

Sygn. akt: KIO 3522/20, KIO 3527/20

POSTANOWIENIE

z dnia 26 stycznia 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Luiza Łamejko

Anna Kuszel-Kowalczyk

Jan Kuzawiński

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron w dniu 26 stycznia 2021 r. w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej:

- A. w dniu 30 grudnia 2020 r. przez Strabag Sp. z o.o., ul. Parzniewska 10, 05-800 Pruszków,**
- B. w dniu 30 grudnia 2020 r. przez Skanska S.A., Al. Solidarności 173, 00-877 Warszawa**

w postępowaniu prowadzonym przez **Szkołę Główną Gospodarstwa Wiejskiego w Warszawie, ul. Nowoursynowska 166, 02-787 Warszawa**

przy udziale:

- A. Skanska S.A., Al. Solidarności 173, 00-877 Warszawa** zgłaszającej przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 3522/20 po stronie odwołującego
- B. Strabag Sp. z o.o., ul. Parzniewska 10, 05-800 Pruszków** zgłaszającej przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 3527/20 po stronie odwołującego

postanawia:

- 1. umorzyć postępowanie odwoławcze,**
- 2. nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz wykonawcy Strabag Sp. z o.o., ul. Parzniewska 10, 05-800 Pruszków i wykonawcy Skanska S.A., Al. Solidarności 173, 00-877 Warszawa kwoty**

40 000 zł 00 gr (słownie: czterdzieści tysięcy złotych zero groszy) stanowiącej uiszczony wpis od odwołań, w tym:

- 2.1. kwoty **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) na rzecz **Strabag Sp. z o.o., ul. Parzniewska 10, 05-800 Pruszków,**
- 2.2. kwoty **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) na rzecz **Skanska S.A., Al. Solidarności 173, 00-877 Warszawa.**

Stosownie do art. 198a i art. 198b ust. 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 r. poz.1843) oraz art. 580 ust.1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 2019 ze zm.) w związku z art. 92 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Przepisy wprowadzające ustawę Prawo zamówień publicznych (Dz.U z 2019 r. poz. 2020 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 Warszawie.**

Przewodniczący :

.....

.....

Uzasadnienie

Szkoła Główna Gospodarstwa Wiejskiego w Warszawie (dalej: „Zamawiający”) prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Budowa obiektu laboratoryjno-dydaktycznego wraz z zapleczem technicznym, infrastrukturą towarzyszącą, przyłączami, ciągami komunikacyjnymi i zagospodarowaniem terenu na potrzeby Innowacyjnego Centrum Nauk Żywnościowych”. Postępowanie to prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 1843), zwanej dalej: „ustawa Pzp”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 21 grudnia 2020 r. pod pozycją 2020/S 248-616043.

W dniu 30 grudnia 2020 r. wykonawca Strabag Sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie (dalej: „Odwołujący Strabag”) wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie zarzucając Zamawiającemu:

1. naruszenie art. 7 ustawy Pzp, 14 ustawy Pzp i art. 139 ust. 2 ustawy Pzp w związku z art. 353¹ kc i art. 647 k.c. w zw. z art. 484 § 2 w zw. z art. 483 k.c. i art. 473 § 1 kc ze względu na:

(i) zastrzeżenie w § 10 ust. 1 lit. j) wzoru umowy kar umownych rażąco wygórowanych związanych z uchybieniami dotyczącymi przekroczenia terminu usunięcia wad odbiorowych oraz wad w okresie gwarancji i rękojmi - kara została ustalona w wysokości 0,2% wartości wynagrodzenia za każdy dzień opóźnienia podczas gdy znacznie poważniejsze uchybienie czyli niedotrzymanie terminu końcowego realizacji całego Przedmiotu Umowy jest zagrożone 10 krotnie niższą karą tj. 0,02% wartości wynagrodzenia za każdy dzień.

(ii) zastrzeżenie w § 10 ust. 1 lit. b), d), h) j), k), l), ł) wzoru umowy kary umownej za „opóźnienie” w wykonaniu określonych obowiązków umownych. Zapis taki może sugerować, że zamawiający będzie dążył do nałożenia kar umownych w każdym wypadku uchybienia terminowi nawet jeżeli niewykonanie zobowiązania umownego nastąpiło z przyczyn niezależnych od wykonawcy. Tak ogólna zmiana reguł odpowiedzialności jest sprzeczna z art. 473 § 1 kc, który wymaga sprecyzowania okoliczności, które pomimo braku winy wykonawcy skutkować będą naliczeniem kary umownej. Zmiana taka jest również nieproporcjonalna do przedmiotu zamówienia tj. nie zachodzą żadne szczególne okoliczności, które uzasadniałyby zmianę reguł odpowiedzialności.

2. naruszenie art. 143a ust. 2 ustawy Pzp w zw. z art. 139 ust. 2 ustawy Pzp i art. 7 ustawy Pzp poprzez:

(i) możliwość wstrzymania zgodnie z § 5 ust. 14 wzoru umowy zapłaty całości wynagrodzenia wykonawcy wynikającego z danej faktury w przypadku nie przekazania oświadczeń podwykonawców potwierdzających zapłatę wynagrodzenia na rzecz podwykonawców, w sytuacji gdy zgodnie z art. 143a ustawy Pzp możliwość wstrzymania zapłaty wynagrodzenia następuje tylko w odpowiedniej części to jest w zakresie, w którym nie przedstawiono dowodów zapłaty;

(ii) nieproporcjonalny wymóg zgodnie z § 5 ust. 14) wzoru umowy ograniczający dowody potwierdzające zapłatę wynagrodzenia na rzecz podwykonawców wyłącznie do oświadczeń podwykonawców podczas gdy zgodnie z art. 143a ustawy Pzp możliwe jest przedstawienie dowodów potwierdzających zapłatę bez ograniczania tych dowodów wyłącznie do oświadczeń podwykonawców.

3. naruszenie art. 7 ustawy Pzp, 14 ustawy Pzp i art. 139 ust. 2 ustawy Pzp w związku z art. 353¹ kc, art. 647 k.c., art. 652 kc w zw. z art. art. 473 § 1 kc poprzez zmianę w § 4 pkt II ust. 10 wzoru umowy reguł odpowiedzialności związanych z realizacją przedmiotu umowy wynikających z art. 471 kc opartych o zawinienie dłużnika (przyczyny za które dłużnik ponosi odpowiedzialność) na odpowiedzialność na zasadzie ryzyka w tym również odpowiedzialność za działanie siły wyższej i zdarzenia losowe. Tak ogólna zmiana reguł odpowiedzialności jest sprzeczna z art. 652 kc i art. 473 § 1 kc. Art. 652 kc ustanawia odpowiedzialność wykonawcy za szkody na placu budowy na zasadach ogólnych. Art. 473 § 1 kc wymaga sprecyzowania okoliczności, które pomimo braku winy wykonawcy skutkować będą odpowiedzialnością wykonawcy (dłużnika), zmiana taka jest również nieproporcjonalna do przedmiotu zamówienia, tj. nie zachodzą żadne szczególne okoliczności, które uzasadniałyby zmianę reguł odpowiedzialności.

4. naruszenie art. 7 ustawy Pzp, 14 ustawy Pzp i art. 139 ust. 2 ustawy Pzp w związku z art. 353¹ kc, art. 366 § 1 kc i art. 647 k.c. poprzez wprowadzenie w § 5 ust. 4 lit c) wzoru umowy wymogu solidarnej odpowiedzialności wykonawcy i podwykonawcy za realizację danej części Przedmiotu Zamówienia. Z istoty solidarności dłużników wynika, że wierzyciel (zamawiający) ma prawo domagać się spełnienia świadczenia od wybranego przez siebie dłużnika co oznacza, że zaproponowany przez Zamawiającego zapis umowy będzie umożliwiał Zamawiającemu domaganie się realizacji poszczególnych części przedmiotu zamówienia bezpośrednio przez poszczególnych podwykonawców z pominięciem wykonawcy, który ponosi odpowiedzialność za realizację całości przedmiotu zamówienia.

5. naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art.139 ustawy Pzp w zw. z art. 568 § 1 kc i art. 577 § 4 kc poprzez ustalenie w § 8 ust 3 wzoru Umowy, że okres rękojmi za wady i gwarancji jakości rozpoczyna swój bieg po dokonaniu bezusterkowego odbioru końcowego (od daty usunięcia wad stwierdzonych przy odbiorze końcowym przedmiotu umowy), podczas gdy Zamawiający odbierze przedmiot umowy i rozpocznie użytkowanie a zgodnie z kc rozpoczęcie okresu gwarancji i rękojmi jest powiązane z wydaniem (odborem) przedmiotu umowy.

Odwołujący Strabag wniósł o nakazanie Zamawiającemu zmiany treści załącznika nr 4 do SIWZ wzór umowy w następujący sposób:

Ad. II. 1 odwołania

Zmiana w § 10 ust. 1 wzoru umowy powinna wskazywać, że kary umowne są liczone za zwłokę a nie za opóźnienie - zamiana słowa „opóźnienie” na „zwłoka”. Kara umowna za nieterminowe usunięcie wad wskazanych w protokole odbioru końcowego lub zgłoszonych w okresie gwarancji i rękojmi nie powinna być wyższa niż kara za niedotrzymanie terminu końcowego.

Po uwzględnieniu zmiany treść SIWZ - wzoru umowy powinna być następująca:

§10 ust. 1

„b) za każdy rozpoczęty dzień zwłoki realizacji Przedmiotu Umowy w stosunku do terminu określonego w § 2 ust. 1 - w wysokości 0,02% wartości wynagrodzenia o którym mowa w § 3 ust. 1 umowy;

d) za zwłokę w przekazaniu dokumentów potwierdzających zatrudnienie osób wykonujących roboty wymienione w § 1 ust. 5 na podstawie umowy o pracę w wysokości 1000,00 złotych (słownie: jeden tysiąc złotych) za każdy dzień zwłoki.

h) za nieprzedłożenie kopii umowy o podwykonawstwo w terminie 7 dni od dnia jej zawarcia, w wysokości 1000,00 zł (słownie: jeden tysiąc złotych) za każdy dzień zwłoki.

j) za zwłokę w usunięciu stwierdzonych przy odbiorze lub w okresie rękojmi i gwarancji w stosunku do terminu wynikającego z protokołu spisane go przez Strony - kary w wysokości 0,02% wartości brutto określonej w § 3 ust. 1 umowy za każdy dzień zwłoki ich usunięcia, liczonego od daty określonej w protokole odbioru lub w protokole stwierdzenia wad i usterek.

k) za zwłokę w wykonaniu obowiązku, o którym mowa w § 7 ust. 6 w wysokości 10 000,00 zł (słownie: dziesięć tysięcy złotych) za każdy dzień zwłoki w przedstawieniu przedłużonego lub nowego zabezpieczenia należytego wykonania umowy.

l) za zwłokę w wykonaniu obowiązku, o którym mowa w § 14 ust. 4-6 w wysokości 5 000,00 zł (słownie: pięć tysięcy złotych) za każdy dzień zwłoki w przedstawieniu kopii polisy OC lub przedstawienia przedłużonej lub nowej polisy OC.

ł) za zwłokę w wykonaniu obowiązku, o którym mowa w § 5 ust. 13, w wysokości 500,00 zł (słownie: pięćset złotych) za każdy dzień zwłoki.”.

Ad. II.2 odwołania

Zmiany w § 5 ust. 14 umowy poprzez doprowadzenie zapisu umowy do zgodności z art. 143a ustawy Pzp poprzez umożliwienie wykonawcy przedłożenia dowodów potwierdzających zapłatę wynagrodzenia na rzecz podwykonawców bez ograniczenia wyłącznie do oświadczeń podwykonawców jak również ograniczenie uprawnienia Zamawiającego do powstrzymania się z zapłatą wynagrodzenia Wykonawcy jedynie w części w jakiej brakuje dowodów zapłaty a nie z całością wynagrodzenia wynikającego z danej faktury.

Po uwzględnieniu zmiany treść SIWZ - wzoru umowy powinna być następująca:

§ 5 ust. 14

„Wykonawca dołączy do faktury (od drugiej faktury) wystawionej Zamawiającemu oświadczenie podwykonawców lub inne dowody potwierdzające, że Wykonawca zapłacił na rzecz podwykonawców wymagalne wynagrodzenie za wykonane dotychczas prace na podstawie umów zawartych z podwykonawcami w trybie określonym powyżej. W razie braku przedstawienia przez Wykonawcę oświadczeń podwykonawców lub innych dowodów pomimo uprzedniego wystosowania przez Zamawiającego wezwania do przedstawienia oświadczeń podwykonawców lub innych dowodów w dodatkowym 3 - dniowym terminie, Zamawiający jest upoważniony do wstrzymania się z zapłatą wynagrodzenia Wykonawcy w części równej sumie kwot wynikających z nieprzedstawionych dowodów zapłaty do czasu wyjaśnienia zaistniałego problemu.”.

Ad. II.3 odwołania

Zamiana § 4 pkt II ust. 10 zdanie pierwsze i drugie wzoru umowy poprzez wyłączenie odpowiedzialności wykonawcy na zasadzie ryzyka a utrzymanie zwykłej odpowiedzialności na zasadzie winy oraz wyłączenie odpowiedzialności za uszkodzenie lub zniszczenie mienia z powodu siły wyższej lub wypadku losowego.

Po uwzględnieniu zmiany treść SIWZ - wzoru umowy § 4 pkt II ust. 10 zdanie pierwsze i drugie powinna być następująca:

„10. Wykonawca będzie realizował Umowę na własną odpowiedzialność i ponosi odpowiedzialność za szkody na placu budowy na zasadach ogólnych zgodnie z art. 652 kc. W razie uszkodzenia lub zniszczenia mienia na terenie robót w wyniku działania wykonawcy, podwykonawców, dostawców lub osób trzecich za które ponosi odpowiedzialność, Wykonawca zobowiązuje się do niezwłocznej naprawy tych uszkodzeń lub wymiany niszczonej przedmiotów na własny koszt. (...)”

Ad. II.4 odwołania

Zmiana § 5 ust. 4 lit. c) wzoru umowy poprzez jego wykreślenie, gdyż podwykonawcy nie powinni odpowiadać solidarnie z wykonawcą za realizację przedmiotu zamówienia.

Po uwzględnieniu zmiany treść SIWZ - wzoru umowy powinna być następująca:

§5 ust. 4 lit. c) „skreślony”.

Ad. II.5 odwołania

Zmiana § 8 ust. 3 wzoru umowy tak aby okres rękojmi i gwarancji był liczony od daty dokonania odbioru końcowego Przedmiotu Zamówienia a nie jak wskazano od odbioru ostatecznego (pojęcie takie nie występuje w § 6 umowy) i aby był liczony od daty podpisania protokołu odbioru a nie od daty usunięcia usterek odbiorowych.

Po uwzględnieniu zmiany treść SIWZ - wzoru umowy powinna być następująca:

§8 ust. 3 - „Termin rękojmi za wykonane roboty wynosi - 5 lat licząc od daty podpisania protokołu odbioru końcowego robót, o którym mowa w § 6 ust. 12 umowy”.

Przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego zgłosił wykonawca Skanska S.A.

W dniu 20 stycznia 2020 r. Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której oświadczył, że uwzględnia zarzut II.1 w całości, uwzględnia zarzut II.2 w całości, uwzględnia zarzut II.4 w całości. W pozostałym zakresie Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania.

W dniu 25 stycznia 2021 r. Odwołujący Strabag złożył oświadczenie, że w związku z odpowiedzią Zamawiającego na odwołanie i uwzględnieniem przez Zamawiającego części zarzutów, cofa odwołanie w pozostałym zakresie, tj. w zakresie zarzutów nieuwzględnionych. Odwołujący Strabag wniósł o umorzenie postępowania.

W dniu 30 grudnia 2020 r. wykonawca Skanska S.A. z siedzibą w Warszawie (dalej: „Odwołujący Skanska”) wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 7 w zw. z art. 29 ust. 1 ustawy Pzp, art. 31 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 14 ustawy Pzp w zw. z art. 5 kc w zw. z art 58 § 1 kc i art. 353¹ kc poprzez ukształtowanie warunków umowy o zamówienie publiczne w sposób sprzeczny z zasadą równowagi stron stosunku zobowiązaniowego, zasadami współzycia społecznego, przepisami kodeksu cywilnego, a tym samym w sposób naruszający naczelną zasadę prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji, polegające na:

a) dokonywaniu opisu przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny i niewyczerpujący, nie uwzględniający wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty, oraz

b) obarczeniu Wykonawcy niczym nie uzasadnionym i nie dającym się oszacować i wycenić w ofercie obowiązkiem zapewnienia bezpłatnych czynności gwarancyjnych i konserwacji w okresie gwarancji, przy jednoczesnym zaniechaniu dokonania opisu przedmiotu zamówienia w tym zakresie, oraz

c) zastrzeżeniu na rzecz Zamawiającego prawa do wstrzymania prowadzonych robót w przypadku kolizji robót z działalnością statutową Zamawiającego, przy jednoczesnym zaniechaniu skonstruowania w projekcie umowy postanowień chroniących uzasadniony interes Wykonawcy, przyznających mu uprawnienie do dokonania w takim przypadku odpowiedniej zmiany Umowy w zakresie ceny i terminu realizacji przedmiotu umowy, oraz

d) przeniesieniu całości ryzyka związanego z nieoszacowaniem niniejszego zakresu na Wykonawcę, w szczególności poprzez przerzucenie na Wykonawcę niezidentyfikowanych ryzyk, uzależnienie zakresu świadczeń Wykonawcy od zdarzeń od niego niezależnych, przyszłych i niepewnych, co narusza zasadę swobody umów wyrażoną w art. 353¹ kc, oraz

e) uniemożliwieniu Wykonawcom dokonania rzetelnej wyceny oferty, która powinna być dokonywana w oparciu o jednoznaczne i jednolicie interpretowane przez wszystkich Wykonawców dane i kryteria, pozwalające na przyjęcie przez wszystkich Wykonawców tych samych założeń przy budowie swoich ofert, a tym samym obliczenia ich ceny, która stanowi najistotniejsze kryterium wyboru ofert w niniejszym postępowaniu, tj. kryterium o wadze 60%. Czynności Zamawiającego należy zakwalifikować jako sprzeczne z bezwzględnie obowiązującymi przepisami prawa, są zatem w konsekwencji nieważne z mocy art. 58 § 1 kc.

2. Art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 14 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 139 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 471, 472, 483 § 1, art. 353(1) kc i art. 58 § 3 kc, art. 5 kc, poprzez ukształtowanie warunków umowy o zamówienie publiczne w sposób sprzeczny z zasadą równowagi stron stosunku zobowiązaniowego, zasadami współzycia społecznego,

przepisami kodeksu cywilnego, a tym samym w sposób naruszający naczelną zasadę prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji, polegający na:

a) wprowadzeniu przez Zamawiającego do wzoru Umowy zbyt represyjnych reguł odpowiedzialności Wykonawcy w zakresie kar umownych skonstruowanych jako kary za opóźnienie, a więc za niezawinione przez Wykonawcę okoliczności, niezależnie od tego, czy wykonawca będzie ponosił winę za niedotrzymanie terminów umownych, podczas gdy kara umowna jako instytucja prawa cywilnego (art. 484 kc) jest uzależniona od winy dłużnika (w tym przypadku Wykonawcy), przy jednoczesnym braku jakiegokolwiek racjonalnego i obiektywnego uzasadnienia dla przerzucania na Wykonawcę odpowiedzialności za skutki zdarzeń, na które nie ma on wpływu.

b) zastrzeżeniu na rzecz Zamawiającego prawa ograniczenia zakresu robót i zlecenia wykonania zastępczego, a nawet odstąpienia od Umowy, na wypadek przekroczenia przez Wykonawcę jakiegokolwiek terminu umownego, czyli także niezależnie od winy Wykonawcy, podczas gdy tak daleko idąca sankcja powinna mieć zastosowanie wyłącznie w przypadku zawinionego opóźnienia, czyli zwłoki Wykonawcy w wykonaniu zamówienia.

c) zastrzeżeniu kary umownej za każdy dzień opóźnienia w usunięciu usterek stwierdzonych przy odbiorze lub w okresie rękojmi lub gwarancji w wysokości dziesięciokrotności kary umownej za każdy dzień przekroczenia terminu wykonania Przedmiotu Umowy, co stanowi karę rażąco wygórowaną, nie występującą w obrocie, sprzeczną z powszechnie stosowaną praktyką rynkową, będącą przejawem nadużywania przez Zamawiającego jego dominującej pozycji.

Odwołujący wniósł o:

1) uwzględnienie Odwołania w całości oraz nakazanie Zamawiającemu dokonania zmian w treści:

a) § 4 Warunki realizacji pkt. II Obowiązki Wykonawcy ust. 34 Umowy, w ten sposób, że otrzyma nowe, następujące brzmienie:

„Wykonawca ma obowiązek wykonywać roboty zgodnie z harmonogramem rzeczowo-finansowym stanowiącym załącznik nr 9 do niniejszej umowy, w szczególności dotrzymać ustalonych w harmonogramie terminów. W przypadku zwłoki Wykonawcy wobec któregośkolwiek z kluczowych terminów wskazanych w Umowie o więcej niż 30 dni, Zamawiający będzie miał prawo powierzyć wykonanie prac, których zwłoka dotyczy, innemu lub innym wykonawcom na koszt Wykonawcy (wykonanie zastępcze). W takim przypadku Zamawiający obciąży Wykonawcę kosztami wykonania zastępczego. Zamawiający może

potrącić koszty wykonania zastępczego z wszelkimi wierzytelnościami Wykonawcy oraz/lub pokrycie je z zabezpieczeń finansowych.”

b) § 8 ust. 4 Umowy poprzez jego wykreślenie lub alternatywnie o nakazanie Zamawiającemu ograniczenia zakresu wymaganego obowiązku dokonywania przeglądów gwarancyjnych i niezbędnej konserwacji wyłącznie do Urzędzeń i wyłącznie w zakresie oraz w okresie wymaganym gwarancją producenta danego Urzędzenia, a także nakazanie Zamawiającemu zawarcia w opisie przedmiotu zamówienia szczegółowych informacji i wszelkich danych niezbędnych do wyceny ww. zobowiązania Wykonawcy, w szczególności informacji dotyczących szczegółowego opisu zakresu wymaganych obowiązków gwarancyjnych Wykonawcy oraz sposobu i warunków korzystania przez Zamawiającego z Urzędzeń w okresie gwarancji, w zakresie umożliwiającym Oferentom sporządzenie prawidłowej wyceny kosztów przeglądów gwarancyjnych i niezbędnej konserwacji w zakresie Urzędzeń w okresie wymaganym w gwarancji producenta

c) § 10 ust. 1 lit. b), d), j), k), l) i ł) Umowy w ten sposób, aby z ich brzmienia wynikało, że kary umowne przewidziane w treści tych postanowień naliczane będą za każdy dzień zwłoki, a nie za każdy dzień opóźnienia

d) § 10 ust 1 lit. j) Umowy w ten sposób, aby wysokość kary umownej naliczanej za każdy dzień zwłoki została określona wysokości nie przekraczającej kary umownej za każdy dzień zwłoki w realizacji Przedmiotu Umowy, tj. w wysokości nie przekraczającej 0,02% wynagrodzenia określonego w § 3 ust 1 Umowy

e) § 10 ust. 2 Umowy w ten sposób, że otrzyma on nowe, następujące brzmienie:

„W razie zwłoki Wykonawcy w wykonaniu przedmiotu umowy względem terminu, o którym mowa w§2 ust 1 Umowy, Zamawiający może wezwać pisemnie Wykonawcę do spełnienia świadczenia w terminie nie krótszym niż 14 dni od dnia wezwania. Po bezskutecznym upływie tego terminu Zamawiający ma prawo odstąpić od umowy w terminie 60 dni.”

f) § 11 ust. 4 lit. e) Umowy w ten sposób, że otrzyma on nowe, następujące brzmienie:

„Wykonawca jest w zwłoce z wykonywaniem robót tak dalece, iż wykonanie Umowy w terminie przewidzianym niniejszą Umową będzie niemożliwe lub istotnie zagrożone,”

g) § 18 ust. 1 Umowy w ten sposób, że jego dotychczasowa treść otrzyma nowe, następujące brzmienie:

„Zamawiający zastrzega sobie prawo częściowego lub całkowitego wstrzymania prowadzonych robót na czas określony w przypadku kolizji robót z działalnością statutową Zamawiającego. Skutki ewentualnych opóźnień w realizacji przedmiotu umowy związanych ze wstrzymaniem robót przez Zamawiającego nie obciążają Wykonawcy. W przypadku

wstrzymania robót przez Zamawiającego, termin wykonania przedmiotu umowy oraz terminy pośrednie określone w harmonogramie rzeczowo-finansowym ulegną stosownemu przedłużeniu, co najmniej o ilość dni, w których roboty były wstrzymane, a Wykonawca będzie uprawniony do zwrotu kosztów wydłużonej realizacji robót.”,

oraz

2) zasądzenie kosztów postępowania odwoławczego.

Przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego zgłosił wykonawca Strabag Sp. z o.o.

W dniu 20 stycznia 2020 r. Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której oświadczył, że uwzględni zarzuty w zakresie:

- a. §4 pkt II ust. 34 wzoru umowy w części dotyczącej „przekroczenia terminów”;
- b. §10 ust. 1 lit. b, d, j, k, l, ł) wzoru umowy w części dotyczącej „opóźnienia”;
- c. §10 ust. 1 lit. j) wzoru umowy w części dotyczącej wysokości kary;
- d. §10 ust. 2 wzoru umowy w części dotyczącej nie zrealizowania robót w terminie;
- e. §18 ust. 1 wzoru umowy.

W pozostałym zakresie Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania.

W dniu 25 stycznia 2021 r. Odwołujący Skanska złożył oświadczenie, że w związku z uwzględnieniem przez Zamawiającego większości zarzutów i wniosków Odwołującego Skanska w treści odpowiedzi na odwołanie z dnia 20 stycznia 2021 r. oraz w treści modyfikacji SIWZ z dnia 18 stycznia 2021 r., cofa odwołanie co do pozostałej części zarzutów i wniosków odwołania, które nie zostały uwzględnione przez Zamawiającego, tj.

- zawarty w pkt. II ust. 1 odwołania zarzut naruszenia art. 7 w zw. z art. 29 ust. 1 ustawy Pzp, art. 31 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 14 ustawy Pzp w zw. z art. 5 kc w zw. z art 58 § 1 kc i art. 353¹ kc - w części, w jakiej Zamawiający nie uwzględnił tego zarzutu i wniosków Odwołującego sformułowanych w pkt. III pkt. 1) lit. b) odwołania;
- zawarty w pkt. II ust. 2 odwołania zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 14 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 139 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 471, 472, 483 § 1, art. 353(1) kc i art. 58 § 3 kc, art. 5 kc, - w części, w jakiej Zamawiający nie uwzględnił tego zarzutu i wniosków Odwołującego sformułowanych w pkt. III pkt. 1) lit. f) odwołania.

Odwołujący Skanska wniósł o umorzenie postępowania odwoławczego.

Mając powyższe na uwadze, na podstawie art. 192 ust. 1 zdanie drugie ustawy Pzp w zw. z art. 186 ust. 3a ustawy Pzp, orzeczono jak w sentencji.

Orzekając o kosztach postępowania Izba wzięła pod uwagę treść art. 186 ust. 6 pkt 1 ustawy Pzp oraz § 5 ust. 1 pkt 2 lit. a 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. z 2018 r., poz. 972).

Przewodniczący :

.....

.....