

WYROK
z dnia 4 lipca 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ryszard Tetzlaff

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 29 czerwca 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 19 czerwca 2023 r. przez wykonawcę STRABAG Sp. z o.o. ul. Parzniewska 10 05800 Pruszków w postępowaniu prowadzonym przez: Morski Oddział Straży Granicznej im. płk. Karola Bacza, ul. Oliwska 35, 80563 Gdańsk

orzeka:

1. umarza postępowanie w zakresie zarzutów dotyczących:

a) naruszenia art. 99 ust 1 w zw. z art. 103 ust 1 w zw. oraz art. 16 pkt 1 i 3 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2022 r. poz. 1710 z późn. zm.) poprzez wskazanie w § 3 ust 3 wzoru Umowy iż Zamawiający zobowiązuje się dostarczyć Wykonawcy pozwolenie na budowę oraz dokumentację projektową najpóźniej w dniu przekazania terenu budowy, podczas gdy taka dokumentacja w całości powinna być przekazana w momencie wszczęcia postępowania w celu prawidłowego skalkulowania ceny oferty;

b) naruszenia art. 16 pkt 1, 2 i 3 w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2022 r. poz. 1710 z późn. zm.) w zw. z art. 647 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny (Dz.U. z 1964 r., Nr 16, poz. 93 z późn. zm.) poprzez zawarcie w treści wzoru umowy m.in. § 11 ust 2, § 18 ust 3, § 19 ust 1 tj. postanowień dających Zamawiającemu możliwość odmowy odbioru przedmiotu umowy w sytuacji wystąpienia jakichkolwiek wad lub usterek tzw. protokoły bezusterkowe z uznaniowością po stronie Zamawiającego czy dokona odbioru warunkowego w przypadku wystąpienia nieistotnych wad lub usterek;

c) naruszenia art. 353¹, art. 58 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny (Dz.U. z 1964 r., Nr 16, poz. 93 z późn. zm.) w zw. z art. 8 ust. 1 oraz art. 16 i art. 464 ust. 10 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2022 r. poz. 1710 z późn. zm.) poprzez przyjęcie w § 22 ust 1 ppkt b), § 18 ust. 3 wzoru Umowy rażąco krótkiego terminu na usunięcie wad i usterek tj. 7 dni kalendarzowych bez względu na to czy obiektywnie i technologicznie jest możliwe usunięcie wad w takim terminie jak i bez rozgraniczenia na rodzaj wad zgodnie z zarzutem nr 3 (wady istotne i nieistotne);

d) naruszenia art. 436 pkt 3 w zw. z art. 16 pkt 1, 2, 3 i art. 8 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2022 r. poz. 1710 z późn. zm.) w zw. z art. 353¹ i art. 647 w zw. z art. 484 § 2 w zw. z art. 483 i art. 473 § 1 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny (Dz.U. z 1964 r., Nr 16, poz. 93 z późn. zm.) ze względu na ustanowienie w § 22 ust 5 wygórowanego i nadmierne limitu kar umownych na poziomie 40% podczas gdy limit ten czterokrotnie przewyższa kare za odstąpienie od Umowy oraz ustanowienie w § 22 ust 1 ppkt b) kar jednostkowych rażąco wygórowanych przy nieterminowym usunięciu wad i usterek stwierdzonych podczas odbioru końcowego, podczas gdy wysokość tych kar nie ma już funkcji prewencyjnych a stanowi represję dla wykonawcy a jednocześnie Zamawiający nie rozróżnia rodzaju wad na wady istotne i nieistotne (co ma istotne znaczenia z punktu widzenia prawa i dotychczasowego orzecznictwa sądów, w zakresie konieczności dokonania odbioru), przywidując jednocześnie zbyt krótki i nieprzekraczalny termin na usunięcie wad i usterek stwierdzonych przy odbiorze; z uwagi na ich wycofanie.

e) naruszenia art. 437 ust 1 pkt 4, art. 447 ust 1 i 2, art. 465 ust 1 i 3 w zw. z art. 16 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2022 r. poz. 1710 z późn. zm.) poprzez wprowadzenie do wzoru umowy postanowień wprost sprzecznych z powyższymi przepisami ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2022 r. poz. 1710 z późn. zm.), w szczególności w zakresie w jakim Zamawiający uzależnia procedury odbiorowe przedmiotu umowy oraz zapłatę wynagrodzenia należnego wykonawcy od przedstawienia oryginałów oświadczeń wszystkich podwykonawców oraz dalszych podwykonawców podczas gdy przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2022 r. poz. 1710 z późn. zm.), w tym art. art. 437 ust 1 pkt 4, art. 447 ust 1, art. 465 ust 1 i 3 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2022 r. poz. 1710 z późn. zm.) wymagają jedynie złożenia dowodów zapłaty należnego podwykonawcom wynagrodzenia a nie złożenia obligatoryjnie jednego z nich, tj. oświadczeń własnych podwykonawców; z uwagi na jego uwzględnienie.

2. W pozostałym zakresie uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu: Morskiemu Oddziałowi Straży Granicznej im. płk. Karola Bacza, ul. Oliwska 35, 80563 Gdańsk zmianę postanowień Specyfikacji Warunków Zamówienia w zakresie Rozdziału 2 pkt 2.6 ppkt 3 poprzez nadanie im następującego brzmienia: „Termin wykonania przedmiotu umowy: 8 miesięcy od przekazania terenu budowy” oraz odpowiednie dostosowanie w związku z nakazaną zmianą załącznika nr 1

do Specyfikacji – Opis przedmiotu zamówienia pkt 8 ppkt 8.3, jak i analogiczne dostosowanie § 2 ust. 3 wzoru umowy wobec potwierdzenia się zarzutów odwołania.

3. Kosztami postępowania obciąża **Morski Oddział Straży Granicznej im. płk. Karola Bacza, ul. Oliwska 35, 80563 Gdańsk** i:

3.1. zalicza na poczet kosztów postępowania kwotę **10 000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **STRABAG Sp. z o.o. ul. Parzniewska 10 05800 Pruszków** tytułem wpisu od odwołania,

3.2. zasądza od **Morskiego Oddziału Straży Granicznej im. płk. Karola Bacza, ul. Oliwska 35, 80563 Gdańsk** na rzecz **STRABAG Sp. z o.o. ul. Parzniewska 10 05800 Pruszków** kwotę **13 600 zł 00 gr** (słownie: trzynaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu kosztów wpisu oraz wydatków pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 ust. 1 oraz art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. 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 1739/23

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „*Wykonanie robót budowlanych w ramach realizacji zadania pn. „Przebudowa nadbrzeża na terenie Kaszubskiego Dywizjonu SG w Gdańsku- Westerplatte,”* zostało wszczęte ogłoszeniem w ogłoszeniu opublikowanym w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 14.06.2023 r. pod nr 2023/BZP 00259717/01 przez Morski Oddział Straży Granicznej im. płk. Karola Bacza, ul. Oliwska 35, 80563 Gdańsk dalej: „Zamawiającym”. Do ww. postępowania o udzielenie zamówienia zastosowanie znajdują przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2022 r. poz. 1710 z późn. zm.), zwana dalej: „*NPzp*” albo „*ustawy Pzp*” albo „*pzp*”. Postanowienia Specyfikacji Warunków Zamówienia zwane dalej: „*SWZ*” zostały opublikowane dnia 14.06.2023 r. –

Dnia 19.06.2023 r. (wpływ do Prezesa KIO w wersji elektronicznej podpisane podpisem cyfrowym za pośrednictwem elektronicznej skrzynki podawczej - ePUAP) odwołanie względem treści ogłoszenia i postanowień *SWZ* z 16.06.2023 r. złożyło STRABAG Sp. z o.o. ul. Parzniewska 10, 05800 Pruszków zwany dalej: „STRABAG Sp. z o.o.” albo „Odwołujący”. Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 436 pkt 1) ustawy Pzp i art. 433 pkt. 3) ustawy Pzp, względnie art. 353¹ kc, art. 58 kc w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp oraz art. 16 ustawy Pzp poprzez:

a) wskazanie w *SWZ* (pkt. 2.6 pkt 3)) i wzorze umowy (§ 2 ust. 3) terminu realizacji zamówienia w dacieiennej wyznaczonej na dzień 30.11.2023 r., podczas gdy wskazanie wykonania zamówienia w konkretnej dacie narusza przepisy ustawy Pzp, w zakresie w jakim nakazują one określanie terminu w latach, miesiącach, tygodniach, dniach. Ponadto określenie terminu realizacji konkretną datą nie ma obiektywnych, uzasadnionych przyczyn i uniemożliwia prawidłową wycenę oferty.

b) Wskazanie terminu realizacji zamówienia określonego datą dzienną, która jest nierealna i niemożliwa do dochowania z punktu widzenia prawidłowego i zgodnego ze sztuką budowlaną wykonania wszystkich robót, dochowania procedur administracyjnych, które leżą po stronie Wykonawcy, dokonania czynności odbiorowych, przekazania obiektu w użytkowanie itd.

2. Art. 99 ust 1 w zw. z art. 103 ust 1 w zw. oraz art. 16 pkt 1 i 3 ustawy Pzp poprzez wskazanie w § 3 ust 3 wzoru Umowy iż Zamawiający zobowiązuje się dostarczyć Wykonawcy pozwolenie na budowę oraz dokumentację projektową najpóźniej w dniu przekazania terenu budowy, podczas gdy taka dokumentacja w całości powinna być przekazana w momencie wszczęcia postępowania w celu prawidłowego skalkulowania ceny oferty. Przepis art. 103 ust 1 Pzp nakazuje dokonać opisu przedmiotu za pomocą dokumentacji projektowej i specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych, co oznacza że opis powinien być elementem opisującym przedmiot zamówienia a dla wykonawcy elementem wyceny na etapie postępowania a nie na etapie realizacji umowy. Tym samym doszło do zaniechania dokonania opisu przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniających wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie ważnej oferty, spełniającej w całości wymagania Zamawiającego a w konsekwencji w sposób uniemożliwiający złożenie

porównywalnych ofert i utrudniający uczciwą konkurencję

3.art. 16 pkt 1, 2 i 3 ustawy Pzp w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 647 kc poprzez zawarcie w treści wzoru umowy m.in. § 11 ust 2, § 18 ust 3, § 19 ust 1 tj. postanowień dających Zamawiającemu możliwość odmowy odbioru przedmiotu umowy w sytuacji wystąpienia jakichkolwiek wad lub usterek tzw. protokoły bezusterkowe z uznaniowością po stronie Zamawiającego czy dokona odbioru warunkowego w przypadku wystąpienia nieistotnych wad lub usterek. Zamawiający nie przewiduje rozgraniczenia pomiędzy wadami istotnymi a nieistotnymi a przez to warunkuje wystawienie faktury i wypłatę wynagrodzenia od podpisania bezusterkowego protokołu odbioru, co jest niezgodne z przepisami prawa podobnie jak możliwość wstrzymywania płatności do czas usunięcia takich wad i usterek, podczas gdy zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa uprawnienie inwestora (Zamawiającego) do odmowy odbioru końcowego powinno mieć miejsce jedynie w przypadku wystąpienia wad istotnych zaś w przypadku zgłoszenia gotowości do odbioru przedmiotu umowy o roboty budowlanej z wadami nieistotnymi inwestor (Zamawiający) zobowiązany jest dokonać odbioru końcowego i dokonać zapłaty umówionego wynagrodzenia, a postanowienia umowy nie mogą pozostawiać dowolności w tym zakresie.

4.art. 437 ust 1 pkt 4 ustawy Pzp, art. 447 ust 1 i 2 ustawy Pzp, art. 465 ust 1 i 3 ustawy Pzp w zw. z art. 16 ustawy Pzp poprzez wprowadzenie do wzoru umowy postanowień wprost sprzecznych z powyższymi przepisami ustawy Pzp, w szczególności w zakresie w jakim Zamawiający uzależnia procedury odbiorowe przedmiotu umowy oraz zapłatę wynagrodzenia należnego wykonawcy od przedstawienia oryginałów oświadczeń wszystkich podwykonawców oraz dalszych podwykonawców podczas gdy przepisy ustawy Pzp, w tym art. 437 ust 1 pkt 4, art. 447 ust 1, art. 465 ust 1 i 3 ustawy Pzp wymagają jedynie złożenia dowodów zapłaty należnego podwykonawcom wynagrodzenia a nie złożenia obligatoryjnie jednego z nich tj. oświadczeń własnych podwykonawców.

5.art. 353¹ kc, art. 58 kc w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp oraz art. 16 ustawy Pzp i art. 464 ust. 10 ustawy Pzp poprzez przyjęcie w § 22 ust 1 ppkt b), § 18 ust. 3 wzoru Umowy rażąco krótkiego terminu na usunięcie wad i usterek tj. 7 dni kalendarzowych bez względu na to czy obiektywnie i technologicznie jest możliwe usunięcie wad w takim terminie jak i bez rozgraniczenia na rodzaj wad zgodnie z zarzutem nr 3 (wady istotne i nieistotne). Formułując tak postanowienia, Zamawiający powinien przewidzieć termin co najmniej 14 dni z możliwością wyznaczenia dłuższego terminu tam, gdzie będzie to obiektywnie i technologicznie konieczne, mając na względzie dodatkowo wysokość kary za brak terminowego usunięcia wad (0,5% wartości wynagrodzenia brutto za każdy dzień zwłoki) Zamawiający nadużywa swojego uprawnienia do kształtowania postanowień umowy o zamówienie publiczne.

6.art. 436 pkt 3 Pzp w zw. z art. 16 pkt 1, 2, 3 Pzp i art. 8 ust. 1 Pzp w zw. z art. 353¹ kc i art. 647 kc w zw. z art. 484 § 2 w zw. z art. 483 kc i art. 473 § 1 kc ze względu na ustanowienie w § 22 ust 5 wygórowanego i nadmierne limitu kar umownych na poziomie 40% podczas gdy limit ten czterokrotnie przewyższa kare za odstąpienie od Umowy oraz ustanowienie w § 22 ust 1 ppkt b) kar jednostkowych rażąco wygórowanych przy nieterminowym usunięciu wad i usterek stwierdzonych podczas odbioru końcowego, podczas gdy wysokość tych kar nie ma już funkcji prewencyjnych a stanowi represję dla wykonawcy a jednocześnie Zamawiający nie rozróżnia rodzaju wad na wady istotne i nieistotne (co ma istotne znaczenia z punktu widzenia prawa i dotychczasowego orzecznictwa sądów, w zakresie konieczności dokonania odbioru), przywidując jednocześnie zbyt krótki i nieprzekraczalny termin na usunięcie wad i usterek stwierdzonych przy odbiorze.

Mając na uwadze powyższe zarzuty, Odwołujący wnosil o nakazanie Zamawiającemu dokonania czynności zmiany treści ogłoszenia, treści SWZ i załącznika nr 6 do SWZ Projektowane postanowienia umowy odpowiednio do sformułowanych zarzutów. Odwołujący w celu jednoznacznego wskazania kierunku zmiany projektowanych postanowień SWZi umowy, mając na uwadze, że gospodarzem postępowania jest Zamawiający, poniżej podaje kierunek i rodzaj zmian adekwatnych do wyżej wskazanych zarzutów i żądań poprzez podanie brzmienia konkretnych zapisów:

1. W zakresie zarzutu dotyczącego nierealnego terminu realizacji zamówienia, Odwołujący wnosi o zmianę postanowień:

a)wzoru umowy w zakresie § 2 ust. 3, poprzez nadanie mu np. następującego brzmienia: „*Termin wykonania przedmiotu umowy: 9 miesięcy od przekazania terenu budowy*”.

b)SWZ w zakresie pkt. 2.6. ppkt. 3, poprzez dokonanie zmiany analogicznej do ww. wskazanej, tj.:

„Termin wykonania przedmiotu umowy: *9 miesięcy od przekazania terenu budowy*”.

W zakresie postanowień umowy:

Zmianę § 3 ust 3 poprzez nadanie brzmienia

„Zamawiający zobowiązuje się dostarczyć Wykonawcy pozwolenie na budowę:—Decyzję Wojewody Pomorskiego nr 24z/2023/LH z dnia 26.04.2023r. (zn. Sprawy WI II.7840.2.4.2023.LH) oraz dokumentację projektową najpóźniej w dniu przekazania terenu budowy. Zamawiający przekaze komplet dokumentów kierownikowi budowy w momencie przekazania terenu budowy”

„Wykonawca zobowiązuje się wykonać Przedmiot Zamówienia w oparciu o przekazaną mu na etapie Postępowania Decyzję Wojewody Pomorskiego nr 24z/2023/LH z dnia 26.04.2023r. (zn. Sprawy WI II.7840.2.4.2023.LH) oraz dokumentację projektową”.

Zmianę § 11 ust 2

Podstawą do wystawienia faktury końcowej i rozliczenia za wykonanie Przedmiotu Umowy będzie podpisany przez upoważnionych przedstawicieli Zamawiającego i Wykonawcy protokół odbioru końcowego robót. W przypadku stwierdzenia *Wad Istotnych*, podstawą do wystawienia faktury końcowej i rozliczenia za wykonanie przedmiotu umowy będzie oprócz protokołu odbioru końcowego robót, także protokół usunięcia wad, z zastrzeżeniem ust. 6 i 7.

Wprowadzenie do Umowy definicji Wad Istotnych i Nieistotnych:

1) *Wady Istotne* - wady, które uniemożliwiają użytkowanie wybudowanych obiektów zgodnie z ich przeznaczeniem.

2) *Wady Nieistotne* - pozostałe wady drobne jak niedoróbki, niedociągnięcia itp., które umożliwiają użytkowanie wybudowanych obiektów zgodnie z ich przeznaczeniem. Jeżeli liczba wad nieistotnych będzie uniemożliwiała lub znacząco utrudniała trwale lub czasowe użytkowanie obiektu lub danej części obiektu wówczas zostanie zakwalifikowana jako wada istotna.

Odpowiednio do powyższego zmianę reszty zapisów referujących do protokołów tzw „bezusterkowych” tj.

§ 19

1. Jeżeli w toku czynności odbioru zostaną stwierdzone wady, Zamawiającemu przysługują następujące uprawnienia:

a) może odmówić odbioru do czasu usunięcia Wad Istotnych w wyznaczonym terminie;

b) jeżeli Wady Istotne umożliwiają użytkowanie przedmiotu umowy zgodnie z przeznaczeniem, Zamawiający może żądać obniżenia wynagrodzenia w odpowiednim stosunku,

c) jeżeli Wady Istotne uniemożliwiają użytkowanie przedmiotu umowy zgodnie z przeznaczeniem, Zamawiający może odstąpić od umowy w zakresie wadliwie zrealizowanej części umowy i powierzyć usunięcie wad i usterek osobie trzeciej na koszt i ryzyko Wykonawcy. Wykonawca wyraża zgodę na potrącenie kosztów usunięcia wad i usterek z wynagrodzenia, o którym mowa w §9 ust. 1 umowy lub zabezpieczenia, o którym mowa w § 23 umowy.

d) w przypadku stwierdzenia Wad Nieistotnych Zamawiający dokonuje odbioru i zapłaty umówionego wynagrodzenia a ewentualnie stwierdzone Wady Nieistotne podlegają usunięciu w terminie określonym w § 18 ust 3 Umowy.

zmianę § 11 ust 7

Za dowód zapłaty należy rozumieć potwierdzone za zgodność z oryginałem kopie faktury (rachunku) Podwykonawcy (Dalszego Podwykonawcy) i przelewu płatności na konto Podwykonawcy (Dalszego Podwykonawcy) wraz z lub oryginał oświadczenia Podwykonawcy (Dalszego Podwykonawcy) potwierdzającym otrzymane należne wynagrodzenie lub oświadczenie Wykonawcy w sytuacji gdy Podwykonawca (Dalszy Podwykonawca) niezadanie odmawia wystawienia oświadczenia o otrzymaniu zapłaty. Oświadczenie musi zawierać w szczególności: nazwę Podwykonawcy (Dalszego Podwykonawcy), nazwiska osób umocowanych do reprezentowania (składania oświadczeń woli) Podwykonawcy (Dalszego Podwykonawcy), zakres i termin wykonanych prac ze wskazaniem umowy stanowiącej podstawę ich wykonania, kwotę otrzymanego wynagrodzenia. Zakres robót zdefiniowany będzie poprzez wskazanie pozycji w Zbiorczym Harmonogramie Rzeczowo-Finansowymi kosztorysie Wykonawcy. Komplet Dokumenty należy przedstawić Zamawiającemu nie później niż 10 dni kalendarzowych przed upływem terminu płatności faktury. Nieprzedstawienie kompletu dokumentów powoduje przerwanie terminu płatności faktury.

Zmianę § 18 ust 3

Z czynności odbioru końcowego będzie spisany protokół odbioru końcowego robót podpisany przez upoważnionych przedstawicieli Zamawiającego i Wykonawcy, zawierający wszelkie ustalenia dokonane w toku odbioru. Termin usunięcia wad stwierdzonych przy odbiorze końcowym wynosi *nie więcej niż 14 dni kalendarzowych* od daty podpisania protokołu odbioru końcowego robót lub *jeżeli jest to technologicznie konieczne i obiektywnie termin ten zostanie wydłużony*. Nieusunięcie wad w powyższym terminie skutkować będzie *odpowiednio* naliczeniem kary umownej, o której mowa w §22 ust. 1 lit. b) lub c) umowy.

Zmianę § 22 ust 1 ppkt b i c oraz ust 5:

1. Wykonawca zapłaci Zamawiającemu kary umowne w następujących wypadkach i wysokościach:

b) za zwłokę w usunięciu Wad Istotnych stwierdzonych w protokole odbioru końcowego robót w wysokości 0,01% kwoty brutto, określonej w §9 ust. 1 umowy, za każdy rozpoczęty dzień kalendarzowy zwłoki, licząc od następnego dnia po upływie terminu, o którym mowa w § 18 ust. 3 umowy,

c) a zwłokę w usunięciu wad stwierdzonych w okresie gwarancji lub rękojmi za wady lub Wad Nieistotnych stwierdzonych w protokole odbioru końcowego w wysokości 0,008% kwoty brutto określonej w §9 ust. 1 umowy, za każdy rozpoczęty dzień kalendarzowy zwłoki, licząc od dnia upływu terminu na usunięcie wad,

5. Łączna maksymalna wysokość kar umownych, określonych w ust. 1 nie może przekroczyć 10% wynagrodzenia brutto o którym mowa w § 9 ust. 1 umowy.

A także odpowiednie i zgodne z powyższym zmiany innych postanowień umowy które wprost odnoszą się do zaskarżonej materii w sytuacji gdy powielają skarżoną materię lub wprost referują do takiej materii.

Termin realizacji niezgodny z przepisami ustawy Pzp

Odwołujący wskazuje, że postanowienia SWZ i wzoru umowy dotyczące terminu realizacji przedmiotu umowy (pkt. VI SIWZ i § 3 ust. 1 wzoru umowy) narusza przepisy ustawy Pzp. Po pierwsze, planowany termin zakończenia powinien

być określony w czasookresach, chyba że wskazanie daty wykonania umowy jest uzasadnione obiektywną przyczyną. W przedmiotowym postępowaniu Zamawiający nie wykazał obiektywnej przyczyny, dla której określił w postępowaniu datę dzienną. Powyższe rozwiązanie służy zrównoważeniu pozycji stron kontraktu, stanowi wyraz partnerskiego traktowania wykonawców przez podmioty publiczne oraz stwarza realne podstawy dla każdego wykonawcy do oszacowania ryzyka związanego z terminem realizacji zamówienia. Określenie czasu realizacji powinno rozpoczynać się z momentem podpisania umowy wtedy kiedy realnie wykonawca ma prawo rozpocząć prace, po drugie powinno kończyć się po upływie określonego czasu, niezależnie od tego kiedy dojdzie do zawarcia umowy. Uregulowanie terminu realizacji datą dzienną stanowi też próbę przerzucenia odpowiedzialności na Wykonawcę za czasowe wykonanie zamówienia, w warunkach zawinionych przyczyn leżących po stronie Zamawiającego co stanowi przejaw stosowania klauzuli abuzywnej art. 433 pkt 3 ustawy Pzp. De facto zamawiający przerzuca na wykonawcę ryzyko terminowego i sprawnego przeprowadzenia procedury przetargowej tak, aby przedmiot umowy został zrealizowany do 30.11.2023 r. Wykonawca nie odpowiada za czas trwania procedury przetargowej i przykładowo umowa w niniejszym postępowaniu może być zawarta w sierpniu 2023 r. a w przypadku wniesienia chociażby samego odwołania na zapisy ogłoszenia czy nawet czynność wyboru procedura może się opóźnić o blisko 2 miesiące lub z innych przyczyn o czas bliżej nieokreślony. Do drugie, termin ustalony przez Zamawiającego jest nierealny i niemożliwy do dotrzymania z punktu widzenia krótkiego w stosunku do zakresu prac określonego datą dzienną tj. do dnia 30.11.2023r. Zauważył, że obecny termin złożenia ofert w przedmiotowym postępowaniu to dzień 30.06.2023r. Procedura wyboru najkorzystniejszej oferty i podpisania umowy to okres badania i oceny ofert, wezwania do złożenia dokumentów okres wyczekiwania na możliwość zawarcia umowy (minimalnie i łącznie 10 dni, tj. do dnia 10.07.2023 r.) Z kolei projektowane zapisy umowne, ani zapisy SWZ nie precyzują jaka czynność stanowić będzie termin wykonania przedmiotu umowy. Należy więc założyć, że będzie to dzień podpisania protokołu odbioru końcowego, który zgodnie z § 18 ust. 2 projektowanych postanowień umowy odbędzie się w terminie 14 dni kalendarzowych od daty zgłoszenia przez Wykonawcę wykonania przedmiotu umowy i potwierdzenia gotowości wykonanych robót do odbioru przez inspektorów nadzoru. Tym samym na wykonanie prac i sporządzenie odpowiedniej dokumentacji wykonawcy pozostaje zaledwie 129 dni. Nie bez znaczenia dla terminu wykonywania robót pozostaje również fakt, że zgodnie z §4 ust. 8 projektowanych zapisów umowy, prace mogą odbywać się w godzinach 7-15 od poniedziałku do piątku w dniach roboczych, przy czym pewnym standardem przy wykonywaniu prac hydrotechnicznych, z uwagi na duże zaangażowanie sprzętu, w tym pływającego, jest 10h dzień pracy. Praca w innym wymiarze czasowym jest uzależniona od zgody Zamawiającego. Biorąc pod uwagę swoje profesjonalne i bogate doświadczenie w wykonywaniu podobnych robót, Odwołujący przygotował harmonogram rzeczowy, uwzględniający odpowiednie okresy wykonywania poszczególnych robót, który załącza do niniejszego Odwołania. Harmonogram ten stanowi dowód na okoliczność niedoszacowania przez Zamawiającego czasu koniecznego na prawidłowe wykonanie przedmiotu zamówienia. Przedłożony Harmonogram rzeczowy wykazuje, że założony przez Zamawiającego termin wykonania przedmiotu zamówienia - przybliżony i w optymistycznym wariantcie 129 dni jest nierealny i niemożliwy do utrzymania. Założona przez Odwołującego, poparta jego wiedzą i doświadczeniem w tym zakresie, kolejność wykonywania poszczególnych etapów procesu realizacyjnego uzasadnia przyjęcie terminu minimum 9 miesięcy od daty przekazania terenu budowy. Sam czas prac wynosi ponad 8 miesięcy co przedstawia wyżej załączony Harmonogram jednakże mając na uwadze iż umowa nie przewiduje możliwości wydłużenia terminu z powodu chociażby zdarzeń zewnętrznych niezależnych od Wykonawcy, termin realizacji całości Przedmiotu Umowy powinien wynosić min 9 miesięcy.

