Sygn. akt KIO 3461/20
Sygn. akt KIO 3463/20

POSTANOWIENIE
z dnia 22 stycznia 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Agata Mikołajczyk

po rozpoznaniu w Warszawie na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron w dniu 22 stycznia 2021r. odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 28 grudnia 2020r. przez odwołujących:
1)**STRABAG sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie** (ul. Parzniewska 10 05-800 Pruszków);
2)**Skanska S.A. z siedzibą w Warszawie** (Aleja Solidarności 173, 00-877 Warszawa)
w postępowaniu prowadzonym przez: **Szkoła Główna Handlowa w Warszawie (**Aleja Niepodległości 162, 02-554 Warszawa),
–wykonawcy zgłaszający przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego:
A. w sprawie o sygn. akt KIO 3461/20: **Budimex S.A. z siedzibą w Warszawie** (ul. Siedmiogrodzka 9, 01-204 Warszawa) oraz **Skanska S.A. z siedzibą w Warszawie** (Aleja Solidarności 173, 00-877 Warszawa);
B . w sprawie o sygn. akt KIO 3463/20: **Budimex S.A. z siedzibą w Warszawie** (ul. Siedmiogrodzka 9, 01-204 Warszawa) oraz **STRABAG sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie** (ul. Parzniewska 10 05-800 Pruszków);

postanawia:

Umarza postępowania odwoławcze w sprawach o sygn. akt: KIO 3461/20 oraz o sygn. akt: KIO 3463/20;
Nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz odwołujących:
2.1.**STRABAG sp. z o.oz siedzibą w Pruszkowie** (ul. Parzniewska 10 05-800 Pruszków) kwoty **15.000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych, zero groszy);
2.2.**Skanska S.A. z siedzibą w Warszawie** (Aleja Solidarności 173, 00-877 Warszawa) kwoty **15.000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych, zero groszy);
- stanowiących kwoty uiszczone przez odwołujących tytułem wpisu od odwołania.
Stosownie do art. 198a ust. 1 i 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 ze zm.) 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) na niniejsze postanowienie – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej **do Sądu Okręgowego w Warszawie**.

……

Sygn. akt KIO 3461/20
Sygn. akt KIO 3463/20

Uzasadnienie

Odwołania zostały wniesione w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 1843.), [ustawa Pzp lub Pzp] przez zamawiającego: Szkoła Główna Handlowa w Warszawie, którego przedmiotem jest: „Budowa budynku dydaktyczno-administracyjnego pn. „Centrum Przestrzeni Innowacyjnej" przy ul. Batorego 8 w Warszawie". Numer referencyjny: ADZP.25.36.2020. Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Dz. Urz. UE w dniu 18 grudnia 2020 r. pod numerem 2020/S 247-609746. Wykonawca STRABAG sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie (sygn. akt KIO 3461/20) oraz wykonawca Skanska S.A. z siedzibą w Warszawie (sygn. akt KIO 3463/20) podnieśli w odwołaniach zarzuty wobec postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Sygn. akt KIO 3461/20

Odwołujący STRABAG sp. z o.o. zarzucił Zamawiającemu w punkcie II odwołania:
1.art. 7 ust. 1 pzp w zw. z art. 139 pzp w zw. z art. 647 kc poprzez przyznanie Zamawiającemu w 515 ust. 4, 5 i 8 oraz w SI ust. 55 wzoru Umowy prawa do odmowy dokonania odbioru końcowego a w konsekwencji do odmowy zapłaty wynagrodzenia w każdym wypadku wystąpienia wad nawet jeżeli wady mają charakter nieistotny. Zgodnie z art. 647 kc inwestor (Zamawiający) ma obwiązek dokonania odbioru i może uchylić się od tego obowiązku tylko w przypadku, gdy przedmiot umowy obarczony jest wadami istotnymi. W przypadku wystąpienia wad nieistotnych inwestor (zamawiający) jest obowiązany dokonać odbioru końcowego.
2.art. 7 ust. 1 pzp w zw. z art. 147 ust. 1 pzp, art. 148 ust. 1 pzp w zw. z art. 139 pzp w zw. z art. 647 kc, art. 654 kc poprzez wstrzymanie zapłaty wynagrodzenia wykonawcy jako formy zabezpieczenia należytego wykonania umowy. Zamawiający we wzorze umowy w S 13 ust. 7 uzależnił wystawienie faktury i dokonanie zapłaty za fakturę końcową od usunięcia wszystkich Wad. Takie sformułowanie zapisów wzoru umowy oznacza, Ze zamawiający traktuje wstrzymanie płatności wynagrodzenia wykonawcy jako środek zabezpieczający należyte wykonanie umowy a także usunięcie wszystkich Wad. W art. 147 ust. 1 pzp i art. 148 ust. 1 pzp ustawodawca nie przewidział wstrzymania płatności wykonawcy jako formy zabezpieczenia należytego wykonania umowy.
3.art. 14 pzp i art. 139 ust 2 pzp w związku z art. 353 1 kc i art. 647 k.c. w zw. z art. 484 S 2 w zw. z art. 483 k.c. i art. 473 S 1 kc ze względu na:
(i) Zastrzeżenie w 518 ust. 1, 3 i 4 wzoru umowy kar umownych rażąco wygórowanych związanych z niedotrzymaniem terminu wykonania przedmiotu umowy, terminów pośrednich lub terminu usunięcia wad, co stanowi także naruszenie art. 483 k.c. w zw. art. 353 1 k.c. oraz w zw. z art. 58 k.c. w zw. z art. 14 oraz w zw. art. 139 ust. 1 PZP poprzez ustanowienie obowiązku zapłaty kary umownej z pominięciem zasad odpowiedzialności dłużnika za niewykonanie lub nienależyte wykonanie umowy, tj. z pominięciem przesłanki winy dłużnika a także naruszenie art. 353 1 k.c. oraz art. 58 k.c. w zw. z art. 5 k.c. w zw. z art. 14 PZP oraz w zw. art. 139 ust. 1 PZP oraz art. 36 ust. 1 pkt 16 PZP poprzez wykorzystanie pozycji dominującej organizatora przetargu rażące uprzywilejowanie w treści projektu umowy pozycji Zamawiającego, wbrew zasadom współżycia społecznego i właściwości stosunku prawnego, w sposób stanowiący nadużycie prawa.
(ii) Zastrzeżenie w § 18 ust. 1, 3, 4, 5 a), c), d), e), f), o) 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 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, co stanowi także naruszenie art. 483 k.c. w zw. art. 3531 k.c. oraz w zw. z art. 58 k.c. w zw. z art. 14 oraz w zw. art. 139 ust. 1 PZP poprzez ustanowienie obowiązku zapłaty kary umownej z pominięciem zasad odpowiedzialności dłużnika za niewykonanie lub nienależyte wykonanie umowy, tj. z pominięciem przesłanki winy dłużnika a także naruszenie art. 353 1 k.c. oraz art. 58 k.c. w zw. z art. 5 k.c. w zw. z art. 14 PZP oraz w zw. art. 139 ust. 1 PZP oraz art. 36 ust. 1 pkt 16 PZP poprzez wykorzystanie pozycji dominującej organizatora przetargu i rażące uprzywilejowanie w treści projektu umowy pozycji Zamawiającego, wbrew zasadom współżycia społecznego i właściwości stosunku prawnego, w sposób stanowiący nadużycie prawa.

Mając na uwadze powyższe zarzuty Odwołujący Strabag wniósł (w punkcie III odwołania) o nakazanie Zamawiającemu zmiany treści SIWZ tj. załącznika do SIWZ wzór umowy w następujący sposób:

Ad. II. 1 powyżej

a)*„Zmiana § 1 pkt. 55) projektu umowy poprzez ograniczenie zakresu definicji pojęcia Usterki I Grupy (a tym samym ograniczenie prawa zamawiającego do odmowy odbioru jednie do przypadku wad istotnych zgodnie z obowiązującymi przepisami oraz jednolitą linią orzeczniczą) w celu dostosowania jego znaczenia do tożsamego, wykształconego w judykaturze pojęcia wady istotnej poprzez wykreślenie z pkt. d) fragmentu „jest uciążliwe dla funkcjonowania inwestycji" oraz dodanie w pkt. d), e) i f) sformułowania „istotny' lub „istotnych*" (…) w sposób opisany w tej części żądania i wskazując na nowe brzmienie *§ 1 pkt. 55)* po uwzględnieniu żądanych zmian;

b)*„Zmiana §15 ust. 5, 6 i 8 poprzez ograniczenie prawa zamawiającego do odmowy dokonania odbioru końcowego tylko do przypadku wystąpienia wad istotnych usuwalnych a w przypadku wad nieistotnych usuwalnych do dokonania odbioru końcowego z jednoczesnym sporządzeniem listy wad odbiorowych i terminem ich usunięcia poprzez zamianę pojęcia „Wady" pojęciem „Usterki I Grupy" lub „Usterki II Grupy", w ust. 5 spójnika „lub" na „i' oraz w ust.6 wykreślenia sformułowania „oraz do wykonania pozostałych prac*" (…) w sposób opisany w tej części żądania i wskazując na nowe brzmienie *§15 ust. 5, 6 i 8*) po uwzględnieniu żądanych zmian;

Ad. II.2 powyżej

„Zmiana § 13 ust. 7 wzoru umowy poprzez umożliwienie Wykonawcy złożenia faktury końcowej oraz otrzymanie zapłaty wynagrodzenia określonego w fakturze w przypadku dokonania odbioru końcowego bez wad istotnych to jest Wykonawca powinien mieć możliwość zafakturowania wykonanych robót i otrzymania wynagrodzenia gdy wykonywane roboty budowlane nie są obarczone wadami istotnymi — poprzez wykreślenie z ust.7 sformułowania „i potwierdzeniu przez Strony usunięcia wszystkich Wad stwierdzonych w toku Odbioru Końcowego". Wskazał na nowe brzmienie § 13 ust. 7 po jego zmianie.

Ad. II.3 powyżej

Zmiana § 18 ust. 1, 3, 4, 5 a), c), d), e), f), o) wzoru umowy poprzez zmianę wysokości kar rażąco wygórowanych oraz zmianę sformułowania „opóźnienia" na zwłoki". Wskazał na nowe brzmienie tych postanowień po zmianie.

Stwierdził ponadto, że *„Odwołujący posiada interes we wniesieniu odwołania. Odwołujący, jest podmiotem profesjonalnie działającym na rynku budowlanym, w tym w sektorze inwestycji realizowanych w trybie Ustawy PZP. Zapisy zawarte w SIWZ a w szczególności wzorze umowy będącym załącznikiem do SIWZ są niezgodne z pzp i kc. Formułując zapisy wzoru umowy Zamawiający ogranicza prawo wykonawcy do otrzymania należnego wynagrodzenia, w sposób niezgodny z kc wprowadza odbiór bezusterkowy. Zamawiający w sposób wadliwy zastrzega kary umowne. Z uwagi na powyższe, skoro treść SIWZ i wzoru umowy ogłoszenia o zamówieniu narusza zasady Prawa zamówień publicznych oraz kc, Odwołujący ma interes prawny w złożeniu odwołania, jako że chciałby mieć możliwość złożenia najkorzystniejszej oferty w niniejszym postępowaniu i zawrzeć prawidłową i zgodną z powszechnie obowiązującymi przepisami umowę z Zamawiającym, zrealizować przedmiot zamówienia a następnie otrzymać należne wynagrodzenie.*(…) *Interes w uzyskaniu danego zamówienia występuje również, gdy następstwem uzyskania zamówienia w postaci zawarcia umowy, jest jej realizacja ze skutkami wynikającymi na etapie, na którym nie już ma możliwości kwestionowania postanowień wzoru umowy stanowiącego część składową SIWZ. Dla uznania interesu danego Wykonawcy wystarczająca jest jedynie deklaracja, że jest zainteresowany uzyskaniem tego zamówienia i tego faktu nie ma obowiązku udowodnić. Na tym etapie postępowania interes wykonawcy jest interesem faktycznym w szerokim tego słowa znaczeniu."*

Sygn. akt KIO 3463/20

Odwołujący Skanska S.A. zarzucił Zamawiającemu w punkcie II odwołania naruszenie:

1.art. 7 w zw. z art. 29 ust. 1 PZP, art. 31 ust. 1 PZP w zw. z art. 14 PZP w zw. z art. 5 kc w zw. z art 58 S 1 kc i art. 353 1 kc poprzez ukształtowanie warunków umowy o zamówienie publiczne w sposób sprzeczny z zasadą równowagi stron stosunku zobowiązaniowego, zasadami współżycia 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 utrzymania Inwestycji i poszczególnych jej elementów w okresie gwarancji i rękojmi, w tym w szczególności obowiązkiem zapewnienia serwisu gwarancyjnego, eksploatacyjnego i konserwacyjnego oraz ponoszenia kosztów Umiany materiałów eksploatacyjnych, przy jednoczesnym zaniechaniu dokonania opisu przedmiotu zamówienia w tym zakresie, oraz

c)zaniechaniu sporządzenia zamiennego projektu budowlanego i uzyskania zamiennej decyzji o pozwoleniu na budowę, pomimo dokonania w treści projektu wykonawczego istotnych zmian projektowych wymagających zamiennego pozwolenia na budowę, a także zaniechanie załączenia w poczet dokumentacji przetargowej opracowań projektowych wskazujących szczegółowo zakres zmian planowanych przez Zamawiającego, przy jednoczesnym nałożeniu na Wykonawców obowiązku samodzielnego dokonania oceny zakresu Robót i wyceny Robót oraz uwzględnienia w ofercie kosztów planowanych przez Zamawiającego zmian projektowych,

d)zaniechanie skonstruowania w projekcie umowy postanowień chroniących uzasadniony interes Wykonawcy w przypadku, gdy po zawarciu umowy Zamawiający dokona planowanych istotnych zmian projektowych wymagających zamiennego pozwolenia na budowę, przyznających uprawnienie Wykonawcy do dokonania w takim przypadku odpowiedniej zmiany Umowy w zakresie ceny i terminu realizacji przedmiotu umowy, oraz

e)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, wyłączenie możliwości dochodzenia przez Wykonawcę

roszczenia o zmianę umowy w przypadku spełnienia się przestanek kontraktowych, wyłączenie uprawnienia Wykonawcy do otrzymania kosztów wydłużonej realizacji robót z przyczyn od niego niezależnych i przez niego niezawinionych, co narusza zasadę swobody umów wyrażoną w art. 353 1 kc, oraz

f)uniemożliwieniu Wykonawcom dokonania rzetelnej wyceny ofery, 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, a w konsekwencji nieważne z mocy art. 58 S 1 kc.

2.art. 7 ust. 1 PZP w zw. z art. 14 ust. 1 PZP w zw. z art. 139 ust. 1 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 współżycia 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 wprowadzeniu przez Zamawiającego do wzoru Umowy zbyt represyjnych reguł odpowiedzialności 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.

3. art. 7 ust. 1 PZP w zw. z art. 147 ust. 2 PZP w zw. z art. 150 ust. 2 PZP w zw. z art. 151 ust. 2 PZP w zw. z art. 14 ust. 1 PZP w zw. z art. 139 ust. 1 PZP w zw. z 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 współżycia społecznego, a ponadto sprzeczny z przepisami PZP, polegający na ukształtowaniu zapisów projektu umowy w sposób przewidujący, że zabezpieczenie należytego wykonania umowy obejmuje swym zakresem także roszczenia/uprawnienia z gwarancji jakości i podlega zwrotowi po zakończeniu okresu gwarancji, podczas gdy z przepisów PZP, interpretowanych zgodnie z utrwalonym w doktrynie i judykaturze poglądem, bezsprzecznie wynika, iż zabezpieczenie to nie obejmuje roszczeń z gwarancji a jedynie roszczenia z tytułu rękojmi za wady i druga część zabezpieczenia podlega zwrotowi nie później niż w 15. dniu po upływie okresu rękojmi za wady. Zastrzeżenie to ma szczególnie negatywny wpływ na przebieg postępowania, gdyż wydłużenie okresów gwarancji jest kryterium oceny ofert o łącznej wadze 40%, a oczywistym jest, że Wykonawcy w treści złożonych ofert muszą wycenić także koszty utrzymywania zabezpieczenia przez wymagany przez Zamawiającego okres, który powinien być określony zgodnie z PZP.

Mając na uwadze powyższe zarzuty Odwołujący Skanska wniósł (w punkcie III odwołania) o nakazanie uzupełnienie dokumentacji przetargowej stanowiącej opis przedmiotu zamówienia o zamienny projekt budowlany, na podstawie którego Zamawiający uwzględnił w Dokumentacji Wykonawczej i Dokumentacji Przetargowej zmiany zakresu Robót wymagające zamiennego Pozwolenia na Budowę, ewentualnie - w przypadku, gdy Zamawiający nie dysponuje zamiennym projektem budowlanym, przekazanie Wykonawcom innego opracowania projektowego szczegółowo wskazującego zakres planowanych zmian w stosunku do Projektu Budowlanego, a ponadto nakazanie dokonania zmian w treści:

a) § 4 ust 3 Umowy, w ten sposób, że z dotychczasowej treści tych postanowień wykreślone zostaną słowa: „również w przypadku wydłużenia terminu zakończenia Robót i przesunięcia Daty Zakończenia Robót'

b) § 5 ust 4 Umowy, w ten sposób, że dotychczasowa treść tych postanowień otrzyma nowe, następujące brzmienie: „Zamawiający oświadcza, że planuje sporządzenie zamiennego projektu budowlanego oraz uzyskanie zamiennego pozwolenia na budowę, które będą modyfikować odpowiednio Projekt Budowlany i Pozwolenie na Budowę w zakresie szczegółowo opisanym w Dokumentacji Przetargowej. Zamawiający oświadcza, że zmiany wnikające z planowanego zamiennego pozwolenia na budowę zostały szczegółowo opisane w Dokumentacji Przetargowej, a także zostały uwzględnione w Dokumentacji Wykonawczej. W związku z powyższym Generalny Wykonawca otrzymał materiały niezbędne do dokonania oceny zakresu i wyceny Robót w zakresie obejmującym planowane zamienne pozwolenie na budowę, zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia zawartym w Dokumentacji Przetargowej Zamawiający zobowiązuje się przekazać Generalnemu Wykonawcy zamienne pozwolenie na budowę w terminie umożliwiającym Wykonawcy prawidłową i terminową realizację zamówienia, przy czym nie później niż w terminie 30 dni od Daty Rozpoczęcia Robót, a skutki ewentualnych opóźnień w tym zakresie nie obciążają Generalnego Wykonawcy. W przypadku niedochowania ww. terminu, Data Zakończenia Robót oraz Terminy Pośrednie Inwestycji ulegną przedłużeniu co najmniej o ilość dni opóźnienia w przekazaniu zamiennego pozwolenia na budowę, a Generalny Wykonawca będzie uprawniony do zwrotu kosztów wydłużonej realizacji Robót.

c) § 8 lit. a) Urnowy w ten sposób, że dotychczasowa treść tych postanowień otrzyma nowe, następujące brzmienie: „dostarczenie Generalnemu Wykonawcy Pozwolenia na Budowę oraz Dziennika Budom,' przed Datą Rozpoczęcia Robót, a także dostarczenie Generalnemu Wykonawcy zamiennego pozwolenia na budowę w terminie umożliwiającym Generalnemu Wykonawcy prawidłową i terminową realizację zamówienia, przy czym nie później niż w terminie 30 dni od Daty Rozpoczęcia Robót,

d) § 16 ust 1 i ust 3 Umowy poprzez wyeliminowanie z jego dotychczasowej treści wszelkich postanowień przewidujących objęcie zakresem zabezpieczenia należytego wykonania Umowy uprawnień/roszczeń Zamawiającego z tytułu gwarancji jakości oraz przewidujących zwrot drugiej części zabezpieczenia po upływie okresu gwarancji.

e) § 18 ust. 1, ust 3, ust 4, ust. 5 lit. a), c)-f), i)-o) Umowy w ten sposób, aby z ich brzmienia '*Wnikało, że kary umowne przewidziane w treści tych postanowień naliczane będą za każdy dzień zwłoki, a nie za każdy dzień opóźnienia.

f) §19 ust. 3 Umowy poprzez wykreślnie zdania czwartego, piątego i szóstego tego ustępu, tj. wykreślenie słów: „W ramach rękojmi i gwarancji Generalny Wykonawca zobowiązany jest do wykonywania na swój koszt i ryzyko, czynności sensowych i utrzymania Inwestycji oraz jej poszczególnych elementów, przy czym powyższe obowiązki Generalny Wykonawca wykonywał będzie w okresach obowiązywania rękojmi i gwarancji opisanych w ust. 1 niniejszego paragrafu, w odniesieniu do poszczególnych elementów tam wskazanych. W ramach powyższych czynności Generalny Wykonawca będzie w szczególności zobowiązany do utrzymania zieleni, utrzymywania sprawności wszystkich Urządzeń w tym dźwigów, wymiany filtrów w centralach wentylacyjnych. Pozostałe warunki gwarancji i serwisu określa Załącznik nr 13 do Umowy. ”

lub alternatywnie, wnoszę o nakazanie Zamawiającemu ograniczenia zakresu wymaganej obsługi serwisowej wyłącznie do Urządzeń i wyłącznie w zakresie oraz w okresie wymaganym gwarancją producenta danego Urządzenia, 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 Wykonawcy oraz sposobu i warunków korzystania przez Zamawiającego z Urządzeń w okresie gwarancji, w zakresie umożliwiającym Oferentom sporządzenie prawidłowej wyceny kosztów serwisowania, konserwacji, utrzymania i wymiany materiałów eksploatacyjnych w zakresie Urządzeń w okresie wymaganym w gwarancji producenta.

g) § 2 ust 4 Karty gwarancyjnej (załącznik nr 13 do Umowy) poprzez jego wykreślenie,

lub alternatywnie wnoszę o nakazanie Zamawiającemu ograniczenia zakresu wymaganej obsługi serwisowej wyłącznie do Urządzeń i wyłącznie w zakresie oraz w okresie wymaganym gwarancją producenta, a także nakazanie Zamawiającemu zawarcia w opisie przedmiotu zamówienia szczegółowych informacji i wszelkich danych niezbędnych do wyceny ww. zobowiązania Wykonawcy, w szczególności dotyczących szczegółowego opisu zakresu wymaganych obowiązków Wykonawcy oraz sposobu i warunków korzystania przez Zamawiającego z Urządzeń w okresie gwarancji, w zakresie umożliwiającym Oferentom sporządzenie prawidłowej wyceny kosztów serwisowania, konserwacji, utrzymania i wymiany materiałów eksploatacyjnych w zakresie Urządzeń w okresie wymaganym w gwarancji producenta.

h) § 29 ust 10 Umowy poprzez wykreślenie z jego dotychczasowej treści zdania drugiego, tj. słów: „Z tytułu ewentualnego wydłużenia terminów wykonania umowy, w tym Daty Zakończenia Robót, Generalnemu Wykonawcy nie będzie przysługiwać roszczenie o zwiększenie należnego wynagrodzenia.

i) § 29 ust 17 Umowy poprzez jego wykreślenie.

Odwołujący wskazał, że (…) *posiada interes w uzyskaniu w/w zamówienia. Odwołujący posiada wiedzę i doświadczenie dające rękojmię należytego wykonania zamówienia. Jednakże wobec sformułowania przez Zamawiającego postanowień SIWZ, w tym opisu przedmiotu zamówienia i warunków umowy, w sposób niezgodny z obowiązującymi przepisami, w szczególności normami prawa zamówień publicznych oraz kodeksu cywilnego, zostaje on pozbawiony możliwości udziału w postępowaniu i tym samym możliwości realnego uzyskania zamówienia, a w konsekwencji może on ponieść określoną szkodę z tym związaną. Tym samym, w wyniku naruszenia przez Zamawiającego powyżej wskazanych przepisów Ustawy, Odwołujący może ponieść szkodę w postaci utraty możliwości pozyskania przedmiotowego zamówienia, a ponadto jest narażony na szkodę polegającą na pozbawieniu Odwołującego realnych korzyści finansowych wynikających z tytułu realizacji niniejszego zamówienia. Nadto, w przypadku wyboru oferty Odwołującego, Odwołujący zobowiązany będzie do podpisania umowy na realizację zamówienia zgodnie z obecnym wzorem umowy, który jest niezgodny z obowiązującymi przepisami prawa. Nieuwzględnienie zaś odwołania może go narazić na szkodę,. ponieważ w związku z wyżej wskazanymi uchybieniami Zamawiającego, Odwołujący mógłby być narażony na brak wynagrodzenia za roboty nie wynikające z opisu przedmiotu zamówienia i nie wchodzące w zakres przedmiotu umowy lub być zmuszony do ponoszenia kosztów wydłużonej realizacji zamówienia z przyczyn przez niego niezawinionych i na które nie ma on wpływu, których nie jest w stanie skalkulować na etapie wyceny oferty. Co więcej niewłaściwie dokonany opis przedmiotu zamówienia powoduje, że przygotowanie oferty w oparciu o rzetelną '"cenę uwzględniającą nie tylko koszty, ale i ryzyka odbywa się w warunkach naruszających zasady uczciwej konkurencji. Zdaniem Odwołującego doszłoby w ten sposób do podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego o treści naruszającej bezwzględnie obowiązujące przepisy PZP i kc, ze skutkiem jej częściowej nieważności z mocy prawa*".

Do postępowania odwoławczego po stronie odwołujących w terminie określonym art. 185 ust. 2 ustawy Pzp przystąpili:

1) w sprawie o sygn. akt KIO 3461/20: wykonawca Budimex S.A. z siedzibą w Warszawie oraz wykonawca Skanska S.A. z siedzibą w Warszawie,

2)w sprawie o sygn. akt KIO 3463/20:Budimex S.A. z siedzibą w Warszawie oraz wykonawcaSTRABAG sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie -

– wnosząc o uwzględnienie zarzutów podnoszonych w tych odwołaniach.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie (pismo z dnia 12 stycznia 2021 r.) wskazał na zmiany do SIWZ dokonane w piśmie z dnia 12 stycznia 2021 r. (znak: ADZP.25.36.2020) oraz oświadczył, że zarzuty podnoszone w odwołaniu podlegają częściowemu uwzględnieniu w następujący sposób:

Sygn. akt: KIO 3461/20

I.Zarzut dotyczący naruszenia przepisów art. 7 ust. 1 pzp w zw. z art. 139 ust. 1 Pzp w zw. z art 647 kc w zakresie wskazanym w punkcie ll ust. 1 odwołania, dla którego sformułowano żądania w punkcie lll ppkt 1 lit. a) i b)

1.Zamawiający uwzględnia odwołanie w części i oświadcza, że dokonał modyfikacji § 1 pkt 55) projektu Umowy stanowiącego załącznik nr 3 do SIWZ i wskazał na jego nowe brzmienie po zmianie.

2.Zamawiający uwzględnia odwołanie w części i oświadcza, że dokonał modyfikacji § 15 ust. 5 projektu Umowy stanowiącego załącznik nr 3 do SIWZ i wskazał na nowe brzmienie po zmianie.

Zamawiający nie uwzględnia natomiast żądania odnoszącego się do modyfikacji ust. 6 i 8 S 15 projektu Umowy stanowiącego załącznik nr 3 do SIWZ.

ll.Zarzut dotyczący naruszenia przepisów art. 7 ust. 1 pzp w zw. z art. 147 ust. 1 Pzp w zw. z art. 148 ust. 1 Pzp, w zw. z art. 139 pzp w zw. z art. 647 kc, art. 654 kc, w zakresie wskazanym w punkcie II ust, 2 treści odwołania, dla którego sformułowano żądania w punkcie lll ppkt 2.

Zamawiający uwzględnia odwołanie w zakresie zarzutu opisanego w pkt ll ust. 2 odwołania w całości i oświadcza, że dokonał modyfikacji § 13 ust. 7 projektu Umowy stanowiącego załącznik nr 3 do SIWZ wskazując na jego nowe brzmienie.

lll.Zarzut dotyczący naruszenia przepisów art. 14 i art. 139 ust. 2 Pzp w zw. z art. 353^1 kc i art. 647 kc w zw. z art. 484 S 2 w zw. z art. 483 k.c. i art. 473 S 1 kc w zakresie wskazanym w punkcie ll ust. 3 tiret (i) i (ii).

Zamawiający uwzględnia odwołanie w zakresie opisanym w punkcie ll ust. 3 tiret (ii) treści odwołania w całości i oświadcza, że dokonał modyfikacji S 18 ust. 1, ust. 3, ust. 4, ust. 5 lit. a),

c) — f), i) — o) projektu Umowy stanowiącego załącznik nr 3 do SIWZ w ten sposób, że kary umowne przewidziane w ich treści naliczane będą za każdy dzień zwłoki, nie za każdy dzień opóźnienia.

Sygn. akt: KIO 3463/21

I.Zarzut dotyczący naruszenia przepisów art. 7 w zw. z art. 29 ust. 1 Pzp, art. 31 ust. 1 Pzp w zw. z art. 14 Pzp w zw. z art. 5 kc w zw. z art. 58 S 1 KC i art. 353^1 kc, w odniesieniu do którego Odwołujący zawarł żądania w punkcie III lit. a)

— c) przyjmując częściowo uzasadnienie zawarte w treści odwołania:

1. Zamawiający uwzględnia odwołanie w części i oświadcza, że dokonał modyfikacji § 4 ust. 3 projektu Umowy stanowiącego załącznik nr 3 do SIWZ, nadając mu następującą treść:
2. Zamawiający uwzględnia odwołanie w części i oświadcza, że dokonał modyfikacji S 5 ust. 4 oraz § 8 lit a) projektu Umowy stanowiącego załącznik nr 3 do SIWZ i wskazał na nowe brzmienie.

W odniesieniu do zarzutu sformułowanego w pkt ll.1 b) i żądań sformułowanych przez Odwołującego w punkcie lll lit. f)- i)

1.Zamawiający uwzględnia odwołanie w części w zakresie żądania opisanego punkcie III lit. f i g) odwołania, przychylając się do wniosku Odwołującego o ograniczenie zakresu wymaganej obsługi serwisowej, w ten sposób, że zmodyfikował treść karty gwarancyjnej, stanowiącej załącznik nr 13 do projektu Umowy stanowiącego załącznik nr 3 do SIWZ.
Zamawiający wskazuje, że uwzględnił zastrzeżenie Odwołującego poprzez wprowadzenie zmian we wzorze karty gwarancyjnej stanowiącej Załącznik nr 13 do projektu Umowy. stanowiącego załącznik nr 3 do SIWZ, zawierającej szczegółowe określenie wymaganej obsługi gwarancyjnej i czynności serwisowych dla poszczególnych grup robót i okresów gwarancyjnych, oraz wskazanie jakiego rodzaju czynności i materiały eksploatacyjne nie wchodzą w ich zakres.

2.Zamawiający uwzględnia odwołanie w całości w zakresie żądania opisanego punkcie III lit. h) odwołania i oświadcza, że dokonał modyfikacji § 29 ust. 10 projektu Umowy stanowiącego załącznik nr 3 do SIWZ i wskazał na jego nowe brzmienie.

3.Zamawiający uwzględnia odwołanie w całości w zakresie żądania opisanego punkcie III lit. i) odwołania i oświadcza, że dokonał modyfikacji § 29 ust. 17 projektu Umowy stanowiącego załącznik nr 3 do SIWZ w ten sposób, że wskazane postanowienie zostało uchylone.

II. Zarzut dotyczący naruszenia przepisów art. 7 w zw. z art. 14 ust. 1 Pzp w zw. z art. 139 ust. 1 Pzp, w zw. z art. 471, 472, 483 S 1, art. 353 ^{1} kc i art. 58 S 3 KC, art. 5 kc, w zakresie wskazanym w punkcje ll ust. 2 treści odwołania

Zamawiający uwzględnia odwołanie w tym zakresie w całości i oświadcza, że dokonał modyfikacji § 18 ust. 1, ust. 3, ust. 4, ust. 5 lit. a), c) — f), i) — o) projektu Umowy stanowiącego załącznik nr 3 do SIWZ w ten sposób, że kary umowne przewidziane w ich treści naliczane będą za każdy dzień zwłoki, nie za każdy dzień opóźnienia.

III. Zarzut dotyczący naruszenia przepisów art. 7 ust. 1 w zw. z art. 147 ust. 2 Pzp w zw. z art. 151 ust. 2 Pzp, w zw. z art. 14 ust, 1 Pzp w zw. z art. 139 ust. 1 w zw. z art. 353 ^{1} kc i art. 58 § 3 KC, art. 5 kc, w zakresie wskazanym w punkcie ll ust. 3 treści odwołania

Zamawiający uwzględnia odwołanie w tym zakresie w całości i oświadcza, że dokonał modyfikacji § 16 ust. 1 i ust. 3 projektu Umowy stanowiącego załącznik nr 3 do SIWZ - wskazał na nowe brzmienie postanowienia.

Odwołujący Skanska sp. z o.o. w piśmie z dnia 20 stycznia 2021 r. oświadczył, że (…) *na podstawie art. 186 ust. 3a w zw. z art. 187 ust.8 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku Prawo zamówień publicznych, zwaną w dalszej części w „pzp", w związku z uwzględnieniem przez Zamawiającego znacznej części zarzutów i wniosków Odwołującego pismem Zamawiającego z dnia 12 stycznia 2021r. oraz treścią dokonanych zmian w SIWZ z dnia 12 stycznia 2021r., niniejszym cofam odwołanie z dnia 28 grudnia 2020r. wniesione w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn.: „Budowa budynku dydaktycznoadministracyjnego pn. „Centrum Przestrzeni Innowacyjnej" przy ul. Batorego 8 w Warszawie" (dalej: Postępowanie) w całości oraz wnoszę o umorzenie postępowania odwoławczego oraz zwrot uiszczonego przez Odwołującego wpisu na rachunek bankowy, z którego wpis został uiszczony*".

Odwołujący Strabag S.A. *w piśmie z dnia 19 stycznia 2020 r. (data wpływu: 20.01.21) w jego punkcie 1 oświadczył, że (…) na podstawie art. 186 ust. 3a w zw. z 187 ust. 8 Ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. „Prawo zamówień publicznych" (dalej: Pzp lub ustawa Pzp), w związku z uwzględnieniem przez Zamawiającego znacznej części zarzutów i wniosków Odwołującego w treści udzielonej przez Zamawiającego pismem z dnia 12.01.2021r. odpowiedzi na odwołanie oraz w treści dokonanych przez Zamawiającego modyfikacji SIWZ z dnia 12.01.2021r., cofam odwołanie wniesione w dniu 28 grudnia 2020r. przez SKANSKA S.A. 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 PZP, art. 31 ust. 1 PZP w zw. z art. 14 PZP w zw. z art. 5 kc w zw. z art 58 S 1 kc i art. 353 1 kc - w części, w jakiej Zamawiający nie uwzględnił zarzutu i wniosków Odwołującego sformułowanych w pkt. III lit. a) - c) oraz f) i g) odwołania". Dalej wniósł o umorzenie postępowania odwoławczego, a także (…) o rozstrzygnięcie o kosztach postępowania zgodnie z art. art. 186 ust. 6 pkt. 1) Pzp oraz zwrot z rachunku Urzędu kwoty uiszczonej tytułem wpisu, na rachunek Odwołującego, z którego został uiszczony wpis".*

Izba postanowiła,

Działając na podstawie art. 186 ust. 3a ustawy Pzp umorzyć postępowanie odwoławcze w niniejszej sprawie.

Stosownie do postanowień 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*".

Orzekając o kosztach postępowania, Izba miała na uwadze treść art. 186 ust. 6 pkt 1 ustawy Pzp oraz § 5 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2018 r, poz. 972).

.. Uwzględniając powyższe postanowiono, jak w sentencji.

……..