

WYROK

z dnia 25 października 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ewa Sikorska

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 24 października 2018 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 8 października 2018 r. przez wykonawcę **BUDIMEX Spółka Akcyjna w Warszawie**, w postępowaniu prowadzonym przez **Podkarpacki Zarząd Dróg Wojewódzkich z siedzibą w Rzeszowie**

przy udziale wykonawcy **Eurovia Polska S.A. w Bielanach Wrocławskich**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie **odwołującego**

orzeka:

1. Oddala odwołanie
2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę **BUDIMEX Spółkę Akcyjną w Warszawie** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez wykonawcę **BUDIMEX Spółkę Akcyjną w Warszawie** tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2017 r. poz. 1579 ze zm.), na niniejszy wyrok, w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia, przysługuje skarga, za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, do Sądu Okręgowego w **Rzeszowie**.

.....

Uzasadnienie

Zamawiający – Podkarpacki Zarząd Dróg Wojewódzkich z siedzibą w Rzeszowie – prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest wykonanie w systemie „zaprojektuj i wybuduj” dokumentacji projektowej z uzyskaniem decyzji ZRID z rygiem natychmiastowej wykonalności na całym odcinku planowanym do przebudowy/rozbudowy tj. od km 40+662,00 do km 55+193,73 z wyłączeniem odcinka DW 881 zgodnie z km PFU od km ok 51+760 do km ok. 53+ 400 oraz robót budowlanych na odcinku od km 44+538 do km 51+ 760 w ramach zadania pn: " Przebudowa/rozbudowa drogi wojewódzkiej nr 881 na odcinku Kańczuga -Pruchnik "

Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2017 roku, poz. 1579 ze zm.), zwanej dalej ustawą P.z.p.

W dniu 8 października 2018 roku wykonawca BUDIMEX SA w Warszawie wniósł odwołanie wobec czynności zamawiającego, polegających na:

1. opisanie przedmiotu zamówienia w części odnoszącej się do zakresu koniecznych robót do wykonania przy dostosowaniu wiaduktów - w sposób niejednoznaczny i niewyczerpujący i za pomocą niejasnych kryteriów, który utrudnia uczciwą konkurencję , poprzez określenie , że „(...) przedmiotem Zamówienia jest (...) dostosowania obiektów mostowych do klasy obciążenia 50T wg PN-85/S-10030 - Wykonawca po przeprowadzeniu ekspertyzy technicznej i na podstawie uzyskanych szczegółowych obliczeń statyczno-wytrzymałościowych zdecyduje czy należy wykonać przebudowę/rozbudowę istniejących obiektów czy budowę nowych mostów" (pkt. 4.1 SIWZ)

2.opisanie przedmiotu zamówienia w części odnoszącej się do kryteriów naliczania wykonawcy przez zamawiającego kar umownych (Rozdział V SIWZ - Istotne Postanowienia Umowy Załącznik do Warunków Szczególnych Kontraktu) w sposób niejednoznaczny, niedokładny i za pomocą niejasnego określenia, który utrudnia uczciwą konkurencję, w tym przez określenie , że kara umowna może być naliczona za "(...) niedbałe wykonywanie przedmiotu umowy "

3.opisanie podstaw do naliczania wykonawcy przez zamawiającego kar umownych w sposób niejednoznaczny, niedokładny i za pomocą niejasnego określenia, który utrudnia uczciwą konkurencję, - jako za niewykonywanie/niewykonanie przedmiotu umowy zgodnie z jej warunkami (Rozdział V SIWZ - Istotne Postanowienia Umowy Załącznik do Warunków

Szczególnych Kontraktu w związku z Subklauzulą 8.7 Warunków Kontraktu) Załącznik do Warunków Szczególnych Kontraktu w związku z Subklauzulą 10.1 Warunków Kontraktu)

5. ustalenie wysokości kar umownych naliczanych wykonawcy przez zamawiającego z tytułu opóźnienia w związku z niewykonywaniem umowy zgodnie z terminami umownymi zwłaszcza zawartymi w harmonogramie - na 10 % wynagrodzenia umownego brutto (Rozdział V SIWZ - Istotne Postanowienia Umowy Załącznik do Warunków Szczególnych Kontraktu w związku z Subklauzulą 8.7 Warunków Kontraktu , wiersz 19)

6. ustalenie wysokości kar umownych naliczanych wykonawcy przez zamawiającego z tytułu wystąpienia wad niedających się usunąć zmniejszających wartość użytkową przedmiotu umowy w wysokości 100% wartości brutto danego elementu, w którym wystąpiła wada (Rozdział V SIWZ - Istotne Postanowienia Umowy Załącznik do Warunków Szczególnych Kontraktu w związku z Subklauzulą 11.1 Warunków Kontraktu , wiersz 29)

7. ustaleniu końcowego terminu wykonania przedmiotu umowy datą sztywną na 31 października 2020 r. niezależnie od daty zawarcia umowy, co powoduje, że faktyczny czas na wykonanie przedmiotu umowy jest nieznan, a równocześnie jest to czas zbyt krótki na wykonanie wskazanego przedmiotu zamówienia z równoczesną koniecznością uzyskania decyzji środowiskowej (Rozdział V SIWZ - Istotne Postanowienia Umowy Załącznik do Warunków Szczególnych Kontraktu w związku z Subklauzulą 1.1.3.3. i 8.2 Warunków Kontraktu , wiersz 4)

Odwołujący zarzucił zamawiającemu , że poprzez dokonanie ww. czynności naruszył art. 7 ust. 1, art. 14 ust. 1 ustawy P.z.p. w związku z art 353¹ i 58 § 2 Kodeksu cywilnego oraz art. 29 ust. 1 i 2 ustawy P.z.p.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu dokonanie zmian zaskarżonych zapisów SIWZ poprzez:

1. zmianę zapisu pkt 4.1 SIWZ w części odnoszącej się do zakresu koniecznych robót do wykonania przy dostosowaniu wiaduktów w ten sposób, jeżeli po przeprowadzeniu ekspertyzy technicznej i na podstawie uzyskanych szczegółowych obliczeń statyczno-wytrzymałościowych zajdzie konieczność wykonania robót naprawczych związanych z podniesieniem nośności wiaduktów do 50T lub budowy nowych wiaduktów, to roboty te będą kwalifikowane jako roboty dodatkowe i będą podlegać osobnej wycenie

2. wykreślenie z Rozdziału V SIWZ - Istotne Postanowienia Umowy Załącznik do Warunków Szczególnych Kontraktu, zapisu, że kara umowna może być naliczona za "(...) niedbałe wykonywanie przedmiotu umowy"

3. wykreślenie z Rozdziału V SIWZ - Istotne Postanowienia Umowy Załącznik do Warunków Szczególnych Kontraktu w związku z Subklauzulą 8.7 Warunków kontraktu zapisu, że kara umowna może być naliczona za niewykonywanie/niewykonanie przedmiotu umowy zgodnie z jej warunkami lub zmianę tego zapisu poprzez precyzyjne wskazanie kryteriów oceny niewykonywania umowy zgodnie z jej warunkami

4. wykreślenie z Rozdziału V SIWZ - Istotne Postanowienia Umowy Załącznik do Warunków Szczególnych Kontraktu w związku z Subklauzulą 10.1 Warunków Kontraktu-wiersz 26 -zapisu, że kara umowna może być naliczona za zgłoszenie do odbioru wykonanych robót lub zgłoszenie usunięcia wad/usterek które faktycznie nie zostały wykonane lub zakończone

5. wykreślenie z Rozdziału V SIWZ - Istotne Postanowienia Umowy Załącznik do Warunków Szczególnych Kontraktu w związku z Subklauzulą 8.7 Warunków kontraktu zapisu, że kara umowna z tytułu opóźnienia w związku z niewykonywaniem umowy zgodnie z terminami umownymi zwłaszcza zawartymi w harmonogramie wynosi 10% wynagrodzenia umownego brutto lub zmianę tego zapisu poprzez zmianę z „opóźnienia” na „zwłokę”, zmniejszenie wysokości kary i wprowadzenie zróżnicowanej wysokości kar umownych w zależności od długości przekroczenia terminów umownych a zwłaszcza zawartych w harmonogramie

6. wykreślenie z Rozdziału V SIWZ - Istotne Postanowienia Umowy Załącznik do Warunków Szczególnych Kontraktu w związku z Subklauzulą 11.1 Warunków kontraktu zapisu, że kara umowna z tytułu wystąpienia wad nie dających się usunąć zmniejszających wartość użytkową przedmiotu umowy wynosi 100% wartości brutto danego elementu, w którym wystąpiła wada lub zmianę tego zapisu poprzez zmniejszenie wysokości kary i wprowadzenie zróżnicowanej wysokości kar umownych w zależności od wagi danej wady dla oceny zmniejszenia wartości użytkowej przedmiotu umowy.

7. zmianę zapisu Rozdziału V SIWZ - Istotne Postanowienia Umowy Załącznik do Warunków Szczególnych Kontraktu w związku z Subklauzulą 1.1.3.3 i 8.2 Warunków Kontraktu, wiersz 4 poprzez ustalenie końcowego terminu wykonania przedmiotu umowy datą liczoną od daty zawarcia umowy, oraz ustalenie realnego czasu na wykonanie przedmiotu umowy przy założeniu konieczności uzyskania decyzji środowiskowej.

Odwołujący podniósł, że ma interes we wniesieniu odwołania, gdyż wskazane w odwołaniu niezgodne z prawem postanowienia powodują, że odwołujący, który jest zainteresowany uzyskaniem zamówienia, nie posiada wszystkich danych niezbędnych do

oszacowania ryzyka oraz przygotowania oferty. Odwołujący może zatem ponieść szkodę, gdyż nie będzie w stanie przygotować oferty i uzyskać zamówienia.

Odwołujący stwierdził, że wbrew regułom i prawu w pkt 4.1 SIWZ zamawiający zawarł następujące sformułowanie :”Zamówienie obejmuje: (...) Dostosowania obiektów mostowych do klasy obciążenia 50T wg PN-85/S-10030 - Wykonawca po przeprowadzeniu ekspertyzy technicznej i na podstawie uzyskanych szczegółowych obliczeń statyczno-wytrzymałościowych zdecyduje czy należy wykonać przebudowę/rozbudowę istniejących obiektów czy budowę nowych mostów. W przypadku budowy nowych obiektów lub konieczności rozbiórki pomostu w ramach przebudowy obiektu Wykonawca wybuduje most objazdowy/mosty objazdowe. Ponadto obiekty inżynierskie powinny być zaprojektowane i wykonane w sposób odpowiadający wymaganiom wynikającym z ich usytuowania i przeznaczenia, tak aby była zapewniona jego trwałość oraz warunki prawidłowej eksploatacji i utrzymania. Lokalizacja obiektów objętych Dokumentacją Projektową według kilometraża PFU:

- most przez Rzekę Mleczka w miejscowości Kańczuga - km DW881 41+236,00,
- most przez Rzekę Rączyna w miejscowości Pantalowice - km DW881 44+892,00,
- most przez Rzekę Rzeplin w miejscowości Rozbórz Długi - km DW881 48+775,00,
- most przez Rzekę Jodłówka w miejscowości Rozbórz Okrągły - km DW881 49+802,00,

Odwołujący stwierdził, że szczególnie istotne jest to, że zakres robót, jakie ma wykonać odwołujący i które winien skalkulować, wycenić i na ich wykonanie przedstawić konkretną ofertę nie są w sposób jasny i precyzyjny określone, co skutkować może żądaniem przez zamawiającego znaczącego rozszerzenia zakresu świadczenia wykonawcy, wykraczającego dalece poza określenie przedmiotu zamówienia . W chwili obecnej bowiem odwołujący nie wie, czy będzie musiał wiadukty budować, przebudowywać czy remontować . Zakres robót jest niemożliwy do przewidzenia na etapie przygotowywania oferty, a ich koszt może przewyższać wartość całej umowy, gdyż są to zamiany niezwykle kosztochłonne. Kolejnym zagadnieniem związanym z brakiem precyzyjnego określenia przedmiotu umowy, jest brak postanowień umożliwiających zwiększenie zapłaty za realizację rozszerzonych świadczeń umownych. Stąd zakwalifikowanie robót związanych z dostosowaniem wiaduktów jako robót dodatkowych w ten sposób, że jeżeli po przeprowadzeniu ekspertyzy technicznej i na podstawie uzyskanych szczegółowych obliczeń statyczno-wytrzymałościowych zajdzie konieczność wykonania robót naprawczych związanych z podniesieniem nośności wiaduktów do 50T lub budowy nowych wiaduktów, zdaniem odwołującego w pełni zasadna.

Odwołujący podniósł, że na zamawiającym spoczywa obowiązek jasnego i precyzyjnego określenia przedmiotu zamówienia, a co za tym idzie, wykorzystania do jego opisanego standardowych określeń technicznych, które są zwykle używane w danej dziedzinie, zrozumiałych dla wszystkich osób trudniących się działalnością w danej branży. Tymczasem zamawiający w Rozdziale V SIWZ - Istotne Postanowienia Umowy Załącznik do Warunków Szczególnych Kontraktu (wiersz 28) zapisał, że kara umowna w wysokości 10% wynagrodzenia umownego brutto będzie naliczana za „niewykonywanie lub niewykonanie lub nienależyte wykonywanie lub nienależyte wykonanie lub niedbałe wykonanie przedmiotu umowy wpływające na jakość realizowanych zadań niezależnie od długości okresu niedbałego wykonywania przedmiotu umowy. Przez określenie „niedbałe „ należy rozumieć wykonywanie przedmiotu umowy w szczególności „byle jak, na odczepnego, niedobrze, niefachowo, niestarannie, źle, niechlujnie, niedokładnie, lekceważąco, obcesowo, brudno, niehigienicznie, nieobowiązkowo, nieporządnie, nieprofesjonalnie, nierzetelnie, niesumiennie, nieuważnie, powierzchownie, tandetnie, niesolidnie, partacko.

Odwołujący podniósł, że żadne ze wskazanych określeń nie jest określeniem technicznym, które są zwykle używane w danej dziedzinie, zrozumiałym dla wszystkich osób trudniących się działalnością w danej branży. Są to określenia potoczne nieadekwatne do robót budowlanych ani projektowania. Tym samym pozwalają zamawiającemu zupełnie dowolnie, wg swojego uznania obciążać wykonawcę drastycznie wysoką karą umowną , gdy tylko stwierdzi np. że roboty są wykonywane brudno. Dzięki takiemu zapisowi zamawiający mógłby nawet codziennie wyszukiwać nowe podstawy obciążania wykonawcy karą umowną, bo przy tak poważnej i złożonej inwestycji nietrudno o uchybienia, które można interpretować jako niedbałe wykonywanie kontraktu.

Odwołujący stwierdził, że zamawiający w Rozdziale V SIWZ - Istotne Postanowienia Umowy Załącznik do Warunków Szczególnych Kontraktu w związku z klauzulą 8.7 Warunków Kontraktu (wiersz 21) zapisał ,że kara umowna w wysokości 10% wynagrodzenia umownego brutto będzie naliczana za niewykonywanie/niewykonanie przedmiotu umowy zgodnie z jej warunkami. Przedmiotowy zapis wprowadza ocenę subiektywną, jaką może mieć konkretna osoba decydująca po stronie zamawiającego o obciążeniu wykonawcy karą umowną. Ryzyko z tym związane nie może być uwzględnione w ofercie nawet przez bardzo doświadczonego wykonawcę. Nadto wysokość kary umownej rażąco nie koreluje z wysokością szkody, jaką zamawiający może ponieść ze wskazanego tytułu .Stąd wniosek o wykreślenie z Rozdziału V SIWZ - Istotne Postanowienia Umowy Załącznik do Warunków Szczególnych Kontraktu w związku z Subklauzulą 8.7 Warunków kontraktu zapisu , że kara umowna może być naliczona za niewykonywanie/niewykonanie przedmiotu umowy zgodnie z jej warunkami lub zmianę tego

zapisu poprzez precyzyjne wskazanie kryteriów oceny niewykonywania umowy zgodnie z jej warunkami jest zdaniem odwołującego w pełni zasadny.

Odwołujący wskazał, że w Rozdziale V SIWZ - Istotne Postanowienia Umowy Załącznik do Warunków Szczególnych Kontraktu w związku z Subklauzulą 10.1 Warunków Kontraktu zamawiający przewidział, że kara umowna może być naliczona za zgłoszenie do odbioru wykonanych robót lub zgłoszenie usunięcia wad/usterek, które faktycznie nie zostały wykonane lub zakończone. Takie ukształtowanie podstawy do naliczania kar umownych to zdaniem odwołującego *de facto* restrykcyjne narzędzie, dzięki któremu pod wpływem zagrożenia karą wykonawca będzie zmuszany do usuwania wad/usterek nierzeczywistych lub istnienie których może być przedmiotem sporu pomiędzy stronami umowy. Wniosek zatem o wykreślenie z Rozdziału V SIWZ - Istotne Postanowienia Umowy Załącznik do Warunków Szczególnych Kontraktu w związku z Subklauzulą 10.1 Warunków Kontraktu-wiersz 26 zaskarżonego zapisu jest zadaniem odwołującego w pełni zasadny.

Odwołujący podniósł, że w Rozdziale V SIWZ - Istotne Postanowienia Umowy Załącznik do Warunków Szczególnych Kontraktu w związku z Subklauzulą 8.7 Warunków Kontraktu, wiersz 19 zamawiający przewidział karę umowną w wysokości 10% wynagrodzenia umownego brutto z tytułu opóźnienia w związku z niewykonywaniem umowy zgodnie z terminami umownymi zwłaszcza zawartymi w harmonogramie. Takie ukształtowanie zapisu powoduje że nawet przekroczenie czasu na ukończenie przez wykonawcę o jeden dzień spowoduje obciążenie go karą umowną w wysokości 10% wynagrodzenia umownego brutto. Odwołujący jest zdania, że kara umowna jest ustalona w sposób rażąco wygórowany i sprzeczny zasadą wyrażoną w treści przepisu 353¹ i 58 § 2 K.c. równości stron stosunku cywilnoprawnego.

Odwołujący wniósł zatem o wykreślenie z Warunków kontraktu zapisu, że kara umowna z tytułu opóźnienia w związku z niewykonywaniem umowy zgodnie z terminami umownymi zwłaszcza zawartymi w harmonogramie wynosi 10% wynagrodzenia umownego brutto lub zmianę tego zapisu poprzez zmianę z „opóźnienia” na „zwłokę”, zmniejszenie wysokości kary i wprowadzenie zróżnicowanej wysokości kar umownych w zależności od długości przekroczenia terminów umownych a zwłaszcza zawartych w harmonogramie.

Odwołujący wskazał, że w Rozdziale V SIWZ - Istotne Postanowienia Umowy Załącznik do Warunków Szczególnych Kontraktu w związku z Subklauzuli II.Warunków kontraktu - wiersz 29 zamawiający przewidział karę umowną z tytułu wystąpienia wad niedających się usunąć zmniejszających wartość użytkową przedmiotu umowy w wysokości 100% wartości brutto danego elementu, w którym wystąpiła wada. Zdaniem odwołującego wysokość przedmiotowej kary jest rażąco wygórowana i sprzeczna z zasadą równości stron

stosunku cywilnoprawnego, gdyż w sposób nieuzasadniony przenosi na wykonawcę ryzyko straty finansowej. Brak zróżnicowania wysokości kary w zależności od wagi wady dla zmniejszenia wartości użytkowej danego elementu przedmiotu umowy powoduje absurdalna wręcz sytuacje w której niewielka wada nieznaczącego elementu może spowodować obciążenie wykonawcy karą umowną w wysokości 100% wartości tego elementu, czyli *de facto* pozbawić go wynagrodzenia za wykonanie tego elementu. Nadto odwołujący wskazał, że w warunkach kontraktu w sposób szczegółowy opisany jest sposób postępowania i zadośćuczynienia zamawiającemu z tytułu wystąpienia wad nie dających się usunąć lub zmniejszających wartość użytkowa danego elementu. Stąd wniosek odwołującego o wykreślenie zapisu z treści Warunków Kontraktu.

Odwołujący wskazał, że zamawiający określił czas realizacji robót datą sztywną na dzień 31.10.2020 r., nie biorąc pod uwagę, iż termin podpisania umowy nie jest znany. W skrajnych przypadkach, przy wyczerpaniu wszystkich dostępnych środków ochrony prawnej przez wykonawców czas ten może być krótszy niż procedura prawna. Nadto w ocenie odwołującego, nawet czas liczony bez skrajnie długich procedur prawnych jest niewystarczający dla realizacji opisanego przedmiotu zamówienia. Z dotychczas realizowanych przez odwołującego kontraktów w formule „projektuj i buduj” na Podkarpaciu wynika, że prace projektowe wraz z uzyskaniem decyzji środowiskowej to czas około 17 miesięcy (uzyskanie samej decyzja DUŚ trwa około 1 roku). Wykonanie prac z przebudową obiektów - około 18 miesięcy (do wykonania może być przebudowa 4 mostów, konstrukcja i nawierzchnia drogi, ekrany oraz praca w warunkach trwającego ruchu). A zatem realny czas na wykonanie wskazanego przedmiotu zamówienia to zdaniem odwołującego 30- 35 miesięcy z okresami zimowymi włącznie. Czas realizacji, gdyby był liczony od grudnia bieżącego roku 23 miesiące .

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie z 23 października 2018 roku wniósł o oddalenie odwołania i obciążenie odwołującego kosztami postępowania odwoławczego.

