

Sygn. akt: KIO 2202/23

Wyrok
z dnia 16 sierpnia 2023 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Katarzyna Poprawa

Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 11 sierpnia 2023 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 27 lipca 2023 roku przez Odwołującego: Promost Consulting spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa z siedzibą w Rzeszowie, ulica Jana Niemierskiego 4, 35-307 Rzeszów w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego: Województwo Podkarpackie – Podkarpacki Zarząd Dróg Wojewódzkich ulica T. Boya Żeleńskiego 19a, 35-105 Rzeszów

przy udziale Wykonawców:

- A) ZDI spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Zamościu, ulica Jana Kiepy 6, 22-400 Zamość zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 2202/23 po stronie Odwołującego, oraz
- B) INKO Consulting spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Krakowie, ulica Józefa Marcika 25D/2, 30-443 Kraków zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 2202/23 po stronie Odwołującego

orzeka:

1. oddala odwołanie
2. kosztami postępowania obciąża Odwołującego wykonawcę: Promost Consulting spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa z siedzibą w Rzeszowie, ulica Jana Niemierskiego 4, 35-307 Rzeszów i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego: kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania.

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 2022 poz. 1710 z późn. 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 2202/23

Uzasadnienie

Zamawiający – Województwo Podkarpackie Podkarpacki Zarząd Dróg Wojewódzkich ulica T. Boya Żeleńskiego 19a, 35-105 Rzeszów prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na zadanie pn: Pełnienie funkcji „Inżyniera Kontraktu” w ramach inwestycji: „Budowa nowego odcinka drogi wojewódzkiej nr 855 Zaklików - Stalowa Wola wraz z budową mostu na rzece San oraz budową, przebudową niezbędną infrastruktury technicznej budowli i urządzeń budowlanych w miejscowościach Stalowa Wola, Brandwica i Rzeczyca Długa”. Numer referencyjny: PZDW/WZP/243/WI/16/2023” zwane dalej również „Postępowaniem”. Postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego zgodnie z ustawą z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2022 r. poz. 1710 ze zm); zwanej dalej „ustawą Pzp” lub „ustawą”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod Nr 2023/S 135-432225 w dniu 17 lipca 2023 roku.

W dniu 27 lipca 2023 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej zostało wniesione odwołanie przez wykonawcę Promost Consulting sp. z o.o. sp.k. z siedzibą w Rzeszowie zwanego dalej „Odwołującym” wobec treści dokumentów zamówienia obowiązujących w Postępowaniu.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

1.art. 16 pkt 1,2 i 3 w zw. z art. 99 ust. 1 i 4 Pzp, art. 436 pkt 1 Pzp, a także art. 5, art. 353¹

i art. 487 §2 k.c. w zw. z art. 8 ust. 1 Pzp poprzez zaniechanie dokonania opisu przedmiotu zamówienia, w tym warunków jego realizacji wskazanych w Specyfikacji Warunków Zamówienia (w zakresie wskazanym poniżej) w sposób jednoznaczny i wyczerpujący

za pomocą dostarczanie dokładnych i zrozumiałych określeń oraz w sposób uwzględniający wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie i kalkulację oferty, także sporządzenie wzoru umowy, w sposób naruszający zasady współzycia społecznego

oraz niegwarantujący zachowania równowagi stron stosunku zobowiązaniowego, wzajemności świadczeń i uczciwej konkurencji tj. nieprawidłowe określenie czasu realizacji umowy i czasu świadczenia usługi przez wykonawcę oraz terminu jej zakończenia

tj. w sposób powodujący, że jest on niemożliwy do określenia w sposób jednoznaczny,

co z kolei uniemożliwia dokładne ustalenie wielkości świadczenia wykonawcy i dokonanie rzetelnej wyceny oferty (§7 ust.1 pkt2 Rozdział IV – Projektowane postanowienia umowy (dalej jako „PPU”) oraz 1.4.2 Rozdział III – Opis przedmiotu (dalej jako „OPZ” zamówienia (dalej jako „OPZ”)). Jak również zobowiązanie wykonawcy do realizacji zwiększonego zakresu prac w ramach kontraktu bez prawa do wynagrodzenia za świadczenie usług w przedłużonym czasie tj. punkt 1.4.5 OPZ zgodnie z którym, termin realizacji może ulegać zmianie z przyczyn niezależnych od wykonawcy. Wykonawca zobowiązuje się jednocześnie świadczyć usługę do czasu faktycznego zakończenia robót, zakończenia okresu gwarancji i rękojmi za wady oraz rozliczenia końcowego kontraktu bez prawa do dodatkowego wynagrodzenia w przedłużonym czasie na ukończenie i wykonanie.

2. art. 436 pkt. 2 Pzp w zw. z art. 99 ust. 1 i 4 w z art. 16 pkt 1-3 Pzp, a także art. 353¹ i art. 487 §2 k.c. w zw. z art. 8 ust. 1 Pzp poprzez nieprawidłowe ustalenie zasad wynagradzania wykonawcy, tj. w sposób nieuwzględniający rzeczywistych nakładów ponoszonych przez niego na realizację zadania w poszczególnych miesiącach jego trwania oraz uzależnienie wypłaty wynagrodzenia wykonawcy od zdarzenia będącego poza kontrolą wykonawcy, jakim jest zatwierdzenie przez Zamawiającego przejściowego świadectwa płatności lub końcowego świadectwa płatności (§9 ust.2 PPU, §10 ust.11 pkt 1) PPU, §10 ust. 12 pkt 1) PPU, §10 ust. 13 -14 PPU), co skutkuje sporządzeniem postanowień umowy w sposób niegwarantujący zachowania równowagi stron stosunku zobowiązaniowego, wzajemności świadczeń i uczciwej konkurencji.
3. art. 436 pkt. 2 Pzp w zw. z art. 99 ust. 1 i 4 w z art. 16 pkt 1-3 Pzp, a także art. 353¹ i art. 487 §2 k.c. w zw. z art. 8 ust. 1 Pzp poprzez nieprawidłowe ustalenie zasad wynagradzania wykonawcy poprzez zobowiązanie wykonawcy do pełnienia funkcji Inżyniera Kontraktu nad robotami podobnymi, zamiennymi i dodatkowymi w przypadku ich wystąpienia, podczas realizacji zadania, bez prawa do dodatkowego wynagrodzenia (punkt 2.1.1 lit. a, 1.1, 2.8.3 OPZ oraz §9 ust. 1 pkt. 2 PPU), co skutkuje brakiem zachowania równowagi stron stosunku zobowiązaniowego, wzajemności świadczeń i uczciwej konkurencji, a także niemożliwością jednoznacznego ustalenia zakresu świadczenia wykonawcy.
4. art. 99 ust. 1 i 4 w zw. z art. 16 pkt 1-3 Pzp poprzez nieprawidłowe ustalenie reguł odpowiedzialności na podstawie kar umownych które nie zostały precyzyjnie zdefiniowane przez Zamawiającego, a których ogólny opis, bez wskazania punktów umowy których naruszenie skutkuje naliczeniem kary umownej, nie pozwala na jasne określenie granic odpowiedzialności wykonawcy, tym samym narusza równowagę kontraktową i ogranicza uczciwą konkurencję w postępowaniu (§13 ust. 2 pkt. 1, 2,3,9,11 PPU).
5. art. 433 pkt 3 i art. 353¹ k.c., art. 483 § 1 k.c., art. 5 k.c. w zw. z art. 8 ust. 1 Pzp poprzez nieprawidłowe ustalenie reguł odpowiedzialności na podstawie kar umownych które zostały zastrzeżone na wypadek niewykonania czynności, których nie dokonuje wykonawca tj. nieterminowy odbiór końcowy, którego dokonuje Zamawiający (§13 ust. 2 pkt. 8 PPU).
6. art. 16 pkt 1 i 3 w zw. z art. 134 ust. 1 pkt 20 Pzp oraz art. 8 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 5 i art. 353(1) k.c. poprzez określenie §13 ust. 2 pkt. 1 PPU w zakresie wysokości kar umownych w sposób, który powoduje — niezasadnione potrzebami zamawiającego — uprzywilejowanie pozycji zamawiającego i naruszenie zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców prowadząc od ograniczenia dostępu do zamówienia dla określonej grupy wykonawców zdolnych do realizacji zamówienia, w tym także małym i średnim przedsiębiorstwom zdolnym do uczestniczenia w wykonaniu zamówienia a także proporcjonalności poprzez zastosowanie środków dyskryminujących oraz nadmiernych i wykraczających poza to, co jest konieczne dla osiągnięcia celu jakiego służyć ma kara umowna.

Mając powyższe na uwadze Odwołujący wniósł o uwzględnienie niniejszego odwołania

i nakazanie Zamawiającemu dokonanie zmiany warunków zamówienia, w następującym zakresie:

1. §7 ust.1 pkt. 2 PPU (Termin) w ten sposób aby wynikało z niego jednoznacznie, że usługa wykonawcy polegająca na wykonywaniu czynności Inżyniera Kontraktu określonych w SWZ jest świadczona w ramach ceny ofertowej przez okres 122 miesięcy od dnia rozpoczęcia świadczenia usługi tj. w okresie 36 miesięcy od dnia podpisania umowy z wykonawcą robót plus 2 miesiące rozliczenia oraz w okresie gwarancji i rękojmi szacowanym w oparciu o planowaną datę wystawienia Świadectwa Przejęcia, tj. w następujący sposób: „Zakończenie pełnienia funkcji Inżyniera Kontraktu: nastąpi w dniu wystawienia Świadectwa Wykonania, nie później niż po upływie 122 miesięcy od dnia rozpoczęcia usługi,

z podziałem na następujące etapy realizacji usługi:

- 36 miesięcy nadzór nad realizacją robót
- 2 miesiące wykonania rozliczenia kontraktu
- 7 lat nadzór w okresie gwarancji i rękojmi.”

2. Punktu 1.4.2 w ten sposób, aby wynikało z niego jednoznacznie, że usługa wykonawcy polegająca na wykonywaniu czynności Inżyniera Kontraktu określonych w SWZ jest świadczona w ramach ceny ofertowej przez okres 122 miesięcy od dnia rozpoczęcia świadczenia usługi tj. w okresie 36 miesięcy od dnia podpisania umowy z wykonawcą robót plus 2 miesiące rozliczenia oraz w okresie gwarancji i rękojmi szacowanym w oparciu o planowaną datę wystawienia Świadectwa Przejęcia, tj. w następujący sposób:

„Zakończenie pełnienia Funkcji Inżyniera Kontraktu nastąpi w dniu wystawienia Świadectwa Wykonania dla Wykonawców Robót, po upływie okresu gwarancji i rękojmi biegnącego od dnia wystawienia Świadectwa Przejęcia, jednak nie później niż po upływie 122 miesięcy od dnia rozpoczęcia usługi, z podziałem na następujące etapy realizacji usługi:

- 36 miesięcy nadzór nad realizacją robót
- 2 miesiące wykonania rozliczenia kontraktu
- 7 lat nadzór w okresie gwarancji i rękojmi.”

3. Punktu 1.4.5 OPZ poprzez wprowadzenie zasady, że w przypadku wydłużenia terminu realizacji usługi stosownie do czasu trwania robót budowlanych, wykonawca zobowiązuje się świadczyć usługi do czasu faktycznego zakończenia robót, zakończenia okresu gwarancji i rękojmi za wady oraz rozliczenia końcowego kontraktu za dodatkowym wynagrodzeniem, obliczonym proporcjonalnie do okresu przedłużenia i ceny ofertowej, tj. w następujący sposób:

„Terminy realizacji mogą ulec zmianie stosownie do czasu trwania robót budowlanych. Wykonawca zobowiązuje się świadczyć usługi do czasu faktycznego zakończenia robót, zakończenia okresu gwarancji i rękojmi za wady oraz rozliczenia końcowego kontraktu.

W przypadku wydłużenia czasu trwania robót budowlanych lub okresu rękojmi i gwarancji, ponad planowany czas, określony w punkcie 1.4.2, wykonawca otrzyma dodatkowe wynagrodzenie obliczone proporcjonalnie do okresu przedłużenia.”

4. §9 ust.2 PPU poprzez wprowadzenie limitów rocznych dla wynagrodzenia wykonawcy uwzględniających rzeczywiste nakłady ponoszone przez niego na realizację zadania w poszczególnych latach tj.:

„Wynagrodzenie, o którym mowa w ust. 1 będzie płatne:

2023r. – 7% kwoty kontraktowej brutto

2024r. – 39% kwoty kontraktowej brutto

2025r. – 71% kwoty kontraktowej brutto

2026r. – pozostała kwota.”

5. §10 ust.11 pkt 1) PPU poprzez zmianę postanowień w taki sposób, aby podstawą do wystawienia faktury nie było przejściowe/końcowe świadectwo płatności. Tym samym określenie płatności na rzecz wykonawcy w stałych miesięcznych transzach tj. w następujący sposób:

„Postawą do wystawienia faktur przejściowych przez Inżyniera Kontraktu będzie:

1) zatwierdzony przez Zamawiającego raport miesięczny Inżyniera Kontraktu

2) rozliczenie z podwykonawcą, udokumentowane dowodami zapłaty podwykonawcom wymagalnego wynagrodzenia.”

6. §10 ust. 12 pkt 1) PPU poprzez zmianę postanowień w taki sposób, aby płatność wynagrodzenia wykonawcy nie była uzależniona od przerobu wykonawcy robót, a podstawą do wystawienia faktury nie było przejściowe/końcowe świadectwo płatności. Tym samym określenie płatności na rzecz wykonawcy w stałych miesięcznych transzach

tj. w następujący sposób:

„Podstawą do wystawienia faktury końcowej przez Inżyniera Kontraktu będzie:

1) zatwierdzone przez Zamawiającego raport końcowy oraz

2) przekazanie Zamawiającemu wszystkich dokumentów niezbędnych do uzyskania pozwolenia na użytkowanie oraz

3) rozliczenie z podwykonawcą, udokumentowane dowodami zapłaty podwykonawcom wymagalnego wynagrodzenia.”

7. §10 ust. 13 PPU poprzez zmianę postanowień w taki sposób, aby płatność wynagrodzenia wykonawcy nie była uzależniona od przerobu wykonawcy robót, a także uwzględniała rzeczywiste nakłady ponoszone przez niego na

realizację zadania w poszczególnych miesiącach jego trwania tj. w następujący sposób:

„Należność dla Inżyniera Kontraktu będzie wyliczona jako iloraz ceny ofertowej i 38 miesięcy tj. planowanego terminu zakończenia robót budowlanych i 2 miesięcznego okresu rozliczenia finansowego.”

8. Wykreślenie §10 ust. 14 PPU.
9. Wykreślenie §9 ust. 1 pkt 2) PPU.
10. Wykreślenie z OPZ postanowień, które nakładają na wykonawcę obowiązek pełnienia funkcji Inżyniera Kontraktu nad robotami podobnym, zamiennymi i dodatkowymi bez prawa do dodatkowego wynagrodzenia, tj. punkt 1.1, 2.1.1 lit. a, 2.8.3.
11. §13 ust. 2 PPU poprzez rezygnację z ogólnych klauzul stanowiących podstawę naliczenia kary i zmianę postanowień w ten sposób, aby katalog kar umownych został określony poprzez odesłanie do konkretnych punktów umowy których naruszenie skutkuje naliczeniem kary umownej, a także ustalenie wysokości kary umownej na adekwatnym do naruszenia poziomie tj. „W przypadku naruszenia przez Inżyniera Kontraktu zobowiązań wynikających z niniejszej umowy, zobowiązuje się on do zapłaty na rzecz Zamawiającego następujących kar umownych:

Kary umowne dotyczące realizacji funkcji Inżyniera Kontraktu		
Okoliczności za które Zamawiający nalicza kary umowne	Wysokości kar umownych	
1	Zwłoka w rozpoczęcie realizacji umowy, w stosunku do terminu określonego w §7 ust. 1 pkt 1	0,1% wynagrodzenia umownego brutto (zaokrąglenie w górę do pełnego tysiąca) za każdy dzień zwłoki (niezależnie od wartości dostaw lub usług niewykonanych). Zwłoka nie przekraczająca 3 dni nie będzie karana przez Zamawiającego.
2.	Z tytułu zwłoki w przedłożeniu Zamawiającemu dokumentów, określonych w artykule 9 OWU lub wydanego polecenia	0,1% wynagrodzenia umownego brutto, (zaokrąglenie w górę do pełnych stu złotych) za każdy dzień zwłoki licząc od terminu umownego lub wyznaczonego przez Zamawiającego
3.	Za każdy stwierdzony przypadek nieusprawiedliwionej nieobecności Inżyniera Kontraktu lub członka podstawowego personelu Inżyniera Kontraktu w miejscu realizacji zadania, na Radzie Budowy lub innym spotkaniu, na którym ich obecność jest wymagana na podstawie zapisów umowy (1 przypadek = nieobecność jednej osoby na danym spotkaniu)	3 000,00 zł brutto
4.	Odstąpienie od umowy z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy	10% wynagrodzenia umownego brutto
5.	Za każdy stwierdzony przypadek nieterminowego dokonania odbioru robót ulegających zakryciu lub robót zanikających z przyczyn zależnych od Wykonawcy	5 000,00 zł brutto
6.	Za każdy stwierdzony przypadek nieprzeprowadzenia w wyznaczonym terminie przeglądu gwarancyjnego	5 000,00 zł brutto
7.	Za każdy stwierdzony przypadek braku zapłaty lub nieterminowej zapłaty wynagrodzenia należnego podwykonawcom lub dalszym podwykonawcom z tytułu zmiany wysokości wynagrodzenia, o której mowa w art. 439 ust. 5 ustawy Pzp	5 000,00 zł brutto

12. Wykreślenie §13 ust. 2 pkt 8.

Odwołujący ponadto wniósł o zasądzenie od Zamawiającego kosztów postępowania odwoławczego poniesionych przez Odwołującego.

Odwołujący wskazał, że jest uprawniony do wniesienia odwołania na podstawie art. 505 ust. 1 Pzp. Profil działalności Odwołującego odpowiada przedmiotowi niniejszego zamówienia. Odwołujący jest zainteresowany jego pozyskaniem i chciałby w nim złożyć konkurencyjną ofertę, a czynność Zamawiającego mu to uniemożliwia, czego skutkiem będzie poniesienie przez Odwołującego szkody w postaci utraty korzyści, jakie osiągnąłby w przypadku uzyskania i realizacji Zamówienia. Zamawiający opisał przedmiot zamówienia w sposób naruszający zasadę zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców. przede wszystkim poprzez sformułowanie w sposób niejednoznaczny terminu realizacji usługi, który uniemożliwia rzetelną wycenę oferty, jak również zasad płatności, w sposób niezapewniający bieżącego finansowania kosztów realizacji zadania. Aktualna treść SWZ ogranicza bowiem dostęp do zamówienia wykonawcom (w tym Odwołującemu) w pełni zdolnym do należytej realizacji inwestycji, jednak którzy z uwagi na wyżej wskazane naruszenia nie są w stanie rzetelnie skalkulować oferty. Z kolei brak złożenia oferty, a

tym samym brak pozyskania zamówienia, może powodować szkodę w majątku Odwołującego, który nie osiągnie przychodu i zysku na poziomie zakładanej przez niego oferty cenowej. Szerokie rozumienie interesu Odwołującego na obecnym etapie postępowania potwierdza stanowisko Krajowej Izby Odwoławczej, która stwierdziła, że krąg podmiotów, które mogą korzystać z odwołań od treści SWZ jest szeroki. Uprawnienie to przysługuje każdemu wykonawcy, który potencjalnie może ubiegać się o udzielenie tego zamówienia. Na tym etapie wystarczające jest wykazanie jedynie hipotetycznej szkody polegającej na niewłaściwym sformułowaniu treści SWZ, które może utrudniać wykonawcy dostęp do zamówienia. Tym samym wystarczająca jest dla uznania interesu danego wykonawcy jedynie deklaracja, że jest zainteresowany uzyskaniem tego zamówienia i tego faktu nie ma obowiązku udowodnić. Na tym etapie postępowania interes wykonawcy jest interesem faktycznym w szerokim tego słowa znaczeniu (wyrok KIO 1519/15 z 31.07.2015 r.). Odwołujący niewątpliwie posiada interes we wniesieniu niniejszego odwołania.

V. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 17.07.2023 r. pod numerem: 2023/S 135-432225. Zamawiający zamieścił Ogłoszenie oraz SWZ na stronie internetowej w dniu 17 lipca 2023 r. Zgodnie z art. 512 ust.2 pkt 1) Pzp odwołanie zostało zatem złożone w terminie ustawowym.

W postępowaniu Zamawiający ustalił następujące warunki zamówienia, których dotyczą zarzuty niniejszego odwołania:

I.

W zakresie terminu realizacji Zamawiający wskazał, że zgodnie z §7 ust.1 *Inżynier Kontraktu zobowiązuje się do wykonania zamówienia w następujących terminach:*

- 1) *Rozpoczęcie pełnienia funkcji Inżyniera Kontraktu: nastąpi z dniem podpisania umowy.*
- 2) *Zakończenie pełnienia funkcji Inżyniera Kontraktu: nastąpi w dniu wystawienia Świadectwa Wykonania.*
- 3) *Inwestycja jest przewidziana do realizacji w latach 2023 – 2026.*

Jednocześnie w punkcie 1.4.5 OPZ Zamawiający wskazał, że *terminy realizacji mogą ulec zmianie stosownie do czasu trwania robót budowlanych. Wykonawca zobowiązuje się świadczyć usługi do czasu faktycznego zakończenia robót, zakończenia okresu gwarancji i rękojmi za wady oraz rozliczenia końcowego kontraktu bez prawa do dodatkowego wynagrodzenia w przedłużonym czasie na ukończenie i wykonanie.*

Odwołujący wskazuje, że w świetle ww. postanowień PPU i OPZ termin zakończenia umowy został określony w sposób nieprecyzyjny, niejednoznaczny i trudny do ustalenia przez wykonawcę dokonującego kalkulacji cenowej, a co za tym idzie uniemożliwiający dokonanie rzetelnej kalkulacji oferty, a tym samym skutkujący nieporównywalnością składanych ofert.

Zamawiający nie zdefiniował w SWZ pojęcia Świadectwa Wykonania ani nie podał planowanego terminu jego wystawienia. W punkcie 1.4.2 OPZ określił jedynie termin planowanego zakończenia robót budowlanych oraz termin rozliczenia finansowego,

nie podając żadnej informacji o chociażby szacowanym terminie wystawienia świadectwa Wykonania. Odwołujący wskazuje, że zgodnie z zapisami Warunków Kontraktowych

dla Budowy dla Robót Inżynieryjno – Budowlanych Projektowanych przez Zamawiającego

(wg Warunki Ogólne, czwarte wydanie angielsko – polskie niezmienione 2008 - tłumaczenie pierwszego wydania 1999, zawierające również wskazówki dla sporządzenia Szczególnych Warunków) oraz opracowanymi przez Zamawiającego Warunkami Szczególnymi Kontraktu

w subkl. 1.1.3.9 „Świadectwo Wykonania” zostało definiowane jako *świadectwo, wystawione na mocy klauzuli 11.9 [Świadectwo Wykonania]. Subkl. 11.9 stanowi natomiast, że wypełnienie zobowiązań Wykonawcy nie będzie uznane, dopóki Inżynier nie wystawi mu Świadectwa Wykonania stwierdzającego datę, z którą Wykonawca wywiązał się ze wszystkich zobowiązań z Kontraktu. Inżynier Kontraktu wystawi Świadectwo Wykonania w ciągu 28 dni po upływie ostatniego Okresu Zgłaszania Wad lub niezwłocznie po tym, gdy Wykonawca dostarczy wszystkie Dokumenty Wykonawcy i dokona prób wszystkich Robót, włącznie z usunięciem wad. Kopię Świadectwa Wykonania należy przekazać Zamawiającemu. Świadectwo Wykonania będzie jedynym dokumentem, potwierdzającym przejęcie Robót. Zgodnie*

z Subklauzulą 1.1.3.7. „Okres zgłaszania wad”- oznacza okres zgłaszania wad w Robotach lub Odcinku, niezależnie od przypadku, zgodnie z Subklauzulą 11.1 [Dokończenie zaległych prac i usuwanie wad], ustalony w załączniku do Oferty, wraz z ewentualnymi przedłużeniami na mocy Subklauzuli 11.3 [Przedłużenie Okresu Zgłaszania Wad], liczony od daty z jaką Roboty lub Odcinek zostaną ukończone, jak poświadczono zgodnie z klauzulą 10.1 [Przejęcie robot i Odcinków]. Jednocześnie w żadnym punkcie Warunków Szczególnych Kontraktu nie określił długości trwania okresu zgłaszania wad. Można zatem stwierdzić, że zakończenie usługi jest uzależnione od zdarzenia przyszłego i niepewnego, dodatkowo uzależnionego

od działania podmiotu trzeciego, jakim jest wykonawca robót.

