

Sygn. akt: KIO 2352/20
KIO 2360/20
KIO 2404/20

POSTANOWIENIE
z dnia 13 października 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Agnieszka Trojanowska
Protokolant: Piotr Kur

po rozpoznaniu na posiedzeniu z udziałem stron i uczestników postępowania w Warszawie w dniu 13 października 2020 r. odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 21 września 2020r. przez

A. wykonawcę Skanska Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie, Al. Solidarności 173

B. wykonawcę Budimex Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie, ul. Siedmiogrodzka 9

C. Alstal Grupa Budowlana spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa z siedzibą w Bydgoszczy, ul. Gajowa 99

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Skarb Państwa – Komenda Stołeczna Policji w Warszawie, ul. Nowolipie 2**

przy udziale wykonawcy **Budimex Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie, ul. Siedmiogrodzka 9** zgłaszającego swoje przystąpienie w sprawie sygn. akt KIO 2352/20 po stronie odwołującego

przy udziale wykonawcy **Mostostal Warszawa Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie, ul. Konstruktorska 12A** zgłaszającego swoje przystąpienie w sprawach sygn. akt KIO 2352/20, KIO 2360/20 i KIO 2404/20 po stronie odwołującego

postanawia:

1A. umorzyć postępowanie w sprawie sygn. akt KIO 2352/20,

1B. umorzyć postępowanie w sprawie sygn. akt KIO 2360/20

1C. umorzyć postępowanie w sprawie sygn. akt KIO 2404/20

2. nakazać zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych:

2A. kwoty 18 000zł. 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy złotych zero groszy) na rzecz wykonawcy Skanska Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie, Al. Solidarności 173 tytułem zwrotu 90% wpisu od odwołania,

2B. kwoty 20 000zł. 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) na rzecz wykonawcy Budimex Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie, ul. Siedmiogrodzka 9 tytułem zwrotu wpisu od odwołania,

2C. kwoty 20 000zł. 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) na rzecz wykonawcy Alstal Grupa Budowlana spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa z siedzibą w Bydgoszczy, ul. Gajowa 99 tytułem zwrotu wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 27 września 2019 r. poz. 1843) 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:

Sygn. akt KIO 2352/20
KIO 2360/20
KIO 2404/20

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na budowę nowej siedziby Komendy Powiatowej Policji w Mińsku Mazowieckim, przy ul. Jana Łupińskiego 42 zostało wszczęte ogłoszeniem opublikowanym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 11 września 2020r. za numerem 2020/S 177-424408.

Sygn. akt KIO 2352/20

W dniu 21 września 2020r. Skanska Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie wniosła odwołanie. Odwołanie zostało wniesione przez pełnomocnika działającego na podstawie pełnomocnictwa z dnia 4 kwietnia 2018r. udzielonego przez prezesa zarządu zgodnie z odpisem z KRS. Kopia odwołania została przekazana zamawiającemu w dniu 21 września 2020r.

Odwołujący wniósł odwołanie od niezgodnych z prawem czynności zamawiającego, zarzucając mu naruszenie art. 647 Kodeksu cywilnego (dalej: kc), art. 353(1) kc i art. 58 § 1 kc, 5 kc w związku z art. 7 ust. 1 ustawy, 14 ust. 1 ustawy, art. 139 ust. 1 ustawy przez ukształtowanie postanowień i rozwiązań SIWZ - Ogólnych warunków umowy (dalej jako: umowy) w sposób sprzeczny z w/w przepisami, w tym z naturą stosunku prawnego umowy o roboty budowlane, 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) wprowadzenia bezusterkowego odbioru, a w związku z tym nieuprawnione uzależnienie od bezusterkowego odbioru:

i) odbioru robót budowlanych do czasu usunięcia ich wad przez wykonawcę także wtedy, kiedy roboty te będą dotknięte wadami nadającymi się do usunięcia i nieistotnymi, podczas gdy zgodnie z obowiązującymi w tej mierze przepisami oraz ugruntowaną linią orzecniczą Sądu Najwyższego i sądów apelacyjnych, obowiązkiem zamawiającego jest w tym przypadku dokonanie odbioru robót od wykonawcy, a prawo do odmowy odbioru robót służy zamawiającemu wyłącznie wówczas, kiedy roboty są dotknięte wadami istotnymi;

ii) zapłaty z powodu braku bezusterkowego odbioru podczas gdy zgodnie z obowiązującymi w tej mierze przepisami oraz ugruntowaną linią orzecniczą Sądu Najwyższego i sądów apelacyjnych, obowiązkiem zamawiającego jest odbiór prac i zapłata za wykonane roboty,

b) naliczenia kar umownych za opóźnienie, a więc za niezawinione przez wykonawcę okoliczności, podczas gdy kara umowna jako instytucja prawa cywilnego (art. 484 § 2 kc) jest uzależniona od winy dłużnika (tu wykonawcy),

c) ukształtowaniu w umowie zasad rozliczania z wykonawcą w sposób sprzeczny z istotą wynagrodzenia ryczałtowego.

Wniósł o:

1. uwzględnienie odwołania w całości oraz nakazanie zamawiającemu dokonania zmian w treści:

(fragmenty przekreślone - do usunięcia, fragmenty wytłuszczone i podkreślone - do dodania)

1.1. umowy w § 1 ust. 6 pkt 2), przez jego wykreślenie:

Strony ustalają, że w przypadku:

2) wystąpienia robót zaniechanych — wynagrodzenie ryczałtowe określone w ust. 5 pkt. 1 zostanie pomniejszone o kwotę w oparciu o rzeczywistą ilość robót zaniechanych i inny jednostkowo określonych przez wykonawcę w Kosztorysach.

1.2. umowy w § 1 ust. 8, który brzmi:

Strony postanawiają, że rozliczenie za wykonanie przedmiotu umowy nastąpi fakturami częściowymi, obejmującymi w sumie nie więcej niż 90% wynagrodzenia oraz fakturą końcową na pozostałą do zapłaty kwotę wynagrodzenia, która zostanie wystawiona po zakończeniu i odbiorze końcowym całości robót bez wad i usterek.

Otrzyma nowe brzmienie:

Strony postanawiają, że rozliczenie za wykonanie przedmiotu umowy nastąpi fakturami częściowymi, obejmującymi w sumie nie więcej niż 90% wynagrodzenia oraz fakturą końcową na pozostałą do zapłaty kwotę wynagrodzenia, która zostanie wystawiona po zakończeniu i odbiorze końcowym całości robót ~~bez wad i usterek~~.

1.3. umowy § 1 ust. 9, który brzmi:

Podstawą do wystawienia faktury częściowej będzie podpisany bez zastrzeżeń protokół zaawansowania robót z zastrzeżeniem ust. 11, przy czym dopuszcza się fakturowanie tylko zamkniętych i odebranych bez wad i usterek etapów robót. Faktury częściowe będą wystawiane nie częściej niż jeden raz w miesiącu. Jeżeli zaawansowanie robót odebranych częściowym protokołem odbioru będzie mniejsze niż w założeniu harmonogramu rzeczowo-finansowego, wykonawca wystawi fakturę częściową pomniejszoną o wartość robót niezrealizowanych zgodnie z harmonogramem rzeczowo-finansowym.

Otrzyma nowe brzmienie:

Podstawą do wystawienia faktury częściowej będzie podpisany ~~bez zastrzeżeń~~ protokół zaawansowania robót (protokół odbioru częściowego), z zastrzeżeniem ust. 11, przy czym dopuszcza się fakturowanie tylko zamkniętych i odebranych ~~bez wad i usterek~~ etapów robót. Faktury częściowe będą wystawiane nie częściej niż jeden raz w miesiącu. Jeżeli zaawansowanie robót odebranych częściowym protokołem odbioru będzie mniejsze niż w założeniu harmonogramu rzeczowo-finansowego, wykonawca wystawi fakturę częściową pomniejszoną o wartość robót niezrealizowanych zgodnie z harmonogramem rzeczowo-finansowym.

1.4. umowy w § 1 ust. 10, który brzmi:

Podstawą do wystawienia faktury końcowej będzie protokół odbioru końcowego potwierdzający wykonanie robót bez wad i usterek, z zastrzeżeniem ust. 11 poniżej

Otrzyma nowe brzmienie:

Podstawą do wystawienia faktury końcowej będzie protokół odbioru końcowego potwierdzający wykonanie robót ~~bez wad i usterek~~, z zastrzeżeniem ust. 11 poniżej

1.5. umowy w § 6 ust. 2 pkt 2), który brzmi:

Odbiory częściowe elementów scalonych robót i/lub ich części składowych wskazanych w Harmonogramie mające na celu wyłącznie określenie ilości robót wykonanych przez wykonawcę oraz będą stanowiły podstawę do wystawienia przez niego faktury przejściowej, jeżeli dotyczą zamkniętych i odebranych bezusterkowo etapów robót natomiast nie stanowią potwierdzenia prawidłowości wykonania odebranych robót. Podpisanie protokołu zaawansowania robót bez uwag nie zwalnia wykonawcy z roszczeń związanych z nienależytym wykonaniem umowy. Potwierdzenie prawidłowości wykonania przedmiotu umowy nastąpi dopiero przy odbiorze końcowym. Odbiory zaawansowania robót będą się odbywały nie częściej niż jeden raz w miesiącu:

a) Strony ustalają, że odbiorom częściowym podlegać będą zrealizowane elementy scalone robót i/lub ich części składowe wskazane w Harmonogramie,

b) wykonawca zgłasza osobom, o których mowa w § 4 ust. 3 gotowość do odbioru elementu scalonego robót i/lub jego części składowej poprzez odpowiedni wpis do Dziennika budowy, potwierdzony pisemnie na adres zamawiającego (dopuszcza się drogę faksową lub e-mail):

Wydział Inwestycji i Remontów Komendy Stołecznej Policji

00-150 Warszawa, ul. Nowolipie 2 tel.: 47723 6629, faks: 47723 7492;25

e-mail: naczelnik.wir@ksp.policja.gov.pl

c) z czynności odbiorów częściowych elementów scalonych robót i/lub ich części składowych Strony sporządzają protokoły odbiorów częściowych, które stanowić będą podstawę do wystawienia faktury, o której mowa w §1 ust. 9.

Otrzyma nowe brzmienie:

Odbiory częściowe - elementów scalonych robót i/lub ich części składowych wskazanych w Harmonogramie mają ceną celu wyłącznie określenie ilości robót wykonanych przez wykonawcę oraz będą stanowiły podstawę do wystawienia przez niego faktury przejściowej jeżeli dotyczą zamkniętych i odebranych ~~bezusterkowo~~ etapów robót natomiast nie stanowią potwierdzenia prawidłowości wykonania odebranych robót. Podpisanie protokołu zaawansowania robót bez uwag nie zwalnia wykonawcy z roszczeń związanych z nienależytym wykonaniem umowy. Potwierdzenie prawidłowości wykonania przedmiotu umowy nastąpi dopiero przy odbiorze końcowym.

Odbiory zaawansowania robót będą się odbywały nie częściej niż jeden raz w miesiącu:

a) Strony ustalają, że odbiorom częściowym podlegać będą zrealizowane elementy scalone robót i/lub ich części składowe wskazane w Harmonogramie,

b) wykonawca zgłasza osobom, o których mowa w § 4 ust. 3 gotowość do odbioru elementu scalonego robót i/lub jego części składowej poprzez odpowiedni wpis do Dziennika budowy, potwierdzony pisemnie na adres zamawiającego (dopuszcza się drogę faksową lub e-mail):

Wydział Inwestycji i Remontów Komendy Stołecznej Policji

00-150 Warszawa, ul. Nowolipie 2 tel.: 47723 6629, faks: 47 723 7492;

e-mail: naczelnik.wir@ksp.policja.gov.pl

c) roboty częściowe podlegają odbiorowi niezwłocznie, nie później jednak niż w ciągu 5 dni roboczych, licząc od daty ich zgłoszenia zgodnie z powyższą lit. b).

d) z czynności odbiorów częściowych elementów scalonych robót i/lub ich części składowych Strony sporządzają protokoły odbiorów częściowych, które stanowić będą podstawę do wystawienia faktury, o której mowa w § 1 ust. 9,

e) Jeżeli w trakcie odbioru częściowego stwierdzone zostaną wady nieistotne. Zamawiający dokona odbioru i zażąda usunięcia tych wad, w odpowiednim terminie (uwzględniającym charakter wady, dostępność materiałów oraz możliwości techniczne usunięcia wady) ustalonym przez Strony, przy czym fakt usunięcia wad zostanie stwierdzony protokołarnie.

1.6. umowy w § 6 ust. 2 pkt 3) lit. e)

Jeżeli w toku czynności odbioru końcowego robót budowlanych zostanie stwierdzone, że przedmiot umowy nie osiągnął gotowości do odbioru z powodu niewłaściwego zakończenia robót lub ich wadliwego wykonania lub nie zostanie złożona kompletna dokumentacja o której mowa w § 2 ust 1 pkt 19 to Komisja odmówi dokonania odbioru z winy wykonawcy i może: e1. wyznaczyć termin, niepowodujący wydłużenia terminu wskazanego w § 1 ust. 4, do usunięcia stwierdzonych nieprawidłowości. Fakt ujawnienia i usunięcia nieprawidłowości zostanie potwierdzony protokolarnie przez przedstawicieli stron, o których mowa w § 4 ust. 1 i 3; e2. W przypadku stwierdzenia nieprawidłowości nienadających się do usunięcia:

e2a. jeżeli sposób wykonania robót budowlanych uniemożliwia użytkowanie obiektu zgodnie z przeznaczeniem, zażądać wykonania przedmiotu umowy po raz drugi lub odstąpić od umowy według własnego uznania, zachowując prawo do naliczenia wykonawcy zastrzeżonych kar i odszkodowań;

e2b. jeżeli sposób wykonania robót budowlanych umożliwia użytkowanie obiektu lecz jego wartość użytkowa odbiega od założonej w Załączniku nr 1 do umowy, Zamawiający może żądać obniżenia wynagrodzenia, o którym mowa w § 1 ust 5 pkt 1 na zasadach ogólnych, określonych w Kodeksie cywilnym;

Otrzyma nowe brzmienie:

Jeżeli w trakcie odbioru końcowego stwierdzone zostaną wady nieistotne. Zamawiający dokona odbioru i zażąda usunięcia tych wad, w odpowiednim terminie (uwzględniającym charakter wady, dostępność materiałów oraz możliwości techniczne usunięcia wady) ustalonym przez Strony, przy czym fakt usunięcia wad zostanie stwierdzony protokolarnie.

Jeżeli w toku czynności odbioru końcowego robót budowlanych stwierdzone zostaną wady istotne, to zamawiającemu przysługuje prawo odmowy odbioru do czasu usunięcia tych wad, w odpowiednim terminie uwzględniającym charakter wady, dostępność materiałów oraz możliwości techniczne usunięcia wady) ustalonym przez Strony. Po usunięciu wad Strony ponownie przystąpią do odbioru robót zostanie stwierdzone, że przedmiot umowy nie osiągnął gotowości do odbioru z powodu niewłaściwego zakończenia robót lub ich wadliwego wykonania lub nie zostanie złożona kompletna dokumentacja, o której mowa w § 2 ust 1 pkt 19 to Komisja odmówi dokonania odbioru z winy wykonawcy i może:

e1. wyznaczyć termin, niepowodujący wydłużenia terminu wskazanego w § 1 ust. 4 do usunięcia stwierdzonych nieprawidłowości. Fakt ujawnienia i usunięcia nieprawidłowości zostanie potwierdzony protokolarnie przez przedstawicieli stron, o których mowa w § 4 ust. 1 i 3;

e2 W przypadku stwierdzenia nieprawidłowości wad nienadających się do usunięcia:

e2a. jeżeli sposób wykonania robót budowlanych uniemożliwia użytkowanie obiektu zgodnie z przeznaczeniem, zażądać wykonania przedmiotu umowy po raz drugi lub odstąpić od umowy według własnego uznania, zachowując prawo do naliczenia wykonawcy zastrzeżonych kar i odszkodowań; e2b. jeżeli sposób wykonania robót budowlanych umożliwia użytkowanie obiektu lecz jego wartość użytkowa odbiega od założonej w Załączniku nr 1 do umowy, Zamawiający może żądać obniżenia wynagrodzenia, o którym mowa w § 1 ust. 5 pkt 1 na zasadach ogólnych, określonych w Kodeksie cywilnym; ustalenie wartości użytkowej odbędzie się wspólnie przez Strony lub przez wspólnie wybranego eksperta.

1.7. umowy w § 9 ust 1 pkt 3, 4, 5, 6, 1, 8, 11, w ten sposób, że wszystkie kary umowne przewidziane w tych postanowieniach „za opóźnienie” zostaną zmienione na kary „za zwłokę”.

2. o zasądzenie zwrotu kosztów postępowania odwoławczego.

W dniu 21 września 2020r. zamawiający poinformował o wniesieniu odwołania.

W dniu 24 września 2020r. do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego zgłosił swój udział Budimex Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie, wskazał, że jest zainteresowany udziałem w przedmiotowym postępowaniu i złożeniem oferty, oraz korzystnym dla odwołującego rozstrzygnięciem odwołania. Wskazał, że zarzuty są zasadne, a pozostawienie dotychczasowych postanowień w zakresie przyszłych warunków umownych spowoduje przerzucenie na wykonawców zbyt daleko idących ryzyk kontraktowych. W przypadku uwzględnienia zarzutów odwołania możliwe będzie przeprowadzenie postępowania zgodnie z zasadami ustawy oraz Kodeksu cywilnego, co zagwarantuje w przyszłości niezakończoną realizację opartą na równowadze stron stosunku zobowiązaniowego. Wskazał na wyrok Izby z dnia 20 stycznia 2014r. sygn. akt KIO 5/14. Zgłoszenie zostało wniesione przez pełnomocnika działającego na podstawie pełnomocnictwa z dnia 9 maja 2018r. udzielonego przez dwóch członków zarządu, ujawnionych w KRS w dacie udzielania pełnomocnictwa i upoważnionych do łącznej reprezentacji, zgodnie z odpisem z KRS. Kopia zgłoszenia została przekazana zamawiającemu i odwołującemu w dniu 24 września 2020r.

W dniu 24 września 2020r. do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego zgłosił swój udział Mostostal Warszawa Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie popierając wszystkie zarzuty zawarte w odwołaniu i wnosząc o ich uwzględnienie., Wskazał, że jest zainteresowany złożeniem oferty i pozyskaniem zamówienia. Zgłoszenie zostało wniesione przez wiceprezesa zarządu i prokurenta ujawnionych w KRS i upoważnionych do łącznej reprezentacji, zgodnie z odpisem z KRS. Kopia zgłoszenia została przekazana zamawiającemu i odwołującemu w dniu 24 września 2020r.

W dniu 12 października 2020r. odwołujący złożył oświadczenie o cofnięciu odwołania. Oświadczenie zostało złożone przez pełnomocnika działającego na podstawie pełnomocnictwa z dnia 14 listopada 2019r. udzielonego przez członka zarządu i prokurenta, zgodnie z odpisem z KRS.

Posiedzenie niejawnie z udziałem stron zostało wyznaczone na dzień 13 października 2020r.

Sygn. akt KIO 2360/20

W dniu 21 września 2020r. wykonawca Budimex Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie wniósł odwołanie. Odwołanie zostało wniesione przez pełnomocnika działającego na podstawie pełnomocnictwa z dnia udzielonego przez zgodnie z zasadami reprezentacji ujawnionymi w KRS. Kopia odwołania została przekazana zamawiającemu w dniu 21 września 2020r.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1) art. 139 ust. 1 ustawy w zw. z art. 5 i 353(1) kodeksu cywilnego w zw. z art. 647 kodeksu cywilnego w zw. z art. 654 kodeksu cywilnego w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy przez wprowadzenie do wzoru umowy (Rozdział XVII SIWZ, dalej również jako „umowa”) postanowień uzależniających dokonanie odbioru i wypłaty należnego wynagrodzenia od usunięcia nieistotnych usterek zidentyfikowanych w ramach odbioru częściowego i/lub końcowego, co godzi w istotę i naturę 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;

2) art. 139 ust. 1 ustawy w zw. z art. 5 i 353(1) 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 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;

3) art. 139 ust. 1 ustawy w zw. z art. 353(1) kodeksu cywilnego w zw. z art. 647 kodeksu cywilnego w zw. z art. 5 kodeksu cywilnego w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy w zw. z art. 29 ust. 1 ustawy oraz art. 140 ust 1 w zw. z art. 144 ust. 1 ustawy przez zastrzeżenie przez zamawiającego w §8 ust. 2 pkt 4) umowy uprawnienia do jednostronnego zmniejszenia zakresu rzeczowego umowy, bez wskazania zakresu możliwych zmian z tego wynikających, co godzi w zasadę niezmienności zakresu świadczenia, generując ryzyka niemożliwe do skalkulowania, a w konsekwencji narusza równowagę stron umowy i prowadzi do nadużycia prawa podmiotowego przez zamawiającego;

4) art. 139 ust. 1 ustawy w zw. z art. 5 i 353(1) kodeksu cywilnego w zw. z art. w zw. z art. 16 ust. 1 k.p.a. w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy przez wprowadzenie przez zamawiającego do wzoru umowy postanowień nieproporcjonalnych, niejednoznacznych i niezgodnych z prawem, naruszających bezwzględnie obowiązujące przepisy prawa oraz równowagę stron umowy i prowadzących do naruszenia praw podmiotowych wykonawców, a przejawiających się w obciążeniu wykonawcy ryzykiem braku odbioru ze względu na konieczność uzyskania uprzednio prawomocnej decyzji o pozwoleniu na użytkowanie, co uniemożliwia wykonawcy przyjęcie odpowiednich założeń kalkulacyjnych przy ocenie ekonomiczności kontraktu i sporządzaniu oferty, a w efekcie prowadzi do naruszenia praw wykonawcy.

5) art. 143 a ust. 1 pkt 1) ustawy w zw. z art. 143a ust. 2 ustawy w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy w zw. z art. 139 ust. 1 ustawy w zw. z art. 5 i 353(1) kodeksu cywilnego przez wprowadzenie do umowy niespójnych postanowień umożliwiających zamawiającemu wstrzymanie wypłaty wynagrodzenia należnego wykonawcy w przypadku nieprzekazania dowodów potwierdzających zapłatę wynagrodzenia na rzecz podwykonawców bez wskazania części zatrzymywanego wynagrodzenia oraz bez jednoznacznego wskazania, iż chodzi o wynagrodzenie wymagalne w sytuacji, w której dyspozycja art. 143a ustawy umożliwia zamawiającemu wstrzymanie zapłaty wynagrodzenia tylko w odpowiedniej części, tj. w zakresie, dla którego nie przedstawiono dowodów zapłaty i tylko w sytuacji braku uregulowania wynagrodzenia o wymagalnym charakterze;

6) art. 143 c ust. 1 ustawy w zw. z art. 143c ust. 4 ustawy w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy w zw. z art. 139 ust. 1 ustawy w zw. z art. 5 i 353(1) kodeksu cywilnego przez niespójne uregulowanie procedury bezpośredniej zapłaty przez zamawiającego na rzecz podwykonawców bez jednoznacznego doprecyzowania, iż procedura ta może być wdrożona wyłącznie w sytuacji uchylania się przez wykonawcę od zapłaty wymagalnego wynagrodzenia podwykonawców, przy jednoczesnym wyznaczeniu zbyt krótkiego terminu na ustosunkowanie się wykonawcy co do zasadności jej wdrożenia, podczas gdy art. 143 c ust. 1 i ust 4 ustawy daje zamawiającemu uprawnienie do bezpośredniej zapłaty na rzecz podwykonawcy wyłącznie w sytuacji uchylania się przez wykonawcę z wypłatą wymagalnego wynagrodzenia, dając wykonawcy minimum 7 dniowy termin na ustosunkowanie się co do zasadności procedury wdrożonej w tym zakresie;

7) art. 139 ust. 1 ustawy w zw. z art. 5 i 353(1) kodeksu cywilnego w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy w zw. z art. 143c ust. 7 ustawy w zw. z art. 145 ust. 1 ustawy przez przyznanie zamawiającemu w ramach §8 ust. 1 pkt 1) oraz 4) - 12) umowy prawa do odstąpienia od umowy w przypadkach niedookreślonych, błahych czy nie mających wpływu na możliwość wykonania inwestycji, bez względu na skalę naruszeń i zawinięcie po stronie wykonawcy bądź też zdefiniowanie przesłanek odstąpienia w sposób wykraczający poza bezwzględnie obowiązujące granice ustawowe, 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.

Wniósł o:

1) uwzględnienie odwołania,

2) nakazanie zamawiającemu dokonania zmiany treści SIWZ w sposób wskazany w uzasadnieniu niniejszego odwołania.

W dniu 21 września 2020r. zamawiający poinformował o wniesieniu odwołania.

W dniu 24 września 2020r. do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego zgłosił swój udział Mostostal Warszawa Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie popierając wszystkie zarzuty zawarte w odwołaniu i wnosząc o ich uwzględnienie., Wskazał, że jest zainteresowany złożeniem oferty i pozyskaniem zamówienia. Zgłoszenie zostało wniesione przez wiceprezesa zarządu i prokurenta ujawnionych w KRS i upoważnionych do łącznej reprezentacji, zgodnie z odpisem z KRS. Kopia zgłoszenia została przekazana zamawiającemu i odwołującemu w dniu 24 września 2020r.

W dniu 9 października 2020r. odwołujący złożył pismo, w którym wskazał, iż zamawiający w dniu 28 września 2020 r. (po wniesieniu odwołania przez Budimex S.A.) zamieścił na platformie zakupowej zmodyfikowaną treść SIWZ, która częściowo uwzględniła zarzuty podniesione przez odwołującego w odwołaniu datowanym na dzień 21 września 2020 r.

Odwołujący podnosił iż pomimo braku określenia przez zamawiającego, iż dokonuje on uwzględnienia odwołania (brak wpływu informacji od zamawiającego o częściowym uwzględnieniu odwołania), czynność z dnia 28 września 2020 r. stanowiła wyraz co najmniej częściowego uwzględnienia wniesionego przez odwołującego odwołania, o czym świadczą następujące okoliczności:

• w zakresie zarzutu nr 1, 3, 4, 5 i 6 odwołania odwołującego — dokonana zmiana SIWZ stanowiła pozytywne rozpatrzenie zarzutów odwołania przez modyfikację treści SIWZ, odzwierciedlającą żądania przedstawione w tych zakresach w treści odwołania;

w zakresie zarzutu nr 2 i 7 - dokonana zmiana częściowo stanowiła pozytywne rozpatrzenie zarzutów; dokonana modyfikacja wprowadzała w konsekwencji częściowo odmienne regulacje od wnioskowanych przez odwołującego.

Biorąc pod uwagę powyższe, dokonana przez zamawiającego czynność z dnia 28 września 2020 r. w zakresie modyfikacji treści SIWZ w ocenie odwołującego powinna zostać zakwalifikować jako uwzględnienie części zarzutów odwołania, a wobec częściowego uwzględnienia odwołania odwołujący oświadczył iż wycofuje pozostałe zarzuty odwołania (w zakresie nieuwzględnionym przez zamawiającego). W związku z tym na podstawie art. 186 ust. 3a ustawy wniósł o umorzenie postępowania i wzajemne zniesienie kosztów, wynikające z art. 186 ust. 6 pkt 1 ustawy.

Na wypadek jednak odmiennej interpretacji Krajowej Izby Odwoławczej, co do kwalifikacji czynności dokonanej przez zamawiającego (a więc w razie braku kwalifikacji czynności zamawiającego jako częściowego uwzględnienia odwołania), oświadczył, iż wycofuje w całości odwołanie wniesione w dniu 21 września 2020 r. w ramach przedmiotowego postępowania.

W takiej sytuacji wniósł o umorzenie postępowania odwoławczego prowadzonego przed Krajową Izbą Odwoławczą na podstawie art. 187 ust. 8 ustawy i o zwrot 90% wpisu.

Poinformował jednocześnie, że kopia niniejszego pisma została przesłana informacyjnie zamawiającemu i przystępującemu.

Posiedzenie z udziałem stron zostało wyznaczone na dzień 13 października 2020r.

Zamawiający oświadczył na posiedzeniu, że uwzględnia zarzuty odwołania w części w takim zakresie jaki wynika z modyfikacji treści siwz z dnia 28 września 2020r. w pozostałym zakresie wniósł o oddalenie odwołania.

Sygn. akt KIO 2404/20

W dniu 21 września 2020r. odwołanie wniósł wykonawca Alstal Grupa Budowlana Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa z siedzibą w Bydgoszczy. Odwołanie zostało wniesione przez pełnomocnika działającego na podstawie pełnomocnictwa z dnia 21 września 2020r. udzielonego przez prezesa zarządu komplementariusza spółki komandytowej ujawnionego w KRS i upoważnionego do samodzielnej reprezentacji komplementariusza. Kopia odwołania została przekazana zamawiającemu w dniu 21 września 2020r.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1)art. 3571 k.c. w zw. z art. 3581 § 3 k.c. w zw. z art. 632 § 2 k.c. w zw. z art. 3531 k.c. w zw. z art. 5 k.c. w zw. z art. 58 § 1 i 2 k.c. w zw. z art. 14 w zw. z art. 139 ust. 1 ustawy, polegające na ukształtowaniu treści przyszłego stosunku prawnego w sposób naruszający właściwość stosunku prawnego, zasady współzycia społecznego, bezwzględnie obowiązujące przepisy prawa, prowadząc do nadużycia pozycji dominującej organizatora przetargu, przez co została zachwiana zasada równowagi stron stosunku zobowiązaniowego i doszło do nadużycia prawa podmiotowego przez zamawiającego, poprzez wskazanie, iż podstawą wystawienia faktury przez wykonawcę jest jedynie odbiór (częściowy lub końcowy) bez jakichkolwiek wad i usterek (§1 ust. 9 wzoru umowy, §1 ust. 10 wzoru umowy, §6 ust. 2 pkt 2 wzoru umowy) oraz poprzez brak rozróżnienia wad istotnych i nieistotnych (§6 ust. 2 pkt 3);

2)art. 29 ust. 1 ustawy w zw. z art. 3571 k.c. w zw. z art. 3581 § 3 k.c. w zw. z art. 632 § 2 k.c. w zw. z art. 3531 k.c. w zw. z art. 5 k.c. w zw. z art. 58 k.c. w zw. z art. 647 k.c. w zw. z art. 471 k.c. w zw. z art. 14 w zw. z art. 139 ust. 1 ustawy, polegające na dokonaniu opisu przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny i niewyczerpujący, z pominięciem wszystkich okoliczności mających wpływ na sporządzenie oferty, w sposób niezasadnie przerzucający na wykonawców obowiązek uwzględnienia i oszacowania przy sporządzaniu oferty wszystkich ryzyk, w tym także okoliczności niedookreślonych, przyszłych, nadzwyczajnych i niemożliwych do przewidzenia - tak co do przyczyn, jak i skutków (§1 ust. 7 wzoru umowy);

3)art. 3531 k.c. w zw. z art. 5 k.c. w zw. z art. 483 § 1 k.c. w zw. z art. 29 ust. 1 ustawy w zw. z art. 14 ust. 1 ustawy w zw. z art. 139 ust. 1 ustawy polegające na wykorzystaniu pozycji dominującej organizatora przetargu, rażące uprzywilejowanie w treści projektu przyszłej umowy pozycji zamawiającego, wbrew zasadom współzycia społecznego, naturze stosunku zobowiązaniowego, w sposób stanowiący nadużycie prawa podmiotowego, w a konsekwencji prowadzący do naruszenia zasady zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców poprzez zastrzeżenie kar umownych za opóźnienie a nie kar umownych za zwłokę (§9 ust. 1 wzoru umowy)

4)art. 3531 k.c. w zw. z art. 5 k.c. w zw. z 647 k.c. w zw. z art. 14 ustawy w zw. z art. 29 ust. 1 w zw. z art. 144 ust. 1 ustawy, polegające na ukształtowaniu treści przyszłego stosunku prawnego w sposób naruszający właściwość stosunku prawnego, zasady współzycia społecznego, bezwzględnie obowiązujące przepisy prawa, prowadząc do nadużycia pozycji dominującej organizatora przetargu, przez co została zachwiana zasada równowagi stron stosunku zobowiązaniowego i doszło do nadużycia prawa podmiotowego przez zamawiającego poprzez zastrzeżenie dla zamawiającego uprawnienia do jednostronnego zmniejszenia zakresu rzeczowego umowy, co uniemożliwia skalkulowanie oferty;

Wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu, aby dokonał modyfikacji treści SIWZ w zakresie wzoru umowy i nadanie im treść zgodnie z propozycjami wskazanymi w uzasadnieniu odwołania.

W dniu 22 września 2020r. zamawiający poinformował o wniesieniu odwołania.

W dniu 24 września 2020r. do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego zgłosił swój udział Mostostal Warszawa Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie popierając wszystkie zarzuty zawarte w odwołaniu i wnosząc o ich uwzględnienie., Wskazał, że jest zainteresowany złożeniem oferty i pozyskaniem zamówienia. Zgłoszenie zostało wniesione przez wiceprezesa zarządu i prokurenta ujawnionych w KRS i upoważnionych do łącznej reprezentacji, zgodnie z odpisem z KRS. Kopia zgłoszenia została przekazana zamawiającemu i odwołującemu w dniu 24 września 2020r.

W dniu 12 października 2020r. odwołujący złożył oświadczenie o cofnięciu odwołania w części nieuwzględnionej przez zamawiającego. Wskazał, że zamawiający dokonał szeregu zmian w treści siwz, które uwzględniają zarzuty podniesione przez odwołującego (zmieniając treść siwz zgodnie z żądaniami odwołania. Tym samym w ocenie odwołującego zamawiający w sposób dorozumiany (w myśl art. 60 kc) dokonał uwzględniania wniesionego odwołania w części. Tym samym w zakresie nieuwzględnionym odwołujący cofnął odwołanie i wniósł o umorzenie postępowania odwoławczego. Jednocześnie jeśli Izba nie podzieliłaby stanowiska odwołującego przedstawionego powyżej, odwołujący oświadczył, że cofa wniesione odwołanie w całości.

Posiedzenie z udziałem stron zostało wyznaczone na dzień 13 października 2020r.

Zamawiający wniósł odpowiedź na odwołanie, w której wyjaśniał, że dokonał zmiany zapisów w SIWZ w zakresie umowy tj.:

1. Zamawiający w pierwotnej treści ogólnych warunków umowy w Rozdz. XVII par. 1 ust. 9 wskazał: „Podstawą do wystawienia faktury częściowej będzie podpisany bez zastrzeżeń protokół zaawansowania robót, z zastrzeżeniem ust. 1. I, przy czym dopuszcza się fakturowanie tylko zamkniętych i odebranych bez wad i usterek etapów robót. Faktury częściowe będą wystawiane nie częściej niż jeden raz w miesiącu. Jeżeli zaawansowanie robót odebranych częściowym protokołem odbioru będzie mniejsze niż w założeniu harmonogramu rzeczowo-finansowego, Wykonawca wystawi fakturę częściową pomniejszoną o wartość robót niezrealizowanych zgodnie z harmonogramem rzeczowo-finansowym. ”

Zamawiający poinformował, że w wyniku zmiany SIWZ ust. 9 Rozdz. XVII otrzymał nowe brzmienie: „8. Podstawą do wystawienia faktury częściowej będzie podpisany protokół zaawansowania robót, z zastrzeżeniem ust. 10, przy czym dopuszcza się fakturowanie tylko zamkniętych i odebranych bez wad istotnych etapów robót. Faktury częściowe będą wystawiane nie częściej niż jeden raz w miesiącu.„

2.Zamawiający w pierwotnej treści ogólnych warunków umowy w Rozdz. XVII par. 1 ust. 10 wskazał:

„Podstawą do wystawienia faktury końcowej będzie protokół odbioru końcowego potwierdzający wykonanie robót bez wad i usterek, z zastrzeżeniem ust. 1 i poniżej.

Zamawiający informuje, że w wyniku zmiany SIWZ par. 1 ust. 10 Rozdz. XVII otrzymał nowe brzmienie:

„9. Podstawą do wystawienia faktury końcowej będzie protokół odbioru końcowego potwierdzający wykonanie robót bez wad istotnych, z zastrzeżeniem ust. 10 poniżej”

3.Zamawiający w pierwotnej treści ogólnych warunków umowy w Rozdz. XVII par 6 ust. 2 pkt 2 wskazał:

„Odbiory częściowe - elementów scalonych robót i/lub ich części składowych wskazanych w Harmonogramie mające na celu wyłącznie określenie ilości robót wykonanych przez Wykonawcę oraz będą stanowiły podstawę do wystawienia przez niego faktury przejściowej, jeżeli dotyczą zamkniętych i odebranych bezusterkowo etapów robót, natomiast nie

stanowią potwierdzenia prawidłowości wykonania odebranych robót. Podpisanie protokołu zaawansowania robót bez uwag nie zwalnia Wykonawcy z roszczeń związanych z nienależytym wykonaniem Umowy. Potwierdzenie prawidłowości wykonania przedmiotu umowy nastąpi dopiero przy odbiorze końcowym. Odbiory zaawansowania robót będą się odbywały nie częściej niż jeden raz w miesiącu(...).". Zamawiający poinformował, że w wyniku zmiany SIWZ par. 6 ust. 2 pkt 2 ogólnych warunków umowy otrzymał nowe brzmienie:

„2) Odbiory częściowe - elementów scalonych robót i/lub ich części składowych wskazanych w Harmonogramie mające na celu wyłącznie określenie ilości robót wykonanych przez Wykonawcę oraz będą stanowiły podstawę do wystawienia przez niego faktury przejściowej, jeżeli dotyczą zamkniętych i odebranych bez wad istotnych etapów robót, natomiast nie stanowią potwierdzenia prawidłowości wykonania odebranych robót. Podpisanie protokołu zaawansowania robót bez wad istotnych nie zwalnia Wykonawcy z roszczeń związanych z nienależytym wykonaniem Umowy. Potwierdzenie prawidłowości wykonania przedmiotu umowy nastąpi dopiero przy odbiorze końcowym. Odbiory zaawansowania robót będą się odbywały nie częściej niż jeden raz w miesiącu (...)

4. Zamawiający w pierwotnej treści ogólnych warunków umowy w Rozdz. XVII par 6 ust. 2 pkt 3 wskazał:

„Odbiór końcowy robót.”

a) Strony ustalają, że odbioru końcowego dokonają po wykonaniu przez Wykonawcę wszystkich robót składających się na przedmiot umowy i po uzyskaniu przez Wykonawcę prawomocnej decyzji o pozwoleniu na użytkowanie obiektu, na podstawie oświadczenia kierownika budowy wskazanego w 4 ust. 1 oraz innych czynności przewidzianych przepisami ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane (t. j. Dz. U. z 2020r., poz. 1333 ze zm.), potwierdzonych przez osoby, o których mowa w 4 ust. 3 z uwzględnieniem ust. 3;

b) wraz ze zgłoszeniem gotowości do odbioru końcowego robót budowlanych Wykonawca przedłoży Zamawiającemu wszystkie dokumenty pozwalające na ocenę prawidłowości wykonania robót budowlanych - opisane w par. 2 ust. 1 pkt 19;

c) przystąpienie do odbioru końcowego następuje w terminie nie dłuższym niż 7 dni, licząc od potwierdzenia zakończenia robót, o którym mowa w lit. a;

d) odbioru końcowego robót wykonanych dokonuje Komisja powołana przez zamawiającego, przy udziale osób, o których mowa w 4 ust. 1-3 oraz innych przedstawicieli zamawiającego powołanych odrębną decyzją;

e) jeżeli w toku czynności odbioru końcowego robót budowlanych zostanie stwierdzone, że przedmiot umowy nie osiągnął gotowości do odbioru z powodu niewłaściwego zakończenia robót lub ich wadliwego wykonania lub nie zostanie złożona kompletna dokumentacja o której mowa w 2 ust. 1 pkt 19 to Komisja odmówi dokonania odbioru z winy Wykonawcy i może:

el. wyznaczyć termin, niepowodujący wydłużenia terminu wskazanego w SI ust. 4, do usunięcia stwierdzonych nieprawidłowości. Fakt ujawnienia i usunięcia nieprawidłowości zostanie potwierdzony protokolarnie przez przedstawicieli stron, o których mowa w 54 ust. 1

e2. w przypadku stwierdzenia nieprawidłowości nienadających się do usunięcia:

e2a. jeżeli sposób wykonania robót budowlanych uniemożliwia użytkowanie obiektu zgodnie z przeznaczeniem, zażądać wykonania przedmiotu umowy po raz drugi lub odstąpić od umowy według własnego uznania, zachowując prawo do naliczenia Wykonawcy zastrzeżonych kar i odszkodowań;

e2b. jeżeli sposób wykonania robót budowlanych umożliwia użytkowanie obiektu lecz jego wartość użytkowa odbiega od założonej w Załączniku nr I do umowy, Zamawiający może żądać obniżenia wynagrodzenia, o którym mowa par. 7 ust. 5 pkt I na zasadach ogólnych, określonych w Kodeksie cywilnym;

f) za dzień dokonania odbioru końcowego robót, uznaje się dzień podpisania przez upoważnionych do tego przedstawicieli Stron protokołu końcowego zawierającego decyzję Zamawiającego, co do przyjęcia oddawanego przez Wykonawcę przedmiotu umowy.

g) protokół odbioru końcowego powinien zawierać wszystkie ustalenia dokonane w toku odbioru, w szczególności:

-oznaczenie miejsca sporządzenia protokołu,

-datę rozpoczęcia i zakończenia czynności odbioru, oznaczenie osób uczestniczących w odbiorze i charakteru w jakim uczestniczą w tej czynności, wymienienie dokumentów przygotowanych przez Wykonawcę i przekazanych Zamawiającemu przed odbiorem,

-wynik dokonanej sprawdzenia ilości i jakości robót podlegających odbiorowi, a w szczególności zgodności ich z umową, zasadami wiedzy technicznej i przepisami techniczno-budowlanymi,

-wymienienie ujawnionych wad lub drobnych usterek nie mających charakteru wad istotnych, decyzje Zamawiającego co do przyjęcia lub odmowy przyjęcia oddawanego przez Wykonawcę przedmiotu umowy, co do terminu usunięcia ujawnionych wad, co do obniżenia wynagrodzenia Wykonawcy, o którym mowa w lit. e) 2b za wady, które Zamawiający uznał jako nienadające się do usunięcia lub co do powtórnego wykonania robót,

-oświadczenia i wyjaśnienia Wykonawcy i osób uczestniczących w odbiorze,

-podpisy przedstawicieli Zamawiającego, Wykonawcy i osób uczestniczących. ”

Zamawiający informuje, że w wyniku zmiany SIWZ 56 ust. 2 pkt 3 Rozdz. XVII otrzymał nowe brzmienie:

„3. Odbiór końcowy robót:

a) Strony ustalają, że odbioru końcowego dokonają po wykonaniu przez Wykonawcę wszystkich robót składających się na przedmiot umowy i po uzyskaniu przez Wykonawcę ostatecznej decyzji o pozwoleniu na użytkowanie obiektu, na podstawie oświadczenia kierownika budowy wskazanego w S 4 ust. 1 oraz innych czynności przewidzianych przepisami ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane (t. j. Dz. U. z 2020r., poz. 1333 ze zm.), potwierdzonych przez osoby, o których mowa w 4 ust. 3 i 4 z uwzględnieniem ust. 3;

b) wraz ze zgłoszeniem gotowości do odbioru końcowego robót budowlanych Wykonawca przedłoży Zamawiającemu wszystkie dokumenty pozwalające na ocenę prawidłowości wykonania robót budowlanych - opisane w par. 2 ust. 1 pkt 19;

c) przystąpienie do odbioru końcowego następuje w terminie nie dłuższym niż 7 dni, licząc od potwierdzenia zakończenia robót, o którym mowa w lit. a;

d) odbioru końcowego robót wykonanych dokonuje Komisja powołana przez Zamawiającego, przy udziale osób, o których mowa w par. 4 ust. 1, 3, 4 oraz innych przedstawicieli Zamawiającego powołanych odrębną decyzją;

e) jeżeli w toku czynności odbioru końcowego robót budowlanych zostanie stwierdzone, że w ramach przedmiotu zostały zidentyfikowane wady o charakterze istotnym lub nie zostanie złożona kompletna dokumentacja, o której mowa w par. 2 ust. 1 pkt 19 to Komisja przede wszystkim czynności odbiorowe z winy Wykonawcy i:

el. w przypadku stwierdzenia wad istotnych nadających się do usunięcia wyznaczy termin, niepowodujący wydłużenia terminu wskazanego w S I ust. 4. do usunięcia stwierdzonych wad. Fakt ujawnienia i usunięcia wad istotnych zostanie

potwierdzony protokolarnie przez przedstawicieli stron, o których mowa w 54 ust. 1 3 i 4; e2. w przypadku stwierdzenia wad nienadających się do usunięcia:

e2a. jeżeli sposób wykonania robót budowlanych uniemożliwia użytkowanie obiektu zgodnie z przeznaczeniem, Zamawiający może zażądać wykonania przedmiotu umowy po raz drugi lub odstąpić od umowy według własnego uznania, zachowując prawo do naliczenia Wykonawcy zastrzeżonych kar i odszkodowań; e2b. jeżeli sposób wykonania robót budowlanych umożliwia użytkowanie obiektu, lecz jego wartość użytkowa odbiega od założonej w Załączniku nr I do umowy. Zamawiający dokona odbioru końcowego oraz może żądać obniżenia wynagrodzenia, o którym mowa w par. 1 ust. 5 pkt 1 na zasadach ogólnych, określonych w Kodeksie cywilnym;

f)za dzień dokonania odbioru końcowego robót, uznaje się dzień podpisania przez upoważnionych do tego przedstawicieli Stron protokołu końcowego zawierającego decyzję Zamawiającego, co do przyjęcia oddawanego przez Wykonawcę przedmiotu Umowy.

g)protokół odbioru końcowego powinien zawierać wszystkie ustalenia dokonane w toku odbioru, w szczególności:

oznaczenie miejsca sporządzenia protokołu, datę rozpoczęcia i zakończenia czynności odbioru, oznaczenie osób uczestniczących w odbiorze i charakteru w jakim uczestniczą w tej czynności, wymienienie dokumentów przygotowanych przez Wykonawcę i przekazanych Zamawiającemu przed odbiorem, wynik dokonanej kontroli ilości i jakości robót podlegających odbiorowi, a w szczególności zgodności ich z umową zasadami wiedzy technicznej i przepisami techniczno-budowlanymi, wymienienie ujawnionych wad lub drobnych usterek nie mających charakteru wad istotnych, decyzje Zamawiającego co do przyjęcia lub odmowy przyjęcia oddawanego przez Wykonawcę przedmiotu umowy, co do terminu usunięcia ujawnionych wad istotnych, co do obniżenia wynagrodzenia Wykonawcy, o którym mowa w lit. e) 2b za wady, które Zamawiający uznał jako nienadające się do usunięcia lub co do powtórzonego wykonania robót, oświadczenia i wyjaśnienia Wykonawcy i osób uczestniczących w odbiorze, podpisy przedstawicieli Zamawiającego, Wykonawcy i osób uczestniczących".

5, Zamawiający w pierwotnej treści ogólnych warunków umowy w Rozdz. XVII SI ust. 7 wskazał:

„Wynagrodzenie, o którym mowa w ust. 5 obejmuje wszystkie koszty związane z realizacją przedmiotu umowy, w tym koszty robót i materiałów, niewyspecyfikowanych w dokumentach umownych, niezbędnych do wykonania całości prac objętych niniejszą umową w sposób zgodny z wymogami sztuki budowlanej oraz przepisami obowiązującego prawa budowlanego, oraz koszty wykonania wszystkich obowiązków wskazanych w Umowie, w tym w okresie gwarancji i rękojmi i nie będzie zmienione przez cały okres jej obowiązywania. szczególności Wykonawca nie może żądać podwyższenia wynagrodzenia, chociażby w czasie zawarcia umowy nie mógł przewidzieć rozmiaru oraz kosztów prac. Wynagrodzenie nie będzie waloryzowane w okresie obowiązywania umowy.”.

Zamawiający informuje, że w wyniku zmiany SIWZ par. 1 ust. 7 Rozdz. XVII otrzymał nowe brzmienie: „6. Wynagrodzenie, o którym mowa w ust. 5 obejmuje wszystkie koszty związane z realizacją przedmiotu umowy, w tym koszty robót i materiałów, niewyspecyfikowanych w dokumentach umownych, niezbędnych do wykonania całości prac objętych niniejszą umową w sposób zgodny z wymogami sztuki budowlanej oraz przepisami obowiązującego prawa budowlanego, oraz koszty wykonania wszystkich obowiązków wskazanych w Umowie, w tym w okresie gwarancji i rękojmi i nie będzie zmienione przez cały okres jej obowiązywania.

6.Zamawiający w pierwotnej treści ogólnych warunków umowy w Rozdz. XVII par. 1 ust. 6 pkt 1 wskazał:

„Strony ustalają, że w przypadku:

(...) robót wynikających z Załącznika nr 1 do umowy lub zasad wiedzy technicznej, a nie wyszczególnionych w Kosztorysach, o których mowa w par. 2 ust. 1 pkt 1 , zapłata nastąpi w ramach wynagrodzenia, o którym mowa w ust. 5 pkt 1

Zamawiający informuje, że w wyniku zmiany SIWZ wykreślił w Rozdz. XVII par. 1 ust. 6 pkt 1.

7.Zamawiający w pierwotnej treści ogólnych warunków umowy w Rozdz. XVII par. 9 ust. 1 wskazał:

I. W przypadku niewykonania lub nienależytego wykonania umowy Wykonawca zobowiązany jest zapłacić Zamawiającemu kary:

10% kwoty, o której mowa w par. 1 ust. 5 pkt I, gdy Zamawiający odstąpi od umowy z powodu okoliczności leżących po stronie Wykonawcy;

2)kwoty, o której mowa w ust. 5 pkt 1, w przypadku odstąpienia od umowy przez Wykonawcę na jakiegokolwiek podstawie z przyczyn nieleżących po stronie Zamawiającego;

3)0,5% kwoty, o której mowa w ust. 5 pkt I, za każdy dzień opóźnienia w dotrzymaniu terminu określonego w par. 1 ust. 4;

4)0,5% kwoty, o której mowa w par. 1 ust. 5 pkt I, za każdy dzień opóźnienia w usunięciu wad/usterek w stosunku do terminu wskazanego w protokole z przeglądu okresowego/

5)2.000,00 złotych, w przypadku braku zapłaty lub nieterminowej zapłaty wynagrodzenia Podwykonawcy lub dalszemu Podwykonawcy - za każdy dzień opóźnienia w dotrzymaniu terminu wskazanego w par 5 ust. 6 pkt 3;

6)7.000,00 złotych w przypadku nieprzedłożenia Zamawiającemu do zaakceptowania projektu umowy lub jej zmian, kopii umowy o podwykonawstwo, której przedmiotem są roboty budowlane/dostawy/ Usługi w terminie wskazanym odpowiednio - w par. 5 ust. 5, Ust. 8, ust. 10- za każdy dzień opóźnienia;

7)2.000,00 złotych, w przypadku braku zmiany umowy o podwykonawstwo w zakresie terminu zapłaty wynagrodzenia, w terminie wskazanym w par. 5 ust. 7 pkt. 1 - za każdy dzień opóźnienia;

8)1% kwoty, o której mowa w par. 1 ust. 5 pkt I, za każdy dzień opóźnienia względem terminów wskazanych w par. 2 ust. 1;

9)za niedopełnienie wymogu zatrudniania pracowników na podstawie umowy o pracę, Wykonawca zapłaci Zamawiającemu kary umowne w wysokości 2.000,00 zł za każdy dzień oraz liczbę dni w okresie realizacji umowy, w których nie dopełniono przedmiotowego wymogu - za każdą osobę wykonującą czynności, o których mowa w par. 2 ust. 1 pkt 21;

10)3.000,00 złotych za każdorazowe niestawienie się na spotkanie koordynacyjne, o którym mowa w par. 2 ust. 1 pkt. 24;

l I) za opóźnienie w usunięciu wad ujawnionych przy odbiorze końcowym przedmiotu umowy realizowanego w terminie określonym w ust. 4 lub w usunięciu wad tegoż przedmiotu umowy powstałych w okresie gwarancji w wysokości 02% wynagrodzenia określonego w ust. 5, za każdy dzień opóźnienia.

Zamawiający informuje, że w wyniku zmiany SIWZ par. 9 ust. 1 Rozdz. XVII otrzymał nowe brzmienie: „I. W przypadku niewykonania lub nienależytego wykonania umowy Wykonawca zobowiązany jest zapłacić Zamawiającemu kary:

l) 10% kwoty, o której mowa w par. 1 ust. 5 pkt 1, gdy Zamawiający odstąpi od umowy z powodu okoliczności leżących po stronie Wykonawcy;

2)10% kwoty, o której mowa w par. 1 ust. 5 pkt I , w przypadku odstąpienia od umowy przez Wykonawcę na jakiegokolwiek podstawie z przyczyn nieleżących po stronie Zamawiającego;

3) 0,15 % kwoty, o której mowa w par. 1 ust. 5 pkt 1, za każdy dzień zwłoki w dotrzymaniu terminu określonego w par. 1 ust. 4;

4) 0,1 % kwoty, o której mowa w par. 1 ust. 5 pkt 1, za każdy dzień zwłoki w usunięciu wad/usterek stwierdzonych w protokołach odbioru częściowego, protokołu odbioru końcowego oraz przeglądów okresowych w okresie gwarancji w stosunku do terminów w nich określonych

5) 2.000,00 zł w przypadku braku zapłaty lub nieterminowej zapłaty wynagrodzenia Podwykonawcy lub dalszemu Podwykonawcy — za każdy stwierdzony przypadek

6) 1.000,00 zł w przypadku nieprzedłożenia Zamawiającemu do zaakceptowania projektu umowy lub jej zmian, kopii umowy o podwykonawstwo, której przedmiotem są roboty budowlane/dostawy/usługi w terminie wskazanym odpowiednio w par. 5 ust. 5, ust. 8, ust. 10 - za każdy stwierdzony przypadek

7) 2.000,00 zł, w przypadku braku zmiany umowy o podwykonawstwo w zakresie terminu zapłaty wynagrodzenia, w terminie wskazanym w par. 5 ust. 11 za każdy stwierdzony przypadek

8) za niedopełnienie wymogu zatrudnienia pracowników na podstawie umowy o pracę, Wykonawca zapłaci Zamawiającemu kary umowne w wysokości 500,00 zł na każdy stwierdzony przypadek — za każdą osobę wykonującą czynności, o których mowa w par. 2 ust. 1, pkt 21

9) 2.000,00 złotych za każdorazowe nieusprawiedliwione niestawienie się na spotkanie koordynacyjne, o którym mowa w par. 2 ust. 1 pkt 24.”

8. Zamawiający w pierwotnej treści ogólnych warunków umowy w Rozdz. XVII par. 8 ust. 2 pkt 4 wskazał:

„Zamawiający zastrzega sobie prawo odstąpienia od wykonania niektórych elementów przedmiotu umowy i odpowiedniego zmniejszenia wynagrodzenia Wykonawcy. Odstąpienie od wykonania niektórych elementów przedmiotu umowy nie będzie traktowane przez strony jako odstąpienie od umowy.”

Zamawiający informuje, że w wyniku zmiany SIWZ par. 8 ust. 2 pkt 4 Rozdz. XVII otrzymał nowe brzmienie:

„3. Zamawiający zastrzega sobie prawo odstąpienia od wykonania niektórych elementów przedmiotu umowy i odpowiedniego zmniejszenia wynagrodzenia Wykonawcy, z zastrzeżeniem, że łączne zmniejszenie zakresu umownego nie przekroczy 10% całości zakresu umowy. Odstąpienie od wykonania niektórych elementów przedmiotu umowy nie będzie traktowane przez strony jako odstąpienie od umowy.”

9. Zamawiający w pierwotnej treści ogólnych warunków umowy w Rozdz. XVII par. 1 ust. 6 pkt 2 wskazał:

„Strony ustalają, że w przypadku:

(...) wystąpienia robót zaniechanych - wynagrodzenie ryczałtowe określone w ust. 5 pkt zostanie pomniejszone o kwotę w oparciu o rzeczywistą ilość robót zaniechanych i ceny jednostkowe określone przez Wykonawcę w Kosztorysach”.

Zamawiający poinformował, że w wyniku zmiany SIWZ wykreślił w Rozdz. XVII par. 1 ust. 6 pkt 2.

Zmiana treści SIWZ w ww. zakresie została zamieszczona na Platformie Zakupowej w dn. 28 września 2020 r.

Zamawiający poinformował, że przez dokonanie zmian zapisów w SIWZ w dniu 28 września 2020 roku w zdecydowanej większości uwzględnił zarzuty będące przedmiotem odwołania. W części w której zmiany SIWZ nie uwzględniają w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania.

Izba zważyła, co następuje:

Izba stwierdziła, że zgłoszone przystąpienia spełniają wymogi formalne określone w art. 185 ust. 2 ustawy.

Sygn. akt KIO 2352/20

Przepis art. 187 ust. 8 ustawy stanowi, iż odwołujący może cofnąć odwołanie do czasu zamknięcia rozprawy; w takim przypadku Izba umarza postępowanie odwoławcze, przy czym, jeżeli cofnięcie nastąpiło przed otwarciem rozprawy, odwołującemu zwraca się 90 % wpisu.

Uwzględniając powyższe, Krajowa Izba Odwoławcza, działając na podstawie art. 187 ust. 8 zdanie pierwsze ustawy, na posiedzeniu umorzyła postępowanie odwoławcze.

Zgodnie z art. 187 ust. 8 zdanie drugie ustawy, orzeczono o zwrocie odwołującemu 90% kwoty uiszczonego wpisu.

Izba postanowiła nie zasądzać na rzecz zamawiającego zwrotu kosztów postępowania odwoławczego z tego względu, że brak było w tym zakresie wniosku zamawiającego, nadto wycofanie odwołania nastąpiło na więcej niż jeden dzień przed terminem posiedzenia niejawnego z udziałem stron, co jest zgodne z par. 5 ust. 1 pkt 3 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. nr 41 poz. 238 ze zm. z 2017r. poz. 47).

Sygn. akt KIO 2360/20 i sygn. akt KIO 2404/20

Zgodnie z art. 186 ust. 3a ustawy 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.

Jak wynika z ustalonego stanu faktycznego, zamawiający uwzględnił część zarzutów odwołania, odwołujący cofnęli pozostałe zarzuty, a po stronie zamawiającego nie przystąpił żaden wykonawca. Tak ustalony stan faktyczny nadaje się do subsumpcji pod normę art. 186 ust. 3 a, co obliuguje Izbę do umorzenia postępowania odwoławczego.

Rozstrzygnięcie o kosztach postępowania wydano na podstawie art. 186 ust. 6 pkt 1 ustawy oraz § 5 ust. 1 pkt 2 a 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 2010 r. Nr 41, poz. 238, zm. Dz. U. z 2017 r., poz. 47), z których wynika, że jeżeli zamawiający uwzględnił w części zarzuty przedstawione w odwołaniu, a pozostałe zarzuty zostały przez odwołującego wycofane przed rozpoczęciem rozprawy, koszty postępowania znosi się wzajemnie, a odwołującemu zwraca się z rachunku Urzędu Zamówień Publicznych kwotę uiszczoną tytułem wpisu.

Przewodniczący: