

POSTANOWIENIE  
z dnia 16 lipca 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Agata Mikołajczyk

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron w dniu 16 lipca 2019 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 8 lipca 2019 r. przez odwołującego: STRABAG sp. z o.o. (ul. Parzniewska 10, 05-800 Pruszków) w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: Wrocławski Park Wodny S.A. (ul. Borowska 99, 50-558 Wrocław),

postanawia:

1. Umorzyć postępowanie odwoławcze;
2. Nakazać zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz odwołującego: - STRABAG sp. z o.o. (ul. Parzniewska 10, 05-800 Pruszków) kwoty 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) stanowiącej uiszczony wpis od odwołania.

Stosownie do art. 198a ust. 1 i 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2018 r., poz. 1986 ze zm.) na niniejsze postanowienie - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego we Wrocławiu.

Uzasadnienie

Odwołanie zostało wniesione w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2018 r. poz. 1986 ze zm.), [ustawa Pzp lub Pzp] przez zamawiającego: Wrocławski Park Wodny Spółka Akcyjna z siedzibą we Wrocławiu, którego przedmiotem jest: „Zaprojektowanie i wybudowanie krytej pływalni i basenów zewnętrznych przy ul. Polnej 10 we Wrocławiu wraz z parkingiem, zjazdami z drogi publicznej, obsługą komunikacyjną, zagospodarowaniem terenu, infrastrukturą techniczną, rozbiórkami istniejących obiektów budowlanych”. Numer postępowania ZP/7/19/PN/WPW. Numer ogłoszenia w TED: 2019/S 121-295646 z dnia 26 czerwca 2019 r. Wnoszący odwołanie wykonawca Strabag z sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie (Odwołujący) zarzucił naruszenie:

1. art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art.139 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 647 kc -wskazanie

w postanowieniach wzoru umowy:

- a. w § 4 ust. 3 wzoru umowy, że terminem zakończenia realizacji przedmiotu zamówienia będzie późniejsza z dat: data uzyskania ostatecznej decyzji o pozwoleniu na użytkowanie lub data sporządzenia bezusterkowego protokołu odbioru końcowego;
- b. w § 5 ust. 5 pkt. 5.2.1 i pkt. 5.4.1 wzoru umowy, że potwierdzenie (rozumiane jako potwierdzenie całkowitego zakończenia wszystkich prac i robót budowlanych - w zakresie

odbioru branżowego i końcowego), następuje po usunięciu wszystkich wad stwierdzonych przez Zamawiającego:

c. w § 5 ust. 5 pkt. 5.2.3 i pkt. 5.4.3 wzoru umowy, że Zamawiający ma samodzielne prawo odmowy przeprowadzenia odbioru technicznego (branżowego) albo odbioru końcowego z powodu m.in. niewłaściwego wykonania robót, co w połączeniu z pozostałymi postanowieniami wzoru umowy (jak wskazane powyżej i poniżej) sugeruje, że Zamawiający może odmówić odbioru końcowego w przypadku występowania nawet drobnych, usuwalnych wad lub usterek;

d. w § 5 ust. 5 pkt. 5.4.7 wzoru umowy, że w przypadku stwierdzenia w trakcie odbioru końcowego wad Przedmiotu umowy Zamawiający odmówi dokonania odbioru końcowego, w zasadzie niezależnie od charakteru takich wad (czy mają charakter istotny czy nieistotny, czy nadają się do usunięcia, itd.);

e. w § 6 ust. 2 i ust. 4 wzoru umowy, że faktura VAT może być wystawiona dopiero po stwierdzeniu przez Zamawiającego jakości (bezusterkowości) wykonanej pracy, co powoduje że Wykonawca nie będzie uprawniony do sporządzenia faktury VAT (częściowej lub końcowej) nawet w przypadku gdy wykonane przez niego roboty posiadają wyłącznie drobne, nadające się do usunięcia wady lub usterek;

podczas gdy zgodnie z art. 647 kc inwestor (Zamawiający) ma obowiązek dokonania odbioru i zapłaty wykonawcy należnego mu za zrealizowane roboty wynagrodzenia. Inwestor (Zamawiający) może uchylić się od obowiązku dokonania odbioru wykonanych robót tylko w przypadku, gdy przedmiot umowy obciążony jest wadami istotnymi. W przypadku wystąpienia wad nieistotnych inwestor (Zamawiający) jest obowiązany dokonać odbioru końcowego.

