

WYROK

z dnia 14 marca 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Aneta Młacka

Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 09 marca 2022 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 23 lutego 2022 r. przez Odwołującego STRABAG Sp. z o.o. (ul. Parzniewska 10, 05-800 Pruszków) w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego Gmina Ścinawa (ul. Rynek 17, 59-330 Ścinawa)

orzeka:

1. umarza postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutu dotyczącego zaniechania przez Zamawiającego określenia warunku udziału w postępowaniu w sposób zrozumiały, proporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz w sposób umożliwiający ocenę zdolności Wykonawcy do należytego wykonania zamówienia,
2. uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu dokonanie modyfikacji dokumentacji zamówienia w tym treści SWZ i umowy:
 - poprzez określenie jasnego i czytelnego podziału zakresu robót w ramach każdej z części zamówienia,
 - dookreślenie sposobu przygotowania placu budowy na potrzeby realizacji inwestycji, mając na uwadze okoliczność, że została ona podzielona na części, z uwzględnieniem postulatów Odwołującego zgłaszanych w punkcie 7f str. 3 odwołania,
 - określenie zasad działania i odpowiedzialności wykonawców poszczególnych części zamówienia, terminów przekazania, kar za nieudostępnienie placu budowy poszczególnym wykonawcom w wymaganym terminie,
 - dokładne i precyzyjne określenie zadań kierownika budowy oraz kierowników robót budowlanych dla każdej z części zamówienia oraz zasad i granic ich odpowiedzialności, z uwzględnieniem postulatów Odwołującego zgłaszanych w punkcie 7 h) str. 3 odwołania,
 - zmianę §3 ust. 4 umowy, tj. jednoznaczne uregulowanie zasad odpowiedzialności i ryzyka także dla innych wykonawców, którzy znajdą się na placu budowy,
 - zmianę §5 ust. 3 pkt 3 umowy (i innych) poprzez usunięcie postanowień, które uzależniają dokonanie odbioru od braku jakichkolwiek usterek,
 - zmianę §8 ust. 13 umowy poprzez wprowadzenie jednoznacznego i czytelnego postanowienia, z którego będzie wynikało, że bezusterkowość nie dotyczy protokołu końcowego,
 - jednoznaczne wyjaśnienie i sprecyzowanie, w której części zamówienia należy wycenić roboty opisane w odwołaniu na str. 3 pkt 7a
 - jednoznaczne wyjaśnienie, do którego zakresu przynależą roboty polegające na budowie schodów terenowych i tarasów żelbetonowych przystani jachtowej (czy do zakresu podstawowego czy opcjonalnego (punkt 7c str. 3 odwołania),
 - jednoznaczne wskazanie w pozycji cen przyporządkowania (do części zamówienia) pozycji opcji opisanej jako: „zagospodarowanie terenu z reprofiliacją nabrzeża odcinek: most - pierwsze schody przystani miejskiej”, (wyjaśnienie postulatu Odwołującego wskazanego w pkt 7d str. 3 odwołania),
 - jednoznaczne wyjaśnienie niejasności wskazanych przez Odwołującego w pkt 7 e

str. 3 odwołania, w tym usunięcie błędów w przyporządkowaniu opcji nr 6 do poszczególnych części zamówienia.

- dołączenie do dokumentacji projektowej harmonogramu ramowego realizacji inwestycji z podziałem na części i zakresy zamówienia uwzględniający również zakresy opcjonalne,

3. w pozostałym zakresie oddala odwołanie (pkt 4 i 6 odwołania)

2. kosztami postępowania obciąża Zamawiającego Gmina Ścinawa (ul. Rynek 17, 59-330 Ścinawa) w wysokości 2/3 oraz Odwołującego STRABAG Sp. z o.o. (ul. Parzniewska 10, 05-800 Pruszków) w wysokości 1/3 i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego STRABAG Sp. z o.o. (ul. Parzniewska 10, 05-800 Pruszków) tytułem wpisu od odwołania oraz kwotę 3600 złotych (trzy tysiące sześćset złotych) tytułem kosztów wynagrodzenia pełnomocnika Odwołującego

2.2. zasądza od Zamawiającego Gmina Ścinawa (ul. Rynek 17, 59-330 Ścinawa) na rzecz Odwołującego STRABAG Sp. z o.o. (ul. Parzniewska 10, 05-800 Pruszków) kwotę 9066 zł 66 gr (słownie: dziewięć tysięcy sześćdziesiąt sześć złotych sześćdziesiąt sześć groszy) tytułem zwrotu kosztów postępowania w postaci 2/3 wysokości wpisu od odwołania oraz 2/3 wysokości kosztów wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 ust. 1 oraz 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019r. - Prawo Zamówień Publicznych (Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm.) 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 500/22

UZASADNIENIE

Zamawiający Gmina Ścinawa prowadzi postępowanie, którego przedmiotem jest Wykonanie robót budowlanych w ramach zadania pn.: „Ochrona i udostępnianie cennych przyrodniczo terenów rzeki Odry poprzez budowę niezbędnej infrastruktury w zakresie przystani, portów rzecznych i infrastruktury turystycznej.”

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane 18 lutego 2022 roku w Biuletynie Zamówień Publicznych pod numerem 2022/BZP 00062249/01.

25 lutego 2022 roku Odwołujący Strabag Sp. z o.o. wniósł odwołanie, wobec niezgodnej z przepisami czynności Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, polegającej na ustaleniu treści Specyfikacji Warunków Zamówienia, w tym projektowanych postanowień umowy w sposób naruszający przepisy ustawy prawo zamówień publicznych oraz przepisy kodeksu cywilnego w następującym zakresie tj.:

- Niejasnego i nieprecyzyjnego a jednocześnie wewnętrznie sprzecznego określenia warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności zawodowych określonych w rozdz. VIII pkt 3 pkt 1 SWZ w zakresie Części 1, 2 i 3 w jakiej Zamawiający wymaga wykazania się doświadczeniem w: budowie, modernizacji, remoncie dróg o nawierzchni z kostki brukowej oraz przystani pasażerskiej lub portu. Warunek tak sformułowany, niezawierający alternatywy powoduje, że wykonawca ma się wykazać jednocześnie budową i remontem oraz modernizacją co w przypadku tworzenia obiektu od początku nie jest możliwe i jest nadmierne w stosunku do przedmiotu zamówienia, jakiemu ma służyć. Ponadto ustawa Prawo budowlane nie zawiera definicji modernizacji co uzasadnia zmianę słowa na przebudowę, jako pojęcia zdefiniowanego w art. 3 pkt 7a Prawa budowlanego i jednoznacznego w interpretacji.

- Niezasadnego, nieprecyzyjnego i niejednoznacznego podzielenia zamówienia na części co powoduje że przedmiot zamówienia został podzielony na 7 odcinków wzajemnie

powiązanych i wymagających realizacji prac na jednym placu budowy, przy zaniechaniu ustalenia zasad odpowiedzialności i podziału placu budowy pomiędzy wieloma wykonawcami a jednocześnie konieczności wyznaczenia kierownika budowy w różnych częściach na tym samym obszarze prac stanowi świadczenie niemożliwe do wykonania niezgodne z prawem a jednocześnie obarczone ryzykiem, którego na etapie składania oferty nie da się wycenić.

- Zamawiający poprzez brak regulacji w zakresie podziału odpowiedzialności i ryzyka pomiędzy wykonawców realizujących poszczególne części zamówienia, sposobu koordynacji oraz przejęcia placu budowy w odniesieniu do postanowienia § 3 ust 4 wzoru umowy przerzuca na wykonawcę ryzyko odpowiedzialności za innych wykonawców na budowie.

