

Sygn. akt: KIO 1829/20
KIO 1834/20

WYROK

z dnia 18 września 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ernest Klauziński

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie 16 września 2020 r. odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 3 sierpnia 2020 r. przez:

- A. wykonawcę Budimex S.A. z siedzibą w Warszawie (KIO 1829/20),
- B. wykonawcę Skanska S.A. z siedzibą w Warszawie (KIO 1834/20),
w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego:
 - A. Gminę Miasto Skierniewice z siedzibą w Skierniewicach,
 - B. PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. z siedzibą w Warszawie,
przy udziale:
 - A. wykonawcy Budimex S.A. z siedzibą w Warszawie, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 1834/20 po stronie Odwołującego,
 - B. wykonawcy Polimex Infrastruktura Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowań odwoławczych o sygn. akt KIO 1829/20 i KIO 1834/20 po stronie Odwołujących,

orzeka:

1. Uwzględnić oba odwołania i nakazuje Zamawiającemu:

1.1 Modyfikację § 6 ust. 4 Wzoru Umowy i nadanie mu brzmienia:

„Zamawiający zwróci Wykonawcy zabezpieczenie należytego wykonania Umowy w wysokości 70% w ciągu 30 dni od wykonania należycie przedmiotu

Umowy potwierdzonego protokołem odbioru końcowego. Pozostała kwota w wysokości 30% zabezpieczenia należytego wykonania Umowy pozostanie na zabezpieczenie roszczeń powstałych w okresie rękojmi i zostanie zwrócona nie później niż w 15 dni po upływie tego okresu”.

1.2 Modyfikację § 24 Wzoru Umowy i nadanie mu brzmienia:

„1. Wykonawca zobowiązuje się do zakończenia realizacji przedmiotu Umowy

w terminie do 31 października 2022 r. Za dzień zakończenia realizacji przedmiotu Umowy uważa się datę sporządzenia protokołu odbioru końcowego potwierdzającego:

- a) odbiór przedmiotu Umowy,
- b) pozyskanie pozwolenia na użytkowanie lub dokonanie skutecznego zgłoszenia o zakończeniu robót, zgodnie z przepisami ustawy - Prawo Budowlane,
- c) W wyżej wymienionym terminie wszystkie warunki muszą być spełnione łącznie”.

1.3 Modyfikację § 28 ust. 1 Wzoru Umowy i nadanie mu brzmienia:

„Wykonawca wystawi fakturę na podstawie zaakceptowanego i podpisanego przez strony protokołu odbioru, a Zamawiający ureguluje należność w terminie 30 dni licząc od dnia złożenia prawidłowo wystawionej faktury w siedzibę Zamawiającego”.

1.4 Modyfikację § 29 ust. 4 Wzoru Umowy i nadanie mu brzmienia:

„Łączna suma naliczonych kar umownych nie przekroczy 20% ceny brutto przedmiotu Umowy, z zastrzeżeniem, że jeżeli została naliczona kara umowna za odstąpienie od Umowy z przyczyn leżących po stronie wykonawcy, to łączna suma kar nie przekroczy 30% ceny brutto Umowy”.

1.5 Modyfikację Wzoru Umowy przez:

A. Zmianę treści zdania znajdującego się w § 31 po punkcie 1.1.4 lit. b Wzoru Umowy z: „W przypadku wystąpienia którejkolwiek z okoliczności

wymienionych w pkt 1.1.1 - 1.1.4 czas ukończenia robót może ulec odpowiedniemu przedłużeniu, o czas niezbędny do zakończenia wykonywania jej przedmiotu w sposób należyty, nie dłużej jednak niż o okres trwania tych okoliczności” na:

„W przypadku wystąpienia którejkolwiek z okoliczności wymienionych w pkt 1.1.1 - 1.1.4 czas ukończenia robót ulegnie odpowiedniemu przedłużeniu, o czas niezbędny do zakończenia wykonywania jej przedmiotu w sposób należyty, nie dłużej jednak niż o okres trwania tych okoliczności”.

B. Usunięcie § 31 ust. 1.5.

1.6 Udostępnienie Umowy o dofinansowanie Projektu, o której mowa w § 28 ust. 6 Wzoru Umowy przez zamieszczenie jej treści na stronie internetowej Zamawiającego w sposób taki sam jak pozostałe dokumenty dotyczące przedmiotowego postępowania.

2. Kosztami postępowania o sygn. akt KIO 1829/20 obciąża Zamawiającego i:

2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych 00/100), uiszczoną przez Odwołującego - Budimex S.A. z siedzibą w Warszawie tytułem wpisu od odwołania,

2.2 zasądza od Zamawiającego - Gminy Miasta Skierniewice z siedzibą w Skierniewicach i PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. z siedzibą w Warszawie na rzecz Odwołującego Budimex S.A. z siedzibą w Warszawie kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych 00/100) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione przez Odwołującego z tytułu wpisu od odwołania.

3. Kosztami postępowania o sygn. akt KIO 1834/20 obciąża Zamawiającego i:

3.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych 00/100), uiszczoną przez Odwołującego - Skanska S.A. z siedzibą w Warszawie tytułem wpisu od odwołania,

3.2 zasądza od Zamawiającego - Gminy Miasta Skierniewice z siedzibą w Skierniewicach i PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. z siedzibą w Warszawie na rzecz Odwołującego Skanska S.A. z siedzibą w Warszawie kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych 00/100) stanowiącą koszty

postępowania odwoławczego poniesione przez Odwołującego z tytułu wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 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 Skierniewicach.

Przewodniczący:.....

Sygn. akt: KIO 1829/20
KIO 1834/20

Uzasadnienie

Gmina Miasto Skierniewice z siedzibą w Skierniewicach i PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. z siedzibą w Warszawie (zwani dalej Zamawiającym), prowadzą postępowanie o udzielenie zamówienia w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 ze zm.), zwanej dalej Pzp, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. Budowa skrzyżowania bezkolizyjnego z linią kolejową nr 1 w ciągu ul. Zwierzynieckiej/Piłsudskiego w Skierniewicach wraz z budową przyległego układu drogowego w zamian za likwidację przejazdu kolejowo-drogowego kat. A w km 67,711 linii kolejowej nr 1 w ul. Zwierzynieckiej/Piłsudskiego w Skierniewicach w ramach projektu POIiŚ 5.1-35 pn. „Poprawa bezpieczeństwa na skrzyżowaniu linii kolejowych z drogami - Etap III”, numer referencyjny: RZP.271.30.2020, zwane dalej Postępowaniem. Wartość zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 24 lipca 2020 r. pod numerem 2020/S 142-348334.

3 sierpnia 2020 r. wykonawca Budimex S.A. z siedzibą w Warszawie (Dalej: Odwołujący Budimex lub Budimex) wniósł odwołanie (KIO 1829/20), w którym zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 139 ust. 1 Pzp w zw. z art. 5 i 353¹ Kc w zw. z art. 647 Kc w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp przez przyznanie Zamawiającemu w ramach Istotnych Postanowień Umowy (Załącznik nr 13 do SIWZ, dalej: Wzór Umowy) prawa do odmowy dokonania odbioru robót oraz wypłaty wynagrodzenia do czasu usunięcia wad w każdym przypadku ich wystąpienia, nawet jeśli wady miałyby charakter nieistotny, co godzi w istotę i naturę Wzoru Umowy o roboty budowlane, będąc jednocześnie postanowieniem niekorzystnym dla wykonawców, naruszającym bezwzględnie obowiązujące przepisy prawa oraz równowagę stron Wzoru Umowy i prowadzącym do naruszenia praw podmiotowych wykonawców,

2. art. 139 ust. 1 Pzp w zw. z art. 5 i 353¹ Kc w zw. z art. w zw. z art. 16 ust. 1 kpa w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp przez wprowadzenie przez Zamawiającego do Wzoru Umowy postanowień nieproporcjonalnych, niejednoznacznych i niezgodnych z prawem, naruszających bezwzględnie obowiązujące przepisy prawa oraz równowagę stron Wzoru Umowy i prowadzących do naruszenia praw podmiotowych wykonawców, a przejawiających się w obciążeniu wykonawcy ryzykiem braku odbioru

ze względu na konieczność uzyskania uprzednio prawomocnej decyzji o pozwoleniu na użytkowanie, co uniemożliwia wykonawcy przyjęcie odpowiednich założeń kalkulacyjnych przy ocenie ekonomiczności kontraktu i sporządzaniu oferty, a w efekcie prowadzi do naruszenia praw wykonawcy,

3. art. 139 ust. 1 Pzp w zw. z art. 5 i 353¹ Kc w zw. z art. 473 § 1 Kc w zw. z art. 484 § 2 Kc w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp przez zastrzeżenie przez Zamawiającego we Wzorze Umowy limitu kar umownych o rażąco wygórowanej wysokości tj. 100% ceny brutto,

4. art. 151 ust. 3 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp przez uzależnienie w § 6 ust. 4 Wzoru Umowy zwrotu części zabezpieczenia od usunięcia przez wykonawcę wszystkich wad potwierdzonych protokołem odbioru, potwierdzającym ich usunięcie.

Odwołujący Budimex wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu dokonania zmiany treści SIWZ w sposób wskazany w uzasadnieniu odwołania.

3 sierpnia 2020 r. wykonawca Skanska S.A. z siedzibą w Warszawie (Dalej: Odwołujący Skanska lub Skanska) wniósł odwołanie (KIO 1834/20), w którym zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. Art. 29 ust. 1 i 2 w zw. z art. 31 ust. 1 Pzp w zw. z art. 7 Pzp przez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób niewyczerpujący, niejednoznaczny i nieuwzględniający wszystkich wymogów i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie ofert, w tym oszacowania ryzyk, co z kolei prowadzić będzie do złożenia ofert nieporównywalnych,

2. art. 7 w zw. z art. 14 Pzp w zw. z art. 5 Kc w zw. z art. 58 § 1 Kc i art. 353¹ Kc przez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny i niewyczerpujący, za pomocą określeń nieprecyzyjnych i ogólnych, tj. w sposób nieuwzględniający wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty oraz w sposób, który utrudnia uczciwą konkurencję oraz stanowi naruszenie zasad współzycia społecznego oraz przeniesienie całości ryzyka związanego z nieoszacowaniem niniejszego zakresu na wykonawcę, co narusza zasadę swobody umów wyrażoną w art. 353¹ Kc. W konsekwencji Zamawiający pozbawił wykonawców możliwości dokonania rzetelnej wyceny oferty, która powinna być dokonywana w oparciu o jednoznaczne i jednolicie interpretowane kryteria. Dodatkowo Zamawiający nie zawarł we Wzorze Umowy postanowień umożliwiających zmianę wynagrodzenia w przypadku wystąpienia odmiennych warunków od tych, które wskazał w SIWZ czy które wynikają z udostępnionych wykonawcom dokumentów. Czynności Zamawiającego, należy zakwalifikować jako sprzeczne z bezwzględnie obowiązującymi przepisami prawa, a zatem w konsekwencji nieważne z mocy art. 58 § 1 Kc.

3. art. 36 ust. 1 pkt 16 Pzp w zw. z art. 471, 472, 483 § 1 oraz art. 5 i art. 353¹ Kc w zw. z art. 139 ust. 1 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp przez ukształtowanie we Wzorze Umowy limitu kar w wysokości 100% wynagrodzenia umownego wykonawcy i wygórowanych kar umownych.

4. art. 36 ust. 1 pkt 16 Pzp w zw. z art. 5 i art. 353¹ Kc oraz art. 647 Kc w zw. z art. 139 ust. 1 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp przez ukształtowanie we Wzorze Umowy w warunkach wynagrodzenia wykonawcy zasad uzależniających możliwość wystawienia faktury od odbioru bezusterkowego.

5. art. 144 ust. 1 Pzp w zw. z art. 36 ust. 1 pkt. 16 Pzp oraz art. 14 ust. 1 Pzp w zw. z art. 139 ust. 1 Pzp w zw. z art. 647 i 651 Kc zw. z art. 353¹ Kc przez przeniesienie pełni ryzyka realizacji przedmiotu zamówienia na wykonawcę, które powinno skutkować po stronie Zamawiającego obowiązkiem wykreowania we Wzorze Umowy okoliczności uprawniających wykonawcę do istotnej zmiany treści Umowy w stosunku do treści oferty w zakresie ceny i terminu realizacji przedmiotu Umowy.

Odwołujący Skanska wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu dokonania następujących zmian treści Wzoru Umowy:

1. Modyfikacje treści w pkt. 9.2 SIWZ, przez nadanie mu następującego brzmienia:

„1. Szczegółowy zakres robót budowlanych objętych zamówieniem oraz wymagania

dotyczące wykonania i odbioru poszczególnych robót budowlanych wchodzących w zakres realizacji przedmiotowego zamówienia publicznego określa Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia łącznie z zatwierdzonym projektem budowlanym, decyzją ZRID, dokumentacją projektową (załącznik nr 15 do SIWZ) i przedmiarami robót (załączniki nr 2a i 2b do SIWZ). Prace niezbędne dla kompletnego wykonania Umowy, a nie objęte SIWZ oraz Zatwierdzonym projektem budowlanym, decyzją ZRID i dokumentacją projektową stanowią roboty dodatkowe, za które wykonawcy należy się dodatkowe wynagrodzenie zgodnie z umową”.

2. Modyfikację treści § 31 Wzoru Umowy w sposób zaproponowany w załączniku nr 7 do odwołania.

3. Usunięcie § 31 pkt 1.5 Wzoru Umowy.

4. Usunięcie § 27 ust. 2 Wzoru Umowy.

5. Ustanowienie górnego limitu kar umownych zgodnie z wzorem umowy stosowanym przez PKP PLK S.A., czyli w następujący sposób:

„Łączna suma naliczonych kar umownych nie przekroczy 20% Ceny brutto przedmiotu Umowy, z zastrzeżeniem, że jeżeli została naliczona kara umowna za odstąpienie od Umowy z przyczyn leżących po stronie wykonawcy, to łączna suma naliczonych kar nie przekroczy 30% ceny brutto Umowy”.

6. Zmniejszenie wysokości kar umownych określonych w § 29 ust. 1 pkt 1 i 2 do wysokości 0,02% ceny brutto Umowy.

7. Dokonanie modyfikacji zaskarżonych postanowień Wzoru Umowy przez nadanie im następującego brzmienia:

§ 28 ust. 1

Wykonawca wystawi fakturę na podstawie zaakceptowanego i podpisanego przez strony, protokołu odbioru końcowego, a Zamawiający ureguluje należność w terminie 30 dni licząc od dnia złożenia prawidłowo wystawionej faktury w siedzibie Zamawiającego.

§ 24 ust. 1

Wykonawca zobowiązuje się do zakończenia realizacji przedmiotu Umowy w terminie do: 31.10.2022 r. Za dzień zakończenia realizacji przedmiotu Umowy uważa się datę sporządzenia protokołu odbioru końcowego potwierdzającego:

- a) odbiór przedmiotu Umowy
- b) pozyskanie prawomocnego pozwolenia na użytkowanie lub dokonanie skutecznego zgłoszenia o zakończeniu robót, zgodnie z przepisami ustawy Prawo Budowlane,

8. Udostępnienie treści Umowy o dofinansowanie, o której mowa w § 28 ust. 6.

9. Zmianę treści § 28 ust. 6 Wzoru Umowy przez ustanowienie warunku, że dofinansowanie zostanie utracone przez Zamawiającego z przyczyn leżących wyłącznie po stronie wykonawcy.

KIO 1829/20

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący Budimex wskazał m.in.:

Zamawiający we Wzorze Umowy opisał zasady odbioru robót, wskazując w szczególności:

§ 24 ust. 1 Wzoru Umowy: „Wykonawca zobowiązuje się do zakończenia realizacji przedmiotu Umowy w terminie do: 31.10.2022 r. Za dzień zakończenia realizacji przedmiotu Umowy uważa się, datę sporządzenia protokołu odbioru końcowego potwierdzającego:

- a) odbiór przedmiotu Umowy bez wad,

- b) pozyskanie prawomocnego pozwolenia na użytkowanie lub dokonanie skutecznego zgłoszenia o zakończeniu robót, zgodnie z przepisami ustawy - Prawo Budowlane,
- c) w wyżej wymienionym terminie wszystkie warunki muszą być spełnione łącznie.”

§ 28 ust. 1 Wzoru Umowy: „Wykonawca wystawi fakturę na podstawie zaakceptowanego i podpisanego przez strony, bez wad protokołu odbioru końcowego, a Zamawiający ureguje należność w terminie 30 dni licząc od dnia złożenia prawidłowo wystawionej faktury w siedzibie Zamawiającego.”

Z treści Wzoru Umowy wynika po pierwsze, że jakkolwiek Zamawiający zdaje się rozróżniać pojęcia wad istotnych i nieistotnych (vide § 25 ust. 12 Wzoru Umowy) to takie rozróżnienie nie jest przez niego dokonywane w sposób konsekwentny, gdyż zarówno treść § 24 ust. 1 Wzoru Umowy, jak i § 28 ust. 1 Wzoru Umowy, wskazują na uprawnienie Zamawiającego do odmowy dokonania odpowiednio odbiorów i płatności w sytuacji wystąpienia jakichkolwiek wad, gdyż za ich podstawą Zamawiający uznaje podpisanie protokołu bez wad. Tak ukształtowane regulacje umowne dają Zamawiającemu uprawnienie do podjęcia takich samych działań zarówno w odniesieniu do wad istotnych (uniemożliwiających prawidłowe korzystanie z rezultatu prac) jak i wad nieistotnych (usterek nie mających wpływu na możliwość korzystania z efektu wykonanych prac), co jest niezgodne - tak z praktyką budowlaną, jak i bezwzględnie obowiązującymi przepisami prawa.

W § 24 ust. 1 oraz § 28 ust. 1 Wzoru Umowy Zamawiający przyznał sobie prawo do odmowy dokonania odbioru w sytuacji bliżej niezdefiniowanej, tj. istnienia jakichkolwiek wad nieistotnych, co generuje ryzyko arbitralności jego działań, będąc też postanowieniem niezgodnym z praktyką obrotu. Przy tak ukształtowanych postanowieniach Zamawiający miałby bowiem prawo odmowy dokonania odbioru de facto bez konieczności uzasadniania swoich działań, w oparciu o oceną i niezdefiniowaną kategorię. Zamawiający mógłby w konsekwencji formułować zastrzeżenia co do wadliwości przedmiotu zamówienia, która nie wpływa na możliwość korzystania z obiektu. Przez tak ukształtowane postanowienia umowne Zamawiający uchyla się od ciężącego na nim, bezwzględnego obowiązku wynikającego z treści art. 647 Kc, który wskazuje, że jednym z podstawowych obowiązków inwestora, w tym wypadku Zamawiającego, w ramach Umowy o roboty budowlane jest dokonanie odbioru robót. Odbiór wykonanych robót jest kwestią kluczową w relacjach inwestor - wykonawca. Praktyka uchylania się przez inwestorów od tego obowiązku jest jednoznacznie sankcjonowana, zwłaszcza, że doświadczenie realizacyjne pokazuje, że na etapie odbioru robót może dochodzić do sporów co do kwestii istnienia wad, a inwestorzy wykorzystują tego typu abuzywne postanowienia w celu nieuzasadnionego blokowania wypłaty wynagrodzenia dla wykonawcy, próbując wymusić usunięcie rzekomych wad stwierdzonych podczas odbiorów, które realnie mają charakter nieznaczących uchybień.

5. W orzecznictwie jednolicie przyjmuje się, że w przypadku kodeksowej Umowy o roboty budowlane o niewykonaniu zobowiązania nie można mówić, jeżeli wykonawca wykonał roboty, lecz były one wadliwe. Decydujące znaczenie ma charakter wad. W konsekwencji niedopuszczalnym jest wprowadzanie tzw. bezusterkowego odbioru robót, co potwierdza jednolicie zarówno orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej jak i sądów powszechnych. Biorąc pod uwagę powyższe okoliczności, Odwołujący wniósł o:

1. modyfikację § 24 ust. 1 i § 28 ust. 1 Wzoru Umowy przez dostosowanie ich do treści art. 647 Kc, tj. nadanie im przykładowo następującego brzmienia:

§ 24 ust. 1 Wzoru Umowy: Wykonawca zobowiązuje się do zakończenia realizacji przedmiotu Umowy w terminie do: 31.10.2022 r. Za dzień zakończenia realizacji przedmiotu Umowy uważa się, datę sporządzenia protokołu odbioru końcowego potwierdzającego:

- a) odbiór przedmiotu Umowy
- b) pozyskanie prawomocnego pozwolenia na użytkowanie lub dokonanie skutecznego zgłoszenia o zakończeniu robót, zgodnie z przepisami ustawy - Prawo Budowlane,
- c) W wyżej wymienionym terminie wszystkie warunki muszą być spełnione łącznie.”

§ 28 ust. 1 Wzoru Umowy: Wykonawca wystawi fakturę na podstawie zaakceptowanego i podpisanego przez strony protokołu odbioru, a Zamawiający ureguje należność w terminie 30 dni licząc od dnia złożenia prawidłowo wystawionej faktury w siedzibę Zamawiającego.

Zamawiający w § 24 ust. 1 Wzoru Umowy wskazał: „Wykonawca zobowiązuje się do zakończenia realizacji przedmiotu Umowy w terminie do: 31.10.2022 r. Za dzień zakończenia realizacji przedmiotu Umowy uważa się, datę sporządzenia protokołu odbioru końcowego potwierdzającego:

- a) odbiór przedmiotu Umowy bez wad
- b) pozyskanie prawomocnego pozwolenia na użytkowanie lub dokonanie skutecznego zgłoszenia o zakończeniu robót, zgodnie z przepisami ustawy - Prawo Budowlane,
- c) W wyżej wymienionym terminie wszystkie warunki muszą być spełnione łącznie."

W ocenie Odwołującego oczekiwanie waloru prawomocności zamiast ostateczności jest żądaniem nadmiernym i nieracjonalnym. Pojęcia ostateczność i prawomocność nie są pojęciami tożsamymi (zob. wyrok WSA z dnia 28 października 2008 r., sygn. akt VII SA/Wa 1274/08, LEX 519731). W związku z powyższym za nieuzasadnione uznać należy żądanie od wykonawcy prawomocnego pozwolenia na użytkowanie, ponieważ już sam walor ostateczności decyduje o możliwości użytkowania obiektu. Decyzji ostatecznej, w świetle art. 16 § 1 Kpa przysługuje domniemanie mocy obowiązującej i domniemanie legalności, które oznacza, że jest ona ważna i powinna być wykonywana dopóty, dopóki nie zostanie zmieniona, uchylona lub nie zostanie stwierdzona jej nieważność przez właściwy organ i z zachowaniem przepisanej trybu postępowania. Oczekiwanie na prawomocność znacząco wydłuża procedurę odbiorową. Jednocześnie ryzyko związane ze skargą od tej decyzji i oczekiwanie na przedłużające się postępowanie sądownoadministracyjne przerzucone jest na Odwołującego, chociaż nie jest on nawet stroną tego postępowania. Jest to zatem postanowienie nadmiernie obciążające wykonawców starających się o udzielenie zamówienia w przedmiotowym postępowaniu, które może prowadzić do skalkulowania wyższego ryzyka, a co za tym idzie niekorzystnie wpłynąć na oferowane przez nich ceny. Biorąc pod uwagę powyższe, Odwołujący wniósł o modyfikację treści SIWZ przez nadanie: § 24 ust. 1 pkt b) Wzoru Umowy brzmienia: „pozyskanie pozwolenia na użytkowanie lub dokonanie skutecznego zgłoszenia o zakończeniu robót, zgodnie z przepisami ustawy - Prawo Budowlane”.

W § 6 ust. 4 Wzoru Umowy Zamawiający wskazał: „Łączna suma naliczonych kar umownych, określonych w ust. 1 niniejszego paragrafu, nie przekroczy 100 % ceny brutto Umowy”. W ocenie Odwołującego Budimex łączna suma kar umownych określonych w § 29 ust. 4 ma charakter rażąco wygórowany, prowadząc do tego, że obciążenie wykonawcy jest nieadekwatne, a kara umowna nie służy kompensacji szkody powstałej u Zamawiającego, a zbliża tak ukształtowane kary umowne do mechanizmu służącego jego nieuzasadnionemu wzbogaceniu. W tym kontekście zwracamy uwagę, że w ramach orzecznictwa sądów powszechnych podkreśla się, że wysokość nałożonych kar umownych nie może przekraczać wysokości należnego wynagrodzenia, a w sytuacji, w której wysokość kar w stosunku do wartości całego zobowiązania oscyluje w granicach kilkudziesięciu procent wartości Umowy, sądy uznają je za nadmierną dolegliwość, świadczącą o ich niewspółmierności w rozumieniu art. 484 § 2 Kc. W orzecznictwie wskazuje się również, że roszczenie o zapłatę kary umownej na wypadek zwłoki lub opóźnienia nie przysługuje stronie odstępującej od Umowy wzajemnej, jeżeli w umowie zastrzeżono również taką karę w związku z odstąpieniem od Umowy (tak wyrok SN z dn. 14.06.2018 r., sygn. akt V CSK 534/17), co prowadzi do wniosku, że limit kar za opóźnienia nie powinien przekraczać wysokości kary ustanowionej na wypadek odstąpienia od Umowy, która w przedmiotowym przypadku wynosi 10%.

Wprowadzenie limitu kar jest obecnie powszechnym działaniem wśród zamawiających publicznych w przypadku inwestycji kubaturowych, drogowych czy też kolejowych, którzy tak jak zostało to wskazane w powoływanych powyżej wytycznych zawartych w orzecznictwie sądów powszechnych i Krajowej Izby Odwoławczej, limit tych kar określają na poziomie zrównanym z poziomem kary umownej przewidzianej na wypadek odstąpienia od Umowy. Odwołujący wniósł o modyfikację § 29 ust. 4 Wzoru Umowy przez nadanie mu następującego brzmienia: „Łączna suma naliczonych kar umownych, określonych w ust. 1 niniejszego paragrafu, nie przekroczy 10 % ceny brutto Wzoru Umowy.”

Zamawiający w ramach § 6 ust. 4 Wzoru Umowy wskazał, że: „Zamawiający zwróci Wykonawcy zabezpieczenie należytego wykonania Wzoru Umowy w wysokości 70% w ciągu 30 dni od wykonania należycie przedmiotu Wzoru Umowy potwierdzonego protokołem odbioru końcowego. Pozostała kwota w wysokości 30% zabezpieczenia należytego wykonania Wzoru Umowy pozostanie na zabezpieczenie roszczeń powstałych w okresie rękojmi i zostanie zwrócona nie później niż w 15 dni po upływie tego okresu pod warunkiem usunięcia wszystkich wad potwierdzonych protokołem odbioru potwierdzającym usunięcie wad”.

Zgodnie z treścią art. 151 ust. 3 Pzp Zamawiający zwraca wykonawcy pozostawioną na zabezpieczenie roszczeń z tytułu rękojmi pozostałą kwotę zabezpieczenia „nie później niż w piętnastym dniu po upływie okresu rękojmi za wady”. Zatem ustanowienie dodatkowego

wymogu w postaci usunięcia wszystkich wad potwierdzonych protokołem odbioru jest wymogiem nadmiernym. W szczególności może stanowić podstawę do nadużywania przez Zamawiających uprawnień wykonawcy do żądania zwrotu uprzednio wpłaconej kwoty. Ustawodawca nie ustanawiając dodatkowych wymagań wobec wykonawcy, dał zatem wyraz temu, iż zbędne są wszelkie dodatkowe przesłanki zobowiązujące Zamawiającego do zwrotu zabezpieczenia, a już sam upływ okresu rękojmi za wady, w sposób dostateczny zabezpiecza interesy stron Umowy.

Odwołujący wniósł o modyfikację § 9 ust. 5 Wzoru Umowy przez nadanie mu następującego brzmienia: „Zamawiający zwróci Wykonawcy zabezpieczenie należytego wykonania Umowy w wysokości 70% w ciągu 30 dni od wykonania należycie przedmiotu Umowy potwierdzonego protokołem odbioru końcowego. Pozostała kwota w wysokości 30% zabezpieczenia należytego wykonania Umowy pozostanie na zabezpieczenie roszczeń powstałych w okresie rękojmi i zostanie zwrócona nie później niż w 15 dni po upływie tego okresu.

KIO 1834/20

Odwołujący Skanska wskazał następujące postanowienia SIWZ i Wzoru Umowy, które budzą jego zastrzeżenia:

1. pkt 9.2 SIWZ

„1. Szczegółowy zakres robót budowlanych objętych zamówieniem oraz wymagania dotyczące wykonania i odbioru poszczególnych robót budowlanych wchodzących w zakres realizacji przedmiotowego zamówienia publicznego określa Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia łącznie z zatwierdzonym projektem budowlanym, decyzją ZRID, dokumentacją projektową (załącznik nr 15 do SIWZ) i przedmiarami robót (załączniki nr 2a i 2b do SIWZ). Zakres zamówienia obejmuje również roboty budowlane nie objęte w/w opracowaniami, a niezbędne do kompletnego wykonania przedmiotu zamówienia.

Prace niezbędne dla kompletnego wykonania Umowy, a nie objęte SIWZ oraz zatwierdzonym projektem budowlanym, decyzją ZRID i dokumentacją projektową nie stanowią podstaw do zwiększenia wynagrodzenia”.

Tak skonstruowane postanowienie SIWZ powoduje, że wszelkie prace, mimo, że nie zostały ujęte ani w SIWZ, ani w dokumentacji projektowej, zatwierdzonym projekcie budowlanym i decyzji ZRID, ale okażą się niezbędne do kompleksowego wykonania Umowy, to wykonawca ma je wykonać w ramach wynagrodzenia umownego. W ocenie Odwołującego, Zamawiający w sposób nieuprawniony przenosi na Wykonawcę całe ryzyko, związane z brakiem jednoznacznego zdefiniowania zakresu i sposobu wykonania robót. Zgodnie z art. 29 ust. 1 Ustawy podstawowym obowiązkiem Zamawiającego jest dokonanie opisu w sposób jednoznaczny i wyczerpujący a więc taki, który zapewnia, że wykonawcy będą w stanie, bez 1 dokonywania dodatkowych interpretacji, zidentyfikować co jest przedmiotem zamówienia i że wszystkie elementy istotne do wykonania zamówienia będą w nim uwzględnione.

Opis przedmiotu zamówienia powinien pozwolić wykonawcom przygotować oferty i obliczenie ceny z uwzględnieniem wszystkich czynników wpływających na nią. Ustawa podaje, że opisu należy dokonać za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty.

Zamawiający określił wynagrodzenie jako ryczałtowe jednocześnie oczekując przejęcia przez wykonawcę ryzyka braku ujęcia w wynagrodzeniu umownych elementów, które w sposób istotny mogą wpływać na zakres prac wykonany przez Wykonawcę, a zatem na jego wynagrodzenie umowne. Czyli wszelkich prac nie ujętych ani w dokumentacji projektowej, ani w SIWZ, ale koniecznych do jej wykonania. Dodatkowo Zamawiający nie zawarł w umowie jakichkolwiek postanowień, które uprawniają wykonawcę do zmiany Umowy w zakresie wynagrodzenia.

Nie sposób również nie zauważyć, że Projekt Umowy został sporządzony w sposób jednostronny, przerzucając na wykonawcę wszelkie ryzyka kontraktowe w tym ryzyko kalkulacji w cenie ofertowej przyszłych robót dodatkowych. Zamawiający postawił zatem wymóg uwzględnienia w ofercie przetargowej okoliczności, które nie zostały przewidziane w warunkach Wzoru Umowy czy opisie przedmiotu zamówienia. Oczekuje od wykonawców skalkulowania w ofercie ryzyk niemożliwych do zidentyfikowania na etapie przygotowania oferty. Jeśli Zamawiający wymaga skalkulowania w cenie oferty okoliczności i ryzyk nieprzewidywalnych, to tym samym pozwala na składanie ofert o charakterze spekulacyjnym, wbrew zasadom wyrażonym w przepisach art. 29 - 31 Pzp. Z uwagi na powyższe, zasadny jest zarzut naruszenia przez Zamawiającego w niniejszym

postępowaniu swojej pozycji dominującej i skonstruowania Wzoru Umowy, która narusza przepisy art. 5 Kc, 58 Kc i 353¹ Kc.

2. § 31 Wzoru Umowy.

Przewiduje okoliczności zmiany Umowy w zakresie terminu, sposobu wykonania i wynagrodzenia, jednakże zamawiający wprowadził w pkt. 1.5 zastrzeżenie:

„Wszystkie powyższe postanowienia w punktach 1.1, 1.2, 1.3, 1.4 stanowią katalog zmian, na które Zamawiający może wyrazić zgodę. Nie stanowią jednocześnie zobowiązania do wyrażenia takiej zgody i nie rodzą żadnego roszczenia w stosunku do Zamawiającego”. Oznacza to, że bez względu na fakt, że zaistnieje obiektywnie uzasadniona, a także niezależna od wykonawcy przesłanka uprawniająca na podstawie § 31 Wzoru Umowy do zmiany Umowy tylko i wyłącznie arbitralna zgoda zamawiającego lub jej brak będą decydowały o faktycznej możliwości dokonania zmiany Umowy. Czytając wyżej przywołane postanowienia SMZ i Wzoru Umowy, wprost można dostrzec, że oczekiwania zakomunikowane przez Zamawiającego, stoją w sprzeczności z wymogami i zasadami Pzp. Zamawiający oczekuje, że wykonawca skalkuluje ofertę na podstawie przedstawionej dokumentacji projektowej, a dodatkowo przejmie na siebie całe ryzyko obowiązku wykonania wszelkich koniecznych prac nieujętych w tej dokumentacji, ale koniecznych do wykonania, bez możliwości otrzymania dodatkowego wynagrodzenia lub czasu.

3. § 27 ust. 2. „Ustala się, że solidarna odpowiedzialność Miasta Skierniewice oraz PKP PLK S.A. za zapłatę jakiegokolwiek należności wynikającej z niniejszej Umowy, zostaje wyłączona”.

Powyższe postanowienie umowne obarcza wykonawcę ryzykiem, że w przypadku braku zapłaty wynagrodzenia wykonawcy, będzie musiał on w pierwszej kolejności ustalić od kogo może dochodzić wynagrodzenia. Natomiast w przypadku braku zapłaty za roboty mieszane, będzie zmuszony wytoczyć dwa odrębne powództwa o zapłatę. Tak ukształtowane obowiązki stron, w sposób rażąco obrazują niewspółmierność ryzyk istniejących po stronie wykonawcy i zamawiającego, bowiem konsorcjum wykonawców wobec zamawiającego zawsze odpowiada solidarnie.

Odwołujący Skanska wskazał ponadto:

4. Wzory umowne stosowane przez zamawiającego w innych postępowaniach oraz matryca ryzyk.

Przedmiot zamówienia obejmuje roboty inżynierskie oraz kolejowe, a Zamawiającym są dwa podmioty publiczne: Miasto Skierniewice oraz PKP PLK S.A.

PKP PLK S.A. w ramach Forum Inwestycyjnego z wykonawcami opracowały matrycę ryzyk, a na jej podstawie wzory umów, które są stosowane w kontraktach kolejowych i stanowią odpowiedni rozkład ryzyk kontraktowych. 8 października 2018 roku Rada Ekspertów ds. inwestycji kolejowych powołana przez Ministra Infrastruktury i Budownictwa wyraziła pozytywną opinię, co do ustalonej wspólnie przez uczestników inwestycji kolejowych matrycy ryzyk, rekomendując jej stosowanie na potrzeby inwestycji kolejowych.

Regulacje dotyczące kar umownych zawarte we wzorze Umowy znacząco odbiegają od umów opracowanych w oparciu o ww. matrycę ryzyk, zawieranych przez PKP PLK S.A., co w ocenie Odwołującego Skanska jest niezrozumiałe.

W § 29 ust. 4 Wzoru Umowy Zamawiający zastrzegł górny limit łącznych kar umownych i określił, że nie przekroczy on 100 % ceny brutto Wzoru Umowy”. Zastrzeżenie limitu kar umownych w wysokości 100% ceny brutto Wzoru Umowy, oznacza jednocześnie, że tego limitu nie ma, gdyż całość wynagrodzenia umownego wykonawcy może zostać skompensowana przez kary umowne.

W § 29 ust. 1 pkt 1 i 2 kary umowne zastrzeżone przez Zamawiającego za nieprzystąpienie do realizacji przedmiotu Umowy oraz za zwłokę w wykonaniu przedmiotu Umowy zostały określone w wysokości 0,2% ceny brutto. Kary te są wygórowane i odbiegają wielokrotnie od kar stosowanych przez zamawiającego PKP PLK S.A., który standardowo stosuje kary umowne za nieterminową realizację zamówienia w wysokości 0,02% wynagrodzenia umownego za każdy dzień zwłoki. Tym samym kary umowne określone w 29 ust. 1 pkt. 1 i 2 Wzoru Umowy w wielokrotnie przewyższają standardowe stawki.

5. W § 28 ust. 6 „Wykonawca oświadcza, że zna treść Wzoru Umowy o dofinansowanie projektu o dofinansowanie V osi priorytetowej Rozwój transportu kolejowego w Polsce POIiŚ 2014 — 2020, przewidującym wzmocnienie roli transportu kolejowego w zintegrowanym systemie transportowym kraju dzięki poprawie stanu połączeń kolejowych w TEN-T i poza siecią, w tym infrastruktury kolejowej łączącej główne miasta Polski, ważne ośrodki przemysłowe i gospodarcze i linii stanowiących połączenie portów morskich z zapleczem gospodarczym w głębi kraju oraz większe wykorzystanie systemów kolejowych w 17 miastach, w ramach działania 5.1 i realizowany będzie w ramach programu POIiŚ 5.1-35 pn.: „Poprawa bezpieczeństwa na skrzyżowaniach linii kolejowych z drogami — Etap III” i nie będzie powoływał się na jej niezrozumienie i jest świadomy warunków na jakich zostało przyznane dofinansowanie Zamawiającemu oraz że ponosi odpowiedzialność finansową przed Zamawiającym do wysokości 100% utraconego dofinansowania, w szczególności przez zwrot Zamawiającemu równowartości utraconej kwoty w sytuacji, gdy z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy lub osób/podmiotów za które Wykonawca ponosi odpowiedzialność, Zamawiający utraci dofinansowanie lub zostanie zobowiązany do jego zwrotu, przede wszystkim z powodu nienależytego lub nieterminowego wykonania niniejszej Wzoru Umowy”.

Wykonawca nie zna treści Umowy o dofinansowanie, ponieważ Zamawiający nie udostępnił jej wykonawcom. Odwołujący Skanska oświadczył, że nie zgadza się na ukształtowanie jego odpowiedzialności za zwrot utraconej kwoty finansowania in blanco. Ponadto sprzeciwił się przenoszenia na wykonawców pełni ryzyka związanego z nieterminową realizacją przedmiotu Umowy, każdą, nawet niezawinioną przez wykonawcę. Niestety, sposób ukształtowania Wzoru Umowy, w tym postanowień uprawniających do zmiany Umowy, a także sztywny termin realizacji Umowy, sytuacja epidemiologiczna w której przyjdzie wykonawcy rozpocząć i prowadzić prace to ryzyko podwyższają do nieakceptowanej wysokości.

Ponadto Odwołujący Skanska sprzeciwił się możliwości obarczenia wykonawcy przedmiotu zamówienia stuprocentową odpowiedzialnością za utratę finansowania, w przypadku, gdy utrata ta nie wynikałaby z przyczyn tylko i wyłącznie leżących po stronie wykonawcy, lecz także z działań i zaniechań zamawiającego.

Prawo zamówień publicznych poza konkretnymi pojedynczymi wskazaniem poza drobnymi wyjątkami, nie przewiduje odrębnych regulacji dotyczących kar umownych, w związku z tym na mocy odesłań zawartych w art. 14 ust. 1 i 139 ust. 1 Pzp należy w tych kwestiach stosować przepisy Kc.

W doktrynie i orzecznictwie powszechnie przyjmuje się, że choć odpowiedzialność dłużnika z tytułu kary umownej za niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania nie jest uwarunkowana poniesieniem przez wierzyciela szkody, to jest uwarunkowana pozostałymi przestankami odpowiedzialności kontraktowej przewidzianej w art. 471 Kc Kara umowna stanowi bowiem formę odszkodowania umownego i przysługuje wierzycielowi jedynie wtedy, gdy niewykonanie lub nienależyte wykonanie Umowy jest następstwem okoliczności, za które dłużnik ponosi odpowiedzialność.

W zakresie zarzutów dotyczących procedury odbioru przedmiotu zamówienia argumentacja Odwołującego Skanska była zbieżna z przytoczoną wyżej argumentacją Odwołującego Budimex.

Odwołujący Skanska podniósł ponadto, że postanowienie, które uzależnia odbiór przedmiotu Umowy od jego bezusterkowego wykonania skutkowałoby tym, że każde odstępstwo od stanu idealnego dawałoby Zamawiającemu prawo praktycznie nieograniczonej odmowy odbioru. Naruszałoby to równowagę między Zamawiającym, a wykonawcą, pozostawiając tego ostatniego w niepewności w zakresie wynagrodzenia, a także w opóźnieniu ze spełnieniem jego świadczenia.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołania z 14 września 2020 r. wniósł o ich oddalenie.

W ramach uzasadnienia zajętego stanowiska Zamawiający wskazał, że regulacje Wzoru

Umowy kwestionowane przez obu Odwołujących, wbrew ich twierdzeniom są zgodne zarówno z przepisami Pzp jak i Kodeksu cywilnego. Tym samym, w ocenie Zamawiającego, jako prawidłowe i nienaruszające równowagi stron stosunku cywilnoprawnego powinny się ostać w niezmienionym kształcie.

Uwzględniając treść dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia przekazanej przez Zamawiającego oraz stanowiska i oświadczenia Stron i Przystępującego złożone na rozprawie, Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Izba ustaliła, że w przypadku obu odwołań nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 Pzp. Wobec tego Izba uznała, że żadne z tych odwołań nie podlega odrzuceniu.

Izba ustaliła, że obu Odwołującym, 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.

Izba stwierdziła skuteczność przystąpień:

- A. wykonawcy Budimex S.A. z siedzibą w Warszawie, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 1834/20 po stronie Odwołującego,
- B. wykonawcy Polimex Infrastruktura Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowań odwoławczych o sygn. akt KIO 1829/20 i KIO 1834/20 po stronie Odwołujących.

Przystąpienia nastąpiły z zachowaniem wymogów określonych w art. 185 ust. 2 Pzp, w tym z wykazaniem interesu w rozstrzygnięciu odwołania na korzyść strony, do której przystąpili wykonawcy.

Mając na uwadze powyższe Izba merytorycznie rozpoznała złożone odwołania, uznając, że zasługują one na uwzględnienie.

1. Zarzuty dotyczące określonej we Wzorze Umowy procedury odbioru przedmiotu zamówienia.

W zakresie ww. zarzutów Izba wzięła pod uwagę i dokonała oceny następujących postanowień Wzoru Umowy:

„§ 24. Termin realizacji umowy

1. Wykonawca zobowiązuje się do zakończenia realizacji przedmiotu umowy w terminie do: 31.10.2022 r. Za dzień zakończenia realizacji przedmiotu umowy uważa się, datę sporządzenia protokołu odbioru końcowego potwierdzającego:
 - a) odbiór przedmiotu umowy bez wad
 - b) pozyskanie prawomocnego pozwolenia na użytkowanie lub dokonanie skutecznego zgłoszenia o zakończeniu robót, zgodnie z przepisami ustawy - Prawo Budowlane,
 - c) W wyżej wymienionym terminie wszystkie warunki muszą być spełnione łącznie”.

„§ 25. Odbiory

(...)

2. Zgodnie z SWZ stosowane będą następujące odbiory robót: odbiory robót zanikających i ulegających zakryciu/ odbiory techniczne/ odbiory częściowe/ odbiory eksploatacyjne/ odbiory złączy szynowych/ odbiory częściowe z przekazaniem do eksploatacji/ odbiór końcowy, odbiór pogwarancyjny odbiory potwierdzające usunięcie wad. Dokonanie odbioru robót zanikających i ulegających zakryciu/ odbioru technicznego/ odbioru częściowego/ odbioru eksploatacyjnego/ odbioru częściowego z przekazaniem do eksploatacji nie wyłącza możliwości zgłaszania zastrzeżeń w zakresie nienależytego wykonania Umowy na etapie odbioru końcowego.

Przy czym:

- odbiór końcowy jest to odbiór polegający na finalnej ocenie rzeczywistego wykonania robót w odniesieniu do zakresu (ilości) oraz jakości. W terminie 14 dni przed odbiorem końcowym Wykonawca przekaże Zamawiającemu dokumentację budowy oraz dokumentację powykonawczą odbieranych Robót, w zakresie w jakim wymagane jest pozwolenie na użytkowanie, o ile jest wymagane;

(...)

12. Jeżeli w toku czynności odbioru prac lub robót zostaną stwierdzone wady, to Zamawiającemu przysługują następujące uprawnienia:

1) jeżeli wady można usunąć:

a) a uniemożliwiają użytkowanie przedmiotu odbioru zgodnie z przeznaczeniem, może odmówić odbioru do czasu usunięcia wad, wskazując jednocześnie termin usunięcia wad i datę kolejnego odbioru;

b) a umożliwiają użytkowanie przedmiotu odbioru zgodnie z przeznaczeniem, może dokonać odbioru wyznaczając termin usunięcia wad;

2) jeżeli wad nie można usunąć:

a) a umożliwiają użytkowanie przedmiotu odbioru zgodnie z przeznaczeniem i nie zagrażają bezpieczeństwu życia i zdrowia ludzi, może obniżyć odpowiednio wynagrodzenie Wykonawcy,

b) a uniemożliwiają użytkowanie przedmiotu odbioru zgodnie z przeznaczeniem, może odstąpić od umowy w terminie 30 dni od powzięcia wiadomości o podstawie odstąpienia lub żądać od Wykonawcy wykonania przedmiotu odbioru po raz drugi.

(...)

14. Wykonawca zobowiązany jest do usunięcia, w terminach wyznaczonych zgodnie z postanowieniami Umowy, wszelkich wad stwierdzonych w trakcie odbiorów prac lub robót, a także ujawnionych w okresie trwania gwarancji jakości i rękojmi oraz powiadomienia Zamawiającego o ich usunięciu, z zastrzeżeniem regulacji zawartej w ust. 13 pkt 2”.

„§ 28

1. Wykonawca wystawi fakturę na podstawie zaakceptowanego i podpisanego przez strony, bez wad protokołu odbioru końcowego, a Zamawiający ureguluje należność w terminie 30 dni licząc od dnia złożenia prawidłowo wystawionej faktury w siedzibie Zamawiającego”.

Izba szczególnej uwadze poddała wzajemną zależność przytoczonych wyżej postanowień Wzoru Umowy i uznała, że stanowisko obu Odwołujących jest słuszne, a kwestionowane przez nich postanowienia Wzoru Umowy naruszają równowagę stron przyszłej umowy o realizację przedmiotu zamówienia.

W oparciu o przytoczone postanowienia Izba uznała, że Zamawiający przewidział możliwość

wystąpienia dwu rodzajów odbioru robót:

1. Odbiór przedmiotu umowy bez wad (§ 24 ust. 1 lit. a Wzoru Umowy)
2. Odbiór przedmiotu umowy w sytuacji wystąpienia wad umożliwiających użytkowanie przedmiotu odbioru zgodnie z przeznaczeniem (§ 25 ust. 12 pkt 1 lit. b Wzoru Umowy).

W toku rozprawy Zamawiający wyjaśnił, że w przypadku odbioru przedmiotu umowy w sytuacji wystąpienia wad umożliwiających użytkowanie przedmiotu odbioru zgodnie z przeznaczeniem, po upływie terminu do usunięcia tych wad, ma zamiar przeprowadzić ponowną procedurę odbioru, która prowadzić ma do podpisania protokołu odbioru bez wad. Umowa nie zawiera jednak żadnej regulacji, z której wynikałaby możliwość przeprowadzenia takiego ponownego odbioru.

Zamawiający oświadczył ponadto, że w przypadku zaistnienia sporu między Zamawiającym, a wykonawcą, co do prawidłowości usunięcia stwierdzonych usterek, spór taki rozstrzygnie sąd. Do czasu rozstrzygnięcia tego sporu Zamawiający wstrzyma się z wypłatą na rzecz wykonawcy wynagrodzenia z tytułu ostatniej faktury (co najmniej 10% wartości umowy).

W ocenie Izby powyższe świadczy o tym, że w ręku Zamawiającego znalazło się niezwykle niebezpieczne, z punktu widzenia uczestników postępowania i potencjalnego wykonawcy zamówienia, narzędzie. Niezależnie od faktycznych intencji i zamierzeń, Zamawiający miałby możliwość doprowadzić do wstrzymania ostatniej płatności na rzecz wykonawcy nawet w przypadku braku ku temu rzeczywistych podstaw. Ponadto, odmowa podpisania „protokołu bez wad” w sytuacji opisanego wyżej sporu, co do charakteru wad nieistotnych prowadziłaby do przekroczenia terminu realizacji zadania wskazanego w § 24, a w konsekwencji do naliczenia na wykonawcę kar umownych z tytułu zwłoki. Istnienie we wzorze umowy mechanizmu pozwalającego na taką praktykę przeczy zasadzie równości stron umowy cywilnoprawnej. Nie ma przy tym znaczenia, czy Zamawiający w ogóle byłby skłonny skorzystać z takiego narzędzia w sposób godzący w interesy wykonawcy realizującego zamówienia. Dla uznania, że doszło do naruszenia przepisów prawa wystarczające jest stwierdzenie istnienia takiego mechanizmu i potencjalnej możliwości jego skutecznego wykorzystania. Z tego względu Izba uznała zarzuty odwołań dotyczące procedury odbioru za zasadne i orzekła o zmianie § 24 i § 28 Wzoru Umowy.

2. Zarzuty dotyczący obowiązku uzyskania przez wykonawcę prawomocnego pozwolenia na użytkowanie.

§ 24. ust. 1 Wzoru Umowy stanowi: „Wykonawca zobowiązuje się do zakończenia realizacji przedmiotu umowy w terminie do: 31.10.2022 r. Za dzień zakończenia realizacji przedmiotu umowy uważa się, datę sporządzenia protokołu odbioru końcowego potwierdzającego:

- a) odbiór przedmiotu umowy bez wad,
- b) pozyskanie prawomocnego pozwolenia na użytkowanie lub dokonanie skutecznego zgłoszenia o zakończeniu robót, zgodnie z przepisami ustawy - Prawo Budowlane,
- c) W wyżej wymienionym terminie wszystkie warunki muszą być spełnione łącznie.”
Zasady uzyskania pozwolenia użytkowanie określają przepisy Prawa budowlanego. Art. 59a tej ustawy określa zakres kontroli obowiązkowej poprzedzającej wydanie pozwolenia na użytkowanie:

1. Organ nadzoru budowlanego przeprowadza, na wezwanie inwestora, obowiązkową kontrolę budowy w zakresie jej zgodności z ustaleniami i warunkami określonymi w decyzji o pozwoleniu na budowę oraz z projektem budowlanym.
2. Kontrola, o której mowa w ust. 1, obejmuje sprawdzenie:
 - 1) zgodności obiektu budowlanego z projektem zagospodarowania działki lub terenu;
 - 2) zgodności obiektu budowlanego z projektem architektoniczno-budowlanym i technicznym, w zakresie:

- a) charakterystycznych parametrów technicznych w zakresie powierzchni zabudowy, wysokości, długości, szerokości i liczby kondygnacji,
- b) wykonania widocznych elementów nośnych układu konstrukcyjnego obiektu budowlanego,
- c) geometrii dachu (kąt nachylenia, wysokość kalenicy i układ połaci dachowych),
- d) wykonania urządzeń budowlanych,
- e) wykonania instalacji zapewniających użytkowanie obiektu budowlanego zgodnie z przeznaczeniem,
- f) zapewnienia warunków niezbędnych do korzystania z tego obiektu przez osoby niepełnosprawne, o których mowa w art. 1 Konwencji o prawach osób niepełnosprawnych, sporządzonej w Nowym Jorku dnia 13 grudnia 2006 r., w tym osoby starsze - w stosunku do obiektu użyteczności publicznej i budynku mieszkalnego wielorodzinnego;

2a) spełnienia warunków wskazanych w art. 55 ust. 1b, jeżeli przystąpienie do użytkowania obiektu budowlanego ma nastąpić przed wykonaniem wszystkich robót budowlanych;

3) wyrobów budowlanych szczególnie istotnych dla bezpieczeństwa konstrukcji i bezpieczeństwa pożarowego;

4) w przypadku nałożenia w pozwoleniu na budowę obowiązku rozbiórki istniejących obiektów budowlanych nieprzewidzianych do dalszego

użytkowania lub tymczasowych obiektów budowlanych - wykonania tego obowiązku, jeżeli upłynął termin rozbiórki określony w pozwoleniu

5) uporządkowania terenu budowy.

Biorąc pod uwagę zakres ww. kontroli obowiązkowej oraz fakt, że odbiór przedmiotu zamówienia przez Zamawiającego w znacznym stopniu się pokrywają Izba uznała, że wymóg uzyskania przez wykonawcę prawomocnego pozwolenia na użytkowanie jest nadmierny.

Z dużą dozą prawdopodobieństwa można przyjąć, że negatywny wynik ww. kontroli oznaczał będzie również odmowę odbioru przedmiotu zamówienia przez Zamawiającego. W takiej sytuacji kwestia uprawomocnienia decyzji o pozwoleniu na użytkowanie będzie bezprzedmiotowa. Z kolei pozytywny wynik kontroli, o której mowa w art. 59a Prawa budowlanego skutkuje wydaniem decyzji o pozwoleniu na użytkowanie przez organ nadzoru (zgodnie z art. 59 ust. 1 Prbud), a uprawomocnienie decyzji następuje po 14 dniach od daty jej wydania. W toku rozprawy Zamawiający nie podjął nawet próby uzasadnienia powodów, dla których zawarł we Wzorze Umowy kwestionowane przez Odwołującego postanowienie. Zamawiający nie wskazał również żadnego racjonalnego argumentu, który uzasadniałby utrzymanie takiego wymogu w mocy. W tej sytuacji Izba uznała stanowisko Odwołującego Budimex za zasadne i zmieniła treść § 24 w sposób wskazany w sentencji.

3. Zarzuty dotyczące kar umownych.

Szczegółowa regulacja zasad naliczania kar umownych na wykonawcę określona została w § 29 Wzoru Umowy. W § 29 ust. 4 Wzoru Umowy Zamawiający wskazał, że: „łączna suma naliczonych kar umownych, określonych w ust. 1 niniejszego paragrafu, nie przekroczy 100% ceny brutto Umowy”. Postanowienie to zakwestionowali obaj Odwołujący.

W ocenie Izby określenie limitu kar umownych na poziomie 100% wartości przedmiotu zamówienia w praktyce oznacza brak jakiegokolwiek limitu kar - z przyczyn określonych w § 29 Wzoru Umowy Zamawiający zastrzegł sobie uprawnienie do hipotetycznego pozbawienia wykonawcy całego wynagrodzenia z tytułu realizacji zadania. Wskazać przy tym należy, że zgodnie z § 29 ust. 1 pkt 12 wykonawca zapłaci Zamawiającemu karę umowną w razie odstąpienia od umowy z przyczyn leżących po stronie wykonawcy w wysokości 10% ceny brutto. Trudno w tej sytuacji uznać, że wykonawca mający świadomość, że kara za odstąpienie od umowy wynosi 10% ceny brutto, w obliczu wystąpienia istotnych trudności z prawidłową realizacją przedmiotu zamówienia czekał, aż Zamawiający w oparciu o § 29 ust. 4 Wzoru Umowy całkowicie pozbawi

go wynagrodzenia. W efekcie uznać należy, że faktyczny limit kar umownych nie został określony.

Orzekając o zmianie § 29 ust. 4 Wzoru Umowy Izba wzięła pod uwagę stanowisko Odwołującego Skanska, który wykazał, że jeden z podmiotów wchodzących w skład Zamawiającego, tj. PKP PLK S.A., stosuje zdecydowanie niższy, a zarazem możliwy do wyegzekwowania limit kar umownych. Limit taki jest wystarczająco dotkliwy dla wykonawcy, ale też w należyty sposób zabezpiecza prawa Zamawiającego. Określenie realnego limitu kar umownych pozwala przy tym wykonawcom zainteresowanym udziałem w postępowaniu na prawidłowe skalkulowanie ryzyk w cenach ofert.

W obliczu uwzględnienia zarzutów dotyczących maksymalnego limitu łącznych kar umownych oraz odbioru przedmiotu zamówienia Izba uznała za niezasadne żądanie dotyczące obniżenia stawki kar umownych wskazanych w § 29 ust. 1 pkt 1 i 2 wzoru umowy. Izba uznała, że Zamawiający był uprawniony do ustalenia stawki z tytułu ww. kar na poziomie 0,2% ceny brutto za każdy rozpoczęty dzień zwłoki, a Odwołujący Skanska nie wykazał, że stawka w takiej wysokości utrudnia mu złożenie oferty w postępowaniu.

4. Zarzuty dotyczące postanowień Wzoru Umowy dotyczących zabezpieczenia należytej realizacji przedmiotu zamówienia.

§ 6 ust. 4 Wzoru Umowy stanowi: „Zamawiający zwróci Wykonawcy zabezpieczenie należytego wykonania Umowy w wysokości 70% w ciągu 30 dni od wykonania należycie przedmiotu Umowy potwierdzonego protokołem odbioru końcowego. Pozostała kwota w wysokości 30% zabezpieczenia należytego wykonania Umowy pozostanie na zabezpieczenie roszczeń powstałych w okresie rękojmi i zostanie zwrócona nie później niż w 15 dni po upływie tego okresu pod warunkiem usunięcia wszystkich wad potwierdzonych protokołem odbioru potwierdzającym usunięcie wad”.

Tymczasem punkt XI.1.4 SIWZ stanowi: „Zamawiający zwraca zabezpieczenie w terminie 30 dni od dnia wykonania zamówienia i uznania przez Zamawiającego za należycie wykonane. Pozostałe 30% kwoty zabezpieczenia będzie zatrzymane z tytułu rękojmi obejmującej okres od dnia odbioru końcowego do ustalonego terminu gwarancji. Po tym okresie, w ciągu 15 dni kwota ta będzie zwrócona Wykonawcy. Jeżeli okres na jaki ma zostać wniesione zabezpieczenie przekracza 5 lat, zabezpieczenie w pieniądzu wnosi się na cały ten okres, a zabezpieczenie w innej formie wnosi się na okres nie krótszy niż 5 lat, z jednoczesnym zobowiązaniem się wykonawcy do przedłużenia zabezpieczenia lub wniesienia nowego zabezpieczenia na kolejne okresy. W przypadku nieprzedłużenia lub nie wniesienia nowego zabezpieczenia najpóźniej na 30 dni przed upływem terminu ważności dotychczasowego zabezpieczenia wniesionego w innej formie niż w pieniądzu, zamawiający zmienia formę na zabezpieczenie w pieniądzu, poprzez wypłatę kwoty z dotychczasowego zabezpieczenia. Wypłata, o której mowa powyżej, następuje nie później niż w ostatnim dniu ważności dotychczasowego zabezpieczenia”.

Porównanie treści przytoczonego wyżej postanowienia Wzoru Umowy oraz SIWZ jednoznacznie wykazuje istnienie wewnętrznej sprzeczności w zakresie regulacji dotyczącej zabezpieczenia roszczeń powstałych w okresie rękojmi i zasad jego zwrotu. Ponadto, zgodnie z art. 151:

1. Zamawiający zwraca zabezpieczenie w terminie 30 dni od dnia wykonania zamówienia i uznania przez zamawiającego za należycie wykonane.
2. Kwota pozostawiona na zabezpieczenie roszczeń z tytułu rękojmi za wady nie może przekraczać 30% wysokości zabezpieczenia.
3. Kwota, o której mowa w ust. 2, jest zwracana nie później niż w 15. dniu po upływie okresu rękojmi za wady.

Tym samym § 6 ust. 4 Wzoru Umowy jest oczywiście sprzeczny z dyspozycją ww. przepisu ustawy.

Wobec powyższego Izba nakazała zmianę § 6 ust. 4 Wzoru Umowy uznając, że jego treść jest wprost sprzeczna z art. 151 ust. 3 Pzp a także z punktem XI.1.4 SIWZ.

Izba nakazała usunięcie § 31 ust. 1.5 Wzoru Umowy oraz zdania znajdującego się w § 31

Wzoru Umowy po punkcie 11.4 lit. b uznając, że postanowienia te nadają Zamawiającemu nadmierne uprawnienia w stosunku do wykonawcy przedmiotu zamówienia przez uzależnienie decyzji o zmianie umowy w sytuacjach określonych w § 31 Wzoru Umowy od uznaniowej decyzji Zamawiającego. Sytuacja taka jest sprzeczna z ustawowym nakazem opisywania przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, z uwzględnieniem wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty. Uzależnienie możliwości zmiany umowy w okolicznościach wskazanych w § 31 Wzoru Umowy od uznaniowej decyzji Zamawiającego sprawiłoby, że wykonawcy nie byłiby w stanie we właściwy sposób skalkulować ryzyk związanych z możliwością wystąpienia chociażby jednej z tych okoliczności. Wykonawcy składając ofertę nie mogliby też mieć świadomości, co do sposobu realizacji przedmiotu zamówienia ze względu na brak jednoznacznej informacji o wpływie ww. okoliczności np. na termin realizacji przedmiotu zamówienia.

Mimo potwierdzenia się wszystkich zarzutów obu odwołań Izba uznała za nieuzasadnione żądanie zmiany punktu 9.2 SIWZ oraz żądanie usunięcia § 27 ust. Wzoru Umowy.

Odwołujący Skanska nie wykazał konkretnych braków dokumentacji technicznej dot. przedmiotu zamówienia i wymaganego sposobu jego realizacji. Regulacja zawarta w punkcie 9.2 SIWZ jednoznacznie wskazuje, że obowiązkiem wykonawców biorących udział w postępowaniu jest odpowiednie w kalkulowaniu ryzyk wynikających z możliwości wystąpienia robót dodatkowych, nieobjętych przedmiotem zamówienia.

Biorąc pod uwagę ryczałtowy charakter wynagrodzenia oraz fakt, że zamówienie adresowane jest do wykonawców dysponujących odpowiednim, określonym w SIWZ, doświadczeniem, Zamawiający może oczekiwać, że wykonawcy w odpowiedni sposób skalkulują w cenach ofert ewentualną możliwość pojawienia się konieczności wykonania prac nieujętych w dokumentacji.

Art. 16 ust. 7 Pzp stanowi, że jeżeli postępowanie o udzielenie zamówienia nie jest prowadzone w całości w imieniu i na rzecz wszystkich zamawiających, każdy zamawiający ponosi odpowiedzialność za wypełnienie swoich obowiązków wynikających z ustawy w zakresie części postępowania, które prowadzi w swoim imieniu i na swoją rzecz. Biorąc pod uwagę regulację zawartą w § 27 ust. 3 Wzoru Umowy Izba uznała, że Zamawiający był uprawniony do wyłączenia odpowiedzialności solidarnej Miasta Skierniewice oraz PKP PLK w sposób określony w § 27 ust. 2 wzoru umowy.

Izba uznała za zasadne żądanie do zobowiązania Zamawiającego do ujawnienia treści umowy o dofinansowanie, o której mowa w § 28 ust. 6 Wzoru Umowy. Zgodnie z tym postanowieniem Wzoru Umowy: „Wykonawca oświadcza, że zna treść umowy o dofinansowanie projektu o dofinansowanie V osi priorytetowej Rozwój transportu kolejowego w Polsce POliŚ 2014 - 2020, przewidującym wzmocnienie roli transportu kolejowego w zintegrowanym systemie transportowym kraju dzięki poprawie stanu połączeń kolejowych w TEN-T i poza siecią, w tym infrastruktury kolejowej łączącej główne miasta Polski, ważne ośrodki przemysłowe i gospodarcze i linii stanowiących połączenie portów morskich z zapleczem gospodarczym w głębi kraju oraz większe wykorzystanie systemów kolejowych w miastach, w ramach działania 5.1 i realizowany będzie w ramach programu POliŚ 5.1-35 pn.: „Poprawa bezpieczeństwa na skrzyżowaniach linii kolejowych z drogami - Etap III” i nie będzie powoływał się na jej niezrozumienie i jest świadomy warunków na jakich zostało przyznane dofinansowanie Zamawiającemu oraz że ponosi odpowiedzialność finansową przed Zamawiającym do wysokości 100% utraconego dofinansowania, w szczególności poprzez zwrot Zamawiającemu równowartości utraconej kwoty w sytuacji, gdy z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy lub osób/podmiotów za które Wykonawca ponosi odpowiedzialność, Zamawiający utraci dofinansowanie lub zostanie zobowiązany do jego zwrotu, przede wszystkim z powodu nienależytego lub nieterminowego wykonania niniejszej umowy”. Skoro podpisując umowę wykonawca ma oświadczyć, że realizując przedmiot zamówienia nie będzie powoływał się na niezrozumienie ww. umowy o dofinansowanie to treść umowy o dofinansowanie powinna być traktowana tak samo jak każdy inny element składający się na dokumentację przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia. W konsekwencji treść tego dokumentu powinna być znana wykonawcom jako jeden z elementów potencjalnie kształtujących sposób realizacji przedmiotu zamówienia.

Biorąc pod uwagę powyższe Izba orzekła jak w sentencji.

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 (Dz.U. z 2018 r. poz. 972).

Przewodniczący:.....