Sygn. akt: KIO 1834/23

WYROK

z dnia 11 lipca 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący:Adriana Urbanik

Protokolant: Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na rozprawie w Warszawie w dniu 7 lipca 2023 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 26 czerwca 2023 r. przez wykonawcę **Dekpol Budownictwo sp. z o.o. z siedzibą w Pinczynie** w postępowaniu prowadzonym przez **PKP Intercity S.A. z siedzibą w Warszawie**

przy udziale:

A. wykonawcy **Torpol S.A. z siedzibą w Poznaniu** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 1834/23 po stronie odwołującego,

B. wykonawcy **Ground Transportation Systems Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 1834/23 po stronie odwołującego,

C.wykonawcy **Budimex S.A. z siedzibą w Warszawie** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 1834/23 po stronie odwołującego,

orzeka:

1. **umarza postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutów uwzględnionych przez zamawiającego: pkt I ppkt 1 lit. a i b oraz ppkt 2 lit. c-e, pkt II lit. b, pkt III lit. a, pkt IV lit. d odwołania;**

2. **uwzględnia odwołanie w zakresie zarzutów w pkt IV a-c i nakazuje zamawiającemu zmianę projektowanych postanowień umowy:**

   2.1. **w oświadczeniach wykonawcy pkt 14 w ten sposób, że wykonawca nie ponosi odpowiedzialności za występujące na terenie budowy utrudnienia dla wykonania zamówienia, generujące koszty po stronie wykonawcy, o ile nie zostały one wprost wskazane w opisie przedmiotu zamówienia,**

   2.2. **w § 3 ust. 5 w ten sposób, że wykonawca winien uwzględnić wszelkie koszty wykonania umowy w zakresie części zamówienia objętej wynagrodzeniem ryczałtowym, a w zakresie części zamówienia objętej wynagrodzeniem kosztorysowym w odniesieniu do wykonania robót wyspecyfikowanych w kosztorysie,**

   2.3. **w § 4 ust. 23 w ten sposób, że wykonawca odpowiadać będzie za ochronę instalacji i urządzeń nad, na i podziemnych zlokalizowanych w obszarze robót (wraz z transportem i składowaniem), chyba że nie zostały uwidocznione na mapach lub w dokumentacji przekazanej wykonawcy. Wszelkie uszkodzenia wykonawca usunie niezwłocznie i na własny koszt;**

3. **w pozostałym zakresie oddala odwołanie;**

4. **kosztami postępowania obciąża stosownie do wyniku postępowania odwołującego Dekpol Budownictwo sp. z o.o. z siedzibą w Pinczynie oraz zamawiającego PKP Intercity S.A. z siedzibą w Warszawie** i:

   4.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Dekpol Budownictwo sp. z o.o. z siedzibą w Pinczynie** tytułem wpisu od odwołania,

   4.2. zasądza od zamawiającego **PKP Intercity S.A. z siedzibąw Warszawie** na rzecz odwołującego **Dekpol Budownictwo sp. z o.o. z siedzibą w Pinczynie** kwotę 6 600 zł 00 gr (słownie: sześć tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą 3/8 uzasadnionych kosztów strony poniesionych tytułem wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika.

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, 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 1834/23

U z a s a d n i e n i e

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pn. „Przebudowa bocznicy kolejowej Przemyśl Bakończyce,
wraz z zaprojektowaniem i wykonaniem robót w branży elektroenergetycznej oraz SKR",
nr referencyjny: 23/WNP-017154/INF, zostało wszczęte ogłoszeniem opublikowanym
w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 14.06.2023 r. pod nr 2023/S 113-354564 przez: PKP Intercity S.A., Al. Jerozolimskie 142A, 02-305 Warszawa, zwaną dalej: „Zamawiającym". Do wyżej wymienionego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego zastosowanie znajdują przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022 r. poz. 1710, z późn. zm.), zwanej dalej: „ustawą Pzp" lub „PZP".

Dnia 26.06.2023 r. (wpływ do Prezesa KIO w wersji elektronicznej podpisane podpisem cyfrowym za pośrednictwem elektronicznej skrzynki podawczej - ePUAP) odwołanie złożyła Dekpol Budownictwo Sp. z o.o., ul. Gajowa 31, 83-251 Pinczyn, zwana dalej także „Odwołującym", wobec treści ogłoszenia o zamówieniu, treści SWZ, w tym projektowanych postanowień umowy (dalej jako: „Umowa"), niezgodnych z przepisami ustawy Pzp. Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

I.Zarzuty dotyczące zasad odbioru dokumentacji projektowej (w zadaniach 2b i 2c)
oraz odbioru robót budowlanych:

I.1.Zarzuty dotyczące zasad odbioru dokumentacji projektowej:

a. art. 643 w zw. z art. 642 § 1 oraz w zw. z art. 353^1 i art. 5 KC stosowanymi na zasadzie art. 8 ust. 1 PZP w zw. z art. 16 pkt 2 i art. 431 PZP poprzez:
   i. określenie prawa Zamawiającego do odmowy dokonania odbioru dokumentacji projektowej w przypadku, gdy obarczona jest ona wadą (nawet nieistotną),
   lub wymaga wprowadzenia wskazanych przez Zamawiającego zmian (bez ich sprecyzowania lub określenia charakteru) oraz zobowiązanie Wykonawcy
   do usunięcia „wad/braków" dokumentacji i przedstawienia jej ponownie do odbioru „w razie zgłoszenia jakichkolwiek zastrzeżeń do dokumentacji lub jej części" przez Zamawiającego, a także
   ii. uzależnienie zapłaty wynagrodzenia za wykonanie dokumentacji projektowej
   od poprawienia/usunięcia tak określonych wad/braków lub dokonania żądanych zmian
   - co narusza granice swobody umów (sprzeciwia się właściwości/naturze umowy
   oraz ustawowym obowiązkom zamawiającego), zasadę przejrzystości udzielania zamówień, zasadę współdziałania zamawiającego i wykonawcy przy wykonaniu umowy w sprawie zamówienia publicznego oraz stanowi nadużycie prawa podmiotowego przez Zamawiającego;
b. art. 16 pkt 3 PZP w zw. z art. 5 KC stosowanym na zasadzie art. 8 ust. 1 PZP poprzez określenie, że okres usuwania przez Wykonawcę tak określonych wad
   lub wprowadzania zmian do dokumentacji uznaje się za czas zwłoki, co sankcjonowane jest karą umowną, zastrzeżoną niezależnie od kary umownej za zwłokę w wykonaniu odpowiednio zadania 2b i 2c, co narusza zasadę proporcjonalności oraz stanowi nadużycie prawa podmiotowego przez Zamawiającego.

I.2. Zarzuty dotyczące zasad odbioru robót budowlanych:

c. art. 647 w zw. z art. 353^1 i 5 KC stosowanymi na zasadzie art. 8 ust. 1 PZP poprzez określenie zasad odbioru robót w sposób sprzeczny z istotą (właściwością/naturą) umowy o roboty budowlane i obowiązkami Zamawiającego, co wpływa negatywnie
   na zasady rozliczenia wynagrodzenia wykonawcy, rozpoczęcie biegu okresu rękojmi za wady, rozpoczęcie biegu terminu 30. dni przewidzianego na zwrot zabezpieczenia należytego wykonania umowy, a także stanowi podstawę do naliczenia kary umownej za zwłokę w usunięciu wad stwierdzonych przy odbiorze częściowym robót budowlanych lub przy odbiorze końcowym i stanowi nadużycie prawa podmiotowego przez Zamawiającego;
d. art. 453 ust. 1 PZP poprzez nieprawidłowe określenie rozpoczęcia biegu terminu 30 dni przewidzianego na zwrot 70% zabezpieczenia należytego wykonania umowy;
e. art. 16 pkt 3 PZP w zw. z art. 5 KC stosowanym na zasadzie art. 8 ust. 1 PZP poprzez określenie kary umownej

za zwłokę w usunięciu wad stwierdzonych przy odbiorze częściowym robót budowlanych lub przy odbiorze końcowym, stanowiącej konsekwencję przyjęcia nieprawidłowych zasad odbioru robót i zobowiązania wykonawcy do usunięcia wszelkich wad lub usterek w terminie wyznaczonym, niezależnie od kary umownej za zwłokę w wykonaniu przedmiotu Umowy, dla każdego Zadania osobno, co narusza zasadę proporcjonalności oraz stanowi nadużycie prawa podmiotowego przez Zamawiającego.

II. Zarzuty dotyczące kar umownych i wysokości limitu:

a. art. 436 pkt 3 PZP w zw. z art. 5 KC stosowanym na zasadzie art. 8 ust. 1 PZP poprzez określenie w § 12 ust. 6 Umowy maksymalnej wysokości kar umownych, których może dochodzić jedynie Zamawiający na poziomie 30% całkowitego wynagrodzenia brutto, co stanowi nadużycie prawa podmiotowego przez Zamawiającego i jako takie nie może korzystać z ochrony;

b. art. 436 pkt 3 PZP poprzez określenie w § 12 ust. 7 Umowy, że limit kar umownych na poziomie 30% nie dotyczy przypadków powstania szkody wyrządzonej na skutek umyślnego działania Wykonawcy lub umyślnego działania podmiotów lub osób, którymi Wykonawca posługuje się przy wykonywaniu Umowy, a w szczególności działań Podwykonawców lub Podwykonawców dalszych, co nie stanowi realizacji obowiązku określonego w art. 436 pkt 3 PZP do określenia łącznej maksymalnej wysokości kar umownych, których mogą dochodzić strony;

c. art. 16 pkt 3 w zw. z art. 436 pkt 3 PZP oraz art. 353^1 i art. 5 KC stosowanymi na zasadzie art. 8 ust. 1 PZP poprzez określenie jedynie kar umownych, do których zapłaty został zobowiązany Wykonawca, bez zastrzeżenia kar, które zobowiązany jest zapłacić również Zamawiający, pomimo obowiązku określenia łącznej maksymalnej wysokości kar umownych, których mogą dochodzić strony umowy, co stanowi naruszenie zasady swobody umów oraz nadużycie prawa podmiotowego, wprowadzające oczywistą nierównowagę interesów stron umowy;

d. art. 16 pkt 3 PZP i art. 5 KC w zw. z art. 8 ust. 1 PZP poprzez zastrzeżenie maksymalnej wysokości kar umownych, których może dochodzić Zamawiający na poziomie 30% całkowitego wynagrodzenia brutto, co jest wartością nieadekwatną do przedmiotu zamówienia oraz potencjalnej szkody, którą może ponieść Zamawiający, w szczególności przy zastrzeżeniu w § 12 ust. 5 Umowy prawa do dochodzenia odszkodowania uzupełniającego na zasadach ogólnych, i jako takie stanowi nadużycie przez Zamawiającego prawa podmiotowego.

III. Zarzut dotyczący waloryzacji wynagrodzenia w związku ze zmianą obciążeń publicznoprawnych:

a. art. 436 pkt 4 lit. b PZP poprzez niedopuszczenie do zmiany wysokości wynagrodzenia w przypadku zmiany stawki podatku od towarów i usług oraz podatku akcyzowego, wbrew obowiązkowi wynikającemu z tego przepisu.

IV. Pozostałe zarzuty dotyczące postanowień Umowy:

a. art. 99 ust. 1 PZP poprzez zastąpienie obowiązku dokonania opisu przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i precyzyjny, z uwzględnieniem wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty wymogiem odbycia wizji lokalnej i złożeniem oświadczenia (s. 3 Umowy, pkt 14 Oświadczeń Wykonawcy), iż „Wszelkie zastrzeżenia Wykonawcy dotyczące terenu budowy zgłoszone po terminie zawarcia Umowy nie mogą być podstawą do dochodzenia jakichkolwiek roszczeń od Zamawiającego, w szczególności zwiększenia wynagrodzenia za wykonanie Umowy oraz do żądania przez Wykonawcę przesunięcia terminu zakończenia robót ani zmiany ich zakresu.”;

b. art. 99 ust. 1 PZP poprzez określenie w § 3 ust. 5 Umowy wymogu objęcia wynagrodzeniem umownym „wszystkich kosztów realizacji Umowy”, „nawet nieopisanych wyraźnie”, a tym samym dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny i nieprecyzyjny, bez uwzględnienia wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty;

c. art. 433 pkt 3 PZP poprzez obarczenie Wykonawcy (w § 4 ust. 23 Umowy) absolutną odpowiedzialnością za ochronę instalacji i urządzeń nad, na i podziemnych, nawet jeśli nie zostały one uwidocznione na mapach lub w dokumentacji przekazanej Wykonawcy przez Zamawiającego;

d. art. 353^1 i art. 5 KC w zw. z art. 8 PZP i art. 26 pkt 1 Prawa budowlanego poprzez nieograniczenie w § 4 ust. 26 Umowy prawa do wydawania przez inspektorów nadzoru wiążących poleceń Wykonawcy, dotyczących realizacji robót, pod groźbą wstrzymania robót i określenia, że skutki finansowe z tytułu wstrzymania robót w takiej sytuacji ponosi Wykonawca, do przypadków o których mowa w art. 26 pkt 1 Prawa budowlanego, co stanowi naruszenie zasady swobody umów (postanowienie to „sprzeciwia się ustawie”) oraz stanowi nadużycie prawa podmiotowego przez Zamawiającego;

e. art. 353^1 i art. 5 KC w zw. z art. 8 PZP poprzez zobowiązanie Wykonawcy w § 10 ust. 5 Umowy do zrzeczenia się wszelkich roszczeń wobec Zamawiającego z tytułu wykonania prac dodatkowych, wykonanych przed zawarciem aneksu do Umowy,
co stanowi wyraz nadużycia pozycji Zamawiającego, a także narusza zasady współżycia społecznego, w tym zasadę sprawiedliwości i prawa do sądu.

V. Zarzuty dotyczące treści ogłoszenia o zamówienia oraz treści SWZ:

a. art. 240 i 241 ust. 1 w zw. z art. 16 ust. 2 PZP poprzez określenie w pkt II.2.5) ogłoszenia o zamówieniu „kryterium jakości - Nazwa: Termin realizacji budowy myjni / Waga: 20" oraz w Rozdz. XV pkt 1 i 3 SWZ jako kryterium: „Termin realizacji zamówienia
- w zakresie budowy myjni całorocznej – waga 20 punktów" pomimo braku uzasadnienia określenia takiego kryterium przedmiotem zamówienia, a także poprzez rak możliwości jednoznacznego ustalenia zakresu robót koniecznych do zrealizowania "zakresu budowy myjni całorocznej", który ma zostać wykonany w terminie punktowanym.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu zmiany kwestionowanych odwołaniem projektowanych postanowień umownych, treści ogłoszenia
o zamówieniu i SWZ zgodnie z wnioskami zawartymi w uzasadnieniu, prezentowanymi odpowiednio do poszczególnych zarzutów. Na wypadek, gdyby Izba uznała, iż nakazanie Zamawiającemu zmiany postanowień poprzez nadanie im konkretnego brzmienia lub ich usunięcie nie było możliwe, Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu zmiany zaskarżonych postanowień Umowy poprzez doprowadzenie ich do zgodności z przepisami prawa oraz z uwzględnieniem podniesionych w odwołaniu zarzutów i argumentacji.

Odwołujący wniósł również o obciążenie Zamawiającego w całości kosztami postępowania odwoławczego, tj. zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów wpisu
od odwołania w wysokości 20.000,00 zł wraz z uzasadnionymi kosztami postępowania, w tym
wynagrodzeniem pełnomocnika w wysokości określonej na fakturze przedłożonej do akt sprawy na rozprawie oraz opłatą skarbową od pełnomocnictwa.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący wskazał: W § 1 ust. 1 Umowy Zamawiający określił: Przedmiotem Umowy jest wykonanie przez Wykonawcę robót budowlanych polegających na Przebudowie bocznicy kolejowej Przemyśl Bakończyce, wraz z zaprojektowaniem
i wykonaniem robót w branży elektroenergetycznej oraz SRK, zwane dalej także „robotami" lub „robotami budowlanymi" lub „Zadaniem inwestycyjnym". Roboty składają się z czterech (4) zadań, które na potrzeby niniejszej Umowy otrzymują nazwy: Zadanie 1: Budowa myjni całorocznej - roboty budowlano-montażowe/instalacyjne, Zadanie 2: Wykonanie pozostałych prac w ramach przebudowy bocznicy Przemyśl Bakończyce, na które składa się: Zadanie 2a: wykonanie robót budowlanych w ramach przebudowy bocznicy, Zadanie 2b: wykonanie
w systemie „projektuj i buduj" stacji transformatorowo-prostownikowej, Zadanie 2c: wykonanie w systemie „projektuj i buduj" urządzeń sterowania ruchem kolejowym. Zatem Wykonawca został zobowiązany do wykonania robót budowlanych, objętych zadaniami 1, 2 i 2a,
a w ramach zadań 2b i 2c – do opracowania dokumentacji projektowej (na zasadach określonych w § 5-6 Umowy) i wykonania robót budowlanych.

I. Zarzuty dotyczące zasad odbioru dokumentacji projektowej (w zadaniach 2b i 2c)
oraz odbioru robót budowlanych:

I.1. Zasady odbioru dokumentacji projektowej:

1. Zasady odbioru dokumentacji projektowej, opracowywanej w Zadaniach 2b i 2c, i ich konsekwencje Zamawiający określił następująco:

9.W przypadku odmowy dokonania odbioru dokumentacji projektowej lub innych opracowań stanowiących Przedmiot Umowy, Zamawiający podaje w Protokole zdawczo – odbiorczym dokumentacji projektowej, stanowiącym Załącznik nr 2c do Umowy, przyczyny tej odmowy i wyznacza termin na wprowadzenie zmian, ewentualnie usunięcia wad. Okres wskazany na wprowadzenie zmian ewentualnie usunięcie wad uznaje się
za czas zwłoki Wykonawcy, w zakresie w jakim przypada on na czas po dacie wskazanej jako zakończenie prac projektowych.

10. Data podpisania Protokołu zdawczo – odbiorczego dokumentacji projektowej przez Zamawiającego stanowi podstawę do uznania, iż Zamawiający dokonał odbioru części Przedmiotu umowy określonej w protokole oraz podstawę do wystawienia przez Wykonawcę faktury VAT.

11. W razie zgłoszenia przez Zamawiającego jakichkolwiek zastrzeżeń do Dokumentacji
lub jej części, Wykonawca zobowiązany jest usunąć wszelkie jej wady/braki w terminie wyznaczonym przez Zamawiającego, nie krótszym niż 10 (słownie: dziesięciu) dni roboczych, bez prawa do żądania odrębnego

wynagrodzenia z tego tytułu. Po usunięciu wad/braków w terminie wskazanym w zdaniu poprzednim Wykonawca ponownie przedstawi Zamawiającemu Dokumentację do odbioru. Jeżeli wady/braki zostaną wykryte po odbiorze Dokumentacji Wykonawca zobowiązuje się do poprawy Dokumentacji
w wyznaczonym przez Zamawiającego terminie. Powyższe nie ma wpływu na termin realizacji wskazany w § 2 ust. 1 Umowy.

2. Z § 6 ust. 9 Umowy wynika więc, że Zamawiający zastrzegł sobie prawo do odmowy odbioru dokumentacji nie tylko w przypadku, gdy obarczona jest ona wadami, ale również z powodu uznania, że dokumentacja wymaga „zmian". Zamawiający nie rozróżnił przy tym wad istotnych i nieistotnych oraz nie sprecyzował pojęcia możliwych do żądania „zmian". Jednocześnie Zamawiający zastrzegł, że okres na wprowadzenie zmian ewentualnie usunięcie wad traktuje jako zwłokę, jeżeli przekroczy on termin wskazany jako zakończenie prac projektowych.

A w § 12 ust. 4 pkt 4 Umowy, przewidział karę umowną „za zwłokę w usunięciu wad ujawnionych w dokumentacji projektowej – w wysokości 0,01% wynagrodzenia brutto określonego w § 1 ust. 1 odpowiednio dla zad 2b lub zad 2c za każdy rozpoczęty dzień kalendarzowy zwłoki względem terminu na usunięcie wad wyznaczonego Wykonawcy przez Zamawiającego".

3. Przyczyny odmowy dokonania odbioru dokumentacji projektowej Zamawiający poda
w Protokole zdawczo-odbiorczym (§ 6 ust. 9 Umowy). A dopiero data podpisania tego Protokołu – jak wynika z § 6 ust. 10 Umowy – stanowi podstawę uznania, że Zamawiający dokonał odbioru tej części Umowy i podstawę do wystawienia faktury VAT.

4. Niezależnie od powyższego, Zamawiający w § 6 ust. 11 Umowy określił, że może zgłosić do dokumentacji lub jej części „jakiekolwiek zastrzeżenia" i oczekiwać usunięcia „wszelkich wad/braków" oraz ponownego przedstawienia dokumentacji do odbioru. Możliwość wykrycia wad/braków dokumentacji Zamawiający przewidział nawet po odbiorze dokumentacji (choć
w § 6 ust. 8 określił wyraźnie, że przez dokonanie przez Zamawiającego odbioru dokumentacji „rozumie się sprawdzenie rozwiązań przyjętych przez Wykonawcę z wymaganiami określonymi przez Zamawiającego"), wobec czego zobowiązał Wykonawcę do poprawienia dokumentacji, zastrzegając, że „powyższe" zobowiązania nie mają wpływu na termin realizacji zadań, określony w § 2 ust. 1 Umowy. Postanowienia § 6 ust. 11 Umowy ostatecznie wypaczają zasady odbioru dokumentacji i są niezrozumiałe w kontekście i tak nieprawidłowo określonych zasad jej odbioru i konsekwencji nieodebrania w ust. 9 i 10 Umowy.

5. Reasumując: Zamawiający przewidział nieograniczone zakresem i rozciągnięte nawet
na etap wykonywania robót (na podstawie zaakceptowanej uprzednio dokumentacji) prawo
do zgłaszania zastrzeżeń i odmowy odbioru dokumentacji z przyczyn niemożliwych
do przewidzenia, co uniemożliwia wykonawcom określenie ryzyka i niezbędnego czasu
na opracowanie dokumentacji, a tym samym skalkulowanie ceny oferty. Jednocześnie
tak zastrzeżone prawo do odmowy odbioru dokumentacji powoduje brak możliwości wystawienia faktury za prawidłowe wykonanie tej części Przedmiotu umowy, jeżeli jest ona dotknięta wadą o charakterze nieistotnym lub wymaga zmiany z błahych, niemających znaczenia powodów.

6. Dodatkowo, zastrzeżenie w § 12 ust. 4 pkt 4 Umowy kary umownej
za zwłokę w usunięciu wad ujawnionych w dokumentacji projektowej w terminie wyznaczonym przez Zamawiającego, w sytuacji w której w § 12 ust. 4 pkt 2 Umowy Zamawiający przewidział karę umowną za zwłokę w wykonaniu przedmiotu dla każdego Zadania osobno,
jest dodatkową restrykcją dla Wykonawcy, nieuzasadnioną funkcją kompensacyjną
czy motywacyjną kary umownej. Kara ta jest źródłem rażącej dysproporcji pomiędzy uchybieniem wykonawcy a potrzebą ochrony słusznych interesów Zamawiającego. Łączenie powyższych kar umownych w istocie powoduje ich zdublowanie i może prowadzić
do nieuzasadnionego wzbogacenia Zamawiającego, co zdecydowanie nie jest celem udzielania zamówień publicznych i nie powinno mieć miejsca.

7. Odwołujący powołuje się przy tym na wyrok SN z dnia 14 lutego 2007 r. (II CNP 70/06),
w którym SN wskazał, że jeżeli wady są nieistotne, zamawiający nie może odmówić dokonania odbioru dzieła ani uchylić się od zapłaty wynagrodzenia. W wyroku tym SN podzielił wcześniejszy pogląd SN, wyrażony w wyr. z dnia 26 lutego 1998 r. (I CKN 520/97), zgodnie
z którym *oddanie dzieła nie powoduje wymagalności wierzytelności przyjmującego zamówienie o wynagrodzenie, gdy oddane dzieło jest dotknięte wadą istotną, czyniącą je niezdatnym do zwykłego użytku lub sprzeciwiającą się wyraźnie umowie. Jeżeli natomiast dzieło ma tylko wadę nieistotną, jego oddanie powoduje, w myśl art. 642 § 1 KC, wymagalność wierzytelności przyjmującego zamówienie o wynagrodzenie za dzieło. Zastrzeganie odmiennych postanowień stanowi nadużycie prawa podmiotowego przez Zamawiającego, narusza równowagę stron oraz prawo wykonawcy do*

wynagrodzenia za wykonanie dokumentacji, która nie jest obarczona wadą istotną.

8. Jeszcze dobitniej wyraził to SN w wyroku z dnia 29 stycznia 2021 r. (V CSKP 10/21), wskazując, iż*Obowiązek zapłaty przez zamawiającego wynagrodzenia – co do zasady - aktualizuje się w razie wydania dzieła przez przyjmującego zamówienie, mimo istnienia wad nieistotnych. Strony nie mogą uzależnić wypłaty wynagrodzenia należnego wykonawcy od braku jakichkolwiek usterek dzieła*. Natomiast w wyroku z 14 grudnia 2019 r. (I CSK 515/18) SN wyjaśnił, ż*edzieło obarczone jest wadą istotną, jeżeli w jej wyniku nie nadaje się ono do zwykłego użytku lub sprzeciwia się wyraźnym postanowieniom umowy*.

9. W ślad za stanowiskami wyrażanymi przez SN w orzecznictwie sądów niższej instancji utrwalił się jednolity pogląd, prezentowany np. przez SA w wyroku z dnia 25 października 2021 r. (I AGa 14/20), iż *tylko wady, które czynią dzieło niezdatne do zwykłego użytku lub sprzeciwiające się wyraźnie umowie stron mogą być poczytane za wady, które pozwalają odmówić zamawiającemu odbioru.*

10. Biorąc pod uwagę powyższe Odwołujący wnosi o nakazanie Zamawiającemu:

a. zmiany § 6 ust. 9 Umowy i nadanie mu następującego brzmienia: *W przypadku odmowy dokonania odbioru dokumentacji projektowej lub innych opracowań stanowiących Przedmiot Umowy, Zamawiający podaje w Protokole zdawczo – odbiorczym dokumentacji projektowej, stanowiącym Załącznik nr 2c do Umowy, przyczyny tej odmowy i wyznacza termin ~~na wprowadzenie zmian, ewentualnie~~ usunięcie wad istotnych. Okres wskazany ~~na wprowadzenie zmian ewentualnie~~ usunięcie wad istotnych uznaje się za czas zwłoki Wykonawcy, w zakresie w jakim przypada on na czas po dacie wskazanej jako zakończenie prac projektowych*.;

b. usunięcia § 6 ust. 11 Umowy;

c. usunięcia § 12 ust. 4 pkt 4 Umowy *ewentualnie* jego modyfikacji i nadania mu następującego brzmienia: *za zwłokę w usunięciu wad ujawnionych w dokumentacji projektowej – w wysokości 0,01% wynagrodzenia brutto określonego w §1 ust. 1 odpowiednio dla zad. 2b lub zad. 2c za każdy rozpoczęty dzień kalendarzowy zwłoki względem terminu na usunięcie wad wyznaczonego Wykonawcy przez Zamawiającego. Kary tej nie nalicza się, jeżeli Wykonawca wykonał przedmiot Umowy odpowiednio dla zad. 2b lub zad. 2c bez zwłoki w terminie określonym w § 2 ust. 1 Umowy.*

I.2. Zasady odbioru robót budowlanych:

11. Zasady odbioru robót budowlanych i ich konsekwencje Zamawiający określił następująco: § 2 ust. 8 zd. 1 Umowy:

8.Za datę zakończenia realizacji Przedmiotu Umowy przyjmuje się datę podpisania przez Strony protokołu odbioru końcowego robót budowlanych bez wad, na zasadach określonych w § 9 Umowy oraz uzyskania decyzji o pozwoleniu na użytkowanie. Zgłoszenia dokonuje Kierownik Budowy.

Zatem już w tym postanowieniu Zamawiający, niezgodnie z przepisami prawa, uzależnił uznanie zakończenia realizacji Przedmiotu Umowy (którym, zgodnie z § 1 ust. 1, jest wykonanie robót budowlanych) od podpisania protokołu odbioru końcowego bez wad [na marginesie Odwołujący wskazuje, że odesłanie do zasad określonych w § 9 Umowy jest błędne; zasady te zostały określone w § 11 „Odbiory"].

W § 11 ust. 1 Umowy Zamawiający przewidział następujące odbiory robót budowlanych:

1.Strony Umowy ustalają następujące rodzaje odbioru robót budowlanych będących jej przedmiotem:

1)odbiór częściowy dla poszczególnych Zadań,

2)odbiór końcowy poszczególnych Zadań,

3)odbiór końcowy całej inwestycji

4)odbiór pogwarancyjny,

5)odbiór ostateczny.

§ 11 ust. 6 Umowy określił zasady odbioru częściowego, wskazując, że dokonywane są one na potrzeby fakturowania częściowego a potwierdzenie poprawności wykonania całości robót stanowi wyłącznie podpisany przez IN ostateczny protokół odbioru końcowego.

6.Odbiór częściowy robót dokonywany jest dla potrzeb fakturowania w oparciu o procentowe zaawansowanie wykonania robót objętych Przedmiotem Umowy. Podpisanie przez Inspektora Nadzoru protokołu odbioru częściowego nie oznacza zwolnienia Wykonawcy z odpowiedzialności za wady, uszkodzenia i usterki odebranych robót, w szczególności za wady, uszkodzenia i usterki, które mogą się ujawnić w dalszym ciągu realizacji inwestycji. Z zastrzeżeniem postanowienia zdania poprzedniego, potwierdzenie poprawności wykonania całości zakresu robót stanowi wyłącznie podpisany przez Inspektora Nadzoru ostateczny protokół odbioru końcowego.

§ 11 ust. 12-17 Umowy określił zasady odbioru końcowego. O ile w ust. 13 prawidłowo określił przyczyny, dla których może odmówić odbioru końcowego, o tyle z niewiadomych względów w ust. 14 przewidział odmowę przyjęcia robót

„w razie stwierdzenia wystąpienia jakichkolwiek wad". W kolejnym ustępie przewidział uznaniową możliwość „warunkowego przyjęcia robót (które każdorazowo zależy od uznania Zamawiającego w przypadku stwierdzenia nieistotnych wad). Wskazał, że w takim przypadku „protokół będzie zawierał wynik dokonanego sprawdzenia jakości robót, listę wad oraz ustalony przez Zamawiającego termin ich usunięcia", a w ust. 16 odbiór robót uzależnił od terminowego usunięcia wad i usterek i wskazał, że tylko pod tym warunkiem „za datę zakończenia realizacji robót uważana będzie data podpisania protokołu odbioru końcowego bez wad, po usunięciu wad i usterek". W ust. 17 pkt 1 Umowy wskazał również, że „jeżeli w toku czynności odbioru zostaną stwierdzone wady nadające się do usunięcia, to (…) Terminem odbioru w takiej sytuacji będzie termin usunięcia wad określony we właściwym protokole ich usunięcia".

12.Z czynności odbiorowych zostanie sporządzony protokół odbioru końcowego, który zawierać będzie wszystkie ustalenia oraz zalecenia poczynione w trakcie odbioru. Wzór protokołu stanowi Załącznik nr 9 do Umowy.

13.Jeżeli w toku czynności odbiorowych zostanie stwierdzone, że Przedmiot Umowy:

a.nie osiągnął gotowości do odbioru z powodu niezakończenia robót lub nie został wykonany w pełni, co uniemożliwia faktyczne jego użytkowanie do umówionego celu;

b.został wykonany wadliwie, a wady mają charakter istotny, tj. w szczególności uniemożliwiają użytkowanie Przedmiotu Umowy dla wskazanego celu;

c.został wykonany niezgodnie z projektem budowlanym (zgodnie z art. 57 ust. 1 pkt 2 lit. a) Prawa Budowlanego do zawiadomienia o zakończeniu budowy należy załączyć m.in. oświadczenie kierownika budowy o zgodności wykonania obiektu budowlanego z projektem budowlanym lub warunkami pozwolenia na budowę oraz przepisami),

to Zamawiający odpowiednio przerwie czynności odbiorowe z uwagi na przedwczesne zgłoszenie przedmiotu umowy do odbioru końcowego albo odmówi odbioru końcowego z winy Wykonawcy.

14.W przypadku odmowy przyjęcia robót przez Zamawiającego (w razie stwierdzenia wystąpienia jakichkolwiek wad lub wykonania przedmiotu odbioru niezgodnie ze sztuką budowlaną, przepisami, normami lub wymaganiami Umowy), zostanie określony w protokole powód nieodebrania robót i termin ponownego przystąpienia przez Zamawiającego do odbioru.

15.W przypadku warunkowego przyjęcia robót, (które każdorazowo zależy od uznania Zamawiającego w przypadku stwierdzenia nieistotnych wad), protokół będzie zawierał wynik dokonanego sprawdzenia jakości robót, listę wad oraz ustalony przez Zamawiającego termin ich usunięcia.

16.Odbiór robót jest dokonany z chwilą terminowego usunięcia wad, zgodnie z terminem określonym przez Zamawiającego w protokole odbioru warunkowego, w takim przypadku za datę zakończenia realizacji robót uważana będzie data podpisania protokołu odbioru końcowego bez wad, po usunięciu wad i usterek.

17.Jeżeli w toku czynności odbioru zostaną stwierdzone wady:

1)nadające się do usunięcia, to Zamawiający może zażądać usunięcia wad wyznaczając odpowiedni termin. Fakt usunięcia wad zostanie stwierdzony protokolarnie. Terminem odbioru w takiej sytuacji będzie termin usunięcia wad określony we właściwym protokole ich usunięcia,

2)w przypadku nieusunięcia wad w terminie określonym w protokole warunkowego odbioru, Zamawiający ma prawo do dokonania zastępczego wykonania usunięcia wad i usterek na koszt i ryzyko Wykonawcy,

3)nienadające się do usunięcia, to Zamawiający może wedle swojego wyboru:

Zamawiający – niezależnie od określenia w ust. 14 możliwości odmowy odbioru robót „w razie stwierdzenia jakichkolwiek wad" i w ust. 15 instytucji „uznaniowego warunkowego przyjęcia robót" i jej nieprawidłowych skutków w § 11 ust. 23 Umowy wprowadza pojęcie „usterek lub nieistotnych wad przedmiotu umowy (m.in. niewpływających na możliwość użytkowania Przedmiotu Umowy, czy umówiony cel)", przewidując, że w takim przypadku zostanie sporządzony protokół końcowy „z uwagami", który będzie zawierał listę nieistotnych wad/usterek oraz termin ich usunięcia. Zamawiający po raz kolejny, wbrew naturze umowy o roboty budowlane i bezwzględnie obowiązującym przepisom prawa, określa, że tylko terminowe usunięcie „usterek lub nieistotnych wad" będzie podstawą do uznania, że Przedmiot Umowy został wykonany „w pierwotnej dacie zgłoszenia go do odbioru". Natomiast „w przypadku nieusunięcia stwierdzonych w protokole końcowym „z uwagami" wad/usterek w wyznaczonym terminie, za datę dokonania odbioru końcowego uznaje się dzień podpisania protokołu odbioru końcowego bez uwag po usunięciu ww. wad/usterek".

23.W przypadku stwierdzenia w toku odbioru końcowego usterek lub nieistotnych wad przedmiotu Umowy (m.in. niewpływających na możliwość użytkowania Przedmiotu Umowy, czy umówiony cel), zostanie sporządzony protokół

końcowy „z uwagami", który będzie zawierał wynik dokonanego sprawdzenia jakości robót, listę nieistotnych wad/usterek oraz ustalony przez Zamawiającego termin ich usunięcia. Po usunięciu przez Wykonawcę usterek lub nieistotnych wad stwierdzonych w protokole końcowym

„z uwagami" sporządzony zostanie protokół odbioru końcowego bez uwag. W takiej sytuacji i wyłącznie pod warunkiem usunięcia wad i usterek w wyznaczonym uprzednio terminie, zakończenie prac komisji odbiorowej potwierdzone spisaniem protokołu odbioru końcowego „bez uwag", jest równoznaczne z potwierdzeniem wykonania Przedmiotu Umowy w pierwotnej dacie zgłoszenia go do odbioru. W przypadku nieusunięcia stwierdzonych w protokole końcowym „z uwagami" wad/usterek w wyznaczonym terminie, za datę dokonania odbioru końcowego uznaje się dzień podpisania protokołu odbioru końcowego bez uwag po usunięciu ww. wad/usterek.

12. Reasumując powyższe, Zamawiający nie może uzależnić odbioru robót od niewystąpienia wad nieistotnych czy usterek, możliwych do usunięcia w krótkim okresie (takie wady stwierdza się w protokole odbioru i usuwa w ramach rękojmi lub gwarancji). Ponadto Zamawiający – pomimo prawidłowego ustalenia w § 11 ust. 13 Umowy możliwości odmowy dokonania odbioru końcowego, m.in. na wypadek obarczenia robót wadami istotnymi – w kolejnych ustępach przewiduje możliwość zgłaszania „jakichkolwiek wad", w tym „wad nieistotnych", usterek", zrównując skutki ich wystąpienia ze skutkami wystąpienia przyczyn uprawniających

do odmowy odbioru robót, w szczególności na skutek wystąpienia wad istotnych. Takie zasady dokonywania odbioru robót są nie tylko niezgodne z przepisami, ale też są niespójne, stanowią jakby kompilację postanowień z różnych umów, a tym samym naruszają zasadę przejrzystości udzielania zamówień.

13. Zgodnie z jednolitą linią orzeczniczą, wyprowadzaną z definicji robót budowlanych, odbiór robót jest obowiązkiem zamawiającego, a postanowienia umowne, które uzależniają prawo zamawiającego od podpisania protokołu odbioru końcowego bez wad, uznaje się za sprzeczne z istotą umowy o roboty budowlane w rozumieniu art. 647 KC (tak np. wyrok SA w Warszawie z 3.8.2017 r., I ACa 689/16).

14. Również SN stoi na stanowisku (wyr. SN z 21.4.2017 r., I CSK 333/16; wyr. SN

z 7.3.2013 r., II CSK 476/12, wyr. SN z 22.6.2007 r., V CSK 99/07), że umawianie się na tzw. Odbiór bezusterkowy, czyli uzależnianie odebrania obiektu od braku jakichkolwiek wad,

jest sprzeczne z właściwością (naturą) zobowiązania wynikającego z umowy o roboty budowlane i naruszające równowagę między inwestorem a wykonawcą, pozostawiając tego ostatniego w niepewności odnośnie należnego wynagrodzenia oraz zwrotu poniesionych wydatków. Przyjęcie takiego poglądu oznacza, że postanowienia umów o roboty budowlane przewidujące, że odebranie obiektu może nastąpić tylko w przypadku braku jakichkolwiek wad, są nieważne bezwzględnie jako wykraczające poza swobodę umów wyznaczoną właściwością (naturą) zobowiązania (art. 353^1 KC w zw. z art. 647 KC). Zdaniem SN inwestor ma prawo odmówić odebrania obiektu w przypadku, gdy został on wykonany niezgodnie z projektem

i zasadami wiedzy technicznej lub gdy jest on obarczony istotnymi wadami (tak wyr. SN

z 21.4.2017 r., I CSK 333/16; wyr. SN z 7.3.2013 r., II CSK 476/12; wyr. SN z 24.7.2009 r.,

II CSK 61/09), co też Zamawiający prawidłowo określił w § 12 ust. 6 Umowy.

15. W wyroku z 4.5.2022 r. (KIO 1041/22) KIO wskazała, że*Jak wynika z przepisów powszechnie obowiązujących inwestor powinien dokonać odbioru niezwłocznie po oddaniu obiektu przez wykonawcę, chyba że dłuższy termin wynika z umowy lub spowodowany*

jest złożonym charakterem przedmiotu odbioru. Zasadniczo inwestor może odmówić odbioru obiektu dotkniętego wadą istotną, tj. czyniącym go niezdatnym do umówionego użytku zgodnie z przeznaczeniem lub sprzeciwiającą się w sposób wyraźny umowie, co skutkuje brakiem wymagalności roszczenia wykonawcy o wynagrodzenie. Jeżeli obiekt wskazuje jedynie wadę nieistotną, to jego oddanie powoduje wymagalność wierzytelności o wynagrodzenie, natomiast inwestor powinien skorzystać z uprawnień z tytułu rękojmi.

16. W wyroku z 6.7.2022 r. (KIO 1564/22) Izba odniosła się do biegu okresu rękojmi i gwarancji wskazując jednoznacznie, iż *rozpoczęcie biegu okresu gwarancji i rękojmi winno nastąpić*

z chwilą wydania rzeczy zamawiającemu, tj. odbioru robót budowlanych, nie zaś odbioru bezusterkowego oraz że niedopuszczalne jest uzależnianie rozpoczęcia biegu okresu rękojmi i gwarancji jakości od daty bezusterkowego odbioru robót budowlanych, co oznaczałoby,

że okresy te nie rozpoczynałyby swojego biegu z uwagi na wadę bądź usterkę nieistotną niepowodującą problemów w użytkowaniu przedmiotu umowy".

17. W tym miejscu Odwołujący kwestionuje również postanowienie § 13 ust. 8 Umowy,

w którym Zamawiający wskazał, że „Okres rękojmi na wykonanie roboty, zastosowane materiały i urządzenia wynosi 36 miesięcy licząc od dnia podpisania przez obie Strony protokołu odbioru końcowego robót budowlanych bez wad". Jak już wskazano wyżej, Zamawiający nie może wyznaczyć biegu okresu rękojmi za wady od dnia dokonania odbioru robót bez wad.