Zamawiający podzielił zamówienie na 7 części, które się na siebie nakładają i posiadają wspólne linie styku. Każdy z wykonawców powinien mieć określony jasny podział zadań i ryzyka a także wyznaczoną koordynację nad realizacją prac.

- Zamawiający w treści § 8 ust 4 wzoru umowy uzależnia procedury odbiorowe przedmiotu umowy oraz zapłatę wynagrodzenia należnego wykonawcy od przedstawienia pisemnych oświadczeń wszystkich podwykonawców oraz dalszych podwykonawców podczas gdy przepisy ustawy Pzp, w tym art. 437 ust 1 pkt 4, art. 447 ust 1, art. 465 ust 1 i 3 ustawy Pzp wymagają jedynie złożenia dowodów zapłaty należnego podwykonawcom wynagrodzenia.

- Zamawiający w treści § 5 ust 3, § 8 ust 1, 13 projektu umowy określił procedurę odbioru częściowego i końcowego jako procedurę odbioru bezusterkowego z uznaniowością po stronie Zamawiającego czy dokona odbioru warunkowego w przypadku wystąpienia nieistotnych wad. Zamawiający warunkuje wystawienie faktury i wypłatę wynagrodzenia od podpisania bezusterkowego protokołu odbioru co jest niezgodne z przepisami prawa.

- Zamawiający formułując kary umowne w § 12 ust. 2 i ust 7 wzoru umowy określa dwa odmienne górne limity kar umownych: raz łącznie nie więcej niż 20% wynagrodzenia wykonawcy netto, drugi raz łączna maksymalna wysokość kar umownych naliczonych przez strony nie może przekroczyć 30 % wartości wynagrodzenia, o którym mowa w § 7 ust. 1 umowy. Limity te przekraczają karę za odstąpienie. Ustalenie górnego limitu kar umownych przekraczającego wysokość kary umownej zastrzeżonej z tytułu odstąpienia od umowy z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy, która w istocie jest karą na okoliczność niewykonania zamówienia jest nieproporcjonalne, prowadzi do naruszenia zasad kontraktowania i bezpodstawnie wzbogaca Zamawiającego. Zamawiający z tytułu nieprawidłowego wykonania umowy (np. nieterminowego wykonania umowy) będzie mógł naliczyć karę wyższą niż z tytułu niewykonania umowy w całości co jest nadmiernym i nieproporcjonalnym obciążeniem Wykonawcy w stosunku do specyfiki realizacji zamówienia, naruszającym równowagę stron umowy i prowadzącym do naruszenia praw podmiotowych wykonawców.

Ponadto w opinii Odwołującego Zamawiający ustalił rażąco wysokie kary liczone za każdy dzień zwłoki przy nieterminowym wykonaniu Przedmiotu Umowy oraz usunięcia wad i usterek, podczas gdy wysokość tych kar nie ma już funkcji prewencyjnych a stanowi represję niosące niewspółmierne ryzyko kontraktowe. Nieracjonalnie wysokie kary zasadniczo stoją w sprzeczności z limitem kar wymaganym ustawą Pzp bowiem dochodzi do szybkiego wyczerpania limitu co pozbawia zasadniczo sensu ich ustanawianie.

Ponadto w opinii Odwołującego Zamawiający w SWZ i dokumentacji projektowej stanowiącej załącznik do SWZ zaniechał sporządzenia opisu przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń,

uwzględniających wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie ważnej oferty. Wykonawca wskazuje iż błędy i nieścisłości dotyczą m.in.:

a) zakresu nr 6 - „bagrowanie” - z rysunku (dołączony do dokumentacji projektowej) wynika, że istnieją obszary, które będą wymagały przeprowadzenia robót czerpalnych (przystań jachtowa, okolice ostrogi) a nie są oznaczone graficznie; nie wiadomo zatem, w której części zamówienia należy wycenić te roboty,

b) Zakresu nr 5 - „budynek sanitariatów z wiatą” - z rysunku wynika, że do tego zakresu są przypisane pale pomostu pływającego w przystani jachtowej oraz schody skarpowe i oczepy fragmentu umocnienia brzegu na odcinku most - pierwsze schody przystani miejskiej; doświadczenie wykonawcy podpowiada, że pale pomostu pływającego powinny znajdować się w zakresie nr 4 (nabrzeże przystani miejskiej wraz ze slipem oraz larseny na długości z przystanią jachtową, ostrogą, małą architekturą, hydrotechniką) lub zakresie nr 7 (pomost pływający przystani miejskiej),

c) zakresu nr 4 - „nabrzeże przystani miejskiej wraz ze slipem oraz larseny na długości z przystanią jachtową, ostrogą, mała architektura, hydrotechnika” oraz opcja nr 12 - „żelbetu +

mała architektura - przystań jachtowa” - z rysunku wynika, że roboty polegające na budowie schodów terenowych i tarasów żelbetowych przystani jachtowej są przypisane zarówno za zakresu podstawowego jak również opcjonalnego (są oznaczone kolorami przypisanego do zakresu nr 4 oraz opcji nr 12),

d) zakresu opcji - dwukrotnie wskazano nr 8 z różnymi opisami - „zagospodarowanie terenu z nawierzchniami odcinek: połączenie ul. Rybnych - most” oraz „zagospodarowanie terenu z reprofilacją nabrzeża odcinek: most - pierwsze schody przystani miejskiej”; w wykazie cen wykonawca nie odnajduje przyporządkowania żadnej z części zamówienia opcji opisanej jako: „zagospodarowanie terenu z reprofilacją nabrzeża odcinek: most - pierwsze schody przystani miejskiej”,

e) błędów w przyporządkowaniu opcji do poszczególnych części zamówienia. Wg SWZ opcja nr 6 jest przypisana do części nr 6 zamówienia a wg Wykazu cen opcję nr 6 należy wraz z częścią 5 zamówienia.

f) Braku określenia sposobu przygotowania placu budowy na potrzebę realizacji zamówienia przez różnych Wykonawców polegającą m.in. na: przygotowaniu placu pod zaplecze kontenerowe o określonej powierzchni pod przewidzianą przez Zamawiającego ilość kontenerów, wykonanie przyłączy o określonej mocy i wydajności wraz z punktem odbioru nieczystości, wykonanie ogrodzenia budowy na określonej trasie budowy, ochronę budowy w formie fizycznej lub formie monitoringu, przygotowanie miejsca na składowanie odpadów, nadzór BHP. Te elementy powinny zostać jasno przypisane do konkretnej części zamówienia przy czym dla 7 części z dużym prawdopodobieństwem żaden z wykonawców nie podejmie się organizacji placu dla innych wykonawców i ponoszenia za nich

odpowiedzialności. W tym zakresie zasadny jest podział na 3 części zamówienia, jak zostało to opisane w pkt 2 powyżej i zarzucie nr 2.

g) Braku możliwości sporządzenia rzetelnej oferty uwzględniającej terminy realizacji poszczególnych branż i odcinków robót ze względu na brak udostępnienia przez Zamawiającego jakiegokolwiek harmonogramu realizacji inwestycji dla poszczególnych części zamówienia. Zamawiający zaniechał dołączenia do dokumentacji projektowej harmonogramu ramowego realizacji całej inwestycji z podziałem na części i zakresy zamówienia uwzględniający również zakresy opcjonalne. W tym miejscu zaznaczamy, że przykładowo realizacja części 3 może rozpocząć się około po 2 miesiącach realizacji części nr 2 zamówienia, z uwzględnieniem wykonania opcji nr 1, w zakresie podbudowy pod projektowane chodniki, ścieżki rowerowe. Realizacja części nr 3 zamówienia została przewidziana na okres 12 miesięcy i wymaga koordynacji z branżami elektryczną i wod.-kan, które są kolejną odrębną częścią zamówienia. Oznacza to, że prace w ramach jednej części są zależne od wykonania innych części zamówienia, dla których Zamawiający również określił termin realizacji 12 miesięcy przez co świadczenie wykonawcy w ramach ustalonego terminu może się okazać świadczeniem niemożliwym w rozumieniu art. 387 § 1 kc.

h) SWZ nakłada obowiązek wykazania się w części 1,3,4,6 doświadczeniem Kierownika Budowy, którego skieruje do realizacji zamówienia. Zgodnie z prawem budowlanym kierownik budowy jest odpowiedzialny za całość prac i plac budowy co w przypadku wielu kierowników poszczególnych części jest niewiadome. Zamawiający nie określił sposobu działania kilku kierowników budowy w ramach inwestycji, ani tego, który z nich ma koordynować prace lub personel różnych wykonawców, których prace będą się nakładać i będą prowadzone na jednym placu budowy.

Odwolujący zarzucił Zamawiającemu:

- naruszenie art. 99 ust 1, art. 112 ust. 1 i 116 ust 1 ustawy Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 i pkt 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie określenia warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności zawodowej w sposób zrozumiały, proporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz w sposób umożliwiający ocenę zdolności Wykonawcy do należytego wykonania zamówienia wyrażając je jako poziomy minimalne które to naruszenie objawia się żądaniem wykazania się doświadczeniem w zakresie części 1, 2 i 3 zamówienia: budowy, modernizacji remontu (bez użycia alternatywy jak w przypadku innych części zamówienia), co jest żądaniem wewnętrznie sprzecznym ale i nieproporcjonalnym do przedmiotu zamówienia.

- naruszenia art. 91 ust 1 i art. 99 ust 1, art. 103 ust 2 i ust 3 w zw. z art. 16 pkt 1 i pkt 3 ustawy Pzp, art. 652 Kc oraz art. 22 Prawo Budowlane poprzez niezasadne dokonanie podziału zamówienia na 7 części podczas gdy podział ten jest niejasny, nieprecyzyjny, niepełny nie zawiera podziału zadań ani odpowiedzialności wykonawców za poszczególne

części, nie reguluje sposobu organizacji ani współpracy w ramach placu budowy, a także jest podziałem technologicznie i organizacyjnie niemożliwym do wykonania w świetle wymogów prawa budowlanego, zgodnie z którym kierownik budowy ponosi odpowiedzialność za cały plac budowy przez co nie ma możliwości dzielenia takiego placu i ustanawiania kilku kierowników budowy.

- naruszenie art. 16 ust. 1, art. 99 ust. 1 Pzp, art. 433 pkt 3 ustawy Pzp w związku z art. 8 ust 1 ustawy Pzp, art. 353^{1 2 3} kc w zw. z art. 647 kc i art. 651 kc poprzez niezasadne i bezpodstawne przerzucenie na wykonawcę odpowiedzialności za działania i zaniechania innych wykonawców, które wynikać ma z § 3 ust 4 wzoru umowy w zakresie w jakim wykonawca ma nie sprzeciwiać się udostępnieniu placu budowy innym Wykonawcom. Poprzez brak jednoznacznych zapisów wyłączających odpowiedzialność wykonawcy za działania wykonawców innych części każdy z wykonawców ponosi niczym nieograniczoną odpowiedzialność podczas gdy odpowiedzialność ta z mocy ustawy spoczywa na Zamawiającym.

- naruszenie art. 437 ust 1 pkt 4, art. 447 ust 1, art. 465 ust 1 i 3 w zw. z art. 16 pkt 3 ustawy Pzp w zakresie w jakim Zamawiający uzależnia dokonanie płatności wynagrodzenia na rzecz wykonawcy od przedstawienia oświadczenia podwykonawcy lub dalszego podwykonawcy co do zapłaty całości należnego im wynagrodzenia oraz wstrzymuje płatności wynagrodzenia na rzecz wykonawcy w momencie nieprzedłożenia wymaganych oświadczeń podwykonawców lub dalszych podwykonawców (§ 8 ust 4 i 5) podczas gdy ww przepisy ustawy Pzp wymagają złożenia dowodów potwierdzających zapłatę wymagalnego wynagrodzenia rozumianych także jako każdy inny dokument, faktura, oświadczenie itd. i nie wymagają dla swej skuteczności łącznego składania oświadczenia podwykonawcy lub dalszego podwykonawcy.

- naruszenie art. 16 pkt 1, 2 i 3 pzp w zw. z art. 8 ust. 1 pzp w zw. z art. 647 kc poprzez przyznanie Zamawiającemu w § 5 i § 8 wzoru Umowy możliwości odmowy odbioru przedmiotu umowy w sytuacji wystąpienia wad i usterek, możliwości wstrzymania płatności wynagrodzenia w sytuacji stwierdzenia wad i usterek w sytuacji gdy zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa uprawnienie inwestora (zamawiającego) do odmowy odbioru częściowego lub końcowego powinno mieć miejsce jedynie w przypadku wystąpienia wad istotnych zaś w przypadku zgłoszenia gotowości do odbioru przedmiotu umowy o roboty budowlanej z wadami nieistotnymi inwestor (zamawiający) zobowiązany jest dokonać właściwego odbioru. Zgodnie z art. 647 kc 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 i zapłacić ustalone wynagrodzenie a postanowienia umowy nie mogą pozostawiać dowolności w tym zakresie.

- naruszenie art. 436 pkt 3 Pzp w związku z art. 16 pkt 1, 2, 3 Pzp i art. 8 ust. 1 Pzp w związku z art. 353¹ kc i art. 647 kc w zw. z art. 484 § 2 w zw. z art. 483 kc i art. 473 § 1 kc ze względu na zastrzeżenie w § 12 ust. 2 i 7 wzoru umowy podwójnego a jednocześnie sprzecznego ze sobą górnego limitu kar umownych, przekraczającego karę za odstąpienie oraz jednocześnie ustanowienie w § 12 ust 1 pkt 1 i 2 kar jednostkowych rażąco wygórowanych przy nieterminowym wykonaniu Przedmiotu Umowy oraz usunięcia wad i usterek, podczas gdy wysokość tych kar nie ma już funkcji prewencyjnych a stanowi represję dla wykonawcy a jednocześnie Zamawiający nakazuje ich liczenie od każdego dnia opóźnienia (sprzeczność z liczeniem kar za zwłokę). Ponadto żądanie kar jednostkowych ponad karę za odstąpienie jest niezasadne i niezgodne z przepisami kodeksu cywilnego.

- art. 99 ust 1 art. 103 ust 2 i ust 3 w zw. z art. 134 ust 1 pkt 4 i art. 16 pkt 1 i 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie sporządzenia opisu przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniających wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie ważnej oferty, spełniającej w całości wymagania Zamawiającego a w konsekwencji w sposób uniemożliwiający złożenie porównywalnych ofert i utrudniający uczciwą konkurencję tj. poprzez braki, błędy, nieścisłości wyszczególnione w pkt 7 petitum Odwołania.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu: dokonania czynności - zmiany treści ogłoszenia, SWZ i umowy w zakresie określonym w odwołaniu i odpowiednio do postanowionych zarzutów.

1) Zamawiający w ogłoszeniu i Rozdz. VIII ust 3 SWZ zażądał aby Wykonawca spełnił warunek udziału w postępowaniu dotyczący zdolności zawodowej, jeżeli wykaże, że w zakresie 3 pierwszych części zamówienia wykonał zadanie polegające na budowie, przebudowie modernizacji odpowiedniego obiektu o podanej wartości. Zamawiający nie użył

alternatywy tak jak w innych częściach zamówienia np. części 4. Z tak ukształtowanego brzmienia warunku wynika, że wykonawca ma się wykazać budową i jednocześnie modernizacją i jednocześnie remontem, co zasadniczo jest niemożliwe do spełnienia. Zdaniem Odwołującego nie ma żadnego racjonalnego uzasadnienia aby żądać od wykonawcy wykazaniem się zarówno budową jak i modernizacją czy remontem obiektu skoro przedmiot zamówienia obejmuje wyłącznie wykonanie zakresu. Warunek tak postawiony jest zatem nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz umożliwiającą ocenę zdolności Wykonawcy do należytego wykonania zamówienia wyrażając je jako poziomy minimalne.

Zamawiający dokonał modyfikacji treści warunku udziału w postępowaniu. Odwołujący oświadczył, że cofa powyższy zarzut. Wobec powyższego postępowanie odwoławcze podlegało umorzeniu w zakresie tego zarzutu.

2) Zamawiający dokonał podziału zamówienia na 7 części. Zdaniem Odwołującego części nr 2,3,4,6,7 są technologicznie i inwestycyjnie ze sobą związane i wymagają pracy na jednym terenie budowy. Jak wskazał Odwołujący, Zamawiający dzieląc zamówienie na 7 części zaniechał ustalenia, który z wykonawców będzie ponosił odpowiedzialność za przygotowanie i zabezpieczenie placu budowy, jak wykonawcy mają realizować swoje zadania bez kolizji z innymi wykonawcami i bez harmonogramu robót oraz jak pogodzić funkcję kilku kierowników budowy.

Dodatkowo Odwołujący zauważył, że: „sposób podzielenia przez Zamawiającego zamówienia na 7 części, zawarty w §3 ust. 4 wzoru umowy zapis o bezwarunkowym udostępnieniu placu budowy innym wykonawcom, a także brak ramowego harmonogramu wszystkich planowanych prac powoduje, że kierownik budowy - a w konsekwencji wykonawca - nie ma możliwości właściwie wywiązać się ze swoich powyżej przytoczonych obowiązków, za które może ponieść odpowiedzialność karną. Szczególnie niewłaściwe w odniesieniu do powyżej wskazanych obowiązków kierownika budowy jest wyłączenie i ustanowienie oddzielnego kierownika budowy dla robót Części nr 6 zamówienia polegających na Budowie sieci wodociągowej, kanalizacji deszczowej oraz kanalizacji sanitarnej, które terytorialnie pokrywają się z obszarami pozostałych części zamówienia. Z organizacją placu budowy związana jest konieczność poniesienia kosztów takich jak np.: ogrodzenia placu budowy, ochrony, podłączenia niezbędnych mediów dla zasilania zaplecza budowy, dozoru BHP, inwentaryzacji stanu istniejącego, gospodarowania odpadami i ich składowania. W związku z niejasno określonymi wymaganiami Zamawiającego odnośnie organizacji prac istnieje uzasadniona wątpliwość, że powyższe koszty będą w różny sposób przyjmowane przez oferentów - od nieprzyjmowania ich w ogóle przy założeniu, że koszt ten zostanie poniesiony przez innego wykonawcę, po przyjęcie ich w części odpowiadającej części obszaru, na której będą odbywały się prace wykonawcy, aż po przyjęcie kosztu w pełnej wysokości za organizację placu budowy całości przedsięwzięcia.

Ponadto, w przypadku, gdy każdy z oferentów wliczy do swojej oferty pełny koszt organizacji placu budowy, Zamawiający uzyska oferty na wykonanie, w których wielokrotnie (w każdej części zamówienia) będzie ujęty ten sam koszt, sumarycznie więc Zamawiający uzyska oferty o wartości wyższej, niż mógłby uzyskać w przypadku jednoznacznego określenia zakresu zamówienia”.

Wykonawca zaznaczył że najskuteczniejszym a zarazem najprostszym rozwiązaniem powyższego problemu byłoby podzielenie zamówienia na 3 zasadnicze części, które w dużej mierze zniwelowałyby zachodzenie na siebie części zamówienia, kolizję odpowiedzialności na placu budowy czy zasad odpowiedzialności i zadań kierownika budowy.

Dalej Odwołujący wskazał, że w przypadku nieuwzględnienia powyższego, zachodzi konieczność uregulowania zasad podziału i odpowiedzialności poszczególnych wykonawców na 7 częściach co jest procesem bardzo złożonym. Takie rozwiązanie wymagałoby także wprowadzenia dodatkowych warunków do wzoru umowy regulujących zarówno kwestie obowiązków wykonawcy w zakresie dostarczania kierownikowi budowy wszelkich dokumentów i informacji niezbędnych do wykonywania jego obowiązków, kwestii odpowiedzialności za nieterminowe przekazanie placu budowy jak również ponoszenia odpowiednich części kosztów organizacji placu budowy.

3) Odwołujący wskazał, że z całościowych regulacji dokumentacji zamówienia da się wywnioskować, że Zamawiający przerzuca na wykonawcę ryzyko odpowiedzialności za innych wykonawców na budowie. Zamawiający podzielił zamówienie na 7 części, które się

na siebie nakładają i posiadają wspólne linie styku. Każdy z wykonawców powinien mieć określony jasny podział zadań i ryzyka a także wyznaczoną koordynację nad realizacją prac. Poprzez art. 433 pkt 3 ustawy Pzp ustawodawca zakazał Zamawiającemu takiego kształtowania postanowień umownych, które nakładałyby na Wykonawcę odpowiedzialność za okoliczności stanowiące wyłączną odpowiedzialność zamawiającego. Tylko zamawiający ma odpowiadać za to, co jest w gestii jego odpowiedzialności, bez obarczania za to Wykonawcy. Bezsprzecznie zapewnia to równowagę stron umowy i zapobiega nadużyciom w tym zakresie, z jakimi w poprzednim stanie prawnym zmagali się wykonawcy.

W opinii Odwołującego Zamawiający zaniechał rozdzielenia kwestii zadań, a przez to także odpowiedzialności różnych wykonawców jakim potencjalnie może udzielić zamówienia na każdą z części. Świadczy o tym dobitnie przygotowanie jednego wzoru umowy o tożsamym brzmieniu, gdzie wykonawca przejmuje plac budowy a jednocześnie nie sprzeciwia się udostępnieniu tego placu innym wykonawcom. W takim przypadku może dojść do rozmywania się odpowiedzialności każdego z wykonawców, problemów z podziałem obowiązków w zakresie przygotowania i zabezpieczenia placu budowy, brakiem możliwości pozyskania ubezpieczenia w związku z niejasnym podziałem ryzyka i odpowiedzialności różnych niezależnych od siebie podmiotów.

Zdaniem Odwołującego, z uwagi na duże prawdopodobieństwo współdziałania różnych wykonawców zachodzi konieczność uregulowania kwestii odpowiedzialności poszczególnych wykonawców oraz wskazania jak zostanie im wydzielony teren robót mając na uwadze także żądania pkt II ppkt C 3) i 5) Odwołania.

4) Zdaniem Odwołującego, Zamawiający niezgodnie z przepisami art. 437 ust 1 pkt 4, art. 447 ust 1, art. 465 ust 1 i 3 ustawy Pzp żąda obligatoryjnego złożenia oświadczeń podwykonawców, podczas gdy zgodnie z ww. przepisami ustawy Pzp możliwe jest przedstawienie wszelkich możliwych dowodów potwierdzających zapłatę, bez ograniczania tych dowodów wyłącznie do potwierdzeń przelewów i oświadczeń podwykonawców.

Zdaniem Odwołującego niezgodne z ustawą Pzp będzie także wstrzymywanie płatności na rzecz wykonawców lub odmowa wypłaty w sytuacji, gdy wykonawca nie zdoła przedłożyć oświadczenia podwykonawców lub dalszego podwykonawcy. Taka sytuacja może prowadzić do zatorów płatniczych, zachwiania płynności rozliczania inwestycji i kondycji finansowej wykonawcy. Wstrzymywanie płatności powoduje też niezasadne i niezgodne z przepisami kredytowanie inwestycji przez wykonawcę.

5) W ocenie Odwołującego Zamawiający narusza przepisy Pzp w przypadku zastrzeżenia w projekcie umowy postanowień pozwalających na odmowę dokonania odbioru końcowego w przypadku stwierdzenia wad nieistotnych tj. zastrzeżenie odbiorów bezusterkowych.

Treść § 5 i § 8 oraz innych postanowień które w umowie referują do protokołów bezusterkowych narusza wskazane w pkt I Odwołania przepisy prawa oraz pozostawia Zamawiającemu możliwość uchylecia się od dokonania odbioru końcowego w każdym przypadku wystąpienia wad, nawet jeżeli wady mają charakter nieistotny. W ocenie Odwołującego uprawnienie Zamawiającego do odmowy dokonania odbioru końcowego czy też przzerwania czynności odbiorowych powinno być ograniczone jedynie do przypadku wystąpienia wad istotnych. W związku z tym zapisy zawarte we wskazanych punktach umowy powinny zostać zmienione w taki sposób, aby dostosować je treści art. 647 kc tj. Zamawiający powinien mieć obowiązek a nie możliwość dokonania odbioru końcowego w przypadku, gdy w wykonanych robotach brak jest wad istotnych.

6) Odwołujący wskazał, że Zamawiający ustalił górny limit kar umownych w § 12 ust 2 umowy na poziomie 20 % wartości wynagrodzenia netto a następnie w § 12 ust 7 w wysokości 30% tym razem wynagrodzenia określonego w § 7 ust 1, co może oznaczać wynagrodzenie całościowe brutto. Limit ten przekracza wysokość kary umownej za odstąpienie od umowy z przyczyn leżących po stronie wykonawcy. Odwołujący wskazał, że limit kar umownych na poziomie 10 % jest standardem w innych postępowaniach. Wykonawca wnioskował o ustalenie jednego limitu górnego kar umownych na poziomie 10 % wartości wynagrodzenia netto. Zamawiający dokonał poprawienia powyższego poprzez usunięcie rozbieżności w zakresie określenia maksymalnej wysokości kar umownych tj. określenie maksymalnej wysokości kar umownych na poziomie 30% całkowitego wynagrodzenia brutto.

Zdaniem Odwołującego, Zamawiający przewidział również niewspółmiernie wysokie kary jednostkowe. Odwołujący przyznał, że rozumie potrzebę zabezpieczenia terminów realizacji po stronie Zamawiającego ale kara z tym związana powinna mieć charakter realny (rynkowy) i w razie przekroczenia terminów zabezpieczać interes Zamawiającego (pokrywać ewentualną szkodę Zamawiającego) a nie prowadzić do nieuzasadnionego wzbogacenia Zamawiającego kosztem Wykonawcy. Odwołujący uważał jednak, że kary wskazane w § 12 ust 1 pkt 1, w wysokości 0,2 % łącznego wynagrodzenia brutto oraz w zakresie, w jakim są naliczane za zwłokę lecz liczone każdy dzień opóźnienia (powinno być zwłoki bo kary są liczone za zwłokę zgodnie z art. 433 pkt 1 ustawy Pzp) w terminowym wykonaniu przedmiotu Umowy jak i kary wskazane w § 12 ust 1 pkt 2 wzoru umowy dotyczące uchybień terminowemu usunięciu wad i usterek w wysokości 0,2 % wynagrodzenia całościowego brutto za każdy dzień przekroczenia terminu są rażąco wygórowane i prowadzą do nieuzasadnionego wzbogacenia Zamawiającego.

Odnosnie kary umownej z tytułu niedotrzymania terminu końcowego Odwołujący wskazał, że kara w wysokości 0,2% wynagrodzenia za każdy dzień jest rażąco wygórowana i odbiega od praktyki rynkowej, gdzie kary są zastrzegane na niższym poziomie.

Odwołujący wskazał, że Zamawiający zastrzegł w umowie że w razie niewykonania zobowiązań przez wykonawcę będzie mógł skorzystać z wykonawstwa zastępczego w tym także w zakresie usunięcia wad i usterek (nie tracąc uprawnień z tytułu gwarancji). Oznacza to, że kara umowna przewidziana w § 12 ust. 1 pkt 2 umowy nie jest przeznaczana na koszty usuwania wad ale ma rekompensować Zamawiającemu negatywne konsekwencje związane z nieterminowym usuwaniem wady oraz stanowić czynnik mobilizujący wykonawcę do usunięcia wady. Ustalenie wysokości kary za brak usunięcia wady czy usterki w terminie na równi z karą za nieterminową realizację zamówienia w stosunku do terminu końcowego, jawi się jako nieproporcjonalna i nadmierna. W tych okolicznościach kary umowne za przekroczenie terminu usuwania wad na poziomie 0,2% wynagrodzenia umownego są rażąco wygórowane, gdyż nie pozostają w jakimkolwiek związku z potencjalną szkodą grozącą Zamawiającemu.

Odwołujący wniósł o zmniejszenie kar jednostkowych odpowiednio na 0,02 % wynagrodzenia netto. Konsekwentnie też skoro jeden limit kar umownych Zamawiający sam ustanowił jako liczony od wynagrodzenia netto, tym samym wszystkie kary, w tym za odstąpienie powinno być liczone od wynagrodzenia netto.

7) Odwołujący wskazał, że obowiązkiem Zamawiającego jest opisanie przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. W przypadku błędów i braków w opisie przedmiotu zamówienia żaden z wykonawców nie jest w stanie wycenić należycie przedmiotu zamówienia i złożyć prawidłowej oferty, co może skutkować unieważnieniem postępowania. Wykonawca w pkt I podniesionych zarzutów oraz w żądaniach Odwołania wskazał szczegółowo jakie błędny i braki w opisie przedmiotu zamówienia popełnił Zamawiający oraz jakich zmian od niego oczekuje. W jego ocenie dopiero wyeliminowanie uchybień jak tam wskazano pozwoli na prawidłową interpretację wymagań i prawidłowe złożenie oferty z jej wyceną.

Izba ustaliła i zważyła co następuje:

Uwzględnieniu podlegały zarzuty odwołania opisane w punkcie 2, 3, 5, 7 odwołania.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu niezasadny podział zamówienia na 7 części, podczas gdy podział ten jest niejasny, nieprecyzyjny, niepełny, nie zawiera podziału zadań, ani odpowiedzialności wykonawców za poszczególne części, nie reguluje sposobu organizacji, ani współpracy w ramach budowy, a także jest podziałem technologicznie i organizacyjnie niemożliwym do wykonania w świetle wymogów prawa budowlanego, zgodnie z którym kierownik budowy ponosi odpowiedzialność za cały plac budowy przez co nie ma możliwości dzielenia takiego placu i ustanawiania kilku kierowników budowy.

Odwołujący w trakcie rozprawy z udziałem stron złożył dowód w postaci rysunku (części dokumentacji zamówienia) ukazującego podział na 7 części. Dowód ten został złożony w celu wykazania braku jasności podziału zamówienia na 7 części, braku czytelności podziału. Jednocześnie Odwołujący wskazał na okoliczność przecinania się na planie sieci

elektrycznych oraz innych.

Zamawiający w żaden sposób nie wykazał, aby podział na 7 części zamówienia był jasny, pełny, precyzyjny. Zamawiający nie wykazał także, aby zapewnił jasny, czytelny i prawidłowy podział odpowiedzialności wykonawców za poszczególne części zamówienia. W trakcie rozprawy z udziałem stron stwierdził, że: „oprócz przedstawionego przez Odwołującego rysunku jest również dokumentacja w formie projektowej”. Jednak jasnego podziału zadań i odpowiedzialności ujętych w dokumentacji Zamawiający w trakcie rozprawy nie przedstawił. Na pytanie Izby stwierdził jedynie, że dla pracowników Zamawiającego „wszystko jest jasne”. Mimo wyraźnej prośby ze strony Przewodniczącej, Zamawiający nie przedstawił żadnych szerszych wyjaśnień w zakresie oczywistości podziału placu budowy.

