

Sygn. akt: KIO 323/18

**Wyrok
z dnia 02 marca 2018 r.**

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący: Emil Kawa
Protokolant: Marta Słoma**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 02 marca 2018 roku w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 22.02.2018 r. przez wykonawcę **Skanska S.A. ul. Gen. Józefa Zajączka 9, 01-518 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez **Mazowiecki Zarząd Dróg Wojewódzkich w Warszawie ul. Mazowiecka 14 00-048 Warszawa**

orzeka

1. **uwzględnia odwołanie** i nakazuje zamawiającemu dokonanie zmiany treści postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia, poprzez:

- doprecyzowanie na czym ma polegać obowiązek wykonawcy wskazany w pkt 24.3 SIWZ związany z utrzymaniem oznakowania poziomego i pionowego drogi w okresie rękojmi,

- wyłączenie powiązania okresu utrzymania oznakowania poziomego drogi z kryterium oceny ofert w zakresie rękojmi za cały przedmiot zamówienia i ustalenia w tym zakresie odrębnego okresu rękojmi, przypisanego właściwościom technicznym tego elementu zamówienia wynikających z warunków technicznych wskazanych w pkt 10.2 pkt 9 – Szczegółowe Specyfikacje techniczne.

- doprecyzowanie w § 7 wzoru umowy – że kary umowne będą naliczane z przyczyn za które odpowiedzialność ponosi wykonawca,

- dokonanie zmiany w §7 pkt 1.12 wzoru umowy poprzez ograniczenie do wysokości 30%, możliwości naliczenia łącznych kar umownych dla wykonawcy.

2. w pozostałym zakresie zarzuty odwołania oddala

3. kosztami postępowania obciąża zamawiającego Mazowiecki Zarząd Dróg Wojewódzkich w Warszawie ul. Mazowiecka 14 00-048 Warszawa i zalicza w poczet

kosztów postępowania kwotę 15 000,00 (piętnaście tysięcy) złotych uiszczonych przez odwołującego z tytułu wpisu od odwołania.

4. zasądza od zamawiającego na rzecz odwołującego Skanska S.A. ul. Gen. Józefa Zajączka 9, 01-518 Warszawa, kwotę 15 000,00 (piętnaście tysięcy) złotych tytułem zwrotu kwoty uiszczzonego wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tj. 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 Warszawie.

Przewodniczący

UZASADNIENIE

Mazowiecki Zarząd Dróg Wojewódzkich w Warszawie ul. Mazowiecka 14, 00-048 Warszawa, dalej zwany „Zamawiającym” prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pod nazwą „Rozbudowa drogi wojewódzkiej nr 637 relacji Warszawa- Węgrów na odcinku od km 20+643 do km 24+495 wraz z budową kanalizacji sanitarnej, sieci wodociągowej i oświetlenia ulicznego w pasie drogi wojewódzkiej nr 637 na terenie Miasta Sulejówek”.

Ogłoszenie o przedmiotowym postępowaniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 10.02.2018 r. pod numerem 2018/S S29 62418-2018-PL, SIWZ został opublikowany w dniu 12.02.2018 r. na stronie www.mzdw.pl.

Postępowanie znajduje się na etapie składania ofert przez wykonawców. Od ustalonego w SIWZ opisu warunków realizacji zamówienia wykonawca Skanska S.A. ul. Gen. Józefa Zajączka 9, 01-518 Warszawa, dalej zwana „Odwołującym” wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1) art. 29 ust. 1 i ust. 2 ustawy Pzp oraz § 4 Rozporządzenia 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 poprzez:

a) nie przekazanie kompletnej dokumentacji projektowej służącej opisowi przedmiotu zamówienia, co utrudnia oszacowanie i wycenę wszystkich ryzyk mających wpływ na przyszłą realizację, w szczególności nie przekazanie dokumentacji geotechnicznej;

b) nie opisanie, na czym ma polegać i jaki ma być zakres utrzymania oznakowania pionowego i poziomego w okresie rękojmi, o którym stanowi postanowienie zawarte w pkt 24.3. Ogólnych warunków umowy na wykonanie robót budowlanych (część V SIWZ, str. 41), co uniemożliwia oszacowanie i wycenę ryzyka w tym zakresie;

2) art. 91 ust. 1 w zw. z art. 91 ust. 2d i w zw. z art. 2 pkt 5 lit. a) ustawy Pzp poprzez określenie kryteriów oceny ofert, w sposób utrudniający uczciwą konkurencję i niezapewniający faktycznego wyboru oferty najkorzystniejszej tj. przypisanie okresowi rękojmi 30% wagi przy założeniu, że maksymalną ilość punktów otrzyma wykonawca za udzielenie 10-letniego okresu rękojmi na wykonany przedmiot zamówienia, tym samym Zamawiający będzie zobowiązany do wyboru oferty nie przedstawiającej najkorzystniejszego bilansu ceny lub kosztu i innych kryteriów;

3) art. 353(1) Kodeksu cywilnego w zw. z art. 5 k.c. w zw. z art. 14 ust. 1 oraz w zw. art. 139 ust. 1 oraz naruszenie art. 29 ust. 2 ustawy Pzp poprzez sformułowanie w postanowieniach umowy (odpowiednio w Ogłoszeniu o zamówieniu i SIWZ):

a) terminu zakończenia prac wyznaczonego datą kalendarzową oraz ustanowienie takich terminów pośrednich (Kamieni milowych), których wykonawca z bardzo wysokim prawdopodobieństwem nie będzie w stanie dochować z przyczyn od niego niezależnych, czym naraża się z góry na dotkliwe sankcje w postaci kar umownych;

b) ustanowienie kar umownych na poziomie 10% kwoty brutto umowy za niezrealizowanie ustalonego terminu pośredniego (kamienia milowego) wykonania robót, oraz ustanowienia maksymalnej wysokości naliczonych kar na poziomie 40% kwoty brutto umowy, bez możliwości anulowania kar za terminy pośrednie w sytuacji dotrzymania terminu końcowego;

c) przyjęcie, iż za termin zakończenia realizacji umowy będzie uznany termin usunięcia wad lub uzupełniania dokumentów, stwierdzonych w trakcie czynności odbiorowych, czyli oczekiwanie odbioru bezusterkowego;

d) obarczenie wykonawcy ryzykiem rozbieżności lub dwuznaczności dokumentów wytworzonych przez Zamawiającego wbrew zasadzie, zgodnie, z którą wątpliwości należy tłumaczyć na niekorzyść strony, która zredagowała umowę

co sprzeciwia się naturze stosunku prawnego i zasadom współżycia społecznego, a także stanowi nadużycie prawa;

4) Art. 556 (1) Kodeksu cywilnego w zw. z art. 14 ust. 1 oraz art. 139 ust. 1 i w zw. z art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp poprzez narzucenie i oczekiwanie zapewnienia okresu rękojmi dla oznakowania poziomego cienkowarstwowego i grubowarstwowego wykraczającego poza okres trwałości przypisany właściwościom technicznym tych prac, zawartych w przepisach technicznych, a tym samym narzucenie Wykonawcy obowiązku ponownego, kilkukrotnego wykonania tych prac w ramach odpowiedzialności z tytułu rękojmi, która dotyczy w istocie odpowiedzialności za wady w przedmiocie sprzedanym, a nie utrzymywania przedmiotu rękojmi w stanie niezmiennym w wydłużonym okresie czasu w stosunku do okresu żywotności przedmiotu. Powyższe w konsekwencji pozostaje w sprzeczności z opisem przedmiotu zamówienia, w którym Zamawiający nie opisał, iż wymaga ponownego wykonania części przedmiotu zamówienia w okresie do 10 lat od odbioru końcowego;

5) naruszenie art. 142 ust. 1 w zw. z ust. 2 ustawy Pzp poprzez zamiar zawarcia umowy z wykonawcą na czas wykraczający poza okres przewidziany przepisami ustawy pzp w zakresie wykonywania części zamówienia publicznego tj. oznakowania poziomego w czasie dłuższym niż cztery lata;

6) w konsekwencji naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez przygotowanie i przeprowadzanie postępowania o udzielenie zamówienia w sposób nie zapewniający zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Podnosząc powyższe zarzuty wniósł o nakazanie Zamawiającemu dokonanie zmiany treści Ogłoszenia o zamówieniu oraz SIWZ w zakresie

A. pkt III. 1) lit.a): poprzez przekazanie wykonawcom brakującej dokumentacji geologicznej i adekwatną zmianę terminu do złożenia ofert;

B. pkt III. 1) lit.b): poprzez dokonanie jednoznacznego zakresu opisu obowiązków związanych z wykonywaniem utrzymywania oznakowania pionowego i poziomego przez cały okres rękojmi oraz zasad jego wyceny i rozliczania,

lub wyłączenie tych obowiązków z redakcji postanowień umowy o rękojmi, która to odpowiedzialność dotyczy wad w przedmiocie umowy;

C. pkt III 2) poprzez zmianę w postanowieniach dotyczących kryteriów oceny ofert wagi kryterium w zakresie rękojmi z 30% na 5%;

D. pkt III 3) lit a) poprzez zmianę w postanowieniach Ogłoszenia i SIWZ terminu zakończenia prac i ustalenie daty zakończenia realizacji umowy poprzez wskazanie terminu w miesiącach od daty podpisania umowy tj. np. 16 miesięcy z wyłączeniem okresu zimowego, a także zmianę terminów pośrednich (Kamieni milowych), poprzez ustalenie tylko jednego terminu pośredniego przypadającego przed okresem zimowym w roku 2018 wymagającego 20% zaawansowania robót lub ustalenia 2 kamieni milowych przy czym drugi wymagający 40% zaawansowania przypadający dopiero na koniec czerwca 2019 roku i jednocześnie rozszerzenie przesłanek zmiany terminu zakończenia z przyczyn wskazanych w umowie, jednoznacznie również na terminy pośrednie;

E. pkt III 3) lit b) poprzez zmianę postanowień umownych i ustalenie wysokości kar umownych na poziomie max. 5% kwoty netto umowy za niezrealizowanie ustalonego terminu pośredniego (kamienia milowego) wykonania robót, ustanowienia maksymalnej wysokości naliczonych kar na poziomie 10% kwoty netto umowy, wprowadzenie postanowienia dającego wykonawcy prawo do anulowania kar wymierzonych za niedotrzymanie terminów pośrednich, w sytuacji dotrzymania terminu końcowego;

F. pkt III 3) lit c) poprzez zmianę postanowień umownych i wykreślenie z pkt 21.6. Ogólnych warunków umowy na wykonanie robót budowlanych (część V SIWZ, str. 38) zdania: W takim przypadku terminem zakończenia realizacji umowy jest termin usunięcia wad lub uzupełnienia dokumentów.

G. pkt III 3) lit d) poprzez zmianę postanowień umownych i wykreślenie z pkt 3.6. Ogólnych warunków umowy na wykonanie robót budowlanych (część V SIWZ, str. 38) zdania: „Wykonawca nie może wykorzystywać tych dwuznaczności i rozbieżności przeciwko Zamawiającemu”.

H. pkt III 4) i 5) zmianę postanowień poprzez przyjęcie wymaganego okresu rękojmi dla oznakowania poziomego cienkowarstwowego i grubowarstwowego na poziomie okresu trwałości przypisanego właściwościom technicznym tych prac, zawartych w przepisach technicznych, tj. dla cienkowarstwowego -1 rok i grubowarstwowego - 3 lata lub maksymalnie 5 lat oraz jednoznaczne przesądzenie, że oświadczenie o udzieleniu rękojmi w ramach kryteriów oceny ofert nie dotyczy oznakowania poziomego cienkowarstwowego i grubowarstwowego.

Na wstępie przedstawiania argumentacji Odwołującego mających uzasadniać treść podniesionych zarzutów i żądań wskazać należy, że Zamawiający w dniu 1 marca 2018 roku udostępnił wykonawcom treść dokumentacji geologicznej i przedłużył termin składania ofert do dnia 29 marca 2018 roku. Ze względu na fakt, że Zamawiający przed terminem rozprawy uwzględnił zarzut to Odwołujący w konsekwencji cofnął ten zarzut. Tym samym Izba uznała za niecelowe przedstawianie treści uzasadnienia zarzutu, który nie jest już przedmiotem sporu w tym postępowaniu odwoławczym.

W zakresie zarzutu dotyczącego z braku wyczerpującego i jednoznacznego opisu przedmiotu zamówienia, wynikającego z nałożenia na wykonawcę obowiązku w pkt 24.3. Ogólnych warunków umowy na wykonanie robót budowlanych (część V SIWZ, str. 41) Odwołujący podniósł, iż w żadnym miejscu SIWZ nie został sprecyzowany zakres tych obowiązków, częstotliwość ani oczekiwany standard ich wykonania. Zamawiający wskazał, jedynie iż Wykonawca ma wykonywać ten obowiązek w okresie rękojmi. Z pewną ostrożnością założyć można, że Zamawiający w postanowieniach umowy „przemycia” dodatkowy zakres zobowiązań wykonawcy robót budowlanych, stanowiący de facto rodzaj usługi, bez pełnego i jednoznacznego ich opisanie, co w konsekwencji powoduje niemożliwość uczciwego konkutowania między wykonawcami. Każdy z wykonawców może przyjąć do wyceny zupełnie inny zakres i standard usług. Można jeszcze dodać, iż Zamawiający nie zawarł w opisie przedmiotu zamówienia kodów CPV, które wskazywałyby na okoliczność, iż usługi utrzymania są również w zakresie przewidzianym do wykonania.

Następnym zarzutem, który podnosi Odwołujący jest kwestia ustalenia wagi kryterium dla okresu rękojmi. Zamawiający w Ogłoszeniu o zamówieniu w sekcji „Kryteria udzielania zamówienia” wskazał jako kryteria wyboru oferty:

„Kryterium jakości - Nazwa: okres rękojmi/ Waga: 30%

Kryterium jakości - Nazwa: Doświadczenie kierownika budowy/ Waga: 10%

Cena - Waga: 60 %”. Dodatkowo w pkt 18 Cz. I SIWZ Sposób oceny ofert - Zamawiający podał w szczególności, że do oceny Zamawiający przyjmuje okres rękojmi wskazany przez Wykonawcę w formularzu oferty. Zgodnie z warunkami SIWZ minimalny okres rękojmi wynosi minimum 5 lat. Oferta w kryterium okres rękojmi może otrzymać

maksymalnie 30 punktów. Za najkorzystniejszą zostanie uznana oferta, która uzyska największą łączną ilość punktów. Zamawiający zastrzegł również, iż Oferty zawierające okres rękojmi krótszy niż 5 lat zostaną odrzucone, gdyż ich treść nie będzie odpowiadała treści SIWZ, a maksymalny okres rękojmi wynosi 10 lat. Oferty zawierające okres rękojmi wynoszący 10 lat lub dłuższy uzyskają maksymalnie 30 punktów.

Odwołujący podał, że z przykładowej symulacji ceny oferty wykonawcy, można wywieść, że wykonawca który zaoferuje 10 letni okres rękojmi i przy założeniu wykazania się maksymalnym doświadczeniem kierownika budowy oraz przy szacunkowym koszcie zamówienia w wysokości na poziomie 26 mln zł to wykonawca ten dla zapewnienia 10 letniej rękojmi będzie zmuszony zawyżyć cenę swojej dla oferty o kwotę około 4 mln zł w stosunku do poziomu ceny optymalnej. Tym samym niezasadne jest przyznanie kryterium rękojmi, aż tak dużej wagi punktowej.

Kolejnym zarzutem podniesionym przez Odwołującego są postanowienia wzoru umowy w zakresie terminów realizacji i kar umownych za ich niedotrzymanie. Zamawiający wymaga od wykonawcy wykonania prac w określonym datą kalendarzową terminie tj. do dnia 30.09.2019 r. Jednocześnie ustanawia terminy pośrednie (kamienie milowe) dla wykonania w określonym czasie zakresu robót o określonej wartości. W pkt 12 Warunków ogólnych umowy Zamawiający wskazał:

Wykonawca jest zobowiązany do przestrzegania następujących ustalonych terminów pośrednich (kamieni milowych) wykonania robót oraz kolejności ich realizacji:

12.1. Wykonanie robót (potwierdzone zaakceptowanym częściowym protokołem odbioru robót) o wartości nie mniejszej niż 20% zaakceptowanej kwoty kontraktowej w terminie nieprzekraczającym 1/3 długości trwania kontraktu liczonego w miesiącach od daty podpisania umowy.

12.2. Wykonanie robót (potwierdzone zaakceptowanym częściowym protokołem odbioru robót) o wartości nie mniejszej niż 60% zaakceptowanej kwoty kontraktowej w terminie nieprzekraczającym 2/3 długości trwania kontraktu liczonego w miesiącach od daty podpisania umowy.

12.3. Wykonanie 100% robót (potwierdzone zaakceptowanym końcowym protokołem odbioru robót) w terminie nieprzekraczającym terminu zakończenia kontraktu.

12.4. Zamawiający po podpisaniu umowy z Wykonawcą wyznaczy dokładne terminy upływu poszczególnych terminów pośrednich.

Sformułowane powyżej oczekiwania, na gruncie warunków realizacji przedmiotowego zamówienia są praktycznie niemożliwe do dotrzymania bez ryzyka zapłaty kar umownych. Dla udowodnienia tej tezy Odwołujący wyjaśnia jak niżej:

> Zakładając podpisanie umowy w terminie 60 dni od daty złożenia oferty tj. ok. 20 maja 2018 r. na kwotę ok. 26 mln zł. (który może ulec przesunięciu z przyczyn

proceduralnych np. odwołanie do KIO) rozpoczęcie prac może nastąpić ok. 10 czerwca 2018 r. po wypełnieniu procedur przewidzianych umową tj. dostarczeniu przez wykonawcę w ciągu 7 dni dokumentów wskazanych w umowie, i przekazaniu terenu budowy przez Zamawiającego w terminie ma 14 dni od daty otrzymania dokumentów,

> W związku z powyższym należy przyjąć, iż wykonawca ma 16 m-cy na wykonanie zadania. Zgodnie z wymogami w zakresie terminów pośrednich:

> Pierwszy termin pośredni przypadnie w okolicach połowy listopada i wykonawca na tym etapie powinien osiągnąć zaawansowanie finansowe na poziomie 20% czyli ok. 5 mln zł., realizując roboty w okresie między czerwcem a listopadem (ok. 5 miesięcy),

> Drugi termin pośredni w konsekwencji powyższych założeń wypadnie na połowę kwietnia, wykonawca na tym etapie powinien osiągnąć zaawansowanie finansowe na poziomie 40% czyli ok. 10 mln zł., (łącznie od początku realizacji 60% i w sumie wartość robót ok. 15 mln.) realizując roboty w okresie między końcem listopada a połową kwietnia, czyli stricte w okresie zimowym

> Od maja do września wykonawca musi wykonać pozostałe 40%, jednakże biorąc pod uwagę postanowienia umowy dotyczące procedury odbiorowej, prace powinny być zakończyć do końca sierpnia, aby móc dotrzymać terminu końcowego bez zagrożenia karą umowną.

> Prace największej wartości będą przypadały na okres między kwietniem a sierpniem 2019 r. Wykonawca jest w stanie wykonać realnie od początku realizacji robót, to jest od czerwca 2018 r. do kwietnia 2019 r. zakres robót na wartość nie większa niż 40%, z uwagi na wysoce ograniczoną niemożność prowadzenia prac w okresie zimowym.

Zdaniem Odwołującego, określenie daty zakończenia inwestycji datą kalendarzową i ustalenie takich terminów pośrednich, w sposób odbiegający od realnych możliwości ich dotrzymania i nieadekwatnie do czasookresu realizacji (sezonowość prac) zakresu prac przyjętego w opisie przedmiotu zamówienia, może prowadzić do wniosku, iż taka sytuacja zmierza do „zarabiania” na karach umownych płaconych przez Wykonawcę.

Wskazał także, że powiązaniem zagadnieniem z opisanym powyżej jest kwestia zdefiniowania terminu zakończenia poprzez dokonanie odbioru bezusterkowego. Zgodnie z treścią postawienia w pkt 17.3. „Jeżeli w toku czynności odbioru końcowego zostaną stwierdzone wady, Zamawiający przerwie czynności odbioru końcowego i wyznaczy termin usunięcia wad. Data stwierdzenia usunięcia wad jest terminem wznowienia czynności komisji odbioru końcowego Zamówienia”. Odwołujący odczytuje w tym postanowieniu intencję do skwitowania odbioru robót dopiero w sytuacji, gdy osiągną one status bezusterkowych. Natomiast zgodnie z art. 647 Kodeksu cywilnego stanowi, iż po wykonaniu robót zgodnie z projektem i zasadami wiedzy technicznej przez wykonawcę, inwestor zobowiązuje się do odebrania obiektu i zapłaty umówionego wynagrodzenia. Wystąpienie usterek bądź wad w

robotach w żadnym wypadku nie wpływa na niemożność zapłaty wynagrodzenia lub niemożność przeprowadzenia czynności odbiorowych z uwzględnieniem ewentualnych, zgłoszonych przez Zamawiającego nieprawidłowości. Z powyższych ustaleń Odwołujący odczytał, że sposób ukształtowania terminu realizacji zamówienia, terminów pośrednich, w powiązaniu ze sposobem i zasadami naliczania kar umownych, a także przyjęciem założenia odbioru bezusterkowego świadczy o rażącym naruszeniu zasady równości stron stosunku zobowiązaniowego, nieuzasadnionej okolicznościami sprawy i interesem zamawiającego. Wykonawca, który zdecyduje się na złożenie oferty w postępowaniu, będzie więc musiał przyjąć na siebie wszelkie ryzyka związane z dochowaniem kalendarzowego terminu wykonania zamówienia określonego przez Zamawiającego i to w sytuacji, gdy termin ten nie może w sposób obiektywny zostać dochowany.

Kolejnym podniesionym zarzutem jest kwestia odnosząca się do ustalonej postanowieniem w projekcie umowy klasyfikacji ważności dokumentów o których mowa w pkt 3.6. Ogólnych warunków umowy (część V SIWZ, str. 38). Odwołujący powyższe postanowienie odczytuje, jako próbę przypisania Wykonawcy ryzyka i odpowiedzialności za wewnętrzne sprzeczności w dokumentach Zamawiającego. Stąd oczekiwanie Odwołującego, co do wykreślenia zdania ostatniego w pkt 3.6 postanowień umowy, tak aby całość tego punktu nie była interpretowana w sposób przypisujący wykonawcy ryzyko sprzeczności w dokumentach.

W zakresie ostatniego zarzutu Odwołujący podniósł zarzut wobec wymagania, aby wykonawca udzielił Zamawiającemu rękojmi na minimum 5 lat, a maksymalnie na lat 10 (w ramach kryteriów oceny ofert) na cały przedmiot zamówienia, w tym na oznakowanie poziome cienkowarstwowe i grubowarstwowe. Przyjęcie takich okresów odpowiedzialności z tytułu rękojmi, wykraczających poza okres trwałości przypisany właściwościom technicznym tych prac, zawartych w przepisach technicznych, prowadzi de facto do narzucenia wykonawcy obowiązku ponownego, kilkukrotnego wykonania tych prac w ramach odpowiedzialności z tytułu rękojmi, która dotyczy w istocie odpowiedzialności za wady w przedmiocie, a nie utrzymywania przedmiotu rękojmi w stanie niezmiennym w wydłużonym okresie czasu w stosunku do okresu żywotności przedmiotu. W tym kontekście, takie ukształtowanie postanowień umowy zmierzałoby do obejścia przepisów Pzp tj. art. 142 ust. 1 w zw. z ust. 2 przez zawarcie z wykonawcą umowy na okres przekraczający 4 lata, gdyż w okresie rękojmi wykonawcy realizowałby w dalszym ciągu część zakresu przedmiotu umowy (odtworzenie oznakowania). Podał, że Zamawiający w zakresie oznakowania drogi powołuje się na wymogi zawarte są w Specyfikacjach technicznych dla znakowania poziomego. W specyfikacji technicznej nr D-07.00.00, na stronie 185 zawarto postanowienie, iż dla oznakowania grubowarstwowego zaleca się przyjęcie okresu gwarancji, co najmniej 24 miesiące, jednocześnie ten dokument odwołuje się m.in. do publikacji p.t. Warunki

techniczne. Poziome oznakowanie dróg. POD-97. Zeszyt nr 55 autorstwa dr. Inż. Szczepaniaka, wydanej przez Instytut Badawczy Dróg i Mostów w Warszawie. W tym dokumencie zawarto tablice wskazujące na maksymalne okresy trwałości materiałów do poziomego oznakowania dróg. Dla materiału dla oznakowania grubowarstwowego, czyli masy chemoutwardzalnej wymaganej w SST przedmiotowego zamówienia okres trwałości wynosi maksymalnie pięć lat, przy czym zaleca przyjmowanie okresów gwarancyjnych na poziomie 24 miesięcy. Z kolei dla materiału dla oznakowania cienkowarstwowego czyli farby chemoutwardzalnej wymaganej w SST przedmiotowego zamówienia okres trwałości wynosi maksymalnie 3 lata, z zaleceniem przyjmowanie okresów gwarancyjnych na poziomie 12 miesięcy, a w niektórych sytuacjach okres gwarancyjny powinien zostać skrócony do 9 miesięcy przy wymalowaniu wiosennym i do 6 miesięcy przy wymalowaniu jesiennym.

Zamawiający w pisemnej odpowiedzi na odwołanie wniósł o oddalenie odwołania i w zakresie odpowiedzi na zarzuty od B - H podał:

Ad. B Zarzut braku jednoznacznego zakresu obowiązków związanych z wykonywaniem utrzymywania oznakowania pionowego i poziomego przez cały okres rękojmi jest niezasadny. SKANSKA SA wskazuje, że postanowienia SIWZ dotyczące rękojmi powinny dotyczyć jedynie odpowiedzialności za wady i nie mogą dotyczyć obowiązków związanych z utrzymaniem oznakowania pionowego i poziomego w stanie należytych w okresie rękojmi. Zamawiający wskazuje, że przepisy kodeksu cywilnego dotyczące rękojmi pozwalają na rozszerzenie odpowiedzialności z tytułu rękojmi (art. 558 kc). Zgodnie z art. 473§ 1 kc dłużnik może przez umowę przyjąć odpowiedzialność za niewykonanie lub nienależyte wykonanie zabezpieczenia z powodu oznaczonych okoliczności za które z mocy ustawy odpowiedzialności nie ponosi. Może on zatem rozszerzyć swoją odpowiedzialność kontraktową przyjmując także odpowiedzialność za utrzymanie oznakowania poziomego i pionowego przez cały okres rękojmi w należytych stanie również w sytuacji, gdy stan tego oznakowania ulegnie pogorszeniu na skutek przyczyn, które nie są konsekwencją stwierdzonych wad.

AD.C Ustalenia wagi kryterium oceny ofert ustawodawca pozostawił do decyzji Zamawiającego. Zamawiający ustalając kryterium oceny ofert w zakresie rękojmi na 30% nie naruszył żadnego z przepisów ustawy Prawo Zamówień Publicznych.

AD. D Postanowienia umowy dotyczące ustalenia terminów pośrednich realizacji umowy (kamień milowy) są uzasadnione przede wszystkim zamiarem realizacji robót budowlanych przez wykonawcę w terminie zastrzeżonym w umowie. Wykonawca na którym ciąży obowiązek systematycznego i sukcesywnego przekazywania Zamawiającemu części realizowanego zadania zostaje bowiem zobligowany do odpowiedniego zaangażowania sił i zasobów w celu wykonania przedmiotu umowy w terminie umownym. Z doświadczeń Zamawiającego wynika bowiem, że wykonawcy drogowych robót budowlanych bardzo

często rozpoczynają wykonywanie swoich obowiązków z dużym opóźnieniem w stosunku do złożonego harmonogramu i daty podpisania umowy. Taki stan rzeczy powoduje, że z uwagi na warunki pogodowe panujące w Polsce roboty drogowe nie mogą być ukończone w terminie. Zamawiający, jako jednostka sektora finansów publicznych, nie może w związku z tym realizować planu wydatków ujętych w budżecie Województwa Mazowieckiego. Ponadto przedłużanie terminów realizacji robót drogowych wpływa bardzo niekorzystnie na interes użytkowników dróg oraz mieszkańców terenów przyległych do budowy lub przebudowy drogi wojewódzkiej. Jeżeli „kamień milowy” odnosi się do robót w okresie zimowym wówczas wykonawca ma prawo wnioskować o wydłużenie takiego terminu w związku z warunkami atmosferycznymi na podstawie stosownych wpisów do dziennika budowy potwierdzającymi brak możliwości wykonywania prac.

W związku z powyższym należy stwierdzić, że Wykonawca nie poniesie ryzyka zapłaty kar umownych za nie dotrzymanie „kamieni milowych” jeżeli będzie wykonywał swoje obowiązki w sposób należyty. Nie jest bowiem intencją Zamawiającego osiągnięcie dochodów za kary umowne płacone przez Wykonawcę.

AD.E Ustalenie wysokości kar umownych jest uprawnieniem Zamawiającego i ma na celu zmotywowanie wykonawcy do wykonania umowy w terminie. Nie ma regulacji, które ograniczałby wysokość kary umownej. Kary umowne naliczane są przez zamawiającego w sytuacji, gdy do przekroczenia terminów wykonywania umowy dochodzi z przyczyn, za które odpowiedzialność ponosi wykonawca.

Kary umowne w ustalonej przez Zamawiającego wysokości nie są wygórowane i spełniają swoją rolę stymulacyjną i represyjną.

AD. F Nie jest również zasadny zarzut Odwołującego o niewłaściwym zdefiniowaniu terminu zakończenia robót w związku z procedurą odbioru robót. W pkt 17.3 części V SIWZ został zawarty zapis zgodnie z którym data stwierdzenia usunięcia wad jest jedynie datą wznowienia czynności odbioru końcowego i odnosi się jedynie do sytuacji, kiedy rodzaj wady uniemożliwia użytkowanie przedmiotu umownie zgodnie z jego przeznaczeniem (tzw. wady istotne). Jeżeli wady nie są istotne tj. są tego rodzaju że umożliwiają korzystanie przez użytkowników z drogi wówczas odbiór nastąpi a wykonawcy zostanie wyznaczony termin do usunięcia tych wad. Zgodnie z powołanym przez SKANSKA wyrokiem strony umowy o roboty budowlane nie mogą jedynie uzależnić wypłaty należnego wynagrodzenia od braku jakichkolwiek usterek.

AD. G Zapis pkt 3.6 V części SIWZ nie oznacza obciążenia, jak twierdzi Odwołująca, obciążania wykonawcy ryzykiem rozbieżności w dokumentacji technicznej . Z postanowień tego zapisu wynika, że odnosi się on do technicznych aspektów realizacji zadania i ustala procedurę wyjaśniania rozbieżności w dokumentach technicznych z udziałem inspektora nadzoru inwestorskiego.

W trakcie realizacji procesu budowlanego nieuniknione są bowiem rozbieżności w materiałach projektowych i dlatego w/w zapis jest niezbędny i celowy. Zapis ten, wbrew twierdzeniom Odwołującej, w żadnym wypadku nie służy zapewnieniu możliwości dowolnej, jednostronnej zmiany umowy przez Zamawiającego.

AD. H Jak wskazano w pkt 2 niniejszej odpowiedzi, nie ma żadnych przeszkód prawnych w ustaleniu okresu rękojmi min. 5 lat a maximum 10 lat w odniesieniu do oznakowania cienkowarstwowego i grubowarstwowego. Takie zastrzeżenie umowne jest prawnie dopuszczalne i nie zmierza do obejścia przepisów art. 142 ust 1 w związku z ust 2 ustawy Pzp.

Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając złożone odwołanie na rozprawie i uwzględniając dokumentację z tego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz stanowiska stron postępowania, zaprezentowane na piśmie i do protokołu rozprawy ustaliła, co następuje,

Odwołanie częściowo jest zasadne i w związku z tym zostało uwzględnione.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy Pzp. Odwołujący wnosząc przedmiotowe odwołanie wykazał spełnianie przesłanek posiadania interesu o których mowa w art. 179 ust.1 Pzp.

Za wyrokiem KIO o sygn. KIO 123/14 Izba wskazuje, że w odwołaniach od treści SIWZ wykonawca nie tyle wskazuje na brak bezpośredniej możliwości uzyskania zamówienia, co na wadliwe i niekonkurencyjne postanowienia SIWZ które utrudniają mu złożenie prawidłowej i zgodnej z przepisami Pzp oferty- zgodnie z art. 29 ust 2 Pzp wystarczające jest tylko uprawdopodobnienie tego faktu. Tym samym krąg podmiotów, które mogą korzystać z odwołań od treści SIWZ jest szeroki. Uprawnienie to przysługuje każdemu wykonawcy który potencjalnie może ubiegać się o udzielenie tego zamówienia. Na tym etapie wystarczające jest wykazanie jedynie hipotetycznej szkody polegającej na niewłaściwym sformułowaniu treści SIWZ które może utrudniać wykonawcy dostęp do zamówienia. Tym samym wystarczająca jest dla uznania interesu danego wykonawcy jedynie deklaracja, że jest zainteresowany uzyskaniem tego zamówienia i tego faktu nie ma obowiązku udowodnić. Na tym etapie postępowania interes wykonawcy jest interesem faktycznym w szerokim tego słowa znaczeniu.

Wskazać należy, że granicę kompetencji Zamawiającego w zakresie opisu przedmiotu zamówienia oraz zasad jego realizacji określają zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców wymienione w art. 7 ust.1 ustawy Pzp. Jak wynika z literalnej wykładni art. 29 ust. 2 ustawy Pzp użyty w treści tego przepisu zwrot „mógłby utrudniać uczciwą konkurencję” wskazuje, iż dla uznania naruszenia ustanowionego w powyższej

normie prawnej zakazu wystarczające jest jedynie takie działanie zamawiającego, które mogłoby sprzyjać naruszeniu zasady uczciwej konkurencji, niekoniecznie zaś godzić w nią bezpośrednio. W świetle sformułowania powoływanej normy prawnej, przepis art. 29 ust. 2 Pzp nie wymaga wcale pełnego udowodnienia naruszenia konkurencji, ale wystarczające jest udowodnienie możliwości wystąpienia takiego naruszenia, a więc jakiegoś realnego stopnia prawdopodobieństwa jego wystąpienia.

Przed merytorycznym odniesieniem się Izby do zasadności podniesionych zarzutów i żądań wskazać należy, iż Zamawiający nie był reprezentowany na posiedzeniu i rozprawie przed KIO, pomimo prawidłowego zawiadomienia. W związku z tym Izba dokonała oceny zasadności zarzutów i żądań biorąc pod uwagę – ze strony Odwołującego, treść odwołania i stanowisko prezentowane przez na rozprawie, a ze strony Zamawiającego, tylko treść przesłanej do KIO odpowiedzi na odwołanie. W zakresie stanowiska Zamawiającego Izba opierając się na ugruntowanej linii orzeczniczej wskazuje, że złożoną odpowiedź na odwołanie należy traktować jako wyjaśnienia udzielane wszystkim oferentom w zakresie odnoszącym się do SIWZ i stanowią rodzaj wykładni autentycznej kwestionowanych postanowień (podobnie- wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z 18 grudnia 2002 roku sygn. akt V Ca 1311/02).

Tym samym Izba oceniając treść zarzutów i żądań miała na względzie to, iż kwestionowane postanowienia mają być interpretowane w świetle treści odpowiedzi Zamawiającego na odwołanie, co skutkowało w kilku przypadkach oddaleniem zarzutu w związku z tym, że interpretacja tych postanowień SIWZ przez Zamawiającego była zgodna lub zbieżna z oczekiwaniem Odwołującego.

W zakresie zarzutu ozn. „B” dotyczącego utrzymania oznakowania pionowego i poziomego oznakowania drogi Izba uwzględniła ten zarzut uznając, że treść postanowienia SIWZ w tym zakresie jest nazbyt ogólna. Również z treści odpowiedzi na odwołanie nie wynika, jak Zamawiający dookreśla zakres obowiązków wykonawcy w tym zakresie. W związku z tym Izba nakazała Zamawiającemu doprecyzowanie na czym ma polegać obowiązek wykonawcy wskazany w pkt 24.3 SIWZ związany z utrzymaniem oznakowania poziomego i pionowego drogi w okresie rękojmi.

W zarzucie ozn. „C” Odwołujący wnosił o zmniejszenie wagi tego kryterium związanego z okresem rękojmi z 30% do 5%. Izba oddaliła ten zarzut w związku z tym, iż dokonane nakazanie modyfikacji dalszych postanowień SIWZ w szczególności w zakresie kar umownych oraz wyłączenia powiązania okresu utrzymania oznakowania poziomego drogi z kryterium oceny ofert w zakresie rękojmi. Zamawiający w zdawkowej odpowiedzi na zarzut wyrażonej w formie zdaniem Izby, zbyt nonszalancki stwierdził tylko iż miał prawo do takiego ustalenia kryterium. Izba zwraca uwagę, że Zamawiający winien swoje uprawnienia skorelować z obowiązkami wynikającymi w szczególności z przepisem art. 44 ustawy o

finansach publicznych (Dz.U.2017.0.2077 t.j.) czyli celowego, racjonalnego wydatkowania środków publicznych oraz optymalnego doboru metod i środków służących osiągnięciu założonych celów. W powyższym zakresie Zamawiający ustalił iż za 5 letni min. okres rękojmi wykonawca uzyska 15 punktów, a za 10 letni 30 punktów. Brak jest wskazania punktowania za okresy pośrednie tj od 6-9 lat, co zdaniem Izby jest nieprawidłowe. Z powyższego należy wywieść, że dla Zamawiającego nie ma różnicy czy wykonawca zaoferuje 6 czy 9 letni okres rękojmi, gdyż otrzyma taką sama ocenę w tym kryterium. Izba wielokrotnie w orzeczeniach wskazywała, że brak punktowania za okresy pośrednie jest nieprawidłowe, ponieważ takie ustalenie oceny w danym kryterium powoduje to iż wykonawcy wskażą albo okres najkrótszy, albo maksymalny. Niezasadnym jest niedocenie w ramach kryteriów oceny ofert okresów gwarancji, czy rękojmi w okresach pośrednich.

Odnosząc się do zarzutu ozn. lit. „D” dotyczącego terminów pośrednich realizacji umowy tzw. kamieni milowych Izba uznała potrzebę doprecyzowania w § 7 wzoru umowy – że kary umowne będą naliczane z przyczyn za które odpowiedzialność ponosi wykonawca W tym zakresie Zamawiający wyjaśnił, iż wykonawca nie poniesie ryzyka zapłaty kar umownych za nie dotrzymanie „kamieni milowych” jeżeli będzie wykonywał swoje obowiązki w sposób należyty. Ponadto wskazał, że w przypadku zaistnienia negatywnych sytuacji dla wykonywania robót, związanych z warunkami atmosferycznymi to wówczas wykonawca ma prawo wnioskować o wydłużenie terminu realizacji w na podstawie stosownych wpisów do dziennika budowy potwierdzającymi brak możliwości wykonywania prac. Tym samym nakazanie zmiany przez Izbę ma na celu doprecyzowanie w treści SIWZ jego stanowiska przedstawionego w odpowiedzi na odwołanie.

W zakresie zarzutu ozn. lit „E” dotyczącego możliwości ograniczenia wysokości kar umownych Zamawiający podał, że ustalenie wysokości kar jest uprawnieniem zamawiającego i nie ma przepisów, które ograniczałyby prawo zamawiającego do ustalenia ich wysokości. W zakresie tej argumentacji Izba wskazuje na podniesioną argumentację co do stanowiska Zamawiającego, podana w zarzucie ozn. lit. „C”.

W tym zakresie podkreślić należy, iż w orzecznictwie stwierdza się, że kara umowna spełnia różne funkcje. Po pierwsze, jest to funkcja odszkodowawcza, po drugie, kara umowna pełni również funkcję prewencyjno-represyjną, motywującą dłużnika do wykonania świadczenia zgodnie z ustalonymi w umowie warunkami jakościowymi i w oznaczonym w umowie terminie. Z powyższego należy wywieść, że uprawnienie Zamawiającego do ustalenia wysokości kar umownych nie jest nieograniczone. Zamawiający w odniesieniu do odszkodowawczej funkcji kar winien wykazać, czy ustalona wysokość kary odpowiada wysokości ewentualnej szkody, spowodowanej nieterminowym wykonaniem zamówienia lub jego części. Kara winna mieć funkcję odszkodowawczą, a nie dochodowa dla

Zamawiającego, dlatego też wysokość kary nie może przekraczać wysokości ewentualnej szkody/straty Zamawiającego.

Ponadto kara winna być nakładana za niewykonanie zamówienia w sytuacji, kiedy okresy realizacji przewidziane w SIWZ są obiektywnie realne. W innym przypadku, kiedy wykonanie zamówienia w ustalonych w SIWZ terminach jest nierealne, to niewątpliwym jest, że wykonawcy wliczą w cenę oferty koszt kar umownych, których przy wykonywaniu danego zamówienia nie da się uniknąć. Taka sytuacja niewątpliwie wypacza sens kar umownych, gdyż kara staje się elementem kosztowym a nie odszkodowawczym, a ponadto w takiej sytuacji znika również prewencyjno-represyjna funkcja kary, motywującą dłużnika do wykonania świadczenia zgodnie z ustalonymi w umowie warunkami.

W związku z brakiem w stanowisku Zamawiającego jakiegokolwiek argumentacji mogącej uzasadnić wysokości kar umownych Izba uznała za częściowo zasadną argumentację Odwołującego i nakazała dokonanie zmiany w §7 pkt 1.12 wzoru umowy poprzez ograniczenie z 40% do 30% maksymalnej, łącznej wysokości kar umownych możliwych do naliczenia dla wykonawcy.

Odnosząc się do zarzutów ozn. lit „F” i „G” Izba nie uwzględniła żądań Odwołującego w tym zakresie uznając, że przy przedstawionej przez Zamawianego interpretacji postanowień SIWZ w tym zakresie postawione wymagania nie naruszają przepisów Prawa. Zamawiający w odniesieniu do wątpliwości Odwołującego co do blokowania dokonania końcowego odbioru robót, wystąpieniem jakiegokolwiek usterki jednoznacznie wyjaśnił, że takie wstrzymanie będzie mogło nastąpić tylko w sytuacji kiedy ujawniona wada będzie na tyle istotna, że będzie uniemożliwiała użytkowanie przedmiotu zamówienia. Natomiast w zakresie stwierdzenia rozbieżności w materiałach projektowych Zamawiający podał, że ich wystąpienie nie będzie służyło możliwości jednostronnej zmiany umowy przez Zamawiającego.

Ostatnim zarzutem uwzględnionym przez Izbę był zarzut ozn. lit „H”, odnoszący się do niezasadnego włączenia do okresu rękojmi udzielanego na przedmiot zamówienia także rękojmi dla oznakowania cienkowarstwowego i grubowarstwowego drogi.

Na wstępie wskazać należy, że na gruncie zamówień publicznych istotą gwarancji czy rękojmi jest zapewnienie Zamawiającemu prawidłowości używania określonego przedmiotu przez określony czas. Z powyższego należy wywieść, że okres rękojmi czy gwarancji nie powinien być dłuższy od cyklu życia tj. wykraczać poza okres technicznej żywotności danego przedmiotu zamówienia. W przedmiotowej sytuacji Zamawiający nie odniósł się w jakikolwiek sposób do zarzut odwołania oraz przedstawionego uzasadnienia stwierdzając tylko, że nie ma żadnych przeszkód prawnych w ustaleniu okresu rękojmi min. 5 lat a maximum 10 lat w odniesieniu do oznakowania cienkowarstwowego i grubowarstwowego, gdyż takie zastrzeżenie umowne jest prawnie dopuszczalne.

W przedmiotowym postępowaniu w sposób niewątpliwy zostało wykazane, że okres technicznej żywotności dla oznakowania poziomego cienkowarstwowego wynosi maksymalnie 3 lata, a dla oznakowania grubowarstwowego maksymalnie 5 lat.

Abstrahując od zaleceń technicznych wskazanych w ww. Specyfikacji technicznej co do maksymalnego okresu rękojmi, jakiego Zamawiający winien oczekiwać od wykonawcy takiego oznakowania, stwierdzić należy, że powyższe okresy są maksymalnymi okresami żywotności tego typu oznakowani. Powyższe wynika wprost ze Specyfikacji technicznej na którą przy sporządzaniu dokumentacji powoływał się sam Zamawiający.

Uszło uwadze Zamawiającemu, iż nie rozróżniając okresu rękojmi na przedmiot zamówienia i oznakowanie poziome drogi, oczekuje rękojmi w zakresie poziomego oznakowania drogi powyżej okresu żywotności takiego oznakowania. Przyjmując, że maksymalny okres żywotności technicznej oznakowania cienkowarstwowego wynosi max. 3 lata to wykonawca będzie musiał co najmniej trzykrotnie ponownie takie oznakowanie wykonać. Natomiast w przypadku oznakowania grubowarstwowego niezbędne będzie wykonanie co najmniej dwukrotne. Zamawiający nie może oczekiwać od Wykonawcy utrzymania w ramach rękojmi odpowiedniego stanu technicznego, poziomego oznakowania drogi w sytuacji, kiedy po upływie 3 czy 5 lat takie oznakowanie fizycznie nie będzie istnieć. Takie ustalenie rękojmi może skutkować tym, że wykonawcy wliczą do kosztów wykonania tego zamówienia także koszty ponownego wykonania - odtworzenia oznakowania poziomego. W takim przypadku Zamawiający zapłaci wykonawcy oprócz kosztów wykonania umowy także koszt które wykonawca poniesie dopiero za kilka lat na ponowne wykonanie oznakowania, a to narusza zasady gospodarki finansów publicznych. Podkreślić należy iż rolą uregulowań prawnych w zakresie zamówień publicznych jest dbałość o racjonalne wydatkowanie środków publicznych dla realizacji określonych potrzeb społecznych.

Biorąc powyższe pod uwagę Izba uznała zasadność zarzutu Odwołującego w tym zakresie i nakazała Zamawiającemu wyłączenie powiązania okresu utrzymania oznakowania poziomego drogi z kryterium oceny ofert w zakresie rękojmi i ustalenia w tym zakresie odrębnego okresu rękojmi, przypisanego właściwościom technicznym tego elementu zamówienia wynikających z warunków technicznych wskazanych w pkt 10.2 pkt 9 – Szczegółowe Specyfikacje techniczne.

Zgodnie z treścią art. 192 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, Krajowa Izba Odwoławcza uwzględnia odwołanie w sytuacji, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, co – ze wskazanych wyżej względów miało miejsce w przedmiotowym postępowaniu.

Biorąc pod uwagę powyższe rozważania i ustalenia, Izba postanowiła jak w sentencji wyroku, orzekając na podstawie przepisów art. 190 ust.7, 191 ust.2 i 192 ust. 2 ustawy Pzp,.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, oraz w oparciu o przepisy § 3 pkt.1a rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 roku w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41 poz. 238 ze zm.).

Przewodniczący