

POSTANOWIENIE

Warszawa, dnia 31 maja 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ryszard Tetzlaff

Protokolant: Klaudia Kwadrans

po rozpoznaniu na posiedzeniu z udziałem stron oraz uczestników postępowania odwoławczego w dniu 31 maja 2024 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 13 maja 2024 r. przez wykonawcę **STRABAG Sp. z o.o.**,

ul. Parzniewska 10, 05-800 Pruszków w postępowaniu prowadzonym przez **Szpital Neuropsychiatryczny im. Prof. M.K. Samodzielny Publiczny Zakład Publiczny Opieki Zdrowotnej w Lublinie, ul. Abramowicka 2, 20-442 Lublin**
postanawia:

1. umorzyć postępowanie odwoławcze,
2. znieść wzajemnie koszty postępowania odwoławczego i nakazać Urzędowi Zamówień Publicznych zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych kwoty **20 000 zł** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) na rzecz wykonawcy **STRABAG Sp. z o.o., ul. Parzniewska 10, 05-800 Pruszków** stanowiącej 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**.

Przewodniczący:

.....

Sygn. akt: KIO 1684/24

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Budowa pawilonu Regionalnego Centrum Zdrowia Psychicznego DiM w Lublinie przy Szpitalu Neuropsychiatrycznym im. Prof. M. Kaczyńskiego w Lublinie” zostało wszczęte ogłoszeniem w ogłoszeniu opublikowanym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 02.05. 2024 r. pod nr 2024/S 086- 259961 przez: Szpital Neuropsychiatryczny im. Prof. M.K. Samodzielny Publiczny Zakład Publiczny Opieki Zdrowotnej w Lublinie, ul. Abramowicka 2, 20-442 Lublin zwana dalej: „Zamawiającym”. Do ww. postępowania o udzielenie zamówienia zastosowanie znajdują przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2023 r. poz. 1605), zwana dalej: „Pzp” albo „ustawy PZP” albo „pzp”. W tym samym dniu zostały opublikowane postanowienia Specyfikacji Warunków Zamówienia zwanej dalej: „SWZ” (poprzez platformę Marketplanet).

Dnia 13.05.2024 r. (wpływ do Prezesa KIO w wersji elektronicznej podpisane podpisem cyfrowym za pośrednictwem elektronicznej skrzynki podawczej - ePUAP) odwołanie względem postanowień SWZ złożył STRABAG Sp. z o.o., ul. Parzniewska 10, 05-800 Pruszków zwany dalej: „STRABAG Sp. z o.o.” albo „Odwołujący”. Kopia odwołania przesłana do Zamawiającego tego samego e-mailem.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

- 1.1. naruszenie art. 436 pkt 2), art. 447 ust. 1 pkt 1), art. 450, art. 452 ust. 2, art. 453 ust. 1 ustawy PZP w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy PZP w zw. z art. 3531 KC w zw. z art. 647 KC i 654 KC poprzez zastrzeżenie w § 2 ust. 40 Projektu Umowy, że: „W przypadku stwierdzenia wad podczas odbioru robót Wykonawca otrzyma wynagrodzenie za wykonane roboty po ich usunięciu, potwierdzone stosownym protokołem pusterkowym. Dotyczy to zarówno robót z odbiorem częściowym jak i końcowego odbioru robót”, co oznacza, że w przypadku stwierdzenia jakichkolwiek wad, nawet o charakterze nieistotnym, Zamawiający wstrzyma zapłatę wynagrodzenia należnego na rzecz wykonawcy, co stanowi podwójne zabezpieczenie ponad wymagane zgodnie z § 4 Projektu Umowy i roz. XXVI SWZ (5% ceny całkowitej podanej w ofercie brutto), które to zabezpieczenie należytego wykonania umowy stanowi górny limit zabezpieczenia, jakiego może domagać się Zamawiający zgodnie z art. 452 ust. 2 ustawy PZP, a wszelkie dalsze zabezpieczenia, w tym w postaci wstrzymywania płatności przekraczają ten próg i stanowią o naruszeniu ustawy PZP. Co więcej, zgodnie z art. 647 KC, podstawowym obowiązkiem Zamawiającego (inwestora) jest odbiór robót budowlanych, a w konsekwencji zapłata za ich zrealizowanie. Zatem wstrzymanie zapłaty wynagrodzenia w przypadku stwierdzenia jakichkolwiek wad w robotach budowlanych nadaje charakter bezusterkowości temu odbiorowi i tym samym stanowi o naruszeniu obowiązku wynikającego z tego przepisu, bowiem Zamawiający (inwestor) może uchylić się od odbioru (w konsekwencji od zapłaty) wyłącznie w przypadku, gdy zostaną stwierdzone wady o charakterze istotnym;
- 1.2. naruszenie art. 433 pkt 4) ustawy PZP poprzez zastrzeżenie w § 2 ust. 6 i 7 oraz § 16 ust. 1 pkt 12 Projektu Umowy uprawnienia do jednostronnego ograniczenia zakresu zamówienia przez Zamawiającego bez wskazania minimalnej

wartości lub wielkości świadczeń stron, co stanowi klauzulę abuzywną, bowiem zgodnie z wyżej przytoczonym przepisem PZP, w takiej sytuacji obowiązkiem Zamawiającego jest wskazanie minimalnej wartości lub wielkości świadczeń stron;

I.3. naruszenie art. 447 ust. 1 pkt 1) ustawy PZP poprzez zastrzeżenie w § 2 ust. 11 lit. b. Projektu Umowy, że wykonawca zobowiązany jest załączyć do każdej faktury oświadczenia podwykonawców lub dalszych podwykonawców, że wykonawca nie zalega z żadnymi zobowiązaniami finansowymi w stosunku do nich, podczas gdy: 1) przedstawienie dowodów zapłaty wynagrodzenia na rzecz podwykonawców lub dalszych podwykonawców może warunkować drugiej i następnej części należnego wynagrodzenia za odebrane roboty; 2) zapłata części wynagrodzenia na rzecz wykonawcy może być uwarunkowana przedstawieniem dowodów zapłaty wymagalnego wynagrodzenia na rzecz podwykonawców i dalszych podwykonawców;

I.4. naruszenie art. 437 ust. 1 pkt 3) i 447 ust. 1 ustawy PZP poprzez uzależnienie w § 2 ust. 11 lit. b. i ust. 13 Projektu Umowy dokonania płatności wynagrodzenia na rzecz wykonawcy od przedstawienia oświadczeń własnych podwykonawców i dalszych podwykonawców, podczas gdy wyżej przytoczone przepisy ustawy PZP nie zawężają pojęcia dowodu zapłaty wynagrodzenia podwykonawcom i dalszym podwykonawcom, dopuszczając legitymowanie się przez wykonawcę każdym dokumentem, który potwierdza zapłatę wynagrodzenia podwykonawcom i dalszym podwykonawcom;

I.5. naruszenie art. 447 ust. 2 pkt 1) ustawy PZP poprzez zastrzeżenie w § 2 ust. 14 Projektu Umowy uprawnienia Zamawiającego do powstrzymania się z zapłatą całości wynagrodzenia w przypadku, gdy wykonawca wraz z fakturą nie przedstawi oświadczeń podwykonawców lub dalszych podwykonawców o stanie rozliczeń, podczas gdy zgodnie z wyżej przytoczonym przepisem ustawy PZP, w takiej sytuacji Zamawiający uprawniony jest wstrzymać zapłatę wynagrodzenia wyłącznie w części równej sumie kwot wynikających - z nieprzedstawionych dowodów zapłaty;

I.6. naruszenie art. 8 ust. 1 ustawy PZP w zw. z art. 5 i 3531 KC i w zw. z 395 KC poprzez zastrzeżenie w § 3 ust. 11 Projektu Umowy, że: „W przypadku niewykonania przedmiotu umowy lub któregośkolwiek z jego etapów w ustalonym terminie lub popadnięcie przez Wykonawcę w opóźnienie tak dalece, iż wykonanie całego przedmiotu umowy w ustalonym terminie nie jest prawdopodobne, Zamawiający po uprzednim odstąpieniu od umowy w całości lub w części może powierzyć wykonanie dalszych prac innemu Wykonawcy na koszt i niebezpieczeństwo Wykonawcy (...)", co oznacza, że Zamawiający zastrzega na swoją rzecz prawo do umownego wykonawstwa zastępczego po odstąpieniu od umowy, bądź jej części, podczas gdy zgodnie z art. 395 § 2 KC, w razie wykonania prawa odstąpienia umowa uważana jest za niezawartą, a więc oparty o nią stosunek prawny wygasa w całości, bądź w części, co powoduje brak możliwości wykonywania robót na koszt i niebezpieczeństwo wykonawcy (zastępczo) skoro nastąpiło wygaśnięcie stosunku zobowiązaniowego,

I.7. naruszenie art. 436 pkt 1) ustawy PZP poprzez określenie w § 5 ust. 1 Projektu Umowy terminu wykonania zamówienia sztywną datą kalendarzową, podczas gdy zgodnie z przytoczonym powyżej przepisem termin ten powinien zostać oznaczony w dniach, tygodniach, miesiącach lub latach liczonych od określonego zdarzenia;

I.8. naruszenie art. 8 ust. 1 ustawy PZP w zw. z art. 3531 i art. 647 KC poprzez zastrzeżenie w § 10 ust. 6 lit. f) Projektu Umowy obowiązku załączenia przez wykonawcę do wniosku o odbiór końcowy oświadczeń finansowych składanych przez podwykonawców lub dalszych podwykonawców, podczas gdy podstawowym obowiązkiem Zamawiającego jest dokonanie odbioru, którego przedmiotem jest techniczna ocena wykonanego obiektu. Dokumenty finansowe takie, jak oświadczenia finansowe podwykonawców lub dalszych podwykonawców nie są niezbędne do technicznej oceny obiektu w ramach obowiązku zamawiającego (inwestora) dokonania odbioru. Wymaganie złożenia dokumentów finansowych wraz z wnioskiem o dokonanie odbioru końcowego może zablokować dokonanie odbioru robót budowlanych z przyczyn oderwanych od technicznej oceny, a nawet z przyczyn, za które wykonawca nie ponosi odpowiedzialności. Zatem Zamawiający może odmówić odbioru (nie przystąpić do odbioru) nawet jak obiekt nie jest obciążony wadami istotnymi a tylko wystąpienie wad istotnych może być podstawą odmowy dokonania odbioru końcowego;

I.9. naruszenie art. 16 pkt 1) - 3) ustawy PZP i art. 8 ust. 1 ustawy PZP w zw. z art. 483 § 1 KC w zw. z art. 5 i 353¹ KC poprzez dublowanie kar umownych, to jest przewidzenie kar umownych dwukrotnie za naruszenie tych samych zobowiązań Wykonawcy: 1) za zwłokę w usunięciu wad lub usterek stwierdzonych podczas odbioru, która to kara umowna została zastrzeżona raz w § 10 ust. 16 pkt 4) Projektu Umowy w wysokości 500 zł za każdy dzień zwłoki, a drugi raz w § 13 ust. 1 pkt 1) lit. h) Projektu Umowy w wysokości 0,02% wynagrodzenia netto za każdy dzień zwłoki; 2) za zwłokę w terminie wykonania zamówienia, która to kara umowna została zastrzeżona raz w § 13 ust. 1 pkt 1) lit. b) Projektu Umowy w wysokości 0,1% wynagrodzenia netto za każdy dzień zwłoki, a drugi raz w § 13 ust. 1 pkt 1) lit. e) Projektu Umowy w wysokości 0,04% wynagrodzenia netto za każdy dzień zwłoki;

I.10. naruszenie art. 16 pkt 1) - 3) ustawy PZP i art. 8 ust. 1 ustawy PZP w zw. z art. 3531 KC i art. 647 KC w zw. z art. 484 § 2 w zw. z art. 483 KC i 473 § 1 KC poprzez wykorzystanie swojej uprzywilejowanej pozycji i zastrzeżenie w § 13 ust. 1 pkt 1) lit. n) – p) Projektu Umowy kar umownych w wysokości 5% wynagrodzenia netto za każdy przypadek

naruszenia obowiązków w zakresie zgłaszania umów podwykonawczych, a które to kary są rażąco wygórowane, nieproporcjonalne do charakteru naruszeń obowiązków, mających funkcję wyłącznie represyjną, a nie prewencyjną lub mobilizującą, odbiegających od praktyki rynkowej, mogących prowadzić do nieuzasadnionego bezpodstawnego wzbogacenia po stronie Zamawiającego;

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu dokonanie następujących czynności: II.1. w zakresie zarzutu nr I.1 – Odwołujący wnioskuję modyfikację § 2 ust. 40 Projektu Umowy w taki sposób, że w przypadku gdy w toku odbioru stwierdzone zostaną wady o charakterze istotnym, Zamawiający uprawniony będzie odmówić dokonania ich odbioru (odpowiednio częściowego, bądź końcowego). Zwrócić należy uwagę, że zgodnie z postanowieniami Projektu Umowy faktury częściowe i końcowa będą wystawiane w oparciu o protokoły odbioru robót. Zatem odmowa dokonania odbioru w konsekwencji skutkować będzie wstrzymaniem zapłaty wynagrodzenia za roboty, które dotknięte są wadą istotną. Proponowana zmiana doprowadzi do zgodności postanowienia z przepisami prawa, w szczególności z art. 647 KC i wpisuje się w ugruntowaną linię orzecniczą Sądu Najwyższego, że odmowę odbioru robót uzasadniają wyłącznie wady o charakterze istotnym. W celu zasygnalizowania kierunku zmiany Projektu Umowy, Odwołujący poniżej wskazuje proponowaną treść zmian Projektu Umowy: § 2 ust. 40 Projektu Umowy: „W przypadku gdy w toku odbioru robót stwierdzone zostaną wady istotne, tj. uniemożliwiające użytkowanie przedmiotu umowy zgodnie z jego przeznaczeniem, Zamawiający może odmówić odbioru robót. Dotyczy to zarówno robót z odbiorem częściowym jak i końcowego odbioru robót”.

II.2. w zakresie zarzutu nr I.2 – Odwołujący wnioskuję o wprowadzenie do Projektu Umowy postanowienia określającego minimalną wartość lub wielkość przedmiotu zamówienia. W ten sposób Projekt Umowy zostanie doprowadzony do zgodności z art. 433 pkt 4) ustawy PZP. W celu zasygnalizowania kierunku zmiany Projektu Umowy, Odwołujący poniżej wskazuje proponowaną treść zmian Projektu Umowy: „Wartość prac zaniechanych lub zmniejszenia ilości robót na podstawie decyzji Zamawiającego nie przekroczy 5% wartości wynagrodzenia netto określonego w § 2 ust. 1 niniejszej umowy. Oznacza to, że minimalna wartość przedmiotu zamówienia, która pozostanie w zakresie wykonawcy wynosi 95% wartości wynagrodzenia netto, określonego w § 2 ust. 1 niniejszej umowy”.

II.3. w zakresie zarzutu nr I.3 – Odwołujący wnioskuję o wprowadzenie w § 2 ust. 11 Projektu Umowy modyfikacji, zgodnie z którymi obowiązek przedłożenia dowodów zapłaty będzie warunkował zapłatę drugiej i każdej kolejnej części wynagrodzenia na rzecz wykonawcy, a dowody zapłaty będą dotyczyć wyłącznie wymagalnego wynagrodzenia należnego podwykonawcom lub dalszym podwykonawcom. W celu zasygnalizowania kierunku zmiany Projektu Umowy, Odwołujący poniżej wskazuje proponowaną treść zmian Projektu Umowy: § 2 ust. 11 lit. b) Projektu Umowy: „W przypadku realizacji przedmiotu umowy z udziałem Podwykonawców lub dalszych Podwykonawców, Wykonawca zobowiązany jest załączyć do ~~każdej~~ drugiej i każdej kolejnej wystawionej przez siebie faktury: (...) b. oświadczenie Podwykonawcy, dalszego Podwykonawcy iż Wykonawca nie zalega z ~~żadnymi~~ wymagalnymi zobowiązaniami finansowymi w stosunku do niego a wynikającymi z zawartej między nimi umowy dotyczącej realizacji przedmiotu zamówienia określonego w § 1 niniejszej umowy (...)”.

II.4. w zakresie zarzutu nr I.4 – Odwołujący wnioskuję o modyfikację § 2 ust. 11 lit. b) oraz § 2 ust. 13 Projektu Umowy w taki sposób, że wykonawca na potwierdzenie zapłaty wynagrodzenia na rzecz podwykonawców lub dalszych podwykonawców będzie mógł przedstawić nie tylko oświadczenia własne podwykonawcy i dalszych podwykonawców, lecz również inne dokumenty potwierdzające zapłatę na rzecz tych podmiotów. W celu zasygnalizowania kierunku zmiany Projektu Umowy, Odwołujący poniżej wskazuje proponowaną treść zmian Projektu Umowy. Proponowana treść zmian w zakresie § 12 ust. 11 lit. b) Projektu Umowy uwzględnia zmiany przedstawione w pkt II.3 powyżej: § 12 ust. 11 lit. b) Projektu Umowy: „W przypadku realizacji przedmiotu umowy z udziałem Podwykonawców lub dalszych Podwykonawców, Wykonawca zobowiązany jest załączyć do ~~każdej~~ drugiej i każdej kolejnej wystawionej przez siebie faktury: (...) b. oświadczenie Podwykonawcy, dalszego Podwykonawcy iż Wykonawca nie zalega z ~~żadnymi~~ wymagalnymi zobowiązaniami finansowymi w stosunku do niego a wynikającymi z zawartej między nimi umowy dotyczącej realizacji przedmiotu zamówienia określonego w § 1 niniejszej umowy lub inny dowód zapłaty wymagalnego wynagrodzenia na rzecz Podwykonawcy lub dalszego Podwykonawcy (...)”. § 12 ust. 13 Projektu Umowy: „Rozliczenie końcowe za wykonanie przedmiotu umowy nastąpi na podstawie faktury VAT wystawionej przez Wykonawcę w oparciu o protokół odbioru końcowego przedmiotu umowy, zatwierdzony przez Zamawiającego po wcześniejszym przedstawieniu Zamawiającemu oświadczeń Podwykonawców i dalszych Podwykonawców lub innych dowodów zapłaty potwierdzających, że otrzymali ~~należne im~~ wymagalne wynagrodzenie”.

II.5. w zakresie zarzutu nr I.5 – Odwołujący wnioskuję o modyfikację § 2 ust. 14 Projektu Umowy w taki sposób, że w przypadku nieprzedstawienia wszystkich dowodów zapłaty wynagrodzenia na rzecz podwykonawców lub dalszych podwykonawców, Zamawiający wstrzyma zapłatę wynagrodzenia na rzecz wykonawcy w części równej sumie kwot wynikających z nieprzedstawionych dowodów zapłaty. § 2 ust. 14 Projektu Umowy: „Jeżeli Wykonawca nie przedstawi

wraz z fakturą VAT dokumentów, o których mowa w ust. 13, Zamawiający jest uprawniony do wstrzymania wypłaty należnego Wykonawcy wynagrodzenia w części równej sumie kwot wynikających z nieprzedstawionych dowodów zapłaty wynagrodzenia na rzecz Podwykonawców lub dalszych Podwykonawców do czasu przedłożenia przez Wykonawcę stosownych dokumentów. Wstrzymanie przez Zamawiającego zapłaty do czasu wypełnienia przez Wykonawcę wymagań nie skutkuje niedotrzymaniem przez Zamawiającego terminu płatności i nie uprawnia Wykonawcy do żądania odsetek”.

II.6. w zakresie zarzutu nr I.6 – Odwołujący wnioskuje o modyfikację § 3 ust. 11 Projektu Umowy w ten sposób, że Zamawiający uprawniony będzie do umownego prawa podjęcia działań zastępczych na koszt i ryzyko wykonawcy po uprzednim wezwaniu wykonawcy do zakończenia prac. W celu zasygnalizowania kierunku zmiany Projektu Umowy, Odwołujący poniżej wskazuje proponowaną treść zmian Projektu Umowy: § 3 ust. 11 Projektu Umowy: „W przypadku niewykonania przedmiotu umowy lub któregośkolwiek z jego etapów w ustalonym terminie lub popadnięcie przez Wykonawcę w opóźnienie tak dalece, iż wykonanie całego przedmiotu umowy w ustalonym terminie nie jest prawdopodobne, Zamawiający po uprzednim odstąpieniu od umowy w całości lub części wezwaniu Wykonawcy do zakończenia prac w odpowiednim terminie może powierzyć wykonanie dalszych prac innemu wykonawcy na koszt i niebezpieczeństwo Wykonawcy. Uprawnienie takie nie będzie Zamawiającemu przysługiwało, gdy niewykonanie przedmiotu umowy lub któregośkolwiek z jego etapów w ustalonym terminie nastąpi na polecenie Zamawiającego”. II.7. w zakresie zarzutu nr I.7 – Odwołujący wnioskuje o oznaczenie terminu wykonania zamówienia w dniach, tygodniach, miesiącach lub latach, a zdarzeniem, od którego termin ten rozpocznie swój bieg powinno być przekazanie terenu budowy, bądź zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego. W celu zasygnalizowania kierunku zmiany Projektu Umowy, Odwołujący poniżej wskazuje proponowaną treść zmian Projektu Umowy: § 5 ust. 1 Projektu Umowy: „Wykonawca ma obowiązek wykonać przedmiot umowy w terminie ~~do dnia 31.12.2025 r.~~ ... dni/tygodni/miesiący/lat, licząc od protokolarnego przekazania terenu budowy Wykonawcy”, ewentualnie – „Wykonawca ma obowiązek wykonać przedmiot umowy w terminie ~~do dnia 31.12.2025 r.~~ ... dni/tygodni/miesiący/lat, licząc od dnia zawarcia niniejszej umowy”.

II.8. w zakresie zarzutu nr I.8 – Odwołujący wnioskuje o wykreślenie § 10 ust. 6 lit. f) Projektu Umowy tak aby wyeliminować uzależnienie przystąpienia do odbioru końcowego od kwestii rozliczeń z podwykonawcami. W celu zasygnalizowania kierunku zmiany Projektu Umowy, Odwołujący poniżej wskazuje proponowaną treść zmian Projektu Umowy: § 10 ust. 6 lit. f) Projektu Umowy: „Do wniosku o dokonanie odbioru końcowego Wykonawca załącza ponadto (...) f) oświadczenie podwykonawców na zawarcie umowy z którymi Zamawiający wyraził zgodę w trybie art. 647 (1) KG, że ich roszczenia finansowe za wykonane roboty zostały zaspokojone (...)”.

II.9. w zakresie zarzutu nr I.9 – Odwołujący wnioskuje o modyfikację Projektu Umowy w ten sposób, że jedno zdarzenie stanowiące niewykonanie zobowiązania, bądź jego nienależyte wykonanie będzie podlegać jednokrotnej penalizacji. W tym celu Odwołujący postuluje usunięcie z Projektu Umowy kary umownej zastrzeżonej w § 10 ust. 16 pkt 4) Projektu Umowy oraz § 13 ust. 1 pkt 1) lit. b) Projektu Umowy, bowiem zdarzenia, o których w nich mowa objęte zostały już sankcją kary umownej odpowiednio w § 13 ust. 1 pkt 1) lit. h) Projektu Umowy i § 13 ust. 1 pkt 1) lit. e) Projektu Umowy. W celu zasygnalizowania kierunku zmiany Projektu Umowy, Odwołujący poniżej wskazuje proponowaną treść zmian Projektu Umowy: § 10 ust. 16 pkt 4) Projektu Umowy: „zostaną stwierdzone nieistotne wady lub usterki możliwe do usunięcia i umożliwiające użytkowanie przedmiotu zamówienia zgodnie z przeznaczeniem, bądź jeśli Wykonawca nie przekazał całości dokumentów, o których mowa w ust. 6. Strony podpiszą Protokół Odbioru Końcowego Przedmiotu Zamówienia. Jednocześnie Strony opracują i podpiszą Protokół Wad i Usterk stanowiący załącznik do Protokołu Odbioru Końcowego Przedmiotu Zamówienia, w którym zostaną wskazane stwierdzone przez Zamawiającego w toku Odbioru Końcowego Przedmiotu Zamówienia wady lub usterki bądź wskazane zostaną nieprzekazane przez Wykonawcę dokumenty oraz wyznaczony zostanie termin na ich usunięcie bądź przekazanie. Usunięcie ww. wad i usterk lub przekazanie dokumentów, nastąpi w terminie do 14 dni kalendarzowych od dnia podpisania Protokołu Odbioru Końcowego Przedmiotu Zamówienia wraz z Protokołem Wad i Usterk. ~~Zamawiający naliczy kary umowne w wysokości 500 zł za każdy dzień zwłoki w usunięciu wad lub usterk bądź przekazania dokumentów, tzn. 500 zł za każdy dzień zwłoki licząc od 15-go dnia kalendarzowego po podpisaniu Protokołu Odbioru Końcowego Przedmiotu Zamówienia wraz z Protokołem Wad i Usterk. Podpisanie Protokołu Odbioru Końcowego Przedmiotu Zamówienia nie zwalnia Wykonawcy z wykonania wszelkich ewentualnych robót, usług uzupełniających, wymaganych przez odpowiednie organy administracji publicznej oraz organy opiniujące do wydania pozwolenia na użytkowanie obiektu/ów stanowiących przedmiot inwestycji”;~~ § 13 ust. 1 pkt 1) lit. b) Projektu Umowy: ~~„za każdy rozpoczęty dzień zwłoki w wykonaniu robót budowlanych w stosunku do terminu wskazanego w § 5 umowy – w wysokości 0,1% wynagrodzenia netto za wykonanie robót budowlanych, wskazanego w § 2 ust. 1 umowy”.~~

II.10. w zakresie zarzutu nr I.10 – Odwołujący wnioskuje o modyfikację § 13 ust. 1 pkt 1) lit. n) – p) Projektu Umowy poprzez obniżenie wysokości tych kar umownych w sposób proporcjonalny do charakteru naruszenia, a także adekwatny do funkcji, którą te kary umowne pełnią, tj. funkcji prewencyjnej i stymulującej. Zdaniem Odwołującego wartość tych kar

umownych powinna zostać określona kwotowo co jest powszechnie stosowane w praktyce rynku zamówień publicznych, ewentualnie powinna być odnoszona do wysokości wynagrodzenia wynikającego z umowy o podwykonawstwo lub jej zmiany, W celu zasygnalizowania kierunku zmiany Projektu Umowy, Odwołujący poniżej wskazuje proponowaną treść zmian Projektu Umowy: § 13 ust. 1 pkt 1) lit. n) Projektu Umowy: „za nieprzedłożenie do zaakceptowania projektu umowy o podwykonawstwo, której przedmiotem są roboty budowlane, lub projektu jej zmiany z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy – w wysokości 5% wynagrodzenia netto, o którym mowa w § 2 ust. 1 umowy 2.000 zł ewentualnie § 13 ust. 1 pkt 1) lit. n) Projektu Umowy: „za nieprzedłożenie do zaakceptowania projektu umowy o podwykonawstwo, której przedmiotem są roboty budowlane, lub projektu jej zmiany z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy – w wysokości 0,5% 5% wynagrodzenia netto, o którym mowa w § 2 ust. 1 umowy wynagrodzenia netto wynikającego z umowy o podwykonawstwo lub jej zmiany”; § 13 ust. 1 pkt 1) lit. o) Projektu Umowy: „za nieprzedłożenie poświadczonej za zgodność z oryginałem kopii umowy o podwykonawstwo lub jej zmiany z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy – w wysokości 2.000 zł 5% wynagrodzenia netto, o którym mowa w § 2 ust. 1 umowy”; § 13 ust. 1 pkt 1) lit. p) Projektu Umowy: „za brak zmiany umowy o podwykonawstwo w zakresie terminu zapłaty z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy, w wysokości 2.000 zł 5% wynagrodzenia netto, o którym mowa w § 2 ust. 1 umowy”. Odwołanie zostało podpisane przez radcę prawnego umocowanego na podstawie pełnomocnictwa z 30.03.2024 r. udzielonego przez dwóch Cz. Z. osoby ujawnione i umocowane do łącznej reprezentacji zgodnie z załączonym do odwołania dokumentem rejestrowym.

Zamawiający w dniu 14.05.2024 r. (poprzez platformę Marketplanet) wezwał wraz kopią odwołania, w trybie art. 524 NPzp, uczestników postępowania przetargowego do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym. Żadne zgłoszenie przystąpienia nie miało miejsca.

W dniu 27.05.2024 r. (e-mailem) Zamawiający wobec wniesienia odwołań do Prezesa KIO wniósł na piśmie, w trybie art. art. 521 NPzp, odpowiedź na odwołanie, gdzie stwierdził:

*„uwzględniam zarzuty odwołania w części, tj. z wyjątkiem zarzutu z Pkt I.7 (żądanie Pkt II.7) -w zakresie Pkt I.7 (żądanie II.7) wnoszę o oddalenie Odwołania w tej części
- wnoszę o zasądzenie na rzecz Zamawiającego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów zastępstwa przed KIO. (...)*

W zakresie postępowania dowodowego wnoszę o: 1) przeprowadzenie dowodu z dokumentu – wyjaśnienia Zamawiającego z dnia 17 maja 2024 r. na okoliczność uwzględnienia żądań Odwołującego 2) przeprowadzenie dowodu z dokumentu- wniosku o dofinansowanie projektu na okoliczność wskazania daty wykonania przedmiotu umowy uzasadnionej obiektywną przyczyną, niezależną od zamawiającego, tj. w przypadku projektów finansowanych ze środków UE.” Stwierdził, że: „(...) W dniu 13 maja 2024 r. wpłynęło do Zamawiającego odwołanie Strabag Sp. z o.o. dotyczące wskazanych postanowień załącznika nr 3 do Specyfikacji Warunków Zamówienia- Projektu umowy. W toku postępowania Odwołujący wniósł, m.in. w dniu 10 maja 2024 r., o wyjaśnienie treści Specyfikacji Warunków Zamówienia, w tym wskazanych postanowień projektu umowy. W toku opracowywania odpowiedzi na pytania wykonawców wpłynęło do Zamawiającego opisane na wstępie odwołanie. W dniu 17 maja 2024 r. ogłoszenie o sprostowaniu zostało przekazane przez Zamawiającego do publikacji. W dniu 21 maja 2024 r. Zamawiający przekazał Odwołującemu opublikowane wyjaśnienia. Jak wynika z treści wyjaśnień z 17 maja 2024 r. zarzuty i związane z nimi żądania zmian w Projektowanych postanowieniach umowy, zostały uwzględnione (z wyjątkiem Pkt II.7, co Zamawiający uzasadnia poniżej). Odnosząc się po kolei do żądań Odwołującego zawartych w odwołaniu:

-z pkt II.1- uwzględnione w pyt.23 wyjaśnień Zamawiającego z 17 maja 2024 r. (Odwołujący zarzucił, że § 2 ust.40 Projektu Umowy dotyczy jakichkolwiek wad, wskazał, że wstrzymanie zapłaty wynagrodzenia w przypadku stwierdzenia jakichkolwiek wad narusza art.647 k.c., Odwołujący wniósł o zmianę i określenie ich jako „wad istotnych”, Zamawiający uwzględnił zmianę, poprzez wskazanie, że chodzi o „wady istotne, tj. uniemożliwiające lub utrudniające użytkowanie przedmiotu umowy (...). Wada istotna utrudnia, a wręcz uniemożliwia prawidłowe użytkowanie nieruchomości. Wada istotna może być wadą usuwalną, a także nie musi uniemożliwiać korzystanie z nieruchomości, jest to wada, która w sposób zauważalny wpływa na sposób korzystania z budynku, jego funkcjonalność (zob. wyrok Sądu Apelacyjnego e Wrocławiu z 2 lutego 2012 r., sygn. akt I ACa 1394/11, wyrok Sądu Apelacyjnego w Szczecinie z 24 maja 2016 r., sygn. akt I ACa 899/15).

-z pkt II.2- uwzględnione w pyt.19 wyjaśnień Zamawiającego

-z pkt II.3 - uwzględnione w pyt.21 wyjaśnień Zamawiającego

-z pkt II.4- uwzględnione w pyt.21 wyjaśnień Zamawiającego

-z pkt II.5- uwzględnione w pyt.22 wyjaśnień Zamawiającego

-z pkt II.6- uwzględnione jako modyfikacja Zamawiającego w wyjaśnieniach Zamawiającego -z pkt II.8- uwzględnione w

pyt.46 wyjaśnień Zamawiającego

-z pkt II.9 - uwzględnione w pyt.40 i 39 wyjaśnień Zamawiającego (kara umowna zastrzeżona w § 13 ust. 1 pkt 1) lit. b. Projektu Umowy dotyczy zwłoki w wykonaniu przedmiotu umowy, została zdublowana następnie w § 13 ust. 1 pkt 1) lit. e), dlatego Zamawiający usunął zdublowany zapis pkt e), zaś z pkt b), który tę kwestie regulował jako pierwszy, co logiczne, zostawił; jest to zgodne z zarzutem z Pkt I.9, co Zamawiający uwzględnił).

-z pkt II.10-uwzględnione w pyt. 12, 13 i 14.

Odnosząc się natomiast do żądania określonego w pkt II.7, Zamawiający wskazuje, że zgodnie z art. 436 pkt 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2023 r. poz. 1605, ze zm.), umowa zawiera postanowienia określające w szczególności planowany termin zakończenia usługi, dostawy lub robót budowlanych, oraz, w razie potrzeby, planowane terminy wykonania poszczególnych części usługi, dostawy lub roboty budowlanej, określone w dniach, tygodniach, miesiącach lub latach. Przepis ten wprowadza zobowiązanie do określania terminu wykonania umowy, w jednostkach czasu (dniach, tygodniach, latach), chyba że wskazanie daty wykonania umowy jest uzasadnione obiektywną przyczyną, niezależną od zamawiającego np. w przypadku projektów finansowanych ze środków UE (tak też w wyjaśnieniach praktycznych do art.436 PZP, Lex). Termin na realizację przedmiotu umowy ustanowiony na 31.12.2025 r. wynika z wniosku o dofinansowanie projektu "Poprawa dostępności doświadczeń zdrowotnych w zakresie opieki psychologicznej, psychiatrycznej i leczenia uzależnień dzieci i młodzieży poprzez utworzenie Regionalnego Centrum Zdrowia Psychicznego Dzieci i Młodzieży przy Szpitalu Neuropsychiatrycznym im. Prof. M. Kaczyńskiego w Lublinie" i podpisanej na jego podstawie umowy nr FELU.07.08_IZ.00-001/24-00 z dnia 5 kwietnia 2024 r. Jak wynika z przedłożonego wniosku o dofinansowanie, termin zakończenia Budowy pawilonu to 31 grudnia 2025 r. (s.10 wniosku). Zamawiający nie może dokonać zmiany terminu określonego w tym przypadku datą, gdyż jest związany danymi z wniosku i podpisaną umową o dofinansowanie (...). Odpowiedź na odwołanie została podpisana przez radcę prawnego umocowanego na podstawie pełnomocnictwa z 22.05.2024 r. udzielonego przez p. o. Dyrektora Szpitala Neuropsychiatrycznego im. Prof. M.K. Samodzielny Publiczny Zakład Publicznej Opieki Zdrowotnej w Lublinie osobę ujawnioną w załączonym odpisie KRS-u i umocowaną do samodzielnej reprezentacji.

W dniu 29.05.2024 r. (e-mailem) Odwołujący złożył pismo procesowe w ramach którego wskazał, iż: „(...) 1. na podstawie art. 520 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2023 r. poz. 1605 ze zm.) – dalej „ustawa PZP” – cofam Odwołanie w zakresie zarzutu nieuwzględnionego przez Zamawiającego. to jest w zakresie zarzutu nr I.7:

2. z uwagi na uwzględnienie przez Zamawiającego części zarzutów przedstawionych w Odwołaniu (zarzuty nr I.1 – I.6) i cofnięcie pozostałych zarzutów (zarzut nr I.7) przez Odwołującego, na podstawie art. 522 ust. 3 ustawy PZP wnoszę o umorzenie postępowania odwoławczego na posiedzeniu niejawnym bez obecności stron.

W związku z powyższym wnoszę o rozstrzygnięcie o kosztach postępowania odwoławczego zgodnie z § 9 ust. 1 pkt 2) lit. b) Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30.12.2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437), to jest o wzajemne zniesienie kosztów postępowania odwoławczego i orzeczenie zwrotu Odwołującemu kwoty uiszczony tytułem wpisu od Odwołania. (...). Pismo procesowe podpisał radca prawny tak jak odwołanie.

W dniu 31.05.2024 r. na mocy zarządzenia z 24.05.2024 r. odbyło się posiedzenie z udziałem stron. Na posiedzeniu nikt się nie stawił, tak Zamawiający, jak i Odwołujący prawidłowo zawiadomieni o terminie posiedzenia. Dowód zawiadomienia w aktach sprawy.

Izba umarza postępowanie z uwagi na częściowe uwzględnienie zarzutów przez Zamawiającego i wycofanie pozostałych zarzutów przez Odwołującego.

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje.

Zamawiający uwzględnił zarzuty przedstawione w odwołaniu w części (zarzuty od nr I.1 do I.6, jak i zarzuty od nr I.8 do I.10), a pozostałe zarzuty zostały przez Odwołującego wycofane (zarzut nr I.7). Niniejsze wynika jednoznacznie z odpowiedzi na odwołanie Zamawiającego oraz załączonych przez Zamawiającego do odpowiedzi wyjaśnień z 17.05.2024 r. /Wyjaśnienia -I/ (uwzględnienie zarzutów od nr I.1 do I.6, jak i zarzutów od nr I.8 do I.10) /Zamawiający używa przy ich numeracji w odpowiedzi na odwołanie II.1 do II.6, jak i II.8 do II.10, ale są to te same zarzuty/. Nadto, z pisma procesowego Odwołującego (wycofanie odwołanie w zakresie zarzutu nieuwzględnionego przez Zamawiającego, to jest w zakresie zarzutu nr I.7). W piśmie Odwołującego znajduje się omyłka pisarska co do numerów uwzględnionych zarzutów, jednakże oświadczenie co do wycofanego zarzutu i kontekst czynności jest jednoznaczny. Do postępowania odwoławczego nie zgłosił przystąpienia żaden wykonawca. Mając na uwadze powyższe okoliczności faktyczne Krajowa

Izba Odwoławcza stwierdziła, że postępowanie odwoławcze podlega umorzeniu na podstawie art. 522 ust. 3 NPzp. Zgodnie z przywoływanym przepisem: *W przypadku uwzględnienia przez zamawiającego części zarzutów przedstawionych w odwołaniu i wycofania pozostałych zarzutów przez odwołującego, Izba może umorzyć postępowanie odwoławcze 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. Stosownie do art. 568 pkt 3 ustawy Pzp, Izba umarza postępowania odwoławcze, w formie postanowienia, w przypadku, o którym mowa w art. 522.*

W związku z powyższym Izba, działając na podstawie art. 522 ust. 3 i art. 568 pkt 3 NPzp, postanowiła jak w pkt 1 sentencji.

Izba orzekła o wzajemnym zniesieniu kosztów postępowania odwoławczego oraz nakazała zwrot Odwołującemu kwoty uiszczonej tytułem wpisu od odwołania, stosownie do przepisu § 9 ust. 1 pkt 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437).

W przypadku umorzenia postępowania odwoławczego przez Izbę w całości 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 do postępowania 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.

Przewodniczący:

.....