Kwestią oczywistą powinno być, iż Zamawiający udziela odpowiedzi na pytania wykonawców, jak również udziela wyśniew w sytuacji, gdy wykonawcy zgłaszają niejasności. Zamawiający nie tylko nie złożył żadnych wyjaśnień w zakresie wątpliwości podnoszonych przez Odwołującego, ale także nie przedstawił przekonującej argumentacji w trakcie rozprawy z udziałem stron. Lakoniczne (wręcz lekceważące) stwierdzenie Zamawiającego, że dla pracowników Zamawiającego wszystko jest jasne, jednoznacznie wskazuje na brak jakiegokolwiek argumentacji po stronie Zamawiającego.

Gdyby rzeczywiście wszystko było tak jasne, jak sugeruje Zamawiający, wówczas Zamawiający nie miałby żadnych trudności w wyjaśnieniu/przedstawieniu tak Odwołującemu, jak i Izbie, precyzyjności podziału zadania, jak również zasad odpowiedzialności wykonawców w ramach poszczególnych części zamówienia.

Również ogólne twierdzenie Zamawiającego, że: „podział zamówienia na części przy jednoczesnym czytaniu rysunku z dokumentacją techniczną powinien być jednoznaczny dla wykonawców” nie stanowi żadnego wyjaśnienia. Tak ogólnym hasłem Zamawiający nie rozwiał wątpliwości Odwołującego, ani nie przekonał Izby.

Podkreślić należy, że twierdzenia Zamawiającego przedstawione w odpowiedzi na odwołanie również nie stanowią wyjaśnienia wątpliwości Odwołującego, ani przekonującej argumentacji. Zamawiający powołał się na ogólne zasady z kodeksu cywilnego. Tymczasem celem odwołania jest przede wszystkim dokonanie przez Zamawiającego jasnego i precyzyjnego podziału zamówienia na części, wyjaśnienia tej kwestii wykonawcom, w tym także jasnego podziału odpowiedzialności. Celem odwołania jest uniknięcie w trakcie realizacji zamówienia jakichkolwiek sporów, niejasności z innymi wykonawcami. Zatem nie jest tu zasadne powoływanie się przez Zamawiającego na ogólne zasady prawa cywilnego, ale precyzyjne określenie przedmiotu zamówienia przez Zamawiającego, w taki sposób, aby wykluczyć nieporozumienia w przyszłości.

Izba podziela stanowisko Odwołującego, zgodnie z którym w sytuacji, gdy Zamawiający dokonał podziału zamówienia na 7 części, które się na siebie nakładają i posiadają wspólne linie styku, to każdy z wykonawców powinien mieć określony jasny podział zadań i ryzyka, a także wyznaczoną koordynację nad realizacją prac.

Zamawiający nie dowiódł zatem, że zarzut podnoszony przez Odwołującego jest bezpodstawny. W konsekwencji, Izba nakazała Zamawiającemu dokonanie modyfikacji dokumentacji zamówienia w tym treści SWZ i umowy, poprzez:

- określenie jasnego i czytelnego podziału zakresu robót w ramach każdej z części zamówienia,
- dookreślenie sposobu przygotowania placu budowy na potrzeby realizacji inwestycji, mając na uwadze okoliczność, że została ona podzielona na części, z uwzględnieniem postulatów Odwołującego zgłaszanych w punkcie 7f str. 3 odwołania,
- określenie zasad działania i odpowiedzialności wykonawców poszczególnych części zamówienia, terminów przekazania, kar za niedostępnienie placu budowy poszczególnym wykonawcom w wymaganym terminie,
- dokładne i precyzyjne określenie zadań kierownika budowy oraz kierowników robót budowlanych dla każdej z części zamówienia oraz zasad i granic ich odpowiedzialności, z uwzględnieniem postulatów Odwołującego zgłaszanych w punkcie 7 h) str. 3 odwołania.

Podobne uwagi odnoszą się także do kolejnego zarzutu podnoszonego przez Odwołującego. Zamawiający nie przedstawił również żadnej argumentacji w zakresie zarzutu dotyczącego braku regulacji w zakresie podziału odpowiedzialności i ryzyka pomiędzy wykonawców realizujących poszczególne części zamówienia, sposobu koordynacji oraz przejęcia placu budowy w odniesieniu do postanowienia § 3 ust. 4 wzoru umowy, w którym przerzuca się na wykonawcę ryzyko odpowiedzialności za innych wykonawców na budowie.

§ 3 ust. 4 wzoru mowy stanowi: „Wykonawca zobowiązuje się nie sprzeciwiać udostępnieniu placu budowy innym Wykonawcom w sytuacji przystąpienia Zamawiającego do realizacji zakresu robót wyłączonych z przedmiotowego postępowania.”

Zamawiający zatem nie tylko nie określił jasnego podziału zamówienia, odpowiedzialności wykonawców, ich zadań i ryzyk, ale dodatkowo jeszcze przewidział wprowadzenie innych wykonawców na plac budowy, również nie określając w żaden sposób zasad ich ewentualnej odpowiedzialności.

Zgodnie z artykułem 99 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniających wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. Oczywiście kwestią jest, jak wskazano powyżej, że wszelkie niejasności powinny być przez Zamawiającego usuwane, a ewentualne prośby o wyjaśnienie, doprecyzowanie określonych kwestii i niejasności w dokumentacji, nie powinny być zbywane lakonicznymi twierdzeniami, czy też odwołaniem do ogólnych zasad.

W konsekwencji uwzględnienia zarzutu, w treści sentencji nakazano Zamawiającemu dokonania zmiany § 3 ust. 4 umowy, tj. jednoznaczne uregulowanie zasad odpowiedzialności i ryzyka także dla innych wykonawców, którzy znajdują się na placu budowy.

Powyższe uwagi odnoszą się także do zarzutu opisanego pod numerem 7.

Odwołujący wyspecyfikował niejasności w opisie przedmiotu zamówienia. Zamawiający nie odniósł się do zarzutów w tym zakresie. Dokonał zmiany SWZ, przyznając w ten sposób, że treść dokumentacji nie jest jasna i wymaga doprecyzowania. Jednak nawet dokonane przez Zamawiającego zmiany nadal nie wyjaśniały wszystkich aspektów wskazywanych przez Odwołującego (na co ten wskazywał w trakcie rozprawy z udziałem stron). W konsekwencji, Izba nakazała Zamawiającemu dokonanie zmian w taki sposób, aby w pełni wyjaśnić wątpliwości Odwołującego, tj. nakazała Zamawiającemu w treści sentencji dokonanie:

- jednoznacznego wyjaśnienia i sprecyzowania, w której części zamówienia należy wycenić roboty opisane w odwołaniu na str. 3 pkt 7a,
- jednoznacznego wyjaśnienia, do którego zakresu przynależą roboty polegające na budowie schodów terenowych i tarasów żelbetowych przystani jachtowej (czy do zakresu podstawowego, czy opcjonalnego) - punkt 7c str. 3 odwołania,
- jednoznacznego wskazania w pozycji cen przyporządkowania (do części zamówienia) pozycji opcji opisanej jako: „zagospodarowanie terenu z reprofilacją nabrzeża odcinek: most
- pierwsze schody przystani miejskiej”, (wyjaśnienie postulatu Odwołującego wskazanego w pkt. 7d str. 3 odwołania),
- jednoznacznego wyjaśnienia niejasności wskazanych przez Odwołującego w pkt. 7 e str. 3 odwołania, w tym usunięcie błędów w przyporządkowaniu opcji nr 6 do poszczególnych części zamówienia,
- dołączenia do dokumentacji projektowej harmonogramu ramowego realizacji inwestycji z podziałem na części i zakresy zamówienia uwzględniającego również zakresy opcjonalne.

W szczególności na uwzględnienie zasługiwał zarzut podnoszony w punkcie 7h odwołania. Jak trafnie zauważył Odwołujący, Zamawiający nie przewidział podziału zadań przypisanych kierownikowi, w tym także zasad odpowiedzialności (już po dokonanych zmianach). Postanowienia Zamawiającego (wprowadzone po zmianie SWZ) wprowadzają pewien chaos

- w szczególności wprowadzenie zarówno kierownika robót budowlanych, jak i kierownika budowy. Jak trafnie zauważył Odwołujący, są to funkcje powiązane. Skoro każda ze stron powinna powołać osobnego kierownika i jednocześnie nie zostały określone przez Zamawiającego zadania dla poszczególnych tych funkcji, będzie to budziło wątpliwości na etapie realizacji umowy. Dotyczy to przede wszystkim kwestii odpowiedzialności. Zamawiający nie przedstawił argumentacji, która pozwalałaby na uznanie, że rzeczywiście przedmiot zamówienia jest jasny. Ogólne, lakoniczne stwierdzenie Zamawiającego w trakcie rozprawy z udziałem stron, zgodnie z którym funkcja kierownika budowy określona została w przepisach prawa budowlanego, zaś to, co wykonuje kierownik robót wynika ze zwyczaju, nie stanowi żadnego wyjaśnienia i rozwiązania istoty problemu. Tym bardziej, skoro to

jedynie zwyczaj określa zadania kierownika robót, jego zadania powinny być określone przez Zamawiającego. Po pierwsze dlatego, że przedmiot zamówienia powinien być jasny dla wszystkich wykonawców. Po drugie, gdyż zwyczaj nie musi być znany lub też jednakowy dla wszystkich, a nadto może podlegać zmianie. Po trzecie, jak wskazano powyżej, obowiązkiem Zamawiającego jest wyjaśnienie wykonawcom treści SWZ na ich prośbę, a także stworzenie precyzyjnego i jasnego przedmiotu zamówienia. Nakazaną Zamawiającemu w sentencji wyroku zmianę w tym zakresie wskazano powyżej.

Zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. naruszenie art. 437 ust 1 pkt 4, art. 447 ust. 1, art. 465 ust 1 i 3 w zw. z art. 16 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych w zakresie, w jakim Zamawiający uzależnia dokonanie płatności wynagrodzenia na rzecz wykonawcy od przedstawienia oświadczenia podwykonawcy lub dalszego podwykonawcy co do zapłaty całości należnego im wynagrodzenia oraz wstrzymuje płatności wynagrodzenia na rzecz wykonawcy w momencie nieprzedłożenia wymaganych oświadczeń podwykonawców lub dalszych podwykonawców (§ 8 ust. 4 i 5 wzoru umowy), podczas gdy ww. przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych wymagają złożenia dowodów potwierdzających zapłatę wymagalnego wynagrodzenia rozumianych także jako każdy inny dokument, faktura, oświadczenie itd. i nie wymagają dla swej skuteczności łącznego składania oświadczenia podwykonawcy lub dalszego podwykonawcy, podlegał oddaleniu.

Zgodnie z artykułem 437 ust. 1 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych, umowa, której przedmiotem są roboty budowlane, zawiera również postanowienia dotyczące zasad wypłaty wynagrodzenia wykonawcy, uwarunkowanej przedstawieniem przez niego dowodów potwierdzających zapłatę wymagalnego wynagrodzenia podwykonawcom lub dalszym podwykonawcom.

Ustawa nie określa, jakiego rodzaju dowody powinny wykazywać zapłatę wynagrodzenia podwykonawcom. Stąd Zamawiający uprawniony jest do określenia, które dowody uznaje za wystarczające. Z całą pewnością nie można uznać, aby postanowienie, zgodnie z którym Zamawiający wymagał będzie oświadczenia podwykonawcy o dokonanej zapłacie, stanowiło naruszenie powyższego przepisu prawa.

Powołany w zarzutach odwołania przepis art. 447 ustawy Prawo zamówień publicznych dotyczy umowy o roboty budowlane realizowane w okresie dłuższym niż 12 miesięcy, a zatem wyłącza zastosowanie go w niniejszej sprawie. Jak wskazał Zamawiający, termin realizacji robót wynosi dokładnie 12 miesięcy. Natomiast art. 465 ust. 1 i 3 ustawy Prawo zamówień publicznych nie dotyczy wymagań stawianych Zamawiającemu w zakresie dowodów zapłaty wynagrodzenia podwykonawcom/dalszym podwykonawcom.

Za uzasadniony należało uznać zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 16 pkt 1, 2 i 3 ustawy Prawo zamówień publicznych w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych w zw. z art. 647 kc, poprzez przyznanie Zamawiającemu w § 5 i § 8 wzoru umowy możliwości odmowy odbioru przedmiotu umowy w sytuacji wystąpienia wad i usterek, możliwości wstrzymania płatności wynagrodzenia w sytuacji stwierdzenia wad i usterek w sytuacji, gdy zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa uprawnienie inwestora (zamawiającego) do odmowy odbioru częściowego lub końcowego powinno mieć miejsce jedynie w przypadku wystąpienia wad istotnych, zaś w przypadku zgłoszenia gotowości do odbioru przedmiotu umowy o roboty budowlanej z wadami nieistotnymi, inwestor (zamawiający) zobowiązany jest dokonać właściwego odbioru.

Zgodnie z art. 647 kc inwestor (Zamawiający) ma obowiązek dokonania odbioru. Może zatem 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 i zapłacić ustalone wynagrodzenie, a postanowienia umowy nie mogą pozostawiać dowolności w tym zakresie.

Zgodnie z § 8 ust. 13 wzoru umowy: Faktura wystawiona nieprawidłowo, przedwcześnie, bezpodstawnie bądź bez załączonego podpisanego i prawidłowo sporządzonego bezusterkowego protokołu częściowego odbioru robót oraz protokołu końcowego odbioru nie rodzi obowiązku zapłaty po stronie Zamawiającego.

Z postanowienia tego nie wynika w sposób jednoznaczny, czy charakter bezusterkowy ma mieć tylko protokół częściowego odbioru, czy także protokół odbioru końcowego. Literalna treść tego postanowienia wzoru umowy nie rozstrzyga tego w sposób jednoznaczny. Przetoczone przez Odwołującego przepisy oraz orzecznictwo sądowe jednoznacznie wskazują, że tylko wady istotne mogą stanowić podstawę odmowy dokonania odbioru przez

inwestora. W związku z powyższym, postanowienie wzoru umowy powinno uzyskać brzmienie uwzględniające powyższą zasadę, a sam zapis powinien być jednoznaczny i wykluczający dowolne interpretacje.

Zgodnie z § 5 ust. 3 pkt 3 wzoru umowy: Jeżeli w toku czynności odbioru zostaną stwierdzone wady lub usterki, to Zamawiającemu przysługują następujące uprawnienia:

- a) Jeżeli wady i usterki nadają się do usunięcia może odmówić odbioru do czasu usunięcia wad i usterek,
- b) Jeżeli wady i usterki nie nadają się do usunięcia i jeżeli uniemożliwiają użytkowanie zgodnie z przeznaczeniem, Zamawiający może odstąpić od umowy lub żądać wykonania przedmiotu umowy po raz drugi.

