Sygn. akt: KIO 2042/23

WYROK
z dnia 31 lipca 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Aneta Mlącka
Członkowie:Izabela Niedziałek – Bujak
Andrzej Niwicki
Protokolant: Tomasz Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 28 lipca 2023 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 14 lipca 2023r. przez Odwołującego **Strabag Infrastruktura Południe sp. z o.o. (Wysoka, ul. Lipowa 5a, 52-200 Wrocław)** w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego **Województwo Lubuskie - Zarząd Dróg Wojewódzkich w Zielonej Górze (Al. Niepodległości 32, 65-042 Zielona Góra)**
przy udziale Wykonawcy **Eurovia Polska S.A.(ul. Irysowej 1, 55-040 Bielany Wrocławskie)** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego

orzeka:

1.na podstawie art. 568 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych umarza postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutów opisanych w odwołaniu pod numerem: 1,3,5 oraz 2 a,b, 4g,
2.uwzględnia odwołanie w zakresie zarzutu opisanego w odwołaniu pod numerem 4 dotyczącego niewyczerpującego opisu przedmiotu zamówienia poprzez zaniechanie udostępnienia wykonawcom dokumentacji stałej organizacji ruchu i nakazuje Zamawiającemu udostępnienie wykonawcom aktualnej dokumentacji stałej organizacji ruchu (będącej częścią przedmiotu zamówienia w niniejszym postępowaniu),
3.w pozostałym zakresie oddala odwołanie,
4. kosztami postępowania obciąża:
- Odwołującego **Strabag Infrastruktura Południe sp. z o.o. (Wysoka, ul. Lipowa 5a, 52-200 Wrocław)**w wysokości 1/2,
- Zamawiającego **Województwo Lubuskie - Zarząd Dróg Wojewódzkich w Zielonej Górze (Al. Niepodległości 32, 65-042 Zielona Góra)** w wysokości 1/2,
4.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego:
- kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego **Strabag Infrastruktura Południe sp. z o.o. (Wysoka, ul. Lipowa 5a, 52-200 Wrocław)** tytułem wpisu od odwołania
4.2. zasądza od Zamawiającego **Województwo Lubuskie - Zarząd Dróg Wojewódzkich w Zielonej Górze (Al. Niepodległości 32, 65-042 Zielona Góra)**na rzecz Odwołującego **Strabag Infrastruktura Południe sp. z o.o. (Wysoka, ul. Lipowa 5a, 52-200 Wrocław)** kwotę **10 000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) tytułem kosztów postępowania odwoławczego w postaci 1/2 wysokości 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 (Dz. U. z 2022 r., poz. 1710 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:……..
Członkowie: ……..
……..

Sygn. akt: KIO 2042/23

UZASADNIENIE

Zamawiający Województwo Lubuskie – Zarząd Dróg Wojewódzkich prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczony pn.: „Budowa obwodnicy m. Drezdenko - etap IV.”
Ogłoszenie o zamówieniu ukazało się 04 lipca 2023 roku w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem Dz.U/S S126 402190-2023-PL.
Odwołujący Strabag Infrastruktura Południe Sp. z o.o., wniósł odwołanie, w którym zarzucił Zamawiającemu naruszenie
1)art. 134 ust 1 pkt 6 w zw. 436 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez: określenie terminu wykonania zamówienia datą kalendarzową (pkt VI SWZ oraz §2 ust 3 3 Umowy) tj. 30.10.2026r. podczas gdy, zgodnie z ustawą Prawo zamówień publicznych termin ten powinien zostać określony poprzez wskazanie dni, tygodni, miesięcy, lat od zaistnienia określonego zdarzenia, b) jak również poprzez niepodanie uzasadnienia przyczyny określenia terminu zakończenia realizacji zamówienia datą kalendarzową
2)art. 16 pkt 3) ustawy Prawo zamówień publicznych, art. 8 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, art. 134 ust. 1 pkt 20 ustawy Prawo zamówień publicznych w związku z art. 353^1 kc i art. 647 kc w zw. z art. 484 **§** 2 kc w zw. z art. 483 kc i art. 473 § 1 kc **ze względu na zastrzeżenie w § 26 ust 3, ust 1 lit b, c) w części dot. odstąpienia od umowy w części rażąco wygórowanych kar umownych tj.:**
a)kary z tytułu odstąpienia od umowy z przyczyn leżących po stronie wykonawcy (...) a w przypadku odstąpienia od umowy w części Robót - 30% wartości tych Robót
b)kary za zwlokę w usunięciu wad stwierdzonych przy odbiorach lub ujawnionych w okresie rękojmi i gwarancji w wysokości 1,0% wartości tych pozycji formularza cenowego którego dotyczą wady za każdy dzień zwłoki, liczony od upływu terminu wyznaczonego na usunięcie wady
c)łącznego limitu kar jakich zapłaty może żądać Zamawiający od Wykonawcy z wszystkich tytułów przewidzianych w umowie na poziome 50% ceny ofertowej brutto określonej w §3 Umowy.
3)art. 5 kc, art. 353^1 kc, 647 kc oraz art. 58 kc w zw. z art. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych, art. 431 ustawy Prawo zamówień publicznych, art. **433 pkt 1) i 3)** ustawy Prawo zamówień publicznych**, art. 99** ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez wykorzystanie pozycji dominującej organizatora przetargu i rażące uprzywilejowanie w treści projektu umowy pozycji Zamawiającego poprzez (i) wprowadzenie do umowy postanowień przewidujących odpowiedzialność wykonawcy za opóźnienie bez wykazania uzasadniających to okoliczności lub zakresu zamówienia, (ii) wprowadzenie do umowy postanowień przewidujących odpowiedzialność wykonawcy za okoliczności za które wyłączą odpowiedzialność ponosi Zamawiający a w konsekwencji zaniechanie opisania przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący w wyniku:

a)Wprowadzenia w §15 ust 3 umowy postanowień przewidujących, że „Zmiana terminu realizacji umowy nie może być podstawą roszczenia wykonawcy o zapłatę kosztów ogólnych za okres wydłużenia umowy”
4)art. 99 ust. 1, 2 i 4 ustawy Prawo zamówień publicznych w zw. z art. 103 w zw. z §3 i 5 Rozporządzenie Ministra Rozwoju i Technologii w sprawie szczegółowego zakresu i formy dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych oraz programu funkcjonalno-użytkowego z 20 grudnia 2021 r., 16 oraz art. 433 pkt 3, art. 17 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz art. 353(1) kc, art. 5 kc w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny i niewyczerpujący oraz nieuwzględniający wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty oraz oszacowanie kosztów wykonania przedmiotu zamówienia oraz sformułowanie postanowień Umowy w sposób przenoszący na wykonawcę ryzyko ponoszenia kosztów takiego sposobu opisania przedmiotu zamówienia, pomimo że zgodnie z postanowieniami Umowy i formułą prowadzonego postępowania to obowiązkiem Zamawiającego jest dostarczenie wykonawcy informacji i dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania.
5)art. 99 ust. 1, 2 i 4 ustawy Prawo zamówień publicznych w zw. z art. 443 ust 1 i 2_ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez wprowadzenie w §3 ust 8 projektu umowy postanowień o tym, że płatności częściowe będą dokonywane na podstawie protokołu odbioru częściowego za wykonanie w 100% poszczególnych elementów robót o których mowa w ust. powyżej, podczas gdy „ustępy powyżej” mówią o przygotowywanym dopiero po podpisaniu umowy i zatwierdzanym przez Zamawiającego po uwzględnieniu przez wykonawcę wszystkich uwag Zamawiającego dokumencie w postaci Tabeli Elementów Rozliczeniowych określającym elementy robót stanowiące podstawę dokonywania m.in. płatności częściowych, co powoduje że na etapie przygotowywania oferty wykonawca nie jest w stanie oszacować kosztów finansowania inwestycji.
Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu dokonania zmiany w pkt VI SWZ oraz §2 ust 3 Umowy poprzez zapisanie że termin wykonania robót wynosi 3 lata od daty podpisania umowy, nakazanie Zamawiającemu zmiany w zaskarżonych postanowień umowy w zakresie kar umownych poprzez: wprowadzenie kary umownej w wysokości 10% wartości nie wykonanych robót w przypadku odstąpienia od umowy w części, limitu kar umownych w wysokości 10% wartości umowy, kary za zwłokę w usuwaniu wad w okresie rękojmi/gwarancji oraz wad stwierdzonych w trakcie odbiorów w wysokości 0,05 % wadliwego elementu przy czym wartość tego elementu zostanie ustalona w oparciu o rozliczenie przyjęte na etapie realizacji umowy, usuniecie §16 ust 3 umowy i zastąpienie go w ten sposób, że „Zamawiający zobowiązany jest do zapłaty kosztów ogólnych wydłużenia umowy w przypadku zmiany terminu wykonania albo realizacji robót w wydłużonym terminie z przyczyn za które wykonawca nie ponosi odpowiedzialności”, usunięcie §2 ust 8 umowy i zastąpienie go następującym postanowieniem: „Płatności częściowe będą dokonywane miesięcznie na podstawie wartości robót potwierdzonych przez Zamawiającego w protokole odbioru częściowego", dołączenie do SWZ aktualnych projektów wykonawczych umożliwiających realizację robót zgodnie z załączoną decyzją ZRID i dodanie do umowy zapisu o tym, że:
„W przypadku konieczności:
a)zmiany decyzji, pozwoleń, uzgodnień koniecznych do wykonywania robót spowodowanej rozbieżnościami, błędami czy brakami w opracowanej przez Zamawiającego dokumentacji projektowej lub
b)opracowania projektów zamiennych z powodu konieczności usunięcia rozbieżnościami, błędów czy braków w opracowanej przez Zamawiającego dokumentacji projektowej Zamawiający zapłaci wykonawcy za:
c)uzyskanie ww. decyzji, pozwoleń czy uzgodnień lub opracowanie dokumentacji zamiennej,
d)roboty, których konieczność wykonania wynikała będzie z uzyskania ww. decyzji, pozwoleń czy uzgodnień czy opracowania ww. dokumentacji zamiennej
e)koszty realizacji robót w wydłużonym terminie wykonania. ”
- usuniecie §23 ust 4 Umowy oraz w SST 00 akapitu:
- koszt nadzoru archeologicznego i wykonania badań archeologicznych, obejmujące wykonanie programu badań, przygotowanie materiałów do wniosku o wydanie pozwolenia na prowadzenie badań archeologicznych, uzyskanie pozwolenia na prowadzenie badań archeologicznych, przeprowadzenie badań archeologicznych i przygotowanie sprawozdania z przeprowadzonych badań,
- koszt wykonania badań archeologicznych wraz ze sporządzeniem sprawozdania z przeprowadzonych badań i przekazaniem sprawozdania Wojewódzkiemu Konserwatorowi Zabytków.
I.1. Zarzut niezgodnego z ustawą określenia terminu wykonania zamówienia
Odwołujący wskazał, że ustawa Prawo Zamówień Publicznych z 11 września 2019r. wprowadziła katalog postanowień umownych o charakterze obligatoryjnym. Wskazane postanowienia określone zostały w art. 436 ustawy Prawo zamówień publicznych. Przepis nakazuje określenie terminu zakończenia usługi, dostawy lub robót budowlanych w dniach, tygodniach, miesiącach lub latach, od dnia zawarcia umowy. Pomimo wskazanego zakazu określania terminu zakończenia realizacji zadania i jego części datą kalendarzową, Zamawiający określił termin realizacji wskazując w SWZ, że przedmiot zamówienia ma zostać wykonany do dnia 30 października 2026 r. W opinii Odwołującego, wobec braku uzasadnienia dla określenia terminu wykonania datą kalendarzową nie można przyjąć, że istnieją obiektywne przyczyny uzasadniające określenie terminu wykonania zamówienia datą kalendarzową.
I.2 Zarzut zastrzeżenia kar umownych o charakterze rażąco wygórowanym i niezgodnym z praktyką rynkową.
W ocenie Odwołującego zarówno:
-(i) łączny limit kar umownych przewidzianych za nienależyte wykonania umowy ukształtowany na poziomie 50% ceny oferty brutto jak i
-(ii) kary za nienależyte wykonanie umowy w postaci nieusunięcia w terminie wad stwierdzonych trakcie odbioru oraz wad ujawnionych w kresie rękojmi i gwarancji ukształtowany na poziomie 1 % wartości brutto pozycji formularza cenowego (w sytuacji gdy formularz cenowy zawiera jedną pozycję - cenę oferty) oraz
-(iii) kara na poziomie 30% wartości niewykonanych robót w przypadku odstąpienia od umowy przez Zamawiającego z przyczyn leżących po stronie wykonawcy,
stanowią kary rażące wygórowane w świetle zarówno praktyki rynkowej, pozostałych postanowień umownych jak i celu i funkcją jaką pełnić ma kara umowna.
Odwołujący wskazał, że przy szacunkowej wartości zamówienia ok 100 000,00 mln zł za dzień zwłoki w usunięciu wady nieistotnej stwierdzonej w trakcie odbioru, kara w wysokości 1% „tych pozycji formularza cenowego którego dotyczą wady” czy wady w okresie rękojmi czy gwarancji, to kara w wysokości 1 mln zł za dzień za dzień zwłoki. Przy limicie kar umownych 50% po 50 dniach (przy ok 3 latach na wykonanie Umowy) kara osiągnie limit 50 mln złotych. Prowadzi to do absurdalnej w skutkach sytuacji w której dla wykonawcy bardziej korzystne będzie nie zgłoszenie robót do odbioru i nie przekazanie ich Zamawiającemu niż zgłoszenie z wadą nie mającą żadnego istotnego wpływu na możliwość

