiero ten przekazywałby je podwykonawcy, co mogłoby spowodować poważne zagrożenie dla funkcjonowania obiektu.

Zarzut nr 3

Zamawiający podniósł, że zarzut nie został należycie wykazany i uzasadniony, a Odwołujący nawet nie podjął próby przedstawienia na czym miałoby polegać przedmiotowe naruszenie art. 649^2 Kc. Zamawiający nie wyłączył, ani nie ograniczył wykonawcy możliwości żądania gwarancji zapłaty wynagrodzenia - Wykonawca jest uprawniony do uzyskania gwarancji zapłaty w pełnej wysokości wynagrodzenia.

Zarzut nr 4

Zamawiający nie zgodził się z zarzutami Odwołującego, jakoby kary umowne przewidziane w SIWZ były wygórowane. Wskazał ponadto na maksymalny limit odpowiedzialności z tytułu kary umownej, o którym mowa w Załączniku nr 1a do oferty (dot. klauzuli 8.7.), który wynosi 20% Zatwierdzonej Kwoty Kontraktowej.

Zarzut nr 5

Ze względu na dokonaną zmianą SIWZ, w ocenie Zamawiającego zarzut ten stał się bezprzedmiotowy.

Zamawiający wniósł o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z treści:

1. harmonogram wykonania zamówienia - dowód nr 5;
2. ogłoszenia o zamówieniu 2018/S 200-453543 - dowód nr 6;
3. Specyfikacji istotnych warunków zamówienia unieważnionego postępowania - dowód nr 7;
4. Informacji z otwarcia ofert z dnia 18 lutego 2019 r. - dowód nr 8;
5. zawiadomienia o unieważnieniu ww. postępowania z dnia 26 marca 2019 r. - dowód nr 9;
6. zestawienia robót budowlanych - dowód nr 10.

Wobec wprowadzonych przez Zamawiającego zmian SIWZ Odwołujący wycofał zarzut nr 5. Pozostałe zarzuty odwołania zostały podtrzymane.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym treść ogłoszenia o zamówieniu, treść SIWZ, złożone oferty, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron złożone podczas rozprawy, Izba zważyła, co następuje:

Izba ustaliła, że odwołującemu, w świetle przepisu art. 179 ust. 1 Pzp, stanowiącego, że „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”, przysługiwało uprawnienie do wniesienia odwołania.

Mając na uwadze powyższe Izba merytorycznie rozpoznała złożone odwołanie, uznając, że częściowo zasługuje ono na uwzględnienie.

Zarzut nr 1, tj. zarzut naruszenia art. 29 ust. 1 Pzp przez określenie terminu realizacji zamówienia (pkt 4 SIWZ - IDW) datą sztywną oraz w sposób nie uwzględniający wszystkich wymagań i okoliczności mających wpływ na sporządzenie oferty nie

potwierdził się.

Zgodnie z punktem 3 IDW „Opis przedmiotu zamówienia" Zamawiający w następujący sposób określił zakres podlegających wykonaniu w ramach realizacji przedmiotowego zadania prac:

1. Rozbudowa mechanicznej części oczyszczalni:

   a) rozbudowa dopływu ścieków surowych - obiekt K-0;

   b) przebudowa przepompowni PK-0 z wymianą urządzeń;

   c) remont budynku krat i mechanicznego odwadniania piasku z komorą rozprężania, z wymianą urządzeń i instalacji - obiekt 1;

   d) przebudowa piaskownika z wymianą urządzeń i instalacji - obiekt 2;

   e) budowa biofiltra;

   f) remont osadników wstępnych - obiekty 3.1 i 3.2.

2. Rozbudowa biologicznej części oczyszczalni:

   a) wymiana urządzeń i instalacji bioreaktora ścieków komunalnych - obiekty 4.1 i 4.2;

   b) remont osadników wtórnych - obiekty 7.1, 7.2, 7.3, 7.4;

   c) przebudowa stacji dmuchaw - obiekt 19;

3. Rozbudowa obiektów gospodarki osadowej i gazowej oczyszczalni:

   a) remont z wymianą urządzeń pompowni osadu wstępnego zagęszczonego - Obiekt 11;

   b) budowa komory 12.3 obejmująca projekt budowy komory 12.4 (w odniesieniu do komory 12.4 zamówienie obejmuje wyłącznie projektowanie - zob. pkt 18 niniejszej IDW) oraz remont istniejących komór fermentacyjnych zamkniętych (ZKF)- obiekt 12.1 i 12.2;

   c) budowa nowego i remont z wymianą urządzeń istniejącego budynku usługowego przy ZKF - obiekty 13 i 13A;

   d) rozbudowa zbiornika osadu przefermentowanego - obiekt 14;

   e) rozbudowa kotłowni z wymianą urządzeń - obiekt 29 oraz modernizacja stacji kogeneracji - obiekt 30;

   f) rozbudowa i remont z wymianą urządzeń stacji zagęszczania i odwadniania osadów- obiekt nr 17;

   g) budowa zbiornika biogazu z instalacjami;

   h) remont z wymianą urządzeń przepompowni ścieków własnych- obiekt 27;

   i) elementy biogazu-rozbudowa sieci i instalacji biogazu oraz rozbudowa sieci

   ciepłowniczych;

4. Modernizacja pozostałych obiektów oczyszczalni z robotami towarzyszącymi:

   a) rozbudowa międzyobiektowych przewodów i sieci technologicznych;

   b) roboty elektroenergetyczne i AKPiA;

   c) roboty towarzyszące: ukształtowanie terenu, zieleń, ciągi komunikacyjne, wiaty i pomieszczenia dla rozdzielnic.

Powyższe zadania zgodnie z punktem 4 IDW mają zostać wykonane do 31 października 2021 roku. O ile oczywistym jest, że - biorąc pod uwagę zakres przedmiotu zamówienia - jest to termin krótki, obarczony pewnym ryzykiem wynikającym ze stopnia komplikacji zadania, to nie jest terminem niemożliwym do realizacji. W ocenie Izby Zamawiający w prawidłowy sposób uzasadnił potrzebę określenia go ww. datą. Zakończenie prac

do 31 października 2021 roku wynika z obiektywnych potrzeb Zamawiającego, między innymi związanych z realizacją projektu dofinansowanego ze środków Unii Europejskiej, jak również z potrzeby możliwie szybkiego wykonania newralgicznego z punktu widzenia podmiotów obsługiwanych przez oczyszczalnię Kapuściska. Izba wzięła pod uwagę dowód nr 1, tj. harmonogram prac przygotowany przez Odwołującego. Odwołujący w oparciu o ten dowód uzasadniał konieczność wydłużenia terminu realizacji zamówienia do 36 miesięcy, ale nie przedstawił żadnych, dodatkowych dowodów potwierdzających wiarygodność harmonogramu. Izba, działając w oparciu o zasady doświadczenia życiowego uznała, że część z argumentów Odwołującego jest prawdopodobna i potwierdza, że termin określony przez Zamawiającego jest krótki (czemu Zamawiający nie zaprzeczał), do pewnego stopnia ryzykowny, ale nie można uznać, że dowodzi niemożliwości realizacji zadania w okresie krótszym niż 36 miesięcy. Zamawiający uprawniony jest do ustanowienia napiętego terminu wykonania zamówienia, o ile wynika to z jego obiektywnych potrzeb. Z całą pewnością dłuższy termin byłby bezpieczniejszy i wygodniejszy dla wykonawcy, ale podstawowym celem zamówień publicznych jest zaspokajanie potrzeb zamawiającego. Wykonawcom ma być zapewniony równy dostęp do zamówienia i równe traktowanie - i w przypadku przedmiotowego zadania Izba uznała, że w zakresie terminu wykonania warunki te zostały przez Zamawiającego spełnione. Niewątpliwym jest także, iż Zamawiający ma świadomość istnienia ryzyk wynikających z krótkiego terminu realizacji zadania oraz będącego ich konsekwencją prawdopodobnego wzrostu cen ofert.

Art. 29 ust. 1 Pzp stanowi, że przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. Odwołujący starał się wykazać, że Zamawiający ustanawiając wymagany termin zakończenia robót nie wziął pod uwagę wszystkich okoliczności, ale nie udowodnił podnoszonego zarzutu. Odwołujący nie udowodnił również, że obiektywne potrzeby Zamawiającego mogą zostać zrealizowane również przy wydłużeniu terminu realizacji do postulowanych 36 miesięcy. Art. 190 ust. 1 ustala zasady ciężaru dowodu: Strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Dowody na poparcie swoich twierdzeń lub odparcie twierdzeń strony przeciwnej strony i uczestnicy postępowania odwoławczego mogą przedstawiać aż do zamknięcia rozprawy. Izba uznała, że w przedmiotowej sprawie Odwołujący nie sprostał obowiązkowi udowodnienia stawianego zarzutu i z tego względu zarzut ten podlegał oddaleniu.

Zarzut nr 2, tj. zarzut naruszenia art. 36a ust. 2 Pzp w zw. z art. 36a ust. 1 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp - przez zastrzeżenie do osobistego wykonania przez wykonawcę kluczowych części zamówienia bez uzasadnienia technologicznego oraz niewspółmiernie do potrzeb, w sposób powodujący istotne ograniczenie konkurencji potwierdził się.

Zamawiający w punkcie 26 IDW wskazał: „Zgodnie z art. 36a ust. 2 pkt. 1 Pzp Zamawiający zastrzega obowiązek osobistego wykonania przez Wykonawcę kluczowych części zamówienia, tj. wykonania konstrukcji żelbetowych komór i zbiorników. W pozostałym zakresie Zamawiający dopuszcza udział podwykonawców."

Art. 36a ust. 2 pkt 1 Pzp stanowi, że zamawiający może zastrzec obowiązek osobistego wykonania przez wykonawcę kluczowych części zamówienia na roboty budowlane lub usługi. Przepis ten stanowi wyjątek od ogólnej zasady wyrażonej w art. 36a ust. 1 Pzp - Wykonawca może powierzyć wykonanie części zamówienia podwykonawcy. Z przytoczonego przepisu jasno wynika, że to wykonawca uprawniony jest co do decyzji, którą część przedmiotu zamówienia powierzy do realizacji podwykonawcy bądź podwykonawcom. Przepis nie wprowadza też ograniczenia, co do zakresu przedmiotu zamówienia jaki może zostać powierzony podwykonawcom, zatem w pełni dopuszczalne jest powierzenie im realizacji całości zadania. Przysługujące Zamawiającemu na podstawie art. 36a ust. 2 pkt 1 Pzp uprawnienie do ograniczenia swobody wykonawcy w zakresie wyboru części zamówienia jaka zostanie powierzona podwykonawcom nie może prowadzić do naruszenia zasad uczciwej konkurencji i nieuzasadnionego ograniczenia wykonawcom dostępu do zamówienia. Stąd konieczność ścisłej interpretacji art. 36a ust. 2 pkt 1 Pzp - kluczowa część przedmiotu zamówienia w rozumieniu tego przepisu nie oznacza głównego elementu (zakresu) zadania, tylko część, którą musi osobiście wykonać wybrany wykonawca, jako podmiot, który dysponuje określonymi, osobistymi cechami pozwalającymi na prawidłową realizację tego szczególnego elementu. Zazwyczaj oznacza to wykonanie zadania o charakterze twórczym, artystycznym (np. mural) lub wymagającego ponadprzeciętnej wiedzy specjalistycznej. Konieczność realizacji prac budowlanych, nawet o bardzo złożonym charakterze, nie daje podstawy do ograniczenia dostępu podwykonawców do udziału w realizacji zamówienia. Izba uznała za słuszne stanowisko Odwołującego, wskazujące, że wykonanie konstrukcji żelbetowych komór i zbiorników

ma charakter typowej roboty budowlanej. Przy założeniu prawidłowego opracowania projektu budowlanego, a następnie jego właściwej, zgodnej z zasadami sztuki budowlanej realizacji, nie ma żadnych podstaw by uznać, że niezbędny jest osobisty udział wykonawcy. Dlatego Izba uwzględniła dowody nr 2 i 3 uznając, że stanowisko Odwołującego jest zasadne. W ocenie Izby Zamawiający myli się zakładając, że tylko osobista realizacja konstrukcji żelbetowych komór i zbiorników przez wykonawcę zapewni prawidłową jakość i terminowość robót, a także możliwość należytego nadzoru inwestorskiego nad realizacją prac. Obowiązkiem Zamawiającego jest ustanowienie takich warunków udziału w postępowaniu, m. in. w zakresie zdolności technicznych wykonawców, by zapewnić wybór kompetentnego, zdolnego do realizacji zadania wykonawcy. Zamawiający dysponuje jednak narzędziami prawnymi pozwalającymi mu również na weryfikację zdolności technicznych podwykonawców wskazanych do realizacji całości lub części przedmiotu zamówienia - i w przypadku przedmiotowej sprawy to z nich powinien skorzystać, chcąc zapewnić odpowiedni profesjonalizm ze strony podmiotów wykonujących roboty budowlane.

Biorąc pod uwagę powyższe Izba uznała, że zarzut nr 2 odwołania jest słuszny i zasługuje na uwzględnienie.

Zarzut nr 3, tj. zarzut naruszenia art. 139 ust. 1 Pzp w zw. z art. 649^2 Kc przez ograniczenie prawa wykonawcy do żądania od inwestora gwarancji zapłaty potwierdził się.

Kwestionowana przez Odwołującego klauzula 2.4 Warunków kontraktu brzmiała:

„Strony ustalają, że Wykonawca żądając od Zamawiającego gwarancji zapłaty za wykonanie robót budowlanych na podstawie Ustawy Kodeks cywilny:

1. wyznaczy termin 90 dni roboczych do jej przedłożenia licząc od dnia doręczenia wezwania (żądania) Zamawiającemu.

2. żądanie gwarancji zapłaty każdorazowo obejmie nie więcej niż trzy kolejno następujące po sobie płatności w oparciu o plan płatności Wykonawcy uzgodniony z Inżynierem. Nie ogranicza to żądania kolejnych gwarancji do pełnej kwoty należnego Wykonawcy wynagrodzenia, przy czym okresy, których będzie dotyczyło żądanie gwarancji nie mogą się powielać."

Zamawiający zmieniając SIWZ w dniu 22 maja 2019 roku nadał Klauzuli 2.4 Warunków kontraktu następujące brzmienie:

„Strony ustalają, że Wykonawca żądając od Zamawiającego gwarancji zapłaty za wykonanie robót budowlanych na podstawie Ustawy Kodeks cywilny:

1. wyznaczy termin nie krótszy niż 45 dni do jej przedłożenia licząc od dnia doręczenia wezwania (żądania) Zamawiającemu.

2. żądanie gwarancji zapłaty każdorazowo obejmie nie więcej niż trzy kolejno następujące po sobie płatności w oparciu o plan płatności Wykonawcy uzgodniony z Inżynierem. Nie ogranicza to żądania kolejnych gwarancji do pełnej kwoty należnego Wykonawcy wynagrodzenia, przy czym okresy, których będzie dotyczyło żądanie gwarancji nie mogą się powielać."

Istotą zarzutu podniesionego przez Odwołującego naruszenie przez Zamawiającego dyspozycji art. 649^2 § 1 Kc: „Nie można przez czynność prawną wyłączyć ani ograniczyć prawa wykonawcy (generalnego wykonawcy) do żądania od inwestora gwarancji zapłaty". Odwołujący wskazał, ze regulacja zawarta w klauzuli 2.4 Warunków kontraktu zawęża uprawnienia przysługujące wykonawcom na podstawie art. 649^3 § 1 Kc („Wykonawca (generalny wykonawca) robót budowlanych może w każdym czasie żądać od inwestora gwarancji zapłaty do wysokości ewentualnego roszczenia z tytułu wynagrodzenia wynikającego z umowy oraz robót dodatkowych lub koniecznych do wykonania umowy, zaakceptowanych na piśmie przez inwestora"). Zgodnie z dyspozycją przytoczonego przepisu wykonawca uprawniony jest do żądania gwarancji zapłaty wynagrodzenia do wysokości równej wartości całego kontraktu, a nie tylko trzech kolejnych, najbliższych transz płatności. Izba uznała, że stanowisko Odwołującego jest zasadne, a Zamawiający nie ma podstawy prawnej do wprowadzenia regulacji dotyczącej gwarancji zapłaty w sposób bardziej restrykcyjny niż wskazany w dyspozycji art. 649^3 § 1 Kc. Możliwość zgłoszenia żądania gwarancji zapłaty od inwestora nie może być obwarowana żadnymi, dodatkowymi przesłankami, Zamawiający nie mógł więc wprowadzić żadnych obostrzeń, również w zakresie ilości objętych gwarancją płatności transz.

Za niemożliwe do zaakceptowania Izba uznała wyrażone w toku rozprawy stanowisko Zamawiającego, że etap przed realizacją zadania jest niewłaściwy do oceny prawidłowości treści klauzuli 2.4 Warunków kontraktu, a organem uprawnionym do takiej oceny będzie dopiero sąd powszechny na etapie ewentualnego postępowania sądowego dotyczącego gwarancji. Obowiązkiem Zamawiającego jest prowadzenie postępowania w sposób zgodny z prawem obowiązującym oraz przygotowania dokumentacji postępowania z należytą starannością. Z tego względu Izba uznała, że odwołanie w tej części zasługuje na uwzględnienie.

Zarzut nr 4, tj. zarzut naruszenia art. 484 Kc, art. 353^1 Kc w zw. art. 139 ust. 1 Pzp oraz art. 29 ust. 1 Pzp - przez zastrzeżenie we wzorze umowy klauzul, obejmujących obowiązek uiszczania kar umownych określonych we wzorze umowy w wysokości rażąco wysokiej względem sankcjonowanego naruszenia nie potwierdził się.

Zamawiający w dniu 22 maja 2019 roku dokonał zmiany postanowień SIWZ, znosząc kary umowne za opóźnienie i wprowadzając na ich miejsce kary umowne za zwłokę. Biorąc pod uwagę treść omawianego zarzutu Izba uznała, że w tej części, zgodnie ze stanowiskiem Zamawiającego wyrażonym w odpowiedzi na odwołanie, zarzut stał się bezprzedmiotowy. Zamawiający dokonał również obniżenia kar umownych określonych w klauzuli 10.1 w sposób zgodny z żądaniami odwołania, tj. o 50%.

W pozostałym zakresie Izba uznała przedmiotowy zarzut za nieuzasadniony. Odwołujący zażądał obniżenia wszelkich kar umownych o 50% ogólnikowo wskazując, że mają one rażąco wygórowany charakter, ale w żaden sposób nie próbował wykazać na czym zarzucana Zamawiającemu niewspółmierność kar umownych ma polegać. Odwołujący nie odniósł się do poszczególnych kar, kierując zarzut i argumentację przeciwko wszystkim zawartym w Warunkach kontraktu karom umownym. W tej sytuacji Izba uznała, że Odwołujący nawet nie podjął próby udowodnienia słuszności swojego stanowiska i w oparciu o art. 190 ust. 1 Pzp oddaliła odwołanie w tej części.

W części dotyczącej zarzutu nr 5, ze względu na wycofanie go przez Odwołującego na etapie posiedzenia, postępowanie zostało umorzone.

Izba nie uwzględniła wszystkich wniosków dowodowych złożonych przez Zamawiającego w zakresie jakim dotyczyły zarzutów nr 2 i 3 odwołania.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem przepisów rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (t.j. Dz.U. z 2018 r. poz. 972).