

WYROK

z dnia 31 października 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Renata Tubisz

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 30 października 2017 r. **w Warszawie** odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 16 października 2017 r. **przez odwołującego:** UNIBEP S.A. z s. w Bielsku Podlaskim 17-100 Bielsk Podlaski ul.3 Maja 19 w postępowaniu prowadzonym **przez zamawiającego:** Województwo Podlaskie s.f. Podlaski Zarząd Dróg Wojewódzkich w Białymstoku ul. Elewatorska 6, 15-620 Białystok

przy udziale wykonawców:

1. przystępującego Aldesa Construcciones Polska Sp. z o.o. z s. w Warszawie, ul. Postępu 18, 02-676 Warszawa zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego,
2. przystępującego Przedsiębiorstwo Drogowo-Mostowe "MAKSBUD" Sp. z o.o. z s. w Bielsku Podlaskim, ul. Mickiewicza 183, 17-100 Bielsk Podlaski zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego

orzeka

1. **uwzględnić odwołanie i umarza postępowanie** w związku z uwzględnieniem przez zamawiającego oraz postanowieniem dokonania zmiany treści SIWZ w zakresie zarzutów dotyczących: Części IV pkt 2 i 3 SIWZ oraz wzoru umowy w § 2 ust. 2 i 3 przez wskazanie w miejsce oznaczonej daty zakończenia realizacji robót (30.09.2019) i przedmiotu umowy (31.10.2019) odpowiednio terminów 24 miesięcy oraz 25 miesięcy od daty zawarcia umowy **oraz** Części III pkt 13 ppkt 1 lit c, ppkt 7 oraz 16 SIWZ, a także § 6 pkt 3, § 7 ust. 6, § 7 ust. 15 oraz § 10 ust. 5 wzoru umowy, przez sprecyzowanie terminu minimalnego, technicznie uzasadnionego, na usunięcie wad i ustalenie, że każdorazowo termin ten nie może być krótszy niż 14 dni licząc od dnia zgłoszenia wady przez zamawiającego **oraz** § 9 ust. 1 pkt 8 wzoru umowy przez, nadanie mu treści: „za niewykonanie lub nierzetelne wykonanie

obowiązków wynikających z zapisów umowy lub SIWZ lub poleceń Zamawiającego / Kierownika Zespołu Nadzoru / Inspektora Nadzoru zmierzających do wyegzekwowania od Wykonawcy realizacji obowiązków wynikających z zapisów umowy lub SIWZ, w wysokości 5 000 zł za każdorazowe stwierdzone uchybienie przez Zespół Nadzoru Inwestorskiego / Inspektora Nadzoru / Zamawiającego” **oraz** § 9 ust. 1 wzoru umowy przez usunięcie punktu 25, to jest tak jak w odpowiedzi na odwołanie z dnia 25 października 2017 **oraz nakazuje zamawiającemu** zmianę § 9 ust. 1 wzoru umowy przez zastrzeżenie kar umownych „za zwłokę” zamiast „za opóźnienie” wykonawcy **w pozostałym zakresie odwołanie oddala to jest co do** usunięcia z treści § 9 ust. 1 wzoru umowy kar umownych określonych w § 9 ust. 1 pkt 3 wzoru umowy oraz w § 9 ust. 1 pkt 5 wzoru umowy

2. kosztami postępowania obciąża Województwo Podlaskie s.f. Podlaski Zarząd Dróg Wojewódzkich w Białymstoku ul. Elewatorska 6, 15-620 Białystok

i

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20.000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez UNIBEP S.A. z s. w Bielsku Podlaskim 17-100 Bielsk Podlaski ul.3 Maja 19 tytułem wpisu od odwołania,
- 2.2. zasądza od Województwo Podlaskie s.f. Podlaski Zarząd Dróg Wojewódzkich w Białymstoku ul. Elewatorska 6, 15-620 Białystok kwotę 20.000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) na rzecz UNIBEP S.A. z s. w Bielsku Podlaskim 17-100 Bielsk Podlaski ul.3 Maja 19 stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania.

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

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Odwołujący to: UNIBEP S.A. w Bielsku Podlaskim, adres: 17-100 Bielsk Podlaski, ul. 3 Maja 19 radca prawny Monika Adamowicz na podstawie udzielonego pełnomocnictwa zwany dalej „odwołującym”

Zamawiający to: Województwo Podlaskie s.f. Podlaski Zarząd Dróg Wojewódzkich w Białymstoku; ul. Elewatorska 6 15-620 Białystok zwany dalej „zamawiającym”.

Postępowanie dotyczy: postępowania prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego o wartości zamówienia przekraczającej kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2017 r. poz. 1523), dalej jako: „pzp”, pod nazwą: „Budowa i rozbudowa drogi wojewódzkiej nr 685 wraz z drogowymi obiektami inżynierskimi i niezbędną infrastrukturą techniczną na odcinku Zabłudów - Nowosady wraz z obejściem m. Trześcianka i m. Narew - odcinek ii od km 8+462 do km 32+614” (dalej również jako: „postępowanie”)

Ogłoszenie o zamówieniu opublikowano w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej dnia 7 października 2017 r. 2017/S 193-395250)

ODWOŁANIE

Działając w imieniu i na rzecz Wykonawcy - UNIBEP S.A. w Bielsku Podlaskim, adres: 17-100 Bielsk Podlaski, ul. 3 Maja 19 - w niniejszym piśmie również jako: „Odwołujący” lub zamiennie „Wykonawca” (pełnomocnictwo wraz z dowodem uiszczenia należnej opłaty skarbowej w załączeniu do niniejszego Odwołania), działając m.in. w trybie art. 179 ust.1 i art. 180 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz.U. 2017 r., poz. 1579 j.t.), zwanej dalej „pzp” (lub zamiennie: „ustawa pzp”) wnosi odwołanie na treść Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej: „SIWZ”) wraz z załącznikami oraz ogłoszenia o zamówieniu w postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego o wartości zamówienia przekraczającej kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 pzp, pod nazwą: „Budowa i rozbudowa drogi wojewódzkiej nr 685 wraz z drogowymi obiektami inżynierskimi i niezbędną infrastrukturą techniczną na odcinku Zabłudów - Nowosady wraz z obejściem m. Trześcianka i m. Narew - odcinek II od km 8+462 do km 32+614.”, dla którego Zamawiającym jest: Podlaski Zarząd Dróg Wojewódzkich w Białymstoku, ul. Elewatorska 6,15-620 Białystok. Odwołanie dotyczy

czynności Zamawiającego dokonanych z naruszeniem przepisów pzp i odpowiednio kodeksu cywilnego (w zakresie nieuregulowanym) podczas formułowania postanowień SIWZ i innych ww. dokumentów przetargowych.

I. TERMIN

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 7 października 2017 r. nr 2017/S 193-395250.

Oznacza to, że Odwołujący składając w dniu 16 października 2017 r. odwołanie czyni zadość wymaganiom przepisu art. 182 ust. 2 pkt 1) pzp w związku z art. 14 ust. 1 pzp, tj. wnosi odwołanie zachowując ustawowo przewidziany termin do jego wniesienia. Ostatnim bowiem dniem uprawiającym Odwołującego do skutecznego złożenia odwołania jest dzień 17 października 2017 r. (przy założeniu biegu terminu od dnia publikacji ogłoszenia o zamówieniu).

II. INFORMACJE WYMAGANE

Strona internetowa Zamawiającego: <http://bip.pzdw.wrotapodlasia.pl/> e-mail Zamawiającego: wzp@pzdw.wrotapodlasia.pl

Miejsce publikacji ogłoszenia: Dziennik Urzędowy Unii Europejskiej., numer ogłoszenia 2017/S 193-395250 adres witryny: <http://ted.europa.eu/udl?uri=TED:NOTICE:395250-2017:TEXT:PL:HTML>

III. ZARZUTY

Odwołujący zarzuca Zamawiającemu naruszenie przepisów:

- a) art. 7 ust. 1 pzp - poprzez przygotowanie i prowadzenie postępowania w sposób nie zapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania Wykonawców oraz niezgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości;
- b) art. 139 ust. 1 pzp i art. 14 ust. 1 pzp w zw. art. 387 § 1 kc - poprzez zastrzeżenie w cz. IV pkt 2 i 3 SIWZ (str. 19) oraz § 2 ust. 3 i 4 wzoru umowy stanowiącego integralną część SIWZ, zbyt krótkiego, oznaczonego konkretną datą i obiektywnie niemożliwego do dotrzymania terminu na wykonanie Inwestycji, nie tylko z punktu widzenia aktualnych możliwości technologicznych, przez wzgląd na specyfikę robót budowlanych objętych przedmiotem zamówienia, ale ponadto i przede wszystkim z uwagi na brak możliwości wpływu Wykonawcy na faktyczny termin zakończenia postępowania przetargowego i zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego, co czyni świadczenie Wykonawcy przewidziane w umowie świadczeniem niemożliwym co do ogólnie narzuconego terminu zakończenia robót i całego przedmiotu umowy, a ponadto niemożliwym do przewidzenia co do faktycznego czasu na ukończenie inwestycji;

c) art. 353.1 KC i art. 483 § 1 kc w zw. z art. 139 ust. 1 pzp oraz art. 29 ust. 1 i 2 pzp - poprzez nie sprecyzowanie w części III pkt 13 ppkt 1 lit c), ppkt 7,16) SIWZ, § 6 pkt 3), § 7 ust. 6, § 7 ust. 6, § 7 ust. 15 oraz § 10 ust. 5 wzoru umowy, minimalnego, technicznie uzasadnionego terminu na usuwanie wad (termin uzależniony od jednostronnej decyzji Zamawiającego), którego przekroczenie powoduje naliczenie przez Zamawiającego niewspółmiernie wysokiej kary umownej (§ 9 ust 1 pkt 6) wzoru umowy), czym przekroczone granicę swobody umów i obarczono wykonawcę zbyt dużym ryzykiem związanym z nałożeniem tej kary oraz uchybiono obowiązkowi jednoznacznego i precyzyjnego opisu przedmiotu zamówienia;

d) art. 353.1 kc i art. 483 § 1 kc w zw. z art. 139 ust. 1 pzp oraz art. 29 ust. 1 i 2 pzp - poprzez ustalenie w cz. IV pkt 2 i 3 SIWZ (str.19) oraz § 2 ust. 3 i 4 wzoru umowy odgórnie narzuconego terminu zakończenia robót oraz zakończenia przedmiotu umowy (nieznanego co do czasu trwania), którego przekroczenie w kontekście rygorystycznych i wygórowanych kar umownych (przewidzianych wzorem umowy - § 9 ust. 1 pkt 2, 3, 4, 5, 25) wygeneruje prawo Zamawiającego do naliczania przez Zamawiającego niewspółmiernie wysokich kar umownych, czym przekroczone granicę swobody umów i obarczono wykonawcę zbyt dużym ryzykiem związanym z nałożeniem tej kary oraz uchybiono obowiązkowi jednoznacznego i precyzyjnego opisu przedmiotu zamówienia;

e) art. 483 § 1 kc i art. 484 § 2 kc art. 353.1 kc i art. 5 kc w zw. z art. 139 ust. 1 pzp - poprzez zastrzeżenie w § 9 ust. 1 pkt 2 i 3 oraz w § 9 ust. 1 pkt 4 i 5 wzoru umowy uprawnienia Zamawiającego do naliczania de facto podwójnych kary umownej za to samo zdarzenie, jakim jest odpowiednio:opóźnienie w zakończeniu realizacji robót i zakończeniu realizacji zamówienia oraz przedstawienia poprawnych dokumentów niezbędnych do odbioru końcowego, co stanowi przekroczenie zasady swobody umów, zastrzeżenie kar rażąco wysokich, a w konsekwencji jest sprzeczne z zasadami współzycia społecznego oraz samą instytucją kary umownej;

f) art. 353.1 kc, art. 5 kc i art. 483 § 1 kc w zw. z art. 139 ust. 1 pzp - poprzez zastrzeżenie kar umownych w § 9 ust. 1 pkt 8 i 25 wzoru umowy, których zaliczenie będzie zależne od wyłącznej woli Zamawiającego.

IV. WNIOSKI

Odwołujący wnosi o:

- 1) uwzględnienie niniejszego odwołania;
- 2) dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z dokumentacji Postępowania oraz dokumentów wskazanych w treści niniejszego pisma (załączonych do Odwołania);
- 3) nakazanie Zamawiającemu dokonania zmian w SIWZ, poprzez zmianę jego zapisów w zakresie:

- a) zmiany treści SIWZ w cz. IV pkt 2 i 3 oraz wystosowanego wzoru umowy w § 2 ust. 2 i 3 poprzez wskazanie zamiast oznaczonej dniem/miesiącem/rokiem daty zakończenia realizacji robót (30.09.2019 r.) i przedmiotu umowy (31.10.2019 r.) na okres realizacji zamówienia liczony w miesiącach od daty zawarcia umowy o roboty budowlane w postępowaniu, tj. minimum 24 miesiące i 25 miesięcy (do daty zawarcia umowy);
- b) sprecyzowanie terminu minimalnego, technicznie uzasadnionego na usunięcie wad w treści w części III pkt 13 ppkt 1 lit c), ppkt 7,16) SIWZ, § 6 pkt 3), § 7 ust. 6, § 7 ust. 6, § 7 ust. 15 oraz § 10 ust. 5 wzoru umowy - zawsze jednak nie mniej niż 14 dni licząc od dnia zgłoszenia wady przez Zamawiającego;
- c) zmianę § 9 ust. 1 wzoru poprzez:
 - a. zastrzeżenie kar umownych za zwłokę zamiast za opóźnienie Wykonawcy;
 - b. usunięcie z treści § 9 ust. 1 wzoru umowy kar umownych podwójnych, zastrzeżonych de facto za to samo zdarzenie - to jest usunięcie kary umownej określonej w § 9 ust. 1 pkt 3) wzoru umowy oraz kary umownej określonej w § 9 ust. 1 pkt 5) wzoru umowy;
 - c. usunięcie z treści § 9 ust. 1 wzoru umowy kar umownych nieprecyzyjnych, których naliczenie zależy od wyłącznej woli Zamawiającego, tj. kary umownej określonej w § 9 ust. 1 pkt 8 i pkt 25, a w przypadku gdyby spełnienie tegoż żądania nie było możliwe, Wykonawca wnosi o sprecyzowanie w treści wzoru umowy (i SIWZ) konkretnych przypadków naruszeń, skutkujących możliwością naliczenia kary umownej we wskazanych przypadkach § 9 ust. 1 pkt 8 i pkt 25 wzoru umowy.

Ponadto Odwołujący żąda:

- 4) zasądzenia od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów poniesionych z tytułu uiszczanego wpisu oraz kosztów z tytułu wynagrodzenia profesjonalnego pełnomocnika według norm przepisanych.

V. INTERES W UZYSKANIU ZAMÓWIENIA

Odwołujący jest Wykonawcą biorącym udział w postępowaniu i jest zainteresowany uzyskaniem zamówienia objętego postępowaniem. Zgodnie z art. 179 ust. 1 pzp, środek ochrony prawnej - w tym odwołanie - przysługuje Wykonawcy, jeżeli ma lub miał Interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy. Odwołujący posiada legitymację do wniesienia odwołania, albowiem, jako potencjalny wykonawca posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia. Zarzucane Zamawiającemu naruszenia wskazanych przepisów, znacznie utrudniają lub mogą prowadzić do braku możliwości złożenia przez Odwołującego oferty ostatecznej w niniejszym postępowaniu. To z kolei może doprowadzić do pozbawienia szans na uzyskanie zamówienia przez Odwołującego, a zatem może spowodować poniesienie przez niego szkody w postaci utraconych korzyści wynikających z jego realizacji. Wskazane w odwołaniu naruszenia przez Zamawiającego przepisów mogą

także doprowadzić do konieczności zawarcia umowy niezgodnej z przepisami prawa. Na etapie postępowania o udzielenie zamówienia przed otwarciem ofert, np. w przypadku odwołań czy skarg dotyczących postanowień ogłoszenia i SIWZ przyjąć należy, iż każdy wykonawca deklarujący zainteresowanie uzyskaniem danego zamówienia - jak Odwołujący w niniejszym postępowaniu - posiada jednocześnie interes w jego uzyskaniu, a szkodą jest niemożliwość złożenia oferty i podpisania ważnej umowy. Wykonawca jest zdolny do wykonania zamówienia, deklaruje zainteresowanie postępowaniem, ma więc szansę na uzyskanie zamówienia, natomiast sposób ukształtowania zapisów SIWZ, w tym opisu przedmiotu zamówienia i przyszłych warunków wykonywania umowy przekłada się na sytuację Wykonawcy w postępowaniu i możliwość złożenia konkurencyjnej oferty, (tak m.in. Krajowa izba Odwoławcza w wyroku z dnia 19 maja 2017 r., sygn. akt: KIO 903/17). Tym samym interes Odwołującego w uzyskaniu zamówienia istnieje i jest niezaprzeczalny.

1. UZASADNIENIE FAKTYCZNE

Zamawiający - Podlaski Zarząd Dróg Wojewódzkich w Białymstoku, ul. Elewatorska 6, 15-620 Białystok, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego kwalifikowanego według wartości powyżej tzn. progów unijnych, to jest kwot wynikających z przepisów wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy pzp. Ogłoszenie opublikowane zostało w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 7 października 2017 r. nr 2017/S 193-395250.

Dowód:

1) Ogłoszenie o zamówieniu z dnia 7 października 2017 nr 2017/S193-395250.

Zamawiający w toku postępowania dokonał zmiany treści ogłoszenia w zakresie ustalonych warunków udziału w postępowaniu, dotyczących zdolności technicznych i kwalifikacji zawodowych.

Dowód:

1) Ogłoszenie o zmianie ogłoszenia wystosowane przez Zamawiającego dnia 9 października 2017 r.;

2) SIWZ w Postępowaniu po zmianie z dnia 9 października 2017 r.;

3) Wzór umowy o roboty budowlane w postępowaniu.

Przedmiotem zamówienia jest wykonanie robót budowlanych w przedmiocie: „Budowa i rozbudowa drogi wojewódzkiej nr 685 wraz z drogowymi obiektami inżynierskimi i niezbędną infrastrukturą techniczną na odcinku Zabłudów - Nowosady wraz z obejściem m. Trześcianka i m. Narew - odcinek II od km 8+462 do km 32+614.”.

1) SIWZ w Postępowaniu po zmianie z dnia 9 października 2017 r.;

Szczegółowy zakres Postępowania określono zgodnie z SIWZ (pkt 2.1. SIWZ) jako wykonanie następującego zakresu robót budowlanych, obejmującego cyt.:

- „ • rozbudowę drogi wojewódzkiej nr 685 na odcinku objętym zakresem inwestycji;
- budowę i rozbudowę skrzyżowań z drogami innej kategorii,
- umocnienie poboczy,
- budowę nowej konstrukcji nawierzchni na odcinku rozbudowy i budowy dróg,
- budowę drogowych obiektów inżynierskich,
- korektę nienormatywnych parametrów technicznych (łuków poziomych i pionowych, pochyłeń poprzecznych jezdni) wraz z korektą niwelety drogi na odcinku rozbudowy, •
- budowę obwodnic m. Trześcianka i m. Narew,
- budowę estakady w ciągu obwodnicy m. Narew,
- budowę zatok autobusowych,
- budowę chodników,
- rozbudowę istniejącego lub budowę nowego systemu odwodnienia korpusu drogowego (kanalizacja deszczowa) wraz z odprowadzeniem wody poza istniejący pas drogowy,
- budowę zbiorników infiltracyjno-ewaporacyjnych,
- budowę zjazdów indywidualnych i publicznych,
- budowę przejść dla pieszych wraz z azylami na skrzyżowaniach skanalizowanych,
- budowę separatorów ruchu na skrzyżowaniach skanalizowanych i rondach,
- odtworzenie, oczyszczenie i profilowanie istniejących rowów, budowę nowych rowów przydrożnych
- budowę ciągu pieszo - rowerowego.
- budowę przepustów i mostu na ciekach wodnych w tym z półkami dla migracji zwierząt,
- przebudowę istniejących i budowę nowych przepustów pod zjazdami
- przebudowę lub zabezpieczenie, w niezbędnym zakresie, urządzeń obcych (branż: elektroenergetycznej, teletechnicznej, sanitarnej, melioracyjnej i innych) kolidujących z rozbudowywaną drogą i obiektami inżynierskimi,
- budowę nowego oświetlenia przy projektowanym rondzie,
- budowę kanału technologicznego,
- zagospodarowanie zieleni w granicach projektowanego pasa drogowego,
- wykonanie oznakowania poziomego i pionowego,
- wycinkę drzew i krzewów kolidujących z projektowanymi elementami.

Szczegółowy zakres rzeczowy został określony w dokumentacji projektowej i SST.

3. CEL ZAMÓWIENIA:

Osiągnięcie niżej wymienionych wskaźników produktu:

długość przebudowanej nawierzchni drogi wojewódzkiej: 24,152 km."

Zgodnie z cz. IV pkt 2 i 3 SIWZ oraz zgodnie z § 2 ust. 3 i 4 przedłożonego w postępowaniu wzoru umowy, Zamawiający określił ogólnie, iż ustala termin zakończenia robót na dzień 30.09.2019r., zaś zakończenie realizacji zamówienia: do dnia 31.10.2019r.

Dodatkowo w § 9 Wzoru umowy Zamawiający przewidział możliwość naliczenia szeregu kar umownych aż 25 przypadków uprawniających do naliczenia takiej kary umownej oraz zasad ich naliczania, cyt.:

„1. Wykonawca zapłaci kary umowne:

- 1) w przypadku odstąpienia od umowy z powodów, za które odpowiada Wykonawca - w wysokości 10% wynagrodzenia brutto, o którym mowa w §3 ust. 2 niniejszej umowy,
- 2) za opóźnienie w zakończeniu realizacji robót w wysokości 1% wynagrodzenia brutto, o którym mowa w § 3 ust. 2 niniejszej umowy, za każdy dzień opóźnienia, liczony od dnia następnego po upływie terminu określonego w § 2 ust. 3,
- 3) za opóźnienie w zakończeniu realizacji zamówienia w wysokości 1% wynagrodzenia brutto, o którym mowa w § 3 ust 2 niniejszej umowy, za każdy dzień opóźnienia, liczony od dnia następnego po upływie terminu określonego w § 2 ust 4,
- 4) za opóźnienie w dostarczeniu dokumentów do odbioru ostatecznego, o których mowa w § 7 ust 10, w wysokości 0,1% wynagrodzenia brutto, o którym mowa w § 3 ust 2 niniejszej umowy, za każdy dzień opóźnienia, liczony od dnia następnego po upływie terminu określonego na przedłożenie dokumentów.
- 5) za opóźnienie w dostarczeniu poprawionych i uzupełnionych dokumentów do odbioru ostatecznego w wysokości 0,1% wynagrodzenia brutto, o którym mowa w § 3 ust 2 niniejszej umowy, za każdy dzień opóźnienia, liczony od dnia następnego po upływie wyznaczonego terminu na dostarczenia poprawionych i uzupełnionych dokumentów,
- 6) za opóźnienie w usuwaniu wad stwierdzonych przy odbiorze robót oraz w okresie gwarancji lub rękojmi za wady w wysokości 0,01% wynagrodzenia brutto, o którym mowa w §3 ust 2 niniejszej umowy, za każdy dzień opóźnienia liczony od dnia następnego po upływie terminu wyznaczonego na usunięcie wad do dnia ich usunięcia,
- 7) za spowodowanie przerwy w realizacji zamówienia, - w wysokości 0,5% wynagrodzenia brutto, o którym mowa w § 3 ust. 2 niniejszej umowy, za każdy dzień przerwy, licząc od 7 dnia przerwy do dnia wznowienia robót,
- 8) za niewykonanie lub nierzetelne wykonanie poleceń Zamawiającego / Kierownika Zespołu Nadzoru / Inspektora Nadzoru lub obowiązków wynikających z zapisów umowy lub SIWZ w wysokości 5 000 zł za każdorazowo stwierdzone uchybienie, przez Zespół Nadzoru inwestorskiego/Inspektora Nadzoru, Zamawiającego

- 9) w przypadku zaistnienia jakiegokolwiek ze zdarzeń takich jak: niewłaściwa organizacja terenu budowy; nieprzestrzeganie przepisów BHP, nieprawidłowe utrzymanie oznakowania tymczasowego, niestosowanie się do zasad prac pod ruchem, niewłaściwego utrzymania placu budowy - potwierdzonych przez Zespół Nadzoru inwestorskiego, Zamawiającego lub przedstawiciela Zamawiającego, w wysokości 0,1% wynagrodzenia brutto, o którym mowa w § 3 ust 2 niniejszej umowy za każdy dzień występowania danego zdarzenia.
- 10) za przystąpienie do robót budowlanych przed uzyskaniem zatwierdzenia projektu tymczasowej organizacji ruchu w wysokości 0,1% wynagrodzenia brutto określonego w § 3 ust 2 niniejszej umowy, za każdy dzień występowania zdarzenia,
- 11) za dopuszczenie do wykonywania robót budowlanych objętych przedmiotem umowy innego podmiotu niż Wykonawca lub zaakceptowany przed Zamawiającym Podwykonawca skierowany do ich wykonania zgodnie z zasadami określonymi niniejszą umową - w wysokości 0,1% wynagrodzenia brutto określonego w § 3 ust 2 niniejszej umowy, za każdy dzień występowania zdarzenia,
- 12) w przypadku niezgodnego z zatwierdzonym projektem tymczasowej organizacji ruchu oznakowania na czas prowadzenia robót, braku w oznakowaniu lub wykonaniu oznakowania z nienależytą starannością - w wysokości 5 000 zł za każdy dzień występowania zdarzenia,
- 13) w przypadku nieusunięcia odpadów zgodnie z § 27 umowy - w wysokości 5 000 zł, za każde naruszenie,
- 14) w przypadku, gdy czynności zastrzeżone dla osób wskazanych do pełnienia funkcji określonych w § 13 ust 1 umowy będzie wykonywała inna osoba niż zaakceptowana przez Zamawiającego - w wysokości 0,01% wynagrodzenia brutto określonego w § 3 ust 2 niniejszej umowy, za każde zdarzenie,
- 15) w przypadku braku zapłaty lub opóźnienia w zapłacie wynagrodzenia należnego podwykonawcy lub dalszym podwykonawcom - w wysokości 0,01 % wynagrodzenia brutto określonego w § 3 ust 2 niniejszej umowy, za każdy dzień opóźnienia.
- 16) w przypadku nieprzedłożenia do zaakceptowania projektu umowy o podwykonawstwo lub projektu jej zmiany zgodnie z § 11 ust 3 niniejszej umowy - w wysokości 5 000 zł za każde zdarzenie,
- 17) w przypadku nieprzedłożenia poświadczonej za zgodność z oryginałem kopii umowy o podwykonawstwo lub jej zmiany zgodnie z § 11 ust 3 niniejszej umowy - w wysokości 5 000 zł za każde zdarzenie,
- 18) za opóźnienie w wykonaniu obowiązków, o których mowa w § 16 ust 1, z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy w wysokości 10 000 zł, za każdy dzień opóźnienia, liczony od dnia następnego po upływie terminu określonego w § 16 ust.1,

- 19) w przypadku braku zmiany umowy o podwykonawstwo, której przedmiotem są dostawy lub usługi w zakresie terminu zapłaty zgodnie z § 11 ust 8 - w wysokości 5 000 zł za każde zdarzenie,
- 20) za opóźnienie w dostarczeniu któregokolwiek z dokumentów o których mowa w §18 ust 2, w wysokości 10 000 zł (słownie: dziesięć tysięcy złotych) za każdy dzień opóźnienia z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy,
- 21) w przypadku niezgłoszenia lub opóźnienia w zgłoszeniu czasowej nieobecności osoby z personelu Wykonawcy - w wysokości 2 000 zł (słownie: dwa tysiące złotych) za każdy przypadek niezgłoszenia lub za każdy dzień opóźnienia w zgłoszeniu do dnia faktycznego zgłoszenia,
- 22) w przypadku nieprzedłożenia w terminie oświadczenia Wykonawcy lub Podwykonawcy o zatrudnieniu na podstawie umowy o pracę osób wykonujących czynności określone w § 34 ust 1 w wysokości 1 000 zł., za każdy przypadek,
- 23) w przypadku odmowy przedłożenia do wglądu lub nieprzedłożenia w terminie poświadczonych za zgodność z oryginałem odpowiednio przez wykonawcę lub podwykonawcę kopi umów o pracę osób wykonujących w trakcie realizacji zamówienia czynności określonych w § 34 ust 1 umowy - w wysokości 300 zł za każdy przypadek,
- 24) w przypadku nie uzyskania wymaganego przerobu min. 30% wartości umownej brutto w ciągu 9 miesięcy od dnia podpisania umowy, z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy w wysokości 0,5% wynagrodzenia brutto, o którym mowa w § 3 ust 2 niniejszej umowy, za każdy dzień opóźnienia, liczony od dnia następnego po upływie terminu,
- 25) w innych niż określone w pkt. 1-24 przypadkach niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania przez Wykonawcę - w wysokości 0,1% wynagrodzenia brutto, o którym mowa w §3 ust. 2 niniejszej umowy.

2. Zamawiający zapłaci kary umowne w przypadku odstąpienia od umowy z przyczyn, za które ponosi odpowiedzialność w wysokości 10% wynagrodzenia brutto, o którym mowa § 3 ust. 2 niniejszej umowy.

3. *Wykonawca wyraża zgodę na potrącanie kar umownych z wynagrodzenia Wykonawcy. Jeżeli wysokość zastrzeżonych kar umownych nie pokrywa poniesionej szkody, strony mogą dochodzić odszkodowania uzupełniającego.*

4. *Zapłata kary przez Wykonawcę lub potrącenie przez Zamawiającego kwoty kary z płatności należnej Wykonawcy nie zwalnia Wykonawcy z obowiązku ukończenia robót lub jakichkolwiek innych obowiązków i zobowiązań wynikających z umowy".*

Ponadto zgodnie z § 10 ust 5 wzoru umowy, Zamawiający przewidział możliwość odgórnego narzucania Wykonawcy terminu usuwania zgłaszanych wad, cyt:

„5. Jeżeli Wykonawca nie przystąpi do usunięcia wad w terminie ustalonym przez Zamawiającego, to Zamawiający może zlecić usunięcie ich stronie trzeciej na koszt

Wykonawcy. W tym przypadku koszty usuwania wad będą pokrywane w pierwszej kolejności z zabezpieczenia należytego wykonania umowy".

Podobne sformułowanie znalazło się w treści § 7 ust 6 wzoru umowy, który wskazuje, iż, cyt: „6. Odbiór techniczny, końcowy robót, terenu i urządzeń obcych nastąpi po dokonaniu odbiorów technicznych robót branżowych. Usunięcie wad i usterek nastąpi w terminie określonym przez Zamawiającego".

O powyższym braku wskazania konkretnego terminu na usuwanie zgłaszanych wad traktuje również w części III pkt 13 ppkt 1 lit c), ppkt 7,16) SIWZ, § 6 pkt 3), § 7 ust. 6, §, § 7 ust. 15 wzoru umowy.

W ocenie odwołującego tak sformułowana treść SIWZ i wzoru umowy nie może się ostać z uwagi na naruszenie przez Zamawiającego licznych przepisów odnoszących się do zasad formułowania treści tychże dokumentów, w tym przepisów prawa powszechnie obowiązującego - pzp i kc.

II. UZASADNIENIE STAWIANYCH ZARZUTÓW

W niniejszym postępowaniu w skutek sformułowania treści ogłoszenia o zamówieniu i treści SIWZ doszło do naruszenia przez Zamawiającego szeregu przepisów prawa powszechnie obowiązującego. Przede wszystkim Zamawiający wykorzystując swą niezaprzeczalnie silniejszą pozycję sporządził treść SIWZ oraz treść wzoru umowy w sposób naruszający zasadę uczciwej konkurencji oraz równego traktowania zarówno uczestników postępowania, jak i stron planowanej do zawarcia umowy o roboty budowlane.

W kontekście odgórnie ustalonego terminu zakończenia realizacji robót i całego zamówienia (m.in. § 2 ust. 3 i 4 wzoru umowy), doszło do naruszenia przepisów art. b) art. 139 ust. 1 pzp i art. 14 ust. 1 pzp w zw. art. 387 § 1 kc.

Należy bowiem wskazać, iż każdy potencjalny Wykonawca nie jest w stanie - poprzez tak nieprecyzyjny zapis rzeczywistego terminu realizacji robót - określić ryzyka związanego z samym zawarciem umowy i faktycznym terminem, jaki pozostanie w jego gestii celem zrealizowania Inwestycji w przewidzianym terminie.

Dowód:

- 1) SIWZ w Postępowaniu po zmianie z dnia 9 października 2017 r.;
- 2) Wzór umowy o roboty budowlane w postępowaniu.

Sama treść zamówienia powinna być jasna i precyzyjna. Tym samym przez faktyczny brak precyzji we wskazaniu faktycznego terminu realizacji Inwestycji (zupełnie niezależny od Wykonawcy robót) nie jest możliwe ustalenie na tym etapie, jaki czasookres wykonania robót budowlanych pozostanie do dyspozycji Wykonawcy. Okazać się może - z dozą graniczącą z pewnością, iż świadczenie do którego zobowiąże się Wykonawca, którego oferta zostanie

uznana za najkorzystniejszą będzie świadczeniem niemożliwym do spełnienia (co faktycznie pozostałego terminu do zrealizowania Inwestycji).

Dodać również należy, iż w prawie zamówień publicznych brak jest jakichkolwiek mechanizmów, które zmuszałyby Zamawiającego do zawarcia w określonym granicznym/końcowym terminie umowy. Przepis art. 94 ust. 1 pzp wskazuje bowiem jedynie na terminy minimalne, przed upływem których obowiązuje zakaz zawierania umów.

Tym samym Zamawiający uczynił ze swego uprawnienia do kształtowania treści SIWZ i ogłoszenia użytek sprzeczny ze społeczno-gospodarczym przeznaczeniem tego prawa lub z zasadami współżycia społecznego. Takie działanie Zamawiającego na gruncie prawa cywilnego, do którego poprzez odniesienie w zakresie nieuregulowanym, ma również niniejszej postępowanie, nie może być uważane za wykonywanie prawa i nie może korzystać z ochrony.

Zamawiający bowiem powinien jako termin realizacji określić czas trwania zamówienia poprzez okres wyrażony w miesiącach licząc od daty zawarcia Umowy. Zamawiający, który zdecyduje się na podanie konkretnej daty rozpoczęcia i zakończenia realizacji zamówienia powinien z góry uwzględnić te wszystkie elementy faktyczne i prawne, które mogą spowodować przedłużenie się postępowania o udzielenie zamówienia i co za tym idzie, niemożność rozpoczęcia inwestycji we wskazanym terminie.

Trudno jednak jest Zamawiającemu przewidzieć czas rozpatrywania i wnoszenia samych środków odwoławczych, które mogą spowodować, że wskazana w ogłoszeniu data nie będzie możliwa do wypełnienia przez każdego potencjalnego Wykonawcę. Takie zastrzeżenie terminu narusza obowiązujące przepisy prawa i budzi od początku wątpliwości odnośnie prawidłowości przeprowadzonej procedury i możliwości skutecznego oraz ważnego zawarcia umowy. W świetle bowiem art. 387 § 1 kc o umowa o świadczenie niemożliwe jest nieważna, (tak co do niemożliwych do spełnienia świadczeń kontraktowych np. E Łętowska w System Prawa Prywatnego).

Ponadto jak wskazała Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 2 września 2016 r. w sprawie o sygn. akt: KIO 1557/16 , cyt.: „Zamawiający oznaczając terminy przez daty kalendarzowe nie mając jednocześnie wpływu na datę faktycznego początku realizacji zamówienia wypełnia tym samym przesłanką niemożliwości świadczenia”.

Odwołujący pragnie również wskazać na treść wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 6 listopada 2014 r., sygn. akt: KIO 2177/14 , cyt.:

„1. Uprawnienie zamawiającego do kształtowania przedmiotu zamówienia zgodnie z jego potrzebami nie oznacza prawa do zupełnie dowolnego kształtowania wymagań SIWZ (w tym warunków umowy), które mogą prowadzić do obciążenia wykonawcy w stopniu wykraczającym ponad uzasadnione potrzeby zamawiającego. (...) Zamawiający w szczególności ma obowiązek ukształtować stosunek prawny w granicach określonych treścią

art. 353.1 oraz art. 5 k.c., co oznacza, że postanowienia umowne nie mogą być sprzeczne z właściwością stosunku zobowiązaniowego, ustawą lub zasadami współżycia społecznego. Właściwość (naturę) stosunku należy rozumieć jako nakaz respektowania podstawowych cech stosunku kontraktowego, które stanowią o jego istocie. (...) Umowy o zamówienie publiczne zawierane na czas

określony zostały przez ustawodawcę skonstruowane jako źródło zobowiązań o charakterze trwałym, które, jeżeli tylko są wykonywane należycie, to powinny istnieć aż do upływu terminu, na jaki zawarta została umowa. Jest to podyktowane tym, że wykonawcy będą mogli racjonalnie skalkulować cenę, wysokość opłat oraz inne parametry finansowe, a także przewidzieć ryzyko związane z kontraktem {w tym ryzyko, czy poniesione przez nich nakłady zostaną zrekompensowane przychodami uzyskanymi w określonym okresie obowiązywania umowy), jedynie wówczas, gdy będą mogli przewidzieć czas, przez jaki strony umowy pozostaną nią związane. (...) Zakazane jest redagowanie postanowień umowy o zamówienie publiczne w taki sposób, że zakres czy wolumen zamówienia zależy w całości od zdarzeń przyszłych i niepewnych".

Z powyższym faktem wiąże się obowiązek wynikający z przedłożonego wzoru umowy w zakresie zapłaty kar umownych zgodnie z § 9 wzoru umowy. Należy wskazać, iż Zamawiający zastrzegł we wzorze prawo do naliczenia Wykonawcy kar umownych z aż 25 tytułów, wszystkie za wystąpienie danego przypadku (za opóźnienie), a niektóre z podstaw do naliczenia kar, w ocenie Odwołującego stanowią zdublowanie tytuły.

Możliwość zastrzeżenia kar za opóźnienie pozostaje w bezpośredniej korelacji z ww. zarzucanym sposobem określenia terminu realizacji zamówienia, który to termin został oznaczony datą graniczną (konkretny dzień, miesiąc i rok). Jak podnosił już Odwołujący, naliczenie kar - nie dość, że wygórowanych i zastrzeżonych za opóźnienie (a więc z przyczyn niezawinionych) - przy bardzo prawdopodobnym skróceniu faktycznego terminu wykonania robót, stanowią nadużycie prawa podmiotowego i zasady swobody umów (która również doznaje ograniczeń).

Powyższa treść zawartej umowy prowadzić może więc do wzbogacenia Zamawiającego, a ryzyko z tym związane po stronie potencjalnego wykonawcy startującego w postępowaniu nie jest możliwe do skalkulowania na etapie składania oferty.

Jak podkreślił już Odwołujący w cytowanym już wyżej wyroku Krajowej Izby Odwoławczej, cyt.: „Uprawnienie zamawiającego do kształtowania przedmiotu zamówienia zgodnie z jego potrzebami nie oznacza prawa do zupełnie dowolnego kształtowania wymagań SIWZ (w tym warunków umowy), które mogą prowadzić do obciążenia wykonawcy w stopniu wykraczającym ponad uzasadnione potrzeby zamawiającego. (...) Zamawiający w szczególności ma obowiązek ukształtować stosunek prawny w granicach określonych treścią art. 353.1 oraz art. 5 k.c., co oznacza, że postanowienia umowne nie mogą być sprzeczne z

właściwością stosunku zobowiązaniowego, ustawą lub zasadami współżycia społecznego. Właściwość (naturę) stosunku należy rozumieć jako nakaz respektowania podstawowych cech stosunku kontraktowego, które stanowią o jego istocie".

Zasady ustalone więc przez Zamawiającego w zakresie naliczania zastrzeżonych kar umownych są nie tylko znacząco i zbyt daleko idąco dotkliwe, stanowią bowiem ponadto nadmierną, zbyt wygórowaną sankcję w zakresie dotrzymania niezależnych od Wykonawcy warunków zamówienia. Każda bowiem kwota naliczonej kary umownej nie byłaby adekwatna do naruszenia zobowiązania Wykonawcy i wartości spełnianego świadczenia. Stanowiłyby zatem niedopuszczalną dolegliwość po stronie Wykonawcy.

Odwołujący upatruje również naruszenie art. 353.1 KC i art. 483 § 1 kc w zw. z art. 139 ust. 1 pzp oraz art. 29 ust. 1 i 2 pzp - poprzez nie sprecyzowanie w części III pkt 13 ppkt 1 lit c), ppkt 7,16) SIWZ, § 6 pkt 3), § 7 ust. 6, § 7 ust. 6, § 7 ust. 15 oraz § 10 ust. 5 wzoru umowy, co do minimalnego, technicznie uzasadnionego terminu na usuwanie wad (termin uzależniony od jednostronnej decyzji Zamawiającego).

Dowód:

- 1) SIWZ w Postępowaniu po zmianie z dnia 9 października 2017 r.;
- 2) Wzór umowy o roboty budowlane w postępowaniu.

Należy bowiem wskazać, iż przekroczenie terminu nieznanego Wykonawcy na etapie zarówno składania ofert, jak i wykonywania zamówienia, generuje wyżej już wspomniane prawo Zamawiającego do naliczenia przez Zamawiającego niewspółmiernie wysokiej kary umownej (§ 9 ust. 1 pkt 6 wzoru umowy) za każdy dzień opóźnienia.

Tym samym Zamawiający również w omawianym zakresie przekroczył granicą swobody umów i obarczył Odwołującego zbyt dużym ryzykiem związanym z nałożeniem tej kary, a ponadto uchybił obowiązkowi jednoznacznego i precyzyjnego opisu przedmiotu zamówienia. Odwołujący pragnie wskazać, iż Zamawiający może dowolnie interpretować termin usuwania wad, co skutkować będzie wielokrotnym naliczaniem wykonawcy kar umownych, co jest niezgodne z treścią art. 483 § 1 kc. Wskazał, że aby skutecznie zastrzec obowiązek zapłaty kary umownej, należy wyraźnie wskazać zobowiązanie dłużnika, którego niewykonanie lub nienależyte wykonanie skutkować ma nałożeniem na niego owej kary, stąd też Zamawiający powinien doprecyzować termin na usunięcie wad (już na tym etapie postępowania), którego przekroczenie spowoduje obowiązek zapłaty kary umownej przez wykonawcę, (m.in. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 6.10.2010 r., sygn. akt: 11 CSK 180/10).

Brak takiego zastrzeżenia ma ogromne znaczenie dla właściwego oszacowania ryzyk związanych z realizacją przedmiotowego zamówienia, a w konsekwencji ma wpływ na prawidłowe szacowanie kosztów jego wykonania. Tym samym nieprecyzyjne postanowienia umowne dotyczące terminu usuwania wad (zależne od wyłącznej decyzji Zamawiającego) uchybiają również obowiązkowi Zamawiającego jednoznacznego opisanie przedmiotu

zamówienia wynikającego z treści art. 29 ust. 1 pzp, Takie postanowienia naruszają treść art. 353.1 kc, albowiem kształtują stosunek prawny, który jest sprzeczny z zasadami współżycia społecznego i społeczno-gospodarczym celem umowy poprzez zastrzeżenie kar umownych za opóźnienie w usuwaniu wad, bez precyzyjnego sformułowania obowiązku dotyczącego terminu ich usuwania.

Podobnie przyjęła Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 22 lipca 2015 r., sygn. akt: KIO 1372/15, gdzie wskazuje się, iż cyt.: „izba stwierdziła, iż faktycznie brak określenia przez Zamawiającego w SIWZ czasu na usuwanie awarii, do czego zobowiązany jest wykonawca, w sytuacji gdy z tego tytułu (zwłoki w usunięciu awarii) Zamawiający przewidział naliczanie kar umownych, powoduje, że opis przedmiotu zamówienia nie jest precyzyjny co z kolei skutkuje dla wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia zbyt dużym ryzykiem związanym z brakiem możliwości prawidłowej wyceny przedmiotu zamówienia”.

Dowód:

- 1) SIWZ w Postępowaniu po zmianie z dnia 9 października 2017 r.;
- 2) Wzór umowy o roboty budowlane w postępowaniu.

Idąc dalej, również zarzut naruszenia art. 353.1 kc i art. 483 § 1 kc w zw. z art. 139 ust. 1 pzp oraz art. 29 ust. 1 i 2 pzp poprzez ustalenie kar umownych na zbyt rygorystycznym, odgórnym poziomie oraz przewidzianym już za samo opóźnienie w realizacji przedmiotu umowy (które z uwagi na zastrzeżony termin stanowi realne, ogromne i niemożliwe jednocześnie do oszacowania ryzyko po stronie każdego wykonawcy). Zarzut wygórowania, czy też „dublowania” kar umownych wiąże się nierozdzielnie z ww. zarzutem bezprawnego wskazania odgórnego terminu zakończenia robót budowlanych.

Każde bowiem uchybienie temu terminowi z przyczyn niezależnych od Wykonawcy, zrodzi po stronie Zamawiającego prawo i obowiązek (w świetle prawa dyscypliny finansów publicznych) naliczenia zastrzeżonych kar umownych.

Wobec powyższego również i w tym zakresie Zamawiający dopuścił się przekroczenia granic swobody umów i obarczył wykonawcę zbyt dużym ryzykiem.

Podobnie Odwołujący upatruje naruszenie (analogicznie jak przy braku wyznaczonego w treści dokumentacji przetargowej terminu na usuwanie wad) w świetle art. 353.1 kc, art. 5 kc i art. 483 § 1 kc w zw. z art. 139 ust. 1 pzp poprzez zastrzeżenie kar umownych w § 9 ust. 1 pkt 8 i 25 wzoru umowy, których zaliczenie będzie zależne od wyłącznej woli Zamawiającego.

Literalna wykładnia wskazanych postanowień wzoru umowy jednoznacznie potwierdza, iż „za niewykonanie lub nierzetelne wykonanie poleceń Zamawiającego/Kierownika Zespołu Nadzoru/ Inspektora Nadzoru lub obowiązków wynikających z zapisów umowy lub SIWZ” wykonawcy każdorazowo może zostać naliczona kara umowna w wysokości 5000 zł.

Jak wskazuje treść wyżej przytoczona, Zamawiający oddziela samo niewykonanie poleceń (choćby nie pozostawały w zgodzie z prawem) od niewykonania poleceń wynikających z zapisów umowy lub SIWZ. Takie kształtowanie postanowień umownych pozostaje w całkowitej i niezaprzeczalnej niezgodności z obowiązującym prawem, istotą kar umownych i zasad wynikających z prawa zamówień publicznych.

Dowód:

- 1) SIWZ w Postępowaniu po zmianie z dnia 9 października 2017 r.;
- 2) Wzór umowy o roboty budowlane w postępowaniu.

Podobnie również Odwołujący upatruje naruszenie art. 483 § 1 kc i art. 484 § 2 kc art. 353.1 kc i art. 5 kc w zw. z art. 139 ust. 1 pzp poprzez zastrzeżenie w § 9 ust. 1 pkt 2 i 3 oraz w § 9 ust. 1 pkt 4 i 5 wzoru umowy uprawnienia Zamawiającego do naliczania de facto podwójnych kary umownej za to samo zdarzenie, jakim jest odpowiednio: opóźnienie w zakończeniu realizacji robót i zakończeniu realizacji zamówienia oraz przedstawienia poprawnych dokumentów niezbędnych do odbioru końcowego, co stanowi przekroczenie zasady swobody umów, zastrzeżenie kar rażąco wysokich, a w konsekwencji jest sprzeczne z zasadami współżycia społecznego oraz samą instytucją kary umownej.

Powyższe prowadzi również do obciążenia wykonawcy w stopniu wykraczającym ponad uzasadnione potrzeby Zamawiającego oraz wykorzystania pozycji dominującej organizatora przetargu. Kary kwestionowane przez Odwołującego nie tylko pozwolą mu na pokrycie ewentualnej szkody, ale przede wszystkim na sfinansowanie znacznej części zamówienia, prowadząc do wzbogacenia Zamawiającego i zachwiania ekwiwalentności świadczeń w umowie o charakterze wzajemnym.

Ustalona wysokość i zasady naliczania kar umownych za samo opóźnienie, w kontekście wyżej stawianych zarzutów, nie tylko nie uwzględnia charakteru umowy o roboty budowlane ale również prowadzi do wypaczenia celu kary umownej, jaki z założenia ma być naprawienie szkody wyrządzonej Zamawiającemu z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania świadczenia niepieniężnego (jednakże precyzyjnie określonego). I tylko w przypadkach zawinionych przez Wykonawcę.

W świetle prezentowanych powyżej zarzutów i ich uzasadnienia, bez wątpliwości pozostaje, iż ww. naruszenia prowadzą również do naruszenia art. 7 ust. 1 pzp poprzez przygotowanie i prowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania Wykonawców, oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości.

Jak wskazała Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 24 kwietnia 2017 r., sygn. akt: KIO 664/17, cyt.: „Zamawiający jest zobowiązany zachować niezbędną równowagę między interesem polegającym na uzyskaniu rękojmi należytego wykonania zamówienia a interesem potencjalnych wykonawców, których nie można przez wprowadzenie nadmiernych wymagań

co do opisu przedmiotu zamówienia z góry eliminować z udziału w postępowaniu czy też utrudniać im udział w postępowaniu o zamówienie publiczne".

Z uwagi na powyższe wnoszę jak w odwołaniu.

Na podstawie przepisu art. 180 ust. 5 pzp przesyła się do Zamawiającego (dowód przekazania Zamawiającemu stanowi załącznik do niniejszego odwołania):

Podlaski Zarząd Dróg Wojewódzkich w Białymstoku ul. Elewatorska 6; 15-620 Białystok

Załączniki:

1. Dowody wskazane w treści odwołania; to jest:

- a. Ogłoszenie o zamówieniu z dnia 7 października 2017 nr 2017/S193-395250.
 - b. Ogłoszenie o zmianie ogłoszenia wystosowane przez Zamawiającego dnia 9 października 2017 r.;
 - c. SIWZ w Postępowaniu po zmianie z dnia 9 października 2017 r.;
 - d. Wzór umowy o roboty budowlane w postępowaniu;
2. Dowód uiszczenia wpisu od odwołania - 20 000 zł;
 3. Pełnomocnictwo udzielone radcy prawnemu M.A.
 4. Dowód uiszczenia należnej opłaty skarbowej od każdego złożonego dokumentu pełnomocnictwa w wysokości 17 zł
 5. Odpis KRS UNIBEP S.A. w Bielsku Podlaskim
 6. Dowód dostarczenia kopii odwołania Zamawiającemu (wraz z załącznikami - zgodnie z pkt 1) lit. a. - d.) - jako prezentata na egzemplarzu odwołania.

ODPOWIEDŹ ZAMAWIAJĄCEGO

Z dnia 25 października 2017 roku.

na odwołanie z dnia 16 października 2017 r. od treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia wraz z załącznikami oraz ogłoszenia o zamówieniu w postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego pn. „Budowa i rozbudowa drogi wojewódzkiej nr 685 wraz z drogowymi obiektami inżynierskimi i niezbędną infrastrukturą techniczną na odcinku Zabłudów - Nowosady wraz z obejściem m. Trześcianka i m. Narew - odcinek II od km 8+462 do km 32+614”

Zamawiający, tj. Podlaski Zarząd Dróg Wojewódzkich w Białymstoku, którego pełnomocnictwo załączam, w odpowiedzi na wniesione odwołanie:

1. Uznaje w części zarzuty odwołującego, tj. zarzuty sformułowane w punkcie III lit. b, c, d oraz f komparycji odwołania i postanawia:

- 1) dokonać zmiany treści SIWZ w cz. IV pkt 2 i 3 oraz wzoru umowy w § 2 ust. 2 i 3 poprzez wskazanie w miejsce oznaczonej daty zakończenia realizacji robót (30.09.2019) i

przedmiotu umowy (31.10.2019) odpowiednio terminów 24 miesięcy oraz 25 miesięcy od daty zawarcia umowy,

2) dokonać zmiany treści części III pkt 13 ppkt 1 lit c, ppkt 7 oraz 16 SIWZ, a także § 6 pkt 3, § 7 ust. 6, § 7 ust. 15 oraz § 10 ust. 5 wzoru umowy, poprzez sprecyzowanie terminu minimalnego, technicznie uzasadnionego, na usunięcie wad i ustalenie, że każdorazowo *termin ten nie może być krótszy niż 14 dni licząc od dnia zgłoszenia wady przez zamawiającego*,

3) dokonać zmiany § 9 ust. 1 pkt 8 wzoru umowy poprzez, nadanie mu treści: „za niewykonanie lub nierzetelne wykonanie obowiązków wynikających z zapisów umowy lub SIWZ lub poleceń Zamawiającego / Kierownika Zespołu Nadzoru / Inspektora Nadzoru zmierzających do wyegzekwowania od Wykonawcy realizacji obowiązków wynikających z zapisów umowy lub SIWZ, w wysokości 5 000 zł za każdorazowe stwierdzone uchybienie przez Zespół Nadzoru Inwestorskiego / Inspektora Nadzoru / Zamawiającego”,

4) dokonać zmiany § 9 ust. 1 wzoru umowy poprzez usunięcie punktu 25.

2. Wskazuje, iż pozostałe zarzuty odwołującego, jako niezasadne winny podlegać oddaleniu, a nadto wnosi o zasądzenie od odwołującego na rzecz Podlaskiego Zarządu Dróg Wojewódzkich w Białymstoku kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa prawnego zgodnie z wystawioną fakturą.

UZASADNIENIE

Odwołujący sformułował szereg zarzutów naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy z dnia z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2017 r. poz. 1579, ze zm.), dalej jako „PZP”, przy sformułowaniu przez zamawiającego SIWZ wraz z załącznikami, w tym wzoru umowy oraz ogłoszenia o zamówieniu.

Zamawiający uwzględnił zarzuty sformułowane w punkcie III lit. b, c, d oraz f komparycji odwołania oraz wnioski będące ich konsekwencją, z zastrzeżeniem, iż uwzględnił wniosek o wykreślenie § 9 ust. 1 pkt 25, natomiast w zakresie § 9 ust. 1 pkt 8 sprecyzował zapis. W ocenie zamawiającego modyfikacja § 9 ust. 1 pkt 8 doprecyzowuje wystarczająco przedmiotowy zapis w ten sposób, że wskazuje wprost, iż polecenie zamawiającego, którego brak realizacji skutkuje naliczeniem kary umownej, w każdym przypadku musi mieć podstawę w zapisie umowy lub SIWZ. W tym kontekście czyni to zadość wnioskowi alternatywnemu odwołującego o doprecyzowanie przypadków naruszeń, skutkujących możliwością naliczenia kary umownej.

Biorąc powyższe pod uwagę należy uznać, że aktualne pozostają zarzuty:

1) naruszenia art. 7 ust. 1 PZP poprzez przygotowanie i prowadzenie postępowania w sposób nie zapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców oraz niezgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości,

2) naruszenia art. 483 § 1 Kc i art. 484 § 2 Kc art. 353 Kc i art. 5 Kc w zw. z art. 139 ust. 1 PZP- poprzez zastrzeżenie w § 9 ust. 1 pkt 2 i 3 oraz w § 9 ust. 1 pkt 4 i 5 wzoru umowy uprawnienia zamawiającego do naliczania de facto podwójnych kary umownej za to samo zdarzenie, jakim jest odpowiednio: opóźnienie w zakończeniu realizacji robót i zakończeniu realizacji zamówienia oraz przedstawienia poprawnych dokumentów niezbędnych do odbioru końcowego, co stanowi przekroczenie zasady swobody umów, zastrzeżenie kar rażąco wysokich a w konsekwencji jest sprzeczne z zasadami współżycia społecznego oraz samą instytucją kary umownej.

Ponadto we wnioskach odwołania (punkt IV komparycji) odwołujący wnioskuje o zastrzeżenie kar umownych za zwłokę, zamiast za opóźnienie wykonawcy w stosunku do terminów umownych.

Zarzuty te są w ocenie zamawiającego bezpodstawne.

W pierwszej kolejności należy odnieść się do zarzutu naruszenia przytoczonych przepisów kodeksu cywilnego dotyczących kary umownej, poprzez zastrzeżenie, zdaniem odwołującego, podwójnej kary umownej za to samo zdarzenie (§ 9 ust. 1 pkt 2 i 3 oraz § 9 ust. 1 pkt 4 i 5).

Podkreślenia wymaga fakt, iż we wzorze umowy zamawiający określił precyzyjnie dwa terminy umowne: termin zakończenia realizacji robót będących przedmiotem umowy (§ 2 pkt 3) oraz termin zakończenia realizacji zamówienia (§ 2 pkt 4).

Pierwszy termin zgodnie z zapisami umowy oraz SIWZ jest datą fizycznego zakończenia robót, potwierdzoną w dzienniku budowy przez Zespół Nadzoru Inwestorskiego. Drugi, odrębny, jest to termin zakończenia realizacji zamówienia, tj. czasookres w jakim należy podpisać protokół odbioru ostatecznego robót, po uprzednim dokonaniu wszelkich formalności związanych z kompletnym zakończeniem procesu inwestycyjnego, w tym przede wszystkim zakończeniem dokumentacji tego procesu.

Odległość między tymi terminami zgodnie z zapisami umowy wynosi 31 dni. Zgodnie z § 7 ust. 9 wzoru umowy „terminem zakończenia realizacji robót jest datą fizycznego zakończenia robót, potwierdzoną w dzienniku budowy przez Zespół Nadzoru Inwestorskiego. Wykonawca ma maksymalnie 14 dni na sporządzenie i przekazanie Nadzorowi pełnej dokumentacji do odbioru ostatecznego”. Zatem zdarzenia dotyczące obu ww. terminów mogą zaistnieć oddzielnie i niezależnie lub wystąpić jednocześnie. Niedotrzymanie terminu realizacji robót nie jest jednoznaczne z przekroczeniem terminu zakończenia realizacji zamówienia, podobnie dotrzymanie terminu realizacji robót nie wyklucza niedotrzymania terminu realizacji zamówienia.

Podkreślić również należy, że zamawiający miał prawo do ustanowienia odrębnych terminów realizacji poszczególnych elementów wchodzących w skład szeroko rozumianego zamówienia. Odwołujący nie kwestionuje tego uprawnienia i nie formułuje zarzutów co do

zasadności podziału terminu umownego na termin realizacji robót budowlanych oraz termin zakończenia realizacji zamówienia. W konsekwencji należy uznać, że zamawiający miał prawo, a w świetle regulacji dotyczących finansów publicznych, również obowiązek do zastrzeżenia kary umownej za niedotrzymanie każdego z ustanowionych przez siebie terminów.

Podobną uzasadnioną odrębność wykazują kary umowne określone w § 9 ust. 1 pkt 4 i 5. Kara ustanowiona w § 9 ust. 1 pkt 4 związana jest z przekazaniem dokumentacji rozliczeniowej. Może ona wystąpić jedynie w przypadku niedotrzymania przez Wykonawcę robót dwutygodniowego, liczonego od daty zakończenia realizacji robót, terminu dostarczenia dokumentów niezbędnych do odbioru ostatecznego. Kara określona w § 9 ust. 1 pkt 5 dotyczy sytuacji, w której wykonawca przekaze Zespołowi Nadzoru Inwestorskiego dokumenty do odbioru ostatecznego, ale będą one wymagały poprawek i uzupełnień. Kara będzie w tej sytuacji naliczana jeżeli nie zostaną one wprowadzone w ustalonym terminie.

Wyznaczony 2 tygodniowy termin liczony od daty zakończenia realizacji robót ma na celu zapewnienie Zespołowi Nadzoru czasu na zapoznanie się z tymi dokumentami, sprawdzenie ich kompletności i poprawności w celu przekazania zamawiającemu który na ich podstawie wyznaczy termin odbioru końcowego (ostatecznego). W skład dokumentacji rozliczeniowej wchodzi głównie dokumenty wykonanych odbiorów częściowych oraz protokoły odbiorów technicznych robót branżowych, wykonanych w obecności gestorów sieci. Odbiory te powinny być wykonywane na bieżąco w trakcie postępu robót, więc ich skompletowanie i przekazanie nie powinno wymagać wielkich nakładów czasowych.

Celem ww. zapisów jest zapewnienie terminowego zakończenia inwestycji bez opóźnień, które mogłyby spowodować utratę dofinansowania z budżetu Unii Europejskiej, zatem ich precyzyjne ustalenie jest uzasadnione i niezbędne z punktu widzenia zamawiającego. W opinii zamawiającego kary związane z terminem zakończenia robót, odbiorem końcowym oraz terminem przekazania dokumentacji budowy, z uwzględnieniem terminu na usunięcie wad dokumentacji, są odrębnymi terminami, w sposób bezpośredni nie powiązany ze sobą. W konsekwencji, oddzielenie kar związanych z ich niedotrzymaniem, nie stanowi zarzucanego podwójnego karania za to samo zdarzenie, lecz służy zapewnieniu sprawnej i terminowej realizacji zamówienia i stanowi wyraz należytej staranności Zamawiającego w przygotowaniu i realizacji zamówienia.

Podkreślić należy także, że wskazane w umowie terminy są datami granicznymi. Prawidłowy harmonogram prac oraz właściwa organizacja prac wykonawcy robót, powinna zapewnić ich zaplanowanie z odpowiednimi zapasami czasowymi, a tym samym uniknięcie nakładania jakichkolwiek z wymienionych kar.

W konsekwencji za niezasadny należy uznać wniosek o usunięcie z treści § 9 ust. 1 wzoru umowy punktów 3 oraz 5, mających stanowić „kary podwójne”.

Równie niezasadny jest wniosek o zmianę zapisów wzoru umowy dotyczących kar umownych i zastrzeżenie kar umownych za zwłokę, zamiast za opóźnienie wykonawcy w stosunku do terminów umownych. Możliwość zastrzeżenia w ramach swobody umów, kary umownej za opóźnienie w spełnieniu świadczenia, znajduje potwierdzenie w utrwalonym orzecznictwie sądów powszechnych, Sądu Najwyższego jak również Krajowej Izby Odwoławczej.

W granicach swobody kontraktowej (art. 353.1 Kc, art. 473 § 1 Kc) strony mogą umownie ukształtować zakres odpowiedzialności, kompensacji i rozkład ryzyka ponoszenia skutków niewykonania zobowiązania. Zatem skoro przepisy o karze umownej za niewykonanie lub niewłaściwe wykonanie zobowiązania niepieniężnego (art. 483 Kc i n) mają charakter dyspozytywny, to kara umowna może być zastrzeżona zarówno za zwłokę jak i tzw. opóźnienie proste, polegające na niespełnieniu świadczenia w oznaczonym terminie. W wypadku kary umownej za opóźnienie chroniony jest szczególny interes wierzyciela polegający na terminowym wykonaniu zobowiązania, istotny zwłaszcza w tzw. zobowiązaniach terminowych (Wyrok Sądu Najwyższego - Izba Cywilna z dnia 16 stycznia 2013 r., sygn. akt IICSK 331/12).

W wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 22 lutego 2017 r. sygn. akt: KIO 245/17 Izba w pełni podziela stanowisko zaprezentowane przez Sąd Najwyższy we wskazanym wyroku, który, jak zaznaczyła, jest aprobowany w orzecznictwie sądowym i doktrynie prawa cywilnego. Tym samym w rozpatrywanym stanie faktycznym Izba stwierdziła, że nie ma podstaw aby uczynić zadość formułowanemu przez odwołującego żądaniu nakazania zamawiającemu wprowadzenia kar umownych za zwłokę, a nie za opóźnienie.

Podstawę do możliwości zastrzeżenia kary umownej za opóźnienie proste, stanowi także art. 473 § 1 Kc zgodnie z którym dłużnik może przez umowę przyjąć odpowiedzialność za niewykonanie lub za nienależyte wykonanie zobowiązania z powodu oznaczonych okoliczności, za które na mocy ustawy odpowiedzialności nie ponosi.

Jak zauważył Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 27 czerwca 2003 r., sygn. akt: IV CKN 300/01 już z art. 471 Kc wynika, że dłużnik zobowiązany jest do naprawienia szkody spowodowanej nie tylko jego zawinionym zachowaniem ale także innymi okolicznościami, Przepis art. 473 Kc zaś jednoznacznie pozwala na to aby krąg okoliczności, o których mowa w art. 471 Kc został przez ustawę lub umowę stron rozszerzony. Za jak najbardziej dopuszczalną, na tle wspomnianych przepisów uznać więc należy możliwość, iż odszkodowanie za nienależyte wykonanie umowy może przysługiwać wierzycielowi jeżeli niewykonanie lub nienależyte wykonanie będzie następstwem innych okoliczności, niż tylko zawinione zachowanie dłużnika. Nie ma tej żadnych przeszkód, aby strony umówiły się, że odszkodowanie to przybierze, również i wtedy postać kary umownej.

Podobne stanowisko zajął Sąd Apelacyjny w Białymstoku - I Wydział Cywilny w wyroku z dnia 8 czerwca 2016 r., sygn. akt: I ACa 116/16. Sąd wskazał, że oczywiście, stosownie do art. 473 § 1 kc strony mogą umownie rozszerzyć odpowiedzialność dłużnika. Jeżeli strony zastrzegłyby kary umowne w każdym wypadku niewykonania zobowiązania, bez znaczenia dla obowiązku zapłaty kary umownej byłyby przyczyny, które spowodowały niedotrzymanie przez dłużnika terminu wykonania zobowiązania. Jednakże odpowiedzialność dłużnika w zakresie kary umownej bez względu na przyczynę niewykonania zobowiązania powinna być w umowie wyraźnie określona, nie ma bowiem podstaw do dorozumienia rozszerzonej odpowiedzialności dłużnika. Skoro w niniejszej sprawie w sposób wyraźny określono, że kara umowna należna jest za opóźnienie (a nie np, za niedotrzymanie czy przekroczenie terminu) nie ma podstaw do uznania, że w świetle art. 473 § 1 1 kc takie postanowienie jest sprzeczne z przepisami prawa cywilnego.

Należy także podkreślić, że samo zastrzeżenie kary umownej, które jak wykazano znajduje podstawę prawną w zasadzie swobody umów oraz przepisie art. 473 § 1 kc, odróżnić należy od poszczególnych stanów faktycznych, w jakich kara miałaby być egzekwowana. W przytoczonym wyroku Krajowej Izby Odwoławczej, w którym Izba powołuje się także na wyrok Sądu Najwyższego z dnia 16 stycznia 2013 r., sygn. akt: 331/12, zauważono, że co do zasady, okolicznością ograniczającą zakres odpowiedzialności dłużnika za nienależyte wykonanie zobowiązania polegające na opóźnieniu świadczenia może być także obiektywnie istniejąca i niezależna od niego przyczyna, czasowo uniemożliwiająca wykonanie zobowiązania. Zatem pomimo zastrzeżenia, że kara umowa naliczana będzie z tytułu opóźnienia wykonawcy w wykonaniu świadczeń niepieniężnych, to (...) z uwagi na fakt, że jest to instytucja kary umownej, a nie zastrzeżenie o charakterze gwarancyjnym, wykonawca będzie mógł się zasłaniać zarzutami, iż przyczyną opóźnienia były okoliczności od niego niezależne.

W praktyce oznacza to, że każdy przypadek opóźnienia w spełnieniu świadczenia powinien być oceniany indywidualnie w zakresie podstaw do naliczenia lub odstąpienia od naliczenia kary, względnie jej miarkowania. Nie wpływa to jednak na fakt, iż kwestionowane zapisy SIWZ oraz umowy w zakresie zastrzeżenia kary umownej za opóźnienie w spełnieniu świadczenia są sformułowane prawidłowo i mają podstawę prawną. W tym kontekście wniosek o zmianę zapisów jest bezpodstawny.

Biorąc pod uwagę wskazane okoliczności oraz argumentację, w tym uwzględnienie części zarzutów, należy uznać za równie bezzasadny zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 PZP. Zarzut ten jest gołosłowny i nieskonkretyzowany, a wobec bezzasadności pozostałych zarzutów nie ma żadnych przesłanek uzasadniających twierdzenie, jakoby zamawiający naruszył zasadę równości stron postępowania, a także z naruszeniem zasad przejrzystości i proporcjonalności.

Biorąc powyższe pod uwagę, wnoszę jak na wstępie.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła

Izba ustaliła

Niniejsze postępowanie dotyczy budowy i rozbudowy drogi wojewódzkiej nr 685 wraz z drogowymi obiektami inżynierskimi i niezbędną infrastrukturą techniczną na odcinku Zabłudów - Nowosady wraz z obejściem m. Trześcianka i m. Narew.

Ogłoszenie o zamówieniu opublikowano w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej dnia 7 października 2017 r. 2017/S 193-395250)

Odwołujący wnosząc odwołanie w dniu 16 października 2017 roku dotrzymał 10 – dniowego terminu na wniesienie odwołania od postanowień Specyfikacji Istotnych Warunków zamówienia (SIWZ).

Jak już przedstawiono powyżej odwołanie zawiera następujące zarzuty:

- a) art. 7 ust. 1 pzp - poprzez przygotowanie i prowadzenie postępowania w sposób nie zapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców oraz niezgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości;
- b) art. 139 ust. 1 pzp i art. 14 ust. 1 pzp w zw. art. 387 § 1 kc - poprzez zastrzeżenie w cz. IV pkt 2 i 3 SIWZ (str. 19) oraz § 2 ust. 3 i 4 wzoru umowy stanowiącego integralną część SIWZ, zbyt krótkiego, oznaczonego konkretną datą i obiektywnie niemożliwego do dotrzymania terminu na wykonanie Inwestycji, nie tylko z punktu widzenia aktualnych możliwości technologicznych, przez wzgląd na specyfikę robót budowlanych objętych przedmiotem zamówienia, ale ponadto i przede wszystkim z uwagi na brak możliwości wpływu Wykonawcy na faktyczny termin zakończenia postępowania przetargowego i zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego, co czyni świadczenie Wykonawcy przewidziane w umowie świadczeniem niemożliwym co do ogólnie narzuconego terminu zakończenia robót i całego przedmiotu umowy, a ponadto niemożliwym do przewidzenia co do faktycznego czasu na ukończenie inwestycji;
- c) art. 353.1 KC i art. 483 § 1 kc w zw. z art. 139 ust. 1 pzp oraz art. 29 ust. 1 i 2 pzp - poprzez nie sprecyzowanie w części III pkt 13 ppkt 1 lit c), ppkt 7,16) SIWZ, § 6 pkt 3), § 7 ust. 6, § 7 ust. 6, § 7 ust. 15 oraz § 10 ust. 5 wzoru umowy, minimalnego, technicznie uzasadnionego terminu na usuwanie wad (termin uzależniony od jednostronnej decyzji Zamawiającego), którego przekroczenie powoduje naliczenie przez Zamawiającego

niewspółmiernie wysokiej kary umownej (§ 9 ust 1 pkt 6) wzoru umowy), czym przekroczone granicę swobody umów i obarczone wykonawcę zbyt dużym ryzykiem związanym z nałożeniem tej kary oraz uchybiono obowiązkowi jednoznacznego i precyzyjnego opisu przedmiotu zamówienia;

d) art. 353.1 kc i art. 483 § 1 kc w zw. z art. 139 ust. 1 pzp oraz art. 29 ust. 1 i 2 pzp - poprzez ustalenie w cz. IV pkt 2 i 3 SIWZ (str.19) oraz § 2 ust. 3 i 4 wzoru umowy odgórnie narzuconego terminu zakończenia robót oraz zakończenia przedmiotu umowy (nieznanego co do czasu trwania), którego przekroczenie w kontekście rygorystycznych i wygórowanych kar umownych (przewidzianych wzorem umowy - § 9 ust. 1 pkt 2, 3, 4, 5, 25) wygeneruje prawo Zamawiającego do naliczania przez Zamawiającego niewspółmiernie wysokich kar umownych, czym przekroczone granicę swobody umów i obarczone wykonawcę zbyt dużym ryzykiem związanym z nałożeniem tej kary oraz uchybiono obowiązkowi jednoznacznego i precyzyjnego opisu przedmiotu zamówienia;

e) art. 483 § 1 kc i art. 484 § 2 kc art. 353.1 kc i art. 5 kc w zw. z art. 139 ust. 1 pzp - poprzez zastrzeżenie w § 9 ust. 1 pkt 2 i 3 oraz w § 9 ust. 1 pkt 4 i 5 wzoru umowy uprawnienia Zamawiającego do naliczania de facto podwójnych kary umownej za to samo zdarzenie, jakim jest odpowiednio: opóźnienie w zakończeniu realizacji robót i zakończeniu realizacji zamówienia oraz przedstawienia poprawnych dokumentów niezbędnych do odbioru końcowego, co stanowi przekroczenie zasady swobody umów, zastrzeżenie kar rażąco wysokich, a w konsekwencji jest sprzeczne z zasadami współzycia społecznego oraz samą instytucją kary umownej;

f) art. 353.1 kc, art. 5 kc i art. 483 § 1 kc w zw. z art. 139 ust. 1 pzp - poprzez zastrzeżenie kar umownych w § 9 ust. 1 pkt 8 i 25 wzoru umowy, których zaliczenie będzie zależne od wyłącznej woli Zamawiającego.

Jak już powyżej przedstawiono w oparciu o zarzuty odwołujący zażądał:

- 1) uwzględnienia niniejszego odwołania;
- 2) dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z dokumentacji postępowania oraz dokumentów wskazanych w treści niniejszego odwołania;
- 3) nakazanie zamawiającemu dokonania zmian w SIWZ, poprzez zmianę jego zapisów w zakresie:
 - a) zmiany treści SIWZ w cz. IV pkt 2 i 3 oraz wystosowanego wzoru umowy w § 2 ust. 2 i 3 poprzez wskazanie zamiast oznaczonej dniem/miesiącem/rokiem daty zakończenia realizacji robót (30.09.2019 r.) i przedmiotu umowy (31.10.2019 r.) na okres realizacji zamówienia liczony w miesiącach od daty zawarcia umowy o roboty budowlane w postępowaniu, tj. minimum 24 miesiące i 25 miesiące (do daty zawarcia umowy);

b) sprecyzowanie terminu minimalnego, technicznie uzasadnionego na usunięcie wad w treści w części III pkt 13 ppkt 1 lit c), ppkt 7,16) SIWZ, § 6 pkt 3), § 7 ust. 6, § 7 ust. 6, § 7 ust. 15 oraz § 10 ust. 5 wzoru umowy - zawsze jednak nie mniej niż 14 dni licząc od dnia zgłoszenia wady przez Zamawiającego;

c) zmianę § 9 ust. 1 wzoru poprzez:

a. zastrzeżenie kar umownych za zwłokę zamiast za opóźnienie Wykonawcy;

b. usunięcie z treści § 9 ust. 1 wzoru umowy kar umownych podwójnych, zastrzeżonych de facto za to samo zdarzenie - to jest usunięcie kary umownej określonej w § 9 ust. 1 pkt 3) wzoru umowy oraz kary umownej określonej w § 9 ust. 1 pkt 5) wzoru umowy;

c. usunięcie z treści § 9 ust. 1 wzoru umowy kar umownych nieprecyzyjnych, których naliczenie zależy od wyłącznej woli Zamawiającego, tj . kary umownej określonej w § 9 ust. 1 pkt 8 i pkt 25, a w przypadku gdyby spełnienie tegoż żądania nie było możliwe, Wykonawca wnosi o sprecyzowanie w treści wzoru umowy (i SIWZ) konkretnych przypadków naruszeń, skutkujących możliwością naliczenia kary umownej we wskazanych przypadkach § 9 ust. 1 pkt 8 i pkt 25 wzoru umowy.

Ponadto Odwołujący żąda:

4) zasądzenia od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów poniesionych z tytułu uiszczanego wpisu oraz kosztów z tytułu wynagrodzenia profesjonalnego pełnomocnika według norm przepisanych.

Jak już wyżej przedstawiono odwołanie zawiera stosowne uzasadnienie co do interesu w uzyskaniu zamówienia a co uprawnia do złożenia odwołania w rozumieniu art.179 ust. 1 pzp.

Zamawiający, co przedstawiono powyżej, częściowo uwzględnił odwołanie składając odpowiedź na odwołanie w dniu 25 października 2017 roku.

Uczynił to następująco:

1. Uznaje w części zarzuty odwołującego, tj. zarzuty sformułowane w punkcie III lit. b, c, d oraz f komparycji odwołania i postanawia:

1) dokonać zmiany treści SIWZ w cz. IV pkt 2 i 3 oraz wzoru umowy w § 2 ust. 2 i 3 poprzez wskazanie w miejsce oznaczonej daty zakończenia realizacji robót (30.09.2019) i przedmiotu umowy (31.10.2019) odpowiednio terminów 24 miesięcy oraz 25 miesięcy od daty zawarcia umowy,

2) dokonać zmiany treści części III pkt 13 ppkt 1 lit c, ppkt 7 oraz 16 SIWZ, a także § 6 pkt 3, § 7 ust. 6, § 7 ust. 15 oraz § 10 ust. 5 wzoru umowy, poprzez sprecyzowanie terminu minimalnego, technicznie uzasadnionego, na usunięcie wad i ustalenie, że każdorazowo *termin ten nie może być krótszy niż 14 dni licząc od dnia zgłoszenia wady przez zamawiającego*,

3) dokonać zmiany § 9 ust. 1 pkt 8 wzoru umowy poprzez, nadanie mu treści:

„za niewykonanie lub nierzetelne wykonanie obowiązków wynikających z zapisów umowy lub SIWZ lub poleceń Zamawiającego / Kierownika Zespołu Nadzoru / Inspektora Nadzoru zmierzających do wyegzekwowania od Wykonawcy realizacji obowiązków wynikających z zapisów umowy lub SIWZ, w wysokości 5 000 zł za każdorazowe stwierdzone uchybienie przez Zespół Nadzoru Inwestorskiego / Inspektora Nadzoru / Zamawiającego”,

4) dokonać zmiany § 9 ust. 1 wzoru umowy poprzez usunięcie punktu 25.

2. Wskazuje, iż pozostałe zarzuty odwołującego, jako niezasadne winny podlegać oddaleniu, a nadto wnosi o zasądzenie od odwołującego na rzecz Podlaskiego Zarządu Dróg Wojewódzkich w Białymstoku kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa prawnego zgodnie z wystawioną fakturą.

Z powyższego jak i oświadczenia złożonego na rozprawie wynika, że zamawiający dokona zmian w następstwie częściowego uwzględnienia odwołania.

Zamawiający uwzględnił zarzuty i żądania związane z pierwotnie oznaczonymi co do daty terminami zakończenia robót jak i terminem zakończenia zadania przez określenie kolejno 24 i 25 miesięcy od daty zawarcia umowy.

Zamawiający również uwzględnił żądania co do zarzutu nie określenia w umowie terminu minimalnego na usuwanie wad wykonanych robót określając go na 14 dni.

(dokonać zmiany cz. IV pkt 2 i 3 oraz wzoru umowy w § 2 ust. 2 i 3 przez wskazanie w miejsce oznaczonej daty zakończenia realizacji robót (30.09.2019) i przedmiotu umowy (31.10.2019) odpowiednio terminów 24 miesięcy oraz 25 miesięcy od daty zawarcia umowy, dokonać zmiany treści części III pkt 13 ppkt 1 lit c, ppkt 7 oraz 16 SIWZ, a także § 6 pkt 3, § 7 ust. 6, § 7 ust. 15 oraz § 10 ust. 5 wzoru umowy, przez sprecyzowanie terminu minimalnego, technicznie uzasadnionego, na usunięcie wad i ustalenie, że każdorazowo *termin ten nie może być krótszy niż 14 dni licząc od dnia zgłoszenia wady przez zamawiającego*, dokonać zmiany § 9 ust. 1 pkt 8 wzoru umowy przez, nadanie mu treści: „za niewykonanie lub nierzetelne wykonanie obowiązków wynikających z zapisów umowy lub SIWZ lub poleceń Zamawiającego / Kierownika Zespołu Nadzoru / Inspektora Nadzoru zmierzających do wyegzekwowania od Wykonawcy realizacji obowiązków wynikających z zapisów umowy lub SIWZ, w wysokości 5 000 zł za każdorazowe stwierdzone uchybienie przez Zespół Nadzoru Inwestorskiego / Inspektora Nadzoru / Zamawiającego”, dokonać zmiany § 9 ust. 1 wzoru umowy przez usunięcie punktu 25.)

W tym stanie rzeczy pozostały co do rozpoznania przez Izbę zarzuty ustanowienia kar umownych za opóźnienie zamiast za zwłokę a takiej zmiany oczekuje odwołujący oraz tzw. dublowanie się kar to jest przewidzenie kar dwukrotnie za te same zdarzenia (okoliczności) a co potwierdził na rozprawie odwołujący formułując w odwołaniu zarzut naruszenia zasady

swobody umów jak i nierównego traktowania i zasady uczciwej konkurencji oraz proporcjonalności i przejrzystości postępowania. Uwzględniając zarzuty i żądania odwołania jak i oświadczenie odwołującego złożone na rozprawie pozostały do rozpoznania przez Izbę (zarzuty: art. 7 ust. 1 pzp - poprzez przygotowanie i prowadzenie postępowania w sposób nie zapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców oraz niezgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości; art. 483 § 1 kc i art. 484 § 2 kc art. 353.1kc i art. 5 kc w zw. z art. 139 ust. 1 pzp- poprzez zastrzeżenie w § 9 ust.1 pkt 2 i 3 oraz w § 9 ust. 1 pkt 4 i 5 wzoru umowy uprawnienia zamawiającego do naliczania de facto podwójnych kary umownej za to samo zdarzenie, jakim jest odpowiednio :opóźnienie w zakończeniu realizacji robót i zakończeniu realizacji zamówienia oraz przedstawienia poprawnych dokumentów niezbędnych do odbioru końcowego, co stanowi przekroczenie zasady swobody umów, zastrzeżenie kar rażąco wysokich, a w konsekwencji jest sprzeczne z zasadami współżycia społecznego oraz samą instytucją kary umownej; art. 353.1 kc, art. 5 kc i art. 483 § 1 kc w zw. z art. 139 ust. 1 pzp - poprzez zastrzeżenie kar umownych w § 9 ust. 1 pkt 8 i 25 wzoru umowy, których zaliczenie będzie zależne od wyłącznej woli Zamawiającego.

W oparciu o powyżej przedstawione zarzuty odwołujący zażądał: uwzględnienia niniejszego odwołania; dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z dokumentacji postępowania oraz dokumentów wskazanych w treści niniejszego odwołania; nakazanie zamawiającemu dokonania zmian w SIWZ, poprzez zmianę jego zapisów w zakresie: zmianę § 9 ust. 1 wzoru poprzez: a. zastrzeżenie kar umownych za zwłokę zamiast za opóźnienie Wykonawcy; b. usunięcie z treści § 9 ust. 1 wzoru umowy kar umownych podwójnych, zastrzeżonych de facto za to samo zdarzenie - to jest usunięcie kary umownej określonej w § 9 ust. 1 pkt 3) wzoru umowy oraz kary umownej określonej w § 9 ust. 1 pkt 5) wzoru umowy; odwołujący żąda: zasądzenia od zamawiającego na rzecz odwołującego kosztów poniesionych z tytułu uiszczanego wpisu oraz kosztów z tytułu wynagrodzenia profesjonalnego pełnomocnika według norm przepisanych).

Przy czym na rozprawie odwołujący nie cofnął zarzutów i żądań sprecyzowanych w odwołaniu i przedstawionych we wstępnej części uzasadnienia wyroku a uwzględnionych przez zamawiającego w piśmie z dnia 25 października 2017 roku. Niemniej odwołujący oświadczył, że sposób uwzględnienia zarzutów i żądań przez zamawiającego satysfakcjonuje go i nie będzie w związku z ich uwzględnieniem przedstawiał je i uzasadniał. Odwołujący jak i zamawiający przedstawiając na rozprawie argumentację ograniczyli się tylko i wyłącznie do zarzutów i żądań nie uwzględnionych przez zamawiającego w piśmie z dnia 25 października 2017 roku. I tak w szczególności.

Zamawiający wyjaśnił, że w odpowiedzi na odwołanie jest zapowiedź zmian, które zostaną uwzględnione w SIWZ.

Odwołujący podtrzymuje odwołanie w całości w związku z tym, że obowiązuje jego termin na wniesienie odwołania, a zamawiający dokona zgodnie z zapowiedzią zmian w SIWZ. Nie mniej chciałabym dokonać w oparciu o podniesione zarzuty odwołania ewentualnej korekty żądań ale znając stanowisko zamawiającego, co do kar umownych za zwłokę, bo z treści pisma wynika, że nadal będą to kary za opóźnienie a nie za zwłokę.

Zamawiający na rozprawie odpowiadając na pytanie odwołującego nie rozszerzył zakresu uwzględnienia odwołania. Stwierdził między innymi, „że jest różnica co do odpowiedzialności z tytułu kar umownych w sytuacji zwłoki i opóźnienia, zasadnicza mieści się w kwestii winy wykonawcy. Niemniej oświadcza, że nie widzi możliwości zamiany opóźnienia na zwłokę, jest to kwestia wyboru zamawiającego, a nie przeszkód. Zaznacza, że inwestycja jest finansowana ze środków unijnych i w związku z tym odpowiedzialność za opóźnienie lepiej zabezpiecza interes zamawiającego. Ja zwracam uwagę, że zarzutami odwołania były przede wszystkim również ustalone co do dat terminy zakończenia robót i zamówienia w związku z tym uważam, że jeżeli uwzględniliśmy w tym zakresie zarzut jak i żądanie i określiliśmy termin realizacji w m-cach od daty podpisania umowy to wykonawca nie ponosi już takiego ryzyka zapłaty kar jak w sytuacji gdyby termin realizacji był określony datą. Chodzi o zabezpieczenie interesu zamawiającego w związku z uzyskiwaniem środków unijnych. Pojęcia zwłoki i opóźnienia są równoważnymi chociaż nie w kontekście znaczenia i mogą być stosowane zamiennie. Ponadto podkreślam, że gdyby zamieniono opóźnienie na zwłokę to ciężar dowodu przerzucony byłby na zamawiającego. Jeszcze raz podkreślam, że cała waga odwołania dotyczy kwestii określenia terminu realizacji. Co uwzględniliśmy w pełnym zakresie. Też stwierdzam, że brak orzeczeń SN czy też KIO, które by dawały podstawy do wysuwania takich żądań jakie znajdują się w odwołaniu w zakresie zamiany opóźnienia na zwłokę”.

Z kolei co do wprowadzenia dwóch pojęć wykonania zamówienia to jest „zakończenia realizacji robót” i „zakończenia realizacji zamówienia” to zamawiający wyjaśnił między innymi.

„Zamawiający a w jego imieniu naczelnik ds. przygotowania i realizacji inwestycji wyjaśnia okoliczności i potrzebę wprowadzenia dwóch pojęć zakończenia zamówienia tj. zakończenia realizacji robót i zakończenia realizacji zamówienia, pierwsze następuje przez wpisy do dziennika budowy kierownika budowy i inspektora nadzoru, a drugie kończy się przekazaniem dokumentów, odbiorem ostatecznym”.

„Odwołujący te terminy rozumie w sposób identyczny”.

„Odwołujący w jego imieniu radca prawny podtrzymuje wszystkie zarzuty ale biorąc pod uwagę, że zamawiający postąpi zgodnie z odpowiedzią to odnoszę się do zarzutów nieuwzględnionych a zawartych w odwołaniu”.

„Przede wszystkim żądamy kary za zwłokę, potem obniżenia a na koniec wykreślenie”.

„Pełnomocnik zamawiającego radca prawny przede wszystkim odnosząc się do wystąpienia pełnomocnika odwołującego oraz podtrzymując argumentację z odpowiedzi na odwołanie stwierdzam, że nie ma w odwołaniu żądania obniżenia kar jak to czyni odwołujący dzisiaj z 1% do 0,13% Ponadto powołując się na orzeczenia SN to wynika z niego, że kary do 2% nie są karami wygórowanymi. Co do tego, że 1 m-c między zakończeniem robót, a zakończeniem zamówienia to za mało to chciałbym zauważyć, że to była propozycja odwołującego odnosząca się do 24 i 25 m-cy, więc aktualne twierdzenie, że odstęp czasowy 1 m-ca jest zbyt mały świadczy o braku konsekwencji. Stwierdzam, że właściwie to nie ma górnej wysokości kar umownych ale zauważam, że jest miarkowanie kar przez sąd, a od czerwca może to czynić również sam zamawiający. Co do dublowania kar za tę samą czynność to inną czynnością jest zakończenie robót, a inną zakończenie zamówienia, zarzut ten nie był co prawda teraz formułowany ale wynika z odwołania przy czym na to odniesienie do sugerowania, że dostarczenie dokumentów i dostarczenie poprawionych dokumentów oraz karanie odrębnie za opóźnienie w tych czynnościach jest dublowaniem kar, nie zgadzam się z tym poglądem bo jest to kolejna czynność w innych terminach i nie mogą one nastąpić z samej istoty rzeczy łącznie w tym samym terminie, może wystąpić jedna, może wystąpić druga ale nie łącznie. W tym miejscu uzupełnia naczelnik ds. przygotowania inwestycji dokumenty, które mają być gotowe na zakończenie zamówienia to one w dużym stopniu są one przygotowywane w trakcie budowy ale nie dopiero po jej zakończeniu np. z gestorami sieci trzeba uzgadniać na bieżąco w trakcie realizacji robót tzw. kolizje sieciowe i to jest przebudowywane przez robotami zasadniczymi. Też część dokumentów tj. protokoły badań i sprawdzeń, tabele rozliczeniowe, geodezja są przygotowywane w trakcie realizacji budowy, w tym dziennik budowy który prowadzi się na bieżąco”.

„W głosie końcowym pełnomocnik odwołującego radca prawny podtrzymuje stanowisko zawarte w odwołaniu i prezentowane dzisiaj na rozprawie. Podkreśla, że między stronami obowiązuje swoboda umów, a zamawiający swoim stanowiskiem prezentowanym zwłaszcza na rozprawie chce uniknąć ciężaru dowodzenia ustanawiając dla siebie instytucję opóźnienia a nie zwłoki przy dochodzonych karach od wykonawcy. Należy mieć na uwadze wielkość zamówienia na poziomie 170 mln zł oraz aktualnie po uwzględnieniu w części odwołania 24 przypadków podstaw do naliczenia kar. Jeżeli chodzi o zarzut zamawiającego, że odwołanie nie obejmowało obniżenia kar to jest to żądanie a nie zarzut, którym związana jest Izba, a związane jest to także ze stanowiskiem zamawiającego tj. też uwzględnieniem odwołania co do rozumienia znaczenia terminu wykonania zamówienia z daty na czas od zawarcia

umowy. Też chciałabym zwrócić uwagę na problem z zakupem kruszywa, które na Podlasiu nie występuje i musi być przywożone ze Śląska, a też znaczenie ma globalna realizacja remontu sieci kolejowych. Twierdzę, że co również zamawiający przyznał, że czym innym jest opóźnienie a czym innym zwłoka, gdzie muszą nam udowodnić zawinienie. Co do podwójności kar to nie chodzi o ilość dokumentów, a o fakt, że są to kary za te same zdarzenia bo brak dokumentów jest jednoznaczny z nieprzedłożeniem tych dokumentów czyli brakiem ich uzupełnienia. tak samo przy terminie zakończenia robót bo termin zakończenia robót ma wpływ bezpośredni na zakończenie zamówienia. Ja uważam, że termin zakończenia robót pokrywa się z terminem zakończenia zamówienia, sięga tak samo od początku, czasookres różni się 1 m-cem przy końcówce bowiem termin zakończenia robót wpływa bezpośrednio na termin zgromadzenia dokumentów. Przy teoretycznym przekroczeniu 30 dni terminu zakończenia robót automatycznie mamy karę za przekroczenie terminu zakończenia zamówienia. Wnosi o zasądzenie kosztów postępowania odwoławczego, nie wnosi o zasądzenie kosztów zastępstwa procesowego”.

Z kolei zamawiający „W głosie końcowym pełnomocnik zamawiającego radca prawny podtrzymuje stanowisko zawarte w odpowiedzi na odwołanie oraz prezentowane na rozprawie wnosząc o oddalenie odwołania w zakresie nieuwzględnionym. Odwołujący powołuje się na swobodę umów, która funkcjonuje w granicach określonych prawem, którego to odwołujący nie wykazał tj. przekroczenia granic określonych prawem. Jeszcze raz podkreślam, że w odwołaniu nie było zarzutów co do limitu kar czy też obniżenia tj. wysokości kar. Odwołanie nie przewidywało takich zarzutów, a odnosiło się do wygórowanych kar w kontekście zbyt krótkiego terminu. Ja odnoszę wrażenie, że odwołujący z góry zakłada, że nie wykona umowy mimo, że sam terminy zaproponował, a zamawiający przyjął. Co do dublowania kar czym innym jest np. dostarczenie dokumentów w wyznaczonym terminie, a czym innym dostarczenie poprawionych lub uzupełnionych dokumentów dla którego odrębnie wyznacza się termin. Racjonalność podejścia uważam, że jest po stronie zamawiającego natomiast kwestia dostarczenia kruszywa to nie jest problem samego jego dostarczenia tylko ceny. coraz częściej wykonawcy w tym odwołujący wygrywają przetargi a nie podpisują umowy z przyczyn czy to braku koparek czy ludzi tj. niemożności wykonania zamówienia przez konkretnego wykonawcę ponieważ a dużo innych kontraktów do wykonania. Jednocześnie podkreślam sprzeczność stanowiska w zakresie naliczenia kar gdzie z jednej strony rozróżnia odwołujący jako odrębne terminy zakończenia zamówienia i zakończenia robót a jednocześnie kwestionuje odrębne naliczenie kar za te terminy. Uzupełniająco naczelnik zamówień publicznych uważam, że stanowisko odwołującego wyraża się brakiem konsekwencji bo z jednej strony podnosi, iż kary są nieprecyzyjnie określone tj. za jakie zdarzenia, a z drugiej strony podnosi, że jest ich za

dużo czyli przyznaje, że są za konkretne zdarzenia. Jeżeli chodzi o opady atmosferyczne to uważam, że aktualna pora roku jest okresem gdzie te opady należy traktować jako normalne, przypisane do danej pory roku czym powinien się liczyć wykonawca. Jeżeli chodzi o kwestie pojęć zakończenie robót i zakończenie zamówienia to jest to efekt wniosków wykonawców i byłam ostatnio na spotkaniu zarządów gdzie potwierdzono mi operowanie takimi dwoma pojęciami dla zakończenia inwestycji. Uważam, że rozdzielanie tych zdarzeń sprzyja wykonawcom, którzy interweniowali, że łączenie terminu zakończenia robot z zakończeniem zamówienia tj. przekazaniem pełnej dokumentacji jest dla nich utrudnieniem i chcieli rozdzielania tych terminów”.

Izba zważyła

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Izba oceniając zgromadzony w tej sprawie materiał dowodowy, na podstawie przeprowadzonych na rozprawie dowodów z SIWZ oraz złożonych wyjaśnień i oświadczeń stron, nie znalazła podstaw do rozszerzenia odpowiedzialności regulowanej co do zasady artykułem 471 kodeksu cywilnego. Zgodnie z jego postanowieniami dłużnik obowiązany jest do naprawienia szkody wynikłej z niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania, chyba że niewykonanie lub nienależyte wykonanie jest następstwem okoliczności, za które dłużnik odpowiedzialności nie ponosi. Oczywiście należy mieć na względzie treść art.473 § 1 k.c., który dopuszcza umowne rozszerzenie odpowiedzialności dłużnika, co następuje przez umowę co oznacza porozumienie stron czyli inaczej zgodną wolę stron. W zaistniałej sytuacji to jest w związku z podniesionym zarzutem przeciw ustanowionym w § 9 wzoru umowy karom umownym za opóźnienie nie spełniła się przesłanka z art.473§ 1 k.c. to jest o przyjęciu przez dłużnika rozszerzonej odpowiedzialności. Wręcz przeciwnie ustalona we wzorze umowy rozszerzona odpowiedzialność została objęta zarzutem i żądaniem odwołania powyżej zacytowanym. Izba rozpoznając ten zarzut wzięła pod uwagę prawo wykonawcy do równego traktowania z zamawiającym jak i uczciwej konkurencji jako podmiotu prawa cywilnego zobowiązanego do wykonania w tym należytego wykonania umowy (art.7 ust.1 pzp). Okoliczność, że to zamawiający formułuje postanowienia wzoru umowy nie oznacza, że ma prawo czynić to w sposób bezwzględnie obowiązujący i przy tym mogący nadużywać równowagę stron (zamawiający – wykonawca). W prawie cywilnym podstawową formą odpowiedzialności dłużnika jest jej ukształtowanie na zasadzie obowiązku należytej staranności, co wynika z treści art. 472 k.c. zgodnie z którym jeżeli ze szczególnego przepisu ustawy albo z czynności prawnej nie wynika nic innego, dłużnik odpowiedzialny jest za niezachowanie należytej staranności. Izba na rozprawie w związku z

odstępstwem od tej zasady w § 9 wzoru umowy i wywiedzeniem na tej podstawie zarzutu odwołania oraz żądaniem ustalenia kar umownych na zasadzie zwłoki a nie opóźnienia, skierowała pytanie do zamawiającego. Pytanie Izby skierowane do zamawiającego miało na celu wskazanie przez niego podstaw czy też okoliczności, które przyczyniły się do umownego rozszerzenia odpowiedzialności wykonawcy, na co zresztą pozwala przywoływany już powyżej art.473 § 1 kodeksu cywilnego. Według oświadczeń zamawiającego nie znajduje on podstaw aby po jego stronie leżał ciężar obowiązku wykazania wykonawcy braku należytej staranności, skoro może rozszerzyć odpowiedzialność wykonawcy na sytuacje, za które nie ponosi zwyczajnie wykonawca odpowiedzialności a obowiązek dyscypliny finansowej wręcz narzuca takie rozwiązania. Izba odmiennie od zamawiającego ocenia zaistniały w sprawie stan rzeczy uznając, że interes publiczny nie nakazuje rozszerzenia odpowiedzialności do okoliczności niezależnych, od wykonawcy czyli poza wymóg należytej staranności wykonawcy. Bowiem wymóg odpowiedzialności za skutki zdarzeń na które wykonawca nie ma wpływu powoduje po jego stronie konieczność poniesienia dodatkowych kosztów np. ubezpieczenia ryzyk co podnosi koszty zamówienia albo ryzyko likwidacji czy wręcz upadłości. Natomiast z uwagi na charakter przedmiotu zamówienia to jest roboty budowlane (przebudowa i budowa drogi) oraz z materiału sprawy wynika, że zamawiający wyposażony jest w szereg instytucji formalnych jak i prawnych, które zabezpieczają jego interes to Zespół Nadzoru, Inspektor Nadzoru również sam Zamawiający (§ 9 ust.1 pkt 8 wzoru umowy) Rady Budowy (§ 21 ust.5 wzoru umowy) jak również prowadzenie dokumentacji budowy np. dziennik budowy - art.22 pkt 2 ustawy z dnia 7 lipca 1994 roku Prawo budowlane (Dz.U. j.t. 2017 poz.1332 z późn. zm.) zwanej dalej „prawem budowlanym”. W ocenie Izby w przedmiotowej sprawie zamawiający nie wykazał, że po jego stronie wystąpiły przesłanki aby skutecznie mógł zastrzec odpowiedzialność przekraczającą zwykły jej zakres to jest zakres należytej staranności. W ocenie Izby odwołujący zasadnie podniósł argumentację co do naruszenia postanowieniami § 9 wzoru umowy w zakresie kar umownych na zasadzie opóźnienia a nie zwłoki postanowienia art. 353¹ kodeksu cywilnego. Zgodnie z przywołanym artykułem strony zawierające umowę mogą ułożyć stosunek prawny według swego uznania, byleby jego treść lub cel nie sprzeciwiały się właściwości (naturze) stosunku, ustawie lub zasadom współżycia społecznego. W ocenie Izby stosunek umowny jakim jest umowa o roboty budowlane jest stosunkiem przede wszystkim ściśle regulowanym przez prawo administracyjne jakim jest ustawa prawo budowlane. W związku z tym jest on poddany szeregu reżimom normującym sprawy projektowania, budowy, utrzymania i rozbiórki obiektów budowlanych oraz określając zasady działania organów administracji publicznej w tych dziedzinach, czyli regułem mającym charakter władczy a nie cywilnoprawny. Tak więc inwestor jakim jest zamawiający posiada ochronę interesów publicznych przez prawo budowlane będące prawem

administracyjnym, które w znaczącym stopniu reguluje stosunek zobowiązaniowy jakim jest umowa o roboty budowlane. W tym kontekście obciążanie wykonawcy na zasadzie opóźnienia obarcza z jednej strony jego działalność nadmiernym ryzykiem a z drugiej strony zamawiającego naraża na dodatkowe koszty wynikające z potrzeby ubezpieczenia tych ryzyk przez wykonawcę. Z kolei zamawiający zgodnie z wzorem umowy ma zgodę wykonawcy na potrącanie z wynagrodzenia wykonawcy kar umownych z prawem dochodzenia odszkodowania uzupełniającego gdy kary umowne nie pokrywają poniesionej szkody (§ 9 ust.3 wzoru umowy). Jak również zapłata kary umownej nie zwalnia wykonawcy z obowiązku ukończenia robót lub jakichkolwiek innych obowiązków i zobowiązań wynikających z umowy (§ 9 ust.3 wzoru umowy). W ocenie Izby okoliczność regulacji umowy o roboty budowlane w znaczącym zakresie przez prawo administracyjne jakim jest prawo budowlane jak i przykładowo wymienione obowiązki wykonawcy ustalone w umowie oraz uwzględniając argumentację zamawiającego co do podstaw przyjęcia odpowiedzialności rozszerzonej spełnia się w szczególności przesłanki z art. 5 kodeksu cywilnego. Zgodnie z tym przepisem nie można czynić ze swego prawa użytku, który by był sprzeczny ze społeczno - gospodarczym przeznaczeniem tego prawa lub zasadami współżycia społecznego. Takie działanie lub zaniechanie uprawnionego nie jest uważane za wykonywanie prawa i nie korzysta z ochrony. W przedmiotowej sprawie okoliczność, że to zamawiający ustanawia wzór umowy nie oznacza, że może jednostronnie narzucać uciążliwą regulację obowiązków po stronie przeciwnej. Zamawiający przerzucając rozszerzoną odpowiedzialność na wykonawcę zwalnia się z obowiązku udowodnienia braku należytej staranności, nie wykazując podstawy do jej rozszerzenia np. ze szczególnych okoliczności świadczenia umownego. Takie jednostronne ustanawianie warunków umowy nie stanowi realizacji swobody zawierania umów a wręcz ją narusza ustanawiając przywilej dyktowania warunków tylko po jednej stronie w tym przypadku zamawiającego. W tym stanie rzeczy Izba uwzględnia zarzut i żądanie odwołującego co do postanowień dotyczących kar umownych nakazując zmianę z opóźnienia na zwłokę zgodnie z sentencją wyroku.

Izba nie uwzględnia odwołania w zakresie zarzutu i żądania tzw. dublowania kar to jest dwukrotnie stosowanych kar za to samo zdarzenie w zakresie § 9 ust. 1 pkt 2 i 3 oraz pkt 4 i pkt 5 wzoru umowy. W tym zakresie Izba podziela argumentację i stanowisko zamawiającego przedstawione powyżej a wynikające z odpowiedzi na odwołanie z dnia 25 października 2017 roku jaki z oświadczeń złożonych przez zamawiającego na rozprawie. Bowiem zarówno z umowy jak i wyjaśnień oraz oświadczeń stron na rozprawie wynika, że odrębnymi zdarzeniami przewidzianymi umową są „zakończenie realizacji robót” i odrębnym zdarzeniem jest „zakończenie realizacji zamówienia”, ponieważ inny jest ich zakres i obowiązki wynikające dla wykonawcy. Ponadto są to zdarzenia przewidziane w odrębnym

czasie to jest dla zakończenia realizacji robót w terminie 24 miesięcy od daty zawarcia umowy i dla zakończenia realizacji zamówienia w terminie 25 miesięcy od daty zawarcia umowy. Z kolei również odrębnymi zdarzeniami w kontekście postanowień umowy jest naruszenie terminu dostarczenia dokumentów do odbioru ostatecznego (§ 9 ust. 1 pkt 4) i odrębnym zdarzeniem jest opóźnienie w dostarczeniu poprawionych i uzupełnionych dokumentów do odbioru ostatecznego (§ 9 ust. 1 pkt 5). Tym bardziej jak podkreślił zamawiający odwołujący nie kwestionuje definicji tychże pojęć (zakończenie realizacji robót a zakończenie realizacji zamówienia jak i pojęcia dokumentów do odbioru ostatecznego), które są zdefiniowane w umowie jako odrębne pojęcia umowne (np. § 7 wzoru umowy). W związku z powyższym w tym zakresie Izba oddaliła odwołanie zgodnie z sentencją wyroku. W związku z uwzględnieniem przez zamawiającego zarzutów i żądań opisanych powyżej a wynikających z odpowiedzi na odwołanie z dnia 25 października 2017 roku Izba na mocy art.186 ust.4 a w związku z art.186 ust.3 a pzp w tej części umorzyła postępowanie nie rozpoznając tych zarzutów co do których odwołujący mimo, że ich nie wycofał stwierdził, że jest usatysfakcjonowany stanowiskiem zamawiającego, zgodnie z sentencją wyroku.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy zgodnie z art. 192 ust.9 i 10 ustawy oraz § 3 pkt 1 w związku z § 5 ust.2 pkt 1) Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. 2010r. nr 41 poz.238 zm. Dz.U. 2017r.) zaliczając uiszczony wpis przez odwołującego w kwocie 20.000,00 zł. w koszty postępowania odwoławczego i zasądzając od zamawiającego na rzecz odwołującego kwotę 20.000,00 złotych jako koszty obejmujące uiszczony wpis odwołującego. Odwołujący nie przedstawił rachunku tytułem zastępstwa procesowego, rezygnując do protokołu z jego zasądzenia.

Przewodniczący: