

Sygn. akt: KIO 2008/16

WYROK
z dnia 3 listopada 2016 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Izabela Niedziałek-Bujak

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 2 listopada 2016 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 21 października 2016 r. przez Odwołującego – **Eltel Networks Energetyka Spółka Akcyjna**, Gutkowo 81D (11-041 Olsztyn) w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego **Polskie Sieci Elektroenergetyczne Spółka Akcyjna** z siedzibą w Konstancinie-Jeziornej przy ul. Warszawska 165, (05-520 Konstancin – Jeziorna),

przy udziale

wykonawcy **Electrum Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością**, ul. Watykańska 13, 15-638 Białystok zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego

wykonawcy **Aeronaval de Construcciones e Instalaciones S.A.**, C/Bahia de Pollensa 13, 28042 Madryt zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego

wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **TORPOL Spółka Akcyjna**, ul. Mogileńska 10G, 61-052 Poznań, **Przedsiębiorstwo Elektrycznych Robót Specjalistycznych "ENERTEL" Spółka Akcyjna**, ul. Karskiego 11, 25-214 Kielce zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego

orzeka:

1 Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża Odwołującego – Eltel Networks Energetyka S.A. i:

2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20.000 zł 00 gr.** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego – Eltel Networks Energetyka S.A tytułem wpisu od odwołania;

2.2 Zasądza od Odwołującego – Eltel Networks Energetyka S.A na rzecz Zamawiającego - Polskie Sieci Elektroenergetyczne S.A., kwotę **3.600 zł. 00 gr.** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem zwrotu kosztów strony poniesionych w związku z wynagrodzeniem pełnomocnika

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r. poz. 2164 z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Warszawie.**

Przewodniczący:

Uzasadnienie

W postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego Polskie Sieci Elektroenergetyczne S.A. z siedzibą w Konstancinie - Jeziornie w trybie przetargu ograniczonego na zadanie inwestycyjne pn. *rozbudowa stacji 110kV Reclaw o rozdzielnię 220 kV* (nr sprawy DU/89/2016/TB), ogłoszonym w Dzienniku Urzędowym Wspólnot Europejskich w dniu 16 kwietnia 2016 r., 2016/S 075-132494, wobec treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, wzoru umowy, wykonawca – Eltel Networks Energetyka S.A. wniósł w dniu 21 października 2016 r. odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej (sygn. akt KIO 2008/16).

Zamawiający przekazał wykonawcom zaproszonym do składania ofert treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia w dniu 12 października 2016 r.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu dokonanie czynności z naruszeniem:

1. art. 7 ust. 1 w zw. z art. 36 ust. 1 pkt 16 ustawy Pzp oraz art. 353¹ kodeksu cywilnego w zw. z art. 14 Pzp i art. 139 ust. 1 Pzp poprzez błędne przyjęcie, że Zamawiający nie jest zobowiązany do skonstruowania umowy, której treść lub cel nie sprzeciwia się właściwości stosunku, obowiązującym przepisom ani zasadom współżycia społeczne, poprzez sformułowanie postanowień umowy w następujący sposób:
 - a. § 9 ust. 19 Umowy poprzez obciążenie wykonawcy uzyskaniem tytułów prawnych do nieruchomości bez uwzględnienia możliwości zmiany terminu realizacji umowy z uwagi na toczące się procesy związane z pozyskaniem tych tytułów, których długość i efekt nie zależy od wykonawcy, a od właścicieli nieruchomości i organów administracyjnych, przy jednoczesnej możliwości naliczenia kar umownych wykonawcy za opóźnienia w realizacji umowy;
 - b. § 3 ust. 6 oraz § 12 ust. 3 umowy, poprzez przyznanie Zamawiającemu i Inżynierowi Kontraktu faktycznego uprawnienia do arbitralnego wprowadzania zmian w harmonogramie rzeczowym pomimo ponoszenia odpowiedzialności z tytułu niewywiązania się z terminów umownych przez wykonawcę;
 - c. § 3 ust. 8 umowy poprzez określenie, iż wykonawca obowiązany jest stosować się do pisemnych poleceń Inżyniera Kontraktu, bez jednoczesnego wskazania, że w przypadku, gdy stosowanie się do poleceń Inżyniera Kontraktu będzie wpływało na obowiązki wykonawcy, w tym terminowość wykonania zamówienia, wykonawca będzie zwolniony od wszelkiej odpowiedzialności w przypadku niedotrzymania terminów określonych w harmonogramie rzeczowym, oraz poprzez nałożenie na

- wykonawcę obowiązku każdorazowego weryfikowania poleceń Inżyniera Kontraktu z uwagi na fakt, iż wykonawca został faktycznie obciążony odpowiedzialnością za wszelkie szkody wynikające z realizacji umowy zgodnie z poleceniami Inżyniera Kontraktu, w tym także za szkody wyrządzone osobom trzecim przez osoby trzecie;
- d. § 6 ust. 5 w zw. z § 14 ust. 2 umowy poprzez określenie, iż wykonawca zobowiązany jest do dokonywania stałej weryfikacji poprawności i kompletności wszelkiej dokumentacji przekazywanej przez Zamawiającego, przy czym Zamawiający nie przejmuje odpowiedzialności za poprawność i kompletność przekazywanej dokumentacji, zaś niekompletność i niepoprawność nie zwalnia wykonawcy z odpowiedzialności za niewykonanie lub nienależyte wykonanie umowy; oraz określenie, iż każda zmiana przekazanej przez Zamawiającego dokumentacji nie stanowi podstawy zmiany umowy, w tym zapisów harmonogramu rzeczowego, za którego przestrzeganie, w tym pod rygorem naliczenia kar umownych, odpowiedzialność ponosi wykonawca, bez względu na jego wpływ na ewentualne zmiany w harmonogramie rzeczowym (§ 9 ust. 4 oraz § 19 ust. 1 lit b); oraz poprzez określenie, że wykonawca winien w ramach kalkulacji wynagrodzenia, uwzględniać również wszelkie ryzyka związane z brakiem kompletności i poprawności wszelkiej dokumentacji przekazanej przez Zamawiającego;
- e. § 13 ust. 1 umowy poprzez określenie, że zmiana procedury odbioru i sprawdzenia technicznego składników majątku sieciowego („Procedura”) nie stanowi zmiany umowy i nie wymaga akceptacji wykonawcy, pomimo że zmiany Procedury mogą wpływać na odpowiedzialność wykonawcy;
- f. § 19 ust. 16 i ust. 17 umowy poprzez określenie, że faktycznej kary umownej przewidzianej w tym postanowieniu, nie obejmuje ograniczenie dotyczące ustalenia limitu łącznej wartości kar umownych z § 19 ust. 10 umowy.

Odwołujący wnosi o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie Zamawiającemu modyfikację treści siwz w sposób uwzględniający argumentację przedstawioną w uzasadnieniu.

Zamawiający jeszcze przed posiedzeniem Izby wyznaczonym na dzień 2 listopada 2016 r. na godzinę 10:00, dokonał modyfikacji części kwestionowanych postanowień, przekazując odpowiedzi na pytania wykonawcom zaproszonym do składania ofert (pismo z dnia 02.11.2016 r.).

Do postępowania odwoławczego przystąpili po stronie Odwołującego trzej inni wykonawcy zaproszeni do złożenia oferty w postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu ograniczonego: Electrum Sp. z o.o., Aeronaval de Construcciones e Instalaciones S.A.,

wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: TORPOL S.A., Przedsiębiorstwo Elektrycznych Robót Specjalistycznych "ENERTEL" S.A.

W uzasadnieniu zarzutów Odwołujący wskazał, iż dla prawidłowej analizy postanowień umowy pod kątem ich zgodności z zasadami współżycia społecznego konieczne jest dokonanie ich interpretacji nie tylko indywidualnie, ale z uwzględnieniem całokształtu umowy. Wynika to z wzajemnego powiązania szeregu postanowień umowy, które razem kreują określony stosunek między stronami, a co pozwala na ogólną ocenę pozycji danej strony w stosunku umownym. Pozornie nienaruszające podstawowych zasad kontraktowych postanowienie umowy, w obliczu jej pełnej treści, może okazać się postanowieniem niezgodnym z zasadami sprawiedliwości kontraktowej, a więc postanowieniem nieważnym. Odwołujący konstruował zarzuty w takim właśnie ujęciu, które prowadzić ma do wykazania pozycji wykonawcy w relacji umownej z Zamawiającym oraz poziomu ryzyka i odpowiedzialności jakim niezasadnie zostaje obciążony.

1a).

W odniesieniu do § 9 ust. 19 Umowy Odwołujący wskazuje, że wykonawca nie jest w stanie przewidzieć długość trwania postępowań związanych z wypłatą odszkodowań i wynagrodzeń, gdyż ich czas może być różny, w zależności od wartości nieruchomości i wybranego sposobu uzyskania tytułu, co ostatecznie wpływa na możliwość dotrzymania przez wykonawców terminów umownych oraz skalkulowanie potencjalnych ryzyk. Zamawiający przeniósł w całości ryzyko na wykonawcę, a zdaniem Odwołującego powinno ono spoczywać na Zamawiającym. Wykonawca natomiast powinien być zwolniony z odpowiedzialności za nieterminowe wykonanie umowy w przypadku opieszałości organu lub innych, obiektywnie niezależnych od niego czynników. Odwołujący nie ma możliwości określenia ryzyk wynikających z kwestionowanych postanowień Umowy, skoro nie można ich ani rzetelnie skalkulować, ani określić czasu ich trwania.

Odwołujący wnosi o zmianę postanowień w taki sposób, aby odpowiedzialność wykonawcy była wyłączona w zakresie opóźnień wynikających z przyczyn od niego niezależnych, w tym opieszałości właściwych organów administracyjnych.

1b).

Zastrzeżenia budzą postanowienia dotyczące uprawnienia Zamawiającego do zmiany terminów wyłączeń udzielanych wykonawcy - § 3 ust. 6 Umowy, które w powiązaniu z obowiązkiem wykonawcy uzgodnienia z Inżynierem Kontraktu aktualizacji Harmonogramu Rzeczowego (§ 12 ust. 3 Umowy) i obowiązkiem jego aktualizacji przez wykonawcę w terminie 7 dni od zgłoszenia żądania, wskazywać ma na nadużycie prawa podmiotowego Zamawiającego. Zapisy powodują, iż wykonawca jest całkowicie zależny od arbitralnych

decyzji Zamawiającego i Inżyniera Kontraktu (spółki powiązanej z Zamawiającym), będąc jednocześnie zobligowanym do przestrzegania terminów umownych. Skonstruowanie postanowień w ten sposób, że wykonawca ma każdorazowo obowiązek uwzględniać zmiany terminów proponowane przez Inżyniera Kontraktu, bez żadnych ograniczeń i konkretnego uzasadnienia, narusza podstawową zasadę sprawiedliwości kontraktowej. Może to prowadzić do przekroczenia terminu wykonania Umowy, co nie pozbawia Zamawiającego roszczeń z tytułu opóźnienia w wykonaniu Umowy z przekroczeniem terminu 32 miesięcy od dnia jej podpisania. Zgodnie bowiem z § 19 ust. 1a Umowy, kary za opóźnienie nie będą naliczane od terminu wskazanego w zaktualizowanym Harmonogramie Rzeczowym, ale od terminu określonego w § 12 ust. 1 lit a, a tym samym zmiana terminu niezależna od okoliczności leżących po stronie wykonawcy (a leżących np. w całości po stronie Zamawiającego) będzie obarczać go odpowiedzialnością za niedotrzymanie terminów umownych.

Odwołujący wnosił o zamianę postanowień w taki sposób, aby Zamawiający nie miał możliwości arbitralnej zmiany terminów umownych bez zgody wykonawcy, lub taką zmianę, która uniemożliwiłaby pociągnięcie wykonawcy do odpowiedzialności z tytułu nieterminowego wykonania umowy.

1c)

Odwołujący kwestionuje postanowienia § 3 ust. 8 Umowy, dotyczące obowiązku stosowania się do pisemnych poleceń Inżyniera Kontraktu, chyba że powodowałoby to zmianę zakresu zamówienia lub mogłoby z jakichkolwiek innych przyczyn narazić Zamawiającego albo osoby trzecie na szkodę lub na szkodę ze strony osób trzecich. Jednocześnie wykonawcę obciążono odpowiedzialnością za wszelkie szkody wynikające z realizacji Umowy w razie nie wykonania tego obowiązku.

Sporne postanowienia nie przewidują sytuacji, w której polecenia Inżyniera Kontraktu mogłyby powodować szkodę po stronie Wykonawcy. W rezultacie pisemnego polecenia wykonawca nie będzie w stanie wykonać należycie swoich zobowiązań umownych i może się narazić co najmniej na odpowiedzialność kontraktową. Dla stwierdzenia sprzeczności danego zachowania z zasadami współżycia społecznego znaczenie ma nie tylko treść, ale i zamierzony cel stron, motywy działania danej strony, które mogą świadczyć o braku poszanowania dla interesów partnera, naruszeniu zasad uczciwego obrotu, rzetelnego postępowania, lojalności i zaufania w stosunkach kontraktowych (wyrok SN z 24.04.2014 r., sygn. III CSK 178/13). Motywem i celem Zamawiającego miało być obciążenie wykonawcy kolejnym nadmiernym i nieproporcjonalnym zobowiązaniem, który mógłby być wykorzystany

w przypadku podjęcia niewłaściwej decyzji przez samego Zamawiającego i Inżyniera Kontraktu.

Odwołujący wnosil o modyfikację siwz w taki sposób, aby wykonawca nie ponosił odpowiedzialności za skutki wykonania poleceń Zamawiającego i Inżyniera Kontraktu.

1d).

Odwołujący sprzeciwia się postanowieniom § 6 ust. 5 Umowy, w których nakłada się na wykonawcę obowiązek dokonywania stałej weryfikacji poprawności i kompletności wszelkiej dokumentacji przekazywanej przez Zamawiającego, za którą odpowiedzialności nie ponosi Zamawiający, ale wykonawca. Niekompletność lub niepoprawność dokumentacji nie zwalnia wykonawcy z odpowiedzialności za nieterminowe lub nienależyte wykonanie Umowy.

Zamawiający oczekuje wkalkulowania ryzyka związanego z brakiem kompletności i poprawności wszelkiej dokumentacji przekazywanej przez Zamawiającego (§14 ust. 2 Umowy), co w świetle orzecznictwa należy traktować jako aprobatę dla nieprofesjonalnego działania Zamawiającego i próba ubezpieczenia kosztem wykonawcy zaniechań, czy zaniedbań Zamawiającego (wyrok KIO z 18.5.2016 r., sygn. KIO 897/15). W ocenie Odwołującego, Zamawiający próbuje obarczyć wykonawcę odpowiedzialnością za ewentualne własne uchybienia, chociaż jego celem powinno być dążenie do realizacji zamówienia poprzez rzetelną współpracę z wykonawcą. Odwołujący nie kwestionuje odpowiedzialności za dokumentację, którą sam przygotowuje, ale nie jest właściwym ponoszenie przez niego konsekwencji związanych z zaniedbaniami i uchybieniami Zamawiającego.

Odwołujący wnosi o modyfikację siwz w taki sposób, aby za prawidłowość dokumentacji odpowiadał Zamawiający, a przynajmniej, aby skutki błędów w dokumentacji nie obciążały wykonawcy.

1e).

Odwołujący kwestionuje postanowienia § 13 Umowy w zakresie, w jakim nie zastrzeżono konieczności akceptacji wykonawcy zmiany procedury stanowiącej załącznik nr 3 do Umowy, na podstawie której będzie następował odbiór prac. Procedura zawiera w sobie zarówno zobowiązania wykonawcy, Inżyniera Kontraktu jak i innych podmiotów uczestniczących w weryfikacji realizowanego i już zrealizowanego zamówienia. Odwołujący odwołał się do stanowiska Sądu Najwyższego wyrażonego w zakresie jednostronnego uprawnienia do zmiany umowy, jako naruszającego zasadę słuszności kontraktowej i sprzecznego z zasadami współżycia społecznego.

Odwołujący wnosił o modyfikację siwz przez wprowadzenie zapisu przewidującego konieczność zaakceptowania ewentualnych zmian w Procedurze.

1f).

W ocenie Odwołującego § 19 ust. 16 i 17 Umowy nie mogą się ostać w dotychczasowym kształcie, gdyż są sprzeczne z pozostałymi postanowieniami Umowy, tj. w szczególności § 19 ust. 10, w którym wprowadzone zostały ograniczenia wysokości kar umownych, jakie może naliczyć Zamawiający. Kwestionowane ustępy prowadzą do omijania ograniczenia wysokości kar i obciążenia wykonawcy odpowiedzialnością ponad zastrzeżony górny jej pułap. Odwołujący dostrzega uprzywilejowaną pozycję Zamawiającego, odpowiedzialnego za wydatkowanie środków publicznych i zaspokajanie zbiorowych potrzeb, co uprawnia do przerzucenia znacznej części ryzyka kontraktowego na wykonawcę, o tyle jednak, o ile wykonawca ma możliwość oszacowania ryzyka na jakie zgodzi się podpisując umowę i może wkalkulować w cenę. Sporne postanowienia takiej możliwości nie stwarzają z uwagi n niedające się usunąć wewnętrzne sprzeczności, występujące w sytuacji, gdy Zamawiający wprowadza pułap odpowiedzialności wykonawcy, a następnie tworzy od tego wyjątki i zastrzega przekraczające ten pułap kary.

Odwołujący wnosił o wykreślenie ustępów 16 i 17 z § 19 Umowy.

Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wskazywał na okoliczność wprowadzonych przed otwarciem posiedzenia w sprawie zmian w siwz, przekazanych wykonawcom zaproszonym do składania ofert. Zamawiający wnosił o umorzenie postępowania odwoławczego w zakresie żądania zmiany § 3 ust. 6 w zw. z § 12 ust. 3, § 6 ust. 5 i § 13 ust. 1 wzoru Umowy z uwagi na wprowadzone w dniu 2.11.2016 r. zmiany. W pozostałym zakresie wnosił o oddalenie odwołania jako bezzasadnego. Do stanowiska Zamawiający załączył pismo z dnia 2.11.2016 r. zawierające odpowiedzi na pytania dotyczące siwz, przekazane wykonawcom w godzinach porannych faksem.

Stanowisko Izby

Do rozpoznania odwołania zastosowanie znajdowały przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych obowiązujące w dacie wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, (tekst jednolity Dz. U. z 2015 r., poz. 2164 ze zm.), tj. sprzed nowelizacji dokonanej ustawą z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz.U.2016.1020), zwanej dalej „Ustawą”. Zgodnie z art. 16 ust. 1 ustawy nowelizującej do postępowań o udzielenie zamówienia publicznego wszczętych i niezakończonych przed dniem wejścia w życie niniejszej ustawy oraz do odwołań i skarg do sądu dotyczących tych postępowań stosuje się przepisy dotychczasowe.

Przystępując do rozpoznania odwołania, Izba w pierwszej kolejności zobowiązana była do oceny wypełnienia przesłanek z art. 179 ust. 1 Ustawy, tj. istnienia po stronie Odwołującego interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwości poniesienia przez Odwołującego szkody w wyniku kwestionowanych czynności Zamawiającego. Ponieważ odwołaniem objęta została treść wzoru Umowy, regulującej wzajemne stosunki pomiędzy przyszłymi stronami kontraktu, w interesie każdego z wykonawców zaproszonych do złożenia oferty leży, aby postanowienia te zabezpieczały ich interesy, na wypadek gdyby oferta została wybrana, jako najkorzystniejsza, a wykonawca zobowiązany byłby do realizacji umowy na warunkach ustalonych we wzorze umowy. W sytuacji gdyby kwestionowane postanowienia prowadziły do naruszenia zasad współżycia społecznego, w zależności od ich zakresu i znaczenia dla możliwości realizacji zamówienia, mogłaby zachodzić podstawa do stwierdzenia nieważności czynności prawnej na podstawie art. 58 k.c. W związku z powyższym Izba uznała, że spełnione zostały przesłanki materialno-prawe do merytorycznego rozpoznania zarzutów.

Na podstawie dokumentacji postępowania, w tym treści siwz – wzoru Umowy oraz stanowisk stron prezentowanych na rozprawie Izba dokonała ustaleń faktycznych stanowiących podstawę do wydania rozstrzygnięcia w przedmiocie podniesionych zarzutów.

Odnosząc się w pierwszej kolejności do znaczenia dla niniejszego rozstrzygnięcia zmiany części z kwestionowanych postanowień siwz, Izba mając na uwadze oświadczenie Odwołującego złożone na posiedzeniu o braku ich wpływu na zasadność zarzutu podtrzymanego w całości, uznała, iż modyfikacja nie wpływała wprawdzie na ustalenie stanu faktycznego, do którego odnoszą się zarzut Odwołującego, mogły one mieć natomiast znaczenie dla ustalenia, czy odwołanie zasługiwało na uwzględnienie w świetle art. 192 ust. 2 Ustawy. Izba stosowanie do tego przepisu może uwzględnić odwołanie, *jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia*. Odnosząc się zatem do kwestii wpływu na wynik postępowania postanowień umowy, które odnoszą się do obowiązków wykonawcy związanych z realizacją umowy, a bezpośrednio nie wpływających na sam przebieg postępowania, w tym ocenę ofert, Izba uznała, iż na wynik oceny wpływu stwierdzonych naruszeń, mogą mieć znaczenie zmiany siwz dokonane już po wniesieniu odwołania. Jeżeli bowiem postanowienia, do których odnosi się odwołanie zostają usunięte lub zmienione przez Zamawiającego jeszcze przed wydaniem wyroku przez Izbę, to prowadzi to faktycznie do pozbawienia znaczenia tych zapisów dla postępowania. Zatem ocena ich wpływu na wynik postępowania pozbawiona zostaje racji, a odwołanie w tym zakresie nie może odnieść skutku w postaci nakazania zmiany nowych postanowień, co do których wykonawcy przysługuje prawo do wniesienia odwołania. W świetle powyższego Izba nie mogła pominąć

faktu, iż część z kwestionowanych postanowień uległa zmianie, co miało również wpływ na wynik postępowania odwoławczego.

Odnosząc się w kolejności do kwestionowanych postanowień wzoru Umowy Izba ustaliła i zważyła.

1a).

§ 9 ust. 19 wzoru Umowy dotyczy obowiązków wykonawcy związanych z uzyskaniem prawa do dysponowania nieruchomościami, na których zlokalizowana będzie Stacja na cele budowlane w rozumieniu art. 33 ust. 2 pkt 2 ustawy Prawo budowlane.

Zamawiający wyjaśniał, iż ustalony w nim obowiązek wykonawcy w zakresie pozyskania prawa do dysponowania nieruchomościami na cele budowlane oraz do pozyskania tytułów prawnych o charakterze trwałym do nieruchomości, na których zlokalizowane będą przebudowane wyłącznie wprowadzenia liniowe, co stanowi niewielki element zamówienia, które zasadniczo dotyczy rozbudowy stacji kV. W przypadku o jakim mówi Odwołujący, tj. opóźnień wywołanych opieszałością organów, wydłużonymi procedurami, zapisy § 29 ust. 1 pkt 1 Umowy stanowią zabezpieczenie interesów wykonawcy, gdyż umożliwiają wprowadzenie zmiany terminu wykonania Umowy lub terminu realizacji poszczególnych etapów. Ponadto, przewidziane w § 19 ust. 1 pkt a) i b) Umowy kary będą mogły być egzekwowane w przypadku zwłoki w przekazaniu stacji do użytkowania i zwłoki w wykonaniu poszczególnych etapów.

Żądania odwołującego zmierzały w tym kierunku, aby wyłączyć odpowiedzialność wykonawcy za opóźnienia wynikające z dochodzenia tytułów prawnych do nieruchomości, wynikające z przyczyn od niego niezależnych, w tym opieszałości organów.

Oddalając w tym zakresie odwołanie Izba miała na uwadze treść postanowień Umowy regulujących odpowiedzialność wykonawcy, która została obostrzona karami umownymi za zwłokę (§ 19 Umowy). Odwołanie się do terminu ustawowego „zwłoka” oznacza, iż kary umowne zostały przewidziane za opóźnienia zawinione przez wykonawcę, a tym samym żądanie Odwołującego wpisuje się w obecny kształt postanowień Umowy. Izba nie znalazła uzasadnienia do tego, aby w ogóle zwolnić wykonawcę z ryzyka niepowodzenia lub opóźnień związanych z dochodzeniem tytułów prawnych, jako elementu Umowy, za który wykonawca będzie otrzymywał wynagrodzenie w ramach ceny ofertowej. Oczekiwanie, iż to Zamawiający miałby wziąć na siebie ryzyko niepowodzeń wykonawcy prowadzić mogłoby do braku osiągnięcia celu umowy, przy jednoczesnym poniesieniu kosztów przez Zamawiającego.

1b).

Odwołujący kwestionował zapisy § 3 ust. 6 oraz § 12 ust. 3 umowy, przyznające Zamawiającemu i Inżynierowi Kontraktu faktyczne uprawnienie do arbitralnego wprowadzania zmian w harmonogramie rzeczowym, pomimo ponoszenia odpowiedzialności z tytułu niewywiązania się z terminów umownych przez wykonawcę.

Zastrzeżenia Odwołującego budzą postanowienia dotyczące uprawnienia Zamawiającego do zmiany terminów wyłączeń udzielanych wykonawcy - § 3 ust. 6 Umowy, które w powiązaniu z obowiązkiem wykonawcy uzgodnienia z Inżynierem Kontraktu aktualizacji Harmonogramu Rzeczowego (§ 12 ust. 3 Umowy) i obowiązkiem jego aktualizacji przez wykonawcę w terminie 7 dni od zgłoszenia żądania, wskazywać ma na nadużycie prawa podmiotowego Zamawiającego. Skonstruowanie postanowień w ten sposób, że wykonawca ma każdorazowo obowiązek uwzględniać zmiany terminów proponowane przez Inżyniera Kontraktu, bez żadnych ograniczeń i konkretnego uzasadnienia, narusza podstawową zasadę sprawiedliwości kontraktowej. Może to prowadzić do przekroczenia terminu wykonania Umowy, co nie pozbawia Zamawiającego roszczeń z tytułu opóźnienia w wykonaniu Umowy z przekroczeniem terminu 32 miesięcy od dnia jej podpisania.

Odwołujący wnosił o zmianę postanowień w taki sposób, aby Zamawiający nie miał możliwości arbitralnej zmiany terminów umownych bez zgody wykonawcy, lub taką zmianę, która uniemożliwiałaby pociągnięcie wykonawcy do odpowiedzialności z tytułu nieterminowego wykonania Umowy.

Zamawiający dokonał modyfikacji postanowień § 3 ust. 6 oraz § 12 ust. 3 Umowy poprzez wskazanie na obowiązek wykonawcy aktualizacji na żądanie Inżyniera Kontraktu Harmonogramu Rzeczowego Szczegółowego (KRU) opracowywanego przez wykonawcę, a nie Harmonogramu Rzeczowego stanowiącego załącznik nr 7 do Umowy. Zamawiający w ustępie 4 § 12 Umowy uregulował sytuację, kiedy aktualizacja Harmonogramu Rzeczowego Szczegółowego następuje z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy, co nie wyłącza prawa dochodzenia przez Zamawiającego kar umownych oraz prawa powierzenia wykonania robót i związanych z nimi prac osobie trzeciej w ramach wykonawstwa zastępczego oraz odstąpienia od Umowy w określonych przypadkach.

Izba oddaliła odwołanie w tym zakresie przyjmując, iż postanowienia objęte zarzutem dookreślają sposób aktualizacji dokumentów, potrzebny z punktu widzenia kontroli nad terminowym wykonaniem robót. Zamawiający przewidział możliwość zmiany terminu na wykonanie Umowy, w sytuacji, gdy nie będzie możliwe udzielenie wykonawcy w terminach wyłączeń, potwierdzonych wcześniej przez Zamawiającego i wynikających z obowiązującego Harmonogramu Rzeczowego. Odwołujący pominął tę możliwość, która daje wykonawcy drogę do uchylenia się od konsekwencji uchybień, które wystąpiły po stronie Zamawiającego. Przyczyną zmiany w Harmonogramie Rzeczowym Szczegółowym

wskazaną w tym postanowieniu są zmiany terminów wyłączeń udzielanych wykonawcy, którą to możliwość Zamawiający sobie zagwarantował. Jednocześnie, co zostało wskazane powyżej, przewidziano zwolnienie wykonawcy z odpowiedzialności kontraktowej za zmianę terminu określonego w § 12 ust. 1 lit. a Umowy. W ocenie Izby, przy braku uzasadnienia dla pozbawienia Zamawiającego uprawnienia do zmiany terminów wyłączeń, postanowienie w kształcie nadanym po modyfikacji siwz, nie narusza zasady współzycia społecznego, rozumianego jako sprawiedliwość kontraktowa.

1c).

Odwołujący kwestionuje postanowienia § 3 ust. 8 Umowy, zgodnie z którym wykonawca obowiązany jest bezzwłocznie pisemnie poinformować Inżyniera Kontraktu i Zamawiającego o tym, że działanie zgodne z danym poleceniem Inżyniera Kontraktu mogłoby narazić na szkodę Zamawiającego lub osoby trzecie lub prowadzić do zmiany zakresu zamówienia. Dopiero w razie nie wykonania tego obowiązku, Zamawiający przewiduje odpowiedzialność wykonawcy za szkody spowodowane zastosowaniem się do poleceń Inżyniera Kontraktu.

W ocenie Odwołującego postanowienie prowadzić ma do sytuacji, w której w rezultacie pisemnego polecenia wykonawca nie będzie w stanie wykonać należycie swoich zobowiązań umownych i może się narazić co najmniej na odpowiedzialność kontraktową. Motywem i celem Zamawiającego miało być obciążenie wykonawcy kolejnym nadmiernym i nieproporcjonalnym zobowiązaniem, który mógłby być wykorzystany w przypadku podjęcia niewłaściwej decyzji przez samego Zamawiającego i Inżyniera Kontraktu.

Izba oddalając odwołanie w tym zakresie uznał, iż interpretacja zapisów Umowy prezentowana w odwołaniu stała w sprzeczności z literalną wykładnią. Skoro bowiem wykonawca w sytuacji, w której uzna, iż zastosowanie się do poleceń Inżyniera Kontraktu może powodować szkodę, ma możliwość zwolnienia się z odpowiedzialności kontraktowej za skutki tych działań. Zamawiający przewidział bowiem procedurę poinformowania go o możliwych skutkach wykonania poleceń Inżyniera Kontraktu. W ocenie Izby wskazanie na możliwość zwolnienia się wykonawcy z odpowiedzialności za błędne decyzje Inżyniera Kontraktu nie może być oceniane w kategorii naruszenia prawa podmiotowego Zamawiającego do ustalenia warunków Umowy. Żądania Odwołującego faktycznie zmierzały do zwolnienia go z odpowiedzialności za szkody spowodowane jego działaniem podjętym na zlecenie Inżyniera Kontraktu, pomimo jego świadomości co do możliwych negatywnych skutków, z których mogą wynikać roszczenia kierowane wobec Zamawiającego. W ocenie Izby powodowałoby to przeniesienia na Zamawiającego ryzyka odpowiedzialności za szkody spowodowane przy realizacji zamówienia, za które odpowiada wykonawca. Zasadniczo postanowienia te mają skłaniać wykonawcę do dbałości o interesy Zamawiającego, co

pozostaje w związku ze świadczeniem wykonawcy, który powinien mieć kontrolę nad podejmowanymi działaniami, za co otrzymuje od Zamawiającego wynagrodzenie.

1d).

Odwołujący sprzeciwia się postanowieniom § 6 ust. 5 Umowy, w których nakłada się na wykonawcę obowiązek dokonywania stałej weryfikacji poprawności i kompletności wszelkiej dokumentacji przekazywanej przez Zamawiającego, za którą odpowiedzialności nie ponosi Zamawiający, ale wykonawca. W ocenie Odwołującego, Zamawiający próbuje obarczyć wykonawcę odpowiedzialnością za ewentualne własne uchybienia, chociaż jego celem powinno być dążenie do realizacji zamówienia poprzez rzetelną współpracę z wykonawcą. Odwołujący nie kwestionuje odpowiedzialności za dokumentację, którą sam przygotowuje, ale nie jest właściwym ponoszenie przez niego konsekwencji związanych z zaniedbaniami i uchybieniami Zamawiającego.

Odwołujący wnosi o modyfikację siwz w taki sposób, aby za prawidłowość dokumentacji odpowiadał Zamawiający, a przynajmniej, aby skutki błędów w dokumentacji nie obciążały wykonawcy.

Zamawiający dokonał modyfikacji postanowień ustępu 5 dokonując wykreślenia ostatniego zdania *Każda zmiana przekazanej przez Zamawiającego dokumentacji nie stanowi podstawy zmiany Umowy, w tym zapisów Harmonogramu Rzeczowego*. Zamawiający pozostawił pozostałe zapisy bez zamiany, w tym te w których określono, iż *Zamawiający nie przyjmuje odpowiedzialności za poprawność i kompletność dokumentacji przekazywanej przez Zamawiającego w związku z realizacją Umowy i Strony ustalają, iż jej niekompletność lub niepoprawność nie zwalnia Wykonawcy z odpowiedzialności za niewykonanie lub nienależyte wykonanie Umowy, biorąc pod uwagę, iż Wykonawca, dokładając najwyższej staranności, z uwzględnieniem zawodowego charakteru jego działalności, jest w stanie wykryć ich niekompletność i niepoprawność i uzgodnić z Inżynierem Kontraktu wszelkie konieczne odstępstwa od nich, zaś Zamawiający zapewnia, że Inżynier Kontraktu nie będzie uchylać się od obowiązku dokonywania takich uzgodnień i będzie go realizować bez zbędnej zwłoki*.

Zgodnie z PF-U (część II siwz) wykonawca otrzyma od Zamawiającego dwa dokumenty zewnętrzne, tj. wyrys z SUIKZP gminy Wolin oraz warunki przyłączenia stacji elektroenergetycznej Reclaw do sieci teletechnicznej Orange.

Odwołujący nie odniósł się w żaden sposób do tej kwestii, formułując zarzut w oderwaniu od okoliczności faktycznych, w tym klauzuli związanej z oceną możliwości wykrycia przez wykonawcę niekompletności i niepoprawności dokumentacji przekazanej przez Zamawiającego, uwzględnionej w opisie postanowienia umownego. Przy braku

szczegółowego odniesienia się do brzmienia postanowienia w podstawie zarzutu Izba nie miała podstaw do uznania postanowienia za sprzeczne z zasadami współżycia społecznego. W odwołaniu nie zostały przywołane postanowienie w całości, a przy braku odniesienia się do całości regulacji, stanowisko Odwołującego jedynie wybiórczo odnosiło się do faktycznej treści postanowienia. Prowadziło to w konsekwencji do uznania przez Izbę, iż zarzut nie znajdował uzasadnienia faktycznego.

1e).

Odwołujący kwestionuje postanowienia § 13 Umowy w zakresie, w jakim nie zastrzeżono konieczności uzyskania akceptacji wykonawcy dla zmiany procedury stanowiącej załącznik nr 3 do Umowy, na podstawie której będzie następował odbiór prac.

Zamawiający zmodyfikował ustęp 1 zgodnie z wnioskiem zawartym w pytaniu nr 49, usuwając zdania: *Zmiana Procedury nie stanowi zmiany Umowy i nie wymaga akceptacji Wykonawcy. Zamawiający powiadomi na piśmie Wykonawcę o każdej zmianie Procedury.* Jednocześnie Zamawiający zmienił zapis § 29 wzoru Umowy.

Odwołujący na rozprawie uznał, iż wprowadzona zmiana nie jest korzystna dla każdej ze stron, gdyż Procedura stanowi istotny element odbioru prac, a zatem strony powinny mieć wpływ na jej zmiany.

Izba oddaliła odwołanie w tym zakresie uznając, iż zmiana dokonana przez Zamawiającego powodowała, iż ewentualne naruszenie przez Zamawiającego zasad kontraktowych, do jakich mogłoby prowadzić utrzymanie dotychczasowych zapisów, obecnie nie może mieć żadnego znaczenia dla wyniku postępowania, a zatem odwołanie na podstawie art. 192 ust. 2 Ustawy nie mogło odnieść skutku.

1f).

W ocenie Odwołującego § 19 ust. 16 i 17 Umowy nie mogą się ostać w dotychczasowym kształcie, gdyż są sprzeczne z pozostałymi postanowieniami Umowy, tj. w szczególności § 19 ust. 10, w którym wprowadzone zostały ograniczenia wysokości kar umownych, jakie może naliczyć Zamawiający. Odwołujący wnosił o usunięcie obu paragrafów.

Zamawiający wyjaśnił, iż nie zachodzi sprzeczność w postanowieniach Umowy w związku z ustaloną w ustępie 10 wysokością kar umownych i stanowi dopuszczalny zapis o możliwości dochodzenia odszkodowania przenoszącego wysokość zastrzeżonej kary (art. 483 k.c.).

Izba oddaliła odwołanie w tym zakresie uznając, iż klauzula umowna nie wykracza poza regulację kodeksową, pozwalającą Zamawiającemu na zabezpieczenie słusznych potrzeb związanych z przestrzeganiem przez wykonawcę okresów wyłączeń sieci przesyłowej. Podnoszona sprzeczność postanowień Umowny faktycznie nie występuje i jak sam

Odwołujący przyznał na rozprawie, ustępy 16 i 17 stanowią prawnie dopuszczalną możliwość rozszerzenia odpowiedzialności wykonawcy za szkody jakie poniósłby Zamawiający, których wysokość przekraczałyby wysokość zastrzeżonej kary umownej. Ponieważ Zamawiający wskazał jakich przypadków powstałych z winy wykonawcy dotyczyć może odszkodowanie, nie można uznać, aby zapis był niejednoznaczny, a przez to aby mógł naruszać zasady współżycia społecznego.

Podsumowując Izba oddaliła odwołanie uznając, iż zarzuty kierowane wobec wskazanych postanowień wzoru umowy, regulujące obowiązki wykonawcy, nie różnicowały sytuacji prawnej wykonawców zaproszonych do składania ofert. Zasadniczo sam Odwołujący przyznał, iż postanowienia te wprost nie prowadziły do naruszenia przepisów k.c, a jedynie ich łączne czytanie prowadzić miało do wskazania na naruszenie zasad współżycia społecznego, a w konsekwencji czynić czynność prawną Zamawiającego nieważną na podstawie art. 58 k.c. Izba uznała, iż żądania podtrzymane również po modyfikacji części postanowień miały doprowadzić do doprecyzowania klauzul, które w ocenie Odwołującego nie były jednoznaczne i pozostawiały Zamawiającemu dużą swobodę stosowania. Izba uznała jednak, iż samo stwierdzenie możliwości doprecyzowania okoliczności objętych regulacją spornych postanowień, nie czyni z nich jeszcze sprzecznymi z zasadami współżycia społecznego. Jak podkreślał Odwołujący jego obawy zasadniczo dotyczyły sposobu stosowania klauzul umownych i możliwych sporów na tym tle pomiędzy stronami kontraktu. Żądania Odwołującego zmierzały do usunięcia części postanowień, które mogą prowadzić do jego odpowiedzialności kontraktowej. Samo stwierdzenie, iż wykonawca ponosi szerszą odpowiedzialność za zdarzenia wynikłe w toku zamówienia realizowanego w formule „zaprojektuj i wybuduj”, nie czyni jeszcze umowy nieważnej. Zamawiający również przy tego rodzaju zamówieniach musi mieć możliwość zabezpieczenia zasadniczego interesu, tj. realizacji zamówienia w sposób zgodny z jego oczekiwaniami, a ekwiwalentem świadczenia wykonawcy pozostaje wynagrodzenie uwzględniające oszacowane ryzyka, jakie przyjmuje na siebie wykonawca.

Konsekwencją powyższych ustaleń i wywodów było oddalenie odwołania w całości.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 oraz art. 192 ust. 10 Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 3 i § 5 ust. 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238). Izba zaliczyła do kosztów postępowania wpis oraz uzasadnione koszty wynagrodzenia pełnomocnika Zamawiającego, stwierdzone rachunkiem złożonym przed zamknięciem rozprawy i obciążyła nimi Odwołującego.

Przewodniczący: