

POSTANOWENIE

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: **WARBUD 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:

ABUDIMEX S.A z siedzibą w Warszawie

B.STRABAG sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie

postanawia:

1.Umarza postępowanie odwoławcze.

C.Nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzeczWARBUDU S.A. z siedzibą w Warszawie kwoty 20000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) – uiszczonej tytułem wpisu od odwołania.

2.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. Zamenhofs 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”, „ppz”, „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. WARBUD S.A. z siedzibą w Warszawie{dalej: „Odwołujący”} wniósł w formie elektronicznej do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie wobec treści ogłoszenia o zamówieniu i 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. 22 ust. 1b pkt 3 w zw. z art. 22 ust. 1a w zw. z art. 22d ust. 1 w zw. z art 7 ust. 1 – przez postawienie warunków udziału w postępowaniu w zakresie osób skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia, tj. Kierownika robót instalacji elektrycznych (dalej „Kierownik robót elektrycznych”), Kierownika robót instalacji sanitarnych (dalej „Kierownik robót sanitarnych”), a także Kierownika budowy w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia i nadmierny dla zweryfikowania zdolności wykonawcy do należytego wykonania przedmiotowego zamówienia, a co za tym idzie w sposób naruszający zasadę równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji.
- 2.Art. 387 Kodeksu cywilnego {dalej: „kc”}, 353 kc w zw. z art. 139 ust. 1 oraz w zw. z art. 29 ust. 1 i 2 – przez ustalenie zbyt krótkiego i nierealnego terminu wykonania dokumentacji projektowej oraz poprzez użycie do jego określenia daty sztywnej, co w konsekwencji uniemożliwia realizację tego etapu zamówienia i może również przyczynić się do niedotrzymania terminu realizacji całego zamówienia; a także poprzez określenie terminu realizacji całego zamówienia jako daty sztywnej, co w przypadku wymaganego przez Zamawiającego etapowania realizacji inwestycji może również być niemożliwe do dotrzymania.
- 3.Art. 647 kc oraz 627 kc i 642 kc w zw. z art. 353¹ kc i z art. 139 – przez ukształtowanie postanowień wzoru umowy uzależniających wypłatę wynagrodzenia od dokonania odbioru dokumentacji projektowej i robót budowlanych odpowiednio „bez wad” i „bez usterek”, co jest sprzeczne z istotą umowy o dzieło i umowy roboty budowlane, a także wykracza poza dopuszczalną swobodę umów.
- 4.Art. 5 kc, art. 353¹ kc, 483 kc i 484 kc w zw. z art. 139 ust. 1 – przez niezgodne z tymi przepisami uregulowanie postanowień wzoru umowy w zakresie kar umownych, tj. poprzez ukształtowanie kar umownych na rażąco wysokim poziomie, uzależnienie ich naliczenia od wystąpienia przyczyn niezależnych od wykonawcy, tj. „opóźnienia” oraz braku górnego limitu kar.
- 5.Art. 5 kc, art. 353¹ kc w zw. z art. 139 ust. 1 – przez niezgodne z tymi przepisami uregulowanie postanowień wzoru umowy w zakresie ukształtowania postanowień dotyczących umownego odstąpienia od umowy i rozwiązania umowy, tj. ukształtowanie przyczyn odstąpienia z powodów nieistotnych uchybień, przy użyciu niedookreślonych pojęć i zastrzeżeniu tego prawa wyłącznie dla jednej ze stron umowy – Zamawiającego, co prowadzi do niemożliwości oszacowania ryzyk z tym związanych, a w konsekwencji do niemożliwości złożenia oferty.
- 6.Art. 143 b ust. 5 i 8 –przez niezgodne z tym przepisem określenie zbyt krótkich terminów na przekazanie kopii umów z podwykonawcami i niezasadne obarczenie wykonawcy karami umownymi za niedotrzymanie wskazanych we

wzorce umowy terminów.

Ponadto w uzasadnieniu 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.(a.) Wykreślenia wymagania aby Kierownik robót elektrycznych i Kierownik robót sanitarnych posiadali doświadczenie w wykonywaniu swoich czynności „nieprzerwanie od rozpoczęcia do zakończenia robót”, ewentualnie postawienie wymagania aby ww. osoby pełniły swoje funkcje przez co najmniej 12 miesięcy na jednej robocie budowlanej; (b.) wykreślenia z warunku wymagania „nieprzerwalności: w wykonywaniu czynności przez Kierownika budowy.
- 2.(a.) Określenie dat realizacji poszczególnych, etapów umowy oraz realizacji całej inwestycji poprzez wskazanie liczby miesięcy od podpisania umowy, w ciągu których należy je wykonać; (b.) ustalenie okresu na przygotowanie wielobranżowej dokumentacji projektowej na co najmniej 7 miesięcy od daty podpisania umowy; (c.) ustalenie realizacji całej inwestycji na co najmniej 30 miesięcy od daty podpisania umowy.
- 3.Wprowadzenie do wzoru umowy postanowień, zgodnie z którymi podstawą odbioru dokumentacji projektowej będzie jej wykonanie bez uwag istotnych, a podstawą do wystawienia faktury końcowej będzie protokół końcowy potwierdzający wykonanie robót bez wad istotnych.
- 4.We wzorze umowy: (i) zmniejszenia wysokości kar umownych do wysokości 0,05 % w lit. b i w lit. od d) do f) wartości brutto umowy, za każdy dzień zwłoki; (ii) powiązania kar umownych ze zwłoką wykonawcy, a nie opóźnieniem, (iii) ustalenia górnego limitu kar umownych na poziomie nieprzekraczającym 10% wartości umowy.
- 5.We wzorze umowy: (i) w każdym przypadku odstąpienia od umowy wyznaczenie wykonawcy dodatkowego, co najmniej 14-dniowego terminu do usunięcia naruszeń; (ii) wykreślenia postanowienia, iż *nieprzedstawienia Zamawiającemu niezbędnych uprawnień do wykonania samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie i aktualnego dokumentu potwierdzającego przynależność do właściwej izby samorządu zawodowego*; (iii) określenie, iż tylko zawinione opóźnienie tj. zwłoka w realizacji prac dłuższe niż 30 dni w stosunku do uzgodnionego harmonogramu robót spowoduje odstąpienie od umowy; (iv) zdefiniowania, z którymi warunkami określonymi w umowie lub które zaniedbania zobowiązań umownych spowodują odstąpienie od umowy; (v) określenie, że tylko zawinione zaniechanie przez wykonawcę realizacji umowy, może spowodować odstąpienie, w tym przerwanie prac przez okres dłuższy niż 30 dni; (vi) zdefiniowania rażących uchybień, które mogą spowodować rozwiązanie umowy w trybie natychmiastowym, (vii) wykreślenie postanowienia, iż *w przypadku przekroczenia 10 dniowego terminu na wykonanie projektu; Zamawiający odstąpi od umowy z winy Wykonawcy, stosując zapisy &9 pkt. 1a).*
- 6.Wykreślenia § 3 pkt 1.10 umowy.
- 7.Dostosowania we wzorze umowy terminów przekazania poświadczonych za zgodność kopii umów o podwykonawstwo do terminów zgodnych z art. 143b ust. 5 pzp.

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

Uwzględniam odwołanie w części dotyczącej:

I. art. 22 ust. 1b pkt 3 w zw. z art. 22 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez postawienie warunków udziału w postępowaniu w zakresie osób skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia, tj. Kierownika robót instalacji elektrycznych (dalej „Kierownik robót elektrycznych”) Kierownika robót instalacji sanitarnych (dalej „Kierownik robót sanitarnych”), a także Kierownika budowy, w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia i nadmierny dla zweryfikowania zdolności wykonawcy do należytego wykonania przedmiotowego zamówienia, a co za tym idzie w sposób naruszający zasadę równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji.

Zamawiający dokonuje modyfikacji warunku udziału w postępowaniu poprzez nadanie im następującego brzmienia:

a) Kierownik robót instalacyjnych elektrycznych – 1 osoba, która posiada:

- uprawnienia do kierowania robotami budowlanymi bez ograniczeń w specjalności instalacyjnej elektrycznej oraz co najmniej 12 miesięczne doświadczenie w kierowaniu robotami budowlanymi wykonywanymi w obiektach użyteczności publicznej. Do liczby lat doświadczenia można zaliczyć wyłącznie nienakładające się na siebie okresy pełnienia funkcji kierownika budowy lub robót. Liczbę lat doświadczenia należy liczyć od daty wystawienia uprawnień. Kierownik robót musi posiadać doświadczenie na jednej robocie budowlanej w kierowaniu budową lub robotami elektrycznymi obejmującymi budowę/ przebudowę lub rozbudowę szpitala, dla których wydano pozwolenie na użytkowanie. (Uprawnienia wydane na podstawie aktualnych przepisów Prawa Budowlanego lub równoważne uprawnienia, wydane na podstawie wcześniej obowiązujących przepisów, które pozwalać będą na pełnienie funkcji Kierownika Budowy w zakresie niniejszego zamówienia);

b) Kierownik robót instalacyjnych sanitarnych – 1 osoba która posiada:

- uprawnienia do kierowania uprawnienia do kierowania robotami budowlanymi bez ograniczeń w specjalności instalacyjnej sanitarnej oraz co najmniej 12 miesięczne doświadczenie w kierowaniu robotami budowlanymi wykonywanymi w obiektach użyteczności publicznej. Do liczby lat doświadczenia można zaliczyć wyłącznie nienakładające się na siebie okresy pełnienia funkcji kierownika budowy lub robót. Liczbę lat doświadczenia należy liczyć od daty wystawienia uprawnień. Kierownik robót musi posiadać doświadczenie na jednej robocie budowlanej w kierowaniu budową lub robotami sanitarnymi obejmującymi budowę/ przebudowę lub rozbudowę szpitala, dla których wydano pozwolenie na użytkowanie. (Uprawnienia wydane na podstawie aktualnych przepisów Prawa Budowlanego lub równoważne uprawnienia, wydane na podstawie wcześniej obowiązujących przepisów, które pozwalać będą na pełnienie funkcji Kierownika Budowy w zakresie niniejszego zamówienia);

II. art. 387 k.c., 3531 k.c. w związku z art. 139 ust 1 Pzp oraz w związku z art. 29 ust 1 i 2 Pzp poprzez ustalenie zbyt krótkiego i nierealnego terminu wykonania dokumentacji projektowej oraz poprzez użycie do jego określenia daty sztywnej, co w konsekwencji uniemożliwia realizację tego etapu zamówienia i może również przyczynić się do niedotrzymania terminu realizacji całego zamówienia. A także poprzez określenie terminu realizacji całego zamówienia jako daty sztywnej, co w przypadku wymaganego przez Zamawiającego etapowania realizacji inwestycji może również być niemożliwe do dotrzymania.

a) Zamawiający dokonuje modyfikacji &4 ust. 1 siwz oraz &4 ust. 1 lit.a) 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.

b) &4 ust. 2 siwz oraz &4 ust. 1 lit.b) umowy – Zamawiający nie może zmienić tego terminu gdyż, jest on związany z projektem w „ramach Programu Operacyjnego Infrastruktura i Środowisko. OS priorytetowa IX Wzmocnienie strategicznej infrastruktury ochrony zdrowia: Działanie 9.2. Infrastruktura ponadregionalnych podmiotów leczniczych”,

którego zakończenie przewidziane jest na grudzień 2022 r., i na ten moment nie podlega przesunięciu.

III. art. 647 k.c., oraz 627 k.c. i 642 k.c. w związku art. 3531 k.c. i z art. 139 ust. 1 Pzp poprzez ukształtowanie postanowień Wzoru Umowy uzależniających wypłatę wynagrodzenia od dokonania odbioru dokumentacji projektowej i robót budowlanych odpowiednio „bez wad” i „bez usterek”, co jest sprzeczne z istotą umowy o dzieło i umowy roboty budowlane, a także wykracza poza dopuszczalną swobodę umów.

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

& 3 pkt. I 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 Odbiór robót pkt.

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 usterek 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 Kry umowne

1. Zamawiający obciąża 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 funkcję ujętą 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.

IV. art. 5 k.c., art. 3531 k.c., 483 k.c., i 484 k.c. w związku z art. 139 ust. 1 Pzp poprzez niezgodne z tymi przepisami uregulowanie postanowień Wzoru Umowy, w zakresie kar umownych, tj. poprzez ukształtowanie kar umownych na rażąco wysokim poziomie, uzależnienie ich naliczenia od wystąpienia przyczyn niezależnych od Wykonawcy, tj. „opóźnienia” oraz braku górnego limitu kar.

& 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.

a. wykreśla zapis

b. niepodjęcia przez Wykonawcę, z przyczyn od niego zależnych, realizacji prac w terminie 14 dni od umownej daty ich rozpoczęcia lub w terminie 3 dni od wezwania go przez Zamawiającego do ich rozpoczęcia,

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 zamierzenia inwestycyjnego.

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

e. zaniechania przez Wykonawcę realizacji umowy, a w szczególności przerwania prac z przyczyn przez niego zawnionych 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.

V. art. 5 k.c., art. 3531 k.c., w związku z art. 139 ust. 1 Pzp poprzez niezgodne z tymi przepisami uregulowanie postanowień Wzoru Umowy w zakresie ukształtowania postanowień dotyczących umownego odstąpienia od umowy i rozwiązania umowy, tj. ukształtowanie przyczyn odstąpienia z powodów nieistotnych uchybień, przy użyciu niedookreślonych pojęć i zastrzeżeniu tego prawa wyłącznie dla jednej ze stron umowy – Zamawiającego, co prowadzi do niemożliwości oszacowania ryzyk z tym związanych, a w konsekwencji do niemożliwości złożenia oferty.

& 3 pkt. 1.10 wzoru umowy – Nieuzgodnienie i niezatwierdzenie przez Zamawiającego kompletnej dokumentacji projektowej przedmiotu zamówienia, w trybie wskazanym wyżej, uprawnia Zamawiającego do odstąpienia od umowy. Wykonawcy nie przysługuje z tego tytułu roszczenie o zapłatę wynagrodzenia, kary umowne lub odszkodowanie.

Zamawiający wykreśla powyższy zapis.

VI. art. 143 b ust. 5 i ust. 8 Pzp poprzez niezgodne z tym przepisem określenie zbyt krótkich terminów na przekazanie kopii umów z podwykonawcami i niezasadne obarczenie Wykonawcy karami umownymi za niedotrzymanie wskazanych we Wzorze Umowy terminów

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

& 8 Podwykonawcy w pkt.:

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 S 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 uwzględni odwołanie w części, wycofuje zarzuty i żądania, które nie zostały uwzględnione przez Zamawiającego i wnosi o umorzenie postępowania odwoławczego oraz zwrot uiszczonego wpisu od odwołania.

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).