2. art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp oraz art. 139 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 353 (1) kc i art. 5 kc - zastosowanie we wzorze umowy postanowień, które w sposób nieprecyzyjny opisują przedmiot zamówienia w zakresie terminu realizacji robót objętych zamówieniem, bowiem uniemożliwiają określenie możliwego czasu trwania czynności odbiorowych, uzależniając czas ich trwania wyłącznie od decyzji Zamawiającego.

Zgodnie z treścią § 4 ust. 3 wzoru umowy - terminem zakończenia realizacji przedmiotu zamówienia będzie późniejsza z dat: data uzyskania ostatecznej decyzji o pozwoleniu na użytkowanie lub data sporządzenia bezusterkowego protokołu odbioru końcowego, a jednocześnie zgodnie z treścią § 5 ust. 5 pkt. 5.4.1 wzoru umowy do odbioru może dojść dopiero po usunięciu wszystkich wad stwierdzonych przez Zamawiającego. Umowa nie określa zaś jak długo trwać mogą czynności odbiorowe, poprzestając wyłącznie na wskazaniu terminów na przystąpienie do czynności odbiorowych (§ 5 ust. 5 pkt. 5.4.2 wzoru umowy - w zakresie odbioru końcowego). W związku z powyższym przedmiot zamówienia (którego elementem jest termin realizacji) nie jest opisany w sposób jednoznaczny, zgodnie z przepisami ustawy Pzp, co uniemożliwia Wykonawcy oszacowanie realnego terminu zakończenia realizacji przedmiotu zamówienia, przyjęcia odpowiednich założeń do harmonogramu realizacji, a co za tym idzie - prawidłowego oszacowania ceny kontraktowej. Formułując postanowienia wzoru umowy w powyższy sposób Zamawiający dopuścił się przekroczenia również zasady swobody umów i nadużył swojego prawa do określenia warunków umowy o zamówienie publiczne, przerzucając ryzyka związane z przedłużającymi się procedurami odbiorowymi wyłącznie na Wykonawcę;

3. art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 29 ust. 1 ustawy Pzp oraz art. 139 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 353 (1) kc, art. 5 kc oraz art. 471 kc - wskazanie we wzorze umowy w treści § 14 ust. 2, że wykonawca ma uwzględnić w wynagrodzeniu za realizację przedmiotu zamówienia koszty ogólne w przypadku przedłużenia terminu realizacji umowy, w zasadzie niezależnie od tego, czy do przedłużenia terminu doszło z przyczyn leżących po stronie Zamawiającego, Wykonawcy czy osób trzecich.

Takie sformułowanie postanowień umowy powoduje, że Wykonawca nie ma możliwości skalkulowania ceny swojej oferty, bowiem nie jest w stanie określić o ile może przedłużyć się termin realizacji umowy. Ponadto postanowieniem tym Zamawiający przerzuca na Wykonawcę w sposób nieuprawniony wszelkie ryzyka finansowe związane z przedłużeniem realizacji umowy, nadużywając swojego prawa do sformułowania warunków umowy o zamówienie publiczne;

4. art. 353 (1) kc w zw. z art. 484 § 2 kc i art. 5 kc w zw. z art. 139 ust. 1 ustawy Pzp i art. 7 ust. 1 ustawy Pzp - wykorzystanie pozycji dominującej Zamawiającego, uprawniającej go do sformułowania warunków umowy i uprzywilejowanie w postanowieniach wzoru umowy pozycji Zamawiającego wobec Wykonawcy - nałożenie rażąco wygórowanych i nieadekwatnych kar umownych na Wykonawcę, w zakresie w szczególności kary określonej w § 11 ust. 1 pkt. 1.5 wzoru umowy, którą Zamawiający będzie mógł naliczyć w

przypadku opóźnienia w usunięciu wad przedmiotu umowy, stwierdzonych w okresie gwarancji i rękojmi;