użytkowania przedmiotu umowy.
Dalej Odwołujący wskazał na następujące okoliczności: kary przewidziane w §26 ust 1 pkt c) nie są przeznaczane na koszty usuwania wad, ale mają rekompensować zamawiającemu negatywne konsekwencje związane z nieterminowym usuwaniem wady oraz stanowić czynnik mobilizujący wykonawcę do usunięcia wady. Szczególnie że zgodnie z §16 ust 16 Umowy i 636 kc Zamawiający ma uprawnienie do zlecenia usunięcia wad podmiotom trzecim na koszt i ryzyko Wykonawcy. We wzorze umowy nie został ustalony termin na usunięcie wady, ale termin ten będzie wyznaczany przez Zamawiającego jednostronnie. Niezależnie od prawa do zlecenia wykonawstwa zastępczego na koszt i ryzyko wykonawcy Zamawiający przewidział również tylko dla siebie prawo do odszkodowania uzupełniającego. Obowiązek określenia limitu kar umownych zapobiegać ma patologicznym przypadkom naliczania kar umownych w rażąco wygórowanej wysokości, potrącania ich z wynagrodzenia wykonawcy lub należytego wykonania zamówienia i w konsekwencji pozostawiania jedynie sądowej drogi do ich miarkowania.
Odwołujący wskazał także, że limit 50% dotyczy kar umownych za nienależyte wykonanie umowy, podczas gdy kara za nie wykonanie wynosi 10% wartości umowy. Limit kar umownych dla wykonawcy wynosi 10% i wynika tylko z jednej kary umownej przewidzianej w umowie którą Zamawiający miałby zapłacić wykonawcy tj. kary za odstąpienie od umowy.
Podobną argumentację Odwołujący odniósł do uzasadnienia zarzutu dotyczącego kary w wysokości 30% wartości niewykonanych robót w przypadku odstąpienia od umowy w części.
I.3. Zarzut wprowadzenia do umowy klauzul abuzywnych i zaniechania dokonania opisu przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący poprzez zakaz żądania przez wykonawcę zapłaty kosztów ogólnych budowy w wydłużonym terminie wykonania.
Odwołujący zwrócił uwagę na art. 433 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, w którym ustawodawca zakazał zamawiającemu takiego kształtowania postanowień umownych, które nakładałoby na wykonawcę odpowiedzialność za okoliczności stanowiące wyłączną odpowiedzialność zamawiającego. Tylko zamawiający ma więc, zgodnie z przywołanym przepisem, 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.
Odwołujący wskazał, że w zaskarżonych postanowieniach umowy Zamawiający pozbawiając wykonawcę możliwości żądania zapłaty za realizację robót w wydłużonym terminie niezależnie od tego czy przyczyną wydłużenia terminu wykonania są okoliczności objęte odpowiedzialnością wykonawcy czy też nie, przerzucił na wykonawcę odpowiedzialność finansową za okoliczności, za które wykonawca zgodnie z przepisami ustawy nie może odpowiadać.
§15 ust 2 umowy wymienia okoliczności usadawiające zmianę terminu wykonania umowy. Są wśród nich zarówno okoliczności nie objęte odpowiedzialnością wykonawcy jak i okoliczności, za które wyłączną odpowiedzialność ponosi Zamawiający. Odwołujący wymienił poszczególne postanowienia umowy. Jak wskazał Odwołujący, wymienione przez niego okoliczności uzasadniają zmianę terminu wykonania umowy - koszt realizacji robót w wydłużonym terminie wykonania obciążać jednak ma Wykonawcę.
Odwołujący wskazał także, że zaskarżone postanowienia umowy naruszają również zasady dokonywania opisu przedmiotu zamówienia. Każą bowiem uwzględnić wykonawcy w cenie oferty elementy przyszłego świadczenia, których zakresu nie jest w stanie oszacować.
I.4 Zarzut naruszenia art. 99 ust. 1, 2 i 4 ustawy Prawo zamówień publicznych w zw. z art. 103 w zw. z §3 i 5 Rozporządzenie Ministra Rozwoju i Technologii w sprawie szczegółowego zakresu i formy dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych oraz programu funkcjonalno-użytkowego z 20 grudnia 2021 r. oraz art. 433 pkt 3, art. 17 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz art. 353(1) kc, art. 5 kc w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.
f) Całość dokumentacji.
Odwołujący wskazał, że zgodnie z zasadami opisu przedmiotu zamówienia na roboty budowlane do opisu przedmiotu zamówienia na wykonanie robot budowlanych Zamawiający zobowiązany jest przygotować projekt budowlany, wykonawczy i ST. Dalej Odwołujący wskazał, że projekt wykonawczy jest uszczegółowieniem projektu budowlanego w zakresie i stopniu dokładności niezbędnych do sporządzenia przedmiaru robót, kosztorysu inwestorskiego, przygotowania oferty przez wykonawcę i realizacji robót budowlanych. Specyfikacje techniczne wykonania i odbioru robót budowlanych stanowią opracowania zawierające w szczególności zbiory wymagań, które są niezbędne do określenia standardu i jakości wykonania robót, w zakresie sposobu wykonania robót budowlanych, właściwości wyrobów budowlanych oraz oceny prawidłowości wykonania poszczególnych robót.
Zdaniem Odwołującego na opis przedmiotu zamówienia składają się wewnętrznie sprzeczne, często nieaktualne dokumenty które mogą spowodować w przyszłości konieczność uzyskania zmiany decyzji koniecznych do wykonania zamówienia a postanowienia przyszłej umowy konsekwencje takiego sposobu opisania przedmiotu zamówienia przenoszą na wykonawcę.
Odwołujący wymienił dokumenty składające się na dokumentację projektową, które załączył Zamawiający. Wskazał, że część z tych dokumentów nie posiada formy projektu wykonawczego (nie są podpisane), data ich przygotowania jest wcześniejsza niż projektu budowlanego co wyklucza uznanie że powstały one jako uszczegółowienie projektu budowlanego.
Odwołujący wskazał także, że oprócz projektu budowlanego i „projektu wykonawczego" Zamawiający załączył również: warunki techniczne dotyczące usunięcia kolizji nr ZMS/137/2018/1/2 wydane w dniu 22.02.2022 r. i w zakresie tego dokumentu Zamawiający wyjaśnił, że przekazuje go celem weryfikacji rozwiązania w oparciu o nowe przepisy. W zamówieniu projekt przebudowy i wykonanie prac.
Zamawiający przekazał również wykonawcom m. in. decyzje wodnoprawne, dokument dotyczący przebudowy obiektów wybudowanych od momentu zakończenia opracowania dokumentacji projektowej i kolidującej z inwestycją - Kanalizacja deszczowa – kolizja, w zakresie którego wskazano, że w obrębie inwestycji znajduje się sieć - kanalizacja deszczowa oznaczona na PZT jako k- 43/2009-jako planowana (po ZUDP), której usunięcia nie zawarto w Projektach; kanalizacja na stronie geoportal widnieje jako kd400.
W zakresie przekazanego dokumentu Oświetlenia wskazano, że: „Opis Przedmiotu Zamówienia „Optymalizacja oświetlenia drogowego - Zamawiający poleca dokonanie zmian projektowych i wykonanie oświetlenia drogowego w technologii typu LED.” Oraz: „po stronie Wykonawcy jest zaprojektowanie i dostosowanie oświetlenia do istniejących warunków.” Odwołujący wskazał na brak opisu w postaci PFU do projektowania oraz zadał pytanie: „co oznacza dostosowanie i do jakich warunków.”
W zakresie dokumentacji SOR Odwołujący wskazał na postanowienia SWZ: „Z uwagi na to, że zadanie to stanowi kontynuację poprzedniego I etapu obwodnicy m. Drezdenko, Zamawiający zlecił aktualizację stałej organizacji ruchu w

