

**POSTANOWIENIE**

**z dnia 29 października 2020 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie: Przewodniczący: Piotr Kozłowski**

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron i uczestników postępowania odwoławczego **29 października 2020 r.** w Warszawie odwołania wniesionego **15 października 2020 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej**

przez wykonawcę: **BUDIMEX S.A. z siedzibą w Warszawie**

w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn. *Rozbudowa i przebudowa istniejącego budynku Uniwersyteckiego Dziecięcego Szpitala Klinicznego w Białymstoku* (nr postępowania PN-36/20/27)

prowadzonym przez zamawiającego: **Uniwersytecki Dziecięcy Szpital Kliniczny im. L. Zamenhofs w Białymstoku**

przy udziale wykonawców zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego:

**A. STRABAG sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie**

**B. WARBUD S.A. z siedzibą w Warszawie**

**postanawia:**

- 1. Umarza postępowanie odwoławcze.**
- 2. Nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz BUDIMEXU S.A. z siedzibą w Warszawie kwoty 20000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) – uiszczonej tytułem wpisu od odwołania.**
- 3. Znosi wzajemnie pozostałe koszty postępowania odwoławczego.**

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

## **Uzasadnienie**

Uniwersytecki Dziecięcy Szpital Kliniczny im. L. Zamenhofa w Białymstoku {dalej: „Zamawiający”} prowadzi na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.) {dalej również: „ustawa pzp”, „ustawa Pzp”, „pzp”, „Pzp”} w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na roboty budowlane pn. *Rozbudowa i przebudowa istniejącego budynku Uniwersyteckiego Dziecięcego Szpitala Klinicznego w Białymstoku* (nr postępowania PN-36/20/27). Ogłoszenie o tym zamówieniu 5 października 2020 r. zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej nr 2020/S\_193 pod poz. 465472. Wartość przedmiotowego zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy pzp.

15 października 2020 r. BUDIMEX S.A. z siedzibą w Warszawie {dalej: „Odwołujący”} wniósł w formie pisemnej do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie wobec postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia {dalej: „SIWZ”}.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu następujące naruszenia przepisów ustawy pzp (jeżeli poniżej nie wskazano innych aktów prawnych) {lista zarzutów}:

1. Art. 29 ust. 1 i 2 w zw. z art. 36 ust 1 pkt 4 zw. z art. 7 ust. 1 w zw. z art. 353<sup>1</sup> Kodeksu cywilnego {dalej: „kc”} w zw. z art. 387 ust. 1 kc w zw. z art. 14 i art. 139 ust. 1 – przez określenie terminu realizacji zamówienia w odniesieniu do etapu projektowania w sposób niespójny, z zastosowaniem konstrukcji sztywnej daty kalendarzowej, przy jednoczesnym wyznaczeniu dla tego etapu zbyt krótkiego okresu realizacji, co w konsekwencji oznacza ustalenie go w sposób odbiegający od realnych możliwości realizacji, nieadekwatny do przedmiotu zamówienia i nieuwzględniający wszystkich okoliczności, a co za tym idzie wyznaczenie go w sposób utrudniający uczciwą konkurencję i niemożliwy do spełnienia przez wykonawców funkcjonujących na rynku.
2. Art. 29 ust. 1-3 w zw. z art. 31 ust. 3 w zw. z art. 7 ust. 1 – przez narzucenie w ramach pkt 2.3.2. programu funkcjonalno-użytkowego {dalej: „PFU”} ściśle określonego rozwiązania konstrukcyjno-materiałowego dotyczącego wykonania szachtów technicznych i komunikacyjnych, pomimo że nie jest to jedyne rozwiązanie optymalnie zabezpieczające potrzeby zdefiniowane w ramach PFU, co w konsekwencji preferuje w sposób nieuzasadniony ograniczoną liczbę wykonawców i wprost prowadzi do naruszenia uczciwej konkurencji w ramach postępowania oraz zasady konstytuującej formułę „zaprojektuj i wybuduj” tj. odpowiedzialności wykonawcy za przygotowanie projektu.

3. Art. 29 ust. 1-3 w zw. z art. 25 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 7 ust. 1 – przez sformułowanie w ramach pkt 2.3.2 PFU wymagań dotyczących konieczności przedstawienia certyfikatów i opinii dotyczących systemu modułowego, które to wymagania są niespójne względem pozostałych postanowień zamieszczonych w treści SIWZ i umowy, nieuzasadnione opisem przedmiotu zamówienia, preferujące określone rozwiązanie i ograniczające krąg wykonawców, co prowadzi do naruszenia zasady przejrzystości i uczciwej konkurencji w ramach postępowania.
4. Art. 139 ust. 1 w zw. z art. 5 i 353<sup>1</sup> kc w zw. z art. 647 kc w zw. z art. 627 kc w zw. z art. 642 § 1 kc w zw. z art. 7 ust. 1 – przez wprowadzenie do wzoru umowy (§ 16 SIWZ) postanowień uzależniających dokonanie odbioru odpowiednio prac projektowych i robót budowlanych i wypłaty należnego wynagrodzenia od usunięcia nieistotnych usterek, co godzi odpowiednio w istotę i naturę umowy o dzieło oraz umowy o roboty budowlane, stanowiąc wyraz uchylania się przez Zamawiającego od podstawowych obowiązków nałożonych na inwestora, będąc jednocześnie postanowieniem niekorzystnym dla wykonawców, naruszającym bezwzględnie obowiązujące przepisy prawa oraz równowagę stron umowy i prowadzącym do naruszenia praw podmiotowych wykonawców.
5. Art. 139 ust. 1 w zw. z art. 5 i 353<sup>1</sup> kc w zw. z art. 473 § 1 kc w zw. z art. 483 kc w zw. z art. 484 § 2 kc w zw. z art. 7 ust. 1 – przez zastrzeżenie przez Zamawiającego w ramach umowy kar umownych za opóźnienie bez precyzyjnego określenia podstaw ich naliczania, jak również zastrzeżenie kar umownych o rażąco wygórowanej wysokości, bez przewidzenia jakiegokolwiek limitu.
6. Art. 139 ust. 1 w zw. z art. 5 kc i 353<sup>1</sup> kc w zw. z art. 7 ust. 1 w zw. z art. 143c ust. 7 w zw. z art. 145 ust. 1 – przez przyznanie Zamawiającemu w ramach § 12 ust. 4 umowy prawa do odstąpienia od umowy w przypadkach niedookreślonych, błahych czy niemających wpływu na możliwość wykonania inwestycji, bez względu na skalę naruszeń i zawinienie po stronie wykonawcy, co prowadzi do niestabilności stosunku zobowiązaniowego i w konsekwencji nakłada na wykonawcę zbyt duże ryzyka kontraktowe, niemożliwe do oszacowania przy uwzględnieniu uznaniowości wdrożenia przez Zamawiającego tego mechanizmu.
7. Art. 139 ust. 1 w zw. z art. 5 kc i 353<sup>1</sup> kc w zw. z art. 7 ust. 1 w zw. z art. 143b ust. 5 i 8 w zw. z art. 647<sup>1</sup> § 4 kc – przez wyznaczenie wykonawcy zbyt krótkiego czasu na przekazanie Zamawiającemu zawartych umów podwykonawczych, znacząco skracające terminy ustawowe, co prowadzi do niczym nieuzasadnionego zwiększenia ryzyka wykonawcy i ukształtowania jego odpowiedzialności w sposób sprzeczny

z przepisami prawa.

Ponadto w uzasadnieniu pisma Odwołujący przedstawił okoliczności faktyczne i prawne, które jego zdaniem uzasadniają wniesienie odwołania.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu dokonania następujących zmian SIWZ {lista żądań}:

1. Nadania § 4 ust. 1 SIWZ oraz § 4 ust. 1 lit. a) umowy brzmienia: *Wykonanie kompletnej dokumentacji projektowej wraz ze złożeniem wniosku o wydanie pozwolenia na budowę – w terminie 7 miesięcy od daty podpisania umowy.*
2. Pkt 2.3.2. PFU – sformułowania w jego ramach opisu umożliwiającego wykonanie szachtów technicznych i komunikacyjnych również w innych technologiach minimalizujących uciążliwość, czas realizacji i ingerencje w konstrukcję istniejącego budynku, w tym dopuszczenia w ramach zamieszczonego tam opisu konstrukcji żelbetowej prefabrykowanej.
3. Usunięcia z pkt 2.3.2. PFU wymagania przedstawienia wraz z ofertą certyfikatów i opinii zdefiniowanych na stronie 22 PFU.
4. Nadania § 3 ust. 2 pkt 2.1.1.1. ppkt I.7. umowy brzmienia: *Po przekazaniu przez Wykonawcę Zamawiającemu kompletnej dokumentacji projektowej do odbioru i zatwierdzenia, Zamawiający dokona jej sprawdzenia w ciągu 14 dni roboczych. Jeżeli w toku czynności odbioru zostaną stwierdzone istotne wady dokumentacji, to zostanie ona zwrócona Wykonawcy w celu uzupełnienia lub poprawy. Termin 14 dni roboczych na ponowną akceptację dokumentacji projektowej biegnie od daty ponownego jej złożenia u Zamawiającego.*
5. Nadania § 3 ust. 2 pkt 2.1.1.1 ppkt I.8. umowy brzmienia: *Wykonawca dokona ewentualnego poprawienia zwróconej dokumentacji projektowej w terminie 10 dni roboczych od daty przekazania protokołu z uwagami. Protokół zdawczo-odbiorczy z istotnymi uwagami nie stanowi podstawy do wystawienia faktury.*
6. Nadania § 4 ust. 2 umowy brzmienia: *Za termin wykonania przedmiotu umowy strony uznają: a) w zakresie dokumentacji projektowej – termin opracowania i przekazania Zamawiającemu protokołem zdawczo-odbiorczym bez uwag istotnych, kompletnej dokumentacji wraz z uzyskaniem decyzji o pozwoleniu na budowę bądź skutecznym zgłoszeniu robót; b) w zakresie robót budowlanych – termin podpisania protokołu odbioru końcowego robót i uzyskania ostatecznej decyzji o pozwoleniu na użytkowanie ostatniego etapu (pod warunkiem iż poprzednie etapy zostały już wykonane i przekazane do użytkowania na podstawie częściowych decyzji na użytkowanie); w zakresie nadzoru autorskiego – termin uzyskania ostatecznej decyzji o pozwoleniu*

*na użytkowanie.*

7. Nadania § 4 ust. 14 umowy brzmienia: *Z czynności odbioru sporządza się protokół, który powinien zawierać ustalenia poczynione w toku odbioru. Jeżeli w toku czynności odbiorowych zostanie stwierdzone, że przedmiot odbioru nie osiągnął gotowości do odbioru z powodu nie zakończenia robót lub ich wykonania z wadami istotnymi (czyniącymi przedmiot zamówienia niezdatnymi do zwykłego użytkowania) Zamawiający odmówi odbioru z winy Wykonawcy.*
8. Nadania § 4 ust. 15 umowy brzmienia: *Odbiór uważa się za dokonany w przypadku podpisania przez Zamawiającego protokołu odbioru końcowego bez wad istotnych. Data podpisania protokołu odbioru końcowego przez Zamawiającego jest datą zakończenia realizacji przedmiotu zamówienia. Jeżeli w toku czynności odbiorowych zostaną stwierdzone wady to Zamawiającemu przysługują następujące uprawnienia: 1) jeżeli wady nadają się do usunięcia to: a) jeżeli wady nie są istotne i nie uniemożliwiają użytkowania przedmiotu odbioru zgodnie z przeznaczeniem, Zamawiający dokona odbioru końcowego oraz zostanie sporządzony protokół zawierający listę usterek lub niezgodności, w którym zostaną wskazane usterki lub niezgodności do usunięcia w terminie uzgodnionym przez Strony, b) jeżeli wady są istotne na tyle, że uniemożliwiają użytkowanie zgodnie z przeznaczeniem Zamawiający może odmówić odbioru do czasu usunięcia wad, wyznaczając termin ich usunięcia; 2) jeżeli wady nie nadają się do usunięcia, albo gdy z okoliczności wynika, że Wykonawca nie zdoła ich usunąć w odpowiednim czasie to: a) jeżeli wady nie są istotne i nie uniemożliwiają użytkowania przedmiotu odbioru zgodnie z przeznaczeniem, Zamawiający może obniżyć odpowiednio wynagrodzenie potwierdzając ten fakt pisemną informacją przekazaną Wykonawcy, b) jeżeli wady są istotne na tyle, że uniemożliwiają użytkowanie zgodnie z przeznaczeniem, Zamawiający może odstąpić od umowy lub żądać wykonania przedmiotu umowy po raz drugi.*
9. Ustalenia w ramach umowy limitu kar na poziomie 10% wynagrodzenia umownego brutto.
10. Modyfikacji katalogu kar wskazanych w § 9 ust. 1 lit. b)-g) umowy polegającej na sankcjonowaniu wykonawcy jedynie za przypadki zawinionego opóźnienia i ustalenie wysokości kar umownych na poziomach rynkowych, tj. nadanie im przykładowo brzmienia: *b) za zwłokę w wykonaniu przedmiotu umowy – dotyczy również wykonania projektu – w wysokości 0,05 % wartości brutto umowy, za każdy dzień zwłoki, c) za zwłokę w usunięciu wad stwierdzonych w okresie gwarancji i rękojmi – w wysokości 0,05% wartości brutto umowy, za każdy dzień zwłoki, liczony od dnia*

wyznaczonego na usunięcie wad, d) z tytułu braku zapłaty lub nieterminowej zapłaty wynagrodzenia należnego Podwykonawcom lub dalszym Podwykonawcom – w wysokości 0,05% wartości brutto danej umowy podwykonawczej za każdy dzień zwłoki w zapłacie, e) w przypadku nieprzedłożenia do zaakceptowania projektu umowy o podwykonawstwo, której przedmiotem są roboty budowlane, lub projektu jej zmiany – w wysokości 0,05% wartości brutto danej umowy podwykonawczej za każdy dzień zwłoki, f) w przypadku nieprzedłożenia poświadczonej za zgodność z oryginałem kopii umowy o podwykonawstwo lub jej zmiany – w wysokości 0,05% wartości brutto danej umowy za każdy dzień zwłoki, g) w przypadku braku zmiany umowy o podwykonawstwo w zakresie terminu zapłaty, o którym mowa w § 8 ust 14 – w wysokości 0,05% wartości brutto danej umowy podwykonawczej za każdy dzień zwłoki w dokonaniu zaleconej przez Zamawiającego zmiany.