18. Zamawiający niezgodnie z art. 453 ust. 1 PZP określił również zasady zwrotu 70% zabezpieczenia należytego wykonania Umowy. W § 14 ust. 6 pkt 1 wskazał, że zwrot tej wartości Zabezpieczenia nastąpi „w terminie 30 dni kalendarzowych po upływie terminu wykonania Umowy, o którym mowa w § 2 ust. 1 Umowy, z zastrzeżeniem protokolarnego odbioru końcowego Przedmiotu umowy bez uwag". Zgodnie z art. 453 ust. 1 PZP zamawiający zobowiązany jest zwrócić zabezpieczenie w terminie 30 dni od dnia wykonania zamówienia
i uznania przez zamawiającego za należycie wykonane. Jak już wskazano wyżej, potwierdzeniem należytego wykonania robót jest protokół odbioru zawierający wylistowanie nieistotnych wad a nie protokół odbioru bez wad. Postanowieniem tym Zamawiający wprowadza dodatkowe obciążenie finansowe wykonawcy, którego okres trwania jest niemożliwy do ustalenia, i które jest niezgodne z przepisami PZP oraz zasadami odbioru robót budowlanych, określonymi w powołanych w odwołaniu przepisach KC.
19. W orzecznictwie słusznie zwraca się uwagę również na istotny aspekt, że uzależnienie uznania, iż roboty budowlane zostały wykonane od „bezusterkowego" ich odbioru umożliwiałoby zamawiającemu naliczanie kar umownych za niedotrzymanie terminu realizacji umowy warunkowanej przedstawieniem robót do odbioru w stanie idealnym, co w praktyce jest niemal niemożliwe (tak SA w Krakowie w wyroku z 17.5.2017 r., I ACa 1720/16). Wskazuje się także, że to projekt budowlany i zasady wiedzy technicznej są kompromisem między tym, co możliwe, a tym co konieczne w budownictwie, uwzględniając jednocześnie interesy zamawiającego i wyznaczając granicę wymagań odnośnie jakości robót budowlanych (wyrok SA w Szczecinie z 12.10.2016 r., I ACa 138/16). Tym samym, odmowa odbioru robót znajduje uzasadnienie jedynie w przypadku, gdy przedmiot umowy będzie mógł być uznany, jako wykonany niezgodnie z projektem i zasadami wiedzy technicznej lub wady będą na tyle istotne, że obiekt nie będzie nadawał się do użytkowania. Przy tym, jak wskazał SA w Białymstoku
w wyr. Z 27.10.2017 r. (I ACa 321/17), rozróżnienie wad istotnych od nieistotnych
ma znaczenie o tyle, że rzutuje na ocenę wykonania lub niewykonania zobowiązania. Za wadę istotną uznaje się jedynie wadę skutkującą brakiem możliwości korzystania z przedmiotu robót budowlanych zgodnie z jego przeznaczeniem, brakiem właściwych mu cech lub cech wyraźnie zastrzeżonych w umowie, istotnie zmniejszając ich wartość (tak SA w Warszawie w wyroku
z 27.6.2018 r., V ACa 1302/17), a nawet taką wadę, w związku z wystąpieniem której obiekt nie nadaje się do użytkowania (wyrok SA w Warszawie z 3.08.2017 r., I ACa 689/16). Wskazuje się również, że zamawiający może odmówić odbioru, gdy w wykonanych robotach występują tego rodzaju wady, że należy je oceniać jako niewykonanie umowy przez wykonawcę, co oznacza także, że wykonawcy nie przysługuje zapłata wynagrodzenia (wyrok SA w Lublinie z 3.11.2017 r., I ACa 292/16).
20. W tym miejscu Odwołujący kwestionuje również postanowienie § 12 ust. 4 pkt 11 Umowy, w zakresie w jakim Zamawiający określił karę umowną „za zwłokę w usunięciu wad stwierdzonych przy odbiorze częściowym robót budowlanych ujętych w Harmonogramie realizacji Przedmiotu umowy, lub przy odbiorze końcowym". Kara ta została określona
„w wysokości 0,01% całkowitego wynagrodzenia brutto, o którym mowa w § 3 ust. 1 Umowy, odpowiednio za każdy rozpoczęty dzień kalendarzowy zwłoki w usunięciu wad lub usterek". Po pierwsze, określenie tej kary stanowi konsekwencję przyjęcia nieprawidłowych zasad odbioru robót i zobowiązania wykonawcy do usunięcia wszelkich wad lub usterek w terminie wyznaczonym, a po drugie – stanowi zdublowanie kary określonej w § 12 ust. 4 pkt 2 Umowy, tj. kary za zwłokę w wykonaniu przedmiotu umowy dla każdego Zadania osobno. Określanie w ten sposób kar umownych nie ma nic wspólnego z zabezpieczeniem uzasadnionego interesu Zamawiającego, a także z kompensacyjną czy motywacyjną funkcją kar umownych, a stanowi jedynie wyraz nadmiernego obciążania wykonawcy i braku zapewnienia równowagi interesów stron Umowy.
21. Reasumując: takie ukształtowanie w Umowie zasad dotyczących rozliczenia wykonanych robót i ich odbioru, okresu biegu rękojmi za wady oraz zwrotu zabezpieczenia należytego wykonania umowy jest nie tylko sprzeczne ze wskazanymi w odwołaniu przepisami prawa,
ale też wewnętrznie niespójne, co uniemożliwia wykonawcom prawidłowe skalkulowanie ceny, utrudnia uczciwą konkurencję, może wpłynąć na niskie zainteresowanie udziałem
w postępowaniu, powodować znaczące różnice w cenach oferty, a także ich zawyżenie, wobec braku możliwości wyliczenia ryzyka związanego z wykonaniem Umowy.
22. Biorąc pod uwagę powyższe, Odwołujący wnosi o nakazanie Zamawiającemu dokonania:

a. zmiany § 2 ust. 8 zd. 1 Umowy i nadanie mu następującego brzmienia:
   Za datę zakończenia realizacji Przedmiotu Umowy przyjmuje się datę podpisania przez Strony protokołu odbioru końcowego robót budowlanych bez wad, na zasadach określonych w § 9 11 Umowy;
b. zmiany § 11 ust. 14 i nadanie mu następującego brzmienia:
   14. W przypadku odmowy przyjęcia robót przez Zamawiającego (w razie stwierdzenia wystąpienia ~~jakichkolwiek~~

~~wad lub wykonania przedmiotu odbioru niezgodnie ze sztuką budowlaną, przepisami, normami lub wymaganiami Umowy), zostanie~~ okoliczności określonych w ust. 13) zostanie określony w protokole odbioru końcowego powód nieodebrania robót i termin ponownego przystąpienia przez Zamawiającego do odbioru;

c. usunięcia § 11 ust. 15 i 16 (przewidujących instytucję uznaniowego warunkowego przyjęcia robót i jej skutków);

d. zmiany § 11 ust. 17 Umowy i nadanie mu następującego brzmienia:

17. Jeżeli w toku czynności odbioru zostaną stwierdzone wady:

1) nadające się do usunięcia, to Zamawiający może zażądać usunięcia wad wyznaczając odpowiedni termin. Fakt usunięcia wad zostanie stwierdzony protokolarnie. ~~Terminem odbioru w takiej sytuacji będzie termin usunięcia wad określony we właściwym protokole ich usunięcia~~;

e. usunięcia § 11 ust. 22 jako zbędnego - po zmianie 11 ust. 14 Umowy;

f. zmiany § 11 ust. 23 Umowy i nadanie mu następującego brzmienia:

W przypadku stwierdzenia w toku odbioru końcowego usterek lub nieistotnych wad przedmiotu Umowy (m.in. niewpływających na możliwość użytkowania Przedmiotu Umowy, czy umówiony cel), zostanie sporządzony protokół końcowy ~~„z uwagami"~~, który będzie zawierał wynik dokonanego sprawdzenia jakości robót, listę nieistotnych wad/usterek oraz ustalony przez Zamawiającego termin ich usunięcia. ~~Po usunięciu przez Wykonawcę usterek lub nieistotnych wad stwierdzonych w protokole końcowym „z uwagami" sporządzony zostanie protokół odbioru końcowego bez uwag. W takiej sytuacji i wyłącznie pod warunkiem usunięcia wad i usterek w wyznaczonym uprzednio terminie, zakończenie prac komisji odbiorowej potwierdzone spisaniem protokołu odbioru końcowego „bez uwag", jest równoznaczne z potwierdzeniem wykonania Przedmiotu Umowy w pierwotnej dacie zgłoszenia go do odbioru. W przypadku nieusunięcia stwierdzonych w protokole końcowym „z uwagami" wad/usterek w wyznaczonym terminie, za datę dokonania odbioru końcowego uznaje się dzień podpisania protokołu odbioru końcowego bez uwag po usunięciu ww. wad/usterek.~~

g. zmiany § 13 ust. 8 Umowy i nadanie mu następującego brzmienia:

Do uprawnień z tytułu rękojmi zastosowanie znajdą właściwe przepisy Kodeksu Cywilnego. Okres rękojmi na wykonanie roboty, zastosowane materiały i urządzenia wynosi 36 miesięcy licząc od dnia podpisania przez obie Strony protokołu odbioru końcowego robót budowlanych ~~bez wad~~;

h. zmiany § 14 ust. 6 pkt 1 Umowy i nadanie mu następującego brzmienia

6. Zwrot Zabezpieczenia nastąpi według poniższych zasad:

1) kwota w wysokości 70% wartości Zabezpieczenia zostanie zwrócona w terminie 30 dni kalendarzowych po upływie terminu wykonania Umowy, o którym mowa w § 2 ust. 1 Umowy, z zastrzeżeniem protokolarnego odbioru końcowego Przedmiotu umowy ~~bez uwag~~;

i. zmiany § 12 ust. 4 pkt 11 Umowy i nadanie mu następującego brzmienia:

11) za zwłokę ~~w usunięciu wad stwierdzonych przy odbiorze częściowym robót budowlanych ujętych w Harmonogramie realizacji Przedmiotu umowy, lub przy odbiorze końcowym Przedmiotu Umowy albo za zwłokę~~ w usunięciu ujawnionych wad lub usterek stwierdzonych w okresie gwarancji lub rękojmi – w wysokości 0,01% całkowitego wynagrodzenia brutto, o którym mowa w § 3 ust. 1 Umowy, odpowiednio za każdy rozpoczęty dzień kalendarzowy zwłoki w usunięciu wad lub usterek.

II. Zarzuty dotyczące kar umownych i wysokości limitu:

23. Zamawiający w § 12 ust. 6 Umowy wskazał, że Limit kar umownych, jakich Zamawiający może żądać od Wykonawcy ze wszystkich tytułów przewidzianych w Umowie wynosi 30% całkowitego wynagrodzenia brutto. Jednocześnie w 12 ust. 7 Umowy zastrzegł,

że „Ograniczenie, o którym mowa w ust. 6 powyżej, nie dotyczy przypadków powstania szkody wyrządzonej na skutek umyślnego działania Wykonawcy lub umyślnego działania podmiotów lub osób, którymi Wykonawca posługuje się przy wykonywaniu Umowy, a w szczególności działań Podwykonawców lub Podwykonawców dalszych".

24. Z powyższych postanowień wynika, że w zasadzie Zamawiający nie określił limitu kar, zastrzegając, iż limit kar na poziomie 30% wynagrodzenia brutto nie dotyczy przypadków określonych w § 12 ust. 7 Umowy.

25. Odwołujący zdaje sobie sprawę z tego, iż przepis art. 436 pkt 3 PZP nie wskazuje na jakim poziomie ma być ustalony limit kar umownych. Nie mniej jednak określenie go na wysokim poziomie 30%, a w zasadzie nieokreślenie tego limitu w sposób ścisły, pozwalający

na oszacowanie ryzyka przez wykonawców i złożenie porównywalnych ofert, pozostaje

w sprzeczności z obowiązkiem wynikającym z art. 436 pkt 3 PZP, narusza zasadę proporcjonalności, wyrażoną w art. 16 pkt 3 PZP, oraz stanowi nadużycie prawa podmiotowego przez Zamawiającego i jako takie nie może korzystać z ochrony.

26. Jak zgodnie przyjmuje się w orzecznictwie i literaturze przedmiotu, kary umowne, jako surogat odszkodowania, a zatem również maksymalna wysokość kar, których mogą dochodzić strony umowy, nie mogą być określane w oderwaniu od zasady proporcjonalności (art. 16
pkt 3 PZP), tj. nieadekwatnie do wielkości zamówienia, stopnia jego skomplikowania czy też potencjalnej szkody, jaką może ponieść zamawiający w wyniku niewykonania
lub nienależytego wykonania zamówienia. Kary umowne, jak i ich maksymalna wysokość
w szczególności nie mogą prowadzić do zarobkowania przez Zamawiającego na karach umownych.
27. Odwołujący zwraca przy tym uwagę, iż Zamawiający zabezpieczył swoje interesy zastrzegając w § 12 ust. 5 zd. 2 Umowy prawo do odszkodowania uzupełniającego przenoszącego wysokość kar umownych do wysokości poniesionej szkody, co uzasadnia zmniejszenie limitu kar umownych do 10% wartości wynagrodzenia brutto (czyli kary umownej zastrzeżonej na wypadek odstąpienia od umowy, jako czynności definitywnie przesądzającej o jej niewykonaniu).
28. Ponadto, Zamawiający w ogóle nie zastrzegł kar umownych, do których zapłaty sam zostałby zobowiązany, co narusza obowiązek wynikający z art. 436 pkt 3 PZP oraz zasadę równowagi stron umowy.
29. Biorąc pod uwagę powyższe, Odwołujący wnosi o nakazanie Zamawiającemu dokonania:

a. zmiany § 12 ust. 6 Umowy i nadanie mu następującego brzmienia:
Limit kar umownych, jakich mogą dochodzić strony Umowy ~~Zamawiający może żądać od Wykonawcy ze wszystkich tytułów przewidzianych w Umowie~~ wynosi ~~30~~ 10% (słownie: ~~trzydzieści~~ dziesięć procent) całkowitego wynagrodzenia brutto, o którym mowa w § 3 ust. 1 Umowy.
b. zmiany § 12 ust. 7 Umowy i nadanie mu następującego brzmienia:
Zamawiający zobowiązuje się zapłacić Wykonawcy karę umowną na wypadek odstąpienia od Umowy w całości lub w części przez którąkolwiek ze Stron z przyczyn leżących po stronie Zamawiającego w wysokości 10% całkowitego wynagrodzenia brutto, o którym mowa w § 3 ust. 1 Umowy.

III. Zarzut dotyczący waloryzacji wynagrodzenia w zw. ze zmianą obciążeń publicznoprawnych:
30. Zgodnie z art. 436 pkt 4 lit. b PZP zamawiający ma obowiązek określenia w umowie
w sprawie zamówienia publicznego zasad wprowadzania zmian wysokości wynagrodzenia
w przypadku zmiany:
a. stawki podatku od towarów i usług oraz podatku akcyzowego,
b. wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę albo wysokości minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie ustawy z dnia 10 października 2002 r.
o minimalnym wynagrodzeniu za pracę,
c. zasad podlegania ubezpieczeniom społecznym lub ubezpieczeniu zdrowotnemu
lub wysokości stawki składki na ubezpieczenia społeczne lub ubezpieczenie zdrowotne,
d. zasad gromadzenia i wysokości wpłat do pracowniczych planów kapitałowych, o których mowa w ustawie z dnia 4 października 2018 r. o pracowniczych planach kapitałowych (Dz.U. z 2020 r. poz. 1342 oraz z 2022 r. poz. 1079)

- jeżeli zmiany te będą miały wpływ na koszty wykonania zamówienia przez wykonawcę.

31. Wbrew temu przepisowi, mającemu charakter bezwzględnie obowiązujący, Zamawiający w § 20 ust. 3 Umowy nie dopuścił możliwości zmiany wysokości wynagrodzenia w przypadku zmiany stawki podatku od towarów i usług oraz podatku akcyzowego.
32. Wobec powyższego Odwołujący wnosi o dodanie do § 20 ust. 3 Umowy, również
w przypadku zmiany stawki podatku od towarów i usług oraz podatku akcyzowego.
IV. Pozostałe zarzuty dotyczące postanowień Umowy:
33. Zamawiający wymaga od Wykonawcy odbycia wizji lokalnej oraz złożenia w Umowie oświadczenia (s. 3 Umowy, pkt 14 Oświadczeń Wykonawcy), iż „Wszelkie zastrzeżenia Wykonawcy dotyczące terenu budowy zgłoszone po terminie zawarcia Umowy nie mogą być podstawą do dochodzenia jakichkolwiek roszczeń od Zamawiającego, w szczególności zwiększenia wynagrodzenia za wykonanie Umowy oraz do żądania przez Wykonawcę przesunięcia terminu zakończenia robót ani zmiany ich zakresu.”. Tym samym Zamawiający zastępuje swój obowiązek dokonania opisu przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny
i precyzyjny, z uwzględnieniem wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ
na sporządzenie oferty, wymogiem odbycia wizji lokalnej i zrzeczenia się wszelkich roszczeń dotyczących terenu budowy zgłoszonych po terminie zawarcia Umowy.
34. Oczywiste jest to, że podczas wizji lokalnej nie jest możliwe zapoznanie się z całą nieruchomością i „terenem realizacji, infrastrukturą terenu budowy, jej specyfiką
oraz lokalizacją”. Obszar objęty zamówieniem obejmuje teren ponad 7,5 ha, ponad 5500 m układu torowego. Jeśli wszelkie dane, niezbędne do wykonania przedmiotu Umowy nie zostały ujęte w dokumentacji projektowej, to Zamawiający nie może wymagać od Wykonawcy,

aby zweryfikował tak ogromny teren podczas wizji lokalnej i tym bardziej wymagać złożenia oświadczenia, że nie zgłasza żadnych zastrzeżeń, pod rygorem braku możliwości do ich zgłaszania po zawarciu Umowy.

35. Powyższy wymóg Zamawiającego stoi również w rażącej sprzeczności z art. 651 KC (stosowanym na zasadzie art. 8 PZP), który przewiduje obowiązek zgłaszania przez Wykonawcę Zamawiającemu przeszkód w prawidłowym wykonaniu robót dotyczących również terenu budowy lub innych okoliczności, które mogą przeszkodzić prawidłowemu wykonaniu robót.

36. Biorąc pod uwagę powyższe Odwołujący wnosi o zmianę oświadczenia Wykonawcy (s. 3 Umowy, pkt 15) i nadanie mu następującego brzmienia:

14. Przed podpisaniem Umowy przeprowadził wizję lokalną całej nieruchomości i zapoznał się z terenem realizacji robót, infrastrukturą terenu budowy i jej specyfikacją oraz lokalizacją ~~i nie zgłasza co do tego zastrzeżeń~~. Wykonawca zapoznał się ponadto z miejscowymi warunkami dostaw materiałów budowlanych na teren robót oraz odbiorem materiałów pochodzących z rozbiórek ~~i nie zgłasza co do tego zastrzeżeń. Wszelkie zastrzeżenia Wykonawcy dotyczące terenu budowy zgłoszone po terminie zawarcia Umowy nie mogą być podstawą do dochodzenia jakichkolwiek roszczeń od Zamawiającego,~~

~~w szczególności zwiększenia wynagrodzenia za wykonanie Umowy oraz do żądania przez Wykonawcę przesunięcia terminu zakończenia robót ani zmiany ich zakresu.~~

37. Zamawiający w § 3 ust. 5 Umowy wymaga, aby Wykonawca w wynagrodzeniu uwzględnił „wszelkie kosztów realizacji Umowy, w tym robocizny, urządzeń i materiałów, niezbędne
do prawidłowego wykonania Przedmiotu Umowy nawet, jeśli nie zostało to wyraźnie opisane, należności za wykonanie wszystkich czynności niezbędnych do kompleksowej realizacji Przedmiotu Umowy, a w tym m.in. odbiory, atesty, próby (…).".

38. Odwołujący wskazuje, że wymóg ten narusza, wyrażony w art. 99 ust. 1 PZP, obowiązek jednoznacznego i wyczerpującego opisania przez Zamawiającego przedmiotu zamówienia
z uwzględnieniem wymagań i okoliczności mających wpływ na sporządzenie oferty.

39. Wobec powyższego Odwołujący wnosi o nakazanie Zamawiającemu usunięcia z treści
§ 3 ust. 5 Umowy słów: „nawet, jeśli nie zostało to wyraźnie opisane".

40. W § 4 ust. 23 Umowy Zamawiający obarcza Wykonawcę odpowiedzialnością za *ochronę instalacji i urządzeń nad, na i podziemnych zlokalizowanych w obszarze robót (wraz z transportem i składowaniem). Wszelkie uszkodzenia Wykonawca usunie niezwłocznie i na własny koszt.* Odwołujący zwraca uwagę, że o ile może ponosić odpowiedzialność
za ochronę instalacji i urządzeń nad i naziemnych (albowiem są one widoczne), o tyle nie może ponosić odpowiedzialności za instalację i urządzenia podziemne, jeśli nie zostały one uwidocznione na mapach lub w dokumentacji przekazanej Wykonawcy.

41. W związku z powyższym Odwołujący wnosi o zmianę § 4 ust. 23 Umowy i nadanie mu następującego brzmienia:
Wykonawca odpowiada za ochronę instalacji i urządzeń nad, na i podziemnych zlokalizowanych w obszarze robót (wraz z transportem i składowaniem), chyba że nie zostały uwidocznione na mapach lub w dokumentacji przekazanej Wykonawcy. Wszelkie uszkodzenia Wykonawca usunie niezwłocznie i na własny koszt.

42. W § 4 ust. 26 Umowy Zamawiający określił, że *Polecenia inspektorów nadzoru dotyczące realizacji robót będą wykonywane przez Wykonawcę nie później niż w czasie przez niego wyznaczonym, pod groźbą wstrzymania robót. Skutki finansowe z tytułu wstrzymania robót
w takiej sytuacji ponosi Wykonawca.*

43. Zgodnie z art. 26 pkt 1 Prawa budowlanego „Inspektor nadzoru ma prawo wydawać kierownikowi budowy lub kierownikowi robót polecenia, potwierdzone wpisem do dziennika budowy, dotyczące: usunięcia nieprawidłowości lub zagrożeń, wykonania prób lub badań, także wymagających odkrycia robót lub elementów zakrytych, przedstawienia ekspertyz dotyczących prowadzonych robót budowlanych oraz informacji i dokumentów potwierdzających zastosowanie przy wykonywaniu robót budowlanych wyrobów, zgodnie
z art. 10, a także informacji i dokumentów potwierdzających dopuszczenie do stosowania urządzeń technicznych". Zatem prawo do wydawania przez IN wiążących Wykonawcę poleceń nie ma charakteru absolutnego; ograniczone jest do przypadków określonych w art. 26 pkt 1 Prawa budowlanego.

44. W związku z powyższym Odwołujący wnosi o zmianę § 4 ust. 26 Umowy i nadanie mu następującego brzmienia:
Polecenia inspektorów nadzoru dotyczące realizacji robót, w zakresie określonym w art. 26 Prawa budowlanego, będą wykonywane przez Wykonawcę nie później niż w czasie przez niego wyznaczonym, pod groźbą wstrzymania robót. Skutki finansowe z tytułu wstrzymania robót w takiej sytuacji ponosi Wykonawca.

45. W § 10 ust. 5 Umowy Zamawiający zobowiązał Wykonawcę do zrzeczenia się wszelkich roszczeń wobec Zamawiającego z tytułu wykonania prac dodatkowych, wykonanych przed zawarciem aneksu do Umowy.