celu dostosowania projektowanego oznakowania do już istniejącego wprowadzonego na odcinkach realizacji etapu I i II obwodnicy m. Drezdenko." Odwołujący zwrócił uwagę na brak przekazania dokumentacji, której wykonanie założeń ma być w cenie ryczałtowej.
Odwołujący zwrócił także uwagę, że zgodnie z postanowieniami OPZ:„Załączone szacowane ilości robót są dokumentami pomocniczymi, służy wyłącznie celom informacyjnym i nie stanowi podstawy do określenia zakresu rzeczowego zamówienia (ostatecznej ilości robót w poszczególnych asortymentach robót). Brak w załączonych szacunkach ilości robót koniecznych do wykonania na podstawie dokumentacji projektowej nie zwalnia wykonawcy od obowiązku ich wykonania w ramach wynagrodzenia umownego."
W trakcie posiedzenia z udziałem stron, Zamawiający wyjaśnił, że dokonał modyfikacji SWZ i OPZ w zakresie tego zarzutu w taki sposób, że usunął postanowienie pkt. 18.6, z którego wynikało, że załączone szacowane ilości robót są dokumentami pomocniczymi i służą wyłącznie celom informacyjnym i nie stanowią podstawy do określania zakresu rzeczowego zamówienia. Zamawiający wyjaśnił, że ustanowił jako dokumenty wiążące projekt i przekazaną dokumentację. Zamawiający wyjaśnił również, że nie jest zobowiązany do dokonania osobnego potwierdzenia, że takie dokumenty nie mają jedynie charakteru informacyjnego, ale mają charakter wiążący. Wskazał, że załączone dokumenty w tym przedmiary, mają posłużyć wykonawcom do oszacowania i obliczenia ceny ryczałtowej w postępowaniu. Zamawiający wskazał jednocześnie, że w przypadku, gdy zaistnieje potrzeba wykonania robót dodatkowych lub innych niż objęte przedmiarem – będą one podstawą do składania roszczeń, co Zamawiający potwierdził w projekcie umowy. Zamawiający podkreślił, że dotyczy to zmian niezależnych od wykonawcy.
g) Brak podstaw wyceny koniecznych do wykonania w zw. z realizacja robot badań archeologicznych przy jednoczesnym nałożeniu na wykonawcę konieczności uwzględnienia kosztów wykonania tych badań oraz realizacji robót w wydłużonym terminie w cenie oferty.
Odwołujący wskazał, że zgodnie z ST. 00.00.00 w kosztach pośrednich wykonania robót należy uwzględnić badania archeologiczne.
Zgodnie z §23 ust 4 umowy „Jeżeli w związku z koniecznością przeprowadzenia badań archeologicznych wystąpi konieczność przedłużenia terminu realizacji inwestycji Wykonawcy nie przysługują roszczenia finansowe z tego tytułu w stosunku do Zamawiającego."
Odwołujący wskazał, że w sąsiedztwie, ale poza terenem realizacji robót objętych umową znajduje się stanowisko archeologiczne nr 43.17, dla którego zamawiający zamieścił opis przedmiotu zamówienia w postaci Decyzji konserwatora zabytków, Sprawozdania z badań powierzchniowych, które w treści dotyczy właściwie zakresu badań tylko na tym stanowisku. Na terenie prowadzenia przyszłych robót znajduje się zaś stanowisko archeologiczne nr 42.17, o którym w SWZ brak jest takich informacji. Mimo tego, koszt prowadzenie na nim badań ująć ma wykonawca w ofercie nie mając żadnych podstaw do dokonania takiej wyceny.
I.5. Zarzut naruszenia art. 99 ust. 1, 2 i 4 ustawy Prawo zamówień publicznych w zw. z art. 443 ust 1 i 2 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez wprowadzenie w §3 ust 8 projektu umowy postanowień o tym, że płatności częściowe będą dokonywane na podstawie protokołu odbioru częściowego za wykonanie w 100% poszczególnych elementów robót o których mowa w ust. powyżej, podczas gdy „ustępy powyżej" mówią o przygotowywanym dopiero po podpisaniu umowy i zatwierdzanym przez Zamawiającego po uwzględnieniu przez wykonawcę wszystkich uwag Zamawiającego dokumencie w postaci Tabeli Elementów Rozliczeniowych określającym elementy robót stanowiące podstawę dokonywania m.in. płatności częściowych, co powoduje że na etapie przygotowywania oferty wykonawca nie jest w stanie oszacować kosztów finansowania inwestycji.
Zdaniem Odwołującego, celem ustawodawcy związanym z wprowadzeniem art. 443 ustawy Prawo zamówień publicznych było zapewnienie wykonawcy, realizującego umowę zawartą na okres dłuższy niż 12 miesięcy, płatności za realizowane roboty w trakcie ich wykonywania tj. nie obciążanie wykonawcy kosztami realizacji zamówienia, czy to w postaci płatności częściowych, czy też zaliczek.
Odwołujący wskazał, że Zamawiający przewidział płatności częściowe, ale za 100% wykonanych elementów robót, w sytuacji gdy zakresy tych „elementów" zdefiniowane zostaną dopiero po podpisaniu umowy w dokumencie TER przygotowanym w ten sposób, że jego projekt przygotuje wykonawca, ale zobowiązany jest uzyskać zagrodę Zamawiającego, którego wszystkie uwagi do projektu TER są wiążące. Powoduje to, że przygotowując ofertę wykonawca nie jest w stanie oszacować kosztów finansowania zamówienia, nie wie bowiem z jaką częstotliwością będzie otrzymywał płatności. Tym bardziej, że umowa przewiduje, że płatności mają być dokonywane po wykonaniu 100% danego elementu, a z praktyki wykonawcy wynika, że TER dla robót budowlanych bardzo często sporządzany jest jako podział robót na poszczególne branże, co przy obecnych postanowieniach umowy powoduje, że w praktyce wszystkie płatności częściowe dokonywane byłyby na koniec realizacji kontraktu, co narusza istotę płatności częściowych przewidzianych w art. 443.
Zamawiający wniósł odpowiedź na odwołanie. Wniósł o oddalenie odwołania.
W treści odpowiedzi Zamawiający oświadczył, że zmienił termin realizacji umowy określając go (zamiast daty dziennej) terminem określonym w miesiącach. Po zmianie termin wykonania umowy wynosi 34 miesiące od daty podpisania umowy - i taka zmiana została opublikowana w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 19 lipca 2023 r. Tym samym zarzut Odwołującego jest bezprzedmiotowy.
Ponadto Zamawiający wskazał, że w celu uniknięcia wszelkich wątpliwości Zamawiający zweryfikował wysokość przewidzianych kar umownych, czemu dał wyraz przez zmianę zapisów w umowie (opublikowane w dniu 24 lipca 2023 r.). Zamawiający:
*zmienił wysokość kary umownej w wysokości 10% wartości nie wykonanych robót w przypadku odstąpienia od umowy w części;
*zmienił zapis dotyczący kary umownej na: „za zwłokę w usunięciu wad stwierdzonych przy odbiorach lub ujawnionych w okresie gwarancji i rękojmi w wysokości 0,5 % wartości brutto tych pozycji formularza rozliczeniowego (TER) uzgodnionego na etapie realizacji umowy, których dotyczą wady, za każdy dzień zwłoki, liczony od upływu terminu wyznaczonego na usunięcie wad."
Zamawiający utrzymał limit kar umownych, jakich Zamawiający może żądać od Wykonawcy z wszystkich tytułów przewidzianych w Umowie na poziomie 50 %. Zamawiający wskazał, że zgodnie z art. 436 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, obligatoryjnym elementem umowy w sprawie zamówienia publicznego jest łączna maksymalna wysokość kar umownych, których mogą dochodzić strony. Ustawodawca w powyższym przepisie nie określił górnej granicy wysokości kar umownych. Wartość ta nie jest wygórowana. Zamawiający uznaje, że Wykonawca składając ofertę w postępowaniu co do zasady będzie realizował umowę w sposób należyty, zgodny z zasadami, nie czyniąc założeń co do płatności kar umownych. Zamawiający zwrócił uwagę, że kara umowna obciąża wykonawcę wyłącznie za

działania lub zaniechania przez niego zawinione, a więc takie, które podejmuje świadomie. Jedynym elementem, który w jakikolwiek sposób działa dyscyplinująco przy realizacji zamówienia na wykonawcę, jest zagrożenie karą umowną. Zamawiający zwrócił także uwagę, że osiągnięcie poziomu 50% wartości umowy wskazywałoby na brak zainteresowania wykonawcy realizacją samego kontraktu, jego postawa byłaby całkowicie pasywna. Interpretując maksymalną wysokość kar umownych w umowie należy także brać pod uwagę okoliczności (przesłanki) konieczne do jej naliczenia, a także trwanie w nich Wykonawcy. Stąd zdaniem Zamawiającego brak jest podstaw do zmiany tego zapisu umowy.
Ponadto Zamawiający usunął kwestionowany w punkcie 3 odwołania zapis z treści umowy, uznając, że w tym zakresie odwołanie jest bezprzedmiotowe.
Zamawiający oświadczył również, że zgodnie z jego najlepszą wiedzą dokumentacja jest prawidłowa i aktualna, a decyzja ZRID pozwala na realizację robót, jest wykonalna i obowiązująca.
Zdaniem Zamawiającego nie ma prawnych przeciwskazań, aby projekt budowlany powstał po wykonaniu projektu wykonawczego.
Zamawiający w Opisie Przedmiotu Zamówienia dokładnie określił zakres robót do wykonania tj.: „Przedmiotem inwestycji jest budowa IV Etapu obwodnicy drogowej m. Drezdenko na odcinku od skrzyżowania dróg wojewódzkich 156 i 160 do skrzyżowania z drogą wojewódzką nr 158 (rondo)", który objęty jest zamieszczonym w dokumentach przetargowych „Planem sytuacyjnym" rys. 2, arkusze od 1 do 8.
Ponadto w Opisie Przedmiotu Zamówienia określono zakres robót wykonanych w poprzednich etapach tj.: „Przedmiot umowy nie obejmuje wykonania następującego zakresu projektu budowlanego:
1) robót budowlanych wykonanych w ramach budowy I etapu obejścia drogowego m. Drezdenko na odcinku od skrzyżowania drogi wojewódzkiej nr 158 do skrzyżowania z drogą wojewódzką nr 160 (wszystkie branże)."
Zamawiający w Opisie Przedmiotu Zamówienia zawarł również zapis: „Zamawiający dopuszcza rozwiązania zamienne, które pozwolą na uzyskanie celu o parametrach równoważnych, określonych w dokumentacji projektowej".
Zamawiający wyjaśnił, że nie oczekuje od Wykonawcy zmiany decyzji, pozwoleń, uzgodnień, itp. ale, jeśli Wykonawca uzna to za zasadne, dopuszcza zmianę rozwiązań projektowych, przy czym za konieczne uznaje się uzyskanie parametrów nie gorszych niż zaprojektowane.
Zamawiający usunął kwestionowany w punkcie 5 odwołania zapis z treści umowy, uznając że w tym zakresie odwołanie jest bezprzedmiotowe.
W ocenie Zamawiającego zarzut opisany przez Odwołującego w pkt 6 odwołania dotyczy §3 ust. 8 umowy. Zamawiający oświadczył, że dokonując analizy odwołania i argumentacji przedstawionej przez Odwołującego, dokonał modyfikacji treści umowy, na: „Płatności częściowe będą dokonywane miesięcznie na podstawie wartości robót potwierdzonych przez Zamawiającego na podstawie protokołu odbioru częściowego." - zatem w tym zakresie odwołanie jest bezprzedmiotowe.
Zamawiający wskazał także, że zmodyfikował także zapis w §3 ust. 5 umowy, doprecyzowując jego treść zgodnie z pierwotnym zamiarem Zamawiającego:
„W terminie 30 dni przed rozpoczęciem Robót Wykonawca zobowiązany jest do przedłożenia Tabeli Elementów Rozliczeniowych (TER) - wykazu elementów robót budowlanych wraz z ich wyceną, zawierającej zagregowane pozycje w ustalonych podziałach branżowych. Suma wszystkich elementów musi odpowiadać Wynagrodzeniu brutto, określonemu w § 3 ust. 1 Umowy. Wykaz elementów robót przedstawiony w TER musi mieć swoje odzwierciedlenie w HFR-RB. TER, mając na uwadze zapisy w umowie o miesięcznych odbiorach częściowych i płatnościach, musi zawierać taki poziom szczegółowości, aby umożliwić miesięczne fakturowanie, zgodnie z procentem zaawansowania robót w poszczególnych branżach."

Izba ustaliła i zważyła co następuje:

Zgodnie z artykułem 568 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, Izba umarza postępowanie odwoławcze w przypadku stwierdzenia, że dalsze postępowanie stało się z innej przyczyny zbędne lub niedopuszczalne.
W zakresie zarzutów opisanych w odwołaniu pod numerem: 1, 3, 5 oraz 2 a, b, 4g, Zamawiający dokonał zmian w SWZ w sposób zgodny z oczekiwaniami Odwołującego, lub co do którego Odwołujący nie zgłaszał zastrzeżeń. Zbędne stało się prowadzenie postępowania w zakresie wymienionych zarzutów w sytuacji, gdy Zamawiający dokonał zmian SWZ i uległa zmianie treść postanowień SWZ co do których podniesiono zarzuty. Z tego względu, w powyższym zakresie postępowanie podlegało umorzeniu.
Uwzględnieniu podlegał zarzut opisany w odwołaniu pod numerem 4 w zakresie dotyczącym niewyczerpującego opisu przedmiotu zamówienia poprzez zaniechanie udostępnienia wykonawcom dokumentacji stałej organizacji ruchu.
Jak wskazał Odwołujący, Zamawiający nie przekazał wykonawcom części dokumentacji w zakresie stałej organizacji ruchu. Zamawiający w trakcie rozprawy z udziałem stron przyznał, że ta część dokumentacji została przekazana do aktualizacji i dotychczas nie została przekazana wykonawcom. Nie zaprzeczał, że dokumentacja w tym zakresie stanowi część opisu przedmiotu zamówienia. Skoro zatem dokumentacja stanowi opis części zamówienia i nie została przekazana wykonawcom, to należało uznać, że Zamawiający w tym zakresie naruszył art. 99 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, bowiem opis przedmiotu zamówienia nie został przedstawiony w sposób wyczerpujący. Zgodnie z art. 99 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, 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. Do chwili zamknięcia rozprawy Zamawiający nie przekazał wykonawcom aktualnej, obowiązującej dokumentacji organizacji ruchu.
W konsekwencji uwzględnienia powyższego zarzutu nakazano Zamawiającemu udostępnienie wykonawcom aktualnej dokumentacji stałej organizacji ruchu (będącej częścią przedmiotu zamówienia w niniejszym postępowaniu).
W pozostałym zakresie odwołanie podlegało oddaleniu.
Za bezzasadny został uznany zarzut **dotyczący rażąco wygórowanych kar umownych, tj.** łącznego limitu kar umownych, jakich może żądać Zamawiający od Wykonawcy, z wszystkich tytułów przewidzianych w umowie na poziome 50% ceny ofertowej brutto.
Zamawiający w § 26 ust. 1 Umowy przewidział katalog kar umownych, do którego Odwołujący nie wnosił zastrzeżeń. Odwołujący nie podnosił zarzutów co do sposobu, w jaki Zamawiający przewidział naliczanie poszczególnych kar w tym paragrafie. Przewidziane w tym paragrafie klauzule będą determinowały zakres kar. Odwołujący w treści żądania oczekiwał zmniejszenia limitu kar do poziomu 10%, co prowadziłoby do pozbawienia znaczenia kar, które nie były kwestionowane tak co do zakresu jak i wysokości. Tym samym to nie limit kar determinuje zasady naliczania – dla tych znaczenie miały poszczególne klauzule, których Odwołujący nie kwestionował.
Limit kar umownych przewidzianych w umowie na poziomie 50% ceny ofertowej brutto nie może zostać uznany za rażący. Stanowi on ograniczenie dla naliczania kar wymienionych w § 26 ust. 1 Umowy. Zamawiający w niniejszym

postępowaniu określił katalog kar w sposób przejrzysty, zatem Wykonawca z łatwością może ocenić ryzyko i właściwie dokonać wyceny ceny ofertowej.
Ustawa nie determinuje górnego limitu kar umownych. Jak wskazał Zamawiający, przewidziany na tym poziomie limit kar umownych nie jest wyjątkiem – w takim samym wymiarze limit kar został przewidziany także przez innych Zamawiających, w tym GDDKiA.
Za bezzasadny został uznany także zarzut dotyczący dokonania opisu przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny i niewyczerpujący oraz nieuwzględniający wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty oraz oszacowanie kosztów wykonania przedmiotu zamówienia w odniesieniu do dokumentacji oświetlenia oraz dokumentacji kolizji sieci gazowej (warunki techniczne dotyczące usunięcia kolizji nr ZMS/137/2018/1/2). Zamawiający przekazał wykonawcom dokumentację obejmującą oświetlenie drogowe. Nie jest zatem tak, że Wykonawcy nie posiadają dokumentacji, która stanowi opis przedmiotu zamówienia. Wykonawcy mają możliwość złożenia oferty w oparciu o przekazaną dokumentację, która obejmuje oświetlenie sodowe. Okoliczność, że opis przedmiotu zamówienia zawiera polecenie Zamawiającego, aby wykonawcy dokonali zmian projektowych i wykonali oświetlenie drogowe w technologii Led nie oznacza, że opis przedmiotu zamówienia jest niejasny, niejednoznaczny. Każdy z wykonawców otrzymał jednakową dokumentację, znany jest zatem zakres zamówienia. Okoliczność, że dokumentacja zawiera elementy (które stanowią minimalny zakres zamówienia), co do których wykonawca może (ale nie musi) dokonać zmian, nie jest niezgodna z przepisami ustawy, jak i nie wpływa w szczególny sposób na rodzaj zamówienia.
Nie istnieją ograniczenia, aby w formule zamówienia „buduj" umieścić również dokumentację (w minimalnym zakresie), przy której wykonawcy mogą uwzględnić w cenie oferty realizację zadania w taki sposób, aby przewidziane w projekcie rozwiązania dostosować do obowiązujących obecnie przepisów prawa.
Podobne rozważania należy odnieść do przekazanej przez Zamawiającego dokumentacji związanej z kolizją gazową. Zamawiający przekazał wykonawcom dokumentację, a zatem opis przedmiotu zamówienia nie jest nieprawidłowy, niepełny, czy niejasny. Konieczność dokonania optymalizacji przez wykonawcę stanowi zakres zadania, które wykonawca jest zobowiązany ująć w cenie ryczałtowej zamówienia. Odwołujący nie wykazał, że zmiany będą prowadziły do zmiany decyzji ZRiD. Jak wskazał Zamawiający, nie oczekuje on od wykonawcy zmiany decyzji, pozwoleń, uzgodnień itp., ale jeśli wykonawca uzna to za zasadne, dopuszcza zmianę rozwiązań projektowych, przy czym za konieczne uznaje się uzyskanie parametrów nie gorszych niż zaprojektowane.
Nie zasługuje również na uwzględnienie zarzut w zakresie niejasności, nieprecyzyjności w zakresie opisu przedmiotu zamówienia z uwagi na formę projektu. Odwołujący wskazał, że załączone dokumenty nie mają formy projektu wykonawczego – nie są podpisane, data ich przygotowania jest wcześniejsza niż projektu budowlanego, co wyklucza uznanie, że powstały one jako uszczegółowienie projektu budowlanego.
Odwołujący nie wykazał, aby opis przedmiotu zamówienia przy użyciu przekazanych przez Zamawiającego dokumentów był niejasny, niejednoznaczny, czy w jakikolwiek sposób utrudniał lub uniemożliwiał wykonawcy złożenie prawidłowej oferty. Sam brak podpisu pod dokumentem nie jest żadną przeszkodą utrudniającą złożenie oferty zgodnej z treścią tego dokumentu. Podobnie jak sama forma niektórych dokumentów (wyszczególnionych przez Odwołującego). Tym bardziej, że Zamawiający zwrócił uwagę na częste prośby wykonawców dotyczące udostępnienia dokumentacji w formacie edytowalnym. Stąd Zamawiający, wychodząc naprzeciw oczekiwaniom wykonawców, udostępnił dokumentację w takim właśnie formacie.
Brak jest również przeciwwskazań, aby elementy projektu budowlanego powstały po wykonaniu projektu wykonawczego. Odwołujący nie wykazał w tym zakresie konkretnych niespójności.
Odwołujący nie wykazał zatem zasadności zarzutu dotyczącego dokonania opisu przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny i niewyczerpujący oraz nieuwzględniający wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty.
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 lit. a) oraz § 7 ust. 2 pkt 1), § 7 ust. 4 pkt 2), zaliczając w poczet kosztów postępowania uiszczony przez Odwołującego wpis od odwołania w wysokości 20 000 złotych.
Zamawiającego oraz Odwołującego obciążono kosztami postępowania odwoławczego w wysokości po ½, gdyż (poza zarzutami, które podlegały umorzeniu na podstawie art. 568 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych) jeden z zarzutów podniesionych w odwołaniu podlegał uwzględnieniu oraz jeden z zarzutów podlegał oddaleniu.
W konsekwencji, od Zamawiającego na rzecz Odwołującego zasądzono kwotę 10000 zł 00 gr, która stanowi 1/2 wysokości wpisu od odwołania.
Pełnomocnik Odwołującego oraz pełnomocnik Zamawiającego złożyli wnioski o zasądzenie kosztów związanych z wynagrodzeniem pełnomocnika.
Z uwagi na okoliczność, że każda ze stron postępowania została obciążona kosztami postępowania w równej wysokości (1/2), zniesiono wzajemnie pomiędzy Odwołującym i Zamawiającym koszty z tytułu wynagrodzenia pełnomocników, mając jednocześnie na uwadze ograniczenie wysokości kosztów do kwoty 3600 złotych, wynikające z § 5 ust. 2 pkt b) Rozporządzenia.
Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w sentencji.

Przewodniczący:

……

Członkowie:

……...

……...