

WYROK

z dnia 22 maja 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Katarzyna Brzeska

Protokolant: Mateusz Zientak

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 17 maja 2017 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 28 kwietnia 2017 r. przez **wykonawcę B. S. A. z siedzibą w W.** w postępowaniu prowadzonym przez **Zamawiającego: W. L. : Z. D. W. w L.**

orzeka:

- 1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu zmianę postanowień SIWZ, t.j. § 15 ust. 5 pkt 1 Wzoru umowy (Załącznik G) dotyczącego warunków odbioru ostatecznego w zakresie w jakim Zamawiający uprawniony jest do odmówienia odbioru robót budowlanych do czasu usunięcia ich wad przez wykonawcę, w zakresie robót dotkniętych wadami nadającymi się do usunięcia przez wykonawcę oraz zmianę Rozdziału XV ppkt 4 SIWZ – Kryterium oceny ofert, t.j. premiowania podwykonawstwa w zakresie kryterium oceny ofert, poprzez powiązanie tego kryterium z określeniem w opisie przedmiotu zamówienia kluczowych części zamówienia, z uwzględnieniem również okoliczności wskazanych w uzasadnieniu orzeczenia. Ponadto nakazuje Zamawiającemu uwzględnienie konsekwencji ww. zmian w pozostałych postanowieniach SIWZ wraz z załącznikami.**
- 2. W pozostałym zakresie odwołanie oddala.**
- 3. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę B. S. A. z siedzibą w W. w wysokości 71,4% zaś Z.: W. L.: Z. D. W. w L. w wysokości 28,6% i:**

- 1) zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20 000 zł 00 gr.** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez **wykonawcę B. S. A. z siedzibą w W.** tytułem wpisu od odwołania;
- 2) zasądza od **wykonawcy B. S. A. z siedzibą w W. na rzecz Zamawiającego: W. L.: Z. D. W. w L.** kwotę **16.850,40 zł** (słownie: szesnaście tysięcy osiemset pięćdziesiąt złotych czterdzieści groszy), stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu oraz wynagrodzenia pełnomocnika

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

Przewodniczący:

.....

Uzasadnienie

Zamawiający – W. L.: Z. D.W. w L. prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r. poz. 2164 z późn. zm.) (zwanej dalej również „*ustawą Pzp*”), postępowanie o udzielenie zamówienia pn: „*Rozbudowa drogi wojewódzkiej Nr (...) na odcinku od granicy miasta L. do m. P.*”.

Wartość zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 21 kwietnia 2017 r. pod numerem 2017/S 078-150150.

Wykonawca B. S. A. z siedzibą w W. (zwany dalej: „*Odwołującym*”) w dniu 28 kwietnia 2017 r. (data wpływu do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej) złożył odwołanie na postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia (zwaną dalej również: „*SIWZ*”), zarzucając Zamawiającemu naruszenie art. 143d ust. 1, art. 143a ust. 2, art. Art. 143b ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 14 i 139 ustawy Pzp w zw. z art. 5, 353¹ i 647¹ k.c., art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp, art. 139 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 14 ustawy Pzp w zw. z art. 647 k.c., art. 654 k.c., art. 656 § 1 k.c., art. 353¹ k.c. i art. 58 § 3 k.c., art. 36 ust. 1 pkt 13 ustawy Pzp w zw. z art. 91 ust. 2 ustawy Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. Odwołujący wniósł o zmianę niektórych postanowień SIWZ, ich modyfikację, czy wykreślenie. Odwołujący uzasadniając swoje stanowisko w odwołaniu, wskazał m. in. na następujące okoliczności: W ocenie Odwołującego Zamawiający naruszył przepisy ustawy Pzp oraz k.c. poprzez narzucenie zapisami SIWZ (w tym wzoru umowy) treści stosunku mającego łączyć wykonawcę robót z podwykonawcą określonej w sposób naruszający jego właściwość, obowiązujące przepisy prawa oraz zasadę równości stron, co należy ocenić jako nadużycie przez Zamawiającego prawa do ustalenia warunków umowy w sprawie zamówienia publicznego, poprzez ukształtowanie wskazanych niżej zapisów SIWZ odnoszących się do umów z podwykonawcami w sposób naruszający prawo do swobodnego kształtowania warunków umowy, wykraczając poza zakres uprawnień wynikający z obowiązujących przepisów, nadmiernie ingerując w zakres uprawnień wykonawcy, w szczególności: 1) w pkt XIV.4 lit. d) SIWZ - wprowadzenie postanowienia, zgodnie z którym Zamawiający wniesie zastrzeżenia do projektu umowy o podwykonawstwo, jeśli projekt umowy zawiera zapisy o zatrzymywaniu lub potrącaniu kwot z wynagrodzenia podwykonawcy - jest to wymaganie nadmierne i

