

WYROK
z dnia 27 sierpnia 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Dagmara Gałczewska-Romek

Protokolant: Rafał Komoń

w sprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 14 sierpnia 2019 r. przez wykonawcę **Elektrometal S.A. z siedzibą w Cieszynie, ul. Stawowa 71, 43-400 Cieszyn** w postępowaniu prowadzonym przez **Jastrzębską Spółkę Węglową S.A. Zakład Wsparcia Produkcji z siedzibą w Jastrzębiu Zdroju. ul. Towarowa 1, 44-330 Jastrzębie – Zdrój.**

przy udziale wykonawcy **Pemug Sp. z o.o. z siedzibą w Katowicach, ul. Tadeusza Boya Żeleńskiego 105, 40-750 Katowice** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego

orzeka:

1. **umarza postępowanie w zakresie zarzutu nr 12 odwołania dotyczącego postanowienia pkt 5.2.2 Specyfikacji Technicznej odnoszącego się do prowadzenia prac w dni wolne od wydobycia.**
2. **uwzględnia odwołanie w zakresie:**
 - a. **zarzutów z pkt 3 i 4 odwołania dotyczącego postanowień §13 ust. 2 i ust. 3 Projektu Umowy w zakresie wprowadzenia reguł odpowiedzialności za opóźnienie i nakazuje dokonanie modyfikacji tych postanowień przez wprowadzenie reguły odpowiedzialności wykonawcy wyłącznie za zawinione naruszenie obowiązków wynikających z umowy.**
 - b. **zarzutu z pkt 7 odwołania dotyczącego postanowienia § 13 ust. 5 Projektu Umowy w zakresie wprowadzenia możliwości odstąpienia przez Zamawiającego od umowy w przypadku naruszenia postanowień umowy,**

w tym opóźnienia w realizacji usługi i nakazuje dokonanie modyfikacji tego postanowienia przez wprowadzenie możliwości odstąpienia od umowy wyłączenie w sytuacji istotnego naruszenia postanowień umowy, wynikającego z przyczyn leżących po stronie wykonawcy.

- c. zarzutów z pkt 8,9 i 10 odwołania dotyczących postanowienia §13 ust. 12 Projektu umowy w zakresie wprowadzenia wykonawstwa zastępczego w razie opóźnienia wykonawcy w wykonywaniu obowiązków wynikających z umowy i nakazuje dokonanie modyfikacji tego postanowienia przez wprowadzenie możliwości wykonawstwa zastępczego w przypadku zawinonego przekroczenia terminu (zwłoki) w wykonywaniu obowiązków wynikających z umowy.

3. w pozostałym zakresie zarzuty odwołania oddala.

4. kosztami postępowania obciąża w częściach równych: **Jastrzębską Spółkę Węglową S.A. Zakład Wsparcia Produkcji z siedzibą w Jastrzębiu Zdroju. ul. Towarowa 1, 44-330 Jastrzębie - Zdrój** w kwocie 7 500 zł (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych) oraz **Elektrometal S.A. z siedzibą w Cieszynie, ul. Stawowa 71, 43-400 Cieszyn** w kwocie 7 500 zł (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych) i:

4.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Elektrometal S.A. z siedzibą w Cieszynie, ul. Stawowa 71, 43-400 Cieszyn** tytułem wpisu od odwołania.

4.2. zasądza od **Jastrzębskiej Spółki Węglowej S.A. Zakład Wsparcia Produkcji z siedzibą w Jastrzębiu Zdroju. ul. Towarowa 1, 44-330 Jastrzębie - Zdrój** na rzecz **Elektrometal S.A. z siedzibą w Cieszynie, ul. Stawowa 71, 43-400 Cieszyn** kwotę **7 500 zł 00gr** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) stanowiącą zwrot połowy uiszczanego wpisu.

4.3. znosi wzajemnie koszty wynagrodzenia pełnomocników oraz koszty dojazdu.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 1986 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **we Katowicach**

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający - Jastrzębska Spółka Węglowa S.A.- prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia na budowę oraz modernizację urządzeń załadunkowych i rozładunkowych zbiorników retencyjnych 1 i 2 dla JSW S.A. KWK Borynia-Zofiówka-Jastrzębie Ruch Zofiówka. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 5.08.2019r. pod poz. S 149 368346-2019-PL.

W dniu 14 sierpnia 2019r. Odwołujący - Elektrometal S.A. - wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie na postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia, które w jego ocenie zostały sformułowane w sposób naruszający reguły Pzp przez:

1. narzucenie w pkt 5.1 SIWZ i w §2 pkt 2 Projektu Umowy terminu wykonania Zadania nr 2 poprzez określenie go datą dzienną tj. do dnia 31.07.2021 roku, co przerzuca na wykonawców niewycenialne ryzyka wynikające z ewentualnego przedłużenia się postępowania przetargowego z przyczyn od nich niezależnych;
2. wprowadzenie w §4 ust. 7 Projektu Umowy wymogu wykonania usługi z najwyższą starannością, wynikającą z profesjonalnego charakteru prowadzonej przez wykonawcę działalności gospodarczej, co uniemożliwia precyzyjną wycenę ryzyk kontraktowych, gdyż Zamawiający nie zdefiniował pojęcia „najwyższej staranności” i wykonawcy nie mają wiedzy, jaki miernik staranności rządzi odpowiedzialnością kontraktową wykonawcy na podstawie Projektu Umowy,
3. wprowadzenie w §13 ust. 2 i ust. 3 Projektu Umowy reguł odpowiedzialności wykonawcy [kary umowne za opóźnienie], której nie zostały precyzyjnie zdefiniowane przez Zamawiającego, a których językowe brzmienie sugeruje odpowiedzialność niezależną od winy wykonawcy;
4. wprowadzenie w §13 ust. 2 i ust. 3 Projektu Umowy reguł odpowiedzialności wykonawcy, które kształtują ją w sposób abstrahujący od winy wykonawcy [kary umowne za opóźnienie], co rażąco narusza równowagę kontraktową i zniechęca wykonawców do składania ofert w Postępowaniu, a - w konsekwencji - ogranicza uczciwą konkurencję;
5. narzucenie w §4 ust. 10 Projektu Umowy obowiązku stosowania przez wykonawcę regulacji wewnętrznych Zamawiającego, które dopiero powstaną w przyszłości tj. takich, których wykonawca nie zna w chwili szacowania wartości jego oferty, co uniemożliwia jego precyzyjną wycenę i podważa uczciwą konkurencję w Postępowaniu;
6. narzucenie w §9 ust. 6 i §9 ust. 7 Projektu Umowy bardzo krótkich i wręcz niemożliwych do zachowania terminów do przystąpienia i do usunięcia wady lub usterki powstałej w okresie gwarancji, co rażąco narusza równowagę kontraktową, zniechęcając

wykonawców do wzięcia udziału w Postępowaniu, a - w konsekwencji - podważa uczciwą konkurencję;

7. wprowadzenie w §13 ust. 5 i §13 ust. 8 Projektu Umowy błahych przesłanek odstąpienia od umowy, co rażąco narusza równowagę kontraktową, zniechęcając wykonawców do wzięcia udziału w Postępowaniu, a - w konsekwencji - podważa uczciwą konkurencję;
8. przyznanie w §13 ust. 12 Projektu Umowy prawa do wprowadzenia przez Zamawiającego wykonawstwa zastępczego uzależnionego od okoliczności niezawinionych przez wykonawcę, co rażąco narusza równowagę kontraktową, zniechęcając wykonawców do wzięcia udziału w Postępowaniu, a - w konsekwencji - podważa uczciwą konkurencję;
9. przyznanie w §13 ust. 12 Projektu Umowy prawa do wprowadzenia przez Zamawiającego wykonawstwa zastępczego uzależnionego od błahych naruszeń umowy, co rażąco narusza równowagę kontraktową, zniechęcając wykonawców do wzięcia udziału w Postępowaniu, a - w konsekwencji - podważa uczciwą konkurencję;
10. przyznanie w §13 ust. 12 Projektu Umowy prawa do wprowadzenia przez Zamawiającego wykonawstwa zastępczego, które nie jest obarczone obowiązkiem Zamawiającego do wezwania wykonawcy do usunięcia stanu uchybienia i wyznaczenia mu odpowiedniego terminu, co rażąco narusza równowagę kontraktową, zniechęcając wykonawców do wzięcia udziału w Postępowaniu, a - w konsekwencji - podważa uczciwą konkurencję;
11. przyznanie w §13 ust. 10 Projektu Umowy możliwości odstąpienia przez Zamawiającego ze skutkiem wstecznym [ex tunc], co rażąco narusza równowagę kontraktową, zniechęcając wykonawców do wzięcia udziału w Postępowaniu, a - w konsekwencji - podważa uczciwą konkurencję;
12. narzucenie w pkt 5.2.2 ST, iż wszelkie prace będą prowadzone w dni wolne od wydobywania, co nie odpowiada uzasadnionym potrzebom Zamawiającego, naruszając uczciwą konkurencję w Postępowaniu;

Odwołujący zarzucił naruszenie:

1. art. 7 ust. 1 PZP w zw. z art. 29 ust. 1 i ust. 2 PZP, poprzez narzucenie w pkt 5.1 SIWZ i w §2 pkt 2 Projektu Umowy terminu wykonania Zadania nr 2 poprzez określenie go datą dzienną tj. do dnia 31.07.2021 roku, co przerzuca na wykonawców niewycenialne ryzyka wynikające z ewentualnego przedłużenia się postępowania przetargowego z przyczyn od nich niezależnych, zniechęcając wykonawców do składania

ofert w Postępowaniu, a - w konsekwencji - prowadzi do naruszenia uczciwej konkurencji;

2. art. 7 ust. 1 PZP w zw. z art. 29 ust. 1 PZP, poprzez wprowadzenie w §4 ust. 7 Projektu Umowy wymogu wykonania usługi z najwyższą starannością, wynikającą z profesjonalnego charakteru prowadzonej przez wykonawcę działalności gospodarczej, co uniemożliwia precyzyjną wycenę ryzyk kontraktowych, gdyż Zamawiający nie zdefiniował pojęcia „najwyższej staranności” i wykonawcy mają wiedzy, jaki miernik staranności rządzi odpowiedzialnością kontraktową wykonawcy na podstawie Projektu Umowy;
3. art. 7 ust. 1 PZP w zw. z art. 29 ust. 1 PZP, poprzez wprowadzenie w §13 ust. 2 i ust. 3 Projektu Umowy reguł odpowiedzialności wykonawcy [kary umowne za opóźnienie], które nie zostały precyzyjnie zdefiniowane przez Zamawiającego, a których językowe brzmienie sugeruje odpowiedzialność niezależną od winy wykonawcy;
4. art. 7 ust. 1 PZP w zw. z art. 29 ust. 2 PZP i art. 353[1] k.c., poprzez wprowadzenie w §13 ust. 2 i ust. 3 Projektu Umowy reguł odpowiedzialności wykonawcy, które kształtują ją w sposób abstrahujący od winy wykonawcy [kary umowne za opóźnienie], co rażąco narusza równowagę kontraktową, zasadę proporcjonalności i zniechęca wykonawców do składania ofert w Postępowaniu, a - w konsekwencji - ogranicza uczciwą konkurencję;
5. art. 7 ust. 1 PZP w zw. z art. 29 ust. 1 i ust. 2 PZP i art. 353[1] k.c., poprzez narzucenie w §4 ust. 10 Projektu Umowy obowiązku stosowania przez wykonawcę regulacji wewnętrznych Zamawiającego, które powstaną w przyszłości tj. takich, których wykonawca nie zna w chwili szacowania wartości jego oferty, co uniemożliwia jego precyzyjną wycenę i podważa uczciwą konkurencję w Postępowaniu;
6. art. 7 ust. 1 PZP w zw. z art. 29 ust. 2 PZP i art. 353[1] k.c., poprzez narzucenie w §9 ust. 6 i §9 ust. 7 Projektu Umowy bardzo krótkich i wręcz niemożliwych do zachowania terminów do przystąpienia i do usunięcia wady lub usterki powstałej w okresie gwarancji, co rażąco narusza równowagę kontraktową, zniechęcając wykonawców do wzięcia udziału w Postępowaniu, a - w konsekwencji - podważa uczciwą konkurencję;
7. art. 7 ust. 1 PZP w zw. z art. 29 ust. 2 PZP i art. 353[1] k.c., poprzez wprowadzenie w §13 ust. 5 i §13 ust. 8 Projektu Umowy błahych przesłanek odstąpienia od umowy i brak konieczności bezskutecznego upływu terminu na usunięcie uchybień, co rażąco narusza równowagę kontraktową, zniechęcając wykonawców do wzięcia udziału w Postępowaniu, a - w konsekwencji - podważa uczciwą konkurencję;

8. art. 7 ust. 1 PZP w zw. z art. 29 ust. 2 PZP i art. 353[1] k.c., poprzez przyznanie w §13 ust. 12 Projektu Umowy prawa do wprowadzenia przez Zamawiającego wykonawstwa zastępczego uzależnionego od okoliczności niezawinionych przez wykonawcę, co rażąco narusza równowagę kontraktową, zniechęcając wykonawców do wzięcia udziału w Postępowaniu, a - w konsekwencji - podważa uczciwą konkurencję;
9. art. 7 ust. 1 PZP w zw. z art. 29 ust. 2 PZP i art. 353[1] k.c., poprzez przyznanie w §13 ust. 12 Projektu Umowy prawa do wprowadzenia przez Zamawiającego wykonawstwa zastępczego uzależnionego od błahych naruszeń umowy, co rażąco narusza równowagę kontraktową, zniechęcając wykonawców do wzięcia udziału w Postępowaniu, a - w konsekwencji - podważa uczciwą konkurencję;
10. art. 7 ust. 1 PZP w zw. z art. 29 ust. 2 PZP i art. 353[1] k.c., poprzez przyznanie w §13 ust. 12 Projektu Umowy prawa do wprowadzenia przez Zamawiającego wykonawstwa zastępczego, które nie jest obarczone obowiązkiem Zamawiającego do wezwania wykonawcy do usunięcia stanu uchybienia i wyznaczenia mu odpowiedniego terminu, co rażąco narusza równowagę kontraktową, zniechęcając wykonawców do wzięcia udziału w Postępowaniu, a - w konsekwencji - podważa uczciwą konkurencję;
11. art. 7 ust. 1 PZP w zw. z art. 29 ust. 2 PZP i art. 353[1] k.c., poprzez przyznanie w §13 ust. 10 Projektu Umowy możliwości odstąpienia przez Zamawiającego ze skutkiem wstecznym [ex tunc], co rażąco narusza równowagę kontraktową, zniechęcając wykonawców do wzięcia udziału w Postępowaniu, a - w konsekwencji - podważa uczciwą konkurencję;
12. art. 7 ust. 1 PZP w zw. z art. 29 ust. 2 PZP, poprzez narzucenie w pkt 5.2.2 ST, iż wszelkie prace będą prowadzone w dni wolne od wydobywania(..), co nie odpowiada uzasadnionym potrzebom Zamawiającego, naruszając uczciwą konkurencję w Postępowaniu;

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu dokonania modyfikacji postanowień SIWZ w następujący sposób poprzez:

1. nakazanie wprowadzenia terminu realizacji Zadania nr 2 liczonego okresem czasu, który rozpocznie się od dnia podpisania umowy z Zamawiającym tj. w terminie 22 miesięcy od dnia podpisania umowy z zamawiającym Odwołujący wyjaśnia, iż okres 22 miesięcy, to okres, który jest liczony od daty upływu 60 dniowego terminu związania ofertą w Postępowaniu do obecnie wyznaczonego terminu ukończenia Zadania nr 2 [31.07.2021];
2. nakazanie wprowadzenia definicji pojęcia „najwyższej staranności”, o której mowa w §4 ust. 7 Projektu Umowy i - ewentualnie - przyjęcie, że chodzi tu o regułę określoną w art. 355 §2 k.c., zgodnie z którą należyta staranność dłużnika w zakresie