Zgodnie z powyższym postanowieniem umowy, każda usterka, jaka zostanie stwierdzona przez Zamawiającego, może stanowić podstawę do odmowy dokonania odbioru przez Zamawiającego. W przypadku wad i usterek nadających się do usunięcia, Zamawiający może odmówić odbioru do czasu ich usunięcia, natomiast jeżeli wady i usterki są nieusuwalne i uniemożliwiają użytkowanie zgodnie z przeznaczeniem, Zamawiający może odstąpić od umowy, co jest uprawnieniem jeszcze dalej idącym niż prawo do odmowy podpisania protokołu odbioru.

Powyższe uprawnienia Zamawiającego są niezależne od podziału wad na istotne i nieistotne, gdyż Zamawiający takiego podziału w ogóle nie zastosował. Oznacza to, że nawet wada nieistotna może być podstawą do odmowy dokonania odbioru do czasu jej usunięcia. Jak wskazano powyżej, tego rodzaju postanowienia nie są zgodne z linią orzecniczą, która zobowiązuje inwestora do dokonania odbioru w przypadku ujawnienia w trakcie odbioru wad o charakterze nieistotnym. Postanowienie powyższe w ogóle nie przewiduje obowiązku dokonania przez Zamawiającego odbioru w przypadku wystąpienia wad nieistotnych.

Treść powyżej przytoczonych § 5 i § 8 wzoru umowy narusza wskazane przepisy prawa oraz pozostawia Zamawiającemu możliwość uchylenia się od dokonania odbioru końcowego w każdym przypadku wystąpienia wad, nawet jeżeli wady mają charakter nieistotny. Izba podziela stanowisko, zgodnie z którym uprawnienie Zamawiającego do odmowy dokonania odbioru końcowego, czy też przerwania czynności odbiorowych, powinno być ograniczone jedynie do przypadku wystąpienia wad istotnych. W związku z tym, postanowienia zawarte we wskazanych paragrafach umowy powinny zostać zmienione w taki sposób, aby dostosować je do treści art. 647 kc, tj. Zamawiający powinien mieć obowiązek, a nie możliwość dokonania odbioru końcowego w przypadku, gdy w wykonanych robotach brak jest wad istotnych.

W konsekwencji, Izba nakazała Zamawiającemu dokonanie zmiany § 5 ust. 3 pkt 3 wzoru umowy (i innych), poprzez usunięcie postanowień, które uzależniają dokonanie odbioru od braku jakichkolwiek usterek, a także dokonanie zmiany § 8 ust. 13 wzoru umowy, poprzez wprowadzenie jednoznacznego i czytelnego postanowienia, z którego będzie wynikało, że bezusterkowość nie dotyczy protokołu końcowego.

Zamawiający ma również obowiązek przeanalizowania wzoru umowy pod kątem wyeliminowania postanowień, które nie odpowiadają powyżej wskazanym zasadom i przytoczonemu przez Odwołującego w odwołaniu orzecznictwu sądowemu.

Oddaleniu podlegał zarzut opisany w punkcie 6 odwołania. Przede wszystkim Zamawiający dokonał zmiany SWZ. W treści odpowiedzi na odwołanie wyjaśnił, że „Zamawiający dwukrotnie zawarł we wzorze umowy zapisy określające maksymalną wysokość kar umownych. Zapisy te są wzajemnie sprzeczne. Zamiarem Zamawiającego było określenie maksymalnej wysokości kar umownych na poziomie 30% całkowitego wynagrodzenia brutto. Tym samym zapis § 12 ust. 2 umowy (odwołujący się do górnej granicy kar na poziomie 20% wynagrodzenia netto) zostaje usunięty”. Zamawiający usunął zatem sprzeczność, związaną z maksymalną wysokością kar umownych.

W zakresie pozostałych kwestii dotyczących kar umownych przewidzianych we wzorze umowy, Zamawiający wyjaśnił, że: „ze względu na zapis § 12 ust. 8 wzoru umowy, ma on

prawo żądać zapłaty kar umownych za zwłokę naliczonych do dnia odstąpienia od umowy oraz równocześnie kary umownej za odstąpienie (co jest rozwiązaniem akceptowanym przez judykaturę). Tym samym nie może dojść do sytuacji, w której kary za zwłokę w wykonaniu umowy będą przewyższać kary za niewykonanie umowy. Czyni to argumentację Odwołującego się nietrafioną.

Odnosnie zarzutu wygórowania kar umownych, Zamawiający wskazuje, że przewidział stosunkowo długi (w stosunku do zakresu robót) termin realizacji umowy, a aktualna sytuacja gospodarcza oraz polityczna sugeruje dalszy wzrost inflacji. Dodatkowo realizacja zamówienia jest dofinansowana ze środków zewnętrznych i jego nie wykonanie w założonym terminie może spowodować utratę dofinansowania. Tym samym uzasadnione jest zastrzeżenie kar umownych w wysokości przewidzianej we wzorze umowy, alby należycie zmotywować wykonawców. Ponadto ze względu na ryzyko utraty dofinansowania w razie niedotrzymania terminu, Zamawiający nawet w wypadku zapłaty kar umownych w maksymalnej przewidzianej w umowie wysokości nie będzie w żadnym wypadku zobowiązany, jako że będzie musiał przeznaczyć środki własne na sfinansowanie realizacji przedmiotu umowy. Z tego względu wzór umowy przewiduje nawet możliwość dochodzenia odszkodowania przenoszącego kary umowne. Dodatkowo zauważyć należy, że Wykonawca ma możliwość ubiegania się o miarkowanie kary umownej stosownie do art. 484 § 2 kc, a górna granica kar umownych przewidziana w umowie pozwala na skalkulowanie ryzyka kontraktowego”.

Izba oddaliła powyższy zarzut mając na uwadze, że Zamawiający przedstawił argumentację uzasadniającą wprowadzenie mechanizmów motywujących wykonawcę do terminowej realizacji zamówienia. Powołał się na dofinansowanie realizacji zamówienia ze środków zewnętrznych. Niewykonanie w terminie zamówienia może spowodować utratę dofinansowania zamówienia.

Tym bardziej zasadne w ocenie Izby było nakazanie Zamawiającemu doprecyzowania dokumentacji zamówienia (o czym mowa powyżej, w odniesieniu do zarzutów nr 2, 3, 7 odwołania), w sytuacji, gdy wykonawcy realizujący zamówienie będą je realizować pod presją wyższych kar.

Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 557 oraz art. 574, 575 ustawy z 11.09.2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. poz. 2019 ze zm.) oraz w oparciu o przepisy §5 pkt 1 oraz §5 pkt 2b), §7 ust. 2 pkt 1)

, zaliczając w poczet kosztów postępowania uiszczony przez Odwołującego wpis od odwołania oraz koszty z tytułu zastępstwa procesowego pełnomocnika Odwołującego.

W odwołaniu zostało podniesione 7 zarzutów, z których 1 zarzut został przez Odwołującego wycofany w trakcie posiedzenia z udziałem stron, natomiast 6 zarzutów opisanych w odwołaniu zostało skierowane do rozpoznania na rozprawie z udziałem stron. 4 zarzuty podlegały uwzględnieniu, zaś 2 podlegały oddaleniu. Stosownie do powyższego wyniku postępowania odwoławczego, Izba kosztami postępowania obciążyła Zamawiającego w wysokości 2/3 oraz Odwołującego w wysokości 1/3. W konsekwencji od Zamawiającego na rzecz Odwołującego zasądzono kwotę 9066 zł 66 gr, która stanowi sumę kosztów postępowania w postaci 2/3 wysokości wpisu od odwołania (2/3 z 10000 z złotych) oraz 2/3 wysokości kosztów wynagrodzenia pełnomocnika (2/3 z 3600 złotych).

Przewodniczący: