

Sygn. akt: KIO 2219/17, KIO 2228/17, KIO 2232/17, KIO 2234/17

**WYROK**  
z dnia 30 listopada 2017 r.

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący:** Anna Wojciechowska  
**Członkowie:** Paweł Trojan  
Agnieszka Trojanowska  
**Protokolant:** Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniach 2, 14 i 22 listopada 2017 r. w Warszawie odwołań skierowanych w drodze zarządzenia Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do łącznego rozpoznania, wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej:

- A. w dniu 23 października 2017 r. przez wykonawcę **BUDIMEX S.A. z siedzibą w Warszawie, ul. Stawki 40,**
- B. w dniu 23 października 2017 r. przez wykonawcę **Mostostal Warszawa S.A. z siedzibą w Warszawie, ul. Konstruktorska 12A,**
- C. w dniu 23 października 2017 r. przez wykonawcę **IDS-BUD S.A. z siedzibą w Warszawie, ul. Grzybowska 87,**
- D. w dniu 23 października 2017 r. przez wykonawcę **Warbud S.A. z siedzibą w Warszawie, ul. Domaniewska 32**

w postępowaniu prowadzonym przez **zamawiającego Muzeum Historii Polski w Warszawie, ul. Mokotowska 33/35**

przy udziale wykonawcy **HOCHTIEF Polska S.A. z siedzibą w Warszawie, ul. Elbląska 14,** zgłaszającego swoje przystąpienie w sprawie o sygn. akt KIO 2219/17 po stronie odwołującego,

przy udziale wykonawcy **IDS-BUD S.A. z siedzibą w Warszawie, ul. Grzybowska 87,** zgłaszającego swoje przystąpienie w sprawie o sygn. akt KIO 2219/17 oraz o sygn. akt KIO 2234/17 po stronie odwołującego,

przy udziale wykonawcy **Warbud S.A. z siedzibą w Warszawie, ul. Domaniewska 32,** zgłaszającego swoje przystąpienie w sprawie o sygn. akt KIO 2228/17 oraz o sygn. akt KIO

**orzeka:**

**1. Umarza postępowanie odwoławcze w zakresie:**

- 1.1. zarzutów zawartych w pkt 2, 3, 4, 6, 8, 9 (żądanie 9.3.), 10 (żądania: 10.1., 10.7., 10.8., 10.9., 10.10., 10.13., oraz 10.18.) odwołania BUDIMEX S.A. z siedzibą w Warszawie, ul. Stawki 40;
- 1.2. zarzutu zawartego w pkt III.1. odwołania Warbud S.A. z siedzibą w Warszawie, ul. Domaniewska 32;

**2. Uwzględnia wszystkie cztery odwołania i nakazuje zamawiającemu:**

- 2.1. dokonanie zmian w treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ):
  - A. modyfikację warunku dotyczącego zdolności technicznej lub zawodowej z pkt VI.2.2.1. SIWZ poprzez wymaganie, że wykonawca wykaże się doświadczeniem w wykonaniu co najmniej jednej (bądź więcej) roboty budowlanej, polegającej na budowie budynku z wyspecyfikowaniem elementów charakterystycznych dla przedmiotowej inwestycji, jak specjalne rozwiązania architektoniczne i technologiczne, bez wskazywania wartości tej roboty budowlanej czy klasy budynku według PKOB;
  - B. modyfikację warunku dotyczącego zdolności technicznej lub zawodowej z pkt VI.2.2.2. lit. a) tiret pierwszy SIWZ poprzez wymaganie, że wykonawca musi dysponować osobą przewidzianą do pełnienia funkcji Kierownika Budowy posiadającą co najmniej 8-letnie doświadczenie zawodowe w nadzorowaniu robót budowlanych w swojej specjalności, w tym pełniącą funkcję (nieprzerwanie od daty rozpoczęcia budowy do dnia zakończenia budowy) Kierownika Budowy przy budowie jednego budynku z wyspecyfikowaniem elementów charakterystycznych dla przedmiotowej inwestycji, jak specjalne rozwiązania architektoniczne i technologiczne, bez wskazywania wartości tej roboty budowlanej czy klasy budynku według PKOB;
  - C. modyfikację warunku dotyczącego zdolności technicznej lub zawodowej z pkt VI.2.2.2. lit. a) i b) SIWZ poprzez wymaganie, aby wykonawca dysponował wyłącznie jedną osobą z uprawnieniami budowlanymi, która przez co najmniej 18 miesięcy brała udział w robotach budowlanych prowadzonych przy zabytkach nieruchomości wpisanych do rejestru lub inwentarza muzeum będącego instytucją kultury i przypisanie tego warunku Kierownikowi robót w branży konstrukcyjno – budowlanej oraz

w konsekwencji wykreślenie pkt VI.2.2.2. lit. a) tiret drugi SIWZ dotyczącego doświadczenia Kierownika Budowy, że przez co najmniej 18 miesięcy brał udział w robotach budowlanych prowadzonych przy zabytkach nieruchomych wpisanych do rejestru lub inwentarza muzeum będącego instytucją kultury, a także wykreślenie tego warunku w pkt VI.2.2.2. lit. b) pkt 3 Tabeli SIWZ dotyczącym doświadczenia Kierownika robót w branży drogowej

oraz nakazuje uwzględnienie konsekwencji powyższych zmian w treści ogłoszenia o zamówieniu i SIWZ wraz z załącznikami;

- 2.2. dokonanie zmian w treści załącznika nr 3 do SIWZ (wzorzec umowy):
- A. modyfikację klauzuli 33.4.2. wzoru umowy poprzez wprowadzenie postanowień, że zmiany dokonywane z inicjatywy jednej ze Stron (w szczególności zmiany z klauzuli 15.4. wzoru umowy) będą możliwe wyłącznie za zgodą obu Stron oraz doprecyzowanie warunków takich zmian, w tym sposobu zmiany wynagrodzenia wykonawcy;
  - B. wykreślenie z klauzuli 2.2.1. wzoru umowy zapisu: „Wykonawca zapewni także odpowiednie wykonanie wszelkich innych czynności (choćby nie były one wskazane w treści Umowy), które nie stanowią części Robót Budowlanych, ale będą niezbędne do ich należytej i terminowej realizacji”;
  - C. modyfikację klauzuli 1.4.4. wzoru umowy i nadanie mu następującego brzmienia: „przed podpisaniem Umowy zapoznał się z projektami budowlanymi, projektami wykonawczymi, specyfikacjami technicznymi wykonania i odbioru robót budowlanych, decyzjami administracyjnymi oraz pozostałymi załącznikami do Umowy i przyjętymi w nich rozwiązaniami”;
  - D. modyfikację klauzuli 2.8.9. wzoru umowy poprzez określenie uproszczonej procedury wejścia na Teren Budowy w sytuacjach nadzwyczajnych np. konieczności niezwłocznego wejścia na Teren Budowy odpowiednich służb, właściwych organów państwowych, obsługi geodezyjnej czy osób związanych z nadzorem saperskim, konserwatorskim, archeologicznym, geologicznym, akustycznym;
  - E. w klauzulach 21.1.1. – 21.1.4. wzoru umowy poprzez dokonanie miarkowania kar umownych, obniżenia ich do wysokości zapewniającej rzeczywistą funkcję kar umownych;
  - F. wykreślenie klauzuli 21.1.5. wzoru umowy;
  - G. modyfikację klauzuli 21.1.7. wzoru umowy poprzez ustalenie kary umownej za odstąpienie Zamawiającego od Umowy w wysokości 15 (piętnastu)

procent Wynagrodzenia (netto) za niezrealizowany zakres Umowy;

- H. modyfikację klauzuli 21.1.17. wzoru umowy i nadanie jej następującego brzmienia: „za zawinione przerwanie realizacji robót przez Wykonawcę trwające powyżej 3 dni w wysokości 0,01 % Wynagrodzenia brutto, za każdy kolejny rozpoczęty dzień przerwy w wykonywaniu robót”;
- I. modyfikację klauzuli 21.3. wzoru umowy poprzez obniżenie jej wysokości do 20 % całości Wynagrodzenia (netto);
- J. wykreślenie klauzuli 3.1.3. wzoru umowy;

**3. Pozostałe zarzuty odwołań w sprawach KIO 2219/17 i KIO 2228/17 uznaje za niezasadne;**

**4. Kosztami postępowania obciąża zamawiającego Muzeum Historii Polski w Warszawie, ul. Mokotowska 33/35 i**

4.1. Zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **80 000 zł 00 gr** (słownie: osiemdziesiąt tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołujących się, w tym:

A. kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **BUDIMEX S.A. z siedzibą w Warszawie, ul. Stawki 40,**

B. kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Mostostal Warszawa S.A. z siedzibą w Warszawie, ul. Konstruktorska 12,**

C. kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **IDS-BUD S.A. z siedzibą w Warszawie, ul. Grzybowska 87,**

D. kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Warbud S.A. z siedzibą w Warszawie, ul. Domaniewska 32;**

4.2. Zasądza od zamawiającego **Muzeum Historii Polski w Warszawie, ul. Mokotowska 33/35** na rzecz odwołujących się kwotę **83 600 zł 00 gr** (słownie: osiemdziesiąt trzy tysiące sześćset złotych zero groszy), w tym:

A. kwotę **23 600 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) na rzecz wykonawcy **BUDIMEX S.A. z siedzibą w Warszawie, ul. Stawki 40,** stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika;

B. kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy)

na rzecz wykonawcy **Mostostal Warszawa S.A. z siedzibą w Warszawie, ul. Konstruktorska 12A**, stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania;

C. kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) na rzecz wykonawcy **IDS-BUD S.A. z siedzibą w Warszawie, ul. Grzybowska 87**, stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania;

D. kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) na rzecz wykonawcy **Warbud S.A. z siedzibą w Warszawie, ul. Domaniewska 32**, stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2017 r., poz. 1579) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

**Przewodniczący:** .....

**Członkowie:** .....

.....

### **Uzasadnienie**

Zamawiający – Muzeum Historii Polski w Warszawie, ul. Mokotowska 33/35 – prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na *wykonanie robót budowlanych związanych z realizacją zadania inwestycyjnego pt. „Budowa Muzeum Historii Polski w Warszawie”*. Postępowanie zostało wszczęte ogłoszeniem opublikowanym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 11 października 2017 r. za numerem 2017/S 195-401593. Szacunkowa wartość zamówienia, którego przedmiotem są roboty budowlane, jest wyższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2017 r., poz. 1579, zwanej dalej „ustawą pzp”).

W dniu 11 października 2017 r. Zamawiający opublikował na swojej stronie internetowej ogłoszenie o zamówieniu oraz specyfikację istotnych warunków zamówienia wraz z załącznikami na wykonanie robót budowlanych związanych z budową Muzeum Historii Polski w Warszawie.

#### KIO 2219/17

W dniu 23 października 2017 r. odwołanie wniósł wykonawca BUDIMEX S.A. z siedzibą w Warszawie, ul. Stawki 40 – dalej Odwołujący. Odwołanie zostało podpisane przez pełnomocnika działającego na podstawie pełnomocnictwa z dnia 22 grudnia 2016 r. udzielonego przez prezesa zarządu ujawnionego w KRS i uprawnionego do jednoosobowej reprezentacji. Kopia odwołania została przekazana Zamawiającemu w dniu 23 października 2017 r. w formie pisemnej.

Odwołujący wniósł odwołanie wobec zapisów Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego na wykonanie robót budowlanych związanych z: realizacją zadania inwestycyjnego pn. „Budowa Muzeum Historii Polski w Warszawie”.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1) art. 9a ust. 2 w zw. z art. 7 ust 1 w zw. z art. 139 ust. 1 ustawy pzp w zw. z art. 353<sup>1</sup> ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. kodeks cywilny (Dz.U. z 2017 r. poz. 459 ze zm.) dalej k.c. poprzez ustalenie terminu składania ofert w sposób niezgodny z przepisami prawa, tj. bez jego wydłużenia, ponad minimalny termin składania ofert określony w przepisie art. 43 ustawy pzp, z uwzględnieniem czasu niezbędnego do odbycia przez wykonawcę wizji lokalnej i zapoznania się z informacjami koniecznymi do przygotowania oferty, co stanowi naruszenie konkurencji (dotyczy pkt III, 12 SIWZ oraz klauzuli 3.2. oraz klauzuli 1.4.4 wzoru umowy);

2) art. 25 ust. 1 pkt. 2 ustawy pzp w zw. z § 13 rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia, poprzez zobowiązanie wykonawców do złożenia dokumentów zbędnych do przeprowadzenia postępowania - kosztorysu ofertowego (dotyczy postanowień pkt XIV SIWZ oraz klauzuli 19 wzoru umowy);

3) art. 36b ust. 2 ustawy pzp przez uzależnienie zmiany podmiotu, na którego zasoby wykonawca powoływał się od uzyskania uprzedniej zgody Zamawiającego, w sytuacji, w której przepis wymaga jedynie, aby wykonawca wykazał zamawiającemu, że proponowany inny podwykonawca spełnia warunki udziału w postępowaniu w stopniu nie mniejszym niż podwykonawca, na zasoby którego powoływał się w trakcie postępowania o udzielenie zamówienia oraz dopuszczenie zamiany jedynie na innego podwykonawcę, podczas gdy przepis dopuszcza wykazanie spełnienia warunku samodzielnie przez wykonawcę (dotyczy klauzuli 1.4.2 wzoru umowy);

4) art. 36b ust. 1a ustawy pzp, poprzez nałożenie na wykonawcę obowiązku przedstawienia wykazu podwykonawców przed przystąpieniem do wykonania zamówienia, bez wskazania, że lista ta ma uwzględniać podwykonawców znanych wykonawcy przed przystąpieniem do realizacji zamówienia (dotyczy klauzuli 16,26 wzoru umowy);

5) art. 142 ust. 5 ustawy pzp, poprzez wskazanie, że wzrost lub zmniejszenie średnich stawek wynagrodzenia pracowników w trakcie realizacji umowy w stosunku do cen obowiązujących w dniu zawarcia umowy nie będzie stanowić podstawy do wzrostu lub zmniejszenia wynagrodzenia, co jest wprost sprzeczne z brzmieniem przepisu (dotyczy klauzuli 14.3. wzoru umowy);

6) art. 150 ust. 2 w zw. z art. 147 ust. 1 i 2 ustawy pzp, poprzez zobowiązanie wykonawcy do wniesienia zabezpieczenia należytego wykonania w wysokości przekraczającej ustawowe limity (dotyczy klauzuli 23.5.4. wzoru umowy);

7) art. 144 ust. 1 ustawy pzp w zw. z art. 139 ust. 1 ustawy pzp w zw. z art. 58 § 1 k.c. i art. 353<sup>1</sup> k.c., przez przyznanie Zamawiającemu prawa do dokonania jednostronnej zmiany umowy oraz brak określenia w postaci jednoznacznych postanowień możliwości, zakresu i warunków wprowadzenia zmiany (dotyczy klauzuli 33.4.2 oraz klauzuli 15.4. wzoru umowy);

8) art. 22a ust. 5 ustawy pzp, poprzez obciążenie wykonawcy i podmiotu, o którym mowa w przepisie, odpowiedzialnością solidarną za wykonanie przedmiotu umowy w szczególności sposób, w sytuacji, w której z przepisu wynika, iż ponoszą oni odpowiedzialność solidarną, ale jedynie za szkodę poniesioną przez zamawiającego wskutek nieudostępnienia zasobów, nie zaś przez zapłatę (dotyczy klauzuli 1.4.4 wzoru umowy);

9) art. 29 ust. 1 oraz art. 31 ust. 1 ustawy pzp, poprzez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia na roboty budowlane w sposób sprzeczny z wymogami ustawy, w tym zwłaszcza w sposób niejednoznaczny i niewyczerpujący, a mianowicie poprzez obciążenie wykonawcy obowiązkiem wykonania innych czynności - choćby nie były one wskazane w treści Umowy, które nie stanowią części robót budowlanych, ale będą niezbędne do ich należytej i terminowej realizacji (dotyczy klauzuli 22.1. wzoru umowy, klauzuli 1.4.4 wzoru umowy, pkt III 17 SIWZ);

10) art. 29 ust. 1 i ust 2 ustawy pzp w zw. z art. 7 ust 1 ustawy pzp przez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób, który może utrudniać uczciwą konkurencję, stanowi o sprzeczności z zasadą proporcjonalności, jak też nieprecyzyjny i niejednoznaczny, jak też art. 14 ustawy pzp i art. 139 ust 2 ustawy pzp w związku z art. 353<sup>1</sup> i art. 647 k.c. oraz innych przepisów Kodeksu cywilnego przywołanych w treści uzasadnienia przy poszczególnych zarzutach (w tym art. 484 § 2 w zw. z art. 483 i 476 k.c. ze względu na zastrzeżenie kar umownych rażąco wygórowanych) przez narzucenie niezgodnych z prawem i nieproporcjonalnych warunków umowy (dotyczy klauzuli 2.4.3., 2.6.8, 2.6.9., 2.6.10 wzoru umowy, klauzuli 2.8.5. wzoru umowy, klauzuli 2.8.9. wzoru umowy, klauzuli 2.8.14. wzoru umowy, klauzul 3.5.2.-3.5.5. wzoru umowy, klauzuli 3.6.2 (v) wzoru umowy, klauzuli 3.9.4. wzoru umowy, klauzuli 4.2.2 wzoru umowy, klauzuli 6.2.2. wzoru umowy, klauzuli 6.2.4, 6.2.5, 6.2.6. wzoru umowy, klauzuli 15.8.2., 15.8.8. i 15.8.9. wzoru umowy, klauzuli 12.6.2 wzoru umowy, klauzuli 16.8 oraz 16.10 wzoru umowy, klauzuli 19.3. wzoru umowy, klauzuli 21 wzoru umowy, klauzuli 22.4.4. wzoru umowy, pkt 14 SIWZ oraz klauzuli 24 wzoru umowy, klauzuli 27.1.1. (i) oraz (v) wzoru umowy, klauzuli 32.4 wzoru umowy);

Wskazując na powyższe Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu modyfikacji treści SIWZ, w tym wzoru umowy w następujący sposób:

1. zgłosił żądanie przedłużenia terminu składania ofert do dnia 18 grudnia 2017 r.;
2. zgłosił żądanie wykreślenia postanowienia pkt XIV.1. SIWZ w zakresie dotyczącym obowiązku złożenia kosztorysu ofertowego oraz dostosowanie pozostałych postanowień odpowiednio pkt XIV tj. określenie sposobu obliczenia ceny na podstawie dokumentacji przedłożonej przez Zamawiającego z możliwością obliczenia kosztorysowego - jednak bez takiego obowiązku;
3. wobec tego, że klauzula 1.4.2 wzoru umowy jest zdaniem Odwołującego wprost niezgodna z ustawą pzp, zgłosił żądanie jej wykreślenia, bo kwestię w niej regulowaną wystarczająco określają przepisy bezwzględnie obowiązujące, bądź też zmianę tej klauzuli w sposób zgodny z przepisem art, 36b ust 2 ustawy pzp;
4. zgłosił żądanie wykreślenia pkt. 16.26 wzoru umowy, ewentualnie jego przereformowania i dostosowania do brzmienia przepisu art. 36b ust. 1a ustawy pzp, tak by wykonawca mógł

zgłaszać podwykonawców w trakcie wykonywania robót budowlanych - w miarę postępu prac oraz potrzeb;

5. zgłosił żądanie wykreślenia klauzuli 14.3. wzoru umowy;

6. zgłosił żądanie wykreślenia klauzuli 23.5.4. wzoru umowy;

7. zgłosił żądanie wykreślenia tiretu pierwszego z klauzuli 33.4.2, oraz zmiany klauzuli 15.4. w następujący sposób:

„15.4 Zmiany Umowy.

15.4.1. Postanowienie ogólne

Strony dopuszczają możliwość zmiany umowy w okolicznościach określonych w klauzuli 15. Każda zmiana Umowy wymaga podpisania Aneksu do Umowy w formie pisemnej pod rygorem nieważności. Każda ze Stron może wystąpić do drugiej Strony z wnioskiem o zmianę Umowy stosując się do postanowień określonych poniżej.

15.4.2. Okoliczności zmiany.

Strony dopuszczają następujące zmiany Umowy:

15.4.2.1. Zmiana terminu realizacji przedmiotu umowy

1) zmiany spowodowane warunkami atmosferycznymi, w szczególności:

a) klęski żywiołowe;

b) warunki atmosferyczne uniemożliwiające prowadzenie robót budowlanych, w tym przeprowadzanie prób i sprawdzeń, dokonywanie odbiorów, trwające ciągle przez okres dłuższy niż 5 dni, takie jak niestandardowe opady deszczu, śniegu, zaleganie pokrywy śnieżnej, itp;

2) zmiany spowodowane warunkami geologicznymi, terenowymi, archeologicznymi, wodnymi itp., w szczególności:

a) odmienne od przyjętych w dokumentacji projektowej warunki geologiczne (kategorie gruntu, skał, itp.);

b) odmienne od przyjętych w dokumentacji projektowej warunki terenowe, w szczególności istnienie podziemnych urządzeń, instalacji lub obiektów infrastrukturalnych,

c) niewypały i niewybuchy, zagrożenie tąpnięciami, wybuchem;

d) wykopaliska archeologiczne, szkody górnicze, nie przewidywane w Umowie;

3) zmiany będące następstwem okoliczności leżących po stronie Zamawiającego, w szczególności:

- a) wstrzymanie realizacji umowy przez Zamawiającego;
- b) konieczność usunięcia błędów lub wprowadzenia zmian w dokumentacji projektowej lub dokumentacji technicznej urządzeń;

4) zmiany będące następstwem działania organów administracji, w szczególności:

- a) przekroczenie określonych przez prawo terminów wydawania przez organy administracji decyzji, zezwoleń, itp.;
- b) odmowa wydania przez organy administracji wymaganych decyzji, zezwoleń, uzgodnień na skutek błędów w dokumentacji projektowej;
- c) konieczność uzyskania wyroku sądowego, lub innego orzeczenia sądu lub organu, którego konieczności nie przewidywano przy zawieraniu umowy;
- d) konieczność zaspokojenia roszczeń lub oczekiwań osób trzecich - w tym grup społecznych lub zawodowych nieartykułowanych lub niemożliwych do jednoznacznego określenia w chwili zawierania umowy;

5) skrócenie terminu realizacji zamówienia w stosunku do przedstawionego w ofercie, wraz ze zwiększeniem wynagrodzenia przysługującego wykonawcy o kwotę równą 5 % ceny podanej w ofercie za każdy tydzień skrócenia ww. terminu;

6) w przypadku wystąpienia którejkolwiek z okoliczności wymienionych w pkt 1-5 termin wykonania umowy może ulec odpowiedniemu przedłużeniu, o czas niezbędny do zakończenia wykonywania jej przedmiotu w sposób należyty, nie dłużej jednak niż o okres trwania tych okoliczności;

7) przypadku wystąpienia okoliczności, o których mowa w pkt 1-5 Zamawiający dopuszcza możliwość zapłaty Wykonawcy dodatkowego wynagrodzenia z tytułu wstrzymania możliwości wykonywania umowy, obliczone wg stawki dziennej wynoszącej 100 000 zł, o ile opóźnienie w wykonaniu umowy jest wyłącznym następstwem okoliczności, za które Wykonawca nie ponosi odpowiedzialności;

15.4.2.2. Zmiany w zakresie sposobu spełnienia świadczenia.

1) w przypadku wystąpienia którejkolwiek z okoliczności wskazanych poniżej możliwe jest wprowadzenie zmiany do Umowy:

a) niedostępność na rynku materiałów lub urządzeń wskazanych w ofercie, dokumentacji projektowej lub technicznej spowodowana zaprzestaniem produkcji lub wycofaniem z rynku tych materiałów lub urządzeń;

b) pojawienie się na rynku, części, materiałów lub urządzeń nowszej generacji pozwalających na zaoszczędzenie kosztów realizacji przedmiotu umowy lub kosztów eksploatacji wykonanego przedmiotu umowy;

c) pojawienie się nowszej technologii wykonania przedmiotu zamówienia pozwalającej na zaoszczędzenie czasu realizacji zamówienia lub jego kosztów, jak również kosztów eksploatacji wykonanego przedmiotu umowy;

d) konieczność zrealizowania projektu przy zastosowaniu innych rozwiązań technicznych/technologicznych niż wskazane w ofercie, dokumentacji projektowej lub technicznej w sytuacji, gdyby zastosowanie przewidzianych rozwiązań groziło niewykonaniem lub wadliwym wykonaniem projektu,

e) odmienne od przyjętych w dokumentacji projektowej warunki geologiczne (kategorie gruntu, kurzawka, itp.) skutkujące niemożliwością zrealizowania przedmiotu umowy przy dotychczasowych założeniach technologicznych;

f) odmienne od przyjętych w ofercie, dokumentacji projektowej lub technicznej warunki terenowe, geologiczne, wodne odmienne poziomy zagrożenia dla bezpieczeństwa pracy, w szczególności inna budowa geologiczna skał, występowanie gazów, istnienie podziemnych urządzeń, instalacji lub obiektów infrastrukturalnych;

g) konieczność zrealizowania projektu przy zastosowaniu innych rozwiązań technicznych lub materiałowych ze względu na zmiany obowiązującego prawa;

h) konieczność zaspokojenia roszczeń lub oczekiwań osób trzecich - w tym grup społecznych lub zawodowych nieartykułowanych lub niemożliwych do jednoznacznego określenia w chwili zawierania umowy;

2) zmiany, o których mowa w pkt 1 lit. a) mogą być podstawą zwiększenia wynagrodzenia wyłącznie w przypadku, w którym wykonawca udowodni, iż ceny materiałów lub urządzeń zastępujących wycofane z produkcji lub rynku są wyższe od proponowanych w ofercie o co najmniej 2%, Wzrost wynagrodzenia może zostać wówczas ustalony o nie więcej niż różnica pomiędzy kosztami wyliczonymi dla nowych rozwiązań a odpowiednią wyceną w Załączniku nr 14 do Umowy;

3) zmiany, o których mowa w pkt 1 lit. b) lub c) nie mogą stanowić podstawy zwiększenia wynagrodzenia, z zastrzeżeniem postanowień zdania następnego, Wynagrodzenie Wykonawcy może ulec podwyższeniu o kwotę stanowiącą równowartość kosztów

poniesionych w związku z wprowadzeniem zmian, o których mowa w lit. b) lub c), jeżeli w okresie gwarancji, oszczędności w kosztach eksploatacji przedmiotu umowy, uzyskane na skutek wprowadzenia tych zmian, przewyższą kwotę tej podwyżki. Wynagrodzenie w tej części (podwyżka) będzie wypłacone dopiero po okresie gwarancji;

4) zmiany, o których mowa w pkt 1 lit. d), e), f), h) mogą stanowić podstawę do zwiększenia wynagrodzenia Wykonawcy o kwotę stanowiącą równowartość kosztów poniesionych w związku z wprowadzeniem zmian;

5) zmiany wskazywane w lit. g) będą wprowadzane wyłącznie w zakresie umożliwiającym oddanie przedmiotu umowy do użytkowania, a Zamawiający może ponieść ryzyko zwiększenia wynagrodzenia z tytułu takich zmian wyłącznie w kwocie równej zwiększonym z tego powodu kosztom;

6) jeśli wykonywanie zamówienia ze względu na okoliczności wskazane w lit. h) będzie powodować poniesienie dodatkowych kosztów, wynagrodzenie z tytułu umowy może zostać zwiększone maksymalnie o wysokość tych kosztów;

7) każda ze wskazywanych w lit. a)-h) zmian może być powiązana z obniżeniem wynagrodzenia.

#### 15.4.2.3. Zmiana osób.

Zmiana osób, które były przez Wykonawcę wskazywane w ofercie na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu jest możliwa o ile Wykonawca przedstawi do realizacji zamówienia inne osoby legitymujące się uprawnieniami i doświadczeniem spełniającymi wymóg SIWZ.

#### 15.4.3 Procedura wprowadzania zmian

1) Wykonawca może zwrócić się do Zamawiającego z propozycją zmian Umowy;

2) wraz z propozycją zmiany Wykonawca przedstawi następujące dane:

- a) wskazanie okoliczności, na podstawie których zmiana będzie wprowadzona;
- b) określenie wpływu zmiany na wykonanie Harmonogramu;
- c) określenie wpływu zmiany na realizację Robót Budowlanych oraz na parametry techniczne Obiektów, a w razie potrzeby również ich eksploatacji;
- d) określenie wpływu na Wynagrodzenie wykonawcy.

3) w terminie 10 dni od otrzymania wniosku Wykonawcy, Zamawiający prześle decyzję o przystąpieniu do procedury zmiany Umowy;

4) Zamawiający może zwrócić się do Wykonawcy z propozycją zmian Umowy;

5) wraz z propozycją Zamawiający przedstawi następujące dane

- a) wskazanie okoliczności, na podstawie których zmiana będzie wprowadzona;
- b) określenie wpływu zmiany na wykonanie Harmonogramu;
- c) określenie wpływu zmiany na realizację Robót Budowlanych oraz na parametry techniczne Obiektów, a w razie potrzeby również ich eksploatacji;

6) po otrzymaniu wniosku Zamawiającego, o którym mowa w pkt 5 lub decyzji, o której mowa w pkt 3 Wykonawca dokona wyceny ewentualnego zwiększenia lub zmniejszenia kosztów wykonania Umowy związanych z wprowadzeniem zmiany. Wycena taka zostanie dokonana w oparciu o nakłady i wskaźniki cenotwórcze zawarte w normatywach określonych w Katalogu Nakładów Rzeczowych oraz Kosztorysowych Normach Nakładów Rzeczowych (KNR/KNNR) przy użyciu średnich, dla rejonu Warszawy, cen materiałów, urządzeń, pracy sprzętu budowlanego, stawek robocizny kosztorysowej oraz innych wskaźników cenotwórczych określonych w informacjach SEKOCENBUD wydawanych przez Ośrodek Wdrożeń Ekonomiczno – Organizacyjnych Budownictwa, Promocja Sp. z o.o. oraz z zyskiem w wysokości 5%. W przypadku braku tych cen w informacjach SEKOCENBUD będą kolejno stosowane średnie ceny zawarte w informacjach INTERCENBUD, ORGBUD, BISTYP, aktualnych na IV kwartał 2017 r. W przypadku gdy wycena nie będzie możliwa w oparciu o wskazane w zdaniach poprzednich zasady dopuszcza się kalkulację własną Wykonawcy pod warunkiem, że koszty materiałów będą korygowane zgodnie z fakturą nabycia przez Wykonawcę, który ma obowiązek ją przedstawić Zamawiającemu;

7) po otrzymaniu i weryfikacji powyższych danych Zamawiający podejmie decyzję co do zasadności wprowadzenia zmiany, o czym zawiadomi Wykonawcę. Jeśli Zamawiający będzie kwestionował przygotowane przez Wykonawcę dane, Zamawiający dokona własnych kalkulacji i analiz, i ich rezultaty przekaże Wykonawcy, a Strony podejmą negocjacje w dobrej wierze w celu osiągnięcia porozumienia w tym względzie. Strony mogą skorzystać z pomocy Eksperta, zgodnie z art. 26 Umowy. W przypadku braku dojścia do porozumienia Aneks nie zostanie podpisany;

8) Wykonawca powinien dołożyć wszelkich starań w celu opracowania takiej metody wprowadzenia zmiany wnioskowanej przez Zamawiającego, która umożliwi osiągnięcie Celów Kluczowych oraz Całkowitego Zakończenia Wykonania w terminach określonych w Umowie. Jeśli przeprowadzona analiza wykaże, iż osiągnięcie Celów Kluczowych oraz Całkowitego Zakończenia Wykonania w powyższych terminach przy wprowadzeniu zmiany będzie obiektywnie niemożliwe z przyczyn technicznych, zmiana taka będzie się wiązać się z przesunięciem powyższych terminów o niezbędny okres."

8. zgłosił żądanie wykreślenia z klauzuli 1.4.4. wzoru umowy zapisu:

„...,na zasoby którego w zakresie zasobów finansowych Wykonawca powoływał się składając Ofertę, będzie ponosił wraz z Wykonawcą solidarną odpowiedzialność za wykonanie przedmiotu Umowy i w przypadku zaprzestania wykonywania Umowy przez Wykonawcę z przyczyn niewypłacalności będzie zobowiązany do przekazania Wykonawcy środków zapewniających wykonanie przedmiotu Umowy. Wzajemne rozliczenia Wykonawcy i ..... z tego tytułu nie obciążają Zamawiającego.”

9.1. zgłosił żądanie wykreślenia zd. 2 pkt 2.2.1. wzoru umowy (Zakres Robót Budowlanych) jako - zdaniem Odwołującego – sprzecznego z przepisami Kodeksu Cywilnego;

9.2. zgłosił żądanie wykreślenia klauzuli 1.4.4. wzoru umowy;

9.3. wniósł o zobowiązanie Zamawiającego do dokonania opisu przedmiotu zamówienia w sposób zgodny z przepisami ustawy pzp, w tym zwłaszcza o zobowiązanie do przedstawienia dokumentacji wskazanej w pkt III.17 SIWZ na obecnym etapie postępowania;

10.1. zgłosił żądanie o zobowiązanie Zamawiającego do dopisania w pkt. 17.4.1. (i) po słowach „Siły Wyższej” słów: w tym „konieczności usunięcia lub unieszkodliwienia niewypałów lub niewybuchów, odkrycia zabytków archeologicznych, odkrycia szczątków ludzkich”, jak również do określenia wynagrodzenia przysługującego wykonawcy za konieczności usunięcia lub unieszkodliwienia niewypałów lub niewybuchów, odkrycia zabytków archeologicznych, odkrycia szczątków ludzkich;

10.2. zgłosił żądanie wykreślenia klauzuli 2.8.5. z treści wzoru umowy o roboty budowlane;

10.3. wniósł o modyfikację klauzuli 2.8.9. wzoru umowy, w taki sposób aby można było zgłaszać osoby mające dostęp do terenu budowy w sposób szybszy (np. na 1 dzień przed planowanym dostępem) i uproszczony np. przekazanie wymaganych danych mailem;

10.4. zgłosił żądanie wykreślenia klauzuli 2.8.14. wzoru umowy;

10.5. zgłosił żądanie zmiany zapisów umowy, poprzez: wykreślenie obowiązku uzyskania zgody przedstawiciela Projektanta z klauzuli 3.5.3., z klauzuli, 3.5.5. wykreślenie słów „bez uzyskania zgody przedstawiciela Projektanta, niezgodnie ze wskazaniem przedstawiciela Projektanta”, dopisanie kryteriów akceptacji rysunków warsztatowych przez Zamawiającego w granicach wyznaczonych przez dokumentację projektową w klauzuli 3.5.2: „3.5.2. Wykonawca zobowiązuje się przekazać kopię każdego rysunku warsztatowego Zamawiającemu. Zamawiający w terminie 5 dni może przekazać uwagi do przekazanego rysunku. Wykonawca ma obowiązek wprowadzenia uwag Zamawiającego, które nie są niezgodne z projektami budowlanymi, projektami wykonawczymi, specyfikacjami technicznymi

wykonania i odbioru robót budowlanych, innymi załącznikami do Umowy lub Zasadami Sztuki Budowlanej”, usunięcie z klauzuli 1.1.45. słów „zatwierdzone przez Projektanta”;

10.6. zgłosił żądanie wprowadzenia zmiany do klauzuli 3.6.2 (v) wzoru umowy:

„(v) Kierownik budowy i kierownicy robót branżowych ma obowiązek przebywania na Terenie Budowy w trakcie wykonywania robót budowlanych stanowiących przedmiot Umowy, jeżeli jest to niezbędne dla prawidłowego wykonania danego zakresu robót budowlanych.”;

10.7. zgłosił żądanie wykreślenia klauzuli 3.9.4. tiret v wzoru umowy;

10.8. zgłosił żądanie wykreślenia klauzuli 5.2 (xv) wzoru umowy, ewentualnie o skrócenie terminu wskazanego w ppkt. (xv) do 1 miesiąca; dopisanie do klauzuli 5.2. (xv) lit. (b) oraz klauzuli 4.2.2. jak też do klauzuli 17.3.1, że wykonawca ma obowiązek wprowadzenia uwag Zamawiającego, o ile nie są one sprzeczne z dokumentacją projektową, zasadami sztuki budowlanej oraz wymogami prawnymi;

10.9. zgłosił żądanie wykreślenia z klauzuli 6.2.2. słów „stanowiących przedmiot jego własności”;

10.10. zgłosił żądanie wykreślenia z klauzuli 6.2.4 zdania drugiego, z klauzuli 6.2.5 fragmentu „i na podstawie wytycznych Koordynatora BHP Zamawiającego”, jak również całego zdania drugiego z pkt. 6.2.6.;

10.11. zgłosił żądanie wprowadzenia klauzuli 15.8.10. o treści:

„W przypadkach, o których mowa w klauzulach 15.8.2, 15.8.8, oraz 15.8.9. Zamawiający przekaze Wykonawcy kopię umowy jaka ma być zawarta z podmiotem wybranym przez Zamawiającego na co najmniej 60 dni przed planowanym wprowadzeniem takiego podmiotu na Plac budowy. Wykonawca przekaze uwagi do umowy wskazując zapisy niezbędne do wprowadzenia regulujące koordynację prac pomiędzy podmiotami, zobowiązania do przestrzegania regulacji dotyczących bezpieczeństwa oraz ochrony Placu budowy, przedstawi wpływ wprowadzenia podmiotu na termin wykonania Robót budowlanych oraz wyliczenie kosztów związanych z utrudnieniem w prowadzeniu Robót budowlanych przez Wykonawcę. Zamawiający zobowiązuje się do wprowadzenia zapisów dotyczących koordynacji prac do zawieranych umów. Zamawiający nie będzie obciążał Wykonawcy skutkami wprowadzenia tych podmiotów na Plac budowy, w szczególności Strony uznają, że opóźnienie wynikłe z tego faktu nie będzie obciążało Wykonawcy, Wykonawca ma uprawnienie do wystąpienia do Zamawiającego o zwrot poniesionych dodatkowych kosztów.”;

10.12. zgłosił żądanie aby własność wszystkich Materiałów i Urządzeń przechodziła na Zamawiającego z momentem Odbioru częściowego, co gwarantuje zapłatę za te Materiały i Urządzenia;

10.13. zgłosił żądanie skrócenia terminów wskazanych w klauzuli 16.8 i 16.10 z 21 dni na 10 dni.;

10.14. zgłosił żądanie wykreślenia klauzuli 19.3.2. wzoru umowy;

10.15. zgłosił żądanie: wykreślenia z pkt. 21.1. ppkt. 21.1.2. i 21.1.4., 21.1.12.; obniżenie zawartych we wzorze umowy na roboty budowlane kar umownych i dokonanie zmian w pkt. 21.1. w następujący sposób:

„21.1. Kary umowne należne na rzecz Zamawiającego

Wykonawca zapłaci Zamawiającemu kary umowne:

21.1.1. z tytułu zwłoki Wykonawcy w osiągnięciu któregokolwiek z Celów Kluczowych — karę umowną w wysokości 100.000 PLN (sto tysięcy zł) za każdy dzień zwłoki,

21.1.2. - zostanie wykreślony

21.1.3. z tytułu zwłoki Wykonawcy w osiągnięciu Całkowitego Zakończenia Wykonania — karę umowną w wysokości 0,1 (jedna dziesiąta) procenta całości Wynagrodzenia (netto) za każdy dzień zwłoki,

21.1.4. - zostanie wykreślony

21.1.5. z tytułu zwłoki wykonawcy w usunięciu Wady stwierdzonej w Protokole Odbioru Końcowego w stosunku do terminów określonych w tym protokole - karę umowną w wysokości 10.000 PLN (dziesięć tysięcy zł)

21.1.6. - bez zmian

21.1.7. z tytułu nienależytego wykonania zobowiązania Wykonawcy skutkującego odstąpieniem przez Zamawiającego do Umowy - karę umowną w wysokości 10 (dziesięć) procent całości Wynagrodzenia (netto)

21.1.8. - bez zmian

21.1.9. - bez zmian

21.1.10. - bez zmian

21.1.11. - bez zmian

21.1.12. - zostanie wykreślony

21.1.13. - bez zmian

21.1.14. - bez zmian

21.1.15. - bez zmian

21.1.16. - bez zmian

21.1.17. - za zawinione przerwanie realizacji robót przez Wykonawcę trwające powyżej 3 dni w wysokości 0,01 (jedna setna) procenta Wynagrodzenia brutto za każdy rozpoczęty dzień przerwy w wykonywaniu robót,

21.1.18. - w przypadku naruszenia zobowiązania do ubezpieczenia Wykonawcy i zapłacenia składek zgodnie z Umową a także do okazania Zamawiającemu dokumentów potwierdzających zawarcie umowy ubezpieczenia i opłacenia składek Zamawiający jest uprawniony do nałożenia kary umownej w wysokości 0,1 (jedna dziesiąta) procenta wynagrodzenia brutto za każde naruszenie,

21.1.19. - bez zmian

21.1.20. - w przypadku, gdy czynności zastrzeżone dla Kierownika budowy/robót będzie wykonywała inna osoba niż zaakceptowana przez Zamawiającego - w wysokości 0,1 (jedna dziesiąta) procenta wynagrodzenia brutto."

dodania klauzuli 21.1.21 w brzmieniu:

„w przypadku gdy nałożono na Wykonawcę karę umowną za nieosiągnięcie Celu Kluczowego, jednakże Wykonawca dotrzymał terminu Całkowitego Zakończenia Wykonania, kary umowne z tytułu nieosiągnięcia Celu Kluczowego zostaną uznane za nienależne, a Zamawiający zwróci Wykonawcy zapłaconą kwotę takich kar.”

obniżenia łącznej maksymalnej wysokości kar umownych określonej w pkt. 21.3. z wartości 40 (czterdzieści) procent do wartości 10 (dziesięć) procent wysokości całości wynagrodzenia (netto), a zatem o nadanie pkt. 21.3. następującego brzmienia:

„21.3. Łączna maksymalna wysokość kar umownych

Z zastrzeżeniem art. 21.4. Umowy kary umowne należne na podstawie Umowy będą naliczane kumulatywnie, jednakże łączna wysokość naliczanych kar ze wszystkich tytułów określonych w Umowie, z wyłączeniem kary za odstąpienie od Umowy opisanej w punkcie 21.1.7., nie przekroczy 10 (dziesięć) procent wysokości całości Wynagrodzenia (netto)."

10.16. zgłosił żądanie wykreślenia klauzuli 22.4.4. wzoru umowy;

10.17. zgłosił żądanie zmiany pkt 24.1.3.wzoru umowy i nadanie mu następującego brzmienia:

„24.1.3. Okres trwania odpowiedzialności za Wady („Rozszerzony Okres Odpowiedzialności za Wady”) w odniesieniu do następujących części Obiektów wynosi:

- (i) roboty konstrukcyjne - 10 lat;
- (ii) hydroizolacje posadowienia budynku - 5 lat;

- (iii) dach - 5 lat;
- (iv) elewacje całego budynku - 5 lat."

oraz modyfikację Rozdziału III, punktu 14.2. SIWZ poprzez wskazanie, że udzielenie ochrony gwarancyjnej podmiotów trzecich - producentów w stosunku do zrealizowanych prac, systemów i zainstalowanych urządzeń dotyczy terminu, na jaki gwarancje te uzyskał wykonawca, nie zaś terminu jaki oferuje wykonawca w postępowaniu.;

10.18. zgłosił żądanie wykreślenia zapisów klauzuli 27.1.1. (i) oraz (v) wzoru umowy;

10.19. zgłosił żądanie wykreślenia klauzuli 32.4. wzoru umowy.

Ponadto Odwołujący wniósł o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów załączonych do odwołania.

Odwołujący podkreślił, że odwołanie zostało złożone w terminie, zgodnie z art. 182 ust. 2 pkt 1 ustawy pzp, ponieważ ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane na stronie internetowej Zamawiającego w dniu 11 października 2017 r

Odwołujący w pierwszej kolejności oświadczył, że posiada interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy pzp, ponieważ czynności Zamawiającego objęte odwołaniem uniemożliwiają Odwołującemu ubieganie się o udzielenie zamówienia, a tym samym dokonanie wyboru jego oferty i uzyskanie przedmiotowego zamówienia. Uwzględnienie odwołania doprowadzi do zniesienia postawionych przez Zamawiającego nadmiernie rygorystycznych i nieproporcjonalnych do przedmiotu zamówienia ograniczeń kręgu potencjalnych wykonawców, w tym Odwołującego, którzy będą mogli złożyć ofertę. Odwołujący się jest podmiotem, który zamierza ubiegać się o zamówienie.

W związku z uwzględnieniem na posiedzeniu z udziałem Stron i Uczestników Postępowania części zarzutów i żądań odwołania przez Zamawiającego oraz wycofaniem części zarzutów i żądań przez Odwołującego Izba przedstawia uzasadnienie w zakresie pozostałych zarzutów i żądań odwołania, które podlegały rozpoznaniu.

W zakresie zarzutu 1) Odwołujący wskazał, że z zapisów SIWZ (pkt III 12) oraz wzoru umowy wynika, że Zamawiający wymaga przeprowadzenia wizji lokalnej dlatego też powinien zastosować dyspozycję art. 9a ust. 2 ustawy pzp. W ocenie Odwołującego Zamawiający winien wydłużyć termin składania ofert ponad minimalny, określony art. 43 ustawy pzp, tymczasem Zamawiający przewidział 40dniowy termin na złożenie ofert. Odwołujący podkreślił, że w piśmiennictwie podnosi się, że w przypadku, gdy złożenie oferty wymaga weryfikacji warunków zamówienia w określonym miejscu instytucja zamawiająca ma obowiązek wyznaczenia okresów dłuższych niż minimalne tak aby wszyscy zainteresowani

wykonawcy mogli zapoznać się ze wszystkimi informacjami niezbędnymi do sporządzenia ofert. Okres o jaki należy wydłużyć termin składania ofert zależy od takich czynników jak: zakres informacji (dokumentów) udostępnianych przez instytucję zamawiającą, w tym to, czy informacje te lub dokumenty zainteresowani wykonawcy mogą kopiować, czy też mogą się z nimi zapoznawać wyłącznie w danym miejscu, oraz zakres i waga informacji wynikających z wizji lokalnej, w tym to, czy wiąże się ona z koniecznością przeprowadzenia określonych pomiarów lub innego rodzaju badań. W ocenie Odwołującego Zamawiający nie wziął pod uwagę nie tylko treści art. 9a ustawy pzp ale również nie uwzględnił okoliczności konkretnej sprawy, a mianowicie ilości i rozmiarów dokumentacji, z którą muszą zapoznać się Wykonawcy przed przygotowaniem i złożeniem oferty. Odwołujący wskazał na punkt 1.4.4. wzoru umowy, zgodnie z którym wykonawca oświadcza, że akceptuje całą dokumentację projektową i nie wnosi do niej zastrzeżeń oraz podkreślił, że w terminie 40 dni żaden wykonawca nie jest w stanie zapoznać się z całością dokumentacji. W niniejszej sprawie jest 40 załączników do umowy oraz 4500 plików dokumentacji projektowej, dokładając do tego obowiązkowe przeprowadzenie wizji lokalnej należy skonstatować, że Zamawiający wyznaczając termin składania ofert nie uwzględnił realiów przedmiotowego zamówienia. Dlatego też Odwołujący złożył żądanie jak wskazano w pkt 1. niniejszego uzasadnienia.

W odniesieniu do zarzutu 7) dotyczącego klauzuli 33.4.2. oraz 15.4. wzoru umowy Odwołujący podniósł, że Zamawiający rozróżnił możliwość zmiany umowy przez jedną ze stron umowy oraz za zgodą obu stron. Stanowisko takie w ocenie Odwołującego jest wprost sprzeczne z istotą dokonania zmian umowy. Każda zmiana umowy wymaga wyrażenia zgody przez wszystkie jej strony. Taki wymóg stawia również przepis art. 144 ust. 1 ustawy pzp, co potwierdza orzecznictwo Sądu Najwyższego, który w wyroku z 4 lutego 2011 roku w sprawie III CSK 143/10 stwierdził, że „Do zmiany umowy uzasadnionej okolicznościami wyczerpującymi przesłanki określone w art. 144 ust. 1 p.z.p., może dojść jedynie w rezultacie złożenia zgodnego oświadczenia woli przez strony umowy.” Ponadto Odwołujący wskazał na szczegółowe postanowienia przyznające Zamawiającemu uprawnienie do jednostronnej zmiany umowy. Zgodnie z postanowieniem pkt. 15.4.1. Zamawiający ma możliwość wprowadzenia zmian w Dokumentacji Projektowej lub technologii wykonania robót w sytuacji zmiany wymogów prawnych lub norm mających zastosowanie w budownictwie, ale także w innych przypadkach, gdy dana zmiana okaże się być uzasadniona według profesjonalnej oceny Zamawiającego, Projektantów lub innych doradców technicznych Zamawiającego z punktu widzenia generalnego celu w postaci efektywnego wniesienia oraz oddania do korzystania nowoczesnych i należycie funkcjonujących obiektów, w szczególności w razie zamiaru wprowadzenia bardziej praktycznych lub nowatorskich rozwiązań technicznych. Dalej w klauzuli 15.4.3. wprowadza się zapis, że Zamawiający może zdecydować o wprowadzeniu

dowolnej modyfikacji w Dokumentacji technicznej. Zgodnie z tiret v Zamawiający może wydać Wykonawcy polecenie wprowadzenia dowolnej zmiany. Co więcej z całej klauzuli 15.4.3. wynika, że Wykonawca nie może odmówić wprowadzenia zmiany - nawet jeżeli nie będzie w stanie wykonać robót zgodnie z nowoprzyjętymi rozwiązaniami lub nie będzie gotów na podjęcie ryzyka wprowadzenia nowatorskich technologii i udzielenia na nie gwarancji w terminach wymaganych przez zamawiającego. Odwołujący zaznaczył, że Zamawiający wymaga w ocenie Odwołującego absurdalnie długich terminów gwarancji na główne elementy konstrukcyjne np. 20 lat na konstrukcje czy 15 lat na elewacje. Zgodnie z omawianymi postanowieniami dotyczącymi zmiany umów nie można wykluczyć, że Zamawiający poleci zastosowanie nowatorskich rozwiązań w zakresie konstrukcji - gdyby były one znane na etapie postępowania - Wykonawca nie podjąłby się wykonania zadania z obciążeniem ryzykiem gwarancyjnym, w szczególności przez tak długi okres. Odwołujący zauważył, że wzór umowy zakłada również, że wykonawca jest zobowiązany do wykonania umowy po zmianach, również w przypadku gdy strony nie uzgodniły wysokości wynagrodzenia. Umowa reguluje skrupulatnie możliwość zmniejszenia wynagrodzenia nie stanowi zaś o „automatycznym” zwiększeniu. Zmniejszenie więc wynagrodzenia nie wymaga zgody Wykonawcy, zaś zwiększenie wynagrodzenia uzależnione jest zawsze od woli Zamawiającego. W ocenie Odwołującego Zamawiający nie jest podmiotem profesjonalnym w zakresie robót budowlanych, nie posiada on wiedzy specjalnej z zakresu budownictwa ani doświadczenia w realizacji inwestycji. Poddanie więc zmian w zakresie dokumentacji jedynie jego woli stoi w jawnej sprzeczności z zasadą równości stron stosunku zobowiązaniowego. Zgodnie zaś z art. 353<sup>1</sup> k.c. treść umowy nie może sprzeciwiać się właściwości stosunku, umowie ani zasadom współżycia społecznego. Uprawnienie do jednostronnej zmiany zakresu umowy i sposobu jej wykonania, bez zagwarantowania odpowiedniego wynagrodzenia związanego z wprowadzeniem zmian stoi wprost w sprzeczności z naturą stosunku prawa cywilnego, umową o roboty budowlane (gdyż zgodnie z art. 647 k.c. obowiązkiem inwestora jest wypłata wynagrodzenia) oraz zasadami współżycia społecznego (gdyż jedna ze stron umowy nie może w drodze władczej nakazać drugiej stronie wykonania świadczeń inaczej niż to było pierwotnie ustalone lub świadczeń dodatkowych). Zmiana umowy polegająca na zmianie dokumentacji projektowej powinna być zdaniem Odwołującego kwalifikowana jako zmiana istotna zgodnie z przepisami art. 144 ust. 1e ustawy pzp. Zmiana taka bowiem zawsze wprowadza warunki, które gdyby były postawione w postępowaniu o udzielenie zamówienia, to w postępowaniu wzięliby lub mogliby wziąć udział inni wykonawcy lub przyjęto by oferty innej treści. W związku z tym dla wprowadzenia takiej zmiany niezbędne jest zajście okoliczności określonych w przepisach art. 144 ust 1 ustawy pzp. Jeżeli Zamawiający chciałby skorzystać z przepisu art. 144 ust 1 pkt 1) to niezbędne jest podanie konkretnych postanowień dotyczących zakresu zmian oraz ich

konsekwencji, w szczególności zasad wyceny takiej zmiany. Odwołujący wskazał, że ponieważ w postanowieniach umownych brak jest określenia zakresu dopuszczalnych zmian, terminu, w którym takie zmiany mogą być zgłoszone, w tym terminu, w jakim wykonawca mógłby się ze zmianami zapoznać i np. zaproponować swoje poprawki, przygotować się do realizacji umowy na zmienionych zasadach itp., postanowienie to należy uznać za nieprecyzyjne, a w konsekwencji przyznające zbyt dużą dowolność Zamawiającemu. Jedyne co zostało przewidziane w związku z wprowadzeniem przez Zamawiającego zmian w dokumentacji projektowej, to to, że w myśl pkt. 17.4.1. (ii) osiągnięcie kolejnego etapu robót (Celu Kluczowego) bądź celu całkowitego zakończenia robót może ulec opóźnieniu o „niezbędny okres”. Brak jest jednak znów precyzyjności w powyższym zapisie, w tym wyjaśnienia pojęcia niezbędnego okresu. Postanowienia te w ocenie Odwołującego naruszają zatem dyspozycję przepisu art. 144 ust 1 pkt 1 ustawy pzp oraz zasadę proporcjonalności i równości stron umowy. Wykonawca dokonuje wyliczenia swojej oferty w oparciu o dokumentację projektową, w tym przyjętą przez Zamawiającego technologię wykonania roboty budowlanej. W sytuacji, w której Zamawiający posiada jednostronne uprawnienie do dokonania zmiany umowy, poprzez zmianę dokumentacji projektowej lub technologii wykonania roboty, Wykonawca pozostaje w stanie niepewności i co do możliwości zrealizowania zamówienia, ale przede wszystkim w niepewności co do opłacalności przedsięwzięcia, jego ryzyk oraz możliwości terminowego jej wykonania. W związku z powyższym Odwołujący zgłosił żądanie zgodnie ze wskazanym w pkt 7. niniejszego uzasadnienia.

W zakresie zarzutu 9) żądanie 9.1. dotyczące klauzuli 2.2.1. wzoru umowy Odwołujący wskazał, że postanowienie odnośnie zapewnienia przez Wykonawcę odpowiedniego wykonania wszelkich innych czynności (choćby nie były one wskazane w treści Umowy), które nie stanowią części Robót Budowlanych, ale będą niezbędne do ich należytej i terminowej realizacji stanowi de facto nowe zlecenie dla wykonawcy. Odwołujący zaznaczył, że podstawowym obowiązkiem po stronie wykonawcy jest oddanie przewidzianego w umowie obiektu, wykonanego zgodnie z projektem i zasadami wiedzy technicznej. W sytuacji, w której te czynności wykraczają poza podstawowy zakres zlecenia - wykonanie roboty budowlanej, wykonawca nie tylko nie może być nimi obciążony, ale przede wszystkim nie może ponosić odpowiedzialności za ich niewykonanie bądź nienależyte wykonanie. Odwołujący zauważył, iż Zamawiający poprzez „wykonanie” przedmiotu umowy rozumie wykonanie także innych czynności niewskazanych na moment podpisania umowy. Powyższe wpływa zatem także na termin wykonania robót, jak również może mieć związek z wystąpieniem ewentualnych kosztów po stronie Wykonawcy, a także ma niezaprzeczalny związek z wynagrodzeniem wykonawcy, które przecież jest określane przez niego w ofercie na podstawie informacji

znanych mu na moment składania ofert. Dlatego też Odwołujący zgłosił żądanie jak wskazano w pkt 9.1. uzasadnienia.

Odnosnie zarzutu 9) żądania 9.2. dotyczącego klauzuli 1.4.4. wzoru umowy Odwołujący podniósł, że punkt ten w sposób niedopuszczalny odpowiedzialnością za prawidłowość dokumentacji projektowej obarcza Wykonawcę. Odwołujący wskazał, że w świetle dyspozycji art. 647 k.c. przez umowę o roboty budowlane wykonawca zobowiązuje się do oddania przewidzianego w umowie obiektu, wykonanego zgodnie z projektem i z zasadami wiedzy technicznej, a inwestor zobowiązuje się do dokonania wymaganych przez właściwe przepisy czynności związanych z przygotowaniem robót, w szczególności do przekazania terenu budowy i dostarczenia projektu, oraz do odebrania obiektu i zapłaty umówionego wynagrodzenia. Powyższa definicja jednoznacznie wskazuje, że to Zamawiający, który dostarcza dokumentację projektową, ponosi odpowiedzialność, ze wszystkimi konsekwencjami wynikającymi z ustawy kodeks cywilny i prawo budowlane, za prawidłowe wykonanie projektu. Dostarczenie dokumentacji przez zamawiającego powoduje, że obciąża go ryzyko uzyskania zamierzonego efektu inwestycji, a wykonawca odpowiada za wykonanie robót zgodnie z dokumentacją. Jednocześnie Odwołujący zaznaczył, iż przedmiot zamówienia na roboty budowlane z uwzględnieniem wymienionych w art. 29 ustawy pzp zasad opisuje się za pomocą dokumentacji projektowej (art. 31 ustawy pzp). Celem w/w uregulowań ustawy pzp jest jasne i jednoznaczne określenie przedmiotu zamówienia w zakresie robót budowlanych, co ma umożliwić potencjalnym wykonawcom podjęcie decyzji o tym czy są w stanie wykonać daną inwestycję. Dokumentacja projektowa jako fundamentalny element opisu zamówienia nie może budzić wątpliwości. Zatem, Zamawiający dokonując opisu przedmiotu zamówienia jest zobowiązany przedłożyć Wykonawcom pełną dokumentację projektową, zawierającą wszelkie dokumenty niezbędne do prawidłowego sporządzenia oferty i to na Zamawiającym ciąży obowiązek dołożenia należytej staranności przy określaniu i wyczerpującym opisanie przedmiotu zamówienia. Ponadto, Odwołujący wskazał, że w myśl jednolitego stanowiska doktryny i judykatury, trudno oczekiwać od wykonawcy robót budowlanych, by pomimo posiadanej wiedzy i doświadczenia zawodowego a priori był w stanie zauważyć wszystkie błędy dokumentacji projektowej. Wykonawca umowy o roboty budowlane nie ma obowiązku dokonywania własnych szczegółowych obliczeń w celu wykrycia wad dostarczonego projektu, a w szczególności, jeżeli został on wykonany przez specjalistyczne biuro projektowe (tak Sąd Najwyższy w wyroku z 27 marca 2000 r, sygn. akt 111 CKN 629/98, OSNC 2000, nr 9, poz. 173; podobnie K. Zagrobelny E. Gniewek, Komentarz, 2006, s. 1065). Odwołujący zaznaczył, że na gruncie przepisów k.c. wykonawca zgłasza dostrzeżone wady dokumentacji projektowej na etapie realizacji robót, co nie pociąga za sobą jednak jego odpowiedzialności za wady tego projektu. Zgodnie z art. 651 k.c. „Jeżeli

dostarczona przez inwestora dokumentacja, teren budowy, maszyny lub urządzenia nie nadają się do prawidłowego wykonania robót albo jeżeli zajdą inne okoliczności, które mogą przeszkodzić prawidłowemu wykonaniu robót, wykonawca powinien niezwłocznie zawiadomić o tym inwestora”. Na gruncie tego przepisu Sąd Najwyższy uznał, że brzmienie art. 651 k.c. nie daje podstaw do nałożenia na wykonawcę obowiązku dokonywania w każdym przypadku szczegółowego sprawdzania dostarczonego projektu w celu wykrycia ewentualnych wad (wyrok Sądu Najwyższego z dnia 26 czerwca 2008 r. II CSK 101/08). „Z przepisu art. 651 k.c. nie wynika, aby wykonawca w każdym przypadku miał obowiązek szczegółowego sprawdzenia dostarczonej mu przez inwestora dokumentacji w celu wykrycia jej ewentualnych wad, zważywszy, że wykonawca nie musi dysponować specjalistyczną wiedzą z zakresu projektowania. Obowiązek wykonawcy określony w art. 651 k.c. należy rozumieć w ten sposób, iż musi on niezwłocznie zawiadomić inwestora o niemożliwości realizacji inwestycji na podstawie otrzymanego projektu lub o tym, że realizacja robót zgodnie z dostarczonym projektem spowoduje powstanie obiektu wadliwego. W tym ostatnim wypadku chodzi jednak o takie sytuacje, w których stwierdzenie nieprawidłowości dostarczonej dokumentacji nie wymaga specjalistycznej wiedzy z zakresu projektowania”). Wykonawca jest zobowiązany do realizacji zamówienia zgodnie z założeniami projektu i jest to jego podstawowy obowiązek. Oczywiście Wykonawca jako profesjonalista jest zobowiązany zapoznać się z projektem oraz dochować należytej staranności w zakresie wykonywania przez niego robót budowlanych oraz zwrócić uwagę Zamawiającemu na wady projektu, które ewentualnie dostrzeże realizując inwestycję. Natomiast nie jest rolą Wykonawcy analiza czynności Zamawiającego (który przygotowuje projekt stanowiący część dokumentacji przetargowej czy to sam czy za pomocą biura projektowego), sprawdzając czy przypadkiem nie popełnił błędów przygotowując dokumentację przetargową, jak również nie jest jego rolą dokonywanie analiz i badań mających na celu uzupełnienie tej dokumentacji. Z przedstawionych względów, Odwołujący uznał, że uchylenie się przez Zamawiającego od odpowiedzialności za wady i braki dokumentacji projektowej jak również przerzucenie na wykonawców ewentualnej odpowiedzialności za nieprawidłowe wykonania zamówienia (w oparciu o błędną dokumentację), jest sprzeczne z naturą stosunku i jako takie stanowi postanowienie nieważne na podstawie przepisów k.c. W związku z powyższym zgłosił żądanie zgodnie z zawartym w pkt 9.2. uzasadnienia.

Ponadto w zakresie zarzutu 10) żądania 10.3. dotyczącego klauzuli 2.8.9. wzoru umowy regulującej zasady dostępności do nieruchomości przeznaczonych pod budowę Muzeum Historii Polski Odwołujący zauważył, że jak wynika z mapy opisującej część nieruchomości, stanowiącej załącznik nr 35 do umowy „Porozumienie ws, zasad i sposobu dostępności do nieruchomości przeznaczonych pod budowę MHP”, teren budowy w całości

znajduje się na terenie Cytadeli Warszawskiej. Zatem wszystkie osoby uczestniczące w procesie budowlanym będą potrzebowały przepustek. Powyższe nakłada na wykonawcę, który chce wykonać robotę w terminie, obowiązek przedstawienia listy wszystkich osób uczestniczących w przedsięwzięciu wraz z ich danymi oraz zdjęciami. Powyższy zapis jest zdaniem Odwołującego nie tylko nadmiernym obciążeniem wykonawców, ale także stanowi przerzucenie obowiązku odpowiedniego przygotowania terenu budowy na wykonawcę. To zamawiający, któremu zależy na terminowej realizacji zamówienia, winien zawsze stosowne porozumienia, ewentualnie doprowadzić do wprowadzenia, choćby tylko na czas robót, uproszczonego systemu dostępu do terenu budowy. Żądanie aby na 10 dni wcześniej zgłaszać każdą osobę do wykonania prac wskazuje w ocenie Odwołującego na brak współdziałania Zamawiającego w celu dochowania terminów umownych. W związku z tym Odwołujący zgłosił żądanie jak wskazano w pkt 10.3. uzasadnienia.

Odnosząc się do zarzutu 10) żądania 10.4. dotyczącego klauzuli 2.8.14. wzoru umowy Odwołujący wskazał, że powyższy zapis stanowi niedopuszczalne ograniczenie konkurencyjności, gdyż zapis ten ogranicza dostępność do zamówienia podmiotom, które funkcjonują w międzynarodowym otoczeniu. Jeżeli wykonawca zatrudnia do wykonania zamówienia specjalistów o unikalnych umiejętnościach, to ma prawo do zatrudnienia osób posiadających inne obywatelstwo. Poddanie się nieznannej procedurze może uniemożliwić skorzystanie ze specjalistów, których jedyną „wadą” jest obywatelstwo inne niż polskie. Odwołujący zaznaczył, że procedura określająca zasady wjazdu na teren budowy osób posiadających obywatelstwo inne niż polskie, jaką będzie stosował Zamawiający, nie została określona w SIWZ i w żadnym z jego załączników, a w związku z tym powyższe wpływa na wykonanie umowy. Odwołujący wobec powyższego zgłosił żądanie zgodnie z określonym w pkt 10.4. uzasadnienia.

W zakresie zarzutu 10) żądania 10.5. odnoszącego się do klauzul 3.5.2. – 3.5.5. wzoru umowy, określających kwestie związane ze sporządzaniem przez Wykonawcę rysunków warsztatowych Odwołujący wskazał, że zapisy te naruszają art. 29 ust. 1 ustawy pzp. Projektant nie jest stroną umowy o roboty budowlane a uzależnienie przystąpienia do wykonania robót od zgody podmiotu, który nie jest związany z wykonawcą stosunkiem zobowiązaniowym wykracza w ocenie Odwołującego poza granicę swobody umów. Projektant nie musi i może nie chcieć reagować na zgłoszenie wykonawcy, a ten nie ma żadnych środków prawnych do wyegzekwowania współdziałania. Odwołujący podkreślił, że wskazane powyżej postanowienia umowne nie zawierają kryteriów akceptacji oraz sposobu, w jaki wykonawca ma uzyskać zgodę Zamawiającego. Tym samym nie opisano w pełni świadczenia wykonawcy. Jeżeli Zamawiający może w dowolny sposób zgłaszać uwagi do rysunków warsztatowych, to nie podano pełnego opisu przedmiotu zamówienia (którego część stanowi wykonanie

rysunków warsztatowych). Niezbędne jest zdaniem Odwołującego ustalenie, że Zamawiający nie może odmówić uzgodnienia. Dlatego też Odwołujący zgłosił żądanie zgodnie ze wskazanym w pkt 10.5. uzasadnienia.

Jeśli chodzi o naruszenie zarzutu 10) żądania 10.11. dotyczącego klauzul: 15.8.2., 15.8.8. oraz 15.8.9. wzoru umowy Odwołujący zaznaczył, iż zgodnie z tymi postanowieniami Zamawiający zakłada, że będzie miał prawo do wprowadzenia na teren budowy innych podmiotów - niezależnych od Wykonawcy, za których działania jednak odpowiadał będzie częściowo wykonawca. Wykonawca odpowiada bowiem za prawidłową realizację prac, terminowe wykonanie umowy, a także za bezpieczeństwo i ochronę Placu budowy. W tej sytuacji w ocenie Odwołującego niezbędne jest doprecyzowanie, że za działania podmiotów wprowadzonych przez Zamawiającego i ich skutki dla całości wykonania robót budowlanych Wykonawca nie ponosi odpowiedzialności. Ponadto Wykonawca powinien mieć zagwarantowane instrumenty możliwości zgłoszenia do Zamawiającego naruszeń ustalonych zasad przez osoby skierowane do wykonywania prac na Placu budowy, możliwość ich natychmiastowego usunięcia itp. W przypadku gdyby fakt wprowadzenia nowych podmiotów przez Zamawiającego powodował trudności w wykonywaniu prac Wykonawca zdaniem Odwołującego powinien mieć prawo do wydłużenia okresu realizacji umowy, jak też rekompensaty kosztów. Wobec powyższego zgłosił żądanie określone w pkt 10.11. uzasadnienia.

W zakresie zarzutu 10) żądania 10.14. dotyczącego klauzuli 19.3. wzoru umowy, Odwołujący podkreślił, że wykonawca nie jest w stanie złożyć oświadczenia, iż „dokładnie zapoznał się z Pozwoleniami, Dokumentacją Projektową oraz innymi powołanymi w Umowie dokumentami technicznymi związanymi z realizacją Obiektów, a także zbadał warunki panujące na terenie Nieruchomości i po rozważeniu wszystkich okoliczności i ryzyk związanych z wykonaniem Umowy potwierdza, iż Wynagrodzenie będzie ekwiwalentem odpowiednim z punktu widzenia wykonania wszystkich obowiązków określonych w Umowie.” W momencie, w którym nie jest mu znana cała dokumentacja (pkt. III.17 SIWZ), a także w sytuacji, w której to na niego przerzucono obowiązek weryfikacji kompletności i zgodności dokumentacji technicznej, a także na niego przerzucono odpowiedzialność sprawdzenia terenu budowy, złożenie oświadczenia o ekwiwalentności wynagrodzenia w ocenie Odwołującego nie jest możliwe. Dlatego też Odwołujący zgłosił żądanie zgodnie z pkt 10.14. uzasadnienia.

Odnośnie zarzutu 10) żądania 10.15. w zakresie klauzuli 21 wzoru umowy (kary umowne) Odwołujący podniósł, że Zamawiający nakłada kary umowne za zwłokę wielokrotnie. Zdaniem Odwołującego kary umowne zastrzeżone w taki sposób prowadzą do uzyskania nadmiernie wysokiego odszkodowania przez Zamawiającego. Powołał się na wyrok Sądu

Najwyższego o sygn. I CR 229/80. Odwołujący zaznaczył, iż Zamawiający ustalając sposób naliczania kar umownych pominął naturę stosunku prawnego, jaka łączyć ma strony oraz zignorował zasady współzycia społecznego zakładające równoprawność stron zawieranej umowy, czym naruszył dyspozycję art. 353<sup>1</sup> k.c. Ponadto kara umowna może być uznana za rażąco wygórowaną zgodnie z art. 484 § 2 k.c. Odwołujący podkreślił, że kara umowna zgodnie z art. 483 § 1 k.c. jest instytucją związaną z naprawieniem szkody wynikłej z niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania niepieniężnego. Nie jest więc dopuszczalne zastrzeżenie kary, w sytuacji, gdy Zamawiający własnym działaniem przyczynia się do powstania opóźnienia, a tym samym nie ponosi szkody ze względu na działania lub zaniechania wykonawcy. Z kolei nawet w przypadku uznania, że opóźnienie powoduje szkodę zamawiającego to zgodnie z art. 362 k.c., jeżeli poszkodowany przyczynił się do powstania lub zwiększenia szkody, obowiązek jej naprawienia ulega odpowiedniemu zmniejszeniu stosownie do okoliczności. Odwołujący wskazał, że w opisanej we wzorze umowy sytuacji może np. dojść do opóźnienia na pierwszym etapie wykonywania robót (Cel kluczowy 1 - wykonanie konstrukcji budynku), który może być wyrównany przyspieszeniem prac na kolejnych etapach. Stąd obciążanie Wykonawcy nie ma charakteru odszkodowawczego. W takim wypadku Wykonawca nie powinien być obciążany karą, gdyż stoi to w sprzeczności z przepisami kodeksu cywilnego o odszkodowaniu za nienależyte wykonanie zobowiązania. Ponadto Odwołujący zaznaczył, że Zamawiający w klauzuli 21.1.1. – 21.1.4. nakłada kary umowne rażąco wygórowane w rozumieniu art. 484 § 2 k.c. i sprzeczne z art. 483 k.c. (wskazał na: wyrok KIO z dnia 4 czerwca 2013 r., sygn. akt KIO 1126/13, KIO 1128/13, KIO 1132/13 oraz KIO 1133/13). Odwołujący podkreślił, że kary - zarówno jednostkowe, jak i w zakresie łącznego limitu, znacząco przekraczają wartości powszechnie przyjęte i stosowane w umowach o roboty budowlane. Odwołujący zaznaczył, że podstawowym celem kary umownej jest jej charakter odszkodowawczy. Kara umowna winna być zatem adekwatna do szkody jakiej doznał Zamawiający w skutek niewykonania bądź nienależytego wykonania przedmiotu umowy. Kara zatem nie może stanowić podstawy do nieuzasadnionego wzbogacenia się Zamawiającego. Kary umowne w wysokości 10.000.000 (dziesięć milionów) złotych należy uznać za nieadekwatne do szkody, jakiej może doznać Zamawiający wskutek jednodniowego opóźnienia wykonawców. W ocenie Odwołującego kary umowne w ww. kwotach mogą służyć Zamawiającemu do nieuzasadnionego wzbogacenia się. Za rażąco wygórowaną należy uznać zdaniem Odwołującego także łączną maksymalną wysokość kar umownych (40% całości wynagrodzenia wykonawcy), wskazaną w pkt. 21.3. wzoru umowy o roboty budowlane. Odwołujący wskazał również, iż Zamawiający w przetargu na budowę Muzeum Wojska Polskiego, realizowanego również na terenie Cytadeli Warszawskiej, w ramach jednej polityki historycznej, ze środków publicznych, wyraził zgodę na

wprowadzenie jednego, łącznego limitu na wszystkie przypadki kar umownych w wysokości nie większej niż 10% łącznego wynagrodzenia brutto. W tym celu Zamawiający dokonał stosownej zmiany w SIWZ. Wobec tego, iż na oba Muzea, jak donoszą informacje prasowe, mają być przeznaczone podobne środki finansowe, jak również mając na uwadze podobieństwa obu inwestycji, uznać należy, że wartość łączna wszystkich kar w wysokości nie większej niż 10% w ocenie Odwołującego zabezpiecza interes Zamawiającego (wskazał na pismo Muzeum Wojska Polskiego z 16.10.2017 r.). W związku z powyższym Odwołujący wniósł żądanie zgodnie ze wskazanym w pkt 10.15. uzasadnienia.

W zakresie zarzutu 10) żądania 10.16. dotyczącego klauzuli 22.4.4. wzoru umowy (ubezpieczenie kontraktu) Odwołujący podniósł, że zapis, iż to Zamawiający będzie dysponentem kwoty wypłaconej tytułem odszkodowania jest sprzeczny z istotą ubezpieczenia. Wykonawca po to wykupuje stosowne ubezpieczenie, by w sytuacji, w której wystąpi konieczność naprawienia przez niego szkody, móc się posilkować tymi funduszami. W sytuacji, w której to Zamawiający będzie dysponentem kwoty, wypłaconej tytułem odszkodowania od ubezpieczyciela, wykonawca nie tylko zostanie pozbawiony możliwości korzystania z tych środków, ale przede wszystkim może być postawiony w sytuacji, w której nie będzie w stanie z uwagi na brak środków, naprawić szkody. Odwołujący zauważył, że z uwagi na niejednoznaczność powyższego zapisu, a konkretnie brak określenia w jaki sposób Zamawiający będzie oceniał postępowanie wykonawcy, Zamawiający ma całkowitą swobodę dysponowania i „zwalniania” tych środków. W związku z powyższym zgłosił żądanie zgodne z zawartym w pkt 10.16. uzasadnienia.

Odnośnie zarzutu 10) żądania 10.17. dotyczącego pkt III 14. SIWZ (okresy gwarancji i rękojmi) oraz klauzuli 24 wzoru umowy (odpowiedzialność za wady) Odwołujący wskazał, że postanowienia te w sposób rażąco naruszają treść art. 353<sup>1</sup> k.c. Ponadto zgodnie z art. 568 § 1 k.c. uprawnienia z tytułu rękojmi za wady fizyczne rzeczy wygasają w przypadku wad budynku po upływie 3 lat. Odwołujący podkreślił ponadto, że nie jest możliwy zakup materiałów służących do wykonania robót objętych rozszerzonym okresem odpowiedzialności przyjętym przez Zamawiającego, bowiem żaden ich producent nie udzieli gwarancji jakości w wymiarze, jaki oczekiwany jest przez Zamawiającego. Odwołujący stwierdził, że żądanie w powyższych okolicznościach ustanowienia gwarancji na okres 20 i 15 lat przekracza granice zasady swobody umów, jest sprzeczne z naturą stosunku prawnego, jak też nierealne w praktyce do wykonania i egzekwowania. Odwołujący wskazał także, że w pkt. 14.2. SIWZ Zamawiający zobowiązał Wykonawcę do przekazania mu wszystkich niezbędnych dokumentów producentów w stosunku do zrealizowanych prac, uruchomionych systemów i zainstalowanych urządzeń. Z postanowienia wynika, że Zamawiający żąda uzyskania od producentów gwarancji w okresie, w jakim gwarancję oferuje Wykonawca (a więc potencjalnie

znacząco ponad standardy rynkowe). Zapis ten w ocenie Odwołującego wprost narusza zasadę swobody umów, zawieranych pomiędzy wykonawcami a producentami. Ponadto Zamawiający w ten sposób ingeruje również w swobodę kontraktową - tj. wybór i zakup urządzeń przez wykonawców. Jeżeli producent oferuje standardowo gwarancję krótszą niż wymaganą przez Zamawiającego, to Wykonawca przejmie zobowiązania gwarancyjne - co nie wiąże się z żadnym ryzykiem dla Zamawiającego. Umowa zawierana będzie między Zamawiającym a Wykonawcą a nie Zamawiającym i producentem danego wyrobu. Natomiast żądanie aby na rynku odnaleźć producentów, którzy zgodzą się na przyjęcie ponad standardowych warunków gwarancji jest żądaniem zdaniem Odwołującego nadmiernym - nieproporcjonalnym do celu, jakim jest oddanie obiektu objętego gwarancją Wykonawcy. W związku z powyższym Odwołujący zgłosił żądanie jak wskazano w pkt 10.17. uzasadnienia.

W dniu 24 października 2017 r. Zamawiający poinformował wykonawców o wniesieniu odwołania zamieszczając jego kopię na swojej stronie internetowej i wezwał wykonawców do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym.

W dniu 26 października 2017r. do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego zgłosił swój udział wykonawca HOCHTIEF Polska S.A. z siedzibą w Warszawie, ul. Elbląska 14 - dalej Przystępujący. Zgłoszenie zostało podpisane przez prokurenta, ujawnionego w KRS i upoważnionego do reprezentacji. Kopia zgłoszenia została przekazana Zamawiającemu i Odwołującemu, co Strony potwierdziły na posiedzeniu z udziałem Stron i Uczestników Postępowania. Przystępujący oświadczył, że ma interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść Odwołującego, ponieważ podziela zarzuty podniesione przez Odwołującego w odwołaniu oraz rozważa możliwość złożenia oferty na realizację zamówienia publicznego ogłoszonego przez Zamawiającego.

W dniu 27 października 2017r. do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego zgłosił swój udział wykonawca IDS-BUD S.A. z siedzibą w Warszawie, ul. Grzybowska 87 - dalej Przystępujący. Zgłoszenie zostało podpisane przez członka zarządu oraz prokurenta, ujawnionych w KRS i upoważnionych do reprezentacji. Kopia zgłoszenia została przekazana w dniu 27 października 2017 r. Zamawiającemu i Odwołującemu, co Strony potwierdziły na posiedzeniu z udziałem Stron i Uczestników Postępowania. Przystępujący zaznaczył, że w pełni popiera argumenty Odwołującego i jego zarzuty, dotyczące niezgodnych z przepisami ustawy pzp czynności Zamawiającego, polegających na ukształtowaniu postanowień Ogłoszenia o zamówieniu oraz SIWZ z naruszeniem artykułów ustawy pzp i k.c. wymienionych w odwołaniu Odwołującego. W związku z faktem, iż sam Przystępujący zamierza złożyć ofertę w przedmiotowym postępowaniu, oraz w związku z tym, iż dotychczasowe postanowienia Ogłoszenia o zamówieniu i SIWZ mogą uniemożliwić udział Przystępującego w postępowaniu, Przystępujący posiada interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia

na korzyść Odwołującego. Przystępujący wnioskował o uwzględnienie odwołania w całości oraz o nakazanie Zamawiającemu wykonania czynności wskazanych w odwołaniu.

W dniu 31 października 2017r. na posiedzeniu z udziałem Stron i Uczestników Postępowania Zamawiający oświadczył, że uwzględni częściowo zarzuty i żądania wskazane w odwołaniu, a mianowicie: pkt 2, 3, 4, 6, 8, 9.3., 10.1., 10.7., 10.8., 10.9., 10.10., 10.13. oraz 10.18. W konsekwencji powyższego Odwołujący na posiedzeniu z udziałem Stron i Uczestników Postępowania wycofał częściowo zarzuty i żądania odwołania, a mianowicie: pkt 5, 10.2., 10.6., 10.12. oraz 10.19.

#### KIO 2228/17

W dniu 23 października 2017 r. odwołanie wniosł wykonawca Mostostal Warszawa S.A. z siedzibą w Warszawie, ul. Konstruktorska 12A – dalej Odwołujący. Odwołanie zostało podpisane przez członka zarządu oraz prokurenta ujawnionych w KRS i uprawnionych do reprezentacji. Kopia odwołania została przekazana Zamawiającemu w dniu 23 października 2017 r. drogą elektroniczną (via e-mail).

Odwołujący wniosł odwołanie wobec treści Ogłoszenia oraz Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego na wykonanie robót budowlanych związanych z: realizacją zadania inwestycyjnego pn. „Budowa Muzeum Historii Polski w Warszawie”. Odwołujący wskazał, że takie ukształtowanie treści Ogłoszenia o zamówieniu oraz SIWZ, ogranicza w sposób niezgodny z ustawą pzp konkurencję, poprzez daleko idące ograniczenie liczby podmiotów mogących ubiegać się o udzielenie zamówienia.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 7 w zw. z art. 22 ust. 1a i ust. 1b pkt 2) ustawy pzp, poprzez postawienie nieproporcjonalnych do przedmiotu zamówienia i utrudniających uczciwą konkurencję warunków udziału w postępowaniu, polegających na żądaniu wykazania się w zakresie sytuacji ekonomicznej lub finansowej posiadaniem środków finansowych lub zdolności kredytowej w kwocie nie niższej niż 150.000.000,00 zł (sto pięćdziesiąt milionów złotych);
- 2) art. 7 w zw. z art. 22 ust. 1a i ust. 1b pkt 3) ustawy pzp poprzez postawienie nieproporcjonalnych do przedmiotu zamówienia i utrudniających uczciwą konkurencję warunków udziału w postępowaniu, polegających na żądaniu wykazania się w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej: 1. wykonaniem w okresie ostatnich 8 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, robót budowlanych odpowiadających swoim rodzajem i wartością robotom budowlanym stanowiącym przedmiot zamówienia tzn. wykonaniem co najmniej 1 roboty budowlanej

o wartości brutto nie mniejszej niż 250 mln zł, polegającą - w rozumieniu art. 3 pkt 6 ustawy Prawo budowlane (tekst jednolity Dz. U. z 2017 r. Nr 1332 z późn. zm.) - na budowie budynku (w rozumieniu art. 3 pkt 2 ustawy Prawo budowlane) - sklasyfikowanego na podstawie Rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 30.12.1999 r. w sprawie Polskiej Klasyfikacji Obiektów Budowlanych (PKOB) (Dz.U. z 1999 r. Nr 112 poz. 1316 ze zm.) w Dziale 12, grupa 126 klasa 1220 lub klasa 1261 (z wyłączeniem budynków: sal tanecznych i dyskotek, estrady, budynków schronisk dla zwierząt, budynków ogrodów zoologicznych i botanicznych) lub klasa 1262 (z wyłączeniem: bibliotek, centr informacyjnych, archiwów); 2. wykazaniem się dysponowaniem minimum jedną osobą przewidzianą do pełnienia funkcji Kierownika Budowy posiadającą uprawnienia budowlane bez ograniczeń do kierowania robotami budowlanymi w specjalności konstrukcyjno-budowlanej, wraz z ważnym zaświadczeniem o przynależności do właściwej izby samorządu zawodowego oraz posiadającą co najmniej 8-letnie doświadczenie zawodowe w nadzorowaniu robót budowlanych w swojej specjalności, w tym pełnienie funkcji (nieprzerwanie od daty rozpoczęcia budowy do dnia zakończenia budowy) Kierownika Budowy przy budowie przynajmniej jednego budynku (w rozumieniu art. 3 pkt 2 ustawy Prawo budowlane) sklasyfikowanego na podstawie Rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 30.12.1999 r. w sprawie Polskiej Klasyfikacji Obiektów Budowlanych (PKOB) (Dz.U. z 1999 r. Nr 112 poz. 1316 ze zm.) w Dziale 12, grupa 126 klasa 1262 (z wyłączeniem: bibliotek, centr informacyjnych, archiwów) lub klasa 1261 (z wyłączeniem budynków: sal tanecznych i dyskotek, estrady, budynków schronisk dla zwierząt, budynków ogrodów zoologicznych i botanicznych), o wartości nie mniejszej niż 120 mln złotych brutto, przez co najmniej 18 miesięcy brała udział w robotach budowlanych prowadzonych przy zabytkach nieruchomości wpisanych do rejestru lub inwentarza muzeum będącego instytucją kultury;

3) art. 7 ust. 1 ustawy pzp poprzez sformułowanie kar umownych w klauzulach 21.1.1 - 21.1.7 projektu umowy, w sposób naruszający zasady uczciwej konkurencji, niezgodny z zasadami współżycia społecznego i rażąco wygórowany, niezgodny z przepisami Kodeksu Cywilnego;

4) art. 7 ust. 1 ustawy pzp poprzez sformułowanie zapisów dot. udzielanych gwarancji w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia i oderwany od rynkowych wartości, niezgodnie z przepisami Kodeksu Cywilnego;

5) naruszenie innych przepisów przywołanych w treści uzasadnienia odwołania.

Mając na uwadze wyżej sformułowane zarzuty Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie Zamawiającemu wprowadzenia następujących zmian w treści Ogłoszenia o zamówieniu oraz SIWZ:

1. w Sekcji III.2.2) pkt 3 lit. c) Ogłoszenia o zamówieniu oraz w pkt VI.2.1.3 SIWZ - zmianę warunków udziału w postępowaniu w zakresie sytuacji ekonomicznej lub finansowej w taki

sposób, że „Wykonawca winien posiadać środki finansowe lub zdolność kredytową w kwocie nie niższej niż 50 mln zł”. Modyfikacja ww. zapisu zapewni konkurencyjność postępowania oraz dostęp do zamówienia szerszej grupie potencjalnych Wykonawców zainteresowanych wykonaniem zamówienia;

2. w Sekcji III.2.3) lit. B) pkt I Ogłoszenia o zamówieniu oraz w pkt VI.2.2.1 SIWZ zmianę warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej w taki sposób, że: „Wykonawca winien wykazać, że wykonał w okresie ostatnich 8 lat przed upływem terminu do składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia jest krótszy - w tym okresie, roboty budowlane odpowiadające swoim rodzajem i wartością robotom budowlanym stanowiącym przedmiot zamówienia polegających na wykonaniu co najmniej jednej roboty budowlanej o wartości brutto nie mniejszej niż 150 mln zł, polegającą - w rozumieniu art. 3 ust. 6 ustawy Prawo budowlane ( tekst jednolity Dz. U. z 2017 r. Nr 1332 z późn. zam.) - budowie budynku (w rozumieniu art. 3 ust. 2 Prawo budowlane) sklasyfikowanego na podstawie rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 30.12.1999 r. w sprawie Polskiej Klasyfikacji Obiektów Budowlanych (PKOB) (Dz. U. z 1999 r. Nr 112, poz. 1316 ze zm.) w Dziale 12, grupa 126 klasa 1261 (z wyłączeniem budynków: sal tanecznych i dyskotek, estrady, budynków schronisk dla zwierząt, budynków ogrodów zoologicznych i botanicznych), lub klasa 1262 (z wyłączeniem: biblioteki centr informacyjnych, archiwów)”;

3. w Sekcji III 2.3) lit. B) pkt II lit. a) Ogłoszenia o zamówieniu oraz pkt VI.2.2.2 lit. a) SIWZ - zmianę warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej w taki sposób, że: „Wykonawca musi wskazać osoby, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia, legitymujące się odpowiednim do funkcji (jaka zostanie im powierzona) doświadczeniem oraz wykształceniem. Wykonawca przedstawi kandydatów na poniższe stanowiska, którzy spełniają następujące wymagania: minimum jedna osoba przewidziana do pełnienia obowiązków Kierownika budowy zobowiązana jest posiadać uprawnienia budowlane bez ograniczeń do kierowania robotami budowlanymi o specjalności konstrukcyjno-budowlanej, wraz z ważnym zaświadczeniem o przynależności do właściwej izby samorządu zawodowego oraz, posiadającą co najmniej 8-letnie doświadczenie zawodowe w nadzorowaniu robót budowlanych w swojej specjalności, w tym pełnienie (w sposób ciągły przez okres co najmniej 12 miesięcy) funkcji Kierownika budowy przy budowie przynajmniej jednego budynku użyteczności publicznej (w rozumieniu art. 3 ust. 2 Prawo budowlane) o wartości nie mniejszej niż 80 mln zł, oraz przez co najmniej 18 miesięcy brała udział w robotach budowlanych prowadzonych przy zabytkach nieruchomości wpisanych do rejestru lub inwentarza muzeum, będącego instytucją kultury”;

4. zmianę projektu umowy, stanowiącego Załącznik nr 3 do SIWZ, w zakresie wymaganych kar umownych w sposób następujący:

Klauzula 21.1.1 z tytułu zwłoki Wykonawcy w osiągnięciu któregoś z Celów Kluczowych - karę umowną w wysokości 10 000 zł za każdy dzień zwłoki;

Klauzula 21.1.2 - Odwołujący wnosi o jej wykreślenie w całości;

Klauzula 21.1.3 - z tytułu zwłoki Wykonawcy w osiągnięciu Całkowitego Zakończenia Wykonania - karę umowną w wysokości 0.01 (jedna setna) procenta całości Wynagrodzenia (netto) za każdy dzień zwłoki,

Klauzula 21.1.4 - Odwołujący wnosi o jej wykreślenie w całości;

Klauzula 21.1.5 - z tytułu zwłoki Wykonawcy w usunięciu Wady (w okresie realizacji umowy) - karę umowną w wysokości 1 000 zł

Klauzula 21.1.6 - z tytułu zwłoki Wykonawcy w usunięciu Wady w odpowiednim Okresie Odpowiedzialności za Wady - karę umowną w wysokości 1.000 PLN (tysiąc złotych) za każdy dzień zwłoki (dla uniknięcia wątpliwości: kara taka będzie naliczana odrębnie w odniesieniu do każdej stwierdzonej i nieterminowo usuniętej Wady);

Klauzula 21.1.7 - z tytułu nienależytego wykonania zobowiązania Wykonawcy skutkującego odstąpieniem przez Zamawiającego od Umowy - karę umowną w wysokości 10 (dziesięciu) procent całości Wynagrodzenia (netto);

Klauzula 21.3 - Z zastrzeżeniem art. 21.4 Umowy, kary umowne należne na podstawie Umowy będą naliczane kumulatywnie, jednakże łączna wysokość naliczanych kar ze wszystkich tytułów określonych w Umowie nie przekroczy 10% (czterdzieści) procent wysokości całości Wynagrodzenia (netto).

5. w pkt III ust. 14 SIWZ - zmianę wymaganych okresów gwarancji w odniesieniu do poniższych robót oraz odpowiednio treść Formularza ofertowego, stanowiącego Załącznik nr 2 do SIWZ, w sposób następujący: Roboty konstrukcyjne – 120, Hydroizolacje posadowienia budynku – 120, Dach - 180 miesięcy- 120, Elewację całego budynku – 120 oraz w konsekwencji zmianę załącznika nr 2 do SIWZ (formularza ofertowego) w sposób następujący: Pkt 6 otrzymuje brzmienie: Pkt 6.1) „oświadczamy, że udzielamy podstawowej gwarancji na wykonane przez siebie roboty, będące przedmiotem zamówienia na okres . miesięcy, licząc od daty bezusterkowego odbioru końcowego". Po pkt 6.1 dodaje się pkt 6.2 o następującej treści: „Okresy gwarancji na poszczególne zastosowane przez Wykonawcę materiały i urządzenia , obejmować będą okresy udzielone przez producentów”.

Odwołujący wniósł również o zasądzenie kosztów postępowania według norm przepisanych.

Odwołujący w pierwszej kolejności oświadczył, że zamierza ubiegać się o udzielenie przedmiotowego zamówienia, a treść SIWZ, jako sformułowana niezgodnie z przepisami ustawy pzp uniemożliwia Odwołującemu złożenie oferty w niniejszym postępowaniu, co może narazić go na szkodę. Odwołujący podkreślił, że odwołanie zostało złożone w terminie, zgodnie z art. 182 ust. 2 pkt 1 ustawy pzp.

W odniesieniu do zarzutu 1) żądania 1. dotyczącego warunku sytuacji ekonomicznej i finansowej - wykazania się posiadaniem środków finansowych lub zdolności kredytowej w kwocie nie niższej niż 150.000.000,00 zł (Sekcja III.2.2) pkt 3 lit. c) Ogłoszenia o zamówieniu oraz pkt VI.2.1.3 SIWZ). Odwołujący podniósł, że zgodnie z brzmieniem art. 22 ust. 1a w zw. z ust. 1b pkt 2) ustawy pzp Zamawiający zobowiązany jest określić warunki udziału w postępowaniu oraz wymagane od Wykonawców środki dowodowe w sposób proporcjonalny do wartości zamówienia oraz umożliwiające ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, w szczególności wyrażając je jako minimalne poziomy zdolności. Odwołujący podkreślił, iż Zamawiający w pkt 18.2 projektu umowy wyraźnie określił, iż przewiduje odbiory częściowe robót, które będą miały miejsce w ostatnim dniu roboczym każdego miesiąca kalendarzowego, co dodatkowo potwierdził w pkt 19.2 projektu umowy, w którym wskazał, iż wynagrodzenie będzie płacone w miesięcznych ratach. Z powyższego wynika, że ww. poziom wymaganej dyspozycji finansowej Wykonawcy w odniesieniu do przedmiotu zamówienia oraz określonych zasad odbioru i rozliczania robót jest nieuzasadniony i nadmiernie wygórowany. Za takim stanowiskiem przemawia wartość szacunkowa zamówienia wynosząca ok. 300 mln zł oraz przewidziany okres realizacji zamówienia, wynoszący 3 lata. Odnosząc się bowiem do ww. poziom wymaganych od Wykonawcy środków finansowych do wartości szacunkowej zamówienia Odwołujący stwierdził, że stanowi on aż 1/2 jej wartości (50%), co przy uwzględnieniu okresu realizacji zamówienia - 3 lat sugeruje, iż Zamawiający oczekuje potencjału finansowego Wykonawcy w wysokości 150 mln zł, który miałby zagwarantować Zamawiającemu finansowanie realizacji zamówienia przez okres pełnych 18 miesięcy. Co z kolei pozwala na ustalenie miesięcznej kwoty, jaką dysponować winien Wykonawca, w wysokości 8,5 mln zł. W świetle powyższego Odwołujący stwierdził, że adekwatnym progiem wymaganej zdolności finansowej Wykonawcy winna być kwota dużo niższa od określonej przez Zamawiającego w dokumentacji postępowania. Przyjmując ww. warunki wykonania i rozliczania robót (etapy miesięczne) stwierdzić bowiem można, że wystarczający wymagany poziom środków finansowych, z założeniem ryzyk związanych z realizacją odbiorów częściowych i dokonywania płatności to wartość zabezpieczająca kwartał (3 miesiące). To oznacza, że minimalny poziom zdolności powinien wynosić w ocenie Odwołującego nie 150 mln zł, jak wymaga Zamawiający, a jedynie ok. 25 mln zł. Odwołujący zaznaczył, że celem Zamawiającego winno być dopuszczenie do

udziału w postępowaniu jak najszerzej grupy potencjalnych Wykonawców z takim zasobem środków finansowych lub zdolnością kredytową, która zapewni płynną i należyłą realizację robót objętych zamówieniem. Postawienie warunku dot. środków finansowych lub zdolności kredytowej, którą dysponować winien Wykonawca na poziomie 50 mln złotych, zapewniającej środki finansowe na okres ponad 6 miesięcy realizacji inwestycji, czyni zdaniem Odwołującego zadość potrzebom Zamawiającego i gwarantuje należyte i terminowe wykonanie zamówienia. Swoje stanowisko Odwołujący poparł analizą rynku podobnych postępowań o udzielenie zamówień realizowanych przez inne instytucje kultury. Jak bowiem ustalił Odwołujący, w innych postępowaniach o zamówienie publiczne prowadzonych przez instytucje kultury, o podobnym charakterze i zakresie robót np.: w postępowaniu o zamówienie publiczne pn.: "Budowa Muzeum Wojska Polskiego", którego wartość szacunkowa wynosi 200-300 mln (netto) zł, Zamawiający określił wobec Wykonawców warunek dyspozycyjności finansowej w wysokości 20 mln zł, co odpowiada 7-10% tej kwoty, tym samym warunek ten uznać można za nienaruszający zasad uczciwej konkurencji i proporcjonalny do przedmiotu zamówienia. Podobnie postąpił inny Zamawiający w postępowaniu o zamówienie publiczne pn: „Budowa Muzeum II Wojny Światowej”, określając warunek w zakresie wymaganej sytuacji finansowej Wykonawcy w wysokości 50 mln zł, co odpowiada ok. 23% wartości szacunkowej zamówienia, wynoszącej 223 mln zł, a który także jest adekwatny do przedmiotu zamówienia i odpowiada zasadom wyznaczonym przepisami ustawy pzp o zachowaniu uczciwej konkurencji i równym traktowaniu Wykonawców. Odwołujący wskazał, że w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej wypracowano pogląd, iż pod pojęciem "proporcjonalny do przedmiotu zamówienia" rozumie się opis adekwatny (ale nie tożsamy) do zakresu, specyfiki i wartości prac objętych przedmiotem zamówienia. Zasada proporcjonalności oznacza, że opisane przez zamawiającego warunki udziału w postępowaniu muszą być uzasadnione wartością, charakterystyką, zakresem, stopniem złożoności lub warunkami realizacji danego zamówienia, nie powinny także ograniczać dostępu do zamówienia wykonawcom dającym rękojmię należytego wykonania (np. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 24 listopada 2014 r. sygn. akt KIO 2358/15, wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 5 czerwca 2014 r. sygn. akt KIO 938/14, uchwała Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 8 października 2014 r. KIO-KU-93-14). Odwołujący wskazał także na wyrok Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej z dnia 23 grudnia 2009 r. w sprawie Serrantoni Srl i Consorzio stabile edili Scrl przeciwko Comune di Milano (C-376/08). Powołał się także na wyrok z dnia 8 czerwca 2017 r. Krajowej Izby Odwoławczej (sygn. akt 1030/17), zgodnie z którym proporcjonalność warunku należy rozumieć jako opisanie warunku na takim poziomie, który z jednej strony jest uzasadniony dążeniem zamawiającego do uzyskania najwyższej jakości i rzetelności w wykonaniu przedmiotu zamówienia, a z drugiej nie ogranicza dostępu do udziału w postępowaniu

o udzielenie zamówienia publicznego wykonawcom zdolnym do jego realizacji. Odwołujący zaznaczył, że dla sprawy ma znaczenie kilka informacji: 1) wartość zamówienia została określona na poziomie ok. 300 mln złotych, 2) wyznaczono termin realizacji zamówienia na 990 dni (czyli ok. 3 lata), 3) Zamawiający przewidział miesięczne odbiory i rozliczenia robót. Przy powyższych założeniach, trudno w ocenie Odwołującego odmówić słuszności twierdzeniu, że wymóg posiadania środków finansowych na poziomie 150 mln złotych (czyli zabezpieczenie całego roku inwestycji) jest bezpodstawny, wygórowany i nieproporcjonalny w stosunku do przedmiotu zamówienia. Praktyka rynkowa pokazuje, że standardem jest wyznaczanie tej wartości na poziomie ok. 10%/20% szacunkowej wartości zamówienia. Dlatego też Odwołujący wniósł żądanie zgodnie ze wskazanym w pkt 1. uzasadnienia.

W zakresie zarzutu 2) żądania 2. dotyczącego warunku zdolności technicznej i zawodowej – doświadczenia wykonawcy (Sekcja III.2.3) lit. B) pkt I Ogłoszenia o zamówieniu oraz pkt VI.2.2.1. SIWZ) Odwołujący zaznaczył, iż warunek postawiony przez Zamawiającego uznać należy za nadmiernie wygórowany i nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia. Uniemożliwia on, w ocenie Odwołującego, bądź znacząco utrudnia, udział w postępowaniu Wykonawcom posiadającym bogate doświadczenie zdobyte podczas realizacji zamówień o podobnym charakterze, którzy z uwagi na określoną przez Zamawiającego zbyt wysoką wartość zamówienia wymaganego do wykazania doświadczenia (250 mln zł), nie będą w stanie temu sprostać. Odwołujący podkreślił, że na rynku polskim w okresie ostatnich 8 lat realizowanych było tylko kilka inwestycji, które swoim zakresem oraz wartością zbliżone są do niniejszego postępowania. Były to m.in. Budowa Muzeum II Wojny Światowej czy też aktualnie prowadzone postępowanie na budowę Muzeum Wojska Polskiego (które nota bene budowane będzie również na terenie Cytadeli Warszawskiej). Odwołujący zauważył, że żaden z tych Zamawiających nie postawił tak wygórowanych warunków, jak w przedmiotowym postępowaniu. I tak, na przykład w postępowaniu o zamówienie publiczne dotyczące wykonania zadania pn.: "Budowa Muzeum Wojska Polskiego" o wartości szacunkowej zamówienia w wysokości 200-300 mln zł (netto), Zamawiający określił wobec Wykonawców warunek wykazania się doświadczeniem w wykonaniu robót budowlanych o wartości 20 mln zł, co odpowiada 7-10% tej kwoty. Z kolei w innym postępowaniu o zamówienie publiczne w sprawie wykonania zamówienia pn.: Budowa Muzeum II Wojny Światowej" inny Zamawiający wskazał podobnie, iż o zamówienie mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy wykażą się realizacją robót budowlanych o wartości 50 mln zł, przy wartości szacunkowej zamówienia wynoszącej ok. 223 mln zł, co odpowiada ok. 23 % tej kwoty. Mając powyższe na uwadze Odwołujący uznał, iż w przedmiotowym postępowaniu Zamawiający określił zbyt wygórowane warunki udziału w postępowaniu utrudniające udział w postępowaniu wszystkim zainteresowanym Wykonawcom, a które naruszają uczciwą konkurencję i równe traktowanie

w postępowaniu. Dodatkowo Odwołujący wskazał, iż określona przez Zamawiającego klasa budynku: 1220 w Dziale 12 nie występuje w klasyfikacji określonej w rozporządzeniu Rady Ministrów z dnia 30.12.1999 r. w sprawie Polskiej Klasyfikacji Obiektów Budowlanych ( PKOB) (Dz. U. z 1999 r. Nr 112, poz. 1316 ze zm.). Odwołujący powołał się na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 27 kwietnia 2017 r. (sygn. KIO 697/17). W związku z powyższym Odwołujący zgłosił żądanie wskazane w pkt 2. uzasadnienia.

Odnosząc się do zarzutu 2) żądania 3. dotyczącego warunku zdolności technicznej i zawodowej – dysponowanie osobami – Kierownikiem Budowy (Sekcja III 2.3) lit. B) pkt II lit. a) Ogłoszenia o zamówieniu oraz pkt VI.2.2.2 lit. a) SIWZ) Odwołujący zaznaczył, iż zapis o obowiązku wykazania się osobą pełniącą funkcję Kierownika budowy nieprzerwanie od daty rozpoczęcia budowy do dnia zakończenia budowy, przez Wykonawców dysponujących, co prawda w swoich zasobach wymaganym personelem, posiadającym wymagane uprawnienia budowlane i doświadczenie w nadzorze nad realizacją zamówień o opisanym charakterze będzie trudny do wykazania. Jak wynika z doświadczenia Odwołującego, w trakcie realizacji kontraktów Kierownicy budów się zmieniają, przekazują sobie nawzajem obowiązki, co też jest dopuszczone przepisami Prawa budowlanego i zgodne z zasadami sztuki budowlanej i jest często stosowaną praktyką przy realizacji zamówień, niezależnie od stopnia ich złożoności i terminu wykonania. W ocenie Odwołującego zmiany osób pełniących funkcję Kierownika budowy w trakcie realizacji kontraktu są powszechną praktyką, w szczególności w przypadku realizacji umów wieloletnich, jak ta w niniejszym postępowaniu. Odwołujący zdaje sobie sprawę z potrzeby Zamawiającego, pragnącego zabezpieczenia prawidłowej realizacji umowy poprzez pełnienie funkcji Kierownika budowy przez osobę, która posiada faktyczne, a nie tylko iluzoryczne doświadczenie zawodowe. Jednak postawienie warunku w sposób określony w SIWZ Odwołujący uznaje za znacząco wygórowany. Zdaniem Odwołującego nie można odmówić słuszności twierdzeniu, że Kierownik Budowy, który pełnił funkcję Kierownika Budowy podczas realizacji np. budowy muzeum o znacznej wartości przez okres 12 miesięcy, a więc realizując kontrakt podczas wszystkich pór roku (w różnych warunkach pogodowych), odpowiednie doświadczenie posiada i daje rękojmię należytej realizacji zamówienia. Odwołujący powołuje się na postępowania inne instytucje kultury gdzie nie są stosowane zapisy o obowiązku pełnienia przez Kierownika budowy nadzoru nad realizacją kontraktu w okresie, trwającym nieprzerwanie od daty rozpoczęcia budowy do dnia zakończenia budowy. Przez wzgląd na zmiany na stanowiskach Kierownika budowy, w szczególności w kilkuletnich projektach, w ocenie Odwołującego niewiele osób jest w stanie wykazać się doświadczeniem wymaganym przez Zamawiającego. Odwołujący wskazuje ponadto, że budynki, przy budowie których Kierownik budowy ma posiadać doświadczenie są obiektami użyteczności publicznej, a dopuszczenie do przetargu tylko tych osób, które posiadają

doświadczenie na budynkach sklasyfikowanych do klas wskazanych przez Zamawiającego znacznie zawęża grono Wykonawców spełniających wymagania. W ocenie Odwołującego Kierownik budowy posiadający doświadczenie przy realizacji budynku użyteczności publicznej nie stanowi realnego zagrożenia dla Zamawiającego pod względem należytego nadzorowania oraz wykonania inwestycji przez Wykonawcę. Proces budowy muzeum nie odbiega bowiem w znaczący sposób od rozwiązań konstrukcyjnych oraz instalacyjnych innych obiektów użyteczności publicznej, tych które nie są sklasyfikowane w klasie 1262 czy 1261. Dla przykładu Odwołujący wskazuje na treść warunku z postępowania o zamówienie publiczne prowadzonego przez takiego samego Zamawiającego (instytucja kultury) na zadanie pn: "Budowa Muzeum Wojska Polskiego" o wartości szacunkowej zamówienia w wysokości 200-300 mln zł (netto), w którym Zamawiający wskazał wobec osoby proponowanej do pełnienia obowiązków Kierownika budowy wymóg wykazania doświadczenia przy sprawowaniu nadzoru nad dowolnymi robotami budowlanymi o wartości 40 mln zł, w tym dwoma o charakterze budynków użyteczności publicznej o wartości nie mniej niż 20 mln zł. Podobnie postąpił także inny Zamawiający w postępowaniu o zamówienie publiczne prowadzone na zadanie pn.: „Muzeum II Wojny Światowej”, który jako wymagania względem osoby proponowanej na stanowisko Kierownika budowy wskazał jedynie żądanie posiadania przez taką osobę wymaganych przepisami prawa, uprawnień budowlanych, 3-letniego doświadczenia na stanowisku Kierownika budowy oraz wykazania się kierowaniu robotami budowlanymi polegającej na wykonaniu obiektu użyteczności publicznej o wartości 100 mln zł. Odwołujący podkreślił, że postępowania przez niego wskazane są znaczącymi kontraktami, zarówno przez wzgląd na podobny charakter do przedmiotowego postępowania, jak i jego wartość, ale również przez wzgląd na znaczenie historyczne. Co więcej, postępowanie dot. budowy Muzeum Wojska Polskiego będzie realizowane na tym samym terenie (warszawskiej Cytadeli), w podobnych warunkach, a od Wykonawców wybranych w obu postępowaniach wymaga się współpracy. Postawione przez Zamawiającego warunki zdaniem Odwołującego naruszają uczciwą konkurencję i uniemożliwiają bądź znacząco utrudniają udział w postępowaniu potencjalnie przygotowanym do należytego wykonania zamówienia Wykonawcom, którzy z powodu nieuzasadnionych warunków udziału w postępowaniu nie będą mogli do niego przystąpić lub poniosą niewspółmiernie wysokie koszty pozyskania osoby, która spełni wymogi Zamawiającego. W ocenie Odwołującego, Zamawiającemu powinno zależeć na tym, by w postępowaniu uczestniczyło wielu Wykonawców spośród których będzie mógł dokonać wyboru oferty najkorzystniejszej. To Zamawiający, jako jego gospodarz, odpowiada za zgodne z przepisami ustawy pzp przygotowanie dokumentacji postępowania, w tym w szczególności warunków udziału w postępowaniu, które nie mogą utrudniać udziału Wykonawcom zainteresowanym udziałem w tym postępowaniu, ani

naruszać zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania Wykonawców. W ocenie Odwołującego, proporcjonalnie ukształtowanym warunkiem wymaganego doświadczenia Kierownika budowy będzie wartość zamówienia, na którym pełnił nadzór w wysokości 80 mln zł. Zapewni to udział w postępowaniu większej liczbie zainteresowanych Wykonawców, którzy dysponują niezbędnym do wykonania przedmiotowego zamówienia - personelem zawodowym. Biorąc pod uwagę powyższą argumentację Odwołujący zgłosił żądanie zgodnie z zawartym w pkt 3. uzasadnienia.

Odnosnie zarzutu 3) żądania 4. Odwołujący wskazał, że Zamawiający sformułował kary umowne w sposób naruszający zasady uczciwej konkurencji, niezgodny z zasadami współżycia społecznego i rażąco wygórowany, w związku z tym aktualizuje się przesłanka do sądowego ich miarkowania. Zgodnie z treścią art. 484 § 2 k.c. jeżeli zobowiązanie zostało w znacznej części wykonane, dłużnik może żądać zmniejszenia kary umownej; to samo dotyczy wypadku, gdy kara umowna jest rażąco wygórowana. W ocenie Odwołującego, oczekiwanie Zamawiającego, by za każdą nawet najmniejszą, nieistotną wadę/usterkę nieskutkującą brakiem możliwości użytkowania Inwestycji płacić kwotę aż 10 000 000 zł za każdy dzień zwłoki w jej usunięciu; podobnie za zwłokę w realizacji robót od 15 dnia w stosunku (klauzula 21.1.2.) do harmonogramu kwotę 1 000 000 zł (w stosunku do realizacji Celów Kluczowych - 100 000 zł za dzień zwłoki; klauzula 21.1.1.) jest roszczeniem zdecydowanie zbyt daleko idącym. W/w kwoty stoją w jawnej dysproporcji do wynagrodzenia Odwołującego, i tak kara 10 000 000 zł za zwłokę w usunięciu Wady (klauzula 21.1.5.), stanowi wobec budżetu Zamawiającego (wynoszącego 300 mln zł) 3% całego wynagrodzenia netto wykonawcy, zaś kara z klauzuli 21.1.2. stanowi ponad 0,5% całego wynagrodzenia netto wykonawcy. To oznacza, że przy drobnym poślizgu w realizacji zamówienia, Zamawiający bardzo szybko uzyska kwotę odpowiadającą karze za odstąpienie od umowy w wysokości 15% wartości wynagrodzenia netto wykonawcy, która przecież winna być przyznana za rażące i niedające się usunąć zaniedbania wykonawcy. Odwołujący zaznaczył, że przedmiot prac jest dość skomplikowany, a harmonogram prac bardzo wymagający, co prowadzi do sytuacji, iż wykonawca nie jest w stanie oszacować realnego kontraktowego ryzyka, odpowiadającego regułom rynkowym. Wykonawca odpowiada przecież tylko za normalne następstwa swoich działań/zaniechań, za które ponosi stosowne konsekwencje (należyta staranność wymagana w stosunku danego rodzaju) - art. 471 k.c. w zw. z art. 355 S 1 w zw. z art. 354 S 1 k.c. Dowodzi to zdaniem Odwołującego naruszenia przez Zamawiającego zasady swobody umów - art. 353<sup>1</sup> k.c. Odwołujący podniósł, że tak zastrzeżone kary umowne są sprzeczne z właściwością (naturą) i celem zobowiązania wynikającego z art. 647 k.c. Powołany przepis zobowiązuje Zamawiającego do „odebrania obiektu i zapłaty umówionego wynagrodzenia”, a nie do darmowego świadczenia oderwanego od szkody poniesionej przez Zamawiającego.

Zamawiający nie powinien zapominać, iż jego obowiązkiem jest współdziałanie przy realizacji inwestycji, zgodnie z art. 354 § 2 k.c. Odwołujący zauważył, iż dowodzi to jednocześnie, że zaproponowane, czy raczej narzucone przez Zamawiającego kary, będą w istocie nienależnym świadczeniem, którego uiszczenie spowoduje wzbogacenie Zamawiającego ponad kwoty realnie poniesionych kosztów lub strat. Stanowi to w ocenie Odwołującego także naruszenie zasad współzycia społecznego. Odwołujący wskazuje na dysharmonię wobec wartości kar stosowanych na podobnych inwestycjach realizowanych w Polsce na przestrzeni lat 2007 - 2015. Zgodnie z treścią wyroku Sądu Apelacyjnego w Katowicach z dnia 17 grudnia 2008 roku (V ACa 483/08), wśród okoliczności rzutujących na możliwość miarkowania kary umownej jako rażąco wygórowanej wskazuje się na stopień winy dłużnika, jeśli na tej zasadzie oparta jest odpowiedzialność, brak szkody lub jej niewielki rozmiar, stosunek kary umownej do wartości spełnionego świadczenia, wartość robót ustalonych w umowie, w której kara została zastrzeżona, jak i przyczynienie się wierzyciela do szkody, zaś w przypadku kary umownej zastrzeżonej za opóźnienie przyczyny opóźnienia w zakończeniu prac. Odwołujący powołał się także na wyrok Sądu Najwyższego z dnia 25 marca 2011 r. (IV CSK 401/10). Odwołujący zaznacza, że nie sposób uzasadnić poglądu, iż skoro Zamawiający uzyska należne mu świadczenie, to powinien on też otrzymać od Wykonawcy takie wysokie kary umowne. Akceptacja powyższego stanowiska prowadziłaby do nieuprawnionego wniosku, iż kara umowna może prowadzić do bezpodstawnego wzbogacenia jednej ze stron kosztem drugiej. Kara umowna stanowi sankcję cywilnoprawną, której celem jest naprawienie szkody wynikłej z niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania niepieniężnego. Winna ona wyłącznie kompensować negatywne konsekwencje prawne wynikające z uchybienia realizacji obowiązków umownych, natomiast nie może być postrzegana w kategoriach środka prawnego, chroniącego jedną ze stron ponad miarę. W odniesieniu natomiast do limitu skumulowanych kar umownych określonego na 40% wysokości całego wynagrodzenia netto wykonawcy - klauzula 21.3, Odwołujący podkreślił, iż warunek ten jest nieproporcjonalny i sprzeczny z aktualną doktryną i orzecznictwem Sądu Najwyższego. Zgodnie z wyrokiem Sądu Najwyższego z dnia 29 listopada 2013 r.; sygn. akt: I CSK 124/13: „W sprawie o zapłatę kary umownej zastrzeżonej na wypadek uchybienia terminowi spełnienia świadczenia, ocena, czy kara ta jest nadmiernie wygórowana (art. 484 § 2 k.c.), powinna uwzględniać wysokość kary umownej zastrzeżonej w tej umowie na wypadek odstąpienia od niej. Odwołujący powołał się także na wyrok Sądu Najwyższego z dnia 13 czerwca 2013 r., V CSK 375/12, niepubl. Ustalony przez Zamawiającego limit kar umownych wynosi 40% wartości wynagrodzenia wykonawcy (klauzula 21.3), co odpowiada niemal potrójnej wartości kary Zamawiającego za odstąpienie z winy Wykonawcy, wynoszącej obecnie 15% wartości netto wynagrodzenia wykonawcy (klauzula 21.1.7), którą wykonawca winien zapłacić, w ocenie Odwołującego, za

najpoważniejsze naruszenia umowy. Biorąc pod uwagę wartość budżetu inwestycji wartość potencjalnego limitu wynosi aż 120.000.000,00 zł. Ta ogromna kwota może spowodować niepowetowaną szkodę w majątku wykonawcy i doprowadzić do upadłości wykonawcy realizującego w dobrej wierze inwestycję. Odwołujący wskazał dodatkowo, iż Zamawiający zastrzegł, że wszystkie kary umowne mogą być naliczane kumulatywnie, co potęguje wrażenie, iż Zamawiającemu nie chodzi tylko o zrealizowanie inwestycji, lecz nastawiony jest na systematyczne penalizowanie wykonawcy. Odwołujący zauważył, iż tak pojmowane kary umowne (zapłacone niezależnie od wyrządzonej szkody) traciłyby przyznawany jej powszechnie w piśmiennictwie i orzecznictwie przymiot surogatu odszkodowania. Biorąc pod uwagę powyższe, Odwołujący złożył żądanie zgodne ze wskazanym w pkt 4. uzasadnienia.

Odnośnie zarzutu 4) żądania 5. dotyczącego pkt III. 14 SIWZ Odwołujący zauważył, że Zamawiający sformułował zbyt długie, nieadekwatne do obowiązujących przepisów k.c. okresy gwarancji/rękojmi na wybrane roboty budowlane. Odwołujący podniósł, iż Rozszerzony Okres Odpowiedzialności za Wady (klauzula 24.1.3. wzoru umowy) dla poszczególnych elementów robót został ustalony w sposób nieproporcjonalny i oderwany od rynkowych wartości. Odwołujący podkreślił, iż ustawowa, powszechna ochrona Zamawiającego jako strony odbierającej obiekt jest określona przez art. 568 § 1 k.c. i wynosi 5 lat od dnia wydania rzeczy kupującemu (rękojmia). Nie sposób zatem uznać w ocenie Odwołującego, iż podmiot publiczny winien być uprzywilejowany tak dalece, by oczekiwać aż czterokrotnie dłuższego terminu ochrony gwarancyjnej/rękojmianej, niż standardowo przyjął to ustawodawca względem wszystkich podmiotów. Odwołujący wskazał, iż żaden z jego ówczesnych Wykonawców nie jest w stanie udzielić tak odległej (20 albo 15-letniej w zależności od przedmiotu) gwarancji/rękojmi na roboty konstrukcyjne, hydroizolacje posadowienia budynku, dach, elewację całego budynku. Normalnym bowiem zjawiskiem jest pogarszanie się jakości prac na skutek chociażby czynników atmosferycznych i starzenia się materiału na skutek upływu czasu. Oczekiwanie zatem, by po 15, 20 latach jakość prac była taka sama, jak tuż po ich oddaniu do użytkowania, jest zdaniem Odwołującego kuriozalne. W pkt III.14 oraz XVI.3 SIWZ, Zamawiający określił wymagany podstawowy okres gwarancji na wykonane roboty oraz zainstalowane urządzenia w wymiarze 36 miesięcy, który nie może być dłuższy niż 60 miesięcy i stanowi kryterium oceny ofert. Wykonawcy, chcący wziąć udział w niniejszym postępowaniu deklarowane przez siebie okresy gwarancji mają wyrazić w treści Formularza Oferty Przetargowej. I tak, w zapisie pkt 6 tego dokumentu Zamawiający stworzył wzór wymaganego oświadczenia: „oświadczamy, że udzielamy podstawowej gwarancji na wykonane przez siebie roboty, będące przedmiotem zamówienia, oraz zastosowane materiały i urządzenia na okres .....\* miesięcy, licząc od daty bezusterkowego odbioru końcowego z tym, że dla materiałów oraz urządzeń okres ten nie będzie krótszy niż gwarancja udzielana

przez producenta, przy czym okres ten nie będzie krótszy niż okres udzielonej przez Wykonawcę gwarancji". W ocenie Odwołującego złożenie oświadczenia o powyższej treści przez Wykonawców może być niemożliwe do spełnienia. Skoro Zamawiający określił, iż minimalny okres gwarancji nie może być krótszy niż 36 miesięcy, ale jednocześnie nie może być dłuższy niż 60 miesięcy, a w ww. okresach muszą być uwzględnione gwarancje na zastosowane materiały i urządzenia, które nie mogą być krótsze niż gwarancja producenta i okres udzielonej przez Wykonawcę gwarancji to prawdopodobne jest, że producenci nie udzielają gwarancji na poszczególne materiały i urządzenia, która spełniałaby ww. warunek Zamawiającego, lub też okresy gwarancji będą różne w odniesieniu do poszczególnych asortymentów, a tym samym Wykonawca nie będzie w stanie skorelować okresów gwarancyjnych udzielonych przez producentów poszczególnych materiałów i urządzeń z deklarowanym przez siebie okresem gwarancji, który decyduje o liczbie możliwych do pozyskania punktów, w ramach kryterium oceny ofert. W rezultacie może to doprowadzić do sytuacji, w której Wykonawcy chcący otrzymać maksymalną liczbę punktów w ramach kryterium oceny ofert „Gwarancja”, w ww. oświadczeniu zadeklarują okres gwarancji na wykonane roboty budowlane oraz zastosowane materiały i urządzenia niezgodne z prawdą. Odwołujący wskazał, iż okres gwarancji udzielonej przez Wykonawcę wybranego w postępowaniu podlegać będzie rewizji Zamawiającego dopiero po podpisaniu umowy. Na etapie realizacji i odbioru poszczególnych robót objętych przedmiotem zamówienia bowiem dopiero Zamawiający winien będzie egzekwować od wybranego Wykonawcy dotrzymania warunków przyjętej oferty, w tym dotrzymania okresu gwarancji. Skoro zatem „Gwarancja” stanowi jedno z kryteriów oceny ofert, a decyduje częściowo zatem, któremu Wykonawcy udzielone zostanie zamówienie, w sytuacji niedotrzymania przez wybranego Wykonawcę zobowiązania zawartego w ofercie przetargowej, stanowić będzie o wyborze oferty najkorzystniejszej z naruszeniem przepisów ustawy pzp, bądź realizacji zamówienia niezgodnie z umową. Mając na względzie powyższe Odwołujący zgłosił żądanie zgodnie z zawartym w pkt 5. uzasadnienia.

W dniu 24 października 2017 r. Zamawiający poinformował wykonawców o wniesieniu odwołania zamieszczając jego kopię na swojej stronie internetowej i wezwał wykonawców do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym.

W dniu 27 października 2017r. do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, w zakresie zarzutów dotyczących warunków udziału w postępowaniu, zgłosił swój udział wykonawca Warbud S.A. z siedzibą w Warszawie, ul. Domaniewska 32 - dalej Przystępujący. Zgłoszenie zostało podpisane przez członka zarządu oraz prokurenta, ujawnionych w KRS i upoważnionych do reprezentacji. Kopia zgłoszenia została przekazana w dniu 27 października 2017 r. Zamawiającemu i Odwołującemu, co Strony potwierdziły na

posiedzeniu z udziałem Stron i Uczestników Postępowania. Przystępujący jest Wykonawcą zainteresowanym udziałem w przedmiotowym postępowaniu. W ocenie Przystępującego warunki postawione przez Zamawiającego są proporcjonalne i adekwatne do przedmiotu zamówienia, a stawiając je Zamawiający nie naruszył przepisów wskazanych w odwołaniu. Przystępujący wnosi o oddalenie odwołania w zakresie zarzutów dotyczących warunków udziału w postępowaniu.

#### KIO 2232/17

W dniu 23 października 2017 r. odwołanie wniósł wykonawca IDS-BUD S.A. z siedzibą w Warszawie, ul. Grzybowska 87 – dalej Odwołujący. Odwołanie zostało podpisane przez prokurenta ujawnionego w KRS i uprawnionego do reprezentacji. Kopia odwołania została przekazana Zamawiającemu w dniu 23 października 2017 r. drogą elektroniczną (via e-mail).

Odwołujący wniósł odwołanie wobec czynności Zamawiającego, podjętych w postępowaniu na wykonanie robót budowlanych związanych z: realizacją zadania inwestycyjnego pn. „Budowa Muzeum Historii Polski w Warszawie”, polegających w szczególności na określeniu warunków udziału w postępowaniu w sposób nieproporcjonalny oraz utrudniający uczciwą konkurencję oraz na wprowadzeniu do wzoru umowy postanowień naruszających przepisy prawa, poprzez nałożenie kar umownych w wysokości niewspółmiernej do wagi naruszenia oraz dającej nieuzasadnioną przewagę Zamawiającemu, co prowadzi do nadużycia jego prawa podmiotowego.

Powyższej wskazanym czynnością Zamawiającego zarzucił naruszenie:

- 1) art. 22 ust. 1a, art. 22d ust. 1 ustawy pzp zw. z art. 7 ust. 1 ustawy pzp poprzez określenie warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i kwalifikacji zawodowej w sposób nieproporcjonalny oraz utrudniający uczciwą konkurencję;
- 2) naruszenie art. 14 ustawy pzp i art. 139 ust. 1 ustawy pzp w zw. z art. 483 § 1 k.c. w zw. z art. 353<sup>1</sup> k.c. oraz w zw. z art. 5 k.c. poprzez umieszczenie w treści SIWZ postanowień wykraczających poza dopuszczoną ustawowo granicę swobody umów poprzez ukształtowanie treści stosunku prawnego w sposób sprzeciwiający się jego właściwości oraz zasadom współżycia społecznego, w tym także nadużycie pozycji Zamawiającego jako silniejszej strony stosunku cywilnoprawnego wynikającego z zawarcia umowy o charakterze adhezyjnym, poprzez wykorzystanie kary umownej w sposób sprzeczny z funkcją, jaką powinna pełnić kara umowna oraz w sposób sprzeczny z zasadami współżycia społecznego.

Odwołujący w oparciu o wyżej wskazane zarzuty wniósł o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie Zamawiającemu:

1. dokonania zmiany pkt III.2.3) lit. B) pkt I. Ogłoszenia o zamówieniu oraz pkt VI.2.2.1. SIWZ, poprzez nadanie im następującego brzmienia:

„Wykonawca winien wykazać, że wykonał w okresie ostatnich 8 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, co najmniej jedną robotę budowlaną o wartości brutto nie mniejszej niż 160 mln zł, polegającej na budowie „budynku użyteczności publicznej” w rozumieniu przepisów rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 12.4.2002 r. w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać budynki i ich usytuowanie (Dz.U. z 2002 r. Nr 75, poz. 690 z późn. zm.)”

bądź w przypadku nieuwzględnienia powyższego przez Krajową Izbę Odwoławczą, poprzez nadanie im następującego brzmienia:

„Wykonawca winien wykazać, że wykonał w okresie ostatnich 8 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, roboty budowlane odpowiadające swoim rodzajem i wartością robotom budowlanym stanowiącym przedmiot zamówienia, tj. wykonał co najmniej jedną robotę budowlaną o wartości brutto nie mniejszej niż 160 mln zł, polegającą - w rozumieniu art 3 pkt 6 ustawy Prawo budowlane (tekst jednolity Dz.U. z 2017 r. nr 1332 z późn. zm.) - na budowie budynku (w rozumieniu art. 3 pkt 2 ustawy Prawo budowlane) - sklasyfikowanego na podstawie Rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 30.12.1999 r. w sprawie Polskiej Klasyfikacji Obiektów Budowlanych (PKOB) (Dz.U. z 1999 r. nr 112 poz.1316 ze zm.) w Dziale 12, grupa 126 klasa 1220 lub klasa 1261 (z wyłączeniem budynków: sal tanecznych i dyskotek, estrady, budynków schronisk dla zwierząt, budynków ogrodów zoologicznych i botanicznych), lub klasa 1262 (z wyłączeniem: bibliotek, centr informacyjnych, archiwów) lub klasa 1263.”

bądź w przypadku nieuwzględnienia powyższego przez Krajową Izbę Odwoławczą, poprzez nadanie im następującego brzmienia:

„Wykonawca winien wykazać, że wykonał w okresie ostatnich 8 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, roboty budowlane odpowiadające swoim rodzajem i wartością robotom budowlanym stanowiącym przedmiot zamówienia, tj. wykonał co najmniej jedną robotę budowlaną o wartości brutto nie mniejszej niż 120 mln zł, polegającą - w rozumieniu art. 3 pkt 6 ustawy Prawo budowlane (tekst jednolity Dz.U. z 2017 r. nr 1332 z późn. zm.) - na budowie budynku (w rozumieniu art. 3 pkt 2 ustawy Prawo budowlane) - sklasyfikowanego na podstawie Rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 30.12.1999 r. w sprawie Polskiej Klasyfikacji Obiektów Budowlanych (PKOB) (Dz.U. z 1999 r. nr 112 poz.1316 ze zm.) w Dziale 12, grupa 126 klasa 1220 lub klasa 1261 (z wyłączeniem budynków: sal tanecznych i dyskotek, estrady, budynków schronisk dla

zwierząt, budynków ogrodów zoologicznych i botanicznych), lub klasa 1262 (z wyłączeniem: bibliotek, centr informacyjnych, archiwów)";

2. dokonanie zmiany pkt III. 2.3) lit. B) pkt II. a) Ogłoszenia o zamówieniu oraz pkt VI.2.2.2. lit. a) SIWZ, poprzez nadanie im następującego brzmienia:

„minimum jedna osoba przewidziana do pełnienia funkcji Kierownika Budowy posiadająca uprawnienia budowlane bez ograniczeń do kierowania robotami budowlanymi w specjalności konstrukcyjno-budowlanej, wraz z ważnym zaświadczeniem o przynależności do właściwej izby samorządu zawodowego oraz posiadającą co najmniej 8-letnie doświadczenie zawodowe w nadzorowaniu robót budowlanych w swojej specjalności, w tym pełnienie funkcji (nieprzerwanie od daty rozpoczęcia budowy do dnia zakończenia budowy) Kierownika Budowy przy budowie przynajmniej jednego „budynku użyteczności publicznej” w rozumieniu przepisów rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 12.4.2002 r. w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać budynki i ich usytuowanie (Dz.U. z 2002 r. Nr 75, poz. 690 z późn. zm.) o wartości nie mniejszej niż 120 mln zł brutto”

oraz usunięcie wymogu posiadania przez osobę przewidzianą do pełnienia funkcji Kierownika Budowy, kierownika robót w zakresie drogowym oraz kierownika robót w zakresie konstrukcyjno-budowlanym wymogu brania przez co najmniej 18 miesięcy udziału w robotach budowlanych prowadzonych przy zabytkach nieruchomych wpisanych do rejestru lub inwentarza muzeum będącego instytucją kultury w zamian za co Zamawiający wprowadzi wymóg dysponowania co najmniej jedną osobą, przeznaczoną do wykonania czynności kierownika prac konserwatorskich, który posiada co najmniej 18 miesięcy udziału w robotach budowlanych prowadzonych przy zabytkach nieruchomych wpisanych do rejestru lub inwentarza muzeum będącego instytucją kultury;

3. usunięcie kary umownej określonej w punkcie 21.1.5 wzoru umowy;

4. usunięcie kary umownej określonej w punkcie 21.1.2 wzoru umowy;

5. usunięcie kary umownej określonej w punkcie 21.1.4 wzoru umowy;

6. modyfikację kary umownej określonej w punkcie 21.1.1 wzoru umowy poprzez nadanie jej następującego brzmienia: „z tytułu zwłoki Wykonawcy w osiągnięciu któregośkolwiek z Celów Kluczowych - karę umowną w wysokości 100.000 PLN (sto tysięcy złotych) za każdy dzień zwłoki.”

7. modyfikację kary umownej określonej w punkcie 21.1.3 wzoru umowy poprzez nadanie jej następującego brzmienia: „z tytułu zwłoki Wykonawcy w osiągnięciu Całkowitego Zakończenia Wykonania - karę umowną w wysokości 0.1 (jedna dziesiąta) procenta całości Wynagrodzenia (netto) za każdy dzień zwłoki”.

Odwołujący podkreślił, że odwołanie zostało złożone w terminie, zgodnie z art. 182 ust. 1 pkt 1 ustawy pzp, ponieważ ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane na stronie internetowej Zamawiającego w dniu 11 października 2017 r

Odwołujący w pierwszej kolejności oświadczył, że posiada interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy pzp, gdyż w przypadku nieuwzględnienia niniejszego odwołania, Odwołujący zostanie pozbawiony możliwości złożenia oferty a tym samym pozyskania przedmiotowego zamówienia publicznego.

W zakresie żądania 1. dotyczącego warunku zdolności technicznej i zawodowej – doświadczenia wykonawcy (Sekcja III.2.3) lit. B) pkt I Ogłoszenia o zamówieniu oraz pkt VI.2.2.1. SIWZ) Odwołujący wskazał, iż został on opisany przez Zamawiającego w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia, niespotykany na rynku zamówień publicznych oraz znacznie utrudniający konkurencję i zawężający krąg potencjalnych wykonawców, mogących złożyć oferty w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Odwołujący zaznaczył, iż proporcjonalność warunku należy rozumieć jako opisanie warunku na takim poziomie, który z jednej strony jest uzasadniony dążeniem Zamawiającego do uzyskania najwyższej jakości i rzetelności w wykonaniu przedmiotu zamówienia, a z drugiej nie ogranicza dostępu do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego wykonawcom zdolnym do jego realizacji. Zasada proporcjonalności oznacza, że opisane przez Zamawiającego warunki udziału w postępowaniu muszą być uzasadnione wartością zamówienia, charakterystyką, zakresem, stopniem złożoności lub warunkami realizacji zamówienia. Nie powinny także ograniczać dostępu do zamówienia wykonawcom dającym rękojmię należytego jego wykonania. Zamawiający określa warunki udziału w postępowaniu, uwzględniając, że warunek udziału w postępowaniu stanowi materię, która jest zindywidualizowana na dane postępowanie o udzielenie zamówienie publicznego. Jego ukształtowanie stanowi szczególne uprawnienie w ramach podejmowanych przez Zamawiającego czynności, jednakże jednocześnie ukształtowanie warunku przez zamawiającego doznaje ograniczenia. Każdorazowo Zamawiający bowiem musi mieć na względzie cel, jaki wyznacza kształtowanie warunku udziału w postępowaniu, jak również pełnię regulacji ustawowej. Cel ten nie może być utożsamiany, interpretowany przez określenie warunku wymagającego od potencjalnego wykonawcy wykazaniem się posiadaniem niemalże identycznego jak przedmiot zamówienia doświadczenia. W znaczeniu prawnym zasada proporcjonalności to, w uproszczeniu, założenie, przy którym Zamawiający w postępowaniu powinien podejmować tylko takie działania, które są konieczne i niezbędne do osiągnięcia założonych celów. Środki zastosowane do realizacji tego celu muszą być proporcjonalne do jego istoty oraz odpowiednie, tj. takie, przy pomocy których ten cel da się

osiągnąć, właściwe dla danego celu; niezbędne, takie, których nie sposób osiągnąć lepiej za pomocą innego środka, najwłaściwsze do osiągnięcia zamierzonego celu oraz takie, które w najmniejszym stopniu ograniczają interesy i prawa wykonawców. Po to ustawodawca wprowadził wymóg proporcjonalności, by Zamawiający w sposób wyważony stawiali granicę w zakresie wiedzy i doświadczenia niezbędnej do wykonania zamówienia, a nie po to, by dopuszczać tylko takiego wykonawcę, który wykonał wcześniej analogiczną, taką samą, inwestycję. Istota proporcjonalności musi sprowadzać się do odpowiedzi na pytanie, czy warunek nie ogranicza w sposób nieuzasadniony dostępu do zamówienia podmiotom zdolnym do jego należytego wykonania. Niewątpliwie to Zamawiający jest gospodarzem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego i on decyduje, czy będzie wymagał od wykonawców spełnienia określonych warunków udziału w postępowaniu czy też nie. Niemniej jednak działania Zamawiającego powinny być dokonywane w granicach określonych przez przepisy ustawy pzp. Ustawa zaś nakłada na Zamawiającego obowiązek takiego opisu sposobu dokonania oceny spełniania warunków, by był on związany z przedmiotem zamówienia, a nadto proporcjonalny do przedmiotu zamówienia. Jeżeli chodzi o doświadczenie w wykonaniu robót budowlanych, Zamawiający oczekuje wykazania się przez Wykonawców realizacją roboty budowlanej o wartości co najmniej 250 mln zł, polegającej na budowie budynku sklasyfikowanego jedynie w klasie 1220, 1261 oraz 1262 na podstawie Rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 30.12.1999 r. w sprawie Polskiej Klasyfikacji Obiektów Budowlanych (PKOB) (Dz.U. z 1999 r. nr 112 poz.1316 ze zm.). Wymóg ten jest w ocenie Odwołującego nieuzasadniony zarówno jeśli chodzi o wartość jak i zawężenie budynków do trzech klas, w dodatku z licznymi ograniczeniami. Zarówno klasa 1220, 1261 jak i 1262, dotyczy budynków użyteczności publicznej. Niezrozumiałe jest dla Odwołującego dlaczego Zamawiający ogranicza możliwość legitymowania się doświadczeniem wykonawcy zdobytym przy wykonaniu budynków użyteczności publicznej jedynie w tych trzech klasach. Pojęcie obiektu budowlanego użyteczności publicznej jest niezwykle szerokie i dotyczy właściwie wszystkich miejsc przeznaczonych do stałego lub czasowego przebywania ludzi. Specyfika projektowania, budowy, konserwacji i modernizacji obiektów użyteczności publicznych znacząco różni się od specyfiki tych działań podejmowanych na innych obiektach. Wynika to chociażby z konieczności spełnienia szczególnych dla takich obiektów wymogów przeciwpożarowych, zastosowania materiałów o wymaganych prawem parametrach, czy też specyficznych dla tej grupy obiektów rozwiązań konstrukcyjnych. Dlatego też wystarczającym dla zabezpieczenia rzetelności w wykonaniu przedmiotu zamówienia będzie odniesienie się ogólnie do budynków użyteczności publicznej. Warunki takie są praktykowane przez Zamawiających jeśli chodzi o zamówienia publiczne, których przedmiotem jest budowa muzeum. Jako przykład Odwołujący wskazał ogłoszone zamówienie publiczne na budowę

Muzeum Wojska Polskiego - I etap, gdzie Zamawiający postawił warunek udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej, określony jako posiadanie doświadczenia w realizacji robót budowlanych, polegających na budowie „budynków użyteczności publicznej” w rozumieniu przepisów rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 12.4.2002 r. w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać budynki i ich usytuowanie (Dz.U. z 2002 r. Nr 75, poz. 690 z późn. zm.). Ponadto Odwołujący zaznaczył, że wartość referencyjna roboty jest również zawyżona w stosunku do wartości przedmiotu zamówienia, gdyż stanowi ok 50% jego wartości, natomiast Zamawiający praktykują określanie tej wartości na poziomie 20%-30% przedmiotu zamówienia (przykładowo chociażby wskazany wyżej zamówienie publiczne na budowę Muzeum Wojska Polskiego -1 etap). W ocenie Odwołującego istnieje znaczna dysproporcja w ilości zrealizowanych w ostatnich 8 latach przed terminem składania ofert robót budowlanych opisanych przez Zamawiającego w omawianym warunku, a zaproponowanych przez Odwołującego w żądaniu. Odwołujący wskazał, że sam Zamawiający, w stosunku do doświadczenia osoby wskazanej na Kierownika Budowy wymaga roboty budowlanej o wartości 120 mln. zł brutto, co zdaje się potwierdzać, iż w ocenie Zamawiającego ta wartość jest całkowicie wystarczająca. Dlatego też Odwołujący zgłosił żądanie zgodne z podanym w pkt 1. uzasadnienia.

Odnosząc się do żądania 2. dotyczącego warunku zdolności technicznej i zawodowej – dysponowanie osobami – Kierownikiem Budowy, Kierownikiem robót w zakresie konstrukcyjno-budowlanym, kierownikiem robót w zakresie drogowym (Sekcja III 2.3) lit. B) pkt II lit. a), d) i f) Ogłoszenia o zamówieniu oraz pkt VI.2.2.2 lit. a) SIWZ) Odwołujący zaznaczył, iż dostępność osób posiadających jednocześnie doświadczenie w pełnieniu funkcji Kierownika budowy, kierownika robót w zakresie drogowym oraz kierownika robót w zakresie konstrukcyjno-budowlanym oraz osoby biorącej udział w robotach budowlanych prowadzonych przy zabytkach nieruchomości wpisanych do rejestru lub inwentarza muzeum będącego instytucją kultury jest bardzo ograniczona a samo łączenie tego doświadczenia niczym nieuzasadnione. Efekt, który chce uzyskać Zamawiający, może zostać zapewniony poprzez ustanowienie dodatkowej funkcji w ramach realizacji zamówienia publicznego, tj. kierownika prac konserwatorskich, który posiadał będzie wymagane przez Zamawiającego doświadczenie. Rozwiązanie takie jednakże zwiększy krąg potencjalnych wykonawców składających oferty w przedmiotowym postępowaniu. Dlatego też Odwołujący zgłosił żądanie zgodne z pkt 2. uzasadnienia.

Ponadto w zakresie żądania 3.-7. dotyczącego kary umownych Odwołujący zaznaczył, iż wysokość zastrzeżonych kar umownych w zakresie objętym zarzutami odwołania wykracza poza dopuszczoną ustawowo granicę swobody umów. Nie zasługuje na aprobatę w ocenie Odwołującego takie ukształtowanie treści stosunku prawnego, którego sposób sprzeciwia się

jego właściwości oraz zasadom współżycia społecznego, w tym także poprzez nadużycie pozycji Zamawiającego jako silniejszej strony stosunku cywilnoprawnego wynikającego z zawarcia umowy o charakterze adhezyjnym, poprzez narzucenie obowiązku zapłaty kary umownej w wysokości niewspółmiernej do wagi naruszenia oraz dającej nieuzasadnioną przewagę Zamawiającemu. Prowadzi to również do nadużycia przez Zamawiającego prawa podmiotowego. Odwołujący wskazał, że przy kształtowaniu przez Zamawiającego sankcji umownych winien on mieć na uwadze - zgodnie z wyrokiem z dnia 14 marca 2017 r. sygn. akt KIO 348/17 - zasadę proporcjonalności, z której to Zamawiający winien wywieść następujące wnioski a mianowicie wszędzie tam, gdzie ustawodawca nadał zamawiającemu prawo stosowania sankcji, Zamawiający spośród dostępnych mu środków sankcyjnych musi wybrać takie, które są odpowiednie i konieczne do osiągnięcia celów, których realizacja dopuszczalna jest przy pomocy danej regulacji. Przy czym w razie istnienia kilku odpowiednich środków należy wybrać te, które są najmniej uciążliwe, nadto nałożone obciążenia muszą pozostawać w odpowiednim stosunku do zamierzonych celów. Zamawiający dokonał w ocenie Odwołującego następujących uchybień przy kształtowaniu sankcji umownych w postaci kar umownych. Odwołujący zauważył, że niczym nie jest uzasadnione podzielenie i uzależnienie wysokości kary umownej od ilości dni zwłoki w zakresie któregośkolwiek z Celów Kluczowych. Potencjalny wykonawca w przypadku zwłoki przekraczającej 14 dni w zakresie Celów Kluczowych już za 15 dzień zwłoki obciążony byłby karą umowną w wysokości 1 000 % razy większą w stosunku do kary umownej zastrzeżonej za 1 dzień zwłoki do 14 dni. Ponadto nie można zdaniem Odwołującego wykluczyć sytuacji takiej, że zwłoka w dotrzymaniu Celów Kluczowych nie doprowadzi do nie osiągnięcia Całkowitego Zakończenia Wykonania zadania inwestycyjnego np. poprzez zintensyfikowanie działań i tym samym nadrobienie zwłoki. W takim wypadku Zamawiający może nawet nie ponieść żadnej szkody w tym zakresie. Takie zaś zaostrzenie kary umownej do wysokości 1 000 000 zł za 15 i każdy kolejny dzień zwłoki de facto prowadziłoby do tego, że Zamawiający może wykorzystywać przepisy o karze umownej do osiągania dodatkowych dochodów co jest całkowicie sprzeczne z ideą jako przyświeca stosowaniu tej instytucji (wyrok Sądu Apelacyjnego w Katowicach z dnia 17 grudnia 2008 r. sygn. akt V ACa 483/08).

Odnosnie wysokości kar umownych zastrzeżonych za wypadek nie usunięcia Wady przez potencjalnego wykonawcę Odwołujący wskazał, że Zamawiający zastrzegł karę umowną w wysokości 10 000 000 zł (dziesięć milionów złotych) z tytułu zwłoki w usunięciu Wady, zaś zgodnie z definicją zawartą w punkcie 1.1.56 „Wady” oznaczają wszelkie nieprawidłowości, usterki, niedociągnięcia lub braki w wytworzeniu, wykonawstwie lub montażu odnoszące się do Obiektów będące rezultatem naruszenia przez Wykonawcę Umowy, Dokumentacji Projektowej, Pozwoleń, uzgodnionej z Zamawiającym Dokumentacji

Budowy, Zasad Sztuki Budowlanej lub Wymogów Prawnych (w szczególności wynikające z przyczyn tkwiących w Materiałach oraz/lub Urządzeniach) tym samym każde nawet najmniejsze zgłoszone przez Zamawiającego i nieusunięte przez wykonawcę niedociągnięcie lub brak w wytworzeniu, montażu skutkować będzie naliczeniem nadmiernie wygórowanej kwoty w wysokości 10 000 000 zł. Odwołujący podkreślił również że kara umowna wskazana w punkcie 21.1.5. nie odnosi się tylko do Wad nieusuniętych w okresie rękojmi i gwarancji jakości. Tym samym nie można wykluczyć sytuacji, że kara umowna w wysokości 10 000 000 zł będzie naliczona przez Zamawiającego w sytuacji przeprowadzanych procedur odbiorowych. Zdaniem Odwołującego w takim wypadku Zamawiający pozostaje zabezpieczony bowiem może naliczyć kary umowne za niedotrzymanie odpowiednio Celów Kluczowych czy też Całkowitego Zakończenia Wykonania. Pozostawienie punktu 21.1.5. prowadziłoby do niejako ponoszenia przez wykonawcę dwukrotnej sankcji umownej za to samo uchybienie oraz również możliwości nakładania się dwóch kar w okresie rękojmi i gwarancji jakości (punkt 21.1.5. oraz 21.1.6 wzoru umowy). W związku z powyższym Odwołujący złożył żądania wskazane w pkt 3.-7. uzasadnienia.

W dniu 27 października 2017 r. do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, w zakresie zarzutów dotyczących warunków udziału w postępowaniu, zgłosił swój udział wykonawca Warbud S.A. z siedzibą w Warszawie - dalej Przystępujący. Zgłoszenie zostało podpisane przez członka zarządu oraz prokurenta, ujawnionych w KRS i upoważnionych do reprezentacji. Kopia zgłoszenia została przekazana w dniu 27 października 2017 r. Zamawiającemu i Odwołującemu, co Strony potwierdziły na posiedzeniu z udziałem Stron i Uczestników Postępowania. Przystępujący jest Wykonawcą zainteresowanym udziałem w przedmiotowym postępowaniu. W ocenie Przystępującego warunki postawione przez Zamawiającego są proporcjonalne i adekwatne do przedmiotu zamówienia, a stawiając je Zamawiający nie naruszył przepisów wskazanych w odwołaniu. Przystępujący wnosi o oddalenie odwołania w zakresie zarzutów dotyczących warunków udziału w postępowaniu.

#### KIO 2234/17

W dniu 23 października 2017 r. odwołanie wniósł wykonawca Warbud S.A. z siedzibą w Warszawie, ul. Domaniewska 32 – dalej Odwołujący. Odwołanie zostało podpisane przez prokurenta oraz członka zarządu ujawnionych w KRS i uprawnionych do reprezentacji. Kopia odwołania została przekazana Zamawiającemu w dniu 23 października 2017 r. drogą elektroniczną (via e-mail).

Odwołujący wniósł odwołanie od niezgodnych z przepisami ustawy czynności i zaniechań Zamawiającego, podjętych w toku postępowania o udzielenie zamówienia

publicznego, którego przedmiotem jest Wykonanie robót budowlanych związanych z: realizacją zadania inwestycyjnego pn. „Budowa Muzeum Historii Polski w Warszawie”. Wskazał, że odwołanie dotyczy treści ogłoszenia o zamówieniu i Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia. SIWZ została umieszczona na stronie [www.muzhp.pl](http://www.muzhp.pl).

Powyższej wskazanym czynnością i zaniechaniem Zamawiającego zarzucił naruszenie:

- 1) art. 150 ust. 2 ustawy pzp oraz naruszenie art. 151 ust. 2 i 3 ustawy pzp, poprzez niezgodne z tymi przepisami uregulowanie w SIWZ i wzorze umowy instytucji zabezpieczenia należytego wykonania umowy;
- 2) art. 647 k.c., w związku z art. 139 ust. 1 ustawy pzp oraz w związku z art. 29 ust. 1 ustawy pzp poprzez niezgodne z tym przepisem uregulowanie pkt 3.1.3 wzoru umowy;
- 3) art. 144 ust. 1 ustawy pzp oraz art. 5, art. 353<sup>1</sup>, art. 487 §2 i art. 632 §1 k.c. w związku z art. 139 ust. 2 ustawy pzp poprzez niezgodne z tymi przepisami uregulowanie pkt 15.4.3 ppkt (v) i ppkt (vi) oraz pkt 19.1.3 ppkt (ii) wzoru umowy;
- 4) naruszenie art. 5 k.c., art. 471 k.c., art. 483 §1 k.c., art. 487 §2, art. 632 §1 k.c., w związku z 139 ust. 1 ustawy pzp poprzez niezgodne z tymi przepisami uregulowanie pkt 21.1.5., pkt 21.1.17 oraz pkt 21.3 wzoru umowy.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu dokonania modyfikacji wzoru umowy poprzez:

1. zmianę pkt XVIII 7.2 SIWZ oraz pkt 23.4 wzoru umowy, poprzez uregulowanie zabezpieczenia należytego wykonania umowy w zakresie rękojmi, a nie gwarancji jakości oraz wykreślenie konieczności uzupełniania zabezpieczenia wykonania umowy przez Wykonawcę w trakcie realizacji umowy;
2. zmianę pkt 3.1.3 wzoru umowy poprzez uregulowanie postanowienia zawartego w tym punkcie w sposób, który obciąży Zamawiającego obowiązkiem dostosowania postanowień umowy i załączników do przepisów prawa w przypadku wystąpienia sprzeczności z tymi przepisami;
3. zmianę pkt 15.4.3 ppkt (v) i ppkt (vi) oraz pkt 19.1.3 ppkt (ii) wzoru umowy poprzez usunięcie postanowień upoważniających Zamawiającego do jednostronnej zmiany umowy o zamówienie publiczne;
4. zmianę pkt 21.1.5. pkt 21.1.17 oraz pkt 21.3 wzoru umowy poprzez usunięcie kar umownych zastrzeżonych w punktach 21.1.5 i 21.1.17 oraz zmianę wysokości limitu kar umownych, o jakim mowa w pkt 21.3 z 40% do 10% wysokości wynagrodzenia za wykonanie zamówienia.

Odwołujący podkreślił, że odwołanie zostało złożone w terminie, zgodnie z art. 182 ust. 1 pkt 1 ustawy pzp, ponieważ ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane na stronie internetowej Zamawiającego w dniu 11 października 2017 r.

Odwołujący w pierwszej kolejności oświadczył, że posiada interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy pzp, gdyż w wyniku ukształtowanych przez Zamawiającego postanowień SIWZ, a w szczególności wzoru umowy, które z uwagi na naruszenia wskazane w odwołaniu, uniemożliwiają złożenie oferty podmiotowi, który jest zdolny wykonać zamówienie, Odwołujący nie może ubiegać się o udzielenie zamówienia. Odwołujący może więc ponieść szkodę poprzez nieuzyskanie przedmiotowego zamówienia.

W związku z uwzględnieniem na posiedzeniu z udziałem Stron i Uczestników Postępowania części zarzutów i żądań odwołania przez Zamawiającego Izba przedstawia uzasadnienie w zakresie pozostałych zarzutów i żądań odwołania, które podlegały rozpoznaniu.

Odwołujący, po zapoznaniu się z treścią SIWZ, a w szczególności wzoru umowy stwierdził, iż Zamawiający ukształtował warunki umowy w sposób niezgodny z ustawą pzp oraz postanowieniami k.c. Odwołujący podkreślił, że prawo Zamawiającego do kształtowania opisu przedmiotu zamówienia oraz postanowień wzoru umowy nie jest prawem absolutnym, ale podlega ograniczeniom ze względu na ww. przepisy i zasady prawa. Tym samym, Zamawiający nie ma pełnej dowolności w kształtowaniu stosunku obu stron, ale wszelkie wymagania i nałożone na wykonawców obowiązki powinny być racjonalnie uzasadnione i proporcjonalne, a także odpowiadać przedmiotowi zamówienia oraz obiektywnie uzasadnionym potrzebom Zamawiającego. Postanowienia przyszłej umowy o zamówienie publiczne należy zatem rozpatrywać, o ile ustawa pzp nie stanowi inaczej, w świetle art. 353<sup>1</sup> k.c., zgodnie z którym strony zawierające umowę mogą ułożyć stosunek prawny według swego uznania, byleby jego treść lub cel nie sprzeciwiały się właściwości (naturze) stosunku, ustawie ani zasadom współżycia społecznego, czyli m.in. nie może być sprzeczny z dyspozycją art. 5 k.c. Tak m.in. w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 4 października 2010 r. (Sygn. akt: KIO/2036/10): "Tym samym niedopuszczalne jest ustanowienie wzoru umowy czy innych części specyfikacji kształtujących przyszłe stosunki umowne zamawiającego i wykonawcy w sposób niezgodny z bezwzględnie obowiązującymi przepisami Kodeksu cywilnego jako podstawowego aktu prawnego regulującego stosunki cywilnoprawne. Postanowienia wzoru umowy kształtowane na zasadzie swobodnego uznania zamawiającego na podstawie art. 36 ust 1 pkt 16 Pzp, będą w tym zakresie podlegać badaniu m.in. pod względem ich zgodności czy to z przepisami regulującymi stosunki umowne danego typu o charakterze iuris cogentis, jak i ocenie ich zgodności z klauzulami i zasadami ogólnymi Kc, w szczególności wynikającymi

z art. 5, art 58 i art 3531 Kc.". Treść postanowień umownych jest również istotna ze względu na interes Wykonawcy związany z uzyskaniem i prawidłową realizacją zamówienia. Dlatego w orzecznictwie przyznaje się Wykonawcy prawo do wnoszenia odwołania również na niezgodne z przepisami prawa postanowienia umowy. Tak m.in.. Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 18 marca 2011 r. (sygn. akt: KIO/459/11).

Odnosząc się do zarzutu 2) żądania 2. Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 647 k.c., poprzez niezgodne z tym przepisem uregulowanie pkt 3.1.3 wzoru umowy. Stanowi on bowiem, iż w przypadku sprzeczności umowy i załączników, w tym załączników przygotowanych przez Zamawiającego takich jak projekt budowlany i wykonawczy oraz szereg uzyskanych przez niego decyzji administracyjnych, z prawem, wykonawca będzie zobowiązany wykonać zobowiązania wynikające z umowy zgodnie z przepisami prawa. Zgodnie z art. 647 k.c. to inwestora (zamawiającego) obciąża obowiązek przygotowania zgodnie z prawem projektu budowlanego, obejmującego wszystkie uzgodnienia i decyzje, w przypadku ich sprzeczności z prawem, to zamawiającego obciąża obowiązek ich poprawy i doprowadzenia do zgodności z normami prawa. Oczywistym dla Odwołującego jest konieczność wykonania przedmiotu zamówienia w zgodzie z prawem. Jednakże w przypadku przygotowania SIWZ i załączników przez Zamawiającego w sposób z nim sprzeczny, obowiązek ich doprowadzenia do zgodności z prawem obciąża tylko i wyłącznie zamawiającego. Odwołujący zauważył, że we wzorze umowy brak jest jakichkolwiek postanowień o możliwości zmiany umowy, w przypadku sprzeczności jej postanowień (w tym załączników) z przepisami prawa. W związku z czym obowiązek wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z prawem, nawet jeżeli zostało ono przygotowane w sposób z nim sprzeczny, ma stanowić obowiązek i ryzyko wykonawcy. W ocenie Odwołującego, jest to nadużycie prawa ze strony Zamawiającego nie zasługujące na ochronę, przez co wymagające zmiany. Odwołujący wniósł żądanie zgodnie ze wskazanym w pkt 2. uzasadnienia.

W zakresie zarzutu 3) pkt 3. Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 144 ust. 1 ustawy pzp oraz art. 5 i art. 632 § 1 k.c., w związku z art. 139 ust. 2 ustawy pzp poprzez niezgodne z tymi przepisami uregulowanie pkt 15.4.3 ppkt (v) i ppkt (vi) oraz pkt 19.1.3 ppkt (ii) wzoru umowy. Przedmiotowe postanowienia wzoru umowy (w szczególności 15.4.3 ppkt (v) i ppkt (vi)) regulują uprawnienie Zamawiającego do jednostronnej zmiany umowy, w tym jej przedmiotu - poprzez zmianę Załącznika nr 19 Dokumentacja Projektowa, oraz wysokości wynagrodzenia Wykonawcy - poprzez jednostronne cyt. „zmniejszenie wynagrodzenia o odpowiednią kwotę”. Odwołujący wskazał, że umowa we wskazanych punktach stanowi, że Zamawiający w każdym czasie może przekazać wykonawcy zmodyfikowaną Dokumentację Projektową wydając wykonawcy wiążące polecenie implementowania tej dokumentacji przy

realizacji robót budowlanych. W przypadku gdy strony nie uzgodnią skutków implementacji tej dokumentacji, wynagrodzenie wykonawcy zostanie jednostronnie obniżone przez Zamawiającego. Konsekwentnie, w dalszej części wzoru umowy - pkt 19,1.3 ppkt (ii) - Zamawiający przewidział, możliwość automatycznego obniżenia ryczałtowego wynagrodzenia w przypadku „niewykonania z jakiegokolwiek powodu [...] danej części Robót Budowlanych”. Niewykonanie może mieć różne źródło, w tym polecenie implementacji dokumentacji przekazanej przez Zamawiającego w trybie opisanym powyżej, lub niewykonanie części Robót Budowlanych na skutek zawyżonych przedmiarów przygotowanych przez Zamawiającego. Wynagrodzenie ryczałtowe, zgodnie z art. 632 §1 k.c. charakteryzuje się niezmiennością jego wysokości na skutek decyzji jednej lub drugiej strony nawet w przypadku gdy nie można było przewidzieć wszystkich kosztów i rozmiarów prac. Zgodnie z pkt XIV SIWZ, przedmiar ma charakter li tylko informacyjny. Tym samym przedmiot zamówienia opisany jest głównie przez Dokumentację Projektową. Oznacza, to że ewentualne różnice pomiędzy jednym a drugim dokumentem są dopuszczalne i nie mogą stanowić podstawy zmiany wynagrodzenia. Wskazany „tryb” wprowadzania zmian do umowy o zamówienie publiczne, jest w ocenie Odwołującego nie tylko sprzeczny z art. 144 ust. 1 ustawy pzp oraz art. 632 § 1 k.c., ale bezsprzecznie abuzywny. Umowa o zamówienie publiczne, jak i jej zmiany, bezwzględnie muszą mieć formę pisemną i być wyrazem woli stron, tzn. oświadczenie woli obu stron winno być stwierdzone pismem i opatrzone ich podpisami. Tymczasem regulacja przewidziana w punktach 15.4.3 ppkt (v) i ppkt (vi), stanowi, iż wbrew wyraźnej woli jednej ze stron umowy (wykonawca), druga strona (zamawiający) może dowolnie ukształtować i zmienić, treść stosunku prawnego. Przyznanie sobie takiego prawa ze strony Zamawiającego, sprzeczna jest zdaniem Odwołującego z normami generalnymi regulującymi społeczno-gospodarcze zasady prawa i stosunków, wynikające z art. 5 k.c. a także art. 487 § 2 k.c. Mając na względzie powyższe, Odwołujący wniósł żądanie o treści wskazanej w pkt 3. uzasadnienia.

Jeśli chodzi o zarzut 4) żądanie 4. Odwołujący zaznaczył, że Zamawiający we wzorze umowy zawarł postanowienia dotyczące kary umownej, które naruszają przepis art. 353<sup>1</sup> k.c. w związku z art. 7 w zw. z art. 14 w zw. z art. 23 oraz art. 139 ust. 1 ustawy pzp., a także art. 5 k.c., art. 471 k.c., art. 483 § 1 k.c. art. 632 § 1 k.c. Kara umowna ma na celu zdyscyplinowanie wykonawcy, który będzie realizował umowę w sprawie zamówienia publicznego, jednakże określenie jej na rażąco wysokim poziomie (tak jak w przypadku przedmiotowego projektu umowy) prowadzi do naruszenia zasady współżycia społecznego i wprowadza nadmierną nierówność stron umowy. Odwołujący wskazał, że zaskarżone postanowienia wzoru umowy regulują uprawnienie Zamawiającego do naliczenia wykonawcy kar umownych w rażącej wysokości, niewspółmiernie nawet do potencjalnej szkody. Pkt 21.1.5 wzoru umowy reguluje karę za zwłokę w usunięciu Wady (wg definicji umownej). Ta sama okoliczność regulowana

jest w pkt 21.1.6 wzoru umowy. Jednakże wysokość kary zastrzeżona w pkt 21.1.5 jest tysiąc razy wyższa od kary o jakiej mowa w pkt 21.1.6 i wynosi 10.000.000 zł za każdy przypadek zwłoki w usunięciu Wady. Różnica pomiędzy wysokością kary umownej, a szkodą, nie jest bezwzględna. Art. 484 § 2 k.c. przewiduje bowiem możliwość zmniejszenia kary umownej w przypadku, gdy kara umowna jest rażąco wygórowana lub gdy zobowiązanie zostało w znacznej części wykonane. Mając powyższe na uwadze, Odwołujący zauważył, iż zastrzeżenie kary umownej w wysokości 10.000.000 zł w każdym przypadku zwłoki w usunięciu wady, będzie karą rażąco wygórowaną. Kara umowna jest zastrzeżona na wypadek szkody (art. 483 §1 w zw. z art. 471 k.c.). Wada jest natomiast naturalnym elementem świadczenia, a odpowiada jej obowiązek gwaranta, lub udzielającego rękojmi, do jej usunięcia. Z samego opóźnienia w wykonaniu tego obowiązku szkoda nie powstaje. Poza tym niewyobrażalnym wręcz jest w ocenie Odwołującego, by na skutek takiego opóźnienia (nawet 1 dzień), Zamawiający poniósł szkodę choćby zbliżoną do 10.000.000 zł (wysokość zastrzeżonej w pkt 21.1.5 kary). Odwołujący wskazał, że kara umowna przewidziana w pkt 21.1.5 wzoru umowy sprzeczna jest zarówno z regulacją kodeksu cywilnego dotyczącą instytucji kary umownej, jak i zasadami społeczno-gospodarczymi prawa, przewidzianymi w art. 5 k.c. Natomiast podwójna regulacja umowna, skutków zwłoki w usunięciu Wady, sugeruje zdaniem Odwołującego omyłkę Zamawiającego przy ostatecznym redagowaniu treści wzoru umowy. Odwołujący zaznaczył, że podobne sprzeczności z zasadami prawa dotyczą regulacji pkt 21.1.17 i pkt 21.3 wzoru umowy. Punkt 21.1.17 zastrzega wysoką, 1% wysokości wynagrodzenia umownego, karę umową na wypadek zawinionego przerwania przez wykonawcę robót na okres dłuższy niż 3 dni. Wina wykonawcy nie zawsze oznacza okoliczność działania celowego wykonawcy. Nadto, wykonawca odpowiada za wykonanie zamówienia publicznego w terminie przewidzianym umową. W związku z czym, jeżeli skutkiem przerwania robót będzie zwłoka w wykonaniu zamówienia, wykonawca zobowiązany będzie zapłacić na rzecz zamawiającego karę umowną przewidzianą w punktach od 21.1.1 do 21.1.4. wzoru umowy. Kara umowa, jako substytut odszkodowania, nie może prowadzić do sytuacji, w której uprawniony „zarobi” naliczając dwukrotnie kary umowne ponad wydatki konieczne na naprawienie szkody. W związku z czym, w ocenie Odwołującego nie istnieje jakiegokolwiek aksjologiczne uzasadnienie dla kary umownej w wysokości kilku milionów złotych dziennie (oszacowana przez zamawiającego wysokość zamówienia to kilkaset milionów złotych), w przypadku przerwania realizacji robót. Konsekwentnie, zastrzeżony w pkt. 21.3 wzoru umowy limit kar umownych jest w ocenie Odwołującego tak rażąco wysoki, że nie można go uznać za zgodny z celem i społeczno-gospodarczym przeznaczeniem instytucji kary umownej. Jak łatwo zauważyć na podstawie treści niniejszego odwołania, wzór umowy dość swobodnie reguluje kwestie i wysokość kar umownych. Odwołujący podkreślił, że wykonanie obiektu

Muzeum Historii Polski nie jest uwarunkowane li tylko od przygotowania, możliwości i umiejętności wykonawcy. Na jego realizację wpływ będzie miało szereg czynników zależnych od zamawiającego, organów administracji publicznej, innych wykonawców wykonujących roboty w sąsiedztwie, czy wreszcie warunków atmosferycznych czy sytuacji gospodarczej w Polsce w przeciągu najbliższych 3 lat (okres budowy). W związku z czym stosowanie uproszczonego sposobu naprawienia szkody na wypadek niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania, jakim jest kara umowna nie może być nadużywany. Instytucja limitu kar umownych, ma na celu określenie racjonalnego progu, po którym poszkodowany, zobowiązany jest wykazać rzeczywistą wysokość szkody. W każdym bowiem innym przypadku, zamawiający, kosztem wykonawcy, może być bezpodstawnie wzbogaconym w wielkich rozmiarach. Odwołujący wskazał, iż zgodnie z pkt 21.4 wzoru umowy, Zamawiający uprawniony jest dochodzić odszkodowania w pełnej wysokości jeżeli rzeczywista szkoda będzie wyższa niż naliczone poszczególne kary umowne. Odwołujący wskazał, że nie ma więc żadnego racjonalnego uzasadnienia, dla ustanawiania limitu kary 40% wartości umowy, to jest na poziomie 4-krotnie wyższym niż powszechnie stosowany w umowach o roboty budowlane limitu kar umownych. Dlatego też Odwołujący wniósł żądanie zgodnie ze wskazanym w pkt 4. uzasadnienia.

W dniu 27 października 2017r. do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego zgłosił swój udział wykonawca IDS-BUD S.A. z siedzibą w Warszawie - dalej Przystępujący. Zgłoszenie zostało podpisane przez członka zarządu oraz prokurenta, ujawnionych w KRS i upoważnionych do reprezentacji. Kopia zgłoszenia została przekazana w dniu 27 października 2017 r. Zamawiającemu i Odwołującemu, co Strony potwierdziły na posiedzeniu z udziałem Stron i Uczestników Postępowania. Przystępujący zaznaczył, że w pełni popiera argumenty Odwołującego i jego zarzuty, dotyczące niezgodnych z przepisami ustawy pzp czynności Zamawiającego, polegających na ukształtowaniu postanowień Ogłoszenia o zamówieniu oraz SIWZ z naruszeniem artykułów ustawy pzp i k.c. wymienionych w odwołaniu Odwołującego. W związku z faktem, iż sam Przystępujący zamierza złożyć ofertę w przedmiotowym postępowaniu, oraz w związku z tym, iż dotychczasowe postanowienia Ogłoszenia o zamówieniu i SIWZ mogą uniemożliwić udział Przystępującego w postępowaniu, Przystępujący posiada interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść Odwołującego. Przystępujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości oraz o nakazanie Zamawiającemu wykonania czynności wskazanych w odwołaniu.

W dniu 31 października 2017r. na posiedzeniu z udziałem Stron i Uczestników Postępowania Zamawiający oświadczył, że uwzględnia częściowo zarzuty i żądania wskazane w odwołaniu, a mianowicie pkt 1 (pkt III. 1. odwołania).

### **Izba ustaliła następujący stan faktyczny:**

Do rozpoznania odwołania zastosowanie znajdowały przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych obowiązujące w dacie wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, (tekst jednolity Dz. U. z 2017 r., poz. 1579).

Izba dopuściła dowody z dokumentacji postępowania tj. ogłoszenia o zamówieniu, SIWZ wraz z załącznikami, pisma Zamawiającego z dnia 6 listopada o dodatkowym terminie wizji lokalnej, decyzji nr W/15/2017 z dnia 13 listopada 2017 r., wyjaśnień treści SIWZ i modyfikacji treści SIWZ, wyciągu z kosztorysu inwestorskiego (zbiorcze zestawienie kosztów). Ponadto Izba dopuściła dowód dołączony do odwołania w sprawie o sygn. akt KIO 2219/17: pismo MWP z dnia 16 października 2017 r. Izba dopuściła również dowody złożone na rozprawie przez Zamawiającego: porównanie inwestycji MHP i MWP, rysunki i zdjęcia z dokumentacji projektowej planowanej inwestycji (mapa, 3 rysunki koncepcji oraz rzut elewacji), decyzję nr 439N/17 Stołecznego Konserwatora Zabytków z dnia 2 marca 2017 r., gwarancję produktów GCP APPLIED TECHNOLOGIES oraz gwarancję jakości na dostarczony towar AquaTech Sp. z o.o. Sp. k.; dowody złożone przez Odwołującego w sprawie KIO 2219/17: wyciąg z wystąpienia pokontrolnego NIK zgodnie z uchwałą Nr 2/2016 Kolegium NIK z dnia 20 stycznia 2016 r., uchwałą nr 165/17 Rady Ministrów z dnia 17 października 2017 r. wraz z załącznikiem (wyciąg), wzór umowy Stołecznego Zarządu Infrastruktury w Warszawie, wyciąg z projektów umów Muzeum II Wojny Światowej oraz Muzeum J. Piłsudskiego w Sulejówku, dowody złożone przez Odwołującego w sprawie KIO 2232/17: wyciąg z ogłoszenia o zamówieniu nr 2017/S 103/204880 GDDKiA w Warszawie, wyciąg z ogłoszenia o zamówieniu nr 2016/S 202/364596 12 Terenowego Oddziału Lotniskowego w Warszawie, wyciąg z SIWZ na budowę MWP – I etap, porównanie zakresów realizacyjnych przykładowych budynków przywołanych z klasyfikacji PKOB w SIWZ z budynkiem badawczym/laboratorium (kod: 1263), decyzję nr 775N/17 Stołecznego Konserwatora Zabytków z dnia 27 kwietnia 2017 r., porównanie przedmiotu zamówienia MWP i MHP oraz plan zagospodarowania terenu inwestycji MHP oraz MWP.

Na podstawie tych dokumentów oraz stanowisk stron prezentowanych na rozprawie Izba dokonała ustaleń faktycznych stanowiących podstawę do wydania rozstrzygnięcia w przedmiocie podniesionych zarzutów i żądań złożonych odwołań.

Punkt XV 1. SIWZ stanowi: „Ofertę należy złożyć w siedzibie Zamawiającego (Muzeum Historii Polski, ul. Mokotowska 33/35, Warszawa, IV piętro, pok. nr 2 - do dnia 15 listopada 2017r. do godz.: 15:00.” Ogłoszenie o zamówieniu zostało przesłane dnia 6 października 2017 r., a zatem termin na złożenie ofert wynosi 40 dni.

Punkt III. 12. SIWZ stanowi: „Zaleca się, aby Wykonawcy dokonali wizji lokalnej na terenie realizacji zamówienia i w jego okolicy w celu dokonania oceny dokumentów i informacji przekazywanych w ramach niniejszego postępowania przez Zamawiającego. W przypadku niedokonania przez Wykonawcę wizji lokalnej przyjmuje się, że Wykonawca uznał informacje zawarte w SIWZ za wystarczające.

Zamawiający przewidział możliwość dokonania oględzin miejsca objętego przedmiotem zamówienia. Przedstawiciele Wykonawców zainteresowani udziałem w wizji lokalnej zobowiązani są w terminie do dnia 16 października 2017 r., do godziny 12.00 przesłać w formie elektronicznej (na adres @ podany w Rozdziale I SIWZ zgłoszenie zawierające:

imię i nazwisko osoby oraz adres zapisany w dokumencie tożsamości (ze wskazaniem nazwy i serii dokumentu tożsamości),

nazwę firmy wraz z adresem,

nazwy, rodzaje i numery seryjne sprzętu wnoszonego na wizję lokalną tj. telefonów komórkowych, kamer, aparatów fotograficznych, laptopów lub innego sprzętu mającego możliwość rejestrowania obrazu lub dźwięku.

Osoby niezgłoszone (lub w odniesieniu do których przekazane dane będą niezgodne ze stanem faktycznym lub niekompletne) nie zostaną wpuszczone na teren wizji. Ze strony Wykonawcy mogą przybyć maksymalnie dwie osoby.

Zamawiający informuje, że wizji miejsca prowadzenia robót można będzie dokonać w dniu 17 października 2017r., o godzinie 10.00. Zbiórka na portierni przy ul. Dymińskiej 13 w Warszawie. Każda z osób musi posiadać aktualny dowód osobisty lub paszport potwierdzający obywatelstwo polskie — osoby nie posiadające obywatelstwa polskiego oraz wcześniej nie zgłoszone nie zostaną wpuszczone na teren wizji.”

Klauzula 3.2. wzoru umowy (Zapoznanie się z Placem Budowy) stanowi: „Wykonawca przed zawarciem Umowy dokonał inspekcji Placu Budowy oraz jego otoczenia. Wykonawca ponosi odpowiedzialność za właściwe odczytanie i interpretację przedstawionych mu danych dotyczących stanu Placu Budowy. W razie stwierdzenia rozbieżności pomiędzy Dokumentacją Projektową a stanem rzeczywistym zastanym na Placu Budowy, Wykonawca zawiadomi o takich okolicznościach Zamawiającego, w którym to przypadku art. 15.4.3 Umowy znajdzie odpowiednie zastosowanie, o ile powyższe rozbieżności będą skutkować koniecznością poniesienia nieprzewidzianych dodatkowych kosztów przez Wykonawcę w ramach wykonania Umowy.”

Klauzula 1.4.4. wzoru umowy stanowi: „Wykonawca niniejszym oświadcza wobec Zamawiającego, że przed podpisaniem Umowy zapoznał się z projektami budowlanymi,

projektami wykonawczymi, specyfikacjami technicznymi wykonania i odbioru robót budowlanych, decyzjami administracyjnymi oraz pozostałymi załącznikami do Umowy i oświadcza, że akceptuje przyjęte w nich rozwiązania, że nie wnosi do nich jakichkolwiek zastrzeżeń oraz że nadają się one do prawidłowego wykonania zamówienia.”

Klauzula 33.4.2. wzoru umowy stanowi: „Na podstawie art. 144 ust. 1 PZP oraz w związku z tym, iż wzór Umowy stanowił stosownie do art. 36 ust. 1 pkt 16 PZP część specyfikacji istotnych warunków zamówienia przekazanej Wykonawcy w ramach postępowania w sprawie o zamówienie publiczne poprzedzającego zawarcie Umowy, Strony ustalają, iż wprowadzanie zmian do Umowy po jej zawarciu jest dopuszczalne na następujących zasadach:

(i) wprowadzenie zmiany do Umowy z inicjatywy danej Strony w przypadkach i na warunkach odrębnie określonych w postanowieniach Umowy;

(ii) wprowadzenie zmiany do Umowy za zgodą obu Stron w innych przypadkach, przy czym może mieć to miejsce w razie wystąpienia jednego z poniższych warunków:

(a) dana zmiana Umowy będzie obiektywnie korzystna dla Zamawiającego z punktu widzenia generalnego celu w postaci efektywnego wzniesienia oraz oddania do korzystania nowoczesnych i należycie funkcjonujących Obiektów;

(b) wystąpią nowe istotne okoliczności uzasadniające taką zmianę, których nie można było przewidzieć w dniu zawarcia Umowy; lub

(c) jeśli się to okaże konieczne ze względu na zmianę Wymogów Prawnych po zawarciu Umowy.”

Klauzula 15.4. wzoru umowy (Zmiany w Dokumentacji Projektowej lub technologii wykonania Robót Budowlanych) stanowi:

#### 15.4.1 Postanowienie ogólne

W związku z art. 33.4.2 Umowy, wprowadzanie zmian w Dokumentacji Projektowej lub technologii wykonania Robót Budowlanych, o którym mowa w niniejszym art. 15.4 Umowy, może mieć miejsce w przypadku zmiany Wymogów Prawnych lub norm mających zastosowanie w budownictwie, ale także w innych przypadkach, gdy dana zmiana okaże się być uzasadniona według profesjonalnej oceny Zamawiającego, Projektantów lub innych doradców technicznych Zamawiającego z punktu widzenia generalnego celu w postaci efektywnego wzniesienia oraz oddania do korzystania nowoczesnych i należycie funkcjonujących Obiektów, w szczególności w razie zamiaru wprowadzenia bardziej praktycznych lub nowatorskich rozwiązań technicznych.

#### 15.4.2 Zmiany zaproponowane przez Wykonawcę

(i) Wykonawca może zwrócić się do Zamawiającego z propozycją zmian i modyfikacji w Dokumentacji Projektowej lub w technologii wykonania Robót Budowlanych, z zastrzeżeniem, iż zmiana taka nie może prowadzić do:

(a) Zwiększenia kosztów wykonania Umowy i związanego z tym zwiększenia wynagrodzenia Wykonawcy

(b) konieczności zmiany Pozwoleń; lub

(c) opóźnienia w terminowym osiągnięciu któregokolwiek z Celów Kluczowych lub terminowym osiągnięciu Całkowitego Zakończenia Wykonania.

(ii) Wraz z propozycją zmiany Wykonawca przedstawi następujące dane:

(a) określenie wpływu zmiany na wykonanie Harmonogramu (z zastrzeżeniem art. 15.4.2 (i)(b) oraz art. 15.4.2 (iii) Umowy); oraz

(b) określenie wpływu zmiany na realizację Robót Budowlanych oraz na parametry techniczne Obiektów.

(iii) Zmiana wnioskowana przez Wykonawcę może się wiązać z opóźnieniem w terminowym osiągnięciu któregokolwiek z Celów Kluczowych lub terminowym osiągnięciu Całkowitego Zakończenia Wykonania tylko w wyjątkowym przypadku, gdy wynikające ze zmiany korzyści dla Zamawiającego okażą się być przeważające. Ocena co do wystąpienia takich korzyści należy wyłącznie do Zamawiającego.

(iv) Decyzja o wprowadzeniu zmiany zależy od wyłącznego uznania Zamawiającego. Dla uniknięcia wątpliwości: wystąpienie przez Wykonawcę z propozycją zmiany do Zamawiającego nie upoważnia Wykonawcy do wstrzymania lub opóźnienia wykonania części Robót Budowlanych podlegających potencjalnej zmianie, chyba że Zamawiający wyrazi na to zgodę.

(v) W przypadku, gdy wprowadzenie zmiany będzie się wiązać z oszczędnościami w kosztach wykonania Umowy, w takim przypadku udzielenie zgody na jej wprowadzenie może być uzależnione przez Zamawiającego od zawarcia aneksu do Umowy, w której całość lub uzgodniona część takich oszczędności (w żadnym przypadku jednak nie mniejsza niż połowa) zostanie uwzględniona w treści Umowy poprzez odpowiednie obniżenie Wynagrodzenia. Wykonawca zobowiązany jest wykonać projekt obejmujący te zmiany i przekazać go niezwłocznie do zatwierdzenia Zamawiającemu

#### 15.4.3 Zmiany zaproponowane przez Zamawiającego

(i) Zamawiający może zdecydować o wprowadzeniu zmian i modyfikacji w Dokumentacji Projektowej, a następnie ich uwzględnieniu przez Wykonawcę w wykonywanych Robotach Budowlanych. Za zmianę będzie uważane także zlecenie wykonania robót dodatkowych.

(ii) W razie zamiaru Zamawiającego skorzystania z prawa wprowadzenia zmiany, Zamawiający zawiadomi o tym Wykonawcę przedstawiając możliwie szczegółowy opis wnioskowanej zmiany. W najbliższym możliwym terminie, lecz nie później niż w ciągu 14 (czternastu) dni od dnia otrzymania wniosku dotyczącego wprowadzenia zmiany, Wykonawca dokona analizy proponowanej zmiany w zakresie wpływu zmiany na realizację Robót Budowlanych.

(iii) Ponadto w powyższym terminie Wykonawca dokona wyceny ewentualnego zwiększenia lub zmniejszenia kosztów wykonania Umowy związanych z wprowadzeniem zmiany. Wycena taka zostanie dokonana w oparciu o nakłady i wskaźniki cenotwórcze zawarte w, normatywach określonych w Katalogu Nakładów Rzeczowych oraz Kosztorysowych Normach Nakładów Rzeczowych (KNR/KNNR) przy użyciu średnich, dla rejonu Warszawy, cen materiałów, urządzeń, pracy sprzętu budowlanego, stawek robocizny kosztorysowej oraz innych wskaźników cenotwórczych określonych w informacjach SEKOCENBUD wydawanych przez Ośrodek Wdrożeń Ekonomiczno – Organizacyjnych Budownictwa Promocja Sp. z o.o. W przypadku braku tych cen w informacjach SEKOCENBUD będą kolejno stosowane średnie ceny zawarte w informacjach INTERCENBUD, ORGBUD, BISTYP, aktualnych na IV kwartał 2017 r. W przypadku gdy wycena nie będzie możliwa w oparciu o wskazane w zdaniach poprzednich zasady dopuszcza się kalkulację własną Wykonawcy pod warunkiem, że koszty materiałów będą korygowane zgodnie z fakturą nabycia przez Wykonawcę, który ma obowiązek ją przedstawić Zamawiającemu.

(iv) Po otrzymaniu i weryfikacji powyższych danych Zamawiający podejmie decyzję co do zasadności wprowadzenia zmiany, o czym zawiadomi Wykonawcę. Jeśli Zamawiający będzie kwestionował przygotowane przez Wykonawcę dane, Zamawiający dokona własnych kalkulacji i analiz i ich rezultaty przekaże Wykonawcy, a Strony podejmą negocjacje w dobrej wierze w celu osiągnięcia porozumienia w tym względzie. Jeśli Strony nie będą w stanie osiągnąć porozumienia co do powyższego, każda ze Stron może skierować spór do rozstrzygnięcia przez Eksperta zgodnie z Artykułem 26 Umowy.

(v) Jeśli Zamawiający wyda Wykonawcy polecenie uwzględnienia przedmiotowej zmiany oraz doręczy Wykonawcy odpowiednio zmodyfikowaną Dokumentację Projektową, polecenie to będzie wiążące dla Wykonawcy, który będzie zobowiązany do uwzględnienia zmiany w ramach realizacji Robót Budowlanych. Zamawiający może wydać takie polecenie na etapie poprzedzającym wydanie Ekspertyzy pomimo skierowania sporu do rozstrzygnięcia przez Eksperta w trybie przewidzianym w Artykule 26 Umowy.

(vi) Zmniejszenie lub zwiększenie Wynagrodzenia, o których mowa w powyższych postanowieniach, będzie odzwierciedlone – według wyboru Zamawiającego (z zastrzeżeniem Wymogów Prawnych) – w aneksie do Umowy lub w odrębnej umowie, przy czym Strony ustalą

w tym dokumencie zasady ich rozliczenia. W razie braku porozumienia przyjmuje się, że w razie zmniejszenia Wynagrodzenia odpowiednia kwota zostanie odjęta od raty Wynagrodzenia należnej za miesiąc kalendarzowy, w którym zostaną zakończone wszystkie Roboty Budowlane objęte zmianą.

(vii) Wykonawca powinien dołożyć wszelkich starań w celu opracowania takiej metody wprowadzenia zmiany wnioskowanej przez Zamawiającego, która umożliwi osiągnięcie Celów Kluczowych oraz Całkowitego Zakończenia Wykonania w terminach określonych w Umowie. Jeśli przeprowadzona analiza wykaże, iż osiągnięcie Celów Kluczowych oraz Całkowitego Zakończenia Wykonania w powyższych terminach przy wprowadzeniu zmiany będzie obiektywnie niemożliwe z przyczyn technicznych, a Zamawiający mimo tej okoliczności podejmie decyzję o jej wprowadzeniu, zmiana taka będzie się wiązać się z przesunięciem powyższych terminów o niezbędny okres. Okres opóźnienia będzie odzwierciedlony w Umowie na podstawie aneksu podpisanego przez Strony. Jeśli Strony nie będą w stanie osiągnąć porozumienia co do tego, czy wprowadzenie zmiany może mieć miejsce z zachowaniem powyższych terminów, a także co do okresu ewentualnego opóźnienia, każda ze Stron może skierować spór do rozstrzygnięcia przez Eksperta zgodnie z Artykułem 26 Umowy.”

Klauzula 2.2.1. wzoru umowy stanowi: „Na zasadach określonych szczegółowo w Umowie, Wykonawca jest zobowiązany do wykonania wszystkich Robót Budowlanych wymaganych dla realizacji celu, o którym mowa w art. 2.1 Umowy w związku z budową w Muzeum Historii Polski wraz z infrastrukturą techniczną będącym zamiennym w stosunku do zatwierdzonego projektu nr decyzji o pozwoleniu na budowę 132/2013 z dnia 1 lipca 2013, zmienionego decyzją nr 234/III/2015 z dnia 28 lipca 2015 r., przeniesionego na rzecz Muzeum Historii Polski decyzją o częściowym przeniesieniu nr 185/III/2016 z dnia 31 maja 2016 r. Roboty Budowlane powinny być wykonane (co do ich zakresu i sposobu realizacji) zgodnie z Dokumentacją Projektową oraz Pozwoleniami, z zastrzeżeniem również uzgodnionej z Zamawiającym Dokumentacji Budowy, Zasad Sztuki Budowlanej oraz Wymogów Prawnych. Wykonawca zapewni także odpowiednie wykonanie wszelkich innych czynności (choćby nie były one wskazane w treści Umowy), które nie stanowią części Robót Budowlanych, ale będą niezbędne do ich należytej i terminowej realizacji.”

Klauzula 1.1.41. wzoru umowy stanowi: „Roboty Budowlane” oznaczają całość czynności niezbędnych do wykonania zamówienia zgodnie z niniejszą umową, załącznikami do niniejszej umowy, normami, przepisami prawa, sztuką budowlaną i zasadami wiedzy technicznej a w szczególności roboty budowlane (w tym prace instalacyjne i montażowe) oraz potrzebne

do ich wykonania dostawy Materiałów oraz Urządzeń, a także wszelkie inne czynności i działania bezpośrednio lub pośrednio związane z przygotowaniem, zorganizowaniem oraz wykonaniem procesu budowlanego mającego na celu wzniesienie Obiektu oraz oddanie go do eksploatacji”.

Klauzula 33.1. wzoru umowy (Niemożliwość świadczenia) stanowi: „Jeśli wykonanie części Robót Budowlanych i innych obowiązków Wykonawcy wynikających z Umowy okaże się być niemożliwe z przyczyn, za które Wykonawca nie ponosi odpowiedzialności, fakt ten nie zwolni Wykonawcy z obowiązku wykonania pozostałych obowiązków. W takim przypadku Strony – w związku z art. 495 § 2 Kodeksu cywilnego – uzgodnią w dobrej wierze wpływ powyższych okoliczności na Wynagrodzenie i jego korektę.”

Klauzula 2.8.9. wzoru umowy stanowi: „W celu uzyskania dostępu do Terenu Budowy Wykonawca jest uprawniony do korzystania wyłącznie z następujących wjazdów i bram prowadzących na teren Cytadeli Warszawskiej.”

Klauzula 2.8.7 wzoru umowy stanowi: „Zamawiający oświadcza, że wszystkie osoby przebywające w imieniu Wykonawcy na terenie Cytadeli Warszawskiej poza ogrodzonym terenem budowy, będą podlegać rygorom wojskowego systemu przepustkowego.

Klauzula 2.8.8 wzoru umowy stanowi: „Wykonawca zobowiązuje się do uzyskiwania przepustek okresowych, uprawniających do wejścia danej osoby lub wjazdu danego pojazdu na teren Cytadeli Warszawskiej, nie stanowiący Terenu Budowy.”

Klauzula 2.8.9. wzoru umowy stanowi: „Wykonawca zobowiązuje się składać z wyprzedzeniem co najmniej 10 dni w biurze ds. budowy nowej siedziby Muzeum Historii Polski w Warszawie, tj. w budynku nr ... na terenie Cytadeli Warszawskiej przy ulicy Dymińskiej 13 w Warszawie, dane niezbędne do uzyskania przepustek okresowych w Jednostce Wojskowej nr 5644 w Warszawie lub innej właściwej jednostki wojskowej, tj.:

(i) dla każdej osoby - imię i nazwisko, adres zamieszkania, numer PESEL, serię i numer dowodu osobistego lub innego dokumentu tożsamości oraz zdjęcie spełniające wymogi zdjęcia do dowodu osobistego.

(ii) dla każdego pojazdu - markę pojazdu, numer rejestracyjny oraz dane kierowców wymienione w pkt (i).”

Klauzula 2.8.10 wzoru umowy stanowi: „Strony ustalają, że wejście lub wjazd na teren Cytadeli Warszawskiej, nie stanowiący Terenu Budowy, osób lub pojazdów, które nie posiadają przepustek okresowych, będzie możliwy jedynie na podstawie przepustek jednorazowych wyłącznie w dniach od poniedziałku do piątku, z wyjątkiem świąt, w godzinach pomiędzy 07:45 a 15:15.”

W załączniku nr 30 do SIWZ (umowa użyczenia Nr 24/0009/005/2016 zawarta w dniu 29 kwietnia 2016 r. pomiędzy Skarbem Państwa – Stołecznym Zarządem Infrastruktury z siedzibą w Warszawie a Muzeum Historii Polski z siedzibą w Warszawie przy udziale Oddziału Zabezpieczenia Garnizonu Stołecznego z siedzibą w Warszawie) w § 9 ust. 2 umowy wskazano: „Biorący do używania oświadcza, iż zawarł z Muzeum Wojska Polskiego oraz Dowództwem Batalionu Wojsk Lądowych porozumienie w sprawie zasad i sposobu dostępu do nieruchomości przeznaczonej pod budowę Muzeum Historii Polski. Przedmiotowe porozumienie stanowi Załącznik nr 2 do niniejszej umowy.”

W załączniku nr 35 do SIWZ w Porozumieniu w sprawie zasad i sposobu dostępu do nieruchomości przeznaczonej pod budowę Muzeum Historii Polski z dnia 18 kwietnia 2016 r. zawartym pomiędzy Muzeum Historii Polski z siedzibą w Warszawie a Muzeum Wojska Polskiego z siedzibą w Warszawie a Batalionem Dowodzenia Wojsk Lądowych z siedzibą w Warszawie w § 2 ust. 1 wskazano: „1. Strony ustalają następujące zasady dostępu przez MHP do części nieruchomości, o której mowa w ust. 1 powyżej, w celu zapewnienia MHP dostępu do drogi publicznej:

- a. wejście i wjazd zapewniający dostęp do drogi publicznej będzie odbywał się przez bramę zlokalizowaną przy ul. Dymińskiej przez ul. Karola Levittoux i ul. Gwardii oraz przez bramę X Pawilonu od ul Czujnej (zjazd z Wisłostrady);
- b. wejście i wjazd będzie odbywał się na zasadach określonych dla jednostek wojskowych, zgodnie z zapisami Wyciągu z rozkazu przepustkowego, które stanowią Załącznik nr 2 do niniejszego Porozumienia;
- c. pracownikom i współpracownikom inwestora (MHP), biur projektowych, zespołów specjalistów, generalnego wykonawcy, podwykonawców, dostawców, usługodawców, inżyniera oraz gościom wydawane będą przepustki jednorazowe, okresowe, identyfikatory „GOŚĆ”, przepustki stałe oraz inne przepustki i pozwolenia na wjazd (zarówno osobowe jak i samochodowe) w pełnym zakresie określonym Załącznikiem nr 2 niniejszego Porozumienia na czas od dnia zawarcia niniejszego Porozumienia, w toku prowadzonych prac oraz po ich zakończeniu na podstawie przekazywanych przez inwestora wykazów osób i pojazdów;
- d. wejście/wjazd na teren chroniony odbywać się będzie na zasadach i warunkach ustalonych przez organizatora systemu ochrony Kompleksu Wojskowego nr 0009 tj. bdom WL.”

W załączniku nr 2 do wyżej wspomnianego Porozumienia (ROZKAZ Nr Z -110/15 DOWÓDCY JEDNOSTKI WOJSKOWEJ NR 5644 z dnia 31 grudnia 2015 r. w sprawie organizacji systemu przepustkowego w kompleksach: Cytadela (K-0009), Krajewskiego IA (K-0603) oraz

Krajewskiego 315 (K-4742)) wskazano, że rozkaz zostaje wydany „w celu zapewnienia należytej szczelności systemu ochrony obiektów wojskowych oraz dostosowania systemu przepustowego do zmian organizacyjnych w kompleksach wojskowych podległych ochronie dowódcy Jednostki Wojskowej 5644”. Ponadto w pkt. 22-24,26-27 i 33 postanowiono: „Przepustki stałe i okresowe (w tym elektroniczne karty dostępu) i samochodowe wydaje się osobom pełniącym służbę wojskową lub zatrudnionym w jednostkach wojskowych, instytucjach stacjonujących na terenie kompleksów, a także w wyjątkowych przypadkach innym osobom z tym, że Komendant Ochrony JW 5644 poprzez Biuro Przepustek wydaje przepustki według następujących zasad:

1) żołnierzom i pracownikom wojska Dowództwa Generalnego RSZ poprzez pobranie naklejki z JW 2414 i przyklejenie na elektroniczną kartę dostępu będącą na stanie JW 5644 na podstawie wniosków zatwierdzonych przez Dowódcę Generalnego RSZ lub Szefa Oddziału Ochrony Informacji Niejawnych DG RSZ, i przekazanie za podpisem osobie uprawnionej;

2) dla osób z jednostek zabezpieczających funkcjonowanie komórek organizacyjnych Dowództwa Generalnego RSZ rozmieszczonych w kompleksie „Cytadela” lub współpracujących z przedstawicielami tych komórek na podstawie wniosków zatwierdzonych przez Dowódcę Generalnego RSZ lub Szefa Oddziału Ochrony Informacji Niejawnych DG RSZ, osobom upoważnionym, odpowiedzialnym za pobieranie i rozliczanie przepustek z JW 5644;

3) dla osób z innych jednostek wojskowych na podstawie wniosku zaopiniowanego przez ich dowódcę/dyrektora/szefa/kierownika i zatwierdzonego przez Dowódcę JW 5644, osobom upoważnionym, odpowiedzialnym za pobieranie i rozliczanie przepustek z JW 5644;

23. Przepustki stałe oraz przepustki okresowe uprawniają do wejścia do jednego, kilku lub wszystkich obiektów w kompleksach.

24. Wniosek o wydanie przepustki stałej lub okresowej (indywidualny lub zbiorczy) powinien w szczególności zawierać: nazwę jednostki wojskowej, dane personalne osoby ubiegającej się o wydanie przepustki, przyczynę uzasadniającą wydanie przepustki, aktualną, wyraźną i podpisaną na odwrocie fotografię o wymiarach 35 x 45 mm, przedstawiającą osobę bez nakrycia głowy i okularów z ciemnymi szklami, w taki sposób, aby ukazywała głowę w pozycji lewego profilu z widocznym lewym uchem, z zachowaniem równomiernego oświetlenia twarzy. Ww. zdjęcie może być również dostarczone w formie elektronicznej, na informatycznych nośnikach danych lub poprzez sieci teleinformatyczne, pod warunkiem opisanego go w sposób jednoznacznie identyfikujący przedstawioną osobę. Wzór wniosku przedstawia

26. Wnioski o których mowa w pkt 32 właściwy dowódca/dyrektor/szef/kierownik jednostki organizacyjnej stacjonującej na terenie obiektu (dotyczące osób pełniących służbę,

zatrudnionych i innych osób wykonujących prace zlecona na rzecz podległej jednostki) kieruje do Dowódcy JW. 5644.

27. Odbioru wykonanych przepustek od pracowników Biura Przepustek za podpisem dokonuje osoba upoważniona przez wnioskodawcę, która jednocześnie odpowiada za późniejsze wydanie, ewidencję i rozliczenie przepustek.

33. Przepustki okresowe wydaje się osobom wykonującym zadania służbowe lub prace, które wymagają przebywania w ochranianym obiekcie przez okres powyżej 14 dni. Wystawia się je na okres do 6 miesięcy. Ważność ich może być przedłużona na kolejne okresy, nie dłuższe niż 6 miesięcy każdy.”

W klauzuli 2.3., 2.4., 2.5., 2.6., 2.7. wzoru umowy mowa odpowiednio o nadzorze geodezyjnym, saperskim, konserwatorskim, archeologicznym, geologicznym, akustycznym.

Klauzula 2.8.14. wzoru umowy stanowi: „Wjazd na Teren Budowy przez osoby posiadające obywatelstwo inne niż polskie lub posiadające obywatelstwo polskie i dodatkowo obywatelstwo inne niż polskie, będzie odbywał się zgodnie z procedurą określoną przez Zamawiającego.”

W załączniku nr 35 do SIWZ w załączniku nr 2 do wyżej wspomnianego Porozumienia (ROZKAZ Nr Z -110/15 DOWÓDCY JEDNOSTKI WOJSKOWEJ NR 5644 z dnia 31 grudnia 2015 r. w sprawie organizacji systemu przepustkowego w kompleksach: Cytadela (K-0009), Krajewskiego IA (K-0603) oraz Krajewskiego 315 (K-4742)) wskazano w pkt 6 i 7: „6. Wejście cudzoziemców na teren chronionych obiektów wojskowych może odbywać się na podstawie pozwolenia jednorazowego wydanego przez Oddział Współpracy Międzynarodowej DG RSZ na wniosek organizatora wizyty zgodnie z zasadami ujętymi w „Zasady planowania i realizacji współpracy międzynarodowej w Dowództwie Generalnym RSZ oraz jednostkach podległych”  
7. Wejście cudzoziemców nie posiadających pozwolenia stałego na teren chronionych obiektów wojskowych odbywa się na zasadach określonych w decyzji Nr 21/MON Ministra Obrony Narodowej z dnia 10 lutego 2012 r. w sprawie planowania i realizowania przedsięwzięć współpracy międzynarodowej w resorcie obrony narodowej (Dz. Urz. MON poz. 33).”

Klauzule 3.5.1.-3.5.5. wzoru umowy (Dokumentacja warsztatowa) stanowią:

„3.5.1 Wykonawca zobowiązuje się do sporządzenia Rysunków Warsztatowych we własnym zakresie i na własny koszt, określonych w STWiOR oraz w przypadkach, gdy uzna, że ich sporządzenie jest konieczne do prawidłowego wykonania jakichkolwiek robót, objętych Umową lub załącznikami do Umowy.

3.5.2 Wykonawca zobowiązuje się uzgodnić oraz przekazać kopię każdego rysunku warsztatowego Zamawiającemu i Projektantowi.

3.5.3 Wykonawca zobowiązuje się przystępować do wykonania robót ujętych w każdym rysunku warsztatowym nie wcześniej niż po uzyskaniu zgody przedstawiciela Projektanta oraz Zamawiającego.

3.5.4 Strony ustalają, że rysunki warsztatowe sporządzane przez Wykonawcę nie mogą pozostawać w sprzeczności z projektami budowlanymi, projektami wykonawczymi, specyfikacjami technicznymi wykonania i odbioru robót budowlanych oraz innymi załącznikami do Umowy.

3.5.5 Zamawiający jest uprawniony do pisemnego nakazania Wykonawcy rozbiórki robót ujętych w rysunkach warsztatowych lub ich ponownego prawidłowego wykonania, pod rygorem odmowy ich odbioru, w przypadku wykonania przez Wykonawcę tych robót niezgodnie z treścią rysunków warsztatowych, bez uzyskania zgody przedstawiciela Projektanta, niezgodnie ze wskazaniami przedstawiciela Projektanta lub w sposób pozostający w sprzeczności z projektami budowlanymi, projektami wykonawczymi, specyfikacjami technicznymi wykonania i odbioru robót budowlanych lub innymi załącznikami do Umowy.”

Klauzula 3.8. wzoru umowy stanowi:

„3.8 Nadzór autorski

3.8.1 Zamawiający zapewni nadzór autorski nad realizacją Robót Budowlanych we wszystkich niezbędnych specjalizacjach poprzez wskazywanie osób wyznaczonych do jego pełnienia spośród osób wyznaczonych przez Projektanta oraz zobowiązuje się zapewnić właściwe wykonywanie przez nich obowiązków z zakresu nadzoru autorskiego.

3.8.2. Zamawiający zobowiązuje się poinformować Wykonawcę o przedstawicielach Projektanta wyznaczonych do pełnienia nadzoru autorskiego niezwłocznie po podpisaniu Umowy.

3.8.3 Zamawiający zobowiązuje się informować Wykonawcę o każdej zmianie osób wyznaczonych do pełnienia nadzoru autorskiego niezwłocznie po dokonaniu zmiany.

3.8.4 Wykonawca zobowiązuje się uzgadniać z przedstawicielem Projektanta wszelkie sprawy związane z wykonaniem zamówienia, co do których obowiązek uzgodnienia wynika z postanowień Umowy, z postanowień załączników do Umowy lub z przepisów prawa albo co do których Wykonawca wskazał na konieczność uzgodnienia, a przedstawiciel Projektanta nie uznał, że sprawa należy do wyłącznej decyzji Wykonawcy.

3.8.5 Wykonawca będzie współpracował w niezbędnym zakresie z osobami sprawującymi nadzór autorski, z zastrzeżeniem, iż wprowadzanie jakichkolwiek zmian w Dokumentacji

Projektowej lub technologii wykonywania Robót Budowlanych na podstawie decyzji tych osób wymaga także każdorazowo uzyskania uprzedniej zgody.”

Klauzule 15.8.2., 15.8.8. oraz 15.8.9. wzoru umowy stanowią:

„15.8.2 Zamawiający może zdecydować, iż Zamawiający lub wskazany przez niego podmiot, w szczególności inny wykonawca zatrudniony przez Zamawiającego, przejmie określoną część Obiektu jeszcze przed osiągnięciem Zakończenia Realizacji całości Robót Budowlanych w celu przeprowadzenia prac wykończeniowych, wyposażeniowych lub dokonania innych czynności związanych z przygotowaniem tej części Obiektu do eksploatacji. W przypadku, gdy Zamawiający skorzysta z prawa do przejścia części Obiektu zgodnie z powyższym, Strony uzgodnią procedury dotyczące takiego przejścia w celu uniknięcia negatywnego wpływu na wykonanie Umowy, w tym na postęp Robót Budowlanych w pozostałych częściach Obiektu a Zamawiający zobowiąże podmioty trzecie przejmujące daną część Obiektu (np. wykonawców lub najemców) do stosowania uzgodnionych z Wykonawcą procedur.

15.8.8 Po osiągnięciu odpowiedniego stanu zaawansowania budowy Obiektu Zamawiający zamierza zaangażować jednego lub kilku wykonawców z zadaniem dokonania w Obiekcie oraz na terenie Placu Budowy podłączeń mediów przy czym Zamawiający może zdecydować, iż podmioty te podejmą działania na terenie Placu Budowy jeszcze w trakcie wykonywania Robót Budowlanych przez Wykonawcę, co jednak nie będzie tożsame z przejściem części Obiektu w rozumieniu powyższych postanowień. W takim przypadku Wykonawca będzie zobowiązany do współdziałania z wykonawcą lub wykonawcami na rzecz osiągnięcia generalnego celu w postaci terminowego oddania Obiektu do eksploatacji, przy czym Wykonawcy będzie powierzona rola koordynatora działań wszystkich wykonawców. Artykuły 15.8.1 – 15.8.6 Umowy stosuje się odpowiednio, z zastrzeżeniem, iż Zamawiający powinien zawiadomić Wykonawcę o przewidywanym terminie podjęcia działań przez powyższe podmioty z wyprzedzeniem wynoszącym co najmniej 30 (trzydzieści) dni. Lista wykonawców, których Zamawiający zamierza zaangażować oraz zakres powierzonych im prac stanowi Załącznik nr 16 do Umowy.

15.8.9 Po osiągnięciu odpowiedniego stanu zaawansowania budowy Obiektu Wykonawca zobowiązuje się udostępnić część Obiektu w celu montażu wystawy stałej przy czym Zamawiający może zdecydować, iż podmioty te podejmą działania na terenie Placu Budowy jeszcze w trakcie wykonywania Robót Budowlanych przez Wykonawcę, co jednak nie będzie tożsame z przejściem części Obiektu w rozumieniu powyższych postanowień. W takim przypadku Wykonawca będzie zobowiązany do współdziałania z wykonawcą lub wykonawcami na rzecz osiągnięcia generalnego celu w postaci terminowego oddania Obiektu do eksploatacji, przy czym Wykonawcy będzie powierzona rola koordynatora działań

wszystkich wykonawców. Artykuły 15.8.1 - 15.8.6 Umowy stosuje się odpowiednio, z zastrzeżeniem, iż Zamawiający powinien zawiadomić Wykonawcę o przewidywanym terminie podjęcia działań przez powyższe podmioty z wyprzedzeniem wynoszącym co najmniej 30 (trzydzieści) dni.”

Klauzula 19.3. wzoru umowy (Wyczerpujący charakter zobowiązania Zamawiającego) stanowi:

„19.3.1 Zapłata Wynagrodzenia stanowi całość świadczenia wzajemnego Zamawiającego (o charakterze ryczałtowym) należnego na rzecz Wykonawcy z tytułu wykonania przez Wykonawcę wszystkich zobowiązań wynikających z Umowy. Zobowiązanie Zamawiającego zostanie zatem wykonane z momentem zapłaty całości Wynagrodzenia, a Wykonawca nie otrzyma żadnych dodatkowych świadczeń od Zamawiającego tytułem wynagrodzenia lub zwrotu kosztów, chyba że Umowa jednoznacznie stanowi inaczej.

19.3.2 Wykonawca oświadcza, iż dokładnie zapoznał się z Pozwoleniami, Dokumentacją Projektową oraz innymi powołanymi w Umowie dokumentami technicznymi związanymi z realizacją Obiektów, a także zbadał warunki panujące na terenie Nieruchomości i po rozważeniu wszystkich okoliczności i ryzyk związanych z wykonaniem Umowy potwierdza, iż Wynagrodzenie będzie ekwiwalentem odpowiednim z punktu widzenia wykonania wszystkich obowiązków określonych w Umowie.”

Punkt III. 17 SIWZ stanowi: „Zamawiający informuje, że dokumentacja projektowa stanowiąca załącznik do wcześniej przeniesionych decyzji o pozwoleniu na budowę (nr. nr 185/111/2016 budowa, nr186/111/2016 - rozbiórka) będzie w posiadaniu MHP przed podpisaniem umowy z wykonawcą wybranym w wyniku rozstrzygnięcia przedmiotowego przetargu.”

Klauzula 21 wzoru umowy (kary umowne) stanowi:

„21.1 Kary umowne należne na rzecz Zamawiającego

Wykonawca zapłaci Zamawiającemu kary umowne:

21.1.1 z tytułu zwłoki Wykonawcy w osiągnięciu któregokolwiek z Celów Kluczowych nieprzekraczającej 14 (czternastu) dni kalendarzowych – karę umowną w wysokości 100.000 PLN (sto tysięcy złotych) za każdy dzień zwłoki;

21.1.2 z tytułu zwłoki Wykonawcy w osiągnięciu któregokolwiek z Celów Kluczowych przekraczającej 14 (czternaście) dni kalendarzowych – karę umowną w wysokości 1.000.000 PLN (jeden milion złotych) za 15 (piętnasty) i każdy kolejny dzień zwłoki;

21.1.3 z tytułu zwłoki Wykonawcy w osiągnięciu Całkowitego Zakończenia Wykonania nieprzekraczającej 14 (czternastu) dni kalendarzowych – karę umowną w wysokości 0.1 (jedna dziesiąta) procenta całości Wynagrodzenia (netto) za każdy dzień zwłoki;

21.1.4 z tytułu zwłoki Wykonawcy w osiągnięciu Całkowitego Zakończenia Wykonania przekraczającej 14 (czternaście) dni kalendarzowych – karę umowną w wysokości 0.5 (pięć dziesiątych) procenta całości Wynagrodzenia (netto) za 15 (piętnasty) i każdy kolejny dzień zwłoki;

21.1.5 z tytułu zwłoki Wykonawcy w usunięciu Wady – karę umowną w wysokości 10.000.000 PLN (dziesięć milionów złotych);

21.1.6 z tytułu zwłoki Wykonawcy w usunięciu Wady w odpowiednim Okresie Odpowiedzialności za Wady – karę umowną w wysokości 10.000 PLN (dziesięć tysięcy złotych) za każdy dzień zwłoki (dla uniknięcia wątpliwości: kara taka będzie naliczana odrębnie w odniesieniu do każdej stwierdzonej i nieterminowo usuniętej Wady);

21.1.7 z tytułu nienależytego wykonania zobowiązania Wykonawcy skutkującego odstąpieniem przez Zamawiającego od Umowy – karę umowną w wysokości 15 (piętnastu) procent całości Wynagrodzenia (netto);

21.1.8 z tytułu braku zapłaty lub nieterminowej zapłaty wynagrodzenia należnego podwykonawcom lub dalszym podwykonawcom, - karę umowną w wysokości 0,01 % łącznego wynagrodzenia brutto za każdy przypadek, jednakże nie więcej niż 5 % łącznego wynagrodzenia brutto za wszystkie przypadki - karę umowną w wysokości 0,01 % łącznego wynagrodzenia brutto za każdy przypadek;

21.1.9 z tytułu zawarcia z podwykonawcą umowy, w której termin zapłaty wynagrodzenia będzie dłuższy niż określony w Umowie, - karę umowną w wysokości 0,01 % łącznego wynagrodzenia brutto za każdy przypadek, jednakże nie więcej niż 5 % łącznego wynagrodzenia brutto za wszystkie przypadki - karę umowną w wysokości 0,01 % łącznego wynagrodzenia brutto za każdy przypadek;

21.1.10 z tytułu Wykonawcy nieprzedłożenia do zaakceptowania projektu umowy o podwykonawstwo, której przedmiotem są roboty budowlane, lub projektu aneksu dotyczącego jej zmiany - karę umowną w wysokości 0,01 % łącznego wynagrodzenia brutto za każdy przypadek jednakże nie więcej niż 5 % łącznego wynagrodzenia brutto za wszystkie przypadki.

21.1.11 z tytułu nieprzedłożenia poświadczonyj za zgodność z oryginałem kopii umowy o podwykonawstwo lub kopii aneksu dotyczącego jej zmiany, - karę umowną w wysokości 0,01 % łącznego wynagrodzenia brutto za każdy przypadek jednakże nie więcej niż 5 % łącznego wynagrodzenia brutto za wszystkie przypadki;

21.1.12 z tytułu braku zmiany umowy o podwykonawstwo w zakresie terminu zapłaty w terminie wyznaczonym przez Zamawiającego - karę umowną w wysokości 0,01 % łącznego wynagrodzenia brutto za każdy przypadek, jednakże nie więcej niż 5 % łącznego wynagrodzenia brutto za wszystkie przypadki.

21.1.13 z tytułu niezorganizowania zaplecza budowy dla Zamawiającego w uzgodnionym terminie i niezlikwidowania go we własnym zakresie, - karę umowną w wysokości 0,01 % łącznego wynagrodzenia brutto.

21.1.14 z tytułu naruszenia art. 16.34 Umowy karę umowną w wysokości 2000 zł (dwa tysiące złotych) za każdą osobę wykonującą czynności określone w tym artykule, która nie została zatrudniona na podstawie umowy o pracę lub dla której nie została utrzymana ciągłość zatrudnienia na podstawie umowy o pracę lub w odniesieniu do której Wykonawca, podwykonawca lub dalszy podwykonawca nie udowodnił jej zatrudnienia na podstawie umowy o pracę w trakcie czynności kontrolnych prowadzonych przez Zamawiającego lub przez Państwową Inspekcję Pracy.

21.1.15 za każdą osobę wykonującą czynności określone w art. 16.34 Umowy, która nie została zatrudniona na podstawie umowy o pracę lub dla której nie została utrzymana ciągłość zatrudnienia na podstawie umowy o pracę lub w odniesieniu do której Wykonawca, podwykonawca lub dalszy podwykonawca nie udowodnił jej zatrudnienia na podstawie umowy o pracę w trakcie czynności kontrolnych prowadzonych przez Zamawiającego lub przez Państwową Inspekcję Pracy.

21.1.16 z tytułu niezłożenia w terminie wyznaczonym przez Zamawiającego, wyjaśnień lub oświadczeń lub dokumentów lub innych dowodów mających na celu potwierdzenie spełnienia przez Wykonawcę, podwykonawcę lub dalszego podwykonawcę wymogu zatrudnienia na podstawie umowy o pracę osób wykonujących czynności określone w art. 16.34 Umowy, które zostały objęte treścią pojedynczego wezwania w ramach czynności kontrolnych prowadzonych przez Zamawiającego karę umowną w wysokości 2.000,00 - zł (dwa tysiące złotych) za każdy przypadek.

21.1.17 za zawinione przerwanie realizacji robót przez Wykonawcę trwające powyżej 3 dni w wysokości 1% Wynagrodzenia brutto, za każdy rozpoczęty dzień przerwy w wykonywaniu robót,

21.1.18 w przypadku naruszenia zobowiązania do ubezpieczenia Wykonawcy i zapłacenia składek zgodnie z Umową a także do okazania Zamawiającemu dokumentów potwierdzających zawarcie umowy ubezpieczenia i opłacenia składek Zamawiający jest uprawniony do

nałożenia kary umownej w wysokości w wysokości 1%

Wynagrodzenia brutto , za każde naruszenie,

21.1.19 w przypadku naruszenia zobowiązania do usuwania odpadów zgodnie z Umową a także zobowiązania do przedkładania informacji o wytwarzanych odpadach oraz sposobach gospodarowania wytworzonymi odpadami zgodnie z Umową Zamawiający jest uprawniony do nałożenia kary umownej w wysokości 50.000,00 zł, za każde naruszenie,

21.1.20 w przypadku, gdy czynności zastrzeżone dla Kierownika budowy/robót, będzie wykonywała inna osoba niż zaakceptowana przez Zamawiającego – w wysokości 1% Wynagrodzenia brutto,

#### 21.2 Termin zapłaty

Zapłata kar umownych powinna nastąpić w terminie 10 (dziesięciu) dni od dnia otrzymania przez Wykonawcę żądania Zamawiającego w tym względzie. W razie nieotrzymania płatności z tego tytułu w terminie, Zamawiający będzie uprawniony do potrącenia ich z bieżących płatności rat Wynagrodzenia lub do dochodzenia od Wykonawcy w inny sposób.

#### 21.3 Łączna maksymalna wysokość kar umownych

Z zastrzeżeniem art. 21.4 Umowy, kary umowne należne na podstawie Umowy będą naliczane kumulatywnie, jednakże łączna wysokość naliczanych kar ze wszystkich tytułów określonych w Umowie nie przekroczy 40 % (czterdzieści) procent wysokości całości Wynagrodzenia (netto).

#### 21.4 Uzupelniające roszczenia Zamawiającego

Jeżeli szkoda poniesiona przez Zamawiającego przekroczy wysokość kar umownych przewidzianych w Umowie, Zamawiający ma prawo dochodzenia od Wykonawcy odszkodowania uzupełniającego na zasadach ogólnych.

21.5 Artykuł 21.1.3 oraz 21.1.4 Umowy nie stosuje się, jeśli Całkowite Zakończenie Wykonania nie zostanie terminowo osiągnięte ze względu na niewykonanie przez Wykonawcę obowiązku usunięcia Wad, o ile wszystkie pozostałe przesłanki osiągnięcia Całkowitego Zakończenia Wykonania będą już osiągnięte. Art. 21.1.6 Umowy stosuje się odpowiednio w razie zwłoki Wykonawcy w usunięciu Wad oznaczonych w treści załącznika do Protokołu Odbioru Końcowego (art. 18.4.5 Umowy).”

27.2.4 Niezwłocznie po odstąpieniu od Umowy przez Wykonawcę, Strony podejmą rozmowy w dobrej wierze w celu ustalenia rekompensaty należnej na rzecz Wykonawcy, przy założeniu, iż powinna to być:

- (i) suma:
  - (a) części Wynagrodzenia należnej z tytułu należycie wykonanych przed dniem odstąpienia Robót Budowlanych ustalona w oparciu o postanowienia art. 19.2.1 i nast. Umowy, oraz
  - (b) kwoty równej uzasadnionym kosztom poniesionym przez Wykonawcę przed odstąpieniem od Umowy w związku z czynnościami planowanymi w okresach

następujących po odstąpieniu od Umowy (a czynności te nie będą objęte Wynagrodzeniem zgodnie z art. 27.2.4(i)(a) Umowy), z zastrzeżeniem, iż suma taka będzie:

- (ii) pomniejszona o raty Wynagrodzenia otrzymane wcześniej przez Wykonawcę od Zamawiającego na podstawie Umowy, oraz następnie
- (iii) powiększona o 5 (pięć) procent obliczonej w powyższy sposób kwoty (art. 27.2.4(ii) Umowy), a podwyższenie takie będzie uważane za naliczenie kary umownej z tytułu nienależytego wykonania zobowiązania przez Zamawiającego skutkującego odstąpieniem od Umowy.

Obliczona w powyższy sposób łączna kwota będzie dalej zwana „Kwotą Rekompensaty”.

Klauzula 22.4.4 wzoru umowy stanowi: „Jeśli wysokość odszkodowania będzie równa lub wyższa niż 500.000 PLN (pięćset tysięcy złotych), jedynym podmiotem uprawnionym do otrzymania odszkodowania od ubezpieczyciela będzie Zamawiający. Zamawiający utworzy z rzeczywiście otrzymanych w ten sposób od ubezpieczyciela środków fundusz naprawczy, z którego środki będą zwalniane co miesiąc z dołu proporcjonalnie do postępu działań Wykonawcy związanych z naprawianiem szkody.”

Pkt III 14 SIWZ stanowi: „Podstawowy okres gwarancji i rękojmi na wykonane roboty oraz zainstalowane urządzenia wynosi 36 miesięcy. Okres gwarancji zaczyna biec od momentu podpisania przez Zamawiającego protokołu końcowego odbioru bez wad robót budowlanych stanowiących przedmiot udzielanego zamówienia. Zamawiający informuje, że wydłużenie podstawowego okresu gwarancji będzie dodatkowo punktowane na zasadach opisanych w pkt. XVI SIWZ (KRYTERIA KTÓRYMI ZAMAWIAJĄCY BĘDZIE SIĘ KIEROWAŁ PRZY WYBORZE OFERT).

W punkcie 14.2. SIWZ Zamawiający określił: „Wykonawca zobowiązuje się do przekazania Zamawiającemu wszystkich niezbędnych dokumentów producentów (przedstawicieli producentów) w stosunku do zrealizowanych prac, uruchomionych systemów i zainstalowanych urządzeń jednoznacznie określających:

- a) potwierdzenie przyjęcia przez producenta ochrony gwarancyjnej w pełnym zakresie,
- b) okres ochrony gwarancyjnej od momentu podpisania przez Zamawiającego protokołu odbioru,
- c) zakresy działań gwarancyjnych wraz z wszelkimi wykluczeniami;
- d) zakresy wszystkich niezbędnych do wykonania okresowych działań serwisowych (przeglądy gwarancyjne), koniecznych dla utrzymania ochrony gwarancyjnej.

e) dane teleadresowe producenta i wszystkich dostępnych w Polsce (a w przypadku ich braku na terenie kraju, zlokalizowane najbliżej) punktów serwisowych realizujących działania serwisowe w okresach gwarancyjnych i pogwarancyjnych.”

Zgodnie z pkt XVI SIWZ: „1. Przy wyborze oferty Zamawiający stosować będzie niżej wskazane kryteria. Oceny dokonywać będą członkowie komisji przetargowej, stosując zasadę, iż oferta nieodrzucona, która otrzymała najwyższą liczbę w ocenie kryterium oceny ofert i ich znaczenia (suma uzyskanych punktów) jest ofertą najkorzystniejszą. Przy dokonywaniu wyboru najkorzystniejszej oferty Zamawiający stosować będzie:

a) kryterium nr 1 - „cena oferty brutto” o wadze 60 %

b) kryterium nr 2 - „wydłużenie podstawowego okresu gwarancji” o wadze 40 %.

3. Wymagany okres gwarancji:

3.1. minimalny okres podstawowej gwarancji — nie niższy niż 36 miesięcy.

3.2. maksymalny okres podstawowej gwarancji — nie dłuższy niż 60 miesięcy.

4. Wykonawca w Formularzu Oferty wpisuje liczbę miesięcy udzielonego podstawowego okresu gwarancji. W przypadku niezastosowania się do wymaganego okresu gwarancji wskazanego w pkt. 3 powyżej (np. pozostawienie pustego miejsca lub wskazanie mniejszego niż minimalny podstawowego okresu gwarancji), Zamawiający odrzuci ofertę jako niezgodną z SIWZ.”

Ponadto Zamawiający określa poniższe minimalne okresy gwarancji i rękojmi na poszczególne rodzaje robót objętych przedmiotem zamówienia (których wydłużenie nie jest dodatkowo punktowane):

a) Roboty konstrukcyjne — 240 miesięcy;

b) Hydroizolacje posadowienia budynku— 240 miesięcy;

c) Dach — 180 miesięcy,

d) Elewacje całego budynku — 180 miesięcy.”

Klauzula 24.1.3. wzoru umowy stanowi: „Okres trwania odpowiedzialności Wykonawcy za Wady („Rozszerzony Okres Odpowiedzialności za Wady”) w odniesieniu do następujących części Obiektów wynosi:

(i) Roboty konstrukcyjne – 20 (dwadzieścia) lat;

(ii) Hydroizolacje posadowienia budynku – 20 (dwadzieścia) lat;

(iii) Dach – 15 (piętnaście) lat;

(iv) Elewacje całego budynku – 15 (piętnaście) lat.”

Punkt 6) formularza ofertowego (załącznik nr 2 do SIWZ) stanowi:

„oświadczamy, że udzielamy podstawowej gwarancji na wykonane przez siebie roboty będące przedmiotem zamówienia, oraz zastosowane materiały i wmontowane urządzenia na okres ..... \*miesiące, licząc od daty bezusterkowego odbioru

końcowego z tym, że dla materiałów oraz urządzeń okres ten nie będzie krótszy niż gwarancja udzielana przez producenta przy czym okres ten nie będzie krótszy niż okres udzielonej przez Wykonawcę gwarancji.”

W Sekcji III. 2.2) pkt 3 lit. c) Ogłoszenia o zamówieniu oraz pkt VI.2.1.3. SIWZ wskazano: „Wykonawca winien posiadać środki finansowe lub zdolność kredytową w kwocie nie niższej niż 150 000 000 PLN.”

Zgodnie z pkt 17.2.1 i 17.2.2. wzoru umowy: „Z zastrzeżeniem art. 17.2.2 Umowy, Wykonawca podejmie działania w ramach wykonania przedmiotu Umowy natychmiast po zawarciu Umowy i zobowiązuje się osiągnąć Całkowite Zakończenie Realizacji w terminie 990 (dziewięćset dziewięćdziesiąt) dni od dnia zawarcia Umowy („Termin Realizacji”).

17.2.2 Wykonawca zapewni osiągnięcie następujących celów w zaawansowaniu wykonania Robót Budowlanych w poniższych terminach („Cele Kluczowe”):

(i) Wykonanie konstrukcji budynku – w terminie do 335 dni (trzysta trzydzieści pięć) od dnia zawarcia Umowy;

(ii) Wykonanie stanu surowego zamkniętego z niezbędnymi pracami instalacyjnymi i wykończeniowymi umożliwiającymi rozpoczęcie prac związanych z wystawą stałą – w terminie do dnia 15 maja 2019 r.;

(iii) Zakończenie budowy stałej siedziby Muzeum – w terminie 964 (dziewięćset sześćdziesiąt cztery) dni od dnia zawarcia Umowy.”

W pkt 18.2.1 wzoru umowy wskazano: „W ostatnim dniu roboczym każdego miesiąca kalendarzowego Strony dokonają odbioru częściowego Robót Budowlanych należycie wykonanych od dnia podpisania poprzedniego Protokołu Odbioru Częściowego lub – w przypadku pierwszego odbioru częściowego – od dnia zawarcia Umowy. Na potrzeby odbioru częściowego Wykonawca przygotowuje oraz przedstawi Zamawiającemu do 25 dnia danego miesiąca następujące dokumenty potwierdzające prawidłowość wykonania odpowiedniej części Robót Budowlanych: informację o wykonanych robotach obejmującą jednostkowe pozycje z harmonogramu rzeczowo-finansowego, protokoły pomiarów, prób i inspekcji, oświadczenie Kierownika Budowy o stopniu zaawansowania Robót Budowlanych, a także protokoły badań niezbędne dla określenia prawidłowości wykonanych elementów Robót Budowlanych.”

W pkt 19.2.1. – 19.2.3. wzoru umowy postanowiono: „19.2.1 Z zastrzeżeniem poniższych postanowień, Wynagrodzenie będzie płacone w miesięcznych ratach należnych z dołu,

począwszy od stycznia 2018 r. Wysokość raty Wynagrodzenia należnej w odniesieniu do danego miesiąca zostanie obliczona na podstawie zaawansowania wykonania Robót Budowlanych, zgodnie z harmonogramem rzeczowo-finansowym, aktualizowanym każdorazowo po zatwierdzeniu Protokołu Odbioru Częściowego (tzn. Wykonawca otrzyma ratę Wynagrodzenia wynikającą z wartości robót odebranych w drodze Protokołu Odbioru Częściowego). Wynagrodzenie będzie płacone Wykonawcy za odebrane Roboty Budowlane stanowiące jednostkowe pozycje w Harmonogramie, które zostały wykonane w całości.

19.2.2 Wykonawca zobowiązany jest do planowania stopnia realizacji Robót Budowlanych z wyprzedzeniem 30 dni.

19.2.3 Podstawą określenia stanu zaawansowania wykonania Robót Budowlanych, będzie postęp w realizacji robót budowlanych (w tym instalacyjnych i montażowych), przy czym dostawy Materiałów i Urządzeń mogą być uwzględnione dopiero po ich prawidłowym zainstalowaniu w Obiekcie.”

W Sekcji III.2.3) lit. B) pkt I Ogłoszenia o zamówieniu oraz w pkt VI 2.2.1. SIWZ wskazano: „Wykonawca winien wykazać, że wykonał w okresie ostatnich 8 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, roboty budowlane odpowiadające swoim rodzajem i wartością robotom budowlanym stanowiącym przedmiot zamówienia tzn. wykonał co najmniej jedną robotę budowlaną o wartości brutto nie mniejszej niż 250 mln zł., polegającą — w rozumieniu art. 3 pkt 6 ustawy Prawo budowlane (tekst jednolity Dz. U. z 2017 r. Nr 1332 z późn. zm.) - na budowie budynku (w rozumieniu art. 3 pkt 2 ustawy Prawo budowlane) - sklasyfikowanego na podstawie Rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 30.12.1999 r. w sprawie Polskiej Klasyfikacji Obiektów Budowlanych (PKOB) (Dz. U. z 1999 r. Nr 112 poz. 1316 ze zm.) w Dziale 12, grupa 126 klasa 1220 lub klasa 1261 (z wyłączeniem budynków: sal tanecznych i dyskotek, estrady, budynków schronisk dla zwierząt, budynków ogrodów zoologicznych i botanicznych), lub klasa 1262 (z wyłączeniem: bibliotek, centr informacyjnych, archiwów).”

W Sekcji III. 2.3) lit. B) pkt II lit. a), d) i f) Ogłoszenia o zamówieniu oraz w pkt VI.2.2.2. lit. a), lit. b) pkt 3. i 5. Tabeli w SIWZ wskazano: „Wykonawca musi wskazać osoby, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia, legitymujące się odpowiednim do funkcji (jaka im zostanie powierzona) doświadczeniem oraz wykształceniem. Wykonawca przedstawi kandydatów na poniższe stanowiska, którzy spełniają następujące wymagania: a) minimum jedna osoba przewidziana do pełnienia funkcji Kierownika Budowy posiadająca uprawnienia budowlane bez ograniczeń do kierowania robotami budowlanymi w specjalności konstrukcyjno-budowlanej, wraz z ważnym zaświadczeniem o przynależności do właściwej

izby samorządu zawodowego oraz: - posiadającą co najmniej 8-letnie doświadczenie zawodowe w nadzorowaniu robót budowlanych w swojej specjalności, w tym pełnienie funkcji (nieprzerwanie od daty rozpoczęcia budowy do dnia zakończenia budowy) Kierownika Budowy przy budowie przynajmniej jednego budynku (w rozumieniu art. 3 pkt 2 ustawy Prawo budowlane) sklasyfikowanego na podstawie Rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 30.12.1999 r. w sprawie Polskiej Klasyfikacji Obiektów Budowlanych (PKOB) (Dz. U. z 1999 r. Nr 112 poz. 1316 ze zm.) w Dziale 12, grupa 126 klasa 1262 (z wyłączeniem: bibliotek, centr informacyjnych, archiwów) lub klasa 1261 (z wyłączeniem budynków: sal tanecznych i dyskotek, estrady, budynków schronisk dla zwierząt, budynków ogrodów zoologicznych i botanicznych), o wartości nie mniejszej niż 120 mln. zł. brutto, - przez co najmniej 18 miesięcy brała udział w robotach budowlanych prowadzonych przy zabytkach nieruchomości wpisanych do rejestru lub inwentarza muzeum będącego instytucją kultury.; kierownik robót w zakresie drogowym – co najmniej 1 osoba – posiadająca uprawnienia budowlane do kierowania robotami budowlanymi bez ograniczeń w specjalności drogowej, — co najmniej 8-letnie doświadczenie zawodowe w nadzorowaniu robót budowlanych w swojej specjalności oraz przez co najmniej 18 miesięcy brała udział w robotach budowlanych prowadzonych przy zabytkach nieruchomości wpisanych do rejestru lub inwentarza muzeum będącego instytucją kultury; Kierownik robót w zakresie konstrukcyjno-budowlanym – co najmniej 1 osoba – posiadająca uprawnienia budowlane bez ograniczeń do kierowania robotami budowlanymi w specjalności konstrukcyjno-budowlanej, — co najmniej 8-letnie doświadczenie zawodowe w nadzorowaniu robót budowlanych w swojej specjalności oraz przez co najmniej 18 miesięcy udział w robotach budowlanych prowadzonych przy zabytkach nieruchomości wpisanych do rejestru lub inwentarza muzeum będącego instytucją kultury.”

Punkt 3.1.3 wzoru umowy stanowi: „W przypadku, gdy w trakcie wykonywania zamówienia okaże się, że przepisy prawa oraz Umowa lub załączniki do Umowy regulują odmiennie poszczególne czynności, Wykonawca zobowiązuje się wykonać te czynności zgodnie z przepisami prawa.”

Punkt 19.1.3 ppkt (ii) wzoru umowy stanowi: „Z zastrzeżeniem postanowień art. 19.1.4 poniżej, Wynagrodzenie będzie stałe i nie będzie podlegać zmianom w trakcie wykonania Umowy, z zastrzeżeniem: niewykonania z jakiegokolwiek powodu lub nienależytego wykonania danej części Robót Budowlanych, w którym to przypadku Wynagrodzenie ulegnie odpowiedniej redukcji (co nie wyłączy prawa Zamawiającego do dochodzenia innych roszczeń

przewidzianych w Umowie lub odpowiednich przepisach prawa); art. 15.4.3(iii) Umowy stosuje się odpowiednio.”

Zamawiający pismem z dnia 14 listopada 2017 r. zmodyfikował zapisy SIWZ odnośnie terminu składania i otwarcia ofert wyznaczając go na dzień 6 grudnia 2017 r, co Zamawiający potwierdził na rozprawie. Jednocześnie Zamawiający poinformował, że termin ten nie jest ostateczny i będzie jeszcze przez Zamawiającego zmieniany kolejnym pismem.

Z wyciągu z wystąpienia pokontrolnego NIK zgodnie z uchwałą Nr 2/2016 Kolegium NIK z dnia 20 stycznia 2016 r. wynika, że w programach wieloletnich ustalonych przez Radę Ministrów uwzględniony został koszt budowy następujących muzeów: Muzeum Historii Żydów Polskich, Muzeum II Wojny Światowej w Gdańsku, Muzeum Józefa Piłsudskiego w Sulejówku oraz Muzeum Historii Polski w Warszawie.

Z uchwały nr 165/17 Rady Ministrów z dnia 17 października 2017 r. wraz z załącznikiem (wyciąg) wynika, że nieruchomość pod budowę Muzeum Historii Polski znajduje się w trwałym zarządzie Stołecznego Zarządu Infrastruktury, a Muzeum stanie się właścicielem nieruchomości po dokonaniu formalnego podziału działki i wyposażeniu przez właściwy organ (str. 8). Ponadto, na budowę obiektu Muzeum Historii Polski w Warszawie zaplanowano kwotę 483 277 tys. zł brutto.

Z pisma Muzeum Wojska Polskiego z dnia 16.10.2017 r. wynika, że Zamawiający dokonał zmiany SIWZ i w pkt VIII pisma określił łączną wysokość kar umownych na poziomie 10% łącznego wynagrodzenia brutto.

We wzorze umowy na budowę Muzeum Józefa Piłsudskiego w Sulejówku w art. 57 ustalono kary umowne na poziomie 0,01, 0,02, 0,05% wynagrodzenia brutto wykonawcy. Za odstąpienie od umowy przewidziano tożsame kary umowne dla Zamawiającego jak i dla wykonawcy na poziomie 10% wynagrodzenia brutto. Ponadto zastrzeżono, że łączna wysokość kar umownych ze wszystkich tytułów nie przekroczy 20% wartości umowy. W art. 85 § 1 ustalono okres odpowiedzialności za wady całego przedmiotu umowy na okres 10 lat.

We wzorze umowy na budowę Muzeum II Wojny Światowej w Gdańsku w § 22 ustalono kary umowne na poziomie 0,01, 0,005% łącznej ryczałtowej wartości brutto. W § 21 ust. 1 ustalono okres odpowiedzialności za wady całego przedmiotu umowy.

Zgodnie ze wzorem umowy Stołecznego Zarządu Infrastruktury przedmiotem umowy są roboty budowlane: „Przebudowa, rozbudowa i zmiana sposobu użytkowania z warsztatowego na biurowy - budynku nr 30” K-0134 Białobrzegi..”. W § 16 ust. 5 wzoru umowy wskazano, że „wstęp osoby (osób) nieposiadających obywatelstwa polskiego wymaga uzyskania zezwolenia do wejścia na teren budowy Dowódcy Generalnego po uzyskaniu opinii Służby Kontrwywiadu Wojskowego. O zezwolenie występuje Zamawiający na pisemny wniosek Wykonawcy w terminie nie krótszym niż 14 dni przed planowanym wstępem na teren użytkownika.”

Z dokumentu z firmy DACHLAND sp. z o.o wynika, że firma ta udzieli gwarancji na pokrycie z membraną na 15 lat oraz pokrycie z papy termozgrzewalnej na 10 lat pod warunkiem serwisowania dwa razy do roku.

Z gwarancji PRODUKTÓW GCP APPLIED TECHNOLOGIES dla Muzeum Historii Polski obejmującej hydroizolacje wynika, że producent ten udzieli gwarancji na produkty na 20 lat pod warunkiem ich prawidłowej instalacji.

Z gwarancji jakości firmy AQUA TECH sp. z o.o. wynika, że producent udzieli gwarancji na hydroizolacje na 20 lat.

Izba ustaliła wartość szacunkową zamówienia na podstawie kosztorysu inwestorskiego przekazanego przez Zamawiającego.

Izba wskazuje, że dowody złożone w zakresie warunków udziału w postępowaniu zostały przeanalizowane w dalszej części uzasadnienia.

Izba ustaliła następujący stan prawny:

art. 7 ust. 1 ustawy pzp - Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości.

art. 9a ust. 2 ustawy pzp – W przypadku gdy oferty mogą zostać złożone jedynie po odbyciu przez wykonawcę wizji lokalnej albo po sprawdzeniu przez niego dokumentów niezbędnych do realizacji zamówienia, zamawiający wyznacza terminy składania ofert z uwzględnieniem czasu niezbędnego do zapoznania się przez wykonawców z informacjami koniecznymi do przygotowania oferty, z tym że terminy te muszą być dłuższe od minimalnych terminów składania ofert określonych w ustawie.

art. 14 ust. 1 ustawy pzp – Do czynności podejmowanych przez zamawiającego i wykonawców

w postępowaniu o udzielenie zamówienia stosuje się przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny (Dz. U. z 2017 r. poz. 459, 933 i 1132), jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej.

art. 22 ust. 1a i 1b pkt 2) i 3) ustawy pzp – 1a. Zamawiający określa warunki udziału w postępowaniu oraz wymagane od wykonawców środki dowodowe w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz umożliwiając ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, w szczególności wyrażając je jako minimalne poziomy zdolności. 1b. Warunki udziału w postępowaniu mogą dotyczyć: 2) sytuacji ekonomicznej lub finansowej; 3) zdolności technicznej lub zawodowej.

art. 22d ust. 1 ustawy pzp - Oceniając zdolność techniczną lub zawodową wykonawcy, zamawiający może postawić minimalne warunki dotyczące wykształcenia, kwalifikacji zawodowych, doświadczenia, potencjału technicznego wykonawcy lub osób skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia, umożliwiające realizację zamówienia na odpowiednim poziomie jakości.

art. 29 ust. 1 i 2 ustawy pzp – 1. 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. 2. Przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję.

art. 31 ust. 1 ustawy pzp - Zamawiający opisuje przedmiot zamówienia na roboty budowlane za pomocą dokumentacji projektowej oraz specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót budowlanych.

art. 43 ust. 1 i 2 ustawy pzp – 1. Jeżeli wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8, zamawiający wyznacza termin składania ofert z uwzględnieniem czasu niezbędnego do przygotowania i złożenia oferty, z tym że w przypadku dostaw lub usług termin ten nie może być krótszy niż 7 dni od dnia zamieszczenia ogłoszenia o zamówieniu w Biuletynie Zamówień Publicznych, a w przypadku robót budowlanych – nie krótszy niż 14 dni. 2. Jeżeli wartość zamówienia jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8, termin składania ofert nie może być krótszy niż 35 dni od dnia przekazania ogłoszenia o zamówieniu Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej.

art. 139 ust. 1 i 2 ustawy pzp – Do umów w sprawach zamówień publicznych, zwanych dalej „umowami”, stosuje się przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny, jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej. 2. Umowa wymaga, pod rygorem nieważności, zachowania formy pisemnej, chyba że przepisy odrębne wymagają formy szczególnej.

art. 144 ust. 1 ustawy pzp – Zakazuje się zmian postanowień zawartej umowy lub umowy

ramowej w stosunku do treści oferty, na podstawie której dokonano wyboru wykonawcy, chyba że zachodzi co najmniej jedna z następujących okoliczności: 1) zmiany zostały przewidziane w ogłoszeniu o zamówieniu lub specyfikacji istotnych warunków zamówienia w postaci jednoznacznych postanowień umownych, które określają ich zakres, w szczególności możliwość zmiany wysokości wynagrodzenia wykonawcy, i charakter oraz warunki wprowadzenia zmian; 2) zmiany dotyczą realizacji dodatkowych dostaw, usług lub robót budowlanych od dotychczasowego wykonawcy, nieobjętych zamówieniem podstawowym, o ile stały się niezbędne i zostały spełnione łącznie następujące warunki: a) zmiana wykonawcy nie może zostać dokonana z powodów ekonomicznych lub technicznych, w szczególności dotyczących zamienności lub interoperacyjności sprzętu, usług lub instalacji, zamówionych w ramach zamówienia podstawowego, b) zmiana wykonawcy spowodowałaby istotną niedogodność lub znaczne zwiększenie kosztów dla zamawiającego, c) wartość każdej kolejnej zmiany nie przekracza 50% wartości zamówienia określonej pierwotnie w umowie lub umowie ramowej; 3) zostały spełnione łącznie następujące warunki: a) konieczność zmiany umowy lub umowy ramowej spowodowana jest okolicznościami, których zamawiający, działając z należytą starannością, nie mógł przewidzieć, b) wartość zmiany nie przekracza 50% wartości zamówienia określonej pierwotnie w umowie lub umowie ramowej; 4) wykonawcę, któremu zamawiający udzielił zamówienia, ma zastąpić nowy wykonawca: a) na podstawie postanowień umownych, o których mowa w pkt 1, b) w wyniku połączenia, podziału, przekształcenia, upadłości, restrukturyzacji lub nabycia dotychczasowego wykonawcy lub jego przedsiębiorstwa, o ile nowy wykonawca spełnia warunki udziału w postępowaniu, nie zachodzą wobec niego podstawy wykluczenia oraz nie pociąga to za sobą innych istotnych zmian umowy, c) w wyniku przejęcia przez zamawiającego zobowiązań wykonawcy względem jego podwykonawców; 5) zmiany, niezależnie od ich wartości, nie są istotne w rozumieniu ust. 1e; 6) łączna wartość zmian jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 i jest mniejsza od 10% wartości zamówienia określonej pierwotnie w umowie w przypadku zamówień na usługi lub dostawy albo, w przypadku zamówień na roboty budowlane – jest mniejsza od 15% wartości zamówienia określonej pierwotnie w umowie.

art. 18 pkt 5) lit. a) przepisy przejściowe (wyciąg z przepisów ustawy z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw) – W postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego wszczętych i niezakończonych przed dniem 18 października 2018 r., a w przypadku postępowań prowadzonych przez centralnego zamawiającego, przed dniem 18 kwietnia 2017 r.: termin, o którym mowa w: art. 43 ust. 2 ustawy zmienianej w art. 1, w brzmieniu nadanym niniejszą ustawą, wynosi 40 dni.

art. 5 k.c. - Nie można czynić ze swego prawa użytku, który by był sprzeczny ze społeczno-

gospodarczym przeznaczeniem tego prawa lub z zasadami współżycia społecznego. Takie działanie lub zaniechanie uprawnionego nie jest uważane za wykonywanie prawa i nie korzysta z ochrony.

art. 58 § 1 k.c. – Czynność prawna sprzeczna z ustawą albo mająca na celu obejście ustawy jest nieważna, chyba że właściwy przepis przewiduje inny skutek, w szczególności ten, iż na miejsce nieważnych postanowień czynności prawnej wchodzi odpowiednie przepisy ustawy.

art. 353<sup>1</sup> k.c. – Strony zawierające umowę mogą ułożyć stosunek prawny według swego uznania, byleby jego treść lub cel nie sprzeciwiały się właściwości (naturze) stosunku, ustawie ani zasadom współżycia społecznego.

art. 354 § 1 i § 2 k.c. - § 1. Dłużnik powinien wykonać zobowiązanie zgodnie z jego treścią i w sposób odpowiadający jego celowi społeczno-gospodarczemu oraz zasadom współżycia społecznego, a jeżeli istnieją w tym zakresie ustalone zwyczaje – także w sposób odpowiadający tym zwyczajom. § 2. W taki sam sposób powinien współdziałać przy wykonaniu zobowiązania wierzyciel.

art. 355 § 1 k.c. – § 1. Dłużnik obowiązany jest do staranności ogólnie wymaganej w stosunkach danego rodzaju (należyta staranność).

art. 471 k.c. – Dłużnik obowiązany jest do naprawienia szkody wynikłej z niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania, chyba że niewykonanie lub nienależyte wykonanie jest następstwem okoliczności, za które dłużnik odpowiedzialności nie ponosi.

art. 476 k.c. - Dłużnik dopuszcza się zwłoki, gdy nie spełnia świadczenia w terminie, a jeżeli termin nie jest oznaczony, gdy nie spełnia świadczenia niezwłocznie po wezwaniu przez wierzyciela. Nie dotyczy to wypadku, gdy opóźnienie w spełnieniu świadczenia jest następstwem okoliczności, za które dłużnik odpowiedzialności nie ponosi.

art. 483 k.c. - § 1. Można zastrzec w umowie, że naprawienie szkody wynikłej z niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania niepieniężnego nastąpi przez zapłatę określonej sumy (kara umowna). § 2. Dłużnik nie może bez zgody wierzyciela zwolnić się z zobowiązania przez zapłatę kary umownej.

art. 484 k.c. - § 1. W razie niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania kara umowna należy się wierzycielowi w zastrzeżonej na ten wypadek wysokości bez względu na wysokość poniesionej szkody. Żądanie odszkodowania przenoszącego wysokość zastrzeżonej kary nie jest dopuszczalne, chyba że strony inaczej postanowiły. § 2. Jeżeli zobowiązanie zostało w znacznej części wykonane, dłużnik może żądać zmniejszenia kary umownej; to samo dotyczy wypadku, gdy kara umowna jest rażąco wygórowana.

art. 487 § 2 k.c. – Umowa jest wzajemna, gdy obie strony zobowiązują się w taki sposób, że świadczenie jednej z nich ma być odpowiednikiem świadczenia drugiej.

art. 558 § 1 k.c. - Strony mogą odpowiedzialność z tytułu rękojmi rozszerzyć, ograniczyć lub wyłączyć. Jednakże w umowach z udziałem konsumentów ograniczenie lub wyłączenie odpowiedzialności z tytułu rękojmi jest dopuszczalne tylko w wypadkach określonych w przepisach szczególnych.

art. 568 § 1 k.c. - Sprzedawca odpowiada z tytułu rękojmi, jeżeli wada fizyczna zostanie stwierdzona przed upływem dwóch lat, a gdy chodzi o wady nieruchomości – przed upływem pięciu lat od dnia wydania rzeczy kupującemu. Jeżeli kupującym jest konsument a przedmiotem sprzedaży jest używana rzecz ruchoma, odpowiedzialność sprzedawcy może zostać ograniczona, nie mniej niż do roku od dnia wydania rzeczy kupującemu.

art. 632 § 1 k.c. – Jeżeli strony umówiły się o wynagrodzenie ryczałtowe, przyjmujący zamówienie nie może żądać podwyższenia wynagrodzenia, chociażby w czasie zawarcia umowy nie można było przewidzieć rozmiaru lub kosztów prac.

art. 647 k.c. - Przez umowę o roboty budowlane wykonawca zobowiązuje się do oddania przewidzianego w umowie obiektu, wykonanego zgodnie z projektem i z zasadami wiedzy technicznej, a inwestor zobowiązuje się do dokonania wymaganych przez właściwe przepisy czynności związanych z przygotowaniem robót, w szczególności do przekazania terenu budowy i dostarczenia projektu, oraz do odebrania obiektu i zapłaty umówionego wynagrodzenia.

art. 651 k.c. - Jeżeli dostarczona przez inwestora dokumentacja, teren budowy, maszyny lub urządzenia nie nadają się do prawidłowego wykonania robót albo jeżeli zajdą inne okoliczności, które mogą przeszkodzić prawidłowemu wykonaniu robót, wykonawca powinien niezwłocznie zawiadomić o tym inwestora.

art. 37c ustawy z dnia 23 lipca 2003 r. o ochronie zabytków i opiece nad zabytkami (tj. Dz. U. 2017 r. poz. 2187 - Robotami budowlanymi kieruje albo nadzór inwestorski wykonuje, przy zabytkach nieruchomych wpisanych do rejestru osoba, która posiada uprawnienia budowlane określone przepisami Prawa budowlanego oraz która przez co najmniej 18 miesięcy brała udział w robotach budowlanych prowadzonych przy zabytkach nieruchomych wpisanych do rejestru lub inwentarza muzeum będącego instytucją kultury.

#### **Izba zważyła, co następuje:**

Izba stwierdziła, że zgłoszone przystąpienia spełniają wymogi formalne określone w art. 185 ust. 2 ustawy i jako takie są skuteczne. Izba postanowiła dopuścić do postępowania odwoławczego wykonawcę HOCHTIEF Polska S.A. z siedzibą w Warszawie, ul. Elbląska 14, zgłaszającego swoje przystąpienie w sprawie o sygn. akt KIO 2219/17 po stronie odwołującego, wykonawcę IDS-BUD S.A. z siedzibą w Warszawie, ul. Grzybowska 87, zgłaszającego swoje przystąpienie w sprawie o sygn. akt KIO 2219/17 oraz o sygn. akt KIO

2234/17 po stronie odwołującego oraz wykonawcę Warbud S.A. z siedzibą w Warszawie, ul. Domaniewska 32, zgłaszającego swoje przystąpienie w sprawie o sygn. akt KIO 2228/17 oraz o sygn. akt KIO 2232/17 po stronie zamawiającego.

Izba ustaliła, że nie zaistniały przesłanki określone w art. 189 ust. 2 ustawy, które skutkowałyby odrzuceniem złożonych odwołań.

Izba oceniła, że Odwołujący wykazali interes w uzyskaniu zamówienia, jak również możliwość poniesienia szkody, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy. Odwołujący są podmiotami mogącymi ubiegać się o udzielenie przedmiotowego zamówienia publicznego. Sposób sformułowania treści SIWZ przekłada się wprost na możliwość udziału wykonawcy w postępowaniu oraz złożenia konkurencyjnej oferty. Na tym etapie postępowania krąg podmiotów mogących skutecznie bronić swoich interesów w uzyskaniu zamówienia obejmuje każdego potencjalnego wykonawcę, mogącego samodzielnie zrealizować zamówienie lub wykonawcę mogącego wspólnie ubiegać się o udzielenie zamówienia w ramach konsorcjum. Odwołujący mogą ponieść szkodę poprzez nieuzyskanie przedmiotowego zamówienia.

Izba umorzyła postępowanie odwoławcze w zakresie:

- zarzutów zawartych w pkt 2, 3, 4, 6, 8, 9 (żądanie 9.3.), 10 (żądania: 10.1., 10.7., 10.8., 10.9., 10.10., 10.13., oraz 10.18.) odwołania BUDIMEX S.A. z siedzibą w Warszawie, ul. Stawki 40;
- zarzutu zawartego w pkt III.1. odwołania Warbud S.A. z siedzibą w Warszawie, ul. Domaniewska 32.

Zamawiający we wskazanym powyżej zakresie uwzględnił częściowo zarzuty odwołania, natomiast uczestnik postępowania odwoławczego przystępujący po stronie Zamawiającego nie wniósł sprzeciwu wobec uwzględnienia przez Zamawiającego części zarzutów odwołania. Izba w tym miejscu zaznacza, że w obrębie poszczególnych zarzutów odwołania, zawarte są grupy zarzutów (żądań odwołania), które podlegają wyodrębnieniu. Dlatego też Izba umorzyła postępowanie w zakresie tych zarzutów i żądań odwołania, które zostały wprost uwzględnione przez Zamawiającego, co nie jest równoznaczne z uwzględnieniem wszystkich żądań zawartych w poszczególnych zarzutach. Izba wskazuje w tym miejscu, że rozstrzygnięcie odwołania w części, której nie dotyczy już spór pomiędzy stronami – w wyniku uwzględnienia części zarzutów odwołania przez Zamawiającego i braku wniesienia sprzeciwu przez uczestnika postępowania odwoławczego - jest bezcelowe.

Ponadto, Odwołujący BUDIMEX S.A. wycofał część zarzutów (żądań) odwołania dlatego też Izba nie rozpatrywała zarzutów w tym zakresie.

Izba poddała pozostałe zarzuty zawarte w złożonych odwołaniach pod rozpoznanie. Zgodnie z brzmieniem przepisu art. 192 ust 2 ustawy pzp Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik

postępowania o udzielenie zamówienia. Izba dokonawszy oceny podniesionych w odwołaniach zarzutów, biorąc pod uwagę stanowiska Stron i Uczestników postępowania odwoławczego przedstawione na rozprawie oraz złożone dowody stwierdziła, że odwołania o sygn. akt KIO 2232/17 oraz KIO 2234/17 zasługują na uwzględnienie, natomiast odwołania o sygn. akt KIO 2219/17 oraz KIO 2228/17 zasługują na uwzględnienie w części.

W pewnych przypadkach Izba, uwzględniając zarzuty odwołania, których zakresem jest związana (art. 192 ust. 7 ustawy pzp) i jednocześnie nie będąc związana żądaniami odwołania, może orzec inaczej aniżeli wnosił odwołujący, co też Izba uczyniła w zakresie części żądań zawartych w odwołaniach.

### KIO 2219/17

#### Ad. Zarzut 1. Zarzut naruszenia art. 9a ust. 2 w zw. z art. 7 ust 1 w zw. z art. 139 ust. 1 ustawy pzp w zw. z art. 353<sup>1</sup> k.c.

Izba nie uwzględniła wyżej wskazanego zarzutu, pomimo iż zarzut ten był zasadny na etapie wniesienia odwołania.

Zamawiający ogłaszając postępowanie wyznaczył 40-dniowy termin składania ofert. Wbrew twierdzeniom Zamawiającego prezentowanym na rozprawie jest to termin minimalny, nie zaś dłuższy o 5 dni od minimalnego 35-dniowego terminu składania ofert. W myśl art. 18 pkt 5) lit. a) przepisy przejściowe (wyciąg z przepisów ustawy z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw) – W postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego wszczętych i niezakończonych przed dniem 18 października 2018 r., a w przypadku postępowań prowadzonych przez centralnego zamawiającego, przed dniem 18 kwietnia 2017 r.: termin, o którym mowa w: art. 43 ust. 2 ustawy zmienianej w art. 1, w brzmieniu nadanym niniejszą ustawą, wynosi 40 dni. Zamawiający zgodnie z zapisami SIWZ przewidział odbycie wizji lokalnej, następnie na stronie internetowej Zamawiającego pojawiła się informacja o odbyciu drugiej wizji, na rozprawie zaś Zamawiający zapowiedział, że będą organizowane kolejne. Mając powyższe na względzie oraz obszerność dokumentacji postępowania, z którą wykonawcy byli zobowiązani się zapoznać, ziściła się przesłanka zawarta w art. 9a ust. 2 ustawy pzp, a zatem Zamawiający był zobligowany do wyznaczenia dłuższego terminu składania ofert od minimalnego przewidzianego w ustawie pzp. Odwołujący podniósł również na rozprawie powołując się na złożony dowód - wyciąg z wystąpienia pokontrolnego NIK zgodnie z uchwałą Nr 2/2016 Kolegium NIK z dnia 20 stycznia 2016 r., że dla inwestycji tam wskazanych: budowa Muzeum II Wojny Światowej oraz budowa Muzeum J. Piłsudskiego w Sulejówku zamawiający ustalili dłuższe terminy składania ofert. Dla projektów wymienionych w ww. wystąpieniu obok budowy Muzeum Historii Polski, a więc tak samo prestiżowych z uwagi na obszerność dokumentacji

postępowania, termin składania ofert był znacznie dłuższy niż przewidział Zamawiający w niniejszym postępowaniu. Izba zważyła jednak, że w związku z wydłużeniem przez Zamawiającego terminu składania ofert w trakcie postępowania odwoławczego o 20 dni odpadła przesłanka powyższego naruszenia, w konsekwencji złożony dowód jest bez znaczenia dla rozstrzygnięcia. Zamawiający w piśmie udostępnionym na swojej stronie internetowej zapowiedział kolejne przedłużenie terminu składania ofert w związku z koniecznością odpowiedzi na wpływające pytania wykonawców dotyczące treści SIWZ, co Zamawiający potwierdził również na rozprawie, dlatego też Izba nie nakazała przedłużenia terminu składania ofert zgodnie z żądaniem odwołania.

Ad. Zarzut 7. Zarzut naruszenia art. 144 ust. 1 ustawy pzp w zw. z art. 139 ust. 1 ustawy pzp w zw. z art. 58 § 1 k.c. i art. 353<sup>1</sup> k.c.

Izba zważyła, że zarzut zasługuje na uwzględnienie.

Zgodnie z treścią art. 144 ust. 1 ustawy pzp dopuszczalne są istotne zmiany umowy jeżeli zostały przewidziane w ogłoszeniu o zamówieniu lub SIWZ w postaci jednoznacznych postanowień umownych, które określają ich zakres, w szczególności możliwość zmiany wynagrodzenia wykonawcy, i charakter oraz warunki wprowadzenia zmian. Przepisy ustawy nie określają stopnia szczegółowości opisu warunków zmiany umowy w sprawie zamówienia publicznego. Warunki zmiany umowy (klausule) nie mogą być jednak konstruowane w sposób niedookreślony. Umowa w sprawie zamówienia publicznego zawierana na czas określony została przez ustawodawcę skonstruowana jako źródło zobowiązań o charakterze trwałym, która jeżeli tylko jest wykonywana należycie, powinna istnieć do upływu terminu, na jaki została zawarta. Jest to uzasadnione tym, że wykonawcy będą mogli racjonalnie obliczyć cenę oferty, wysokość opłat oraz inne obciążenia finansowe, a także przewidzieć, czy poniesione przez nich nakłady zostaną zrekompensowane przychodami uzyskanymi w określonym okresie obowiązywania umowy. Przepisy ustawy pzp uprawniają zamawiającego w myśl art. 36 ust. 1 pkt 16 ustawy pzp do swobodnego kształtowania postanowień umownych, nie jest to jednak prawo nieograniczone. Treść umowy musi pozostawać w zgodności z przepisami kodeksu cywilnego jako podstawowego aktu prawnego regulującego stosunki cywilnoprawne. Zgodnie z ustaloną linią orzeczniczą zakazane jest modyfikowanie postanowień umowy o zamówienie publiczne w taki sposób, że zakres lub wielkość zamówienia zależy w całości od zdarzeń przyszłych i niepewnych (tak też: wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 2 września 2010 r., sygn. akt KIO/1756/10). Zmiana istotna to w szczególności zmiana, wprowadzająca warunki, które, gdyby były postawione w postępowaniu o udzielenie zamówienia, spowodowałyby, że wzięliby lub mogliby wziąć w nim udział inni wykonawcy lub przyjęto by oferty innej treści, czy zmiana rozszerzająca lub zmniejszająca zakres świadczeń i zobowiązań wynikający z umowy. Do zmiany umowy dojść może jedynie w rezultacie złożenia zgodnego oświadczenia woli

przez wszystkie jej strony. Zmiana umowy w sprawie zamówienia publicznego powinna być dokonana z zachowaniem formy pisemnej pod rygorem nieważności (tak też: Dzierżanowski Włodzimierz, Jerzykowski Jarosław, Stachowiak Małgorzata, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, wyd. VI). Konieczność zachowania formy pisemnej wyznacza art. 77 § 1 k.c., stanowiąc, że uzupełnienie lub zmiana umowy wymaga zachowania takiej formy, jaką ustawa lub strony przewidziały do jej zawarcia. W myśl art. 353<sup>1</sup> k.c. treść umowy (a więc i zmiany postanowień umownych) nie mogą sprzeciwiać się właściwości (naturze) stosunku, ustawie ani zasadom współżycia społecznego.

W niniejszym postępowaniu Zamawiający przewidział we wzorze umowy (załącznik nr 3 do SIWZ) dwie procedury dokonywania zmian umowy: z inicjatywy jednej ze Stron oraz za zgodą obu Stron (klauzula 33.4.2. wzoru umowy). Jednocześnie w klauzuli 15.4. wzoru umowy zawarł postanowienia dotyczące zmian w Dokumentacji Projektowej lub technologii wykonania Robót Budowlanych. Z treści tych postanowień można jednoznacznie wywieść wbrew twierdzeniom Zamawiającego, że modyfikacje postanowień umownych dokonywane z inicjatywy Zamawiającego mogą zostać wykonawcy narzucone. To Zamawiający decyduje o wprowadzeniu zmian, a polecenie ich uwzględnienia jest wiążące dla wykonawcy. Co więcej, umowa zawiera postanowienia odnośnie procedury zmniejszenia wynagrodzenia wykonawcy, brak jest natomiast uregulowania kwestii zwiększenia tegoż wynagrodzenia. Izba oceniła, że zapisy umowy są nieprecyzyjne, stanowią że zmiany umowy będą wprowadzane aneksem i jednocześnie, w przypadku sporu co do charakteru zmian, czy co do rozliczenia zwiększenia wynagrodzenia wykonawcy nakładają na wykonawcę obowiązek wykonania robót budowlanych w sposób zgodny z modyfikacją, a więc realizacji zobowiązania pomimo braku zgodnego oświadczenia stron wyrażonego w pisemnym aneksie do umowy. Postanowienia umowne są w tym zakresie bezwzględnie abuzywne i pozostają w sprzeczności z regulacjami kodeksu cywilnego dotyczącymi stosunków cywilnoprawnych. Co prawda, Zamawiający przewidział w myśl równości stron stosunku prawnego również postanowienia dotyczące wprowadzania zmian umowy z inicjatywy wykonawcy, jednak w tym zakresie postanowienia te są szczegółowe i pełne. Izba podzieliła stanowisko Odwołującego BUDIMEX S.A., a także Odwołującego Warbud S.A. w sprawie KIO 2234/17, który sformułował tożsamy zarzut, że Zamawiający naruszył art. 144 ust. 1 ustawy pzp w zw. z art. 139 ust. 1 ustawy pzp oraz przepisami kodeksu cywilnego, poprzez przyznanie sobie prawa do wprowadzania istotnych zmian umowy bez zgody wykonawcy, jednocześnie nie przewidując jednoznacznych postanowień umownych, które określają ich zakres, w szczególności możliwość zmiany wysokości wynagrodzenia wykonawcy i charakter oraz warunki wprowadzenia zmian. Taki stan niepewności wykonawcy zarówno co do zakresu redagowania postanowień umownych arbitralną decyzją Zamawiającego, wysokości należnego wynagrodzenia wykonawcy jak

i ewentualnych ryzyk takich zmian pierwotnego zobowiązania umownego nie ma oparcia w przepisach prawa i nie może się ostać. Odwołujący BUDMIEX S.A. zmodyfikował żądanie wyrażone w odwołaniu i wniósł o usunięcie zapisów upoważniających Zamawiającego do jednostronnej zmiany umowy oraz o szczegółowe uregulowanie warunków takich zmian, dlatego też Izba nakazała Zamawiającemu modyfikację i doprecyzowanie zapisów umowy w tym względzie.

Przed omówieniem grupy zarzutów i żądań odwołania zawartych w pkt 9 i 10, Izba zaznacza, że swoboda Zamawiającego w kształtowaniu zapisów umownych podlega zawsze badaniu pod względem zgodności nie tylko z przepisami ustawy pzp ale również z postanowieniami kodeksu cywilnego regulującego stosunki zobowiązaniowe. Ponadto art. 29 ust. 1 ustawy pzp obliguje Zamawiającego do precyzyjnego formułowania opisu przedmiotu zamówienia, tak aby zapewnić wykonawcom przygotowanie oferty z uwzględnieniem wszystkich składników ceny i wszelkich czynników mających wpływ na jej wysokość. Na tym tle Izba dokonała dalszych rozważań odnośnie podniesionych zarzutów.

Ad. Zarzut 9. Zarzut naruszenia art. 29 ust. 1 oraz art. 31 ust. 1 ustawy pzp w zw. z art. 647 k.c. oraz 651 k.c.

Ad. Żądanie 9.1. odwołania dotyczące klauzuli 2.2.1. wzoru umowy.

Izba stwierdziła, iż zarzut potwierdził się, a żądanie zasługuje na uwzględnienie.

W przedmiotowej sprawie Zamawiający zdefiniował Roboty Budowlane w klauzuli 1.1.41. wzoru umowy i wskazał, że „oznaczają całość czynności niezbędnych do wykonania zamówienia zgodnie z niniejszą umową, załącznikami do niniejszej umowy, normami, przepisami prawa, sztuką budowlaną i zasadami wiedzy technicznej a w szczególności roboty budowlane (w tym prace instalacyjne i montażowe) oraz potrzebne do ich wykonania dostawy Materiałów oraz Urządzeń, a także wszelkie inne czynności i działania bezpośrednio lub pośrednio związane z przygotowaniem, zorganizowaniem oraz wykonaniem procesu budowlanego mającego na celu wzniesienie Obiektu oraz oddanie go do eksploatacji”. W klauzuli 2.2.1. Zamawiający zobowiązuje wykonawcę do wykonania wszystkich Robót Budowlanych, wymaganych dla realizacji celu, tym samym Zamawiający odwołuje się do definicji ustalonej w klauzuli 1.1.41. Jednocześnie Zamawiający wymaga zapewnienia przez wykonawcę „wykonania wszelkich innych czynności (choćby nie były one wskazane w treści Umowy), które nie stanowią Robót Budowlanych, ale będą niezbędne do ich należytej i terminowej realizacji.” Zauważyć należy, że definicja Robót Budowlanych powołana we wzorze umowy w całości wyczerpuje zakres świadczenia wykonawcy zgodny z art. 647 k.c. Zamawiający nie określił jakie inne czynności wykonawca będzie zobligowany zrealizować. Wiedza ta jest niezbędna uczestnikom postępowania w celu prawidłowego skalkulowania

własnej oferty i oceny ryzyk. Wykonanie innych czynności może przełożyć się na terminowość wykonanego zamówienia, a w dalszej kolejności na wystąpienie ewentualnych kosztów po stronie wykonawcy (konieczność zapłaty kar umownych za opóźnienie). Takie niedookreślenie powoduje niemożliwość dokonania prawidłowej wyceny przedmiotowego zamówienia przez wykonawców, a w konsekwencji oferty złożone w postępowaniu byłyby nieporównywalne. Izba nie podzieliła stanowiska Zamawiającego prezentowanego na rozprawie, że klauzula 33.1. wzoru umowy daje wykonawcy możliwość niezrealizowania „innych czynności” z klauzuli 2.2.1. Treść klauzuli 33.1. wskazuje na niemożliwość świadczenia z przyczyn, za które wykonawca nie ponosi odpowiedzialności. Nie stanowi natomiast o sytuacji, kiedy świadczenie, a więc „inne czynności” będą możliwe do wykonania ale pod różnymi warunkami przykładowo dotyczącymi zwiększenia wynagrodzenia wykonawcy. Wbrew twierdzeniom Zamawiającego kwestia ta nie została odzwierciedlona we wzorze umowy. Zamawiający oświadczył, że realizacja czynności będzie się odbywała za dodatkowym wynagrodzeniem, nie wskazał jednak na postanowienia umowne, które regulowałyby powyższe. Izba stwierdzając naruszenie art. 29 ust. 1 ustawy pzp, poprzez sformułowanie postanowienia klauzuli 2.2.1. w sposób niejednoznaczny i niewyczerpujący, co może mieć wpływ na treść złożonych ofert orzekła zgodnie ze zgłoszonym w odwołaniu żądaniem.

Ad. Żądanie 9.2. odwołania dotyczące klauzuli 1.4.4. wzoru umowy.

Izba stwierdziła, iż zarzut potwierdził się, a żądanie zasługuje na uwzględnienie.

Zamawiający zgodnie z treścią klauzuli 1.4.4. wzoru umowy wymagał od wykonawcy złożenia przed podpisaniem umowy oświadczenia, że zapoznał się z projektami budowlanymi, projektami wykonawczymi, specyfikacjami technicznymi wykonania i odbioru robót budowlanych, decyzjami administracyjnymi oraz pozostałymi załącznikami do Umowy i oświadcza, że akceptuje przyjęte w nich rozwiązania, że nie wnosi do nich jakichkolwiek zastrzeżeń oraz że nadają się one do prawidłowego wykonania zamówienia. Takie oświadczenie w sposób nieuprawniony przerzuca na wykonawcę odpowiedzialność za błędy dokumentacji projektowej, co jest wprost sprzeczne z art. 651 k.c. Zamawiający nie może oczekiwać sprawdzenia prawidłowości dokumentacji projektowej od wykonawcy, a taki nakaz wynika z literalnego brzmienia wskazanej klauzuli. Wykonawca ma jedynie obowiązek niezwłocznie zgłaszać dostrzeżone wady dokumentacji projektowej na etapie realizacji robót budowlanych, co nie powoduje jednak odpowiedzialności wykonawcy za wady tego projektu. Zgodnie z art. 31 ust. 1 ustawy pzp to na Zamawiającym ciąży obowiązek opisu przedmiotu zamówienia na roboty budowlane za pomocą dokumentacji projektowej. Zamawiający zaznaczył na rozprawie, że nie oczekuje oświadczenia wykonawcy o sprawdzeniu dokumentacji ale o zapoznaniu się z nią, nie wynika to jednak z aktualnego brzmienia klauzuli 1.4.4. wzoru umowy. Żądanie złożenia przez wykonawcę oświadczenia zawartego w klauzuli

1.4.4. przed podpisaniem umowy jest wprost sprzeczne z przepisami kodeksu cywilnego w związku z powyższym Izba nakazała jego modyfikację w sposób odzwierciedlony w sentencji wyroku.

Ad. Zarzut 10. Zarzut naruszenia art. 29 ust. 1 i ust 2 ustawy pzp w zw. z art. 7 ust 1 ustawy pzp, art. 14 ustawy pzp i art. 139 ust 2 ustawy pzp w związku z art. 353<sup>1</sup> i art. 647 k.c. oraz art. 484 § 2 w zw. z art. 483 i 476 k.c.

Ad. Żądanie 10.3. odwołania dotyczące klauzuli 2.8.9. wzoru umowy.

Izba zważyła, że zarzut zasługuje na częściowe uwzględnienie, jednocześnie nie będąc związana żądaniami odwołania oraz biorąc pod uwagę złożone dowody i stanowiska Stron prezentowane na rozprawie orzekła inaczej niż w zgłoszonym żądaniu.

Zamawiający w klauzuli 2.8.9. wzoru umowy określił procedurę wejścia na Teren Budowy. Zgodnie z klauzulą 2.8.6. w celu uzyskania dostępu do Terenu Budowy wykonawca musi korzystać z wjazdów i bram prowadzących na teren Cytadeli Warszawskiej. W konsekwencji wszyscy uczestnicy robót budowlanych będą objęci rygiem wojskowego systemu przepustkowego i będą zobligowani do uzyskania przepustek okresowych. Zgłaszanie tych osób ma nastąpić z 10-dniowym wyprzedzeniem wraz z podaniem danych niezbędnych do uzyskania przepustki. Zamawiający przewidział również w klauzuli 2.8.10. przepustki jednorazowe, które będą uprawniały do wejścia wyłącznie w określonych terminach i godzinach. Jednocześnie w załączniku nr 30 i 35 do SIWZ omówiono szczegółowo procedury wejścia na Teren Budowy na podstawie Porozumienia zawartego pomiędzy Zamawiającym a Muzeum Wojska Polskiego, gdzie m.in. do uzyskania przepustki wymagane jest podanie danych identyfikacyjnych osoby oraz przedłożenie zdjęcia, podobnie jak zostało to uregulowane w zapisach umowy. Izba rozpatrując zgłoszone żądanie wzięła również pod uwagę stanowiska Stron prezentowane na rozprawie. Zamawiający podniósł, że termin 10-dniowy na uzyskanie przepustki wynika z dotychczasowego doświadczenia uzyskanego w trakcie przygotowywania niniejszego postępowania. Izba dała wiarę twierdzeniom Zamawiającego mając na uwadze postanowienia dotyczące procedury wejścia uregulowane we wskazanym powyżej Porozumieniu i załączniku do Porozumienia, dlatego też nie uwzględniła żądania zmiany terminu na termin 1-dniowy oraz usunięcie wymogu pisemności zgłoszenia. Postanowienia zawarte w umowie są w tym zakresie determinowane uzasadnionymi potrzebami Zamawiającego oraz wiążącymi go procedurami. Odwołujący podniósł w tym zakresie, że w przedłożonym przez niego wzorze umowy Stołecznego Zarządu Infrastruktury w Warszawie (w którego posiadaniu jest nieruchomość przeznaczona pod budowę muzeum zgodnie z uchwałą nr 165/17 Rady Ministrów z dnia 17 października 2017 r.) zamawiający nie określił 10-dniowego terminu na wprowadzanie osób na teren budowy.

Izba zauważyła jednak, że umowa ta dotyczy przedmiotu zamówienia realizowanego na innym terenie niż teren budowy Muzeum Historii Polski. Na potrzeby ustalenia zasad wejścia na teren budowy w niniejszym postępowaniu zostało zawarte specjalne Porozumienie, dlatego też Izba nie uznała tego dowodu za wiarygodny w świetle niniejszego postępowania. Jednocześnie Izba podzieliła stanowisko Odwołującego, że zapisy umowy nie regulują sytuacji nadzwyczajnych, w których trzeba reagować natychmiast. Mowa w tym miejscu o możliwości pojawienia się niewybuchów czy zwłok na Terenie Budowy oraz wystąpienia nieprzewidzianych warunków gruntowych wymagających natychmiastowego zaangażowania specjalisty – podwykonawcy. Zamawiający założył, że takie sytuacje mogą wystąpić, co znajduje odzwierciedlenie w zapisach umowy dotyczących nadzoru geodezyjnego, saperskiego, konserwatorskiego, archeologicznego, geologicznego, akustycznego, który ma zapewnić wykonawca. W takich sytuacjach dotrzymanie przez wykonawcę 10-dniowego terminu wskazanego w klauzuli 2.8.9. spowoduje opóźnienia w realizacji umowy, co w kontekście przewidzianych kar umownych może mieć wpływ na przygotowanie oferty - niemożliwość wyceny przedmiotowego zamówienia. W ocenie Izby Zamawiający naruszył art. 29 ust. 1 ustawy pzp, bowiem nie opisał przedmiotu zamówienia w sposób wyczerpujący, a mianowicie nie określił uproszczonej procedury wejścia na Teren Budowy, co mogłoby mieć wpływ na treść złożonych ofert, dlatego też Izba nakazała doprecyzowanie zapisów umowy w tym względzie.

Ad. Żądanie 10.4. odwołania dotyczące klauzuli 2.8.14. wzoru umowy.

Izba uznała, że zarzut nie zasługuje na uwzględnienie.

Klauzula 2.8.14. określa, że wjazd na Teren Budowy przez osoby posiadające obywatelstwo inne niż polskie lub posiadające obywatelstwo polskie i dodatkowo obywatelstwo inne niż polskie, będzie odbywał się zgodnie z procedurą określoną przez Zamawiającego. Jednocześnie w załączniku nr 35 do SIWZ w załączniku nr 2 do wspomnianego Porozumienia przy okazji omawiania poprzedniego zarzutu odwołania, określono w pkt 6 i 7: „6. Wejście cudzoziemców na teren chronionych obiektów wojskowych może odbywać się na podstawie pozwolenia jednorazowego wydanego przez Oddział Współpracy Międzynarodowej DG RSZ na wniosek organizatora wizyty zgodnie z zasadami ujętymi w „Zasady planowania i realizacji współpracy międzynarodowej w Dowództwie Generalnym RSZ oraz jednostkach podległych”  
7. Wejście cudzoziemców nie posiadających pozwolenia stałego na teren chronionych obiektów wojskowych odbywa się na zasadach określonych w decyzji Nr 21/MON Ministra Obrony Narodowej z dnia 10 lutego 2012 r. w sprawie planowania i realizowania przedsięwzięć współpracy międzynarodowej w resorcie obrony narodowej (Dz. Urz. MON poz. 33).” Zamawiający nie ograniczył wykonawcom, wbrew twierdzeniom Odwołującego, możliwości wprowadzania na Teren Budowy cudzoziemców, a jedynie nie ujawnił procedury uzyskiwania

pozwolenia na wejście, poza postanowieniami wyżej zacytowanymi. Tym samym, Zamawiający przekaże powyższe informacje wyłącznie wybranemu wykonawcy, co stanowi jego uprawnienie. Izba nie dała wiary argumentacji Odwołującego, który powołując się na projekt umowy Stołecznego Zarządu Infrastruktury w Warszawie (w którego posiadaniu jest nieruchomość przeznaczona pod budowę muzeum zgodnie z uchwałą nr 165/17 Rady Ministrów z dnia 17 października 2017 r.) wskazał, iż zamawiający ten określił procedury wprowadzania cudzoziemców na Teren Budowy, a więc jest możliwe określenie tych zasad dla przedmiotowej inwestycji. W złożonym na dowód projekcie umowy wskazane zostało, że wejście na teren budowy wymaga uzyskania zezwolenia jak i stosownego wniosku wykonawcy z 14-dniowym wyprzedzeniem, jednak jak zostało już wskazane, przedłożony Izbie wzór umowy dotyczy przedmiotu zamówienia realizowanego na innym terenie niż teren budowy Muzeum Historii Polski. Na potrzeby ustalenia zasad wejścia na teren budowy w niniejszym postępowaniu zostało zawarte specjalne Porozumienie, dlatego też Zamawiający będąc nim związany nie ujawnił na tym etapie postępowania procedury wejścia na Teren Budowy obcokrajowców. Zamawiający podniósł na rozprawie, że dokumenty te zostały utajnione przez MON. Takie sformułowanie postanowień umownych nie stanowi w ocenie Izby naruszenia art. 29 ust. 1 ustawy pzp i nie powoduje po stronie wykonawców niemożliwości złożenia oferty czy wyceny przedmiotowego zamówienia.

Ad. Żądanie 10.5. odwołania dotyczące klauzul 3.5.2.-3.5.5. wzoru umowy.

Izba uznała, że zarzut nie zasługuje na uwzględnienie.

Klauzule objęte zarzutem dotyczą kwestii sporządzania i uzgadniania rysunków warsztatowych. Wbrew twierdzeniom Odwołującego Zamawiający opisał wyczerpująco procedurę akceptacji rysunków. Zgodę na wykonanie robót ujętych w każdym rysunku wyraża zarówno Projektant jak i Zamawiający. Zamawiający będzie więc uczestniczył w tej procedurze, tym samym wykonawca może egzekwować od Zamawiającego jako Strony umowy współdziałania odnośnie uzgodnień. Zamawiający podniósł na rozprawie, że klauzule te mają zabezpieczać przed realizacją robót niezatwierdzonych przez Projektanta. Potrzeba taka znajduje uzasadnienie w kontekście przewidzianego we wzorze umowy w klauzuli 3.8 nadzoru autorskiego nad realizacją Robót Budowlanych. Zamawiający zobowiązał się do poinformowania wykonawcy po podpisaniu umowy o przedstawicielach Projektanta, a także do zapewnienia właściwego wykonywania przez nich obowiązków z zakresu nadzoru autorskiego. Zamawiający wyjaśnił na rozprawie, że współpraca będzie przebiegała tak szybko jak będzie to możliwe, aby zachować terminy wynikające z harmonogramu zawartego po podpisaniu umowy. W ocenie Izby nie można uznać, że brak terminu na akceptację rysunków powoduje niemożliwość złożenia przez wykonawcę oferty. Ewentualne przedłużanie procedury akceptacji przez Zamawiającego czy Projektanta, a w konsekwencji opóźnienie

realizacji robót nie będzie powodowało negatywnych skutków po stronie wykonawcy (naliczenia kar umowny), bowiem opóźnienie nastąpi z przyczyn nieleżących po stronie wykonawcy. Zamawiający w sposób jednoznaczny i wyczerpujący opisał przedmiot zamówienia w tym zakresie, a więc zarzut postawiony przez Odwołującego Izba uznała za bezpodstawny.

Ad. Żądanie 10.11. odwołania dotyczące klauzul 15.8.2., 15.8.8., i 15.8.9. wzoru umowy.

Izba uznała, że zarzut nie zasługuje na uwzględnienie.

Klauzule będące przedmiotem żądania określają procedury wejścia na Teren Budowy w trakcie realizacji zamówienia przez wykonawcę innych podmiotów w celu przeprowadzenia prac wykończeniowych, wyposażeniowych lub dokonania innych czynności związanych z przygotowaniem tej części Obiektu do eksploatacji m.in. wykonawców podłączających media czy wykonawców montujących ekspozycję stałą. Jednocześnie Zamawiający wskazał, że zobowiąże podmioty trzecie przejmujące daną część Obiektu (np. wykonawców lub najemców) do stosowania uzgodnionych z wykonawcą procedur, przy czym wykonawcy generalnemu będzie powierzona rola koordynatora działań wszystkich wykonawców. Wykonawca będzie zatem miał bezpośredni wpływ na czynności podejmowane równolegle na placu budowy. Zamawiający o powyższym będzie wykonawcę informował z odpowiednim wyprzedzeniem. Trudno w ocenie Izby doszukiwać się we wskazanych postanowieniach naruszenia art. 29 ust. 1 ustawy pzp.

Ad. Żądanie 10.14. odwołania dotyczące klauzuli 19.3. wzoru umowy.

Izba zważyła, że zarzut nie zasługuje na uwzględnienie.

Klauzula objęta zarzutem dotyczy złożenia oświadczenia o ekwiwalentności wynagrodzenia ryczałtowego wykonawcy z punktu widzenia obowiązków zawartych w umowie. Izba w tym miejscu zaznacza, że Zamawiający na posiedzeniu uwzględnił zarzut dotyczący pkt III.17 SIWZ, a zatem wykonawca będzie mógł zapoznać się z całością dokumentacji projektowej przed podpisaniem umowy, będzie ona kompletna. Ponadto, mając na względzie nakazanie przez Izbę modyfikacji nieprecyzyjnych zapisów SIWZ niniejszym wyrokiem, argumentacja Odwołującego odnośnie niemożliwości złożenia powyższego oświadczenia w świetle niewyczerpującego opisu przedmiotu zamówienia, nie zasługuje na uwzględnienie. Izba nie doszukała się naruszenia przepisów w tym zakresie.

Ad. Żądanie 10.15. odwołania dotyczące klauzuli 21 wzoru umowy.

Izba zważyła, że zarzut zasługuje na częściowe uwzględnienie, jednocześnie nie będąc związana żądaniami odwołania oraz biorąc pod uwagę złożone dowody i stanowiska Stron prezentowane na rozprawie orzekła inaczej niż w zgłoszonym żądaniu.

Klauzula objęta zarzutem odwołania dotyczy regulacji wzoru umowy w zakresie kar umownych. Zarzut dotyczy naruszenia przepisów kodeksu cywilnego z uwagi na wielokrotne

nakładanie kar umownych za zwłokę oraz nakładanie kar umownych rażąco wygórowanych. Kara umowna jest dodatkowym zastrzeżeniem umownym, wprowadzanym do umowy w ramach swobody kontraktowania, mającym na celu wzmocnienie skuteczności więzi powstałej między stronami w wyniku zawartej przez nie umowy i służy realnemu wykonaniu zobowiązań. Kara umowna zastępuje odszkodowanie, a ponadto pełni rolę stymulacyjną i represyjną. Klauzula umowna, zobowiązująca jedną ze stron do zapłaty określonej kwoty, w przypadku zaistnienia określonych okoliczności zdejmuje z wierzyciela obowiązek udowodnienia rozmiarów faktycznej szkody. Stanowi to dodatkowy czynnik mobilizujący dłużnika do wykonania zobowiązania. Dłużnik, godząc się na karę umowną, bierze tym samym na siebie gwarancję jego wykonania. Zapłata kary umownej stanowi niejako automatyczną sankcję cywilnoprawną przysługującą wierzycielowi w stosunku do dłużnika w wypadku niewykonania przez niego lub nienależytego wykonania zobowiązania z przyczyn, za które dłużnik odpowiada. W umowie można łączyć kary za różne tytuły. Nie jest przy tym dozwolone zastrzeżenie we wzorcu umownym kary umownej rażąco wygórowanej (tak też: wyrok Sądu Najwyższego z dnia 25 maja 2007 r., sygn. akt: I CSK 484/06). O tym, czy w danym wypadku można mówić o karze umownej rażąco wygórowanej, nie może sama przez się decydować jej wysokość przyjęta procentowo w określonym akcie prawnym, lecz przede wszystkim stosunek, w jakim do siebie pozostają dochodzona kara umowna i spełnione z opóźnieniem świadczenie dłużnika. W sytuacji, gdy kara umowna równa się bądź zbliżona jest do wysokości wykonanego z opóźnieniem zobowiązania, w związku z którym ją zastrzeżono, można ją uważać za rażąco wygórowaną. Kara umowna może być „rażąco wygórowana” już w chwili jej zastrzeżenia lub stać się taką w następstwie późniejszych okoliczności, do których można przykładowo zaliczyć to, że szkoda wierzyciela jest znikoma, skutkiem czego zachodzi rażąca dysproporcja pomiędzy jej wysokością a wysokością należnej kary (tak też: Gudowski Jacek (red.), Kodeks cywilny. Komentarz. Księga trzecia. Zobowiązania, 2013). Izba zważyła, że Zamawiający konstruując postanowienia dotyczące kar umownych wypaczył w istocie ich rzeczywisty cel jakim jest naprawienie szkody wyrządzonej Zamawiającemu z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania świadczenia niepieniężnego, czym naruszył przepisy kodeksu cywilnego. Uprawnienie Zamawiającego do konstruowania zapisów umownych w sprawie zamówienia publicznego nie może być nadużywane i prowadzić do nieuzasadnionego wzbogacenia po stronie Zamawiającego poprzez ustalenie rażąco wygórowanych kar umownych. W niniejszym postępowaniu zarzuty odnośnie kar umownych niewspółmiernych do możliwej szkody Zamawiającego sformułowali wszyscy Odwołujący wskazując m.in. na skomplikowany przedmiot prac oraz napięty harmonogram, co przy tak wysokich karach umownych powoduje, że wykonawcy nie są w stanie sporządzając ofertę ocenić ryzyka odpowiadającego regułom rynkowym. Odnośnie kar umownych zawartych

w klauzulach 21.1.1. – 21.1.4. Odwołujący domagał się wykreślenia kar z klauzul 21.1.2. oraz 21.1.4., a zatem usunięcia m.in. kary umownej w wysokości 1 mln. zł za każdy dzień zwłoki, a także wykreślenia stopniowania wysokości kar umownych w zależności od długości opóźnienia. Zamawiający wskazywał na dyscyplinującą rolę kar oraz konieczność wyboru wykonawcy dającego rękojmię należytego wykonania zamówienia. Izba podziela jednak stanowisko Odwołującego, że milionowe kary we wskazanych klauzulach są nieadekwatne do wysokości możliwej szkody ewentualnie powstałej po stronie Zamawiającego. Odwołujący podkreślił stosunek wysokości kar umownych do planowanej w uchwale nr 165/17 Rady Ministrów wartości inwestycji. Jednocześnie powołał się na postanowienia dotyczące kar umownych we wzorach umów na budowę Muzeum J. Piłsudskiego w Sulejówku oraz na budowę Muzeum II Wojny Światowej w Gdańsku. Mając na względzie powyższe Izba nakazała zmniejszenie kar zawartych we wskazanych klauzulach do poziomu urzeczywistniającego faktyczną rolę kar umownych. Jednak odnośnie stopniowania wysokości kar w stosunku do okresu opóźnienia wykonawcy w realizacji zamówienia jest to w ocenie Izby zasadne i dopuszczalne w kontekście mobilizacji wykonawcy do należytego wykonania zamówienia i dyscyplinującego charakteru kar umownych. W zakresie kary z klauzuli 21.1.5. Izba nakazała jej wykreślenie nie tylko ze względu na jej wygórowaną wysokość – 10 mln. zł, przy niedookreśleniu wad za jakie ma przysługiwać ale również z uwagi na podwójne karanie. Izba przyznaje rację Odwołującemu, że kara z klauzuli 21.1.6. dotyczy penalizowania wykonawcy za to samo przewinienie. Izba nakazała również zmniejszenie kary umownej z klauzuli 21.1.17. wzoru umowy oraz kary za odstąpienie Zamawiającego od umowy z klauzuli 21.1.7. do wysokości 15 (piętnastu) procent wynagrodzenia (netto) za niezrealizowany zakres umowy, co jest przejawem do dążenia do równości stron stosunku prawnego, bowiem kara umowna za odstąpienie wykonawcy od umowy odnosi się do wykonanego przez wykonawcę świadczenia. W zakresie klauzuli 21.3. Izba wzięła pod uwagę złożone dowody i stanowiska Stron prezentowane na rozprawie i nakazała jej obniżenie do wysokości 20 % całości Wynagrodzenia (netto). Zamawiający oświadczył również na rozprawie, że obniżył tę karę właśnie do wskazanego wyżej poziomu. Jednocześnie Izba uznała, że kary umowne z klauzuli 21.1.12., 21.1.18 oraz 21.1.20 zostały ustalone na poziomie, który spełnia kompensacyjną rolę kar umownych w kontekście zawartych w nich postanowień. Izba nie znalazła również podstawy do nakazania Zamawiającemu wprowadzenia żądanej przez Odwołującego klauzuli 21.1.21. Zamawiający podkreślał, że terminowość realizacji inwestycji jest dla niego priorytetem, a dotrzymanie terminów poszczególnych Celów Kluczowych ma wpływ na terminowe wykonanie dalszych zamówień, przykładowo możliwość rozpoczęcia prac dotyczących ekspozycji stałej.

Ad. Żądanie 10.16. odwołania dotyczące klauzuli 22.4.4. wzoru umowy.

Izba zważyła, że zarzut nie zasługuje na uwzględnienie.

Klauzula 22.4.4. wzoru umowy reguluje kwestię wypłaty odszkodowania gdy jego wysokość będzie równa lub wyższa niż 500.000 zł. W takim przypadku to Zamawiający będzie uprawniony do otrzymania odszkodowania od ubezpieczyciela i będzie zwalniał wykonawcy te środki proporcjonalnie do zakresu wykonanych prac związanych z naprawieniem szkody. W ocenie Izby postanowienie to nie stoi w sprzeczności z przepisami kodeksu cywilnego. Postanowienie takie jest możliwe do wynegocjowania przez wykonawcę z ubezpieczycielem i ma na celu zagwarantowanie Zamawiającemu, że wykonawca szkodę naprawi, co podnosił Zamawiający. Zgodnie z art. 808 § 1 k.c. § 3. Ubezpieczony jest uprawniony do żądania należnego świadczenia bezpośrednio od ubezpieczyciela, chyba że strony uzgodniły inaczej. Ad. Żądanie 10.17. odwołania dotyczące pkt 14 SIWZ oraz klauzuli 24 wzoru umowy.

Izba zważyła, że zarzut nie zasługuje na uwzględnienie.

Wskazane postanowienia odnoszą się do okresów odpowiedzialności za wady: na Roboty konstrukcyjne – 20 (dwadzieścia) lat, na Hydroizolacje posadowienia budynku – 20 (dwadzieścia) lat, na Dach – 15 (piętnaście) lat oraz na Elewacje całego budynku – 15 (piętnaście) lat. Zgodnie z art. 558 § 1 k.c. Strony umowy mogą odpowiedzialność z tytułu rękojmi rozszerzyć. Ustawodawca nie określił zatem maksymalnego terminu rękojmi. Przedłużenie terminów wynikających z k.c. jest uprawnieniem stron umowy, wynikającym z zasady swobody umów. Zamawiający może więc dowolnie określić okres rękojmi, byleby treść modyfikacji lub jej cel nie sprzeciwiały się właściwości stosunku ani zasadom współżycia społecznego. Izba zauważa, że Zamawiający ma prawo opisać swoje potrzeby w taki sposób, aby przedmiot zamówienia spełniał jego wymagania i zaspokajał interesy. W niniejszym postępowaniu Zamawiający realizuje wielomilionową inwestycję, za uzasadnione należy więc uznać dążenie do zabezpieczenia trwałości obiektu na kilkanaście lat. Długie okresy gwarancji determinują wykonawców do poszukiwania rozwiązań o wysokiej jakości, a Zamawiający ma w ocenie Izby prawo żądać wykonania zamówienia w wysokim standardzie. Zamawiający oświadczył, że ma świadomość iż zwiększy to wynagrodzenie należne wykonawcy ale jest to inwestycja na przyszłość. Zamawiający wskazywał na problemy innych zamawiających, którzy określili krótsze okresy gwarancji np. Muzeum Śląskie w Katowicach i którzy aktualnie toczą z tego tytułu spory, celem Zamawiającego jest uniknięcie właśnie takich sytuacji. Istotnym jest przy tym, że Zamawiający określił długie okresy gwarancji wyłącznie w zakresie czterech kluczowych obszarów. Podstawowa gwarancja wynosi bowiem 36 mies. Ponadto Izba podziela stanowisko Zamawiającego, że przejęcie gwarancji przez wykonawcę gwarantuje taki dobór materiałów i urządzeń aby zabezpieczyć wykonanie zamówienia i móc oczekiwać materiałów wysokiej jakości. Zamawiający przedstawił dowody w zakresie oferowania przez producentów długich 20-letnich okresów gwarancji na hydroizolacje. Izba uznała te dowody za

wiarygodne. Twierdzenia Odwołującego, że wskazana gwarancja została złożona przez firmę krótko działającą na rynku, czy że gwarancja podlega prawu Anglii i Walii, nie mają wpływu na możliwość ich uzyskania. Odwołujący również przedstawił gwarancje na pokrycie z membraną i pokrycie z papy termozgrzewalnej odpowiednio na 15 i 10 lat. A zatem jest możliwe uzyskanie długich okresów gwarancji, często jednak pod różnymi warunkami np. związanymi z koniecznością dokonywania przeglądów czy serwisowania, co przyznał na rozprawie sam Odwołujący. Odwołujący powołał się na złożone wzory umów na budowy innych muzeów, które przewidują krótsze terminy odpowiedzialności za wady: Muzeum J. Piłsudskiego w Sulejówku: 10 lat, natomiast Muzeum II Wojny Światowej w Gdańsku: 60 mies. Izba zauważa, że okres gwarancji i rękojmi za wady dla Muzeum II Wojny Światowej nie wynika z przedłożonego Izbie wzoru umowy. Jednocześnie określone przez tych zamawiających okresy odpowiedzialności za wady obejmują cały przedmiot umowy, w niniejszym postępowaniu zaś Zamawiający wymaga dłuższych okresów rękojmi wyłącznie w czterech głównych obszarach. Nie jest to w ocenie Izby żądanie nadmierne i nie powoduje po stronie wykonawcy niemożliwości złożenia oferty, wykonawcy będą bowiem w stanie wliczyć w cenę przyjętą odpowiedzialność za wady.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy pzp, a także w oparciu o przepisy § 3 pkt 1 i 2 lit. b oraz § 5 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. nr 41 poz. 238 oraz Dz. U. z 2017 r., poz. 47) zaliczając na poczet niniejszego postępowania odwoławczego koszt wpisu od odwołania uiszczony przez Odwołującego oraz zasądzając od Zamawiającego na rzecz Odwołującego koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika w wysokości 3 600,00 zł na podstawie faktury Vat złożonej przez Odwołującego na rozprawie.

Izba nie uwzględniła kosztów w wysokości 1 320,00 z tytułu kosztów zastępstwa prawnego, stosownie bowiem do § 3 pkt 2 lit b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. nr 41 poz. 238 oraz Dz. U. z 2017 r., poz. 47), do kosztów postępowania odwoławczego zalicza się wynagrodzenie pełnomocników, jednak nie wyższe niż 3 600,00 zł.

KIO 2228/17

Ad. Zarzut 1. Zarzut naruszenia art. 7 w zw. z art. 22 ust. 1a i ust. 1b pkt 2) ustawy pzp

Izba zważyła, że zarzut nie zasługuje na uwzględnienie.

Zasada proporcjonalności, o której mowa w art. 7 ustawy pzp nakazuje zachowania adekwatnego do danej sytuacji, tym samym musi być ono odpowiednie w okolicznościach danej sprawy, a podejmowane działania muszą odpowiadać założonym celom. W myśl art. 22 ust. 1a ustawy pzp zamawiający jest zobligowany formułować warunki udziału w postępowaniu oraz wymagane od wykonawców środki dowodowe, w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia, z uwzględnieniem potrzeb danego zamówienia oraz umożliwiającą ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia. W szczególności Zamawiający winien wyrażać je jako minimalne poziomy zdolności co skutkuje tym, iż za zdolnego do wykonania zamówienia uznaje się wykonawcę, który wykaże spełnienie minimalnych wielkości, określonych przez zamawiającego. Należy przy tym uwzględniać specyfikę zamówienia, w tym jego rodzaj, przedmiot, zakres, sposób wykonania, wartość i sposób płatności. Celem stawiania przez zamawiających warunków udziału w postępowaniu, jest zapewnienie, aby zamówienie zostało powierzone podmiotowi dającemu rękojmię jego należytej realizacji. Zamawiający zobowiązany jest przy tym zachować równowagę pomiędzy jego tak rozumianym interesem, a interesem wykonawców. Chodzi o to, aby poprzez wprowadzenie nadmiernych wymagań, nie nastąpiło wyeliminowanie z postępowania wykonawców, zdolnych do jego należytego wykonania (tak też: wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 29 września 2017 r., sygn. akt KIO 1922/17). Izba zważyła, że w przedmiotowej sprawie w zakresie postawionego warunku dotyczącego zdolności ekonomicznej lub finansowej – wykazanie się posiadaniem środków finansowych lub zdolności kredytowej w kwocie nie niższej niż 150 mln. zł., nie zostało wykazane, że taka równowaga została zachowana. Ciężar dowodu w tym zakresie spoczywa na Odwołującym, który powinien przedstawić dowody na poparcie swoich twierdzeń. Odwołujący żądając zmniejszenia wartości w postawionym warunku argumentował, że zamawiający w innych postępowaniach na budowę muzeów postawili tożsamy warunek jednak na niższym poziomie: ok. 7%, czy ok. 23% wartości zamówienia. Odwołujący nie przedstawił jednak żadnych dowodów na poparcie swoich twierdzeń. Jednocześnie Odwołujący wywodził nieproporcjonalność warunku z przypuszczalnej wartości szacunkowej zamówienia (ok. 300 mln. zł) argumentując, że warunek stanowi 50% tej kwoty. Zamawiający zaznaczył, że szacunkowa wartość zamówienia jest znacznie wyższa niż twierdzi Odwołujący, co potwierdziło się na gruncie złożonych przez Strony dowodów w sprawie. Odwołujący powołując się na postanowienia umowne o częściowych miesięcznych odbiorach i częściowych płatnościach próbował argumentować, że posiadanie środków finansowych w tak wysokiej kwocie jest nieuzasadnione. Zamawiający wskazał, że płatność miesięczna obejmuje wyłącznie zakończony zakres robót, który może

trwać dłużej niż 30 dni, co znajduje potwierdzenie w klauzuli 19.2.1. wzoru umowy: wynagrodzenie będzie płacone w miesięcznych ratach ale za odebrane Roboty Budowlane stanowiące jednostkowe pozycje w Harmonogramie, które zostały wykonane w całości. Izba podziela stanowisko Zamawiającego, że wykonawcy mogą równolegle realizować inne inwestycje i w takim przypadku kwota potencjału finansowego nie będzie odnosiła się wyłącznie do niniejszego przedmiotu zamówienia. W ocenie Izby warunek ten jest proporcjonalny do celu jaki chce osiągnąć Zamawiający i nie ogranicza uczciwej konkurencji, a pozwala na udział w postępowaniu wykonawcom zdolnym udźwignąć finansowo realizację wielomilionowej inwestycji i zachować płynność finansową. Ponadto Izba wskazuje, że warunek ten był podważany wyłącznie przez jednego Odwołującego i w tym świetle żądanie Odwołującego wydaje się być wyłącznie działaniem mającym na celu obniżenie warunku do posiadanego przez niego poziomu zdolności, a nie dążeniem do zachowania przez zamawiającego w postępowaniu zasad uczciwej konkurencji i proporcjonalności. Na marginesie Izba wskazuje na dyspozycję art. 22a ust. 1 ustawy pzp, zgodnie z którym wykonawca w celu potwierdzenia spełniania warunku udziału w postępowaniu może polegać na sytuacji ekonomicznej lub finansowej innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nim stosunków, co stanowi alternatywę dla wykonawców niespełniających postawionego warunku samodzielnie.

Ad. Zarzut 2. Zarzut naruszenia art. 7 w zw. z art. 22 ust. 1a i ust. 1b pkt 3) ustawy pzp.

Ad. Żądanie 1 dotyczące warunku zdolności technicznej lub zawodowej: doświadczenie wykonawcy.

Izba zważyła, że zarzut jest zasadny i zasługuje na uwzględnienie, jednocześnie nie będąc związana żądaniami odwołania oraz biorąc pod uwagę złożone dowody i stanowiska Stron prezentowane na rozprawie orzekła inaczej niż w zgłoszonym żądaniu.

W niniejszym postępowaniu Zamawiający postawił warunek dotyczący zdolności technicznej lub zawodowej wykazanie się przez wykonawcę wykonaniem w okresie ostatnich 8 lat przed terminem składania ofert co najmniej 1 robotą budowlaną o wartości brutto nie mniejszej niż 250 mln. zł, polegającą na budowie budynku dodatkowo ograniczając warunek do kilku budynków z wyszczególnionych grup zgodnie z Polską Klasyfikacją Obiektów Budowlanych. W stosunku do tak postawionego warunku udziału w postępowaniu zarzut sformułował nie tylko Odwołujący ale również Wykonawca IDS BUD S.A. w sprawie KIO 2232/17, którego dowody zostaną omówione w tym zakresie w dalszej części uzasadnienia, a które Izba wzięła pod rozwagę uwzględniając zarzut odwołania Odwołującego Mostostal Warszawa S.A. Wykonawca Warbud S.A. jako Przystępujący podnosił proporcjonalność i adekwatność powyższego warunku do celu, nie przedstawił jednak w tym zakresie żadnych dowodów.

Odwołujący podniósł nieproporcjonalność ustalonego warunku do celu jaki zamierza osiągnąć Zamawiający, co utrudnia dostęp do udziału w postępowaniu wykonawcom dającym rękojmię należytego wykonania zamówienia. Wskazał na inne postępowania na budowę muzeów, gdzie zamawiający określili niższe warunki udziału w postępowaniu: Budowa Muzeum Wojska Polskiego na poziomie 7-10% wartości szacunkowej zamówienia, czy Budowa Muzeum II Wojny Światowej na poziomie 23%, jednocześnie nie ograniczając warunku wyłącznie do obiektów muzealnych. Co prawda Odwołujący nie przedstawił dowodów w tym zakresie, niemniej jednak dowody takie zostały złożone przez Odwołującego IDS BUD S.A. Zamawiający argumentował, że tak postawiony warunek wynika z charakteru inwestycji, która jest prestiżowa i niestandardowa. Przedstawił porównanie inwestycji: Muzeum Historii Polski oraz Muzeum Wojska Polskiego twierdząc, że są to całkiem różne inwestycje, a także mapę, rysunki i rzut elewacji. W ocenie Izby złożone dowody potwierdzają, że przedmiotowe inwestycje są budowane na tym samym terenie (trudniejsze zagospodarowanie terenu dla Muzeum Wojska Polskiego) w jednakowych warunkach klimatycznych. Odwołujący podniósł ponadto, że różnica w wysokości budynku nie zwiększa stopnia skomplikowania robót. Elewacja w budynku Muzeum Wojska Polskiego jest różna ale na tym samym poziomie jeśli chodzi o wykonanie. Powierzchnia Muzeum Wojska Polskiego została przez Zamawiającego zaniżona, bowiem razem z garażem wynosi 35 tys. m<sup>2</sup>. Systemy przeciwpożarowe są systemami powszechnie stosowanymi w archiwach, sądach czy bibliotekach. Izba uznała argumentację Odwołującego za wiarygodną, a twierdzenia o wyjątkowości przedmiotowej inwestycji nie potwierdziły się. Dwie porównywane inwestycje różnią się od siebie rozwiązaniami technologicznymi, jednak nie można w tym wypadku mówić o wyższym stopniu skomplikowania budowy Muzeum Historii Polski. Zamawiający wskazał, że ustalając warunek wziął pod uwagę zasadę proporcjonalności, a nie prymat wykonawców, tym samym Zamawiający przyznał, że nie prowadził rozeznania odnośnie liczby podmiotów zdolnych spełnić postawiony przez Zamawiającego warunek. Zamawiający poprzez wskazanie niewspółmiernie wysokiej wartości roboty budowlanej, której wykonaniem miał się wykazać wykonawca w sposób nieuprawniony zawęził krąg wykonawców, którzy byliby zdolni spełnić postawione wymagania. Zamawiający w ocenie Izby nie udowodnił, że charakter przedmiotowej inwestycji pozwala na takie zawężenie warunku udziału w postępowaniu, dlatego też nakazał modyfikację warunku w sposób wskazany w sentencji wyroku.

Ad. Żądanie 2 dotyczące warunku zdolności technicznej lub zawodowej: dysponowanie Kierownikiem Budowy.

Izba zważyła, że zarzut zasługuje na częściowe uwzględnienie, jednocześnie nie będąc związana żądaniami odwołania oraz biorąc pod uwagę złożone dowody i stanowiska Stron prezentowane na rozprawie orzekła inaczej niż w zgłoszonym żądaniu.

W niniejszym postępowaniu Zamawiający postawił warunek dotyczący zdolności technicznej lub zawodowej dysponowania przez wykonawcę minimum jedną osobą przewidzianą do pełnienia funkcji Kierownika Budowy, posiadającą uprawnienia budowlane bez ograniczeń do kierowania robotami budowlanymi w specjalności konstrukcyjno – budowlanej, wraz z ważnym zaświadczeniem o przynależności do właściwej izby samorządu zawodowego oraz posiadającą co najmniej 8-letnie doświadczenie zawodowe w nadzorowaniu robót budowlanych w swojej specjalności, w tym pełnienie funkcji nieprzerwanie od daty rozpoczęcia budowy do dnia zakończenia budowy Kierownika Budowy przy budowie przynajmniej jednego budynku dodatkowo ograniczając warunek do kilku budynków z wyszczególnionych grup zgodnie z Polską Klasyfikacją Obiektów Budowlanych, o wartości nie mniejszej niż 120 mln. zł brutto oraz która przez co najmniej 18 miesięcy brała udział w robotach budowlanych prowadzonych przy zabytkach nieruchomości wpisanych do rejestru lub inwentarza muzeum będącego instytucją kultury. W stosunku do tak postawionego warunku udziału w postępowaniu zarzut sformułował nie tylko Odwołujący ale również Wykonawca IDS BUD S.A. w sprawie KIO 2232/17, którego dowody zostaną omówione w tym zakresie w dalszej części uzasadnienia, a które Izba wzięła pod rozwagę uwzględniając zarzut odwołania Odwołującego Mostostal Warszawa S.A. Wykonawca Warbud S.A. jako Przystępujący podnosił proporcjonalność i adekwatność powyższego warunku do celu, nie przedstawił jednak w tym zakresie żadnych dowodów. Odwołujący zarzucił w ramach powyższego warunku nieuzasadnione ograniczenie doświadczenia Kierownika Budowy przy nadzorowaniu wąsko określonych budynków z określonych grup według PKOB, a także wartość tej budowy. Nadto Odwołujący wskazał na nieproporcjonalny wymóg pełnienia funkcji nieprzerwanie od daty rozpoczęcia budowy do dnia zakończenia budowy. Izba przyznała rację Odwołującemu w zakresie dwóch pierwszych zarzutów odnośnie elementów warunku. Powołał się on ponownie na ogłoszenia innych zamawiających i tak na budowę Muzeum Wojska Polskiego przy wartości szacunkowej zamówienia ok. 200-300 mln. zł postawiono warunek wartości 40 mln. zł, w tym nadzorowania robót nad dwoma budynkami użyteczności publicznej o wartości nie mniejszej niż 20 mln. zł. Podobnie Muzeum II Wojny Światowej tylko tu wartość określono na nie mniejszą niż 100 mln. zł. Mając na względzie, że inwestycje te mimo różnic są równie prestiżowymi zamówieniami, co zostało omówione we wcześniejszym zarzucie, Izba uznała, że Zamawiający ustalił warunek w sposób nieproporcjonalny do celu. W ocenie Izby wykazanie, że osoba ta posiada doświadczenie w nadzorowaniu roboty budowlanej polegającej na budowie budynku z wyspecyfikowaniem elementów charakterystycznych dla przedmiotowej inwestycji, jak specjalne rozwiązania architektoniczne i technologiczne, bez wskazywania wartości tej roboty budowlanej czy klasy budynku według PKOB będzie czyniła zadość obowiązkowi Zamawiającego wyłonienia wykonawcy dającego rękojmię należytej

realizacji zamówienia a jednocześnie umożliwi udział w postępowaniu większej liczbie podmiotów zdolnych do jego wykonania. Izba wskazuje przy tym, że nie uwzględniła żądania Odwołującego Mostostal Warszawa S.A. odnośnie wykreślenia warunku, że funkcję Kierownik budowy miał pełnić „nieprzerwanie od daty rozpoczęcia budowy do dnia zakończenia budowy”. Izba warunek taki uznała za istotny, dający zapewnienie Zamawiającemu wyłonienia osoby zdolnej do nadzorowania długoterminowej inwestycji, a tym samym gwarantującej ciągłość realizacji przyszłej umowy.

Ad. Zarzut 3. Zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy pzp oraz przepisów k.c. w zakresie kar umownych

Izba zważyła, że zarzut zasługuje na uwzględnienie, jednocześnie nie będąc związana żądaniami odwołania oraz biorąc pod uwagę złożone dowody i stanowiska Stron prezentowane na rozprawie orzekła inaczej niż w zgłoszonym żądaniu.

W zakresie powyższego zarzutu Izba przedstawia identyczną argumentację jak została opisana w uzasadnieniu odnośnie żądania 10.15. odwołania BUDIMEX S.A.

Ad. Zarzut 4. Zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy pzp oraz przepisów k.c. w zakresie okresów odpowiedzialności za wady

Izba zważyła, że zarzut nie zasługuje na uwzględnienie.

W zakresie powyższego zarzutu Izba przedstawia identyczną argumentację jak została opisana w uzasadnieniu odnośnie żądania 10.17. odwołania BUDIMEX S.A.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy pzp, a także w oparciu o przepisy § 3 pkt 1 oraz § 5 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. nr 41 poz. 238 oraz Dz. U. z 2017 r., poz. 47) zaliczając na poczet niniejszego postępowania odwoławczego koszt wpisu od odwołania uiszczony przez Odwołującego oraz zasądzając od Zamawiającego na rzecz Odwołującego koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania.

KIO 2232/17

Ad. Zarzut 1. Zarzut naruszenia art. 22 ust. 1a, art. 22d ust. 1 ustawy pzp zw. z art. 7 ust. 1 ustawy pzp.

Ad. Żądanie 1 dotyczące warunku zdolności technicznej lub zawodowej: doświadczenie wykonawcy.

Izba zważyła, że zarzut jest zasadny i zasługuje na uwzględnienie, jednocześnie nie będąc związana żądaniami odwołania oraz biorąc pod uwagę złożone dowody i stanowiska Stron prezentowane na rozprawie orzekła inaczej niż w zgłoszonym żądaniu.

W zakresie powyższego zarzutu Izba przywołuje tożsamą argumentację jak została opisana w uzasadnieniu odnośnie zarzutu 2 żądania 1 odwołania Mostostal Warszawa S.A. W niniejszym postępowaniu Wykonawca Warbud S.A. jako Przystępujący podnosił proporcjonalność i adekwatność powyższego warunku do celu, nie przedstawił jednak w tym zakresie żadnych dowodów.

Jednocześnie Izba przytacza dalsze wnioski w świetle przeprowadzonego postępowania dowodowego.

Odwołujący w zakresie postawionego warunku kwestionował wartość roboty budowlanej, a także ograniczenie wyłącznie do kilku budynków z wyszczególnionych przez Zamawiającego grup PKOB, przy czym w żądaniu oprócz zmniejszenia tej wartości wniósł o usunięcie klasyfikacji budynków i użycie nazwy budynku użyteczności publicznej bądź dodanie klasy 1263. Odwołujący podniósł, że są tylko dwie inwestycje, które spełniają postawiony warunek. Odwołujący powołał się na analogiczne inwestycje jak Muzeum Historii Żydów Polskich oraz Muzeum Śląskie w Katowicach, które nie kwalifikują się jako doświadczenie w warunku postawionym przez Zamawiającego. Izba podzieliła stanowisko Odwołującego, że zgodnie z art. 22 ust. 1a ustawy pzp Zamawiający powinien przeprowadzić pewien proces przy ustalaniu warunków udziału w postępowaniu, tak aby wybrać wykonawcę, który podola wykonaniu zamówienia z zachowaniem zasady uczciwej konkurencji. Zamawiający powinien wskazać obiektywne kryteria i przepuścić je przez filtr proporcjonalności, sprawdzić czy warunek nie jest nadmierny. Zamawiający przyznał przy tym na rozprawie, że nie przeprowadził takiej analizy, jednak starał się określić warunek precyzyjnie. Takie działanie doprowadziło do ukształtowania warunku ściśle ograniczonego do roboty budowlanej niemalże identycznej jak będąca przedmiotem postępowania, co w konsekwencji znacząco utrudnia wykonawcom dostęp do zamówienia. Izba podkreśla, że cel jaki wyznacza kształtowanie warunku nie może być utożsamiany i interpretowany przez określenie warunku wymagającego od wykonawców wykazaniem się identycznego jak przedmiot zamówienia doświadczeniem. Oczywiście warunek musi być związany z przedmiotem zamówienia ale musi również spełniać test proporcjonalności. Odwołujący wskazał na niekonsekwencję Zamawiającego, który nie dopuścił innych klas w ramach danej grupy budynków, dopuścił natomiast grupę budynków biurowych. Odwołujący podobnie jak Odwołujący Mostostal Warszawa S.A. nie dostrzegł szczególnej specyfiki przedmiotowej inwestycji czy stopnia skomplikowania. Odwołujący przedstawił warunki udziału w postępowaniu dotyczące doświadczenia formułowane przez innych Zamawiających: wyciąg z SIWZ na budowę MWP, ogłoszenie o zamówieniu

12 Terenowego Oddziału Lotniskowego w Warszawie oraz ogłoszenie o zamówieniu GDDKiA w Warszawie. Inwestycje te mają wyższy stopień skomplikowania lub zbliżony do MHP, a Zamawiający nie postawili tak rygorystycznych warunków jak Zamawiający w niniejszym postępowaniu. Skupili się na elementach charakterystycznych dla tych inwestycji, a nie na ich wartości. Tak postawione warunki w ocenie Odwołującego są logiczne, proporcjonalne i mają zakotwiczenie w przedmiocie zamówienia. Izba podziela twierdzenia Odwołującego i uznaje je za własne. Odwołujący zaznaczył również, że Zamawiający nie dopuścił budynków z klasy 1263, a dopuścił budynki z całkiem innej grupy. Dokonał również wyłączeń z innych grup. Klasa 1263 obejmuje np.: szkoły wyższe, laboratoria badawcze, które są bardzo zbliżone do przedmiotu zamówienia. Odwołujący zaznaczył, że biurowce o wartości 250 mln zł, to obiekty wysokościowe o całkiem innej technologii wykonania niż przedmiotowa inwestycja. Zamawiający nie wyjaśnił dlaczego wykonanie takiego budynku jest bardziej adekwatne do wykonania tego zamówienia. Odwołujący przedstawił plan zagospodarowania terenu inwestycji MHP oraz MWP, z którego wynika, że inwestycje te prowadzone są na jednym terenie. Odwołujący dowodził także na podstawie złożonego porównania przedmiotu zamówienia MWP i MHP na bazie tabeli przedstawionej wcześniej przez Zamawiającego, że przedmiotowa inwestycja nie jest inwestycją szczególną. Z porównania wynika odnośnie wysokości obu obiektów, że do ich wykonania będą użyte te same technologie i sprzęty, elewacja budynku MWP będzie wykonywana bezpośrednio na budynku w trudnych warunkach klimatycznych, zatem jest bardziej skomplikowana, jest taka sama ilość kondygnacji podziemnych do wykonania, powierzchnie, warunki klimatyczne oraz ochrona przeciwpożarowa dla obu obiektów są porównywalne, rozwiązania konstrukcyjne są trudniejsze do wykonania dla MWP, dla MWP jest znacznie większy zakres zagospodarowania terenu niż dla MHP. Odwołujący przedstawił także porównanie zakresów realizacyjnych przykładowych budynków przywołanych z klasyfikacji PKOB w SIWZ z budynkiem badawczym/laboratorium (kod: 1263), ze wskazaniem na stosowane rozwiązania budowlane i architektoniczne. Funkcje pomieszczeń z klasy 1263 są analogiczne jak w muzeach. Instalacje stosowane w budynkach tej klasy są ostrzejsze od stosowanych w obiektach muzealnych. Stopień skomplikowania technicznych i konstrukcyjnych rozwiązań jest porównywalny, podobnie prace wykończeniowe. Systemy bezpieczeństwa stosowane w budynkach użyteczności publicznej czy laboratoriach badawczych są takie same jak dla przedmiotowej inwestycji. Rozstrzygając niniejszą sprawę Izba wzięła pod uwagę dowody złożone przez Odwołującego, uznała je za kompletne i wiarygodne. Zamawiający argumentował nieuwzględnienie żądania Odwołującego poszerzenia warunku o klasę 1263, ponieważ dla budynków z tej klasy nie stosuje się systemów przechowywania, jednak systemy przechowywania zostały wyjęte z zakresu MHP. Zamawiający uzasadniając takie

ukształtowanie warunku udziału w postępowaniu wskazywał na wielofunkcyjność przedmiotowej inwestycji, jej specjalistyczny charakter i innowacyjne rozwiązania technologiczne, obejmujący różnorodne pomieszczenia: bibliotekę, sale dydaktyczno – konferencyjne, magazyny. W świetle przytoczonej argumentacji Stron, a także złożonych dowodów Izba zważyła, że racjonalnym jest zmodyfikowanie warunku do wykazania się wykonawców wykonaniem co najmniej jednej (bądź więcej) roboty budowlanej, polegającej na budowie budynku z wyspecyfikowaniem elementów charakterystycznych dla przedmiotowej inwestycji, jak specjalne rozwiązania architektoniczne i technologiczne, bez wskazywania wartości tej roboty budowlanej czy klasy budynku według PKOB.

Ad. Żądanie 2 dotyczące warunku zdolności technicznej lub zawodowej: dysponowanie Kierownikiem Budowy, kierownikiem robót w zakresie drogowym i kierownikiem robót konstrukcyjno – budowlanych.

Izba zważyła, że zarzut jest zasadny i zasługuje na uwzględnienie, jednocześnie nie będąc związana żądaniami odwołania oraz biorąc pod uwagę złożone dowody i stanowiska Stron prezentowane na rozprawie orzekła inaczej niż w zgłoszonym żądaniu.

W zakresie powyższego zarzutu Izba przywołuje tożsamą argumentację jak została opisana w uzasadnieniu odnośnie zarzutu 2 żądania 2 odwołania Mostostal Warszawa S.A. W niniejszym postępowaniu Wykonawca Warbud S.A. jako Przystępujący podnosił proporcjonalność i adekwatność powyższego warunku do celu, nie przedstawił jednak w tym zakresie żadnych dowodów.

Jednocześnie Izba przytacza dalsze wnioski w świetle przeprowadzonego postępowania dowodowego.

Odwołujący w zakresie postawionego warunku kwestionował ograniczenie doświadczenia Kierownika Budowy przy nadzorowaniu wąsko określonych budynków z określonych grup według PKOB, a także wartość tej budowy. Ponadto odnośnie warunku, że osoba Kierownika Budowy, kierownika robót w zakresie drogowym oraz kierownika robót konstrukcyjno - budowlanych przez co najmniej 18 miesięcy brała udział w robotach budowlanych prowadzonych przy zabytkach nieruchomości wpisanych do rejestru lub inwentarza muzeum będącego instytucją kultury wniósł o jego usunięcie i wprowadzenie kierownika robót konserwatorskich, przy czym na rozprawie Odwołujący zmodyfikował żądanie do ograniczenia tego wymogu do jednej osoby. Zamawiający dowodził, że warunek powyższy wynika wprost z decyzji Stołecznego Konserwatora Zabytków, który w pkt 3 decyzji wprowadził taki wymóg. Izba zauważa, że w pkt 4 pouczenia jest mowa o osobie posiadającej kwalifikacje wskazane w warunku ustalonym przez Zamawiającego, wystarczające jest zatem aby była to jedna osoba. Odwołujący przedstawił w tym zakresie decyzję nr 775N/17 dotyczącą MWP. Postawione w tej decyzji warunki w punkcie 3 są identyczne jak dla MHP, a MWP postawił

oddzielny warunek dysponowania osobą kierownika robót konserwatorskich i restauratorskich. Mając na względzie stanowiska Stron i złożone dowody ustalony wymóg był nadmierny i nieproporcjonalny do celu. Dlatego też, wystarczającą racjonalizacją tego warunku będzie ograniczenie go do jednej osoby Kierownika robót w branży konstrukcyjno – budowlanej z uprawnieniami budowlanymi. Zapewni to zgodność z przedstawioną przez Zamawiającego decyzją Stołecznego Konserwatora Zabytków, a jednocześnie rozszerzy krąg wykonawców zdolnych do realizacji zamówienia.

Ad. Zarzut 3-7. Zarzut naruszenia art. 14 ustawy pzp i art. 139 ust. 1 ustawy pzp w zw, z art. 483 § 1 k.c. w zw. z art. 353<sup>1</sup> k.c. oraz w zw. z art. 5 k.c. w zakresie kar umownych

Izba zważyła, że zarzut zasługuje na uwzględnienie, jednocześnie nie będąc związana żądaniami odwołania oraz biorąc pod uwagę złożone dowody i stanowiska Stron prezentowane na rozprawie orzekła inaczej niż w zgłoszonym żądaniu.

W zakresie powyższego zarzutu Izba przywołuje tożsamą argumentację jak została opisana w uzasadnieniu odnośnie żądania 10.15. odwołania BUDIMEX S.A.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy pzp, a także w oparciu o przepisy § 3 pkt 1 oraz § 5 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. nr 41 poz. 238 oraz Dz. U. z 2017 r., poz. 47) zaliczając na poczet niniejszego postępowania odwoławczego koszt wpisu od odwołania uiszczony przez Odwołującego oraz zasądzając od Zamawiającego na rzecz Odwołującego koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania.

KIO 2234/17

Ad. Zarzut 2. Zarzut naruszenia art. 647 k.c., w związku z art. 139 ust. 1 ustawy pzp oraz w związku z art. 29 ust. 1 ustawy pzp.

Izba zważyła, że zarzut zasługuje na uwzględnienie.

Zarzut dotyczy klauzuli 3.1.3. wzoru umowy, czyli wykonywania przedmiotu umowy zgodnie z prawem w przypadku sprzeczności z prawem treści umowy i załączników. W ocenie Izby wymaganie od wykonawcy stałego sprawdzania zgodności tych aktów z prawem na etapie realizacji umowy jest żądaniem nadmiernym. Zamawiający argumentował, że klauzula ta została błędnie zinterpretowana przez Wykonawcę, jednocześnie wskazując, że w przypadku wystąpienia takiej niezgodności dokumentacji z prawem Zamawiający dokona zmiany umowy.

Izba zauważyła, że powyższe nie zmienia okoliczności, iż to na wykonawcy będzie ciążył obowiązek zgłaszania tych sprzeczności. Izba podzieliła stanowisko Odwołującego, że niedopuszczalne jest przerwianie na wykonawcę obowiązku sprawdzania zgodności dokumentacji postępowania z przepisami prawa. To na Zamawiającym ciąży obowiązek opisanego przedmiotu zamówienia, w tym przygotowania zgodnie z prawem dokumentacji projektowej, jak również dostosowywania do zgodności z prawem wszelkich sprzeczności pojawiających się na etapie realizacji umowy. Dlatego też Izba nakazała wykreślenie tego postanowienia.

Ad. Zarzut 3. Zarzut naruszenia art. 144 ust. 1 ustawy pzp oraz art. 5, art. 353<sup>1</sup>, art. 487 §2 i art. 632 §1 k.c. w związku z art. 139 ust. 2 ustawy pzp.

Izba zważyła, że zarzut zasługuje na uwzględnienie.

W zakresie powyższego zarzutu Izba przywołuje tożsamą argumentację jak została opisana w uzasadnieniu odnośnie zarzutu 7 odwołania BUDIMEX S.A.

Ad. Zarzut 4. Zarzut naruszenia art. 5 k.c., art. 471 k.c., art. 483 §1 k.c., art. 487 §2, art. 632 §1 k.c., w związku z 139 ust. 1 ustawy pzp w zakresie kar umownych.

Izba zważyła, że zarzut zasługuje na uwzględnienie, jednocześnie nie będąc związana żądaniami odwołania oraz biorąc pod uwagę złożone dowody i stanowiska Stron prezentowane na rozprawie orzekła inaczej niż w zgłoszonym żądaniu.

W zakresie powyższego zarzutu Izba przedstawia identyczną argumentację jak została opisana w uzasadnieniu odnośnie żądania 10.15. odwołania BUDIMEX S.A.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy pzp, a także w oparciu o przepisy § 3 pkt 1 oraz § 5 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. nr 41 poz. 238 oraz Dz. U. z 2017 r., poz. 47) zaliczając na poczet niniejszego postępowania odwoławczego koszt wpisu od odwołania uiszczony przez Odwołującego oraz zasądzając od Zamawiającego na rzecz Odwołującego koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania.

**Przewodniczący:** .....

**Członkowie:** .....

.....