Skoro bowiem Odwołujący nie jest w stanie jednoznacznie określić, w jakim okresie będzie zobowiązany do

wykonywania swoich obowiązków umownych, niemożliwe jest również należyte określenie przez niego wynagrodzenia, które będzie chciał uzyskać

od Zamawiającego w związku z wykonywaniem zamówienia. Poszczególni oferenci w sposób odmienny będą zatem zakładać termin końcowy wykonania, co w konsekwencji oznacza, że Zamawiający otrzyma nieporównywalne oferty.

Każde wydłużenie realizacji umowy o roboty budowlane będzie automatycznie obciążało Inżyniera Kontraktu. Należy podkreślić bowiem, że każdy miesiąc wydłużenia świadczenia usługi, to dodatkowy koszt po stronie Inżyniera Kontraktu, związany kosztami utrzymania biura, personelu, czy środka transportu. W szczególności należy wskazać, że Inżynier Kontraktu mimo posiadanych uprawnień, nie ma 100% wpływu na termin wykonywania robót. Poza sytuacjami, gdzie dochodzi do zawinionych przez wykonawcę robót opóźnień, w trakcie realizacji robót, niejednokrotnie wydłużenie następuje również na skutek okoliczności niezależnych od żadnej ze stroną (np. odmienne warunki gruntowe, stanowiska archeologiczne itp.). Zgodnie z postanowieniami SWZ wykonawca powinien wszystkie

te ryzyka uwzględnić w swojej wycenie. Uwzględniając powyższe Odwołujący wskazuje,

że Zamawiający wymaga od wykonawcy skalkulowania w swojej ofercie kosztów hipotetycznego (nieokreślonego wynagrodzenia), które ma uwzględnić potencjalną możliwość przedłużenia czasu realizacji robót, jak również okresu gwarancji i rękojmi. Odwołujący nadmienia, że na dzień sporządzenia oferty dane te są niemożliwe do przewidzenia i skalkulowania. Oferent chcąc sprostać wymogom Zamawiającego musiałby uwzględnić potencjalne ryzyka związane np. z odstąpieniem od umowy przez wykonawcę robót

i koniecznością wyboru kolejnego Wykonawcy Robót, czy zgłoszeniem przez wykonawcę robót roszczeń o przedłużenie Czasu na Wykonanie. Nadmienia wymaga również fakt,

że roboty będą realizowane w systemie „buduj”, a zatem Inżyniera Kontraktu będzie również obciążało ryzyko wydłużenia robót spowodowane ewentualnymi wadami dokumentacji projektowej dostarczonej przez Zamawiającego. Inżynier Kontraktu jest nie tylko obciążony działaniem i zaniechaniem wykonawcy robót, ale również ponosi również ewentualne ryzyko wad materiałów dostarczonych przez Zamawiającego.

Odwołujący pragnie podkreślić, że istotą problemu w kwestionowanych postanowieniach jest brak wskazania przez Zamawiającego ram czasowych świadczenia usługi, jakie wykonawca powinien uwzględnić w wycenie. Odwołujący wskazuje, że czas pełnienia funkcji Inżyniera Kontraktu powinien być określony w sposób jednoznaczny (konkretna cenzura czasowa). Skoro wynagrodzenie ma charakter ryczałtowy, to powinno ono dotyczyć wyraźnie określonego okresu obowiązywania umowy, a nie okresu bliżej nieokreślonego. Zdaniem Odwołującego umowa powinna być skonstruowana w taki sposób, aby wykonawca, stosując zasadę pewności obrotu i możliwości zaplanowania sobie prac na określonym poziomie miał pewność, że zawarta umowa pozwoli mu na uzyskanie wynagrodzenia na określonym poziomie, a Zamawiający nie może zastrzec sobie prawa do ewentualnego zwiększenia umownego zakresu świadczeń wykonawcy. Postanowienia umowy powinny zatem jednoznacznie wskazywać maksymalny czas świadczenia usługi, tj. świadczenie usługi powinno zakończyć się po upływie określonej liczby miesięcy, a ewentualne wydłużenia, nie zawinione przez Inżyniera, powinny być przedmiotem aneksu do umowy. Pozostawienie postanowienia w dotychczasowym kształcie będzie oznaczać, że wydłużenie terminu realizacji może nastąpić tak o 3 miesiące, jak i o 3 lata i w żadnym z tych wypadków Inżynierowi Kontraktu nie będzie przysługiwało dodatkowe wynagrodzenie.

II.

W zakresie sposobu ustalania wynagrodzenia wykonawcy w SWZ zawarto następujące postanowienia:

Zgodnie z §10 ust. 11-14 PPU Zamawiający wskazał:

„11.Podstawą do wystawienia faktur przejściowych przez Inżyniera Kontraktu będzie:

1)zatwierdzone przez Zamawiającego przejściowe świadectwo płatności dla Wykonawców robót za dany okres oraz

2)rozliczenie z podwykonawcą, udokumentowane dowodami zapłaty podwykonawcom wymagalnego wynagrodzenia.

12.Podstawą do wystawienia faktury końcowej przez Inżyniera Kontraktu będzie:

1)zatwierdzone przez Zamawiającego końcowe świadectwo płatności dla Wykonawców robót oraz

2)przekazanie Zamawiającemu wszystkich dokumentów niezbędnych do uzyskania pozwolenia na użytkowanie oraz

3)rozliczenie z podwykonawcą, udokumentowane dowodami zapłaty podwykonawcom wymagalnego wynagrodzenia.

13.Należność dla Inżyniera Kontraktu będzie wyliczona jako iloczyn wskaźnika procentowego zaawansowania finansowego kontraktu na roboty budowlane i wartości umownej usługi na Inżyniera Kontraktu.

14.Wskaźnik procentowy zaawansowania finansowego kontraktu na roboty budowlane będzie każdorazowo wyliczony za dany okres, ze stosunku wartości robót zrealizowanych przez Wykonawcę i odebranych przez Inżyniera Kontraktu do wartości całego kontraktu na roboty budowlane.”

Ponadto w §9 ust. 2 PPU Zamawiający określił następujące limity wynagrodzenia w poszczególnych latach realizacji umowy:

„Wynagrodzenie, o którym mowa w ust. 1 będzie płatne:

2023r. – 0% kwoty kontraktowej brutto

2024r. – do 27% kwoty kontraktowej brutto

2025r. – do 35% kwoty kontraktowej brutto

2026r. – pozostała kwota”

Odwołujący wskazuje, że taki sposób uregulowania wynagrodzenia wykonawcy

nie uwzględnia podstawowych okoliczności mających wpływ na sporządzenie oferty, utrudnia uczciwą konkurencję oraz stanowi nadużycie pozycji dominującej Zamawiającego.

Odwołujący wskazuje, że w całym okresie realizacji umowy ponosi stałe koszty, które wynikają z wymagań postawionych przez Zamawiającego w OPZ związanych min. z koniecznością:

- zapewnienia i utrzymania biura Inżyniera Kontraktu, spełniającego wymogi określone w punktach 4.1- 4.6 OPZ;

- ponoszenia kosztów wynagrodzenia personelu Inżyniera Kontraktu, w tym codziennej obecności na budowie w godzinach od 8 do 16 oraz w godzinach pracy Wykonawcy od 6 do 22 Inspektora Nadzoru Robot Drogowych, Inspektora Nadzoru robót Mostowych oraz Inżyniera Rezydenta (punkt 4.9 OPZ);

- kosztów zapewnienia niezbędnych narzędzi pracy oraz środków transportu.

Wyżej wymienione przykładowe obowiązki są stałymi kosztami, które w myśl postanowień OPZ zobowiązany jest ponosić Inżynier Kontraktu, niezależnie

od zaawansowania czy tempa wykonywania robót. Brak jest bowiem jakichkolwiek przepisów prawa, które pozwalałyby uzależnić Inżynierowi Kontraktu, na przykład wypłatę wynagrodzenia personelu od zaawansowania robót. Trudno również wyobrazić sobie realną możliwość, takiego ukształtowania umowy z wynajmującym przestrzeń biurową, na potrzeby biura Inżyniera Kontraktu, która nie przewidywałaby konieczności uiszczania comiesięcznego czynszu.

Przy tak sformułowanych postanowieniach w zakresie płatności oraz braku jakichkolwiek zaliczek, wykonawca będzie zatem zmuszony kredytować Zamawiającego, do czasu wypłaty należnego wykonawcy wynagrodzenia

W ocenie Odwołującego Zamawiający powinien tak ukształtować płatność wynagrodzenia należnego Inżynierowi Kontraktu, aby zapewnić IK odpowiednie środki finansowe na realizację zamówienia. Nie do zaakceptowania jest sytuacja, w której płatność wynagrodzenia jest przesunięta w czasie, a Inżynier Kontraktu ponosi całe ryzyko związane z realizacją inwestycji.

W dalszej kolejności wskazać należy, że z uwagi na fakt, iż Zamawiający uzależnił płatność dla Inżyniera Kontraktu od ilości robót wykonanych przez wykonawcę robót budowlanych, wynagrodzenie Inżyniera Kontraktu nie jest uzależnione od wykonanej przez niego pracy, lecz od prac realizowanych przez inne podmioty, od niego niezależne. Inżynier ma zatem ograniczony wpływ na termin wykonania tych prac, ewentualne zmiany wykonawców robót, przestoje, odstąpienia od umowy, wzajemne roszczenia stron kontraktu budowlanego itp. Odwołujący wskazuje, że Inżynier Kontraktu realizując w sposób należyty swoje obowiązki określone umową, w tym na przykład na bieżąco informując Zamawiającego o braku w postępie robót realizowanych przez wykonawcę robót, w sytuacji braku reakcji ze strony Zamawiającego, realizuje swoje obowiązki w sposób należyty, nie otrzymując za to należnego wynagrodzenia, skoro brak realizacji prac przez wykonawcę oznacza na gruncie przytoczonych powyżej postanowień brak płatności dla Inżyniera Kontraktu. Nadmienić należy, że Inżynier Kontraktu nie ma żadnych realnych narzędzi, które pozwalałyby u dyscyplinować wykonawcę w realizacji jego prac. Przy jednoczesnej bezczynności Zamawiającego, w takiej sytuacji nie otrzyma stosownego wynagrodzenia. Co istotne w sytuacji np. odstąpienia

od umowy o roboty budowlane np. po roku od zawarcia umowy z wykonawcą robót,

w przypadku, gdy wykonawca w ogóle nie podjął robót, bądź zrealizował je w niewielkim zakresie, to przy takim ukształtowaniu zapisów regulujących płatność na rzecz Inżyniera Kontraktu oznacza, że nie dostanie on w ogóle wynagrodzenia, bądź też otrzyma je w bardzo niewielkiej wysokości. A zatem całe ryzyko związane z nieprawidłowym realizowaniem prac przez wykonawcę robót, w istocie jest przerzucane na Inżyniera Kontraktu, który nie dysponuje żadnymi środkami, które pozwalałyby na przeciwdziałanie takiej sytuacji.

Odwołujący podkreśla, że taki sposób ukształtowania płatności stanowi duże zagrożenie

dla Inżyniera Kontraktu, narusza zasady uczciwej konkurencji oraz narusza zasadę ekwiwalentności świadczeń, a także zaburza równowagę stron stosunku obligacyjnego.

III.

Zgodnie z punktem 2.1.1 lit. a, 1.1, 2.8.3 OPZ oraz §9 ust. 1 pkt. 2) PPU wykonawca zobowiązany jest do pełnienia funkcji Inżyniera Kontraktu nad robotami podobnymi, zamiennymi w przypadku ich wystąpienia podczas

realizacji zadania bez prawa do dodatkowego wynagrodzenia.

W odniesieniu do ww. postanowień Odwołujący wskazuje, że oczekiwanie przez Zamawiającego realizacji dodatkowych zadań bez odrębnego wynagrodzenia jest nadmiarowe, nieuzasadnione i narusza zasady równowagi stron umowy, jak również przeczy zasadzie ekwiwalentności świadczeń stron umowy. Wymaganie to obarcza niewspółmiernym ryzykiem kontraktowym wykonawcę, jak również powoduje, że przyjęcie odmiennej oceny tego ryzyka przez poszczególnych wykonawców doprowadzi do nieporównywalności ofert.

W sytuacji zatem gdy zakres prac zwiększy się o 30% Inżynier Kontraktu otrzyma takie samo wynagrodzenie, jak w sytuacji gdy zakres prac zwiększy się tylko o 1%. Wskazać należy, że skoro w niniejszej umowie ustalono wynagrodzenie ryczałtowe, to kwotę tego wynagrodzenia należy odnosić do zakresu usług świadczonych przez Inżyniera Kontraktu, które są w umowie wyraźnie wymienione, a w przypadku, gdy zachodzi konieczność świadczenia usług dodatkowych, związanych np. robotami dodatkowymi, to za takie usługi Inżynier Kontraktu powinien otrzymać stosowne wynagrodzenie. Przyjęcie odmiennego stanowiska oznaczać będzie w konsekwencji naruszenie zasady ekwiwalentności świadczeń, albowiem za swoje świadczenie Inżynier Kontraktu nie otrzyma od Zamawiającego żadnego świadczenia.

Ryzyko wystąpienia usługi i roboty dodatkowej, czyli takiej, które wykonanie jest wynikiem sytuacji niemożliwej wcześniej do przewidzenia, jest trudne do skalkulowania na obecnym etapie. Zarówno bowiem dla wykonawcy robót, a w konsekwencji dla Inżyniera Kontraktu jest to okoliczność obiektywnie nieprzewidywalna. Konsekwencją takiego sposobu uregulowania kwestii nadzoru nad robotami dodatkowymi może być otrzymanie ofert, gdzie będą zawyżone koszty o ryzyka, które mogą się nie ziścić. To wprost prowadzi do marnotrawienia środków publicznych, a z drugiej strony może prowadzić do nieporównywalności ofert. Zdaniem Odwołującego, jeżeli tylko jest to możliwe zamawiający winien uczynić wszystko, aby oferty były porównywalne ze sobą i rzetelnie skalkulowane.

IV.

Zamawiający wprowadził szereg kar umownych nakładanych na wykonawcę za różnego rodzaju działania i zaniechania. Określone w §13 ust. 2 pkt 1, 2, 3, 9, 11 kary umowne nie zawierają konkretnych, enumeratywnie wymienionych obowiązków, których niewykonanie lub nieprawidłowe wykonanie będzie rodziło odpowiedzialność w postaci obowiązku zapłaty kary umownej. Powoływanie się na bardzo ogólne obowiązki wynikające

z Umowy jest nieprawidłowe.

W §13 ust. 2 wskazano, że wykonawca zapłaci zamawiającemu następujące kary umowne:

Kary umowne dotyczące realizacji funkcji Inżyniera Kontraktu		
Okoliczności za które Zamawiający nalicza kary umowne		Wysokości kar umownych
1	Zwłoka w związku z niewykonywaniem umowy zgodnie z terminami umownymi, w tym: <ul style="list-style-type: none">•nieterminowe rozpoczęcie realizacji umowy•zwłoka w rozpoczęciu usług•niekontynuowanie usług pomimo dwukrotnych pisemnych wezwań Zamawiającego,• nieterminowe wykonanie usług	1% wynagrodzenia umownego brutto (zaokrąglenie w górę do pełnego tysiąca) za każdy dzień zwłoki (niezależnie od wartości dostaw lub usług niewykonanych). Zwłoka nie przekraczająca 3 dni nie będzie karana przez Zamawiającego.
2.	Z tytułu zwłoki w przedłożeniu Zamawiającemu wszelkich dokumentów, do przedłożenia których zobowiązują Inżyniera Kontraktu postanowienia umowy (również w okresie rękojmi i gwarancji) lub wydane polecenia	0,1% wynagrodzenia umownego brutto, (zaokrąglenie w górę do pełnych stu złotych) za każdy dzień zwłoki licząc od terminu umownego lub wyznaczonego przez Zamawiającego
3.	Niewykonywanie lub nienależyte wykonanie przedmiotu umowy zgodnie z jej warunkami	za każdy udowodniony przypadek niezachowania należytej staranności przy wykonywaniu swych obowiązków lub nieprzestrzegania wymogów przewidzianych w obowiązujących procedurach w wysokości 1% wynagrodzenia umownego brutto. (zaokrąglenie w górę do pełnego tysiąca)

9	Za każdy stwierdzony przypadek nieprzygotowania w wyznaczonym terminie wszelkich niezbędnych dokumentów związanych z realizacją lub rozliczeniem projektu wymaganych przez Zamawiającego lub instytucje zewnętrzne terminie wszelkich niezbędnych dokumentów związanych z realizacją lub rozliczeniem projektu wymaganych przez Zamawiającego lub instytucje zewnętrzne	5 000,00 zł brutto
11	Za niedostarczenie w terminie wymaganych dokumentów, np. raportu miesięcznego, protokołu konieczności, protokołu z Rady Budowy, protokołu przeglądu gwarancyjnego,	2 000,00 zł brutto

Wskazane kary umowne są niejednoznaczne i wprowadzają zbyt daleko idącą dowolność po stronie Zamawiającego. W praktyce kary są na tyle ogólne, że umożliwiają ich nałożenie w każdym przypadku wystąpienia jakiegokolwiek nieprawidłowości podczas realizacji umowy. Odwołujący podnosi, iż tak sformułowany zapis dotyczący podstawy do naliczania przez Zamawiającego kar umownych, jest wysoce nieprecyzyjny. Katalog kar został określony w sposób nieprecyzyjny i charakteryzuje się możliwością uznaniowego, arbitralnego naliczania kar, którymi Zamawiający będzie chciał obciążać Wykonawcę.

Odwołujący wskazuje, że Zamawiający niniejszym postanowieniem naruszył art. 16 Pzp w związku z art. 99 ust. 1 i 2 ustawy Pzp poprzez błędne przyjęcie, że Zamawiający nie jest zobowiązany do jednoznacznego i wyczerpującego opisu przedmiotu zamówienia (nieznana zakres działań mogących skutkować nałożeniem kary), ani do uwzględnienia w SIWZ jednoznacznej, spójnej i wyczerpującej (kompletnej) informacji, umożliwiającej określenie zakresu zamówienia, jego wycenę a następnie realizację, złożenie porównywalnych ofert, spełniających uzasadnione potrzeby Zamawiającego, wyartykułowane w SIWZ. Tym samym, wykonawcy nie dysponują wszystkimi wymaganiami i okolicznościami mogącymi mieć wpływ na sporządzenie oferty. Zamawiający dopuścił się nadużycia, czym naruszył art. 16 Pzp w związku art. 8 w zw. z art. 5, art. 484 § 2 i art. 353¹ kodeksu cywilnego poprzez błędne przyjęcie, że Zamawiający jest uprawniony do ukształtowania treści przyszłego stosunku zobowiązaniowego w sposób naruszający jego właściwość (naturę), bezwzględnie obowiązujące przepisy prawa, zasady współżycia społecznego i równowagę stron, czy też nakładać rażąco wygórowane kary umowne, a tym samym Zamawiający sprzecznie z przepisami prawa zastrzegł możliwość nakładania kar umownych na podstawie ogólnikowych i niejednoznacznych postanowień.

V.

W §13 ust. 2 pkt. 8 PPU Zamawiający zastrzegł karę umowną za nieterminowego dokonania odbioru końcowego. Zgodnie z punktem 2.3.1.49 i 2.3.1.50 OPZ obowiązkiem Inżyniera Kontraktu jest jedynie zgłoszenie Zamawiającemu gotowości do czynności odbiorowych. Wykonawca jest również zobowiązany do przygotowania do odbioru częściowego i końcowego robót, sprawdzenia kompletności i prawidłowości przedłożonych przez Wykonawcę dokumentów wymaganych do przeprowadzenia odbioru robót, w tym dokumentacji niezbędnej do uzyskania decyzji na użytkowanie (lub braku sprzeciwu ze Strony Nadzoru Budowlanego) zgodnie z Prawem Budowlanym oraz uczestnictwa w odbiorze robót. Żaden z punktów SWZ nie nakłada na wykonawcę obowiązku dokonania odbioru końcowego. Dokonanie czynności odbiorowych jest obowiązkiem Zamawiającego, zatem pozostawienie §13 ust. 2 pkt 8 PPU w dotychczasowym brzmieniu spowoduje możliwość karania wykonawcy za czynności, które nie należą do zakresu jego obowiązków. Zgodnie z art. 483 § 1 k.c. można zastrzec w umowie, że naprawienie szkody wynikłej z niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania niepieniężnego nastąpi przez zapłatę określonej sumy (kara umowna). Jednocześnie zgodnie z art. 484 § 1 k.c. w razie niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania kara umowna należy się wierzycielowi w zastrzeżonej na ten wypadek wysokości bez względu na wysokość poniesionej szkody. Żądanie odszkodowania przenoszącego wysokość zastrzeżonej kary nie jest dopuszczalne, chyba że strony inaczej postanowiły. Stosownie do treści art. 433 pkt 2 ustawy Pzp, projektowane postanowienia umowy nie mogą przewidywać naliczania kar umownych za zachowanie wykonawcy niezwiązane bezpośrednio lub pośrednio z przedmiotem umowy lub jej prawidłowym wykonaniem.

W ocenie Odwołującego zastrzeżenie w §13 ust. 2 pkt 8 PPU przewiduje możliwość obciążenia wykonawcy karą umowną za okoliczności, za które nie odpowiada wykonawca.

VI.

W §13 ust. 2 pkt 1 Zamawiający określił kary umowne na poziomie 1% umownego brutto (zaokrąglenie w górę do

pełnego tysiąca) za każdy dzień zwłoki (niezależnie od wartości dostaw lub usług niewykonanych). Kara ta w ocenie Odwołującego jest rażąco wygórowana i niedostosowana do rzeczywistej szkody, jaką potencjalnie mógłby ponieść zamawiający w wyniku niewłaściwej realizacji zamówienia. Dodatkowo wysokość kary w połączeniu z brakiem precyzji w określeniu przesłanek uprawnia Zamawiającego do uznaniowego, arbitralnego naliczania wygórowanych kar. Należy zwrócić uwagę, że kara naliczana jest za każdy dzień zwłoki, a w związku z tym nawet niewielkie opóźnienie w realizacji zadań spowoduje naliczenie nieproporcjonalnie wysokiej w stosunku do poniesionej szkody kary umownej. Odwołujący wskazuje, że powszechną praktyką w tego typu umowach jest naliczenia kary rzędu 0,1% za każdy dzień zwłoki, która i tak będzie wysoka kwotą, w sposób należyty dyscyplinująca wykonawcę do terminowej realizacji obowiązków. Kara ta wydaje się tym bardziej dotkliwa w zestawieniu z wysokością kary uregulowanej w §13 ust. 2 pkt. 3, gdzie karą w tej samej wysokości jest zastrzeżona, ale dla każdego przypadku niewykonania lub nienależytego wykonania umowy.

W ocenie odwołującego taki sposób sformułowania tej kary umownej jest rażącym wykorzystaniem nadrzędnej pozycji zamawiającego jako organizatora postępowania i ma na celu nie dyscyplinowanie wykonawców, ale de facto obniżanie kosztów realizacji usługi poprzez pozostawienie sobie możliwości nakładania na wykonawców bardzo wysokich kar.

W obecnym brzmieniu wzorów umów, kary umowne zastrzeżone przez zamawiającego pozwolą mu nie tylko na pokrycie ewentualnej szkody, ale przede wszystkim na sfinansowanie znacznej części zamówienia (wykonywanego przez wykonawcę), prowadząc do wzbogacenia zamawiającego i zachwiania (braku) ekwiwalentności świadczeń w umowie o charakterze wzajemnym.

Podsumowując argumentacja wyżej przedstawiona potwierdza zasadność i konieczność wniesienia niniejszego odwołania. Wobec powyższego Odwołujący wniosk o uwzględnienie niniejszego odwołania.

W dniu 31 lipca 2023 roku do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego zgłosili przystąpienie wykonawcy ZDI spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Zamościu oraz INKO Consulting spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Krakowie.

Zamawiający w dniu 10 sierpnia 2023 r. złożył „Odpowiedź na odwołanie”, w której wniosk o oddalenie odwołania w całości z uwagi na bezzasadność podniesionych w nim zarzutów, przedstawiając stosowną argumentację.

W dniu 10 sierpnia 2023 roku Przystępujący INKO Consulting sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie oraz Przystępujący ZDI sp. z o.o. z siedzibą w Zamościu złożyli pisma procesowe, (odrębne), w których wniesli o uwzględnienie odwołania w całości.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron postępowania odwoławczego, na podstawie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego oraz oświadczeń i stanowisk złożonych pisemnie i ustnie do protokołu, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła co następuje:

Izba ustaliła, że Odwołujący przekazał w ustawowym terminie kopię odwołania Zamawiającemu. Izba uznała, że Odwołujący wykazał interes w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia szkody w związku z ewentualnym naruszeniem przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp, czym wypełnił materialnoprawne przesłanki dopuszczalności odwołania, o których mowa w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp. Zgodnie z tym przepisem środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy. Izba za skuteczne uznała zgłoszone przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego i dopuściła do udziału w postępowaniu odwoławczym obu wykonawców, w charakterze Uczestników postępowania odwoławczego.

Zgodnie z treścią art. 559 ust. 2 ustawy Pzp Izba wskazuje podstawy prawne orzeczenia z przytoczeniem przepisów prawa.

Art. 16 ustawy Pzp - Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób:

- 1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców;
- 2) przejrzysty;
- 3) proporcjonalny.

Art. 99 ust. 1 i 4 ustawy Pzp –

1. Przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wymagania i

okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty.

2.(...)

3.(...)

4.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.

Art. 436 ustawy Pzp - umowa zawiera postanowienia określające w szczególności:

1)planowany termin zakończenia usługi, dostawy lub robót budowlanych, oraz, w razie potrzeby, planowane terminy wykonania poszczególnych części usługi, dostawy lub roboty budowlanej, określone w dniach, tygodniach, miesiącach lub latach, chyba że wskazanie daty wykonania umowy jest uzasadnione obiektywną przyczyną,

2)warunki zapłaty wynagrodzenia.

Art. 8 ust. 1 ustawy Pzp- do czynności podejmowanych przez zamawiającego, wykonawców oraz uczestników konkursu w postępowaniu o udzielenie zamówienia i konkursie

oraz do umów w sprawach zamówień publicznych stosuje się przepisy ustawy z dnia

23 kwietnia 1964 r. - Kodeks cywilny (Dz.U. z 2022 r. poz. 1360), jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej.

Art. 5 k.c. -nie można czynić ze swego prawa użytku, który by był sprzeczny ze społeczno-gospodarczym przeznaczeniem tego prawa lub z zasadami współżycia społecznego.

Takie działanie lub zaniechanie uprawnionego nie jest uważane za wykonywanie prawa

i nie korzysta z ochrony.

Art. 353¹ k.c. - 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.

Art. 487 § 2 k.c. - Umowa jest wzajemna, gdy obie strony zobowiązują się w taki sposób,

że świadczenie jednej z nich ma być odpowiednikiem świadczenia drugiej.

Izba ustaliła i zważyła:

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, poczynione ustalenia faktyczne oraz orzekając w granicach zarzutów zawartych w odwołaniu, Izba stwierdziła,

że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba wskazuje, że rozpoznając zarzuty podniesione w odwołaniu ocenia czynności podjęte przez Zamawiającego (tu postanowienia Specyfikacji warunków zamówienia (SWZ)

w zakresie objętym zarzutami) odpowiadając na pytanie czy Zamawiający poprzez

ich ukształtowanie naruszył przepisy prawa zamówień publicznych.

W analizowanym stanie faktycznym w ocenie Izby, Zamawiający kształtując treść opisu przedmiotu zamówienia (OPZ), oraz projektowanych postanowień umowy (PPU)nie naruszył przepisów prawa zamówień publicznych w zakresie zarzutów zawartych w odwołaniu.

Podkreślić należy, iż w przypadku odwołań na treść postanowień Specyfikacji Warunków Zamówienia (dalej: „SWZ”) rami postępowania odwoławczego określa nie tylko wskazanie konkretnych uchybień, ale też oczekiwań Odwołującego. Podniesiony w odwołaniu zarzut jak i konstrukcja żądania być musi sformułowana w sposób jasny i przejrzysty, musi z niego wynikać jednoznaczne sformułowanie oczekiwań Odwołującego a także uzasadnienie dla czego w ocenie Odwołującego postanowienia SWZ naruszają przepisy ustawy Pzp oraz uzasadnienie dla proponowanych przez siebie rozwiązań.

Skład orzekający podziela prezentowany szeroko w orzecznictwie KIO pogląd,

iż w przypadku zaskarżenia brzmienia treści postanowień SWZ dalsza kreacja ich treści poza żądaniem wskazanym w odwołaniu, winna doznawać ograniczeń. Co równie istotne, stawiane żądania w zakresie modyfikacji postanowień SWZ powinny prowadzić do eliminacji niezgodności z przepisami ustawy Pzp, a nie do udogadniania warunków realizacji zamówienia wykonawcom podnoszącym te żądania.

Odwołujący powołując się na naruszenie wskazanych przepisów i zasad udzielania zamówień publicznych poprzez ukształtowanie opisu przedmiotu zamówienia

i projektowanych postanowień umowy w sposób naruszający zasadę uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców i przejrzystości winien wykazać adekwatny związek przyczynowo - skutkowy pomiędzy postanowieniami SWZ a nieuprawnionym ograniczeniem dostępu czy chociażby realnym - nieuzasadnionym czynnikami obiektywnymi - zmniejszeniu szansy na uzyskanie przedmiotowego zamówienia. Nie chodzi tu o ograniczenie konkurencji w znaczeniu ogólnym, ale o ograniczenie uczciwej konkurencji, spowodowane nieuzasadnionymi, subiektywnymi okolicznościami,

których Zamawiający nie jest w stanie uzasadnić obiektywnymi przesłankami.

Postanowień SWZ nie należy rozpatrywać z perspektywy konkretnego wykonawcy, lecz z perspektywy potrzeb Zamawiającego, bowiem jego celem jest wybór oferty, która będzie spełniała uzasadnione potrzeby Zamawiającego. Istotne jest natomiast to, aby poprzez ukształtowanie treści SWZ nie naruszyć przepisów i zasad obowiązujących w ustawie Pzp.

Odwołujący winien wykazać, dlaczego określona przez Zamawiającego treść SWZ narusza przepisy Pzp, oraz wskazać uzasadnienie dla proponowanej przez siebie modyfikacji, której wprowadzenie doprowadzi do stanu zgodności z przepisami ustawy Pzp.

Wskazać należy, że kształtowanie treści SWZ należy do uprawnień Zamawiającego, jako gospodarza postępowania, który ustala je w taki sposób, aby dokonać wyboru oferty najkorzystniejszej, czyli takiej, która w sposób optymalny będzie stanowiła zaspokojenie uzasadnionych potrzeb Zamawiającego, w oparciu o przeznaczenie przedmiotu zamówienia. a co istotne - za najkorzystniejszą cenę.

Przenosząc powyższe rozważania na grunt rozpoznawanej sprawy, w ocenie Izby nie zaistniały okoliczności, których wystąpienie zarzuca Odwołujący.

Odnosząc się do zarzutu pierwszego, tj. naruszenia art.16 pkt 1,2 i 3 w zw. z art. 99 ust. 1 i 4 Pzp, art. 436 pkt 1 Pzp, a także art. 5, art. 353¹ i art. 487 §2 k.c. w zw. z art. 8 ust. 1 Pzp poprzez nieprawidłowe określenie czasu realizacji umowy i czasu świadczenia usługi przez wykonawcę oraz terminu jej zakończenia tj. w sposób powodujący, że jest on niemożliwy do określenia w sposób jednoznaczny, co z kolei uniemożliwia dokładne ustalenie wielkości świadczenia wykonawcy i dokonanie rzetelnej wyceny oferty (§7 ust.1 pkt2 Rozdział IV – Projektowane postanowienia umowy oraz 1.4.2 Rozdział III – Opis przedmiotu) zarzut należy uznać za niezasadny.

Odwołujący zarzuca Zamawiającemu niezgodny z art. 436 pkt 1 Pzp sposób określenia terminu zakończenia umowy poprzez odniesienie go do dnia wystawienia Świadcstwa Wykonania (§7 ust, 1 pkt 2 Rozdział IV PPU). Tymczasem Odwołujący pomija całkowicie okoliczność, że w §7 ust, 1 pkt 3 Rozdział IV PPU Zamawiający wskazał planowany termin zakończenia usługi, określając go zgodnie z art. 346 pkt 1 Pzp w latach. Zamawiający wskazał bowiem, że „ Inwestycja jest przewidziana do realizacji w latach 2023-2026”. Art. 346 pkt 1 Pzp odnosi się do planowanego terminu zakończenia usługi, a ten został przez Zamawiającego określony. Dodatkowe wymagania stawiane przez Zamawiającego, związane z formalnym lub technicznym sposobem określenia dnia, który będzie wyznaczał dzień zakończenia pełnienia funkcji Inżyniera Kontraktu nie stanowi sprzeczności z treścią ww. przepisu. Dodać należy, że art. 436 pkt 1 Pzp nie nakazuje podania terminu zakończenia usługi poprzez wskazanie określonego dnia, lecz nakazuje określenia go w dniach, tygodniach, miesiącach lub latach, chyba że wskazanie daty wykonania umowy jest uzasadnione obiektywną przyczyną, co w okolicznościach analizowanej sprawy nie miało miejsca. Żądanie Odwołującego określenia przez Zamawiającego tego terminu w sposób jednoznaczny - a nie jako określenie planowanego terminu zakończenia usługi - jest nadmiarowe, wykraczające poza wymóg wynikający z art. 436 pkt. 1 Pzp.

Przytoczyć należy również stanowisko zawarte w pozycji: „Prawo Zamówień Publicznych Komentarz” pod redakcją Huberta Nowaka i Mateusza Winiarza, Warszawa 2021, s. 1157, że „Pzp narzuca zatem zamawiającym sposób, w jaki należy określić termin realizacji zamówienia, tj. poprzez używanie jednostek czasu. Zamawiający ma obowiązek co do zasady określić termin zakończenia realizacji umowy nie konkretną datą, ale poprzez ustalenie pewnego okresu, w którym wykonawca powinien wykonać przedmiot umowy. Regulacja ma na celu zapewnienie, by wszyscy wykonawcy mieli jednakową wiedzę o czasie wymaganym do realizacji zamówienia. Ma to zapobiec sytuacji, gdy każdy wykonawca odrębnie,

na podstawie własnego doświadczenia i wiedzy, estymował najpierw spodziewany termin zawarcia umowy (mimo że nie miał wpływu na tę datę), a następnie próbował wyliczyć pozostały mu czas na realizację zamówienia. Powyższe zmuszało wykonawców

do uwzględniania związanych z tym ryzyk kontraktowych i kosztów.

Wyjątki od powyższej zasady stanowią sytuacje, w których określenie terminu za pomocą konkretnej daty jest obiektywne uzasadnione, np. w przypadku projektów o ograniczonym okresie finansowania”.

Powyższe, w ocenie Izby potwierdza, że sposób określenia planowanego okresu zakończenia usługi nie narusza art. 436 pkt 1 Pzp.

Izba za nieprzydatne dla sprawy uznała dowody złożone przez Odwołującego w postaci wyciągów z trzech umów na pełnienie funkcji Inżyniera Kontraktu w ramach innych inwestycji, które nie mają związku z przedmiotowym postępowaniem.

Nie można również zgodzić się z Odwołującym, że poprzez treść pkt. 1.4.5. OPZ Zamawiający zobowiązuje wykonawcę do realizacji zwiększonego zakresu prac w ramach kontraktu bez prawa do wynagrodzenia za świadczenie usług w przedłużonym czasie. Treść pkt 1.4.5 OPZ: „Terminy realizacji mogą ulec zmianie stosownie do czasu trwania

robót budowlanych. Wykonawca zobowiązuje się świadczyć usługi do czasu faktycznego zakończenia robót, zakończenia okresu gwarancji i rękojmi za wady oraz rozliczenia końcowego kontraktu bez prawa do dodatkowego wynagrodzenia w przedłużonym czasie

na ukończenie i wykonanie”, odnosi się do możliwości zmiany terminów realizacji, a nie do zwiększenia zakresu prac objętych zamówieniem. Nie jest zatem zasadne zwiększanie wynagrodzenia za zakres realizacji, który został wyceniony w ofercie. Tym bardziej,

że Zamawiający przewidział rozliczenie ryczałtowe, a informując wykonawcę o możliwości zmiany terminu realizacji umowy, wskazał na możliwość wystąpienia tego ryzyka, które powinno zostać ujęte w cenie oferty. Zauważenia wymaga również, że treść pkt 1.4.5 OPZ

(zd. pierwsze) odnosi się do zmiany terminu świadczenia usługi, a nie wyłącznie do jego wydłużenia. Istnieje zatem możliwość skrócenia terminu realizacji usługi, jeżeli roboty budowlane zostałyby ukończone przed czasem. Jednakże, na taką okoliczność Odwołujący nie wnosi o zmniejszenie wynagrodzenia wskazanego w ofercie.

W powyższych okolicznościach zarzut jest niezasadny.

Odnosząc się do zarzutu drugiego, tj. naruszenia art. 436 pkt. 2 Pzp w zw. z art. 99 ust. 1 i 4 w z art. 16 pkt 1-3 Pzp, a także art. 353¹ i art. 487 §2 k.c. w zw. z art. 8 ust. 1 Pzp poprzez nieprawidłowe ustalenie zasad wynagradzania wykonawcy, tj. w sposób nieuwzględniający rzeczywistych nakładów ponoszonych przez niego na realizację zadania w poszczególnych miesiącach jego trwania oraz uzależnienie wypłaty wynagrodzenia wykonawcy od zdarzenia będącego poza kontrolą wykonawcy, jakim jest zatwierdzenie przez Zamawiającego przejściowego świadectwa płatności lub końcowego świadectwa płatności (§9 ust.2 PPU, §10 ust.11 pkt 1) PPU, §10 ust. 12 pkt 1) PPU, §10 ust. 13 -14 PPU), co skutkuje sporządzeniem postanowień umowy w sposób niegwarantujący zachowania równowagi stron stosunku zobowiązaniowego, wzajemności świadczeń i uczciwej konkurencji, zarzut należy uznać za niezasadny.

Izba wskazuje, że Zamawiający zobowiązany jest do określenia w umowie postanowień dotyczących warunków zapłaty wynagrodzenia.

W § 9 ust. 2.PPU Zamawiający określił następujące warunki zapłaty wynagrodzenie:

Wynagrodzenie, o którym mowa w ust. 1 będzie płatne:

2023r. – 0 % kwoty kontraktowej brutto

2024r. – do 27 % kwoty kontraktowej brutto

2025r. – do 35 % kwoty kontraktowej brutto

2026r. – pozostała kwota.

W § 10 ust. 11 pkt 1): Podstawą do wystawienia faktur przejściowych przez Inżyniera Kontraktu będzie:

1)zatwierdzone przez Zamawiającego przejściowe świadectwo płatności dla Wykonawców robót za dany okres.

Odwołujący w sposób niezasadny zarzuca Zamawiającemu naruszenie art. 436 pkt 2 Pzp, bowiem Zamawiający wypełnił obowiązek wynikający z ww. przepisu. Określił sposób, który będzie zabezpieczał interesy Zamawiającego i gwarantował zapłatę za faktycznie wykonaną i nadzorowaną usługę.

Jak słusznie wskazał Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie „wynagrodzenie Inżyniera Kontraktu wykazuje znaczny związek z ilością nadzorowanych robót. Im więcej wykonanych robót, tym większy zakres czynności, których nadzorowanie należy do Inżyniera Kontraktu.

Po wtóre, Inżynier kontraktu dysponuje pewnymi narzędziami, za pomocą których może mobilizować Wykonawcę robót do terminowego i prawidłowego wykonania prac. Może wydawać w tym zakresie wiążące polecenia Wykonawcy, czy też sygnalizować Zamawiającemu opóźnienia w robotach, a ten – w ramach przysługujących mu narzędzi - ma możliwość dyscyplinowania Wykonawcy robót poprzez choćby nakładanie kar umownych. Nie można zatem zgodzić się ze stanowiskiem odwołującego, aby analizowany sposób kształtowania wynagrodzenia Inżyniera Kontraktu naruszał zasady uczciwej konkurencji oraz naruszał zasadę ekwiwalentności świadczeń, a także zaburzał równowagę stron stosunku obligacyjnego, gdyż wynagrodzenie nie jest uzależnione od wykonanej przez Inżyniera Kontraktu pracy, lecz od prac realizowanych przez Wykonawcę. Dodatkowo – jak wskazuje się w orzecznictwie sądów powszechnych tylko rażące naruszenie zasady ekwiwalentności świadczeń wzajemnych może być kwalifikowane jako naruszenie zasady swobody umów

w rozumieniu art. 353¹ KC. Informuje się, że ww. zachwianie równowagi stron stosunku obligacyjnego zostało jednak zrównoważone.

Zamawiający realizuje zamówienie ze środków publicznych i jego działanie jest ukierunkowane na racjonalne wydawanie środków publicznych związanych z realizacją inwestycji infrastrukturalnych. Zamawiający w SWZ przyjął zatem, iż wynagrodzenie należne Inżynierowi Kontraktu będzie mu wypłacane z uwzględnieniem stopnia wykonania robót budowlanych proporcjonalnie do postępu rzeczowo – finansowego robót budowlanych. Zasady te są znane wszystkim zainteresowanym Wykonawcom, w związku z powyższym wszyscy mają świadomość, jak będą się kształtowały

płatności za realizację zamówienia i co mogą zawrzeć w zaoferowanej cenie ofertowej jako ewentualne ryzyko związane z wykonywaniem usługi.

Zgodnie z zapisami pkt 1.4 Rozdziału III SWZ - Zamawiający wskazał maksymalny graniczny termin, w którym całość wynagrodzenia zostanie wypłacona Inżynierowi Kontraktu, podczas gdy zgodnie z umową część czynności wykonywać on będzie jeszcze przez 84 miesięczny okres gwarancji i dodatkowe 28 dni do wystawienia Świadectwa Wykonania. Wynagrodzenie za te czynności wykonywane przez okres ponad 7-letni Inżynier Kontraktu otrzyma zaś wcześniej, a więc z góry.

Ponadto zauważyć należy, iż określony przez Zamawiającego sposób wypłacania wynagrodzenia Inżynierowi Kontraktu poprzez uzależnienie go od stosunku wartości robót zrealizowanych przez Wykonawcę i odebranych przez Inżyniera Kontraktu do wartości całego kontraktu na roboty budowlane nie oznacza nieodpłatnego wykonywania usługi. Jeżeli

w danym okresie stosunek ten był mniejszy od prognozowanego, oznacza to tylko, że na danym etapie ilość nadzorowanych robót była niższa niżeli zakładana, a zatem i zakres prac Inżyniera Kontraktu był proporcjonalnie mniejszy.

Ponadto, w myśl Subklauzuli 8.6 Warunków Kontraktowych FIDIC dotyczącej tempa wykonania robót, Inżynier Kontraktu ma możliwość wpływania na tempo prac Wykonawcy, może wnioskować również do Zamawiającego o uruchomienie mechanizmów mobilizujących wykonawcę, typu kary umowne. Zwrócić należałoby też uwagę na Subklauzulę 15.1, zgodnie z którą Inżynier Kontraktu może żądać od Wykonawcy, aby ten przygotował program naprawczy. Powyższe działania mogą również doprowadzić do uruchomienia przez Zamawiającego mechanizmów nacisku na Wykonawcę wynikających z Subklauzuli 15.2."

Ponadto Zamawiający w sposób obiektywny i rzeczowy uzasadnił skąd wynika podział płatności wynagrodzenia określony w § 9 ust. 2.PPU. Zamawiający wskazał,

że „przedstawiony limit wynagrodzenia na poszczególne lata w ujęciu procentowym dla Inżyniera Kontraktu jest konsekwencją przyjętej metodologii wyliczania należności

dla Inżyniera Kontraktu, tj. należność ta stanowi iloczyn wskaźnika procentowego zaawansowania finansowego kontraktu na roboty budowlane i wartości umownej usługi

na Inżyniera Kontraktu. Podział procentowy został określony na podstawie prognozowanego zaawansowania robót budowlanych w poszczególnych latach i jest zbieżny z wartościami procentowymi wskazanymi we wzorze umowy w postępowaniu przetargowym na realizację robót budowlanych. Wskazany podział wynika wprost z wartości ujętych w Wieloletniej Prognozie Finansowej (WPF) Województwa Podkarpackiego na lata 2023 – 2045

oraz w uchwale dotyczącej zgody na zaciąganie zobowiązań przez Dyrektora PZDW. Niedopuszczalne jest zawarcie umowy na kwoty przekraczające środki zabezpieczone w WPF na danym zadaniu oraz przekraczające udzieloną zgodę na zaciąganie zobowiązań, pod rygorem naruszenia dyscypliny finansów publicznych. W konsekwencji określenie podziału procentowego na lata jest konieczne w celu uniknięcia sytuacji, że wartość usługi w danym roku przekroczy wartości zabezpieczone w Wieloletniej Prognozie Finansowej. Uchwała

w sprawie przyjęcia lub zmiany Wieloletniej Prognozy Finansowej podejmowana jest przez Sejmik Województwa Podkarpackiego. Uchwała w sprawie zgody na zaciąganie zobowiązań podejmowana jest przez Zarząd Województwa Podkarpackiego.

W związku z powyższym Wykonawca jest w stanie przewidzieć, jakiego wynagrodzenia jest się w stanie spodziewać w danym roku realizacji Umowy. Natomiast ryzyka wynikające z potencjalnych opóźnień winien w kalkulować w wynagrodzenie Wykonawcy, które sam kształtuje składając ofertę".

Reasumując, Zamawiający wypełnił obowiązek wynikający z art. 436 pkt 2 Pzp, natomiast Odwołujący nie wykazał, w jaki sposób Zamawiający naruszył wskazane przepisy. Ponadto, argumentacja Odwołującego i sposób zmiany zasad wynagrodzenia, nie prowadzi do osiągnięcia zgodności z prawem, lecz opiera się o zasady korzystne wyłącznie dla Odwołującego. Taki stan nie zasługuje na ochronę.

Zarzut należało zatem oddalić.

Odnosząc się do zarzutu trzeciego, tj. naruszenia art. 436 pkt. 2 Pzp w zw. z art. 99 ust. 1 i 4 w z art. 16 pkt 1-3 Pzp, a także art. 353¹ i art. 487 § 2 k.c. w zw. z art. 8 ust. 1 Pzp poprzez nieprawidłowe ustalenie zasad wynagradzania wykonawcy poprzez zobowiązanie wykonawcy do pełnienia funkcji Inżyniera Kontraktu nad robotami podobnymi, zamiennymi

i dodatkowymi w przypadku ich wystąpienia, podczas realizacji zadania, bez prawa

do dodatkowego wynagrodzenia (punkt 2.1.1 lit. a, 1.1, 2.8.3 OPZ oraz §9 ust. 1 pkt. 2 PPU), co skutkuje brakiem zachowania równowagi stron stosunku zobowiązaniowego, wzajemności świadczeń i uczciwej konkurencji, a także niemożliwością jednoznacznego ustalenia zakresu świadczenia wykonawcy, zarzut należy uznać za niezasadny.

W pierwszej kolejności wskazać należy, że w treści SWZZamawiający przewidział możliwość udzielenia, w okresie 3 lat od dnia udzielenia zamówienia podstawowego, dotychczasowemu wykonawcy usług, zamówienia polegającego na powtórzeniu podobnych usług, do wysokości 30 % wartości zamówienia podstawowego.

Natomiast co do pełnienie (bez prawa do dodatkowego wynagrodzenia) funkcji Inżyniera Kontraktu nad robotami podobnymi, zamiennymi i dodatkowymi w przypadku

ich wystąpienia podczas realizacji zadania, wskazać należy, że informacja w tym zakresie została przekazana wszystkim wykonawcom w sposób wyczerpujący i jednoznaczny. Odwołujący nie miał wątpliwości, że powyższe postanowienia wyłączają możliwość ubiegania się o dodatkowe wynagrodzenia dla Inżyniera Kontraktu, w przypadku udzielanie wykonawcy robót budowlanych zamówień nad robotami podobnymi, zamiennymi i dodatkowymi.

Nie zaistniały zatem okoliczności naruszenia art. 99 ust. 1 i 4 ustawy Pzp ani art. 16 pkt 1-3 Pzp.

Niezasadne jest również podnoszenie, że poprzez postanowienia PPU i OPZ Zamawiający naruszył równowagę stron stosunku zobowiązaniowego, wzajemności świadczeń i uczciwej konkurencji. Zamawiający w sposób jednoznaczny przekazał wykonawcom informację

co do zasad ustalania wynagrodzenia, czym wypełnił obowiązek wynikający z art. 436 pkt 2 Pzp. Wskazać należy, że w przedmiotowym postępowaniu Zamawiający przewidział ryczałtowy sposób wynagrodzenia, a zatem wykonawcy, kalkulując ryzyko kontraktowe, winni uwzględnić je w cenie oferty. Argument Odwołującego, że konsekwencją powyższego może być otrzymanie ofert o kosztach zawyżonych z uwagi na kalkulację ryzyka ujętą w cenie, jest znany Zamawiającemu. Jest on przede wszystkim wpisany w założenia rozliczenia ryczałtowego. Ponadto, jak wskazał Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie: „Stosownie do zapisów zmodyfikowanej Subklauzuli 3.1 Obowiązki i uprawnienia Inżyniera „Funkcja Inżyniera mieści w sobie występujące w Rozdziale 3 Prawa Budowlanego funkcje „Inspektora Nadzoru Inwestorskiego”, „Koordynatora czynności Inspektorów Nadzorów Nadzoru Inwestorskiego”, „Projektanta”, i/lub wynikające z Prawa Budowlanego pojęcie „Inwestora Zastępczego”. Wynika z tego więc, iż Inżynier Kontraktu w pełni reprezentuje interesy Zamawiającego na budowie. Obowiązkiem Inżyniera jest więc, aby budowa została wykonana rzetelnie i zgodnie z zasadami wiedzy technicznej oraz dokumentacją projektową, a także dotrzymanie terminu zakończenia i dyscyplina budżetu projektu. Zatem zaoferowana przez Wykonawcę cena ofertowa powinna uwzględniać ewentualne wystąpienie robót dodatkowych związanych z realizacją zamówienia podstawowego. Ryzyko z tytułu wystąpienia robót dodatkowych występuje zarówno po stronie Inżyniera Kontraktu jak i stronie Zamawiającego, jednak Zamawiający ponosi znacznie większe koszty w przypadku wystąpienia dodatkowych robót budowlanych aniżeli Inżynier Kontraktu, gdyż wiąże się to z koniecznością poniesienia dodatkowych nakładów finansowych na wykonanie koniecznych robót. Intencją Zamawiającego jest również to, aby Inżynier Kontraktu dbał o jego interes i nie był zainteresowany zwiększaniem ilości robót dodatkowych, od których proporcjonalnie zwiększałoby się jego wynagrodzenie podczas etapu realizacji zadania.

Wykonawca jest doświadczonym profesjonalistą i biorąc pod uwagę wcześniejsze realizowane inwestycje, jak i specyfikę Kontraktu, którego realizację ma zamiar nadzorować, jest w stanie przewidzieć prawdopodobieństwo wystąpienia dodatkowych zadań nieobjętych Kontraktem. Biorąc pod uwagę powyższe, Wykonawca podejmuje decyzję o złożeniu oferty i winien, uwzględniając ciężar narzucanych zobowiązań i wynikające z nich ryzyko, odpowiednio zabezpieczyć swoje interesy, kalkulując cenę ofertową. Nieuzasadnionym jest więc twierdzenie, że kwestionowane zapisy oznaczają naruszenie zasady ekwiwalentności świadczeń, gdyż za swoje świadczenie Inżynier Kontraktu nie otrzyma od Zamawiającego żadnego świadczenia”.

W świetle powyższego zarzut należy uznać za niezasadny.

Co do zarzutu czwartego, piątego i szóstego dotyczących nieprawidłowo ustalonych reguł odpowiedzialności na podstawie kar umownych Iżba odniesie się łącznie, uznając zarzuty za niezasadne.

Przede wszystkim, nie znajduje potwierdzenia w postanowieniach PPU zarzut, że wskazane kary umowne są niejednoznaczne, ogólne i wprowadzają zbyt daleko idącą dowolność po stronie Zamawiającego. W treści PPU w §13 ust. 2 Zamawiający określił katalog kar umownych, wskazując okoliczności za które zostaną naliczone kary umowne

oraz ich wysokość. Odwołujący ponad powyższy zarzut, nie przedstawił żadnej argumentacji

na potwierdzenie z czego wywodzi, że kary umowne określone w §13 ust. 2 pkt 1, 2, 3, 9,

i 11 są nieprecyzyjne i pozostawiają Zamawiającemu dowolność w ich naliczaniu, oraz nie wskazał na czym ma polegać niezgodność proponowanych kar umownych z przepisami prawa. Nie wskazał również na czym ma polegać ich wygórowany charakter.

Ponadto proponowany przez Odwołującego sposób zmiany kwestionowanych okoliczności będących podstawą do naliczenia kar umownych i ich wysokości nie zawiera żadnego uzasadnienia, potwierdzającego, że wprowadzenie tych zmian doprowadzi do zgodności kar umownych z przepisami prawa. Nie zawiera również odpowiedzi na pytanie,

dlaczego wprowadzenie zaproponowanych zmian ma być korzystne dla Zamawiającego, oraz w jaki sposób ma ono zapewnić skuteczne realizowanie zamówienia.

Podkreślić należy, że kara umowne jest związana z niewykonaniem lub nienależytym wykonaniem konkretnego świadczenia, a brak przywołania punktów z umowy będących podstawą naliczenia kary – przy określeniu okoliczności stanowiących podstawę do nałożenia kary - nie czyni tej kary nieprawidłową. Nie stanowi również nieprawidłowego ustalenia reguł odpowiedzialności.

W odniesieniu zarzutu dotyczącego kary umownej za nieterminowe dokonanie odbioru końcowego określonej w §13 ust 2 pkt 8 PPU, tj. za obciążenie wykonawcy karą umowną za okoliczności, za które wykonawca nie odpowiada, zarzut należy uznać za niezasadny. Stosownie do treści §13 ust 2 pkt 8 PPU za stwierdzony przypadek nieterminowego dokonania odbioru końcowego z przyczyn zależnych od Wykonawcy kara umowna wynosić będzie 10 000,00 zł brutto.

Odwołujący powołuje się na postanowienia OPZ określające zakres prawa i obowiązków Inżyniera Kontraktu, przywołując pkt 2.3.1.49: „Wskazania i poświadczenia terminu zakończenia robót oraz zgłoszenia Zamawiającemu gotowości do czynności odbiorowych” oraz 2.3.1.50: „ Przygotowania do odbioru częściowego i końcowego robót, sprawdzenia kompletności i prawidłowości przedłożonych przez Wykonawcę dokumentów wymaganych do przeprowadzenia odbioru robót, w tym dokumentacji niezbędnej do uzyskania decyzji na użytkowanie (lub braku sprzeciwu ze Strony Nadzoru Budowlanego) zgodnie z Prawem Budowlanym oraz uczestnictwo w odbiorze robót”, wskazując, że obowiązkiem Inżyniera Kontraktu jest jedynie zgłoszenie Zamawiającemu gotowości do czynności odbiorowych oraz przygotowanie do odbioru częściowego i końcowego robót, sprawdzenie właściwych dokumentów oraz uczestnictwo w odbiorze robót. Odwołujący podnosi również, że żaden z punktów SWZ nie nakłada na wykonawcę obowiązku dokonania odbioru końcowego.

Tymczasem, odwołujący całkowicie pomija treść OPZ pkt 2.3.1.34. zgodnie z którym na każdym etapie realizacji Kontraktu Inżynier Kontraktu ma prawo i obowiązek „Odbioru wszelkich robót (w tym zanikających i ulegających zakryciu) oraz odbioru każdorazowo zgłoszonych wprowadzeń projektów tymczasowej organizacji ruchu z zachowaniem siedmiodniowego wyprzedzenia zgłoszenia do Organu Zarządzającego Ruchem, Komendy Wojewódzkiej Policji i Zarządu Drogi”.

Nie znajduje zatem potwierdzenia w postanowieniach SWZ stanowisko Odwołującego, że żaden z punktów SWZ nie nakłada na wykonawcę obowiązku dokonania odbioru końcowego. Inżynier Kontraktu ma obowiązek dokonania odbioru wszystkich robót, a zatem również odbioru końcowego.

Ponadto, w ocenie Izby, z postanowień §13 ust. 2 pkt 8 PPU nie wynika – jak twierdzi Odwołujący, że to Inżynier Kontraktu będzie obciążany karą za nieterminowy odbiór końcowy, którego dokonuje Zamawiający, lecz wynika z niego, że Inżynier Kontraktu będzie obciążony karą umowną za stwierdzony przypadek, w którym nieterminowy odbiór końcowy nastąpił z przyczyn zależnych od wykonawcy. Nie jest to jednoznaczne z obowiązkiem przeprowadzenia odbioru końcowego. Okolicznością taką może być np. brak uczestnictwa przy odbiorze, czy nienależycie przygotowane dokumenty, które należą niewątpliwie do obowiązków wykonawcy.

Również za niezasadny Izba uznał zarzut określenia w §13 ust. 2 pkt 1 PPU kary umownej w sposób, który powoduje – nieuzasadnione potrzebami zamawiającego – uprzywilejowanie pozycji Zamawiającego i naruszenie zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców prowadząc do ograniczenia dostępu do zamówienia dla określonej grupy wykonawców zdolnych do realizacji zamówienia a także proporcjonalności, poprzez zastosowanie środków dyskryminujących oraz nadmiarowych i wykraczających poza to, co jest konieczne dla osiągnięcia celu jakiego ma służyć kara umowna.

Odwołujący wskazuje, że kara jest rażąco wygórowana w stosunku do potencjalnej szkody, którą Zamawiający mógłby ponieść, jednak w żaden sposób nawet nie podejmuje próby uprawdopodobnienia wysokości tej szkody.

Nie można się również zgodzić, że przy określeniu okoliczności będących podstawą do naliczenia kary umownej, mamy do czynienia z brakiem precyzji. Zamawiający określił karę umowną w wysokości 1% wynagrodzenia umownego brutto (zaokrąglenie w górę do pełnego tysiąca) za każdy dzień zwłoki (niezależnie od wartości dostaw lub usług niewykonanych). Zwłoka nie przekraczająca 3 dni nie będzie karana przez Zamawiającego.

Zamawiający określił również okoliczności, za które naliczy karę umowną, tj:

„Zwłoka w związku z niewykonaniem umowy zgodnie z terminami umownymi, w tym:

- nieterminowe rozpoczęcie realizacji umowy
- zwłoka w rozpoczęciu usług
- niekontynuowanie usług pomimo dwukrotnych pisemnych wezwań Zamawiającego,
- nieterminowe wykonanie usług”.

Odwołujący zarzuca uprzywilejowanie pozycji Zamawiającego i ustanowienie kar nieuzasadnionych potrzebami zamawiającego – bez uzasadnienia dla takiego twierdzenia. Jednakże niewątpliwą potrzebą Zamawiającego jest terminowa realizacja zamówienia przez wykonawcę. W takich okolicznościach, argumentacja Odwołującego nie może się obronić.

Nie nastąpiło również naruszenie zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, bowiem wszyscy zainteresowani wykonawcy powzięli tą samą informację

o zasadach naliczenia kar umownych. Ponadto wykonawca nie wykazał, że proponowana przez niego wysokość kary umownej nie jest dyskryminująca oraz nadmiarowa

i nie wykraczająca poza to, co jest konieczne dla osiągnięcia celu jakiego ma służyć kara umowna. Odwoływanie się do powszechnej praktyki przy określeniu wysokości kary umownej nie jest wystarczające dla wykazania, że proponowana kara służy osiągnięciu celu właściwemu dla kary umownej. Ponadto niedopuszczanie do zwłoki w związku

z niewykonaniem umowy zgodnie z terminami umownymi, będzie gwarancją dla wykonawcy, że nie zostaną mu naliczone kary umowne, o których mowa w §13 ust. 2 pkt 1 PPU.

Jak wskazał Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie: „interes publiczny, który reprezentuje zamawiający przeważa nad interesem Wykonawców. Stawianie Wykonawcom określonych wymagań na etapie realizacji umowy, które przedkładają się na ich wynagrodzenie i zwiększony nakład sił oraz środków na etapie realizacji zamówienia, nie ogranicza uczestnikom postępowania możliwości samego uczestnictwa w postępowaniu oraz złożenia konkurencyjnej oferty. Każdy Wykonawca, mając świadomość obowiązków wynikających z treści umowy, może ocenić, czy jest w stanie należycie zrealizować zobowiązanie z niej wynikające oraz ocenić jakie koszty są z tymi wymaganiami związane. Kalkulowanie wynagrodzenia jest bowiem wyłączną domeną Wykonawcy. Należy zaznaczyć, że podstawową funkcją kary umownej jest jej funkcja kompensacyjna, która przejawia się tym, że kara umowna stanowi dla wierzyciela surogat odszkodowania z tytułu niewykonania

lub nienależytego wykonania zobowiązania niepieniężnego. Świadczenie kary umownej prowadzi zatem do naprawienia w całości lub części szkody powstałej po stronie wierzyciela. Kary umowne są również narzędziem o funkcji mobilizującej i dyscyplinującej stronę umowy do należytego wykonywania umowy. Zadania te można określić mianem funkcji stymulacyjnej kary umownej, bowiem zastrzeżenie kary umownej ma mobilizować dłużnika do prawidłowego wykonania zobowiązania. Kara umowna jest dodatkowym zastrzeżeniem umownym, wprowadzanym do umowy w ramach swobody kontraktowania, mającym na celu wzmocnienie skuteczności więzi powstałej między stronami w wyniku zawartej przez nie umowy i służy realnemu wykonaniu zobowiązań. Ponadto, za wyrokiem Sądu Apelacyjnego we Wrocławiu

z 27.02.2013 r. sygn. Akt I ACa 99/13, należy wskazać, iż „zadaniem kary umownej

jest zabezpieczenie wykonania zobowiązania, tym samym zwiększenie realności wykonania zobowiązania oraz ułatwienie naprawienia szkody. Takie oddziaływanie można określić mianem funkcji stymulacyjnej kary umownej, bowiem jej zastrzeżenie ma mobilizować dłużnika do prawidłowego wykonania zobowiązania. Kara umowna w tym zakresie służy ochronie interesów prawnych wierzyciela”.

Samo działanie Zamawiającego, polegające na dążeniu do zwiększenia odpowiedzialności Wykonawców za należyte wykonanie zamówienia jest działaniem uprawnionym, nie uchybiającym zasadzie swobody umów. Zamawiający w sposób precyzyjny określił w zobowiązaniu kontraktowym zasady nakładania kar umownych, określając zarówno ich wysokość, jak i okoliczności, których niewykonanie lub nienależyte wykonanie będzie prowadziło do obciążenia Wykonawcy.

Rodzaj oraz wysokość kar umownych jest ściśle związana z realizacją zadania, którego przedmiotem jest wykonanie robót na zadaniu pn. „Budowa nowego odcinka drogi wojewódzkiej nr 855 Zaklików – Stalowa Wola wraz z budową mostu na rzece San oraz budową, przebudową niezbędnej infrastruktury technicznej budowli i urządzeń budowlanych w miejscowościach Stalowa Wola, Brandwica i Rzeczyca Długa” na którą według rozstrzygnięcia z dnia 03.08.2023r. została wybrana oferta wykonawcy: STRABAG sp. z o.o. ul. Parzniewska nr 10, 05 – 800 Pruszków za kwotę 377 516,678,41 zł brutto i nad którą

to inwestycją Inżynier Kontraktu będzie świadczył usługę. Ze względu duży stopień skomplikowania oraz rozmiar przedsięwzięcia budowlanego konieczne jest określenie przez Zamawiającego kar na poziomie adekwatnym do rozmiaru robót budowlanych tj. kontraktu

w ramach którego Inżynier Kontraktu będzie wykonywał swoje usługi. Zamawiający przy określaniu wysokości kar umownych w SWZ kierował się treścią art. 433 ustawy prawo zamówień publicznych z dnia 11.09.2019r. aby zawarte kary umowne były opracowane

w oparciu o powyższe wytyczne. Dodatkowo podnoszony przez Wykonawcę zarzut, iż wysokość kar umownych powinna być podyktowana zachowaniem zasad określonych w art. 5 kc tj. zasad współzycia społecznego, który w niniejszym przypadku nie powinien

tu być zawarty, gdyż w ogólnorozumianym interesie społecznym jest wykonanie robót budowlanych należycie nad czym ma czuwać Inżynier Kontraktu i jego kadra. Przewidziane przez Zamawiającego kary muszą mieć charakter dyscyplinujący, aby roboty budowlane

były nadzorowane w należyty sposób. Zgodnie z Wyrokiem Sądu Najwyższego z dnia 15 lutego 2017 r., sygn. akt II CSK 236/16 w norma, na którą powołuje się odwołujący zawarta

w przepisie art. 5 k.c. ma charakter wyjątkowy i może być stosowana tylko po wykazaniu wyjątkowych okoliczności, w sytuacji, gdy w inny sposób nie można zabezpieczyć interesu osoby zagrożonej wykonaniem prawa podmiotowego przez inną osobę (zob. orzeczenie Sądu Najwyższego z dnia 17 października 1969 r., III CRN 310/69, OSNCP 1970, NI 6, poz. 115) oraz w tych szczególnych przypadkach, w których wykorzystywanie uprawnień wynikających z przepisów prawa prowadziłyby do skutku nieaprobowanego w społeczeństwie ze względu na przyjętą w społeczeństwie zasadę współzycia społecznego. Zasady współzycia społecznego to pojęcie niedookreślone, nieostre, a powoływanie się na sprzeczność

z zasadami współzycia społecznego powinno wiązać się z konkretnym wykazaniem o jakie zasady współzycia społecznego w konkretnym wypadku chodzi oraz na czym polega sprzeczność danego działania z tymi zasadami. Wykonawca jest profesjonalnym uczestnikiem obrotu gospodarczego i Zamawiający wydając środki publiczne na realizację publicznych środków na wykonywanie inwestycji infrastrukturalnych musi przewidzieć środki dyscyplinujące, tj. kary na poziomie przewidzianym w SWZ, aby zadania publiczne były wykonane w sposób należyty. Zdaniem Zamawiającego podnoszony zarzut, iż wysokość kar narusza postanowienia art. 16 PZP jest niesłuszny gdyż przewidziane kary w żadnym stopniu nie ograniczają zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, gdyż są zawarte w SWZ i każdy kto jest zainteresowany złożeniem oferty może zapoznać się z jego treścią. Zgodnie ze stanowiskiem KIO zawartym w orzeczeniu KIO 1058/21 z dnia 12.05.2021r. likwidacja lub też obniżenie kar umownych mogłoby prowadzić do skutku polegającego na uznaniu, że wykonawcy bardziej „opłaca się” w kalkulować kary umowne

z tego tytułu w cenę ofertową niż wywiązywać się z zadeklarowanych w ofercie zobowiązań. Zgodnie z KIO 481/21 z dnia 31.03.2021r. Zamawiający ma prawo oczekiwać od wybranego Wykonawcy wysokiej staranności i prawidłowego realizowania obowiązków umownych”.

Reasumując powyższe, Izba ponownie podkreśla, że kształtowanie treści SWZ należy do uprawnień Zamawiającego, jako gospodarza postępowania, który ustala je w taki sposób, aby dokonać wyboru oferty najkorzystniejszej, czyli takiej, która w sposób optymalny będzie stanowiła zaspokojenie jego uzasadnionych potrzeb. Odwołujący nie przedstawił żadnych obiektywnych argumentów, wskazujących dlaczego kwestionowane wymogi winien zostać zmienione lub usunięte, jako niezgodne z przepisami ustawy Pzp, nieistotne dla Zamawiającego i dla przedmiotowego zamówienia, a skoncentrował się jedynie na postulacie modyfikacji SWZ w sposób korzystny dla siebie. Nie wykazał również dlaczego oferta wybrana zgodnie z wnioskowaną w odwołaniu treścią modyfikacji SWZ, będzie dla Zamawiającego najbardziej adekwatna w stosunku do jego uzasadnionych potrzeb.

W ocenie Izby Zamawiający w sposób wystarczający uzasadnił, dlaczego kwestionowane przez Odwołującego wymogi dotyczące Opisu Przedmiotu Zamówienia i Projektowanych Postanowień Umowy są dla niego istotne.

W związku z powyższym należało orzec jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 557 i 575 ustawy Pzp w zw. z § 5 pkt 1 i 2 pkt b) oraz § 8 ust. 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437).

Przewodniczący:.....