

POSTANOWIENIE
z dnia 23 sierpnia 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ryszard Tetzlaff

po rozpoznaniu na posiedzeniu bez udziału stron w dniu **23 sierpnia 2022 r. w Warszawie** odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **12 sierpnia 2022 r.** przez Odwołującego: **STRABAG Sp. z o.o., ul. Parzniewska 10, 05-800 Pruszków** w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego: **Gminę – Miasto Elbląg, ul. Łączności 1, 82-300 Elbląg**

przy udziale wykonawcy **NDI S.A. z siedzibą w Sopocie, ul. Powstańców Warszawy 19, 81-718 Sopot** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego

postanawia:

1. umorzyć postępowanie odwoławcze;

2. nakazać zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych kwoty 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) tytułem zwrotu kwoty uiszczonego wpisu na rzecz wykonawcy STRABAG Sp. z o.o., ul. Parzniewska 10, 05-800 Pruszków.

Stosownie do art. 579 ust.1 i 580 ust.1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2022 r. poz. 1710) na niniejsze postanowienie - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Warszawie**.

Przewodniczący:

.....

UZASADNIENIE

Dnia 12 sierpnia 2022 r. (wpływ do Prezesa KIO w wersji elektronicznej podpisane podpisem cyfrowym za pośrednictwem elektronicznej skrzynki podawczej – ePUAP) do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w Warszawie, na podstawie przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych, odwołanie złożyła wykonawca: STRABAG Sp. z o.o., ul. Parzniewska 10, 05-800 Pruszków (dalej jako: „STRABAG Sp. z o.o.” albo „Odwołujący”). Odwołanie zostało podpisane przez radcę prawnego umocowanego na podstawie pełnomocnictwa z 30 marca 2022 r. udzielonego przez dwóch C. Z. osoby ujawnione i umocowane do łącznej reprezentacji zgodnie z załączonym do odwołania wydrukiem KRS-u.

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego którego przedmiotem jest: „*Opracowanie dokumentacji projektowo-kosztorysowej oraz wykonanie robót budowlanych polegających na przebudowie zachodniego nabrzeża rzeki Elbląg wzdłuż linii Wyspy Spichrzów*” w ramach zadania: 2 „*Rewitalizacja Wyspy Spichrzów w Elblągu – terenu przeznaczonego pod inwestycje Programu Fabryka*”, Nr postępowania DZP.271.49.2022.AD, zostało wszczęte ogłoszeniem opublikowanym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 2 sierpnia 2022 r. pod nr 2022/S 147-419565 przez Gminę – Miasto Elbląg, ul. Łączności 1, 82-300 Elbląg zwaną dalej: „Zamawiającym”. Do ww. postępowania o udzielenie zamówienia zastosowanie znajdują przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 1129), zwana dalej „*NPzp*” albo „*ustawy Pzp*” albo „*pzp*”.

Zarzucił naruszenie przez Zamawiającego:

WARUNEK UDZIAŁU

1. art. 112 ust. 1 ustawy Pzp, art. 116 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 16 pkt. 1 i 3 ustawy Pzp poprzez określenie warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznych i kwalifikacji zawodowych w sposób niejasny, nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia i nie pozostający z nim w relacji, a przez to naruszający zasadę zapewnienia zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, które to naruszenie objawia się żądaniem:

a) w treści ogłoszenia – pkt. III.1.3 zdolność techniczna i kwalifikacje zawodowe:

Warunkiem udziału w postępowaniu jest: (...)

b) wykonanie w sposób należyty w okresie ostatnich 8 lat liczonych wstecz od dnia, w którym upływa termin składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym

okresie co najmniej dwóch rob. bud polegających na budowie, rozbudowie lub przebudowie portu żeglarskiego o wartości robót budowlanych min. 2 000 000,00 zł bez VAT każda

b) oraz analogicznie w treści SWZ – pkt. IX.2 ppkt. 4) warunek zdolności technicznej lub zawodowej.

Warunkiem udziału w postępowaniu jest: (...)

b) wykonanie w sposób należyty w okresie ostatnich 8 lat liczonych wstecz od dnia, w którym upływa termin składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie co najmniej dwóch robót budowlanych polegających na budowie, rozbudowie lub przebudowie portu żeglarskiego o wartości robót budowlanych minimum 2 000 000,00 zł bez VAT każda.

podczas gdy wykonanie portu żeglarskiego nie zawiera się w przedmiocie zamówienia, a przedmiotem zamówienia są prace polegające na przebudowie nabrzeża rzeki, zatem Zamawiający winien dopuścić wykazanie się przez wykonawcę biorącego udział w postępowaniu doświadczeniem w wykonaniu tego rodzaju prac, tj. robót polegających na przebudowie nabrzeża przystaniowego w portach morskich lub rzecznych, jako warunku spełniającego wymaganie proporcjonalności określone art. 16 pkt. 1 oraz 112 ust. 1 ustawy Pzp..

TERMIN REALIZACJI

2. art. 3531 kc, art. 58 kc w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp oraz art. 16 ustawy Pzp i art. 436 ustawy Pzp w zw. z art. 433 pkt. 3) ustawy Pzp i art. 455 ust. 1 ustawy Pzp poprzez:

a) wskazanie w SWZ (pkt. VI.) i wzorze umowy (§ 3 ust. 1) terminu realizacji zamówienia wynoszącego 24 miesiące od dnia udzielenia zamówienia, z podziałem na zakres I zamówienia (projektowanie) do wykonania w terminie 10 miesięcy od daty udzielenia zamówienia oraz zakres II zamówienia (realizacja robót) do wykonania w terminie 24 miesięcy od daty udzielenia zamówienia, które to terminy są nierealne i niemożliwego do dotrzymania z punktu widzenia wszelkich procedur administracyjnych, które leżą po stronie Wykonawcy, niezbędnych dla wykonania prac projektowych i uzyskania pozwolenia na budowę, a także na wykonanie robót budowlanych, z przyczyn szczegółowo wykazanych w uzasadnieniu Odwołania;

b) oraz jednocześnie poprzez niezasadne przerzucenie na wykonawcę wszelkich ryzyk związanych z pozyskaniem zgód, uzgodnień, pozwoleń, etc., niezbędnych dla pozyskania pozwolenia na budowę, bez uwzględnienia w postanowieniach dotyczących możliwości zmiany umowy podstaw do zmiany terminu realizacji, zakresu i wynagrodzenia w przypadku zwłoki organów administracji w wydaniu stosownych zgód, uzgodnień, pozwoleń, etc., które skutkować powinny przedłużeniem terminu realizacji zamówienia.

3. art. 3531 kc, art. 58 kc w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp oraz art. 16 ustawy Pzp, art. 433 pkt. 3) ustawy Pzp i art. 455 ust. 1 ustawy Pzp poprzez niezasadne przerzucenie na

wykonawcę ryzyk związanych z koniecznością wprowadzenia robót zamiennych, niezależnie od przyczyn ich wystąpienia, co do których Zamawiający wprost wyłączył w § 15 ust. 3 wzoru umowy możliwość zmiany terminu realizacji zamówienia, wprowadzając następujące postanowienie: „Wykonanie robót zamiennych nie może powodować zmiany końcowego terminu wykonania całości zamówienia określonego w § 3 ust. 1.”

PODWYKONAWCY

4. art. 437 ust 1 pkt 4 ustawy Pzp, art. 447 ust 1 i 2 ustawy Pzp, art. 465 ust 1 i 3 ustawy Pzp w zw. z art. 16 ustawy Pzp poprzez wprowadzenie do wzoru umowy postanowień wprost sprzecznych z powyższymi przepisami ustawy Pzp, w szczególności w zakresie w jakim:

a) w § 4 ust. 7 wzoru umowy Zamawiający wskazuje, że „Rozliczenie robót z Wykonawcą nastąpi po przedłożeniu przez podwykonawców oświadczeń o uzyskaniu całości należnego im wynagrodzenia oraz całkowitym zaspokojeniu roszczeń wynikających z umów Wykonawcy z podwykonawcami” podczas gdy wskazane wyżej przepisy wprost wskazują na prawo do złożenia dowodów potwierdzających zapłatę wymagalnego wynagrodzenia, rozumianych także jako każdy inny dokument, faktura, oświadczenie itd.

b) w § 4 ust. 11 wzoru umowy Zamawiający narzuca obowiązek dołączenia oświadczeń (ponownie – zamiast dowodów) wszystkich podwykonawców – zamiast podwykonawców biorących udział w realizacji odebranych robót budowlanych, zgodnie z dyspozycją przepisu art. 447 ust. 1 ustawy Pzp. Ponadto Zamawiający domaga się w tym postanowieniu kumulatywnie przedstawienia: oświadczenia podwykonawców, oświadczenia wykonawcy oraz potwierżeń dokonania zapłaty. Kwestionowane postanowienie brzmi: „W przypadku powierzenia przez Wykonawcę wykonania robót podwykonawcy, Wykonawca jest zobowiązany do zapłaty należnego wynagrodzenia na rzecz podwykonawcy. Dla potwierdzenia dokonanej zapłaty Wykonawca przedłoży Zamawiającemu fakturę obejmującą wynagrodzenie za zakres wykonany przez podwykonawcę oraz dołączy:

- 1) pisemne oświadczenia wszystkich podwykonawców, że wymagalne płatności na ich rzecz zostały dokonane,
- 2) pisemne oświadczenia, że dokonał wszystkich wymagalnych płatności na rzecz podwykonawców oraz podwykonawców na rzecz dalszych podwykonawców,
- 3) potwierdzenia dokonania wszystkich wymagalnych płatności na rzecz podwykonawców oraz podwykonawców na rzecz dalszych podwykonawców”.

c) wprowadzenie w § 4 ust. 12 wzoru umowy postanowienia, które pozwala Zamawiającemu na wstrzymanie się z zapłatą całego wynagrodzenia należnego wykonawcy do czasu przedstawienia dowodów zapłaty wymagalnego wynagrodzenia podwykonawcom lub wykonawcom, podczas gdy zgodnie z dyspozycją art. 447 ust. 2 in fine ustawy Pzp takie uprawnienie przysługuje Zamawiającemu wyłącznie co do kwot wynikających

z nieprzedstawionych dowodów zapłaty. Kwestionowane postanowienie wzoru umowy brzmi: „Zamawiający może powstrzymać się z zapłatą wynagrodzenia na rzecz Wykonawcy do czasu przedstawienia przez niego wszystkich dowodów potwierdzających zapłatę wymagalnego wynagrodzenia podwykonawcom lub dalszym podwykonawcom.”

5. art. 437 ust. 1 pkt. 1), 2), 3), 6) ustawy Pzp oraz art. 464 ustawy Pzp poprzez wprowadzenie do wzoru umowy postanowień wprost sprzecznych z wymaganiami ww. przepisów, a dotyczącymi zasad zgłaszania i zatwierdzania podwykonawców, poprzez rozszerzenie obowiązku zgłaszania do zatwierdzenia i pozyskania zgody na zawarcie umowy podwykonawczej na usługi, tj. przyjęcie w treści § 12 ust. 1 wzoru umowy, że: „Do zawarcia przez Wykonawcę umowy o roboty budowlane lub usługi z podwykonawcą jest wymagana zgoda Zamawiającego” oraz w treści § 12 ust. 5 wzoru umowy, że: „Wykonawca, podwykonawca lub dalszy podwykonawca zamówienia zamierzający zawrzeć umowę o podwykonawstwo, której przedmiotem są roboty budowlane lub usługi, jest obowiązany, w trakcie realizacji zamówienia publicznego, do przedłożenia Zamawiającemu projektu tej umowy, (...)”, a także przyjęcie analogicznych postanowień, jako konsekwencja ww. w § 12 ust. 8, 9, 10, 11, 12 wzoru umowy, pomimo że ww. przepis ustawy Pzp wymaga zatwierdzenia przedkładania projektu umowy o podwykonawstwo, której przedmiotem są roboty budowlane, zaś w zakresie umów na dostawy i usługi przewiduje jedynie obowiązek składania ich kopii;

6. art. art. 3531 kc, art. 58 kc w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp oraz art. 16 ustawy Pzp i art. 464 ust. 10 ustawy Pzp poprzez przyjęcie w § 12 ust. 14 wzoru umowy rażąco krótkiego terminu na doprowadzenie do zmiany umowy podwykonawczej, której przedmiotem są dostawy lub usługi, tj. terminu który może być określony dowolnie przez Zamawiającego, nie dłuższego niż 3 dni robocze, pod rygorem wystąpienia o zapłatę kary umownej. Formułując tak postanowienia, mając na względzie dodatkowo wysokość kary za brak zmiany umowy o podwykonawstwo w zakresie terminu zapłaty (0,2% wartości wynagrodzenia brutto za każdy dzień zwłoki) Zamawiający nadużywa swojego uprawnienia do kształtowania postanowień umowy o zamówienie publiczne;

ODBIÓR BEZUSTERKOWY

7. art. 16 pkt 1, 2 i 3 ustawy Pzp w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 647 kc poprzez zawarcie w treści wzoru umowy postanowień dających Zamawiającemu możliwość odmowy odbioru przedmiotu umowy w sytuacji wystąpienia wad lub usterek, tj. w szczególności:

a) § 18 ust. 2 wzoru umowy stanowi, że okres gwarancji jakości rozpoczyna swój bieg „...od daty odebrania przez Zamawiającego przedmiotu zamówienia i podpisania (bez uwag) protokołu odbioru końcowego przedmiotu zamówienia” – co wskazuje na przyjęcie przez Zamawiającego koncepcji „odbioru bezusterkowego”, a nawet dalej idącego, tj. „bez uwag” – czyli Zamawiający nie może mieć żadnych uwag do przedmiot umowy, by go odebrać;

b) § 19 ust. 2 wzoru umowy stanowi, że: „Za dzień zakończenia wszystkich zobowiązań wynikających z umowy uważa się dzień, w którym podpisany zostanie Protokół odbioru końcowego bez zastrzeżeń”, zatem przyjmując należy że odbiór może nastąpić wyłącznie jeśli przedmiot umowy nie ma żadnych wad, bez podziału na istotne czy nieistotne, usuwalne czy nieusuwalne, a jednocześnie sformułowanie „bez zastrzeżeń” daje Zamawiającemu w zasadzie prawo do zgłoszenia jakichkolwiek uwag i zablokowania czy przedłużania w ten sposób odbioru – przy jednoczesnym obwarowaniu umownego terminu wykonania przedmiotu umowy karą umowną w wysokości 0,1% wynagrodzenia brutto (§ 20 ust. 1 pkt. 1) wzoru umowy);

c) § 19 ust. 3 wzoru umowy przewiduje: „Jeżeli w trakcie odbioru zostaną stwierdzone wady dające się usunąć to Zamawiający przerwie czynności odbioru i wyznaczy termin usunięcia wad”, co oznacza że odbiór może być przesuwany nawet w przypadku istnienia wad usuwalnych. Po ich usunięciu Wykonawca powinien uczynić zadość postanowieniom § 19 ust. 4 wzoru umowy, który przewiduje, że „O fakcie usunięcia wad Wykonawca zawiadomi pisemnie Zamawiającego żądając jednocześnie wyznaczenia terminu odbioru robót”. Oba ww. postanowienia stoją zdaniem Odwołującego w sprzeczności z treścią § 19 ust. 5 wzoru umowy, zgodnie z którego treścią: „Wszelkie czynności podczas dokonywania odbioru jak i terminy wyznaczone na usunięcie wad będą zawarte w protokole odbioru podpisanym przez upoważnionych przedstawicieli Zamawiającego i Wykonawcy” – czyli Zamawiający jednak przewiduje sporządzenie protokołu odbioru, jednak – jak się należy domyślać – bez formalnego potwierdzenia odbioru robót Wykonawcy;

d) § 19 ust. 8 wzoru umowy przewiduje uprawnienie dla Zamawiającego, pozwalające mu na obniżenie wynagrodzenia bądź odstąpienie od umowy w przypadku wystąpienia „wad nienadających się do usunięcia”, bez rozróżnienia czy wady te mają charakter istotny czy nieistotny – co daje Zamawiającemu prawo odstąpienia od umowy w przypadku nieusuwalnych wad nawet o charakterze nieistotnym; podczas gdy zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa uprawnienie inwestora (Zamawiającego) do odmowy odbioru końcowego powinno mieć miejsce jedynie w przypadku wystąpienia wad istotnych zaś w przypadku zgłoszenia gotowości do odbioru przedmiotu umowy o roboty budowlanej z wadami nieistotnymi inwestor (Zamawiający) zobowiązany jest dokonać odbioru końcowego, a postanowienia umowy nie mogą pozostawiać dowolności w tym zakresie.

KARA UMOWNA ZA OPÓŹNIENIE

8. art. 433 pkt 1 ustawy Pzp poprzez określenie odpowiedzialności Wykonawcy za opóźnienie, tj. wprowadzenie do wzoru umowy kar umownych za opóźnienie podczas gdy zgodnie z przepisami ustawy Pzp niedopuszczalne jest określenie w umowie odpowiedzialności Wykonawcy za sytuacje przez niego niezawinione, poza przypadkami uzasadnionymi okolicznościami lub zakresem zamówienia, które nie zostały przez

Zamawiającego w SWZ określone. Zarzut dotyczy postanowienia § 20 ust. 1 pkt. 1) wzoru umowy w brzmieniu: „Wykonawca zapłaci Zamawiającemu kary umowne w przypadku: 1) zwłoki w wykonaniu przedmiotu umowy w wysokości 0,1% wynagrodzenia brutto określonego w § 2 ust. 1 umowy za każdy dzień opóźnienia, licząc od umownego terminu jego wykonania”

LIMIT WYŁĄCZEŃ

9. art. 433 pkt. 4) ustawy Pzp poprzez przewidzenie we wzorze umowy możliwości ograniczenia zakresu rzeczowego przedmiotu umowy bez wskazania minimalnej wartości lub wielkości świadczenia stron. W § 4 ust. 13 wzoru umowy Zamawiający wprowadził postanowienie zgodnie z którym: „W przypadku ograniczenia zakresu rzeczowego przedmiotu umowy, usługi/roboty niewykonane nie podlegają zapłacie, a wynagrodzenie zostanie stosownie pomniejszone”, jednocześnie nie wskazując o jaką wartość istnieje możliwość ograniczenia zakresu ani sposobu, w jaki do takiego ograniczenia może dojść.

PRZEDSTAWIENIE ZAŚWIADCZEŃ DOT. ZATRUDNIENIA

10. art. 3531 kc, art. 58 kc w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp oraz art. 16 ustawy Pzp i art. 438 ustawy Pzp poprzez przyjęcie w § 11 ust. 4 wzoru umowy rażąco krótkiego terminu na przedstawienie przez wykonawcę dokumentów w celu weryfikacji zatrudniania osób na podstawie umowy o pracę, tj. przewidzenie że (...) Wykonawca na żądanie Zamawiającego przedmiotowe oświadczenia lub dokumenty przedkłada Zamawiającemu w ciągu 2 dni roboczych. Formułując tak postanowienia, mając na względzie dodatkowo że brak przedłożenia dokumentów na takie wezwanie obwarowany jest karą w wysokości 500.00 zł za każdy dzień zwłoki, Zamawiający nadużywa swojego uprawnienia do kształtowania postanowień umowy o zamówienie publiczne. Przedłożenie dokumentów przez Wykonawcę w terminie oznaczonym we wzorze umowy może być niemożliwe z uwagi na konieczność ich pozyskania w stosownych urzędach (np. zaświadczenie właściwego oddziału ZUS).

ZABEZPIECZENIE ROSZCZEŃ W OKRESIE RĘKOJMI I GWARANCJI

11. art. 3531 kc, art. 58 kc w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp oraz art. 16 ustawy Pzp i art. 453 ustawy Pzp poprzez wprowadzenie do wzoru umowy postanowień wprost sprzecznych z dyspozycją art. 453 ustawy Pzp, przewidujących wydłużenie w stosunku do ustawowego termin obowiązywania zabezpieczenia roszczeń z tytułu gwarancji i rękojmi za wady (w § 17 ust. 7 wzoru umowy przewiduje, że zabezpieczenie z tytułu rękojmi za wady w formie gwarancji bankowych lub ubezpieczeniowych musi „...posiadać termin obowiązywania o dwa miesiące dłuższy niż termin upływu okresu rękojmi za wady, z zastrzeżeniem ust. 10. (...)\", podczas gdy przepis art. 453 ustawy Pzp przewiduje że zabezpieczenie roszczeń z tytułu rękojmi za wady lub gwarancji jest zwracane nie później niż w 15 dniu po upływie okresu rękojmi za wady lub gwarancji. Ponadto w § 17 ust. 10 wzór umowy przewiduje zaś dodatkowo, ponad ustawowe wymagania dla zwrotu zabezpieczenia, tj.: „W przypadku, gdy

w umowie zawartej pomiędzy Wykonawcą, a podwykonawcą wskazano, że zabezpieczeniem, o którym mowa w ust. 6, pkt. 1) i 2) , jest zatrzymanie części wynagrodzenia z faktur VAT jako kaucji gwarancyjnej zwrot zabezpieczenia nastąpi po złożeniu przez podwykonawcę oświadczenia o zwrocie przez Wykonawcę zabezpieczenia albo złożeniu przez wykonawcę oświadczenia o braku podstaw do zwrotu części lub całości kaucji gwarancyjnej wraz z dokumentami uzasadniającymi te okoliczności”.

WALORYZACJA

12. art. 3531 kc, art. 58 kc w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp, art. 134 ust. 1 pkt 20 pzp, art. 439 ust. 1 i ust. 2 ustawy Pzp w zw. z art. 16 ustawy Pzp poprzez ustalenie w § 24 ust. 1 pkt 2 lit. e) tiret szóste projektu umowy, że „maksymalna wartość waloryzacji wynagrodzenia nie może przekroczyć 5% wartości wynagrodzenia brutto (...)”, to jest poprzez ustalenie limitu waloryzacji wynagrodzenia oderwanego od realiów rynkowych i warunków realizacji przedmiotu umowy, a przez to uniemożliwiającego dokonanie zmiany wysokości wynagrodzenia wykonawcy w sytuacji nadmiernej zmiany ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia;

UZNANIOWE ODSTĄPIENIE OD UMOWY ZASTRZEŻONE DLA ZAMAWIAJĄCEGO:

13. art. 3531 kc, art. 58 kc i art. 647 kc w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp, w zw. z art. 16 ustawy Pzp poprzez nadużycie przez Zamawiającego uprawnienia wynikającego ze swobody kształtowania warunków umowy, to jest poprzez skonstruowanie postanowień umowy w sposób nieuzasadniony potrzebami Zamawiającego, uprzywilejowanie pozycji Zamawiającego i naruszenie zasady równowagi stron stosunku zobowiązaniowego, co pozostaje w sprzeczności z zasadami współżycia społecznego i godzi w naturę stosunku prawnego, tj. poprzez sformułowanie w § 21 ust. 5 wzoru umowy w zasadzie dowolnego uprawnienia Zamawiającego do odstąpienia od umowy. Postanowienie to stanowi: „Zamawiający może odstąpić od umowy w trybie natychmiastowym bez odszkodowania w przypadku nie zachowania przez Wykonawcę właściwej jakości robót. W takim przypadku Zamawiający wezwie Wykonawcę poprzez wpis do dziennika budowy lub w innej formie pisemnej do zachowania właściwej jakości robót. W przypadku nie zastosowania się przez Wykonawcę w trybie natychmiastowym, lecz nie później niż w terminie 3 dni roboczych, do uwag Zamawiającego wówczas Zamawiającemu przysługuje prawo odstąpienia od umowy w trybie natychmiastowym z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy.

tymczasem uprawnienie do terminacji umowy powinno mieć miejsce wyłącznie w sytuacjach istotnego niewykonania lub nienależytego wykonania umowy, ocenianego przez pryzmat art. 647 kc co uprawniałoby do takiego odstąpienia dopiero w momencie nieusunięcia wad istotnych obiektu.

Mając na uwadze powyższe zarzuty, Odwołujący wnoszą o nakazanie Zamawiającemu dokonania czynności zmiany treści ogłoszenia, treści SWZ i załącznika nr 3 do SWZ Projektowane postanowienia umowy, poprzez:

1. W zakresie zarzutu dotyczącego warunku udziału w postępowaniu: Odwołujący wnoszą o co najmniej rozszerzenie warunku udziału w postępowaniu dotyczącego zdolności technicznej i kwalifikacji zawodowych i umożliwienie wykonawcom wykazanie się doświadczeniem w realizacji prac polegających na budowie, rozbudowie lub przebudowie nabrzeża przystaniowego w portach morskich lub rzecznych, które to będzie wymaganiem spełniającym warunek proporcjonalności do przedmiotu zamówienia. W związku z powyższym Odwołujący proponuje następującą zmianę:

a) treści ogłoszenia w punkcie III.1.3 zdolność techniczna i kwalifikacje zawodowe gdzie wskazano, że :

Warunkiem udziału w postępowaniu jest: (...)

b) wykonanie w sposób należyty w okresie ostatnich 8 lat liczonych wstecz od dnia, w którym upływa termin składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie co najmniej dwóch rob. bud polegających na budowie, rozbudowie lub przebudowie portu żeglarskiego albo polegających na budowie, rozbudowie lub przebudowie nabrzeża przystaniowego w portach morskich lub rzecznych wraz z niezbędnymi instalacjami i wyposażeniem do postoju i obsługi jednostek pływających, o wartości robót budowlanych min. 2 000 000,00 zł bez VAT każda

b) treści SWZ – pkt. IX.2 ppkt. 4) warunek zdolności technicznej lub zawodowej, gdzie wskazano: Warunkiem udziału w postępowaniu jest: (...)

b) wykonanie w sposób należyty w okresie ostatnich 8 lat liczonych wstecz od dnia, w którym upływa termin składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie co najmniej dwóch robót budowlanych polegających na budowie, rozbudowie lub przebudowie portu żeglarskiego albo polegających na budowie, rozbudowie lub przebudowie nabrzeża przystaniowego w portach morskich lub rzecznych wraz z niezbędnymi instalacjami i wyposażeniem do postoju i obsługi jednostek pływających, o wartości robót budowlanych minimum 2 000 000,00 zł bez VAT każda.

2. W zakresie zarzutu dotyczącego nierealnego terminu realizacji zamówienia, Odwołujący wnoszą o zmianę postanowień:

a) wzoru umowy w zakresie § 3 ust. 1, poprzez nadanie mu np. następującego brzmienia:

„1. Ustala się następujące terminy wykonania zamówienia:

1) rozpoczęcie:

a) dla zakresu I - data udzielenia zamówienia

b) dla zakresu II – data uzyskania prawomocnego pozwolenia na budowę

2) zakończenie: - 24 miesiące od daty udzielenia zamówienia,

- a) dla zakresu I – 16 miesięcy od daty udzielenia zamówienia
- b) dla zakresu II – 14 miesięcy od daty uzyskania prawomocnego pozwolenia na budowę
w tym:

zakres I zamówienia - w terminie 10 miesięcy od daty udzielenia zamówienia,

zakres II zamówienia - w terminie 24 miesięcy od daty udzielenia zamówienia, w tym:

- ETAP I obejmujący wykonanie robót zakresu II zamówienia, dla których wartość wynagrodzenia za wykonane roboty łącznie z wartością wynagrodzenia za wykonanie zakresu I zamówienia będzie wynosić nie więcej niż 50% wartości wynagrodzenia brutto określonego w § 2 ust. 1 Umowy – w terminie do dnia

b) SWZ w zakresie pkt. VI. TERMIN WYKONANIA ZAMÓWIENIA, poprzez dokonanie zmiany analogicznej do ww. wskazanej, tj.

TERMIN WYKONANIA ZAMÓWIENIA:

data rozpoczęcia:

a) dla zakresu I - data udzielenia zamówienia

b) dla zakresu II – data uzyskania prawomocnego pozwolenia na budowę

data zakończenia: 24 miesiące od daty udzielenia zamówienia,

a) dla zakresu I – 16 miesięcy od daty udzielenia zamówienia

b) dla zakresu II – 14 miesięcy od daty uzyskania prawomocnego pozwolenia na budowę

w tym:

zakres I zamówienia- w terminie 10 miesięcy od daty udzielenia zamówienia,

zakres II zamówienia - w terminie 24 miesięcy od daty udzielenia zamówienia.

c) a także, mając na uwadze zarzut przerwania na Wykonawcę ryzyka terminowego związanego z pozyskiwaniem pozwoleń, zezwoleń i zgód Odwołujący wnosi o: uzupełnienie katalogu możliwych zmian umowy, zawartego w § 24 ust. 1 pkt. 1) wzoru umowy poprzez dodanie postanowienia umożliwiającego zmianę umowy w przypadku zwłoki właściwych osób lub organów administracji w wydaniu pozwoleń, zezwoleń lub zgód, np. poprzez dodanie po dotychczasowej treści kolejnego tiret w brzmieniu: „- w przypadku zwłoki właściwych osób lub organów administracji w wydawaniu właściwych pozwoleń, zezwoleń lub zgód, w szczególności tych o których mowa w § 1 ust. 3 pkt. 1) lit.h), i), j) umowy”

3. Jednocześnie w tym miejscu, mając na względzie zarzut dotyczący przerwania na Wykonawcę ryzyka terminowego związanego z wprowadzeniem robót zamiennych, Odwołujący wnosi o zmianę w § 15 ust. 3 wzoru umowy i przewidzenie możliwości zmiany terminu realizacji zamówienia w przypadku robót zamiennych, to jest wprowadzenie następującej zmiany: „Wykonanie robót zamiennych nie może powodować zmiany końcowego terminu wykonania całości zamówienia określonego w § 3 ust. 1., zgodnie z treścią § 24 ust. 1 pkt. 1) Umowy.”

4. W zakresie zarzutu dotyczącego przedkładania oświadczeń podwykonawców oraz wstrzymywania płatności: dokonanie stosownych zmian w § 4 wzoru umowy i doprowadzenie go w ww. zakresie do zgodności z przepisami ustawy Pzp, w szczególności:

a) w § 4 ust. 7 wzoru umowy proponowana zmiana mogłaby brzmieć: „Rozliczenie robót z Wykonawcą nastąpi po przedłożeniu przez Wykonawcę dowodów potwierdzających zapłatę wymagalnego wynagrodzenia podwykonawcom lub dalszym podwykonawcom, biorącym udział w realizacji odebranych robót przez podwykonawców oświadczeń o uzyskaniu całości należnego im wynagrodzenia oraz całkowitym zaspokojeniu roszczeń wynikających z umów Wykonawcy z podwykonawcami”

b) w § 4 ust. 11 wzoru umowy proponowana zmiana mogłaby brzmieć: „W przypadku powierzenia przez Wykonawcę wykonania robót podwykonawcy, Wykonawca jest zobowiązany do zapłaty należnego wynagrodzenia na rzecz podwykonawcy. Dla potwierdzenia dokonanej zapłaty Wykonawca przedłoży Zamawiającemu fakturę obejmującą wynagrodzenie za zakres wykonany przez podwykonawcę oraz dołączy dowody zapłaty wymagalnego wynagrodzenia podwykonawcom i dalszym podwykonawcom, biorącym udział w realizacji odebranych robót budowlanych. Dowodami mogą być w szczególności:

1) pisemne oświadczenia wszystkich podwykonawców, że wymagalne płatności na ich rzecz zostały dokonane,

2) pisemne oświadczenia Wykonawcy, że dokonał wszystkich wymagalnych płatności na rzecz podwykonawców oraz podwykonawców na rzecz dalszych podwykonawców,

3) potwierdzenia dokonania wszystkich wymagalnych płatności na rzecz podwykonawców oraz podwykonawców na rzecz dalszych podwykonawców.”

c) w § 4 ust. 12 wzoru umowy proponowana zmiana mogłaby brzmieć: „Zamawiający może powstrzymać się z zapłatą wynagrodzenia na rzecz Wykonawcy do czasu przedstawienia przez niego wszystkich dowodów potwierdzających zapłatę wymagalnego wynagrodzenia podwykonawcom lub dalszym podwykonawcom – w części równej sumie kwot wynikających z nieprzedstawionych dowodów zapłaty.”

5. W zakresie zarzutu dotyczącego rozszerzenia obowiązku zgłaszania do zatwierdzenia i pozyskania zgody na zawarcie umowy podwykonawczej na usługi: Odwołujący wnosi o dokonanie stosownych zmian w § 12 wzoru umowy poprzez doprowadzenie go do zgodności z przepisami art. 437 ust. 1 pkt. 1), 2), 3), 6) ustawy Pzp oraz art. 464 ustawy Pzp. W ocenie Wykonawcy zmiana powinna polegać w szczególności na wykreśleniu odniesień do umowy podwykonawczej na usługi w § 12 ust. 1, 5, 8, 9, 10, 11, 12 (w zakresie w jakim wymaga przedkładania umów w nim wskazanych przez podwykonawców zamówienia na usługi). § 12 ust. 12 wzoru umowy powinien w ocenie Odwołującego obejmować regulacje, zgodnie z którymi wykonawca, podwykonawca lub dalszy podwykonawca przedkłada zamawiającemu poświadczoną za zgodność z oryginałem kopię zawartej umowy, której

przedmiotem są dostawy lub usługi, w terminie 7 dni od dnia jej zawarcia, z wyłączeniem umów o podwykonawstwo o wartości mniejszej niż 0,5% wartości umowy w sprawie zamówienia publicznego. Wyłączenie, o którym mowa w zdaniu pierwszym, nie dotyczy umów o podwykonawstwo o wartości większej niż 50 000 złotych (zgodnie z art. 464 ust. 8 ustawy Pzp).

6. W zakresie zarzutu dotyczącego zbyt krótkiego terminu na wprowadzenie zmian do umowy o podwykonawstwo – wnosimy o dokonanie zmiany § 12 ust.14 wzoru umowy poprzez wydłużenie terminu do co najmniej 7 dni – postanowienie mogłoby brzmieć: „W przypadku, o którym mowa w ust. 12, jeżeli termin zapłaty wynagrodzenia jest dłuższy niż określony w ust. 6, Zamawiający poinformuje o tym Wykonawcę i wezwie go do doprowadzenia do zmiany tej umowy w określonym terminie, nie krótszym niż 7 dni dłuższym niż 3 dni robocze, pod rygorem wystąpienia o zapłatę kary umownej.

7. W zakresie zarzutu dotyczącego tzw. „bezusterkowego” odbioru: wnosimy o:

a) dokonanie zmiany w § 18 ust. 2 wzoru umowy poprzez wykreślenie odwołania do protokołu odbioru końcowego „bez uwag”, to jest nadanie ww. postanowieniu umowy następującego brzmienia: „Okres gwarancji jakości dla robót i usług wynosi miesięcy licząc od daty odebrania przez Zamawiającego przedmiotu zamówienia i podpisania (bez uwag) protokołu odbioru końcowego przedmiotu zamówienia”

b) dokonanie odpowiednich zmian w § 19 wzoru umowy poprzez ustalenie zasad odbioru, które pozwolą Zamawiającemu na odbiór przedmiotu umowy w przypadku występowania wad nieistotnych przedmiotu umowy, na przykład w następujący sposób:

§ 19 ust. 2 wzoru umowy: „Za dzień zakończenia wszystkich zobowiązań wynikających z umowy uważa się dzień, w którym podpisany zostanie Protokół odbioru końcowego bez zastrzeżeń”.

§ 19 ust. 3 wzoru umowy: „Jeżeli w trakcie odbioru zostaną stwierdzone nieistotne wady dające się usunąć to zostaną one wskazane w protokole odbioru końcowego, wraz z odpowiednim terminem na ich usunięcie, nie krótszym niż 14 dni. W przypadku jeśli w trakcie odbioru stwierdzone zostaną wady istotne, to jest takie które uniemożliwiają korzystanie z przedmiotu umowy, Zamawiający przerwie czynności odbioru i wyznaczy odpowiedni termin usunięcia wad nie krótszy niż 14 dni.”

§ 19 ust. 4 wzoru umowy: „O fakcie usunięcia wad istotnych Wykonawca zawiadomi pisemnie Zamawiającego żądając jednocześnie wyznaczenia terminu odbioru robót.”

§ 19 ust. 8 wzoru umowy: „W przypadku stwierdzenia podczas odbioru, wystąpienia wad nienadających się do usunięcia, Zamawiający może:

1) obniżyć odpowiednio wynagrodzenie na podstawie protokołu sporządzonego przez obie strony, jeżeli wady te nie uniemożliwiają użytkowania przedmiotu umowy,

2) w przypadku występowania wad istotnych - odstąpić od umowy lub jej niezrealizowanej części, albo żądać wykonania przedmiotu odbioru po raz drugi.”

8. W zakresie zarzutu dotyczącego kar umownych za opóźnienie: dokonanie zmiany w § 20 ust. 1 pkt. 1) wzoru umowy poprzez zmianę określenia „opóźnienia” na „zwłoki”, tj. „Wykonawca zapłaci Zamawiającemu kary umowne w przypadku:

1) zwłoki w wykonaniu przedmiotu umowy w wysokości 0,1% wynagrodzenia brutto określonego w § 2 ust. 1 umowy za każdy dzień zwłoki opóźnienia, licząc od umownego terminu jego wykonania”

9. W zakresie zarzutu dotyczącego braku wskazania wartości możliwego ograniczenia zakresu rzeczowego przedmiotu umowy: wnosimy o dokonanie zmiany § 4 ust. 13 wzoru umowy poprzez wprowadzenie stosownego limitu wyłączeń i nadanie mu na przykład następującego brzmienia: „W przypadku ograniczenia zakresu rzeczowego przedmiotu umowy, usługi/roboty niewykonane nie podlegają zapłacie, a wynagrodzenie zostanie stosownie pomniejszone. Zamawiający może ograniczyć zakres przedmiotu zamówienia o nie więcej niż 10% wartości przedmiotu umowy, przy czym o decyzji dotyczącej wyłączenia robót z zakresu Zamawiający musi powiadomić Wykonawcę z wyprzedzeniem co najmniej 30 dni, przed zaplanowanym w harmonogramie terminem ich wykonania”,

10. W zakresie zarzutu dotyczącego przedkładania dokumentów potwierdzających zatrudnienie na umowę o pracę: wnosimy o dokonanie zmiany § 11 ust. 4 in fine wzoru umowy poprzez wskazanie realnego, możliwego przez Wykonawcę do dotrzymania terminu na przedstawienie przez wykonawcę dokumentów w celu weryfikacji zatrudniania osób na podstawie umowy o pracę, tj. przewidzenie że „(...) Wykonawca na żądanie Zamawiającego przedmiotowe oświadczenia lub dokumenty przedkłada Zamawiającemu w ciągu 7 dni 2 dni roboczych.”

11. W zakresie zarzutu dotyczącego zabezpieczenia z tytułu rękojmi za wady: Odwołujący wnosi o dostosowanie wzoru umowy w jej § 17 do zgodności z przepisami ustawy Pzp, w szczególności poprzez:

a) w § 17 ust. 7 wzoru umowy wskazanie, że zabezpieczenie ma „(...) posiadać termin obowiązywania o 15 dni dwa miesiące dłuższy niż termin upływu okresu rękojmi za wady., z zastrzeżeniem ust. 10

b) wykreślenie § 17 ust. 10 wzoru umowy jako wymagania niezgodnego z przepisami prawa i wykraczającego poza uprawnienia Zamawiającego do swobodnego kształtowania postanowień umowy o zamówienie publiczne.

12. w zakresie zarzutu dot. waloryzacji: Odwołujący zwraca się o dokonanie zmiany w § 24 ust. 1 pkt 2 ppkt e) tiret szóste wzoru umowy poprzez ustalenie limitu waloryzacji na poziomie 10% wynagrodzenia brutto, to jest nadanie ww. postanowieniu umowy następującego brzmienia: „- maksymalna wartość waloryzacji wynagrodzenia nie może

przekroczyć 5%10% wartości wynagrodzenia brutto określonego w § 2 ust. 1 umowy z dnia jej zawarcia”.

13. w zakresie zarzutu dot. uznaniowego prawa do odstąpienia dla Zamawiającego od umowy, Odwołujący wnosi o zmianę wzoru umowy poprzez wykreślenie postanowienia § 21 ust. 5 wzoru umowy jako stanowiącego nadużycie prawa Zamawiającego do kształtowania warunków umowy o zamówienie publiczne, ewentualnie o zmianę brzmienia postanowienia w sposób, który zapewni że uwagi Zamawiającego do zachowania jakości robót dotyczyć będą wyłącznie wystąpienia wad istotnych, a prawo do odstąpienia od umowy obwarowane będzie koniecznością uprzedniego wezwania Wykonawcy do naprawienia naruszeń, w odpowiednim, to jest realnym i możliwym ze względów technologicznych do dotrzymania terminie. Przykładowo zmiany mogłyby wyglądać następująco: „Zamawiający może odstąpić od umowy w trybie natychmiastowym bez odszkodowania w przypadku jeśli przedmiot zamówienia jest obciążony wadami istotnymi nie zachowania przez Wykonawcę właściwej jakości robót. W takim przypadku Zamawiający wezwie Wykonawcę poprzez wpis do dziennika budowy lub w innej formie pisemnej do naprawienia naruszeń, udzielając mu dodatkowego, odpowiedniego terminu na naprawę naruszeń nie krótszego niż 14 dni zachowania właściwej jakości robót. W przypadku nie zastosowania się przez Wykonawcę w trybie natychmiastowym, lecz nie później niż w terminie 3 dni roboczych, do wezwania uwag Zamawiającego wówczas Zamawiającemu przysługuje prawo odstąpienia od umowy w trybie natychmiastowym z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy.”

Odwołanie zostało wniesione z zachowaniem ustawowego 10-dniowego terminu, w zakresie treści ogłoszenia i postanowień Specyfikacji Warunków Zamówienia zwanej dalej: „SWZ” z 02 sierpnia 2022 r.

Odwołujący uiszczył wpis od odwołania w wymaganej wysokości oraz przekazał kopię odwołania (e-mailem tego samego dnia, jak odwołanie) wraz z załącznikami Zamawiającemu.

Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej, wyznaczony do rozpoznania niniejszej sprawy odwoławczej ustalił i zważył, co następuje:

Zamawiający w dniu 16 sierpnia 2022 r. (za pomocą platformy zakupowej prowadzonego postępowania) wezwał wraz kopią odwołania, w trybie art. 524 NPzp, uczestników postępowania przetargowego do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym.

W dniu 19 sierpnia 2022 r. (wpływ do Prezesa KIO w wersji elektronicznej podpisane podpisem cyfrowym za pośrednictwem elektronicznej skrzynki podawczej - ePUAP) NDI S.A.

z siedzibą w Sopocie, ul. Powstańców Warszawy 19, 81-718 Sopot zwany dalej: „NDI S.A. z siedzibą w Sopocie” albo „Przystępującym” zgłosiło przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwoływającego wnosząc o uwzględnienie odwołania. Kopia zgłoszenia została przekazana Zamawiającemu oraz Odwoływającemu. Zgłoszone przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwoływającego zostało podpisane przez adwokata umocowanego na podstawie pełnomocnictwa z 18 sierpnia 2022 r. udzielonego przez pełnomocnika działającego na mocy pełnomocnictwa notarialnego z 11 sierpnia 2022 r. udzielonego z kolei przez P.Z. osobę ujawnioną i umocowaną do samodzielnej reprezentacji zgodnie zasadami reprezentacji wynikającym z załączonego do odwołania dokumentu rejestrowego. Zamawiający ani Odwoływający nie złożyli oświadczenia w przedmiocie zgłoszenia opozycji (w trybie art. 526 ust. 1 Pzp) przeciwko zgłoszonemu przystąpieniu innego wykonawcy. W konsekwencji Izba uznała skuteczność przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Odwoływającego: NDI S.A. z siedzibą w Sopocie.

W dniu 19 sierpnia 2022 r. (e-mailem podpisanym podpisem cyfrowym) Zamawiający poinformował Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, że uwzględnienia w całości zarzuty odwołania. Stwierdził, że: „(...) *Zamawiający na podstawie art. 522 ust 1. Ustawy Prawo zamówień publicznych uwzględnia w całości zarzuty przedstawione w odwołaniu.*

Zamawiający wnosi:

- *na podstawie art. 522 ust 1 ustawy Prawo zamówień publicznych o umorzenie postępowania odwoławczego,*
- *na podstawie § 9 ust 1 pkt 2 lit. a) Rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. poz. 2437) o zniesienie kosztów postępowania odwoławczego.*

Do postępowania odwoławczego nie przystąpił po stronie Zamawiającego żaden Wykonawca, w związku z powyższym Zamawiający wnosi o umorzenie postępowania odwoławczego i zniesienie kosztów postępowania odwoławczego. (...)

Odnosząc się do żądań Odwoływającego:

1. w zakresie zarzutu dotyczącego warunku udziału w postępowaniu:

Zamawiający dokona zmiany warunku udziału w postępowaniu dotyczącego zdolności technicznej lub zawodowej poprzez rozszerzenie warunku i umożliwienie Wykonawcom wykazanie się doświadczeniem w realizacji prac polegających na budowie, rozbudowie lub przebudowie nabrzeża przystaniowego w portach morskich lub rzecznych.

2. W zakresie zarzutu dotyczącego nierealnego terminu realizacji zamówienia :

Zamawiający dokona zmiany terminu realizacji zamówienia zgodnie z propozycją Wykonawcy, tj.: data rozpoczęcia:

zakres I zamówienia - data udzielenia zamówienia

zakres II zamówienia - data uzyskania prawomocnego pozwolenia na budowę

data zakończenia:

zakres I zamówienia - 16 miesięcy od daty udzielenia zamówienia,

zakres II zamówienia - 14 miesięcy od daty uzyskania prawomocnego pozwolenia na budowę.

Ponadto Zamawiający dokona uzupełnienia katalogu możliwych zmian umowy, zawartego w § 24 ust. 1 pkt. 1) projektu umowy poprzez dodanie postanowienia umożliwiającego zmianę umowy w przypadku zwłoki właściwych osób lub organów administracji w wydaniu pozwoleń, zezwoleń lub zgód oraz umożliwi zmianę terminu realizacji zamówienia w przypadku robót zamiennych.

3. w zakresie zarzutu dotyczący przerwienia na Wykonawcę ryzyka terminowego związanego z wprowadzeniem robót zamiennych:

Zamawiający dokona zmiany § 15 ust. 3. projektu umowy i przewidzi możliwość zmiany terminu realizacji zamówienia w przypadku robót zamiennych.

4. w zakresie zarzutu dotyczącego przedkładania oświadczeń podwykonawców oraz wstrzymywania płatności:

Zamawiający usunie zapisy dot. składania oświadczeń, o których mowa § 4 ust. 7. oraz § 4 ust. 11. projektu Umowy i dokona zmian w kwestionowanych zapisach projektu Umowy:

- zmiana w § 4 ust. 7. projektu Umowy:

„7. Rozliczenie robót z Wykonawcą nastąpi po przedłożeniu przez Wykonawcę dowodów potwierdzających zapłatę wymagalnego wynagrodzenia podwykonawcom lub dalszym podwykonawcom, biorącym udział w realizacji odebranych robót.”

- zmiana w § 4 ust. 11. projektu Umowy: „11. W przypadku powierzenia przez Wykonawcę wykonania robót podwykonawcy, Wykonawca jest zobowiązany do zapłaty należnego wynagrodzenia na rzecz podwykonawcy. Dla potwierdzenia dokonanej zapłaty Wykonawca przedłoży Zamawiającemu fakturę obejmującą wynagrodzenie za zakres wykonany przez podwykonawcę oraz dołączy dowody zapłaty wymagalnego wynagrodzenia podwykonawcom i dalszym podwykonawcom, biorącym udział w realizacji odebranych robót budowlanych.”

Zamawiający zmieni zapis w § 4 ust. 12. projektu Umowy dotyczący wstrzymania się z wypłatą należnego wynagrodzenia za odebrane roboty budowlane na: „Zamawiający może powstrzymać się z zapłatą wynagrodzenia na rzecz Wykonawcy do czasu przedstawienia przez niego wszystkich dowodów potwierdzających zapłatę wymagalnego wynagrodzenia podwykonawcom lub dalszym podwykonawcom – w części równej sumie kwot wynikających z nieprzedstawionych dowodów zapłaty.”

5. w zakresie zarzutu dotyczącego rozszerzenia obowiązku zgłaszania do zatwierdzenia i pozyskania zgody na zawarcie umowy podwykonawczej na usługi:

Zamawiający dokona stosownych zmian w § 12 projektu Umowy poprzez doprowadzenie go do zgodności z przepisami art. 437 ust.1 pkt. 1), 2), 3), 6) ustawy Prawo zamówień publicznych oraz art. 464 ustawy Prawo zamówień publicznych, w szczególności usunie z projektu Umowy odniesienia do umowy podwykonawczej na usługi w § 12 ust. 1., 5., 8.- 12. (w zakresie w jakim wymaga przedkładania umów w nim wskazanych przez podwykonawców zamówienia na usługi).

6. w zakresie zarzutu dotyczącego zbyt krótkiego terminu na wprowadzenie zmian do umowy o podwykonawstwo:

Zamawiający wydłuży termin na wprowadzenie zmian do umowy o podwykonawstwo, o którym mowa § 12 ust. 14. projektu Umowy do co najmniej 7 dni.

7. w zakresie zarzutu dotyczącego tzw. „bezusterkowego” odbioru:

Zamawiający dokona zmiany w § 18 ust. 2. projektu Umowy poprzez wykreślenie odwołania do protokołu odbioru końcowego „bez uwag”.

Zamawiający dokona również zmian w § 19 projektu Umowy poprzez ustalenie zasad odbioru, które pozwolą Zamawiającemu na odbiór przedmiotu umowy w przypadku występowania wad nieistotnych przedmiotu umowy.

8. w zakresie zarzutu dotyczącego kar umownych za opóźnienie:

Zamawiający dokona zmiany § 20 ust. 1. pkt. 1) projektu umowy poprzez zmianę określenia „opóźnienia” na „zwłoki”.

9. w zakresie zarzutu dotyczącego braku wskazania wartości możliwego ograniczenia zakresu rzeczowego przedmiotu umowy:

Zamawiający dokona zmiany § 4 ust. 13. projektu umowy poprzez wskazanie minimalnej wartości lub wielkości świadczenia stron.

10. w zakresie zarzutu dotyczącego przedkładania dokumentów potwierdzających zatrudnienie na umowę o pracę:

Zamawiający przedłuży termin na przedłożenie oświadczeń lub dokumentów przez Wykonawcę w celu weryfikacji zatrudniania osób na podstawie umowy o pracę, o którym mowa § 11 ust. 4. projektu Umowy z 2 dni roboczych na 7 dni.

11. w zakresie zarzutu dotyczącego zabezpieczenia z tytułu rękojmi za wady:

Zamawiający dokona zmian w zakresie zabezpieczenia z tytułu rękojmi za wady poprzez:

a) wskazanie w § 17 ust. 7. projektu Umowy, że zabezpieczenie ma „(...) posiadać termin obowiązywania o 15 dni dłuższy niż termin upływu okresu rękojmi za wady. (...)”

b) usunięcie § 17 ust. 10. projektu Umowy.

12. w zakresie zarzutu dot. waloryzacji:

Zamawiający dokonana zmiany w § 24 ust. 1 pkt 2 ppkt e) tiret szóste projektu Umowy poprzez ustalenie limitu waloryzacji na poziomie 10% wynagrodzenia brutto.

13. w zakresie zarzutu dot. uznaniowego prawa do odstąpienia dla Zamawiającego od umowy:

Zamawiający dokona zmiany § 21 ust. 5. projektu Umowy w sposób by odstąpienie od umowy było oceniane przez pryzmat art. 647 Kodeksu cywilnego. Ponadto Zamawiający zgodnie z wnioskiem

Odwołującego przedłuży termin na naprawę naruszeń. Zamawiający § 21 ust. 5. projektu Umowy zmieni w sposób następujący: „Zamawiający może odstąpić od umowy w trybie natychmiastowym bez odszkodowania w przypadku jeśli przedmiot zamówienia nie jest wykonywany zgodnie z projektem i z zasadami wiedzy technicznej. W takim przypadku Zamawiający wezwie Wykonawcę poprzez wpis do dziennika budowy lub w innej formie pisemnej do naprawienia naruszeń, udzielając mu dodatkowego, odpowiedniego terminu na naprawę naruszeń nie krótszego niż 14 dni.

W przypadku nie zastosowania się przez Wykonawcę do wezwania Zamawiającego wówczas Zamawiającemu przysługuje prawo odstąpienia od umowy w trybie natychmiastowym z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy.” (...). Odpowiedź została podpisana przez Prezydenta Miasta Elbląga.

Mając na uwadze powyższe, Izba zważyła co następuje.

Izba zważyła, że wobec uwzględnienia przez Zamawiającego w całości zarzutów podniesionych w odwołaniu i braku zgłoszenia przystąpień po stronie Zamawiającego postępowanie odwoławcze należało umorzyć na podstawie art. 522 ust. 1 Pzp. Przepis ten stanowi w zdaniu pierwszym, że w przypadku uwzględnienia przez Zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu Izba może umorzyć postępowanie odwoławcze na posiedzeniu niejawnym bez obecności stron oraz uczestników postępowania odwoławczego, którzy przystąpili do postępowania po stronie wykonawcy, pod warunkiem że w postępowaniu odwoławczym po stronie Zamawiającego nie przystąpił w terminie żaden wykonawca. Zgodnie z art. 522 ust. 1 *in fine* Pzp, w przypadku uwzględnienia przez Zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu, Zamawiający wykonuje, powtarza lub unieważnia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu.

W tym stanie rzeczy Izba na podstawie art. 522 ust. 1 Pzp umorzyła postępowanie odwoławcze, orzekając w formie postanowienia na podstawie art. 553 zd. 2 Pzp.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 574 i 575 Pzp oraz § 9 ust. 1 pkt 2 lit a rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 roku w sprawie

szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczenia oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020r., poz. 2437 ze zmianami), z którego wynika, że jeżeli zamawiający uwzględnił w całości zarzuty przedstawione w odwołaniu przed otwarciem rozprawy, a do postępowania odwoławczego nie przystąpił żaden wykonawca po stronie zamawiającego, Izba orzeka o dokonaniu zwrotu odwołującemu z rachunku Urzędu kwoty uiszczonej tytułem wpisu od odwołania. Izba z uwagi na brak podstawy prawnej nie mogła zasądzić kosztów opłaty skarbowej poniesionych przez Odwołującego.

Przewodniczący:

.....