

Sygn. akt KIO 956/20

**POSTANOWIENIE**  
**z dnia 30 czerwca 2020 r.**

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący: Agnieszka Trojanowska**

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron w Warszawie w dniu 30 czerwca 2020r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 4 maja 2020r. przez **wykonawcę Skanska Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie, Al. Solidarności 173** w postępowaniu prowadzonym przez **zamawiającego Poznańskie Towarzystwo Budownictwa Społecznego Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu, ul. Konfederacka 4**

przy udziale **wykonawcy Hochtief Polska Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie, ul. Żwirki i Wigury 14** zgłaszającego swoje przystąpienie w sprawie sygn. akt KIO 956/20 po stronie zamawiającego

**postanawia :**

- 1. Umorzyć postępowanie,**
2. Nakazać zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych kwoty 18 000zł. 00 gr. (słownie: osiemnaście tysięcy złotych zero groszy) na rzecz wykonawcy Skanska Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie, al. Solidarności 173 tytułem zwrotu 90% wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r., poz.1843) na niniejsze postanowienie - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **w Poznaniu**.

**Przewodniczący: .....**

**Uzasadnienie**

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na „Budowę zespołu budynków mieszkalnych wielorodzinnych z garażem podziemnym na polu inwestycyjnym 7 MW zlokalizowanym w Poznaniu pomiędzy ulicami: Literacka/Wiencka/Zawackiej wraz z uzyskaniem prawomocnej decyzji pozwolenie na użytkowanie" zostało wszczęte ogłoszeniem opublikowanym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 24 kwietnia 2020r. za numerem 2020/S 081-189921.

W dniu 4 maja 2020r. odwołanie wniósł wykonawca Skanska Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie, Al. Solidarności 173. odwołanie zostało wniesione przez pełnomocnika działającego w oparciu o pełnomocnictwo z dnia 4 czerwca 2018r. udzielone przez członka zarządu i prokurenta ujawnionych w KRS. Kopia odwołania została przekazana zamawiającemu w dniu 4 maja 2020r.

Skanska odwołał się na treść Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej: SIWZ), w tym stanowiących jej integralną część:

1. Załącznik nr 5 „Wzór umowy” (dalej: Umowa).
2. Załącznik nr 9 do SIWZ Zestawienie elementów wzorcowych dot. realizacji inwestycji na polu 7MW wymaganych do przedstawienia przez wykonawcę do wyboru przez zamawiającego.
3. Dokumentację Projektową w zakresie poszczególnych części Projektu Wykonawczego stanowiących jego załączniki:
  - 1) 1.1. Wykończenie elewacji,
  - 2) 1.2. Dźwigi, wchodzące w skład pliku Architektura Opis\_PW\_budynek\_7MW\_2018\_05\_29, karta\_techiczna\_5300.pdf, plik dotyczący ogrodzenia o nazwie MA02\_297x594, wchodzące w skład pliku Mała architektura - rysunek MA02, lokalizacja: (...) PIMwykonawczyN4. MALA ARCHITEKTURAPLACE ZABAWNKARTY TECHNICZNE,
  - 3) karta techniczna producentów śmietników, rys. MA04b\_Miejsce\_Składowania\_Odpadów\_7MW\_297x420 część Projektu Wykonawczego, lokalizacja: (...)NPWwvykonawczyX4. MALA ARCHITEKTURAXPLACE ZABAVNAPDF,
  - 4) krata naścienna część Projektu Wykonawczego, lokalizacja (.. ARCHITEKTURA

Skanska zarzuciła zamawiającemu naruszenie art. 647 Kodeksu cywilnego („kc” ), art. 654 KC, art. 656 par. 1 KC, art. 353(1) kc i art. 58 par. 3 kc, 5 kc w związku z art. 7 ust. 1 ustawy, 14 ust. 1 ustawy, 22 ust. 1 a ustawy, 29 ust. 1 - 3 ustawy, 31 ust. 1 - 3 ustawy, art. 36 ust. 1 pkt 16, art. 139 ust. 1 ustawy, przez ukształtowanie postanowień i rozwiązań SIWZ wskazanych odpowiednio w wymienionych poniżej jednostkach redakcyjnych, które pozostają

w sprzeczności z w/w przepisami, w tym z naturą stosunku prawnego umowy o roboty budowlane w takim zakresie, w jakim zamawiający będzie uprawniony do:

a) przypisania wykonawcy odpowiedzialności za wady Dokumentacji Projektowej przygotowywanej przez zamawiającego, a także innych niezidentyfikowanych ryzyk i zrzeczenia się roszczeń w tym zakresie przez wykonawcę, a także niejasne, nieprecyzyjne, wykluczające się postanowienia SIWZ, w tym umowy, jak i Dokumentacji Projektowej, dotyczące przedmiotu zamówienia, podczas gdy takie sformułowania w SIWZ stanowią o, naruszeniu zasad proporcjonalności (racjonalności), przejrzystości, równomiernego rozłożenia ryzyk, uczciwego kontraktowania (postępowania) i słuszności kontraktowej, naruszeniu jednoznacznego i wyczerpującego opisu przedmiotu zamówienia, a także są przejawem opisanego przedmiotu zamówienia w sposób utrudniający uczciwą konkurencję, prowadzący do dyskryminacji bezpośredniej co prowadzi do niemożności przygotowania rzetelnej oferty;

b) wprowadzenia bezusterkowego odbioru, a w związku z tym nieuprawnione uzależnienie od bezusterkowego odbioru:

- odmowy odbioru robót budowlanych do czasu usunięcia ich wad przez wykonawcę także wtedy, kiedy roboty te będą dotknięte wadami nadającymi się do usunięcia, podczas gdy zgodnie z obowiązującymi w tej mierze przepisami oraz ugruntowaną linią orzecniczą Sądu Najwyższego i sądów apelacyjnych, obowiązkiem zamawiającego jest w tym przypadku dokonanie odbioru robót od wykonawcy, a prawo do odmowy odbioru robót służy zamawiającemu wyłącznie wówczas, kiedy roboty są dotknięte wadami istotnymi; odmowy zapłaty z powodu braku bezusterkowego odbioru podczas gdy zgodnie z obowiązującymi w tej mierze przepisami oraz ugruntowaną linią orzecniczą Sądu Najwyższego i sądów apelacyjnych, obowiązkiem zamawiającego jest odbiór prac i zapłata za wykonane roboty;

c) naliczenia kar umownych za opóźnienie, a więc niezawinione przez wykonawcę okoliczności, w dodatku bez górnego limitu, podczas gdy kara umowna jako instytucja prawa cywilnego (art. 484 par. 2 kc) jest uzależniona od winy dłużnika (tu wykonawcy), a także wysokości kar i możliwości naliczenia podwójnie za to samo zdarzenie;

d) braku możliwości naliczenia przez wykonawcę kary umownej za odstąpienie przez którąkolwiek ze stron z przyczyn obciążających zamawiającego, przy jednoczesnym takim uprawnieniu dla zamawiającego, co stanowi o naruszeniu zasady równego traktowania, wypaczeniu postulatu równości stron umowy o roboty budowlanego i nieuprawnionym uprzywilejowaniu zamawiającego wobec wykonawcy;

e) odstąpienia od całości umowy w przypadku wystąpienia wady nieusuwalnej i uniemożliwiającej użytkowanie, a nie tylko tej części umowy, bez żadnych ograniczeń; odstąpienia od całości umowy także w przypadku wady nieusuwalnej, ale nie uniemożliwiającej użytkowania przedmiotu umowy podczas gdy takie postanowienia powodują naruszenie zasady równego traktowania, wypaczenia postulatu równości stron umowy o

roboty budowlanego i kreują nieuprawnione uprzywilejowanie zamawiającego wobec wykonawcy.

Wniósł o:

1. uwzględnienie odwołania w całości oraz nakazanie zamawiającemu dokonania zmian w treści:

1.1. ust. 8 Preambuły umowy, który brzmi:

„Wykonawca potwierdza, że w dniu zawarcia umowy otrzymał i sprawdził pozwolenie na budowę i pozwolenie je zmieniające i nie wnosi żadnych uwag i zastrzeżeń. Wykonawca oświadcza, że zrozumiałe są dla niego wszystkie wymagania techniczne i lokalizacyjne zleczanych robót budowlanych i uznaje to za podstawę wystarczającą do realizacji przedmiotu umowy, oraz że te warunki i wymagania uwzględnił w wynagrodzeniu ryczałtowym i nie będzie w późniejszym terminie wysuwał żadnych roszczeń z tego tytułu ” .

Skanska wskazała na:

Zbyt daleko idąca odpowiedzialność wykonawcy w zakresie zrzeczenia się przyszłych roszczeń, co jest połączone z kolejnymi zarzutami nin. odwołania.

Wniosła o:

„Wykonawca potwierdza, że w dniu zawarcia umowy otrzymał i sprawdził pozwolenie na budowę i pozwolenie je zmieniające i nie wnosi żadnych uwag i zastrzeżeń. Wykonawca oświadcza, że zrozumiałe są dla niego wszystkie wymagania techniczne i lokalizacyjne zleczanych robót budowlanych i uznaje to za podstawę wystarczającą do realizacji przedmiotu umowy, oraz że te warunki i wymagania uwzględnił w wynagrodzeniu ryczałtowym i nie będzie w późniejszym terminie wysuwał żadnych roszczeń z tego tytułu, z zastrzeżeniem postanowień umownych i ustawowych ”

1.2. par. 2 ust. 5 umowy, który brzmi:

„W przypadku, gdy Dokumentacja Projektowa z załącznikami przekazane przez zamawiającego nie podaje w sposób szczegółowy technologii wykonywania Robót lub wykonania określonego elementu Przedmiotu umowy, bądź też nie precyzuje dostatecznie rodzaju i standardu materiałów lub urządzeń, wykonawca zobowiązany jest do każdorazowego uprzedniego uzyskania decyzji w formie pisemnej w tym zakresie od zamawiającego”

Skanska wskazała:

Opisanie przedmiotu zamówienia nie nastąpiło w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń.

Wniosła o:

Nakazanie zamawiającemu doprecyzowania opisu przedmiotu zamówienia w tym zakresie w sposób odpowiadający wymogom ustawy, a więc stwarzający jednoznaczne kryteria umożliwiające dokonanie rzetelnej oferty przez wykonawcę wraz z oceną ryzyk i wyceną

kosztów, a więc doprecyzowanie rodzaju i standardu materiałów lub urządzeń, a także technologii wykonania Robót. W związku z tym, zasadny jest także postulat nakazania zamawiającemu zmian umowy w ten sposób, aby wykluczyć na etapie wykonywania umowy dowolności zamawiającego w powyższym zakresie (rodzaj materiałów, technologia prac). Te elementy muszą być już na etapie przetargu jasno i precyzyjnie określone przez zamawiającego.

1.3. par. 2 ust. 6 umowy, który brzmi:

„Tam, gdzie w Dokumentacji Projektowej oraz innych dostępnych wykonawcy dokumentach, opisach lub specyfikacjach, zostało wskazane pochodzenie (marka, znak towarowy, producent, dostawca) materiałów lub normy, aprobaty, specyfikacje i systemy, o których mowa w art. 30 ust. 1, 3, 8 i 9 Ustawy, zamawiający w pierwszej kolejności oczekuje od wykonawcy wykonania Robót zgodnie z przyjętymi rozwiązaniami i standardami, jednak stosownie do wymogu art. 30 ust. 4 Ustawy dopuszcza zaferowanie materiałów lub rozwiązań równoważnych, pod bezwzględnym warunkiem, że zagwarantują one realizację Robót w sposób zapewniający uzyskanie parametrów technicznych nie gorszych od założonych w wyżej wymienionych dokumentach, a nadto, iż uzyska uprzednio pisemną zgodę zamawiającego na ich użycie. Wykonawca, który powołuje się na rozwiązania równoważne jest obowiązany wykazać, że oferowane przez niego materiały i Roboty spełniają wymagania określone przez zamawiającego. W przypadku naruszenia niniejszego postanowienia przez zastosowanie materiałów niespełniających opisanych wyżej kryteriów, zamawiający może nałożyć na wykonawcę karę umowną w wysokości 5.000,00 zł (słownie: pięć tysięcy złotych) za każde z naruszeń z osobna, oraz zobowiązany jest do przywrócenia Robót do stanu zgodnego z dokumentacją projektową na koszt wykonawcy”.

Wraz z Załącznikiem nr 9 do SIWZ Zestawienie elementów wzorcowych dot. realizacji inwestycji na polu 7MW wymaganych do przedstawienia przez wykonawcę do wyboru przez zamawiającego, a także elementami Dokumentacji Projektowej w zakresie poszczególnych części Projektu Wykonawczego stanowiących jego załączniki:

- załączniki 1.1. Wykończenie elewacji, 1.2. Dźwigi, wchodzące w skład pliku Architektura - Opis\_PW\_budynek\_7MW\_2018\_05 29,
- karta\_techniczna\_5300.pdf, „plik dotyczący ogrodzenia”, wchodzące w skład pliku Mała architektura - rysunek MA02\_297x594, karta techniczna producentów śmietników, rys. MA04b\_Miejsce\_Składowania\_Odpadów\_7MW\_297x420, - krata naścienna.

Skanska wskazała:

Opisanie przedmiotu zamówienia nie nastąpiło w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń. Zarówno powołane postanowienie umowne, jak i ww. dokumenty stanowiące załączniki do Dokumentacji Projektowej powodują

brak precyzyjności opisu przedmiotu zamówienia i powodują niemożność sporządzenia rzetelnej oferty.

W przypadku elewacji i małej architektury zostały podane nazwy producentów bez parametrów.

Natomiast w zał. Nr 9 do SIWZ, co prawda podano parametry różnych elementów, ale należy wskazać minimalną liczbę dwóch wzorów/modeli od różnych producentów do wyboru zamawiającego (kolumna o nazwie „minimalna liczba wzorów/modeli/producentów do wyboru zamawiającego”), co powoduje niemożność wybrania do oferty jednego najkorzystniejszego produktu.

Wykonawca jak w pkt 1.2. powyżej, a więc o nakazanie zamawiającemu doprecyzowania opisu przedmiotu zamówienia w tym zakresie w sposób odpowiadający wymogom ustawy, a więc stwarzający jednoznaczne kryteria umożliwiające dokonanie rzetelnej oferty przez wykonawcę wraz z oceną ryzyk i wyceną kosztów, a więc doprecyzowanie rodzaju i standardu materiałów lub urządzeń, a także technologii wykonania Robót. W związku z tym, zasadny jest także postulat nakazania zamawiającemu zmian umowy i doprecyzowania Dokumentacji Projektowej (konkretnych wskazanych w zarzucie załączników do Projektu Wykonawczego) w ten sposób, aby wykluczyć na etapie po wyborze wykonawcy, zawarcia umowy i jej wykonywania dowolności zamawiającego w powyższym zakresie (rodzaj materiałów, technologia prac). Te elementy muszą być już na etapie przetargu jasno i precyzyjnie określone przez zamawiającego, tak aby wykonawca sporządzając ofertę przyjmował konkretne rozwiązanie.

1.4. par. 2 ust. 7 i 8 umowy, w ten sposób, że dotychczasowa treść tych postanowień:

A. „Solidarności” Przedsiębiorców

„Ust. 7 wykonawca oświadcza, iż znane są mu wszelkie uwarunkowania faktyczne i prawne związane z wykonaniem Przedmiotu umowy, w szczególności zaś oświadcza, iż znany mu jest sposób i warunki dostępu do Terenu Budowy a także, że zbadał Teren Budowy oraz jego otoczenie, jak również, że zapoznał się z udostępnioną Dokumentacją Projektową z załącznikami i uzyskał wszelkie informacje tak, aby mieć pełną wiedzę o nich. Wszelkie zastrzeżenia wykonawcy, dotyczące Terenu Budowy zgłoszone po dniu zawarcia umowy nie mogą być podstawą do dochodzenia roszczeń od zamawiającego oraz do żądania przez wykonawcę przesunięcia terminu zakończenia Przedmiotu umowy.

Ust. 8 Pod rygorem utraty uprawnienia do powoływania się na takie braki lub wady w Dokumentacji Projektowej i jego załącznikach w przyszłości, wykonawca oświadcza, iż nie stwierdza żadnych wad lub braków we wszelkiej Dokumentacji Projektowej oraz zrzeka się prawa do powoływania się na wady, błędy dostrzeżone w Dokumentacji Projektowej po złożeniu oferty wykonawcy” .

Skanska wskazała:

Przewidziany przez zamawiającego przepis nakłada na wykonawcę nieprzewidziane (niemożliwe do przewidzenia) ryzyka, które są niezgodne z formułą wykonawstwa umowy o roboty budowlane w formule Buduj.

Skanska oczekuje nadania brzmienia:

„Ust. 7 wykonawca oświadcza że zapoznał się z Terenem Budowy, dysponuje wiedzą na temat stanu faktycznego i prawnego Terenu Budowy, którą - przy dochowaniu należytej staranności wymaganej od profesjonalisty mógł uzyskać na podstawie informacji zawartych w Dokumentacji Projektowej, udostępnionej wykonawcy z odpowiednim wyprzedzeniem przed podpisaniem umowy. Strony potwierdzają, że odpowiedzialność wykonawcy za ww. warunki obejmuje tylko i wyłącznie odpowiedzialność właściwą i typową dla wykonawcy robót, a nie dla Projektanta, a więc wykonawca odpowiada za ww. warunki tylko w granicach na jakie pozwoliło mu zapoznanie się z udostępnioną Dokumentacją Projektową (a więc wykonawca nie odpowiada za przyjęte rozwiązania techniczne i wybrane przez Inwestora materiały oraz urządzenia), a z Terenem Budowy w zakresie dokonanych oględzin (nie odpowiada zatem za nieprzewidziane warunki fizyczne terenu budowy, jak: warunki gruntowe, znaleziska, niezinventaryzowane sieci, których występowanie obciąża Inwestora).

Ust. 8 wykonawca oświadcza, że zapoznał się z Dokumentacją Projektową i innymi załącznikami do SIWZ. Strony potwierdzają, że odpowiedzialność wykonawcy za ww. warunki obejmuje tylko i wyłącznie odpowiedzialność właściwą i typową dla wykonawcy robót, a nie dla Projektanta, a więc wykonawca odpowiada za ww. warunki tylko w granicach na jakie pozwoliło mu zapoznanie się z udostępnioną Dokumentacją Projektową (a więc wykonawca nie odpowiada za przyjęte rozwiązania techniczne i wybrane przez Inwestora materiały oraz urządzenia), a z Terenem Budowy w zakresie dokonanych oględzin (nie odpowiada zatem za nieprzewidziane warunki fizyczne terenu budowy, jak: warunki gruntowe, znaleziska, niezinventaryzowane sieci, których występowanie obciąża Inwestora). Niedoszacowanie, pominięcie lub brak rozpoznania zakresu Przedmiotu umowy, nie może być podstawą do żądania zmiany Wynagrodzenia wykonawcy z tytułu umowy, chyba że wynika z Dokumentacji Projektowej sporządzonej przez zamawiającego. ”

1.5. par. 5 ust. 1 umowy, który brzmi:

„Siła wyższa jest zdarzeniem zewnętrznym, niemożliwym do przewidzenia, oraz niemożliwym do zapobieżenia, obejmującym w szczególności takie zdarzenia jak: wojna, klęski żywiołowe (trzęsienia ziemi, huragan), strajki, okupacja budowy spowodowana przez osoby inne niż pracownicy wykonawcy lub Podwykonawców” .

Skanska oczekuje nadania brzmienia:

„Siła wyższa jest zdarzeniem zewnętrznym, które skutki są niemożliwe do zapobieżenia, obejmującym w szczególności takie zdarzenia jak: wojna, klęski żywiołowe (trzęsienia ziemi,

huragan), strajki, okupacja budowy spowodowana przez osoby inne niż pracownicy wykonawcy lub Podwykonawców” .

1.6. par. 7 ust. 2 pkt 10) umowy, który brzmi:

„10) udostępnienia Terenu Budowy podmiotom upoważnionym przez zamawiającego na każde jego żądanie, ”

Skanska wskazała:

Zapis nieprecyzyjny - zbyt szeroki umożliwiając wejście na Teren Budowy jakiegokolwiek osobie upoważnionej przez zamawiającego.

Wniosła:

o zmianę zapisu, aby wejście odbywało się na zasadach obowiązujących u wykonawcy (Kierownik Budowy z ramienia wykonawcy odpowiedzialny jest za bezpieczeństwo na budowie), ewentualnie inne doprecyzowanie zapisu, przez określenie dokładnego kręgu osób, które mogą wejść na Teren Budowy.

1.7. par. 7 ust. 2 pkt 31 umowy, który brzmi:

„31) organizacji i udziału w każdym przeglądzie gwarancyjnym, ”

Skanska wskazała:

Na etapie gwarancyjnym po przejęciu przez zamawiającego, wykonawca nie jest gospodarzem obiektu (Terenu budowy już nie ma, gdyż budowa się skończyła), wykonawca nie może organizować przetargu.

Wniosła o:

wykreślenie obowiązku udziału.

1.8. par. 8 ust. 13 i 14, który brzmi:

„Ust. 13 wykonawca , podwykonawca lub dalszy podwykonawca umowy o podwykonawstwo, której przedmiotem są roboty budowlane, zobowiązany jest do zgłoszenia zamawiającemu wszystkich dostawców i usługodawców, z którymi współpracuje w związku z realizacją umowy. Zgłoszenie powinno zawierać nazwę dostawcy lub usługodawcy, wskazywać zakres rzeczowy i wartość świadczeń, a ponadto do zgłoszenia powinna być dołączona kopia zawartej umowy, o podwykonawstwo poświadczona za zgodność z oryginałem ” .

Skanska wskazała:

Umowa w tym zakresie nakazuje zgłoszenie wszystkich dostawców i usługodawców. Jest to zbyt daleko idący obowiązek obciążający wykonawcę, jak i dalszych podwykonawców. Obowiązek daleko wykraczający poza regulacje ustawowe (bardziej restrykcyjny) oraz poza potrzebę ochrony zamawiającego, a zatem i zasadę proporcjonalności zastosowanych w Umowie środków.

Wniosła: o jego wykreślenie

1.9. par. 8 ust. 14 umowy, który brzmi:



„Ust. 14 Powyżej określony obowiązek przedłożenia zamawiającemu przez wykonawcę umowy o podwykonawstwo nie zachodzi, jeśli przedmiotem umowy o podwykonawstwo są usługi: ochrony Terenu Budowy, sprzątanania, wynajmu sprzętu i transportu, wykonywane na rzecz wykonawcy przez osoby przez niego zakontraktowane do realizacji umowy na podstawie umów cywilnoprawnych i innych kosztów ogólnych budowy, a których łączna wartość nie przekracza 30.000,00 zł (słownie: trzydzieści tysięcy złotych) netto,

Na każde żądanie zamawiającego, wykonawca ma obowiązek przedłożyć kserokopie umów/zleceń/zamówień na powyższe usługi, w celu weryfikacji ich wartości.

Skanska wskazała:

Na przekroczenie zasady proporcjonalności wymagań zamawiającego od wykonawcy w stosunku do przedmiotu umowy, a w szczególności charakteru tego postanowienia nakładającego obowiązek na wykonawcę.

Wniosła:

Podwyższenie łącznej wartości do 100.000 zł,

Ewentualnie do ograniczenia tylko do przedstawienia dokumentów na żądanie zamawiającego.

1.10. par. 12 ust. 1 pkt 1), 2), 3), 4), 5), 8) umowy przez zastąpienie wyrazu „za opóźnienie” wyrazem „za zwłokę”

1.11. par. 12 ust. 1 pkt 4) Umowy, który brzmi:

„za opóźnienie w usunięciu wad stwierdzonych przy odbiorze Etapu I Inwestycji lub Etapu II Inwestycji lub w okresie rękojmi - w wysokości 1.000,00 zł (słownie: jeden tysiąc złotych) za każdy dzień opóźnienia liczonego od dnia wyznaczonego przez zamawiającego na usunięcie poszczególnej wady lub w uzgodnionym przez Strony terminie; kara umowna naliczana jest odrębnie za każdą wadę nie usuniętą w terminie wskazanym przez zamawiającego lub w uzgodnionym przez Strony terminie.,

Wniosła o zmianę zapisu:

Aby nie naliczać kary za każdą wadę nieusuniętą w terminie. Zgodnie z zasadą proporcjonalności wady występujące w „pakietach” powinny być „karane zbiorczo”.

1.12. par. 12 Urnowy przez ustanowienia nowej jednostki redakcyjnej w postaci ust. 6 o treści: „W przypadku terminowego wykonania Przedmiotu umowy w zakresie Etapu I Inwestycji lub Etapu II Inwestycji, zamawiający umarza lub uchyla naliczone kary umowne za nieterminowe wykonanie wcześniejszych obowiązków umownych wymienionych w par. 12 ust. 1 pkt 1), 2), 4) (w zakresie usunięcia wad stwierdzonych przy odbiorze Etapu I lub Etapu II), 7), 9), a w przypadku nie naliczenia tych kar do momentu terminowego wykonania Przedmiotu umowy w zakresie Etapu I Inwestycji lub Etapu II Inwestycji zobowiązuje się już ich nie naliczać”

1.13. par. 12 ust. 1 pkt 1), 2), 4), 5), 7), 8), 9) umowy do obniżenia kary do 500 zł za dzień zwłoki.

1.14. par. 12 ust. 1 pkt 3) umowy do obniżenia kary do 5.000 zł za dzień.

1.15. 5 12 umowy przez ustanowienia nowej jednostki redakcyjnej w postaci ust. 7 o treści:

„Wysokość kar umownych nałożonych przez zamawiającego na wykonawcę nie może przekroczyć:

a) 10 % wartości wynagrodzenia netto wykonawcy z tytułu I Etapu dla realizacji I Etapu,

b) 10 % wartości wynagrodzenia netto wykonawcy z tytułu II Etapu dla realizacji II Etapu. ”

1.16. par. 12 ust. 1 pkt 14 umowy, który brzmi:

„14) za nieskuteczne usunięcie wady, rozumiane w ten sposób, że jakakolwiek wada danego elementu Robót lub część Przedmiotu umowy wystąpi dwukrotnie w tym samym miejscu w Budynku, pomimo, że wykonawca uprzednio wskazał wadę, jako usuniętą w terminie wskazanym przez zamawiającego - w wysokości 5.000,00 zł (słownie: pięć tysięcy złotych) za każdy taki przypadek, o ile wykonawca nie zdoła wykazać, że wada wystąpiła ponownie pomimo zachowana przez wykonawcę należytej staranności oraz za każde następne stwierdzenie powstania wady w danym elemencie Robót lub w Przedmiocie umowy. ”

Skanska wskazała:

Fakt, za który wykonawca ma być karany jest niezależny od niego i wykracza poza zwyczajny rozkład ryzyka kontraktowego. Skoro wada zostaje usunięta, co zamawiający potwierdza, to trudno, w przypadku ponownego wystąpienia wady obciążać wykonawcę dodatkowym zobowiązaniem, poza tym, że jest zobowiązany do naprawy.

Wniosła o usunięcie postanowienia.

1.17. par. 12 umowy' przez ustanowienia nowych jednostek redakcyjnych w postaci:

A. ust. 8 o treści:

„Wykonawca może obciążyć zamawiającego kara umowną:

a) za odstąpienie od umowy przez zamawiającego z przyczyn leżących po stronie zamawiającego - w wysokości 5.000.000,00 (słownie: pięć milionów złotych),

b) za odstąpienie przez wykonawcę od umowy, z przyczyn leżących po stronie zamawiającego w wysokości 7.000.000,00 (słownie: siedem milionów złotych),

”B. ust. 9 o treści:

Zapłata którejkolwiek z kar umownych wskazanych w Umowie, a zastrzeżonych na rzecz wykonawcy nie wyłącza możliwości dochodzenia przez wykonawcę odszkodowania przewyższającego karę lub kary umowne, w przypadku, gdy szkoda spowodowana niewykonaniem lub nienależytym wykonaniem obowiązku wynikającego z umowy przekracza wysokość pobranej kary umownej. wykonawca może, niezależnie od kar umownych, dochodzić odszkodowania na zasadach ogólnych określonych w Kodeksie cywilnym”

C. Ust. 10 o treści:

„Ust. 10 Odstąpienie od umowy nie wyklucza obowiązku zapłaty przez zamawiającego kary lub kar umownych w szczególności przewidzianych na okoliczność odstąpienia od umowy” .

D. Ust. 11 o treści:

„Zamawiający zapłaci wykonawcy karę umowną w terminie 14 (słownie: czternaście) dni od daty wystąpienia przez wykonawcę z żądaniem zapłacenia kary”

1.18. par. 14 i par 16 umowy

Skanska wskazała na sprzeczne postanowienia w zakresie odbioru:

a) Z par. 14 ust. 7 wynika, że potwierdzenie gotowości wykonawcy do Końcowego Odbioru Robót następuje po usunięciu wad istotnych przez Inspektorów nadzoru inwestorskiego lub zamawiającego w wykonanych Robotach budowlanych związanych z realizacją Przedmiotu umowy.

b) Z tego wynika, że tylko wady istotne stoją na przeszkodzie do odbioru (potwierdza to również par 14 ust. 13. Jednak z par 14 ust. 7, jak i wcześniejszych postanowień nie wynika, kiedy wady istotne mają zostać stwierdzone.

c) Z kolei par. 14 ust. 14 będący kontynuacją ust. 13 odnosi się już do wad (bez określenia jakich), a nie wad istotnych, co wprowadza niepewność co do zrozumienia intencji zamawiającego, planowanego przebiegu odbioru, a co za tym idzie zaplanowania ryzyk związanych z występowaniem wad i zaplanowania czasu na ukończeniu.

d) par. 16 ust. 3 przewiduje, że jeżeli w toku czynności odbiorowych zostanie m. in. stwierdzone że nastąpiło wadliwe wykonanie zamawiający może odmówić odbioru z winy wykonawcy; „wadliwe wykonanie wskazuje na każdą wadę, a więc nie tylko istotną.

e) par. 16 ust. 4 pkt 1) wskazuje na nadające się do usunięcia wady, których występowanie umożliwi zamawiającemu żądanie od wykonawcy ich usunięcia i wyznaczenie odpowiedniego terminu w tym celu

Skanska wniosła o:

A. o doprecyzowanie - zdefiniowanie terminów, jak wada / usterka istotna, nieistotna.

o ukształtowanie przez zamawiającego procedury odbiorowej jasno i precyzyjnie, w szczególności w ten sposób, iż zamawiający może odmówić odbioru w sytuacji, gdy w toku czynności odbiorowych stwierdzi istotne wady/usterki przedmiotu umowy zakresie braku odbioru bezusterkowego, np. przez poniższy przykład Jeżeli Przedmiot odbioru (częściowego) posiada wady, wówczas zamawiający:

a. w przypadku wystąpienia wad istotnych Przedmiotu odbioru ma prawo do odmowy dokonania odbioru,

b. w przypadku wystąpienia wad nieistotnych Przedmiotu odbioru dokona odbioru części przedmiotu umowy z jednoczesnym wyznaczeniem wykonawcy terminu usunięcia wad nieistotnych, nie dłuższym jednak niż 14 dni (z tym zastrzeżeniem, iż jeżeli czynniki niezależne

od woli wykonawcy lub względy technologiczne nie pozwalają na wykonanie prac w tym terminie wówczas okres ten może być wydłużony za zgodą zamawiającego). Dla robót zanikających i ulegających zakryciu maksymalny termin usunięcia wad nieistotnych to 5 dni” .

„Jeżeli Przedmiot odbioru końcowego posiada wady, wówczas zamawiający:

a. w przypadku wystąpienia wad istotnych Przedmiotu odbioru ma prawo do odmowy dokonania odbioru,

b. w przypadku wystąpienia wad nieistotnych Przedmiotu odbioru końcowego dokona odbioru części przedmiotu umowy z jednoczesnym wyznaczeniem wykonawcy terminu usunięcia wad nieistotnych, nie dłuższym jednak niż 14 dni (z tym zastrzeżeniem, iż jeżeli czynniki niezależne od woli wykonawcy lub względy technologiczne nie pozwalają na wykonanie prac w tym terminie wówczas okres ten może być wydłużony za zgodą zamawiającego).

c. w przypadku wystąpienia wad nieusuwalnych Przedmiotu odbioru końcowego dokonania odbioru z jednoczesnym potrąceniem części wynagrodzenia z tytułu wystąpienia tych wad. ”

C. o zmianę postanowienia par. 16 ust. 4 pkt 2) b) w ten sposób, że zamiast pierwotnego brzmienia:

jeżeli wady uniemożliwiają użytkowanie zgodnie z przeznaczeniem, odstąpić od odbioru i zażądać wykonania wskazanego zakresu Przedmiotu umowy po raz drugi wyznaczając ostateczny termin ich realizacji. W przypadku nie wykonania w ustalonym terminie Przedmiotu umowy po raz drugi, zamawiający może odstąpić od umowy z winy wykonawcy, zachowując prawo do naliczenia wykonawcy zastrzeżonych w Umowie kar umownych i odszkodowań na zasadach określonych w Umowie oraz żądania naprawienia szkody wynikłej z nienależytego wykonania umowy na zasadach ogólnych.

Skanska zawnioskowała by on brzmiał:

jeżeli wady uniemożliwiają użytkowanie zgodnie z przeznaczeniem, odstąpić od odbioru i zażądać wykonania wskazanego zakresu Przedmiotu umowy po raz drugi wyznaczając ostateczny termin ich realizacji. W przypadku nie wykonania w ustalonym terminie Przedmiotu umowy po raz drugi, zamawiający może odstąpić od umowy z winy wykonawcy w części obejmującej wady, zachowując prawo do naprawienia szkody wynikłej z nienależytego wykonania umowy na zasadach ogólnych.

D. o zmianę postanowienia par 16 ust. 7 w ten sposób, że zamiast pierwotnego brzmienia:

7. Jeśli wad istotnych nie da się usunąć lub jeżeli wykonawca nie zdołał usunąć ich w wyznaczonym terminie zamawiający może według własnego wyboru od umowy odstąpić lub obniżyć Wynagrodzenie wykonawcy w odpowiednim stosunku przez co Strony rozumieją, iż obniżenie Wynagrodzenia powinno nastąpić w takim stosunku, w jakim wartość Robót bez wad pozostaje do wartości Robót z wadami lub o wartość wydatków koniecznych do usunięcia tychże wad z Robót.

Skanska zawnioskowała by on brzmiał:

7. Jeśli wad istotnych nie da się usunąć lub jeżeli wykonawca nie zdołał usunąć ich w wyznaczonym terminie zamawiający może obniżyć Wynagrodzenie wykonawcy w odpowiednim stosunku przez co Strony rozumieją, iż obniżenie Wynagrodzenia powinno nastąpić w takim stosunku, w jakim wartość Robót bez wad pozostaje do wartości Robót z wadami lub o wartość wydatków koniecznych do usunięcia tychże wad z Robót.

1.19. par. 18 ust. 2 ab initio umowy, który brzmi:

Niezależnie od uprawnień do odstąpienia od umowy wynikających z przepisów Kodeksu cywilnego, zamawiający jest uprawniony do natychmiastowego odstąpienia od umowy bez konieczności wyznaczania dodatkowego terminu w następujących przypadkach:

Skanska zawnioskowała o nowe brzmienie:

Niezależnie od uprawnień do odstąpienia od umowy wynikających z przepisów Kodeksu cywilnego, zamawiający jest uprawniony do odstąpienia od umowy za uprzednim wyznaczeniem dodatkowego, co najmniej 7 (siedmio) dniowego terminu na usunięcie zaniechań, niezgodności z Umową i doprowadzenia do stanu zgodnego z Umową - w następujących przypadkach w odniesieniu do pkt 1), 2), 3), 6), 7) zawartych w par. 18 ust. 2.

1.20. par. 18 ust. 2 pkt 1) umowy, który brzmi:

Wykonawca nie rozpoczyna Robót w terminie określonym w par. 13 ust. 1 umowy i opóźnia się z rozpoczęciem Robót lub w toku Robót opóźnia się z wykonaniem poszczególnych etapów wskazanych w par. 13 ust.4 umowy o co najmniej 7 (słownie: siedem) dni,

Skanska wskazała:

Termin 7 dni jest bardzo krótkim terminem i jego niewielkie przekroczenie jest obarczone najpoważniejszą sankcją kontraktową - odstąpieniem.

Zawnioskowała o nowe brzmienie:

Wykonawca nie rozpoczyna Robót w terminie określonym w par. 13 ust. 1 umowy i opóźnia się z rozpoczęciem Robót lub w toku Robót opóźnia się z wykonaniem poszczególnych etapów wskazanych w par. 13 ust.4 umowy o co najmniej 14 (słownie: czternaście) dni,

1.21. par 18 ust. 9 i 10 umowy, który brzmi:

Ust. 9. W przypadku, gdy od umowy odstąpił zamawiający z przyczyn leżących po jego stronie, wykonawcy przysługuje wynagrodzenie wyłącznie za wykonane etapy i elementy Robót według stanu na dzień odstąpienia od umowy w zakresie ustalonym w protokole inwentaryzacji, o którym mowa w ust. 7 pkt. 3 powyżej. Ust. 10. W przypadku odstąpienia od umowy z przyczyn leżących po stronie wykonawcy przysługuje wykonawcy wynagrodzenie wyłącznie za te etapy i elementy Robót, które zostały odebrane przed dniem odstąpienia na podstawie protokołów z odbiorów częściowych, i to tylko w takim zakresie, w jakim zamawiający te prace zatrzymuje. Kwota wynagrodzenia wykonawcy ulega odpowiedniemu pomniejszeniu o należne zamawiającemu kary umowne i odszkodowania.

Skanska zawnioskowała o brzmienie:

W przypadku odstąpienia od umowy przez którąkolwiek ze stron i jakiegokolwiek przyczyny (tzn. bez względu na to po czyjej stronie będą leżały przyczyny odstąpienia) wykonawcy przysługuje wynagrodzenie za wykonane faktycznie Roboty według stanu na dzień odstąpienia, co zostanie stwierdzone inwentaryzacją. Wykonawcy należy się też zapłata za materiały nabyte w celu realizacji przedmiotu umowy materiały przed odstąpieniem od umowy, choćby nie zostały jeszcze dostarczone.

1.22. par 19 w zakresie przewidzenia przesłanki zmiany (podwyższenia) wynagrodzenia w przypadku:

- a) przedłużenia terminu zakończenia przedmiotu umowy w zakresie wynagrodzenia obejmującego również koszty ogólne wykonawcy,
- b) robót dodatkowych wynikających z konieczności wykonania robót pozostających poza przedmiotem umowy, nie objętych zakresem i odpowiedzialnością wykonawcy, obejmujących także koszty ogólne wykonawcy.

Nadto wniosła o zasądzenie kosztów postępowania odwoławczego.

Odwołujący wskazał, że posiada interes w uzyskaniu w/w zamówienia. Odwołujący posiada wiedzę i doświadczenie dające rękojmię należytego wykonania zamówienia. Jednakże wobec sformułowania przez zamawiającego SIWZ w sposób niezgodny z obowiązującymi przepisami, w szczególności normami prawa zamówień publicznych oraz kodeksu cywilnego, zostaje on pozbawiony możliwości udziału w postępowaniu i tym samym możliwości realnego uzyskania zamówienia, a w konsekwencji może on ponieść określoną szkodę z tym związaną. Tym samym, w wyniku naruszenia przez zamawiającego powyżej wskazanych przepisów ustawy, odwołujący może ponieść szkodę w postaci utraty możliwości pozyskania przedmiotowego zamówienia, a ponadto jest narażony na szkodę polegającą na pozbawieniu odwołującego realnych korzyści finansowych wynikających z tytułu realizacji niniejszego zamówienia.

Nadto, w przypadku wyboru oferty odwołującego, odwołujący zobowiązany będzie do podpisania umowy na realizację zamówienia zgodnie z obecnym wzorem umowy, który jest niezgodny z obowiązującymi przepisami prawa. Nieuwzględnienie zaś odwołania może go narazić na szkodę, ponieważ w związku z wyżej wskazanymi uchybieniami zamawiającego, odwołujący mógłby być narażony na bezpodstawne wstrzymywanie odbiorów robót, wynikające z tego opóźnienia w finansowaniu ich realizacji, a także na bycie bezpodstawnie obciążonym przez zamawiającego karami umownymi z tytułu nieterminowego wykonania robót w sytuacji, w której zamawiający odmawiałby dokonania odbioru robót mimo braku w nich wad istotnych. Co więcej niewłaściwie dokonany opis przedmiotu zamówienia powoduje, że przygotowanie oferty w oparciu o rzetelną wycenę uwzględniającą nie tylko koszty, ale i ryzyka odbywa się w warunkach naruszających zasady uczciwej konkurencji.

W dniu 5 maja 2020r. zamawiający poinformował wykonawców o wniesieniu odwołania.

W dniu 8 maja 2020r. do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego zgłosił swój udział wykonawca Hochtief Polska Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie, ul. Żwirki i Wigury 14 wnosząc o uwzględnienie odwołania. Zgłaszający wskazał, że zamierza złożyć ofertę w postępowaniu w sprawie udzielenia zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest „Budowa zespołu budynków mieszkalnych wielorodzinnych z garażem podziemnym na polu inwestycyjnym 7 MW zlokalizowanym w Poznaniu pomiędzy ulicami: Literacka/Wiencka/Zawackiej wraz z uzyskaniem prawomocnej decyzji pozwolenia na użytkowanie”.

W interesie przystępującego pozostaje, aby ww. postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego zostało przeprowadzone w sposób prawidłowy i zgodny z przepisami powszechnie obowiązującego prawa. W tym miejscu przystępujący oświadczył, że w pełni podziela zarzuty, wnioski oraz argumenty przedstawione w uzasadnieniu ww. odwołania z dnia 04 maja 2020 r. wniesionego przez odwołującego i wskazał, aby traktować je jako tożsame ze stanowiskiem przystępującego w niniejszej sprawie. Przystępujący wskazał, że uzyskanie rozstrzygnięcia sprawy na korzyść odwołującego, będzie tożsame z rozstrzygnięciem tej sprawy zgodnie z interesem przystępującego, a w szczególności pozwoli przystępującemu na:

- potwierdzenie przez przystępującego dokonania prawidłowej oceny posiadania zdolności do należytego wykonania zamówienia,
- przygotowanie jego oferty w sposób prawidłowy, w oparciu o rzetelnie, należycie i wyczerpująco opisany przedmiot zamówienia, co w konsekwencji pozwoli na dostosowanie zaoferowanej przez przystępującego ceny do – dających się w sposób racjonalny przewidzieć i oszacować na etapie składania oferty – zakresu przedmiotu umowy oraz spodziewanych ryzyk związanych z jego realizacją, tj. do wymagań zamawiającego,
- w przypadku wyboru oferty przystępującego, zawarcie umowy (w szerokim rozumieniu tego pojęcia, tj. jako wszelkie dokumenty kształtujące treść stosunku prawnego, który powstanie pomiędzy stronami) na realizację ww. zamówienia publicznego o treści urzeczywistniającej m. in. zasady równości kontraktowej stron (w tym równomiernego rozłożenia ryzyk), uczciwego kontraktowania i słuszności kontraktowej, proporcjonalności (racjonalności), przejrzystości, tj. zawarcie umowy, której postanowienia, w sposób nieuzasadniony i sprzeczny z zasadami współżycia społecznego, nie będą nadmiernie – w stosunku m. in. do celu, w jakim zamówienie ma zostać zrealizowane – faworyzować zamawiającego i obciążać przystępującego.

Zgłoszenie zostało podpisane przez prokurenta samoistnego ujawnionego w KRS i upoważnionego do reprezentacji. Kopia zgłoszenia została przekazana zamawiającemu i odwołującemu w dniu 8 maja 2020r.

W dniu 29 czerwca 2020r. odwołujący złożył oświadczenie o cofnięciu odwołania i wniósł o umorzenie postępowania odwoławczego. Wskazał, że zamawiający w toku postępowania przetargowego w wyniku pytań złożonych przez odwołującego, będących powieleniem zarzutów i wniosków zawartych w odwołaniu, w przeważającej większości zmienił SIWZ według oczekiwań odwołującego. W dniu 26 czerwca 2020 r. zamawiający unieważnił postępowanie z uwagi na fakt, iż wystąpiła istotna zmiana okoliczności, powodująca, że prowadzenie postępowania lub wykonanie zamówienia nie leży w interesie publicznym, czego nie można było wcześniej przewidzieć. W związku z powyższym odwołujący stwierdził, że postępowanie odwoławcze, co do którego termin rozpoznania KIO wyznaczyła na 01.07.2020 r. stało się bezprzedmiotowe i nie jest zasadne dalsze jego popieranie.

Termin posiedzenia niejawnego z udziałem stron został wyznaczony na dzień 1 lipca 2020r.

**Izba zważyła, co następuje:**

Izba stwierdziła, że zgłoszone przystąpienie spełnia wymogi formalne określone w art. 185 ust. 2 ustawy.

Izba ustaliła, że nie zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania, o których mowa w art. 189 ust. 2 ustawy.

Izba oceniła, że odwołujący wykazał, iż posiada interes w uzyskaniu zamówienia i może ponieść szkodę w związku z potencjalnym naruszeniem przez zamawiającego przepisów ustawy, czym została wypełniona przesłanka materialnoprawna z art. 179 ust. 1 ustawy.

Przepis art. 187 ust. 8 ustawy stanowi, iż odwołujący może cofnąć odwołanie do czasu zamknięcia rozprawy; w takim przypadku Izba umarza postępowanie odwoławcze, przy czym, jeżeli cofnięcie nastąpiło przed otwarciem rozprawy, odwołującemu zwraca się 90 % wpisu.

Uwzględniając powyższe, Krajowa Izba Odwoławcza, działając na podstawie art. 187 ust. 8 zdanie pierwsze ustawy, na posiedzeniu umorzyła postępowanie odwoławcze.

Zgodnie z art. 187 ust. 8 zdanie drugie ustawy, orzeczono o zwrocie odwołującemu 90% kwoty uiszczzonego wpisu.



Izba postanowiła nie zasądzić na rzecz zamawiającego zwrotu kosztów postępowania odwoławczego z tego względu, że brak jest takiego wniosku zamawiającego, a nadto wycofanie odwołania nastąpiło na więcej niż jeden dzień niż wyznaczony termin posiedzenia.

**Przewodniczący:** .....