Zwrócił również uwagę na występującą w umowie dysproporcję pomiędzy krótkim okresem wykonania umowy, wyznaczonym dla Wykonawcy, a przewidywanym dla Zamawiającego czasem akceptacji projektów umów podwykonawczych w zakresie robót budowlanych. Wynosi on bowiem aż 28 dni: 14 dni kalendarzowych na akceptację projektu umowy (§13 ust. 4) oraz 14 dni kalendarzowych na zgłoszenie sprzeciwu do przedłożonej zawartej umowy (§13 ust. 4). Okres akceptacji podwykonawcy przez Zamawiającego wynosi więc aż 22% czasu przeznaczonego na wykonanie robót. Uzasadniona jest zatem zmiana terminu rozpoczęcia realizacji robót budowlanych i jej urealnienie, poprzez odniesienie okresu realizacji do faktycznego zakresu robót. Odwołujący podnosi jednocześnie, że mając na uwadze swoje profesjonalne doświadczenie jak również niepewność co do tego kiedy faktycznie rozpocznie się realizacja umowy, a także robót budowlanych, uzasadnione jest wydłużenie terminu realizacji jak wyżej.

Moment przekazania dokumentacji projektowej

Dokumentacja przetargowa jest niejednoznaczna i sprzeczna w zakresie w jakim przewiduje przekazanie decyzji pozwolenia na budowę oraz dokumentację projektową raz na etapie realizacji Umowy po przekazaniu placu budowy a raz na etapie Postępowania.

W OPZ znajduje się zapis mówiący o tym, że dokumentacja jest częścią OPZ:

Uwaga!

Zakres prac ujęty w Opisie Przedmiotu Zamówienia ma charakter ogólny i służy jedynie łatwiejszej wycenie planowanych do wykonania robót budowlanych. Szczegółowy zakres prac wraz z ich dokładnym opisem znajduje się w dokumentacji projektowej stanowiącej załącznik do niniejszego Opisu Przedmiotu Zamówienia

powyższe wskazywałoby, że dokumentacja projektowa jest przekazywana na etapie Postępowania przed składaniem ofert, a nie etapie przekazywania placu budowy po podpisaniu Umowy. Z uwagi na jednoznaczność i niejasność opisu

zamówienia w tym zakresie, jak i pojawiające się wątpliwości czy całość dokumentacji, niezbędnej do wyceny została Wykonawcy przekazana na odpowiednich etapie wnosimy o zmianę wskazanego w Części I i II Odwołania zapisu umowy.

Nadmienić, iż nawet jeżeli zamiarem Zamawiającego było udostępnienie dokumentacji projektowej na etapie Postępowania to pozostawienie zapisu § 3 ust 3 umowy w niezmienionej treści rodzi ryzyko, że nie cała dokumentacja została przekazana na obecnym etapie tj. przed składaniem ofert, co powoduje, że wykonawcy mogą być zaskakiwani na etapie realizacji Umowy nowymi dokumentami i opracowaniami składającymi się na Przedmiot Zamówienia, które nie były znane ani nie były możliwe do wyceny na etapie składania oferty. To powoduje naruszenie nie tylko zasad opisu przedmiotu zamówienia w myśl art. 99 i 103 ustawy Pzp ale także zasadę przejrzystości postępowania oraz równego traktowania wykonawców (art. 16 ustawy Pzp). Obowiązkiem Zamawiającego jest opisanie przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. W przypadku błędów i braków w opisie przedmiotu zamówienia żaden z wykonawców nie jest w stanie wycenić należycie przedmiotu zamówienia i złożyć prawidłowej oferty, co może skutkować unieważnieniem postępowania. Powyższe jest konieczne i wynika także z wyroku SA w Krakowie - z 30.11.2020 r. I AGa 543/18 „Obowiązkiem Zamawiającego jest dokonanie opisu w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, a więc taki, który zapewnia, że wykonawcy będą w stanie, bez dokonywania dodatkowych interpretacji, zidentyfikować, co jest przedmiotem zamówienia (jakie usługi, dostawy czy roboty budowlane), i że wszystkie elementy istotne dla wykonania zamówienia będą w nim uwzględnione”.

Zasady odbiorowe tzw „bezusterkowe” i możliwość wstrzymywania wypłaty wynagrodzenia

Zamawiający nadużywa swojej pozycji dominującej w sytuacji, w której żąda usunięcia wszelkich wad i usterek nie dokonując ich rozróżniania. Z jednej strony przewiduje że może dokonać odbioru jeżeli wystąpią wady ale z drugiej sytuacja ta nie jest pewna dla wykonawcy dlatego też postanowienia Umowy należy doprecyzować zarówno poprzez:

a) Wprowadzenie definicji Wad Istotnych i Nieistotnych

b) Uściślenie zasad odbiorowych tak aby wykonawca miał pewność że w sytuacji wystąpienia Wad Nieistotnych

Zamawiający dokona odbioru i zapłaty wynagrodzenia

Zgodnie z art. 647 kc jednym z podstawowych obowiązków inwestora, w tym wypadku Zamawiającego, w ramach umowy o roboty budowlane jest dokonanie odbioru robót. Odbiór wykonanych robót jest kwestią kluczową w relacjach inwestor (Zamawiający) - wykonawca. Dokonanie odbioru stanowi niejako pokwitowanie spełnienia świadczenia wystawiane przez inwestora. Praktyka budowlana pokazuje, że na etapie odbioru końcowego dochodzi często do sporów pomiędzy inwestorem a wykonawcą. Osią tego sporu jest kwestia wad w wykonanych robotach w związku, z których wystąpieniem, inwestorzy odmawiają dokonania odbioru a tym samym blokują możliwość otrzymania wynagrodzenia przez wykonawcę. W istocie poprzez odmowę dokonania odbioru inwestor próbuje wymusić usunięcie wad stwierdzonych na etapie odbioru końcowego przedmiotu umowy. Tego typu spory były przedmiotem oceny w licznych wyrokach Sądu Najwyższego. W wyrokach tych Sąd Najwyższy ukształtował jednolitą linię orzecniczą, z której wynika, że w świetle art. 647 kc inwestor obowiązany jest dokonać odbioru końcowego i zapłacić wynagrodzenie należne wykonawcy. Inwestor nie może uzależniać dokonania odbioru końcowego i zapłaty należnego wynagrodzenia od braku jakichkolwiek wad w wykonanym obiekcie. Inwestor może uchylić się od obowiązku dokonania odbioru końcowego tylko w przypadku wystąpienia wad istotnych, gdyż tylko w takim wypadku można wskazać, że wykonawca nie spełnił swojego świadczenia, w pozostałych wypadkach tj. wystąpienia wad nieistotnych mamy do czynienia z nieprawidłowym wykonaniem zobowiązania przez wykonawcę. W takiej sytuacji inwestor jest obowiązany dokonać odbioru końcowego a do protokołu odbioru może zostać dołączony wykaz wszystkich ujawnionych wad z terminami ich usunięcia lub oświadczeniem inwestora o wyborze innego uprawnienia przysługującego mu z tytułu odpowiedzialności wykonawcy za wady ujawnione przy odbiorze. Powyższe zostało ukształtowane w formie jednolitego stanowiska i wynika m.in. z wyroków SN:

Wyrok Sądu Najwyższego - Izba Cywilna z dnia 12 marca 2021 r. V CSKP 14/21

Inwestor jest uprawniony do odmowy odbioru obiektu tylko wówczas, gdy jest on dotknięty wadą istotną, tj. taką, która czyni go niezdatnym do umówionego użytku zgodnie z przeznaczeniem lub prowadzi do wykonania robót w sposób wyraźnie sprzeciwiający się umowie. **Jeżeli natomiast wady nie są istotne w powyższym znaczeniu, to inwestor nie może odmówić jego odbioru**, natomiast może skorzystać z uprawnień z tytułu rękojmi, ewentualnie gwarancji. W takiej sytuacji w protokole odbioru robót powinny się znaleźć ustalenia co do jakości wykonanych robót, w tym ewentualny wykaz ujawnionych wad wraz z ustalonymi terminami ich usunięcia albo oświadczenia inwestora o wyborze innego uprawnienia przysługującego mu z tytułu odpowiedzialności wykonawcy za ujawnione przy odbiorze wady.

Wyrok Sądu Najwyższego - Izba Cywilna z dnia 22 czerwca 2007 r. V CSK 99/07

1. Inwestor ma obowiązek odbioru obiektu budowlanego wykonanego zgodnie z projektem i zasadami wiedzy technicznej.

2. Strony umowy o roboty budowlane nie mogą uzależnić wypłaty wynagrodzenia należnego wykonawcy od braku jakichkolwiek usterek.

Wyrok Sądu Najwyższego - Izba Cywilna z dnia 7 kwietnia 1998 r. II CKN 673/97 W świetle obowiązków inwestora wynikających z art. 647 i 654 KC błędny jest pogląd, że w przepisach o umowy o roboty budowlane "nie wspomniano o

terminie w jakim zamawiający jest obowiązany do zapłaty wynagrodzenia".

Wbrew dowolnej wykładni obowiązków inwestora zaprezentowanej w kasacji, Sąd Apelacyjny prawidłowo wyeksponował, że z samego przepisu art. 647 KC (tak zresztą jak i z art. 627 KC) wprost wynika, że ma on obowiązek odebrać wykonany obiekt i zapłacić umówione wynagrodzenie. Jak na to wskazał już Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 5 marca 1997 r., II CKN 28/97 (OSNIC 1997 Nr 6 - 7, poz. 90) **jeśli wykonawca zgłosił wykonanie robót to obowiązek dokonania ich odbioru jest niezależny nawet od kwestionowania ich jakości. Odmowa jego spełnienia nie może być - jak ujęto w kasacji - elementem szantażu ze strony inwestora.** Ponadto, zasada powiązania momentu powstania obowiązku zapłaty wynagrodzenia z przyjmowaniem wykonanych robót (nawet przed odbiorem obiektu) wynika także wprost z art. 654 KC. Błędny jest więc pogląd skarżącego, iż kwestia ta i w tym tytule kodeksu cywilnego nie została w ogóle uregulowana i termin zapłaty zależy od woli inwestora. Brak bardziej szczegółowej regulacji wynika jedynie stąd, że uprzednio decydowała - przede wszystkim - treść uchylonych aktów pozakodeksowych dotyczących rozliczeń jednostek gospodarki społecznej.

Wyrok Sadu Najwyższego - Izba Cywilna z dnia 7 marca 2013 r. II CSK 476/12

1. Skoro oświadczenie o potrąceniu może wyrzucić skutek dopiero z chwilą dojścia do adresata (art. 61 KC), to zawarte w odpowiedzi na pozew oświadczenie o potrąceniu doręczone jedynie nieumocowanemu do jego przyjęcia pełnomocnikowi powoda nie może być ocenione jako skuteczne, a przeciwnie stanowisko narusza art. 91 KPC, 96 KC, 61 KC i 499 KC.

2. *W sytuacji gdy wykonawca zgłosił zakończenie robót budowlanych wykonanych zgodnie z projektem i zasadami wiedzy technicznej zamawiający jest zobowiązany do ich odbioru (art. 647 KC).* W protokole z tej czynności stanowiącym pokwitowanie spełnienia świadczenia i podstawę dokonania rozliczeń stron, niezbędne jest zawarcie ustaleń co do jakości wykonanych robót, w tym ewentualny wykaz wszystkich ujawnionych wad z terminami ich usunięcia lub oświadczeniem inwestora o wyborze innego uprawnienia przysługującego mu z tytułu odpowiedzialności wykonawcy za wady ujawnione przy odbiorze. *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.*

Podkreślił, że w orzecznictwie KIO również przyjmuje się, że Zamawiający narusza przepisy Pzp w przypadku zastrzeżenia w projekcie umowy zapisów pozwalających na odmowę dokonania odbioru końcowego w przypadku stwierdzenia wad nieistotnych tj. zastrzeżenie odbiorów bezusterkowych. Orzeczenia KIO zapadły co prawda w oparciu o poprzednie obowiązującą ustawę nie mniej jednak obecnie obowiązujące pzp nie wprowadza w tym zakresie odmiennych uregulowań jak również przepisy kc nie uległy zmianie. W konsekwencji poglądy zawarte w wyrokach KIO w dalszym ciągu w tym zakresie zachowują aktualność. Odnośnie poglądów KIO dot. odbiorów bezusterkowych przy umowie o roboty budowlane można powołać się na:

(i) wyrok KIO z dnia 19 stycznia 2021 r w sprawie KIO 3440/20 gdzie Izba wskazała, że: „Izba w pełni podziela stanowisko oraz argumentację zaprezentowaną przez Odwołującego. Izba uznała, że nadużyciem ze strony Zamawiającego jest sformułowanie w treści IPU postanowień umożliwiających Zamawiającemu odmowę dokonania odbioru końcowego, w sytuacji stwierdzenia w toku tego odbioru jakiegokolwiek, nawet drobnej usterki czy też wady. Jak słusznie podnosił Odwołujący czy to przerwanie odbioru czy też odmowa odbioru rodzi ten sam skutek. Niewątpliwie nieuprawniona jest możliwość odmowy dokonania odbioru z powodu każdej, nawet najbardziej błahej i nieistotnej wady czy też usterki. W kontekście powyższego Izba uznała zgłoszony zarzut za uzasadniony i jednocześnie zobowiązała Zamawiającego do tego, aby zmodyfikował treść IPU w powyższym zakresie”

(ii) Wyrok KIO z dnia 8 listopada 2019 r. w sprawie KIO 2017/19

„Izba podziela stanowisko zaprezentowane w wyroku Sądu Najwyższego - Izba Cywilna z dnia 7 marca 2013 r. II CSK 476/12, w którym zostało m.in. stwierdzone, że w sytuacji gdy wykonawca zgłosił zakończenie robót budowlanych wykonanych zgodnie z projektem i zasadami wiedzy technicznej zamawiający jest zobowiązany do ich odbioru (art. 647 KC). W protokole z tej czynności stanowiącym pokwitowanie spełnienia świadczenia i podstawę dokonania rozliczeń stron, niezbędne jest zawarcie ustaleń, co do jakości wykonanych robót, w tym ewentualny wykaz wszystkich ujawnionych wad z terminami ich usunięcia lub oświadczeniem inwestora o wyborze innego uprawnienia przysługującego mu z tytułu odpowiedzialności wykonawcy za wady ujawnione przy odbiorze. 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.”