46. Postanowienie to stanowi wyraz nadużycia pozycji Zamawiającego i bezpodstawną próbę uniknięcia dochodzenia przez Wykonawcę roszczeń z tytułu bezpodstawnego wzbogacenia, tj. z tytułu bezumownego wykonania przez Wykonawcę robót dodatkowych, które
są niezbędne do wykonania zamówienia podstawowego, w przypadkach w których konieczność wykonania tych robót będzie sporna. Wykonawca nie może ponosić finansowej odpowiedzialności za błędną kwalifikację robót jako robót dodatkowych, dokonaną przez Zamawiającego lub za zwłokę w jej dokonaniu w przypadku, gdy roboty dodatkowe
są niezbędne do dalszego wykonania robót podstawowych, co nie jest przecież rzadkim przypadkiem w kontraktach budowlanych. Powinien mieć prawo do poddania rozstrzygnięcia sporu w tym zakresie w postępowaniu sądowym.
47. W związku z powyższym Odwołujący wnosi o usunięcie 10 ust. 5 Umowy.
V. Zarzuty dotyczące treści ogłoszenia o zamówieniu oraz treści SWZ:
48. Zamawiający w Rozdz. XV ustanowił dwa kryteria oceny oferty – cena o wadze 80 pkt
oraz termin realizacji zamówienia w zakresie myjni całorocznej o wadze 20 pkt. W Rozdz. XV ust. 3 wskazał:
W kryterium termin realizacji, zaoferowany termin w zakresie myjni nie może być dłuższy niż 64 tygodnie.
Oferta z najkrótszym terminem otrzyma 20,00 punktów a pozostałym ofertom zostaną przyznane punkty (z dokładnością do dwóch miejsc po przecinku) zgodnie ze wzorem:
T N
K2 = ---------- x 20 pkt
T B
gdzie:
K2 – to punkty w kryterium termin realizacji
T N – najkrótszy oferowany termin
T B – termin w badanej ofercie
20 pkt – to waga kryterium
Uwaga: w przypadku, gdy Wykonawca zaproponuje w Formularzu ofertowym termin realizacji powyżej 64 tygodni - oferta zostanie odrzucona.
49. Zamawiający nie określił natomiast minimalnego terminu wykonania zamówienia
w zakresie myjni całorocznej, pomimo posiadania wiedzy co do przedmiotu Umowy,
w tym wymogów Umowy o dofinansowanie tej części zamówienia. Brak określenia maksymalnego poziomu możliwego skrócenia terminu wykonania Umowy w tym zakresie może prowadzić do nieuczciwych praktyk i zaoferowania nierealnie krótkich terminów,
przy czym już maksymalny termin wykonania (64 tygodni) jest i tak terminem krótkim
w stosunku do zakresu prac.
50. Ponadto z udostępnionej przez Zamawiającego dokumentacji projektowej (np. rys. Projektu Architektonicznego "4789-PAB_11.3_A-01 Hala - Rzut parteru") wynika, że myjnia stanowi część budynku HALA PRZEGLĄDOWO NAPRAWCZ (W TYM MYJNIA) WRAZ
Z ZAPLECZEM WARSZTATOWO-SOCJALNO-BIUROWYM; „zaplecze techniczne składać się będzie między innym hali przeglądowo-naprawczej (w tym myjni) z zapleczem socjalno-technicznym i magazynowym, w tym dostosowanie układu torowego i sieci trakcyjnej, terenu obejmującego tory 207, 208, 209 do wykonywania przeglądów P1, P2 (z możliwością P3)
oraz niezbędnej infrastruktury wewnętrznej i zewnętrznej rozumianej jako między innymi:
- wyposażenie technologiczne stanowisk i zapleczy,
- wyposażenie magazynowe na potrzeby technologiczne i socjalne,
- sprężarkownia,
- instalacje technologiczne,
- instalacje kanalizacyjne,
- instalacje wodne,
- instalacje sprężonego powietrza,
- instalacje ogrzewania i wentylacji,
- instalacje elektryczne i teletechniczne (w tym między innymi oświetleniowe, monitoringu, dostępu, itp.)”.
Długość hali będzie wynosić 240 m w osiach 1-41, a szerokość 23 m w osiach E-H, część zaplecza socjalno-technicznego długości 102,55 m i szerokości 12,75 m hali”.
51. W dokumentacji nie wyodrębniono jednoznacznie prac obejmujących wykonanie „zakresu myjni”. Biorąc po uwagę poziom skomplikowania prac dotyczących hali przeglądowo naprawczej, nie wiadomo czy w przedmiotowym kryterium objęte są prace do wykonania
w osiach G-H i 1-41 oraz tor 7 również w zakresie przytoczonych osi – pomieszczenie 0.02 hala myjni czy być może

szerszej należy interpretować punktację którą określono „zakresem myjni" obejmującym być może również zakresy większych odcinków układów torowych poza halą, sieciami zewnętrznymi itp., które nie zostały jednoznacznie określone.
52. Jednocześnie podkreślenia wymaga, że myjnia powstaje w ramach wykonania Zadania 1, po którego wykonaniu nie jest wymagane uzyskanie pozwolenia na użytkowanie, z tego względu myjnia nie zostanie oddana do użytku wcześniej niż cały budynek hali. Natomiast minimalny termin budowy całej hali wraz z myjnią to ok. 104 tygodnie, a nie jak wymaga zamawiający w kryterium maksymalnie 64 tygodnie.
53. Biorąc pod uwagę powyższe, przyjęcie przez Zamawiającego kryterium w postaci terminu wykonania myjni jest całkowicie nieuzasadnione przedmiotem zamówienia, a przy tym sformułowane nieprecyzyjnie, uniemożliwiając ustalenie zakresu robót, który ma być wykonany w terminie deklarowanym przez Wykonawcę i punktowanym w przedmiotowym kryterium, co narusza również zasadę przejrzystości udzielanych zamówień, określoną
w art. 16 pkt 3 PZP.
54. Z uwagi na brak objęcia wykonania robót w zakresie myjni pozwoleniem na użytkowanie, wcześniejsze ukończenie robót pozostaje bez jakiegokolwiek praktycznego znaczenia
dla Zamawiającego. Dodatkowo zgodnie z pkt 2 preambuły załącznika nr 2 do SWZ Projektowane postanowienia umowy: „Zamawiający uzyskał dofinansowanie na realizację części prac objętych przedmiotem niniejszej Umowy (tj. zakres dotyczący budowy myjni całorocznej - roboty budowlano-montażowe/instalacyjne), w ramach Programu Operacyjnego Infrastruktura i Środowisko 2014-2020". Jeśli zatem konieczność wcześniejszego ukończenia prac dotyczących myjni wynika z umowy o dofinansowanie, wystarczające jest wskazanie maksymalnego terminu na ukończenie prac, aby Zamawiającemu została wypłacona kwota dofinansowania. Ustanawianie kryterium w tym zakresie i punktowanie najkrótszego terminu zakończenia wykonania myjni nie znajduje racjonalnego uzasadnienia.
55. W kontekście powyższego Odwołujący uważał również, że przyjęcie w przedmiotowym Postępowaniu tego kryterium nie tyle jest związane z przedmiotem zamówienia (nie wiąże się z zapewnieniem dodatkowej jakości lub nie niesie Zamawiającemu dodatkowej wartości),
lecz z podmiotowymi właściwościami wykonawcy, wyrażającymi się w możliwości zrealizowania przedmiotu zamówienia w krótkim terminie. Takie kryterium oceny ofert jest niedopuszczalne w świetle art. 241 ust. 1 PZP. W tych okolicznościach przyjęcie takiego kryterium oceny ofert może również doprowadzić do zdobycia zamówienia przez Wykonawcę, który zaoferuje znacznie wyższą cenę, przy znacznym skróceniu oferowanego terminu realizacji.
56. Biorąc pod uwagę powyższe Odwołujący wniósł o zrezygnowanie zarówno w treści ogłoszenia o zamówieniu, jak i w SWZ ze stosowania do oceny ofert kryterium: Termin realizacji zamówienia - w zakresie budowy myjni całorocznej – waga 20 punktów
lub zastąpienie go innym kryterium, które może spełnić funkcje przypisane kryteriom oceny ofert.

Zamawiający w dniu 27.06.2023 r. (przesłane wykonawcom za pośrednictwem elektronicznej platformy zakupowej) wezwał wraz kopią odwołania, uczestników postępowania do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym na podstawie art. 524 ustawy Pzp.

W dniu 28.06.2023 r. (wpływ do Prezesa KIO w wersji elektronicznej podpisane podpisem cyfrowym za pośrednictwem elektronicznej skrzynki podawczej - ePUAP) wykonawca: Torpol S.A., ul. Św. Michała 43, 61-119 Poznań, zwany dalej również „Przystępującym 1", zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego.
Izba uznała skuteczność przystąpienia do postępowania odwoławczego
po stronie Odwołującego: wykonawcy Torpol S.A. z siedzibą w Poznaniu.
W zgłoszeniu do przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego wskazano: Przystępujący 1 poparł zarzuty i wnioski Odwołującego. W tym stanie prawnym twierdzenia artykułowane odwołaniem mają poparcie w przepisach ustawy Pzp i kodeksu cywilnego. Wskazał, że zarzuty z punktu I odwołania wpisują się w ugruntowaną linię orzeczniczą, zgodnie z którą inwestor może odmówić odbioru robót jedynie w przypadku wystąpienia wad istotnych np. odmowa odbioru będzie uzasadniona jedynie w przypadku, gdy przedmiot zamówienia będzie mógł być kwalifikowany jako wykonany niezgodnie z projektem i zasadami wiedzy technicznej lub wady będą na tyle istotne, że obiekt nie będzie się nadawał
do użytkowania (Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 7 marca 2013 r., sygn. akt II CSK 476/12). Przystępujący 1 poparł również pozostałe zarzuty odwołania. Szczególnie zwrócił uwagę
na zarzuty IV a-e które obrazują nieuprawnione (sprzeczne z art. 99, 433 ustawy Pzp i 353^1 k.c.) przerzucenie ryzyk braku dokładnego określenia przedmiotu zamówienia (dotyczącego terenu budowy, instalacji, urządzeń) na wykonawców, podczas gdy obowiązki te obciążają Zamawiającego. Zatem w przypadku w którym zastany stan będzie odmienny, Zamawiający nie może odmówić wykonawcy prawa do roszczeń lub zmiany umowy w zakresie ceny
lub terminu. Szczególnie nieuzasadnione przepisami prawa (a sprzeczny z art. 5 i 353^1 k.c.) jest zobowiązanie Wykonawcy w § 10 ust. 5 Umowy do zrzeczenia się wszelkich roszczeń wobec Zamawiającego z tytułu wykonania prac

dodatkowych, wykonanych przed zawarciem aneksu do Umowy. Należy wskazać, że wykonawca pod groźbą kar umownych działa
w ustalonych umową terminach, zatem w przypadku wyjścia na jaw kolizji lub robót dodatkowych, aby sprostać temu zapisowi, musiałby wykonać prace na własny koszt
lub wstrzymać prace i czekać na aneks narażając się na kary umowne. Zwracam uwagę,
że wypracowanie „podpisanego" aneksu wymaga szeregu uzgodnień projektowych (często
z udziałem podmiotu trzeciego działającego na zlecenie Zamawiającego tj. projektanta
lub nadzór autorski), uzgodnień między działowych, a finalnie uzyskania zgód korporacyjnych. Ten długi czas uzgodnień wpływa bezpośrednio na: termin realizacji robót podstawowych (poprzez brak możliwości ich wykonania i jego wydłużenie o czas do podpisania aneksu
na roboty dodatkowe), niekorzystnie wpływa na ceny robót dodatkowych (poprzez utratę ich wartości w czasie lub rezygnację podwykonawców z wykonania tych robót z uwagi na krótkie terminy związania ofertą), a finalnie uniemożliwia kontraktowanie podwykonawców (poprzez brak możliwości zgłoszenia umowy podwykonawczej na zakres jeszcze nieobjęty umową główną). Tym samym uznał, że zarzut jest w pełni zasadny. Przystępujący 1 wniósł
o uwzględnienie odwołania w całości.

W dniu 28.06.2023 r. (wpływ do Prezesa KIO w wersji elektronicznej podpisane podpisem cyfrowym za pośrednictwem elektronicznej skrzynki podawczej - ePUAP) wykonawca: Ground Transportation Systems Polska Sp. z o.o., ul. Gen. Józefa Zajączka 9, 01-518 Warszawa, zwany dalej również „Przystępującym 2", zgłosił przystąpienie
do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego. Izba uznała skuteczność przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego: wykonawcy Ground Transportation Systems Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie.

W dniu 30.06.2023 r. (wpływ do Prezesa KIO w wersji elektronicznej podpisane podpisem cyfrowym za pośrednictwem elektronicznej skrzynki podawczej - ePUAP) wykonawca: Budimex S.A., ul. Siedmiogrodzka 9, 01-204 Warszawa, zwany dalej również „Przystępującym 3", zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego. Izba uznała skuteczność przystąpienia do postępowania odwoławczego
po stronie Odwołującego: wykonawcy Budimex S.A. z siedzibą w Warszawie.
W zgłoszeniu do przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego wskazano: uwzględnienie odwołania jest zasadne, gdyż postanowienia Specyfikacji Warunków Zamówienia w obecnym kształcie naruszają bezwzględnie obowiązujące przepisy prawa. Przystępujący 3 popiera zarzuty podniesione przez Odwołującego i przedstawioną
w ramach uzasadnienia odwołania argumentację w tym zakresie i wnosi o uwzględnienie wniesionego odwołania.

W dniu 06.07.2023 r. (wpływ do Prezesa KIO w wersji elektronicznej podpisane podpisem cyfrowym za pośrednictwem elektronicznej skrzynki podawczej - ePUAP) Przystępujący 2 złożył pismo procesowe, w którym podtrzymał dotychczasowe stanowisko
w sprawie, tj. wniósł o uwzględnienie odwołania wniesionego przez Odwołującego – Dekpol Budownictwo Sp. z o.o. z uwagi na zasadność podniesionych w nim zarzutów. Na poparcie zarzutu Odwołującego sformułowanego w pkt II lit. b) petitum odwołania, tj. naruszenia art. 436 pkt 3 ustawy Pzp poprzez określenie w § 12 ust. 7 Umowy, że limit kar umownych na poziomie 30% nie dotyczy przypadków powstania szkody wyrządzonej na skutek umyślnego działania Wykonawcy lub umyślnego działania podmiotów lub osób, którymi Wykonawca posługuje się przy wykonywaniu Umowy, a w szczególności działań Podwykonawców lub Podwykonawców dalszych, co nie stanowi realizacji obowiązku określonego w art. 436 pkt 3 ustawy Pzp
do określenia łącznej maksymalnej wysokości kar umownych, których mogą dochodzić strony, Przystępujący 2 wskazał, co następuje. Zarzut sformułowany w pkt II lit. b) petitum Odwołania należy uznać za zasadny. Z przywołanych powyżej postanowień Umowy wynika, że jeżeli Wykonawca (tudzież jego podwykonawca lub dalszy podwykonawca) w sposób umyślny wyrządzi szkodę Zamawiającemu, wówczas Zamawiający jest uprawniony do obciążenia
go karami umownymi właściwie bez żadnych ograniczeń kwotowych. Takie postanowienie umowne pozostaje w oczywistej sprzeczności z art. 436 pkt 3 ustawy Pzp, wobec czego
– na mocy art. 58 § 1 Kodeksu cywilnego – należy je uznać za bezwzględnie nieważne.
Jak słusznie wskazuje się w doktrynie: Obowiązek określenia limitu kar umownych zapobiegać ma patologicznym przypadkom naliczania kar umownych w rażąco wygórowanej wysokości, potrącania ich z wynagrodzenia wykonawcy lub zabezpieczenia należytego wykonania umowy i w konsekwencji pozostawiania jedynie sądowej drogi do ich miarkowania, a także: Przepis art. 436 pkt 1-3 wskazuje zatem, że kwestie dotyczące warunków zapłaty wynagrodzenia, a także te dotyczące kar umownych, których mogą dochodzić strony powinny być zawarte
w każdej umowie bez wyjątku. Dzięki temu ostatniemu elementowi daje się każdemu wykonawcy pewność co do tego, ile

maksymalnie mogą wynieść go kary umowne, co pozwala oszacować przez niego odpowiednio ryzyko i wpisać je w cenę oferty. Ponadto chroni go przed nakładaniem na niego kar umownych przez zamawiającego bez żadnego limitu. Na temat skutków braku określenia limitu kar umownych Krajowa Izba Odwoławcza wypowiedziała się chociażby w wyroku z dnia 30 marca 2022 r. (sygn akt: KIO 636/22) jasno wskazując, że: Brak w projekcie umowy wskazania łącznej maksymalnej wysokości kar umownych oraz wartości wynikających z art. 439 ust. 2 p.z.p. jest wadą postępowania, w tym znaczeniu,
że projektowane postanowienia umowy zawierają braki w stosunku do wymagań wynikających z przepisów prawa. Przystępujący 2 zauważył, że uprzednio obowiązująca ustawa - Prawo zamówień publicznych nie przewidywała tego rodzaju regulacji, zaś jej wprowadzenie miało przede wszystkim na celu zapobieżenie praktyce zastrzegania w umowach o zamówienie publiczne kar umownych, które przewyższałyby nie tylko wartość samego zamówienia,
ale również wartość rzeczywiście poniesionej przez Zamawiającego szkody. Ustawodawca dostrzegł, że tego rodzaju działania prowadzą do istotnego zaburzenia równowagi stron umowy w sprawie zamówienia publicznego, która i tak doznaje znacznego ograniczenia chociażby z uwagi na adhezyjny charakter tej umowy. Co więcej, wskazać należy, że na pewnym etapie prac nad rządowym projektem nowej ustawy Pzp, ustawodawca proponował nawet wprowadzenie ustawowego określenia łącznej maksymalnej wartości kar umownych
do wysokości 20% wynagrodzenia netto należnego wykonawcy. W konsekwencji brak określenia maksymalnej łącznej wartości kar umownych należy traktować jako nadużycie pozycji Zamawiającego, a tym samym naruszenie zasady proporcjonalności wyrażonej
w art. 16 pkt 3 ustawy Pzp oraz w art. 112 ust. 1 ustawy Pzp, zgodnie z którym Zamawiający określa warunki udziału w postępowaniu w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia
oraz umożliwiający ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia.
Nie może równie uciec uwadze Izby, że zastrzeżenie zawarte w § 12 ust. 7 Umowy odnosi się do wszystkich kar umownych przewidzianych w Umowie, w tym m.in. za zwłokę w wykonaniu przedmiotu Umowy (§ 12 ust. 4 pkt 2), zwłokę w przekazaniu do uzgodnienia z Zamawiającym projektów wykonawczych (§ 12 ust. 4 pkt 3), zwłokę w usunięciu wad ujawnionych
w dokumentacji projektowej (§ 12 ust. 4 pkt 4) czy też za zwłokę w usunięciu wad stwierdzonych przy odbiorze częściowym robót (§ 12 ust. 4 pkt 11). Powyższe stoi w oczywistej sprzeczności z treścią art. 483 § 1 Kodeksu cywilnego, zgodnie z którym możliwym jest zastrzeżenie w umowie, że naprawienie szkody wynikłej z niewykonania lub nienależytego wykonania umowy nastąpi przez zapłatę określonej sumy (kara umowna). Brak określenia limitu kar umownych w przypadku naruszeń o charakterze umyślnym, tj. w przypadku umyślnego zwlekania przez Wykonawcę z realizacją jego kontraktowych obowiązków, skutkuje tym, że nie jest możliwym określenie ostatecznej wysokości sumy, którą będzie zmuszony uiścić Wykonawca, na co uwagę zwrócił chociażby Sąd Najwyższy w postanowieniu z dnia 29 września 2022 r. (sygn. akt: I CSK 798/22): Konieczną treścią ważnej klauzuli zastrzegającej karę umowną jest określenie sumy stanowiącej karę umowną w przypadku niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania niepieniężnego. Przy oznaczaniu kary umownej dopuszcza się posługiwanie obiektywnymi miernikami wysokości, np. ułamkiem wartości rzeczy lub ułamkiem sumy, jeżeli ustalenie tej kwoty jest wyłącznie zabiegiem arytmetycznym. Zastosowanie konstrukcji prawnej zakładającej ustalenie w przyszłości podstawy naliczania kary umownej nie jest zgodne z art. 483 § 1 w zw. z art. 58 § 1 k.c. Istotne jest, aby zarówno strony, jak i sąd rozpoznający sprawę byli w stanie obliczyć wysokość kary umownej, która powinna być możliwa do ustalenia już w momencie zawarcia umowy, a jej wysokość nie wymagała dowodzenia. Wreszcie wskazać należy, że kara umowna jako surogat odszkodowania nie może prowadzić do bezpodstawnego wzbogacenia po stronie Zamawiającego. Zamawiający w § 12 ust. 6 Umowy wyraźnie zastrzegł, że w przypadku, gdy szkoda powstała na skutek nienależytego wykonania lub niewykonania umowy przewyższa wysokość naliczonej kary umownej, to Zamawiający będzie uprawniony do żądania odszkodowania na zasadach ogólnych. Oznacza to, że w przypadku, w którym Wykonawca dopuściłby się umyślnego wyrządzenia szkody Zamawiającemu poprzez nienależyte wykonywanie czy niewykonania Umowy, Zamawiający wedle własnego wyboru mógłby dochodzić od Wykonawcy odszkodowania umownego bądź w sposób nieograniczony obciążać go karami umownymi, doprowadzając do sytuacji, w której rzeczywista wartość kar umownych przekroczyłaby wartość faktycznie poniesionej przez niego szkody. Takie działania należy uznać za niedopuszczalne. Podsumowując wskazać należy, że postanowienie § 12 ust. 7 Umowy jako pozostające w oczywistej sprzeczności z art. 436 pkt 3 ustawy Pzp, a także przepisami Kodeksu cywilnego jest nie tylko nieważne, ale powoduje wadliwość prowadzonego przez Zamawiającego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Ponadto prowadzi ono do naruszenia zasady proporcjonalności oraz stanowi rażące nadużycie ze strony Zamawiającego w kontekście adhezyjnego charakteru umowy. Z tych względów za zasadne należy uznać żądanie jego wykreślenia z treści Umowy.

W dniu 06.07.2023 r. (wpływ na adres skrzynki poczty elektronicznej UZP)Zamawiający złożył odpowiedź na

odwołanie. Na podstawie art. 522 ustawy Pzp oświadczył, że uwzględnia zarzuty przedstawione w odwołaniu Odwołującego w części, tj. w zakresie:

I. 1. zarzutów dotyczących zasad odbioru dokumentacji projektowej:

a) art. 643 w zw. z art. 642 § 1 oraz w zw. z art. 353^1 i art. 5 KC stosowanymi na zasadzie art. 8 ust. 1 PZP w zw. z art. 16 pkt 2 i art. 431 PZP poprzez:

i. określenie prawa Zamawiającego do odmowy dokonania odbioru dokumentacji projektowej w przypadku, gdy obarczona jest ona wadą (nawet nieistotną), lub wymaga wprowadzenia wskazanych przez Zamawiającego zmian (bez ich sprecyzowania lub określenia charakteru) oraz zobowiązanie Wykonawcy do usunięcia „wad/braków" dokumentacji i przedstawienia jej ponownie do odbioru „w razie zgłoszenia jakichkolwiek zastrzeżeń do dokumentacji lub jej części" przez Zamawiającego, a także

ii. uzależnienie zapłaty wynagrodzenia za wykonanie dokumentacji projektowej od poprawienia/usunięcia tak określonych wad/braków lub dokonania żądanych zmian;

b) art. 16 pkt 3 PZP w zw. z art. 5 KC stosowanym na zasadzie art. 8 ust. 1 PZP poprzez określenie, że okres usuwania przez Wykonawcę tak określonych wad lub wprowadzania zmian do dokumentacji uznaje się za czas zwłoki, co sankcjonowane jest karą umowną, zastrzeżoną niezależnie od kary umownej za zwłokę w wykonaniu odpowiednio zadania 2b i 2c, co narusza zasadę proporcjonalności oraz stanowi nadużycie prawa podmiotowego przez Zamawiającego.

2. zarzuty dotyczące zasad odbioru robót budowlanych:

a) art. 647 w zw. z art. 353^1 i 5 KC stosowanymi na zasadzie art. 8 ust. 1 PZP poprzez określenie zasad odbioru robót w sposób sprzeczny z istotą (właściwością/naturą) umowy o roboty budowlane i obowiązkami Zamawiającego, co wpływa negatywnie na zasady rozliczenia wynagrodzenia wykonawcy, rozpoczęcie biegu okresu rękojmi za wady, rozpoczęcie biegu terminu 30. dni przewidzianego na zwrot zabezpieczenia należytego wykonania umowy, a także stanowi podstawę do naliczenia kary umownej za zwłokę w usunięciu wad stwierdzonych przy odbiorze częściowym robót budowlanych lub przy odbiorze końcowym i stanowi nadużycie prawa podmiotowego przez Zamawiającego;

b) art. 453 ust. 1 PZP poprzez nieprawidłowe określenie rozpoczęcia biegu terminu 30. dni przewidzianego na zwrot 70% zabezpieczenia należytego wykonania umowy;

c) art. 16 pkt 3 PZP w zw. z art. 5 KC stosowanym na zasadzie art. 8 ust. 1 PZP poprzez określenie kary umownej za zwłokę w usunięciu wad stwierdzonych przy odbiorze częściowym robót budowlanych lub przy odbiorze końcowym, stanowiącej konsekwencję przyjęcia nieprawidłowych zasad odbioru robót i zobowiązania wykonawcy do usunięcia wszelkich wad lub usterek w terminie wyznaczonym, niezależnie od kary umownej za zwłokę w wykonaniu przedmiotu Umowy, dla każdego Zadania osobno, co narusza zasadę proporcjonalności oraz stanowi nadużycie prawa podmiotowego przez Zamawiającego.

3. zarzutu dotyczącego kar umownych i wysokości limitu w zakresie dotyczącym art. 436 pkt 3 PZP poprzez określenie w § 12 ust. 7 Umowy, że limit kar umownych na poziomie 30% nie dotyczy przypadków powstania szkody wyrządzonej na skutek umyślnego działania Wykonawcy lub umyślnego działania podmiotów lub osób, którymi Wykonawca posługuje się przy wykonywaniu Umowy, a w szczególności działań Podwykonawców lub Podwykonawców dalszych, co nie stanowi realizacji obowiązku określonego w art. 436 pkt 3 PZP do określenia łącznej maksymalnej wysokości kar umownych, których mogą dochodzić strony;

4. zarzutu dotyczącego waloryzacji wynagrodzenia w zw. ze zmianą obciążeń publicznoprawnych, tj. art. 436 pkt 4 lit. b PZP poprzez niedopuszczenie do zmiany wysokości wynagrodzenia w przypadku zmiany stawki podatku od towarów i usług oraz podatku akcyzowego, wbrew obowiązkowi wynikającemu z tego przepisu;

5. pozostałych zarzutów dotyczące postanowień Umowy w zakresie art. 353^1 i art. 5 KC w zw. z art. 8 PZP i art. 26 pkt 1 Prawa budowlanego poprzez nieograniczenie w § 4 ust. 26 Umowy prawa do wydawania przez inspektorów nadzoru wiążących poleceń Wykonawcy, dotyczących realizacji robót, pod groźbą wstrzymania robót i określenia, że skutki finansowe z tytułu wstrzymania robót w takiej sytuacji ponosi Wykonawca, do przypadków których mowa w art. 26 pkt 1 Prawa budowlanego, co stanowi naruszenie zasady swobody umów (postanowienie to „sprzeciwia się ustawie") oraz stanowi nadużycie prawa podmiotowego przez Zamawiającego.

Zamawiający wniósł o umorzenie przedmiotowego postępowania odwoławczego w części dotyczącej zarzutów uwzględnionych przez Zamawiającego i o oddalenie wniesionego odwołania w zakresie pozostałych zarzutów, tj. nieuwzględnionych przez Zamawiającego,

a także zasądzenie od Odwołującego na rzecz Zamawiającego zwrotu kosztów postępowania w wysokości określonej

na podstawie rachunku, który zostanie przedstawiony przez Zamawiającego na rozprawie.
W uzasadnieniu odpowiedzi na odwołanie Zamawiający wskazał w szczególności:
1. Częściowe uwzględnienie odwołania wniesionego przez Dekpol Budownictwo Sp. z o.o.:
Zamawiający po zapoznaniu się z treścią wniesionego odwołania częściowo przychylił się
do zarzutów podniesionych przez Odwołującego i w tym zakresie uznał wniesione odwołanie, tj. w odniesieniu do zarzutów wskazanych przez Dekpol Budownictwo Sp. z o.o. w punkcie
I petitum odpowiedzi na odwołanie. Jednocześnie Zamawiający poinformował, że niezwłocznie dokona zmiany treści w/w dokumentów w sposób wnioskowany przez Odwołującego. Mając na uwadze powyższe okoliczności, Zamawiający wniósł o umorzenie postępowania w zakresie dotyczącym uwzględnianych zarzutów.
II. Zarzuty uznane przez Zamawiającego jako bezzasadne:
Odnosząc się natomiast do pozostałych zarzutów podnoszonych we wniesionym odwołaniu
to są one w ocenie Zamawiającego całkowicie bezzasadne, a w konsekwencji odwołanie powinno zostać w tym zakresie oddalone. Odnosząc się natomiast do konkretnych zarzutów zawartych we wniesionym odwołaniu wskazać należy, co niżej następuje.
Ad. II a oraz d, tj. zarzut w przedmiocie kar umownych i wysokości limitu w zakresie art. 436 pkt 3 PZP w zw. z art. 5 KC stosowanym na zasadzie art. 8 ust. 1 PZP oraz art. 16 pkt 3 PZP 5 KC w zw. z art. 8 ust. 1 PZP, dotyczący określenia maksymalnej wysokości kar umownych na poziomie 30% całkowitego wynagrodzenia brutto.
Odwołujący zarzucił, że zastrzeżenie przez Zamawiającego maksymalnej wysokości kar umownych na poziomie 30% całkowitego wynagrodzenia brutto stanowi nadużycie prawa podmiotowego. Zarzut ten jest w całości bezpodstawny. W pierwszej kolejności zaakcentowania bowiem wymaga, iż kara umowna pełni nie tylko funkcję kompensacyjną (naprawienie szkody), ale także funkcję stymulującą oraz represyjną, które mają mobilizować Wykonawcę do prawidłowego wykonania umowy. Jak podkreśliła Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 30 stycznia 2019 r.: "stosując instytucję miarkowania, sąd powinien mieć
na względzie podstawowe funkcje kary umownej, jakimi są funkcja stymulująca wykonanie zobowiązania, funkcja represyjna w postaci sankcji za niewykonanie lub nienależyte wykonanie umowy oraz funkcja kompensacyjna, polegająca na naprawieniu szkody, jeśli wierzyciel ją poniósł, bez konieczności precyzyjnego wyliczania jej wysokości, co znakomicie ułatwia realizację dochodzonego uprawnienia. Dlatego postuluje się ostrożne i powściągliwe stosowanie prawa redukcji, pamiętając, że miarkowanie osłabia skutek stymulacyjno-represyjny oraz kompensacyjny kary umownej, a nadto redukcja stanowi modyfikację treści zobowiązania określonego w umowie" (por. Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia
30 stycznia 2019 r., sygn. akt KIO 10/19, Legalis nr 1885827). Mając na względzie powyższe, Zamawiający określając w umowie wysokość kar umownych miał na względzie, że ich kwota powinna mobilizować Wykonawcę do respektowania nałożonych na niego w umowie obowiązków.
Przy określaniu wysokości zastrzeżonych w projektowanych postanowieniach umownych kar Zamawiający miał na względzie, iż inwestycja będąca przedmiotem niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego ma dla PKP Intercity S.A. kluczowe znaczenie. Zgodnie z zawartą z Ministerstwem Infrastruktury umową ramową planowany jest wzrost wykonywanej pracy eksploatacyjnej - a tym samym liczby połączeń - w skali kraju o ponad 40%. Przemyśl Bakończyce jest jednym z kilku głównych zapleczy PKP Intercity S.A., które stanowi kluczową rolę w obsłudze pociągów kursujących ciągiem Kraków – Rzeszów – Przemyśl. Około 53% pociągów kończących bieg w stacji Przemyśl Gł. w perspektywie kolejnych lat będzie obsługiwane i będzie stacjonować w stacji Przemyśl Bakończyce. Stacja będzie miała charakter tzw. „stacji macierzystej” a co za tym idzie w niej mają także stacjonować wagony rezerwowe. Aktualne możliwości bocznicy Przemyśl Bakończyce nie pozwalają na spełnienie przez PKP Intercity S.A. wyznaczonych Spółce celów, tj. zwiększenia oferty połączeń
na wskazanym ciągu, do wymaganych zgodnie z założeniami Ministerstwa Infrastruktury. Spełnienie tych celów jest w dużej mierze zależne od szybkiej i terminowej przebudowy bocznicy Przemyśl Bakończyce. Zastrzeżone więc w projektowanych postanowieniach umownych kary mają na celu zmobilizowanie Wykonawcy, aby ten zrealizował inwestycję
w zakreślonym terminie.
Co więcej wszelkie opóźnienia w ukończeniu prac budowalnych będą miały bezpośrednie przełożenie na drastyczne zmniejszenie zdolności PKP Intercity S.A. do zapewnienia wystarczającego poziomu utrzymania taboru kolejowego wymaganego do realizacji założeń rozkładu jazdy. Powyższe wpłynie natomiast na możliwość realizacji połączeń a tym samym ograniczenie przyszłych przychodów Spółki z tytułu przewozu pasażerów.
Nie można również pominąć, iż terminowa realizacja inwestycji ma istotne znaczenie także
dla ogółu społeczeństwa. Zwiększenie liczby połączeń wpływa na likwidację zjawiska wykluczenia komunikacyjnego w małych miejscowościach, łącząc je z metropoliami i tym samym przyczyniając się do wyrównania szans między

mieszkańcami różnych regionów. Dodatkowo podróż koleją jest uznawana jako jedna z najbardziej ekologicznych form transportu. W coraz to bardziej restrykcyjnych założeniach polityki klimatycznej Unii Europejskiej konsekwentnie promuje się podróż pociągami zamiast samochodami czy samolotami. Wielu ekspertów podkreśla, że nie będzie możliwe spełnienie wszystkich wymagań stawianych krajom członkowskim chociażby w tzw. „pakiecie Fit for 55" bez dobrze rozwiniętej siatki połączeń kolejowych. Polska zatem stoi przed dużym wyzwaniem związanym z koniecznością dostosowania się do planów UE dążących finalnie do tzw.: „zeroemisyjności". Wszelkie opóźnienia w inwestycjach wpisujących się w w/w cele mają więc przełożenie nie tylko na dany podmiot je realizujący ale na cały kraj. Jak już wspomniano powyżej przebudowa bocznicy Przemyśl Bakończyce ma kluczowe znaczenie praktycznie dla całej Polski południowej. Bez jej ukończenia finalnie nie będzie możliwe zagwarantowanie dla tej części kraju liczby połączeń kolejowych w ilości odpowiedniej dla realizacji celów klimatycznych
i założeń komunikacyjnych.
Mając zatem na względzie kluczowy z punktu widzenia zarówno PKP Intercity S.A., jak również ogółu społeczeństwa, charakter inwestycji w pełni zasadnym było zastrzeżenie maksymalnego limitu kar umownych na poziomie 30% całkowitego wynagrodzenia brutto.
Nie można również pominąć, iż tak znaczące obniżenie limitu wysokości kar umownych
(do 10 % całkowitego wynagrodzenia brutto – jak to wnioskuje Wykonawca) spowoduje,
że – w przypadku nałożenia danej kary umownej na Wykonawcę - nie będzie ona stanowić dla Wykonawcy znaczącego obciążenia finansowego. W konsekwencji, w całości iluzoryczna stanie się funkcja stymulacyjno-represyjna kary. Co więcej, nie może ujść uwadze, że kara umowna ma na celu rekompensatę za wyrządzoną zaniechaniem lub działaniem Wykonawcy szkodę. Dlatego też dokonanie obniżenia zastrzeżonego w umowie maksymalnego limitu kar umownych - zgodnie z wnioskiem Odwołującego - znacząco zwiększy ryzyko doprowadzenia do tego, iż kwota uzyskana z tytułu nałożonych na Wykonawcę kar umownych nie będzie wystarczająca do zaspokojenia ewentualnych roszczeń Zamawiającego. Wobec tego jednoznacznym jest, że nie zostały spełnione przesłanki, które pozwalałyby na uznanie maksymalnej wysokości kar jako zbyt wygórowanych.
Co ważne określenie kar umownych jest swobodnym prawem Zamawiającego, który przy ich zastrzeganiu musi brać pod uwagę wszelkie ryzyka związane z niewykonaniem
lub nienależytym wykonaniem obowiązków umownych przez danego Wykonawcę. Nie można również pominąć, iż Zamawiający działa w szeroko rozumianym interesie publicznym.
Jak podkreśliła Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 10 września 2014 r.: „prawem Zamawiającego jest określenie kar umownych. Izba wskazuje, że w określonych przypadkach (art. 143d ust. 7 ustawy) Zamawiający zobowiązany jest do określenia kar umownych.
Kara umowna ma za zadanie dyscyplinowanie podmiotów w realizacji zamówienia a prawem Zamawiającego jest jej ukształtowanie. (…) Zamawiający jest podmiotem działającym
w interesie publicznym, którego obciąża ryzyko nieosiągnięcia celu danego postępowania
i ryzyko to przewyższa normalne ryzyko związane z prowadzeniem działalności gospodarczej, które występuje, gdy umowę zawierają dwaj przedsiębiorcy. Zamawiający może więc tym dodatkowym ryzykiem za należyte wykonanie zamówienia obciążyć wykonawców, jednak tylko wtedy, gdy nie uchybi zasadzie swobody umów (art. 353^1 k.c.)" (zob. Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 10 września 2014 r., KIO 1753/14, LEX nr 1538355, orzeczenie
to zapadło na gruncie już nieobowiązującej ustawy – Prawo zamówień publicznych z 2004 r., jednakże tezy w nim postawione zachowują swoją aktualność także pod rządami obowiązującej ustawy Pzp).
Odnosząc się do sformułowanego przez Odwołującego zarzutu kluczowe znaczenie ma także brzmienie art. 436 pkt 3) PZP, które wskazuje jedynie na obowiązek zawarcia przez Zamawiającego postanowień określających łączną maksymalną wysokość kar umownych, których mogą dochodzić strony. Ustawodawca nie zdecydował się zatem na wprowadzenie ustawowego limitu kar umownych jakie mogą zostać zastrzeżone w umowie. Wobec powyższego Zamawiający określając maksymalny limit kar umownych na poziomie 30% całkowitego wynagrodzenia brutto spełnił wymagania określone w w/w artykule. W tym miejscu zasadnym jest odwołać się do stanowiska Krajowej Izby Odwoławczej wyrażonego na gruncie wyroku z dnia 28 czerwca 2022 r.: „w ocenie Izby przepisy Pzp nie zabraniały Zamawiającemu ustanowienia limitu kar umownych w wysokości 50% wynagrodzenia brutto. Limit taki jest niewątpliwie bardzo wysoki, ale nie świadczy to o jego niezgodności z prawem. Zasady dotyczące nakładania kar umownych na wykonawcę określone w § 5 wzoru umowy
są przejrzyste i nie budzą wątpliwości interpretacyjnych. Wykonawcy mają zatem pełną świadomość co do sposobu, w jaki powinni kalkulować wynikające stąd ryzyko w cenie oferty. Kwestionowany przez Odwołującego § 5 ust. 2 wzoru umowy nie stoi więc na przeszkodzie
w prawidłowym i skutecznym złożeniu oferty w postępowaniu. Z powyższych względów Izba nie dopatrzyła się naruszenia przez Zamawiającego art. 436 pkt 3 Pzp przez ustanowienie rażąco wygórowanego limitu kar umownych"

(zob. Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 28 czerwca 2022 r., KIO 1553/22, LEX nr 3435419). Pogląd ten znajduje także swoją aprobatę wśród przedstawicieli doktryny i nauki prawa: „omawiany przepis stanowi o łącznej wysokości kar umownych, ale już nie o limitach poszczególnych kar umownych przewidzianych
w umowie. Rozwiązanie takie jest oczywiście w pełni dopuszczalne, jakkolwiek nie wymaga go ustawa. Ewidentną wadą przyjętego rozwiązania jest brak ustawowego określenia wysokości maksymalnej kar umownych zastrzeżonych w umowie w sprawie zamówienia publicznego.
Z formalnoprawnego punktu widzenia nawet limit kar umownych wielokrotnie wyższy niż kwota wynagrodzenia będzie zgodny z ustawą, jakkolwiek nie będzie miał nic wspólnego
ze zrównoważeniem ryzyk w umowie, który to cel przyświecał wprowadzeniu omawianego przepisu" (zob. J. Jerzykowski [w:] W. Dzierżanowski, Ł. Jaźwiński, M. Kittel, M. Stachowiak, J. Jerzykowski, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, Warszawa 2021, art. 436.).
Mając na względzie powyższe rozważania Zamawiający – wbrew stanowisku Odwołującego – nie dopuścił się naruszenia art. 16 pkt 3 oraz 436 pkt 3 w zw. z art. 5 KC w zw. z art. 8 ust. 1 PZP.

Ad. II.c z zarzut naruszenia art. 16 pkt 3 w zw. z art. 436 pkt 3 PZP oraz art. 353^1 i art. 5 KC stosowanymi na zasadzie art. 8 ust. 1 PZP poprzez określenie jedynie kar umownych,
do których zapłaty został zobowiązany Wykonawca, bez zastrzeżenia kar, które zobowiązany jest zapłacić również Zamawiający.
Odwołujący zarzucił także Zamawiającemu, że ten powinien w projektowanych postanowieniach umowy uwzględnić także kary umowne zastrzeżone na rzecz Wykonawcy. Co istotne, żaden przepis prawa nie nakłada na Zamawiającego obowiązek wprowadzenia
w umowie kar umownych zastrzeganych na rzecz Wykonawcy. Ponadto brak wprowadzenia do danej umowy kar umownych, do których zapłaty byłby zobowiązany Zamawiający
nie oznacza, że Wykonawca w jakimkolwiek stopniu doznaje ograniczenia w możliwości dochodzenia względem Zamawiającego ewentualnych roszczeń wynikających z realizacji tej umowy.
Krajowa Izba Odwoławcza w Wyroku z dnia 7 czerwca 2013 r. jednoznacznie wyjaśniła, że: „fakt nie zastrzeżenia kar na rzecz wykonawców nie powoduje nierówności stron, bo nie pozbawia wykonawcy możliwości dochodzenia swoich roszczeń. Co więcej kara umowna może być ustanawiana, jako surogat odszkodowania na wypadek niewykonania
lub nienależytego wykonania świadczeń niepieniężnych. Zdecydowanie więcej świadczeń niepieniężnych w robotach budowlanych należy się zamawiającemu od wykonawców, stąd dysproporcje w ilości kar umownych mogą wynikać z samego charakteru stosunku prawnego łączącego strony i nie muszą oznaczać nierówności stron. Zobowiązanie zamawiającego wobec wykonawcy ma przede wszystkim charakter zobowiązania pieniężnego – zapłaty umówionego wynagrodzenia, z tytułu którego strony mogą zastrzec odsetki umowne w sytuacji opóźnienia, a w ich braku i tak wykonawcy należą się odsetki ustawowe. W przedmiotowym postępowaniu zamawiający przewidział dla siebie szereg kar umownych, natomiast
nie przewidział ich dla wykonawcy. Jednakże w ocenie Izby nie przesądza to o naruszeniu równości stron. Instytucja kar umownych na etapie ubiegania się o udzielenie zamówienia nie stanowi przeszkody w uzyskaniu zamówienia."(zob. Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 7 czerwca 2013 r., KIO 1238/13, LEX nr 1350525). Analogiczne stanowiska Krajowa Izba Odwoławcza zajęła w wyroku z dnia 3 października 2014 r., w którym zaznaczyła,
że: „elementy takie, jak kary umowne, nie muszą być symetryczne dla wykonawcy
i Zamawiającego, a niejednakowy rozkład kar umownych nie świadczy sam w sobie o braku ekwiwalentności świadczeń. Dysproporcje w karach umownych mogą wynikać z samego charakteru stosunku prawnego łączącego strony i nie muszą oznaczać nierówności stron,
a rozpatrzenie pełnego zrównoważenia interesów stron, pozostaje poza kognicją Krajowej Izby Odwoławczej, bowiem Krajowa Izba Odwoławcza nie pełni funkcji mediacyjnej, a jedynie weryfikuje czynności zamawiającego pod względem przestrzegania obowiązującego wzorca postępowania o udzielenie zamówienia publicznego opisanego w ustawie z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2013 r. poz. 907 ze zm.)" (zob. Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 3 października 2014 r., sygn. akt KIO 1944/14, Legalis
nr 1157748, orzeczenie to zapadło na gruncie już nieobowiązującej ustawy PZP z 2004 r., jednakże tezy w nim postawione zachowują swoją aktualność także pod rządami obowiązującej ustawy Pzp). Dodatkowo powoływany przez Odwołującego art. 436 pkt 3 PZP nie wprowadza żadnego obowiązku aby Zamawiający zastrzegał w umowie jakiekolwiek kary, także na rzecz Wykonawcy. Niniejsza norma prawna wskazuje jedynie, że w przypadku wprowadzenia do umowy kar umownych, dla którejkolwiek z jej stron, konieczne jest zastrzeżenie łącznej maksymalnej wysokości tych kar. Celem wprowadzenia niniejszego przepisu było więc jedynie zobowiązanie Zamawiającego aby ten w sposób jasny
i jednoznaczny określił już na etapie postanowień umowy jaki jest maksymalny limit kar umownych, które mogą być nałożone na strony tak aby podmioty biorące udział w danym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego mogły

odpowiednio skalkulować ryzyka związane z realizacją danego zamówienia.
Ad. IV. a i c Zarzuty naruszenia art. 99 ust. 1 PZP poprzez zastąpienie obowiązku dokonania opisu przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i precyzyjny, z uwzględnieniem wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty wymogiem odbycia wizji lokalnej i złożeniem oświadczenia, oraz art. 433 pkt 3 PZP poprzez obarczenie Wykonawcy) absolutną odpowiedzialnością za ochronę instalacji i urządzeń nad,
na i podziemnych, nawet jeśli nie zostały one uwidocznione na mapach lub w dokumentacji przekazanej Wykonawcy przez Zamawiającego.
Odnosząc się do niniejszego zarzutu Zamawiający podkreślił, że interpretacja kwestionowanych zapisów Projektowanych postanowień umownym musi być dokonywana łącznie z pozostałymi jej regulacjami. Każdy zapis umowny musi być bowiem zgodny
z pozostałymi tak aby tworzyły one jedną spójną i logiczną całość. Intencją Zamawiającego nie jest bowiem całkowite wyłączenie możliwości powoływania się przez Wykonawcę
na niespodziewane okoliczności jakie mogą zaistnień na placu budowy, a jedynie nałożenie na podmiot realizujący inwestycję odpowiedzialności za nierzetelne i nieprawidłowe zapoznanie się z dokumentacją przetargową oraz terenem robót.
W obu kwestionowanych zapisach umownych chodzi jedynie o sytuacje, w których Wykonawca – będąc profesjonalistą i posiadający doświadczenie w realizacji tego typu inwestycji – powinien przewidzieć konieczność wykonania danych prac/czynności. Jeżeli natomiast dana sytuacja wykracza poza zakres standardowego ryzyka gospodarczego - które musi być uwzględniane przez Wykonawcę – to powinna ona być rozpatrywana pod kątem konieczności wprowadzenia do umowy odpowiednich zmian zgodnie z art. 455 PZP
oraz zapisami samej umowy. Przyjęcie interpretacji, w myśl której Zamawiający całkowicie wykluczył możliwość powoływania się na niespodziewane okoliczności zaistniałe na terenie robót oznaczałoby, że zapisy dotyczące zmiany umowy (w tym zlecania Wykonawcy realizację robót dodatkowych) byłyby w całości zbędne. Treść Projektowanych postanowień umownych została więc sformułowana w taki sposób aby Wykonawca ponosił pełną odpowiedzialność
za zaniechania/uchybienia/niedopatrzenia, których - jako podmiot profesjonalny działający
w branży budowlanej – nie powinien się dopuścić.
Ad. IV.b Zarzut naruszenia art. 99 ust. 1 PZP poprzez zawarcie wymogu objęcia wynagrodzeniem umownym „wszystkich kosztów realizacji Umowy", „nawet nieopisanych wyraźnie". Zgodnie z kwestionowanym przez Odwołującego się § 3 ust. 5 Projektowanych postanowień umownych: „wynagrodzenie, o którym mowa w Załączniku nr 1 do Umowy, obejmuje wszelkie koszty realizacji Umowy, w tym robocizny, urządzeń i materiałów, niezbędne do prawidłowego wykonania Przedmiotu Umowy nawet, jeśli nie zostało to wyraźnie opisane, należności za wykonanie wszystkich czynności niezbędnych do kompleksowej realizacji Przedmiotu Umowy, a w tym m.in. odbiory, atesty, próby, opłaty urzędowe, licencje, koszt sporządzenia i uzgodnienia regulaminu prowadzenia ruchu kolejowego w rejonie robót, koszt nadzoru energetycznego, koszt wyłączania napięcia, koszt sporządzenia i uzgadniania regulaminu wyłączenia sieci trakcyjnej w rejonie, koszty związane z warunkami zawartymi
w uzgodnieniach, opłaty za media, wywóz odpadów, doprowadzenie do odbioru końcowego, koszty dokumentacji powykonawczej, koszty ewentualnych przestojów (w tym koszty mobilizacji i demobilizacji) koszt dostaw materiałów budowlanych na plac robót oraz koszt odbioru materiałów pochodzących z rozbiórki z placu robót przy założeniu, iż transport będzie musiał być realizowany przy pomocy kolejowych środków transportu, koszt zezwoleń wstępu na teren kolejowy, a także innych czynności, do których zobowiązany jest Wykonawca, również koszty przeszkolenia personelu Zamawiającego, użytkownika w obsłudze
i konserwacji urządzeń dostarczonych lub zamontowanych przez Wykonawcę". Wyraźnego podkreślenia wymaga, że Załącznik nr 1 do Umowy ma stanowić oferta Wykonawcy wraz
z przygotowanym przez niego kosztorysem ofertowym. W konsekwencji to Wykonawca a nie Zamawiający przygotowuje wycenę i to Wykonawca powinien wziąć odpowiedzialność za jej prawidłowe i rzetelne sporządzenie.
Co istotne umowa zawiera dwa rodzaje wynagrodzenia należne Wykonawcy,
tj. w zakresie Zadania 1 oraz Zadania 2a wynagrodzenie ma charakter kosztorysowy, natomiast w przypadku pozostałych Zadań zostało ono określone jako wynagrodzenie ryczałtowe.
Zgodnie z art. 630 § 1 K.c. jeżeli w toku wykonywania dzieła zajdzie konieczność przeprowadzenia prac, które nie były przewidziane w zestawieniu prac planowanych będących podstawą obliczenia wynagrodzenia kosztorysowego, a zestawienie sporządził zamawiający, przyjmujący zamówienie może żądać odpowiedniego podwyższenia umówionego wynagrodzenia. Jeżeli zestawienie planowanych prac sporządził przyjmujący zamówienie, może on żądać podwyższenia wynagrodzenia tylko wtedy, gdy mimo zachowania należytej staranności nie mógł przewidzieć konieczności prac dodatkowych. Jak wyjaśnił Sąd Apelacyjny w Gdańsku: „w sytuacji, w której przy sporządzaniu zestawienia kosztorysowego przyjmujący zamówienie działa w sposób dokładny, z zachowaniem zasad obowiązujących

w stosunkach danego rodzaju, co wyłączy zarzut zawinienia w formie niedbalstwa, to nie będzie on zobowiązany do samodzielnego pokrywania dodatkowych kosztów. W takim wypadku przysługuje mu umówione wynagrodzenie odpowiednio podwyższone. Jeżeli zestawienie kosztorysowe sporządzone zostało z naruszeniem zasad staranności wymaganej w stosunkach tego rodzaju, mimo konieczności wykonania prac dodatkowych, przyjmujący zamówienie ma jedynie prawo do wynagrodzenia kosztorysowego obliczonego na podstawie zestawienia prac planowanych" (zob. Wyrok SA w Gdańsku z dnia 16 lutego 2021 r., sygn. akt V AGa 110/20, Legalis nr 2585778). W myśl natomiast art. 632 § 1 K.c. jeżeli strony umówiły się o wynagrodzenie ryczałtowe, przyjmujący zamówienie nie może żądać podwyższenia wynagrodzenia, chociażby w czasie zawarcia umowy nie można było przewidzieć rozmiaru
lub kosztów prac. Jednocześnie jak zastrzeżono w § 2 w/w artykułu jeżeli jednak wskutek zmiany stosunków, której nie można było przewidzieć, wykonanie dzieła groziłoby przyjmującemu zamówienie rażącą stratą, sąd może podwyższyć ryczałt lub rozwiązać umowę. Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 24 lutego 2023 r. podkreślił, że: „istotą wynagrodzenia ryczałtowego, typowo stosowanego na rynku usług budowlanych, jest uzgodnienie przez strony oznaczonej kwoty należnej przyjmującemu zamówienie jako ekwiwalentu za wykonanie obiektu, bez powiązania (wprost) z rozmiarem świadczonych prac i wartością poniesionych kosztów. Wartość należnego wynagrodzenia nie jest uzależniona
od czynników określających przewidywany lub zrealizowany rozmiar prac, ilość zużytego materiału, cen jednostkowych materiału, stawek robocizny itp. Podobnie wartość ta nie jest, co do zasady, uzależniona od możliwości przewidzenia przez strony w chwili zawarcia umowy pełnego rozmiaru prac lub wartości kosztów koniecznych do wykonania robót budowlanych. Istotą tak zastrzeżonego wynagrodzenia jest zatem przyjęcie przez wykonawcę ryzyka ekonomicznego polegającego na niemożliwości zmiany ustalonej pierwotnie kwoty, nawet jeżeli w chwili jej ustalania nie można było przewidzieć rozmiaru lub kosztów prac. W tym zakresie granice ryzyka ponoszonego przez przyjmującego zamówienie wyznacza jedynie art. 632 § 2 KC stosowany per analogiam" (zob. Wyrok SN z dnia 24 lutego 2023 r., sygn. akt
II CSKP 557/22, Legalis nr 2913245).
Niezależnie jednak od tego czy za dane zadanie zostało przewidziane wynagrodzenie kosztorysowe, czy też ryczałtowe Wykonawca ma obowiązek rzetelnego i prawidłowego sporządzenia kosztorysu ofertowego, i tym samym ujęcia w swojej ofercie wszelkich kosztów związanych z realizacją inwestycji. Rozwiązanie przyjęte przez Zamawiającego w § 3 ust. 5 Umowy są zatem zgodne z normami prawnymi zawartymi w Kodeksie Cywilnym. Wynagrodzenie kosztorysowe będzie mogło zostać zwiększone wyłącznie, gdy mimo zachowania należytej staranności Wykonawca nie mógł przewidzieć konieczności prac dodatkowych. Zmiana wynagrodzenia ryczałtowego będzie natomiast możliwa jedynie
w przypadku zaistnienia nadzwyczajnych okoliczności grożących poniesieniem przez Wykonawcę rażącej straty.
Wobec powyższego interpretacja sformułowania „nawet, jeśli nie zostało to wyraźnie opisane" musi uwzględniać normy prawa powszechnie obowiązujące. Wykonawca w swojej ofercie powinien wycenić wszystkie prace/czynności, które należy wykonać w ramach realizacji inwestycji, a które to wynikają nie tylko z samej dokumentacji przedstawionej przez Zamawiającego, ale także informacji które może pozyskać Wykonawca podczas wizji lokalnej, czy też okoliczności, które Wykonawca jako profesjonalista powinien wziąć pod uwagę
i uwzględnić w sporządzonej wycenie. Kwestionowany zapis mieści się zatem w zakresie standardowego ryzyka gospodarczego, które to podmiot profesjonalnie działający na rynku budowlanym musi uwzględniać w swojej działalności. Wszelkie sytuacje wykraczające poza
to standardowe ryzyko (z uwzględnieniem różnić pomiędzy wynagrodzeniem kosztorysowym
a ryczałtowym) będą podlegały ocenie pod kątem wprowadzenie odpowiednich zmian
do umowy zgodnie z jej postanowieniami oraz art. 455 PZP. Odmienna interpretacja § 3
ust. 5 Projektowanych postanowień umowy oznaczałaby, że Zamawiający wyłączył wszelkie możliwości dokonywania zmian umowy (w tym także zlecenia prac dodatkowych). Tymczasem dalsza część umowy zawiera takie regulacje. Ponownie wskazać należy, że zapisy umowy wymagają łącznej interpretacji.

Ad. IV.e Zarzut naruszenia art. 353^1 i art. 5 KC w zw. z art. 8 PZP poprzez zobowiązanie Wykonawcy w § 10 ust. 5 Umowy do zrzeczenia się wszelkich roszczeń wobec Zamawiającego z tytułu wykonania prac dodatkowych, wykonanych przed zawarciem aneksu do Umowy.
W ocenie Odwołującego zapis zawarty w § 10 ust. 5 Projektowanych postanowień umownych stanowi nadużycie pozycji Zamawiającego. Zgodnie z w/w postanowieniem: „w przypadku wykonania jakichkolwiek prac dodatkowych, o których mowa w ust. 1, przed zawarciem aneksu do Umowy, Wykonawca zrzeka się wszelkich roszczeń wobec Zamawiającego z tytułu wykonania tych prac". Co ważne kwestionowany przez Odwołującego zapis znajduje się
w paragrafie regulującym kwestię robót dodatkowych. Paragraf ten wprost wskazuje całą procedurę związaną ze zleceniem Wykonawcy do realizacji robót nieujętych w pierwotnym przedmiocie zamówienia. W § 10 ust. 3 Projektowanych postanowień umownych jednoznacznie zastrzeżono, że zlecenie zamówień dodatkowych wymaga zawarcia przez Strony aneksu do Umowy. Jeżeli więc Wykonawca samowolnie, bez zastosowania trybu działania opisanego w Umowie wykona prace dodatkowe to działa wyłącznie na swoją odpowiedzialność.

Kluczowe znacznie ma także fakt, że wszelkie roboty dodatkowe stanowią de facto zmianę umowy w rozumieniu PZP. Wszelkie zmiany umowy zawieranej w trybie przedmiotowej ustawy wymagają natomiast odpowiedniej formy, a przede wszystkim mogą być dokonane wyłącznie przy spełnieniu przesłanek określonych w art. 455 PZP. W przeciwieństwie zatem do umów zawieranych pomiędzy podmiotami prywatnymi, umowa w sprawie zamówienia publicznego wymaga stosowania jasno określonych w ustawie regulacji. Ustawa nie przewiduje więc „dorozumianej" zmiany umowy, czy też jakiegokolwiek wykroczenia przez Wykonawcę poza przedmiot zamówienia bez uprzedniego dokonania modyfikacji kontraktu. Stanowisko Odwołującego sprowadza się natomiast do tego, że Wykonawca powinien mieć zagwarantowaną możliwość samowolnego, tj. bez zgody i wiedzy Zamawiającego, wykonania prac wykraczających poza określony w dokumentacji przedmiot umowy, a następnie zwrócić się do Zamawiającego o wypłatę wynagrodzenia za te roboty. Działanie takie stanowiłoby bezspornie obejście norm prawnych wprowadzających zasady dokonywania zmian
w umowach zawieranych w trybie ustawy PZP. Wskazać przy tym należy, że przepisy PZP wiążą zarówno Zamawiającego, jak również Wykonawcę. Innymi słowy zarówno Zamawiający nie może żądać wykonania robót dodatkowych bez wprowadzenia odpowiedniej zmiany
do umowy, jak również Wykonawca nie może rozpocząć ich realizacji bez uprzednio zawartego aneksu w tej sprawie.
Zamawiający ponownie podkreślił, że kwestionowany przez Odwołującego zapis umowy będzie miał zastosowanie wyłącznie w sytuacji naruszenia przez Wykonawcę zapisów umowy regulujących kwestię zlecenia robót dodatkowych. Jeżeli więc Wykonawca będzie stosował się do postanowień umowy to – wbrew obawom Odwołującego – otrzyma należne z tego tytułu wynagrodzenie dodatkowe (o ile będzie zasadne). Marginalnie należy również zaakcentować, że nie można całkowicie wykluczyć sytuacji, w której Zamawiający będzie chciał wykonać dane prace dodatkowe swoim asumptem lub przeprowadzić w tym zakresie dodatkowe postępowanie. Aprobata stanowiska Odwołującego doprowadziłaby do kuriozalnych wniosków, że Wykonawcy mają uprawnienie do stawiania Zamawiających w sytuacji „faktów dokonanych", w której to Zamawiający nie ma już żadnej możliwości przeanalizowania zasadności wykonania prac dodatkowych, jak również sposobu i trybu ich realizacji. Wobec powyższego omawiany zarzut także jest w całości bezzasadny.
Ad. V. Zarzut dotyczący treści ogłoszenia o zamówienia oraz treści SWZ, tj. naruszenia
art. 240 i 241 ust. 1 w zw. z art. 16 ust. 2 PZP poprzez określenie w pkt II.2.5) ogłoszenia
o zamówieniu „kryterium jakości - Nazwa: Termin realizacji budowy myjni / Waga: 20"
oraz w Rozdz. XV pkt 1 i 3 SWZ jakom kryterium: „Termin realizacji zamówienia - w zakresie budowy myjni całorocznej – waga 20 punktów".
W pierwszej kolejności Zamawiający wskazał, że częściowo uwzględnił argumentację Odwołującego i niezwłocznie dokona zmiany w zakresie kryterium oceny ofert w ten sposób, że punktowany będzie termin realizacji całego przedmiotu zamówienia, a nie tylko budowy myjni całorocznej. Jednocześnie Zamawiający kwestionuje zasadność pozostałych zarzutów stawianych przez Odwołującego w odniesieniu do ustanowionego przez Zamawiającego kryterium oceny ofert w postaci terminu realizacji zamówienia.
Wyraźnego podkreślenia wymaga, że wbrew stanowisku Odwołującego kryterium oceny ofert w postaci terminu realizacji zamówienia nie może być określone jako związane
z podmiotowymi właściwościami Wykonawcy. W art. 242 ust. 2 pkt 6 PZP wprost ustawodawca wskazał, że kryteriami jakościowymi mogą być w szczególności kryteria odnoszące się
do serwisu posprzedażnego, pomocy technicznej, warunków dostawy takich jak termin, sposób lub czas dostawy, oraz okresu realizacji. Co istotne katalog wskazany przez ustawodawcę na gruncie art. 242 ust. 2 PZP nie ma charakteru zamkniętego. Oznacza to,
że Zamawiający może przyjąć inne kryteria oceny ofert o ile zgodne są one z art. 241 ust. 1 PZP, w myśl którego kryteria oceny ofert muszą być związane z przedmiotem zamówienia. Krajowa Izba odwoławcza w wyroku z dnia 19 lipca 2021 r. wyjaśniła, że: „przepisy Prawa zamówień publicznych nie określają zamkniętego katalogu możliwych do zastosowania jakościowych kryteriów oceny ofert, opisując je przykładowo, jednakże muszą one odnosić się do przedmiotu zamówienia, nie mogą one odnosić się do takich aspektów które nie mają znaczenia z punktu widzenia uzasadnionych potrzeb zamawiającego, gdyż prowadziłoby
to do przekroczenia zasady proporcjonalności" (zob. Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 19 lipca 2021 r., sygn. akt KIO 1577/21, Legalis nr 2639180). W ocenie Zamawiającego termin realizacji zamówienia jednoznacznie należy uznać za kryterium jakościowe związane bezpośrednio z finalną inwestycją, którą ma otrzymać Zamawiający. Nie ma ono więc żadnego powiązania z podmiotowymi właściwościami danego Wykonawcy. Ponadto prawodawca wprost w w/w katalogu wymienia termin realizacji zamówienia jako kryterium jakościowe. Bezspornym zatem jest, że Zamawiający mógł skorzystać z tego kryterium przy dokonywaniu oceny złożonych ofert. Stanowisko to znajduje swoją aprobatę w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej. Przykładowo Izba w wyroku z dnia 25 lutego 2022 r. zaznaczyła, że: „zgodnie
z art. 242 ust. 2 pkt 6 ustawy kryteriami jakościowymi mogą być w szczególności kryteria odnoszące się do serwisu

posprzedażnego, pomocy technicznej, warunków dostawy takich jak termin, sposób lub czas dostawy, oraz okresu realizacji. Termin realizacji zamówienia
od lat stosowany był jako kryterium oceny ofert. Zgodnie z poglądami doktryny może zostać on uznany za niekonkurencyjne kryterium, gdy jego waga jest równa lub przewyższa wagę kryterium ceny jak również w przypadku, gdy ustalony dla tego kryterium sposób oceny nieproporcjonalnie premiuje najkrótszy termin wykonania zamówienia" (zob. Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 25 lutego 2022 r., sygn. akt KIO 351/22, Legalis nr 2714949).
Zamawiający nie może również zgodzić się z twierdzeniem Odwołującego, że PKP Intercity S.A. miała obowiązek określenia minimalnego terminu wykonania zamówienia. Zaakcentować należy, że żadna norma prawna zawarta w ustawie Prawo Zamówień Publicznych nie obliguje Zamawiającego do wskazywania maksymalnego dopuszczającego okresu skrócenia terminu wykonania Umowy. O przyjęciu przez Zamawiającego rozwiązania naruszającego zasady uczciwej konkurencji można by mówić w sytuacji, w której ilość punktów oraz sposób
ich wyliczenia mogły doprowadzić do nieproporcjonalnego premiowania najkrótszego terminu.
Jak bowiem wyjaśniła Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 23 września 2010 r.: „zamawiający może stosować w prowadzonych postępowaniach, według swego uznania,
albo cenę jako jedyne kryterium wyboru oferty najkorzystniejszej, albo cenę wraz z innymi kryteriami oceny ofert, pod warunkiem, że te inne kryteria odnoszą się do przedmiotu zamówienia. Co do zasady, kryterium okres realizacji zamówienia jest dopuszczalne i nie narusza uczciwej konkurencji, gdyż stanowi klasyczne kryterium oceny odnoszące się
do przedmiotu zamówienia służące wyborowi najkorzystniejszej oferty, które zostało wprost przewidziane w przykładowym wyliczeniu takich kryteriów zawartym w art. 242 ust. 2 PrZamPubl. Określone w ramach tego kryterium zasady oceny lub ustalenie jego znaczenia
w stosunku do obligatoryjnego w każdym postępowaniu kryterium ceny, może w konkretnych przypadkach zostać uznane za naruszające zasady uczciwej konkurencji. Może tak być
w szczególności, jeżeli ustalony dla tego kryterium sposób oceny nieproporcjonalnie premiuje najkrótszy termin wykonania zamówienia lub też jego waga została ustalona na poziomie równym kryterium ceny lub większym" (zob. Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia
23 września 2010 r., sygn. akt KIO 1960/10, Legalis nr 332219). Odnosząc powyższe rozważania na grunt niniejszej sprawy wskazał, że Zamawiający przypisał kryterium terminu realizacji zamówienia jedynie maksymalnie 20 punktów. Oznacza to, że w dalszym ciągu głównym kryterium pozostaje cena zaoferowana przez danego wykonawcę. Ponadto Zamawiający w Rozdziale XV ust. 3 SWZ wprowadził wzór, z wykorzystaniem którego będzie wyliczana ilość punktów przyznawana w tym kryterium. Wzór ten pozwala w sposób sprawiedliwy przyznać poszczególnym Wykonawcom odpowiednią ilość punktów w zależności od zaoferowanego w ofercie terminu realizacji inwestycji. Ponownie wskazał, że inwestycja będąca przedmiotem niniejszego postępowania jest kluczowa dla Zamawiającego (o czym szerzej w odniesieniu do zarzutu dotyczącego maksymalnego limitu kar umownych zastrzeżonych w Projektowanych postanowieniach umownych s. 10 i n. niniejszej odpowiedzi na odwołanie). Wobec powyższego każdy dzień skrócenia przez Wykonawcę terminu jej realizacji ma dla PKP Intercity S.A. istotne znaczenie. Sam fakt, że dla Odwołującego termin 64 tygodnie jest terminem krótkim nie oznacza, że dla innego pomiotu nie będzie możliwe jego skrócenie, przy np. zastosowaniu odpowiednich rozwiązań technologicznych czy organizacyjnych. Nie można również pominąć, że dany wykonawca oferując określony termin będzie – w przypadku wybrania jego oferty – zobowiązany do jego dotrzymania pod rygorem nałożenia na niego kar umownych, a nawet odstąpienia przez Zamawiającego od umowy. Innymi słowy wykonawca, który wskazałby w ofercie nierealny termin ukończenia inwestycji naraziłby się na znaczące konsekwencje finansowe w przypadku jego niedochowania.
Wobec tego wniósł o oddalenie odwołania w części niepodlegającej uwzględnieniu przez Zamawiającego.

W dniu 07.07.2023 r. podczas posiedzenia niejawnego z udziałem stron Zamawiający oświadczył, że jak w odpowiedzi na odwołanie, uwzględnił odwołanie w zakresie zarzutów określonych w pkt I ppkt 1 lit. a i b oraz ppkt 2 lit. c-e, pkt II lit. b, pkt III lit. a, pkt IV lit. dodwołania. Co do zarzutu w pkt V lit. a odwołania Zamawiający potwierdził jak w odpowiedzi na odwołanie, że po wpływie odwołania zdecydował o zmianie kryterium oceny ofert,
to jest zamiast oceniać termin wykonania myjni oceniać będzie termin wykonania całego zamówienia, jednak w pozostałym zakresie nie uwzględnia tego zarzutu. Odwołujący nie złożył oświadczenia w zakresie cofnięcia zarzutu w pkt V lit. a odwołania.

Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej po zapoznaniu się z przedstawionymi poniżej dowodami, po wysłuchaniu oświadczeń, jak i stanowisk stron złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy, ustalił i zważył, co następuje.

Skład orzekający Izby ustalił, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na

podstawie art. 528 ustawy Pzp, a wykonawca wnoszący odwołanie posiadał interes w rozumieniu art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, uprawniający do jego złożenia.

Skład orzekający Izby, działając zgodnie z art. 542 ust. 1 ustawy Pzp, dopuścił w niniejszej sprawie dowody z dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne, złożonej przez Zamawiającego.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy skład orzekający Izby wziął pod uwagę także stanowisko wynikające ze złożonych pism, to jest odwołania, odpowiedzi na odwołanie, pism procesowych uczestników postępowania odwoławczego oraz stanowiska i oświadczenia stron i uczestnika postępowania odwoławczego, złożone ustnie do protokołu.

Izba biorąc pod uwagę oświadczenie Zamawiającego, złożone w odpowiedzi na odwołanie, a także potwierdzone na rozprawie w dniu 07.07.2023 r. w zakresie uwzględnienia zarzutu określonego w pkt I ppkt 1 lit. a i b oraz ppkt 2 lit. c-e, pkt II lit. b, pkt III lit. a, pkt IV lit. odwołania, postanowiła umorzyć postępowanie w zakresie zarzutów uwzględnionych w całości przez zamawiającego: pkt I ppkt 1 lit. a i b oraz ppkt 2 lit. c-e, pkt II lit. b, pkt III lit. a, pkt IV lit. dodwołania, biorąc za podstawę art. 568 pkt 3 w zw. z art. 522 ust. 4 ustawy Pzp. W zakresie części umorzonego postępowania Izba nie rozpatruje merytorycznie zarzutów uwzględnionych.

Odnosząc się do podniesionych w treści odwołania zarzutów, które nie zostały cofnięte i uwzględnione jak wyżej, stwierdzić należy, że odwołanie zasługuje w części na uwzględnienie.

Odwołujący sformułował w odwołaniu zarzuty naruszenia przez Zamawiającego:

II. Zarzuty dotyczące kar umownych i wysokości limitu:

a. art. 436 pkt 3 PZP w zw. z art. 5 KC stosowanym na zasadzie art. 8 ust. 1 PZP poprzez określenie w § 12 ust. 6 Umowy maksymalnej wysokości kar umownych, których może dochodzić jedynie Zamawiający na poziomie 30% całkowitego wynagrodzenia brutto, co stanowi nadużycie prawa podmiotowego przez Zamawiającego i jako takie nie może korzystać z ochrony;

c. art. 16 pkt 3 w zw. z art. 436 pkt 3 PZP oraz art. 353^1 i art. 5 KC stosowanymi na zasadzie art. 8 ust. 1 PZP poprzez określenie jedynie kar umownych, do których zapłaty został zobowiązany Wykonawca, bez zastrzeżenia kar, które zobowiązany jest zapłacić również Zamawiający, pomimo obowiązku określenia łącznej maksymalnej wysokości kar umownych, których mogą dochodzić strony umowy, co stanowi naruszenie zasady swobody umów oraz nadużycie prawa podmiotowego, wprowadzające oczywistą nierównowagę interesów stron umowy;

d. art. 16 pkt 3 PZP i art. 5 KC w zw. z art. 8 ust. 1 PZP poprzez zastrzeżenie maksymalnej wysokości kar umownych, których może dochodzić Zamawiający na poziomie 30% całkowitego wynagrodzenia brutto, co jest wartością nieadekwatną do przedmiotu zamówienia oraz potencjalnej szkody, którą może ponieść Zamawiający, w szczególności przy zastrzeżeniu w § 12 ust. 5 Umowy prawa do dochodzenia odszkodowania uzupełniającego na zasadach ogólnych, i jako takie stanowi nadużycie przez Zamawiającego prawa podmiotowego.

IV. Pozostałe zarzuty dotyczące postanowień Umowy:

a. art. 99 ust. 1 PZP poprzez zastąpienie obowiązku dokonania opisu przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i precyzyjny, z uwzględnieniem wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty wymogiem odbycia wizji lokalnej i złożeniem oświadczenia (s. 3 Umowy, pkt 14 Oświadczeń Wykonawcy), iż „Wszelkie zastrzeżenia Wykonawcy dotyczące terenu budowy zgłoszone po terminie zawarcia Umowy nie mogą być podstawą do dochodzenia jakichkolwiek roszczeń od Zamawiającego, w szczególności zwiększenia wynagrodzenia za wykonanie Umowy oraz do żądania przez Wykonawcę przesunięcia terminu zakończenia robót ani zmiany ich zakresu;

b. art. 99 ust. 1 PZP poprzez określenie w § 3 ust. 5 Umowy wymogu objęcia wynagrodzeniem umownym „wszystkich kosztów realizacji Umowy", „nawet nieopisanych wyraźnie", a tym samym dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny i nieprecyzyjny, bez uwzględnienia wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty;

c. art. 433 pkt 3 PZP poprzez obarczenie Wykonawcy (w § 4 ust. 23 Umowy) absolutną odpowiedzialnością za ochronę instalacji i urządzeń nad, na i podziemnych, nawet jeśli nie zostały one uwidocznione na mapach lub w dokumentacji przekazanej Wykonawcy przez Zamawiającego;

e. art. 353^1 i art. 5 KC w zw. z art. 8 PZP poprzez zobowiązanie Wykonawcy w § 10

ust. 5 Umowy do zrzeczenia się wszelkich roszczeń wobec Zamawiającego z tytułu wykonania prac dodatkowych, wykonanych przed zawarciem aneksu do Umowy,
co stanowi wyraz nadużycia pozycji Zamawiającego, a także narusza zasady współżycia społecznego, w tym zasadę sprawiedliwości i prawa do sądu.

V. Zarzuty dotyczące treści ogłoszenia o zamówienia oraz treści SWZ:

a. art. 240 i 241 ust. 1 w zw. z art. 16 ust. 2 PZP poprzez określenie w pkt II.2.5) ogłoszenia o zamówieniu „kryterium jakości - Nazwa: Termin realizacji budowy myjni / Waga: 20" oraz w Rozdz. XV pkt 1 i 3 SWZ jako kryterium: „Termin realizacji zamówienia
- w zakresie budowy myjni całorocznej – waga 20 punktów" pomimo braku uzasadnienia określenia takiego kryterium przedmiotem zamówienia, a także poprzez brak możliwości jednoznacznego ustalenia zakresu robót koniecznych
do zrealizowania "zakresu budowy myjni całorocznej", który ma zostać wykonany
w terminie punktowanym.

Izba dokonała następujących ustaleń odnośnie do przedmiotowego odwołania:

W Specyfikacji Warunków Zamówienia w niniejszym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, dalej „SWZ", w tym wzorze umowy stanowiącym załącznik do SWZ, co Izba ustaliła na podstawie dokumentacji zamówienia, przekazanej przez Zamawiającego, Zamawiający sformułował postanowienie w:

1)ust. 14 oświadczeń wykonawcy projektowanych postanowień umowy:
„14. Przed podpisaniem Umowy przeprowadził wizję lokalną całej nieruchomości
i zapoznał się z terenem realizacji robót, infrastrukturą terenu budowy i jej specyfikacją oraz lokalizacją i nie zgłasza co do tego zastrzeżeń. Wykonawca zapoznał się ponadto z miejscowymi warunkami dostaw materiałów budowlanych na teren robót
oraz odbiorem materiałów pochodzących z rozbiórek i nie zgłasza co do tego zastrzeżeń. Wszelkie zastrzeżenia Wykonawcy dotyczące terenu budowy zgłoszone po terminie zawarcia Umowy nie mogą być podstawą do dochodzenia jakichkolwiek roszczeń od Zamawiającego, w szczególności zwiększenia wynagrodzenia
za wykonanie Umowy oraz do żądania przez Wykonawcę przesunięcia terminu zakończenia robót ani zmiany ich zakresu.";

2)§ 3 ust. 5 projektowanych postanowień umowy:

„5. Wynagrodzenie, o którym mowa w Załączniku nr 1 do Umowy, obejmuje wszelkie koszty realizacji Umowy, w tym robocizny, urządzeń i materiałów, niezbędne
do prawidłowego wykonania Przedmiotu Umowy nawet, jeśli nie zostało to wyraźnie opisane, należności za wykonanie wszystkich czynności niezbędnych
do kompleksowej realizacji Przedmiotu Umowy, a w tym m.in. odbiory, atesty, próby, opłaty urzędowe, licencje, koszt sporządzenia i uzgodnienia regulaminu prowadzenia ruchu kolejowego w rejonie robót, koszt nadzoru energetycznego, koszt wyłączania napięcia, koszt sporządzenia i uzgadniania regulaminu wyłączenia sieci trakcyjnej
w rejonie, koszty związane z warunkami zawartymi w uzgodnieniach, opłaty za media, wywóz odpadów, doprowadzenie do odbioru końcowego, koszty dokumentacji powykonawczej, koszty ewentualnych przestojów (w tym koszty mobilizacji
i demobilizacji) koszt dostaw materiałów budowlanych na plac robót oraz koszt odbioru materiałów pochodzących z rozbiórki z placu robót przy założeniu, iż transport będzie musiał być realizowany przy pomocy kolejowych środków transportu, koszt zezwoleń wstępu na teren kolejowy, a także innych czynności, do których zobowiązany jest Wykonawca, również koszty przeszkolenia personelu Zamawiającego, użytkownika w obsłudze i konserwacji urządzeń dostarczonych lub zamontowanych przez Wykonawcę.";

3)§ 4 ust. 23 projektowanych postanowień umowy:

„23.Wykonawca odpowiada za ochronę instalacji i urządzeń nad, na i podziemnych zlokalizowanych w obszarze robót (wraz z transportem i składowaniem). Wszelkie uszkodzenia Wykonawca usunie niezwłocznie i na własny koszt.";

4)§ 10 ust. 5 projektowanych postanowień umowy:

„5. W przypadku wykonania jakichkolwiek prac dodatkowych, o których mowa w ust. 1, przed zawarciem aneksu do Umowy, Wykonawca zrzeka się wszelkich roszczeń wobec Zamawiającego z tytułu wykonania tych prac.";

5)§ 12 ust. 5 i 6 projektowanych postanowień umowy:

„5. Kary umowne należą się Zamawiającemu niezależnie od poniesienia szkody ani od jej wysokości. Jeżeli szkoda wynikająca z niewykonania lub nienależytego wykonania Umowy przewyższa wysokość naliczonej kary umownej, lub nie jest objęta karą umowną, wówczas Zamawiający może na zasadach ogólnych żądać odszkodowania przekraczającego wysokość zastrzeżonej kary.

6. Limit kar umownych, jakich Zamawiający może żądać od Wykonawcy ze wszystkich tytułów przewidzianych w Umowie wynosi 30% (słownie: trzydzieści procent) całkowitego wynagrodzenia brutto, o którym mowa w § 3 ust. 1 Umowy.";

6)Rozdziale XV pkt 1 i 3 SWZ:

„1. Przy dokonywaniu wyboru najkorzystniejszej oferty Zamawiający kierować się będzie następującymi kryteriami: 1) Cena – waga 80 punktów, 2) Termin realizacji zamówienia - w zakresie budowy myjni całorocznej – waga 20 punktów,

3. W kryterium termin realizacji, zaoferowany termin w zakresie myjni nie może być dłuższy niż 64 tygodnie. Oferta z najkrótszym terminem otrzyma 20,00 punktów a pozostałym ofertom zostaną przyznane punkty (z dokładnością do dwóch miejsc po przecinku) zgodnie ze wzorem:

$$K2 = \frac{T_N}{T_B} \times 20 \text{ pkt}$$

gdzie:

K2 – to punkty w kryterium termin realizacji

T_N – najkrótszy oferowany termin

T_B – termin w badanej ofercie

20 pkt – to waga kryterium

Uwaga: w przypadku, gdy Wykonawca zaproponuje w Formularzu ofertowym termin realizacji powyżej 64 tygodni - oferta zostanie odrzucona.”.

Spór pomiędzy stronami postępowania odwoławczego dotyczył ukształtowania w projektowanych postanowieniach umowy kar umownych jedynie po stronie wykonawcy, spornej wysokości limitu kar umownych na poziomie 30% całkowitego wynagrodzenia brutto również w kontekście odstępnego w wysokości 10% wartości umowy. Strony nie zgadzały się co do wymaganej w SWZ treści oświadczenia wykonawcy co do uwzględnienia wszelkich kosztów w wynagrodzeniu (w tym kosztów związanych z terenem budowy, kosztów dotyczących instalacji i urządzeń w obrębie terenu budowy, zamówień dodatkowych), które były różnie interpretowane – przez Zamawiającego w kontekście wszystkich projektowanych postanowień umowy i przepisów obowiązującego prawa, przez Odwołującego – w zakresie literalnego brzmienia danych projektowanych postanowień umowy. Ponadto sporne między stronami pozostało sformułowanie w SWZ terminu realizacji zamówienia, co związane było z nieokreśleniem przez Zamawiającego minimalnego terminu koniecznego do wykonania zamówienia.

Odnośnie zarzutów w pkt IV a-c odwołania Izba uznała te zarzuty za zasadne, natomiast w pkt II lit. a, c, d, pkt IV lit. e, a także pkt V lit a za niezasadne.

Izba stwierdziła naruszenie przez Zamawiającego art. 99 ust. 1 oraz art. 433 pkt 3 ustawy Pzp w zakresie uwzględnionych zarzutów odwołania. Izba nie stwierdziła naruszenia prawa w pozostałym zakresie oddalonych zarzutów odwołania.

Izba szczegółowo zanalizowała okoliczności faktyczne i prawne sprawy, w szczególności podnosi jak niżej.

Na podstawie ustawy Pzp:

1)art. 8 ust. 1: 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;

2)art. 16 pkt 1-3: Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców, przejrzysty, proporcjonalny;
3)art. 99 ust. 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;
4)art. 240 ust. 1 i 2: Zamawiający opisuje kryteria oceny ofert w sposób jednoznaczny
i zrozumiały. Kryteria oceny ofert i ich opis nie mogą pozostawiać zamawiającemu nieograniczonej swobody wyboru najkorzystniejszej oferty oraz umożliwiają weryfikację
i porównanie poziomu oferowanego wykonania przedmiotu zamówienia na podstawie informacji przedstawianych w ofertach;
5)art. 241 ust. 1: Kryteria oceny ofert muszą być związane z przedmiotem zamówienia;
6)art. 433 pkt 3: Projektowane postanowienia umowy nie mogą przewidywać odpowiedzialności wykonawcy za okoliczności, za które wyłączną odpowiedzialność ponosi zamawiający;
7)art. 436 pkt 3: Umowa zawiera postanowienia określające w szczególności łączną maksymalną wysokość kar umownych, których mogą dochodzić strony.
Na podstawie ustawy – Kodeks cywilny:
1)art. 5: 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;
2)art. 353^1: 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.

Biorąc pod uwagę stan rzeczy ustalony w toku postępowania (art. 552 ust.1 Pzp), oceniając wiarygodność i moc dowodową po wszechstronnym rozważeniu zebranego materiału dowodowego (art. 542 ust. 1 Pzp), Izba stwierdziła, co następuje.

Odnosząc się do zarzutu w pkt II lit. a odwołania: w ocenie Izby Zamawiający może uwzględnić
w projektowanych postanowieniach umowy maksymalną wysokość kar umownych dochodzonych jedynie przez zamawiającego, gdy projektowane postanowienia umowy przewidują kary umowne jedynie dla wykonawcy. W art. 436 ustawy Pzp wymieniono katalog otwarty postanowień umownych, i choć w pkt 3 tegoż artykułu wskazano konieczną
do uwzględnienia łączną maksymalną wysokość kar umownych, których mogą dochodzić strony, to w ocenie Izby stosowanie tego postanowienia do stron ma jedynie uzasadnienie
w przypadku, gdy umowa przewiduje kary umowne dla obu stron. Nadto nie ma przepisu zobowiązującego zamawiającego do uwzględnienia kar umownych dla zamawiającego
w zamówieniach publicznych i nie można z treści art. 436 pkt 3 ustawy Pzp tego wywieść. Podobnie z art. 5 Kc w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp nie można wywieść nadużycia prawa podmiotowego poprzez nieuwzględnienie przez Zamawiającego limitu kar umownych względem zamawiającego. Należy zauważyć, że z kolei zamawiający zobowiązany jest
do uwzględnienia kar umownych względem wykonawcy – jak w art. 437 ust. 1 pkt 7, art. 464 ust. 10, art. 438, art. 436 pkt 4 lit. a ustawy Pzp. Zamawiający w ocenie Izby nie naruszył
art. 436 pkt 3 ustawy Pzp w zw. z art. 5 Kc stosowanym na zasadzie art. 8 ust. 1 ustawy Pzp.