11. Nadanie § 12 ust. 4 umowy brzmienia: *Zamawiający, niezależnie od okoliczności wskazanych w kodeksie cywilnym może odstąpić od umowy w następujących przypadkach, z zastrzeżeniem, że skorzystanie z prawa do odstąpienia od umowy poprzedzone zostanie wezwaniem wykonawcy do usunięcia zidentyfikowanych naruszeń z wyznaczeniem mu w tym celu dodatkowego terminu (...): c) opóźnienia w realizacji prac, powstałego z przyczyn leżących po stronie wykonawcy, dłuższego niż 30 dni w stosunku do uzgodnionego harmonogramu, w sytuacji, w której z całokształtu okoliczności związanych z pracami wykonywanymi przez wykonawcę wynika, że takie opóźnienie zagraża terminowości wykonania całego zamierzenia inwestycyjnego, d) niewykonywania przez Wykonawcę prac zgodnie z istotnymi warunkami określonymi w umowie lub istotne zaniedbania zobowiązań umownych, wskazujące na zagrożenie prawidłowego wykonania całego zamierzenia inwestycyjnego, e) zaniechania przez Wykonawcę realizacji umowy, a w szczególności przerwania prac z przyczyn przez niego zawinionych przez okres dłuższy niż 14 dni, f) w przypadku przekroczenia terminu na wykonanie projektu z przyczyn leżących po stronie wykonawcy o okres dłuższy niż 30 dni, w sytuacji, w której z całokształtu okoliczności związanych z pracami wykonywanymi przez wykonawcę wynika, że takie opóźnienie zagraża terminowości wykonania całego zamierzenia inwestycyjnego.*
12. Nadanie § 8 ust. 10 brzmienia: *Wykonawca, Podwykonawca lub dalszy Podwykonawca zamówienia na roboty budowlane przedkłada Zamawiającemu poświadczoną za zgodność z oryginałem kopię zawartej umowy o podwykonawstwo, której przedmiotem są roboty budowlane, w terminie 7 dni od dnia jej zawarcia.*
13. Nadanie § 8 ust. 13 brzmienia: *Wykonawca, Podwykonawca lub dalszy Podwykonawca*

*zamówienia na roboty budowlane przedkłada Zamawiającemu poświadczoną za zgodność z oryginałem kopię zawartej umowy o podwykonawstwo, której przedmiotem są dostawy lub usługi, w terminie 7 dni od dnia jej zawarcia, z wyłączeniem umów o podwykonawstwo o wartości mniejszej niż 0,5% wartości brutto umowy, wskazanej w § 2 ust. 1 niniejszej umowy oraz umów, które dotyczą dostaw materiałów budowlanych i usług pomocniczych w stosunku do wykonywanych robót budowlanych (np. transport, ubezpieczenie itp.). Wyłączenie to nie dotyczy umów o podwykonawstwo o wartości większej niż 50 000 zł.*

26 października 2020 r. wpłynęła do Izby odpowiedź na odwołanie Zamawiającego, w której oświadczył, co następuje:

*I. Art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp w zw. z art. 36 ust. 1 pkt 4) ustawy Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 353(1) KC w zw. z art. 387 ust 1 KC w zw. z art. 14 ustawy Pzp i art. 139 ust. 1 ustawy Pzp poprzez określenie terminu realizacji zamówienia w odniesieniu do etapu projektowania w sposób niespójny, z zastosowaniem konstrukcji sztywnej daty kalendarzowej, przy jednoczesnym wyznaczeniu dla tego etapu zbyt krótkiego okresu realizacji, co w konsekwencji oznacza ustalenie go w sposób odbiegający od realnych możliwości realizacji, nieadekwatny do przedmiotu zamówienia i nieuwzględniających wszystkich okoliczności, a co za tym idzie wyznaczenie go w sposób utrudniający uczciwą konkurencję i niemożliwy do spełnienia przez wykonawców funkcjonujących na rynku.*

*Zamawiający dokonuje modyfikacji &4 ust. 1 siwz oraz &4 ust. 1 lita) umowy poprzez nadanie im. następującego brzmienia:*

*„Wykonanie kompletnej dokumentacji projektowej wraz ze złożeniem wniosku o wydanie pozwolenia na budowę w terminie 7 miesięcy od daty podpisania umowy”*

*II. Art. 29 ust. 1 – 3 ustawy Pzp w zw. z art. 31 ust/ 3 ustawy Pzp w zw. z art. 7 ust 1 ustawy Pzp poprzez narzucenie w ramach pkt 23.2. PFU ściśle określonego rozwiązania konstrukcyjno-materiałowego dotyczącego wykonania szachtów technicznych i komunikacyjnych, pomimo, że nie jest to jedyne rozwiązanie optymalnie zabezpieczające potrzeby zdefiniowane w ramach PFU, co w konsekwencji preferuje w sposób nieuzasadniony ograniczoną liczbę wykonawców i wprost prowadzi do naruszenia nieuczciwej konkurencji w ramach postępowania oraz zasady konstytuującej formułę „zaprojektuj i wybuduj” tj. odpowiedzialności wykonawcy za przygotowanie projektu;*

*Powyższy zarzut Zamawiający uważa za niezasadny, ponieważ w § 3 siwz – OPIS PRZEDMIOTU ZAMÓWIENIA w pkt. 7 i 11 dopuścił rozwiązania równoważne do opisanych w PFU tj.*

7. Dokumentacja projektowa w zakresie opisu proponowanych materiałów i urządzeń powinna być wykonana zgodnie z art. 29 ustawy Prawo zamówień publicznych. W przypadku gdy dokumentacja projektowa wskazuje na pochodzenie (marka, znak towarowy, producent, dostawca) materiałów i normy, o których mowa w art. 30 ust. 1 – 3 ustawy PZP, należy dodać zapis, że dopuszcza się oferowanie materiałów lub rozwiązań równoważnych, wówczas Wykonawca zobowiązany jest doprecyzować zakres dopuszczalnej równoważności.

11. Jeżeli w opisie przedmiotu zamówienia wskazano jakikolwiek znak towarowy, patent lub pochodzenie, źródło lub szczególny proces, który charakteryzuje produkty lub usługi dostarczane przez konkretnego wykonawcę – należy przyjąć, że Zamawiający podał taki opis w celu określenia minimalnych parametrów, jakim muszą odpowiadać produkty, aby spełnić wymagania stawiane przez Zamawiającego i stanowią one wyłącznie wzorzec jakościowy przedmiotu zamówienia. Zamawiający, zgodnie z art. 29 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, dopuszcza produkty równoważne o parametrach techniczno-eksploatacyjno-użytkowych nie gorszych od parametrów wskazanego produktu, przy czym zmiana parametrów nie może powodować konieczności modyfikacji projektów, a także ograniczeń możliwości ich wykorzystania przez Zamawiającego. Analogicznie, jeżeli Zamawiający opisał przedmiot zamówienia przez odniesienie do norm, europejskich ocen technicznych, aprobat, specyfikacji technicznych i systemów referencji technicznych, zgodnie z art. 30 ust. 4 Pzp, dopuszcza rozwiązania równoważne opisywanym. Wskazane normy, europejskie oceny techniczne, aprobaty, specyfikacje techniczne i systemy referencji technicznych mają charakter poglądowy i stanowią wyłącznie wzorzec jakościowy. Wykonawca, który powołuje się na rozwiązania równoważne opisywanym przez Zamawiającego, zobowiązany jest wykazać, że oferowane roboty budowlane spełniają wymagania określone przez Zamawiającego i uzyskać jego akceptację.

III. Art. 29 ust. 1-3 ustawy Pzp w zw. z art. 25 ust. 1 pkt 2) ustawy Pzp w zw. art. 87 ust. 1 ustawy Pzp poprzez sformułowanie w ramach pkt 2.3.2 PFU wymagań dotyczących konieczności przedstawienia certyfikatów i opinii dotyczących systemu modułowego, które to wymagania są niespójne względem pozostałych postanowień zamieszczonych w treści SIWZ i Umowy, nieuzasadnione opisem przedmiotu zamówienia i preferujące określone rozwiązanie i ograniczony krąg wykonawców, co prowadzi do naruszenia zasady przejrzystości i uczciwej konkurencji w ramach postępowania;

Powyższy zarzut Zamawiający uważa za niezasadny, ponieważ w § 3 siwz – OPIS PRZEDMIOTU ZAMÓWIENIA w pkt. 7 j 1 1 dopuścił rozwiązania równoważne do opisanych w PFU odpowiedź na zarzut 2.



*Zamawiający dokonuje zmiany w opisie przedmiotu zamówienia poprzez wykreślenie zapisu z PFU strona 22 wymagania przedstawienia wraz z ofertą certyfikatów i opinii tam zdefiniowanych.*

*IV. Art. 139 ust. 1 ustawy Pzp w z w. z art. 5 i 353(1) kodeksu cywilnego w zw. z art. 647 kodeksu cywilnego w zw. z art. 627 kodeksu cywilnego w zw. z art. 642 § 1 kodeksu cywilnego w zw. z art. 7 ust. Ustawy Pzp poprzez wprowadzenie do wzoru Umowy (§ 16 SIWZ, dalej również jako „Umowa”) postanowień uzależniających dokonanie odbioru odpowiednio prac projektowych i robót budowlanych i wypłaty należnego wynagrodzenia od usunięcia nieistotnych usterek, co godzi odpowiednio w istotę i naturę umowy o dzieło oraz umowy o roboty budowlane, stanowiąc wyraz uchylania się przez Zamawiającego od podstawowych obowiązków nałożonych na inwestora, będąc jednocześnie postanowieniem niekorzystnym dla wykonawców, naruszającym bezwzględnie obowiązujące przepisy prawa oraz równowagę stron umowy i prowadzącym do naruszenia praw podmiotowych wykonawców.;*

*Zamawiający dokonuje modyfikacji treści siwz poprzez wprowadzenie do umowy następujących zapisów:*

*& 3 pkt. 1 Dokumentacja projektowa pkt.*

*7. Po przekazaniu przez Wykonawcę Zamawiającemu kompletnej dokumentacji projektowej do odbioru i zatwierdzenia, Zamawiający dokona jej sprawdzenia w ciągu 14 dni roboczych. Jeżeli w toku czynności odbioru zostaną stwierdzone istotne wady dokumentacji, to zostanie ona zwrócona Wykonawcy w celu uzupełnienia lub poprawy. Termin 14 dni roboczych na ponowną akceptację dokumentacji projektowej biegnie od daty ponownego jej złożenia u Zamawiającego.*

*8. Wykonawca dokona ewentualnego poprawienia zwróconej dokumentacji projektowej w terminie 10 dni roboczych od daty przekazania protokołu z uwagami. Protokół zdawczo-odbiorczy z istotnymi uwagami nie stanowi podstawy do wystawienia faktury.*

*& 4 pkt. 2 Odbiór robót pkt.*

*2. Za termin wykonania przedmiotu umowy strony uznają:*

*a) w zakresie dokumentacji projektowej – termin opracowania i przekazania Zamawiającemu protokołem zdawczo-odbiorczym bez istotnych uwag, kompletnej dokumentacji wraz z uzyskaniem decyzji o pozwoleniu na budowę bądź skutecznym zgłoszeniu robót;*

*b) w zakresie robót budowlanych – termin podpisania protokołu odbioru końcowego robót i uzyskania ostatecznej decyzji o pozwoleniu na użytkowanie ostatniego etapu (pod warunkiem iż poprzednie etapy zostały już wykonane i przekazane do użytkowania na podstawie częściowych decyzji na użytkowanie); w zakresie nadzoru autorskiego – termin*

*uzyskania ostatecznej decyzji o pozwoleniu na użytkowanie*

*14. Z czynności odbioru sporządza się protokół, który powinien zawierać ustalenia poczynione w toku odbioru. Jeżeli w toku czynności odbiorowych zostanie stwierdzone, że przedmiot odbioru nie osiągnął gotowości do odbioru z powodu nie zakończenia robót lub ich wykonania z wadami istotnymi (czyniącymi przedmiot zamówienia niezdatnymi do zwykłego użytkowania), Zamawiający odmówi odbioru z winy Wykonawcy.*

*15. Odbiór uważa się za dokonany w przypadku podpisania przez Zamawiającego protokołu odbioru końcowego bez wad istotnych. Data podpisania protokołu odbioru końcowego przez Zamawiającego jest datą zakończenia realizacji przedmiotu zamówienia. Jeżeli w toku czynności odbiorowych zostaną stwierdzone wady to Zamawiającemu przysługują następujące uprawnienia:*

*1) jeżeli wady nadają się do usunięcia to:*

*a) jeżeli wady nie są istotne i nie uniemożliwiają użytkowania przedmiotu odbioru zgodnie z przeznaczeniem, Zamawiający dokona odbioru końcowego oraz zostanie sporządzony protokół zawierający listę usterek lub niezgodności, w którym zostaną wskazane usterki lub niezgodności do usunięcia w terminie uzgodnionym przez strony.*

*b) jeżeli wady są istotne na tyle, że uniemożliwiają użytkowanie zgodnie przeznaczeniem Zamawiający może odmówić odbioru do czasu usunięcia wad, wyznaczając termin ich usunięcia;*

*2) jeżeli wady nie nadają się do usunięcia, albo gdy z okoliczności wynika, że Wykonawca nie zdoła ich usunąć w odpowiednim czasie to:*

*a) jeżeli wady nie są istotne i nie uniemożliwiają użytkowania przedmiotu odbioru zgodnie z przeznaczeniem, Zamawiający może obniżyć odpowiednio wynagrodzenie potwierdzając ten fakt pisemną informacją przekazaną Wykonawcy,*

*b) jeżeli wady są istotne na tyle, że uniemożliwiają użytkowanie zgodnie z przeznaczeniem, Zamawiający może odstąpić od umowy lub żądać wykonania przedmiotu umowy po raz drugi.*

*V. Art. 139 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 5 i 353(!) kodeksu cywilnego w zw. z art. 473 § 1 kodeksu cywilnego w zw. z art. 483 kodeksu cywilnego w zw. z art. 484 § 2 kodeksu cywilnego w zw. z art. 7. Ust. 1 ustawy Pzp poprzez zastrzeżenie przez Zamawiającego w ramach Umowy kar umownych za opóźnienie bez precyzyjnego określenia podstaw ich naliczania, jak również zastrzeżenie kar umownych o rażąco wygórowanej wysokości, bez przewidzenia jakiegokolwiek limitu;*

*Zamawiający dokonuje modyfikacji treści siwz poprzez wprowadzenie do umowy następujących zapisów:*

*& 9 Kry umowne*

*1. Zamawiający obciąży Wykonawcę karą umowną:*

*a) za odstąpienie od umowy przez którąkolwiek ze stron z przyczyn, za które ponosi odpowiedzialność Wykonawca – w wysokości 10% wartości brutto umowy,*

*b) za zwłokę w wykonaniu przedmiotu umowy dotyczy również wykonania projektu – w wysokości 0,1% wartości brutto umowy, za każdy dzień zwłoki,*

*c) za zwłokę w usunięciu wad stwierdzonych w okresie gwarancji i rękojmi – w wysokości 0,05% wartości brutto umowy, za każdy dzień zwłoki, liczony od dnia wyznaczonego na usunięcie wad,*

*d) z tytułu braku zapłaty lub nieterminowej zapłaty wynagrodzenia należnego Podwykonawcom lub dalszym Podwykonawcom – w wysokości 0,2% wartości brutto umowy podwykonawczej za każdy dzień zwłoki w zapłacie,*

*e) w przypadku nieprzedłożenia do zaakceptowania projektu umowy o podwykonawstwo, której przedmiotem są roboty budowlane, lub projektu jej zmiany – w wysokości 0,05% wartości brutto danej umowy podwykonawczej za każdy dzień zwłoki,*

*f) w przypadku nieprzedłożenia poświadczonej za zgodność z oryginałem kopii umowy o podwykonawstwo lub jej zmiany – w wysokości 0,05% wartości brutto danej umowy za każdy dzień zwłoki,*

*g) w przypadku braku zmiany umowy o podwykonawstwo w zakresie terminu zapłaty, o którym mowa w § 8 ust. 14 – w wysokości 0,05% wartości brutto danej umowy podwykonawczej za każdy dzień zwłoki w dokonaniu zaleconej przez Zamawiającego zmiany;*

*h) w przypadku stwierdzenia przez Zamawiającego nieprawidłowości dotyczących zatrudniania przez Wykonawcę lub Podwykonawcę na podstawie umowy o pracę osób wykonujących czynności, o których mowa w § 3 pkt 7 umowy – w wysokości 1000,00 zł za każdą stwierdzoną nieprawidłowość dotyczącą zarówno udokumentowania, jak i faktu zatrudnienia tych osób.*

*i) ustalenie w ramach umowy limitu kar na poziomie 10% wynagrodzenia umownego brutto – Jednocześnie Zamawiający nie wyraża zgody na wprowadzenie zapisów w ramach których dokona ograniczenia limitu kar na poziomie 10%. Uwzględnienie limitu spowoduje że Zamawiający w przypadku istotnych naruszeń postanowień umowy będzie ograniczony w egzekwowaniu należytego wykonania umowy przez Wykonawcę co w konsekwencji doprowadzić może do powstania rażących strat po stronie Zamawiającego z winy Wykonawcy.*

*Wyliczona kara do wysokości 10% wartości umowy utraci walor kary umownej i przestanie*

*spełniać funkcje ujęte w aktualnym orzecznictwie tj. funkcja stymulująca wykonanie zobowiązania , funkcja represyjna w postaci sankcji niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania oraz funkcja kompensacyjna polegająca na naprawieniu szkody jeżeli Zamawiający ją poniósł choć bez konieczności precyzyjnego wyliczenia wysokości. W sytuacji naliczenia kar nie należy również pominąć art. 484 par 2 k.c. który może znaleźć zastosowanie zawsze wówczas gdy w świetle oceny określonego stanu faktycznego można mówić o tym, że kara umowna w zastrzeżonej wysokości jawi się jako nieadekwatna, tym samym istnieje możliwość jej miarkowania.*

*VI. Art. 139 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art.5 i 353(1) kodeksu cywilnego w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 143 c ust. 7 ustawy Pzp w zw. z art. 145 ust. 1 ustawy Pzp poprzez przyznanie Zamawiającemu w ramach S 12 ust. 4 Umowy prawa do odstąpienia od umowy w przypadkach niedookreślonych, błahych, czy nie mających wpływu na możliwość wykonania inwestycji, bez względu na skalę naruszeń i zawinienie po stronie wykonawcy, co prowadzi do niestabilności stosunku zobowiązaniowego i w konsekwencji nakłada na Wykonawcę zbyt duże ryzyka kontraktowe, niemożliwe do oszacowania przy uwzględnieniu uznaniowości wdrożenia przez Zamawiającego tego mechanizmu;*

*Zamawiający dokonuje modyfikacji treści siwz poprzez wprowadzenie do umowy następujących zapisów:*

*& 12 Odstąpienie od umowy*

*4. Zamawiający, niezależnie od okoliczności wskazanych w kodeksie cywilnym, może odstąpić od umowy w następujących przypadkach, z zastrzeżeniem, że skorzystanie z prawa do odstąpienia od umowy poprzedzone zostanie wezwaniem Wykonawcy do usunięcia zidentyfikowanych naruszeń z wyznaczeniem mu w tym celu dodatkowego terminu.*

*c. opóźnienia w realizacji prac, powstałego z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy, dłuższego niż 30 w stosunku do uzgodnionego harmonogramu, w sytuacji, w której całokształt okoliczności związanych z pracami wykonywanymi przez Wykonawcę wynika, że takie opóźnienie zagraża terminowości wykonania całego zamierzenia inwestycyjnego.*

*d. niewykonywania przez Wykonawcę prac zgodnie z istotnymi warunkami określonymi w umowie lub istotne zaniedbania zobowiązań umownych, wskazujące na zagrożenie prawidłowego wykonania całego zamierzenia inwestycyjnego,*

*e. zaniechania przez Wykonawcę realizacji umowy, a w szczególności przerywania prac z przyczyn przez niego zawinionych przez okres dłuższy niż 14 dni.*

*f. w przypadku przekroczenia terminu na wykonanie projektu z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy o okres dłuższy niż 30 dni, w sytuacji, w której z całokształtu okoliczności związanych z pracami wykonywanymi, przez Wykonawcę wynika, że takie opóźnienie*

*zagroza terminowości wykonania całego zamierzenia inwestycyjnego.*

*VII. Art. 139 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 5 i 353(1) kodeksu cywilnego w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 143b ust. 5 i ust. 8 ustawy Pzp w zw. z art. 6471 S4 kc poprzez wyznaczenie Wykonawcy zbyt krótkiego czasu na przekazanie Zamawiającemu zawartych umów podwykonawczych, znacząco skracające terminy ustawowe, co prowadzi do niczym nieuzasadnionego zwiększenia ryzyka Wykonawcy i ukształtowania jego odpowiedzialności w sposób sprzeczny z przepisami prawa.*

*Zamawiający dokonuje modyfikacji treści siwz poprzez wprowadzenie do umowy następujących zapisów:*

*& 8 Podwykonawcy*

*10. Wykonawca, Podwykonawca lub dalszy Podwykonawca zamówienia na roboty budowlane przedkłada Zamawiającemu poświadczoną za zgodność z oryginałem kopię zawartej umowy o podwykonawstwo, której przedmiotem są roboty budowlane, w terminie 7 dni od dnia jej zawarcia.*

*13. Wykonawca, Podwykonawca lub dalszy Podwykonawca zamówienia na roboty budowlane przedkłada Zamawiającemu poświadczoną za zgodność z oryginałem kopię zawartej umowy o podwykonawstwo, której przedmiotem są dostawy lub usługi, w terminie 7 dni od dnia jej zawarcia, z wyłączeniem umów o podwykonawstwo o wartości mniejszej niż 0,5% wartości brutto umowy, wskazanej w § 2 ust. 1 niniejszej umowy oraz umów, które dotyczą dostaw materiałów budowlanych i usług pomocniczych w stosunku do wykonywanych robót budowlanych (np. transport, ubezpieczenie itp.). Wyłączenie to nie dotyczy umów o podwykonawstwo o wartości większej niż 50 000 zł.*

21 października 2020 r. wpłynęło do Izby pismo Odwołującego, w którym oświadczył, że w związku z odpowiedzią na odwołanie z 26 października 2020 r., w której Zamawiający wskazał, że uwzględnia odwołanie w części, precyzując zakres uwzględnienia i sposób realizacji żądań odwołania, wycofuje odwołanie w zakresie nieuwzględnionym przez Zamawiającego oraz wnosi na podstawie art. 186 ust. 6 pkt 1 pzp w zw. z art. 186 ust. 3a pzp o umorzenie postępowania odwoławczego i wzajemne zniesienie jego kosztów.

**W tych okolicznościach Izba zważyła, co następuje:**

Skuteczne skorzystanie przez którąkolwiek ze stron postępowania odwoławczego z przysługującej jej tzw. czynności dyspozytywnej (czyli uwzględnienia w całości zarzutów odwołania przez zamawiającego lub cofnięcia odwołania przez odwołującego, względnie

częściowe uznanie zarzutów odwołania przez zamawiającego przy jednoczesnym wycofaniu pozostałych zarzutów przez odwołującego) powoduje zakończenie postępowania odwoławczego bez merytorycznego rozpoznania zarzutów odwołania.

Zgodnie z art. 186 ust. 3a ustawy pzp w przypadku uwzględnienia przez zamawiającego części zarzutów przedstawionych w odwołaniu i wycofania pozostałych zarzutów przez odwołującego, Izba może umorzyć postępowanie na posiedzeniu niejawnym bez obecności stron oraz uczestników postępowania odwoławczego, którzy przystąpili do postępowania po stronie wykonawcy, pod warunkiem że w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego nie przystąpił w terminie żaden wykonawca albo wykonawca, który przystąpił po stronie zamawiającego nie wniósł sprzeciwu wobec uwzględnienia części zarzutów. W takim przypadku zamawiający wykonuje, powtarza lub unieważnia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu w zakresie uwzględnionych zarzutów.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie w sposób niebudzący wątpliwości wyraził wolę uwzględnienia w części zarzutów przedstawionych w odwołaniu, a Odwołujący wycofał w pozostałym zakresie odwołanie, jednocześnie po stronie Zamawiającego nie przystąpił żaden wykonawca.

Ponadto Izba zważyła, że dla wywarcia skutku w postaci umorzenia postępowania odwoławczego w tej sprawie konieczne i wystarczające jest uwzględnienie przez Zamawiającego zarzutów zawartych w odwołaniu. Natomiast dalsze czynności, które Zamawiający podejmuje w celu uczynienia zadość żądaniom odwołania, pozostają poza oceną Izby w ramach ustalenia zaistnienia przesłanki umorzenia postępowania odwoławczego.

Wobec powyższego Izba – działając na podstawie art. 186 ust. 3a w zw. z art. 192 ust. 1 zd. 2 ustawy pzp – umorzyła postępowanie odwoławcze na posiedzeniu niejawnym bez udziału Stron i Przystępujących.

Orzekając o kosztach postępowania odwoławczego Izba uwzględniła, że ponieważ uwzględnienie zarzutów odwołania nastąpiło przed otwarciem posiedzenia, z mocy art. 186 ust. 6 pkt 1 ustawy pzp koszty te znoszą się wzajemnie, jednocześnie nakazując dokonanie na rzecz Odwołującego zwrotu kwoty uiszczonej tytułem wpisu, zgodnie z § 5 ust. 1 pkt 2 lit. a rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 972).