5. art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp oraz art. 353 (1) kc w. zw. z art. 484 § 2 kc i art. 5 kc w zw. z art. 14 i art. 139 ustawy Pzp - opisanie w postanowieniach wzoru umowy kar umownych w sposób niejednoznaczny i niedookreślony, to jest:

a. przyjęcie w § 11 ust. 1 pkt. 1.2, 1.3 i 1.4 wzoru umowy kar umownych za przekroczenie w zasadzie tych samych terminów (dublowanie kar umownych za te same okoliczności);

b. niewłaściwe odwołanie w § 11 ust. 1 pkt. 1.3 umowy do terminu wykonania umowy rzekomo określonego w § 4 ust. 1 umowy, w którym to postanowieniu brak jednego, ostatecznego terminu realizacji zamówienia, za to są wskazane poszczególne terminy „pośrednie”, które muszą być uwzględnione w harmonogramie rzeczowym, zgodnie z § 4 ust. 2 wzoru umowy;

c. wskazanie w § 11 ust. 1 pkt. 1.4 wzoru umowy, że kara umowna może zostać naliczona za każdy dzień opóźnienia w wykonaniu poszczególnych części - elementów zadania wskazanych w zatwierdzonym przez Zamawiającego Harmonogramie Rzeczowo Finansowym, podczas gdy:

i. wzór umowy nie zawiera definicji Harmonogramu Rzeczowo Finansowego, a w § 4 ust. 2 wzór umowy odnosi się wyłącznie do harmonogramu rzeczowego;

ii. gdyby zaś przyjąć z ostrożności, że „Harmonogram Rzeczowo Finansowy” to ten harmonogram rzeczowy określony w § 4 wzoru umowy, to postanowienia § 4 ust. 2 wzoru umowy zakładają, że harmonogram taki zostanie przygotowany po podpisaniu umowy i wymaga zatwierdzenia przez Zamawiającego. Na dzień sporządzenia oferty zatem Wykonawca nie ma możliwości oszacowania ryzyka związanego z naliczeniem kar umownych wskazanych w § 11 ust. 1 pkt. 1.4 wzoru umowy, bowiem nie wiadomo jaką szczegółowość będzie mieć wskazany harmonogram, jakie terminy zostaną w nim określone i zatwierdzone przez Zamawiającego, a w konsekwencji jakie sankcje grozić będą za ich niedotrzymanie.

6. art. 353 (1) kc w. zw. z art. 484 § 2 kc i art. 5 kc w zw. z art. 139 ust. 1 ustawy Pzp i art. 7 ust. 1 ustawy Pzp oraz art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp - wykorzystanie pozycji dominującej Zamawiającego, uprawniającej go do sformułowania warunków umowy i uprzywilejowanie w postanowieniach wzoru umowy pozycji Zamawiającego wobec Wykonawcy, co także prowadzi do nieprecyzyjnego opisu przedmiotu zamówienia w tym zakresie, poprzez brak określenia maksymalnego limitu kar umownych, do którego kary mogą być przez Zamawiającego naliczane.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu modyfikacji treści SIWZ, tj. wzoru umowy, stanowiącego Załącznik nr 11 do SIWZ w następujący sposób:

1. W zakresie zarzutu opisanego w pkt. 1 - zmianie winny ulec postanowienia wzoru umowy, w sposób opisany poniżej:

a. w § 4 ust. 3 wzoru umowy wykreślone powinno zostać odniesienie do bezusterkowego protokołu odbioru końcowego, a jego treść powinna brzmieć następująco:

Terminem zakończenia realizacji przedmiotu zamówienia jest późniejsza z dat: uzyskanie ostatecznej decyzji o pozwoleniu na budowę lub data sporządzenia przez Strony protokołu odbioru końcowego bez wad istotnych (to jest takich, które uniemożliwiają lub w znacznym stopniu utrudniają użytkowanie przedmiotu umowy zgodnie z jego przeznaczeniem), z klauzulą „odbieram”.

b. w § 5 ust. 5 pkt. 5.2.1 i pkt. 5.4.1 wzoru umowy doprecyzowane powinno zostać, że potwierdzenie o którym tam mowa nastąpi po usunięciu wad istotnych - proponujemy następującą treść postanowienia:

S pkt. 5.2.1. odbioru technicznego (branżowego) dokonuje się po całkowitym zakończeniu wszystkich robót budowlanych danej branży, na podstawie przedłożonego przez Wykonawcę oświadczenia kierownika budowy o zakończeniu robót oraz po dokonaniu innych czynności przewidzianych przepisami ustawy Prawo Budowlane w związku z zakończeniem wykonywania robót budowlanych, potwierdzonych przez Zamawiającego lub osobę przez Zamawiającego wskazaną. Potwierdzenie takie następuje po usunięciu wad istotnych (to jest takich, które uniemożliwiają lub w znacznym stopniu utrudniają użytkowanie robót budowlanych danej branży zgodnie z jej przeznaczeniem) <sup>1</sup>

•Z pkt. 5.4.1. odbioru końcowego dokonuje się po całkowitym zakończeniu wszystkich prac i

robót budowlanych, na podstawie przedłożonego przez Wykonawcę oświadczenia kierownika budowy o zakończeniu wszystkich robót budowlanych oraz po dokonaniu innych czynności przewidzianych przepisami ustawy Prawo Budowlane w związku z zakończeniem wykonywania prac / robót budowlanych, potwierdzonych przez Zamawiającego lub osobę przez Zamawiającego wskazaną. Potwierdzenie takie następuje po usunięciu wad istotnych (to jest takich, które uniemożliwiają lub w znacznym stopniu utrudniają użytkowanie przedmiotu umowy zgodnie z jego przeznaczeniem)'

c. w § 5 ust. 5 pkt. 5.2.3 i pkt. 5.4.3 wzoru umowy doprecyzowane powinno zostać, że Zamawiający ma prawo odmowy przeprowadzenia odbioru technicznego (branżowego) albo odbioru końcowego z powodu m.in. niewłaściwego wykonania robót, jednak wyłącznie w przypadku występowania wad istotnych - proponujemy następującą treść postanowień:

Z pkt. 5.2.3. Zamawiający ma prawo odmówić przeprowadzenia odbioru technicznego (branżowego) jeżeli po przystąpieniu do czynności odbioru zostanie stwierdzone, że roboty budowlane danej branży nie osiągnęły gotowości do odbioru z powodu nie zakończenia robót, niewłaściwego ich wykonania (rozumianego jako istnienie w robotach wad istotnych, to jest takich które uniemożliwiają lub w znacznym stopniu utrudniają użytkowanie robót budowlanych tej branży zgodnie z jej przeznaczeniem) lub nie przeprowadzenia wszystkich, wymaganych przepisami techniczno- budowlanymi, prób',

Z pkt. 5.4.3. Zamawiający ma prawo odmówić przeprowadzenia odbioru końcowego Przedmiotu umowy, jeżeli po przystąpieniu do czynności odbioru zostanie stwierdzone, że Przedmiot umowy nie osiągnął gotowości do odbioru z powodu nie zakończenia robót, niewłaściwego ich wykonania (rozumianego jako istnienie w robotach wad istotnych, to jest takich które uniemożliwiają lub w znacznym stopniu utrudniają użytkowanie przedmiotu umowy zgodnie z jego przeznaczeniem) lub nie przeprowadzenia wszystkich, wymaganych przepisami techniczno-budowlanymi, prób',

d. w § 5 ust. 5 pkt. 5.4.7 wzoru umowy powinno zostać doprecyzowane w jaki sposób Strony będą postępować w przypadku stwierdzenia wad istotnych lub wad nieistotnych przedmiotu umowy - proponujemy następującą treść ww. postanowienia:

Z pkt. 5.4.7. w przypadku stwierdzenia w trakcie odbioru końcowego wad Przedmiotu umowy, Strony postępować będą w następujący sposób:

a) w przypadku stwierdzenia, że Przedmiot umowy obciążony jest wadami istotnymi, to jest takimi które uniemożliwiają lub w znacznym stopniu utrudniają użytkowanie przedmiotu umowy zgodnie z jego przeznaczeniem - Zamawiający ma prawo odmówić dokonania odbioru końcowego, Strony określą listę wad i ustalą termin usunięcia tych wad z uwzględnieniem czasu niezbędnego na wykonanie prac z tym związanych. W przypadku braku uzgodnienia terminu Zamawiający będzie uprawniony do jednostronnego wskazania terminu usunięcia wad. Ponowne przystąpienie do odbioru końcowego przez Zamawiającego nastąpi w ciągu 3 dni roboczych od daty ponownego zgłoszenia przez Wykonawcę gotowości do odbioru. Czynności odbiorowe zakończą się w terminie 5 dni od dnia ich rozpoczęcia. Wyznaczenie terminu usunięcia wad istotnych nie oznacza przedłużenia terminu zakończenia robót przez Wykonawcę;

b) w przypadku stwierdzenia, że Przedmiot umowy obciążony jest wadami nieistotnymi, Zamawiający dokona odbioru końcowego sporządzając podpisując protokół odbioru końcowego, o którym mowa w pkt. 5.4.8 poniżej. W protokole odbioru końcowego Strony określą listę wad nieistotnych, do których usunięcia zobowiązany jest Wykonawca oraz ustalą termin usunięcia tych wad z uwzględnieniem czasu niezbędnego dla wykonania prac z tym związanych.

e. w § 6 ust. 2 i ust. 4 wzoru umowy postanowienia powinny zostać dostosowane do zmian, o których mowa powyżej z tym zastrzeżeniem, że w obecnym brzmieniu wzoru umowy ust. 2 i 4 mają taką samą treść. Proponujemy zatem wykreślenie ust. 4 i nadanie ust. 2 następującą treść:

S Faktury za zrealizowane prace będą wystawiane po uprzednim dokonaniu odbioru częściowego lub końcowego, które potwierdzą jakość wykonanej pracy oraz zgodność jej wykonania z postanowieniami umowy (z uwzględnieniem możliwości występowania wad nieistotnych w robotach), obowiązującymi przepisami techniczno-budowlanymi, normami oraz zasadami współczesnej wiedzy technicznej. Tylko i wyłącznie podpisany przez Zamawiającego protokół odbioru częściowego lub końcowego stanowi podstawę do wystawienia faktury.

2. W zakresie zarzutu opisanego w pkt. 2 zmianie winny ulec postanowienia wzoru umowy, w sposób opisany poniżej:

a. § 4 ust. 3 wzoru umowy, w sposób opisany w pkt. 1 lit. a. wniosków niniejszego Odwołania

(powyżej);

b. § 5 ust. 5 pkt. 5.4.1 wzoru umowy, w sposób opisany w pkt. 1 lit. b. wniosków niniejszego Odwołania (powyżej);

c. § 5 ust. 5 pkt. 5.4.2 wzoru umowy, w ten sposób, że punkt ten powinien określać maksymalny czas trwania czynności odbiorowych - proponujemy następującą treść postanowienia:

S 5.4.2. przystąpienie do odbioru końcowego przeprowadzanego komisyjnie przy udziale upoważnionych przedstawicieli Zamawiającego oraz w obecności Wykonawcy, następuje w terminie 21 dni od daty zgłoszenia wykonania całości robót budowlanych objętych zakresem Przedmiotu niniejszej umowy i po przedłożeniu kompletnych dokumentów niezbędnych do dokonania odbioru końcowego. Czynności odbiorowe zakończą się w terminie 10 dni od dnia ich rozpoczęcia;

d. § 5 ust. 5 pkt. 5.4.7 wzoru umowy, w sposób opisany w pkt. 1 lit. d. wniosków niniejszego Odwołania (powyżej).

3. W zakresie zarzutu opisanego w pkt. 3 zmianie winno ulec postanowienie § 14 ust. 2 wzoru umowy w ten sposób, że:

a. postanowienie to powinno zostać w ogóle wykreślone, jako niedopuszczalne lub ewentualnie

b. postanowienie to powinno precyzować ile ryzyka związanego z przedłużeniem realizacji przedmiotu umowy z przyczyn nie leżących po stronie wykonawcy, wykonawca ma w kalkulować w swoją ofertę. Proponujemy np. następującą treść przedmiotowego postanowienia:

S Strony postanawiają, że w przypadku przedłużenia terminu realizacji Umowy z przyczyn nie leżących po stronie Wykonawcy, o 1 miesiąc w stosunku do terminu określonego pierwotnie umową, Wykonawcy nie będzie przysługiwało roszczenie o zapłatę przez Zamawiającego kosztów ogólnych, tj. kosztów związanych bezpośrednio lub pośrednio z funkcjonowaniem Wykonawcy na budowie (w szczególności koszty zaplecza Wykonawcy, koszty obsługi

biurowej i nadzoru geodezyjnego, koszty pracownicze).

S Strony zgodnie postanawiają, że takie koszty za ww. 1 miesiąc przedłużenia terminu realizacji Umowy, uznaje się za wliczone w ramach wynagrodzenia wskazanego w § 6 ust. 1 niniejszej Umowy, za wyjątkiem przypadku wskazanego w ust. 1 pkt. 1.14 powyżej, gdzie koszty te będą uwzględnione w przedmiotowym aneksie do umowy.

S Dla uniknięcia wątpliwości Strony potwierdzają, że w przypadku przedłużenia terminu realizacji Umowy ponad 1 miesiąc, o którym mowa powyżej, z przyczyn nie leżących po stronie Wykonawcy, Wykonawcy przysługiwało będzie roszczenie o zapłatę przez Zamawiającego ww. kosztów ogólnych.

4. W zakresie zarzutu opisanego w pkt. 4 zmianie winno ulec postanowienie § 11 ust. 1 pkt. 1.5 wzoru umowy w ten sposób, że wysokość określonej w nim kary powinna zostać dostosowana do wartości szkody, jaką w wyniku określonego w tym punkcie naruszenia ponieść może Zamawiający. Kara ta - za nie usunięcie wad w okresie gwarancji i rękojmi powinna ulec obniżeniu. Odwołujący proponuje następujące brzmienie postanowienia:

a. [§ 11 ust. 1 Wykonawca zapłaci Zamawiającemu karę umowną w przypadku:]

1.5. opóźnienia w usunięciu wad przedmiotu umowy stwierdzonych w okresie gwarancji i rękojmi- w wysokości 0,2% wartości elementu robót wynikającą z kosztorysu ofertowego, którego dotyczy wada, netto, za każdy dzień opóźnienia w usunięciu wady, licząc od terminu na usunięcie wad ustalonego zgodnie z § 10 ust. 3 niniejszej umowy;

lub ewentualnie:

b. [§ 11 ust. 1 Wykonawca zapłaci Zamawiającemu karę umowną w przypadku:]

1.5. opóźnienia w usunięciu wad przedmiotu umowy stwierdzonych w okresie gwarancji i rękojmi - w wysokości 0,01% wartości zadania brutto określonej w § 6 ust. 1 niniejszej umowy za każdy dzień opóźnienia, licząc od terminu na usunięcie wad ustalonego zgodnie z § 10 ust.

3 niniejszej umowy;

5. W zakresie zarzutu opisanego w pkt. 5 zmianie winno ulec postanowienia § 11 ust. 1 pkt.

1.2, 1.3 i 1.4 wzoru umowy w ten sposób, że postanowienia te nie powinny wprowadzać kar umownych za te same elementy robót (nie powinny dublować kar umownych za to samo), a także w precyzyjny sposób powinny odnosić się do terminów realizacji umowy, znanych na dzień składania ofert.

Odwołujący proponuje powiązanie kar umownych wprost z terminami, określonymi w § 4 ust. 1 wzoru umowy, które są narzucone umową, dotyczą zobowiązań leżących po stronie Wykonawcy i będą znane wszystkim wykonawcom na dzień składania ofert, z uwzględnieniem jednak rozbicia terminu określonego w § 4 ust. 1 pkt. 1.5 wzoru umowy na kilka kluczowych etapów. Stąd w odniesieniu do § 11 ust. 1 pkt. 1.2, 1.3 i 1.4 wzoru umowy Odwołujący proponuje następujące brzmienie postanowień:

a. w zakresie § 11 ust. 1 pkt. 1.2 wzoru umowy, który przewiduje karę za opóźnienie w przekazaniu Zamawiającemu dokumentacji projektowej - proponujemy wykreślenie przedmiotowej kary. Umowa nie przewiduje odrębnego terminu na przekazanie Zamawiającemu dokumentacji projektowej, a w § 4 ust. 1 pkt. 1.1 przewiduje się termin na opracowanie projektu budowlanego i uzyskanie pozwolenia na budowę, który mógłby stanowić jeden z etapów czy kamieni milowych. Wykonawca poniżej zaproponuje jedną karę umowną, odnoszącą się do terminów określonych w § 4 ust. 1 wzoru umowy;

b. w zakresie § 11 ust. 1 pkt. 1.3 wzoru umowy, który przewiduje karę umowną za opóźnienie w wykonaniu całego przedmiotu umowy, Odwołujący proponuje doprecyzowanie przedmiotowego postanowienia poprzez wskazanie rzeczywistego, określonego w pkt. 6.1 SIWZ terminu wykonania zamówienia, który wynosi 22 miesiące od dnia zawarcia umowy, a którego nie powtarza wprost § 4 ust. 1 wzoru umowy. Przedmiotowe postanowienie mogłoby wówczas przyjąć następującą treść:

S [§ 11 ust. 1 Wykonawca zapłaci Zamawiającemu karę umowną w przypadku:]

1.3. opóźnienia w wykonaniu przedmiotu umowy - w wysokości 0,2% wartości zadania brutto określonej w § 6 ust. 1 niniejszej umowy za każdy dzień opóźnienia licząc od terminu realizacji zadania określonego w SIWZ, wynoszącego 22 miesiące od dnia zawarcia umowy;

c. w zakresie § 11 ust. 1 pkt. 1.4 wzoru umowy, który przewiduje karę umowną za opóźnienie w wykonaniu poszczególnych części - elementów zadania objętego przedmiotem umowy w terminach wskazanych w zatwierdzonym przez Zamawiającego Harmonogramie Rzeczowo Finansowym - Wykonawca wnioskuje, by kara umowna przewidziana w tym punkcie odnosiła się wyłącznie do terminów/etapów znanych wszystkim wykonawcom, do których odnosi się wzór umowy, tj. tych wskazanych w pkt. 1.4 umowy, przewidzianych do dochowania przez Wykonawcę, z uwzględnieniem ewentualnie rozbicia kamienia określonego w § 4 ust. 1 pkt. 15 wzoru umowy na poniżej wskazane etapy. Odwołujący proponuje następującą treść tego postanowienia:

[§ 11 ust. 1 Wykonawca zapłaci Zamawiającemu karę umowną w przypadku:]

1.4. opóźnienia w wykonaniu poszczególnych części - istotnych elementów zadania objętego przedmiotem umowy, do których odnosi się § 4 ust. 1 umowy, to jest\*:

- a) wykonanie projektu budowlanego wraz z uzyskaniem pozwolenia na użytkowanie;
- b) wykonanie projektu wykonawczego;
- c) zakończenie stanu zero przedmiotu umowy;
- d) zakończenie robót konstrukcyjnych stanu surowego otwartego;
- e) zakończenie stanu surowego zamkniętego (uzyskanie szczelności budynku);

w terminach określonych w harmonogramie rzeczowym, o którym mowa w § 4 ust. 2 umowy - w wysokości 0,2% wartości części- elementu brutto ustalonej w harmonogramie rzeczowym, o którym mowa w § 4 ust. 2 umowy, za każdy dzień opóźnienia.

Jednocześnie w powyższym zakresie Odwołujący wyjaśnił, że spełnieniem postulatu określonego niniejszym wnioskiem będzie dla niego również wskazanie konkretnych, ww. istotnych etapów np. w § 4 ust. 1 lub 2 wzoru umowy, które to postanowienia odnoszą się do treści harmonogramu rzeczowego. Celem Odwołującego jest sprecyzowanie etapów, za które kara mogłaby być naliczana - więcej w uzasadnieniu poniżej.

6. W zakresie zarzutu opisanego w pkt. 6 powyżej zmianie winny ulec postanowienia § 11 wzoru umowy w ten sposób, że w tym punkcie, np. w nowym ust. 6 powinno zostać dodane postanowienie, zgodnie z którym odpowiedzialność Wykonawcy z tytułu kar umownych zostanie ograniczona do wartości nie większej niż 20% wynagrodzenia, np.:

S Łączna wartość kar umownych, naliczonych zgodnie z niniejszym §11 umowy nie może przekroczyć wartości odpowiadającej 20% wartości zadania brutto, określonej w § 6 ust. 1 niniejszej umowy (limit kar umownych).

Odwołujący stwierdził, że posiada interes we wniesieniu odwołania. Postanowienia zawarte w SIWZ, a w szczególności we wzorze umowy będącym załącznikiem do SIWZ są niezgodne z ustawą PZP i kodeksem cywilnym. Formułując postanowienia wzoru umowy Zamawiający narusza podstawowe obowiązki inwestora (zamawiającego) wynikające z umowy o roboty budowlane (art. 647 kc), gdyż w sposób niezgodny z kodeksem cywilnym wprowadza tzw. odbiór bezusterkowy, co mając na względzie skalę inwestycji oraz specyfikę zamówienia polegającego na wykonaniu robót budowlanych może doprowadzić do nieuzasadnionego przedłużania czynności odbiorowych. Ponadto Zamawiający w zakresie postanowień umowy dotyczących możliwych zmian umowy o zamówienie publiczne wprowadził postanowienia, które w nieuzasadniony sposób przerzucają na Wykonawcę finansowe konsekwencje przedłużenia realizacji robót, nawet w przypadku gdy do takiego przedłużenia dojdzie z przyczyn nie leżących po stronie Wykonawcy. Dodatkowo Zamawiający sformułował postanowienia dotyczące kar umownych w sposób niejasny i nieprecyzyjny oraz nadużywając swojego prawa do opracowania warunków umowy o zamówienie publiczne. Takie sformułowanie postanowień wzoru umowy również narusza przepisy ustawy PZP i kodeksu cywilnego. Z uwagi na powyższe, skoro treść SIWZ i wzoru umowy narusza zasady określone ustawą PZP oraz kodeksem cywilnym, Odwołujący ma interes w złożeniu odwołania i dążeniu do zmiany postanowień SIWZ, jako że chciałby mieć możliwość złożenia najkorzystniejszej oferty w niniejszym postępowaniu i zawarcia prawidłowej i zgodnej z powszechnie obowiązującymi przepisami prawa umowy z Zamawiającym, zrealizować przedmiot zamówienia, który zostanie odebrany przez Zamawiającego, a następnie otrzymać należne wynagrodzenie.

Odwołujący wskazał, że Zamawiający w dniu 26 czerwca 2019 r. opublikował Ogłoszenie o zamówieniu w Dzienniku Urzędowym UE oraz zamieścił SIWZ na swojej stronie internetowej. Uwzględniając 10. o dniowy termin na wniesienie odwołania wynikający z art. 182 ust. 2 pkt 1 w związku z art. 14 ust. 2 ustawy Pzp oraz art. 185 ust. 8 ustawy Pzp, który przesewa upływ terminu na pierwszy dzień po dniu lub dniach wolnych od pracy, termin na wniesienie odwołania upłynął w poniedziałek, dnia 08 lipca 2019 r.

Do postępowania odwoławczego zarówno po stronie Zamawiającego jak i po stronie Odwołującego w terminie wynikającym z art. 185 ust.2 ustawy Pzp. przystąpienia nie zgłosił żaden z wykonawców. W myśl wskazanego przepisu zdanie pierwsze: „Wykonawca może zgłosić przystąpienie do postępowania odwoławczego w terminie 3 dni od dnia otrzymania kopii odwołania, wskazując stronę, do której przystępuje, i interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której przystępuje”. W niniejszej sprawie termin na zgłoszenie takiego przystąpienia upłynął w dniu 12 lipca 2019 r. albowiem Zamawiający informację o wniesionym odwołaniu wraz z kopią odwołania zamieścił na jego stronie internetowej w zakładce BIP przetargi w dniu 09.07.2019 r.

Zamawiający w piśmie z dnia 15 lipca 2019 r. oświadczył, że działając na podstawie art. 186 ust. 2 ustawy Pzp uwzględniła w całości zarzuty przedstawione w odwołaniu oraz wniósł o umorzenie postępowania odwoławczego.

Krajowa Izba Odwoławcza w związku z oświadczeniem Zamawiającego o uwzględnieniu w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu i brakiem zgłoszenia przystąpienia po stronie Zamawiającego, działając na podstawie art. 186 ust. 2 ustawy Pzp postanowiła postępowanie odwoławcze umorzyć.

Orzekając o kosztach postępowania, Izba miała na uwadze treść art. 186 ust. 6 pkt 1 ustawy Pzp oraz § 5 ust. 1 pkt 1 lit. a rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2018 r, poz. 972).

Uwzględniając powyższe postanowiono, jak w sentencji.

