

Sygn. akt: KIO 314/22

WYROK

z dnia 28 lutego 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Beata Konik**

Protokolant: **Mikołaj Kraska**

po rozpoznaniu na rozprawie 22 lutego 2022 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 7 lutego 2022 roku przez **STRABAG spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Pruszkowie** w postępowaniu prowadzonym przez **Stołeczne Centrum Opiekuńczo – Lecznicze spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie**,

orzeka:

1. Umarza postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutów, które zostały przez Odwołującego wycofane.
2. Oddala odwołanie.
3. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża Odwołującego i:
 - 3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania, po **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych, zero groszy), stanowiącą koszt poniesiony przez Zamawiającego oraz przez Odwołującego z tytułu zastępstwa przed Izbą.
 - 3.2. zasądza od Odwołującego na rzecz Zamawiającego kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych, zero groszy), stanowiącą zwrot kosztów poniesionych przez Zamawiającego z tytułu zastępstwa przed Izbą.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 r. poz. 2019), na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:

UZASADNIENIE

Stołeczne Centrum Opiekuńczo – Lecznicze spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, (dalej: „Zamawiający”) prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego o udzielenie zamówienia publicznego na wykonanie robót budowlanych pn.: *„Budowa drugiego Pawilonu Medycznego w ZOL przy ul. Mehoffera 72/74 w Warszawie na potrzeby działalności leczniczej Zakładu, wchodzącego w skład SCOL Sp. z o.o. wraz z wyposażeniem”*. Numer referencyjny: ZP/1/2022.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z 26 stycznia 2022 r. pod numerem 2022/S 018-042457.

Przedmiotowe postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest prowadzone na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 r. poz. 2019 ze zm.), tj. z dnia 18 maja 2021 r. (Dz.U. z 2021 r. poz. 1129), dalej jako „ustawa Pzp”.

W postępowaniu tym wykonawca STRABAG spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Pruszkowie (dalej: „Odwołujący”) 7 lutego 2022 roku złożył odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wobec treści Specyfikacji Warunków Zamówienia (dalej: „SWZ”), w tym wobec treści wzoru umowy.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 16 ustawy Pzp w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 647 kc przez przyznanie Zamawiającemu w § 7 ust. 10 pkt 2 załącznika nr 4 do SWZ Projektowane postanowienia umowy (dalej: Umowa) prawa do odmowy dokonania odbioru końcowego i odstąpienia od Umowy w każdym przypadku wystąpienia wad nieusuwalnych nawet jeżeli wady mają charakter nieistotny, podczas gdy zgodnie z obowiązującymi przepisami uprawnienie do odmowy odbioru końcowego powinno mieć miejsce jedynie w przypadku wystąpienia wad istotnych. W przypadku wystąpienia wad nieistotnych nieusuwalnych Zamawiający powinien dokonać odbioru końcowego i obniżyć w odpowiednim stopniu wynagrodzenie Wykonawcy. Jednocześnie powinno zostać doprecyzowane, że prawo do odmowy dokonania odbioru końcowego przewidziane w § 7 ust. 10 pkt 1 Umowy dotyczy tylko przypadku wystąpienia wad istotnych.

2) art. 453 ust. 1 pzp w zw. z art. 450 pzp, art. 8 ust. 1 ustawy Pzp (powiązane z zarzutem wskazanym w pkt1)) przez ustalenie w Dziale B w Rozdziale III pkt 10 SWZ oraz w Dziale A Rozdziale IV pkt 11 SWZ oraz § 14 ust. 8 Umowy, że:

(i) bieg terminu gwarancji i rękojmi rozpoczyna się od dnia bezusterkowego odbioru końcowego podczas gdy zgodnie z § 7 ust. 10 pkt 3 umowy Zamawiający jest zobowiązany do dokonania odbioru końcowego, w przypadku, gdy występują jedynie wady nieistotne i od tego momentu Zamawiający przejmie przedmiot Umowy i będzie go użytkował zaś zgodnie z § 10 ust. 2 Umowy okres gwarancji liczony jest od daty odbioru końcowego a nie od daty usunięcia wad odbiorowych (wad nieistotnych);

(ii) zabezpieczenie należytego wykonania umowy (70%) zostanie zwrócone po bezusterkowym odbiorze końcowym, podczas gdy zabezpieczenie powinno zostać zwrócone po wykonaniu zamówienia i uznania przez zamawiającego za należyte wykonane, czyli po odbiorze końcowym nawet jeżeli w trakcie odbioru stwierdzono wady nieistotne.

3) art. 16 pzp, art. 8 ust. 1 pzp, art. 134 ust. 1 pkt 20 pzp w związku z art. 3531 kc i art. 647 kc w zw. z art. 484 § 2 kc w zw. z art. 483 kc i art. 473 § 1 kc ze względu na: Zastrzeżenie w § 11 ust. 1 pkt 1), 3) Umowy kar umownych rażąco wygórowanych lub zastrzeżenie kar w sposób nieprecyzyjny:

(i) związanych z uchybieniem w dotrzymaniu terminów na wykonanie Etapów zgodnie z § 11 ust. 1 pkt 1) Umowy podczas gdy w treści § 2 ust. 2 Umowy nie zostały wskazane terminy realizacji Etapów. Składając w niniejszym postępowaniu ofertę Wykonawca nie jest w stanie ocenić terminów realizacji i Etapów i grożących z tego tytułu kar umownych, gdyż § 2 ust. 2 umowy nie zawiera terminów realizacji Etapów;

(ii) związanych z uchybieniem terminu usunięcia wad stwierdzonych przy odbiorze lub w okresie gwarancji i rękojmi (§11 ust. 1 pkt 3 Umowy) - w ocenie Wykonawcy kara umowna w wysokości 0,01% tj. równa wysokości kary za termin końcowy wynagrodzenia jest rażąco wygórowana; kara zwłokę w realizacji obowiązków w zakresie usuwania wad powinna być na niższym poziomie niż kara za uchybienie w terminie końcowym realizacji podstawowego zobowiązania umownego;

(iii) związanych z nieterminową zapłatą wynagrodzenia na rzecz podwykonawców w wysokości 5% wynagrodzenia podwykonawcy (§11 ust. 1 pkt 6 Umowy) kara jest niezależna od skali uchybienia tj. niezależnie od kwoty niezapłaconej jak i wielkości zwłoki w zapłacie co oznacza, że nieterminowa zapłata nawet niewielkiej kwoty o 1 dzień może skutkować pozbawieniem wykonawcy 5% wynagrodzenia podwykonawcy;

(iv) Zamawiający zastrzegł:

- górny limit kar umownych w §11 ust. 7 Umowy na poziomie 100% wartości umowy
- górny limit kar z tytułu zwłoki w wykonaniu przedmiotu Umowy w wysokości 20% wartości wynagrodzenia

– co w ocenie Wykonawcy jest poziomem wygórowanym i znacząco odstającym od realiów rynkowych, limit kar umownych w zakresie uchybienia terminowi nie powinien przekraczać 10% wartości wynagrodzenia zaś górny limit wszystkich kar nie powinien przekraczać łącznie wysokości kary z tytułu odstąpienia od umowy (§ 11 ust. 7 Umowy) tj. 20% wartości wynagrodzenia.

(v) Zamawiający w § 11 ust. 6 Umowy w sytuacji odstąpienia od Umowy przewidział możliwość domagania się kar umownych z tytułu naruszeń umowy, jakie miały miejsce przed odstąpieniem od Umowy. W przypadku odstąpienia od Umowy, w szczególności ze skutkiem *ex tunc*, Zamawiający powinien mieć prawo do domagania się jedynie kary z tytułu odstąpienia bez kumulowania tej kary z innymi karami umownymi – nie powinno dochodzić do kumulowania kar z tytułu nieprawidłowego wykonania umowy z karą za niewykonanie umowy.

- 4) art. 436 pkt 4 lit. b) pzp w zw. z w związku z art. 16 pzp i art. 647 kc poprzez ustalenie w § 16 ust. 2 Umowy możliwości zmiany terminu realizacji bez możliwości zmiany wynagrodzenia wykonawcy w sytuacji, gdy przypadki opisane w lit. a), b), c), d), e), f) i h) są przypadkami albo niezależnymi od Wykonawcy (nie uwzględnionymi w ofercie) lub przypadkami obciążającymi Zamawiającego zgodnie z art. 647 kc.
- 5) art. 8 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 16 pkt 3) ustawy Pzp i art. 433 pkt 3 ustawy Pzp w zw. z art. 3531 kc, art. 629 kc i art. 647 kc przez wskazanie w § 5 ust. 1 Umowy oraz rozdziale XVII pkt 9 SWZ, że wynagrodzenie ma charakter kosztorysowy tj. ustalane na podstawie obmiaru powykonawczego (ustalanego na podstawie ilości rzeczywiście wykonanych robót i cen przyjętych kosztorysie ofertowym) przy jednoczesnym zastrzeżeniu, że wynagrodzenie nie może ulec zwiększeniu ponad kwotę wskazaną w § 5 ust. 1 Umowy nawet jeżeli wyniku obmiaru powykonawczego zostanie ustalone zostanie, że rzeczywista wartość robót jest wyższa niż wskazana w § 5 ust. 1 Umowy. Oznacza to w istocie, że wynagrodzenie nie ma charakteru kosztorysowego, ale ma charakter ryczałtowy z możliwością jego obniżenia w sytuacji, gdy rzeczywiste ilości robót będą niższe niż wskazane w przedmiarze robót stanowiącym załącznik nr 9 do SWZ, a który to przedmiar został sporządzony przez Zamawiającego a którego wykonawca nie może samodzielnie korygować na etapie składania ofert (Rozdział XVII pkt 4 SWZ). Powoduje to przerzucenie na wykonawcę ryzyka prawidłowości przedmiaru sporządzonego przez Zamawiającego, a za którego

prawidłowość sporządzenia odpowiedzialność ponosi Zamawiający. Zapis skutkuje również przerwaniem ryzyka kontraktowego na wykonawcę w postaci konieczności ponoszenia kosztów, których w momencie składania oferty nie mógł przewidzieć Zamawiający przetrzuca na wykonawcę ryzyko pokrycia kosztów wszystkich prac poza ustalony limit co oznacza, że w przypadku przekroczeń ilościowych, zmiany zakresu prac czy niedokładności kosztorysów wykonawca ponosi wyłączną odpowiedzialność, mimo że to nie wykonawca przygotowywał kosztorys (przedmiar). Taki sposób ustalenia wynagrodzenia jest niezgodny z zasadami kontraktowania bowiem to Zamawiający ponosi odpowiedzialność za prawidłowość sporządzenia przedmiaru a jednocześnie przetrzuca on na wykonawcę ryzyko, które zgodnie z kontraktem obciąża Zamawiającego, co wprost prowadzi do uznania, że zapis ten stanowi klauzulę abuzywną w rozumieniu art. 433 pkt 3 ustawy Pzp.

6) art. 8 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 16 pkt 3) ustawy Pzp i art. 431 ustawy Pzp w zw. z art. 3531 kc i art. 354 § 2 kc poprzez zastrzeżenie w § 15 ust. 2 Umowy możliwości odstąpienia od Umowy przez Zamawiającego bez uprzedniego wezwania Wykonawcy do usunięcia uchybień co może prowadzić do zaskoczenia wykonawcy odstąpieniem od Umowy, brakiem możliwości usunięcia nieprawidłowości i brakiem zapewnienia dalszej realizacji umowy i tym samym narusza obowiązek lojalności kontraktowej ze strony Zamawiającego i brak współdziałania ze strony Zamawiającego jako wierzyciela w celu wykonania Umowy.

7) Naruszenie art. 99 ust. 1 pzp w zw. z art. 436 pkt 1 ustawy Pzp przez:

(i) ustalenie w § 2 ust. 3 Umowy wymogu zrealizowania prac związanych z wykonaniem przyłącza ciepłowniczego w terminach ustalonych jako konkretna data kalendarzowa podczas gdy termin wykonania poszczególnych robót budowlanych powinien być określonych w dniach, tygodniach, miesiącach lub latach. Jednocześnie brak jest obiektywnej przyczyny, która uzasadniałaby wskazanie konkretnej daty.

(ii) Nieprawidłowy opis przedmiotu zamówienia, gdyż składając ofertę Wykonawca nie będzie wiedział czy będzie miał możliwość realizacji prac w okresie od 1 maja 2022 r. do 31 sierpnia 2022 r. (termin Zgodnie z Warunkami technicznymi przyłączenia – Załącznik nr 1 do warunków nr VWAW/HPR/21/ 2110069 /1; Dodatek 4.1 do Załącznika 4 do projektowanych postanowień umowy), gdyż termin związania ofertą wykracza poza datę 1 maja 2022 r. – w rozdziale XIII ust. 1 SWZ Zamawiający wyznaczył termin związania ofertą na dzień 27 maja 2022 r. co oznacza, że do zawarcia umowy może dojść po dniu 1 maja 2022 r. i tym samym po zawarciu umowy Wykonawca nie będzie miał wystarczająco dużo czasu na realizację prac w tym zakresie gdyż czas realizacji prac z wszystkimi formalnościami to 2,5 – 3

miesiący pod warunkiem, że projekt usunięcia kolizji jest uzgodniony z właścicielem sieci tj Veolia

(iii) nieprawidłowy opis przedmiotu zamówienia, gdyż na chwilę obecną Zamawiający nie dysponuje uzgodnionym z Veolia projektem prac związanych z wykonaniem przyłącza ciepłowniczego. W sytuacji, gdy Zamawiający nie będzie dysponował tym projektem w chwili zawarcia umowy konieczne będą dodatkowe 2-3 miesiące na uzgodnienie projektu i tym samym wykonawca składając ofertę nie jest w stanie ustalić czy i kiedy będzie miał możliwość wykonania prac w zakresie usunięcia kolizji projektowanego Budynku z istniejącą siecią ciepłowniczą.

W związku z powyższymi zarzutami, Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu zmianę treści SWZ oraz załącznika nr 4 do SWZ wzór umowy przez:

(i) wyeliminowanie z Umowy możliwości odstąpienia od umowy w przypadku wystąpienia wad nieistotnych nieusuwalnych. Doprecyzowanie zapisów Umowy w ten sposób, aby odmowa dokonania odbioru końcowego miała miejsce jedynie w przypadku wystąpienia wad istotnych.;

(ii) zmianę zapisów Umowy w zakresie rozpoczęcia biegu okresu gwarancji i rękojmi tak aby okres ten rozpoczynał się z chwilą dokonania odbioru końcowego (z chwilą wydania) tj. przejęciem przedmiotu umowy przez Zamawiającego i rozpoczęcie korzystania/użytkowania przez Zamawiającego

(iii) zmianę zapisów Umowy tak aby zwrot zabezpieczenia należytego wykonania Umowy (70%) następował po odbiorze końcowym tj., po uznaniu, że zamówienie zostało należycie wykonane;

(iv) zmianę zapisów Umowy poprzez wyeliminowanie kar umownych z tytułu przekroczenia terminu wykonania Etapów w związku z brakiem wskazania w SWZ i Umowie terminów realizacji Etapów;

(v) zmianę zapisów Umowy w zakresie kary umownej za nieterminowe usunięcie wad odbiorowych lub w okresie gwarancji i rękojmi poprzez obniżenie tej kary względem kary umownej za niedotrzymanie terminu końcowego np. poprzez powiązanie kary z wartością elementu obciążonego wadą.;

(vi) zmianę zapisów Umowy w zakresie kar umownych związanych z nieterminową zapłatą wynagrodzenia na rzecz podwykonawców tak, aby kary nie były rażąco wygórowane i zostały powiązane z wysokością wynagrodzenia podwykonawcy, które nie zostało zapłacone w terminie i ustalenie tej kary nie jako jednorazowej, ale powiązanej z wielkością opóźnienia w zapłacie;

(vii) zmianę zapisów Umowy poprzez obniżenie limitu kar umownych tak aby limit ten nie przekraczał kary z tytułu odstąpienia od Umowy;

(viii) zmianę zapisów Umowy poprzez wyeliminowanie możliwości naliczenia kar umownych z tytułu naruszeń umowy, jakie miały miejsce przed odstąpieniem od umowy.

(ix) zmianę zapisów Umowy w ten sposób, aby była możliwość zmiany wynagrodzenia wykonawcy w sytuacji, gdy dojdzie do zmiany terminów wykonania umowy z przyczyn niezależnych od Wykonawcy a w szczególności z przyczyn, za które odpowiada Zamawiający;

(x) zmianę zapisów Umowy w taki sposób, aby wynagrodzenie wykonawcy jednoznacznie miało charakter kosztorysowy tj. ustalone obmiarem powykonawczym na podstawie rzeczywistych ilości wykonanych robót i cen jednostkowych ustalonych w kosztorysie ofertowym i nie miało charakteru wynagrodzenia ryczałtowego z możliwością jego obniżenia;

(xi) zmianę zapisów Umowy w taki sposób, aby Zamawiający przed skorzystaniem z prawa do odstąpienia od Umowy wezwał wykonawcę do usunięcia nieprawidłowości w odpowiednim terminie z zagrożeniem odstąpienia od Umowy w przypadku niezastosowania się wezwania;

(xii) zmianę zapisów SWZ i Umowy przez:

a) W przypadku zawarcia umowy przed dniem 1 maja 2022 r. wprowadzenie zapisów zobowiązujących Zamawiającego do przekazania wykonawcy projektu wykonania przyłącza ciepłowniczego wraz z odpowiednimi uzgodnieniami w chwili podpisania umowy

b) wyłączenie z zakresu przedmiotu umowy prac związanych z wykonaniem przyłącza ciepłowniczego i zrealizowanie tych prac przez Zamawiającego poza zakresem niniejszej Umowy w przypadku, gdy umowa zostanie zawarta po dniu 1 maja 2022 r. Jednocześnie w takim wypadku strony zawarłyby Aneks do umowy, w którym dokonałby ustaleń w zakresie wykonania prac związanych z wykonaniem przyłącza ciepłowniczego przez Zamawiającego, z jednoczesnym ustaleniem wpływ wykonania tych prac przez Zamawiającego na termin wykonania Umowy oraz wynagrodzenie Wykonawcy. W przypadku nie wykonania przyłącza ciepłowniczego przez Zamawiającego w terminie do 31.08.2022 r. przyznanie Wykonawcy prawa do odstąpienia od umowy ewentualnie zawarcie aneksu do Umowy ustalającego wpływ nie wykonania prac przez Zamawiającego do dnia 31.08.2022 r. na termin wykonania Przedmiotu umowy i wynagrodzenie Wykonawcy.

Odwołujący mając na uwadze powyższe wskazuje na następujące proponowane brzmienie kwestionowanych postanowień:

Ad (i)

Po uwzględnieniu zmiany treści załącznika nr 4 do SWZ – § 7 ust. 10 Umowy otrzymuje brzmienie:

§ 7 ust. 10 Z czynności przeprowadzonego odbioru sporządzany jest protokół odbioru robót zanikających/ulegających zakryciu, odbioru częściowego lub protokół odbioru końcowego, a jeżeli w toku odbioru zostaną stwierdzone wady, Zamawiającemu przysługują następujące uprawnienia:

- 1) jeżeli wady istotne kwalifikują się do usunięcia, Zamawiający może odstąpić od czynności odbiorowych i wyznaczyć Wykonawcy termin ich usunięcia; po usunięciu stwierdzonych wad istotnych Wykonawca obowiązany jest do zawiadomienia o tym Zamawiającego oraz wezwania do ponownych czynności odbiorowych, zgodnie z procedurą wskazaną powyżej;
- 2) jeżeli wady istotne nie kwalifikują się do usunięcia, to Zamawiający może odstąpić od umowy z przyczyn zależnych od Wykonawcy z konsekwencjami wymienionymi w § 11 lub żądać wykonania przedmiotu umowy po raz drugi, na koszt i odpowiedzialność Wykonawcy;
- 3) jeżeli w trakcie odbioru końcowego stwierdzone zostanie istnienie wad nieistotnych, Zamawiający dokona odbioru końcowego, a stwierdzone wady zostaną opisane w odrębnym protokole, w którym zostanie wyznaczony termin ich usunięcia. Wykonawca zobowiązany jest do zawiadomienia Zamawiającego o usunięciu wad. Usunięcie wad w tym przypadku zostanie stwierdzone protokołem.

Ad (ii) i (iii)

Po uwzględnieniu zmiany treść SWZ – rozdziału III pkt 10 i rozdział IV pkt 11 SWZ:

Rozdział III pkt 10 Zamawiający zwolni lub zwróci Wykonawcy zabezpieczenie należytego wykonania umowy w wysokości 70% jego wartości wraz należnymi odsetkami, w przypadku wnoszenia zabezpieczenia w formie pieniężnej, wynikającymi z umowy rachunku bankowego, na którym było ono przechowywane, pomniejszone o koszt prowadzenia tego rachunku oraz prowizji bankowej za przelew pieniędzy, na rachunek bankowy Wykonawcy w terminie 30 dni od daty skutecznego dokonania odbioru końcowego.

Rozdział IV pkt 11 Zamawiający wymaga minimalny okres gwarancji i rękojmi na wykonane roboty nie krótszy niż 60 miesięcy (5 lat) i nie dłuższy niż 84 miesiące (7 lat) - bieg terminu gwarancji i rękojmi rozpoczyna się od dnia odbioru końcowego robót budowlanych, potwierdzonych protokołem odbioru końcowego z zastrzeżeniem, że okres gwarancji na wykonaną sieć ciepłowniczą, o której mowa w pkt 4.10 SWZ oraz na roboty i materiały używane do jej wykonania rozpoczyna się od dnia podpisania protokołu końcowego odbioru sieci ciepłowniczej lub przejęcia/przekazania wybudowanej sieci ciepłowniczej na majątek Veolia Energia Warszawa S.A. w przypadku gdy będzie ona późniejsza niż data protokołu końcowego odbioru sieci ciepłowniczej. Termin gwarancji jest jednym z kryterium oceny ofert.

Ad (iv)-(viii)

Po uwzględnieniu zmiany treść załącznika nr 4 do SWZ – § 11 Umowy otrzymuje brzmienie:

§ 11 ust. 1 pkt 1) – skreślony

§ 11 ust. 1 pkt 3) za każdy dzień zwłoki w usunięciu wad stwierdzonych przy odbiorze lub w okresie gwarancji lub rękojmi, licząc od dnia wyznaczonego na usunięcie wad - w wysokości 0,01% wynagrodzenia umownego brutto elementu Przedmiotu Umowy obarczonego wadą (zgodnie z kosztorysem ofertowym), za każdy dzień zwłoki, nie więcej niż 15% wynagrodzenia umownego brutto, o którym mowa w § 5 ust. 1,

§ 11 ust. 1 pkt 6) w przypadku braku zapłaty lub nieterminowej zapłaty wynagrodzenia należnego podwykonawcy lub dalszemu podwykonawcy w wysokości 0,1% niezapłaconego lub nieterminowo zapłaconego wynagrodzenia podwykonawcy za każdy dzień opóźnienia w zapłacie wynagrodzenia na rzecz podwykonawcy,

§ 11 ust. 6 – skreślony

§ 11 ust. 7 Łączna wysokość kar umownych przysługujących Zamawiającemu na mocy Umowy nie może przekroczyć 20% wartości brutto przedmiotu umowy, wskazanego w § 5 ust. 1 umowy.

Ad (ix)

Po uwzględnieniu zmiany treść załącznika nr 4 do SWZ – § 16 ust. 2) Umowy poprzez dodanie po dotychczasowej treści (po pkt 4) dodatkowego zdania o następującym brzmieniu: § 16 ust. 2 W przypadkach wskazanych w powyżej w niniejszym ustępie w pkt 1) lit. a), c), d), e), f), h) oraz pkt 2) może dojść również do zmiany wynagrodzenia Wykonawcy określonego w § 5 ust. 1 Umowy, jeżeli zmiana ma wpływ na koszty wykonania przedmiotu umowy – w przypadku zmiany terminów na koszty ogólne budowy zaś w przypadku zmiany technologii na koszty wykonania robót, przy czym zmiany technologii zostaną potraktowane jako roboty zamienne i zostaną wycenione zgodnie z § 17 Umowy.

Ad (x)

Po uwzględnieniu zmiany treść załącznika nr 4 do SWZ – § 5 ust. 1) Umowy otrzymuje brzmienie:

§ 5 ust. 1 Za całkowite i prawidłowe wykonanie przedmiotu umowy, Strony ustalają umowne wynagrodzenie kosztorysowe w wysokości:

- | | | | |
|----|--------|----------|-----------|
| 1) | Netto |zł | (słownie: |
| | | |) |
| 2) | VAT | zł | (słownie: |
| | | |) |
| 3) | Brutto | zł | (słownie: |
| | | |). |

Ostateczna wartość przedmiotu umowy może ulec zmniejszeniu lub zwiększeniu i zostanie ustalona po komisyjnym odbiorze przedmiotu umowy, zatwierdzonym protokołem odbioru, na podstawie przeprowadzonego obmiaru powykonawczego oraz kosztorysu powykonawczego,

sporządzonego przez Wykonawcę i sprawdzonego przez Inspektorów nadzoru inwestorskiego.

Ad (xi)

Po uwzględnieniu zmiany treści załącznika nr 4 do SWZ – § 15 ust. 3 Umowy otrzymuje brzmienie:

§ 15 ust. 3 W przypadkach wskazanych powyżej w ust. 1 pkt 1), 2) 3), 5), 6), 7) 8) i 9) Zamawiający przed skorzystaniem z prawa do odstąpienia od Umowy wezwie Wykonawcę do usunięcia nieprawidłowości w odpowiednim terminie z zagrożeniem, że w razie bezskutecznego upływu wyznaczonego terminu będzie uprawniony do odstąpienia od umowy. Odstąpienie od umowy może nastąpić wyłącznie w formie pisemnej. Wykonawca po otrzymaniu pisemnego zawiadomienia zobowiązany jest do niezwłocznego zabezpieczenia terenu budowy.

Ad (xii)

Po uwzględnieniu zmiany treści załącznika nr 4 do SWZ – § 2 ust. 3 Umowy otrzymuje brzmienie:

§ 2 ust. 3 Terminy realizacji zakończenia prac związanych z wykonaniem Przyłącza ciepłowniczego, ustala się następująco:

1) usunięcie kolizji projektowanego Budynku z istniejącą siecią ciepłowniczą (budowa rozdzielczej sieci ciepłowniczej, demontaż istniejącej sieci ciepłowniczej, budowa i demontaż prowizorycznej sieci ciepłowniczej) – prace będą realizowane w terminie od dnia 1 maja 2022 r. do 31 sierpnia 2022 r. o ile do zawarcia niniejszej Umowy doszło przed dniem 1 maja 2022 r., Zamawiający przy podpisaniu Umowy przekazał wykonawcy projekt wykonania przyłącza ciepłowniczego wraz z odpowiednimi uzgodnieniami

2) wykonanie przyłącza sieci ciepłowniczej wraz z odbiorem oraz węzła cieplnego wraz z odbiorem w Budynku, w terminie nie później niż od 1 maja 2023 r. do 31 sierpnia 2023 r..

W przypadku zawarcia umowy po dniu 1 maja 2022 r. usunięcie kolizji projektowanego Budynku z istniejącą siecią ciepłowniczą zostanie wykonane przez Zamawiającego lub podmiot trzeci zatrudniony przez Zamawiającego na podstawie osobnej umowy w terminie do dnia 31 sierpnia 2022 r. W takim przypadku:

a) prace w zakresie usunięcia kolizji projektowanego Budynku z istniejącą siecią ciepłowniczą zostaną wyłączone z zakresu przedmiotu Umowy zgodnie z § 17 ust. 2 Umowy. W takim wypadku strony zawrą Aneks do niniejszej Umowy, w którym ustalą wykonanie tych prac przez Zamawiającego w terminie do dnia 31 sierpnia 2022 r. oraz wpływ wyłączenia prac na terminy wykonania niniejszej Umowy oraz wynagrodzenie wykonawcy

b) W przypadku gdy Zamawiający nie wykona prac w zakresie usunięcia kolizji projektowanego Budynku z istniejącą siecią ciepłowniczą do dnia 31 sierpnia 2022 r. Wykonawcy będzie przysługiwało prawo do odstąpienia od niniejszej Umowy, chyba że

Strony w terminie do dnia 30 września 2022 r. zawrą aneks do Umowy, w którym uregulują kwestię wykonania przez Zamawiającego prac w zakresie usunięcia kolizji projektowanego Budynku z istniejącą siecią ciepłowniczą w tym terminy jak również tym ustalą wpływ realizacji przez Zamawiającego prac w zakresie usunięcia kolizji projektowanego na realizację niniejszej Umowy w tym wynagrodzenie wykonawcy.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący wskazał, co następuje.

W pierwszej kolejności Odwołujący wskazał, że ma interes we wniesieniu niniejszego odwołania. Odwołujący wskazał, że zapisy zawarte w SWZ, a w szczególności wzorze Umowy będącym załącznikiem do nr 4 SWZ są niezgodne z ustawą Pzp i kc. Formułując zapisy SWZ oraz wzoru umowy Zamawiający narusza swoje obowiązki. Na skutek uchybień Zamawiającego, które stanowią przedmiot zarzutów niniejszego odwołania, Odwołujący nie jest w stanie przygotować i złożyć prawidłowej i zgodnej z ustawą Pzp oferty, podczas gdy posiada wymagane w postępowaniu kwalifikacje tj. wiedzę, doświadczenie i potencjał wymagany przez Zamawiającego.

Odwołujący wyjaśnił, że zamierza złożyć ofertę w niniejszym postępowaniu, a tym samym ma realne szanse na realizację zamówienia. W obliczu kwestionowanych niniejszym odwołaniem postanowień Umowy, Odwołujący nie jest w stanie skalkulować ceny oferty w sposób uwzględniający wymogi wskazanych wyżej przepisów ustawy Pzp. Ponadto należy wskazać, że w sytuacji, gdy postanowienia Umowy zostały sformułowane w sposób sprzeczny z ustawą Pzp oraz kodeksem cywilnym, w szczególności odwołujący nie ma możliwości złożenia konkurencyjnej oferty. Kwestionowane w niniejszym odwołaniu postanowienia Umowy pozbawiają Odwołującego możliwości uzyskania przedmiotowego zamówienia publicznego i jego realizacji na najkorzystniejszych dla Zamawiającego warunkach oraz warunkach uczciwej konkurencji.

Odwołujący wskazał, że Zamawiający wbrew obowiązkowi dokonania odbioru końcowego wynikającego z dyspozycji art. 647 kc we wzorze umowy wprowadził możliwość odmowy dokonania odbioru końcowego i odstąpienia od umowy w przypadku wystąpienia wad nieistotnych nieusuwalnych. Zapisy umowy czy SWZ wprowadzające odbiory bezusterkowe są sprzeczne z art. 647 kc, gdyż eliminują obowiązek zamawiającego (inwestora) do dokonania odbioru końcowego.

Odwołujący wyjaśnił, że zgodnie z art. 647 kc jednym z podstawowych obowiązków inwestora, w tym wypadku Zamawiającego, w ramach umowy o roboty budowlane jest dokonanie odbioru robót. Odbiór wykonanych robót jest kwestią kluczową w relacjach inwestor (Zamawiający) – wykonawca. Dokonanie odbioru stanowi niejako pokwitowanie spełnienia świadczenia wystawiane przez inwestora.

Odwołujący wskazał, że praktyka budowlana pokazuje, że na etapie odbioru końcowego dochodzi często do sporów pomiędzy inwestorem a wykonawcą. Osłą tego sporu jest kwestia wad w wykonanych robotach w związku, z których wystąpieniem, inwestorzy odmawiają dokonania odbioru a tym samym blokują możliwość otrzymania wynagrodzenia przez wykonawcę. W istocie poprzez odmowę dokonania odbioru inwestor próbuje wymusić usunięcie wad stwierdzonych na etapie odbioru końcowego przedmiotu umowy.

Odwołujący podkreślił, że tego typu spory były przedmiotem oceny w licznych wyrokach Sądu Najwyższego. W wyrokach tych Sąd Najwyższy ukształtował jednolitą linię orzecznictwą, z której wynika, że w świetle art. 647 kc inwestor obowiązany jest dokonać odbioru końcowego i zapłacić wynagrodzenie należnego wykonawcy. Inwestor nie może uzależniać dokonania odbioru końcowego i zapłaty należnego wynagrodzenia od braku jakichkolwiek wad w wykonanym obiekcie. Inwestor może uchylić się od obowiązku dokonania odbioru końcowego tylko w przypadku wystąpienia wad istotnych, gdyż tylko w takim wypadku można wskazać, że wykonawca nie spełnił swojego świadczenia, w pozostałych wypadkach tj. wystąpienia wad nieistotnych mamy do czynienia z nieprawidłowym wykonaniem zobowiązania przez wykonawcę. W takiej sytuacji inwestor jest obowiązany dokonać odbioru końcowego a do protokołu odbioru może zostać dołączony wykaz wszystkich ujawnionych wad z terminami ich usunięcia lub oświadczeniem inwestora o wyborze innego uprawnienia przysługującego mu z tytułu odpowiedzialności wykonawcy za wady ujawnione przy odbiorze.

W tym zakresie Odwołujący wskazał następujące wyroki Sądu Najwyższego:

- a) Wyrok Sądu Najwyższego - Izba Cywilna z dnia 22 czerwca 2007 r. V CSK 99/07
- b) Wyrok Sądu Najwyższego - Izba Cywilna z dnia 7 kwietnia 1998 r. II CKN 673/97
- c) Wyrok Sądu Najwyższego - Izba Cywilna z dnia 7 marca 2013 r. II CSK 476/12.

Odwołujący podkreślił, że w orzecznictwie KIO również przyjmuje się, że Zamawiający narusza przepisy ustawy Pzp w przypadku zastrzeżenia w projekcie umowy zapisów pozwalających na odmowę dokonania odbioru końcowego w przypadku stwierdzenia wad nieistotnych tj. zastrzeżenie odbiorów bezusterkowych. Orzeczenia KIO zapadły co prawda w oparciu o poprzednie obowiązująca ustawę, niemniej jednak obecnie obowiązujące pzp nie wprowadza w tym zakresie odmiennych uregulowań jak również przepisy kc nie uległy zmianie. W konsekwencji poglądy zawarte w wyrokach KIO w dalszym ciągu w tym zakresie zachowują aktualność. Odnośnie poglądów KIO dot. odbiorów bezusterkowych przy umowie o roboty budowlane Odwołujący wskazał:

- (i) wyrok KIO z dnia 19 stycznia 2021 r w sprawie KIO 3440/20
- (ii) Wyrok KIO z dnia 8 listopada 2019 r. w sprawie KIO 2017/19.

W ocenie Odwołującego powyższe oznacza, że treść § 12 ust. 10 Umowy zaproponowana przez Zamawiającego narusza art. 647 kc, gdyż pozostawia Zamawiającemu możliwość uchylenia się od dokonania odbioru końcowego i odstąpienia od umowy w przypadku wystąpienia wad nieistotnych nieusuwalnych nawet jeżeli wady mają charakter nieistotny. W ocenie odwołującego uprawnienie Zamawiającego do odmowy dokonania odbioru czy też przerwania czynności odbiorowych powinno być ograniczone jedynie do przypadku wystąpienia wad istotnych i tylko w przypadku wad istotnych nieusuwalnych powinien mieć prawo do odstąpienia od Umowy. W związku z tym zapisy zawarte we wskazanych punktach umowy powinny zostać zmienione w taki sposób, aby dostosować je treści art. 647 kc tj. Zamawiający powinien mieć obowiązek dokonania właściwego odbioru końcowego w przypadku, gdy w wykonanych robotach brak jest wad istotnych. W przypadku wystąpienia wad nieistotnych zamawiający powinien dokonać.

Następnie Odwołujący wskazał, że w Dziale B Rozdziale III pkt 10 SWZ oraz Dziale A w Rozdziale IV pkt 11 SWZ Zamawiający oraz § 14 ust. 8 Umowy powiązał:

- zwolnienie zabezpieczenia należytego wykonania
- rozpoczęcie okresu gwarancji i rękojmi

z odbiorem bezusterkowym. Jednocześnie nierozpoczęcie biegu okresu gwarancji i rękojmi w świetle zapisów umowy może nie nastąpić pomimo tego, że przedmiot umowy został odebrany a zamawiający rozpoczął jego użytkowanie.

Odwołujący wyjaśnił, że jak wskazano przy zarzucie nr 1 odbiór końcowy powinien nastąpić w przypadku braku wad istotnych. Przy takim założeniu wady nieistotne stwierdzone w trakcie odbioru końcowego są usuwane już po odbiorze końcowym. Skoro wystąpienie wad nieistotnych nie może blokować odbioru końcowego to jednocześnie aktualizuje się kolejny zamawiającego wynikający z art. 453 ustawy Pzp do zwrotu zabezpieczenia należytego wykonania umowy.

Zastrzegając możliwość zatrzymania zabezpieczenia do czasu usunięcia wad odbiorowych Zamawiający narusza obowiązek wynikający z art. 453 ustawy Pzp.

Jednocześnie Odwołujący wskazał, że brak jest podstaw do przesunięcia terminu rozpoczęcia biegu okresu gwarancji i rękojmi poza datę odbioru końcowego. Zgodnie z art. 568 kc i art. 577 § 4 kc, które mają zastosowanie do umowy o roboty budowlane zgodnie z art. 656 § 1 kc w zw. z art. 638 § 1 i § 2 kc terminy rękojmi i gwarancji jest liczony od dnia wydania rzeczy (przedmiotu umowy). W przypadku umowy roboty budowlane wydanie przedmiotu umowy następuje poprzez podpisanie protokołu odbioru końcowego, który z jednej strony skutkuje przejściem obiektu we władanie zamawiającego a z drugiej stanowi pokwitowanie spełnienia świadczenia. Z tym też dniem Zamawiający może rozpocząć

użytkowanie przedmiotu umowy, gdyż zgodnie z § 7 ust. 11 Umowy przed przystąpieniem do odbioru końcowego wykonawca jest zobowiązany uzyskać i przekazać Zamawiającemu ostateczne pozwolenie na użytkowanie. Odwołujący wskazał, że przy obecnym brzmieniu Umowy Zamawiający będzie użytkował przedmiot umowy a pomimo tego bieg gwarancji i rękojmi się nie rozpocznie.

Odwołujący wskazał, że w przypadku kar z tytułu nieterminowego wykonania Etapów z SWZ i Umowy nie wynikają terminy realizacji poszczególnych Etapów i Wykonawca składając ofertę nie będzie znał tych terminów. W ocenie odwołującego wskazane powyżej kary zastrzeżone przez zamawiające we wzorze umowy są rażąco wygórowane i odbiegają od praktyki rynku zamówień publicznych. Ustalony przez Zamawiającego limit kar umownych jest rażąco wygórowany i w istocie nie stanowi limitu.

Odwołujący podkreślił, że wykonawca przygotowując ofertę powinien mieć możliwość oszacowania ryzyk związanych z realizacją przedmiotu umowy. Jednym z takich ryzyk jest ryzyko terminowe i powiązane z tym ryzyko naliczenia kar umownych na wypadek nieterminowego wykonania zobowiązania. Mając na względzie treść zapisów SWZ jak i Umowy Wykonawca nie jest w stanie ustalić, jakie są terminy realizacji poszczególnych Etapów wskazanych w par. 2 ust. 2 umowy, gdyż Etapy te będą określone dopiero po zawarciu umowy w harmonogramie zgodnie z § 2 ust. 4 Umowy. W konsekwencji wobec braku wskazania w SWZ terminów realizacji Etapów z treści zapisów Umowy powinny zostać wyeliminowane kary umowne za Etapy, gdyż

W ocenie Odwołującego kary umowne z tytułu nieterminowego usuwania wad odbiorowych oraz wad w okresie gwarancji i rękojmi są rażąco wygórowane, w sytuacji gdy są równe karze umownej z tytułu nieterminowej realizacji przedmiotu umowy (kara z tytułu niedotrzymania terminu końcowego). Rażąco wygórowane są również kary z tytułu niezapłacenia czy nieterminowej zapłaty wynagrodzenia na rzecz podwykonawców, gdyż oderwane są od rzeczywistej skali uchybień wykonawcy w tym zakresie.

W zakresie niedopuszczalności zastrzeżenia kary umownej jako rażąco wygórowanej odwołujący wskazał na pogląd zaprezentowany w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 30 listopada 2017 r. sprawie KIO 2219/17.

W ocenie Odwołującego, zastrzeżenie kar umownych z tytułu nieterminowego usuwania wad w tej samej wysokości co z tytułu nieterminowego wykonania całego przedmiotu umowy świadczy o tym, że kary dotyczące nieterminowego usuwania wad są nadmiernie wygórowane. Wykonanie przedmiotu umowy jest podstawowym obowiązkiem wykonawcy. Usuwanie wad czy to odbiorowych czy to wad w okresie gwarancji i rękojmi jest akcesoryjnym zobowiązaniem umownym względem obowiązku wykonania przedmiotu umowy. Skutkować powinno to tym, że kary z tytułu nieterminowego usuwania wad powinny

być zastrzeżone na niższym poziomie niż kary dotyczące wykonania całego przedmiotu umowy. Wykonawca stoi na stanowisku, że % wartość kary może być taka sama jak za termin końcowy jednak % ten powinien być odnoszony nie do wartości całej umowy (całego wynagrodzenia wykonawcy) ale powinien być odnoszony do wartości elementu obciążonego wadą.

Odwołujący wskazał, że w zakresie kar umownych związanych z nieterminową zapłatą wynagrodzenia na rzecz podwykonawców Zamawiający określił karę umowną w wysokości 5% wynagrodzenia podwykonawcy. Tak ustalona kara umowna jest oderwana od rzeczywistej skali uchybień Wykonawcy w tym zakresie. W przypadku gdy wynagrodzenie podwykonawcy wynosi 1.000.000 zł kara umowna w każdym przypadku wynosić będzie 50.000 zł Kara ta będzie należna nawet w przypadku gdy wykonawca o jeden dzień opóźni się z zapłatą 1.000 zł na rzecz podwykonawcy. W ocenie odwołującego kara w przypadku nieterminowej zapłaty na rzecz podwykonawców nie powinna być ustalana jako jednorazowa, ale wysokość kary powinna być powiązana z wielkością opóźnienia w zapłacie oraz wartością kwoty wynagrodzenia podwykonawcy, która nie została zapłacona w terminie. W związku z tym odwołujący proponuje aby kara umowna była liczona jako % nieterminowo zapłaconego wynagrodzenia i naliczana za każdy dzień opóźnienia w zapłacie.

Odwołujący zwrócił uwagę, że kary umowne w powyższym zakresie mają zapewnić terminową zapłatę wynagrodzenia podwykonawcom, a także nakazujących wprowadzenie w umowie o realizację zamówienia publicznej sankcji za uchybienie tym obowiązkom. Przepisy te zostały wprowadzone do uprzednio obowiązującej ustawy pzp na mocy ustawy z 8 listopada 2013 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych (Dz.U. 2013 poz. 1473) i w aktualnym pzp zostały powielone. Odwołujący wskazał na uzasadnienie do powyższej ustawy, z którego wynika, że postanowienia te wprowadzone zostały mając na względzie potrzebę zapewnienia terminowej płatności wynagrodzenia podwykonawcom i dalszym podwykonawcom zamówień publicznych oraz realizacji zamówień przez podwykonawców i dalszych podwykonawców spełniających wymagania i warunki postawione przez zamawiającego w SIWZ.

Odwołujący wskazał, że intencją unormowań zawartych w art. 437 ust. 1 pzp jest więc przede wszystkim zabezpieczenie zapłaty wynagrodzenia należnego podwykonawcom a nie zrekompensowanie szkody zamawiającego. Konstrukcja tych przepisów zakłada, że podwykonawcy na bieżąco będą zgłaszani przez wykonawców do zamawiających i dzięki temu zostaną objęci ochroną w ramach solidarnej odpowiedzialności a jednocześnie wykonawca będzie zobowiązany do terminowej zapłaty wynagrodzenia na rzecz podwykonawców, czemu ma służyć obowiązek przedkładania dowodów zapłaty wynagrodzenia na rzecz podwykonawców wynikający z art. 447 pzp. W celu zapewnienia prawidłowej realizacji tych obowiązków ustawodawca zobowiązał zamawiających do

ustanowienia w umowach o roboty budowlane kar umownych zabezpieczających realizację tych obowiązków. Istotne jest to, że kary te w istocie nie mają w pierwszym rzędzie zabezpieczać interesów zamawiającego, ale mają zabezpieczać interesy podwykonawców.

W zakresie limitu kar umownych wskazanego w § 11 ust. 7 Umowy ustalenie go na poziomie 100% wynagrodzenia wykonawcy jest ustalenie go na rażąco wysokim poziomie. W orzecznictwie KIO przyjmuje się, że adekwatny limit kar umownych to 20% wynagrodzenia wykonawcy, który ewentualnie może zostać podwyższony w przypadku naliczenia kary umownej z tytułu odstąpienia od umowy ewentualnie ustalenie limitu kar umownych na poziomie kary umownej z tytułu odstąpienia od umowy.

Odwołujący wskazał na stanowisko wyrażone w następujących wyrokach:

- a) Wyrok z dnia 18 września 2020 r. Sygn. akt: KIO 1829/20, KIO 1834/20
- b) Wyrok z dnia 4 września 2018 r. Sygn. akt: KIO 1601/18.

Odwołujący stoi na stanowisku, że limit kar umownych w wysokości 100% wynagrodzenia narusza dyspozycję art. 436 pkt 3 pzp. Odwołujący wskazał na pogląd wyrażony w doktrynie, zgodnie z którym: „W szczególności maksymalna wysokość kar nie może być określana na poziomie, który może być traktowany jako rażąco wygórowany w odniesieniu do wysokości wynagrodzenia czy ewentualnych zagrożeń związanych z niewykonaniem lub nienależytym wykonaniem umowy, w tym możliwości powstania lub rozmiarów szkody. Ponoszone kary umowne powinny być odczuwalne, ale nie w stopniu, który może powodować uznanie niecelowości wykonania umowy (por. wyr. KIO z 28.12.2018 r., KIO 2574/18, Legalis). Dostrzec również należy, że przepis stanowi o określeniu maksymalnego limitu kar umownych, których mogą dochodzić strony, tym samym nakłada również obowiązek określania kar umownych, do których zapłaty zobowiązany jest również zamawiający, z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania ciążących na nim obowiązków.” (Prawo zamówień publicznych. Komentarz, pod red. M. Jaworska, komentarz do art. 436).

W zakresie niedopuszczalności możliwości naliczenia kar umownych z tytułu naruszeń umowy, jakie miały miejsce przed odstąpieniem od umowy i łączenia tych kar z karą z tytułu odstąpienia od umowy Odwołujący wskazał na Uchwałę Sądu Najwyższego - Izba Cywilna z dnia 18 lipca 2012 r. w sprawie III CZP 39/12, gdzie został wyrażony następujący pogląd: „Roszczenie o zapłatę kary umownej na wypadek zwłoki lub opóźnienia nie przysługuje stronie odstępującej od umowy wzajemnej, jeżeli w umowie zastrzeżono również taką karę w związku z odstąpieniem od umowy.” Odwołujący przytoczył również fragment uzasadnienia tej uchwały.

W ocenie Odwołującego, konsekwencją powyższego poglądu względem zapisów zaproponowanych przez Zamawiającego w zakresie kumulowania kar jest to, że kary umowne przewidziane na wypadek nieprawidłowego wykonania umowy tracą rację bytu z

chwila odstąpienia od umowy i są niejako zastępowane przez karę z tytułu odstąpienia od umowy, która rekompensuje zamawiającemu negatywne konsekwencje związane z odstąpieniem od umowy.

Odwołujący wskazał, że w § 16 ust. 2 pkt 1 Umowy Zamawiający przewidział możliwość zmiany terminu realizacji bez możliwości zmiany wynagrodzenia wykonawcy w sytuacji, gdy przypadki opisane w podpunktach lit. a), b), c), d), e), f) i h) są przypadkami albo niezależnymi od Wykonawcy (nie uwzględnionymi w ofercie) lub przypadkami obciążającymi Zamawiającego zgodnie z art. 647 kc.

Odwołujący wskazał, że Zamawiający w § 16 ust. 2 pkt 1 Umowy przewidział okoliczności, które mogą spowodować zmianę terminu realizacji. Takie sformułowanie zapisu § 16 ust. 2 pkt 1 Umowy oznacza, że może dojść jedynie do zmiany terminu zaś wynagrodzenie wykonawcy pomimo zmiany terminu nie ulegnie zmianie. Mając na względzie takie ograniczenie należy wskazać, że zgodnie z:

- lit. a) dochodzi do zmiany terminu z powodu opóźnień powstałych z przyczyn leżących po stronie Zamawiającego. W sytuacji, gdy opóźnienia w realizacji przedmiotu umowy generuje Zamawiający poza zmianą terminu powinno ulec również zmianie wynagrodzenie wykonawcy o koszty związane z realizacją robot w przedłużonym terminie.

- lit. b) gdy wystąpią niekorzystne warunki atmosferyczne uniemożliwiające prawidłowe wykonanie robót, Wykonawca składając ofertę zakłada, że będzie miał możliwość realizacji robót w zakładanym terminie a standardowo występujące warunki pogodowe nie spowodują przeszkód w realizacji robót, które uniemożliwiłyby dotrzymanie terminów umownych. W sytuacji gdy warunki atmosferyczne odbiegają od tych możliwych do przewidzenia i które wykonawca powinien był uwzględnić przy sporządzaniu oferty to oznacza, że przekraczają one ryzyko kontraktowe wykonawcy a koszty realizacji prac poza takimi terminami nie są uwzględnione w ofercie wykonawcy. W konsekwencji w takim wypadku wykonawca powinien mieć możliwość domagania się zmiany wynagrodzenia;

- lit. c) gdy wystąpi konieczność wykonania robót zamiennych lub innych robót niezbędnych do wykonania przedmiotu Umowy – w takim wypadku jednoznacznie powinno zostać wskazane, że zachodzą podstawy do wprowadzenia zmiany wynagrodzenia zgodnie z § 17 umowy. W ocenie odwołującego zapis lit c) powinien zostać jednoznacznie powiązany z § 17 umowy; gdyż na chwilę obecne jest to niejasne;

- lit d) gdy wystąpią opóźnienia w dokonaniu określonych czynności lub ich zaniechanie przez właściwe organy administracji państwowej, które nie są następstwem okoliczności, za które Wykonawca ponosi odpowiedzialność, Zamawiający zastrzegł, że wstrzymanie ma nastąpić z przyczyn nie leżących po stronie Wykonawcy co oznacza, że przyczyny te muszą leżeć po stronie Zamawiającego lub osób trzecich za które wykonawca nie ponosi

odpowiedzialności. W takim wypadku brak jest uzasadnienia dla pokrywania kosztów przedłużenia przez Wykonawcę;

- lit e) gdy wystąpią opóźnienia w wydawaniu decyzji, zezwoleń, uzgodnień, itp., do wydania których właściwe organy są zobowiązane na mocy przepisów prawa, jeżeli opóźnienie przekroczy okres, przewidziany w przepisach prawa, w którym ww. decyzje powinny zostać wydane oraz nie są następstwem okoliczności, za które Wykonawca ponosi odpowiedzialność. Analogicznie jak wyżej w takim wypadku brak jest uzasadnienia dla pokrywania kosztów przedłużenia przez Wykonawcę;

- lit f) jeżeli wystąpi brak możliwości wykonywania przedmiotu zamówienia z powodu nie dopuszczania do ich wykonywania przez uprawniony organ lub nakazania ich wstrzymania przez uprawniony organ, z przyczyn niezależnych od Wykonawcy. Analogicznie jak wyżej w takim wypadku brak jest uzasadnienia dla pokrywania kosztów przedłużenia przez Wykonawcę;

- lit. h) w przypadku odkrycia na terenie budowy przedmiotów, co do których zaistnieje podejrzenie o znaczeniu historycznym bądź innych przedmiotów podlegających ochronie. Odkrycie pod powierzchnią gruntu nieprzewidywalnych znalezisk co może oznaczać materiały wybuchowe, materiały niebezpieczne, znaleziska archeologiczne itp. Posłużenie się sformułowaniem „odkrycie” oznacza, że wystąpienie tych znalezisk jest nieprzewidywalne w chwili składania oferty i tym samym wykonawca składając ofertę nie zakłada występowania tych znalezisk, kosztów związanych z ich usunięciem oraz kosztów przedłużenia terminu. Odwołujący podkreślił, że to obowiązkiem zamawiającego jest prawidłowe opisanie przedmiotu zamówienia również w zakresie terenu budowy, który ma być przekazany wykonawcy. Zgodnie z art. 647 do podstawowych obowiązków inwestora (zamawiającego) należy przekazanie terenu budowy, przy czym prawidłowo realizacja tego obowiązku zakłada, że wykonawca na przekazanym terminie będzie miał możliwość wykonania robót budowlanych. W konsekwencji to zamawiający odpowiada bądź za poinformowanie wykonawcy o znaleziskach, jakie występują pod powierzchnią gruntu tak aby wykonawca wycenił koszt ich usunięcia oraz czas potrzebny na dokonanie tych czynności bądź przekazanie terenu budowy, gdzie takie przeszkody w wykonywaniu robót nie występują. W związku z tym wystąpienie podpowierzchniowych znalezisk stanowiących przeszkodę w wykonaniu robót budowlanych jest ryzykiem zamawiającego, który z jednej strony powinien wydłużyć termin realizacji umowy a z drugiej strony pokryć koszty przedłużenia realizacji umowy oraz koszty usunięcia znalezisk, które były nieprzewidywalne dla wykonawcy w chwili składania oferty.

Odnośnie wszystkich powyższych przypadków Odwołujący wskazał, że przedłużenie terminu realizacji umowy nie pozostaje neutralne kosztowo dla wykonawcy. Wykonawca w

przedłużonym czasie musi pokrywać koszty ogólne budowy, na które składają się koszty takie jak:

- (i) media
- (ii) kontenery zaplecza budowy
- (iii) koszty dzierżawy terenu (o ile wystąpią)
- (iv) personel Wykonawcy
- (v) koszty finansowania (koszty utrzymania zabezpieczenia należytego wykonania umowy, koszty przedłużenia ubezpieczeń)
- (vi) ochrona budowy.

Odwołujący wyjaśnił, że koszty ogólne budowy są kalkulowane przy zakładanym terminie realizacji. W sytuacji, gdy termin realizacji ulega przedłużeniu, skutkuje to zwiększonymi kosztami ogólnymi budowy w okresie przedłużenia. W konsekwencji zmiana terminu nie rekompensuje wykonawcy wszystkich negatywnych konsekwencji wystąpienia wyżej wskazanych i nieprzewidywalnych okoliczności, które nie są możliwe do uwzględnienia w ofercie. W związku z tym okoliczności te powinny skutkować zmianami umowy nie tylko w zakresie terminu ale również wynagrodzenia.

Odwołujący wskazał, że w przypadku wynagrodzenia kosztorysowego tj. ustalanego na podstawie obmiaru powykonawczego (ustalanego na podstawie ilości rzeczywiście wykonanych robót i cen przyjętych kosztorysie ofertowym) brak jest podstaw do zastrzeżenia, że wynagrodzenie nie może ulec zwiększeniu ponad kwotę wskazaną w § 5 ust. 1 Umowy nawet jeżeli wyniku obmiaru powykonawczego zostanie ustalone zostanie, że rzeczywista wartość robót jest wyższa niż wskazana w § 5 ust. 1 Umowy. W sytuacji, gdy Zamawiający chciałby ustalić maksymalne wynagrodzenie wykonawcy to powinien ustalić wynagrodzenie ryczałtowe.

Zgodnie z art. 630 § 1 kc Jeżeli w toku wykonywania dzieła zajdzie konieczność przeprowadzenia prac, które nie były przewidziane w zestawieniu prac planowanych będących podstawą obliczenia wynagrodzenia kosztorysowego, a zestawienie sporządził zamawiający, przyjmujący zamówienie może żądać odpowiedniego podwyższenia umówionego wynagrodzenia.

Odwołujący wyjaśnił, że powyższy przepis zakłada, że wynagrodzenie kosztorysowe może zostać zmienione (podwyższone) w przypadku, gdy zestawienie planowanych prac sporządził zamawiający. W niniejszym postępowaniu zestawienie planowanych prac stanowi Przedmiar Robót, który stanowi załącznik nr 9 do SWZ. Zamawiający sporządził Przedmiar Robót jako element opisu przedmiotu zamówienia i tym samym realizację obowiązku Zamawiającego wynikającego z art. 99 ust. 1 pzp. W związku z tym w świetle powyższego przepisu ryzyko prawidłowości przedmiotu powinien ponosić Zamawiający, który nie

powinien przerzucać tego ryzyka na wykonawcę tak jak zostało to uregulowane w § 5 ust. 1 Umowy poprzez wykluczenie możliwości podwyższenia wynagrodzenia w przypadku, gdy w toku realizacji umowy okaże się, że trzeba było wykonać większe ilości robót niż przewidziane w przedmiarze.

Zdaniem Odwołującego przemawia za tym również to, że Zamawiający w Dziale A Rozdziale IX pkt 1 SWZ nakazał wykonawcy złożenie wraz z ofertą kosztorysu ofertowego, który ma zostać przygotowany przez wykonawcę na bazie Przedmiaru Robót stanowiącego załącznik nr 9 do SWZ. Jednocześnie w Dziale A Rozdział XVII pkt 4 SWZ zakazał wykonawcy wprowadzania zmian do Przedmiaru Robót. W konsekwencji wykonawca jest związany treścią Przedmiaru Robót sporządzonego przez Zamawiającego.

Uwzględniając powyższe, w ocenie Odwołującego, Zamawiający z jednej strony oczekuje niezmienności Przedmiaru Robót z jednoczesnym wyeliminowaniem możliwości zmiany wynagrodzenia wykonawcy w przypadku, gdy w toku realizacji przedmiotu umowy okaże się, że kosztorys zawierał błędy a ilości robót określone w przedmiarze nie odpowiadają rzeczywistym ilościom robót, które zostaną ustalone w obmiarze powykonawczym. Oznacza to, że wbrew dyspozycji art. 433 pkt 3 pzp Zamawiający przerzuca na wykonawcę odpowiedzialność za okoliczności, za które wyłączną odpowiedzialność ponosi zamawiający.

Odwołujący zauważył, że możliwości odstąpienia od Umowy przez Zamawiającego bez uprzedniego wezwania Wykonawcy do usunięcia uchybień może prowadzić do zaskoczenia wykonawcy odstąpieniem od Umowy, brakiem możliwości usunięcia nieprawidłowości i brakiem zapewnienia dalszej realizacji umowy i tym samym narusza art. 431 pzp nakładający na Zamawiającego obowiązek współdziałania zamawiającego przy wykonaniu umowy.

Odwołujący wskazał, że zgodnie z art. 431 pzp zamawiający powinien współdziałać z wykonawcą przy wykonaniu umowy w sprawie zamówienia publicznego, w celu należytej realizacji zamówienia. Zdaniem Odwołującego regulacja ta koresponduje z obowiązkiem wierzyciela do współdziałania w wykonaniu zobowiązania wynikającym z art. 354 § 2 kc.

Odwołujący uważa, że zastrzeżenie przez Zamawiającego możliwości odstąpienia od Umowy bez wcześniejszego wezwania wykonawcy do usunięcia nieprawidłowości w realizacji umowy nie jest działaniem „w celu należytej realizacji umowy”. Zamawiający działając w celu należytej realizacji umowy zamiast odstępować od umowy w pierwszej kolejności powinien wskazać wykonawcy na uchybienia, które zaistniały w toku realizacji umowy i wezwać wykonawcę do usunięcia stwierdzonych nieprawidłowości. Dopiero w przypadku, gdy uchybienia te nie zostaną usunięte w odpowiednim terminie Zamawiający powinien uzyskać uprawnienie do odstąpienia od umowy. Z takim rozumieniem pojęcia

działania „w celu należytej realizacji umowy” przemawia treść art. 491 kc, który zakłada, że wierzyciel zanim skorzystać z prawa do odstąpienia od umowy powinien wezwać dłużnika do usunięcia nieprawidłowości, gdyż nadrzędnym celem stron umowy powinno być zrealizowanie umowy a nie szukanie pretekstu do jej rozwiązania poprzez odstąpienie.

Odwołujący argumentował, że Zamawiający nakłada na Wykonawcę wymogu zrealizowania prac związanych z wykonaniem przyłącza ciepłowniczego w określonych terminach pomimo tego, że na chwilę obecną do SWZ nie załączył uzgodnionego projektu prac w tym zakresie jak również nie wiadomo, kiedy dojdzie do zawarcia umowy. Okoliczności te determinują czy i w jakim zakresie będzie możliwe wykonanie tych prac.

Odwołujący podkreślił, że nie kwestionuje co do zasady konieczności wykonania prac w zakresie usunięcia kolizji projektowanego Budyńku z istniejącą siecią ciepłowniczą (budowa rozdzielczej sieci ciepłowniczej, demontaż istniejącej sieci ciepłowniczej, budowa i demontaż prowizorycznej sieci ciepłowniczej). Problem jaki występuje w tym zakresie polega na chwilę obecną na tym, że Zamawiający do chwili ogłoszenia niniejszego postępowania nie opracował projektu usunięcia kolizji (projekt przekładek) i nie dokonał uzgodnienia tego projektu z właścicielem sieci tj. firmą Veolia – taki uzgodniony projekt nie został załączony do SWZ. Zamiast tego do SWZ został załączony Załącznik nr 4 do Ppu: Warunki realizacji Przyłącza ciepłowniczego. Odwołujący wskazał, że w 4 tego załącznika wskazano, że: „Usunięcie kolizji z istniejącą siecią ciepłowniczą oraz przyłączenie do sieci ciepłowniczej zostaną wykonane zgodnie z warunkami technicznymi z dnia 28.07.2021r. o znaku: VWAW/HPR/21/2110069/1 stanowiącymi dodatek 4.1 do niniejszego załącznika.”

Odwołujący wyjaśnił, że w załączniku tym tj. w załączniku Załącznik nr 1 do warunków nr VWAW/HPR/21/ 2110069 /1 Warunki techniczne przyłączenia wskazano, że: „Prace związane z usunięciem kolizji z osiedlową siecią ciepłowniczą, zostaną wykonane, na podstawie uzgodnionej w Veolia Energia Warszawa S.A. dokumentacji technicznej, po podpisaniu stosownej umowy. W tym celu Inwestor winien niezwłocznie zgłosić się do Biura Rozwoju Rynku Veolia Energia Warszawa S.A. celem podpisania stosownej umowy oraz umożliwienia przygotowania inwestycji do realizacji.”

Odwołujący wskazał, że dodatkowy istotny warunkiem realizacji prac jest to, że: „Wszelkie prace (w tym wcinka) związane z przerwą w przesyle ciepła mogą być wykonywane w terminie od 1 maja do 31 sierpnia.” W ocenie Odwołującego, powyższe oznacza, że pierwszej kolejności należy opracować dokumentację techniczną (projekt) wykonania przyłącza, następnie dokonać uzgodnień tego projektu z Veolia i w ostatnim kroku powinno dojść do zawarcia umowy pomiędzy Zamawiającym a Veolia na wykonanie przyłącza (w tym usunięcie kolizji). Czynności te na chwilę obecną nie zostały dokonane

przez Zamawiającego a do SWZ nie została załączona uzgodniona z Veolia dokumentacja oraz nie została załączona umowa na wykonanie przyłącza.

Co więcej zgodnie z załącznikiem 4.1 samo zawarcie umowy z Veolia nie jest wystarczające do zrealizowania prac w zakresie przyłącza a na etapie realizacji prac w zakresie usunięcia kolizji należy dokonać dalszych uzgodnień z Veolia obejmujących zgodnie z załącznikiem 4.1 „- Przy realizacji sieci ciepłowniczej, własnym staraniem, prace należy prowadzić pod nadzorem Veolia Energia Warszawa S.A., zgodnie z warunkami obowiązującymi w Veolia Energia Warszawa S.A. w okresie wykonywania robót, w tym dotyczącymi sprawowania nadzorów.

- Rozpoczęcie oraz zakończenie robót dot. sieci ciepłowniczych i węzłów cieplnych należy zgłaszać do Veolia Energia Warszawa S.A., dla potrzeb dokonywania odbiorów technicznych i końcowych oraz zakwalifikowania do eksploatacji.”

W ocenie Odwołującego, nawet jak dojdzie do zawarcia umowy pomiędzy Veolia a Zamawiającym aby ją wykonać konieczne będzie uzgodnienie z Veolia terminów:

- terminów nadzoru Veolia nad wykonywanymi pracami – trzeba uzgodnić dostępność inspektorów nadzoru ze strony Veolia

- po wykonaniu prac dokonać odbioru prac przez Veolia – trzeba uzgodnić dostępność inspektorów nadzoru ze strony Veolia celem odbioru.

Z informacji praktycznych (bazując na doświadczeniu wykonawcy w realizacji tego typu prac oraz informacji telefonicznych uzyskanych od Veolia) wynika, że:

- jeżeli projekt nie jest uzgodniony to termin realizacji z wszystkimi formalnościami (uzgodnienie projektu, zawarcie umowy, uzgodnienie terminów nadzorów, uzgodnienie terminu odbioru i jego przeprowadzenie) – wymagany czas to 5 – 6 miesięcy;

- jeżeli projekt jest uzgodniony to termin realizacji z wszystkimi formalnościami (uzgodnienie terminów nadzoru, uzgodnienie terminu odbioru i jego przeprowadzenie) – wymagany czas to 2,5 – 3 miesiące;

Przy uwzględnieniu tych wymagań czasowych to najpóźniej na dzień 30 maja 2022 r. Zamawiający powinien dysponować umową zawartą z Veolia – przy założeniu, że pracę będzie można realizować do 31 sierpnia 2022 r. a nie jak wskazano w § 2 ust. 3 umowy do 31 lipca 2022 r. Czy na ten dzień Zamawiający będzie taką umową dysponował na chwilę obecną nie wiadomo.

Odwołujący zaznaczył, że mimo nie dokonania powyższych czynności w § 2 ust. 3 Umowy Zamawiający określa terminy realizacji prac w zakresie usunięcia kolizji poprzez wskazanie konkretnych dat kalendarzowych na wykonanie prac w zakresie usunięcia kolizji. Wyraźnego podkreślenia wymaga, że prace te:

- mogą być wykonywane tylko w określonych terminach tj. pomiędzy 1 maja a 31 sierpnia

- prace te muszą być wykonane przed realizacją budynku, gdyż blokują one możliwość jego realizacji – trzeba najpierw usunąć kolizję, aby przystąpić do wykonania budynku, gdyż elementy sieci są zlokalizowane w miejscu, gdzie ma być posadowiony budynek – należy przełożyć rury które idą pod fundamentami i budynkiem.

Jednocześnie w Rozdziale XIII pkt 1 SWZ zamawiający określił termin związania ofertą do dnia 27 maja 2022 r.

W ocenie Odwołującego, zestawienie powyższych okoliczności powoduje, że:

- Wykonawca składając ofertę nie wie czy i kiedy będzie mógł przystąpić do wykonania prac z usunięciem kolizji;

- w przypadku, gdy do zawarcia umowy dojdzie najpóźniejszym możliwym terminie tj. 27 maja 2022 r. skróceniu ulegnie czas faktycznego wykonania prac, które muszą się zakończyć do dnia 31 sierpnia 2022 r. (zakładając, że zamawiający zmieni termin wskazany w § 2 ust. 3 umowy z 31 lipca 2022 r. na 31 sierpnia 2022 r.)

- w przypadku przedłużenia się niniejszego postępowania i zawarcia umowy po dniu 27 maja 2022 r. termin realizacji prac w zakresie usunięcia kolizji ulegnie dalszemu skróceniu i uwzględniając konieczność ich zakończenia do dnia 31 sierpnia 2022 r. wykonanie prac w 2022 r. będzie niemożliwe z przyczyn, za które odpowiedzialność ponosi zamawiający. W takim wypadku realizacja przedmiotu umowy będzie musiała zostać wstrzymana do 1 maja 2023 r.

Wykonawca wskazał, że Zamawiający nieprawidłowo opisał przedmiot zamówienia (nie zawarł umowy z Veolia jako czynność niezbędną do wykonania przedmiotu umowy) jednocześnie ustalając terminy wykonania prac w zakresie kolizji poprzez wskazanie dat kalendarzowych, które na chwilę obecną są niemożliwe do dotrzymania.

Zamawiający pismem z 17 lutego 2022 r. złożył odpowiedź na odwołanie, w której oświadczył, że zmodyfikował większość postanowień SWZ objętych odwołaniem. Natomiast pismem z 21 lutego 2022 r. Zamawiający złożył uzupełnienie i modyfikacje odpowiedzi na odwołanie z 17 lutego 2022 r. informując, że wprowadził kolejne modyfikacje treści SWZ, w zakresie treści §2 ust. 1 pkt 1 wzoru umowy oraz §11 gdzie skreślił ust. 6 w wyniku czego zmieniła się numeracja dotychczasowy ust. 7 jest teraz ust. 6. Zamawiający wyjaśnił, że zmiany te dotyczą postanowień objętych zarzutami odwołania.

W związku z powyższymi zmianami SWZ, Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania w całości jako:

- a) w znacznej części zarzutów i żądań bezprzedmiotowego wskutek dokonania przez Zamawiającego zmiany postanowień SWZ odnoszących się do zarzutów będących podstawą wniesienia odwołania, na skutek czego czynność stanowiąca podstawę wniesienia odwołania przestała istnieć;

- b) w znacznej części zarzutów i żądań bezprzedmiotowego wskutek dokonania przez Zamawiającego zmiany treści SWZ uwzględniających zarzuty i żądania Odwołującego,
- c) bezzasadnego.

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

Odwołującemu zgodnie z treścią w art. 505 ustawy Pzp przysługują środki ochrony prawnej, ponieważ jest zainteresowany ubieganiem się o to zamówienie publiczne.

Do przedmiotowego postępowania odwoławczego żaden wykonawca nie zgłosił przystąpienia w charakterze uczestnika postępowania.

Podczas posiedzenia z udziałem Stron, Odwołujący oświadczył, że podtrzymuje następujące zarzuty odwołania wskazane w *petitum* w:

- a) pkt II.2 (ii) dotyczący momentu zwrotu zabezpieczenia należytego wykonania umowy,
- b) pkt II.3 (iv) dotyczący górnego limitu kar umownych, Odwołujący wskazał, że mimo modyfikacji w tym zakresie nadal ten limit nie jest na satysfakcjonującym dla odwołującego poziomie,
- c) pkt II.4 dotyczący zmiany terminu realizacji bez możliwości zmiany wynagrodzenia.,
- d) II.7 dotyczący terminów wykonania, Odwołujący wyjaśnił, że wprowadzona modyfikacja zmieniła termin składania ofert bez zmiany poszczególnych terminów realizacji. Ponadto Odwołujący wyjaśnił, że w pkt II.7 (ii) nadal nie ma uzgodnionego projektu, a czas realizacji nie został zmieniony mimo zmiany terminu składania ofert.

Odwołujący oświadczył również, że w związku z wprowadzonymi zmianami SWZ, pozostałe zarzuty wycofuje. Izba działając na podstawie art. 568 pkt 1) ustawy Pzp umorzyła postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutów, które zostały wycofane.

Odwołanie zostało rozpoznane w granicach zawartych w nim zarzutów (art. 555 ustawy Pzp), podtrzymanych na rozprawie z uwzględnieniem zasady kontrydiktoryjności postępowania (art. 534 ust. 1 ustawy Pzp). Rozpoznając przedmiotowe odwołanie Izba miała na uwadze treść akt postępowania (§8 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie

postępowania przy rozpoznawaniu odwołań przez Krajową Izbę Odwoławczą z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz.U. z 2020 r. poz. 2453).

Izba ustaliła następujące okoliczności faktyczne jako istotne dla rozstrzygnięcia sprawy.

W pierwszej kolejności wskazać należy, że zgodnie z treścią art. 552 ust. 1 ustawy Pzp, Izba bierze pod uwagę stan rzeczy ustalony w toku postępowania odwoławczego. Powyższe oznaczają, że w sytuacji wprowadzenia zmian w treści SWZ, Izba jest zobowiązana orzekając brać pod uwagę treść SWZ w brzmieniu wynikającym z wprowadzonych modyfikacji.

Na podstawie akt sprawy w tym pism z 17 i 21 lutego 2022 r., Izba ustaliła, iż wzór umowy stanowiący załącznik nr 4 do SWZ, uległ modyfikacji podobnie jak treść SWZ. W związku z tym, następujące postanowienia SWZ oraz następujące projektowane postanowienia umowy istotne dla rozstrzygnięcia sprawy zawierają następujące brzmienie: Dział B, Rozdział III, pkt 10 SWZ:

„10. Zamawiający zwolni lub zwróci Wykonawcy zabezpieczenie należytego wykonania umowy w wysokości 70% jego wartości wraz należnymi odsetkami, w przypadku wnoszenia zabezpieczenia w formie pieniężnej, wynikającymi z umowy rachunku bankowego, na którym było ono przechowywane, pomniejszone o koszt prowadzenia tego rachunku oraz prowizji bankowej za przelew pieniędzy, na rachunek bankowy Wykonawcy w terminie 30 dni od daty skutecznego dokonania ~~bezusterkowego~~ odbioru końcowego i usunięcia wad nieistotnych.”

§14 ust. 8 wzoru umowy:

„8. Zamawiający zwolni lub zwróci Wykonawcy zabezpieczenie należytego wykonania umowy w wysokości 70% jego wartości wraz należnymi odsetkami, w przypadku wnoszenia zabezpieczenia w formie pieniężnej, wynikającymi z umowy rachunku bankowego, na którym było ono przechowywane, pomniejszone o koszt prowadzenia tego rachunku oraz prowizji bankowej za przelew pieniędzy, na rachunek bankowy Wykonawcy w terminie 30 dni od daty skutecznego dokonania odbioru końcowego i usunięcia wad nieistotnych.”

§11 ust. 7 wzoru umowy – skreślono ust. 6 wobec czego nastąpiła zmiana numeracji z ust. 7 na ust. 7, który ma następujące brzmienie:

„7 6. Łączna wysokość kar umownych przysługujących Zamawiającemu na mocy Umowy nie może przekroczyć 70 % wartości brutto przedmiotu umowy, wskazanego w § 5 ust. 1 umowy.”

§16 ust. 2 wzoru umowy:

„2. Poza przypadkami wymienionymi w art. 455 ust 1 pkt 2 lit. b i c, 3, 4 oraz ust. 2 Pzp, przewiduje się możliwość dokonania istotnych zmian postanowień umowy w stosunku do treści oferty na podstawie której dokonano wyboru wykonawcy, dotyczących:

1) terminu zakończenia robót lub innych czynności (prac) objętych przedmiotem umowy, o czas trwania przeszkody w następujących przypadkach:

a) jeżeli przyczyny, z powodu których będzie zagrożone dotrzymanie terminu zakończenia przedmiotu zamówienia będą następstwem okoliczności, za które odpowiedzialność ponosi Zamawiający, w szczególności będą następstwem nieterminowego przekazania terenu budowy, - konieczności zmian dokumentacji projektowej w zakresie, w jakim ww. okoliczności miały lub będą mogły mieć wpływ na dotrzymanie terminu zakończenia robót,

b) gdy wystąpią niekorzystne warunki atmosferyczne uniemożliwiające prawidłowe wykonanie robót, w szczególności z powodu technologii realizacji prac określonej: umową, normami lub innymi przepisami, wymagającej konkretnych warunków atmosferycznych, jeżeli konieczność wykonania prac w tym okresie nie jest następstwem okoliczności, za które Wykonawca ponosi odpowiedzialność,

c) gdy wystąpi konieczność wykonania robót zamiennych lub innych robót niezbędnych do wykonania przedmiotu Umowy ze względu na zasady wiedzy technicznej, oraz udzielenia zamówień dodatkowych, które wstrzymują lub opóźniają realizację przedmiotu Umowy, wystąpienia niebezpieczeństwa kolizji z planowanymi lub równolegle prowadzonymi przez inne podmioty inwestycjami w zakresie niezbędnym do uniknięcia lub usunięcia tych kolizji,

d) gdy wystąpią opóźnienia w dokonaniu określonych czynności lub ich zaniechanie przez właściwe organy administracji państwowej, które nie są następstwem okoliczności, za które Wykonawca ponosi odpowiedzialność,

e) gdy wystąpią opóźnienia w wydawaniu decyzji, zezwoleń, uzgodnień, itp., do wydania których właściwe organy są zobowiązane na mocy przepisów prawa, jeżeli opóźnienie przekroczy okres, przewidziany w przepisach prawa, w którym ww. decyzje powinny zostać wydane oraz nie są następstwem okoliczności, za które Wykonawca ponosi odpowiedzialność,

f) jeżeli wystąpi brak możliwości wykonywania przedmiotu zamówienia z powodu nie dopuszczania do ich wykonywania przez uprawniony organ lub nakazania ich wstrzymania przez uprawniony organ, z przyczyn niezależnych od Wykonawcy,

g) wystąpienia siły wyższej czyli zdarzenia, którego Strony nie mogły przewidzieć, któremu nie mogły zapobiec ani któremu nie mogą przeciwdziałać, a które uniemożliwia Wykonawcy wykonanie w części lub w całości jego zobowiązań umownych,

h) w przypadku odkrycia na terenie budowy przedmiotów, co do których zaistnieje podejrzenie o znaczeniu historycznym bądź innych przedmiotów podlegających ochronie;”

Dział A, Rozdział IV, pkt 4.10 SWZ:

„Zamawiający informuje, że z powodu braku uzgodnionej z Veolią dokumentacji projektowej na Przyłącze ciepłownicze w chwili ogłoszenia postępowania, deklaruje, że w momencie otrzymania uzgodnionego projektu niezwłocznie zostanie on umieszczony na stronie prowadzonego postępowania tj. na minimum 5 dni przed terminem składania i otwarcia ofert.”

§2 ust. 2 i 3 wzoru umowy:

„2. Termin realizacji poszczególnych etapów, z wyjątkiem Przyłącza ciepłowniczego, ustala się następująco:

1) Etap I obejmujący wykonanie następujących robót i prac:

- a) przygotowanie placu budowy do wykonywania robót budowlanych, makroniwelacji terenu wokół planowanego terenu (miejsca) posadowienia projektowanego Budynku;*
- b) wykonanie fundamentów wraz z kondygnacją podziemną Budynku,*
- c) wykonanie stanu surowego parteru wraz ze stropem parteru Budynku,*
- d) wykonanie przyłączy do Budynku (ale bez przyłączanych urządzeń),*
- e) wykonanie konstrukcji pierwszego piętra Budynku,*
- f) wykonanie konstrukcji drugiego piętra Budynku ,*
- g) wykonanie stanu surowego zamkniętego Budynku,*
- w terminie do 10 miesięcy od dnia zawarcia umowy;

3) Etap III zagospodarowanie terenu – zgodnie z projektem budowlanym, w szczególności ogrodami sensorycznymi wraz z drogami i ścieżkami w terminie do 15 miesięcy od dnia zawarcia umowy;”

Rozdział XIII SWZ:

„1. Wykonawca jest związany ofertą nie dłużej niż 90 dni od upływu terminu składania ofert, przy czym pierwszym dniem związania ofertą jest dzień, w którym upływa termin składania ofert. Termin związania ofertą Zamawiający wyznacza na dzień 7 czerwca 2022 roku.”

Izba zważyła co następuje.

W ocenie Izby odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie, z następujących powodów.

Ad zarzutu naruszenia art. 453 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 450 ustawy Pzp w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp, tj. zarzut wskazany w pkt II.2. (ii) *petitum* odwołania).

W odpowiedzi na odwołanie z 17 lutego 2022 r., Zamawiający wyjaśnił, że zmiana §14 ust. 8 wzoru umowy „powoduje, że zwrot zabezpieczenia należytego wykonania Umowy (70%) następować będzie po odbiorze końcowym (usunięto „bezusterkowym”) to jest po uznaniu, że zamówienie zostało należycie wykonane – przez co jednak Zamawiający rozumienie nie tylko dokonanie odbioru końcowego, ale i usunięcie wad nieistotnych.” Dodatkowo podczas rozprawy Zamawiający podkreślił, że zgodnie z ustawą zabezpieczenia powinno być zwolnione po należyтым wykonaniu umowy, natomiast w sytuacji wystąpienia wad, nawet nieistotnych, nie można mówić o należyтым wykonaniu umowy (vide: str. 6 protokołu z posiedzenia i rozprawy z 22 lutego 2022 r.).

Podczas rozprawy Odwołujący argumentował natomiast, że jest zmiana pozorna, ponieważ aby zabezpieczenie zostało zwolnione należy usunąć wszystkie usterki, w tym również te nieistotne. Odwołujący podkreślił, że odbiór końcowy potwierdza spełnienie świadczenia, co powinno skutkować zwolnieniem zabezpieczenia należytego wykonania umowy na poziomie 70% (vide: str. 4 protokołu posiedzenia i rozprawy z 22 lutego 2022 r.).

Osią sporu w przypadku rozstrzyganego zarzutu jest to, czy mimo dokonania przez Zamawiającego odbioru końcowego robót budowlanych jest on uprawniony do zwrotu 70% zabezpieczenia należytego wykonania umowy dopiero po usunięciu wad nieistotnych. W tym miejscu przypomnieć należy, że zgodnie z treścią art. 453 ust. 1 ustawy Pzp, Zamawiający zwraca zabezpieczenie w terminie 30 dni od dnia wykonania zamówienia i uznania przez zamawiającego za należycie wykonane. Następnie, jak wynika z treści ust. 2, zamawiający może pozostawić na zabezpieczenie roszczeń z tytułu rękojmi za wady lub gwarancji kwotę nie przekraczającą 30% zabezpieczenia.

Jak wskazuje się w orzecznictwie: „W świetle art. 647 KC inwestor obowiązany jest dokonać odbioru końcowego i zapłacić wynagrodzenie należnego wykonawcy. Inwestor nie może uzależniać dokonania odbioru końcowego i zapłaty należnego wynagrodzenia od braku jakichkolwiek wad w wykonanym obiekcie. Inwestor może uchylić się od obowiązku dokonania odbioru końcowego tylko w przypadku wystąpienia wad istotnych, gdyż tylko w takim wypadku można wskazać, że wykonawca nie spełnił swojego świadczenia, w pozostałych wypadkach, tj. wystąpienia wad nieistotnych mamy do czynienia z nieprawidłowym wykonaniem zobowiązania przez wykonawcę. W takiej sytuacji inwestor jest obowiązany dokonać odbioru końcowego, a do protokołu odbioru może zostać dołączony wykaz wszystkich ujawnionych wad z terminami ich usunięcia lub oświadczeniem inwestora o wyborze innego uprawnienia przysługującego mu z tytułu odpowiedzialności wykonawcy za wady ujawnione przy odbiorze.” (vide: wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 19 stycznia 2021 r. w sprawie o sygn. akt KIO 3440/20). Podobnie wskazała Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 5 czerwca 2020 r., sygn. akt KIO 781/20: „W świetle art. 647 KC inwestor obowiązany jest dokonać odbioru końcowego i zapłacić wynagrodzenie

należnego wykonawcy. Inwestor nie może uzależniać dokonania odbioru końcowego i zapłaty należnego wynagrodzenia od braku jakichkolwiek wad w wykonanym obiekcie. Inwestor może uchylić się od obowiązku dokonania odbioru końcowego tylko w przypadku wystąpienia wad istotnych, gdyż tylko w takim wypadku można wskazać, że wykonawca nie spełnił swojego świadczenia, w pozostałych wypadkach inwestor jest obowiązany dokonać odbioru końcowego a do protokołu odbioru może zostać dołączony wykaz wszystkich ujawnionych wad z terminami ich usunięcia lub oświadczeniem inwestora o wyborze innego uprawnienia przysługującego mu z tytułu odpowiedzialności wykonawcy za wady ujawnione przy odbiorze, co jednocześnie nie tamuje całego procesu odbioru.”

Zatem w przypadku stwierdzenia wad nieistotnych podczas odbioru robót, powinny zostać one opisane w protokole odbioru, a wykonawcy powinno zostać wypłacone wynagrodzenie za wykonane roboty budowlane. Jednocześnie, w sytuacji stwierdzenia wystąpienia wad nieistotnych nie można uznać, że mamy do czynienia z należyтым wykonaniem zamówienia. Natomiast jak wynika z treści art. 453 ust. 1 ustawy Pzp przesłanką zwrotu zabezpieczenia należytego wykonania umowy jest nie tylko wykonanie zamówienia ale również uznanie go przez zamawiającego za należyte wykonane.

Wobec powyższego, stwierdzić należy, że sam fakt iż roboty budowlane zostały odebrane i został sporządzony protokół ich odbioru nie oznacza, że jest to równoznaczne z należyтым wykonaniem zamówienia. Jeśli bowiem zostaną stwierdzone w treści protokołu wady nieistotne, nie można uznać że mamy do czynienia z należyтым wykonaniem zamówienia. Z tego względu w ocenie Izby zarzut naruszenia art. 453 ust. 1 ustawy Pzp nie potwierdził się, wobec czego zarzut został oddalony.

Ad zarzutu naruszenia art. 16 ustawy Pzp w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp, art. 134 ust. 1 pkt 20 ustawy Pzp w zw. z art. 353¹ k.c. i art. 647 k.c. w zw. z art. 484 §2 k.c. w zw. z art. 483 k.c. i art. 473 §1 k.c., tj. zarzut wskazany w pkt II.3 (iv) *petitum* odwołania.

Zamawiający opisał kary umowne w treści §11 wzoru umowy. Postanowienie to dotyczy zarówno kar z tytułu nienależytego wykonania umowy, jak i kar za niewykonanie umowy, w tym kary za odstąpienie od umowy z przyczyn leżących po stronie wykonawcy. Natomiast §11 ust. 7 wzoru umowy, objęty treścią zarzutu dotyczy „łącznej wysokości kar umownych przysługujących Zamawiającemu na mocy Umowy”, tj. wszystkich kar, o których mowa w §11 wzoru umowy a zatem zarówno tych z tytułu niewykonania zobowiązania w tym odstąpienia od umowy przez wykonawcę, jak i z tytułu nienależytego wykonania zobowiązania. Zdaniem Izby wysokość kar umownych powinna być wyważona, tj. z jednej strony spełniać swoją rolę i mobilizować wykonawców do należytego wykonania przedmiotu umowy, z drugiej strony nie powinna odstraszać i prowadzić do podejmowania ryzyka realizacji przedmiotu umowy na granicy opłacalności a nawet poniesienia straty.

Zarzut nie został uwzględniony po pierwsze z uwagi na to, że Odwołujący kwestionował jedynie łączny limit kar umownych pomijając, że Zamawiający wprowadził szereg okoliczności, za które kary mogą być wyliczane i bez analizy tych przypadków, które następnie „składają się” na łączny limit kar ocena samego limitu wskazanego w treści §11 ust. 7 wzoru umowy byłaby oceną bardzo powierzchowną. Po drugie, argumentacja Odwołującego wskazana w treści odwołania i podtrzymana na rozprawie dotycząca praktyki odnoszenia kar umownych za nienależyte wykonanie do kary umownej za odstąpienie od umowy nie była adekwatna w okolicznościach tej sprawy ponieważ nie mamy tu do czynienia z taką praktyką Zamawiającego. Zamawiający nie wyłączył z łącznego limitu kar, kary za odstąpienie od umowy. Ponadto argument o tym, że taki limit jest rynkowy również nie przekonał Izby. Choć Odwołujący przedstawił na powyższą okoliczność dowód w postaci dokumentacji przetargowej z innych postępowań, nie mogło to przesądzić o uwzględnieniu odwołania. Izba wskazuje, że każde postępowanie rządzi się swoimi prawami, w tym ma swoje uwarunkowania które przesądzają o takim a nie innym kształtowaniu postanowień umowy. Z tego też względu powoływanie się jedynie na praktykę rynkową należało uznać za niewystarczające dla uwzględnienia zarzut.

Ad zarzutu naruszenia art. art. 436 pkt 4 lit. b) ustawy Pzp w zw. z art. 16 ustawy Pzp i art. 647 k.c., tj. zarzutu wskazanego w pkt II.4 *petitum* odwołania.

W zakresie tego zarzutu Odwołujący wadliwie przywołał jako podstawę prawną art. 436 pkt 4 lit. b) ustawy Pzp, podczas rozprawy Odwołujący wskazywał na treść art. 455 ust. 1 ustawy Pzp. Kwestionowane postanowienie umowy dotyczy zmiany terminu w sytuacjach tam wskazanych. Odwołujący domaga się aby zmiana ta pociągała również zmianę wynagrodzenia. Jednak uzasadnienie zarzutu jest w ocenie Izby lakoniczne. Odwołujący nie dokonuje pogłębionej analizy kwestionowanego postanowienia umowy, w tym nie odnosi go do innych postanowień umowy przewidujących zmiany umowy np. w zakresie wykonania robót dodatkowych i zamiennych. Uzasadnienie w tym zakresie jest w ocenie Izby niepełne. Ponadto brakuje również odniesienia się do treści art. 455 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp i wykazania dlaczego sama ta regulacja nie wystarcza dla zmiany wynagrodzenia w przypadkach wskazanych w treści §16 ust. 2 wzoru umowy. Dodatkowo żądanie jest szersze niż uzasadnienie wskazane w treści odwołanie, bowiem Odwołujący nie zaprezentował żadnej argumentacji w zakresie postanowień §16 ust. 2 pkt 2. Wskazana w treści odwołania argumentacja odnosi się tylko do do §16 ust. 2 pkt 21 wzoru umowy. Z uwagi na powyższe odwołanie nie zostało w tym zakresie uwzględnione.

Ad zarzutu naruszenia art. 99 ust. 1 pzp w zw. z art. 436 pkt 1 ustawy Pzp, tj. zarzutu wskazanego w pkt II.7 *petitum* odwołania.

Dostrzeżenia wymaga, że choć postanowienia które Odwołujący kwestionuje w treści odwołania nie zmieniły się, to Zamawiający wprowadził modyfikację w Dziale A Rozdziale IV pkt 4.10 SWZ przez dodanie postanowienia z którego wynika, że Zamawiający deklaruje przekazanie uzgodnionego projektu na min 5 dni przez terminem składania i otwarcia ofert. W ocenie Izby przedstawiona w odwołaniu argumentacja nie przystaje do stanu zaistniałego w sprawie po wprowadzeniu ww. zmiany SWZ. W ocenie Izby zarzut sformułowany w treści odwołania przestał być aktualny wobec zmiany treści Działu A, Rozdziału IV, pkt 4.10 SWZ. Dodatkowo wskazać należy, że wobec zamiaru udostępnienia przez Zamawiającego uzgodnionego projektu argumentacja odnosząca się do terminów związanych w tym uzgodnieniem jest niezasadna. Ponadto terminy wykonania zakresu prac objętego zarzutem są niezależne od Zamawiającego.

W związku z powyższym orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 575 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. poz. 2019 ze zm.) oraz § 8 ust. 2 pkt 1 w związku § 5 pkt 1 i 2 lit b) w związku z § 2 ust. 2 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu wysokości wpisu od odwołania (Dz. U. poz. 2437).

Przewodniczący: