Sygn. akt: KIO 3047/24

POSTANOWIENIE

Warszawa, dnia 30 września 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Monika Banaszkiewicz

Protokolant Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na posiedzeniu z udziałem stron i uczestników postępowania w dniu 30 września 2024 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 23 sierpnia 2024 r. przez wykonawcę STRABAG sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Agencję Rozwoju Miasta Krakowa sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie

Uczestnicy po stronie odwołującego:

A. HOCHTIEF Polska S.A. z siedzibą w Warszawie,

B. NDI S.A. z siedzibą w Sopocie

postanawia:

1. umorzyć postępowanie odwoławcze,

2. nakazać zwrot z rachunku Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz odwołującego STRABAG sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie kwoty 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) stanowiącej uiszczony wpis od odwołania.

Na orzeczenie - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie -Sądu Zamówień Publicznych.

Przewodnicząca:

Sygn. akt: KIO 3047/24

Uzasadnienie

Zamawiający – Agencja Rozwoju Miasta Krakowa sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie – prowadzi z zastosowaniem przepisów ustawy z 11 września 2019 r. prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2024 r. poz. 1320 dalej: „ustawa Pzp”), w trybie w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie pn.: „Budowa budynku usługowego „Krakowskie Centrum Muzyki”, przy ul. Piastowskiej w Krakowie – II Etap” (nr postępowania 17/2024). Wartość zamówienia jest wyższa, niż progi unijne. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 13 sierpnia 2024 r. pod numerem nr 486754-2024

W dniu 23 sierpnia 2024 r. wykonawca STRABAG sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie wniósł na podstawie art. 505 ust. 1, art. 513 pkt 1, art. 515 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp odwołanie na niezgodną z przepisami czynność Zamawiającego podjętą w prowadzonym przez niego postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, polegającą na ustaleniu treści Specyfikacji Warunków Zamówienia, w tym załącznika C do SWZ „Projektowane postanowienia umowy” (dalej „Umowa”) w sposób naruszający przepisy ustawy Pzp oraz przepisy Kodeksu cywilnego (dalej „ KC”).

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

1) art. 647 KC, $353^1$ KC, art. 58 KC w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp oraz art. 16 ustawy Pzp, w zw. z art. 433 pkt. 3) ustawy Pzp poprzez określenie w części 3 Umowy „Warunki szczególne kontraktu” w klauzuli 1.8, że Wykonawca zobowiązany jest do wykonania dokumentacji wykonawczej oraz dokonywania jej uzupełnień w przypadku występowania w niej błędów lub wad, która to czynność winna być jak już dokonywana przez Nadzór Autorski i autora projektu budowlanego, tj. wprowadzenie następujących zapisów:

a) Wykonawca przedłoży Inżynierowi do zatwierdzenia takie rysunki, świadectwa, obliczenia i/lub inną techniczną dokumentację, jak określone zostało w Specyfikacjach, Warunkach, Kontrakcie, Dokumentacji Projektowej lub jak wymagane jest przez Inżyniera.

b) Przez okres realizacji Robót oraz Kontraktu, dokumenty wymienione w Specyfikacji, Dokumenty Wykonawcy, Rysunki i Zmiany oraz inne komunikaty otrzymane na mocy Kontraktu, będą dostępne dla Inżyniera, Przedstawiciela Inżyniera oraz dla innych osób upoważnionych pisemnie przez Inżyniera. Wykonawca będzie odpowiedzialny za uzupełnianie dokumentów, o których mowa poniżej w niniejszej klauzuli.

c) Prace Towarzyszące i Roboty Tymczasowe wraz z kosztami ich realizacji i opłatami, w tym koszty związane z uzupełnieniem i wykonaniem dokumentacji wykonawczej i odbiorowej, ponosi Wykonawca,

które przerzucają na Wykonawcę ryzyka konieczności wykonania dokumentacji wykonawczej oraz jej ewentualnej modyfikacji, co wyczerpuje normę klauzuli abuzywnej z art. 433 pkt 3 ustawy Pzp i stanowi wyraz nadużycia pozycji dominującej przez Zamawiającego oraz oczywiste naruszenie art. 647 KC nakładającego na inwestora obowiązek przekazania wykonawcy projektu, jako immanentnego składnika umowy o roboty budowlane.

2) naruszenie art. 647 KC, 3531 KC, art. 58 KC w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp oraz art. 16 ustawy Pzp, w zw. z art. 433 pkt. 3) ustawy Pzp poprzez przyjęcie w części 3 Umowy „Warunki szczególne kontraktu" w klauzuli 2.1 „Prawo dostępu do terenu budowy" jednostronnego uprawnienia Zamawiającego do zmiany daty przekazania wykonawcy terenu budowy bez przyznania wykonawcy jakichkolwiek roszczeń terminowych, bądź finansowych z tego tytułu i nałożenie na wykonawcę obowiązku skalkulowania w swojej ofercie ww. ryzyka przesunięcia terminu przekazania przez Zamawiającego terenu budowy, co jest nie tylko ryzykiem niemożliwym do skalkulowania, skoro wykonawca nie wie kiedy i czy w ogóle teren budowy zostanie mu przekazany, ale przerzucenie takiego ryzyka na Wykonawcę wyczerpuje normę klauzuli abuzywnej z art. 433 pkt 3 ustawy Pzp i stanowi wyraz nadużycia pozycji dominującej przez Zamawiającego oraz oczywiste naruszenie art. 647 KC nakładającego na inwestora obowiązek przekazania wykonawcy terenu budowy jako immanentny składnik umowy o roboty budowlane.

3) art. 16 pkt 1, 2 i 3 oraz art. 433 pkt 3 ustawy Pzp oraz art. 99 ustawy Pzp w związku z art. 8 ust 1 ustawy Pzp oraz art. 353(1) KC w zw. z art. 647 i art. 649 KC poprzez

a) określenie w części 3 Umowy „Warunki szczególne kontraktu" w klauzuli 4.1a pkt 2.1 obowiązku pozyskania przez wykonawcę pozwolenia na użytkowanie dla całego obiektu Centrum Muzyki, obejmującego także uzyskanie tego pozwolenia dla robót i prac wykonanych przez poprzedniego wykonawcę MIRBUD S.A. z siedzibą w Skierniewicach (KRS: 270385), co stanowi warunek niemożliwy do oszacowania przez wykonawcę na etapie składania przez niego oferty w sytuacji, w której nie jest on w stanie określić nie tylko jakości i prawidłowości robót i prac wykonanych przez poprzedniego wykonawcę, ale również tego czy roboty i prace poprzedniego wykonawcy nie są obarczone brakami niezbędnymi do uzyskania tej decyzji. Wobec braku możliwości przyjęcia na siebie przez wykonawcę ryzyk w ww. zakresie o nieznanym na dzień złożenia oferty rozmiarze, wykonawca powinien mieć uprawnienie do zwolnienia z odpowiedzialności za brak uzyskania decyzji udzielającej pozwolenia na użytkowanie obiektu w sytuacji, w której wynika to z braków, bądź wad/usterek w robotach i pracach poprzedniego wykonawcy, których obecny wykonawca nie był w stanie stwierdzić przy zachowaniu należytej staranności podczas przejęcia od Zamawiającego terenu budowy.

b) narzucenie wykonawcy w części 3 Umowy „Warunki szczególne kontraktu" w klauzuli 4.6 akapit 3 oraz w §3 ust. 1 części 4 Umowy pn. „Karta gwarancyjna" obowiązku przejęcia uprawnień z tytułu gwarancji z tytułu wystąpienia wad, usterek, awarii lub niezakończonych robót, usług lub dostaw wykonanych przez poprzedniego wykonawcę MIRBUD S.A. z siedzibą w Skierniewicach (KRS: 270385), co stanowi warunek niemożliwy do oszacowania przez wykonawcę na etapie składania przez niego oferty w sytuacji, w której nie jest on w stanie określić nie tylko jakości i prawidłowości robót i prac wykonanych przez poprzedniego wykonawcę, ale również tego czy roboty i prace poprzedniego wykonawcy nie są obarczone brakami, co także wyczerpuje normę klauzuli abuzywnej z art. 433 pkt 3 ustawy Pzp, poprzez przerzucenie na wykonawcę odpowiedzialności za okoliczności, za które wyłączną odpowiedzialność ponosi zamawiający. To zamawiający dokonując odbioru robót po poprzednim wykonawcy posiada, bądź powinien posiadać pełną wiedzę na temat wad, bądź robót niezakończonych przez ten podmiot i tym samym obowiązek przekazania informacji w tym zakresie obecnemu wykonawcy na etapie składania przez niego oferty. Ponadto, wykonawca nie jest w stanie w sposób wyczerpujący określić wszystkich wad/braków robót po poprzednim wykonawcy, dając Zamawiającemu gwarancję, że w trakcie prowadzenia przez niego robót nie ujawnią się takie wady, bądź braki w robotach poprzedniego wykonawcy, których wykryć przy dochowaniu należytej staranności się nie da na etapie składania oferty. Wobec braku możliwości przyjęcia na siebie przez wykonawcę ryzyk w ww. zakresie o nieznanym na dzień złożenia oferty rozmiarze, wykonawca powinien mieć uprawnienie do zwolnienia z odpowiedzialności z tytułu gwarancji z tytułu wystąpienia wad, usterek, awarii lub niezakończonych robót, usług lub dostaw wykonanych przez poprzedniego wykonawcę MIRBUD S.A. z siedzibą w Skierniewicach (KRS: 270385) w sytuacji, w której ww. wady, bądź braki w robotach i pracach poprzedniego wykonawcy, nie są możliwe do stwierdzenia przez wykonawcę przy zachowaniu należytej staranności podczas przejęcia od Zamawiającego terenu budowy.

c) narzucenie wykonawcy w części 3 Umowy „Warunki szczególne kontraktu" w klauzuli 4.10 obowiązku przejęcia po podpisaniu protokołu przejęcia terenu budowy pełnej odpowiedzialności za roboty i prace wykonane przez poprzedniego wykonawcę MIRBUD S.A. z siedzibą w Skierniewicach (KRS: 270385) co stanowi warunek niemożliwy do oszacowania przez wykonawcę na etapie składania przez niego oferty w sytuacji, w której nie jest on w stanie określić nie tylko jakości i prawidłowości robót i prac wykonanych przez poprzedniego wykonawcę, ale również tego czy roboty i prace poprzedniego wykonawcy nie są obarczone brakami, co także wyczerpuje normę klauzuli abuzywnej z art. 433 pkt 3 ustawy Pzp, poprzez przerzucenie na wykonawcę odpowiedzialności za okoliczności, za które wyłączną odpowiedzialność ponosi zamawiający. To zamawiający dokonując odbioru robót po

poprzednim wykonawcy posiada, bądź powinien posiadać pełną wiedzę na temat wad, bądź robót niezakończonych przez ten podmiot i tym samym obowiązek przekazania informacji w tym zakresie obecnemu wykonawcy na etapie składania przez niego oferty. Ponadto, wykonawca nie jest w stanie w sposób wyczerpujący określić wszystkich wad/braków robót po poprzednim wykonawcy, dając Zamawiającemu gwarancję, że w trakcie prowadzenia przez niego

robót nie ujawnią się takie wady, bądź braki w robotach poprzedniego wykonawcy, których wykryć przy dochowaniu należytej staranności się nie da na etapie składania oferty. Wobec braku możliwości przyjęcia na siebie przez wykonawcę ryzyk w ww. zakresie o nieznanym na dzień złożenia oferty rozmiarze, wykonawca powinien mieć uprawnienie do zwolnienia z odpowiedzialności z tytułu gwarancji z tytułu wystąpienia wad, usterek, awarii lub niezakończonych robót, usług lub dostaw wykonanych przez poprzedniego wykonawcę MIRBUD S.A. z siedzibą w Skierniewicach (KRS: 270385) w sytuacji, w której ww. wady, bądź braki w robotach i pracach poprzedniego wykonawcy, nie są możliwe do stwierdzenia przez wykonawcę przy zachowaniu należytej staranności podczas przejęcia od Zamawiającego terenu budowy.

4) art. 16 pkt 1, 2 i 3 w zw. z art. 99 ustawy Pzp w zw. z art. 3531 KC i art. 647 KC poprzez określenie w części 3 Umowy „Warunki szczególne kontraktu" w klauzuli 6.8 „Kadra wykonawcy" w akapicie 6 niespotykanego w umowach o roboty budowlane obowiązku osobistego stawiania się personelu wykonawcy tj. w szczególności Kierownika Kontraktu, Kierownika Budowy, kierowników robót i kierowników prac na każde wezwanie Zamawiającego w czasie nie dłuższym niż 60 minut w siedzibie Zamawiającego, co stanowi nie tylko nieprzejrzyste i niedokładne określenie przez Zamawiającego warunków Umowy, skoro wykonawca nie jest w stanie w żaden sposób zagwarantować, że jego personel stawi się na każde wezwanie Zamawiającego w terminie 60 minut, ale nadużycie przez niego pozycji dominującej poprzez konstruowanie Umowy w taki sposób, aby wykonawca na zasadzie ryzyka (a nie winy) gwarantował spełnienie obowiązku niemożliwego do wykonania w przypadku zaistnienia okoliczności, za które nie ponosi odpowiedzialności, a których wystąpienie powinno usprawiedliwiać brak możliwości jego spełnienia.

5) art. 16 ustawy Pzp, art. 8 ust. 1 ustawy Pzp, art. 134 ust. 1 pkt 20 ustawy Pzp w związku z art. $353^1$ KC i art. 647 KC w zw. z art. 484 §2 KC w zw. z art. 483 KC i art. 473 §1 KC ze względu na zastrzeżenie w części 3 Umowy „Warunki szczególne kontraktu" w klauzuli „Kary za zwłokę" w pkt. 8.7 pkt 4) lit. c) kary umownej za nieobecność na Terenie Budowy którejkolwiek z osób wskazanych w Akcie Umowy – tj. Kierownika Kontraktu (przez cały okres i przez cały czas realizacji Kontraktu), Kierownika Budowy (przez cały czas realizacji Robót) lub z tytułu nieobecności na Terenie Budowy którejkolwiek z osób wskazanych w Akcie Umowy – tj. Kierownika robót lub Kierownika prac, w trakcie kiedy wykonywane są prace lub roboty nad którymi sprawuje on kierownictwo (zgodnie z zakresem posiadanych uprawnień) w

wysokości 0,05% Zatwierdzonej Kwoty Kontraktowej (za każdą nieobecność), która to kara umowna jest nie tylko rażąco wygórowana, lecz także mająca charakter wyłącznie represyjny i nieuzasadniony w przypadku, w którym wykonawca wykaże, że brak obecności na terenie budowy którejkolwiek ze wskazanych osób z jego personelu nastąpił na skutek zaistnienia okoliczności, za które odpowiedzialności nie ponosi, co stanowi ponadto nadużycie swobody Zamawiającego do kształtowania postanowień umownych, uniemożliwiający Wykonawcy prawidłowe oszacowanie ryzyk związanych z realizacją Umowy oraz mogący prowadzić do niczym nieuzasadnionego wzbogacenia się Zamawiającego kosztem Wykonawcy, która to wysokość ma charakter rażąco wygórowany, co powoduje, że kary nie mają charakteru dyscyplinującego, a wyłącznie represyjny oraz stwarzają ryzyko bezpodstawnego wzbogacenia po stronie Zamawiającego kosztem Wykonawcy.

6) art. 16 ustawy Pzp, art. 8 ust. 1 ustawy Pzp, art. 134 ust. 1 pkt 20 ustawy Pzp w związku z art. 353(1) KC i art. 647 KC w zw. z art. 484 §2 KC w zw. z art. 483 KC i art. 473 §1 KC ze względu na zastrzeżenie w części 3 Umowy „Warunki szczególne kontraktu" w klauzuli „Kary za zwłokę" w pkt. 8.7 pkt 5) kary umownej z tytułu odstąpienia od Umowy z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy (lub za odstąpienie od Umowy przez Wykonawcę z przyczyn nieleżących po stronie Zamawiającego, chyba że Umowa wyraźnie przyznaje Wykonawcy uprawnienie do odstąpienia od Umowy lub jej rozwiązania, w przypadkach wprost wskazanych w Umowie) w wysokości 10% Zatwierdzonej Kwoty Kontraktowej, która to kara umowna ma charakter wyłącznie represyjny i stanowi niczym nieusprawiedliwione wzbogacenie się Zamawiającego kosztem wykonawcy, ponieważ na skutek zastrzeżenia tej kary umownej wykonawca ponosi konsekwencje względem Zamawiającego, gdy odstąpi od Umowy na skutek przyczyn, które nie są w żaden sposób związane z Zamawiającym, a wynikają z przyczyn nieleżących po żadnej ze stron Umowy np. zdarzenia losowe. Za bezpodstawne uznać należy w takiej sytuacji żądanie przez Zamawiającego zapłaty od wykonawcy tej kary umownej, skoro przesłanka do jej naliczenia nie jest zupełnie związana z działaniem, bądź zaniechaniem Wykonawcy.

7) art. 16 ustawy Pzp, art. 8 ust. 1 ustawy Pzp, art. 134 ust. 1 pkt 20 ustawy Pzp w związku z art. 353(1) KC i art. 647 KC w zw. z art. 484 §2 KC w zw. z art. 483 KC i art. 473 §1 KC ze względu na zastrzeżenie w części 3 Umowy „Warunki szczególne kontraktu" w klauzuli „Kary za zwłokę" w pkt. 8.7 przedostatni akapit uprawnienia Zamawiającego do wliczenia do limitu wszystkich kar umownych także kary umownej z tytułu odstąpienia od umowy, co powoduje, że górny limit kar umownych możliwych do naliczenia wykonawcy wynosi 30% wynagrodzenia umownego co jest poziomem wygórowanym i znacząco odstającym od realiów rynkowych, jest nieproporcjonalne, prowadzi na naruszenia zasad kontraktowania i bezpodstawnie wzbogaca Zamawiającego. Zamawiający z tytułu nieprawidłowego wykonania Umowy (np. nieterminowego wykonania Umowy) będzie poza tym mógł naliczyć karę umowną, którą

będzie następnie kumulował z karą umowną z tytułu odstąpienia od Umowy (pkt. 8.7 pkt 5)), co w świetle orzecznictwa Sądu Najwyższego (uchwała SN z 18 lipca 2012 r. III CZP 39/12) 8) art. 16 pkt. 1) ustawy Pzp, art. 99 ust. 1 ustawy Pzp, art. 433 pkt 3 ustawy Pzp w związku z art. 8 ust 1 ustawy Pzp, art. 5 KC, art. 58 KC, art. $353^1$ KC w zw. z art. 647 KC i art. 651 KC poprzez zastrzeżenie w części 3 Umowy „Warunki szczególne kontraktu" w klauzuli 11.1 „Dokończenie zaległych prac i usuwanie wad" na końcu zapisu, zgodnie z którym wykonawca jest zobowiązany do przystąpienia do usunięcia wady (awarii) uniemożliwiającej eksploatację, lub zagrażającej zdrowiu lub życiu, bądź mieniu w terminie 4 godzin od chwili otrzymania zawiadomienia od Zamawiającego, pod rygorem obowiązku zapłaty Zamawiającemu kary

umownej w wysokości 0,01% Zatwierdzonej Kwoty Kontraktowej za każdą rozpoczętą godzinę zwłoki w przystąpieniu do usuwania wady (liczoną od każdego „pakietu" zgłoszonych jednocześnie wad), lecz nie więcej niż 5% Zatwierdzonej Kwoty Kontraktowej, a maksymalny czas na usunięcie tej wady (awarii) to 24 godziny od przystąpienia do usunięcia wad ale w żadnym wypadku nie później niż 28 godzin od chwili otrzymania zawiadomienia – w taki sposób aby była możliwa eksploatacja, bądź maksymalny czas na usunięcie zagrożenia zdrowia lub życia bądź mienia - nie dłużej niż 5 dni od dnia otrzymania zawiadomienia dla całości prac (aby całkowicie usunąć wadę (awarię)), który to zapis nakłada na wykonawcę obowiązek skalkulowania w swojej ofercie ryzyka, które nie jest możliwe do oszacowania na dzień złożenia oferty, bowiem wykonawca nie jest w stanie określić, czy w sytuacji w której zgłoszenie awarii wpłynie do wykonawcy w dzień wolny od pracy, bądź święto, czy w porze nocnej to czy będzie możliwe zadośćuczynienie obowiązkowi przystąpienia do usunięcia danej wady (awarii) niezależnie od jej charakteru, w nieprzekraczalnym terminie 4 godzin od powiadomienia, a także czy wykonawca będzie w stanie usunąć daną wadę (awarię) w terminie 28 godzin/5 dni niezależnie od charakteru danej wady (awarii) i bez względu na technologiczne możliwości jej usunięcia np. konieczności zamówienia odpowiednich części zamiennych.

9) art. 16 pkt. 1) ustawy Pzp, art. 99 ust. 1 ustawy Pzp, art. 433 pkt 3 ustawy Pzp w związku z art. 8 ust 1 ustawy Pzp, art. 5 KC, art. 58 KC, art. 3531 KC w zw. z art. 647 KC poprzez narzucenie wykonawcy w części 3 Umowy „Warunki szczególne kontraktu" w klauzuli 11.11 „Zwolnienie terenu budowy" obowiązku zagospodarowania, bądź zutylizowania na własny koszt – o ile Zamawiający nie postanowi inaczej - odpadów będących własnością Zamawiającego, co wyczerpuje normę klauzuli abuzywnej z art. 433 pkt 3 ustawy Pzp i stanowi wyraz nadużycia pozycji dominującej przez Zamawiającego poprzez przerzucenie na Wykonawcę ryzyka konieczności oszacowania w ofercie zobowiązania niemożliwego do realizacji, bowiem na dzień sporządzenia oferty wykonawca nie ma i nie może mieć wiedzy o ilości oraz charakterze odpadów będących własnością Zamawiającego.

10) art. 16 pkt 1, 2 i 3 oraz art. 433 pkt 3 ustawy Pzp oraz 455 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp i art. 99 ustawy Pzp w związku z art. 8 ust 1 ustawy Pzp oraz art. 353(1) KC w zw. z art. 647 i art. 649 KC poprzez

a) określenie w części 3 Umowy „Warunki szczególne kontraktu" w klauzuli 22.1 A lit. i. pkt 1) – 19) przypadków zmiany postanowień zawartej umowy w stosunku do treści oferty, poprzez brak wskazania że przypadku te uprawniają wykonawcę nie tylko do zmiany terminu wykonania przedmiotu Umowy, lecz także do zmiany należnego mu wynagrodzenia i niedopuszczenie tym samym możliwości zmiany terminu realizacji Umowy i wynagrodzenia należnego wykonawcy – co stanowi niezasadne i bezpodstawne przerzucenie na wykonawcę odpowiedzialności i ryzyka finansowego realizacji Umowy, gdzie na skutek zaistnienia okoliczności zależnych od Zamawiającego, bądź niezależnych od stron Umowy określonych w klauzuli 22.1 pkt A lit. i. części 3 Umowy wykonawca zostaje pozbawiony możliwości zmiany wynagrodzenia oraz terminu wykonania Umowy na skutek braku podstaw prawnych do zmiany Umowy w tym zakresie. Przerzucenie takiego ryzyka na Wykonawcę wyczerpuje normę klauzuli abuzywnej z art. 433 pkt 3 ustawy Pzp i stanowi wyraz nadużycia pozycji dominującej przez Zamawiającego.

b) zastrzeżenie w części 3 Umowy „Warunki szczególne kontraktu" w części 3 Umowy „Warunki szczególne kontraktu" w klauzuli 22.1 E braku możliwości zgłaszania przez Wykonawcę roszczenia o zwiększenie wynagrodzenia, lub zwrotu innych kosztów bezpośrednich lub pośrednich spowodowanych przestojem lub dłuższym czasem wykonywania Umowy, poza przypadkiem, w którym przestój lub dłuższy czas wykonywania Umowy wynika z okoliczności zawinionych przez Zamawiającego, pozbawiając w ten sposób wykonawcę uprawnienia do zmiany wynagrodzenia w przypadkach, w których przestój, lub dłuższy czas wykonywania Umowy nie wynika z okoliczności leżących po którejkolwiek ze stron Umowy, a związany jest z wystąpieniem zdarzeń od nic niezależnych - co stanowi niezasadne i bezpodstawne przerzucenie na wykonawcę odpowiedzialności i ryzyka finansowego realizacji Umowy w takim zakresie i wyczerpuje normę klauzuli abuzywnej z art. 433 pkt 3 ustawy Pzp i stanowi wyraz nadużycia pozycji dominującej przez Zamawiającego.

c) zastrzeżenie w części 3 Umowy „Warunki szczególne kontraktu" w części 3 Umowy „Warunki szczególne kontraktu" w klauzuli 22.1 F obowiązku realizacji przez wykonawcę robót zamiennych lub dodatkowych na każde żądanie Zamawiającego bez wcześniejszego zatwierdzenia należnego z tego tytułu wynagrodzenia wykonawcy oraz bez określenia ich wpływu na termin końcowy realizacji Umowy, a jednoczesne przyznanie przez Zamawiającego uprawnienia do rozliczenia tych robót zamiennych lub dodatkowych dopiero po sprawdzeniu i zatwierdzeniu ich wyceny, co skutkuje pozbawieniem wykonawcy do zmiany należnego mu wynagrodzenia przed przystąpieniem do realizacji robót dodatkowych, bądź zamiennych i tym

samym skutkuje przerzuceniem na wykonawcę odpowiedzialności i ryzyka finansowego realizacji Umowy w przypadku zlecenia realizacji robót dodatkowych, zamiennych przez Zamawiającego, co wyczerpuje normę klauzuli abuzywnej z art. 433 pkt 3 ustawy Pzp i stanowi wyraz nadużycia pozycji dominującej przez Zamawiającego.

11) naruszenie art. 16 pkt. 1) ustawy Pzp, art. 99 ust. 1 ustawy Pzp, art. 433 pkt 3 ustawy Pzp w związku z art. 8 ust 1 ustawy Pzp, art. 5 kc, art. 58 kc, art. $353^1$ kc w zw. z art. 647 kc i art. 651 kc poprzez niezasadne i bezpodstawne przerzucenie na wykonawcę odpowiedzialności i ryzyk, które leżą po stronie Zamawiającego, a tym samym nadużywanie swojego prawa do tworzenia warunków umowy o zamówienie publiczne poprzez wymaganie w części 3 Umowy „Warunki szczególne kontraktu" w klauzuli 22.1 C Umowy, aby Wykonawca oświadczył, że w terminie do 14 dni od momentu wystąpienia przesłanek do zmian Umowy złoży wniosek o zmianę treści Umowy do Zamawiającego „pod rygorem uznania, że Wykonawca nie uznaje wystąpienia okoliczności, o których mowa w ust. A za wpływające na jakikolwiek termin umowny i zrzeka się uprawnienia do wysuwania jakichkolwiek roszczeń wobec Zamawiającego o wydłużenie jakichkolwiek terminów, uprawniając Zamawiającego do nałożenia kar

umownych w przypadku przekroczenia terminów przez Wykonawcę (w takim przypadku przekroczenie terminów uznaje się za zawinione przez Wykonawcę)" podczas gdy okoliczności określone w klauzuli 22.1 pkt A części 3 Umowy są bądź zależne od Zamawiającego, bądź niezależnych od stron Umowy i tym samym Wykonawca nie jest w stanie wziąć na siebie ryzyka zrzeczenia się roszczeń o wydłużenie terminu w razie wystąpienia tych okoliczności w razie nieprzedłożenia Zamawiającemu wniosku o zmianę Umowy w terminie 14 dni od momentu ich wystąpienia, skoro nie od niego zależy wystąpienie przesłanek do zmiany Umowy. Przerzucenie takiego ryzyka na Wykonawcę wyczerpuje normę klauzuli abuzywnej z art. 433 pkt 3 ustawy Pzp i stanowi wyraz nadużycia pozycji dominującej przez Zamawiającego.

12) naruszenie art. 16 pkt. 1) ustawy Pzp, art. 99 ust. 1 ustawy Pzp, art. 433 pkt 3 ustawy Pzp w związku z art. 8 ust 1 ustawy Pzp, art. 5 kc, art. 58 kc, art. $353^1$ kc w zw. z art. 647 kc i art. 651 kc poprzez niezasadne i bezpodstawne przerzucenie na wykonawcę odpowiedzialności i ryzyk, które leżą po stronie Zamawiającego, a tym samym nadużywanie swojego prawa do tworzenia warunków umowy o zamówienie publiczne poprzez określenie w części 3 Umowy „Warunki szczególne kontraktu" w klauzuli 23.2 „Prawo opcji" robót budowlanych przeznaczonych do wykonania w ramach prawa opcji tj. w ramach ewentualnej możliwości zwiększenia zakresu przedmiotu zamówienia, które to roboty budowlane wchodzą w zakres projektu budowlanego, stąd nie jest możliwym do czasu wykonania wszystkich robót objętych pozwoleniem na budowę uzyskanie pozwolenie na użytkowanie dla całego obiektu Centrum Muzyki, a do czego wykonawcę zobowiązuje klauzula 4.1a ust. 2.1 „Dodatkowe zobowiązania wykonawcy" („pozyskane przez Wykonawcę – jego staraniem i na jego koszt – pozwolenie na

użytkowanie dla całego obiektu Centrum Muzyki (w zakresie Robót wykonanych przez Wykonawcę oraz robót i prac wykonanych przez poprzedniego wykonawcę i ewentualnie innych wykonawców zaangażowanych przez Zamawiającego) wraz z klauzulą ostateczności") oraz klauzula 10.1 („Wykonawca po złożeniu zawiadomienia o zakończeniu budowy uzyska własnym staraniem i na własny koszt od właściwych władz pozwolenie na użytkowanie dla całego obiektu Centrum Muzyki"). Powyższe oznacza, iż może dojść do sytuacji w której Wykonawca pomimo wykonania Umowy, w przypadku braku zlecenia Opcji, nie będzie w stanie spełnić wymogu umownego uzyskania decyzji wymaganych zgodnie z Umowa i dokonać w ślad za tym skutecznego zgłoszenia do odbioru końcowego (tutaj wystąpienia z wnioskiem o wydanie Świadectwa Przejęcia dla Całości robót). Wykonawca sporządzając ofertę nie jest w stanie wziąć na siebie tego rodzaju ryzyka, czyli ryzyka wykonania robót, których nie wie czy będzie zobligowany wykonać na etapie realizacji Umowy, ponieważ brak jest informacji czy Zamawiający skorzysta z prawa opcji czy nie, a roboty te wymagane są dla uzyskania pozwolenia na użytkowanie inwestycji. Przerzucenie takiego ryzyka na Wykonawcę wyczerpuje normę klauzuli abuzywnej z art. 433 pkt 3 ustawy Pzp i stanowi wyraz nadużycia pozycji dominującej przez Zamawiającego.

13) art. 16 pkt. 1) ustawy Pzp, art. 99 ust. 1 ustawy Pzp, art. 433 pkt 3 ustawy Pzp w związku z art. 8 ust 1 ustawy Pzp, art. 5 KC, art. 58 KC, art. $353^1$ KC w zw. z art. 647 KC poprzez narzucenie wykonawcy w części 3 Umowy „Warunki szczególne kontraktu" w klauzuli w klauzuli 23.2 „Prawo opcji" konieczności realizacji zamówienia objętego prawem opcji w przedłużonym terminie realizacji umowy (Czasu na Ukończenie) ramach ceny wynikającej ze złożonej oferty i Umowy bez prawa wykonawcy do żądania zmiany wynagrodzenia oraz zwrotu kosztów ogólnych budowy poniesionych przez wykonawcę w związku z wydłużeniem okresu realizacji Umowy, co skutkuje przerzuceniem na wykonawcę odpowiedzialności i ryzyka finansowego realizacji Umowy w przypadku skorzystania przez Zamawiającego z prawa opcji, co wyczerpuje normę klauzuli abuzywnej z art. 433 pkt 3 ustawy Pzp i stanowi wyraz nadużycia pozycji dominującej przez Zamawiającego.

Odwołujący wnosił o nakazanie Zamawiającemu dokonania następujących czynności – zmiany treści wzoru Umowy poprzez:

1) w zakresie zarzutu nr 1 Odwołujący wnosi o dostosowanie postanowień wzoru Umowy do przepisów prawa tj. zmianę części 3 Umowy „Warunki szczególne kontraktu" w zakresie klauzuli 1.8, że

a) Wykonawca przedłoży Inżynierowi do zatwierdzenia takie rysunki, świadectwa, obliczenia i/lub inną techniczną dokumentację, jak określone zostało w Specyfikacjach, Warunkach, Kontrakcie, Dokumentacji Projektowej lub jak wymagane jest przez Inżyniera.

b) Przez okres realizacji Robót oraz Kontraktu, dokumenty wymienione w Specyfikacji, Dokumenty Wykonawcy, Rysunki i Zmiany oraz inne komunikaty otrzymane na mocy Kontraktu, będą dostępne dla Inżyniera, Przedstawiciela Inżyniera oraz dla innych osób upoważnionych pisemnie przez Inżyniera. Wykonawca będzie odpowiedzialny za uzupełnianie dokumentów, o których mowa poniżej w niniejszej klauzuli.

c) Prace Towarzyszące i Roboty Tymczasowe wraz z kosztami ich realizacji i opłatami, w tym koszty związane z uzupełnieniem i wykonaniem dokumentacji wykonawczej i odbiorowej, ponosi Wykonawca.

2) w zakresie zarzutu nr 2 – Odwołujący wnosi o dostosowanie postanowień wzoru Umowy do przepisów prawa tj. zmianę części 3 Umowy „Warunki szczególne kontraktu" w zakresie klauzuli 2.1 „Prawo dostępu do terenu budowy" w następujący sposób:

„Zamawiający przekaże Wykonawcy prawo dostępu i władania wszystkimi częściami Terenu Budowy w momencie protokolarnego przekazania Terenu Budowy (przewiduje się przekazanie Terenu Budowy nie później niż do dnia 31 grudnia 2024 r." ~~przy czym ze względu na trwające obecnie prace i roboty budowlane na Terenie Budowy, data powyższa może ulec przesunięciu, o którym będzie informowany na bieżąco Wykonawca; przesunięcie terminu~~

~~przekazania Terenu Budowy przekraczające ww. przewidywany termin przekazania Terenu Budowy nie stanowi podstawy do kierowania jakichkolwiek roszczeń finansowych ani terminowych przez Wykonawcę, a Wykonawca skalkulował w ofercie ryzyko przesunięcia terminu przekazania Terenu Budowy".~~

3) w zakresie zarzutu nr 3 – Odwołujący wnosi o dostosowanie postanowień wzoru Umowy do przepisów prawa tj. zmianę części 3 Umowy „Warunki szczególne kontraktu" w poniższym zakresie:

a) klauzuli 4.1a pkt 2.1 w następujący sposób „pozyskane przez Wykonawcę – jego staraniem i na jego koszt – pozwolenie na użytkowanie dla całego obiektu Centrum Muzyki (w zakresie Robót wykonanych przez Wykonawcę oraz robót i prac wykonanych przez poprzedniego wykonawcę i ewentualnie innych wykonawców zaangażowanych przez Zamawiającego) wraz z klauzulą ostateczności, z tym zastrzeżeniem, że Zamawiający zobowiązany jest przekazać Wykonawcy komplet dokumentacji powykonawczej sporządzonej przez poprzedniego wykonawcę, a Wykonawca uprawniony jest do wskazania tych elementów tej dokumentacji, które uniemożliwiają uzyskanie przez niego pozwolenia na użytkowanie. Wykonawca pozostaje zwolniony z odpowiedzialności za nieuzyskanie pozwolenia na użytkowanie dla całego obiektu Centrum Muzyki jeśli odmowa wydania tej decyzji wynika z okoliczności za które nie ponosi odpowiedzialności, w tym zwłaszcza związanych z zakresem Robót wykonanych przez Wykonawcę oraz robót i prac wykonanych przez poprzedniego wykonawcę".

b) klauzuli 4.6 akapit 3 w następujący sposób „Wykonawca przyjmuje do wiadomości (i nie będzie to wymagało dodatkowych powiadomień), że zobowiązany jest do udostępniania Terenu Budowy oraz umożliwienia wykonywania robót, usług, dostaw i innych czynności poprzedniemu wykonawcy – MIRBUD S.A. z siedzibą w Skierniewicach (KRS: 270385) oraz wszelkiego skoordynowania, o którym mowa w niniejszej klauzuli, a to związanych z usuwaniem ewentualnych wad, usterek lub awarii w wykonanych przez ten podmiot robotach, usługach lub dostawach lub związanych z koniecznością zakończenia zaległych robót, usług lub dostaw przez ten podmiot. ~~W szczególności może to dotyczyć wad, usterek, awarii lub niezakończonych robót, usług lub dostaw, zgłoszonych przez Wykonawcę, na podstawie uprawnień z tytułu gwarancji lub rękojmi poprzedniego wykonawcy, które zostaną przekazane przez Zamawiającego Wykonawcy"~~

c) §3 ust. 1 części 4 Umowy pn. „Karta gwarancyjna" w następujący sposób „Wykonawca udziela Zamawiającemu niniejszej gwarancji na wszystkie Roboty, Usługi i Dostawy objęte Przedmiotem Umowy jak również zastane przez niego roboty, usługi i dostawy wykonane przez poprzedniego wykonawcę. Wykonawca udziela gwarancji na cały obiekt Krakowskiego Centrum Muzyki wraz z instalacjami, wyposażeniem, terenami przyległymi i innymi – objętymi kompletną dokumentacją projektową tej inwestycji oraz pozwoleniem na budowę z zastrzeżeniem wynikającym z klauzuli 4.10 części 3 Umowy „Warunki szczególne kontraktu"

d) klauzuli 4.10 w następujący sposób: „Wszelkie uwagi i zastrzeżenia do Terenu Budowy, w szczególności wszelkie wady lub usterki w robotach, usługach lub dostawach znajdujących się na Terenie Budowy ~~(a odnoszące się do poprzedniego wykonawcy)~~ zostaną szczegółowo wskazane nie później niż w momencie przekazania Wykonawcy Terenu Budowy, z wyłączeniem tych wad, usterek w robotach, usługach lub dostawach które odnoszą się do poprzedniego wykonawcy. Wykonawca dokona przejęcia Terenu Budowy w formie trójstronnego przekazania, w którym uczestniczyć będzie Zamawiający oraz poprzedni wykonawca, który realizował etap I budowy obiektu (stan surowy otwarty). Z czynności przekazania i przejęcia Terenu Budowy sporządzony zostanie protokół zdawczo-odbiorczy, w którym Wykonawca wskaże wszelkie zastrzeżenia, wady lub usterki, które mógł wykryć przy zachowaniu należytej staranności wymaganej od podmiotu zajmującego się realizacją robót budowlanych. Wykonawca przyjmuje do wiadomości i akceptuje (co uwzględnił również w cenie Oferty), że Roboty będą każdorazowo włączane do istniejącej już struktury stworzonej przez poprzedniego wykonawcę, a Wykonawca przejmie odpowiedzialność za cały obiekt i przedmiot Kontraktu, będący efektem Robót (w tym również za roboty i prace wykonane przez poprzedniego wykonawcę z wyłączeniem odpowiedzialności z tytułu wad, bądź usterek poprzedniego wykonawcy, niemożliwych do wykrycia przy przejęciu terenu budowy, bądź będących ich następstwem). W zakresie wykonanym przez poprzedniego wykonawcę

(wykonawcę etapu I – stan surowy otwarty) Wykonawca uzyska od Zamawiającego uprawnienia i kompetencje z tytułu rękojmi oraz gwarancji przysługujących Zamawiającemu w stosunku do poprzedniego wykonawcy i w tym zakresie będzie mógł kierować roszczenia do poprzedniego wykonawcy, co nie wyłącza ani nie umniejsza odpowiedzialności Wykonawcy co cały obiekt i przedmiot Kontraktu, z wyłączeniem odpowiedzialności z tytułu wad, usterek, awarii lub niezakończonych robót, usług poprzedniego wykonawcy, niemożliwych do wykrycia przy przejęciu terenu budowy, bądź będących ich następstwem.

4) w zakresie zarzutu nr 4 - dokonania zmiany części 3 Umowy „Warunki szczególne kontraktu" w klauzuli 6.8 „Kadra wykonawcy" w akapicie 6 Umowy poprzez nadanie mu treści zgodnej z przepisami i zasadami prawa w następujący sposób: „Wykonawca zobowiązuje się i deklaruje, że wszystkie osoby wskazane przez niego w Akcie Umowy, w szczególności Kierownik Kontraktu, Kierownik Budowy, kierownicy robót i kierownicy prac będą czynnie realizować swoje czynności na Terenie Budowy w czasie, w którym realizowane będą Roboty, których przedmiot jest zbieżny z wymaganymi uprawnieniami i/lub kwalifikacjami ww. osób, z zastrzeżeniem, że Kierownik Kontraktu oraz Kierownik Budowy zobowiązani są do codziennej obecności na Terenie Budowy przez cały okres realizacji Robót. Ww. osoby zobowiązane są również do obecności w trakcie Rad Budowy, oraz w każdym przypadku, gdy Zamawiający zażąda osobistej obecności wskazanej przez niego osoby, z wyłączeniem sytuacji, w której ich nieobecność jest usprawiedliwiona. ~~Ww. osoby zobowiązane są również do stawienia się w czasie nie dłuższym niż 60 minut w siedzibie Zamawiającego, na polecenie Zamawiającego".~~

5) w zakresie zarzutu nr 5 – dokonanie zmiany części 3 Umowy „Warunki szczególne kontraktu" w klauzuli „Kary

za zwłokę” w pkt. 8.7 pkt 4) lit. c) w następujący sposób „nieusprawiedliwioną nieobecność na Terenie Budowy którejkolwiek z osób wskazanych w Akcie Umowy – tj. Kierownika Kontraktu (przez cały okres i przez cały czas realizacji Kontraktu), Kierownika Budowy (przez cały czas realizacji Robót) lub z tytułu nieobecności na Terenie Budowy którejkolwiek z osób wskazanych w Akcie Umowy – tj. Kierownika robót lub Kierownika prac, w trakcie kiedy wykonywane są prace lub roboty nad którymi sprawuje on kierownictwo (zgodnie z zakresem posiadanych uprawnień) w wysokości 0,05% Zatwierdzonej Kwoty Kontraktowej (za każdą nieusprawiedliwioną nieobecność)”.

6) w zakresie zarzutu nr 6 – dokonanie zmiany części 3 Umowy „Warunki szczególne kontraktu” w zakresie pkt. 8.7 pkt 5) w następujący sposób „Wykonawca zapłaci Zamawiającemu kary umowne z tytułu odstąpienia od Umowy z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy ~~(lub za odstąpienie od Umowy przez Wykonawcę z przyczyn nieleżących po stronie Zamawiającego, chyba że Umowa wyraźnie przyznaje Wykonawcy uprawnienie do odstąpienia od Umowy lub jej rozwiązania, w przypadkach wprost wskazanych w Umowie)~~ w wysokości 10% Zatwierdzonej Kwoty Kontraktowej”.

7) w zakresie zarzutu nr 7 – dokonanie zmiany części 3 Umowy „Warunki szczególne kontraktu” w zakresie pkt. 8.7 przedostatni akapit w następujący sposób: „Suma wszystkich naliczonych na podstawie Kontraktu Kar umownych nie może przekroczyć 20% Zatwierdzonej Kwoty Kontraktowej. ~~nie wliczając Kary umownej, o której mowa w punkcie 5) powyżej”.~~

8) w zakresie zarzutu nr 8 – dokonanie zmiany części 3 Umowy „Warunki szczególne kontraktu” w klauzuli 11.1 w następujący sposób „Jeżeli wystąpi wada (awaria), która uniemożliwi eksploatację lub zagraża zdrowiu lub życiu, bądź mieniu to Wykonawca jest zobowiązany do przystąpienia do jej usunięcia w terminie 4 godzin od chwili otrzymania zawiadomienia z tym zastrzeżeniem, że jeśli zgłoszenie danej wady (awarii) wpłynie do Wykonawcy po godzinie 17, to traktuje się je jako zgłoszone następnego dnia roboczego”. Maksymalny czas na usunięcie wady (awarii), która uniemożliwi eksploatację lub zagraża zdrowiu lub życiu, bądź mieniu to 24 godziny od przystąpienia do usunięcia wad ale w żadnym wypadku nie później niż 28 godzin od chwili otrzymania zawiadomienia – w taki sposób aby była możliwa eksploatacja, usunąć zagrożenie zdrowia lub życia bądź mienia i nie dłużej niż 5 dni od dnia otrzymania zawiadomienia dla całości prac (aby całkowicie usunąć wadę (awarię)). Nie dotyczy to sytuacji, w której ze względu na technologię usunięcia danej wady (awarii) nie jest możliwe jej usunięcie w terminach określonych w zdaniu poprzednim”.

9) w zakresie zarzutu nr 9 – dokonanie zmiany części 3 Umowy „Warunki szczególne kontraktu” w klauzuli 11.11 w następujący sposób „Wykonawca zobowiązany jest do uporządkowania Terenu Budowy oraz zagospodarowania bądź utylizacji wszelkich odpadów, których jest wytwórcą. Wszystkie odpady muszą być ewidencjonowane. Odpady pochodzące z obiektów będących własnością Zamawiającego zostaną postawione do dyspozycji Zamawiającego, ~~a jeżeli Zamawiający nie jest zainteresowany ich zagospodarowaniem, Wykonawca winien je zagospodarować, bądź zutylizować na własny koszt - zgodnie z obowiązującymi przepisami o ile Zamawiający nie postanowi inaczej.~~ Wykonawca powinien posiadać wszystkie niezbędne zgody i decyzje w powyższym zakresie i przekazać je Inżynierowi i/lub Zamawiającego zgodnie z Warunkami i w terminach wynikających z Warunków”.

10) w zakresie zarzutu nr 10 – dokonanie zmiany części 3 Umowy „Warunki szczególne kontraktu” w następujący sposób:

a) klauzuli 22.1 A lit. i. w następujący sposób: „Zamawiający przewiduje możliwość zmiany terminu realizacji Umowy (Czasu na Ukończenie) lub poszczególnych terminów pośrednich, terminów kamieni milowych, terminów zadań leżących na ścieżce krytycznej i/lub innych terminów wynikających z Harmonogramu lub Umowy oraz należnego Wykonawcy wynagrodzenia (Zatwierdzonej Kwoty Kontraktowej), jeżeli wystąpią przesłanki wynikające z treści SWZ lub poniższe (…)”

b) klauzuli 22.1 E w następujący sposób: „Wykonawca nie może żądać zwiększenia wynagrodzenia lub zwrotu innych kosztów bezpośrednich lub pośrednich spowodowanych przestojem lub dłuższym czasem wykonywania Umowy, z tym zastrzeżeniem, że w przypadku, jeśli przestój lub dłuższy czas wykonywania Umowy wynika z okoliczności zawinionych przez Zamawiającego, bądź za które odpowiedzialności żadna ze stron Umowy nie ponosi, Wykonawca uprawniony jest do zgłoszenia roszczenia o zwiększenie wynagrodzenia Wykonawcy o szczegółowo wyliczone i udokumentowane koszty przestoju lub dłuższego czasu wykonywania Umowy”

c) klauzuli 22.1 F w następujący sposób: „Na żądanie Zamawiającego Wykonawca zobowiązany jest wykonać Roboty Zamienne lub roboty dodatkowe po uprzednim sprawdzeniu i zatwierdzeniu przez Zamawiającego Wyceny Robót Zamiennych lub robót dodatkowych sporządzonej przez Wykonawcę. ~~Strony dokonają stosownej zmiany Umowy poprzez zawarcie aneksu. Rozliczenie ewentualnych Robót Zamiennych lub robót dodatkowych nastąpi zgodnie z Klauzulą 12.3 [Wycena]. Po sprawdzeniu i zatwierdzeniu przez Zamawiającego Wyceny Robót Zamiennych lub robót dodatkowych Strony dokonają stosownej zmiany Umowy poprzez zawarcie aneksu.~~ Roboty Zamienne lub roboty dodatkowe mogą być także wykonane na wniosek Wykonawcy po uprzednim uzgodnieniu z Zamawiającym, według zasad jak dla Robót Zamiennych lub robót dodatkowych na żądanie Zamawiającego. W szczególnie uzasadnionych przypadkach żądanie i zamówienie Robót Zamiennych lub robót dodatkowych będzie stanowiło dla Wykonawcy podstawę o wystąpienie z żądaniem przedłużenia terminu zakończenia wykonania Umowy lub jej poszczególnych zakresów. Liczba dni przedłużających termin realizacji zostanie każdorazowo uzgodniona z Zamawiającym przed formalnoprawnym zamówieniem Robót Zamiennych lub robót dodatkowych”.

11) w zakresie zarzutu nr 11 – dokonanie zmiany części 3 Umowy „Warunki szczególne kontraktu” w klauzuli

22.1 C Umowy w następujący sposób:

„Wniosek Wykonawcy o zmianę treści Umowy winien być zgłoszony Zamawiającemu ~~w terminie do 14 dni~~ niezwłocznie od momentu wystąpienia przesłanek do zmian Umowy, określonych w ust. A ~~pod rygorem uznania, że Wykonawca nie uznaje wystąpienia okoliczności, o których mowa w ust. A za wpływające na jakikolwiek termin umowny i zrzeka się uprawnienia do wysuwania jakichkolwiek roszczeń wobec Zamawiającego o wydłużenie jakichkolwiek terminów, uprawniając Zamawiającego do nałożenia kar umownych w przypadku przekroczenia terminów przez Wykonawcę (w takim przypadku przekroczenie terminów uznaje się za zawinione przez Wykonawcę".~~

12) w zakresie zarzutu nr 12 – dokonanie zmiany części 3 Umowy „Warunki szczególne kontraktu" w klauzuli 4.1a „Dodatkowe zobowiązania wykonawcy" oraz klauzuli 10.1 „Przejęcie robót i odcinków" w następujący sposób „Prawo opcji"

a) 4.1a DODATKOWE ZOBOWIĄZANIA WYKONAWCY

2. Wykonawca zobowiązany jest do sporządzenia oraz przekazania Inżynierowi Kontraktu oraz Zamawiającemu wraz z wnioskiem o wydanie Świadectwa Przejęcia dokumentacji powykonawczej w 4 egzemplarzach w wersji papierowej oraz w 2 egzemplarzach (jednakowych do papierowych) w wersji elektronicznej (zarówno edytowalnej, jak i nieedytowalnej - wersja PDF i wykonana w programie AutoCAD lub innym równoważnym programie kreślarskim), ~~obejmującej co najmniej: pozyskane przez Wykonawcę – jego staraniem i na jego koszt – pozwolenie na użytkowanie dla całego obiektu Centrum Muzyki (w zakresie Robót wykonanych przez Wykonawcę oraz robót i prac wykonanych przez poprzedniego wykonawcę i ewentualnie innych wykonawców zaangażowanych przez Zamawiającego) wraz z klauzulą ostateczności.~~

b) 10.1 PRZEJĘCIE ROBÓT I ODCINKÓW

W drugim akapicie niniejszej klauzuli 10.1 skreśla się zdanie drugie jako niemające zastosowania. W pozostałych akapitach niniejszej klauzuli 10.1 (oraz w pkt. (a)) skreśla się wszelkie odniesienia do Odcinków, które nie mają zastosowania w niniejszym Kontrakcie. Na końcu niniejszej klauzuli 10.1 dodaje się następujący zapis: Przed wystąpieniem o wystawienie Świadectwa Przejęcia dla całości Robót, Wykonawca zobowiązany jest uzyskać pozwolenie na użytkowanie Robót, które zostanie dołączone do dokumentacji powykonawczej.

c) Wraz z wnioskiem o wystawienie Świadectwa Przejęcia dla całości Robót Wykonawca dostarczy wszystkie dokumenty niezbędne do dokonania oceny prawidłowego wykonania Robót, w szczególności: Dziennik Budowy, Projekt Budowlany, dokumentację powykonawczą, certyfikaty na wbudowane materiały, geodezyjną inwentaryzację powykonawczą wszystkich Robót zatwierdzoną przez właściwy organ, zestawienie ilości wykonanych robót i rozliczenie wynagrodzenia za ich wykonanie zatwierdzone przez Inżyniera oraz inne dokumenty wymagane przez Zamawiającego. ~~Wykonawca po złożeniu zawiadomienia o zakończeniu budowy uzyska własnym staraniem i na własny koszt od właściwych władz pozwolenie na użytkowanie dla całego obiektu Centrum Muzyki.~~

13) w zakresie zarzutu nr 13 – dokonanie zmiany części 3 Umowy „Warunki szczególne kontraktu" w klauzuli 23.2 „Prawo opcji" w następujący sposób:

„Pomimo przekazania przez Zamawiającego zlecenia prawa opcji po zakładanym powyżej terminie o którym mowa w poprzedzającym akapicie w punktach 1.-9., Wykonawca zobowiązany będzie do jego realizacji ~~zgodnie z wymaganiami Umowy i jej załączników oraz za cenę wynikającą z treści złożonej Oferty i Umowy, przy czym~~ z możliwością wydłużenia terminu realizacji Umowy (Czasu na Ukończenie) oraz należnego Wykonawcy wynagrodzenia (Zatwierdzonej Kwoty Kontraktowej) ".

W dniu 6 września 2024 r. do Prezesa Izby wpłynęła odpowiedź na odwołaniem w której Zamawiający oświadczył, że:

1) uwzględnia zarzuty nr 2, 4, 6, 9 odwołania,

2) uwzględnia w części zarzuty nr 5, 7, 8, 10, 12, 13 odwołania,

3) wnosi o oddalenie odwołania w zakresie zarzutów nr 1, 3, 11,

4) wnosi o zasądzenie kosztów postępowania według norm przepisanych.

Odwołujący wskazał, że posiada interes we wniesieniu odwołania. Odwołujący podał, że jest podmiotem profesjonalnie działającym na rynku budowlanym, w tym w sektorze inwestycji realizowanych w trybie ustawy Pzp. Odwołujący wskazał, że jego zdaniem postanowienia zawarte w załączniku C do SWZ „Projektowane postanowienia umowy", są niezgodne z ustawą Pzp i KC. Formułując postanowienia wzoru umowy Zamawiający zdaniem Odwołującego narusza podstawowe obowiązki inwestora (Zamawiającego) wynikające z umowy o roboty budowlane (art. 647 KC), m. in. w sposób wskazany szczegółowo w odwołaniu. Z uwagi na powyższe, skoro treść SWZ i wzoru Umowy narusza zasady określone ustawą Pzp oraz kodeksem cywilnym, Odwołujący wskazał, że ma interes w złożeniu odwołania i dążeniu do zmiany postanowień SWZ, jako że chciałby mieć możliwość złożenia oferty w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego, a jeśli zostanie ona wybrana – chciałby mieć możliwość zawarcia prawidłowej i zgodnej z powszechnie obowiązującymi przepisami prawa umowy z Zamawiającym.

Przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego w ustawowym terminie zgłosili wykonawcy: HOCHTIEF Polska S.A. z siedzibą w Warszawie i NDI S.A. z siedzibą w Sopocie. Strony nie zgłosiły opozycji, ani

zastrzeżeń co do skuteczności przystąpienia tych wykonawców do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego. Izba postanowiła dopuścić wykonawców: HOCHTIEF Polska S.A. z siedzibą w Warszawie i NDI S.A. z siedzibą w Sopocie do udziału w postępowaniu odwoławczym po stronie Odwołującego.

Przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego w ustawowym terminie nie zgłosił żaden wykonawca.

W dniu 13 września 2024 r. do Prezesa Izby wpłynęło pismo procesowe Odwołującego, w którym oświadczył on, że:

1. w zakresie dotyczącym zarzutów uwzględnionych przez Zamawiającego w odpowiedzi na odwołanie z dnia 6.09.2024 r. wnosi o umorzenie postępowania odwoławczego;

2. w zakresie dotyczącym zarzutu nr 3 odwołania z dnia 23.08.2024 r. – podtrzymuje zarzut w całości i wnosi o jego rozpoznanie przez Izbę,

3. w pozostałym zakresie odwołania z dnia 23.08.2024 r. nieuwzględnionym przez Zamawiającego w odpowiedzi na odwołanie z dnia 6.09.2024 r. – wycofuje odwołanie.

W dniu 20 września 2024 r. do Prezesa Izby wpłynęło pismo procesowe Odwołującego zatytułowane „Cofnięcie odwołania w części zarzutu nr 3 KIO Krakowskie Centrum Muzyki", w którym Odwołujący oświadczył, że w związku z dokonaniem przez Zamawiającego zmiany Specyfikacji Warunków Zamówienia w dniu 19.09.2024 r., w której dokonał on zmiany postanowień umownych w sposób uwzględniający żądania Odwołującego wynikające z zarzutu nr 3 odwołania z dnia 23.08.2024 r. informuje, że nie podtrzymuje dalej zarzutu nr 3 odwołania z dnia 23.08.2024 r. i tym samym wnosi o umorzenie postępowania odwoławczego.

Wobec powyższego postępowanie odwoławcze należało umorzyć, stosownie do dyspozycji art. 522 ust. 3 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 574 i 575 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz § 9 ust. 1 pkt 2 lit. b) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. 2020 r. poz. 2437), z którego wynika, że koszty, o których mowa w § 5 pkt 2, znosi się wzajemnie, jeżeli przed otwarciem rozprawy zamawiający uwzględnił w części zarzuty przedstawione w odwołaniu i pozostałe zarzuty zostały przez odwołującego wycofane, a w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego nie przystąpił żaden wykonawca albo uczestnik postępowania odwoławczego, który przystąpił po stronie zamawiającego, nie wniósł sprzeciwu wobec uwzględnienia przez zamawiającego w części zarzutów przedstawionych w odwołaniu – w takim przypadku Izba orzeka o dokonaniu zwrotu odwołującemu z rachunku Urzędu kwoty uiszczonej tytułem wpisu.

Przewodnicząca: ……..