Zatem powyższy zarzut Izba uznała jako niezasadny.

Odnosząc się do zarzutu w pkt II lit. c odwołania: Zamawiający nie ma obowiązku uwzględniania w projektowanych postanowieniach umowy kar umownych dla zamawiającego. W art. 436 ustawy Pzp wymieniono katalog otwarty postanowień umownych, i choć w pkt 3 tegoż artykułu wskazano konieczną do uwzględnienia łączną maksymalną wysokość kar umownych, których mogą dochodzić strony, to w ocenie Izby stosowanie tego postanowienia do stron ma jedynie uzasadnienie w przypadku, gdy umowa przewiduje kary umowne dla obu stron. Nie ma przepisu zobowiązującego zamawiającego do uwzględnienia kar umownych
dla zamawiającego w zamówieniach publicznych i nie można z treści art. 436 pkt 3 ustawy Pzp tego wywieść. Podobnie z art. 353^1 i art. 5 Kc w zw. z art. 8 ust. 1 nie można wywieść naruszenia zasady swobody umów i nadużycia prawa podmiotowego poprzez nieuwzględnienie przez Zamawiającego kar umownych dochodzonych od zamawiającego.
Z ugruntowanej linii orzeczniczej, w szczególności jak wskazała Krajowa Izba Odwoławcza
w wyroku z dnia 1 marca 2012 r. w sprawie sygn. akt KIO 360/12, nadal aktualnym, choć wydanym w poprzednim stanie prawnym, wynika, że: żaden przepis prawa nie nakłada obowiązku złożenia oferty w prowadzonym przez

zamawiającego postępowaniu,
ani zmuszania zamawiającego do zawarcia umowy, której treść mu nie odpowiada; nie może zatem kwestionować umowy wyłącznie dlatego, że uważa, iż mogłaby ona zostać sformułowana korzystniej dla wykonawcy; w ramach swobody umów zamawiający może narzucić pewne postanowienia we wzorze umowy, a wykonawca może nie złożyć oferty
na takich warunkach; natomiast składając ofertę musi wziąć pod uwagę rozszerzony zakres ryzyk i odpowiednio zabezpieczyć swoje interesy kalkulując cenę ofertową.

Należy przy tym zauważyć, że z kolei zamawiający zobowiązany jest do uwzględnienia kar umownych względem wykonawcy – jak w art. 437 ust. 1 pkt 7, art. 464 ust. 10, art. 438,
art. 436 pkt 4 lit. a ustawy Pzp. Zamawiający w ocenie Izby nie naruszył art. 16 pkt 3
w zw. z art. 436 pkt 3 ustawy Pzp oraz art. 353^1 i art. 5 Kc stosowanymi na zasadzie art. 8
ust. 1 ustawy Pzp.

Zatem powyższy zarzut Izba uznała jako niezasadny.

Odnosząc się do zarzutu w pkt II lit. d odwołania: Odwołujący w odwołaniu i na rozprawie
w dniu 07.07.2023 r. uzasadniał brak dochowania zasady proporcjonalności
przez Zamawiającego przy ustanowieniu 30% całkowitego wynagrodzenia brutto odnośnie maksymalnej wysokości kar umownych tym, że jednocześnie w projektowanych postanowieniach umowy ustalono odstępne w wysokości 10%. Odwołujący wywodził stąd niezasadność 30% limitu kar umownych. Wskazał także na możliwość dochodzenia przez Zamawiającego odszkodowania na zasadach ogólnych, co wynika z § 12 ust. 5 projektowanych postanowień umowy. Odwołujący nie udowodnił swoich twierdzeń, że 30% limit kar umownych jest wartością nieadekwatną do przedmiotu zamówienia oraz potencjalnej szkody, którą może ponieść Zamawiający i jako taki stanowi nadużycie prawa podmiotowego. Zamawiający zaprzeczył twierdzeniom Odwołującego tak w odpowiedzi na odwołanie,
jak i rozprawie w dniu 07.07.2023 r., w szczególności co do nieadekwatności wysokości limitu kar umownych do przedmiotu zamówienia. Wskazał nadto, że nawet ukształtowanie
kar umownych na poziomie 30% może nie być wystarczające do pokrycia ewentualnych szkód w realizacji zamówienia. W ocenie Izby, należy zgodzić się z Zamawiającym
co do nieuregulowania w przepisach prawa limitu kar umownych jakich mogą strony dochodzić z tytułu niewykonania czy nienależytego wykonania zamówienia publicznego. Stąd w ocenie Izby Zamawiający mógł ustanowić limit kar umownych na poziomie 30%. Zamawiający
w ocenie Izby nie naruszył art. 16 pkt 3 i art. 5 Kc w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp.

Zatem powyższy zarzut Izba uznała jako niezasadny.

Odnosząc się do zarzutu w pkt IV lit. a odwołania: Zamawiający wymaga od wykonawcy złożenia oświadczenia w umowie, że przed podpisaniem Umowy przeprowadził wizję lokalną całej nieruchomości i zapoznał się z terenem realizacji robót, infrastrukturą terenu budowy i jej specyfikacją oraz lokalizacją i nie zgłasza co do tego zastrzeżeń, a także że zapoznał się ponadto z miejscowymi warunkami dostaw materiałów budowlanych na teren robót
oraz odbiorem materiałów pochodzących z rozbiórek i nie zgłasza co do tego zastrzeżeń. Wszelkie zastrzeżenia Wykonawcy dotyczące terenu budowy zgłoszone po terminie zawarcia Umowy nie mogą być podstawą do dochodzenia jakichkolwiek roszczeń od Zamawiającego, w szczególności zwiększenia wynagrodzenia za wykonanie Umowy oraz do żądania przez Wykonawcę przesunięcia terminu zakończenia robót ani zmiany ich zakresu. Jak wskazał Odwołujący w odwołaniu obszar objęty zamówieniem obejmuje znaczny teren, bo ponad
7,5 ha, ponad 5500 m układu torowego. Odwołujący wskazał, że nie można podczas wizji lokalnej zweryfikować całego terenu i nie może wykonawca przyjąć na siebie odpowiedzialności o ile nie zgłosi wcześniej zastrzeżeń do terenu, w zakresie niewynikającym z dokumentacji projektowej. Izba podziela stanowisko Odwołującego, że opis przedmiotu zamówienia, w tym w dokumentacji projektowej, powinien uwzględniać wszelkie dane generujące istotne koszty po stronie wykonawcy w należytym wykonaniu zamówienia.
Nie może Zamawiający uchylać się od należytego sformułowania opisu przedmiotu zamówienia zgodnie z art. 99 ust 1 ustawy Pzp i przenosić odpowiedzialności za ustalenie kosztów w zakresie terenu budowy na wykonawcę. To Zamawiający dysponuje terenem budowy, posiada jego dokumentację, i powinien wykazać się znajomością tego terenu
w aspekcie wpływu na koszty wykonania zamówienia. Stąd w ocenie Izby niezależnie czy wynagrodzenie wykonawcy będzie miało charakter kosztorysowy czy ryczałtowy, punktem wyjścia do wyceny zamówienia powinien być należycie przedstawiony w odpowiednich danych i parametrach teren budowy. A zatem Zamawiający nie może powoływać się na ewentualny brak zastrzeżeń wykonawcy co do terenu budowy. W konsekwencji Zamawiający nie powinien uzależniać od zgłoszonych wcześniej zastrzeżeń praw wykonawcy do zgłaszania roszczeń wynikających z terenu budowy, a

mających wpływ na wykonanie zamówienia, w zakresie niewynikającym z opisu przedmiotu zamówienia z uwzględnieniem również niezbędnych danych dotyczących terenu budowy. Skoro już obecnie strony różnie interpretują postanowienia przyszłej umowy, to powinny być one ukształtowane w sposób precyzyjny
i niewymagający dodatkowych odniesień do pozostałych postanowień umowy czy przepisów prawa.

Zatem powyższy zarzut Izba uznała jako zasadny i nakazała Zamawiającemu zmianę danego projektowanego postanowienia umowy jak w pkt 2.1. sentencji wyroku.

Odnosząc się do zarzutu w pkt IV lit. b odwołania: W związku ze wskazaniem przez Zamawiającego w odpowiedzi na odwołanie, że umowa zawiera dwa rodzaje wynagrodzenia należne wykonawcy – w zakresie zadania 1 (budowa myjni) i zadania 2a (roboty budowlane
w ramach przebudowy bocznicy) – wynagrodzenie ma charakter kosztorysowy, natomiast
w przypadku pozostałych zadań wynagrodzenie zostało określone jako wynagrodzenie ryczałtowe, to § 3 ust. 5 projektowanych postanowień umowy powinien powyższe odpowiednio uwzględniać. Tymczasem powyżej przywołane postanowienie określa, że wynagrodzenie,
o którym mowa w Załączniku nr 1 do Umowy (załącznik ten stanowi dokumentacja projektowa zadań w ramach wynagrodzenia kosztorysowego), obejmuje wszelkie koszty realizacji Umowy, w tym robocizny, urządzeń i materiałów, niezbędne do prawidłowego wykonania Przedmiotu Umowy nawet, jeśli nie zostało to wyraźnie opisane, należności za wykonanie wszystkich czynności niezbędnych do kompleksowej realizacji Przedmiotu Umowy, a w tym m.in. odbiory, atesty, próby, opłaty urzędowe, licencje, koszt sporządzenia i uzgodnienia regulaminu prowadzenia ruchu kolejowego w rejonie robót, koszt nadzoru energetycznego, koszt wyłączania napięcia, koszt sporządzenia i uzgadniania regulaminu wyłączenia sieci trakcyjnej w rejonie, koszty związane z warunkami zawartymi w uzgodnieniach, opłaty
za media, wywóz odpadów, doprowadzenie do odbioru końcowego, koszty dokumentacji powykonawczej, koszty ewentualnych przestojów (w tym koszty mobilizacji i demobilizacji) koszt dostaw materiałów budowlanych na plac robót oraz koszt odbioru materiałów pochodzących z rozbiórki z placu robót przy założeniu, iż transport będzie musiał być realizowany przy pomocy kolejowych środków transportu, koszt zezwoleń wstępu na teren kolejowy, a także innych czynności, do których zobowiązany jest Wykonawca, również koszty przeszkolenia personelu Zamawiającego, użytkownika w obsłudze i konserwacji urządzeń dostarczonych lub zamontowanych przez Wykonawcę. Skoro zatem Zamawiający
nie uwzględni w OPZ ikosztorysie - przedmiarze robót wszystkich wymaganych do wykonania prac, to nieuprawnione jest w ocenie Izby wymaganie uwzględnienia przez wykonawcę wszystkich kosztów w wynagrodzeniu nawet w przypadku braku wyraźnego ich opisania.

Zatem powyższy zarzut Izba uznała jako zasadny i nakazała Zamawiającemu zmianę danego projektowanego postanowienia umowy jak w pkt 2.2. sentencji wyroku.

Odnosząc się do zarzutu w pkt IV lit. c odwołania: Zamawiający wymaga od wykonawcy przejęcia odpowiedzialności za ochronę instalacji i urządzeń nad, na i podziemnych zgodnie
z § 4 ust. 23 wzoru umowy - wykonawca odpowiada za ochronę instalacji i urządzeń nad,
na i podziemnych zlokalizowanych w obszarze robót (wraz z transportem i składowaniem); wszelkie uszkodzenia Wykonawca usunie niezwłocznie i na własny koszt. Jak wskazał Odwołujący w odwołaniu odpowiedzialność ta występuje również w przypadku, gdy instalacje i urządzenia nie zostały uwidocznione na mapach lub w dokumentacji przekazanej wykonawcy przez Zamawiającego. Zamawiający wskazał w odpowiedzi na odwołanie, że chodzi
tu o nałożenie na wykonawcę odpowiedzialności jedynie za nierzetelne i nieprawidłowe zapoznanie się z dokumentacją przetargową oraz terenem robót. Izba mimo twierdzeń Zamawiającego, podziela stanowisko Odwołującego co do tego, iż z brzmienia przywołanego projektowanego postanowienia umowy nie wynikają ograniczenia w odpowiedzialności, ponadto zdaniem Izby Zamawiający jako dysponujący terenem budowy i jego dokumentacją nie powinien na wykonawcę przenosić odpowiedzialności w zakresie przemilczanych w opisie przedmiotu zamówienia, w tym dokumentacji projektowej, istotnych dla wykonania zamówienia i kalkulacji ceny ofertowej danych i informacji dotyczących terenu budowy. Skoro już obecnie strony różnie interpretują postanowienia przyszłej umowy, to powinny być one ukształtowane w sposób precyzyjny i niewymagający dodatkowych odniesień do pozostałych postanowień umowy czy przepisów prawa.

Zatem powyższy zarzut Izba uznała jako zasadny i nakazała Zamawiającemu zmianę danego projektowanego postanowienia umowy jak w pkt 2.3. sentencji wyroku.

Odnosząc się do zarzutu w pkt IV lit. e odwołania: Na rozprawie w dniu 07.07.2023 r. Odwołujący przyznał, że nie podważa procedury w sprawie zamówień dodatkowych
i konieczności zawarcia aneksu do umowy. Podkreślił jednakże, że o tym, czy roboty będą zakwalifikowane do zamówień

dodatkowych zdecyduje Zamawiający. Wykonawca zatem pozostaje w niepewności co do kwalifikacji robót jako wykonywanych w ramach zamówienia podstawowego, czy też zamówienia dodatkowego. Zamawiający wskazał na rozprawie,
że wykonawca ma obowiązek niezwłocznego poinformowania o koniecznych robotach Zamawiającego, a ten w terminie kilku dni przekazuje informację zwrotną wykonawcy, choć terminu uzgodnienia po stronie Zamawiającego nie regulują projektowane postanowienia umowy. Tu Izba zauważa, że powyższej okoliczności Odwołujący nie skarżył w odwołaniu. Odwołujący wniósł, że nadużyciem pozycji Zamawiającego oraz co narusza zasady współżycia społecznego jest żądanie zrzeczenia się wszelkich roszczeń z tytułu prac dodatkowych wykonanych przed zawarciem aneksu do umowy. Nie sposób zgodzić się
z Odwołującym, że akceptując procedurę zlecania zamówień dodatkowych, jednocześnie oczekuje od Zamawiającego wycofania się z projektowanego postanowienia umowy
w zakresie przedmiotowego zrzeczenia się praw. W ocenie Izby strony winny współdziałać
w wykonaniu zamówienia, tak zamawiający, jak i wykonawca. Zamawiający zastosował
w istocie sankcję w postaci oświadczenia o zrzeczeniu się praw dla zdyscyplinowania wykonawcy w dotrzymaniu terminu rozpoczęcia i wykonania kosztownych zapewne zamówień dodatkowych (po zawarciu aneksu do umowy). Wykonawca winien dołożyć należytej staranności celem dokładnego oszacowania ryzyk w wykonaniu umowy i adekwatnie skalkulować cenę ofertową. Zamawiający w ocenie Izby nie naruszył art. 353^1 i art. 5 Kc
w zw. z art. 8 ustawy Pzp.

Zatem powyższy zarzut Izba uznała jako niezasadny.

Odnosząc się do zarzutu w pkt V lit. a odwołania: pomimo oświadczenia Zamawiającego na rozprawie w dniu 07.07.2023 r., że dokona zmiany kryterium oceny ofert,
to jest zamiast oceniać termin wykonania myjni oceniać będzie termin wykonania całego zamówienia, a w pozostałym zakresie nie uwzględnia zarzutu, Odwołujący nie złożył oświadczenia w zakresie cofnięcia zarzutu wskazanego w pkt V lit. a odwołania. Odwołujący domagał się bowiem w odwołaniu od Zamawiającego wskazania najkrótszego możliwego terminu wykonania zamówienia, podczas gdy Zamawiający pozostawił do oceny wykonawcom termin najkrótszej możliwej realizacji zamówienia i postanowił w SWZ ocenić termin wykonania zamówienia w jednym z kryteriów oceny ofert. Ponadto w odwołaniu Odwołujący kwestionował co do zasady kryterium – termin wykonania zamówienia jako kryterium przedmiotowe,
a wskazywał, że jest to kryterium podmiotowe. W ocenie Izby to, że jak podnosił Odwołujący zarówno w odwołaniu, jak i na rozprawie w dniu 07.07.2023 r., wykonawcy mogą składać oferty ze wskazaniem nierealnych do dotrzymania terminów aby uzyskać zamówienie, nie może stanowić przeszkody dla swobody stanowienia kryteriów oceny ofert przez Zamawiającego
o ile są zgodne z przepisami obowiązującego prawa. Zgodzić należy się z Zamawiającym,
iż oceniając oferty bada je także pod kątem złożenia w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji i takie winien odrzucić, w szczególności w przypadku złożenia oferty uwzględniającej nierealny w ocenie Zamawiającego termin realizacji zamówienia (art. 226
ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp). Zamawiający w ocenie Izby nie naruszył art. 240 i 241 ust. 1
w zw. z art. 16 ust. 2 ustawy Pzp dopuszczając jako kryterium oceny ofert termin realizacji zamówienia, gdyż kryterium to odnosi się do przedmiotu zamówienia, nie zaś jak wskazywał Odwołujący do podmiotowych właściwości wykonawcy. Chodzi bowiem o konkretny termin realizacji konkretnego zamówienia publicznego, co stanowić będzie istotny warunek umowy – termin realizacji. Nie chodzi zaś o hipotetyczne możliwości terminowe wykonawcy (zdolność techniczną co do zasady) w wykonywaniu hipotetycznego zadania. Zamawiający jest zatem uprawniony do ustalania jako kryterium oceny ofert terminu realizacji zamówienia (także
w zakresie realizacji myjni całorocznej – jak wskazał Odwołujący w odwołaniu realizacja tej myjni stanowi wykonanie robót budowlanych w oparciu o dokumentację projektową Zamawiającego, a jak wynika z odpowiedzi na odwołanie zadanie to będzie rozliczane kosztorysowo, a zatem zakres robót budowlanych wynika z dokumentacji projektowej – załącznik nr 1 do SWZ, przedmiaru robót – załącznik nr 4 do SWZ). Zamawiający w ocenie Izby nie był zobowiązany do wskazania minimalnego terminu realizacji zamówienia, ponieważ taki obowiązek nie wynika z przepisów prawa, zaś Odwołujący nie udowodnił, że niewskazanie minimalnego terminu wykonania zamówienia godzi w zasady postępowania o udzielenie zamówienia publicznego i narusza przepisy ustawy Pzp.
Zatem powyższy zarzut Izba uznała jako niezasadny.

Uwzględniając odwołanie w powyżej wskazanym zakresie, Izba zauważa, że choć jest związana zarzutami na gruncie art. 555 ustawy Pzp, to nie jest związana żądaniem odwołania. Ugruntowane w orzecznictwie jest stanowisko, iż

Izba nie może nakazać wprowadzenia
do umowy postanowienia o określonej treści, a w niniejszej sprawie może jedynie orzekać
w zakresie wskazanym w art. 554 ust. 3 pkt 1 lit c ustawy Pzp (nakazać zmianę projektowanego postanowienia umowy albo jego usunięcie, jeżeli jest niezgodne z przepisami ustawy). Podobnie w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 18.10.2021 r., sygn. akt KIO 2809/21: „(...) istotnym elementem przy odwołaniach na element SWZ w postaci wzoru umowy, mającym wpływ na sformułowanie treści sentencji orzeczenia, jest przepis art. 554 ust. 6 p.z.p., zgodnie z którym Izba nie może nakazać zawarcia umowy lub wprowadzenia
do umowy postanowienia o określonej treści.”. Biorąc pod uwagę powyższe Izba uwzględniając odpowiednio odwołanie nakazuje zamawiającemu zmianę projektowanego postanowienia umowy w oświadczeniach wykonawcy pkt 14 i w § 3 ust. 5 oraz w § 4 ust. 23 wzoru umowy w określony w pkt. 2.1, 2.2. i 2.3 sentencji orzeczenia sposób.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

W tym stanie rzeczy, Izba umorzyła postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutów uwzględnionych, a także uwzględniła odwołanie w zakresie w pkt IV lit. a-c oraz oddaliła odwołanie w pozostałym zakresie na podstawie art. 553 ustawy Pzp oraz orzekła jak
#x200ew sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 557, art. 574 i art. 575 ustawy pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 pkt 1 i 2 lit. b oraz § 7 ust. 2 pkt 1 i ust. 3 pkt 1 i 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania
oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. poz. 2437), stosownie
do wyniku postępowania, obciążając kosztami postępowania odwoławczego Zamawiającego w części 3/8 oraz Odwołującego w części 5/8. Na koszty postępowania odwoławczego składał się wpis uiszczony przez Odwołującego w wysokości 20.000,00 zł oraz koszty poniesione przez Odwołującego z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika w kwocie 3.600,00 zł (łącznie
23 600,00 zł), a także koszty wynagrodzenia pełnomocnika Zamawiającego w kwocie
3 600,00 zł. Do rozpoznania Izba skierowała 8 zarzutów. Izba uwzględniła trzy zarzuty odwołania, dlatego też na rzecz Odwołującego należało zasądzić koszty w wysokości 8 850,00 zł (23 600,00 zł x 3/8) od Zamawiającego. Izba oddaliła pięć zarzutów odwołania, dlatego też na rzecz Zamawiającego należało zasądzić koszty w wysokości 2 250,00 zł (3 600,00 zł x 5/8)
od Odwołującego. A zatem Izba znosząc częściowo koszty, o których mowa w § 5 pkt 2 lit. b wyżej wymienionego rozporządzenia, zasądziła na rzecz Odwołującego koszty w wysokości
6 600 zł (8 850,00 zł – 2 250,00 zł), a więc w wysokości w jakiej strony odpowiadają za koszty stosownie do wyniku postępowania, na podstawie faktury VAT złożonej przez Odwołującego
i Zamawiającego na rozprawie.

Biorąc pod uwagę powyższe orzeczono jak w sentencji.

Przewodniczący:……..…