Zamawiający zauważył, że zarzuty podnoszone w odwołaniu przez odwołującego nie prowadzą w żaden sposób do wykazania, że zostały naruszone zasady określone w art. 7 ust. 1 ustawy P.z.p. Odwołujący, przywołując naruszenie przez zamawiającego art. 7 ust. 1 ustawy P.z.p., skoncentrował się na zasadach uczciwej konkurencji czy równego traktowania wykonawców w związku z kwestionowanymi postanowieniami dotyczącymi kar umownych.

W opinii zamawiającego, odwołanie nie wskazuje, w jaki sposób zamawiający nierówno traktuje potencjalnych wykonawców oraz w jaki sposób zakłóca mechanizm wolnej i uczciwej konkurencji, ogranicza dostęp do zamówienia dla nieoznaczonej grupy wykonawców, którzy mogliby wykonać przedmiotowe zamówienie z pozytywnym skutkiem. Odwołujący wprowadzie

powołuje się na naruszenie w prowadzonym postępowaniu art. 7 ust. 1 ustawy P.z.p., ale z treści wywodów wynika, że chodzi o równowagę między zamawiającym a wykonawcą w zakresie wzajemnych relacji.

Zamawiający wskazał, że z przygotowanej ekspertyzy (pkt 7) wynika, że obiekty mostowe, których dotyczy przedmiot zamówienia nie przenoszą obciążeń klasy A, jednak istnieje możliwość wzmocnienia obiektu do klasy A.

Mając na uwadze powyższe zamawiający stoi na stanowisku, że przedmiot zamówienia w zakresie dostosowania obiektów mostowych do przenoszenia obciążeń klasy wg PN-85/S-10030 ciężar pojazdów dopuszczonych do eksploatacji po moście 500 kN został opisany w sposób należyty.

Zamawiający podkreślił, że z uwagi na fakt, iż jest to robota budowlana prowadzona w formie „zaprojektuj-wybuduj”, to na wykonawcy spoczywa sporządzenie projektu na podstawie którego mają być wykonane roboty budowlane niezbędne do prawidłowego wykonania przedmiotu zamówienia.

W zakresie zarzutów dotyczących kar umownych zamawiający stwierdził, że jest gospodarzem postępowania przetargowego i to na jego barkach spoczywa takie ukształtowanie postanowień umowy aby odpowiadały one potrzebom i wymaganiom zgodnym z celem zamówienia. W związku z tym to właśnie zamawiający jest zobowiązany do takiego ustalenia warunków umownych, które należy zabezpieczyć jego interes, a tym samym interes publiczny. W ocenie zamawiającego kary umowne są zabezpieczeniem interesu publicznego przed nierzetelnymi wykonawcami.

Zamawiający wskazał, że w zakresie jego działalności leży wydatkowanie środków publicznych a nie uzyskiwanie dochodów z kar umownych. Zatem celem zamawiającego nie jest „codzienne wyszukiwanie nowych podstaw obciążenia wykonawcy karą umowną” o czym pisze odwołujący na stronie 6 odwołania. Kary umowne nie będą naliczane w przypadku, gdy nie zaistnieją ku temu przesłanki. W ocenie zamawiającego oczywiste jest, że wykonawca nie może płacić kary umownej za wykonanie przedmiotu zamówienia zgodnie z umową. Ponadto zamawiający zwrócił uwagę, że kary umowne są stosowane przez zamawiającego w ostateczności, kiedy wszystkie inne sposoby zmotywowania wykonawcy do należytego i terminowego wykonania umowy zawiodą. Naliczenie kary umownej zwyczajowo poprzedzone jest korespondencją wskazującą uchybienie i nakazującą jego usunięcie pod groźbą naliczenia kary. Ponadto cykliczne spotkania na Radach Budowy również bywają poświęcone jakości świadczonych usług czy robót budowlanych.

Jednocześnie zamawiający podkreślił, że w wypadku naliczenia kary, która w ocenie wykonawcy jest nie adekwatna do jego przewinienia, istnieje możliwość skierowania przez niego powództwa do sądu powszechnego o zmiarkowanie kary. Jednakże ta instytucja może być wykorzystana na etapie realizacji umowy, a nie na etapie prowadzenia postępowania przetargowego.

Zamawiający stwierdził, że prawidłowo zadbał o realizację inwestycji, dokonując jej zabezpieczenia nie tylko za pomocą odpowiedzialności kontraktowej przysługującej na mocy samych przepisów z art. 471 i następnych Kodeksu cywilnego, ale także poprzez zastosowanie konstrukcji kary umownej, wymagającej dla skuteczności jej dochodzenia dodatkowego postanowienia w treści umowy zawartej z wykonawcą prac. Ponadto zamawiający uczynił zastrzeżenie w postaci możliwości dochodzenia na zasadach ogólnych odszkodowania przewyższającego kary umowne, do wysokości rzeczywiście poniesionej straty lub szkody. Należy również pamiętać, że każda ze stron przystępująca do umowy kieruje się własną korzyścią.

W zakresie zarzutu dotyczącego opisanego przedmiotu zamówienia w części odnoszącej się do kryteriów naliczania Wykonawcy przez Zamawiającego kar umownych (Rozdział V SIWZ - Istotne Postanowienia Umowy Załącznik do Warunków Szczególnych Kontraktu) w sposób niejednoznaczny, niedokładny i za pomocą niejasnego określenia, który utrudnia uczciwą konkurencję, w tym przez określenie, że kara umowna może być naliczona za "(...) niedbałe wykonywanie przedmiotu umowy", zamawiający wskazał, że określenie okoliczności, za które naliczona będzie kara umowna, nie są elementem opisu przedmiotu zamówienia, zamawiający stwierdził, że profesjonalni wykonawcy przystępujący do zamówienia publicznego mają świadomość, jakie naruszenie przez niego postanowień umowy skutkować będzie możliwością żądania przez drugą stronę zapłaty kary umownej, a wynika to z ich doświadczenia, wiedzy oraz świadomości i jakości zlecenia oraz z bardzo precyzyjnego opisanego całego procesu w dokumentach budowy z Systemów Zapewniania Jakości, Programów Zapewnienia Jakości, Planów BIOZ. W ocenie zamawiającego zupełnie chybionym i niezrozumiałym jest określenie odwołującego, że jakiegokolwiek naruszenie postanowień umowy niezależnie od rodzaju i wagi tego naruszenia uznane będzie przez zamawiającego jako potencjalna możliwość naliczenia kary. Takie podejście odwołującego jest zupełnie oderwane od realiów prowadzonych inwestycji, które realizowane są według ściśle określonych wytycznych opisanych w dokumentach budowy oraz dobrze znanych wykonawcom.

Zamawiający podniósł, że kontrakt realizowany będzie w oparciu o Warunki Kontraktowe dla Urządzeń oraz Projektowania i Budowy (wydanie angielsko-polskie

niezmienione z erratą (tłumaczenie I. wydania 1999). Zgodnie z Warunkami Ogólnymi, Subklauzula 4.9 Zapewnienie jakości, to Wykonawca ustanowi system zapewnienia jakości w celu wykazania stosowania się do wymagań Kontraktu. System winien być zgodny ze szczegółami ustalonymi w Kontrakcie. Inżynier będzie upoważniony do kontrolowania każdego aspektu tego systemu. Szczegóły wszystkich procedur i dokumentów potwierdzających ich przestrzeganie należy przedłożyć Inżynierowi do wiadomości zanim rozpocznie się każdy etap projektowania i wykonawstwa. Dowody wcześniejszego zatwierdzenia przez samego Wykonawcę winny być zaznaczone na każdym dokumencie o charakterze technicznym zanim zostanie on przedłożony Inżynierowi. Dodatkowo Zamawiający doprecyzował w opracowanych przez siebie Warunkach Szczególnych Subklauzula 4.9, iż Wykonawca przygotuje i złoży u Inżyniera System Zapewnienia Jakości dla robót będących przedmiotem Kontraktu, wraz z właściwymi procedurami Zapewnienia Jakości na Materiały i Wykonawstwo zgodnie z wymogami zawartymi i opisanymi w Specyfikacjach Technicznych. Wykonawca zobowiązuje się do opracowania i przedłożenia do zatwierdzenia Inspektorowi Nadzoru projektu Systemu Zapewnienia Jakości (SW) w terminie nie późniejszym niż 1 miesiąc przed rozpoczęciem fazy robót budowlanych.

Przedmiotowy System Zapewnienia Jakości zostaje sporządzony przez Kierownictwo Budowy (czyli Wykonawcę!), w oparciu o wymagania Zamawiającego zawarte w SIWZ. Wszystkie działania związane z realizacją inwestycji, wykonywane zarówno przez Wykonawcę jak i podwykonawców, usługodawców i dostawców, prowadzone muszą być właśnie zgodnie z Systemem Zapewniania Jakości

Zamawiający stwierdził, że wykonawca sam każdorazowo opracowuje System Zapewnienia Jakości dla danej inwestycji, wobec czego wykonawca wie dokładnie, jakie ryzyka niesie ze sobą niedochowanie staranności w dopełnieniu przez niego jakiegokolwiek obowiązku wynikającego z warunków kontraktu, gdyż każdorazowo bardzo konkretnie jest to opisane w Systemie Zapewnienia Jakości oraz w Programach Zapewnienia Jakości.

Zamawiający wskazał, że dołożył należytej staranności, aby zdefiniować (doprecyzować) niedookreślony zwrot niedbale i wskazał, że należy przez to rozumieć wykonywanie przedmiotu umowy w szczególności: „byle jak, na odczepnego, niedobrze, niefachowo, niestarannie, źle, niechlujnie, niedokładnie, lekceważąco, obcesowo, brudno, niehigienicznie, nieobowiązkowo, nieporządnie, nieprofesjonalnie, nierzetelnie, niesumiennie, nieuważnie, powierzchownie, tandetnie, niesolidnie, partacko” (). Przytoczone sformułowania i użyty zwrot „w szczególności” tworzą katalog sytuacji, w jakich kara będzie naliczana. Są one powszechnie używane i zrozumiałe dla większości osób w tym również trudniących się działalnością w branży budowlanej. Zamawiający wskazując, w jaki sposób rozumie

„niedbałość” wskazał, na jakie zachowania wykonawców w tym odwołującego będzie zwracał szczególną uwagę podczas procesu realizacji umowy. W ten sposób Zamawiający już na etapie przygotowania oferty informuje wszystkich potencjalnych wykonawców o swoich wymaganiach w tym zakresie.

W zakresie zarzutu dotyczącego opisanego podstaw do naliczania wykonawcy przez Zamawiającego kar umownych w sposób niejednoznaczny, niedokładny i za pomocą niejasnego określenia, który utrudnia uczciwą konkurencję, jako za niewykonanie/niewykonanie przedmiotu umowy zgodnie z jej warunkami (Rozdział V SIWZ - Istotne Postanowienia Umowy, załącznik do Warunków Szczególnych Kontraktu w związku z Subklauzulą 8.7 Warunków Kontraktu), zamawiający stoi na stanowisku, że tak sformułowana kara umowna zabezpiecza jego interes w postaci wykonania przedmiotu umowy zgodnie z treścią zawartej umowy. Usunięcie z katalogu kary za niewykonanie/niewykonanie przedmiotu umowy zgodnie z treścią umowy może spowodować po stronie zamawiającego brak możliwości jakiegokolwiek wpływu na wykonawcę w zakresie prawidłowości wykonania przedmiotu umowy. Profesjonalny wykonawca w opinii zamawiającego nie powinien realizować umowy w sposób niezgodny z jej postanowieniami. Odnośnie wysokości szkody, która potencjalnie może wystąpić po stronie Zamawiającego i zarzucanego braku korelacji wysokości kary z wysokością szkody, zamawiający wskazał, że szkoda w chwili obecnej nie wystąpiła i nie można wskazać jej wysokości ani skutków dla Zamawiającego, a kara umowna nie ma wyłącznie charakteru odszkodowawczego. Zastosowanie mają tutaj również argumenty przytoczone odnośnie zarzutu 2.

W zakresie zarzutu dotyczącego opisanego podstaw do naliczania wykonawcy przez zamawiającego kar umownych jako za zgłoszenie do odbioru wykonanych robót lub zgłoszenia usunięcia wad/usterek, które faktycznie nie zostały wykonane lub zakończone (Rozdział V SIWZ - Istotne Postanowienia Umowy Załącznik do Warunków Szczególnych Kontraktu w związku z Subklauzulą 10.1 Warunków Kontraktu), zamawiający stwierdził, że w trosce o jakość wykonywanych robót budowlanych i dynamikę procesu budowlanego zmierzającą do terminowej realizacji umowy zgodnie z jej wymaganiami podtrzymuje swoje stanowisko w zakresie zasadności naliczenia ww. kary.

Zamawiający stwierdził, że bardzo precyzyjnie określił wymogi dotyczące odebrania od Wykonawcy robót w Subklauzuli 10.1 Przejęcie Robót i Odcinków. Stwierdził, że odbiór robót to cały schemat organizacyjny, w który zaangażowany jest personel nie tylko wykonawcy, ale również Inżyniera Kontraktu, Zamawiającego, Inspektorzy Wojewódzkiego Nadzoru Budowlanego, oraz innych Gestorów sieci przebudowywanych/budowanych podczas realizacji

inwestycji. Zgłoszenie przez wykonawcę do odbioru robót nieukończonych mające na celu ewentualne uchronienie wykonawcy przed naliczeniem kary za niewykonanie danego elementu robót — nie może w sposób bezcelowy angażować sztab kadry inżynierskiej. Kara ta ma charakter prewencyjny.

W zakresie zarzutu dotyczącego ustalenia wysokości kar umownych naliczanych wykonawcy przez zamawiającego z tytułu opóźnienia w związku z niewykonywaniem umowy zgodnie z terminami umownymi zwłaszcza zawartymi w harmonogramie - na 10% wynagrodzenia umownego brutto (Rozdział V SIWZ - Istotne Postanowienia Umowy Załącznik do Warunków Szczególnych Kontraktu w związku z Subklauzulą 8,7 Warunków Kontraktu, wiersz 19), zamawiający stwierdził, że w trosce o jakość wykonywanych robót budowlanych i dynamikę procesu budowlanego zmierzającą do terminowej realizacji umowy zgodnie z jej wymaganiami, podtrzymuje swoje stanowisko w zakresie zasadności naliczenia wskazanej wyżej kary.

Zamawiający wskazał, że wymóg terminowego wykonania poszczególnych robót budowlanych nie jest sprzeczny z zasadami współżycia społecznego. Zamawiający zwrócił uwagę na fakt, że przedmiotowe zadanie przeznaczone jest do finansowania w ramach środków Unii Europejskiej. W związku z powyższym założone terminy realizacji, a w konsekwencji czynności wynikających z zatwierdzonego harmonogramu muszą być z nimi spójne i nie podlegają dowolnym zmianom.

Zamawiający stwierdził, że nie jest intencją zamawiającego „odstraszenie wykonawców”, ponieważ stałoby to w sprzeczności z ideą postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Zamawiający, formułując treść SIWZ w zakresie kar umownych, wziął pod uwagę, że o zamówienie mogą starać się podmioty kalkulujące ryzyko zapłacenia kar umownych w różnym zakresie, na różnym poziomie i o różnej wartości. Innym będzie ryzyko dużego wykonawcy takiego jak odwołujący, a innym będzie ryzyko mniejszych wykonawców biorących udział w postępowaniu np. jako konsorcjum. W odmienny sposób kalkulować będą wykonawcy mający siedzibę czy park maszynowy w pobliżu miejsca realizacji inwestycji a w inny sposób podmioty, które będą się do tego specjalnie przygotowywać. Zamawiający sposób kalkulacji ryzyka pozostawia po stronie Wykonawców wskazując jedynie, że w tym świetle najistotniejsze jest prawidłowe precyzyjne i profesjonalne zorganizowanie procesu budowlanego. Takie wymaganie nie jest niczym nadzwyczajnym i podlega zwykłej analizie wykonawców na potrzeby złożenia ofert w każdym postępowaniu.

Zamawiający stwierdził, że załącznikiem do Aktu Umowy jest Harmonogram opracowany przez wykonawcę, zaopiniowany przez Inżyniera Kontraktu oraz zatwierdzony przez zamawiającego. Ponownie do kreowania tego elementu Aktu umowy zobligowany jest

Wykonawca — to on ustala według siebie znanego klucza (niemniej jednak zachowując wymogi SIWZ) cały proces realizacji kontraktu. Zgodnie z Warunkami Ogólnymi na mocy Subklauzuli 8.3 Program Wykonawca przedłoży Inżynierowi szczegółowy program. Następnie Wykonawca będzie obowiązany dostarczać zaktualizowany program kiedy tylko poprzedni program okaże się niezgodny z rzeczywistym postępem lub ze zobowiązaniami wykonawcy. Wykonawca na każdym etapie realizacji inwestycji nie tylko może, ale zobligowany jest korygowania harmonogramu — w przypadku wystąpienia obiektywnych okoliczności powodujących brak możliwości dochowania przez wykonawcę założonych w harmonogramie przerobów. Harmonogram winien być aktualizowany. Niemniej jednak zamawiający, aby uchronić się przed nierzetelnymi wykonawcami w trosce o zabezpieczenie interesu publicznego m.in. dotyczącego wydatkowania przyznanych środków unijnych — zmuszony jest dyscyplinować wykonawcę, stosując przytoczoną karę — mobilizuje ona wykonawcę. Dzięki niej wykonawcy rzetelniej realizują inwestycję, dopilnowując terminowości każdego etapu realizacji.

W zakresie zarzutu 6 dotyczącego ustalenia wysokości kar umownych naliczanych wykonawcy przez zamawiającego z tytułu wystąpienia wad nie dających się usunąć zmniejszających wartość użytkową przedmiotu umowy w wysokości 100% wartości brutto danego elementu, w którym wystąpiła wada. (Rozdział V SIWZ - Istotne Postanowienia Umowy Załącznik do Warunków Szczególnych Kontraktu w związku z Subklauzulą 11.1 Warunków Kontraktu, wiersz 29), zamawiający stwierdził, że w trosce o jakość wykonywanych robót budowlanych podtrzymuje swoje stanowisko w zakresie zasadności naliczenia wskazanej wyżej kary. Rezygnacja z kary za wystąpienie wad nie dających się usunąć zmniejszających wartość użytkową przedmiotu umowy może spowodować sytuację, w której wykonawcy będzie opłacało się wykonanie niedoróbki, których suma w konsekwencji może spowodować rażące obniżenie jakości wykonanego obiektu. To z kolei grozi zamawiającemu drastycznym wzrostem kosztów utrzymania inwestycji przez zamawiającego.

Zgodnie z Subklauzulą 11.2, koszt usuwania wad, wszelkie roboty, będą wykonane na ryzyko i koszt Wykonawcy w granicach, w jakich mogą one być uznane za skutek:

- (a) projektu Robót, poza częścią projektu, za którą jest odpowiedzialny Zamawiający,
- (b) Urządzeń, Materiałów lub wykonawstwa niezgodnych z Kontraktem,
- (c) nieprawidłowej obsłudze czy konserwacji dającej się przypisać sprawom, za które odpowiedzialny jest Wykonawca na mocy klauzul 5.5 do 5.7 lub innych, lub
- (d) uchybień Wykonawcy w stosunku do innych jego obowiązków.

Wykonawca będąc świadomy zobowiązania, musi oddać zamawiającemu produkt końcowy pełnowartościowy i w 100% zgodny z zamówieniem. Zamawiający, aby zabezpieczyć swój interes, wymaga pokrycia przez wykonawcę 100% wartości danego elementu. Ponadto zgodnie z określonymi w Subklauzuli 11.5. Usuwanie Robót wadliwych wymogami, na wykonawcy spoczywa obowiązek naprawy bądź wymiany elementu w pełnym zakresie.

W zakresie zarzutu dotyczącego ustalenia końcowego terminu wykonania przedmiotu umowy datą sztywną na 31 października 2020% niezależnie od daty zawarcia umowy, zamawiający stwierdził, że określenie terminu realizacji umowy datą kalendarzową jest powszechną praktyką zamawiających. Wskazanie przez zamawiającego terminu realizacji datą kalendarzową — 31 października 2020 r. pozwala z jednej strony na zapewnienie finansowania w budżecie i Wieloletniej Prognozie Finansowej z drugiej na zamknięcie procesu inwestycyjnego w określonych ramach.

Izba ustaliła, co następuje:

Zgodnie z pkt. 4.1 SIWZ, "Zamówienie obejmuje: (...) Dostosowania obiektów mostowych do klasy obciążenia 5OT wg PN-85/S-10030 - Wykonawca po przeprowadzeniu ekspertyzy technicznej i na podstawie uzyskanych szczegółowych obliczeń statyczno-wytrzymałościowych zdecyduje czy należy wykonać przebudowę/rozbudowę istniejących obiektów czy budowę nowych mostów. W przypadku budowy nowych obiektów lub konieczności rozbiórki pomostu w ramach przebudowy obiektu Wykonawca wybuduje most objazdowy/mosty objazdowe. Ponadto obiekty inżynierskie powinny być zaprojektowane i wykonane w sposób odpowiadający wymaganiom wynikającym z ich usytuowania i przeznaczenia, tak aby była zapewniona jego trwałość oraz warunki prawidłowej eksploatacji i utrzymania. Lokalizacja obiektów objętych Dokumentacją Projektową według kilometraża PFU:

- most przez Rzekę Mlecza w miejscowości Kańczuga - km DW881 41+236,00,
- most przez Rzekę Rączyna w miejscowości Pantalowice - km DW881 44+892,00,
- most przez Rzekę Rzeplin w miejscowości Rozbórz Długi - km DW881 48+775,00,
- most przez Rzekę Jodłówka w miejscowości Rozbórz Okrągły - km DW881 49+802,00,

Zamawiający w dniu 12.10.2018 r. opublikował na swojej stronie internetowej www.pzdw.pl oraz przesłał do wykonawców modyfikację treści SIWZ, w której załącznikiem są ekspertyzy dotyczące obiektów mostowych znajdujących się w :

1 .miejscowości Kańczuga most przez Rzekę Mlecza — km DW 881 - kilometraż: 41+236,00;

2.miejscowości Pantalowice przez Rzekę Rączyna — km DW 881 - kilometraż:
44+892,00;

3.miejscowości Rozbórz Długi przez Rzekę Rzeplin — km DW 881- kilometraż:
48+775,00;

4.miejscowości Rozbórz Okrągły przez Rzekę Jodłówka — km DW 881- kilometraż:
49+802,00

W przedstawionych ekspertyzach zostały wskazane wnioski dotyczące zmiany nośności ww. obiektów mostowych. Zgodnie z pkt 7 ekspertyzy:

1 .most w miejscowości Kańczuga przez Rzekę Mleczka — km DW 811 41+236,00 nie przenosi obciążeń klasy „A” wg PN-85/S-10030, tj. 50T, jednak istnieje możliwość wzmocnienia obiektu do klasy „A”;

2.most w miejscowości Pantalowice przez Rzekę Rączyna — km DW881 44+892,00 nie przenosi obciążeń klasy „A” wg PN-85/S-10030, tj. 50T, jednak istnieje możliwość wzmocnienia obiektu do klasy

3.most w miejscowości Rozbórz Długi przez Rzekę Rzeplin — km DW881 48+775,00 nie przenosi obciążeń klasy „A” wg PN-85/S-10030, tj. 50T, jednak istnieje możliwość wzmocnienia obiektu do klasy

4.most v miejscowości Rozbórz Okrągły przez Rzekę Jodłówka — km DW881 49+802,00 nie przenosi obciążeń klasy „A” wg PN-85/S-10030, tj. 5()T, jednak istnieje możliwość wzmocnienia obiektu do klasy.

Zgodnie Rozdziałem V SIWZ - Istotne Postanowienia Umowy Załącznik do Warunków Szczególnych Kontraktu (wiersz 28), że kara umowna w wysokości 10% wynagrodzenia umownego brutto będzie naliczana za „niewykonywanie lub niewykonanie lub nienależyte wykonywanie lub nienależyte wykonanie lub niedbałe wykonanie przedmiotu umowy wpływające na jakość realizowanych zadań niezależnie od długości okresu niedbałego wykonywania przedmiotu umowy. Przez określenie „niedbałe „ należy rozumieć wykonywanie przedmiotu umowy w szczególności „byle jak, na odczepnego, niedobrze, niefachowo, niestarannie, źle, niechlujnie, niedokładnie, lekceważąco, obcesowo, brudno, niehigienicznie, nieobowiązkowo, nieporządnie, nieprofesjonalnie, nierzetelnie, niesumiennie, nieuważnie, powierzchownie, tandetnie, niesolidnie, partacko.”

Zgodnie z Rozdziałem V SIWZ - Istotne Postanowienia Umowy Załącznik do Warunków Szczególnych Kontraktu w związku z klauzulą 8.7 Warunków Kontraktu (wiersz

21), kara umowna w wysokości 10% wynagrodzenia umownego brutto będzie naliczana za niewykonywanie/niewykonanie przedmiotu umowy zgodnie z jej warunkami .

Zgodnie z Rozdziałem V SIWZ - Istotne Postanowienia Umowy Załącznik do Warunków Szczególnych Kontraktu w związku z Subklauzulą 10.1 Warunków Kontraktu, kara umowna może być naliczona za zgłoszenie do odbioru wykonanych robót lub zgłoszenie usunięcia wad/usterek, które faktycznie nie zostały wykonane lub zakończone.

W Rozdziale V SIWZ - Istotne Postanowienia Umowy Załącznik do Warunków Szczególnych Kontraktu w związku z Subklauzulą 8.7 Warunków Kontraktu, wiersz 19 zamawiający przewidział karę umowną w wysokości 10% wynagrodzenia umownego brutto z tytułu opóźnienia w związku z niewykonywaniem umowy zgodnie z terminami umownymi zwłaszcza zawartymi w harmonogramie.

W Rozdziale V SIWZ - Istotne Postanowienia Umowy Załącznik do Warunków Szczególnych Kontraktu w związku z Subklauzuli II. Warunków kontraktu - wiersz 29 zamawiający przewidział karę umowną z tytułu wystąpienia wad niedających się usunąć zmniejszających wartość użytkową przedmiotu umowy w wysokości 100% wartości brutto danego elementu, w którym wystąpiła wada.

Zamawiający określił czas realizacji robót datą sztywną na dzień 31.10.2020 r.

Izba zważyła, co następuje:

Odwołanie jest bezzasadne.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, że odwołujący jest uprawniony do korzystania ze środków ochrony prawnej w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy P.z.p.

Izba uznała za bezpodstawny zarzut dotyczący treści pkt. 4.1 SIWZ.

Podstawowe znaczenie dla rozpoznania tego zarzutu jest fakt, że przedmiotowa inwestycja realizowana jest w formule „zaprojektuj i wybuduj”. Formuła ta znajduje zastosowanie, gdy zamawiający nie dysponuje szczegółowymi opracowaniami koncepcyjnymi odnoszącymi się do planowanej inwestycji. W przeciwieństwie do realizacji inwestycji w systemie „tradycyjnym” gdzie wykonawca zamówienia realizuje roboty według dostarczonego przez zamawiającego projektu, w systemie „zaprojektuj i wybuduj” na zlecenie zamawiającego opracowany jest jedynie wstępny projekt inwestycji. Na tej podstawie, opracowywana jest dokumentacja przetargowa. Następnie w wyniku postępowania przetargowego wyłaniany jest generalny wykonawca zamówienia, który sporządza projekt budowlany, uzyskuje pozwolenie na budowę a później realizuje roboty według wykonanego przez siebie projektu.

Jak przyjmuje się w orzecznictwie i doktrynie prawa zamówień publicznych, zamówienie, które obejmuje zaprojektowanie i wykonawstwo specjalistycznych, skomplikowanych robót budowlanych w formule „zaprojektuj i wybuduj” skutkuje po stronie wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia szczególnymi trudnościami związanymi z opracowaniem oferty na wykonanie zamówienia. Oferta ta bowiem nie jest sporządzana na podstawie kompletnej dokumentacji projektowej dostarczonej przez zamawiającego, ale wyłącznie na podstawie ogólnej koncepcji zawartej w programie funkcjonalno-użytkowym. W tej sytuacji ryzyko, jakie wynika ze skąpych podstaw do oszacowania ceny oferty, wykonawcy uwzględniają w cenie ryczałtowej, która w konsekwencji musi zawierać niezbędną rezerwę finansową na wykonanie dodatkowych robót, których nie oszacowano na etapie procedury przetargowej. (por. wyrok KIO z dnia 9 września 2010 r., sygn. akt KIO 1835/10).

Program funkcjonalno-użytkowy obejmuje opis zadania budowlanego, w którym podaje się przeznaczenie ukończonych robót budowlanych oraz stawiane im wymagania techniczne, ekonomiczne, architektoniczne, materiałowe i funkcjonalne. Szczegółowe warunki programu funkcjonalno-użytkowego znajdują się w rozporządzeniu Ministra Infrastruktury z dnia 2 września 2004 r. w sprawie szczegółowego zakresu i formy dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych oraz programu funkcjonalno-użytkowego (Dz. U. z 2013 r., poz. 1129). Zgodnie z § 15 cyt. rozporządzenia program funkcjonalno-użytkowy służy do ustalenia planowanych kosztów prac projektowych i robót budowlanych, przygotowania oferty szczególnie w zakresie obliczenia ceny oferty oraz wykonania prac projektowych.

Wskazując na powyższe Izba podkreśla, że zamawiający jest gospodarzem postępowania o udzielenie zamówienia, którego celem jest realizacja uzasadnionych jego potrzeb. Wykonawca nie może narzucać zamawiającemu, jakie wymagania winien postawić co do przedmiotu zamówienia i technologii jego wykonania.

Jest to o tyle istotne, gdyż - jak przyjmuje się w orzecznictwie - dla tego typu postępowań „wspólnym mianownikiem będzie cel, który ma zostać osiągnięty, ale już niekoniecznie metody jego osiągnięcia” (tak: wyrok WSA w Łodzi z 23 lutego 2017 roku, III SA/Łd 860/ 16). Tym samym, postępowania takie ukierunkowane są przede wszystkim na zamierzone efekty, a nie szczegółowe rozwiązania ich wykonania.

Wskazując na powyższe Izba nie dopatrzyła się naruszeń wskazywanych przez odwołującego w odwołaniu. Ponadto wskazać należy, że odwołujący w żaden sposób nie odniósł się do argumentacji zamawiającego, wyrażonej w odpowiedzi na odwołanie, iż opis przedmiotu zamówienia jest zgodny z cytowanym wyżej rozporządzeniem w sprawie

szczegółowego zakresu i formy dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych oraz programu funkcjonalno-użytkowego. Podniesiony zarzut Izba uznała zatem za nieuzasadniony i – tym samym – podlegający oddaleniu.

Izba uznała za nieuzasadnione zarzuty dotyczące kar umownych, w tym zarówno ich wysokości, jak i okoliczności, w jakich mają być naliczane.

Zgodnie z art 353¹ K.c. strony zawierające umowę mogą ułożyć stosunek prawny według swojego uznania, byle jego treść lub cel nie sprzeciwiały się właściwości (naturze) stosunku, ustawie albo zasadom współżycia społecznego. W przypadku zamówienia publicznego, to zamawiający w sposób dyskrejonalny kształtuje większość *essentialiae* i *incidentaliae negotii* przygotowując własną siwz. Zasada swobody kontraktowania ze strony wykonawcy nie zostaje w ten sposób ograniczona – przed terminem złożenia ofert może on składać wszelkie propozycje co do kształtu i brzmienia postanowień umownych, które zamawiający zgodnie z własnymi interesami zawsze może uwzględnić. Natomiast w przypadku, gdy postanowienia takie wykonawcy nie odpowiadają, może do tego stosunku umownego – co jest jego fundamentalnym uprawnieniem – w ogóle nie przystąpić (nie składać oferty w postępowaniu). Ponadto przez składanie ofert w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego to wykonawca kształtuje część przyszłych postanowień umownych (w tym zawsze cenę) i w ten sposób może dostosować swoją ofertę do warunków wykonania zamówienia narzuconych przez zamawiającego, np. tak skalkulować cenę, aby w jej ramach uwzględnić kompensację wszelkich ryzyk i obowiązków, które wynikają dla niego z umowy w sprawie zamówienia.

Jak daleko posunięta jest swoboda stron w ułożeniu łączącego je stosunku prawnego, w niektórych aspektach wprost wskazują przepisy Kodeksu cywilnego, gdzie np. art. 473 § 1 stanowi, iż dłużnik może przez umowę przyjąć (a więc druga strona może oczekiwać, że przyjmie i uzależniać od tego możliwość zawarcia z nim umowy) odpowiedzialność za niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania z powodu oznaczonych okoliczności, za które na mocy ustawy odpowiedzialności nie ponosi.

Oczywiście realizacja tego typu uprawnień podlegała będzie ocenie w świetle klauzul i zasad ogólnych Kc.

Zdaniem Izby, zakres odpowiedzialności wykonawcy z tytułu kary umownej pokrywa się z zakresem ogólnej odpowiedzialności wykonawcy za niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania, o której mowa w art. 471 K.c. Oznacza to, że w przypadku obciążenia wykonawcy karą umowną może on bronić się zarzutem, że niewykonanie lub nienależyte wykonanie jest następstwem okoliczności, za które nie ponosi odpowiedzialności

Uzupełnienie przepisu art. 471 K.c. zawarte jest w art. 472 K.c. i określa podstawy odpowiedzialności kontraktowej w ten sposób, że zasadniczo dłużnik odpowiada za niezachowanie należytej staranności. Reguły tej nie stosuje się tylko wtedy, gdy co innego wynika z ustawy lub czynności prawnej. W granicach zakreślonych ramami swobody umów (art. 353¹) strony mają możliwość innego niż to przewiduje art. 472 uregulowania odpowiedzialności dłużnika, jednakże wymaga to oznaczenia odpowiedzialności zaostrzających odpowiedzialność dłużnika (art. 473 § 1 K.c.). W ocenie Izby, okoliczności takich nie ma w postanowieniach umowy, a zatem przyjęć należy, że wykonawca może doprowadzić do swej eskalacji bądź to przez udowodnienie rzeczywistej przyczyny niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania, a nadto, że nie uzasadnia ona jego odpowiedzialności, bądź też przez wykazanie, że przy wykonywaniu zobowiązania dołożył należytej staranności, a więc, że nie doprowadził on do szkody w sposób zawiniony.

Powyższe argumenty znajdują także zastosowanie wobec żądania odwołującego się do ustalenia wysokości kar umownych na innymi poziomie niż wskazany przez zamawiającego.

Izba nie znalazła zatem podstaw do nakazania zamawiającemu zmiany postanowień umownych w tym zakresie.

Izba uznała za bezzasadny zarzut dotyczący ustalenia terminu wykonania przedmiotu umowy datą sztywną na dzień 31 października 2018 roku. Izba wskazuje, że argumentacja odwołującego ograniczyła się do stwierdzenia, że tego typu inwestycja jest realizowana przez 30 – 35 miesięcy, z czego połowa to prace projektowe, a połowa to wykonywanie robót budowlanych. Odwołujący wszakże nie złożył żadnego wniosku dowodowego w tym zakresie, lecz ograniczył się do głośłownych stwierdzeń. Podkreślić należy, że to na odwołującym, zgodnie z art. 190 ust. 1 ustawy P.z.p., spoczywał ciężar dowodowy w tym zakresie.

Biorąc pod uwagę powyższe orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy P.z.p., czyli stosownie do wyniku postępowania.

.....