

Sygn. akt: KIO 66/22
KIO 79/22

WYROK

z dnia 1 lutego 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Robert Skrzyszewski

Protokolanci: Adam Skowroński
Konrad Wyrzykowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 25 stycznia 2022 r. w Warszawie odwołań
wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej:

A. w dniu 10 stycznia 2022 r. przez wykonawcę Skanska S.A. z siedzibą w
Warszawie w sprawie o sygn. akt KIO 66/22;

B. w dniu 10 stycznia 2022 r. przez wykonawcę ALSTAL Grupa Budowlana sp. z o.o.
sp. k. z siedzibą w Bydgoszczy w sprawie o sygn. akt KIO 79/22;

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: Miejskie Przedsiębiorstwo
Komunikacyjne - Łódź sp. z o. o. z siedzibą w Łodzi

przy udziale wykonawcy Budimex S.A. z siedzibą w Warszawie zgłaszającego swoje
przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 66/22, KIO 79/22 po stronie
odwołującego

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie wykonawcy Skanska S.A. z siedzibą w Warszawie w
sprawie o sygn. akt KIO 66/22 w części, uznając za uzasadniony: zarzut nr 19 - naruszenia
przez Zamawiającego przepisu art. 16 w związku z art.99 ust.1 i 4 w związku z art.431
ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r., poz.
1129 wraz ze zm.), zwanej dalej ustawą Pzp oraz uznając za nieuzasadniony zarzut nr 7 i nr
14 - naruszenia przez Zamawiającego przepisu art. 647 Kodeksu cywilnego, zwanego dalej
kc, art. 353¹ kc, art. 58 § 1 i 2 kc, art. 5 kc, art. 471 kc w związku z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp,
art.16 ust. 1 ustawy Pzp, art. 99 ust. 1 i 4 ustawy Pzp, art. 431 ustawy Pzp,

2. Oddala odwołanie wykonawcy ALSTAL Grupa Budowlana sp. z o.o. sp. k. z
siedzibą w Bydgoszczy w sprawie o sygn. akt KIO 79/22,

3. Nakazuje Zamawiającemu Miejskiemu Przedsiębiorstwu Komunikacyjnemu -
Łódź sp. z o. o. z siedzibą w Łodzi wykreślenie postanowienia zdania 3 pkt 3 załącznika nr 3
do SWZ - Opis przedmiotu zamówienia,

4. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę: Skanska S.A. z siedzibą w
Warszawie i zamawiającego Miejskie Przedsiębiorstwo Komunikacyjne - Łódź sp. z o. o. z
siedzibą w Łodzi w sprawie o sygn. akt KIO 66/22 i wykonawcę ALSTAL Grupa Budowlana
sp. z o.o. sp. k. z siedzibą w Bydgoszczy w sprawie o sygn. akt KIO 79/22, i:

5. Zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 40 000 zł 00 gr (słownie: czterdzieści tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę: Skanska

S.A. z siedzibą w Warszawie w sprawie o sygn. akt KIO 66/22 i wykonawcę ALSTAL Grupa Budowlana sp. z o.o. sp. k. z siedzibą w Bydgoszczy w sprawie o sygn. akt KIO 79/22 -

tytułem wpisów od odwołań;

6. Zasądza od Miejskiego Przedsiębiorstwa Komunikacyjnego - Łódź sp. z o. o. z siedzibą w Łodzi na rzecz wykonawcy Skanska S.A. z siedzibą w Warszawie w sprawie o sygn. akt KIO 66/22 kwotę 6 667 zł 00 gr (słownie: sześć tysięcy sześćset sześćdziesiąt

siedem złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania.

7. Zasądza od Skanska S.A. z siedzibą w Warszawie na rzecz Miejskiego Przedsiębiorstwa Komunikacyjnego - Łódź sp. z o. o. z siedzibą w Łodzi w sprawie o sygn. akt KIO 66/22 kwotę 2 400 zł 00 gr (słownie: dwa tysiące czterysta złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu zwrotu kosztów wynagrodzenia pełnomocnika;

8. Zasądza od wykonawcy ALSTAL Grupa Budowlana sp. z o.o. sp. k. z siedzibą w Bydgoszczy na rzecz Miejskiego Przedsiębiorstwa Komunikacyjnego - Łódź sp. z o. o. z siedzibą w Łodzi w sprawie o sygn. akt KIO 79/22 kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu zwrotu kosztów wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 ust.1 i 580 ust.1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r., poz. 1129) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący.....

Sygn. akt: KIO 66/22
KIO 79/22

Zamawiający: Miejskie Przedsiębiorstwo Komunikacyjne - Łódź Sp. z o. o. z siedzibą w Łodzi wszczął postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na Budowę Zakładu Techniki MPK-Łódź, nr ref. WZ-091-22/21.

Przedmiotowe zamówienie zostało opublikowane w dniu 31.12.2021 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod nr 2021/S 255-676338.

KIO 66/22

Nie zgadzając się z niektórymi postanowieniami Specyfikacji Warunków Zamówienia, zwanej dalej SWZ Odwołujący: Skanska S.A. z siedzibą w Warszawie w dniu 10 stycznia 2022 r. wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej na czynności Zamawiającego podjęte w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego określonego powyżej odnoszące się do SWZ, w tym na projektowane postanowienia umowy - Załącznika nr 4 Projekt Umowy, zwanego dalej jako umową, a także Załącznika nr 3 Opis przedmiotu zamówienia.

Odwolujący wnosil odwołanie od niezgodnych z prawem czynności Zamawiającego, zarzucając mu naruszenie art. 647 Kodeksu cywilnego, zwanego dalej kc, art. 353(1) kc, art. 58 § 1 i 2 kc, 5 kc, 471 kc w związku z art. 8 ust. 1 PZP, 16 ust. 1 PZP, 99 ust. 1 i 4 PZP, 431 PZP poprzez ukształtowanie postanowień i rozwiązań umowy w sposób sprzeczny z w/w przepisami, w tym z naturą stosunku prawnego umowy o roboty budowlane, zasadą równowagi stron stosunku zobowiązaniowego, zasadami współzycia społecznego, przepisami kodeksu cywilnego, a tym samym w sposób naruszający naczelne zasady prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego - zasadę proporcjonalności (adekwatności), która rzutuje na obowiązek współdziałania Zamawiającego i Wykonawcy przy wykonaniu umowy w sprawie zamówienia publicznego, zasadę przejrzystości, a także prowadzące do zaniechania lub utrudnienia zapewnienia zachowania uczciwej konkurencji, poprzez:

1) Nałożenie na Wykonawcę obowiązku naprawy wszelkich wyrządzonych szkód niezależnie od tego, czy działanie Wykonawcy mieściło się w granicach należytego wykonania umowy (§ 2 ust. 3 umowy);

2) Zobowiązanie Wykonawcy do podjęcia wszelkich niezbędnych działań w celu zabezpieczenia i utrzymania jakichkolwiek istniejących przewodów, rur, kanalizacji, kabli, itp. a także do usunięcia wszelkich szkód i pokrycia kosztów ich usunięcia lub opłat związane z odnośnymi instalacjami bez zagwarantowania Wykonawcy zwrotu poniesionych, udokumentowanych kosztów, a także dodatkowego wynagrodzenie za te czynności jak i przedłużenia terminów umownych w przypadku, gdy podjęte przez Wykonawcę działania dotyczą lub wynikają z elementów nieobjętych dokumentacją przekazaną przez Zamawiającego (§ 4 ust. 5 i 6 Umowy);

3) Nieprecyzyjne określenie przedmiotu umowy poprzez nałożenie na Wykonawcę uzyskania wszelkich niezbędnych zezwoleń, dopuszczeń, uzgodnień, licencji itp. (§ 5 ust. 10 Umowy), bez doprecyzowania, że obejmuje to tylko te, których uzyskanie wynika z dokumentacji przekazanej przez Zamawiającego,

4) Nałożenie na Wykonawcę obowiązku ujęcia w umowach z podwykonawcami 21 dniowego terminu zapłaty podczas gdy termin zapłaty przez Zamawiającego dla Wykonawcy wynosi 30 dni (§ 8 ust. 6 Umowy);

5) Udzielenie bezwzględnego uprawnienia Zamawiającemu do zaspokojenia się z zabezpieczenia Wykonawcy w przypadku zasądzenia należności na rzecz podwykonawcy bez względu na udział i postawę Zamawiającego w tym postępowaniu, a także bez względu na poinformowanie o tym postępowaniu Wykonawcy (§ 8 ust. 16 Umowy);

6) Pominięcie, że wynagrodzenie umowne obejmuje tylko te koszty, które

Wykonawca działając ze starannością profesjonalisty mógł przewidzieć na podstawie dokumentacji przetargowej i analizy istniejących na moment złożenia oferty warunków realizacyjnych (§ 10 ust. 2 Umowy);

7) Uzależnienie przystąpienia do odbioru końcowego od usunięcia wszystkich usterek, a nie tylko wad o istotnym charakterze (§ 11 ust. 4 pkt 3, ust. 5 pkt 12 Umowy);

8) Wprowadzenie krótkich i sztywnych terminów usunięcia wad, bez możliwości przedłużenia terminów w przypadku uzasadnionych przesłanek technologicznych (§12 ust. 4 pkt 2) lit. a i b Umowy, § 14 ust. 7, 8, 9, 10);

9) Wprowadzenie postanowień ograniczających Wykonawcę w określaniu warunków serwisowania i konserwacji wyposażenia, urządzeń/sprzętu oraz systemów lub w ogóle pozbawiających go tego uprawnienia (§ 14 ust. 17 Umowy);

10) Wprowadzenie zbyt krótkich terminów reakcji serwisowych i terminów usunięcia błędów i/ lub usterek, bez uwzględnienia przedłużenia terminów w przypadku uzasadnionych przesłanek technologicznych (§ 16 ust. 18 pkt 8 Umowy);

11) Przewidzenie kary umownej w wysokości aż 2 % całości wynagrodzenia za stwierdzenie nieistotnych wad niemożliwych do usunięcia, i to w przypadku, gdy wobec stwierdzenia takiej wady wynagrodzenie i tak zostaje obniżone o wartość tej wady (§ 18 ust. 1 pkt 3 Umowy);

12) Pominięcie możliwości przedłużenia terminu w przypadku zasiedlenia rośliny i konieczności pozyskania stosownych zgód, uzależnienie zmiany umowy poprzez przedłużenie terminu wykonania zamówienia tylko w przypadku, gdy określone okoliczności

wyłącznie uniemożliwiają terminowe wykonanie umowy, bez uwzględnienia samego wpływu tych okoliczności, który nie musi przejawiać się uniemożliwieniem wykonania umowy (§ 20

ust. 10 Umowy);

13) Wprowadzenie terminów na zgłoszenie okoliczności wpływających na zmianę umowy, których niedotrzymanie powoduje pozostawienie wniosku Wykonawcy bez rozpoznania (§ 20 ust. 11 Umowy);

14) Wprowadzenie postanowienia, że za przedłużenie terminu realizacji zamówienia Wykonawcy nie przysługuje dodatkowe wynagrodzenie (§ 20 ust. 12 Umowy);

15) Wprowadzenie postanowienia, że zmiana terminu wykonania zamówienia nie może nastąpić w przypadkach zawinionych przez Wykonawcę, a więc bez uwzględnienia sytuacji, w której oprócz Wykonawcy również Zamawiający mógłby być zawiniony (§ 20 ust. 13 Umowy);

16) Wprowadzenie postanowienia, że termin wykonania umowy może ulec odpowiedniemu przedłużeniu o czas niezbędny do zakończenia wykonania jej przedmiotu w sposób należyty tylko w przypadku okoliczności wymienionych w ust. 2 § 20 Umowy, a nie w pozostałych przypadkach postanowień § 20, które również przewidują takie okoliczności (§

20 ust. 14 Umowy);

17) Nałożenie na Wykonawcę obowiązku posłużenia się SEKOCENBUDem przy sporządzaniu kalkulacji do wyceny robót zamiennych i/lub zmiany technologii lub robót dodatkowych, który to sposób nie oddaje aktualnej wartości rynkowej danych robót (§ 20 ust.

15 Umowy);

18) Wprowadzenie waloryzacji wynagrodzenia umownego dopiero po pierwszych 12 miesiącach licząc od dnia zawarcia umowy (§ 20 ust. 17 Umowy), przy osiągnięciu przez ceny produkcji budowlano - montażowej ogłaszanej w komunikacie Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego za pierwsze i kolejne 12 miesięcy realizacji niniejszej Umowy co najmniej 5 % (§ 20 ust. 18 Umowy), przeprowadzenie przez Zamawiającego zmiany wynagrodzenia dopiero po 50 dniach po każdym kwartale (§ 20 ust. 19 Umowy), wprowadzenie limitu zmiany wynagrodzenia w wysokości 7 % wynagrodzenia (§ 20 ust. 20 Umowy);

19) Wprowadzenie zasady, że każda niespójność umowy będzie interpretowana na korzyść Zamawiającego, to znaczy w kierunku obciążenia Wykonawcy obowiązkiem (pkt 3, str. 3 Zał. Nr 3 Opis przedmiotu zamówienia).

W związku z powyższymi zarzutami i wobec naruszenia przez Zamawiającego wyżej wskazanych przepisów Odwołujący wnosił o:

1. uwzględnienie odwołania w całości oraz nakazanie Zamawiającemu zmian w treści, gdzie fragmenty przekreślone miałyby być do usunięcia, fragmenty wytłuszczone i podkreślone - do dodania, przy skomplikowanych wnioskach, podana treść aktualna i

postulowana.

1.1. Umowy w § 2 ust. 3 poprzez jego zmianę, tak aby otrzymał następujące brzmienie:

3. naprawienia wszelkich wyrządzonych szkód, jeżeli powstały one z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy oraz w zakresie w jakim jest to wynikiem nienależytego wykonania przez Wykonawcę Umowy, oraz ponoszenia wszelkich związanych z tym kosztów, opłat, jak i ewentualnych kar nałożonych przez Policję, Straż Miejską i inne służby

publiczne;

1.2. Umowy w § 4 ust. 6 poprzez jego zmianę, tak aby otrzymał następujące brzmienie:

6. W przypadku ingerencji w istniejącą infrastrukturę, Wykonawca przeniesie niezbędne instalacje tak, aby zapewnić prawidłowe funkcjonowanie istniejących obiektów. Wszelkie prace, działania mogące wpłynąć na stan istniejących budynków, instalacji, przewodów, kanalizacji, kabli elektrycznych, telefonicznych, gazociągów, wodociągów itp. zarówno na terenie budowy, jak i w sąsiedztwie, muszą być prowadzone po wcześniejszym ich uzgodnieniu z lokalnymi władzami, właścicielami sieci i Zamawiającym. Powiadomienie podmiotów, o których mowa w niniejszym ustępie, powinno nastąpić w imieniu Zamawiającego i zawierać wskazanie terminu rozpoczęcia danych robót.

W przypadku, gdy działania Wykonawcy opisane w ust. 5 i 6 dotyczą lub wynikają z nieobjętych dokumentacją przekazaną przez Zamawiającego istniejących przewodów, rur, kanalizacji, kabli, itp., zarówno nad, jak i pod ziemią, Wykonawcy należy się zwrot wszelkich poniesionych, udokumentowanych kosztów, a także dodatkowe wynagrodzenie za te czynności jak i o dodatkowy czas, jaki Wykonawca przeznaczył na te działania (przedłużenie terminów).

1.3. Umowy w § 5 ust. 10 poprzez jego zmianę, tak aby otrzymał następujące brzmienie:

10. W zakresie Wykonawcy pozostaje uzyskanie wszelkich niezbędnych zezwoleń, dopuszczeń, uzgodnień, licencji itp. oraz ponoszenie wymaganych opłat potrzebnych do prowadzenia prac zabezpieczających, transportowych, wytwarzania, transportu, składowania odpadów na składowiskach oraz ich utylizacji, zajęcia pasa drogowego oraz działek

sąsiadujących z terenem inwestycji, o ile konieczność uzyskania tych dokumentów wynika z dokumentacji przekazanej przez Zamawiającego.

1.4. Umowy w § 8 ust. 6 poprzez jego zmianę, poprzez jego zmianę, tak aby otrzymał następujące brzmienie:

6. W projekcie umowy o podwykonawstwo między Wykonawcą a Podwykonawcą lub dalszym podwykonawcą:

1) termin zapłaty wynagrodzenia Podwykonawcy lub dalszemu podwykonawcy nie może być dłuższy niż 24 niż 30 dni od dnia doręczenia Wykonawcy, Podwykonawcy lub dalszemu podwykonawcy faktury lub rachunku, potwierdzających wykonanie zleconej Podwykonawcy lub dalszemu podwykonawcy dostawy, usługi lub roboty budowlanej;

1.5. Umowy w § 8 ust. 16 poprzez jego zmianę, tak aby otrzymał następujące brzmienie:

Jeśli pomimo dochowania przez Zamawiającego powyższych postanowień zostanie wydany tytuł egzekucyjny przeciwko Zamawiającemu zasądzający zapłatę od Zamawiającego na rzecz Podwykonawcy na podstawie art. 647 §5 Kodeksu cywilnego lub przepisów Pzp, w oparciu o okoliczność niezapłacenia należności na rzecz tego Podwykonawcy lub dalszego podwykonawcy przez Wykonawcę, to - pod warunkiem, że Zamawiający poinformuje Wykonawcę na początku procesu sądowego o jego

wszczęciu i umożliwi Wykonawcy niezbędne działanie w tym procesie, jak również

sam będzie uczestniczył w tym procesie - Zamawiający zaspokoiwszy należności zasądzone od niego tytułem egzekucyjnym, będzie uprawniony w pierwszej kolejności skorzystać z zabezpieczenia wykonania w zakresie równym takim zaspokojonym przez

Zamawiającego należnościom, a w przypadku, gdy zabezpieczenie nie pokryje całości jego zabezpieczenia, przysługuje mu prawo żądania pokrycia pozostałej części przez Wykonawcę.

1.6. Umowy w § 10 ust. 2 poprzez jego zmianę, tak aby otrzymał następujące brzmienie:

Wynagrodzenie, o którym mowa w ust. 1 niniejszego paragrafu obejmuje wszelkie koszty, jakie poniesie Wykonawca celem wykonania przedmiotu umowy, w szczególności: koszty uzyskania pozwoleń, koszty robót budowlanych, koszty ewentualnych projektów zamiennych, projektów technologicznych i projektów warsztatowych, koszty sprzętu i wyposażenia, koszty transportu i ubezpieczenia oraz wszelkie opłaty, które Wykonawca mógł działając ze starannością profesjonalisty przewidzieć na podstawie dokumentacji przetargowej i analizy istniejących na moment złożenia oferty warunków realizacyjnych.

1.7. Umowy w:

1.7.1. § 11 ust. 4 pkt 3) poprzez jego zmianę, poprzez jego zmianę, tak aby otrzymał następujące brzmienie:

4. Zgłoszenie gotowości do odbioru końcowego inwestycji może być dokonane tylko po:

3) potwierdzeniu usunięcia ~~usterek wykazanych podczas przeglądu technicznego~~ wad o istotnym charakterze.

1.7.2. § 11 ust. 5 pkt 12) poprzez jego zmianę, poprzez jego zmianę, tak aby otrzymał następujące brzmienie:

5. Przed odbiorem końcowym inwestycji Wykonawca przedłoży Zamawiającemu, w szczególności:

12) ~~protokół z usunięcia usterek~~ protokół z usunięcia wad o istotnym charakterze.

1.8. Umowy w:

1.8.1. § 12 ust. 4 pkt 2) poprzez jego zmianę, tak aby otrzymał następujące brzmienie:

2) Wykonawca zobowiązany jest do usunięcia na swój koszt i we własnym zakresie stwierdzonych wad, w terminach określonych poniżej:

a) wady uniemożliwiające korzystanie z przedmiotu umowy lub jego elementów - w terminie 3 dni od daty otrzymania zawiadomienia, o którym mowa powyżej,

b) wady utrudniające korzystanie z przedmiotu umowy lub jego elementów - w terminie 14 dni od daty otrzymania zawiadomienia, o którym mowa powyżej,

c) wady nieistotne - w terminie 30 dni od daty otrzymania zawiadomienia, o którym mowa powyżej, ~~a w wyjątkowych wypadkach, w innym uzasadnionym technologicznie terminie wyznaczonym przez Zamawiającego w każdym z tych przypadków [lit. a) do c)]~~ a w wyjątkowych wypadkach, w innym uzasadnionym technologicznie terminie wyznaczonym przez Zamawiającego w każdym z tych przypadków [lit. a) do c)] w terminie dłuższym uzgodnionym przez strony i

zaakceptowanym przez Zamawiającego mając na uwadze technologiczne możliwości usunięcia stwierdzonych wad.

1.8.2. § 14 ust. 7 poprzez jego zmianę, tak aby otrzymał następujące brzmienie:

7. W przypadku, gdy w trakcie okresu gwarancyjnego została ujawniona jakakolwiek wada, Wykonawca rozpocznie prace naprawcze na swój własny koszt, w terminie nie późniejszym niż 2 dni robocze od daty zgłoszenia wady lub awarii przez Zamawiającego, chyba że przystąpienie do usunięcia wad jest niemożliwe z przyczyn niezależnych od Wykonawcy, w szczególności z przyczyn (technicznych) technologicznych. W przypadku nieprzystąpienia do prac naprawczych w terminie, o którym mowa powyżej, Zamawiający może wykonać prace naprawcze na koszt i ryzyko Wykonawcy, korzystając przy tym również z usług osób trzecich bez utraty swoich praw z tytułu rękojmi lub gwarancji - nie dotyczy to przypadku, gdy przystąpienie do usunięcia wad jest niemożliwe z przyczyn niezależnych od Wykonawcy, o których mowa w zdaniu poprzednim.

1.8.3. § 14 ust. 8 poprzez jego zmianę, tak aby otrzymał następujące brzmienie:

8. Wykonawca zobowiązany jest usunąć zgłoszone wady i awarie w terminie 5 dni od daty zgłoszenia wad lub awarii Sprzętu, a w przypadku konieczności sprowadzenia części spoza granic Rzeczypospolitej Polskiej - 10 dni. Strony mogą na piśmie zgodnie ustalić inny termin w przypadku, gdy z przyczyn technicznych (technologicznych) nie jest możliwe zachowanie terminów wskazanych w zdaniu poprzednim.

1.8.4. § 14 ust. 9 poprzez jego zmianę, tak aby otrzymał następujące brzmienie:

9. W przypadku, gdy okres usunięcia wad lub awarii dotyczących sprzętu przekroczy 10 dni liczonych od daty zgłoszenia wady, Zamawiający może, bez konieczności uprzedniego uzyskania zezwolenia Sądu wykonać prace naprawcze na koszt i ryzyko Wykonawcy (wykonanie zastępcze), korzystając przy tym również z usług osób trzecich bez utraty swoich praw z tytułu rękojmi lub gwarancji - nie dotyczy to przypadku, gdy usunięcie wad lub awarii jest niemożliwe z przyczyn niezależnych od Wykonawcy, o których mowa w ust. 8.

1.8.5. § 14 ust. 10 poprzez jego zmianę, tak aby otrzymał następujące brzmienie:

10. Zamawiający ma prawo obciążyć Wykonawcę karą umowną za każde zgłoszenie, w wysokości:

1) 2000,00 zł w przypadku, gdy okres usunięcia wady lub usterki dotyczącej

sprzętu przekroczy okresy wskazane w ust. 7 niniejszego paragrafu, liczone od daty zgłoszenia wady lub awarii, za każdy dzień zwłoki, nie więcej niż 2 % wartości wynagrodzenia netto, o którym mowa w §10 ust.1 niniejszej umowy, nie dotyczy to przypadku gdy przystąpienie do usunięcia wad lub ich usunięcie jest niemożliwe z przyczyn niezależnych od Wykonawcy, o których mowa w ust. 7 i 8.

2) 1000,00 zł w przypadku niezapewnienia części zamiennych w okresie

wskazanych w ust. 13 niniejszego paragrafu, za każdą niezapewnioną część zamienną lub wyposażenia eksploatacyjnego sprzętu oddzielnie, nie więcej niż 2 % wartości wynagrodzenia netto, o którym mowa w §10 ust.1 niniejszej umowy, nie dotyczy to przypadku gdy zapewnienie części zamiennych jest niemożliwe z przyczyn niezależnych od Wykonawcy, w szczególności z przyczyn technologicznych.

1.9. Umowy w § 14 ust. 17 poprzez usunięcie postanowienia w tym punkcie:

~~17. Warunki gwarancji na sprzęt nie mogą ograniczać Zamawiającego w zleceniu podmiotom trzecim w stosunku do producenta, dostawcy czy Wykonawcy serwisu i konserwacji, jak również nie mogą zawierać regulacji powodujących wygaśnięcie gwarancji w przypadku świadczenia serwisu i konserwacji przez podmioty trzecie w stosunku do producenta, dostawcy czy Wykonawcy.~~

1.10. § 16 ust. 18 pkt 8 poprzez jego zmianę, tak aby otrzymał następujące brzmienie:

8) usługi serwisowe realizowane będą z zachowaniem następujących parametrów:

- a) dostępność serwisu we wszystkie dni kalendarzowe, przez 24 godziny/h - w okresie trwania umowy,
- b) czas reakcji serwisu - 24 36 godziny - w okresie trwania umowy,
- c) czas usunięcia błędu i/lub usterki - do 2 dni roboczych od momentu zgłoszenia (przy konieczności sprowadzenia części do 4 dni roboczych) - w okresie trwania umowy; z uzasadnionych względów technologicznych termin ten może zostać wydłużony.

1.11. Umowy w § 18 ust. 1 pkt 3) poprzez usunięcie postanowienia w tym punkcie:

~~3) w sytuacji określonej w §11 ust. 8 pkt 2) niniejszej umowy, z tytułu samego faktu istnienia wad w przedmiocie odbioru w wysokości 2% wynagrodzenia netto, o którym mowa w §10 ust. 1 niniejszej umowy;~~

1.12. Umowy w § 20 ust. 10 poprzez dodanie pkt 8) i zmianę ostatniego zdania, które brzmia:

[ostatnie zdanie] Okoliczności wskazane wyżej mogą stanowić podstawę zmiany terminu wykonania zamówienia tylko w przypadku, gdy uniemożliwiają terminowe wykonanie umowy.

Otrzyma następujące brzmienie:

- pkt 8) W przypadku zasiedlenia roślin i konieczności pozyskania przez Wykonawcę stosownych zgód i ewentualnie przeniesienia gniazd.
- [ostatnie zdanie] Okoliczności wskazane wyżej mogą stanowić podstawę zmiany terminu wykonania zamówienia tylko w przypadku, gdy uniemożliwiają wpływają na terminowe wykonanie umowy i tylko w zakresie tego wpływu.

1.13. Umowy w § 20 ust. 11 poprzez jego zmianę, który brzmi:

11. Zmiany, o których mowa w ust. 2 i 3 pkt 1) niniejszego paragrafu, muszą zostać udokumentowane poprzez załączenie zdjęć, rysunków, raportów szkiców, badań laboratoryjnych. Pismo (wniosek) dotyczące w/w zmian wraz z uzasadnieniem, Strona

występująca z wnioskiem zobowiązana jest złożyć drugiej stronie, w terminie 7 dni od daty powzięcia wiadomości o takiej okoliczności. Niespełnienie powyższych warunków będzie skutkowało pozostawieniem wniosku bez rozpatrzenia.

Otrzyma brzmienie:

11. Zmiany, o których mowa w ust. 2 i 3 pkt 1) niniejszego paragrafu, muszą zostać udokumentowane poprzez załączenie zdjęć, rysunków, raportów szkiców, badań laboratoryjnych. Pismo (wniosek) dotyczące w/w zmian wraz z uzasadnieniem, Strona występująca z wnioskiem zobowiązana jest złożyć drugiej stronie, w terminie 7 14 dni od daty powzięcia wiadomości o takiej okoliczności. ~~Niespełnienie powyższych warunków będzie skutkowało pozostawieniem wniosku bez rozpatrzenia.~~ Jeżeli uchybienie tego terminu spowodowało szkodę Zamawiającego lub ją powiększyło, to Wykonawca jest za nią odpowiedzialny.

1.14. Umowy w § 20 ust. 12 poprzez jego zmianę, który brzmi:

12. Za przedłużenie terminu realizacji zamówienia Wykonawcy nie przysługuje dodatkowe wynagrodzenie.

Otrzyma brzmienie:

~~12. Za przedłużenie terminu realizacji zamówienia Wykonawcy nie przysługuje dodatkowe wynagrodzenie.~~ Wykonawca jest uprawniony do żądania zmiany Wynagrodzenia należnego z tytułu realizacji zamówienia (obejmującego także koszty ogólne) oraz terminów realizacji zamówienia lub terminów pośrednich odpowiednio w przypadkach określonych w ust. 10. Wynagrodzenie dodatkowe (bezpośrednie koszty) będzie obliczone na podstawie średniej cen wynikających z przedstawionych przez Wykonawcę trzech ofert z rynku wraz z rozsądnym zyskiem.

1.15. Umowy w § 20 ust. 13 poprzez jego zmianę, tak aby otrzymał następujące brzmienie:

13. Zamawiający nie dopuszcza zmiany terminu wykonania zamówienia w przypadkach zawinionych wyłącznie przez Wykonawcę.

1.16. Umowy w § 20 ust. 14 poprzez jego zmianę, tak aby otrzymał następujące brzmienie:

~~14. W przypadku wystąpienia którejkolwiek z okoliczności wymienionych w ust. 2 niniejszego paragrafu niniejszym paragrafie,~~ termin wykonania umowy może ulec odpowiedniemu przedłużeniu o czas niezbędny do zakończenia wykonania jej przedmiotu w sposób należyty.

1.17. Umowy w § 20 ust. 15 poprzez jego zmianę, tak aby otrzymał następujące brzmienie:

W przypadku konieczności realizacji robót zamiennych i/lub zmiany technologii lub robót dodatkowych, z zastrzeżeniem zaistnienia przesłanek określonych art. 455 ust. 1 i 2

Pzp., Wykonawca zobowiązany jest opracować kalkulację cenową dla tych robót na podstawie średniej cen wynikających z przedstawionych przez Wykonawcę trzech ofert z rynku wraz z rozsądnym zyskiem kosztorysu szczegółowego sporządzonego w oparciu o średnie składniki cenotwórcze określone w publikacji SECOGENBUD dla kwartału poprzedzającego wystąpienie konieczności wykonania tych robót, na podstawie programu typu Norma-PRO. W przypadku o którym mowa w niniejszym ustępie dopuszcza się zmianę terminu wykonania przedmiotu umowy wskazanego w §2 ust. 3 niniejszej umowy.

1.18. Umowy w:

1.18.1. § 20 ust. 17 poprzez jego zmianę, tak aby otrzymał następujące brzmienie:

Wykonawca może wnioskować o zmianę wysokości wynagrodzenia w przypadku zmiany ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją umowy, po upływie 12 6 miesięcy licząc od dnia zawarcia umowy, oraz nie częściej niż po upływie kolejnych 12 6 miesięcy od dnia zawarcia aneksu zmieniającego wysokość wynagrodzenia Wykonawcy.

1.18.2. § 20 ust. 18 poprzez jego zmianę, tak aby otrzymał następujące brzmienie:

Wykonawca może wnioskować o zmianę wysokości wynagrodzenia w przypadku, gdy wskaźnik zmiany cen produkcji budowlano - montażowej ogłaszany w komunikacie Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego (o którym mowa poniżej) za pierwsze i kolejne 12 6 miesięcy realizacji niniejszej Umowy będzie wyższy niż 5 2%-

1.18.3. § 20 ust. 19 poprzez jego zmianę, tak aby otrzymał następujące brzmienie:

Zmiana wynagrodzenia Wykonawcy będzie następowała w odniesieniu do wskaźnika zmiany cen materiałów lub kosztów (średniorocznego wskaźnika cen produkcji budowlano - montażowej) ogłaszanej w komunikacie Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego w Dzienniku Urzędowym GUS w terminie do 50 30 dni po każdym kwartale, na podstawie ustawy z dnia 2 kwietnia 2009 r. o zmianie ustawy o poręczeniach i gwarancjach udzielanych przez Skarb Państwa oraz niektóre osoby prawne, ustawy o Banku Gospodarstwa Krajowego oraz niektórych innych ustaw.

1.18.4. § 20 ust. 20 poprzez jego zmianę, tak aby otrzymał następujące brzmienie:

Łączna maksymalna wartość zmiany wynagrodzenia Wykonawcy może wynieść 7 50 % wynagrodzenia Wykonawcy ustalonego w dacie zawarcia niniejszej Umowy.

1.19. pkt 3, str. 3 Zał. Nr 3 Opis przedmiotu zamówienia poprzez usunięcie postanowienia w tym punkcie (tylko fragment przekreślony do usunięcia):

W szczególności w przypadku zaistnienia jakichkolwiek wątpliwości lub sprzeczności w treści dokumentów, należy mieć na względzie, iż zamiarem Zamawiającego i celem

Dokumentacji Przetargowej jest zapewnienie najlepszej jakości i funkcjonalności obiektów stanowiących przedmiot postępowania oraz zgodności przedmiotu zamówienia z obowiązującymi normami i przepisami. ~~Pierwszeństwo będzie nadawać się znaczeniu stwierdzającemu istnienie obowiązku, pomijać się będzie zaś znaczenia zmierzające do zwolnienia Wykonawcy z realizacji obowiązku.~~

2. o zasądzenie zwrotu kosztów postępowania odwoławczego w tym kosztów zastępstwa procesowego.

W swoim odwołaniu Odwołujący zwrócił uwagę, że stosownie do art. 14 ust. 1 i art. 139 ust. 1 PZP, do czynności Zamawiającego podejmowanych w postępowaniu oraz do umów w sprawach zamówień publicznych stosuje się przepisy Kodeksu cywilnego, jeżeli przepisy PZP nie stanowią inaczej.

Biorąc zaś pod uwagę przedmiot niniejszego zamówienia (roboty budowlane) oraz to, że obowiązujące przepisy PZP nie zawierają ani odmiennej, ani autonomicznej definicji umowy o roboty budowlane, treść stosunku prawnego nawiązanego przez publicznego zamawiającego z wybranym oferentem - wykonawcą, musi - zdaniem Odwołującego - odpowiadać postanowieniom umowy o roboty budowlane zdefiniowanej przez ustawodawcę w Kodeksie cywilnym (art. 647 - 658 kc), która jest umową nazwaną, a jej przedmiotowo istotne elementy określa art. 647 kc. Nadto, czynności Zamawiającego nie mogą być sprzeczne nie tylko z przepisami prawa, ale i z zasadami współżycia społecznego (art. 58 § 1 i 2 kc).

Odwołujący wnosil odwołanie od niezgodnych z prawem czynności Zamawiającego, zarzucając mu naruszenie art. 647 Kodeksu cywilnego (dalej: kc), art. 353(1) kc i art. 58 § 1 i

2 kc, 5 kc w związku z art. 8 ust. 1 PZP, 16 ust. 1 PZP, 99 ust. 1 i 4 PZP, 431 PZP poprzez ukształtowanie postanowień i rozwiązań Umowy w sposób sprzeczny z w/w przepisami, w tym z naturą stosunku prawnego umowy o roboty budowlane, zasadą równowagi stron stosunku zobowiązaniowego, zasadami współżycia społecznego, przepisami kodeksu cywilnego, a tym samym w sposób naruszający naczelne zasady prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego - zasadę proporcjonalności (adekwatności), która rzutuje na obowiązek współdziałania Zamawiającego i Wykonawcy przy wykonaniu umowy w sprawie zamówienia publicznego, zasadę przejrzystości, a także prowadzące do zaniechania lub utrudnienia zapewnienia zachowania uczciwej konkurencji.

Podniesione zarzuty i wskazane postanowienia Wzoru Umowy - według Odwołującego - naruszają przepisy ustaw kodeks cywilny jak i Prawa zamówień publicznych w następującym zakresie.

Odwołujący podniósł, że zaskarżone postanowienia SWZ naruszają zasady zapewnienia uczciwej konkurencji, przejrzystości, proporcjonalności, zapewnienia precyzyjnego opisu przedmiotu zamówienia.

Pomimo obowiązku opisanie przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, niewykluczających się, uwzględniających wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty, Zamawiający zobowiązanie to pominął przy sporządzaniu Umowy. Wskazane w zarzutach niedokładności, sprzeczności występujące w Umowie, stanowią o naruszeniu nie tylko art. 16 pkt 2) PZP, ale i art. 99 ust. 1 PZP.

Podkreślił, że niedokładności te i braki nie pozwalają na należyte oszacowanie zakresu robót budowlanych, a w konsekwencji ich wyceny.

Nadto, stwierdził, że Zamawiający jest zobowiązany zachować niezbędną równowagę i proporcję między interesem polegającym na uzyskaniu rękojmi należytego wykonania zamówienia a interesem potencjalnych wykonawców, których nie można, poprzez wprowadzenie nadmiernych wymagań co do opisu przedmiotu zamówienia, nadmiernie wygórowanych warunków, z góry eliminować z udziału w postępowaniu, czy też utrudniać im udział w postępowaniu o zamówienie publiczne. Naruszeniem zasady uczciwej konkurencji oraz zasady proporcjonalności będzie również dokonywanie opisu przedmiotu zamówienia przez wskazanie rygorystycznych wymagań, nieuzasadnionych potrzebami zamawiającego Istotą generalnej zasady zamówień publicznych, tj. zasady proporcjonalności

jest konieczność dołożenia należytej staranności przez zamawiającego polegającej na podejmowaniu wyłącznie takich działań i stawianiu takich wymogów, bez których nie będzie możliwe osiągnięcie zamierzonego celu, jakim jest udzielenie danego zamówienia Zasada proporcjonalności przejawia się na niemal wszystkich etapach związanych z przygotowaniem i przeprowadzeniem postępowania o udzielenie zamówienia i wskazuje na konieczność korzystania przez zamawiającego z takich środków, które muszą być odpowiednie do zamierzonego celu, tj. takie, przy pomocy których ten cel da się osiągnąć, właściwe dla danego celu; niezbędne, tj. takie, których nie sposób osiągnąć lepiej za pomocą innego środka, najwłaściwsze do osiągnięcia zamierzonego celu oraz takie, które w najmniejszym stopniu ograniczają interesy i prawa wykonawców

Przenosząc powyższe rozważania na niniejszy przetarg zauważył, że Zamawiający w szeregu postanowień umowy przerzucił na Wykonawcę ryzyka, a także określił obowiązki Wykonawcy w sposób zbyt daleko idący i dolegliwy, co w prawidłowych i partnerskich relacjach pomiędzy Stronami Umowy nie występuje. Takie uregulowanie wzajemnych praw i obowiązków narusza art. 16 i 431 PZP, który stanowi, że Zamawiający i wykonawca wybrany w postępowaniu o udzielenie zamówienia obowiązani są współdziałać przy wykonaniu umowy w sprawie zamówienia publicznego, zwanej dalej „umową”, w celu należytej realizacji zamówienia.

Wskazał również, że art. 431 PZP ma także wymiar dyrektywy skierowanej do zamawiającego, aby projektowanymi postanowieniami umowy tworzyć ramy dla partnerskiej współpracy stron.

W związku z tym należy uznać, iż konstruowanie postanowień w sposób wskazany w tym odwołaniu jest sprzeczne zarówno z art. 16 PZP, jak i art. 431 PZP.

Naruszenie zasady proporcjonalności poprzez zbyt restrykcyjne obowiązki nałożone na Wykonawcę prowadzi do zachwiania równowagi stron i naruszenia konkurencji (art. 16 PZP w zw. z art. 431 PZP). To z kolei jest związane z naruszeniem art. 99 ust. 1 PZP, który zawiera postulat precyzyjności opisu przedmiotu zamówienia przejawiający się m. in. zakazem przerzucania na Wykonawcę niezidentyfikowanych ryzyk.

Dlatego w tym względzie w pierwszej kolejności - w opinii Odwołującego - należy przywołać przepisy i poglądy doktryny w kwestii postulatu precyzyjnego opisu przedmiotu zamówienia.

Zdaniem Odwołującego - nie może usprawiedliwiać braku wyczerpującego opisu przedmiotu zamówienia stwierdzenie, że wykonawca winien uwzględnić w wycenie zamówienia wszystkie ryzyka. Podkreślić bowiem należy, że wycena ryzyk związanych z wykonaniem zamówienia może być niemożliwa właśnie ze względu na niewłaściwy opis przedmiotu zamówienia. Nie można bowiem wyliczyć ewentualnego kosztu ryzyka, którego wykonawca nie ma możliwości zidentyfikować z uwagi na brak odpowiedniej i wyczerpującej informacji w SIWZ (wyrok KIO 897/15 z dn.18.05.2015 r.).

Przekonywał również, że Zamawiającemu nie wolno sporządzać opisu, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję. Do stwierdzenia nieprawidłowości w opisie przedmiotu zamówienia, a tym samym sprzeczności z prawem, wystarczy jedynie zaistnienie możliwości utrudniania uczciwej konkurencji poprzez zastosowanie określonych zwrotów opisujących sposób realizacji zamówienia. Na zamawiającym ciąży szczególna odpowiedzialność, powinien on tak szczegółowo i dokładnie określić swoje wymagania dotyczące opisu przedmiotu zamówienia. Obowiązkiem zamawiającego jest podjęcie wszelkich możliwych środków w celu wyeliminowania elementu niepewności wykonawców co do przedmiotu zamówienia, poprzez maksymalnie jednoznaczne i wyczerpujące określenie przedmiotu zamówienia.

Dlatego - zdaniem Odwołującego - warto już w tym momencie dokonać odpowiednich zmian w projekcie umowy, tak aby w przyszłości nie generowały wątpliwości interpretacyjnych i ewentualnych sporów.

W swoim odwołaniu Odwołujący odniósł się do konkretnych postanowień umownych w zakresie pozostałych do rozstrzygnięcia zarzutów nr 7, 14, 19 (argumentacja Odwołującego w zakresie innych wyżej wskazanych zarzutów odwołania została pominięta z racji ich wycofania).

Odwołując się do tych zachowań Zamawiającego, których konsekwencją jest naruszenie przywołanych powyżej przepisów i zasad wskazał na:

7) § 11 ust. 4 pkt 3, ust. 5 pkt 12 Umowy.

Uzależnienie odbiorów końcowych od usunięcia wszystkich usterek, a nie tylko wad o istotnym charakterze (§ 11 ust. 4 pkt 3, ust. 5 pkt 12 Umowy);

Wnioskowane brzmienie postanowienia:

- § 11 ust. 4 pkt 3)

4. Zgłoszenie gotowości do odbioru końcowego inwestycji może być dokonane tylko po:

3) potwierdzeniu usunięcia ~~usterek wykazanych podczas przeglądu technicznego~~ wad o istotnym charakterze.

- § 11 ust. 5 pkt 12)

5. Przed odbiorem końcowym inwestycji Wykonawca przedłoży Zamawiającemu, w szczególności:

12)protokół z usunięcia ~~usterek~~ wad o istotnym charakterze.

Zdaniem Odwołującego - zaskarżone postanowienia umowy stwarzają Zamawiającemu uprawnienie do odmowy przystąpienia do odbioru robót w przypadku wystąpienia wad nieistotnych, co w rzeczywistości statuuje odbiór bezusterkowy. Zgodnie z przepisami kodeksu cywilnego Zamawiający ma uprawnienie do braku odbioru robót, ale tylko w przypadku wystąpienia wad istotnych. W związku z tym Wykonawca wniósł w tym zakresie o zmianę tego postanowienia.

Reasumując, Odwołujący stwierdził, że Zamawiający nie jest uprawniony do odmowy do przystąpienia, a w tym do odbioru robót od Wykonawcy w przypadku jakichkolwiek wad w wykonanych robotach, lecz tylko w razie wad istotnych. W pozostałym zakresie jest zobowiązany dokonać odbioru z jednoczesnym wskazaniem wykrytych wad wraz z ustaleniem terminu ich usunięcia. W przeciwnym przypadku zachodziłaby sprzeczność odpowiednich postanowień umowy z przepisami art. 647, 654 i 656 § 1 Kc oraz z naturą stosunku prawnego umowy o roboty budowlane (art. 353(1) Kc), powodująca ich częściową nieważność z mocy prawa (art. 58 § 3 Kc).

Powyższe potwierdza zasadność wniosków Wykonawcy o zmianę Umowy w zakresie powyżej wskazanym.

14) § 20 ust. 12 Umowy.

Wprowadzenie postanowienia, że za przedłużenie terminu realizacji zamówienia Wykonawcy nie przysługuje dodatkowe wynagrodzenie (§ 20 ust. 12 Umowy);

Wnioskowane brzmienie postanowienia:

11. ~~Za przedłużenie terminu realizacji zamówienia Wykonawcy nie przysługuje~~

dodatkowe wynagrodzenie: Wykonawca jest uprawniony do żądania zmiany Wynagrodzenia należnego z tytułu realizacji zamówienia (obejmującego także koszty ogólne) oraz terminów realizacji zamówienia lub jego terminów pośrednich, odpowiednio w przypadkach określonych w ust. 10. Umowy. Wynagrodzenie dodatkowe (bezpośrednie koszty) będzie obliczone na podstawie średniej cen wynikających z przedstawionych przez Wykonawcę trzech ofert z rynku wraz z rozsądnym zyskiem.

Według Odwołującego - zaskarżone postanowienia w sposób jaskrawy i zupełnie nieuzasadniony pozbawia Wykonawcę możliwości wynagrodzenia realizację przedmiotu umowy. Jest oczywiste i wynika z natury zobowiązania (np. 353(1) w zw. Z np. 647 kc), że Wykonawca odpłatnie realizuje umowę o roboty budowlane - wykonuje swoje obowiązki. Składając ofertę planuje swój budżet wraz z zakładanym zyskiem - co również oczywiste i wymagane (aby oferta była przemyślana i nie zawierała rażąco niskiej ceny). W skład planowanych wydatków wchodzi nie tylko koszty bezpośrednie, ale i koszty pośrednie (tzw. Ogólne), związane z funkcjonowaniem budowy (np. koszty wynagrodzeń kadry przeznaczonej do wykonania zadania, koszty zaplecza budowy). Ich poniesienie jest jednak niezbędnym elementem związanym z wykonaniem obowiązków, bez nich nie można wykonać zadania zakładając. Inne podejście o tego zagadnienia powoduje, że przyjmujemy bezprawny pogląd, iż Wykonawca ma nie tylko zarobić na umowie, ale i dołożyć do tego zadania, czyli sfinansować w jakimś zakresie Zamawiającego.

Natomiast odniesienie się do średnich cen rynkowych wynikających z ofert pobranych z rynku, jest rozwiązaniem najuczciwszym, gdyż najbardziej oddaje poziom danych usług i materiałów. To powoduje, że ani Wykonawca, ani Zamawiający nie będą stratni na takim rozwiązaniu. To rynek najszybciej reaguje na zmiany cen, w szczególności szybciej niż wskaźniki SEKOCENBUD, które są ogłaszane z opóźnieniem i nie oddają ówczesnego poziomu cen. A wycena będzie dokonywana na czas, kiedy te roboty (nie objęte ofertą i przedmiotem zamówienia) byłyby wykonywane.

19) pkt 3, str. 3 Zał. Nr 3 Opis przedmiotu zamówienia.

Odwołujący podkreślił, że wprowadzenie zasady, że każda niespójność umowy będzie interpretowana na korzyść Zamawiającego, to znaczy w kierunku obciążenia Wykonawcy obowiązkiem.

W tym zakresie Odwołujący wniósł o wykreślenie zaskarżonego postanowienia o treści (tylko fragment przekreślony do usunięcia):

W szczególności w przypadku zaistnienia jakichkolwiek wątpliwości lub sprzeczności w treści dokumentów, należy mieć na względzie, iż zamiarem Zamawiającego i celem Dokumentacji Przetargowej jest zapewnienie najlepszej jakości i funkcjonalności obiektów stanowiących przedmiot postępowania oraz zgodności przedmiotu zamówienia z obowiązującymi normami i przepisami. ~~Pierwszeństwo będzie nadawać się znaczeniu stwierdzającemu istnienie obowiązku, pomijać się będzie zaś znaczenia zmierzające do zwolnienia Wykonawcy z realizacji obowiązku.~~

Wywodził przy tym, że o ile Wykonawca rozumie i zgadza się z pierwszą częścią tego postanowienia (dwa pierwsze zdania), gdyż bliski jest mu postulat zapewnienia najlepszej jakości i funkcjonalności przedmiotu umowy, to nie może się zgodzić na pozostałą treść tego postanowienia. Otóż, wprowadzanie swoistej reguły interpretacyjnej w myśl art. 65 kc jest niedopuszczalne. Wynika to z tego, że o ile Wykonawca dopuszcza nieścisłości, czy rozbieżności pomiędzy poszczególnymi dokumentami składającymi się na dokumentację przetargową, które trzeba w jakiś sposób usunąć (czy to postulatem największej jakości przedmiotu umowy, czy rozmowami pomiędzy Stronami, czy też w wyniku hierarchii dokumentów). To zupełnie niezrozumiałe jest jednak przypisywanie Wykonawcy obowiązku w przypadku wątpliwości co do jego istnienia. Tym bardziej, skoro to Zamawiający odpowiada za przygotowaną dokumentację albo gdy owe rozbieżności czy nieścisłości mogą według Zamawiającego występować w tym samym dokumencie. Takie podejście nie jest uzasadnione, ani celem zamówienia, ani okolicznościami postępowania.

Zdaniem Odwołującego - zaskarżone postanowienie narusza zarówno zasadę

współdziałania (współpracy) obu stron umowy (art. 431 PZP), jak i zasadę proporcjonalności (art. 16 pkt 3 PZP). Jednak przede wszystkim narusza zasadę przejrzystości (art. 16 pkt 2 PZP). Wykonawca nie jest autorem Umowy i nie powinien ponosić odpowiedzialność za brak precyzji jej postanowień, który to zarzut był już podnoszony w odwołaniu. Tymczasem takim postanowieniem Zamawiający próbuje blankietowo usprawiedliwić wszelkie, ewentualne niedociągnięcia i nieścisłości Umowy. Warto przytoczyć w tym miejscu pogląd Sądu Apelacyjnego w Warszawie w wyroku z dnia 3 grudnia 2019r., I ACa 266/19, w którym sąd stwierdził, że „Konsekwencje zaniechania sporządzenia przez zamawiającego opisu przedmiotu zamówienia w sposób odpowiadający wymogom art. 29 ust. 1 p.z.p. nie mogą być następnie przerzucane na wykonawcę”. Istotne jest również stanowisko Sądu Najwyższego w wyroku z dnia 29 kwietnia 2016r., I CSK 306/15: „Wątpliwości interpretacyjne, które nie dają się usunąć w drodze ogólnych dyrektyw wykładni oświadczeń woli, powinny być rozstrzygnięte na niekorzyść strony, która zredagowała tekst je wywołujący (in dubio contra proferentem). Ryzyko nie dających się usunąć w drodze ogólnych dyrektyw wykładni oświadczeń woli niejasności tekstu umowy powinna ponieść ta strona, która tekst zredagowała.”

Zauważył, że w całym postępowaniu Zamawiający oczekuje od Wykonawcy profesjonalizmu tymczasem takimi postanowieniami, Zamawiający sam zwalnia się nie tylko od działania jak podmiot zawodowy zajmujący się tego typu czynnościami (profesjonalny zamawiający), ale nawet od zwykłej należytej staranności. Bo jak inaczej tłumaczyć taką treść proponowanych postanowień. Wykonawca stoi na stanowisku, że skoro od Wykonawcy oczekuje się działania na należytych, wskazanym w Umowie poziomie profesjonalisty, to i od Zamawiającego nie tylko można, ale i trzeba tego oczekiwać.

Podsumowując, zaznaczył, że wszystkie podniesione zarzuty wychodzą i skupiają się wokół art. 16 PZP oraz art. 431 PZP i zasad nich wypływających, bowiem zasady wyrażone w art. 16 pzp wymagają, aby wszystkie informacje niezbędne do złożenia prawidłowej, zgodnej z wymaganiami Zamawiającego, a jednocześnie konkurencyjnej oferty, były dostępne wykonawcom na równych prawach. Źródłem wiedzy wykonawców jest specyfikacja (istotnych) warunków zamówienia oraz wyjaśnienia udzielone w toku postępowania. Zakres robót i świadczeń - możliwość (ryzyko) ich wystąpienia, rozmiar, ilość, konieczność ich wykonania - nie może być pozostawiony domyślności Wykonawcy, podobnie jak zakres nałożonej nań odpowiedzialności.

W ocenie Odwołującego - taka sytuacja nie tylko narusza podstawowe zasady prowadzenia postępowania wskazane w art. 16 PZP - uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, ale przede wszystkim prowadzi do składania ofert nieporównywalnych co do rozmiarów świadczenia. Brak dokładnego, precyzyjnego opisu przedmiotu zamówienia przy jednoczesnym przerzuceniu na wykonawców bliżej niesprecyzowanych ryzyk wynikających z owych niedomagań opisu przedmiotu zamówienia, skutkuje brakiem wiedzy co do sposobu dokonania wyceny oferty, bowiem niewiadomą pozostaje co i w jakich ilościach, wielkościach winno być w cenie ujęte, a co jest zbędne. Na etapie oceny ofert braki we wskazanym zakresie będą skutkować całkowitą niemożnością rzetelnego porównania ofert konkurencji, gdyż każdy wykonawca przyjmie odmienne założenia i odmienny zakres robót lub czynności oraz ryzyko do wyceny.

Powyższe z kolei - jak twierdzi Odwołujący - nieodłącznie związane jest z naruszeniem zasady proporcjonalności (adekwatności) rozwiązań zastosowanych przez Zamawiającego. Bowiem obowiązki nałożone na Wykonawcę są zbyt rygorystyczne, w kształcie i treści zaproponowanej uwzględniają tylko źle pojęty interes Zamawiającego i jako takie nie wytrzymują próby spełniania warunków, które uwzględniają zasadę proporcjonalności środków i metod zastosowanych przez Zamawiającego.

W przedmiotowej sprawie wykonawca Budimex S.A. z siedzibą w Warszawie w dniu 14 stycznia 2022 r. zgłosił swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 66/22 po stronie Odwołującego.

W dniu 24 stycznia 2022 r. Zamawiający udzielając odpowiedzi na odwołanie zajął stanowisko uwzględniając znaczną część zarzutów odwołania.

Nie zgadzając się z niektórymi postanowieniami Specyfikacji Warunków Zamówienia, zwanej dalej SWZ Odwołujący: ALSTAL Grupa Budowlana sp. z o.o. sp. k. z siedzibą w Bydgoszczy w dniu 10 stycznia 2022 r. wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej zaskarżając następujące czynności Zamawiającego, podjęte oraz zaniechane w toku postępowania, a polegające na:

1. sformułowaniu warunku udziału w postępowaniu w sposób nieproporcjonalny i wygórowany,

2. sformułowaniu wzoru umowy w sposób nieproporcjonalny, nieprzejrzysty, nieefektywny, niejednoznaczny, niewyczerpujący, niezapewniający równości stron, naruszający przepisy ustawy Pzp oraz Kodeksu cywilnego,

3. wprowadzenia do treści wzoru umowy zapisów dających Zamawiającemu uznaniowe prawo do odmowy przystąpienia do odbioru końcowego i tym samym odmowy jego dokonania w każdym przypadku wystąpienia wad, także nieistotnych,

4. nieuprawnionym ograniczeniu konkurencji w postępowaniu,

Według Odwołującego - przez opisane wyżej czynności i zaniechania Zamawiający dopuścił się naruszenia przepisów prawa wskazanych bezpośrednio poniżej oraz w uzasadnieniu odwołania:

1. naruszenie art. 16 pkt 1-3 ustawy Pzp oraz art. 17 ust 1 ustawy Pzp w związku z art. 112 ust. 1 ustawy Pzp w związku z art. 112 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp w związku z art. 116 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez wadliwe określenie warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej wykonawcy - doświadczenie wykonawcy, tj. określenie wymagań w zakresie wykazania się budową obiektu budowlanego o charakterze użytkowym produkcyjnym i usługowym, gdzie budynek produkcyjny całkowicie lub w przeważającej części przeznaczony jest na cele związane ze zorganizowaną działalnością mającą na celu wytwarzanie jakichś towarów, usług lub dóbr kultury dla wszystkich gałęzi przemysłu, podczas gdy wybudowany obiekt nie będzie miał charakteru przemysłowego (wytwórczego), gdyż jego przeznaczeniem i funkcją jaką ma pełnić będzie hala obsługi pojazdów szynowych (tramwajów), co narusza zasadę uczciwej konkurencji i zasadę równego traktowania wykonawców oraz zasadę udzielania zamówienia zapewniającego najlepszą jakość uzasadnioną charakterem zamówienia, nie jest proporcjonalny do przedmiotu zamówienia, nie jest związany z zamówieniem i nie odzwierciedla minimalnych poziomów, przez co Postępowanie straciło walor przejrzystości;

2. naruszenie art. 16 pkt 1-3 ustawy Pzp oraz art. 17 ust 1 ustawy Pzp w związku z art. 99 ust. 1 i 4 ustawy Pzp w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 353¹ kc w zw. z art. 647 kc poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny, niewyczerpujący, nieproporcjonalny, nieprzejrzysty, nieefektywny oraz w sposób uniemożliwiający uczciwą konkurencję i naruszający zasadę równego traktowania wykonawców poprzez zobowiązanie w § 4 ust. 5 wzoru umowy w zw. z § 10 ust.3 i § 5 ust. 1 wzoru umowy wykonawcy do zabezpieczenia, przeniesienia lub usunięcia nieopisanych w dokumentach zamówienia instalacji, co stanowi także nieuprawnione obciążenie wykonawcy ryzykami kontraktowymi, wykorzystanie pozycji dominującej organizatora przetargu i rażące uprzywilejowanie w treści projektu umowy pozycji Zamawiającego, wbrew zasadom współżycia społecznego i właściwego stosunku prawnego, w sposób stanowiący nadużycie prawa poprzez zobowiązanie wykonawcy do wykonania prac nieopisanych w dokumentach zamówienia. Tym samym, Zamawiający w sposób jednoznaczny uchyla się od obowiązku przekazania Wykonawcom kompletnej dokumentacji, wskazującej na umiejscowienie wszystkich istniejących instalacji, tak aby Wykonawca realizujący zamówienie mógł wykonywać roboty bez narażania tych instalacji na uszkodzenie.

3. naruszenie art. 16 pkt 1-3 ustawy Pzp w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 647 kodeksu cywilnego poprzez przyznanie Zamawiającemu w § 11 ust. 4 pkt 1, 2 i 3 wzoru Umowy w zw. z § 11 ust. 8 pkt 4 wzoru Umowy uznaniowego prawa do odmowy przystąpienia do odbioru końcowego i tym samym odmowy jego dokonania w przypadku wystąpienia jakichkolwiek wad niezależnie od tego czy są one istotne czy też nieistotne oraz braku ich usunięcia przez Wykonawcę już na etapie procedowania przeglądu technicznego tj. przed odbiorem końcowym. Zamawiający bowiem wymaga aby wszystkie usterki stwierdzone w trakcie dokonywania przeglądu technicznego zostały usunięte przez Wykonawcę przed zgłoszeniem do odbioru końcowego, co wynika z § 11 ust. 4 pkt 3) wzoru

umowy, w świetle którego do zgłoszenia przez Wykonawcę gotowości do odbioru końcowego wymagane jest potwierdzenie usunięcia usterek stwierdzonych w trakcie przeglądu technicznego. Powyższe powoduje, że już na etapie zgłoszenia do odbioru Zamawiający wymaga braku jakichkolwiek usterek (istotnych i nieistotnych) w przekazywanej inwestycji pod rygorem odmowy przystąpienia do odbioru końcowego przy czym podkreślić należy, że uprawnienie do odmowy odbioru końcowego powinno mieć miejsce jedynie w przypadku wystąpienia wad istotnych. Zgodnie bowiem z art. 647 kodeksu cywilnego inwestor (Zamawiający) ma obowiązek dokonania odbioru i może uchylić się od tego obowiązku tylko w przypadku, gdy przedmiot umowy obciążony jest wadami istotnymi. W przypadku wystąpienia wad nieistotnych inwestor (Zamawiający) jest obowiązany dokonać odbioru końcowego, co w konsekwencji powoduje, że przy obecnych zapisach wzoru umowy Zamawiający ma uznaniowe prawo nie tylko do odmowy odbioru końcowego, ale także do uzależnienia możliwości przystąpienia do odbioru końcowego od potwierdzenia usunięcia wszystkich usterek w tym nieistotnych wykazanych już podczas przeglądu technicznego. Powyższy zapis wprowadza zatem pośrednio do wzoru umowy niezgodny z przepisami zapis o tzw. bezusterkowym odbiorze. Jednocześnie kwestionowany zapis wzoru umowy daje Zamawiającemu uznaniowe prawo do opóźniania terminu odbioru końcowego i rzutuje na wstrzymanie wystawienia faktury końcowej, która stanowi podstawę wypłaty wynagrodzenia na rzecz Wykonawcy, w świetle art. § 10 ust. 8 wzoru Umowy. Podczas gdy płatność końcowa powinna nastąpić po odbiorze końcowym a nie po usunięciu nieistotnych wad odbiorowych. Powiązanie płatności końcowej z usunięciem nieistotnych wad odbiorowych oznacza, że płatność ta stanowi dodatkowe zabezpieczenie należytego wykonania umowy (zabezpieczenie usunięcia wad odbiorowych) a Zamawiający wbrew Pzp nie tylko narzuca formę zabezpieczenia ale ustanawia zabezpieczenie przekraczające dopuszczalną wysokość zabezpieczenia;

Wskazując na powyższe, na podstawie art. 516 ust. 1 pkt. 9 ustawy Pzp Odwołujący wnosil o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu, aby:

1. zmienił treść Ogłoszenia o zamówieniu i SWZ w sposób wskazany w uzasadnieniu odwołania,
2. dokonał zmianę Ogłoszenia o zamówieniu i SWZ przekazał niezwłocznie wszystkim wykonawcom, którym przekazano SWZ, oraz zamieścił zmianę Ogłoszenia o zamówieniu i SWZ na stronie internetowej, na której Ogłoszenie o zamówieniu lub SWZ jest udostępniana,
3. usunął z treści wzoru umowy §11 ust. 4 pkt 3,
4. przesunął termin składania ofert o niezbędny dodatkowy czas na sporządzenie ofert lub wprowadzenie zmian w ofertach.

Należy nadmienić, że z racji wycofania przez Odwołującego wyżej wskazanych zarzutów nr 1 i 2 pozostał do rozpoznania jedynie zarzut nr 3 dotyczący naruszenia przez Zamawiającego art. 16 pkt 1-3 ustawy Pzp w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 647 kodeksu cywilnego poprzez przyznanie zamawiającemu w § 11 ust. 4 pkt 1, 2 i 3 wzoru umowy w zw. z § 11 ust. 8 pkt 4 wzoru umowy uznaniowego prawa do odmowy przystąpienia do odbioru końcowego i tym samym odmowy jego dokonania w przypadku wystąpienia jakichkolwiek wad niezależnie od tego czy są one istotne czy też nieistotne oraz braku ich usunięcia przez wykonawcę już na etapie procedowania przeglądu technicznego tj. przed odbiorem końcowym.

W odniesieniu do zarzutu nr 3 Odwołujący zwrócił uwagę, że przyznanie Zamawiającemu uznaniowego prawa do odmowy przystąpienia do odbioru końcowego i tym samym odmowy jego dokonania w każdym przypadku wystąpienia jakichkolwiek usterek/wad niezależnie od tego czy są one istotne czy też nieistotne oraz braku ich usunięcia przez Wykonawcę już na etapie procedowania przeglądu technicznego tj. przed odbiorem końcowym stoi w wyraźnej sprzeczności z art. 647 kodeksu cywilnego.

Wskazał, że Zamawiający wymagał aby wszystkie usterki stwierdzone w trakcie dokonywania przeglądu technicznego zostały usunięte przez Wykonawcę przed zgłoszeniem do odbioru końcowego, co wynika z § 11 ust. 4 pkt 3) wzoru umowy, w świetle którego do zgłoszenia przez Wykonawcę gotowości do odbioru końcowego wymagane jest potwierdzenie usunięcia usterek stwierdzonych w trakcie przeglądu technicznego.

Powyższe powoduje - zdaniem Odwołującego, że już na etapie zgłoszenia do

odbioru Zamawiający wymaga braku jakichkolwiek wad/usterek (istotnych i nieistotnych) w przekazywanej inwestycji pod rygorem odmowy przystąpienia do odbioru końcowego, przy czym podkreślić należy, że uprawnienie do odmowy odbioru końcowego powinno mieć miejsce jedynie w przypadku wystąpienia wad istotnych.

Podniósł, że w świetle art. 647 kc 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 (Zamawiający) - wykonawca. Dokonanie odbioru stanowi niejako pokwitowanie spełnia świadczenia wystawiane przez inwestora. Praktyka budowlana pokazuje, że na etapie odbioru końcowego dochodzi często do sporów pomiędzy inwestorem a wykonawcą. Osią tego sporu jest kwestia wad w wykonanych robotach w związku, z których wystąpieniem, inwestorzy odmawiają dokonania odbioru a tym samym blokują możliwość otrzymania wynagrodzenia przez wykonawcę. W istocie poprzez odmowę dokonania odbioru inwestor próbuje wymusić usunięcie wad stwierdzonych na etapie odbioru końcowego przedmiotu umowy, w niniejszym stanie faktycznym jeszcze przed zgłoszeniem prac do odbioru końcowego.

Odwołujący wyraził przekonanie, że jeżeli Zamawiający nie jest uprawniony do uzależnienia dokonania odbioru końcowego prac od braku wad nieistotnych to tym bardziej nie jest on uprawniony do uzależnienia przystąpienia do owego odbioru końcowego od usunięcia tychże usterek już na etapie wcześniejszego przeglądu technicznego. Powyższy zapis § 11 ust. 4 pkt 3 wzoru umowy wprowadzający tzw. bezusterkowy odbiór jest zatem niezgodny z art. 647 kodeksu cywilnego. Tym samym kwestionowany zapis pośrednio wprowadza do wzoru umowy niezgodny z przepisami kodeksu cywilnego zapis o tzw. bezusterkowym odbiorze.

Jednocześnie, zauważył, że przedmiotowy zapis wzoru umowy daje Zamawiającemu uznaniowe prawo do opóźniania terminu odbioru końcowego i rzutuje na wstrzymanie wystawienia faktury końcowej, która stanowi podstawę wypłaty wynagrodzenia na rzecz Wykonawcy, w świetle art. § 10 ust. 8 wzoru Umowy. Podczas gdy płatność końcowa powinna nastąpić po odbiorze końcowym a nie po usunięciu nieistotnych wad odbiorowych. Powiązanie płatności końcowej z usunięciem nieistotnych wad odbiorowych oznacza, że płatność ta stanowi dodatkowe zabezpieczenie należytego wykonania umowy (zabezpieczenie usunięcia wad odbiorowych) a Zamawiający wbrew Pzp nie tylko narzuca formę zabezpieczenia ale ustanawia zabezpieczenie przekraczające dopuszczalną wysokość zabezpieczenia;

Z uwagi na wskazane powyżej okoliczności, Odwołujący wnosil o:

- usunięcie ust. 4 z treści § 11 wzoru Umowy i w związku z tym zmianę dalszej numeracji ustępów § 11 uwzględniającą usunięcie ust. 4, (żądanie nr 5).

- zmianę § 11 ust. 8 pkt 4) wzoru umowy poprzez nadanie mu następującego brzmienia:

„4) zostaną stwierdzone możliwe do usunięcia, ale nieistotne wady umożliwiające użytkowanie przedmiotu niniejszej umowy zgodnie z przeznaczeniem, Strony podpiszą „Protokół odbioru końcowego inwestycji”, ze wskazaniem terminu usunięcia wad, Wykonawca będzie zobowiązany w tym zakresie do przedłużenia zabezpieczenia należytego wykonania umowy do daty usunięcia wad.” (żądanie nr 6).

W przedmiotowej sprawie wykonawca Budimex S.A. z siedzibą w Warszawie w dniu 14 stycznia 2022 r. zgłosił swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 66/22 po stronie Odwołującego.

W dniu 24 stycznia 2022 r. Zamawiający udzielając odpowiedzi na odwołanie zajął stanowisko uwzględniając częściowo niektóre zarzuty odwołania.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.

Na podstawie zebranego w sprawie materiału dowodowego, a w szczególności w oparciu o treść akt sprawy odwoławczej, w tym ogłoszenia i Specyfikacji Warunków Zamówienia, zwanej dalej SIWZ, złożonych odwołań, odpowiedzi Zamawiającego na powyższe odwołania z dnia 24 stycznia 2022 r., jak również na podstawie złożonych na posiedzeniu/rozprawie wyjaśnień Izba postanowiła odwołanie w sprawie o sygn. akt KIO 66/22 uwzględnić w części, uznając za uzasadniony: zarzut nr 19 - naruszenia przez Zamawiającego przepisu art. 16 w związku z art. 99 ust. 1 i 4 w związku z art. 431 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r., poz. 1129 wraz ze zm.), zwanej dalej ustawą Pzp oraz uznając za nieuzasadniony zarzut nr 7 i nr 14 - naruszenia przez Zamawiającego przepisu art. 647 Kodeksu cywilnego, zwanego dalej kc, art. 353¹ kc, art. 58 § 1 i 2 kc, art. 5 kc, art. 471 kc w związku z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp, art. 16 ust. 1 ustawy Pzp, art. 99 ust. 1 i 4 ustawy Pzp, art. 431 ustawy Pzp, zaś w sprawie o sygn. akt KIO 79/22 Izba postanowiła odwołanie oddalić.

Odwołania nie zawierały braków formalnych, wpis został przez Odwołujących uiszczony, zatem odwołania podlegały rozpoznaniu. Izba nie stwierdziła przesłanek do ich odrzucenia.

W pierwszej kolejności należy wskazać, że zakres zaskarżenia wniesionych odwołań został przez Odwołujących w sposób istotny ograniczony poprzez złożenie przez nich stosownych oświadczeń o cofnięciu poszczególnych zarzutów odwołań.

W dniu 25 stycznia 2022 r. na posiedzeniu przed Krajową Izbą Odwoławczą Odwołujący w sprawie o sygn. akt KIO 66/22 oświadczył, że cofa zarzuty odwołania nr 1, 2, 3, 4, 5, 6, 8, 9, 10, 11, 12, 13, 15, 16, 17, 18, zaś podtrzymuje zarzuty nr 7, 14, 19.

Jednocześnie na tym posiedzeniu Odwołujący w sprawie o sygn. akt KIO 79/22 oświadczył, że cofa zarzuty odwołania nr 1, 2, zaś podtrzymuje zarzut 3 wraz z żądaniami nr 5 i 6.

W związku z zaistnieniem wyżej wskazanych procesowych czynności dyspozytywnych Odwołujących Izba uznała brak przedmiotu sporu w zakresie wycofanych zarzutów, a tym samym rozpoznanie odwołania w tym zakresie za bezprzedmiotowe.

Przechodząc zatem do rozpoznania przedmiotowej sprawy o sygn. akt KIO 66/22 w zakresie podtrzymywanych przez Odwołującego zarzutów odwołania, Izba po przeprowadzeniu postępowania odwoławczego stwierdziła, że nie doszukała się w działaniach Zamawiającego naruszenia przez Zamawiającego przepisu art. 647 Kodeksu cywilnego, zwanego dalej kc, art. 353¹ kc, art. 58 § 1 i 2 kc, art. 5 kc, art. 471 kc w związku z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp, art. 16 ust. 1 ustawy Pzp, art. 99 ust. 1 i 4 ustawy Pzp, art. 431 ustawy Pzp w zakresie zarzut nr 7 i nr 14 i jednocześnie Izba uznała, że doszło do naruszenia przez Zamawiającego przepisu art. 16 w związku z art. 99 ust. 1 i 4 w związku z art. 431 ustawy Pzp w odniesieniu do zarzutu nr 19.

Natomiast, odwołanie o sygn. akt KIO 79/22 - zdaniem Izby - nie zasługiwało na uwzględnienie i jako takie podlegało oddaleniu, a zatem pozostały do rozpoznania zarzut nr 3 - naruszenia przez Zamawiającego przepisu art. 16 pkt 1-3 ustawy Pzp w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 647 kodeksu cywilnego nie potwierdził się.

Podstawowym, istotnym zagadnieniem wymagającym rozstrzygnięcia w przedmiotowych sprawach była kwestia oceny czy Zamawiający miał dostateczne podstawy prawne do opisanie przedmiotu zamówienia w sposób objęty zaskarżonymi odwołaniami.

Należy wskazać, że Odwołujący w swoim odwołaniu poprzez odesłanie z art.8 ust.1 ustawy Pzp wykazywał naruszenie przez Zamawiającego między innymi przepisu art. 353¹ kodeksu cywilnego, zgodnie z którym strony zawierające umowę mogą ułożyć stosunek prawny według swego uznania, byleby jego treść lub cel nie sprzeciwiały się właściwości (naturze) stosunku, ustawie ani zasadom współżycia społecznego.

Izba dokonując analizy pozostałych do rozstrzygnięcia zarzutów nr 7 i 14 i związanych z nimi zgłoszonych przez Odwołującego okoliczności faktycznych opisanych, zarówno w samym odwołaniu, jak i w SWZ, doszła do przekonania, że zasada swobody umów działa erga omnes, co oznacza, że do zawarcia umowy konieczne jest oświadczenie woli dwóch stron stosunku prawnego.

Zasada ta doznaje jedynie ograniczenia w razie stwierdzenia, że umowa pozostaje w sprzeczności z właściwością (naturą) stosunku, ustawą czy zasadami współżycia społecznego.

W ocenie Izby - Odwołujący nie wykazał, że wola Zamawiającego wyrażona na gruncie postanowień § 11 ust.4 pkt 3, ust.5 pkt 12 oraz § 20 ust.12 załącznika nr 4 do SWZ - projekt umowy narusza właściwość (naturę) stosunku, ustawę czy zasady współżycia społecznego.

Jednocześnie, Odwołujący również poprzez odesłanie z art.8 ust.1 ustawy Pzp powołał się na przepis art. 647 Kodeksu cywilnego, który stanowi, że przez umowę o roboty budowlane wykonawca zobowiązuje się do oddania przewidzianego w umowie obiektu, wykonanego zgodnie z projektem i z zasadami wiedzy technicznej, a inwestor zobowiązuje się do dokonania wymaganych przez właściwe przepisy czynności związanych z przygotowaniem robót, w szczególności do przekazania terenu budowy i dostarczenia projektu, oraz do odebrania obiektu i zapłaty umówionego wynagrodzenia.

W związku z wyżej wskazanymi przepisami prawa Izba stwierdziła, że Zamawiający w rozbudowanym § 11 załącznika nr 4 do SWZ - projekt umowy przewidział szczegółowe zasady zgłaszania odbioru końcowego, jak i dokonania jego odbioru, co przeczy twierdzeniu Odwołującego, że zamiarem tego pierwszego było wyłączenie obowiązku odbioru, o którym mowa w art. 647 Kodeksu cywilnego.

Zdaniem Izby - sporne postanowienia mają na celu zabezpieczenie interesu kontraktowego Zamawiającego poprzez zdyscyplinowanie wykonawcy do rzetelnej realizacji,

również obowiązków wynikających z protokołów usterkowych.

Nie zasługuje na ochronę prawną formuła umowna, która dopuszcza przewlekłość realizacji części umowy, która jest wynikiem zachowania danego wykonawcy polegającego na bagatelizowaniu jakości i terminowości wykonywanego przedmiotu zamówienia.

W przekonaniu Izby - również w interesie wykonawców powinno być takie ukształtowanie treści umowy, aby obowiązki ustanowione pomiędzy stronami podczas przeglądów technicznych i innych czynności podobnych były wykonywane terminowo, w podwyższonym rygorze umownym, co powinno ich zachęcać do podwyższonej staranności w działaniu, mającej na celu w konsekwencji doprowadzenie do należytego wykonania przedmiotu umowy.

Nadto, w swoim odwołaniu Odwołujący przytoczył przepis art.471 kodeksu cywilnego

w myśl którego dłużnik obowiązany jest do naprawienia szkody wynikłej z niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania, chyba że niewykonanie lub nienależyte wykonanie jest następstwem okoliczności, za które dłużnik odpowiedzialności nie ponosi.

Powyższy przepis będzie miał zastosowanie jedynie w sytuacji w niej opisanej, co nie jest równoznaczne z tym, że Zamawiający ten przepis naruszył, skoro jego dyspozycja nie została jeszcze w żaden sposób przez Zamawiającego uruchomiona.

Według zapatrywania Izby - sporne postanowienia umowne zabezpieczają uzasadniony interes Zamawiającego, chroniąc go przed możliwością wystąpienia okoliczności nienależytego wykonania przedmiotu zamówienia po stronie wykonawcy (§ 11 ust.4 pkt 3, ust.5 pkt 12 załącznika nr 4 do SWZ), a także przed sytuacją dopuszczającą arbitralne kształtowanie dodatkowego wynagrodzenia (§ 20 ust.12 załącznika nr 4 do SWZ).

Izba stanęła przy tym na stanowisku, że zarzut związany jednocześnie z żądaniem wykreślenia określonej treści umowy na tle powyższych przepisów, a także wskazanie konkretnego brzmienia spornego postanowienia umownego byłoby działaniem naruszającym przepis art.554 ust. 6 ustawy Pzp, który zabrania nakazania wprowadzenia do umowy postanowienia o określonej treści.

Wobec tego powołanie się przez Odwołującego na cyt. wyżej ogólne przepisy art.471 i 647 kodeksu cywilnego mające charakter dyspozytywny i nie rodzące wprost dla stron umowy skonkretyzowanego obowiązku prawnego, w warunkach obowiązywania powyższego zakazu wprowadzania do umowy postanowienia o określonej treści, nie znajduje

uzasadnienia.

Idąc dalej Izba uznała, że dyrektywę Zamawiającego wskazaną w zdaniu 3 pkt 3 załącznika nr 3 do SWZ - Opis przedmiotu zamówienia za naruszającą przepisy art. 16 w związku z art.99 ust.1 i 4 w związku z art.431 ustawy Pzp z racji wprowadzenia klauzuli dopuszczającej nowe kształtowanie treści SWZ sensu largo na etapie wykonania przedmiotu zamówienia, podczas gdy to na Zamawiającym ciąży obowiązek opisanie przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty(art.99 ust.1 ustawy Pzp).

Nie może zatem Zamawiający wprowadzać do treści SWZ w części dotyczącej opisu przedmiotu zamówienia postanowienia sankcjonującego wykonawcę za braki lub niedokładności popełnione przez samego Zamawiającego w opisie przedmiotu zamówienia.

Kwestionowane postanowienie SWZ daje również Zamawiającemu potencjalną możliwość żądania od wykonawcy niesprecyzowanego obowiązku, którego ten nie może wykonać lub może to stanowić dla niego istotne utrudnienie wykonania przedmiotu zamówienia.

Nadto, na etapie przygotowania SWZ hipotetyczne sytuacje mogące wyniknąć na tle realizacji umowy, wynikające z nieprecyzyjnego opisu przedmiotu zamówienia dla jednego wykonawcy mogą być oczywiste, podczas gdy inny wykonawca takie oczekiwanie nadmiarowe Zamawiającego nie będzie w stanie spełnić lub będzie się to wiązało z istotnymi dla tego wykonawcy uciążliwościami i może to wpływać na termin wykonania przedmiotu zamówienia.

Według Izby - sytuacja taka pozostaje w kolizji z przepisem art.99 ust.4 ustawy Pzp, który stanowi, że przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję, w szczególności przez wskazanie znaków towarowych, patentów lub pochodzenia, źródła lub szczególnego procesu, który charakteryzuje produkty lub usługi dostarczane przez konkretnego wykonawcę, jeżeli mogłoby to doprowadzić do

uprzywilejowania lub wyeliminowania niektórych wykonawców lub produktów.

Nadto, Izba reprezentuje pogląd, że taki stan rzeczy może utrudnić lub wręcz uniemożliwić wykonanie umowy stosownie do przepisu art.431 ustawy Pzp, który stanowi, że Zamawiający i wykonawca wybrany w postępowaniu o udzielenie zamówienia obowiązani są współdziałać przy wykonaniu umowy w sprawie zamówienia publicznego, zwanej dalej

umową", w celu należytej realizacji zamówienia.

Zamawiający nie może zatem wprowadzić do opisu przedmiotu zamówienia treści zwalniającej go ze sporządzenia szczegółowego opisu przedmiotu zamówienia w warunkach niezapewniających zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, a także Zamawiający nie może opierać się na mało przejrzystych i nieproporcjonalnych wymaganiach, których egzekucja może prowadzić do nieuzasadnionego pokrzywdzenia danego wykonawcy, który inaczej zrozumiał treść SWZ z powodu wadliwego postępowania Zamawiającego.

KIO 79/22

Podobnie jak w powyższej bliźniaczej sprawie o sygn. akt KIO 66/22 argumentacja Izby jest analogiczna i w tym przypadku Odwołujący również poprzez odesłanie z art.8 ust.1 ustawy Pzp powołał się na przepis art. 647 Kodeksu cywilnego, który stanowi, że przez umowę o roboty budowlane wykonawca zobowiązuje się do oddania przewidzianego w umowie obiektu, wykonanego zgodnie z projektem i z zasadami wiedzy technicznej, a inwestor zobowiązuje się do dokonania wymaganych przez właściwe przepisy czynności związanych z przygotowaniem robót, w szczególności do przekazania terenu budowy i dostarczenia projektu, oraz do odebrania obiektu i zapłaty umówionego wynagrodzenia.

W związku z wyżej wskazanymi przepisami prawa Izba stwierdziła, że Zamawiający w rozbudowanym § 11 załącznika nr 4 do SWZ - projekt umowy przewidział szczegółowe zasady zgłaszania odbioru końcowego, jak i dokonania jego odbioru, co przeczy twierdzeniu Odwołującego, że zamiarem tego pierwszego jest uchybienie obowiązкови odbioru, o którym mowa w art. 647 Kodeksu cywilnego

Zdaniem Izby - sporne postanowienia mają na celu zabezpieczenie interesu kontraktowego Zamawiającego poprzez zdyscyplinowanie wykonawcy do rzetelnej realizacji, również obowiązków wynikających z protokołów usterkowych.

Nie zasługuje na ochronę prawną formuła umowna, która dopuszcza przewlekłość realizacji części umowy, która jest wynikiem zachowania danego wykonawcy polegającego na bagatelizowaniu jakości wykonywanego przedmiotu zamówienia.

W przekonaniu Izby - również w interesie wykonawców powinno być takie ukształtowanie treści umowy, aby obowiązki ustanowione pomiędzy stronami podczas przeglądów technicznych i innych czynności podobnych były wykonywane terminowo, w podwyższonym rygorze umownym, co powinno ich zachęcać do podwyższonej staranności w działaniu.

Według zapatrywania Izby - sporne postanowienia umowne zabezpieczają uzasadniony interes Zamawiającego, chroniąc go przed możliwością wystąpienia okoliczności nienależytego wykonania przedmiotu zamówienia po stronie wykonawcy.

Izba stanęła przy tym na stanowisku, że zarzut związany jednocześnie z żądaniem wykreślenia określonej treści umowy na tle powyższych przepisów, a także wskazanie konkretnego brzmienia spornego postanowienia umownego byłoby działaniem naruszającym

przepis art.554 ust. 6 ustawy Pzp, który zabrania nakazania wprowadzenia do umowy postanowienia o określonej treści.

Wobec tego powołanie się przez Odwołującego na cyt. wyżej ogólny przepis 647 kodeksu cywilnego mający charakter dyspozytywny i nie rodzący wprost dla stron umowy skonkretyzowanego obowiązku prawnego, w warunkach obowiązywania powyższego zakazu wprowadzania do umowy postanowienia o określonej treści, nie znajduje uzasadnienia.

KIO 66/22

W tym stanie rzeczy, uznając, iż powyższe naruszenia przepisów ustawy miały i mogły mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, Izba na podstawie art.553 w związku z art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, postanowiła odwołanie uwzględnić w części, zaś w pozostałym zakresie zarzuty odwołania uznała za nieuzasadnione.

W odniesieniu do kosztów postępowania odwoławczego należy wskazać, że zgodnie z § 7 ust. 2 pkt 1) cyt. wyżej rozporządzenia w przypadku uwzględnienia odwołania przez Izbę w części, koszty ponoszą: odwołujący i zamawiający, jeżeli w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego nie przystąpił żaden wykonawca albo uczestnik postępowania odwoławczego, który przystąpił do postępowania po stronie zamawiającego, nie wniósł sprzeciwu wobec uwzględnienia przez zamawiającego zarzutów przedstawionych w odwołaniu w całości albo w części.

Jednocześnie w ust. 3 powołanego wyżej przewidziano, że w przypadku, o którym mowa w ust. 2 pkt 1 i 2, Izba rozdziela:

1) wpis stosunkowo, zasądzając odpowiednio od zamawiającego albo uczestnika postępowania odwoławczego wnoszącego sprzeciw na rzecz odwołującego kwotę, której

wysokość ustali, obliczając proporcję liczby zarzutów przedstawionych w odwołaniu, które Izba uwzględniła, do liczby zarzutów, których Izba nie uwzględniła;

2) koszty, o których mowa w § 5 pkt 2, w sposób określony w pkt 1 lub znosi te koszty wzajemnie między odwołującym i odpowiednio zamawiającym albo uczestnikiem postępowania odwoławczego wnoszącym sprzeciw.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 574 i art.576 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem przepisów rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania

KIO 79/22

W tym stanie rzeczy Izba na podstawie art. 553 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r., poz. 1129 wraz ze zm.), zwanej dalej ustawą Pzp postanowiła oddalić odwołanie.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 574 i art.576 ustawy Pzp, stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem przepisów rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania

Przewodniczący:.....