

Sygn. akt: KIO/UZP 2175/10

WYROK

z dnia 18 października 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Justyna Tomkowska
Członkowie: Ryszard Tetzlaff
Agnieszka Trojanowska

Protokolant: Patrycja Kaczmarska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 14 października 2010 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Konsorcjum: HERMANN KIRCHNER Sp. z o.o. (Lider Konsorcjum), Strabag Sp. z o. o. (Partner Konsorcjum), Zakład Robót Mostowych MOSTMAR Marcin i Grzegorz Marcinków Sp. j. (Partner Konsorcjum)**, z siedzibą dla Lidera Konsorcjum **91 – 463 Łódź, ul. Łagiewnicka 54/56** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Lublinie, 20 – 075 Lublin, ul. Ogrodowa 21** protestu z dnia 16 września 2010 r.

przy udziale **Konsorcjum: Mostostal S. A. (Lider Konsorcjum), Acciona Infraestructuras S. A. (Partner Konsorcjum)**, z siedzibą dla Lidera Konsorcjum **02 – 673 Warszawa, ul. Konstruktorska 11A** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego.

orzeka:

1. Oddala odwołanie

2. Kosztami postępowania obciąża Konsorcjum: HERMANN KIRCHNER Sp. z o.o., Strabag Sp. z o. o., Zakład Robót Mostowych MOSTMAR Marcin i Grzegorz Marcinków Sp. j., 91 – 463 Łódź, ul. Łagiewnicka 54/56

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 4444 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące czterysta czterdzieści cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczzonego przez **Konsorcjum: HERMANN KIRCHNER Sp. z o.o., Strabag Sp. z o. o., Zakład Robót Mostowych MOSTMAR Marcin i Grzegorz Marcinków Sp. j., 91 – 463 Łódź, ul. Łagiewnicka 54/56**
- 2) dokonać wpłaty kwoty 3600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset zł zero gr.) przez **Konsorcjum: HERMANN KIRCHNER Sp. z o.o., Strabag Sp. z o. o., Zakład Robót Mostowych MOSTMAR Marcin i Grzegorz Marcinków Sp. j., 91 – 463 Łódź, ul. Łagiewnicka 54/56** na rzecz **Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Lublinie, 20 – 075 Lublin, ul. Ogrodowa 21** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika
- 3) zwrócić 15 556 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy pięćset pięćdziesiąt sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Konsorcjum: HERMANN KIRCHNER Sp. z o.o., Strabag Sp. z o. o., Zakład Robót Mostowych MOSTMAR Marcin i Grzegorz Marcinków Sp. j., 91 – 463 Łódź, ul. Łagiewnicka 54/56.**

U z a s a d n i e n i e

Odwołujący: HERMANN KIRCHNER Sp. z o.o. (Lider Konsorcjum), STRABAG Sp. z o.o. oraz Zakład Robót Mostowych MOSTMAR Marcin i Grzegorz Marcinków Spółka Jawna, wniósł odwołanie w postępowaniu pn. „Budowa drogi ekspresowej S17, odcinek Kurów - Lublin -Piaski Zadanie nr 2: odcinek węzeł „Bogucin” - węzeł „Dąbrowica” wraz z węzłem; zadanie nr 2a: budowa drogi krajowej klasy GP, odcinek węzeł „Dąbrowica” - granica administracyjna miasta Lublina.”, prowadzonym przez Generalną Dyrekcję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Lublinie na podstawie art. 179 i art. 184 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku Prawo Zamówień Publicznych, zwaną w dalszej części w skrócie „ustawą Pzp”, na treść wskazanych poniżej postanowień Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej SIWZ) - Szczególnych Warunków Kontraktu (dalej: SWK) oraz Specyfikacji Technicznych Wykonania i Odbioru Robót Budowlanych D-M-00.00.00. (dalej: Specyfikacja Techniczna).

Ogłoszenie o zamówieniu ukazało się w Dzienniku Urzędowym Wspólnot Europejskich o numerze 2009/S_246-352452_z dnia 22.12.2009r.

II. Przedstawienie zarzutów

Odwołujący zarzuca, że działania Zamawiającego naruszają przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych oraz kodeksu cywilnego, a w szczególności:

- a) art. 7 Pzp poprzez naruszenie przez Zamawiającego zasad uczciwej konkurencji,
- b) art. 29 ust. 1 i 2 Pzp poprzez opisanie przez Zamawiającego w sposób niejednoznaczny i niewystarczająco precyzyjny przedmiotu zamówienia,
- c) art. 647 kodeksu cywilnego w zw. z art. 14 i 139 Pzp poprzez wprowadzenie do SIWZ, tj. Specyfikacji Technicznej Wykonania i Odbioru Robót Budowlanych DM-00.00.00 zapisów, z których wynika, że Wykonawca będzie zobowiązany do wykonania dokumentacji projektowej nieokreślonej w SIWZ,
- d) art. 353¹ kodeksu cywilnego w zw. z art. 483 § 1 kodeksu cywilnego i w zw. z art. 14 i 139 Pzp poprzez nałożenie kar umownych wyłącznie na Wykonawcę, z pominięciem zachowania równowagi stron umowy,
- e) art. 353 kodeksu cywilnego w zw. z art. 14 i 139 Pzp poprzez wydłużenie terminów kontraktowych dla Zamawiającego przy jednoczesnym skróceniu terminów kontraktowych Wykonawcy.

III. Wniosek co do rozstrzygnięcia odwołania

Wskazując na powyższe naruszenia Ustawy Prawo zamówień publicznych oraz kodeksu cywilnego, Odwołujący wnosi o:

- uwzględnienie odwołania,
- nakazanie Zamawiającemu dokonanie modyfikacji treści SIWZ Zamówienia poprzez:
 1. Modyfikację treści Warunków Szczególnych Kontraktu tj. Subklauzuli 8.7. „Kary umowne” (pierwotna nazwa: „Odszkodowanie umowne za opóźnienie”) poprzez wprowadzenie do Subklauzuli 8.7. nowego akapitu, przewidującego karę umowną przysługującą Wykonawcy od Zamawiającego, to jest zapisu: „Zamawiający zapłaci na rzecz Wykonawcy karę umowną:
 - (a) za przekroczenie terminu przekazania Wykonawcy prawa dostępu do wszystkich części placu budowy i ich użytkowania w wysokości 0,01% Zaakceptowanej Kwoty Kontraktowej, określonej w Subklauzuli 1.1.4.1., za każdy dzień zwłoki;
 - (b) za nie przekazanie w terminie Wykonawcy wszystkich projektów, decyzji, pozwoleń, uzgodnień i innych dokumentów, niezbędnych do prowadzenia prac budowlanych przez Wykonawcę, w wysokości 5.000 zł. za każdy dzień zwłoki;

(c) za przekroczenie przez Zamawiającego terminu dokonania odbioru końcowego robót w wysokości 0,01% Zaakceptowanej Kwoty Kontraktowej, określonej w Subklauzuli 1.1.4.1., za każdy dzień zwłoki.

Zamawiający jest zobowiązany zapłacić karę umowną także w przypadku, gdy Wykonawca nie poniósł szkody.

Wykonawca ma prawo do odszkodowania uzupełniającego przenoszącego wysokość kar umownych do wysokości rzeczywiście poniesionej szkody."

2. Modyfikację treści Warunków Szczególnych Kontraktu tj. Warunku 10.3 Przeszkoda w Próbach Końcowych oraz Warunku 16.2. „Odstąpienie przez Wykonawcę" poprzez przywrócenie liczby dni wskazanych w pierwotnej treści Warunków tj. odpowiednio zamiast 28 dni - 14 dni i zamiast 84 dni - 42 dni.

i nakazanie Zamawiającemu naniesienie odpowiednich zmian w Warunkach Szczególnych Kontraktu, oraz

3. Modyfikację treści SIWZ Tom IV Specyfikacje Techniczne Wykonania i Odbioru Robót Budowlanych DM-00.00.00 Wymagania Ogólne - w zakresie punktu 1.5.2.2 **poprzez usunięcie zapisu:** „Dodatkowo poza Specyfikacjami, Rysunkami i innymi informacjami zawartymi w Kontrakcie, Wykonawca powinien dostarczyć wszystkie rysunki, dokumenty zezwolenia związane i inne dane potrzebne do wykonania robót oraz osiągnięcia parametrów technicznych wymaganych w Kontrakcie. Wykonawca może składać te informacje kolejno w częściach, lecz komplet Dokumentacji musi zostać złożony w terminach określonych w pkt. 1.5.2.1." **ewentualnie**

Modyfikację treści Specyfikacji Technicznej DM-00.00.00 punktu 1.5.2.2. poprzez **szczegółowe określenie** w powołanym punkcie Specyfikacji Technicznej Wykonania i Odbioru Robót Budowlanych, jakich dokumentów może żądać od Wykonawców Zamawiający i w jakim przypadku.

i nakazanie Zamawiającemu naniesienie odpowiednich zmian w Specyfikacji Technicznej Wykonania i Odbioru Robót Budowlanych DM-00.00.00.

IV. Uzasadnienie

Odwołujący w dniu 06 września 2010 roku otrzymał od Zamawiającego zaproszenie do złożenia oferty wraz ze Specyfikacją Istotnych Warunków Zamówienia w prowadzonym postępowaniu.

Odwołujący w dniu 16 września 2010 roku wniósł protest na treść Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, podnosząc iż zaskarżone postanowienia SIWZ są niezgodne z Prawem Zamówień Publicznych oraz kodeksem cywilnym.

Pismem z dnia 24 września 2010 roku, doręczonym Odwołującemu w tym samym dniu, Zamawiający dokonał rozstrzygnięcia protestu.

Zamawiający uwzględnił protest w części, to jest w zakresie naruszenia art. 647 k.c. w związku z art. 14 i 139 ustawy Pzp poprzez przerzucenie na Wykonawcę obowiązku sprawdzania wad w projektach sporządzonych przez Zamawiającego. W rozstrzygnięciu protestu Zamawiający wskazał, że dokona odpowiedniej zmiany SIWZ, tj. usunie ze Specyfikacji Technicznych Wykonania i Odbioru Robót Budowlanych DM-00.00.00 Wymagania Ogólne - w zakresie punktu 1.5.4. zapis, iż to „Wykonawca ma obowiązek sprawdzić przekazane Dokumentacje Projektowe i STWiORBy oraz zgłosić wszystkie uwagi do ich zawartości w terminie 4 tygodni od otrzymania tych dokumentów. Wszystkie zgłoszenia braków, ewentualnych błędów, nieścisłości itp. po tym terminie nie mogą skutkować opóźnieniami lub wstrzymaniem Robót. Działania takie będą uznawane za występujące z winy Wykonawcy Robót.”

W pozostałym zakresie, tj. zarzutów zawartych w pkt 1, 2 i 3 protestu, Zamawiający oddalił żądania Odwołującego.

W uzasadnieniu rozstrzygnięcia protestu Zamawiający wskazywał, że w proteście z dnia 16 września 2010 roku Protestujący podniósł pięć zarzutów wobec czynności dokonanych przez Zamawiającego, dotyczących naruszenia:

- a) art. 7 ust 1 ustawy, poprzez naruszenie przez Zamawiającego
- b) art 29 ust 1 i 2 Pzp poprzez opisanie przez Zamawiającego w sposób niejednoznaczny i niewystarczająco precyzyjny przedmiotu zamówienia,
- c) art. 647 kodeksu cywilnego w zw. z art. 14 i 139 Pzp poprzez wprowadzenie do SIWZ, tj. Specyfikacji Technicznej Wykonania i Odbioru Robót Budowlanych DM-00.00.00 zapisów, z których wynika, że Wykonawca będzie zobowiązany wykonania dokumentacji projektowej nieokreślonej w SIWZ oraz poprzez przerzucenie na Wykonawcę obowiązku sprawdzenia wad w projektach sporządzonych przez Zamawiającego,
- d) art. 353¹ kodeksu cywilnego w zw. z art. 483 § 1 kodeksu cywilnego i w zw. z art. 14 i 139 Pzp poprzez nałożenie kar umownych wyłącznie na Wykonawcę, z pominięciem zachowania równowagi stron umowy,
- e) art. 353¹ kodeksu cywilnego w zw. z art. 14 i 139 Pzp poprzez wydłużenie terminów kontraktowych dla Zamawiającego przy jednoczesnym skróceniu terminów kontraktowych Wykonawcy.

Ad. a)

Cytując brzmienie art. 7 ustawy Pzp, stwierdzono, iż Zamawiający przygotował i prowadzi niniejsze postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w sposób zgodny z cytowanym przepisem. Zamawiający przekazując Wykonawcom Zaproszenie do składania ofert przekazał wraz z nim jednakową dla wszystkich zaproszonych do składania ofert Wykonawców wersję elektroniczną na płycie DVD Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia. Protestujący nie wykazał w jaki sposób Zamawiający naruszył art. 7 ustawy

Pzp, nie przedstawił żadnych dowodów potwierdzających to naruszenie, niezrozumiałym było zatem dla Zamawiającego postawienie przez Protestującego zarzutu w tym zakresie. Biorąc powyższe pod uwagę, zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 7 ust. 1 ustawy Pzp należało uznać za bezzasadny.

Ad. b) oraz c) w zakresie zobowiązania Wykonawcy do wykonania dokumentacji projektowej nieokreślonej w SIWZ.

Zamawiający uznał zarzut określony w punkcie b) i c) w zakresie zobowiązania Wykonawcy do wykonania dokumentacji projektowej nieokreślonej w SIWZ, za bezzasadny. Zapis treści SIWZ Tom IV Specyfikacje Techniczne Wykonania i Odbioru Robót Budowlanych D.M.OO.00.00 „Wymagania Ogólne” w zakresie punktu 1.5.2.2, dotyczy elementów robót niemożliwych do określenia przez Zamawiającego na etapie postępowania przetargowego, które wynikają np. z technologii robót przyjętych przez Wykonawcę. W takich przypadkach w akceptację zaproponowanej przez Wykonawcę technologii robót, Inżynier może uwarunkować złożeniem przez Wykonawcę dodatkowych materiałów, w celu uzyskania pewności, że zostaną osiągnięte parametry techniczne wymagane w Kontrakcie oraz że będą spełnione inne warunki określone w Dokumentacji Przetargowej.

W związku z powyższym Wykonawca nie będzie miał podstaw do dodatkowego wynagrodzenia za opracowane przez siebie na w/w zasadach dokumentacje.

Ad. c) w zakresie przerzucenia na Wykonawcę obowiązku sprawdzenia wad w projektach sporządzonych przez Zamawiającego.

Zamawiający po analizie wyroku Sądu Najwyższego z dnia 27 marca 2000r., sygn. Akt III CKN 629/98) uznał powyższy zarzut za zasadny i miał dokonać odpowiedniej zmiany w treści SIWZ na podstawie art.38 ust.4 oraz art. 183 ust.5 pkt.2. ustawy Pzp.

Ad. d)

Rozpatrując przedmiotowy zarzut Zamawiający w pierwszej kolejności zwracał uwagę, że zamówienie publiczne którego dotyczy ma być realizowane zgodnie z *Warunkami Kontraktu na Budowę dla robót budowlanych i inżynieryjnych projektowanych przez Zamawiającego*". *COSMOPOLICONSULTANTS Tłumaczenie pierwszego wydania FIDIC1999*".

Zgodnie z przedmiotowymi warunkami prawa i obowiązki stron danej umowy uregulowane są w szeregu zapisów zawartych zarówno w Ogólnych Warunkach Kontraktu jak i Szczególnych Warunkach Kontraktu. Z uwagi na powyższe dla ustalenia czy w postępowaniu o zamówienie publiczne Zamawiający naruszył wymogi wynikające z ustawy Prawo zamówień publicznych nie jest wystarczające, jak to uczynił Protestujący w swoim proteście odwołanie się tylko i wyłącznie do jednej z klauzul, a konkretnie Subklauzuli 8.7 „Kary umowne”. Kompleksowa analiza zapisów kontraktowych nie potwierdza zarzutów o rzekomym ukształtowaniu przez Zamawiającego Szczególnych Warunków Kontraktu z naruszeniem zasad uczciwej konkurencji i równowagi stron. Świadczyć o tym może treść

przykładowo przywołanych klauzul składających się na treść postanowień umowy o udzieleniu ww. zamówienia publicznego: **1.9 (Opóźnienie Rysunków lub instrukcji)**, **2.1 (Prawo dostępu do Placu Budowy)**, **4.12 (Nieprzewidywalne warunki fizyczne)**, **4.24 (Wykopaliska)**; **7.4 (Dokonywanie Prób)**, **8.4 (Przedłużenie czasu na Ukończenie)**; **17.4 (Skutki zagrożeń stanowiących ryzyko Zamawiającego) w związku z 17.3 (Zagrożenia stanowiące ryzyko Zamawiającego)**; **19.4 (Następstwa Siły Wyższej) w związku z 19.1 (Definicja Siły Wyższej)**. Przywołane powyżej zapisy umowy nie stanowią katalogu zamkniętego roszczeń Wykonawcy, lecz przywołane zostały jedynie dla przykładu, a wszystkie okoliczności umożliwiające Wykonawcy stosowanie roszczeń opisane zostały w Tomie II SIWZ tj. w Warunkach Kontraktu na które składają się: Formularz Umowy, „Warunki kontraktu na budowę dla robót budowlanych i Inżynierskich projektowanych przez Zamawiającego” COSMOPOLI CONSULTANTS Tłumaczenie pierwszego wydania FIDIC 1999 oraz Szczególne Warunki Kontraktu. W przypadku wystąpienia okoliczności wypełniających wskazane wyżej postanowienia umowne Warunki Kontraktu przewidują określoną procedurę. Zgodnie z nią Wykonawca składa odpowiednie powiadomienie Inżynierowi (informuje go). Inżynier z kolei dokonuje indywidualnej oceny takiego powiadomienia i zasadności składanych przez Wykonawcę wniosków.

Zmodyfikowana treść Subklauzuli 8.7 nie narusza interesów Wykonawcy robót lecz umożliwia sprawiedliwe i zgodne ze stanem faktycznym rozstrzygnięcie ewentualnych roszczeń jakie ma prawo zgłosić Wykonawca zgodnie z Subklauzulą 20.1. oraz Zamawiający zgodnie z Subklauzulą 2.5.

Tak więc uprawnienie do żądania dodatkowych płatności na kontrakcie (z przyczyn zależnych od drugiej strony) przysługuje Zamawiającemu na podstawie Subklauzuli 8.7 Szczególnych Warunków Kontraktu, zaś Wykonawcy (z przyczyn zależnych od drugiej strony, lub niezależnych od stron) między innymi na podstawie Subklauzuli 1.9; 2.1; 4.12; 4.24; 7.4; 8.4; 17.4 w zw. z 17.3; 19.4 w zw. z 19.1 Szczególnych Warunków Kontraktu.

Według Klauzuli 20.1 Wykonawca złożyć może roszczenie o przedłużenie czasu lub dodatkową płatność. Analiza takiego powiadomienia - a tym samym określenie kosztu przedłużenia, dokonana będzie w oparciu o przedstawiony przez Wykonawcę Harmonogram przy uwzględnieniu utrudnień o jakich informuje Wykonawca w Raportach. Modyfikacja Klauzuli 8.7 jest więc tak samo korzystna dla Wykonawcy jak i dla Zamawiającego. Zamawiający przedstawił także krótkie uzasadnienie dla katalogu wprowadzonych w subklauzuli 8.7 Szczególnych Warunków Kontraktu stwierdzając, że dla uniknięcia kary wystarczy tylko **systematycznie wywiązywać się z podstawowych przyjętych na siebie zobowiązań** wynikających z umowy. Dla Zamawiającego jest bardzo ważnym, aby miał comiesięczny przegląd sytuacji i mógł monitorować na bieżąco sytuację. Ponadto Zamawiający nie ukrywał, że ustanowił niniejszą karę ze względu na złe doświadczenia w tej

kwestii i fakt, że bez uregulowania sankcji za niewywiązanie się Wykonawcy z obowiązku przedłożenia w ściśle określonych terminach dokumentów kontraktowych sprawne i właściwe monitorowanie postępu robót na kontrakcie jest niezwykle utrudnione. Na kontraktach, na których nie zawarto w Szczególnych Warunkach Kontraktu sankcji za niedostarczenie ww. dokumentów w terminie, Wykonawcy opóźniają się wiele miesięcy z przedkładaniem dokumentów wymaganych kontraktem.

Równość stron kontraktu przejawia się w tym zakresie w uprawnieniu Zamawiającego do naliczania kar na podstawie Subklauzuli 8.7 w przypadku nieprzekazania przez Wykonawcę w terminach określonych w Szczególnych Warunkach Kontraktu stosownych dokumentów kontraktowych oraz uprawnieniu Wykonawcy na podstawie klauzul np. 1.9 (Opóźnienia rysunków lub instrukcji); 2.1 (prawo dostępu do placu budowy), żądania przedłużenia Czasu na Ukończenie oraz dodatkowej płatności w przypadku gdy Zamawiający nie prześle np. stosownych dokumentów kontraktowych lub placu budowy w terminie przewidzianym w Warunkach Kontraktu.

Zamawiający wskazywał, iż istotą modyfikacji Subklauzuli 8.7 nie jest jednostronne i nieuprawnione uprzywilejowanie Zamawiającego lecz sprawiedliwe, korzystne dla obu stron zarządzanie projektem z uwzględnieniem dobrych obyczajów (zasad współżycia społecznego) i słusznego interesu społecznego. W ocenie Zamawiającego nie ma konieczności wprowadzanie dodatkowo kar o jakie wnioskuje Wykonawca, gdyż zapisy Szczególnych Warunków Kontraktu tj. m. in. Subklauzul 1.9; 2.1; 4.12; 4.24; 7.4; 8.4; 17.4 w zw. z 17.3; 19.4 w zw. z 19.1, 20.1 całkowicie równoważy odpowiedzialność stron. Co więcej opierając się ściśle na enumeratywnym wyliczeniu klauzul i podstaw do żądania dodatkowych płatności to Wykonawca ma szerszy katalog klauzul, z których może skorzystać dochodząc od Zamawiającego płatności.

Co więcej Wykonawca jest zobowiązany zapłacić karę umowną jedynie za zachowania wynikające z przyczyn leżących po jego stronie. Zamawiający odpowiada zaś finansowo wobec Wykonawcy także za zdarzenia niezależnie od stron (np. siła wyższa).

Niezależnie od powyższego Zamawiający zwraca uwagę że przyjęcie wnoszonych przez Protestującego modyfikacji Subklauzuli 8.7. doprowadziłoby do naruszenia praw Zamawiającego stawiając w uprzywilejowanej pozycji Wykonawcę. I tak:

- przyjęcie zapisów, że Zamawiający zapłaci Wykonawcy karę umowną w wysokości 0,01% Kwoty Kontraktowej za każdy dzień zwłoki w przekazaniu Wykonawcy prawa dostępu do wszystkich działek prowadziłoby do sytuacji że nawet w przypadku braku dostępu do niewielkiej części placu budowy czy też do jednej choćby niewielkiej działki geodezyjnej Zamawiający zobowiązany byłby zapłacić Wykonawcy karę umowną. Natomiast w przypadku gdy brak działki będzie miał wpływ na tempo robót, zapis ten może wiązać się z zapłatą kary umownej na podstawie 8.7, pomimo, iż Zamawiający na podstawie

Subklauzuli 2.1 zobowiązany już będzie do przedłużenia Czasu na Ukończenie I dodatkowej płatności. Oznaczałoby to podwójną płatność za jedno opóźnienie leżące po stronie Zamawiającego.

- przyjęcie zapisów że Zamawiający zapłaci Wykonawcy karę umowną w wysokości 5 000 zł za każdy dzień zwłoki w przekazaniu Wykonawcy wszystkich projektów, decyzji, pozwoleń i innych dokumentów niezbędnych do prowadzenia prac budowlanych skutkowałoby tym, że nawet w przypadku opóźnień w przekazaniu tych dokumentów dla nieistotnych z punktu widzenia inwestycji, w tym terminów wynikających z Harmonogramu prac Wykonawcy, powodowałoby obowiązek zapłaty kary umownej. Ponadto kara ta jest powieleniem zapisów zawartych w Subklauzuli 1.9 Szczególnych Warunków Kontraktu, które nakładają na Zamawiającego obowiązek przedłużenia Czasu na Ukończenie oraz dodatkowej płatności w przypadku zaistnienia braków określonych w tej Klauzuli

- procedura odbioru, w tym również obowiązki uczestników tj. Wykonawcy, Inżyniera oraz Zamawiającego uregulowane zostały w Warunkach Kontraktu. Zgodnie z nimi to Inżynier jest odpowiedzialny za dokonanie odbioru i wydanie Świadectwa Przejęcia bądź Świadectwo Wykonania. Niewyobrażalnym jest fakt, iż w przypadku gdy Zamawiający nie dokona odbioru robót, które w opinii Inżyniera nie mogą z uwagi na swoją wadliwość być odebrane, Zamawiający zobligowany będzie dokonać jeszcze płatności kary umownej w tym zakresie.

Jak powyżej wykazano Subklauzula 8.7 nie jest jedyną, na podstawie której należy oceniać zachowanie zasad uczciwej konkurencji i równowagi stron.

Ad. e)

Zamawiający podziela opinię Protestującego, że umowa o roboty budowlane powinna zmierzać do zabezpieczenia zarówno interesów Zamawiającego, jak też Wykonawcy robót.

Skrócenie niektórych terminów zdecydowanie temu sprzyja. Protestujący w swoim wystąpieniu poruszył tylko kwestie zmodyfikowania Subklauzuli 10.3 - „Przeszkoda w Próbach Końcowych” oraz Subklauzuli 16.2 „Odstąpienie przez Wykonawcę”. Nie wspomniał nic o tym, że Zamawiający skrócił również terminy obowiązujące jego samego.

I tak:

- Subklauzula 3.4 Zastąpienie Inżyniera - dla dobra Wykonawcy i w trosce o sprawne zarządzanie kontraktem Zamawiający skrócił przysługujący mu czas z „42” na „14” dni. W przypadku konieczności zmiany Inżyniera działanie Zamawiającego musi być szybkie i zdecydowane.

- Subklauzula 20.1 Roszczenia Wykonawcy - dla dobra Wykonawcy i sprawniejszego zarządzania jakością Zamawiający skrócił termin powiadomienia o uprawnieniu do przedłużenia Czasu i dodatkowej płatności z „28” do „14” dni. Wykonawca szybciej powiadamia Inżyniera o Roszczeniu. Rzetelnie sporządzony Harmonogram oraz bieżące

raporty pozwalają Inżynierowi szybko i precyzyjnie ocenić zasadność i oszacować koszty do jakich Wykonawca jest uprawniony. Przyspieszenie w rozpatrywaniu Roszczeń jest więc przywilejem Wykonawcy.

Z przedstawionego powyżej uzasadnienia wynika, że Zamawiający ustalając warunki miał na myśli prawidłowe i efektywne zarządzanie kontraktem skracając zarówno terminy jego obowiązujące, jak i obowiązujące Wykonawcę. Żądanie Protestującego nie może być rozpatrywane w oderwaniu od całości uwarunkowań Szczególnych Warunków Kontraktu

Odwołujący zakwestionował stanowisko Zamawiającego i zaskarżył w części rozstrzygnięcie protestu z dnia 24 września 2010r., to jest w zakresie, w którym Zamawiający oddalił żądanie dotyczące:

- 1) modyfikacji treści Warunków Szczególnych Kontraktu tj. Subklauzuli 8.7. „Kary umowne” (pierwotna nazwa: „Odszkodowanie umowne za opóźnienie”) poprzez **wprowadzenie** do Subklauzuli 8.7. nowego akapitu, przewidującego karę umowną przysługującą Wykonawcy od Zamawiającego;
- 2) modyfikacji treści Warunków Szczególnych Kontraktu tj. Warunku 10.3 „Przeszkoda w Próbach Końcowych” oraz Warunku 16.2. „Odstąpienie przez Wykonawcę” poprzez przywrócenie liczby dni wskazanych w pierwotnej treści Warunków tj. odpowiednio zamiast 28 dni - 14 dni i zamiast 84 dni - 42 dni;
- 3) usunięcia z treści SIWZ Tom IV Specyfikacje Techniczne Wykonania i Odbioru Robót Budowlanych DM-00.00.00 Wymagania Ogólne - w punkcie 1.5.2.2 **zapisu:** „Dodatkowo poza Specyfikacjami, Rysunkami i innymi informacjami zawartymi w Kontrakcie, Wykonawca powinien dostarczyć wszystkie rysunki, dokumenty zezwolenia związane i inne dane potrzebne do wykonania robót oraz osiągnięcia parametrów technicznych wymaganych w Kontrakcie. Wykonawca może składać te informacje kolejno w częściach, lecz komplet Dokumentacji musi zostać złożony w terminach określonych w pkt. 1.5.2.1.”

lub ewentualnie modyfikacji treści Specyfikacji Technicznej DM-00.00.00 punktu 1.5.2.2. poprzez **szczegółowe określenie** w powołanym punkcie Specyfikacji Technicznej Wykonania i Odbioru Robót Budowlanych, jakich dokumentów może żądać od Wykonawców Zamawiający i w jakim przypadku.

Odwołujący podnosi, że przedstawione przez Zamawiającego stanowisko oraz argumentację należy uznać za niezasadne.

Odnosząc się do zaskarżonych niniejszym odwołaniem punktów SIWZ oraz treści uzasadnienia rozstrzygnięcia protestu. Odwołujący podnosił, że:

Ad 1)

Zamawiający w Szczególnych Warunkach Kontraktu - Subklauzuli 8.7 podpunkty (a) - (f), wprowadził zapisy określające wysokość kar umownych.

Odwołujący w pełni podtrzymuje zarzuty oraz argumentację zawartą w proteście i podnosi, że kara umowna, określona w Subklauzuli 8.7 Warunków Szczególnych Kontraktu, stanowi jednostronne i nieuprawnione uprzywilejowanie Zamawiającego, jako strony przyszłej Umowy.

Odwołujący wskazuje, że umowa o roboty budowlane powinna zmierzać do zabezpieczenia zarówno interesów Zamawiającego, jak też Wykonawcy robót. Kara umowna, podobnie jak odszkodowanie, którego jest surogatem, nie może prowadzić do nieuzasadnionego wzbogacenia Zamawiającego. Celem wprowadzenia kar umownych, bez wątpienia, jest dyscyplinowanie stron do prawidłowego i terminowego wywiązywania się z przyjętych w umowie obowiązków. W ocenie Odwołującego, postanowienia przyszłej umowy, nie mogą się ograniczać wyłącznie do przewidzenia kar umownych za działania Wykonawcy. Należy mieć na uwadze, że podczas realizacji robót budowlanych dochodzi do sytuacji, że Wykonawca jest gotowy prowadzić roboty budowlane, jednakże z uwagi na zaniechania Zamawiającego, prace nie są realizowane.

W ocenie Odwołującego, nie sposób się zgodzić z argumentacją Zamawiającego przedstawioną w rozstrzygnięciu protestu, iż:

- a) zmodyfikowana treść Subklauzuli 8.7 nie narusza interesów Wykonawcy robót, lecz umożliwia sprawiedliwe i zgodne ze stanem faktycznym rozstrzygnięcie ewentualnych roszczeń, jakie ma prawo zgłosić Wykonawca zgodnie z Subklauzulą 20.1 oraz Zamawiający zgodnie z Subklauzulą 2.5.
- b) zapisy Subklauzul 1.9, 2.1, 4.12, 4.24, 7.4, 8.4, 17.4, 19.4 Szczególnych Warunków Kontraktu całkowicie równoważą odpowiedzialność stron umowy.

Odwołujący, odnosząc się do treści rozstrzygnięcia protestu podnosi, iż

- 1) Odwołujący wskazuje, że nie kwestionuje ani zasadności, ani też wysokości kar umownych, wprowadzonych przez Zamawiającego w klauzuli 8.7 od Wykonawcy. Odwołujący wnosił w proteście, jak i w odwołaniu o wprowadzenie odpowiednich kar umownych także na jego rzecz od Zamawiającego. Szerokie uzasadnienie przedstawione przez Zamawiającego w rozstrzygnięciu protestu w sprawie zasadności wprowadzenia kar umownych na jego rzecz nie odnosi się zatem do przedmiotu niniejszego postępowania.
- 2) Kara umowna w żaden sposób nie jest tożsama z możliwością dochodzenia roszczeń przez Wykonawcę w trybie określonym w Subklauzuli 20.1. Zupełnie odmienne są tryby i zasady dochodzenia roszczeń z w/w tytułów. Przede wszystkim należy podnieść, że Wykonawca (co zresztą sam przyznaje Zamawiający w rozstrzygnięciu protestu) dochodząc swoich roszczeń na podstawie powołanych przez Zamawiającego klauzul musi przeprowadzić całe postępowanie, począwszy od powiadomienia Inżyniera, poprzez ich ocenę i ewentualne uznanie bądź nie, przedstawionego żądania. Dochodzenie roszczeń w trybie powołanej klauzuli nie ma nic wspólnego z karami umownymi.

3) Odwołujący wskazuje, iż niezrozumiałe są argumenty Zamawiającego, że modyfikacja klauzuli 8.7 - zgodnie z którą został on obciążony karami umownymi - jest jak wskazał Zamawiający „tak samo korzystna dla Wykonawcy jak i dla Zamawiającego”. W ocenie Odwołującego nie sposób znaleźć uzasadnienia powyższego stanowiska.

Odwołujący wskazuje, iż w wyroku z dnia 06.09.2006 r. (sygn. UZP /ZO/0-2430/06) Zespół Arbitrów uznał, że umowa o zamówienie publiczne powinna chronić interesy nie tylko Zamawiającego, ale również Wykonawców. W niniejszym postępowaniu zapisy Warunków Szczególnych Kontraktu stawiają potencjalnego wykonawcę w mniej korzystnej sytuacji niż Zamawiającego. W wyroku z dnia 23.08.2010 r. (sygn. UZP/DO/BK/P.Odw/0260/10 sygn. akt KIO/1698/10) Krajowa Izba Odwoławcza, nakazując Zamawiającemu wprowadzenie w SIWZ analogicznych kar umownych.

W związku z powyższym, oraz dla zachowania zasad równego traktowania stron Umowy, zasadne jest wprowadzenie do Warunków Szczególnych Kontraktu do Subklauzuli 8.7 nowego akapitu przewidującego kary umowne na rzecz Wykonawcy od Zamawiającego o treści jak w petitum odwołania.

Odwołujący zarzuca, że postanowienia SIWZ naruszają zasady art. 353' kodeksu cywilnego w zw. z art. 483 § 1 kodeksu cywilnego i w zw. z art. 14 i 139 Pzp.

Zdaniem Odwołującego wprowadzenie powyższych zapisów SIWZ doprowadzi do uwzględnienia zasad współżycia społecznego, ale także słusznego interesu społecznego, biorąc pod uwagę wagę planowanego do wykonania zamówienia i dodatkowo zabezpieczy kontraktowy termin realizacji.

Ad 2)

Odwołujący, podkreśla że umowa o roboty budowlane powinna zmierzać do zabezpieczenia zarówno interesów Zamawiającego, jak też Wykonawcy robót.

Zamawiający wprowadził w Ogólnych Warunkach Kontraktu szereg modyfikacji terminów, w których muszą być przekazane dokumenty, powiadomienia, komunikaty lub przeprowadzone odbiory robót i próby końcowe.

Odwołujący wskazuje, że terminy określające zobowiązania Wykonawcy zostały skrócone (Warunki: 10.5, 20.1) przy jednoczesnym wydłużeniu terminów, z których wynikają zobowiązania Zamawiającego.

Zamawiający w Warunku 10.3 „Przeszkody w Próbach Końcowych” wydłużył okres, w jakim Wykonawca musi oczekiwać na możliwość dokonania Prób końcowych. Z zapisów pierwotnego Warunku wynikało, że w przypadku upłynięcia okresu dłuższego niż 14 dni Wykonawca nie ma możliwości przeprowadzenia Prób Końcowych z powodu, za który jest odpowiedzialny Zamawiający, to będzie się uważało, że Zamawiający przejął Roboty lub Odcinek. W obecnym brzmieniu Klauzuli 10.3 pierwsze zadanie, Zamawiający zastąpił liczbę dni z „14” na „28”. Wydłużenie terminu na przeprowadzenie Prób Końcowych, niepotrzebnie

stwarza ryzyko wydłużenia okresu realizacji Kontraktu oraz stanowi jednostronne i nieuprawnione uprzywilejowanie Zamawiającego, jako Strony przyszłej umowy. Zamawiający także w przypadku Warunku 16.2. w punkcie (c) liczbę dni z „42” zastąpił „84” dniami, wydłużając w sposób jednostronnie korzystny dla siebie, termin przewidziany w pierwotnej treści tej Subklauzuli.

W ocenie Odwołującego nie istnieją żadne uzasadnione podstawy do wydłużenia wskazanych powyżej terminów. Przeciwnie stwarzają one nieuzasadnione wydłużenie realizacji i rozliczenia Kontraktu. W niniejszym postępowaniu zapisy Warunków Szczególnych Kontraktu stawiają potencjalnego wykonawcę w mniej korzystnej sytuacji niż Zamawiającego. Odwołujący podnosi, iż w rozstrzygnięciu protestu Zamawiający nie wyjaśnił, ani przedstawił żadnego uzasadnienia dla skrócenia w/w terminów. W ocenie Odwołującego, fakt iż Zamawiający dokonał skrócenia innych terminów nie ma wpływu na ocenę podniesionych zarzutów, tym bardziej iż za zupełnie chybione należy uznać stanowisko Zamawiającego, iż skrócenie terminów z klauzul 3.4. oraz 20.1. służy dobru Wykonawców. Skrócenie okresu, w którym Wykonawca może ewentualnie roszczenie złożyć (Subklauzula 20.1 WK) stanowi znaczne ryzyko Wykonawcy, który w przypadku opóźnienia w złożeniu roszczenia, będzie ponosił pełną odpowiedzialność czasową i finansową za ryzyko zdarzenia, które leży po stronie Zamawiającego. Ponadto, trudno przyjąć, iż skrócenie terminu na zgłoszenie roszczenia przez Wykonawcę, przy tak daleko posuniętym formalizmie tego postępowania, stanowi jakiegokolwiek uprzywilejowanie Wykonawcy.

Odwołujący wskazuje, że postanowienia przyszłej umowy nie mogą ograniczać terminów umownych dla działań Wykonawcy przy jednoczesnym wydłużaniu terminów Zamawiającemu. Terminy przedstawione w w/w Warunkach bez wątpienia, mają na celu dyscyplinowanie stron do prawidłowego i terminowego wywiązywania się z przyjętych w umowie obowiązków.

Zdaniem Odwołującego wprowadzenie pierwotnych terminów Warunków 10.3 i 16.2 w zapisach SIWZ doprowadzi do uwzględnienia zasad współzycia społecznego, ale także słusznego interesu społecznego, biorąc pod uwagę wagę planowanego do wykonania zamówienia i dodatkowo zabezpieczy kontraktowy termin realizacji.

Ad 3)

W Specyfikacji Technicznej DM-00.00.00 Wymagania Ogólne, w punkcie 1.5.2.2, Zamawiający wskazał, iż „Dodatkowo poza Specyfikacjami, Rysunkami i innymi informacjami zawartymi w Kontrakcie, Wykonawca powinien dostarczyć wszystkie rysunki, dokumenty zezwolenia związane i inne dane potrzebne do wykonania robót oraz osiągnięcia parametrów technicznych wymaganych w Kontrakcie. Wykonawca może składać te informacje kolejno w częściach, lecz komplet Dokumentacji musi zostać złożony w terminach określonych w pkt. 1.5.2.1.”

Odwołujący zarzuca, że powyższy zapis Specyfikacji Technicznej narusza art. 29 ust. 1 i 2 Pzp oraz art. 351¹ kodeksu cywilnego.

Specyfikacja Techniczna stanowi integralną część SIWZ, przyszłej umowy oraz określa warunki wykonywania zamówienia. Odwołujący wskazuje, że zakwestionowany zapis Specyfikacji Technicznej ustanawia obowiązki dostarczenia przez przyszłego Wykonawcę dokumentacji, która nie została przez Zamawiającego w żaden sposób określona. Z powołanego postanowienia Specyfikacji Technicznej wynika, że Zamawiający może żądać od przyszłego Wykonawcy dodatkowo sporządzenia rysunków, dokumentów i innych danych, jednakże Zamawiający nie wskazał:

- 1) jakich dokładnie dokumentów, poza określonymi w SIWZ, może żądać Zamawiający od przyszłego Wykonawcy,
- 2) jaka będzie podstawa żądania przez Zamawiającego sporządzenia rysunków i dokumentów nie wskazanych do wykonania w Dokumentacji Projektowej, którą Wykonawca opracuje we własnym zakresie w ramach Ceny Kontraktowej.

Niedookreślenie dokumentacji, jakiej będzie wymagał Zamawiający podczas wykonywania zamówienia od Wykonawcy, powoduje że żaden z oferentów nie może wskazać, jaki jest konkretnie przedmiot zamówienia.

Zgodnie z art. 29 ust. 1 ustawy PZP przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty.

Zamawiający poprzez umieszczenie zaskarżonego postanowienia Specyfikacji Technicznej naruszył warunki opisanego przedmiotu zamówienia, wskazane w powołanym artykule. Dokumenty, jakie musi sporządzić przyszły Wykonawca nie zawierają bo wiem jednoznacznie i wyczerpująco określonego katalogu, skoro Zamawiający przewidział w Specyfikacji technicznej, że może - bez podania podstaw - żądać przedstawienia przez Wykonawcę dodatkowych, bliżej nieokreślonych dokumentów.

Należy także podkreślić, że warunki opisanego przedmiotu zamówienia w sposób określony w art. 29 ust. 1 Pzp, mają na celu uniknięcie praktyk, które mogłyby utrudniać uczciwą konkurencję (art. 29 ust. 2 Pzp).

W przedmiotowym postępowaniu, Wykonawca składając swoją ofertę nie będzie posiadał pełnej wiedzy, jaki jest rzeczywisty zakres zamówienia.

Jakkolwiek Odwołujący nie kwestionuje faktu, że podczas wykonywania robót budowlanych konieczna jest współpraca zarówno z samym Zamawiającym, jak i Inżynierem w zakresie przedstawionych dokumentów, Zamawiający nie może oczekiwać od Wykonawcy sporządzenia podczas trwania umowy dokumentów nieokreślonych na etapie składania oferty. Takie oferty Wykonawców byłyby nieporównywalne.

Zamawiający w rozstrzygnięciu protestu, pomimo podjętej próby wyjaśnienia, o jakich dokumentach mowa jest w pkt 1.5.2.2. nie dokonał jednoznacznego wyjaśnienia tej kwestii. Tym samym zaskarżone postanowienia SIWZ naruszają art. 29 Ustawy Pzp oraz art. 647 kodeksu cywilnego w zw. z art. 14 i 39 Ustawy Pzp.

Mając na uwadze powyższe, Odwołujący wnosi o wykreślenie w/w postanowienia Specyfikacji Technicznej lub też w zakresie wskazanym w *petitum* odwołania: o szczegółowe określenie przez Zamawiającego, w jakich przypadkach i w jakim zakresie będzie mógł żądać od przyszłego Wykonawcy, uzupełnienia dokumentacji.

Interes prawny Odwołującego

Odwołujący posiada interes prawny w złożeniu niniejszego odwołania. Zamawiający nie uwzględnił żądania usunięcia zaskarżonych postanowień SIWZ. W sytuacji, gdy oferta Odwołującego zostanie uznana za najkorzystniejszą, Odwołujący będzie zobowiązany do podpisania umowy oraz realizacji zamówienia zgodnie z jej warunkami określonymi w Szczegółowych Warunkach Kontraktu oraz Specyfikacji Technicznej DM-00.00.00, które w swej treści są jednostronnie niekorzystne dla wykonawcy. Jak wskazał bowiem Odwołujący treść SIWZ narusza zasady związane z prawidłowym postępowaniem o udzielenie zamówienia publicznego oraz stosowane zasad określonych w Kodeksie cywilnym.

Na podstawie zebranego materiału dowodowego, tj. treści SIWZ, stanowisk i oświadczeń stron zaprezentowanych w toku rozprawy, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje:

Odnosząc się do podniesionych w proteście, jak i w treści odwołania zarzutów stwierdzić należy, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

W pierwszej kolejności skład orzekający Izby ustalił, że wobec wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, którego dotyczy rozpoznawane przez Izbę odwołanie, przed dniem 29 stycznia 2010 r., tj. przed dniem wejścia w życie przepisów ustawy z dnia 2 grudnia 2009 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 223, poz. 1778), do rozpoznawania niniejszej sprawy odwoławczej mają zastosowanie przepisy Pzp w brzmieniu dotychczasowym - sprzed wejścia w życie wskazanych przepisów.

W drugiej kolejności skład orzekający Izby ustalił, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania w trybie art. 187 ust. 4 ustawy Pzp, a Wykonawca wnoszący odwołanie posiadał interes prawny w złożeniu odwołania. Izba

uznała, że interes prawny Odwołującego w uzyskaniu zamówienia mógłby doznać uszczerbku w przypadku potwierdzenia się zarzutów, iż postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia zostały opracowane z naruszeniem obowiązujących przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych i Kodeksu cywilnego. Tym samym wypełniona została materialnoprawna przesłanka do rozpoznania odwołania, wynikająca z treści art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Skład orzekający Izby dokonał następujących ustaleń odnośnie zarzutów:

Zarzut dotyczący nałożenia kar umownych wyłącznie na Wykonawcę, z pominięciem zachowania równowagi stron umowy

Zgodnie z zapisami Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia Zamawiający w Szczególnych Warunkach Kontraktu – w Subklauzuli 8.7 podpunkty (a) - (e), wprowadził następujące zapisy określające wysokość kar umownych:

- (a) za przekroczenie Czasu na Ukończenie Robót w wysokości 0,01 % Zaakceptowanej Kwoty Kontraktowej, określonej w Subklauzuli 1.1.4.1., za każdy dzień zwłoki.
- (b) z tytułu odstąpienia od Kontraktu z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy w wysokości 10% Zaakceptowanej Kwoty Kontraktowej, określonej w Subklauzuli 1.1.4.1.
- (c) za niewykonanie Wymaganej Minimalnej Ilości Wykonania w terminie ustalonym w Załączniku do Oferty - Dane Kontraktowe, w wysokości 0,01 % Zaakceptowanej Kwoty Kontraktowej, określonej w Subklauzuli 1.1.4.1., za każdy dzień zwłoki.
- (d) za przekroczenie terminu przedłużenia: Harmonogramu (Subklauzula 8.3. i Subklauzula 8.6), raportu (Subklauzula 4.21), oraz terminu określonego w Subklauzuli 14.1 pkt (d) w wysokości 5 000 PLN za każdy dzień zwłoki.
- (e) za nie dotrzymanie terminu na uprzątnięcie Placu Budowy określonego w Subklauzuli 10.5 w wysokości 0,01% Zaakceptowanej Kwoty Kontraktowej, określonej w Subklauzuli 1.1.4.1, za każdy dzień zwłoki.
- (f) za niedotrzymanie terminu usunięcia wad oraz wykonania drobnych zaległych prac określonych w Świadectwie Przejęcia albo za niedotrzymanie terminu usunięcia wad oraz wykonania drobnych zaległych prac w okresie rękojmi za wady w terminie określonym przez Inżyniera / Zamawiającego, i wysokości 0,01 % Zaakceptowanej Kwoty Kontraktowej, określonej w Subklauzuli 1.1.4.1., za każdy dzień zwłoki.

Odwołujący natomiast domagał się wprowadzenia do Subklauzuli 8.7. nowego akapitu, przewidującego karę umowną przysługującą Wykonawcy od Zamawiającego, to jest zapisu o brzmieniu:

„Zamawiający zapłaci na rzecz Wykonawcy karę umowną:

- (f) za przekroczenie terminu przekazania Wykonawcy prawa dostępu do wszystkich

części placu budowy i ich użytkowania w wysokości 0,01 % Zaakceptowanej Kwoty Kontraktowej, określonej w Subklauzuli 1.1.4.1., za każdy dzień zwłoki.

(g) za nie przekazanie w terminie Wykonawcy wszystkich projektów, decyzji, pozwoleń, uzgodnień i innych dokumentów, niezbędnych do prowadzenia prac budowlanych przez Wykonawcę, w wysokości 5 000 zł, za każdy dzień zwłoki.

(h) za przekroczenie przez Zamawiającego terminu dokonania odbioru końcowego robót w wysokości 0,01 % Zaakceptowanej Kwoty Kontraktowej, określonej w Subklauzuli 1.1.4.1., za każdy dzień zwłoki.

Zamawiający jest zobowiązany zapłacić karę umowną także w przypadku, gdy Wykonawca nie poniósł szkody.

Wykonawca ma prawo do odszkodowania uzupełniającego przenoszącego wysokość kar umownych do wysokości rzeczywiście poniesionej szkody."

Biorąc pod uwagę powyższe ustalenia, Izba stwierdziła co następuje:

Zarzut powyższy nie zasługuje na uwzględnienie.

Jedną z podstawowych zasad obowiązujących w prawie zobowiązań jest zasada swobody umów, wynikająca z przepisu art. 353¹ Kodeksu cywilnego. W literaturze przedmiotu przyjmuje się, iż zasada ta oznacza, że istnieje swoboda zawarcia lub niezawarcia umowy, możliwość swobodnego wyboru kontrahenta, treść umowy może być co do zasady kształtowana w dowolny sposób, forma umowy zależy od woli stron.

Swoboda stron doznaje ograniczeń co do celu i treści zawieranej umowy. Ograniczenia te wiążą się z tym, iż treść lub cel umowy nie mogą być sprzeczne z właściwością (naturą) stosunku prawnego, ustawą lub zasadami współżycia społecznego. Nie jest zatem możliwe takie ukształtowanie stosunku umownego, które prowadziłoby do naruszenia przepisów ustawy, w tym zarówno postanowień kodeksu cywilnego, jak też innych ustaw, w tym przepisów Prawa zamówień publicznych. Na gruncie przepisów Prawa zamówień publicznych dochodzi jednakże do modyfikacji zasady równości i swobody stron stosunku zobowiązaniowego choćby przy wyborze partnera, z którym zawierana będzie umowa w sprawie zamówienia publicznego. To Zamawiający jest gospodarzem postępowania i autorem specyfikacji istotnych warunków, która w swej treści zawierać powinna istotne postanowienia, które zostaną wprowadzone do treści zawieranej umowy w sprawie zamówienia publicznego, ogólne warunki umowy lub jej wzór. Tak więc to Zamawiający jest autorem sformułowań zawartych we wzorze umowy, natomiast wykonawca nie ma dużego wpływu na jej kształt. Nie oznacza to jednak, że postanowienia takiej umowy mogą być korzystne tylko dla jednej strony lub nakładać tylko na jedną stronę odpowiednio same obowiązki lub przyznawać jej same przywileje. Słuszne są twierdzenia Odwołującego,

że celem wprowadzenia kar umownych jest dyscyplinowanie stron do prawidłowego i terminowego wywiązywania się z przyjętych w umowie obowiązków. Dotyczy to w równej mierze wszystkich uczestników stosunku umownego. Żadne z przepisów prawa, czy to cywilnego, czy to zamówień publicznych, nie zakazują, iż pewne obowiązki czy zobowiązania nie mogą być nałożone również na Zamawiającego, zwłaszcza jeżeli to od tej strony stosunku umownego zależy w dużej mierze terminowość realizowanego kontraktu. Odwołujący nie neguje także wprowadzenia kar umownych we wzorze umowy jako takich, czy też ich wysokości, lecz podkreśla, iż należy dążyć do zachowania równowagi stron stosunku umownego, która w ocenie Izby nie stoi w sprzeczności z właściwością (naturą) stosunku prawnego, ustawą lub zasadami współżycia społecznego. Odwołujący przywoływał w składanych środkach ochrony prawnej wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 23 sierpnia 2010 roku (sygn. akt KIO1698/10). Skład orzekający Izby pragnie jednak w tym miejscu podkreślić różnice między stanem prawnym i faktycznym cytowanego postępowania a obecnie rozpatrywanym przypadkiem. W prowadzonym postępowaniu Zamawiający posłużył się wzorem umowy zawartym w „Warunkach kontraktu na budowę dla robót budowlanych i inżynierskich projektowanych przez zamawiającego” Cosmopoli Consultants Tłumaczenie pierwsze wydania FIDIC 1999 modyfikując zapisy niektórych klauzul, który jest dokumentem zawierającym wskazówki do przygotowania warunków ogólnych i szczególnych aktu umowy powszechnie uznawanym na rynku budowlanym. Analizując kompleksowo zapisy warunków kontraktowych przygotowanych w oparciu o przywołany dokument wyjściowy oraz wyjaśnienia złożone przez przedstawicieli Zamawiającego w toku prowadzonej rozprawy, skład orzekający Izby stanął na stanowisku, iż tak ukształtowane warunki umowy nie naruszają wskazywanych przez Odwołującego przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych i kodeksu cywilnego. Zamawiający w sposób przekonujący wykazał, iż interesy Odwołującego co do możliwości dochodzenia roszczeń odszkodowawczych są w pełni zaspokojone przez klauzule 1.9, 2.1, 4.12, 4.24, 7.4, 8.4, 17.4 czy też 19.4. Biorąc pod uwagę całość dokumentu bazowego i zmiany wprowadzone przez Zamawiającego, interes wykonawcy w sferach, na które wskazuje Odwołujący, jest zabezpieczony przywoływanymi klauzulami, dlatego też w ocenie Izby nie zachodzi konieczność modyfikacji Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia we wnioskowanym zakresie. W cytowanym wyżej postępowaniu Zamawiający nie wykazał, iż interes Wykonawcy dochodzenia roszczeń jest w jakikolwiek sposób zabezpieczony. Wskazywane przez Zamawiającego postanowienia umowne Warunków Kontraktu przewidują określoną procedurę dochodzenia roszczeń od Zamawiającego. Prawdziwe są twierdzenia Odwołującego, że dochodzenie należności z tytułu kary umownej nie jest tożsame z dochodzeniem roszczeń przewidzianym w Warunkach Kontraktu. Nie oznacza to jednak, iż konieczne jest od razu wprowadzenie takich, czy innych kar umownych do wzoru umowy. Izba podzieliła również stanowisko

prezentowane przez Zamawiającego, iż wnioskowane zmiany doprowadziłyby do sytuacji, w której Wykonawca dwa razy otrzymałby świadczenie za identyczne przewinienia Zamawiającego i dodatkowo miałyby jeszcze prawo do żądania przedłużenia czasu na zakończenie zadania i dodatkowego wynagrodzenia za opóźnienie. Taka sytuacja właśnie zaburzyłaby równowagę stron związanych umownym stosunkiem prawnym. To, że Wykonawcy nie będą przysługiwały od Zamawiającego kary umowne za określone zdarzenia, nie oznacza iż od razu Zamawiający będzie znajdował się w uprzywilejowanej pozycji. Zawsze w przypadku wystąpienia zdarzenia, które implikuje obowiązek zapłaty kary umownej w określonej wysokości, Wykonawca może skorzystać z instytucji markowania kary umownej uzasadnionej wykonaniem zobowiązania w znacznej części bądź też powołaniem się na okoliczności kary rażąco wygórowanej. Może również wskazywać na okoliczności, w których to Zamawiający przyczynił się do nienależytego wykonania zamówienia, np.: takie jak przekroczenie terminu przekazania Wykonawcy prawa dostępu do wszystkich części placu budowy i ich użytkowania, nie przekazanie w terminie Wykonawcy wszystkich projektów, decyzji, pozwoleń, uzgodnień i innych dokumentów, niezbędnych do prowadzenia prac budowlanych przez Wykonawcę, czy też przekroczenie przez Zamawiającego terminu dokonania odbioru końcowego robót.

W ocenie składu orzekającego roszczenia Odwołującego są nadmierne, dlatego też skład orzekający Izby nie uwzględnił zarzutu w żądanym przez Odwołującego zakresie.

Zarzut dotyczący modyfikacji treści Warunków Szczególnych Kontraktu tj. Warunku 10.3 „Przeszkoda w Próbach Końcowych” oraz Warunku 16.2. „Odstąpienie przez Wykonawcę” poprzez przywrócenie liczby dni wskazanych w pierwotnej treści Warunków

Zgodnie z zapisami Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia Zamawiający zmodyfikował w stosunku do pierwotnego brzmienia Warunków Szczególnych Kontraktu długość niektórych terminów. Dotyczy to m.in. klauzuli 10.3 (Przeszkoda w próbach końcowych), gdzie Zamawiający wydłużył do 28 dni termin, w jakim wykonawca musi oczekiwać na możliwość dokonania prób końcowych (pierwotny termin wynosił 14 dni). W przypadku klauzuli 16.2 „Zawieszenie i odstąpienie przez Wykonawcę”, Zamawiający wydłużył termin oczekiwania na zapłatę z 42 dni do 84 dni. Odwołujący wnioskował o przywrócenie pierwotnych terminów określonych w Warunkach Szczególnych Kontraktu.

Biorąc pod uwagę powyższe ustalenia, Izba stwierdziła co następuje:

Zarzut powyższy nie zasługuje na uwzględnienie.

Terminy wskazywane w Warunkach Szczególnych Kontraktu mają niewątpliwie na celu dyscyplinowanie stron umowy do prawidłowego i terminowego wywiązywania się z nałożonych na nie obowiązków. Odwołujący poruszył w przysługujących mu środkach ochrony prawnej kwestię jedynie dwóch terminów. W ocenie składu orzekającego Izby kwestię wpływu tych terminów na sytuację Wykonawcy rozpatrywać należy przez pryzmat wszystkich klauzul, które obowiązywały będą strony przyszłej umowy. Zamawiający dokonał modyfikacji wielu terminów w stosunku do pierwotnej wersji Warunków Kontraktu, jedne z tych terminów zostały wydłużone, długość zaś innych uległa skróceniu. Kompleksowa analiza postanowień umowy nie prowadzi do wniosku, iż to Zamawiający znajdował się będzie w sytuacji uprzywilejowanej a pozycja Wykonawcy jest w jakikolwiek sposób zagrożona. Rozważenie przez Izbę treści umowy, w tym postanowień FIDIC potwierdziły oświadczenia przedstawicieli Zamawiającego złożone na rozprawie, iż co prawda Zamawiający wydłużył terminy w klauzulach 10.3 i 16.2, jednakże zmodyfikował je w klauzulach 16.2, 14.6, 14.7 dotyczących wydłużenia terminu do zapłaty, skrócenia terminu na dokonanie odbioru oraz skrócenia terminu płatności, co w sumie powoduje, że pierwotny termin z klauzuli 10.3 ulegnie wydłużeniu jedynie o 9 dni.

W ocenie składu orzekającego roszczenia Odwołującego są nadmierne, dlatego też skład orzekający Izby nie uwzględnił zarzutu w żądanym przez Odwołującego zakresie.

Zarzut dotyczący usunięcia z treści SIWZ Tom IV Specyfikacje Techniczne Wykonania i Odbioru Robót Budowlanych DM-00.00.00 Wymagania Ogólne – zapisu znajdującego się w punkcie 1.5.2.2 lub modyfikacja tego zapisu.

W punkcie 1.5.2.2. Specyfikacji Technicznej Wykonania i Odbioru Robót Budowlanych DM.00.00.00.00 Zamawiający wymagał, aby wykonawca dodatkowo poza specyfikacjami, rysunkami i innymi informacjami zawartymi w kontrakcie, dostarczył wszystkie rysunki, dokumenty, zezwolenia i inne dane potrzebne do wykonania robót oraz osiągnięcia parametrów technicznych wymaganych w kontrakcie. Wykonawca ma składać te informacje w częściach, lecz komplet dokumentacji musi zostać złożony w terminach określonych w punkcie 1.5.2.1. Wykonawca przed złożeniem rysunków, dokumentacji i danych powinien skonsultować się z Inżynierem, ustalić wstępnie przyjmowane rozwiązania i terminy składania dokumentacji (ewentualnie terminy składania poszczególnych części dokumentacji oraz zawartość poszczególnych części). Konsultacje wraz z ustaleniami spisany w formie notatki, powinny się odbyć, co najmniej 7 dni przed datą złożenia w/w dokumentów. Odwołujący wnioskował o wykreślenie tegoż zapisu lub ewentualnie o modyfikację jego treści poprzez szczegółowe określenie w powołanym punkcie Specyfikacji Technicznej

Wykonania i Odbioru Robót Budowlanych, jakich dokumentów może żądać od Wykonawców Zamawiający i w jakim przypadku.

Biorąc pod uwagę powyższe ustalenia, Izba stwierdziła co następuje:

Zarzut powyższy nie zasługuje na uwzględnienie.

Skład orzekający Izby uznał, iż zapis ten nie narusza art. 29 ust. 1 ustawy Pzp. Analiza tomu IV SIWZ wskazuje, iż w punkcie 1.5.2.1. wymieniono dokumentację projektową przekazywaną przez Zamawiającego oraz dokumentację, którą ma wykonać Wykonawca w ramach ceny kontraktowej. Z powyższego wynika, iż kwestionowany przez Wykonawcę zapis odnosi się tylko i wyłącznie do tej dokumentacji, której wykonanie spoczywa na Wykonawcy. Niniejsze stanowisko potwierdza oświadczenie złożone przez Zamawiającego na rozprawie, iż pomiędzy punktami 1.5.2.2 oraz 1.5.2.1 istnieje w jego ocenie powiązanie logiczne i punkty te stanowią zamkniętą całość. Izba uznała to stwierdzenie za rozstrzygające, traktując je jako jednoznaczną wykładnię kwestionowanych zapisów. Skład orzekający pragnie jednocześnie zauważyć, iż żadna inna interpretacja dokonywana podczas realizacji przedmiotowego zamówienia nie jest możliwa, jako niedopuszczalna i sprzeczna z tomem IV SIWZ. Z pewnością inna interpretacja rzutowałaby na wiarygodność Zamawiającego względem Wykonawców będących uczestnikami przedmiotowego postępowania.

W rezultacie, w ocenie Izby brak podstaw do uznania, że wskazywane postanowienia SIWZ naruszają art. 29 ust. 1 ustawy Pzp. W ocenie składu orzekającego roszczenia Odwołującego są nadmierne, dlatego też skład orzekający Izby nie uwzględnił zarzutu w żądanym przez Odwołującego zakresie.

W tak zaistniałym stanie prawnym, Odwołujący nie wykazał w jaki sposób i przez jakie działania bądź zaniechania Zamawiający naruszył art. 7 ustawy Pzp i na czym polegać miało złamanie zasady prowadzenia postępowania z zachowaniem uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

W ocenie Izby zarzuty Odwołującego w stosunku do czynności lub zaniechań Zamawiającego nie potwierdziły się. Dlatego też za niezasadne należy uznać zarzuty Odwołującego.

Wobec powyższego, na podstawie art. 191 ust. 1 i 1a ustawy Pzp, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 Pzp, tj. stosownie do wyniku postępowania. O kosztach Zamawiającego skład orzekający Izby orzekł na podstawie § 4 ust. 1 pkt 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2007 r., Nr 128, poz. 886 ze zmianami), tj. uwzględniając koszty uczestnika postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika w maksymalnej wysokości.

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 ze zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Lublinie**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....