Powyższe oznacza, że treść postanowień w szczególności § 19 ust 1 które w umowie pozostawiają dowolność odbioru albo nie referują dokładnie kiedy do nich dojdzie narusza wskazane w pkt I Odwołania przepisy prawa oraz pozostawia Zamawiającemu możliwość uchylecia się od dokonania odbioru końcowego w każdym przypadku wystąpienia wad, nawet jeżeli wady mają charakter nieistotny. W ocenie odwołującego uprawnienie Zamawiającego do odmowy dokonania odbioru końcowego czy też przerwania czynności odbiorowych powinno być ograniczone jedynie do przypadku wystąpienia wad istotnych. W związku z tym zapisy zawarte we wskazanych punktach umowy powinny zostać zmienione w taki sposób, aby dostosować je treści art. 647 kc tj. Zamawiający powinien mieć obowiązek a nie możliwość dokonania odbioru końcowego w przypadku, gdy w wykonanych robotach brak jest wad istotnych. Co więcej ograniczenie, że wykonawca będzie uprawniony do wystawienia faktury VAT dopiero w momencie podpisania protokołu usunięcia wad

podczas gdy takie wstrzymywanie możliwości wystawienia faktury, a co za tym idzie płatności jest niezgodne z przepisami prawa, stanowi naruszenie art. 436 pkt 2 i art. 443 pkt 1 ustawy Pzp, ponadto narusza art. 647 kc nakazujący zapłacić wykonawcy wynagrodzenie należne za wykonany i odebrany obiekt. Inwestor ma obowiązek odebrać obiekt i zapłacić umówione wynagrodzenie w sytuacji gdy nie stwierdzono wad istotnych a jakiegokolwiek drobne wady nie powinny wstrzymywać odbioru, a co za tym idzie płatności wynagrodzenia.

Żądanie obligatoryjnego złożenia oryginałów oświadczeń Podwykonawców (dalszych Podwykonawców o zapłacie należnego wynagrodzenia)

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

Art. 447 ust. 1 ustawy Pzp nie wskazuje jako koniecznego dowodu potwierdzającego zapłatę wynagrodzenia na rzecz podwykonawców jedynie oświadczenia podwykonawców lecz dopuszcza szeroki wachlarz dowodów, głównie dlatego żeby nie wstrzymywać niezasadnie wynagrodzenia wykonawcy i nie uzależniać wypłaty od oświadczeń podwykonawców, którzy często będąc w sporze z wykonawcą odmawiają wystawienia właściwych oświadczeń własnych. Wykonawca zgodnie z art. 447 ust. 1 ustawy Pzp może przedstawić dowolne dowody w celu wykazania, że dokonał zapłaty wymagalnego wynagrodzenia na rzecz podwykonawców biorących udział w realizacji odebranych prac i z tego tytułu nie występują zaległości. Wskazać należy, że wynagrodzenie podwykonawcy może zostać zaspokojone (umorzenie wierzytelności o zapłatę wynagrodzenia) nie tylko poprzez dokonanie bezpośredniej zapłaty, może to nastąpić czy to na mocy porozumienia stron (ugoda), na mocy jednostronnych oświadczeń woli (potrącenie i to zarówno przez podwykonawcę jak i wykonawcę, przekaz, zwolnienie z długu) czy też umów (cesja wierzytelności, faktoring itp.). Ograniczenie katalogu dowodów lub żądanie niektórych z nich nie uwzględnia zatem nie tylko praktyki obrotu gospodarczego jak i obowiązujących przepisów kc (dopuszczających różne działania prowadzące do umorzenia czy też zaspokojenia wierzytelności) czy też ustawy Pzp..

Niezgodne z ustawą Pzp będzie także wstrzymywanie płatności na rzecz wykonawców lub odmowa wypłaty w sytuacji, gdy wykonawca nie zdoła przedłożyć oświadczenia podwykonawców lub dalszego podwykonawcy. Taka sytuacja może prowadzić do zatorów płatniczych, zachwiania płynności rozliczania inwestycji i kondycji finansowej wykonawcy. Wstrzymywanie płatności powoduje też niezasadne i niezgodne z przepisami kredytowanie inwestycji przez wykonawcę (a w przedmiotowej umowie i tak takie kredytowanie w części Wykonawca przyjmuje na siebie). Art. 647 kodeksu cywilnego stanowi, że przez umowę o roboty budowlane wykonawca zobowiązuje się do oddania przewidzianego w umowie obiektu, wykonanego zgodnie z projektem i z zasadami wiedzy technicznej, a inwestor zobowiązuje się do dokonania wymaganych przez właściwe przepisy czynności związanych z przygotowaniem robót, w szczególności do przekazania terenu budowy i dostarczenia projektu, **oraz do odebrania obiektu i zapłaty umówionego wynagrodzenia.**

Tym samym Odwołujący wnosił o dopuszczenie jako podstawy do zapłaty wynagrodzenia i złożenia wniosku o płatność każdego dowodu potwierdzającego zapłatę należnego wynagrodzenia podwykonawcy lub dalszego podwykonawcy, a nie tylko ich oświadczenia.

5 i 6 Zbyt krótki termin na usunięcie wad i usterek zbyt wygórowana kara jednostkowa i limit kar umownych

Konieczność realizacji uzasadnionych potrzeb Zamawiającego w oczywisty sposób wpływa na ograniczenie zasady swobody umów w obszarze zamówień publicznych, niemniej jednak należy dostrzec, iż swoboda Zamawiającego w zakresie kształtowania postanowień umowy nie jest nieograniczona. Należy zwrócić uwagę na treść orzeczenia KIO z 18.05.2015 r., sygn. akt: KIO 897/15, w którym Izba zauważyła, że ustalenie przez Zamawiającego warunków umowy nie ma charakteru absolutnego, gdyż Zamawiający nie może nadużywać swojego prawa podmiotowego, a granicami oceny, czy do takiego nadużycia doszło jest przepis art. 353¹ Kodeksu cywilnego oraz klauzula generalna z art. 5 Kc Odwołujący, w ślad za stanowiskiem zaprezentowanym przez Izbę wskazuje, iż „Uprawnienie zamawiającego do kształtowania przedmiotu zamówienia zgodnie z jego potrzebami nie oznacza prawa do zupełnie dowolnego kształtowania wymagań SIWZ (w tym warunków umowy), które mogą prowadzić do obciążenia wykonawcy w stopniu wykraczającym ponad uzasadnione potrzeby zamawiającego. Zamawiający w szczególności ma obowiązek ukształtować stosunek prawny w granicach określonych treścią art. 353¹ oraz art. 5 k.c., co oznacza, że postanowienia umowne nie mogą być sprzeczne - z właściwością stosunku zobowiązaniowego, ustawą lub zasadami współżycia społecznego. Właściwość (naturę) stosunku należy rozumieć jako nakaz respektowania podstawowych cech stosunku kontraktowego, które stanowią o jego istocie.” (wyrok KIO z 06.11.2014 r., sygn. akt: KIO 2177/14).

Podkreślił, iż SN w wyrokach o sygn. IV CSK 478/07 oraz II CSK 528/10 stwierdził, iż negatywnej ocenie powinna też podlegać umowa o zamówienie publiczne, ukształtowana przez Zamawiającego z wykorzystaniem jego silniejszej pozycji w postępowaniu, gdyż umowa taka powinna chronić interesy nie tylko Zamawiającego, ale również Wykonawcy.

Termin 7 dni na usunięcie wad

Zamawiający nadużywa swojej pozycji dominującej poprzez wyznaczenie sztywnego i zbyt krótkiego terminu na usunięcie wszelkich wad i usterek pod rygorem naliczenia bardzo wysokiej a wręcz nieadekwatnej do tego kary umownej.

Wykonawca wskazuje też, że w pewnych przypadkach nawet wystąpienia wad nieistotnych termin 7 dni jest terminem obiektywnie niewystarczającym, co w pewnych wypadkach będzie stanowiło też o świadczeniu niemożliwym do spełnienia w trybie art. 387 § 1 KC (§ 1. Umowa o świadczenie niemożliwe jest nieważna).

Odwolujący pragnie zwrócić uwagę, że wykonanie niektórych napraw, dotyczących wad nieistotnych, może być utrudnione lub niemożliwe w niektórych przypadkach w podanym przez Zamawiającego 7-dniowym terminie, jak przykładowo, w następujących przypadkach:

1. Usunięcie wad na granicy woda - nabrzeże

Dotyczy min.:

- Wykonania ewentualnych napraw betonowej powierzchni pionowej oczepu (rzędna góry oczepu +2,01 / +1,08mnpm, rzędna spodu oczepu -0,42mppm),
- Wykonanie ewentualnych napraw dylatacji na powierzchni pionowej oczepu,
- Wykonanie ewentualnej naprawy wyposażenia zamontowanego na powierzchni pionowej oczepu np. wykonanie naprawy zabezpieczenia antykorozyjnego drabinki wyłazowej,
- Wykonanie ewentualnej naprawy betonowej powierzchni poziomej oraz pionowej przystani niskiej (rzędna +1,13mnpm),
- Wykonanie ewentualnych napraw dotyczących montażu belek odbojowych,

Wykonanie w/w prac naprawczych będzie wymagało prowadzenia robót przy użyciu sprzętu pływającego np. tratwy roboczej, na której znajdować się będą pracownicy fizyczni wykonujący przedmiotową naprawę. Pracownicy fizyczni w trakcie prowadzenia prac wyposażeni będą w odzież ochroną np. kamizelki ratunkowe (kapoki), oraz w rejonie prowadzenia prac każdorazowo umieszczony zostanie sprzęt ratunkowy i asekuracyjny np. koło ratunkowe z rzutką. Pomimo w/w rozwiązań ratunkowo - asekuracyjnych z uwagi na zachowanie bezpieczeństwa pracowników nie ma możliwości przedmiotowych tych prac w trakcie występowania niekorzystnych warunków pogodowych a w szczególności silnego wiatru powodującego falowania akwenu (kanału portowego), na którym umieszczone zostaną jednostki pływające, np. tratwa pływająca. Jednocześnie w przypadku zastosowania zamiast tratwy pływającej np. rusztowań podwieszonych, również nie będzie możliwości prowadzenia prac w przypadku falowania (fale uderzające w rusztowanie). Ponadto z uwagi na fakt, że rusztowanie powinno być zamontowane nad powierzchnią wody uniemożliwi to wykonania ewentualnych napraw w dolnych elementach oczepu. Ponadto wykonanie części z w/w ewentualnych napraw np. naprawa dylatacji i naprawa powierzchni betonowej wymaga z uwagi na technologię prowadzenia prac pilnowania dużego reżimu związanego z utrzymaniem np. właściwej temperatury betonu oraz właściwej wilgotności. Naprawy te są możliwe jedynie w przypadku występowania dodatnich temperatur oraz braku opadów atmosferycznych. W przypadku zastosowania namiotów wraz z nagrzewnicami w znaczący sposób wydłuży czas prowadzenia napraw. Jednocześnie brak jest możliwości skutecznego i szybkiego wykonania zabezpieczenia przed warunkami atmosferycznymi zapewniającymi uzyskanie właściwych temperatur oraz wilgotności powierzchni betonowej.

2. Wykonanie napraw w części lądowej Dotyczy min.:

- Wykonanie ewentualnych napraw dylatacji na powierzchni poziomych oczepu oraz dylatacji nawierzchni drogowej,
- Wykonania ewentualnych napraw betonowej powierzchni poziomej oczepu oraz nawierzchni drogowej,
- Wykonanie ewentualnych napraw zabezpieczenia antykorozyjnego konstrukcji stalowych (naprawa powłoki malarskiej)

Ponadto wykonanie w/w ewentualnych napraw z uwagi na technologię prowadzenia prac wymaga pilnowania dużego reżimu związanego z utrzymaniem np. właściwej temperatury betonu oraz właściwej wilgotności. Naprawy te są możliwe jedynie w przypadku występowania dodatnich temperatur oraz braku opadów atmosferycznych. W przypadku zastosowania namiotów wraz z nagrzewnicami w znaczący sposób wydłuży czas prowadzenia napraw. Jednocześnie brak jest możliwości skutecznego i szybkiego wykonania zabezpieczenia przed warunkami atmosferycznymi zapewniającymi uzyskanie właściwych temperatur oraz wilgotności powierzchni betonowej. W związku z powyższym Odwołujący wnosi o wydłużenie terminu ale też z uwagi, iż nie każdy rodzaj usterki lub wady można obiektywnie naprawić w takim terminie wnosimy o pozostawienie możliwości zadecydowania w momencie ich powstania o terminie jaki zostanie powierzony Wykonawcy na dokonanie naprawy. Nie ulega wątpliwości iż przy zaproponowanych zmianach, Zamawiający będzie miał prawo wyznaczyć termin obiektywny i konieczny, wobec czego zachowa przy sobie wszelkie mechanizmy prewencyjne i dyscyplinujące Wykonawcę, nie mniej jednak te terminy staną się adekwatne do zaistniałych zdarzeń także pod kątem technicznym i merytorycznym a nie tylko formalnym.

Zbyt wysoki górny limit kar umownych

Zamawiający ustalił górny limit kar umownych w § 19 ust 5 umowy na poziomie 40 % wartości wynagrodzenia brutto. Limit ten przekracza wysokość kary umownej za odstąpienie od umowy z przyczyn leżących po stronie wykonawcy. W ocenie wykonawcy nieracjonalnym i nieproporcjonalnym jest pozostawienie limitu kar wyższego niż kara za odstąpienie od umowy. Wykonawca, który nie wykona swojego obowiązku w całości i dojdzie do ustania stosunku prawnego poniesie mniejsze konsekwencje, niż wykonawca, który mimo przejściowych lub częściowych niedociągnięć wykonana przedmiot zamówienia do końca. Limit kar umownych na poziomie 10 % jest standardem w innych postępowaniach i jako taki został przewidziany przykładowo w:

1) Postępowaniu nr DIN-II.271.32.2020, przetarg nieograniczony o wartości

nieprzekraczającej kwot gdzie Zamawiający to : Miasto Białystok, nazwa postępowania: Budowa Centrum Kształcenia

Zawodowego Nr 1 w Zespole Szkół Elektrycznych w Białymstoku wraz z budową parkingu przy szkolnym Centrum Sportowym „Tysiąclecia”, al. 1000-lecia Państwa Polskiego 14, na wniosek wykonawców wprowadzono limit kar do 10%.

2) Postępowaniu o zamówienie publiczne w trybie przetargu nieograniczonego nr: AZP.25.3.17.2021 „Budowa budynku Białostockiego Centrum Obrazowania Molekularnego Uniwersytetu Medycznego w Białymstoku wraz z zagospodarowaniem terenu, infrastrukturą techniczną, wyposażeniem i uzyskaniem pozwolenia na użytkowanie”, Zamawiający: Uniwersytet Medyczny w Białymstoku - zgodnie z umową limit kar do 10%.

Powyższe było także przedmiotem rozstrzygnięcia KIO w wyroku z 04.09.2018, sygn. akt: KIO 1601/18, w którym w odpowiedzi na zarzut: „Zarzut 3 q) zaniechanie wprowadzenia w § 5 IPU górnego limitu kar umownych związanych z nienależytym wykonywaniem zamówienia w wysokości odpowiadającej co najwyżej wysokości kary umownej zastrzeżonej w § 5 ust. 11 IPU na okoliczność niewykonania zamówienia, co jest niezgodne z przepisami prawa, w tym art. 471 KC, art. 473 § 1 KC oraz art. 483 i 484 KC, a także prowadzić może do nieuzasadnionego wzbogacenia Zamawiającego względem Wykonawcy i jest niezgodne z zasadami uczciwej konkurencji i proporcjonalności, określonymi w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. Izba uznała, że zarzut zasługuje na uwzględnienie.

Zamawiający określił w umowie wiele przypadków, które mogą powodować naliczenie kar umownych. Jakkolwiek zasadne jest zabezpieczenie interesów Zamawiającego oraz należytego wykonania zamówienia to uregulowania dotyczące kar umownych nie mogą prowadzić do nieuzasadnionego wzbogacenia po stronie Zamawiającego czy naruszenia zasady proporcjonalności. W związku z powyższym Izba nakazała określenie limitu kar umownych do wysokości kary przewidzianej za niewykonanie zamówienia, co umożliwi również wykonawcom ocenę ryzyk i należyłą wycenę oferty.”

Podobnie uznała KIO w wyroku z 30.10.2020 r., KIO 2652/20:

„Izba wzięła pod uwagę stanowisko Zamawiającego, który wielokrotnie podkreślał w swoich pismach, że ustalenie dla kar umownych z innych tytułów niż odstąpienie od umowy limitu na poziomie 10 % wartości brutto umowy spowoduje, że kary te nie będą wystarczająco stymulowały wykonawcę do należytego wykonania tego zamówienia. Jakkolwiek zasadne jest zabezpieczenie interesów Zamawiającego oraz należytego wykonania zamówienia to uregulowania dotyczące kar umownych nie mogą prowadzić do swoistego nieuzasadnionego wzbogacenia po stronie Zamawiającego czy też naruszenia zasady proporcjonalności. W związku z powyższym Izba nakazała określenie limitu kar umownych do wysokości kary przewidzianej za niewykonanie zamówienia, co umożliwi również wykonawcom ocenę ryzyk związanych z realizacją na takich warunkach tego zamówienia i należyłą wycenę oferty, jednak odstępując od określania za Zamawiającego wysokości takiego limitu.” Wykonawca wnioskuje zatem o ustalenie jednego limitu górnego kar umownych na poziomie 10 % wartości wynagrodzenia brutto.

Zbyt wygórowana kara jednostkowa

Jednocześnie Zamawiający przewidział niewspółmiernie wysokie kary jednostkowe w przypadku braku usunięcia wad stwierdzonych przy odbiorze końcowym w terminie. W umowach tego samego typu tzn. o podobnych zakresach, realizowanych w tożsamych warunkach i zbliżonej lokalizacji, stosowane przez zamawiających kary za zwłokę w usunięciu wad stwierdzonych w trakcie odbioru końcowego, są znacząco niższe od kar zaproponowanych przez Zamawiającego w przedmiotowym postępowaniu.

Jako przykład Odwołujący może podać wzór postanowień umownych stosowanych przez Zamawiającego: Zarząd Morskiego Portu Gdańsk S.A., czyli Zamawiającego realizującego wiele inwestycji w trybie zamówień publicznych. We wzorze umowy dla inwestycji pn.: „Budowa umocnienia dna przy Nabrzeżu Przemysłowym III-1 + III-6 oraz wymiana linii odbojowej Nabrzeża Przemysłowego III-1 i III-2 w Porcie Gdańsk” Zamawiający w §22 ust. 1 pkt. e) zaproponował następujące kary:

„e) za zwłokę w usunięciu wad stwierdzonych w protokole odbioru odcinka lub w protokole Odbioru Końcowego Przedmiotu Umowy, w tym także wad zaakceptowanych podczas odbioru odcinka lub Odbioru Końcowego, lub w okresie rękoma - w wysokości 2.500 PLN za każdy rozpoczęty dzień zwłoki,”

przy czym zważywszy, że oferta z najniższą złożoną w ww. postępowaniu opiewała na kwotę 28.988.859,34 zł brutto, kara ta stanowi 0,008% wynagrodzenia Wykonawcy brutto.

Z kolei z Zamawiającym: Skarb Państwa - Rejonowy Zarząd Infrastruktury w Gdyni Odwołujący podpisał w dniu 16.06.2023r. umowę na wykonanie zamówienia pn.: „Przebudowa Nabrzeża Północnego (Pokoju) w Gdańsku na potrzeby szkoleniowe Jednostki Wojskowej - Zadanie 13694”, w której kary za zwłokę w usunięciu wad określono w § 5 ust. 1 pkt. 3 następująco:

„3. za zwłokę WYKONAWCY w usunięciu nieistotnych wad ujawnionych podczas odbioru końcowego w wysokości 500,00 zł (słownie: pięćset złotych zero groszy) za każdy dzień zwłoki, liczony od dnia wyznaczonego na usunięcie wad”, co stanowi 0,0014% kwoty 36.511.018,40 zł tj. wynagrodzenia Wykonawcy brutto.

Jednocześnie wskazał, że zrównanie kary za nieusunięcie jakiegokolwiek wady stwierdzonej na etapie odbioru końcowego z karą za każdy dzień zwłoki w wykonaniu umowy jest niewspółmierne i zbyt represyjne. Mając na uwadze doniosłość niewykonania całości Przedmiotu umowy w terminie a nieusunięcia jakiegokolwiek nawet drobnej wady stwierdzonej na etapie odbioru końcowego należy zauważyć że w przypadku tego drugiego nie dochodzi do niemożliwości odbioru a następnie użytkowania obiektu. Zamawiający w § 22 ust 1 pkt b umowy nie rozgranicza o jakie wady chodzi ani

też nie wskazuje czy wady te zablokowały czy nie odbiór końcowy.

Z przepisu wynika że nieusunięcie każdej, nawet najmniejszej wady może spowodować naliczenie kary aż do 0.5 % wynagrodzenia brutto za każdy dzień zwłoki. Tym samym wnosimy o zmniejszenie kar do adekwatnego do przewinienia poziomu a jednocześnie uporządkowanie kwestii odbiorowych na zasadzie, że blokujące odbiór końcowy powinny być tylko Wady Istotne. Tym samym penalizowanie nieusunięcia innych wad, niż Istotne powinno mieścić się w karze umownej z ppkt c) gdyż w momencie dokonania odbioru końcowego i zapłaty umówionego wynagrodzenia nienaprawienie drobnych wad stwierdzonych na etapie odbioru końcowego powinno odbywać się w ramach rękojmi i gwarancji za wady.

Wykonawca rozumie potrzebę zabezpieczenia terminów realizacji po stronie Zamawiającego ale kara z tym związana powinna mieć charakter realny (rynkowy) i w razie przekroczenia terminów zabezpieczać interes Zamawiającego (pokrywać ewentualną szkodę Zamawiającego) a nie prowadzić do nieuzasadnionego wzbogacenia Zamawiającego kosztem Wykonawcy.

W zakresie niedopuszczalności zastrzeżenia kary umownej jako rażąco wygórowanej odwołać należy się poglądu zaprezentowanego w wyroku KIO z 30.11.2017 r., KIO 2219/17, gdzie wskazano, że: „Nie jest przy tym dozwolone zastrzeganie we wzorcu umownym kary umownej rażąco wygórowanej (tak też: wyrok Sądu Najwyższego z dnia 25 maja 2007 r., sygn. akt: ICSK 484/06). O tym, czy w danym wypadku można mówić o karze umownej rażąco wygórowanej, nie może sama przez się decydować jej wysokość przyjęta procentowo w określonym akcie prawnym, lecz przede wszystkim stosunek, w jakim do siebie pozostają dochodzona kara umowna i spełnione z opóźnieniem świadczenie dłużnika. W sytuacji, gdy kara umowna równa się bądź zbliżona jest do wysokości wykonanego z opóźnieniem zobowiązania, w związku z którym ją zastrzeżono, można ją uważać za rażąco wygórowaną. Kara umowna może być „rażąco wygórowana” już w chwili jej zastrzeżenia lub stać się taką w następstwie późniejszych okoliczności, do których można przykładowo zaliczyć to, że szkoda wierzyciela jest znikoma, skutkiem czego zachodzi rażąca dysproporcja pomiędzy jej wysokością a wysokością należnej kary (tak też: Gudowski Jacek (red.), Kodeks cywilny. Komentarz. Księga trzecia. Zobowiązania, 2013). Izba zważyła, że Zamawiający konstruując postanowienia dotyczące kar umownych wypaczył w istocie ich rzeczywisty cel jakim jest naprawienie szkody wyrządzonej Zamawiającemu z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania świadczenia niepieniężnego, czym naruszył przepisy kodeksu cywilnego. Uprawnienie Zamawiającego do konstruowania zapisów umownych w sprawie zamówienia publicznego nie może być nadużywane i prowadzić do nieuzasadnionego wzbogacenia po stronie Zamawiającego poprzez ustalenie rażąco wygórowanych kar umownych.”

Zamawiający w dniu 20.06.2023 r. (na stronie internetowej prowadzonego postępowania) wezwał wraz kopią odwołania, w trybie art. 524 NPzp, uczestników postępowania przetargowego do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym.

W dniu 22.06.2023 r. (wpływ do Prezesa KIO w wersji elektronicznej podpisane podpisem cyfrowym za pośrednictwem elektronicznej skrzynki podawczej - ePUAP) PORR S.A., ul. Hołubcowa 123, 02-854 Warszawa zwany dalej: „PORR S.A.” albo „Przystępującym” zgłosiło przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego wnosząc o uwzględnienie odwołania w całości. Izba nie uznała skuteczność przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego: PORR S.A.

W dniu 26.06.2023 r. (e-mailem) Zamawiający wobec wniesienia odwołań do Prezesa KIO wniósł na piśmie, w trybie art. 521 NPzp, odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania w całości. Wskazał, iż w dniu 23.06.2023 r. oraz w dniu 26.06.2023 r. Zamawiający dokonał zmiany treści SWZ i załączników nr 1 i nr 6 do SWZ poprzez:

- zmianę treści §2 ust. 3 projektowanych postanowień umowy, który otrzymuje brzmienie: „3. Termin wykonania przedmiotu umowy: 125 dni kalendarzowych od dnia podpisania umowy.”
- zmianę treści §11 ust. 7 projektowanych postanowień umowy, który otrzymuje brzmienie:
„ 7. Za dowód zapłaty należy rozumieć potwierdzone za zgodność z oryginałem kopie faktury (rachunku) Podwykonawcy (Dalszego Podwykonawcy) i przelewu płatności na konto Podwykonawcy (Dalszego Podwykonawcy) lub oryginał oświadczenia Podwykonawcy (Dalszego Podwykonawcy) potwierdzający otrzymane należne wynagrodzenie lub oświadczenie Wykonawcy w sytuacji, gdy Podwykonawca (Dalszy Podwykonawca) niezasadnie odmawia wystawienia oświadczenia o otrzymaniu zapłaty. Oświadczenie musi zawierać w szczególności: nazwę Podwykonawcy (Dalszego Podwykonawcy), nazwiska osób umocowanych do reprezentowania (składania oświadczeń woli) Podwykonawcy (Dalszego Podwykonawcy), zakres i termin wykonanych prac ze wskazaniem umowy stanowiącej podstawę ich wykonania, kwotę otrzymanego wynagrodzenia. Zakres robót zdefiniowany będzie poprzez wskazanie pozycji w Zbiorczym Harmonogramie Rzeczowo-Finansowym i kosztorysie Wykonawcy. Dokumenty należy przedstawić Zamawiającemu nie później niż 10 dni kalendarzowych przed upływem terminu płatności faktury. Nieprzedstawienie dokumentów powoduje przerwanie terminu płatności faktury.”
- zmianę treści §13 ust. 4 i ust. 5 projektowanych postanowień umowy, które otrzymują brzmienie: „4. Jeżeli Zamawiający w terminie 7 dni roboczych od dnia przedłożenia mu projektu umowy o podwykonawstwo, której przedmiotem są roboty

budowlane nie zgłosi w formie pisemnej zastrzeżeń do projektu umowy uważa się, że zaakceptował ten projekt umowy. Powyższe dotyczy projektu zmian do zawartej umowy.

5. Wykonawca, Podwykonawca lub Dalszy Podwykonawca jest zobowiązany przedstawić Zamawiającemu poświadczoną za zgodność z oryginałem kopię zawartej umowy o podwykonawstwo, której przedmiotem są roboty budowlane, w terminie 7 dni kalendarzowych od dnia jej zawarcia. Powyższe dotyczy również każdej zawartej zmiany do tej umowy. Jeżeli w terminie 7 dni roboczych od dnia otrzymania umowy o podwykonawstwo lub otrzymania zmiany do tej umowy Zamawiający nie zgłosi w formie pisemnej sprzeciwu do umowy o podwykonawstwo, której przedmiotem są roboty budowlane, uważa się, że zaakceptował tę umowę lub jej zmiany. W przypadku niedopełnienia tego wymogu, mają zastosowanie kary, o których mowa w §22 ust. 1 lit h) umowy”.

- zmianę §18 ust. 2 projektowanych postanowień umowy, który otrzymuje brzmienie: „2. Komisyjny odbiór końcowy robót zorganizowany będzie przez Zamawiającego w terminie 10 dni kalendarzowych od daty zgłoszenia przez Wykonawcę wykonania przedmiotu umowy i potwierdzenia gotowości wykonanych robót do odbioru przez inspektorów nadzoru. Termin będzie liczony od dnia potwierdzenia gotowości wykonanych robót do odbioru przez inspektorów nadzoru”.

- zmianę §22 ust. 1 lit. b) i ust. 5 projektowanych postanowień umowy, który otrzymuje brzmienie: „b) za zwłokę w usunięciu wad stwierdzonych w protokole odbioru końcowego robót w wysokości 0,05 % kwoty brutto, określonej w §9 ust. 1 umowy, za każdy rozpoczęty dzień kalendarzowy zwoki licząc od następnego dnia po upływie terminu, o którym mowa w §18 ust. 3 lub po upływie terminu, o którym mowa w §19 ust. 1 lit. a) umowy.

5. Łączna maksymalna wysokość kar umownych, określonych w ust. 1 nie może przekroczyć 20% wynagrodzenia brutto o którym mowa w § 9 ust. 1 umowy”

Odnosnie zarzutu nr I odwołania:

Zamawiający wskazuje, iż dokonał modyfikacji treści kwestionowanego przez Odwołującego zapisu projektowanych postanowień umowy i określił termin realizacji umowy w dniach zgodnie z art. 436 pkt 1 ustawy PZP. Wobec powyższego rozważania dotyczące nierealności i niemożliwości dochowania terminu realizacji umowy uznać należy za bezzasadne, nie mniej jednak z ostrożności procesowej Zamawiający ustosunkuje się do tych zarzutów. Zamawiający wskazuje, iż wbrew twierdzeniom Odwołującego termin realizacji umowy nie jest terminem nierealnym i niemożliwym do dotrzymania. Zamawiający konsultował tę kwestię z autorem dokumentacji projektowej sporządzonej dla przedmiotowego zamówienia p. mgr inż. Janem Kłosowskim, który wielokrotnie sprawował nadzór autorski nad robotami podobnymi, w tym także dla Odwołującego. Według jego opinii realizacja zamówienia możliwa jest do wykonania w okresie do 3- 4 miesięcy.

Informacje pochodzące m.in. z tego źródła stanowiła dla Zamawiającego podstawę do wystąpienia do Zastępcy Komendanta Głównego Straży Granicznej o zwiększenie zaplanowanych na rok 2023 środków finansowych na realizację przedmiotowego zamówienia i przesunięcie kwoty w wysokości 14 600 000,00 zł zaplanowanych do wydatkowania na przedmiotowe zamówienie w roku 2024 na rok bieżący. Decyzją Ministra Spraw Wewnętrznych i Administracji z dnia 2 czerwca 2023 r., znak. 42.3122.2.193.2023. zwiększono środki o wnioskowaną kwotę.

Podkreślił, że żaden odpowiedzialny kierownik państwowej jednostki budżetowej nie podejmuje się przeprowadzenia zmian w budżecie państwa, w sytuacji gdy nie ma pewności co do możliwości wydatkowania środków finansowych w danym roku budżetowym.

Dalej wskazuje, iż Odwołujący przedstawił harmonogram realizacji prac, z którego to wynikać ma, iż realizacja przedmiotowego zamówienia może zająć około 9 miesięcy od dnia przekazania terenu budowy. W ocenie Zamawiającego dowód ten podlega pominięciu z uwagi na fakt, iż sporządzony został przez Odwołującego zainteresowanego wydłużeniem terminu realizacji zamówienia, sporządzony pod kątem własnych możliwości. Jak wynika z informacji zamieszczonych na stronie internetowej Odwołującego strabag.pl w zakładce „Informacje prasowe”, Odwołujący aktualnie realizuje kilka inwestycji na terenie RP. Sporządzony na potrzeby postępowania odwoławczego harmonogram prawdopodobnie uwzględnia zaangażowanie sił i środków w realizację tych inwestycji i zaproponowany przez Odwołującego 9 - miesięczny okres na wykonanie przedmiotu umowy wydaje się być bardzo bezpiecznym dla Odwołującego. Ma on bowiem interes w tym aby kwestionować ustalony przez Zamawiającego – w sposób wskazany powyżej- termin na wykonanie zamówienia, gdyż umożliwi mu to w elastyczny sposób organizować pracę na kilku inwestycjach nie ponosząc przy tym ryzyka negatywnych konsekwencji w związku z niewywiązaniem się z aktualnych i przyszłych zobowiązań. Dowód ten należy więc oceniać zasadniczo jako zmierzający do zmiany projektowanych postanowień umowy poprzez wydłużenie terminu realizacji przedmiotowego zamówienia i dogodnego dla Odwołującego. Jak wskazano w uzasadnieniu do wyroku KIO z 17.04.2023 r., sygn. akt: KIO 836/23 to do Zamawiającego należy oszacowanie i określenie, przy uwzględnieniu specyfiki i zakresu inwestycji, czasu na realizację całości zadania.

Odnosnie zarzutu nr II odwołania:

W ocenie Zamawiającego Odwołujący nie dostrzega różnicy pomiędzy obowiązkami Zamawiającego wynikającymi z art. 99, art. 103 i art. 281 w zw. z art. 280 ustawy PZP a obowiązkami Inwestora wynikającymi z art. 647 kc w zw. z art. 648 kc.

Zgodnie z przywołanymi przepisami ustawy PZP do obowiązków Zamawiającego należy sporządzenie Specyfikacji Warunków Zamówienia, która zawiera m.in. opis przedmiotu zamówienia oraz projektowane postanowienia umowy w

sprawie zamówienia publicznego. Przedmiot zamówienia natomiast w przypadku robót budowlanych opisuje się za pomocą dokumentacji projektowej. Następnie Zamawiający zapewnia, na stronie internetowej prowadzonego postępowania, bezpłatny, pełny, bezpośredni i nieograniczony dostęp do SWZ.

Zamawiający sprostował wymogom wynikającym z treści tej regulacji i dokonał opisu przedmiotu zamówienia na roboty budowlane sporządzoną na potrzeby przedmiotowego zamówienia dokumentacją projektową. Całość tej dokumentacji została przez Zamawiającego udostępniona na stronie internetowej prowadzonego postępowania, po zamieszczeniu ogłoszenia w Biuletynie Zamówień Publicznych pod adresem:

<https://portal.smartpzp.pl/mosg/public/postepowanie?postepowanie=48187080>

Zgodnie zaś z treścią art. 647 kc do podstawowych obowiązków Inwestora należy m.in. przekazanie dokumentacji projektowej, która w myśl art. 648 §2 kc stanowi część składową umowy na roboty budowlane. Realizacja tego obowiązku została zagwarantowana w treści §3 ust. 3 projektowanych postanowień umowy, w którym to dodatkowo wskazano osobę uprawnioną do odbioru tej dokumentacji.

Jak wynika z powyższego czym innym jest udostępnienie dokumentacji projektowej na etapie postępowania w sprawie udzielenia zamówienia publicznego a przekazaniem tej dokumentacji po podpisaniu umowy na roboty budowlane. Należy podkreślić iż zarówno przywołane przepisy ustawy PZP jak i Kodeksu cywilnego mają bezwzględnie obowiązujący charakter i Zamawiający nie może się uchylać od ich wykonania obowiązków nałożonych tymi regulacjami. Dlatego też nie ma podstaw do zmiany treści kwestionowanych projektowanych postanowień umownych zgodnie z żądaniem Odwołującego.

Odniesienie zarzutu nr III odwołania.

Odwołujący wskazuje: „*Powyższe oznacza, że treść postanowień, w szczególności §19 ust. 1, które w umowie pozostawiają dowolność odbioru albo nie referują kiedy do nich dojdzie narusza wskazane w pkt I odwołania przepisy prawa oraz pozostawia Zamawiającemu możliwość uchylania się od odbioru końcowego w każdym przypadku wystąpienia wad, nawet jeżeli wady mają charakter nieistotny. W ocenie odwołującego uprawnienie Zamawiającego do odmowy dokonania odbioru końcowego czy też przerwania czynności odbiorowych powinno być ograniczone jedynie do przypadku wystąpienia wad istotnych. W związku z tym zapisy zawarte we wskazanych punktach powinny zostać zmienione w taki sposób, aby dostosować je do treści art. 647 kc tj. Zamawiający powinien mieć obowiązek a nie możliwość dokonania odbioru końcowego w przypadku, gdy w wykonywanych robotach brak jest wad istotnych*”.

Przytoczony fragment uzasadnienia odwołania wskazuje co najmniej na fakt, iż Odwołujący nie zapoznał się z treścią projektowanych postanowień umownych albowiem projektowane postanowienia umowne, w szczególności §19 czyni zadość żądaniom Odwołującego.

Zamawiający wskazał, iż procedurę odbioru przedmiotu zamówienia regulują przepisy Rozdziału 5 projektowanych postanowień umownych i w ocenie Zamawiającego regulacja ta jest spójna i wyczerpująca, zgodna z powszechnie obowiązującymi przepisami prawa a nadto z utrwalonym już orzecnictwem dotyczącym kwestii odbiorów końcowych robót budowlanych.

Wbrew twierdzeniom Odwołującego Zamawiający w §18 ust. 3 umowy wyraźnie wskazał, iż, „*Z czynności odbioru końcowego będzie spisany protokół odbioru końcowego robót podpisany przez upoważnionych przedstawicieli Zamawiającego i Wykonawcy, zawierający wszelkie ustalenia dokonane w toku odbioru. Termin usunięcia wad stwierdzonych przy odbiorze końcowym wynosi nie więcej niż 7 dni kalendarzowych od daty podpisania protokołu odbioru końcowego robót*”.

Od powyższej procedury odbioru przedmiotu umowy Zamawiający przewidział wyjątek w §19 projektowanych postanowień umowy. Zgodnie z treścią tego postanowienia, do odbioru końcowego może nie dojść jedynie w sytuacji, gdy w toku czynności odbioru zostaną stwierdzone **istotne wady** i w tym przypadku termin na usunięcie tych wad zostanie wyznaczony (§ 19 ust. 1 lit a)) lub gdy Zamawiający przerwie czynności odbiorowe z uwagi na ujawnienie w toku tych czynności wad, które uniemożliwiają użytkowanie przedmiotu umowy zgodnie z przeznaczeniem, aż do czasu usunięcia tych wad (§19 ust. 3).

Jak wynika już choćby z literalnego brzmienia powyższych regulacji Zamawiający nie uchyla się w żaden sposób od dokonania odbioru końcowego przedmiotu umowy, gdyż zasadą jest dokonanie odbioru (§18), a wyjątek od tej zasady zastrzeżony jest wyłącznie na okoliczność stwierdzenia wad istotnych (§19 ust. 1 i ust. 3).

Także zarzut dotyczący niezgodności z prawem uzależnienia wypłaty wynagrodzenia od podpisania protokołu usunięcia wad nie znajduje uzasadnienia w treści projektowanych postanowień umownych.

Po pierwsze wskazał, iż Zamawiający w treści §10 ust. 1 projektowanych postanowień umowy przewidział możliwość wystawienia faktur częściowych za wykonanie i odebranie co najmniej 80 % zakresu rzeczowego poszczególnych elementów robót. Podstawą do wystawienia faktury częściowej i rozliczenia częściowego ma być protokół odbioru częściowego potwierdzający wykonanie poszczególnych elementów robót określonych w Zbiorczym Harmonogramie Rzeczowo- Finansowym i kosztorysie Wykonawcy podpisany przez upoważnionych przedstawicieli Zamawiającego i Wykonawcy. Fakturowanie częściowe będzie mogło odbyć się nie częściej niż raz na dwa miesiące na podstawie stopnia zaawansowania robót i wykonania co najmniej 80 % zakresu rzeczowego poszczególnych elementów

robót określonych w Zbiorczym Harmonogramie Rzeczowo- Finansowymi kosztorysie Wykonawcy. Wynagrodzenie należne Wykonawcy ma być płatne w trzech częściach a wartość ostatniej części wynagrodzenia Wykonawcy wynosić będzie nie więcej niż 50 % wynagrodzenia należnego Wykonawcy zgodnie z umową (§11 ust. 3).

Jak wynika z powyższego Zamawiający przewidział dla Wykonawcy korzystne warunki płatności wynagrodzenia wprowadzając – pomimo braku takiego obowiązku – płatności częściowe. Podkreślenia wymaga, czego nie dostrzega Odwołujący formułując swoje zarzuty, iż warunkiem zapłaty części wynagrodzenia jest tylko i wyłącznie wykonanie określonego procentowo zakresu robót przy całkowitym oderwaniu od kwestii czy roboty te zostały wykonane zgodnie z umową, zasadami wiedzy technicznej i powszechnie obowiązującymi przepisami prawa. Protokół odbioru częściowego ma stwierdzać jedynie fakt wykonania określonego zakresu robót, bez badania czy roboty te zostały wykonane wadliwie czy też nie. Nadto wskazane warunki płatności przewidziane przez Zamawiającego – płatność rozłożona na trzy części przy jednoczesnym ograniczeniu, iż ostatnia część wynagrodzenia nie może być większa niż 50 % całości wynagrodzenia- dają możliwość otrzymania przez Wykonawcę znaczącej części wynagrodzenia jeszcze w trakcie realizacji umowy.

Dalej Zamawiający wskazuje, iż zgodnie z treścią §11 ust. 1 projektowanych postanowień umowy ostateczne rozliczenie za wykonaną umowę nastąpi w oparciu o fakturę końcową wystawioną na podstawie protokołu odbioru końcowego robót, pomniejszoną o sumę wartości faktur częściowych (...). Podstawą do wystawienia faktury końcowej i rozliczenia za wykonanie przedmiotu umowy będzie podpisany przez upoważnionych przedstawicieli Zamawiającego i Wykonawcy protokół odbioru końcowego robót. W przypadku stwierdzenia wad, podstawą do wystawienia faktury końcowej i rozliczenia za wykonanie przedmiotu umowy będzie oprócz protokołu odbioru końcowego robót, także protokół usunięcia wad.

Jak wynika z powyższego wstrzymanie się z płatnością do czasu usunięcia wad dotyczy tylko i wyłącznie kwoty wynikającej z faktury końcowej, przy czym kwota ta stanowi jedną z części wynagrodzenia Wykonawcy i może mieć stosunkowo niewielką wartość. Poza tym uzależnienie wypłaty ostatniej części wynagrodzenia od podpisania protokołu odbioru końcowego robót oraz – w przypadku stwierdzenia w czasie odbioru wad – protokołu usunięcia wad pozostaje w korelacji z treścią §22 ust. 2 projektowanych postanowień umowy, w którym to Wykonawca wyraża zgodę na potrącenie kar umownych z należnego mu wynagrodzenia – czego Odwołujący nie kwestionuje.

Odniesienie zarzutu nr IV odwołania:

Jak wskazano powyżej zarzut ten został w całości uwzględniony.

Odniesienie zarzutu nr V i VI odwołania:

Zamawiający wskazuje, iż wbrew twierdzeniom Odwołującego przewidział różne terminy na usunięcie wad stwierdzonych podczas czynności odbiorowych:

- ogólny 7 - dniowy termin usunięcia wad stwierdzonych podczas odbiorów końcowych (§18 ust. 3 projektowanych postanowień umowy) oraz
- termin wyznaczony dla wad istotnych stwierdzonych podczas odbiorów końcowych (§19 ust. 1 lit a) projektowanych postanowień umowy).

W przypadku, gdy dojdzie do przerwania czynności odbiorowych w myśl §19 ust. 3 projektowanych postanowień umowy to jedynie od Wykonawcy zależy w jakim terminie usunie wady. Zamawiający wskazuje, iż dokonał modyfikacji treści §22 ust. 1 lit. b) projektowanych postanowień umowy, o czym mowa na wstępie niniejszego pisma. Z ostrożności procesowej Zamawiający ustosunkuje się do treści zarzutów Odwołującego. Zamawiający podnosi, iż ma prawo użyć dozwolonych przepisami prawa środków zabezpieczających jego interes, bowiem opóźnienia w realizacji zamówienia, niewykonanie umowy lub jej nienależyte wykonanie mogą skutkować dla Zamawiającego poważnymi konsekwencjami. Szczególnego znaczenia nabiera ta teza w kontekście przedmiotowego zamówienia.

Planowana inwestycja dotyczy robót budowlanych, których wykonanie ma wyeliminować niebezpieczeństwo dla zdrowia i życia ludzi oraz mienia podmiotu sąsiadującego z terenem, na którym ma być prowadzona inwestycja. Dlatego też Zamawiający zdecydował w tym konkretnym przypadku o zwiększeniu odpowiedzialności Wykonawcy za należyte wykonanie zamówienia i zadbał o realizację inwestycji m. in. poprzez zastrzeżenie kar umownych w kwestionowanej przez Odwołującego wysokości, zastrzegł, iż możliwość dochodzenia na zasadach ogólnych odszkodowania przewyższającego kary umowne do wysokości rzeczywiście poniesionej szkody i co jest oczywistym za pomocą odpowiedzialności wynikającej w art. 471 i nast. Kodeksu cywilnego.

Wobec powyższego Zamawiający nie zgadza się z twierdzeniem Odwołującego, iż projektowane postanowienia umowy przewidują zbyt wygórowaną karę jednostkową w przypadku braku usunięcia wad stwierdzonych przy odbiorze końcowym w terminie. Wskazać należy, iż zastrzeżone kary umowne dotyczą zwłoki Wykonawcy w usunięciu wad stwierdzonych podczas odbiorów końcowych, a więc kwalifikowanego opóźnienia, które powstaje na skutek zawinionego działania lub zaniechania Wykonawcy. W myśl art. 476 kc *Dłużnik dopuszcza się zwłoki, gdy nie spełnia świadczenia w terminie, a jeżeli termin nie jest oznaczony, gdy nie spełnia świadczenia niezwłocznie po wezwaniu przez wierzyciela. Nie dotyczy to wypadku, gdy opóźnienie w spełnieniu świadczenia jest następstwem okoliczności, za które dłużnik odpowiedzialności nie ponosi.* Wykonawca zatem może uwolnić się od odpowiedzialności za nieterminowe usunięcie wad stwierdzonych przy odbiorze końcowym poprzez wykazanie, iż

niedochowanie terminu nastąpiło z przyczyn niezależnych od niego, w tym w szczególności na skutek wskazywanych przez Odwołującego przyczyn atmosferycznych lub technologicznych. Odwołujący zakłada pewien automatyzm Zamawiającego przy naliczaniu kar umownych nie zważając na fakt, iż w dużej mierze uniknięcie negatywnych konsekwencji uchybienia terminowi zależy tylko i wyłącznie od jego aktywności – wykazania, iż przyczyny opóźnienia są niezależne od Wykonawcy. Odwołujący uzasadniając swe stanowisko co do niewspółmiernej wysokości jednostkowej kary umownej wskazuje, iż kara umowna w wysokości zastrzeżonej w projektowanych postanowieniach umowy stanowić będzie jedynie represję za niewywiązanie się Wykonawcy z jego obowiązków. Odwołujący pomija iż kara umowna ma spełniać przede wszystkim funkcję odszkodowawczą - kompensacyjną a represją staje się dopiero w sytuacji niewywiązania się Wykonawcy z jego obowiązków umownych. Odnosząc się do zarzutu zbyt wysokiego limitu kar umownych, to jak wskazano na wstępie niniejszego pisma, Zamawiający dokonał zmiany w tym zakresie i określił górny limit kar umownych na poziomie 20% wynagrodzenia brutto Wykonawcy wynikającego z zawartej umowy.

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 NPzp, a Wykonawca wnoszący odwołanie posiadał interes w rozumieniu art. 505 ust. 1 NPzp, uprawniający do jego złożenia.

Skład orzekający Izby dopuścił w niniejszej sprawie dowody z: dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne nadesłanej przez Zamawiającego do akt sprawy w postaci elektronicznej, w tym w szczególności postanowień Specyfikacji Warunków Zamówienia zwanej dalej: „SWZ”, załącznika nr 1 do Specyfikacji Opisu przedmiotu zamówienia, wzoru umowy (załącznika nr 6 do SWZ – Projektowane postanowienia umowy), jak i zmiany z 23.06.2023 r., jak i 26.06.2023 r. treści SWZ, Załącznika nr 1 i nr 6 do SWZ.

Izba nie uznała skuteczność przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego: PORR S.A
Należy wskazać, iż nadal brak jest możliwości uzupełnienia braków formalnych zgłoszonego przystąpienia. W tym wypadku brak było wykazania umocowania osób podpisujących do działania w imieniu zgłaszającego przystąpienie przy pierwszej czynności w postępowaniu, tj. przy zgłoszeniu przystąpienia. Nie złożono dokumentu rejestrowego, tj. wydruku KRS-u. Stąd przystąpienie nie spełniające wymogów, co do formy wniesienia, terminu i innych braków formalnych, też braku wykazania umocowania, co skutkuje brakiem możliwości weryfikacji przynależności Wykonawcy - nie może być uznane za skuteczne.

Izba zaliczyła również w poczet materiału dowodowego załączony przez Odwołującego do odwołania na potwierdzenie okoliczności tam wskazanych:

- Harmonogram realizacji prac.

Izba zaliczyła także w poczet materiału dowodowego załączone przez Zamawiającego do odpowiedzi na odwołanie na potwierdzenie okoliczności tam wskazanych:

- 1) Kopie pisma Zamawiającego z 09.05.2023 r. znak MO- TZ-I-1.2111.34.2023;
- 2) Kopie decyzji Ministra Spraw Wewnętrznych i Administracji z 02.06.2023 r., znak. 42.3122.2.193.2023;
- 3) Kopie pisma Zarządu Morskiego Portu Gdańsk SA z 22.03.2022 r., wraz z dokumentacją fotograficzną;
- 4) Kopie pisma MOSG z 23.03.2022 r.;
- 5) Kopie pisma Zarządu Morskiego Portu Gdańsk SA z 10.04.2023 r.;
- 6) Kopie pisma MOSG z 12.05.2023 r.

Dodatkowo, Izba zaliczyła w poczet materiału dowodowego złożone na rozprawie przez Odwołującego:

- 1) Kopie trzech harmonogramów rzeczowo - finansowych (potwierdzone i zaakceptowane przez kierowników budowy i inspektorów ze strony Zamawiającego) /tajemnica przedsiębiorstwa/ zrealizowanych zamówień o podobnej wartości i charakterze na okoliczność wykazania, że zamówienia o podobnej wartości są realizowane w terminach od 10,5 do 17 miesięcy;
- 2) wydruki wiadomości mailowych od podwykonawców Odwołującego stanowiące oferty co do materiałów koniecznych do realizacji zamówienia w ramach, których wskazano termin oczekiwania na te materiały (harmonogram załączony do odwołania, pkt 11);
- 3) wykaz średnich temperatur i opadów na terenie realizacji zamówienia (3 szt.);
- 4) karty katalogowe dotyczące robót z materiałów dylatacyjnych – oba ostatnie dowody na okoliczność tego, że trzymając się terminu przewidzianego przez Zamawiającego te roboty musiałyby być wykonywane w listopadzie, gdyż mają one charakter końcowy. Biorąc, zaś pod uwagę, że średnia temperatura i ilość opadów mogą być taka jak wskazują wykazy ich realizacja jest co najmniej utrudniona, jeśli niewykonalna.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy skład orzekający Izby wziął pod uwagę treść odwołania oraz odpowiedzi na odwołanie, jak i stanowiska i oświadczenia stron złożone ustnie do protokołu.

Odnosząc się generalnie do podniesionych w treści odwołania zarzutów, tj. jedynego zarzutu pierwszego podtrzymanego na rozprawie, stwierdzić należy, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Odwołujący sformułował w odwołaniu zarzuty naruszenia przez Zamawiającego:

1. art. 436 pkt 1) ustawy Pzp i art. 433 pkt. 3) ustawy Pzp, względnie art. 3531 kc, art. 58 kc w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp oraz art. 16 ustawy Pzp poprzez:

a) wskazanie w SWZ (pkt. 2.6 pkt 3)) i wzorze umowy (§ 2 ust. 3) terminu realizacji zamówienia w dacie dziennej wyznaczonej na dzień 30.11.2023 r., podczas gdy wskazanie wykonania zamówienia w konkretnej dacie narusza przepisy ustawy Pzp, w zakresie w jakim nakazują one określanie terminu w latach, miesiącach, tygodniach, dniach. Ponadto określenie terminu realizacji konkretną datą nie ma obiektywnych, uzasadnionych przyczyn i uniemożliwia prawidłową wycenę oferty.

b) Wskazanie terminu realizacji zamówienia określonego datą dzienna, która jest nierealna i niemożliwa do dochowania z punktu widzenia prawidłowego i zgodnego ze sztuką budowlaną wykonania wszystkich robót, dochowania procedur administracyjnych, które leżą po stronie Wykonawcy, dokonania czynności odbiorowych, przekazania obiektu w użytkowanie itd.

2. Art. 99 ust 1 w zw. z art. 103 ust 1 w zw. oraz art. 16 pkt 1 i 3 ustawy Pzp poprzez wskazanie w § 3 ust 3 wzoru Umowy iż Zamawiający zobowiązuje się dostarczyć Wykonawcy pozwolenie na budowę oraz dokumentację projektową najpóźniej w dniu przekazania terenu budowy, podczas gdy taka dokumentacja w całości powinna być przekazana w momencie wszczęcia postępowania w celu prawidłowego skalkulowania ceny oferty. Przepis art. 103 ust 1 Pzp nakazuje dokonać opisu przedmiotu za pomocą dokumentacji projektowej i specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych, co oznacza że opis powinien być elementem opisującym przedmiot zamówienia a dla wykonawcy elementem wyceny na etapie postępowania a nie na etapie realizacji umowy. Tym samym doszło do zaniechania dokonania opisu przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniających wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie ważnej oferty, spełniającej w całości wymagania Zamawiającego a w konsekwencji w sposób uniemożliwiający złożenie porównywalnych ofert i utrudniający uczciwą konkurencję

3. art. 16 pkt 1, 2 i 3 ustawy Pzp w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 647 kc poprzez zawarcie w treści wzoru umowy m.in. § 11 ust 2, § 18 ust 3, § 19 ust 1 tj. postanowień dających Zamawiającemu możliwość odmowy odbioru przedmiotu umowy w sytuacji wystąpienia jakichkolwiek wad lub usterek tzw. protokoły bezusterkowe z uznaniowością po stronie Zamawiającego czy dokona odbioru warunkowego w przypadku wystąpienia nieistotnych wad lub usterek. Zamawiający nie przewiduje rozgraniczenia pomiędzy wadami istotnymi a nieistotnymi a przez to warunkuje wystawienie faktury i wypłatę wynagrodzenia od podpisania bezusterkowego protokołu odbioru, co jest niezgodne z przepisami prawa podobnie jak możliwość wstrzymywania płatności do czas usunięcia takich wad i usterek, podczas gdy zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa uprawnienie inwestora (Zamawiającego) do odmowy odbioru końcowego powinno mieć miejsce jedynie w przypadku wystąpienia wad istotnych zaś w przypadku zgłoszenia gotowości do odbioru przedmiotu umowy o roboty budowlanej z wadami nieistotnymi inwestor (Zamawiający) zobowiązany jest dokonać odbioru końcowego i dokonać zapłaty umówionego wynagrodzenia, a postanowienia umowy nie mogą pozostawiać dowolności w tym zakresie.

4. art. 437 ust 1 pkt 4 ustawy Pzp, art. 447 ust 1 i 2 ustawy Pzp, art. 465 ust 1 i 3 ustawy Pzp w zw. z art. 16 ustawy Pzp poprzez wprowadzenie do wzoru umowy postanowień wprost sprzecznych z powyższymi przepisami ustawy Pzp, w szczególności w zakresie w jakim Zamawiający uzależnia procedury odbiorowe przedmiotu umowy oraz zapłatę wynagrodzenia należnego wykonawcy od przedstawienia oryginałów oświadczeń wszystkich podwykonawców oraz dalszych podwykonawców podczas gdy przepisy ustawy Pzp, w tym art. art. 437 ust 1 pkt 4, art. 447 ust 1, art. 465 ust 1 i 3 ustawy Pzp wymagają jedynie złożenia dowodów zapłaty należnego podwykonawcom wynagrodzenia a nie złożenia obligatoryjnie jednego z nich tj. oświadczeń własnych podwykonawców.

5. art. art. 3531 kc, art. 58 kc w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp oraz art. 16 ustawy Pzp i art. 464 ust. 10 ustawy Pzp poprzez przyjęcie w § 22 ust 1 ppkt b), § 18 ust. 3 wzoru Umowy rażąco krótkiego terminu na usunięcie wad i usterek tj. 7 dni kalendarzowych bez względu na to czy obiektywnie i technologicznie jest możliwe usunięcie wad w takim terminie jak i bez rozgraniczenia na rodzaj wad zgodnie z zarzutem nr 3 (wady istotne i nieistotne). Formułując tak postanowienia, Zamawiający powinien przewidzieć termin co najmniej 14 dni z możliwością wyznaczenia dłuższego terminu tam, gdzie będzie to obiektywnie i technologicznie konieczne, mając na względzie dodatkowo wysokość kary za brak terminowego usunięcia wad (0,5% wartości wynagrodzenia brutto za każdy dzień zwłoki) Zamawiający nadużywa swojego uprawnienia do kształtowania postanowień umowy o zamówienie publiczne.

6. art. 436 pkt 3 Pzp w zw. z art. 16 pkt 1, 2, 3 Pzp i art. 8 ust. 1 Pzp w zw. z art. 3531 kc i art. 647 kc w zw. z art. 484 § 2 w zw. z art. 483 kc i art. 473 § 1 kc ze względu na ustanowienie w § 22 ust 5 wygórowanego i nadmierne limitu kar umownych na poziomie 40% podczas gdy limit ten czterokrotnie przewyższa kare za odstąpienie od Umowy oraz ustanowienie w § 22 ust 1 ppkt b) kar jednostkowych rażąco wygórowanych przy nieterminowym usunięciu wad i usterek stwierdzonych podczas odbioru końcowego, podczas gdy wysokość tych kar nie ma już funkcji prewencyjnych a stanowi

represje dla wykonawcy a jednocześnie Zamawiający nie rozróżnia rodzaju wad na wady istotne i nieistotne (co ma istotne znaczenia z punktu widzenia prawa i dotychczasowego orzecznictwa sądów, w zakresie konieczności dokonania odbioru), przywidując jednocześnie zbyt krótki i nieprzekraczalny termin na usunięcie wad i usterek stwierdzonych przy odbiorze.

Izba dokonała następujących ustaleń odnośnie do przedmiotowego odwołania.

W pierwszej kolejności Izba przywołuje stan faktyczny wynikający z treści odwołania oraz odpowiedzi na odwołanie. Jednocześnie, Odwołujący na skutek dokonanych przez Zamawiającego zmian treści SWZ czynnościami z 23 i 26.06.2023 r. wycofał na posiedzeniu zarzut drugi, trzeci, piąty i szósty. Nadto, Zamawiający uwzględnił zarzut czwarty i dokonał wnioskowanej przez Odwołującego w odwołaniu w ramach tego zarzutu zmiany treści SWZ czynnością z 23.06.2023 r.

Odnośnie zarzutu trzeciego Zamawiający dodatkowo na posiedzeniu zobowiązał się zmodyfikować § 11 ust. 1 wzoru umowy poprzez dodanie zastrzeżenia ust. 6 i 7 z § 11 ust. 2 wzoru umowy, jak również do usunąć par. § 11 ust. 2 wzoru umowy, co zostało odnotowywane w protokole posiedzenia niniejszego postępowania odwoławczego. W konsekwencji Odwołujący oświadczył, że zaproponowana modyfikacja jest zgodna z interesem Odwołującego i czyni zadość jego interesom oraz wycofał w całości zarzut trzeci.

W ramach podtrzymanego zarzutu pierwszego, Zamawiający czynnością z 23.06.2023 r. dokonał zmiany terminu wykonania przedmiotu umowy z daty dziennej, tj. 30.11. 2023 r. na 125 dni kalendarzowych od dnia podpisania umowy. Inaczej mówiąc zmienił postanowienie SWZ w tym zakresie poprzez jej określenie, tj. terminu w dniach zamiast wcześniejszego wskazania w konkretnej dacie. Jednakże, Odwołujący dalej podtrzymał zarzut na posiedzeniu i rozprawie podkreślając, że wykonanie przedmiotu zamówieniowa w ciągu 125 dni kalendarzowych od dnia podpisania umowy, czyli w przeciągu nieco ponad 4 miesiące jest terminem nierealnym i niemożliwym do dochowania z punktu widzenia prawidłowego i zgodnego ze sztuką budowlaną wykonania robót.

W pozostałym zakresie Izba odniesie się przy rozpoznawaniu zarzutów.

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

Odnośnie zarzutu pierwszego, Izba uznała w/w zarzut za podlegający uwzględnieniu.

Izba uznała stanowisko Odwołującego uznając że należy wydłużyć termin wykonania umowy do 8 miesięcy od przekazania terenu budowy. Wymaga podkreślenia że sam Odwołujący oświadczył na rozprawie, że tym terminem powinien być termin nie mniejszy niż 8 miesięcy. Nadto, Izba uwzględniła, za stanowiskiem Odwołującego, iż termin 4 miesięcy, tj. 125 dni określony przez Zamawiającego jest z jego strony działaniem jednostronnym, nie uwzględnia realiów zamówienia. Odwołujący deklarując się niejako względem wykonania zamówienia w tym terminie ponosiłby pełną odpowiedzialność za jego niedotrzymanie. W tym zakresie należy przywołać art. 635 KC wskazując, iż jego niedotrzymanie byłoby podstawą do odstąpienia od umowy, co wiązałoby się z daleko idącymi konsekwencjami.

W tym zakresie, w ocenie Izby Odwołujący przedkładając trzy harmonogramy zrealizowanych zamówień o podobnej wartości i charakterze które były realizowane od 10,5 do 17 miesięcy, jak i harmonogram realizacji prac dla przedmiotowego zamówienia wykazał nierealność pierwotnego terminu realizacji zamówienia. Potwierdzają to także wydruki wiadomości mailowych od podwykonawców Odwołującego stanowiące oferty co do materiałów koniecznych do realizacji zamówienia w ramach, których wskazano termin oczekiwania na te materiały. Korespondują one z harmonogramem realizacji prac załączonym do odwołania, pkt 11. Wynika z nich że dostawa grodzic stalowych – to czas oczekiwania 3-6 miesięcy. Konieczne jest także wzięcie pod uwagę, że harmonogram realizacji prac załączony do odwołania nie uwzględniał terminów na akceptacje umów podwykonawczych przez Zamawiającego. W tym kontekście konieczne jest także uwzględnienie uwarunkowań atmosferycznych takich jak falowanie morza nad brzegiem.

Izba ze zrozumieniem odnosi się do kwestii sfinansowania zamówienia i przesunięcia środków finansowych w tym zakresie na ten rok, jednakże Zamawiający przyznał na rozprawie, że jest dysponentem środków 3 stopnia i dopiero pod koniec roku, tj. w grudniu będzie wiadomo czy faktyczny dysponent środków, który przekazał je Zamawiającemu zapewni je na kolejny rok. Nadto, co do kwestii okoliczności zewnętrznych, które nakazują dokonanie określonych napraw. Izba podzieliła stanowisko Odwołującego z rozprawie, że skoro Zamawiający postanowił przeprowadzić postępowanie w trybie konkurencyjnym uznał, że te naprawy nie wymagają natychmiastowych działań.

Jednocześnie, Izba nie przeczy, że kwestię ewentualnych kar są uzależnione od tego czy zwłoka, która zaistniała po stronie wykonawcy wynikała z uchybień Odwołującego, a wykonawca może uwolnić się od odpowiedzialności za niezrealizowanie umowy w terminie, jeśli wskaże przyczyny od niego niezależne. Z kolei okoliczności uwarunkowane zdarzeniami atmosferycznymi będą podlegały weryfikacji z strony Zamawiającego, gdyż na obszarze realizacji zamówienia znajdują się odpowiednie urządzenia do monitorowania pogody. Podobnie, realizacja zamówienia budowlanego jest procesem ciągłym i nie jest uzależniona od zgody na ew. akceptację umów podwykonawczych. Jednakże teren realizacji zamówienia jest terenem zamkniętym. Każdorazowy wjazd na jego obszar będzie podlegał kontroli, stąd konieczność uzyskania zgody Zamawiającego na prace po godzinie 15. Wszystkie te okoliczności świadczą

o tym że pierwotny termin jest niewystarczający. Odwołujący podpisując umowę na termin aktualnie przewidziany przez Zamawiającego akceptowałby w tym zakresie konieczność wykonania umowy i jeśli okaże się, że na chwilę obecną wie już o okolicznościach, które dają mu pewność, że nie jest w stanie zrealizować umowy w terminie wymaganym przez Zamawiającego to takie działanie miałoby charakter działania w warunkach zawinionych.

Izba uznała, że wymaga podkreślenia, że harmonogram realizacji prac załączony do odwołania jest sporządzony na bazie dokumentacji postępowania i ściśle odnosi się do prac przewidzianych przez Zamawiającego. Budowa zaś, ma charakter budowy hydrotechnicznej, w ramach której będziemy mieli do czynienia z oddziaływaniem morza na budowę. W konsekwencji, w ocenie Izby harmonogram realizacji prac załączony do odwołania nie stanowi jedynie element sposobu technologii i wykonania oraz organizacji pracy procesów budowlanych przez Odwołującego.

W rezultacie Izba nakazała zmianę terminu wskazaną na wstępie uznając, że § 26 wzoru umowy regulujący zasady zmiany umowy nie może stanowić remedium na wypadek wszystkich okoliczności związanych z realizacją przedmiotu umowy.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

W tym stanie rzeczy, Izba uwzględniła odwołanie na podstawie art. 553 zdanie pierwsze, 554 ust. 1 pkt 1 i ust. 3 pkt 1 lit. a) b) Pzp oraz orzekła jak w sentencji.

Jednocześnie obciążając kosztami Zamawiającego i zasądzając od niego na rzecz Odwołującego kwotę 10 000,00 zł tytułem zwrotu kosztów wpisu oraz kwotę 3 600,00 zł tytułem zwrotu wydatków pełnomocnika, czyli łącznie 13 600 zł 00 gr - na podstawie dowodu uiszczenia wpisu i złożonego rachunku.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 557 Pzp oraz art. 575 Pzp oraz § 7 ust. 1 pkt 1 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437).

Przewodniczący:

.....