nieuzasadnione, a także nieproporcjonalnie do celu, ograniczające prawo wykonawcy do kształtowania swoich stosunków umownych, 2) w pkt. XIV.4 lit. e) SIWZ - wprowadzenie postanowienia, zgodnie z którym Zamawiający wniesie zastrzeżenia do projektu umowy o podwykonawstwo, jeśli wynagrodzenie dla podwykonawcy lub dalszego podwykonawcy za przewidziany umową o podwykonawstwo zakres robót przekracza wartość wynagrodzenia należnego wykonawcy wynikającą z umowy zawartej między zamawiającym i wykonawcą za wykonanie analogicznego zakresu robót - jest to wymaganie wprost naruszające przepis art. 6471 § 5 k.c., zgodnie z którym Zamawiający odpowiada solidarnie do pełnej wysokości wynagrodzenia należnego podwykonawcy na podstawie umowy o podwykonawstwo, której przedmiotem są roboty budowlane - wobec czego zgłaszanie na tej podstawie zastrzeżeń do projektu umowy jest niezgodne z przepisami prawa i podyktowane wyłącznie zamiarem uniknięcia ustawowej odpowiedzialności solidarnej Zamawiającego, a przez to dokonane w celu obejścia ustawy (art. 58 § 1 k.c.), z uszczerbkiem dla prawnie chronionych interesów wykonawcy, 3) w pkt. XIV,4 lit. j) SIWZ - wprowadzenie postanowienia, zgodnie z którym Zamawiający wniesie zastrzeżenia do projektu umowy o podwykonawstwo, jeśli projekt umowy zawiera zapisy sprzeczne z ustawą, mające na celu obejście ustawy albo sprzeczne z zasadami współżycia społecznego, ponieważ Zamawiający nie jest ustawowo określonym organem powoływanym do rozpoznawania spraw cywilnych i oceny zawartych umów pod względem ich zgodności z prawem, zaś organami takimi są organy wymiaru sprawiedliwości, w związku z czym Zamawiający uzurpuje sobie prawo do oceny treści stosunków prawnych nawiązywanych przez osoby trzecie ze skutkiem dla nich wiążącym, czym narusza również przepis art. 2 § 1 k.p.c., naruszenie art. 143b ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 143d ust. 1 ustawy Pzp oraz 14 i 139 ustawy Pzp w zw. z art. 5 i 3531 k.c. oraz w zw. z art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp, poprzez ukształtowanie treści przedmiotowego stosunku zobowiązaniowego w sposób naruszający jego właściwość, obowiązujące przepisy prawa oraz zasadę równości stron, co należy ocenić jako nadużycie przez Zamawiającego prawa do ustalenia warunków umowy zamówieniowej, poprzez ukształtowanie wskazanych niżej zapisów SIWZ odnoszących się do umów z podwykonawcami w sposób naruszający prawo wykonawcy do swobodnego kształtowania warunków umowy, wykraczając poza zakres uprawnień wynikający z obowiązujących przepisów, nadmiernie ingerując w zakres uprawnień wykonawcy, i wprowadzenie w pkt. XIV.4 lit. m) SIWZ postanowienia, zgodnie z którym Zamawiający wniesie zastrzeżenia do projektu umowy o podwykonawstwo, jeśli projekt umowy przewiduje rozliczenie wynagrodzenia podwykonawcy kosztorysem powykonawczym i nie zawiera maksymalnej kwoty wynagrodzenia nie wyższej niż należność wykonawcy za dany asortyment robót; naruszenie art. 143a ust. 2 ustawy Pzp w zw. z art. 14 i 139 ustawy Pzp i w zw. z art. 5 i 3531 k.c. i art. 647 k.c. poprzez rozszerzenie zakresu sytuacji, w których Zamawiający może wstrzymać się z zapłatą wynagrodzenia należnego wykonawcy robót w

sposób sprzeczny z wymogiem bezwzględnie obowiązujących przepisów prawa, a zarazem wykraczający poza możliwości wynikające z zasady swobody umów, naruszenie art. 139 ust. 1 ustawy Pzp i art. 14 ustawy Pzp w zw. z art. 647 k.c., art. 654 k.c., art. 656 § 1 k.c., art. 3531 k.c. i art. 58 § 3 k.c., poprzez ukształtowanie określonych w § 15 ust. 5 pkt 1 Wzoru umowy warunków odbioru ostatecznego w sposób sprzeczny z tymi przepisami, w tym z naturą stosunku prawnego umowy o roboty budowlane w takim zakresie, w jakim Zamawiający będzie (w świetle zaskarżonego postanowienia wzoru umowy) uprawniony do odmówienia odbioru robót budowlanych do czasu usunięcia ich wad przez wykonawcę także wtedy, kiedy roboty te będą dotknięte wadami nadającymi się do usunięcia, podczas gdy zgodnie z obowiązującymi w tej mierze przepisami oraz ugruntowaną linią orzecniczą Sądu Najwyższego i sądów apelacyjnych, obowiązkiem Zamawiającego jest w tym przypadku dokonanie odbioru robót od wykonawcy, a prawo do odmowy odbioru robót służy Zamawiającemu wyłącznie wówczas, kiedy roboty są dotknięte wadami istotnymi; naruszenie art. 36 ust. 1 pkt 13 ustawy Pzp w zw. z art. 91 ust. 2 ustawy Pzp w z w, z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez niedopuszczalne określenie kryteriów oceny ofert i sposobu ich oceny w zakresie kryterium dot. udziału procentowego samodzielnego wykonania przedmiotu zamówienia (pkt XV ppkt 4 SIWZ), tj. nieuzasadnione ograniczenie podwykonawstwa (premiowanie tego podwykonawstwa w zakresie kryteriów oceny ofert) bez powiązania tego kryterium z określeniem w opisie przedmiotu zamówienia (OPZ) kluczowych części zamówienia. Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu zmodyfikowania postanowień SIWZ, w szczególności poprzez: 1. zmianę § 15 ust. 5 pkt 1 Wzoru umowy, poprzez zastąpienie słów: jeżeli podczas odbioru ostatecznego Zamawiający stwierdzi Wady Przedmiotu umowy lub braki dokumentów, których obowiązek sporządzenia wynika z umowy lub powszechnie obowiązujących przepisów prawa, czynności odbioru ostatecznego zostaną przerwane, zaś Zamawiający wyznaczy Wykonawcy termin na usunięcie Wad Przedmiotu umowy lub/i uzupełnienie brakujących dokumentów. Wykonawca niezwłocznie powiadomi Zamawiającego o usunięciu Wad Przedmiotu umowy lub/i uzupełnieniu brakujących dokumentów. Zamawiający przystąpi do ponownego odbioru ostatecznego w wyznaczonym przez siebie terminie po usunięciu przez Wykonawcę Wad Przedmiotu umowy lub uzupełnieniu dokumentów. Zakończenie odbioru ostatecznego zostanie potwierdzone protokołem odbioru ostatecznego, podlegającym podpisaniu przez upoważnionych przedstawicieli Stron”, słowami: jeżeli podczas odbioru ostatecznego Zamawiający stwierdzi Wady Przedmiotu umowy lub braki dokumentów, których obowiązek sporządzenia wynika z umowy lub powszechnie obowiązujących przepisów prawa, a wady te będą nadawały się do usunięcia, Zamawiający dokona odbioru ostatecznego od Wykonawcy, a w protokole odbioru ostatecznego Strony wskażą roboty dotknięte wadami oraz ustalą sposób i odpowiedni termin na ich usunięcie przez Wykonawcę na własny koszt. Zakończenie odbioru

ostatecznego zostanie potwierdzone protokołem odbioru ostatecznego, podlegającym podpisaniu przez upoważnionych przedstawicieli Stron”; 2. wykreślenie pkt. XIV,4 lit. d) SIWZ, pkt. XIV.4 lit. e) SIWZ, pkt. XIV.4 lit. j) SIWZ, pkt. XIV.4 lit. 1) SIWZ i pkt. XIV.4 lit. m) SIWZ i odpowiadających im zapisów Wzoru umowy. 3. modyfikację pkt SIWZ, pkt XIV 10 (i jego odpowiednika we wzorze umowy) poprzez wprowadzenie następującego zapisu (oczekiwane zmiany zostały zaznaczone pogrubieniem): „Warunkiem zapłaty przez Zamawiającego odpowiedniej części wynagrodzenia należnego Wykonawcy wynagrodzenia za odebrane roboty budowlane jest przedstawienie przez Wykonawcę wraz z fakturą, dowodów zapłaty (potwierdzenie dokonania przelewu bankowego i kopię faktury lub rachunku stanowiących podstawę do zapłaty, za zakres objęty fakturą Wykonawcy) wymagalnego wynagrodzenia podwykonawcom lub dalszym podwykonawcom, którzy zawarli zaakceptowaną przez zamawiającego umowę o podwykonawstwo, której przedmiotem są roboty budowlane, lub którzy zawarli przedłożoną zamawiającemu umowę podwykonawstwo, której przedmiotem są dostawy lub usługi, za wykonane i odebrane roboty budowlane, dostawy lub usługi. W razie braku dowodów zapłaty, Zamawiający wstrzymuje zapłatę na rzecz Wykonawcy w wysokości niepotwierdzonej dowodami zapłaty.” 4. modyfikację pkt XV ppkt 4 SIWZ - kryterium dot. udziału procentowego samodzielnego wykonania przedmiotu zamówienia poprzez wprowadzenie dodatkowych punktów nie za ograniczenie procentowego udziału podwykonawców w realizacji przedmiotu zamówienia, a za ograniczenie podwykonawstwa w wykonaniu kluczowych części zamówienia, np. w zakresie branży drogowej, w tym wzmocnienia konstrukcji jezdni.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności treść ogłoszenia o zamówieniu oraz postanowienia SIWZ, jak również oświadczenia i stanowiska stron postępowania złożone w trakcie rozprawy, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje:

Odwołanie, wobec nie stwierdzenia na posiedzeniu niejawnym braków formalnych oraz w związku z uiszczeniem przez Odwołującego wpisu, podlega rozpoznaniu.

Ponadto Izba ustaliła, że Odwołujący przekazał Zamawiającemu kopię niniejszego odwołania.

Izba stwierdziła, że Odwołujący legitymuje się uprawnieniem do korzystania ze środków ochrony prawnej, o których stanowi przepis art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba ustaliła również, że wezwanie do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym miało miejsce w dniu 2 maja 2017 r.

Następnie Izba ustaliła, że do niniejszego postępowania po stronie Zamawiającego nie zgłosił przystąpienia – w terminie przewidzianym w ustawie – żaden wykonawca.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje:

Zamawiający – W. L.: Z. D. W. w L. prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia na: „*Rozbudowę drogi wojewódzkiej Nr (...) na odcinku od granicy miasta L. do m. P.*”.

/dokumentacja postępowania: Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia, pkt III: „Opis przedmiotu zamówienia”, str. 1/

Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia (zwana dalej również: „SIWZ”) zawierała m. in. następujące postanowienia:

- Rozdział XIV. Wymagania dotyczące umowy o podwykonawstwo, której przedmiotem są roboty budowlane, a także informacje o umowach o podwykonawstwo na dostawy i usługi.

Pkt 4. Zamawiający złoży w formie pisemnej zastrzeżenia do projektu umowy o podwykonawstwo, której przedmiotem są roboty budowlane, lub do projektu jej zmiany, w sytuacji gdy:

d. projekt umowy zawiera zapisy o zatrzymywaniu lub potrącaniu kwot z wynagrodzenia podwykonawcy

e.- wynagrodzenie dla podwykonawcy lub dalszego podwykonawcy za przewidziany umową o podwykonawstwo zakres robót przekracza wartość wynagrodzenia należnego wykonawcy wynikającą z umowy zawartej między zamawiającym i wykonawcą za wykonanie analogicznego zakresu robót, a w szczególności przekracza wartość wskazaną w Tabeli elementów rozliczeniowych a brak jest dołączonej rzetelnej informacji z jakich innych pozycji zostanie pokryta nadwyżka. - wynagrodzenie dla podwykonawcy lub dalszego podwykonawcy za przewidziany umową o podwykonawstwo zakres robót przekracza wartość wynagrodzenia należnego wykonawcy wynikającą z umowy zawartej między zamawiającym i wykonawcą za wykonanie analogicznego zakresu robót, a w szczególności przekracza wartość wskazaną w Tabeli elementów rozliczeniowych, a projekt umowy podwykonawczej nie zawiera zapisów o zabezpieczeniu kwoty przekraczającej wartość wynagrodzenia wynikającą z Tabeli elementów rozliczeniowych w formie bankowej/ubezpieczeniowej gwarancji (w takim przypadku projekt gwarancji, w której Beneficjentem będzie Zamawiający należy przedłożyć do akceptacji wraz z projektem

umowy podwykonawczej).

j. projekt umowy zawiera zapisy sprzeczne z ustawą, mające na celu obejście ustawy albo sprzeczne z zasadami współżycia społecznego

m. projekt umowy przewiduje rozliczenie wynagrodzenia podwykonawcy kosztorysem powykonawczym i nie zawiera maksymalnej kwoty wynagrodzenia nie wyższej niż należność Wykonawcy za dany asortyment robót.

- Rozdział XV. Opis kryteriów, którymi zamawiający będzie się kierował przy wyborze oferty wraz z podaniem wag tych kryteriów i sposobu oceny ofert.

Pkt 4 Udział procentowy samodzielnego wykonania przedmiotu zamówienia -
znaczenie kryterium 20 %

Oferty z samodzielnym wykonaniem zamówienia przez wykonawcę na poziomie do 50% wartości oferty PW = 0
Oferty z samodzielnym wykonaniem zamówienia przez wykonawcę na poziomie 50%-60% wartości oferty PW = 5
Oferty z samodzielnym wykonaniem zamówienia przez wykonawcę na poziomie powyżej 60% wartości oferty PW = 10
W przypadku nie wskazania udziału procentowego samodzielnego wykonania przedmiotu zamówienia przez Wykonawcę, Zamawiający przyjmie, iż wynosi on mniej niż 50 %.

/dokumentacja postępowania: Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia, str. 17, 18, /

- § 15 ust. 5 pkt 1 Wzoru umowy

(...) Jeżeli podczas odbioru ostatecznego Zamawiający stwierdzi Wady Przedmiotu umowy lub braki dokumentów, których obowiązek sporządzenia wynika z umowy lub powszechnie obowiązujących przepisów prawa, czynności odbioru ostatecznego zostaną przerwane, zaś Zamawiający wyznaczy Wykonawcy termin na usunięcie Wad Przedmiotu umowy lub/i uzupełnienie brakujących dokumentów. Wykonawca niezwłocznie powiadomi Zamawiającego o usunięciu Wad Przedmiotu umowy lub/i uzupełnieniu brakujących dokumentów. Zamawiający przystąpi do ponownego odbioru ostatecznego w wyznaczonym przez siebie terminie po usunięciu przez Wykonawcę Wad Przedmiotu umowy lub uzupełnieniu dokumentów. Zakończenie odbioru ostatecznego zostanie potwierdzone protokołem odbioru ostatecznego, podlegającym podpisaniu przez upoważnionych przedstawicieli Stron.

/dokumentacja postępowania: Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia, Załącznik G, str. 20 /

Od niniejszej czynności Zamawiającego wykonawca B. S. A. z siedzibą w W. wniósł odwołanie w dniu 28 kwietnia 2017 r.

/dokumentacja postępowania: Odwołanie wykonawcy B. S. A. z siedzibą w W. z dnia 28 kwietnia 2017 r. /.

Pismem z dnia 16 maja 2017 r. Zamawiający odpowiedział na odwołanie, wnosząc o jego oddalenie.

/dokumentacja postępowania: Odpowiedź na odwołanie Zamawiającego z dnia 16 maja 2017 r. /.

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje:

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, oświadczenia i stanowiska stron oraz uczestników postępowania przedstawione podczas rozprawy, Izba uznała, iż odwołanie jest zasadne i zasługuje na uwzględnienie, choć nie wszystkie zarzuty odwołania potwierdziły się.

W ocenie Izby potwierdził się zarzut naruszenia art. 139 ust. 1 ustawy Pzp i art. 14 ustawy Pzp w zw. z art. 647 k.c., art. 654 k.c., art. 656 § 1 k.c., art. 3531 k.c. i art. 58 § 3 k.c., poprzez ukształtowanie określonych w § 15 ust. 5 pkt 1 Wzoru umowy warunków odbioru ostatecznego w sposób sprzeczny z tymi przepisami, w tym z naturą stosunku prawnego umowy o roboty budowlane w takim zakresie, w jakim Zamawiający będzie (w świetle zaskarżonego postanowienia wzoru umowy) uprawniony do odmówienia odbioru robót budowlanych do czasu usunięcia ich wad przez wykonawcę także wtedy, kiedy roboty te będą dotknięte wadami nadającymi się do usunięcia.

Zgodzić należało się z Odwołującym, że w przypadku występowania w wykonanych robotach wad usuwalnych (wad nie mających istotnego charakteru, skoro dają się usunąć) - Zamawiający jest obowiązany dokonać odbioru tych robót, zaś w protokole odbioru Strony powinny wskazać na czym wady polegają i sposób ich usunięcia w odpowiednim terminie. Wady usuwalne z samej definicji nie powodują bowiem niezdatności przedmiotu odbioru do użytku i nie świadczą o tym, że wykonawca nie wykonał powierzonych mu robót. Jak słusznie zauważył Odwołujący, powołując się na Wyrok Sądu Apelacyjnego w Białymstoku z 4 kwietnia 2014 r. I ACa 860/13, iż *„Wykonanie robót budowlanych z wadami nie może być utożsamiane z ich niewykonaniem i nie rodzi po stronie zamawiającego uprawnienia do odmowy odbioru robót. Przyjmuje się, że odmowa odbioru będzie uzasadniona jedynie w przypadku, gdy przedmiot zamówienia będzie mógł być kwalifikowany jako wykonany niezgodnie z projektem i zasadami wiedzy technicznej lub wady będą na tyle istotne, że obiekt nie będzie się nadawał do użytkowania. Wobec zgłoszenia zakończenia robót i braku uzasadnionych podstaw do odmowy odbioru, a także do skorzystania z uprawnienia do*

domagania się obniżenia wynagrodzenia strona jest zobowiązana do odbioru robót i do świadczenia pełnego wynagrodzenia wynikającego z umowy.”

Wobec powyższego Izba nakazała Zamawiającemu zmianę § 15 ust. 5 pkt 1 Wzoru umowy, poprzez zmianę ww. postanowień w taki sposób, aby wstrzymanie odbioru następowało w przypadku wystąpienia istotnych wad. Zatem ewentualny proponowany zapis może brzmieć w następujący sposób: *„jeżeli podczas odbioru ostatecznego Zamawiający stwierdzi istotne Wady Przedmiotu umowy lub braki dokumentów, których obowiązek sporządzenia wynika z umowy lub powszechnie obowiązujących przepisów prawa, czynności odbioru ostatecznego zostaną przerwane, zaś Zamawiający wyznaczy Wykonawcy termin na usunięcie istotnych Wad Przedmiotu umowy lub/i uzupełnienie brakujących dokumentów. Wykonawca niezwłocznie powiadomi Zamawiającego o usunięciu istotnych Wad Przedmiotu umowy lub/i uzupełnieniu brakujących dokumentów. Zamawiający przystąpi do ponownego odbioru ostatecznego w wyznaczonym przez siebie terminie po usunięciu przez Wykonawcę Wad Przedmiotu umowy lub uzupełnieniu dokumentów. Zakończenie odbioru ostatecznego zostanie potwierdzone protokołem odbioru ostatecznego, podlegającym podpisaniu przez upoważnionych przedstawicieli Stron”.*

Izba zgodziła się również z Odwołującym co do naruszenia art. 36 ust. 1 pkt 13 ustawy Pzp w zw. z art. 91 ust. 2 ustawy Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez niedopuszczalne określenie kryteriów oceny ofert i sposobu ich oceny w zakresie kryterium dotyczącego udziału procentowego samodzielnego wykonania przedmiotu zamówienia.

Izba zgodziła się z Odwołującym, że kryterium oceny ofert (wykonanie robót bez użycia podwykonawców) Zamawiający ustalił w sposób, który może utrudniać wykonawcom dostęp do przedmiotowego zamówienia i możliwość skonstruowania konkurencyjnej oferty, a z drugiej strony warunki te są nadmierne i nieadekwatne do celu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jakim jest wybór wykonawcy gwarantującego należyte wykonanie umowy, posiadającego odpowiednie doświadczenie, a jednocześnie proponującego Zamawiającemu ofertę korzystną ekonomicznie. Zamawiający w ramach pozacenowych kryteriów oceny ofert ustalił samodzielność realizacji przedmiotu zamówienia, o wadze 20%. Zgodzić należało się z Odwołującym, że taka konstrukcja kryterium oceny ofert jest niedopuszczalna z uwagi na nieokreślenie kluczowych części zamówienia, co wiąże się z ryzykiem, że niektórzy wykonawcy uzyskają maksymalną liczbę punktów, a mimo to posłużą się podwykonawcami (np. w zakresie 40%) do faktycznie istotnych (kluczowych) części zamówienia, istotnymi z punktu widzenia ich prawidłowej realizacji.

Zgodzić należało się z Odwołującym, że Zamawiający nie określił kluczowych części zamówienia, pozwalając wykonawcom na wszelkiego rodzaju manipulacje. Nie ulega wątpliwości, że powyższe ma znaczenie, czy premiovany przez Zamawiającego zakres robót wykonywanych samodzielnie obejmie kluczowe części zamówienia, czy np. roboty branżowe, gdzie zabezpieczenie prawidłowej realizacji może wynikać z odpowiednich zapisów umowy i prawidłowej kontroli i nadzoru na zasadach ogólnych. Izba zgodziła się z Odwołującym, że kwestionowane kryterium nie odzwierciedla rzeczywistych, obiektywnych potrzeb Zamawiającego i nie odnosi się w dostateczny sposób do przedmiotu zamówienia. Kryterium to powinno być połączone z określeniem w SIWZ kluczowych części zamówienia, przez co nie byłoby utożsamiane w próbą ograniczenia dopuszczalnego przy realizacji tego zamówienia podwykonawstwa, a w konsekwencji nadmierną ingerencją Zamawiającego w prawa wykonawców. Izba przychyliła się do stanowiska Odwołującego, że Zamawiający powinien premiować tych wykonawców, którzy zaoferują osobiste wykonanie najistotniejszych z punktu widzenia Zamawiającego zakresów zamówienia (np. najbardziej skomplikowanych technicznie, czy najistotniejszych dla uzyskania oczekiwanych parametrów drogi, istotnych z punktu widzenia użytkowników - np. części robót branży drogowej). Zakres osobistego wykonania nie powinien więc być określany procentowo, a poprzez zakres robót do wykonania. Wobec powyższego Izba nakazała Zamawiającego zmianę Rozdziału XV ppkt 4 SIWZ – Kryterium oceny ofert, t.j. premiowania podwykonawstwa w zakresie kryterium oceny ofert, poprzez powiązanie tego kryterium z określeniem w opisie przedmiotu zamówienia kluczowych części zamówienia.

W pozostałym zakresie Izba oddaliła niniejsze odwołanie, uznając że Zamawiający nie naruszył wskazanych przez Odwołującego przepisów ustawy Pzp a Zamawiający zobowiązany jest do zabezpieczenia swoich interesów jak również interesów innych podmiotów – podwykonawców. Taką właśnie rolę miały spełniać znowelizowane w tej części przepisy ustawy Pzp.

Wobec powyższego Izba w części (2/7) uwzględniła zarzuty Odwołującego, w pozostałej części (5/7) Izba oddaliła niniejsze zarzuty. W konsekwencji Izba rozdzieliła koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku – częściowego uwzględnienia oraz częściowego oddalenia niniejszego odwołania, obciążając kosztami w 71,4% wykonawcę B. S. A. z siedzibą w W. oraz w wysokości 28,6% Zamawiającego: W. L.: Z.D. W. w L. – z uwagi na uwzględnienie - w tej części - wniesionego odwołania, co wynika z sentencji niniejszego orzeczenia. Zgodnie z art. 192 ust. 9 ustawy Pzp, *w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego. Z kolei w świetle art. 192 ust. 10 ustawy Pzp, strony ponoszą*

koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku, z zastrzeżeniem art. 186 ust. 6. Jak wskazuje się w piśmiennictwie, reguła ponoszenia przez strony kosztów postępowania odwoławczego stosownie do wyników postępowania odwoławczego oznacza, że „obowiązuje w nim, analogicznie do procesu cywilnego, zasada odpowiedzialności za wynik procesu, według której koszty postępowania obciążają ostatecznie stronę „przegrywającą” sprawę (por. art. 98 § 1 k.p.c.)” J. J., Komentarz do art.192 ustawy - Prawo zamówień publicznych, w: D. W., J. J., S. M. Prawo zamówień publicznych. Komentarz, LEX, 2014, wydanie VI. Zatem użyty w art. 192 ust. 10 ustawy Pzp zwrot stosownie do jego wyniku należy rozumieć analogicznie jak w procesie cywilnym. Jak wynika z postanowienia SN z dnia 31 stycznia 1991 r. II CZ 255/90, LEX nr 5314 stosunkowe rozdzielenie kosztów polega na rozdzieleniu kosztów między stronami stosownie do wyniku postępowania i do wysokości w jakiej zostały poniesione. Stosunkowy podział kosztów procesu (100 k.p.c.) dotyczy ich całości co oznacza przyjęcie za podstawę obliczeń sumy należności obu stron, ustalonej stosownie do zasad z art. 98 § 2 i 3 k.p.c. (oraz art. 99 k.p.c. w przypadkach tam wskazanych). Sumę tę dzieli się proporcjonalnie do stosunku w jakim strony utrzymały się ze swymi roszczeniami lub obroną, otrzymując w wyniku kwoty, stanowiące ich udziały w całości kosztów. Jeżeli poniesione przez stronę koszty przewyższają obciążający ją udział zasądzeniu na jej rzecz podlega różnica.

Ponadto jak wynika z postanowienia Sądu Okręgowego w Gliwicach z 20 lipca 2016 r. sygn. akt X Ga 280/16 – w przypadku rozstrzygnięcia, w którym część odwołania zostaje oddalona, zaś część uwzględniona, zasada odpowiedzialności za wynik postępowania odwoławczego oznacza obowiązek stosunkowego rozdzielenia kosztów postępowania odwoławczego w takiej części, w jakiej odwołanie odniosło skutek. Identyczny pogląd wyrażono w wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie z 22 stycznia 2016 r. sygn. akt XXIII Ga 1992/15 oraz w postanowieniu Sądu Okręgowego we Wrocławiu z dnia 3 października 2013 r. sygn. akt X Ga 286/13.

W niniejszej sprawie Izba – co wynika z sentencji orzeczenia - zarówno uwzględniła odwołanie, jak również w pozostałej części je oddaliła. W tej sytuacji, kierując się zasadą odpowiedzialności za wynik postępowania wynikającą z art. 192 ust. 10 ustawy Pzp, obciążyła kosztami postępowania odwoławczego Odwołującego i Zamawiającego, w wysokości 71,4% (5/7) oraz 28,6% (2/7) odpowiednio każdego z nich. Ponieważ na koszty postępowania odwoławczego składał się wpis w wysokości 20.000 zł uiszczony przez Odwołującego oraz koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika (łącznie 23.600 zł) Izba zasądziła od Odwołującego na rzecz Zamawiającego kwotę 16.850,40 zł, tytułem zwrotu poniesionych kosztów uiszczonego wpisu oraz kosztów wynagrodzenia

pełnomocnika. Biorąc powyższe pod uwagę, o kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania (uwzględnienia oraz jego oddalenia) - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41 poz. 238 z późn. zm.).

Przewodniczący:

.....