- prowadzonej przez niego działalności gospodarczej określa się przy uwzględnieniu zawodowego charakteru prowadzonej tej działalności;
3. nakazanie wprowadzenia definicji „opóźnienia”, o którym mowa w §13 ust. 2 i ust. 2 Projektu Umowy;
 4. nakazanie wprowadzenia reguły, iż odpowiedzialność, o której mowa w §13 ust. 2 i ust. 3 Projektu Umowy jest wyłącznie odpowiedzialnością za zawinione naruszenie terminów wykonania zobowiązań określonych w umowie tj. za zwłokę w ich należyтым wykonaniu;
 5. nakazanie usunięcia obowiązku określonego w §4 ust. 10 Projektu Umowy w zakresie, w którym narzuca on konieczność stosowanie przyszłych reguł wewnętrznych Zamawiającego;
 6. nakazanie wprowadzenia reguły, zgodnie z którą termin przystąpienia do usunięcia wady będzie wynosił 4 godziny od chwili zgłoszenia wady, a termin usunięcia wady będzie odpowiedni do rodzaju wady;
 7. nakazanie wprowadzenia w §13 ust. 5 i ust. 8 Projektu Umowy wymogu, by prawo odstąpienia było uzależnione wyłącznie od istotnego naruszenia postanowień umowy i nieusunięcia stanu naruszenia w odpowiednim terminie wyznaczonym wykonawcy przez Zamawiającego;
 8. nakazanie usunięcia z §13 ust. 12 Projektu Umowy sformułowania „w razie opóźnienia Wykonawcy lub Podwykonawcy w wykonaniu obowiązków wynikających z umowy”, tak by wykonawstwo zastępcze nie mogło być zastosowane w przypadku, gdy przekroczenie terminów nastąpi z przyczyn niezawinionych przez wykonawcę;
 9. nakazanie dokonania modyfikacji §13 ust. 12 Projektu Umowy, polegającej na uzależnieniu prawa wprowadzenia wykonawstwa zastępczego od istotnego naruszenia umowy oraz bezskutecznego upływu terminu do usunięcia stanu uchybienia;
 10. nakazanie dokonania modyfikacji §13 ust. 10 Projektu Umowy, polegającej na usunięciu możliwości odstąpienia przez Zamawiającego od umowy ze skutkiem wstecznym [ex tunc] i wprowadzenie reguły, zgodnie z którą wykonawcy należy się wynagrodzenie za roboty prawidłowo wykonane do dnia odstąpienia;
 11. nakazanie dokonania modyfikacji pkt 5.2.2 ST, prowadzącej do tego, iż pkt 5.2.2 ST uzyska następujące brzmienie: „Prace prowadzone będą w dni wolne od wydobywania z wyjątkiem prac przygotowawczych i prac nie kolidujących z transportem urobku przez Zamawiającego, w porozumieniu ze służbami technicznymi Zamawiającego. Modernizacje przenośników odstawy głównej będą się odbywały etapami. Po każdym etapie prac zostanie przeprowadzony odbiór techniczny i przenośniki zostaną oddane do ruchu.

12. obciążenie Zamawiającego kosztami postępowania odwoławczego, w tym zasądzenie od zamawiającego na rzecz Odwoływającego zwrotu opłaty od Odwołania oraz kosztów zastępstwa radcowskiego, według rachunków, które będą przedłożone przez Odwoływającego na rozprawie.

W zakresie zarzutu dotyczącego terminu określonego datą dzienną, Odwoływający podkreślił, że takie określenie terminu sprawia, że wykonawcy nie są w stanie podczas kalkulacji oferty ustalić, jaki ten termin faktycznie będzie, wobec czego nie są w stanie precyzyjnie określić i skalkulować ryzyk wynikających z realizacji zamówienia. Termin określony datą dzienną ulega faktycznemu skróceniu w przypadku wydłużenia procedury przetargowej poza wskazany w SIWZ termin związania ofertą. Odwoływający podkreślił, że często postępowania przetargowe nie kończą się podpisaniem umowy w określonym w SIWZ terminie związania ofertą, lecz ulegają z różnych przyczyn wydłużeniu, co faktycznie skraca termin realizacji zamówienia lub jego części, jeśli został określony datą dzienną. Prowadzi to do naruszenia uczciwej konkurencji, gdyż pojawiają się przyczyny zewnętrzne zakłócające konkurencję. Wykonawcy stają bowiem w takiej sytuacji, już po wycenie oferty przed oceną ryzyk wynikających z faktycznego skrócenia realizacji zamówienia, co wywołuje realne ryzyko rezygnacji części wykonawców z dalszego uczestnictwa w postępowaniu z przyczyn nie merytorycznych i konkurencja zostaje zakłócona. Odwoływający powołał się na orzeczenia KIO z dnia 21.03.2019r. KIO 414/19 oraz z dnia 6.11.2019r. KIO 2076/18.

W zakresie zarzutu dotyczącego braku definicji „najwyższej staranności” Odwoływający zarzucił, że Zamawiający posługuje się miernikiem staranności, który nie wynika z jakichkolwiek przepisów prawa - i co więcej - w żaden sposób go nie definiuje. W rezultacie żaden z wykonawców nie wie, jaki miernik staranności rządzi jego odpowiedzialnością kontraktową z przyszłej umowy i każdy może założyć przy wycenie inną jego postać, co podważy uczciwą konkurencję i doprowadzi do nieporównywalności ofert. Zamawiający winien zdefiniować pojęcie „najwyższej staranności” i wskazać czy rozumie przez nią standardowy i podwyższony miernik staranności osób zawodowo wykonujących działalność gospodarczą czy w inny sposób.

W zakresie zarzutu dotyczącego kary umownej za opóźnienie Odwoływający po pierwsze zauważył, że Zamawiający użył sformułowania „opóźnienie” lecz go nie zdefiniował, co narusza regułę określoną w art. 29 ust. 1 PZP w zw. z art. 7 ust. 1 PZP. Mimo, iż pojęcie to jest jednoznacznie interpretowane w judykaturze jako abstrahujące od winy wykonawcy tj. narzucające odpowiedzialność nawet za niezawinione naruszenie umownych terminów realizacji obowiązków wykonawcy, to każdy z wykonawców może je różnie zinterpretować, co doprowadzi do nieporównywalności ofert i podważenia uczciwej konkurencji w Postępowaniu.

Niezależnie od powyższego, jedynie z ostrożności, Odwołujący zarzucił, iż nie ma żadnych racjonalnych względów, by obciążać wykonawcę odpowiedzialnością za naruszenie terminów również w przypadkach, gdy ich naruszenie nastąpiło z przyczyn niezawinionych przez wykonawcę. Tego typu rozłożenie ryzyka stanowi rażące naruszenie równowagi kontraktowej, zasady proporcjonalności i istotnie zniechęca wykonawców do złożenia oferty w Postępowaniu, prowadząc w konsekwencji do rażącego ograniczenia konkurencji. Każdy racjonalnie działający wykonawca nie zdecyduje się bowiem na złożenie oferty w Postępowaniu, w wyniku którego ma przyjąć na siebie ryzyka opóźnień w zakończeniu realizacji inwestycji z przyczyn przez niego nie zawinionych i na które nie ma żadnego wpływu. W zakresie zarzutu dotyczącego obowiązku stosowania przyszłych regulacji wewnętrznych Odwołujący zarzucił, że §4 ust. 10 Projektu Umowy narzuca na wykonawcę obowiązek stosowania procedur wewnętrznych Zamawiającego, które nie istnieją i których wykonawca nie zna w chwili szacowania wartości oferty, a - w konsekwencji - których nie jest w stanie wycenić, co rażąco narusza równowagę kontraktową i prowadzi do nieporównywalności ofert. Odwołujący podkreślił, iż §4 ust. 10 Projektu Umowy pozwala Zamawiającemu na narzucenie wykonawcy de facto dowolnego obowiązku, którego wykonawca nie był w stanie uprzednio wycenić w ofercie, co narusza reguły określone w art. 7 ust. 1 PZP, art. 29 ust. 1 i ust. 2 PZP i art. 356[1] k.c.

W zakresie zarzutu dotyczącego krótkich terminów w ramach gwarancji Odwołujący podniósł, że terminy określone w §9 ust. 6 i ust. 7 są zbyt krótkie i w większości przypadków nie są obiektywnie możliwe do dotrzymania, co automatycznie obciąża wykonawcę wszelkimi ryzykami nieusunięcia wad. Może się bowiem okazać, że wykonawca odpowiada za niedochowanie tych terminów, mimo, iż nie miał obiektywnej możliwości ich dotrzymania, co rażąco narusza równowagę kontraktową, ograniczając konkurencję w Postępowaniu. Odwołujący podkreślił, iż Zamawiający winien urealnić te terminy tj. przyjąć, iż wykonawca ma obowiązek reakcji w ciągu 4 godzin od chwili zgłoszenia wady, natomiast czas usunięcia usterki winien być adekwatny do rodzaju wady. Nie sposób bowiem obciążać wykonawcy odpowiedzialnością za usunięcie usterki, jeśli obiektywnie nie był w stanie - z uwagi na rodzaj wady - jej usunąć w terminie 8 godzin od chwili jej zgłoszenia.

W zakresie zarzutu dotyczącego prawa odstąpienia Odwołujący podniósł, że przesłanki odstąpienia od umowy są błahe i stwarzają dla wykonawców nadmierne ryzyko kontraktowe, gdyż odstąpienie powoduje konieczność zapłaty kary umownej o wartości 10% wartości wynagrodzenia i wyrównania dalszej szkody. Odwołujący podkreślił, iż prawo odstąpienia od Umowy jest zawsze ultima ratio tj. ostatecznym środkiem represji, wobec czego winno być zastrzeżone wyłącznie na potrzeby regulowania skrajnych przypadków. Takimi natomiast nie są z pewnością okoliczności określone w §13 ust. 5 i ust. 8 Umowy. Odwołujący podniósł, iż z §13 ust. 5 i ust. 8 Projektu Umowy wynika, iż nawet najłżejsza postać niewykonania

zobowiązania przez wykonawcę, co więcej, nawet taka, która powstała z przyczyn przez niego niezawinionych [opóźnienie w realizacji umowy] uprawnia Zamawiającego do odstąpienia od umowy, co rażąco przeczy istocie prawa odstąpienia i rażąco narusza równowagę kontraktową.

W zakresie zarzutu dotyczącego przesłanek wykonawstwa zastępczego Odwołujący podniósł, że prawo do wprowadzenia wykonawstwa zastępczego uzależnione jest od błahych naruszeń umowy, co rażąco narusza równowagę kontraktową, zniechęcając wykonawców do wzięcia udziału w Postępowaniu, a - w konsekwencji - podważa uczciwą konkurencję. Odwołujący stwierdził, że prawo do wprowadzenia przez Zamawiającego wykonawstwa zastępczego, które nie jest obarczone obowiązkiem Zamawiającego do wezwania wykonawcy do usunięcia stanu uchybienia i wyznaczenia mu odpowiedniego terminu, co rażąco narusza równowagę kontraktową, zniechęcając wykonawców do wzięcia udziału w Postępowaniu, a - w konsekwencji - podważa uczciwą konkurencję.

W zakresie zarzutu dotyczącego możliwości odstąpienia ex tunc Odwołujący podniósł, iż pozostawienie Zamawiającemu decyzji co do skutku odstąpienia od Umowy i umożliwienie wykreowania wstecznego skutku odstąpienia rażąco narusza równowagę kontraktową i ogranicza konkurencję w Postępowaniu. Odwołujący podkreślił, że wsteczny skutek odstąpienia naraża wykonawcę na poniesienie znacznej szkody majątkowej, gdyż skutkuje koniecznością zwrotu już spełnionych świadczeń, a zwrot świadczenia spełnionego przez wykonawcę nie jest w praktyce możliwy lub jest ono dla wykonawcy zupełnie gospodarczo nieprzydatne. Z drugiej strony, z punktu widzenia interesu Zamawiającego, nie ma żadnych racjonalnych względów do tego, by kreować obowiązek zwrotu świadczeń, jeśli świadczenia w zakresie wykonanym do dnia odstąpienia zostało zrealizowane w sposób prawidłowy i jest dla Zamawiającego przydatne.

W zakresie zarzutu dotyczącego sposobu prowadzenia prac, Odwołujący zarzucił, że reguła określona w pkt 5.2.2 ST znacznie ogranicza możliwości prowadzenia robót przez wykonawcę i to z przyczyn, które nie są uzasadnione usprawiedliwionymi potrzebami Zamawiającego. Przewiduje bowiem, że wykonawca może prowadzić wszelkie prace wyłącznie w dniu wolne od wydobywania. Jest tymczasem technicznie możliwe prowadzenie robót przygotowawczych, czy innych bez - co wydaje się intencją Zamawiającego - oddziaływania tych robót na transport urobku prowadzony przez Zamawiającego.

Na podstawie dokumentacji akt sprawy oraz biorąc pod uwagę stanowiska stron i uczestnika postępowania zaprezentowane w trakcie rozprawy, Izba ustaliła i zważyła co następuje:

W pierwszej kolejności ustalono, że odwołanie nie zawiera braków formalnych oraz został uiszczony od niego wpis. Nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Izba stwierdziła, że Odwołujący wykazał przesłanki dla wniesienia odwołania określone w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, tj. posiadanie interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwość poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów Pzp.

Zamawiający złożył na posiedzeniu pisemną odpowiedź na odwołanie, wnosząc o oddalenie odwołania, dopuszczenie dowodów wskazanych w uzasadnieniu oraz zasądzenie od Odwołującego na rzecz Zamawiającego zwrotu kosztów postępowania według faktury oraz rachunków, przedstawionych na rozprawie.

Odwołujący oświadczył do protokołu posiedzenia, że wycofuje zarzut nr 12 odwołania dotyczący pkt 5.2.2 ST w zakresie sposobu prowadzenia prac. Z tych względów Izba na podstawie art. 189 ust. 1 ustawy Pzp. umorzyła postępowanie odwoławcze w tym zakresie.

Izba uznała, że odwołanie zasługuje na częściowe uwzględnienie.

Za zasadne Izba uznała zarzuty dotyczące następujących postanowień:

- § 13 ust. 2 i ust. 3 Projektu umowy w zakresie reguł odpowiedzialności wykonawcy, które abstrahują od winy (kara za opóźnienie).
- § 13 ust. 5 Projektu umowy w zakresie możliwości odstąpienia od umowy w przypadku naruszeń postanowień umowy, w tym opóźnienia w realizacji usługi
- § 13 ust. 12 Projektu umowy w zakresie możliwości wprowadzenia wykonawstwa zastępczego w sytuacji opóźnienia wykonawcy lub podwykonawcy w wykonaniu obowiązków wynikających z umowy

W tym zakresie Izba stwierdziła, że w doktrynie i orzecznictwie podkreśla się, że zasada swobody umów i równości stron stosunku zobowiązaniowego, wynikająca z art. 353¹ kc na gruncie zamówień publicznych podlega modyfikacji i specyficznemu ograniczeniu. Ograniczenie to przejawia się w różnych aspektach: po pierwsze - zamawiający nie może swobodnie wybrać kontrahenta, po drugie - zamawiający określa zasady, na których umowę chce zawrzeć, po trzecie - strony nie mogą swobodnie zmienić umowy już zawartej. Przyjmuje się zatem, że na gruncie zamówień publicznych dopuszczalna jest sytuacja, w której zamawiający, przygotowując umowę o zamówienie publiczne przerzuci znaczną część ryzyka

kontraktowego na wykonawcę. Uprzywilejowana pozycja Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego oraz zasadniczo jednostronne określanie istotnych warunków przyszłej umowy sprawiają, że umowy o udzielenie zamówienia publicznego są porównywane do umów adhezyjnych.

Jednak, zdaniem Izby uprawnienie Zamawiającego do ustalenia warunków umowy nie ma charakteru absolutnego, gdyż Zamawiający nie może swego prawa podmiotowego nadużywać. Zgodnie z regułą wyrażoną w art. 5 kc, nie można czynić ze swego prawa użytku, który byłby sprzeczny ze społeczno-gospodarczym przeznaczeniem tego prawa lub z zasadami współżycia społecznego, a takie działanie lub zaniechanie uprawnionego nie jest uważane za wykonywanie prawa i nie korzysta z ochrony.

Przy formułowaniu postanowień dotyczących kar umownych w zamówieniach publicznych niezwykle istotne jest wyważenie interesów obu stron stosunku zobowiązaniowego wynikających z przyszłej umowy. Zamawiający posiada uzasadniony interes, którego celem jest zagwarantowanie należytej realizacji zamówienia publicznego i dbałość o finanse publiczne, z drugiej strony nie można zapominać o interesie przedsiębiorców, ubiegających się o udzielenie zamówienia. Działania Zamawiającego nie mogą prowadzić do przerzucenia na wykonawców zbyt dużych ryzyk i odpowiedzialności za zdarzenia, na które nie mają oni wpływu. Urząd Zamówień Publicznych w raporcie dotyczącym stosowania kar umownych w zamówieniach publicznych (Warszawa, 2018r.) stwierdził m.in., że „efektem określania przez zamawiających restrykcyjnych i często nieproporcjonalnych do wartości przedmiotu zamówienia kar umownych jest mała liczba ofert składanych w postępowaniu oraz wliczanie przez wykonawców wysokości kar umownych w cenę oferty. Podobnie jest w przypadku postanowień umownych, które przerzucają odpowiedzialność na wykonawców za większość ryzyk. Postanowienia umowne tego typu w praktyce prowadzą do podniesienia ceny realizowanego zamówienia, ponieważ racjonalni wykonawcy uwzględniają ryzyko zapłaty kary umownej oraz inne ryzyka w oferowanej cenie”. W przywołanym raporcie wskazano także, że „kary umowne powinny być określone w wysokości adekwatnej do ewentualnej szkody - tak aby spełniały swoje funkcje, ale nie zniechęcały do udziału w zamówieniach publicznych. Zamawiający powinni mieć na uwadze, że wykonawcy nie odpowiadają za zdarzenia, na których powstanie nie mają wpływu, a wysokość kar umownych nie może być dowolna.” Wspomnieć też trzeba, że w projektowanej nowelizacji prawa zamówień publicznych jako jedną z klauzul abuzywnych wprowadzono „naliczanie kar umownych za opóźnienie, jeżeli opóźnienie wynika z winy zamawiającego”.

Przy rozważaniu kar umownych, Izba przyjęła - zgodnie z wyjaśnieniami Zamawiającego - iż sformułowanie „opóźnienie” użyte w kwestionowanych postanowieniach umowy dotyczy sytuacji, gdy opóźnienie w spełnieniu świadczenia jest następstwem okoliczności za które dłużnik odpowiedzialności nie ponosi.

Analizując wprowadzoną przez Zamawiającego w § 13 ust. 2 i ust. 3 projektowanej umowy regułę odpowiedzialności wykonawcy za opóźnienia w wykonaniu obowiązków umownych i gwarancyjnych niezależnie do jego winy, Izba doszła do przekonania, że takie ustalenie reguł odpowiedzialności nie znajduje racjonalnego uzasadnienia i pociąga za sobą zbyt duże ryzyko po stronie wykonawców. Postanowienia te przewidują bowiem odpowiedzialność wykonawcy za każde, również niezależne od przyczyn leżących po stronie wykonawcy, opóźnienia wykonawcy i podwykonawcy w wykonywaniu obowiązków umownych oraz gwarancyjnych. Za rażąco naruszające równowagę kontraktową stron Izba uznała przewidzianą w § 13 ust. 5 Projektu umowy możliwość odstąpienia przez Zamawiającego od umowy w przypadku jakiegokolwiek naruszenia postanowień umowy, w tym opóźnienia w realizacji usługi a także możliwość powierzenia wykonania zastępczego w przypadku opóźnienia wykonawcy i podwykonawcy. Postanowienia tego rodzaju wprowadzają po stronie Zamawiającego możliwość odstąpienia od umowy z błahych, niezależnych od wykonawcy przyczyn oraz dodatkowo obciążają go kosztami zastępczego zlecenia usługi, co zdaniem Izby pociąga za sobą zbyt duże i nieuzasadnione ryzyko kontraktowe po stronie wykonawcy. Należy zwrócić uwagę, że instytucja odstąpienia od umowy niweczy cały stosunek zobowiązaniowy i ze względu na interesy obu stron winna być ona ostatecznością. Tymczasem w projektowanych przez Zamawiającego postanowieniach umowy, w sytuacji naruszenia obowiązków umowy, w tym niezależnego od wykonawcy opóźnienia w realizacji usługi Zamawiający przewidział sobie prawo nie tylko do naliczenia kar umownych, ale także odstąpienia od umowy oraz zlecenia wykonawstwa zastępczego na koszt wykonawcy. Tak daleko idące sankcje jakie może ponieść wykonawca w sytuacji jakiegokolwiek naruszenia postanowień umowy, w tym niezawinionego opóźnienia w realizacji usługi naruszają w sposób rażąco równowagę kontraktową stron stosunku zobowiązaniowego, który i tak na gruncie zamówień publicznych doznaje ograniczenia. Z tych względów Izba nakazała dokonanie modyfikacji tych postanowień jak w sentencji.

W pozostałym zakresie, Izba oddaliła zarzuty odwołania:

W zakresie terminu określonego datą dzienną w zadaniu nr 2 w postanowieniu § 2 ust. 2 Projektu umowy, Izba stwierdziła, że brak jest przepisów, które zakazują określenia terminu realizacji konkretną datą. Istotnie takie określenie terminu może rodzić niebezpieczeństwo jego niedochowania, w przypadku przedłużającej się procedury przetargowej, ale w

analizowanej sprawie Odwołujący nie przedstawił wiarygodnych wyliczeń, które pozwalałyby uznać, że termin przewidziany na realizację zadania nr 2 (31.07.2021r.) jest trudny lub niemożliwy do dochowania. Zamawiający wyjaśnił natomiast - i te wyjaśnienia Izba uznała za wiarygodne – iż określenie terminu dla zadania nr 2 datą dzienną wynika z konieczności dostosowania wykonania tego zamówienia z zakończeniem innych robót budowlanych, obejmujących pogłębianie szybu, realizowanych w oparciu o umowę, którą Zamawiający załączył jako dowód. Zdaniem Izby Zamawiający wykazał, że określenie terminu realizacji datą dzienną jest obiektywnie uzasadnione jego potrzebami, związanymi z trwającymi w szybie pracami. Ponadto Zamawiający wyjaśnił w toku rozprawy, że podane przez niego terminy na poszczególne czynności w zakresie zadania nr 2 są określone czasookresem, który z doświadczenia zamawiającego w realizacji tego typu zamówień jest okresem wystarczającym. Nie można zgodzić się także ze stanowiskiem Odwołującego, iż określenie terminu datą dzienną stanowi naruszenie równości wykonawców i może doprowadzić do nieporównywalności ofert. Termin określony datą dzienną jest jednakowy dla każdego wykonawcy, biorącego udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego i każdy z wykonawców musi skalkulować ryzyko związane z jego ewentualnym przekroczeniem.

W zakresie pojęcia „najwyższej staranności” użytego w § 4 ust. 7 Projektu umowy, Izba uznała, że wyjaśnienia Zamawiającego, iż pod tym pojęciem rozumie regułę wynikająca z art. 355§ 2 kc są zasadne. Kwestionowane postanowienie umowne wiąże „najwyższą staranność” wykonawcy z profesjonalnym charakterem prowadzonej działalności gospodarczej, a zatem sugeruje odesłanie do art. 355§ 2 kc. Przyjęcie takiego rozumienia jest zgodne z żądaniem Odwołującego, stąd nie ma podstaw do jego modyfikacji.

W zakresie postanowienia z § 4 ust. 10 Projektu umowy dotyczącego obowiązku stosowania przez wykonawcę regulacji wewnętrznych zamawiającego, które dopiero powstaną w przyszłości, Izba stwierdziła, że postanowienie to nie narusza zasad uczciwej konkurencji. Postanowienie to odnosi się wyłącznie do przyszłych regulacji wewnętrznych niezbędnych do należytego wykonania umowy, w szczególności dotyczących bezpieczeństwa i higieny pracy, prowadzenia ruchu górniczego, bezpieczeństwa pożarowego itp. i dotyczy w równym stopniu każdego wykonawcy, przystępującego do udziału w postępowaniu. Oczywistym jest, że na wykonawcy realizującym umowę na terenie zakładu górniczego będzie spoczywał obowiązek przestrzegania wszystkich aktualnie obowiązujących w czasie wykonywania zadań regulacji wewnętrznych dotyczących bezpieczeństwa i higieny pracy a także innych, wynikających ze specyficznych warunków jakie panują w zakładach górniczych. Istotne jest to, że regulacje te, - jak wskazał Zamawiający - dotyczą bezpieczeństwa, prowadzenia ruchu zakładu górniczego, występujących zagrożeń itp. Obowiązek przestrzegania aktualnych regulaminów

obowiązujących u Zamawiającego, wbrew temu co twierdzi Odwołujący, nie wywołuje nadmiernego ryzyka po stronie wykonawców.

W zakresie terminów na przystąpienie do usunięcia wady (2 godziny) oraz dokonania naprawy w ramach gwarancji (8 godzin) Izba uznała, że Odwołujący i Przystępujący po jego stronie wykonawca nie wykazali, że terminy przewidziane przez Zamawiającego są obiektywnie nierealne i niemożliwe do dochowania. Zamawiający wyjaśnił, odwołując się do własnego doświadczenia w realizacji tego typu zamówień, że przewidziane przez niego terminy są przyjmowane i realizowane w innych umowach. Zauważyć też należy, iż terminy podane przez zamawiającego na przystąpienie do usunięcia wady i naprawy w ramach gwarancji nie są terminami sztywnymi, bowiem Zamawiający w obu przypadkach przewidział możliwość ich zmiany za zgodą Zamawiającego.

W zakresie możliwości odstąpienia od umowy ze skutkiem *ex tunc*, wynikającym z postanowienia § 13 ust. 10 Projektu umowy Izba uznała, że postanowienie to jest zgodne z ogólną zasadą, wynikającą z art. 395§ 2 kc i nie narusza równowagi stron. W sytuacji gdy uprawiony składa oświadczenie woli o skorzystaniu z prawa odstąpienia od umowy, umowę taką uważa się za niezawartą zgodnie z art. 395 § 2 zd. 1 kc, skutek ten ma moc wsteczną-*ex tunc*. Regulacja z art. 395 § 2 kc, wprowadza zasadę zgodnie z którą strony zobowiązane są zwrócić sobie wszystko co wzajemnie świadczyły w stanie niezmienionym, chyba że ta zmiana była konieczna w granicach zwykłego zarządu.

Zgodnie z art. 192 ust. 10 ustawy Pzp, strony ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku, z zastrzeżeniem art. 186 ust. 6. Bogate orzecznictwo sądów okręgowych wskazuje, że w przypadku rozstrzygnięcia, w którym część odwołania zostaje oddalona, zaś część uwzględniona, zasada odpowiedzialności za wynik postępowania odwoławczego oznacza obowiązek stosunkowego rozdzielenia kosztów postępowania odwoławczego w takiej części, w jakiej odwołanie odniosło skutek. Pogląd taki został wyrażony m.in. w wyroku Sądu Okręgowego w Gliwicach z 20lipca 2016r. sygn. akt X GA280/16, w postanowieniu Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 12 grudnia 2017 r. sygn. akt XXIII Ga 1886/17 oraz postanowieniu Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 18 grudnia 2018r. sygn. akt XXIII Ga 830/18. Z uwagi na to, że odwołanie zostało uwzględnione jedynie w części Izba uznała, że stosownym jest rozdzielenie kosztów wpisu od odwołania między strony postępowania w częściach równych i wzajemne zniesienie kosztów wynagrodzenia pełnomocników oraz dojazdu na rozprawę.

Mając powyższe na uwadze, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, zgodnie z § 1 ust. 2 pkt 2, § 3 i § 5 ust. 4 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. 2018 poz. 972).

Przewodniczący: