

WYROK
z dnia 18 kwietnia 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: J.G.

Protokolant: A.K.

po rozpoznaniu na rozprawie w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w Warszawie w dniu 29 marca 2024 r. przez wykonawcę ubiegającego się o udzielenie zamówienia

SKANSKA S.A. w Warszawie

w postępowaniu prowadzonym przez

Miasto Stołeczne Warszawa - Dzielnica Ursus

przy udziale uczestnika po stronie odwołującego – wykonawcy ubiegającego się o udzielenie zamówienia:

„PRK7 NIERUCHOMOŚCI” Sp. z o.o. w Warszawie

orzeka:

1. Umarza postępowanie odwoławcze w części, tj. co do zarzutów i żądań opisanych w części V odwołania punktach: 1.1, 1.2, 1.4, 1.8, 1.9, 1.10, 1.11, 1.12, 1.13, 1.15, 1.16, 1.17, 1.18, 1.21, 1.22, 1.26, 1.27, 1.28, 1.29, 1.30, 1.31, 1.33, 1.34, 1.35, 1.36, 1.41, 1.47, 1.48, 1.49, 1.51;

2. Oddala odwołanie w pozostałym zakresie, tj. co do zarzutów i żądań opisanych w części V odwołania punktach 1.3, 1.5, 1.6, 1.7, 1.14, 1.19, 1.20, 1.23, 1.24, 1.25, 1.32, 1.37, 1.38, 1.39, 1.40, 1.42, 1.43, 1.44, 1.45, 1.46, 1.50

3. Kosztami postępowania odwoławczego w całości obciąża odwołującego i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego poniesione przez odwołującego koszty: 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) tytułem wpisu 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:.....

Uzasadnienie

Miasto Stołeczne Warszawa - Dzielnica Ursus (Plac Czerwca 1976 r. Nr 1 02-495 Warszawa) (dalej Zamawiający) prowadzi na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 roku Prawo zamówień publicznych (tj.: Dz.U.2023.1605 z późn. zm.) (dalej Ustawa lub Pzp) postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego - Budowa Domu Kultury wraz z niezbędną infrastrukturą i zagospodarowaniem terenu oraz obsługą komunikacyjną obiektu przy ul. Gierdziejewskiego - Etap I (remediacja terenu, stan surowy, przyłącza). Numer publikacji ogłoszenia: 168249-2024, Numer wydania Dz.U. S: 57/2024, Data publikacji: 20/03/2024 (dalej: Postępowanie). Zasady, warunki, kryteria ocen, opis przedmiotu zamówienia i postanowienia umowy na realizację zamówienia określa Specyfikacja Warunków Zamówienia (dalej SWZ). Załącznik nr 2 do SWZ stanowi projekt Umowy (dalej Umowa).

W dniu 29 marca 2024 r. odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w Warszawie wniósł wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego SKANSKA S.A. w Warszawie (Al. Solidarności 173, 00-877 Warszawa) (dalej Odwołujący).

Odwołanie wniesiono wobec czynności i zaniechań Zamawiającego podjętych z naruszeniem art. 647 Kodeksu cywilnego (dalej: kc), art. 353(1) kc, art. 58 § 1 i 2 kc, art. 5 kc, art. 471 kc, art. 647 kc, w związku z art. 8 ust. 1 Pzp, 16 ust. 1 Pzp, 99 ust. 1 i 4 Pzp, 431 Pzp poprzez ukształtowanie postanowień i rozwiązań 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 naczelne zasady prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego - zasadę proporcjonalności (adekwatności), która rzutuje na obowiązek współdziałania Zamawiającego i Wykonawcy przy wykonaniu umowy w sprawie zamówienia publicznego, zasadę przejrzystości, a także postulat opisanie przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, który nie spełniony prowadzi do zaniechania lub utrudnienia zapewnienia zachowania uczciwej konkurencji, poprzez:

1) Wprowadzenie do umowy postanowień przewidujących nierealne terminy realizacji etapów nie uwzględniające

okoliczności faktycznych, technologicznych, prawnych (§ 3 ust. 1, wniosek 1.7);

2)Wprowadzenie nadmiernych, nieuzasadnionych ustawą pzp, a nawet sprzecznych z nią wymagań wobec wykonawcy w szczególności dot. wymagań umów z podwykonawcami (§ 2 ust. 5, ust. 6 pkt 3, 4, 5, 6, 7, wnioski 1.1 do 1.6);

3)Wprowadzenie nadmiernych, nieproporcjonalnych, nieuzasadnionych przepisami wymagań wobec wykonawcy naruszających zasadę współdziałania zamawiającego i wykonawcy, tj.:

a)zapewnienie przebywania kierowników (budowy i robót) na terenie budowy (§ 4 ust. 1 pkt 3 i 4, wnioski 1.8 i 1.9),

b)dotyczących sposobu wykonywania prac, prowadzenia budowy i jej zrealizowania (§ 4 ust. 1 pkt 16, 18, wnioski 1.14, 1.15; § 4 ust. 1 pkt 34, wniosek 1.19; § 4 ust. 3 lit b), wniosek 1.20; § 5 pkt 4), wniosek 1.21; § 6 ust. 3, wniosek 1.22; § 4 ust. 1 pkt 32, wniosek 1.18),

c)zapewnienia wykonawcy dot. stanu zdrowia pracowników (§ 4 ust. 1 pkt 25, wniosek 1.16),

d)przekazywania dokumentów zawierających dane osobowe będące sprzeczne z przepisami RODO (§ 4 ust. 1 pkt 26) wniosek 1.17),

e)brak odkupienia od wykonawcy po odstąpieniu od umowy zamówionych lub opłaconych materiałów (§ 11 ust. 3, wniosek 1.43),

f)brak uprawnień wykonawcy do samodzielnej inwentaryzacji po odstąpieniu od umowy w przypadku zwłoki zamawiającego (§ 11 ust. 5, wniosek 1.44);

4)Wprowadzenie postanowień poszerzających ustawowy i zwyczajowy zakres odpowiedzialności Wykonawcy w ramach procesu budowlanego i nakładających na Wykonawcę rozszerzoną odpowiedzialność, a także nieproporcjonalne i nieprzewidziane ryzyka oraz obowiązki, co jest elementem niejednoznaczności opisu przedmiotu zamówienia:

a)Konieczność uzyskania przez wykonawcę wszelkich, niedookreślonych zezwoleń, opinii, itd. (§ 4 ust. 1 pkt 6, wniosek 1.10),

b)Nałożenie pełnej i wyłącznej odpowiedzialności Wykonawcy za określone czynności poza terenem budowy, jak również za niewykonanie lub nienależyte wykonanie obowiązków umownych niezależnie od przyczyn niewykonania lub nienależytego wykonania (§ 4 ust. 1 pkt 11, 13, ust. 2, wnioski nr 1.11 do 1.13);

5)Wprowadzenie postanowień, które nie dają gwarancji przeprowadzenia odbiorów z udziałem wykonawcy, a co ważniejsze w rzeczywistości prowadzą do bezusterkowego odbioru robót, uzależniają odbiór końcowy od braku wszystkich wad, a nie tylko wad o istotnym charakterze (§ 6 ust. 3, 10, 12, 13 Umowy, wnioski 1.22 do 1.24);

6)Przewidzenie zbyt surowych postanowień w zakresie kar umownych, tj. kar umownych za terminy pośrednie oraz zbyt wysokich kar umownych (§ 10 ust. 2 lit. a, b, d, e, f, g, h, i, j, l; wnioski 1.25 do 1.34), zbyt wysoki limit kar umownych (§ 10 ust. 6, wniosek 1.36), brak kary dla Wykonawcy za odstąpienie z przyczyn za które odpowiedzialność ponosi Zamawiający (§ 10 ust. 7; wniosek 1.37; § 11 ust. 8, wniosek 1.45);

7)Wprowadzenie nieproporcjonalnych przesłanek do odstąpienia od umowy przez Zamawiającego [§ 11 ust. 1 pkt 1, 4, 5, 7, 8; wnioski 1.38 do 1.42), a także regulacji .14, [§ 14, ust. 1 pkt 5)] wniosek 1.15, [§ 14 ust. 3] wniosek 1.16;

8)W zakresie zmiany umowy pozbawienie możliwości przedłużenia terminu zakończenia robót o okres faktycznego wpływu jaki dana okoliczność przewidziana przez umowę ma wpływ na ten termin (§ 14 ust. 3 pkt 1; wniosek 1.46), wprowadzenie postanowień nie przewidujących przedłużenia terminów umownych w przypadkach nie zależnych od Wykonawcy (§ 14 ust. 3 pkt 1 lit. i, j, k, l, m, n, wniosek 1.48), nieuzasadnione ograniczenie możliwości zmiany terminów i wynagrodzenia w przypadku robót zamiennych lub dodatkowych tylko do przyczyny wynikającej z przepisów prawa lub zasad wiedzy technicznej (§ 14 ust. 3 pkt 1 lit. d, wniosek 1.47; § 14 ust. 3 pkt 5) lit. b), wniosek 1.49), pozbawienie możliwości zmiany wynagrodzenia w przypadkach w przypadkach, które uzasadniają zmianę umowy w zakresie terminów, jeżeli te okoliczności wpływają na wynagrodzenie wykonawcy (§ 14 ust. 3 pkt 5 lit. h, wniosek 1.50), ograniczenie możliwości zmiany wynagrodzenia nie więcej niż o 12 % wartości umowy (§ 14 ust. 4, wniosek 1.51);

9)Wprowadzenie postanowień nie przewidujących możliwości przedłużenia terminów usunięcia wad w uzasadnionych przypadkach (§ 12 ust. 9, wniosek 1.52).

Odwołujący w części V odwołania odnosząc się do poszczególnych zarzutów wnosił o nakazanie Zamawiającemu zmian w treści Umowy (postulowane zmiany zaznaczono podkreśleniami lub przekreśleniami) tj. zmiany:

1.1.Umowy w § 2 ust. 5 poprzez jego zmianę tak, aby otrzymał następujące brzmienie:

Zamawiający ma prawo do zgłoszenia pisemnych zastrzeżeń do projektu umowy o podwykonawstwo/dalsze podwykonawstwo, której przedmiotem są roboty budowlane a także projektu jej zmiany oraz sprzeciwu do umowy o podwykonawstwo/dalsze podwykonawstwo, której przedmiotem są roboty budowlane i jej zmian, przedłożonych przez Wykonawcę, podwykonawcę i dalszego podwykonawcę, w terminie do 7 (siedmiu) +4 dni od ich przedłożenia Zamawiającemu.

1.2. Umowy w § 2 ust. 6 pkt 3 poprzez jego zmianę tak, aby otrzymał następujące brzmienie:

3) będą przewidywały terminy wykonywania robót powierzonych podwykonawcy; dalszemu podwykonawcy, niezgodnie z niniejszą umową dłuższe niż przewidywane niniejsza umowa.

1.3. Umowy w § 2 ust. 6 pkt 4 poprzez jego usunięcie

4) nie będą zawierały postanowień, o możliwości odstąpienia od umowy w przypadkach odpowiednich do tych zawartych w niniejszej umowie;

1.4. Umowy w § 2 ust. 6 pkt 5 poprzez jego usunięcie

5) nie będą zawierały postanowień przewidujących, że odbiory robót przez Zamawiającego od Wykonawcy będą poprzedzone odbiorami robót Wykonawcy od podwykonawcy lub podwykonawcy od dalszego podwykonawcy;

1.5. Umowy w § 2 ust. 6 pkt 6 poprzez jego usunięcie

6) nie będą zawierały postanowień, o tym, że suma wynagrodzeń należnych podwykonawcy i dalszemu podwykonawcy z tytułu wykonania powierzonych przez Wykonawcę robót nie będzie przewyższać wynagrodzenia za wykonanie tych samych robót należnego Wykonawcy od Zamawiającego;

1.6. Umowy w § 2 ust. 6 pkt 7 poprzez jego usunięcie

7) będą zawierały postanowienia, które w ocenie Zamawiającego będą mogły utrudniać lub uniemożliwiać prawidłową lub terminową realizację niniejszej umowy, zgodnie z jej treścią, w szczególności poprzez przyznanie możliwości braku realizacji robót lub ich zawieszenie przez podwykonawcę lub dalszego podwykonawcę;

1.7. Umowy w § 3 ust. 1 poprzez jego zmianę, tak aby przedmiot umowy określony był jako jeden etap i określony był jednym terminem końcowym

ewentualnie

poprzez zmianę § 3 ust. 1, tak aby otrzymał następujące brzmienie:

a) etap I A - usunięcie drzew, chwastów i krzewów wraz z oczyszczeniem terenu po wykarczowaniu oraz wywiezienie i unieszkodliwienie odpadów zielonych oraz wszystkie roboty rozbiórkowe (w tym rozbiórka nieczynnej infrastruktury podziemnej) wraz z wywiezieniem i unieszkodliwieniem odpadów i gruzu - 2 miesiące od dnia zawarcia umowy, jednak nie później niż do dnia; w terminie zakończenia całego zadania.

b) etap I B - budowa odcinka przyłącza sieci ciepłowniczej od sieci ciepłowniczej (wcinka) do studni zaworowej na działce o nr ew. 121/8 obręb 2-09-09 - 2 miesiące od dnia zawarcia umowy, jednak nie później niż do dnia; - 2 miesiące od zakończenia etapu I A i I C;

c) etap I C - roboty ziemne, w tym wykonanie remediacji historycznego zanieczyszczenia powierzchni ziemi działek o nr ew. 121/9, 121/10, 121/11, 150/2, oraz fragmentu działek o nr ew. 121/8, 161/1 obręb 2-09-09, zlokalizowanych przy ul. Gierdziejewskiego w Warszawie wraz z wywozem ziemi - 2 miesiące od dnia zawarcia umowy, jednak nie później niż do dnia

;- 3 miesiące od zakończenia etapu I A, natomiast zakres

administracyjny związany z remediacją wynikający z decyzji WOŚ- IV.515.9.2022.PBu.3 z dnia 22.06.2022r. w terminie do zakończenia przedmiotu Umowy;

d) etap I D - wykonanie zabezpieczenia wszystkich wykopów, budowa kanalizacji podposadzkowej oraz zabezpieczenie chudym betonem rur kanalizacyjnych w ziemi, z wyprowadzeniem rurociągów kanalizacji nad posadzkę kondygnacji podziemnej budynku; budowa gruntowego wymiennika ciepła GWC wraz z wykonaniem podłoża pod kanałami, zasyпки kanałów wraz zagęszczeniem gruntu; budowa kondygnacji podziemnej budynku (roboty żelbetowe budynku w zakresie fundamentów, płyt stropowych, klatek schodowych, słupów, belek, ścian wraz z izolacją fundamentów oraz roboty murowe); wykonanie przewodów uziemiających i wyrównawczych, złącz kontrolnych instalacji odgromowej kondygnacji podziemnej budynku wraz z przeprowadzeniem badań i pomiarów - 5 miesięcy od dnia zawarcia umowy;

jednak nie później niż do dnia; - 5 miesięcy od zakończenia etapu I C;

e) etap I E - budowa odcinka przyłącza sieci ciepłowniczej od studni zaworowej

do budynku (do pomieszczenia węzła cieplnego) na działkach o nr ew. 121/8 i 121/9 obręb 2-09-09 - 6 miesięcy od dnia zawarcia umowy, jednak nie później niż do dnia; - 6 miesięcy od zakończenia etapu I C;

f) etap I F - budowa przyłącza wodociągowego oraz przyłącza kanalizacji

ściekowej oraz instalacji zewnętrznej kanalizacji ściekowej od sieci do budynku, wg uzgodnionego przez MPWiK w m.st. Warszawie S.A. projektu wykonawczego (nr uzgodnień 1125/2023), zakończonych protokołarnym odbiorem przez w/w gestora sieci - 9 miesięcy od dnia zawarcia umowy, jednak nie później niż do dnia; - 9 miesięcy od zakończenia etapu I C;

g) etap I G - budowa kondygnacji nadziemnej budynku, w tym roboty żelbetowe budynku w zakresie płyt stropowych, klatek schodowych, słupów, belek, ścian; roboty murowe ścian wewnętrznych i zewnętrznych budynku wraz z ułożeniem nadproży prefabrykowanych oraz zabezpieczenie stropodachu przed opadami poprzez izolację, zabezpieczenie otworów wyłazowych stropodachu płytami OSB, wykonanie tymczasowej pionowej instalacji kanalizacji deszczowej odprowadzającej wody opadowe ze stropodachu na tereny nieutwardzone, wykonanie dokumentacji powykonawczej I etapu budowy - 22 miesiące od dnia zawarcia umowy.

1.8. Umowy w § 4 ust. 1 pkt 3), tak aby otrzymał następujące brzmienie:

3) ustanowienia kierownika budowy, który ma obowiązek stałego i codziennego w dni powszednie sprawowania funkcji na terenie przedmiotowej budowy w trakcie jej realizacji. W przypadku urlopu wypoczynkowego lub choroby niezdolności do pracy dotychczasowego kierownika budowy w okresie dłuższym niż 7 dni roboczych,

Wykonawca ma obowiązek **zapewnienia tymczasowego zastępcy** ~~dekonania zmiany~~ kierownika budowy.

1.9. Umowy w § 4 ust. 1 pkt 4), tak aby otrzymał następujące brzmienie:

1) ustanowienia branżowych kierowników robót, którzy mają obowiązek stałego i codziennego w dni powszednie sprawowania funkcji na terenie budowy w trakcie jej realizacji. W przypadku urlopu wypoczynkowego lub ~~choroby~~ ~~niezdolności do pracy~~ dotychczasowego kierownika budowy w okresie dłuższym niż 7 dni roboczych, Wykonawca ma obowiązek **zapewnienia tymczasowego zastępcy** ~~dekonania zmiany~~ kierownika robót;

1.10. Umowy w § 4 ust. 1 pkt 6), tak aby otrzymał następujące brzmienie:

10) uzyskania przed rozpoczęciem danego etapu budowy wszystkich niezbędnych dokumentów, w tym zezwoleń, opinii, uzgodnień dotyczących zajęcia terenu, czy przyłączenia do sieci wynikających z dokumentacji udostępnionej przez Zamawiającego, na podstawie której Wykonawca w zakresie swojego profesjonalnego charakteru działalności powinien był je przewidzieć, a także zapewnienie wymaganych przepisami prawa (branżowymi) nadzorów technicznych (np. realizowanych przez gestorów sieci) oraz ponoszenie z tego tytułu wszelkich opłat

1.11. Umowy w § 4 ust. 1 pkt 11), tak aby otrzymał następujące brzmienie:

11) dostosowanie się do ograniczeń obciążeń osi pojazdów podczas transportu wyrobów budowlanych i sprzętu, czy podczas wywozu ziemi i odpadów budowlanych na drogach publicznych i wewnętrznych oraz ponoszenie odpowiedzialności za: właściwe oznakowanie, prawidłową eksploatację dróg dojazdowych oraz uszkodzenia dróg w czasie trwania budowy i do ich naprawienia własnym staraniem i na własny koszt; Odpowiedzialność Wykonawcy określona w tym postanowieniu, a dotycząca terenów poza terenem budowy kształtuje się na zasadach ogólnych (zawinienia).

1.12. Umowy w § 4 ust. 1 pkt 13), tak aby otrzymał następujące brzmienie:

13) stałe utrzymywanie czystości i porządku na terenie dróg sąsiadujących z budową, przez które odbywa się transport materiałów wyrobów budowlanych i sprzętu na teren budowy, czy wywóz ziemi i odpadów budowlanych z terenu budowy oraz ponoszenie odpowiedzialności za brak utrzymania czystości i porządku w tym zakresie; Odpowiedzialność Wykonawcy określona w tym postanowieniu, a dotycząca terenów poza terenem budowy kształtuje się na zasadach ogólnych (zawinienia).

1.13. Umowy w § 4 ust. 2, tak aby otrzymał następujące brzmienie:

Z zastrzeżeniem innych postanowień niniejszej umowy lub przepisów prawa

Wykonawca ponosi wszelkie koszty związane z wykonaniem obowiązków nałożonych na niego w niniejszej umowie, w przepisach prawa oraz wyłączną i pełną odpowiedzialność z skutki ich niewykonania lub nienależytego wykonania wobec Zamawiającego oraz osób trzecich, chyba że niewykonanie lub nienależyte wykonanie tych obowiązków jest następstwem okoliczności, za które wykonawca odpowiedzialności nie ponosi lub, że co innego wynika z niniejszej umowy.

1.14. Umowy w § 4 ust. 1 pkt 16) poprzez jego wykreślenie

~~16) przerwaniu robót na żądanie Zamawiającego i zabezpieczeniu wykonanych robót przed ich uszkodzeniem lub zniszczeniem;~~

1.15. Umowy w § 4 ust. 1 pkt 18), tak aby otrzymał następujące brzmienie:

18) wykonywanie wszelkich robót w sposób jak najmniej uciążliwy dla sąsiadujących budynków, w tym respektowanie przepisów określających dopuszczalny poziom hałasu w poszczególnych godzinach doby, chyba że wykonywanie określonych robót z punktu widzenia technologicznego nie może być przerwane.

1.16. Umowy w § 4 ust. 1 pkt 25), tak aby otrzymał następujące brzmienie:

25) zatrudnienia do wykonania robót pracowników, których kwalifikacje i stan zdrowia pozwolą wykonać przedmiot umowy zgodnie z zasadami wiedzy technicznej i obowiązującymi przepisami oraz posiadających ważne: okresowe badania lekarskie i zaświadczenia o przeszkoleniu BHP na stanowisku pracy;

1.17. Umowy w § 4 ust. 1 pkt 26), poprzez jego usunięcie :

~~26) przedkładania na żądanie Zamawiającemu oraz innym osobom wskazanym przez Zamawiającego, poświadczonych przez osobę upoważnioną do działania w imieniu Wykonawcy za zgodność z oryginałem kopii dokumentów poświadczających aktualność badań lekarskich i szkoleń BHP osób realizujących;~~

1.18. Umowy w § 4 ust. 1 pkt 32), tak aby otrzymał następujące brzmienie:

32) stosowania się do uzasadnionych poleceń danego inspektora nadzoru inwestorskiego z zakresu jego obowiązków; jeżeli Wykonawca zignoruje uzasadnione pisemne żądania inspektora nadzoru inwestorskiego dotyczącego wykonania robót, Zamawiający ma prawo zawieszenia robót do czasu spełnienia odpowiednich wymagań przez Wykonawcę; wszelkie opóźnienia wynikłe z powodu takiego zawieszenia obciążają wyłącznie Wykonawcę;

1.19. Umowy w § 4 ust. 1 pkt 34), tak aby otrzymał następujące brzmienie:

34) przeprowadzenia na żądanie Zamawiającego zawierającego pisemne uzasadnienie i w miejscu przez niego wskazanym, wszelkich badań, czy prób lub sprawdzeń jakościowych w odniesieniu do wykonanych robót i zastosowanych przez Wykonawcę wyrobów budowlanych, na koszt Wykonawcy; w przypadku, gdy badania, próby lub sprawdzenia jakościowe wykazały zgodność z umową Zamawiający ponosi ich koszt lub jest zobowiązany do zwrotu ich kosztu.

1.20. Umowy w § 4 ust. 3 lit. b), o jego usunięcie:

nie istnieją żadne okoliczności uniemożliwiające czy wyłączające możliwość wykonania przedmiotu umowy;

Ewentualnie, tak aby otrzymał następujące brzmienie:

b) na podstawie przekazanej przez Zamawiającego dokumentacji nie istnieją żadne okoliczności uniemożliwiające czy wyłączające możliwość wykonania przedmiotu umowy. Powyższe nie dotyczy dokumentów, z których wynika, że straciły ważność lub które zawierają terminy niemożliwe do dotrzymania.

- 1.21. Umowy w § 5 pkt 4), tak aby otrzymał następujące brzmienie:
- 4) ustanowienie inspektorów nadzoru inwestorskiego oraz nadzoru autorskiego
- 1.22. Umowy w § 6 ust. 3, tak aby otrzymał następujące brzmienie:
O miejscu i terminie czynności odbiorowych Zamawiający będzie skutecznie zawiadamiał Wykonawcę w sposób i formie przez siebie wybranej i ustalonej uprzednio z Wykonawcą, z co najmniej 3 dniowym wyprzedzeniem.
- 1.23. Umowy w § 6 ust. 10, tak aby otrzymał następujące brzmienie:
10. Podstawą do dokonania odbiorów częściowych oraz odbioru końcowego robót jest realizacja robót budowlanych bez istotnych wad istotnych, jak i wykonanie przez Wykonawcę innych obowiązków nałożonych na niego umową. Brak wykonania powyższych obowiązków upoważnia Zamawiającego do odmowy dokonania odbiorów robót.
- 1.24. Umowy w § 6 ust. 12, 13, tak aby otrzymały następujące brzmienie:
12. Jeżeli w toku odbiorów robót zostaną stwierdzone wady, Zamawiający:
~~1) ma prawo odmówić odbioru robót do czasu usunięcia wad, jeżeli wady nie są istotne i nadają się do usunięcia i wyznaczyć termin technicznie możliwy na ich usunięcie; jeżeli wady nie są istotne Zamawiający dokonuje odbioru i potwierdza zakończenie robót, jednocześnie w porozumieniu z Wykonawcą wyznaczy termin technicznie możliwy na ich usunięcie;~~
2) jeżeli stwierdzone wady nie nadają się do usunięcia, ale umożliwiają użytkowanie przedmiotu umowy Zamawiający ma prawo odstąpić od umowy z winy Wykonawcy i obniżyć wynagrodzenie Wykonawcy z tego tytułu wg cen robót określonych w harmonogramie rzeczowo-finansowy;
3) jeżeli wady nie nadają się do usunięcia i uniemożliwiają użytkowanie przedmiotu umowy to Zamawiający może odstąpić od umowy w zakresie niewykonanym lub żądać wykonania przedmiotu umowy w tym zakresie po raz drugi.
13.
Za datę zakończenia robót danego etapu w tym końcowego. Strony uznają datę wykonania robót bez wad istotnych objętych danym etapem i zgłoszenie dokonane zgodnie postanowieniami umowy lub potwierdzone wpisem do dziennika budowy protokółarnego odbioru robót zrealizowanych przez Wykonawcę bez wad.
- 1.25. Umowy w § 10 ust. 2 lit. a) tak aby otrzymał następujące brzmienie:
a) za zwłokę w wykonaniu danego etapu robót budowlanych, w wysokości 0,02 % wynagrodzenia całkowitego umownego brutto za każdy rozpoczęty dzień zwłoki, liczony od dnia umownego wymienionego w § 3 ust. 1 punkt a-g niniejszej umowy, do dnia zgłoszenia danego etapu robót budowlanych do odbioru, po którym nastąpił ich odbiór bez zastrzeżeń, albo do dnia odstąpienia od umowy przez Zamawiającego; przy czym dochowanie terminu dla etapu z § 3 ust. 1 lit. g) niniejszej umowy powoduje uchylenie kar za naruszenie wcześniejszych terminów pośrednich (kamieni milowych), a pobrane lub wyegzekwowane kary podlegają zwrotowi.
- 1.26. Umowy w § 10 ust. 2 lit. b) tak aby otrzymał następujące brzmienie:
b) za zwłokę w usunięciu zgłoszonych wad w okresie gwarancji jakości lub rękojmi za wady wysokości 3 000 zł. (słownie: trzy tysiące) 1 000 zł. (słownie: trzy tysiące), za każdy rozpoczęty dzień opóźnienia, liczony od dnia ustalonego przez strony wyznaczonego przez Zamawiającego na ich usunięcie, do dnia ich usunięcia;
- 1.27. Umowy w § 10 ust. 2 lit. d), tak aby otrzymał następujące brzmienie:
d) z tytułu odstąpienia od umowy przez Zamawiającego lub Wykonawcę z przyczyn dotyczących Wykonawcy, o których mowa w § 11 niniejszej umowy - w wysokości 1020 % łącznego wynagrodzenia umownego brutto, o którym mowa w § 7 ust. 1;
- 1.28. Umowy w § 10 ust. 2 lit. e), tak aby otrzymał następujące brzmienie:
e) z tytułu braku zapłaty lub nieterminowej zapłaty wynagrodzenia należnego podwykonawcom lub dalszym podwykonawcom, w wysokości 1% wynagrodzenia brutto z faktury podwykonawcy lub dalszego podwykonawcy 2 000,- zł brutto (słownie: dwa tysiące złotych) za każdy rozpoczęty dzień zwłoki w nieterminowej zapłacie wynagrodzenia
- 1.29. Umowy w § 10 ust. 2 lit. f), tak aby otrzymał następujące brzmienie:
f) z tytułu zwłoki w nieprzedłożeniu do zaakceptowania projektu umowy o podwykonawstwo, której przedmiotem są roboty budowlane, lub projektu jej zmiany w wysokości 2 000 1000 zł brutto (słownie: dwa jeden tysiące złotych), za każdy brak przedłożenia w/w projektu umowy;
- 1.30. Umowy w § 10 ust. 2 lit. g), tak aby otrzymał następujące brzmienie:
g) z tytułu zwłoki w nieprzedłożeniu poświadczonej za zgodność z oryginałem kopii umowy o podwykonawstwo lub jej zmiany w wysokości 2 000 1000 zł brutto (słownie: dwa jeden tysiące złotych), za każdy brak przedłożenia poświadczonej za zgodność z oryginałem kopii umowy;
- 1.31. Umowy w § 10 ust. 2 lit. h), tak aby otrzymał następujące brzmienie:
h) z tytułu braku zmiany umowy o podwykonawstwo w zakresie terminu zapłaty w wysokości 500 zł. brutto (słownie: pięćset złotych), za każdy rozpoczęty dzień zwłoki opóźnienia, liczony od dnia wyznaczonego przez Zamawiającego na dokonanie zmiany do dnia dokonania tejże zmiany;
- 1.32. Umowy w § 10 ust. 2 lit. i) poprzez wykreślenie
~~i) za dopuszczenie do wykonywania robót budowlanych objętych przedmiotem umowy innego podmiotu niż Wykonawca lub zaakceptowany przez Zamawiającego podwykonawca/dalszy podwykonawca skierowany do ich wykonania zgodnie z zasadami określonymi umową w wysokości 30 000 zł. brutto (słownie: trzydzieści tysięcy złotych) za każdą taką nieprawidłowość;~~
lub ewentualnie poprzez jego zmianę, tak aby otrzymał następujące brzmienie:
za dopuszczenie do wykonywania robót budowlanych objętych przedmiotem umowy innego podmiotu niż Wykonawca lub zaakceptowany przez Zamawiającego podwykonawca/dalszy podwykonawca skierowany do ich

wykonania zgodnie z zasadami określonymi umową - w wysokości 30-000 **3000** zł. brutto (słownie: **trzydzieści tysięcy trzy tysiące** złotych) za każdą taką nieprawidłowość;

1.33. Umowy w § 10 ust. 2 lit. j), tak aby otrzymał następujące brzmienie:

~~j) w przypadku niezatrudnienia przy realizacji robót osób wymienionych w § 8 ust. 1 lub nieprzedstawienia Zamawiającemu na jego żądanie dokumentów o których mowa w § 8 ust. 3, Wykonawca zapłaci Zamawiającemu karę umowną w wysokości 3-000 **1000** zł. (słownie: **jeden tysiąc trzy tysiące** złotych) za każde tego rodzaju niedopełnienie zobowiązań przez Wykonawcę. Kara umowna będzie naliczana za każdy rozpoczęty miesiąc, w którym Wykonawca nie wypełni zobowiązań, o których mowa w § 8;~~

1.34. Umowy w § 10 ust. 2 lit. l) poprzez jego wykreślenie:

~~l) w przypadku nieobecności i braku sprawowania funkcji kierownika budowy lub kierownika robót w danej specjalności na terenie budowy, wymienionych w § 9 ust. 3 umowy, stwierdzonego przez inspektora nadzoru inwestorskiego~~

~~Zamawiającego w wysokości 1-000 zł (słownie: jeden tysiąc złotych) za każdą stwierdzoną nieobecność i brak sprawowania ww. funkcji.~~

1.35. Umowy w § 10 ust. 4, tak aby otrzymał następujące brzmienie:

~~Wykonawca wyraża zgodę na potrącenie kar umownych z wynagrodzenia umownego należnego Wykonawcy poprzez pomniejszenie należnego wynagrodzenia umownego, bez wezwań do zapłaty i wyznaczania dodatkowego terminu na ich zapłatę.~~

1.36. Umowy w § 10 ust. 6, tak aby otrzymał następujące brzmienie:

~~Łączna wysokość kar umownych nie może przekroczyć 10 25 % wynagrodzenia brutto określonego w § 7 ust. 1 umowy.~~

1.37. Umowy w § 10 poprzez dodanie ust. 7, o następującym brzmieniu:

W przypadku odstąpienia od umowy przez Zamawiającego lub Wykonawcę z przyczyn, za które ponosi odpowiedzialność Zamawiający - Zamawiający zapłaci Wykonawcy karę umowną w wysokości 20 % wynagrodzenia brutto określonego w § 3 ust.1. Nie dotyczy to odstąpienia od umowy na podstawie art. 456 ust. 1 pkt 1) pzp. W przypadku, gdy kara umowna nie będzie rekompensowała szkody poniesionej przez Wykonawcę może on dochodzić od Zamawiającego odszkodowania uzupełniającego na zasadach ogólnych przewidzianych w kodeksie cywilnym.

~~Ewentualnie: w przypadku obniżenia kary umownej w pkt 1.27 do 10 %, to w niniejszym punkcie również do 10 %.~~

1.38. Umowy w § 11 ust. 1 pkt 1) poprzez jego wykreślenie

~~1) zająć wierzycielności Wykonawcy z tytułu wykonania niniejszej umowy. Odstąpienie od umowy z tej przyczyny może nastąpić w terminie do 30 dni od powzięcia przez Zamawiającego wiedzy o jej wystąpieniu.~~

~~Ewentualnie dodać na końcu:~~

~~**jednak nie może nastąpić w sytuacji, gdy wierzycielność już nie jest zajęta.**~~

1.39. Umowy w § 11 ust. 1 pkt 4) poprzez jego wykreślenie

~~4) realizacji robót budowlanych przez Wykonawcę w sposób niezgodny z niniejszą umową. Odstąpienie od umowy z tej przyczyny może nastąpić w terminie do 30 dni od powzięcia przez Zamawiającego wiedzy o jej wystąpieniu.~~

1.40. Umowy w § 11 ust. 1 pkt 5) poprzez jego wykreślenie

~~5) zwłokę w wykonaniu danego etapu robót budowlanych przez Wykonawcę z przyczyn zależnych od Wykonawcy przekraczającego 2 miesiące w stosunku do terminu umownego ich zakończenia, wymienionego w § 3 ust. 1 lit. a-g umowy. Odstąpienie od umowy z tej przyczyny może nastąpić w terminie do 30 dni od powzięcia przez Zamawiającego wiedzy o jej wystąpieniu.~~

~~Ewentualnie dodać na końcu:~~

~~**jednak nie może nastąpić w sytuacji, gdy zwłoka nie przekracza już 2 miesięcy.**~~

1.41. Umowy w § 11 ust. 1 pkt 7), tak aby otrzymał następujące brzmienie:

~~braku ustanowionego w trakcie wykonywania niniejszej umowy kierownika budowy czy kierowników robót branżowych, lub wykonywanie czynności zastrzeżonych dla kierownika budowy czy kierownika robót branżowych, przez inną osobę niż określoną w § 9 ust. 3 umowy przez okres dłuższy niż 7 dni, **za wyjątkiem sytuacji, gdy wymienieni kierownicy są tymczasowo zastępowani.** Odstąpienie od umowy z tej przyczyny może nastąpić w terminie do 30 dni od powzięcia przez Zamawiającego wiedzy o jej wystąpieniu, **jednak nie może nastąpić po ustaniu sankcjonowanej sytuacji.**~~

1.42. Umowy w § 11 ust. 1 pkt 8), tak aby otrzymał następujące brzmienie:

~~realizacji niniejszej umowy za pomocą podwykonawców lub dalszych podwykonawców, wobec których nie przedłożono Zamawiającemu zgodnie z niniejszą umową, projektów umów lub kopii umów, zmian do nich albo Zamawiający w stosunku do przedłożonych, ich dotyczących projektów umów lub kopii, ich zmian, wyraził zastrzeżenia lub sprzeciw, które nie zostały uwzględnione. Odstąpienie od umowy z tej przyczyny może nastąpić w terminie do 30 dni od powzięcia przez Zamawiającego wiedzy o jej wystąpieniu, **po trzecim przypadku naruszenia tego przez wykonawcę. Odstąpienie od umowy nie może jednak nastąpić po ustaniu sankcjonowanej sytuacji.**~~

1.43. Umowy w § 11 ust. 3, tak aby otrzymał następujące brzmienie:

~~W przypadku odstąpienia od umowy przez którąkolwiek ze Stron na etapie wykonania robót budowlanych, Zamawiający jest zobowiązany do odbioru jedynie robót wykonanych do chwili ich przerwania, **a także zamówionych lub opłaconych materiałów i urządzeń,** jak również do przejścia terenu robót pod swój dozór od Wykonawcy.~~

1.44. Umowy w § 11 ust. 4 i 5, tak aby otrzymały następujące brzmienie:

~~Ust. 4~~

~~W razie odstąpienia od umowy przez którąkolwiek ze Stron, Wykonawca jest zobowiązany do przekazania terenu budowy wraz z wykonanymi robotami i dokumentami, o których mowa w § 4 ust. 1 pkt 36 umowy, w terminie 14~~

dni od odstąpienia od umowy, chyba że dotrzymanie tego terminu będzie niemożliwe z przyczyn technologicznych lub groziło wyrządzeniem szkody. Z przekazania, o którym mowa w zdaniu poprzedzającym Strony sporządzą protokół, w którym oznaczą stan terenu budowy i stan zaawansowania budowy na dzień odstąpienia. Ponadto Wykonawca zobowiązany jest do dokonania i dostarczenia Zamawiającemu aktualnej inwentaryzacji robót budowlanych budowy potwierdzonej przez inspektorów nadzoru inwestorskiego według stanu na dzień odstąpienia od umowy.

Ust. 5 W przypadku nieprzystąpienia Wykonawcy w terminie wskazanym w ust. 4 do protokolarnego przekazania dokumentacji robót, terenu budowy i inwentaryzacji robót budowlanych budowy, Zamawiający ma prawo do samodzielnego przejęcia dokumentacji robót, terenu budowy po przeprowadzeniu w/w inwentaryzacji bez udziału Wykonawcy. Nieobecność Wykonawcy przy czynnościach inwentaryzacji albo protokolarnego przekazania terenu budowy i dokumentacji budowy nie stanowi przeszkody do ich dokonywania przez Zamawiającego, a ustalenia dokonane podczas tych czynności będą wiążące dla Wykonawcy. W przypadku nieprzystąpienia przez Zamawiającego w terminie wskazanym w ust. 4 do przejęcia dokumentacji robót, terenu budowy i inwentaryzacji robót budowlanych budowy od Wykonawcy powoduje, że Zamawiający pozostaje w zwinie wobec Wykonawcy. Wykonawca ma prawo do samodzielnego inwentaryzacji, a ustalenia dokonane podczas tych czynności będą wiążące dla Zamawiającego.

1.45. Umowy w § 11 ust. 8, tak aby otrzymał następujące brzmienie:

W przypadku odstąpienia od umowy przez Zamawiającego z winy Wykonawcy, Wykonawca będzie zobowiązany do zapłaty Zamawiającemu kar umownych z tego tytułu. W przypadku odstąpienia od umowy Wykonawcę z winy Zamawiającego, Zamawiający będzie zobowiązany do zapłaty Wykonawcy kar umownych z tego tytułu.

1.46. Umowy w § 14 ust. 3 pkt 1), tak aby otrzymał następujące brzmienie:

1) terminu zakończenia robót budowlanych budowy, o czas trwania przeszkody i skutków jakie wyrze na realizację przedmiotu umowy w następujących przypadkach:

1.47. Umowy w § 14 ust. 3 pkt 1) lit. d), tak aby otrzymał następujące brzmienie:

d) gdy wystąpi konieczność wykonania robót zamiennych lub innych robót dodatkowych niezbędnych do realizacji budowy w szczególności ze względu na przepisy prawa, czy zasady wiedzy technicznej, czy zaistniały stan faktyczny przy czym w/w roboty nie zostały przewidziane w dokumentacji projektowej przekazanej przez Zamawiającego albo wynikają z wad tej dokumentacji, a w konsekwencji tego wystąpi konieczność udzielenia zamówień na roboty budowlane zamienne, które wstrzymują lub opóźniają realizację budowy;

1.48. Umowy w § 14 ust. 3 pkt 1) poprzez dodanie lit. i), j), k), l), m), n) w następującym brzmieniu:

i) gdy wystąpią niesprzyjające warunki pogodowe polegające na ciągłych opadach atmosferycznych deszczu, co najmniej przez cztery godziny dziennie lub wiatru wiejącego nieprzerwanie, co najmniej przez cztery godziny dziennie o sile powyżej 70 km/h,

j) gdy wystąpią niesprzyjające warunki pogodowe w okresie zimowym od 15 grudnia do 15 marca, uniemożliwiające realizację prac (opady śniegu, niskie temperatury),

k) niezależnego od Wykonawcy wstrzymania lub wydłużającego się terminu dostaw materiałów, produktów, komponentów produktów lub materiałów, niezależnych od Wykonawcy trudności w dostępie do materiałów, urządzeń, sprzętu lub trudności w realizacji usług transportowych;

l) koniecznością usunięcia wad lub wprowadzenia zmian w dokumentacji projektowej;

m) odmiennymi od przyjętych w dokumentacji projektowej warunkami geologicznymi, hydrologicznymi, geotechnicznymi, archeologicznymi, wodnymi lub terenowymi skutkującymi niemożliwością zrealizowania Przedmiotu Umowy przy dotychczasowych założeniach technicznych, technologicznych lub założeniach co do materiałów, urządzeń lub sprzętu; w szczególności wystąpienia niewypałów i niewybuchów, konieczności wykonania wykopalisk archeologicznych, występowania wysokiego poziomu wód gruntowych wykraczającego ponad poziom określony w dokumentacji projektowej przekazanej przez Zamawiającego;

n) jeżeli z przyczyn nie zależnych od Wykonawcy wystąpi konieczność zmiany terminów, w szczególności jeśli jest to skutkiem czynności wykonanych w trybie § 4 ust. 1 pkt 34 umowy lub dokumenty, w tym decyzje udostępnione przez zamawiającego niezbędne do wykonania czynności objętych przedmiotem umowy straciły ważność, zawierają terminy niemożliwe do dotrzymania lub z innych względów nie umożliwiają wykonania tych czynności.

1.49. Umowy w § 14 ust. 3 pkt 5) lit. b) tak aby otrzymał następujące brzmienie:

b) gdy wystąpi konieczność wykonania robót zamiennych lub innych robót dodatkowych niezbędnych do realizacji budowy w szczególności ze względu na przepisy prawa, czy zasady wiedzy technicznej, czy zaistniały stan faktyczny przy czym w/w roboty nie zostały przewidziane w dokumentacji projektowej przekazanej przez Zamawiającego albo wynikają z wad dokumentacji, a w konsekwencji tego wystąpi konieczność udzielenia zamówień na w/w roboty budowlane. Kosztorys na w/w roboty budowlane zostanie sporządzony na podstawie średnich cen na dany kwartał z wydawnictwa SEKOCENBUD. W przypadku braku cen w wydawnictwie SEKOCENBUD dopuszcza się uzgodnienie z Zamawiającym cen rynkowych.

1.50. Umowy w § 14 ust. 3 pkt 5) poprzez dodanie lit. h) o następującym brzmieniu

§ 14 ust. 3 Poza innymi przypadkami wymienionymi w umowie, zgodnie z art. 455 ustawy Prawo zamówień publicznych, przewiduje się możliwość dokonania istotnych zmian postanowień umowy w stosunku do treści oferty na podstawie której dokonano wyboru wykonawcy, dotyczących:

5) wynagrodzenia w stosunku do umownego wynagrodzenia określonego w § 7 ust. 1 umowy w następujących przypadkach:

h) W wyniku zaistnienia okoliczności, o których mowa w ust. 3 pkt 1), w zakresie w jakim te okoliczności mają wpływ na wynagrodzenie Wykonawcy.

1.51. Umowy w § 14 ust. 4 poprzez jego usunięcie

~~Zamawiający dopuszcza zwiększenie lub zmniejszanie wynagrodzenia, o którym mowa w § 7 ust. 1 umowy, na podstawie przypadków określonych w § 14 ust. 3 pkt 5 umowy, nie więcej niż o 12 % wartości umowy.~~

1.52. Umowy w § 12 ust. 9, tak aby miał następujące brzmienie.

~~Jeżeli Wykonawca nie usunie wad w terminie ustalonym przez Strony, Zamawiający po uprzednim pisemnym zawiadomieniu, może zlecić ich usunięcie osobie trzeciej na koszt Wykonawcy na podstawie odrębnej umowy.~~

Na uzasadniony wniosek wykonawcy terminy usunięcia wad mogą być przesunięte, w szczególności ze względów technologicznych.

Przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego zgłosił wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia „PRK7 NIERUCHOMOŚCI” Sp. z o.o. w Warszawie (ul. Leszno 12 II p., 01-192 Warszawa). Wobec wypełnienia przesłanek określonych art. 525 Pzp Izba uznała przystąpienie za skuteczne.

Pismem z dnia 10 kwietnia 2024 r. Zamawiający uwzględnił zarzuty odwołania w części, co do zapisów Umowy, które w odwołaniu w części V opisano pod numerami:

1.11 - zmiana § 4 ust.1 pkt 11 Umowy

1.12 - zmiana § 4 ust.1 pkt 13 Umowy

W drodze zmiany w Umowie w §4 ust. 1 pkt 11 i pkt 13 poprzez dopisanie w każdym z punktów in fine: „Odpowiedzialność Wykonawcy określona w tym postanowieniu, a dotycząca terenów poza terenem budowy kształtuje się na zasadach ogólnych (zawinienia)”.

1.17- zmiana § 4 ust.1 pkt 26 Umowy

W drodze zmiany w Umowie § 4 ust.1 pkt 26 poprzez wykreślenie postanowień umowy w §4 ust. 1 pkt 26.

1.21 – zmiana § 5 pkt 4 Umowy

W drodze zmiany Umowy § 5 pkt 4 przez dopisanie in fine „oraz nadzoru autorskiego”.

W pozostałym zakresie Zamawiający wnosił o oddalenie odwołania.

Odwołujący mając na uwadze wyjaśnienia Zamawiającego zawarte w odpowiedzi na odwołanie oraz na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron cofnął odwołanie w części w zakresie zarzutów opisanych w części V odwołania w punktach: 1.1, 1.2, 1.4, 1.8, 1.9, 1.10, 1.13, 1.15, 1.16, 1.18, 1.22, 1.26, 1.27, 1.28, 1.29, 1.30, 1.31, 1.33, 1.34, 1.35, 1.36, 1.41, 1.47, 1.48, 1.49, 1.51

Izba ustaliła wystąpienie przesłanek z art. 505 ust. 1 Ustawy, tj. istnienie po stronie Odwołującego interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia szkody z uwagi na kwestionowane czynności Zamawiającego. Ponadto Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 528 Ustawy.

Izba stwierdziła, że w świetle oświadczeń procesowych stron zachodzi podstawa do umorzenia postępowania odwoławczego na podstawie art. 568 pkt 3) w zw. z art. 522 ust. 4 Ustawy w zakresie zarzutów uwzględnionych przez Zamawiającego wobec oświadczenia zawartego w odpowiedzi na odwołanie i nie zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego przez wykonawcę po stronie zamawiającego, w którym to przypadku zamawiający wykonuje, powtarza lub unieważnia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia, zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu i na podstawie art. 568 pkt. 1) Ustawy w zakresie zarzutów, które wycofane zostały przez Odwołującego.

W pozostałym zakresie Izba uznała, że zarzuty podlegają oddaleniu.

Izba wskazuje, że ustawodawca mając na uwadze charakter postępowań o udzielenie zamówienia publicznego wprowadził do Ustawy przepisy doregulowujące sposób zawierania oraz wzajemne prawa i obowiązki stron umowy w sprawie zamówienia publicznego, w tym również takie, których celem jest ochrona interesów wykonawców lub podwykonawców a także takie, które chronić mają interes zamawiającego. Wszystkie wpływają na swobodę kontraktowania oraz kształtowania praw i obowiązków stron umowy, w tym także ograniczając swobodę opisaną normą art. 353(1) kc.

Należą doń między innymi przepisy zakazujące stosowania klauzul abuzywnych w umowach z wykonawcą (art. 433 Ustawy), czy też doregulowujące treść umów w sprawie zamówienia publicznego (art. 436 czy art. 437 i n., art. 455 i n. , art. 456 i n. Ustawy opisujące np. obowiązek określenia w umowach łącznej maksymalnej wysokości kar umownych, których mogą dochodzić strony, waloryzacji wynagrodzenia, zmian umowy, czy też zakończenia jej bytu). Ustawodawca doregulował także: zasady zawierania umów podwykonawczych, nakładając na wykonawców szereg obowiązków i praw stron umowy podwykonawczej. W tym między innymi w art. 463 Ustawy chroniąc interes podwykonawcy ograniczył

możliwość kształtowania postanowień umów podwykonawczych w zakresie kar umownych oraz postanowień dotyczących warunków wypłaty wynagrodzenia, w sposób dla podwykonawcy mniej korzystny niż prawa i obowiązki wykonawcy, ukształtowane postanowieniami umowy zawartej między zamawiającym a wykonawcą. Ochronę taką przewiduje również norma art. 464 Ustawy, która wprowadza uprawnienie zamawiającego do zgłaszania w terminie określonym zgodnie z art. 437 ust. 1 pkt 2 Ustawy, zastrzeżenia lub sprzeciw do odpowiednio projektu lub zawartej umowy o podwykonawstwo, której przedmiotem są roboty budowlane, w przypadku gdy: 1) nie spełnia ona wymagań określonych w dokumentach zamówienia; 2) przewiduje termin zapłaty wynagrodzenia dłuższy niż 30 dni od dnia doręczenia wykonawcy, podwykonawcy lub dalszemu podwykonawcy faktury lub rachunku; 3) zawiera postanowienia niezgodne z art. 463 Pzp.

Jednocześnie zamawiający uprawniony jest i zobowiązany do przygotowania i przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia z poszanowaniem zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania, przejrzystości i proporcjonalności (art. 16 Ustawy) a także zapewniający najlepszą jakość przedmiotu zamówienia uzasadnioną charakterem zamówienia i posiadanymi przez zamawiającego środkami finansowymi (art. 17 Ustawy) oraz jego potrzebami (art. 83 Ustawy), czemu wyraz dać winien zamawiający w specyfikacji wymagań zamówienia w tym, zgodnie z art. 134 ust. 1 pkt. 8 Pzp w projektowanych postanowieniach umowy. Ustawodawca wyraźnie wskazał więc na uprawnienie zamawiającego przewidziane w dokumentach zamówienia wymagań, co do treści umowy wykonawczej – praw i obowiązków stron a następnie formułowania związanych z tym zastrzeżeń lub sprzeciwu. Skorzystanie przez zamawiającego z prawa ukształtowania treści umowy wykonawczej zgodnie z potrzebami zamawiającego nie stanowi o nadużyciu zasady swobody umów i naruszeniu zasad współżycia społecznego (art. 353(1) k.c.). Celem ukształtowania warunków zamówienia, w tym projektowanych postanowień umowy jest bowiem zaspokojenie określonych potrzeb zamawiającego i zabezpieczenie jego interesu w wykonaniu przedmiotu zamówienia oraz racjonalne wydatkowanie środków publicznych. Co do zasady zamawiający działa w interesie publicznym i ryzyko niepowodzenia zamierzonego w danym postępowaniu celu prowadzić może do niezaspokojenia uzasadnionych potrzeb szerszej zbiorowości lub uszczuplenia środków finansowych.

Dla uwzględnienia odwołania od projektowanego postanowienia umowy wykonawczej konieczne jest wykazanie jego niezgodności ze skonkretyzowanym wymaganiem wynikającym z Ustawy.

Odwolujący nie sprostął powyższemu.

Odwolanie sprowadzało się ogólnikowo:

- stwierdzenia naruszenia wybranych przepisów Ustawy oraz innych ustaw, w tym kodeksu cywilnego (art. 647 kc, art. 353(1) kc, art. 58 § 1 i 2 kc, art. 5 kc, art. 471 kc, art. 647 kc, w związku z art. 8 ust. 1 Pzp, 16 ust. 1 Pzp, 99 ust. 1 i 4 Pzp, 431 Pzp),

- wskazania sprzeczności zapisów umowy z naturą stosunku prawnego, umowy o roboty budowlane, zasadą równowagi stron stosunku zobowiązaniowego, zasadami współżycia społecznego i kodeksu cywilnego a tym samym naruszenia naczynych zasad Pzp:

- zasady proporcjonalności, która rzutuje na współpracę stron umowy (gdzie podkreślono przerzucenie ryzyk na wykonawcę, przewidzenie wymagań jednostronnych i nieuzasadnionych potrzebami zamawiającego a także brak podejścia partnerskiego współdziałania stron),

- zasady przejrzystości oraz zasady opisanie przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący (którego zakres uzależniony został od zdarzeń niepewnych, przyszłych i niezależnych od wykonawcy), co uniemożliwia należyte oszacowanie przedmiotu zamówienia.

Odwolanie zawiera również wyjaśnienie zasad wskazanych w odwołaniu akceptowanych przez Odwołującego i przyjętych w doktrynie i judykaturze.

Odwolujący oprócz przedstawienia wyjaśnień, w jaki sposób zgodnie z Ustawą opisany winien zostać przedmiot zamówienia i projektowane postanowień umowy wykonawczej generalnie, co zastosowanie winno mieć do każdego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, dla poszczególnych zarzutów lub ich grup wskazał dodatkowe okoliczności, które miały również ogólnikowy charakter, były gołosłowne, nie wskazały lub nie wykazały sprzeczności z Ustawą w tym kodeksem cywilnym, również z przywołanymi w odwołaniu przepisami. Sprowadziły się do przedstawienia własnej projekcji prawidłowego brzmienia zapisów, bądź to poprzez przyjęcie rozwiązań, które w ocenie Odwołującego byłyby właściwsze, zawierających dodatkowe postanowienia, które regulowane są przepisami ogólnie obowiązującymi lub wyrażeniami, którymi posługiwali się inni zamawiający. Oparte były w dużej mierze na własnej nie wynikającej z językowego brzmienia i celu umowy wykładni danych postanowień, sprzecznej z udzielonymi przez Zamawiającego

wyjaśnieniami, którym Izba dała wiarę, wobec oparcia w treści Umowy i SWZ.

Odwołujący wskazał, że kwestionowane zapisy naruszają Ustawę, bo zawierają między innymi zapisy:

Zarzuty 1.3, 1.5, 1.6 - uprawnienie Zamawiającego zgłoszenia zarzutów lub sprzeciwu do umów podwykonawczych

- niezawierających zapisów o odstąpieniu w przypadkach odpowiednich do przewidzianych w umowie wykonawczej
- niezawierających zapisów, że suma wynagrodzenia podwykonawcy nie będzie przewyższać wynagrodzenia wykonawcy za wykonanie tych samych robót
- zawierających postanowienie, które w ocenie Zamawiającego będą mogły utrudniać lub uniemożliwiać prawidłową lub terminową realizację umowy wykonawczej, w szczególności poprzez przyznanie możliwości braku realizacji robót lub ich zawieszenia przez podwykonawcę

Odwołujący wskazał, że postanowienia nie znajdują oparcia w Ustawie, co nie jest właściwe wobec tego, że norma art. 464 Pzp daje zamawiającemu możliwość zgłaszania sprzeciwu / zastrzeżeń do umów podwykonawczych, gdy nie spełniają one wymagań określonych w dokumentach zamówienia a Zamawiający wymagania te właśnie określił.

Zarzuty 1.7 – brak zależności zakończenia terminów etapów późniejszych od terminu zakończenia innego wcześniejszego etapu

Odwołujący wskazał, ale nie wykazał niemożliwości zrealizowania etapów w określonych SWZ terminach.

Zarzut 1.14 – wpisanie możliwości przerywania robót na żądanie Zamawiającego i obowiązku zabezpieczenia wykonanych robót

Odwołujący wskazywał, że zapis daje Zamawiającemu możliwość nieuzasadnionego przerywania robót. Tutaj Izba stwierdza, że brak jest podstaw do przyjęcia takiej interpretacji, w szczególności wobec doregulowania kwestii sposobu prowadzenia, w tym również wstrzymywania, robót w ustawie prawo budowlane art. 26.

Zarzut 1.19 – obowiązek wykonawcy przeprowadzenia wszelkich badań, prób, sprawdzeń na żądanie Zamawiającego

Odwołujący wskazywał, że taka możliwość dezorganizuje prace. Izba stwierdza, że w tym zakresie nie przedstawiono żadnych dowodów, a żądanie podjęcia się określonych postanowieniem czynności może być uzasadnione potrzebami procesu budowlanego i daje wyraz tej okoliczności

Zarzut 1.20 – wpisanie obowiązku złożenia przez wykonawcę oświadczenia, że nie istnieją żadne okoliczności uniemożliwiające czy wykluczające możliwość wykonania przedmiotu umowy

Odwołujący powołał się na decyzje, które straciły ważność i mogą uniemożliwić realizację przedmiotu zamówienia), co zostało przez Zamawiającego zdementowane. Przedstawiono decyzje aktualne oraz wskazano, że przedmiot zamówienia nie obejmuje usunięcia gniazda z drzewa 84. Odwołujący nie wykazał, że istnieją okoliczności wykluczające złożenie oświadczenia kwestionowanej treści.

Zarzuty 1.23, 1.24 dotyczące przewidzenia odbiorów bez wad

Odwołujący przywołał szereg stanowisk wskazujących na interpretację charakteru wad, które mogą stać się podstawą odmowy odbioru w ramach umowy o roboty budowlane. Izba stwierdza, że postanowienie nie jest sprzeczne z przepisami kodeksu cywilnego ani Ustawy i nie wskazuje, że odbiór ma być bezusterkowy tj. zawsze wykluczony w sytuacji gdy stwierdzona zostanie wada nieistotna.

Zarzut 1.25 – naliczenie kar umownych bez wprowadzenia zasady uchylenia kar naliczonych w związku z zwłoką w realizacji etapów jeśli przedmiot umowy wykonany został ostatecznie w terminie.

Odwołujący ogólnikowo wskazał, że kary nie powinny prowadzić do wzbogacenia zamawiającego. Nie wykazał sprzeczności przyjętego rozwiązania z Ustawą. Izba wskazuje, że przepisy ogólne pozwalają na miarkowanie kar umownych w razie zaistnienia ku temu przesłanek (art. 484 kodeksu cywilnego)

Zarzut 1.32, 1.37 – przewidzenia kary umownej za dopuszczenie do realizacji przedmiotu zamówienia przez podmiot inny niż wykonawca lub podmiot zaakceptowany przez zamawiającego w wysokości 30 000 zł za każdy przypadek, oraz przewidzenie kary umownej z tytułu odstąpienia wyłącznie na rzecz zamawiającego, bez równoważnego zapisu na rzecz wykonawcy w wysokości 10% wynagrodzenia brutto

Odwołujący wskazał, że kary są wygórowane, nie wykazał jednak tej okoliczności, ani sprzeczności z prawem faktu nie przewidzenia kary na wypadek odstąpienia na rzecz obu stron.

Zarzuty 1.38, 1.39, 1.40, 1.42, 1.43, 1.44, 1.45 –

Odwołujący przywołał wyłącznie ogólnikowe stwierdzenia, co do naruszenia równowagi stron oraz fakt istnienia regulacji kodeksowej odstąpienia i własną interpretację wskazującą na to, że odstąpienie jest możliwe w każdym nawet niezawinionym przypadku przez wykonawcę. Zarzut jest gołosłowny.

Zarzut 1.46 – przewidzenie przedłużenia terminu o czas trwania przeszkody bez rozszerzenia przedłużenia o skutki jakie wyrze przeszkoda na realizację przedmiotu zamówienia

Odwołujący wskazał, że przedłużenie o czas trwania przeszkody może nie być wystarczające. Odwołujący nie wykazał zasadności zarzutu.

Zarzut 1.50 - braku przewidzenia jako jednego z powodów zmiany umowy poprzez wprowadzenie takiej możliwości w sytuacji zaistnienia zmiany terminu realizacji umowy jeśli okoliczności będące podstawą zmiany mają wpływ na wynagrodzenie wykonawcy

Odwołujący nie uzasadnił żądania i zarzutu.

Odnosząc się do całości zarzutów Izba stwierdza, że Odwołujący nie wykazała sprzeczności postanowień z wymaganiami prawa. Odwołanie sprowadziło się do wskazania jako prawidłowych rozwiązań postulowanych przez Odwołującego oraz własnej interpretacji kwestionowanych zapisów Umowy.

Zapisy uzasadnione są niekwestionowanym odwołaniem opisem przedmiotu zamówienia a także potrzebami i interesem Zamawiającego. Wyjaśnienie uzasadnienia wprowadzenia postanowień wskazane zostało także w trakcie posiedzenia i rozprawy przez Zamawiającego, któremu Izba w całości dała wiarę mając na uwadze treść postanowień Umowy oraz SWZ a także zasady logiki i doświadczenia życiowego, podczas gdy odwołanie nie wykazało, że postanowienia umowne pozwalają na uznaniowe podejmowanie decyzji przez Zamawiającego i kreowania lub kształtowania obowiązków wykonawcy innych niż opisane SWZ i Umową i zgodnych z prawem.

Kodeks cywilny i Pzp wskazują na możliwość realizacji części zamówienia przez podwykonawców i ewentualne odstawy ograniczenia teje w drodze zapisów SWZ, co także daje wskazówki, co do wykładni postanowień umowy wykonawczej.

W zakresie terminów realizacji zamówienia – całości lub jego etapów, wskazuje, że nie była ona przedmiotem zaskarżenia w zakresie opisu przedmiotu zamówienia, a w razie kwestionowania możliwości zrealizowania obowiązków w danym etapie odwołanie winno dotyczyć także opisu przedmiotu zamówienia podobnie jeśli chodzi o zarzut dotyczący uprawnienia żądania przeprowadzania sprawdzeń, badań itp. Aspekt ich ewentualnej uzasadnionej przedmiotem zamówienia częstotliwości stanowi pochodną zakresu przedmiotu zamówienia i postanowienie umowne samo przez się nie jest niezgodne z Ustawą ani kodeksem cywilnym, w tym także w stopniu uzasadniającym uwzględnienie zarzutu.

Izba wskazuje, raz jeszcze, że nie jest niezgodne z Ustawą postanowienie, które nie wyklucza możliwości przesunięcia terminów realizacji poszczególnych etapów prac, co uzależnione może być np. od pozyskania decyzji obciążających zamawiającego. Ryzyko, jeśli istnieje, związane z przesunięciem terminów jako zmiana przedmiotu wywołana okolicznościami zewnętrznymi – niezależnymi od wykonawcy - powinno jeżeli wykonawca uzna je za prawdopodobne i mogące wpłynąć na cenę / koszt wykonania przedmiotu zamówienia uwzględnione w wycenie. Nie jest to sprzeczne z Ustawą. Podobnie nie stanowi naruszenia Ustawy ukształtowanie postanowień umowy w sposób, który pewne ryzyka gospodarcze związane z realizacją przedmiotu zamówienia kładzie na wykonawcy. Naturalnym i całkowicie uzasadnionym jest bowiem ponoszenie ryzyk związanych z realizacją zadania przez podmiot zobowiązany do jego wykonania. Etapowanie prac jako składające się na opis przedmiotu zamówienia winno podlegać zaskarżeniu w tym zakresie.

Nie jest także niezgodne z Ustawą posługiwanie się przez Zamawiającego pojęciami nieosiadającymi definicji ustawowych ani w SWZ, czy też terminami prawnymi lub prawniczymi, których wykładnia wypracowana została przez judykaturę i orzecznictwo, ani pozostawienie pewnych kwestii regulacji przepisami ogólnymi bez doregulowania tych zasad lub ich wpisywania bezpośrednio do umowy. Nie narusza również Ustawy samo przez się wprowadzenie od Umowy postanowień względniejszych dla którejś ze stron.

Dookreślenia w umowie „w ocenie Zamawiającego” lub przyznanie jakiegos uprawnienia Zamawiającemu nie jest samo przez się sprzeczne z ustawą. W zasadzie każde działanie – czynność strony umowy poprzedzona jest oceną własną okoliczności przez jedną stronę. Nagannym i niedopuszczalnym byłoby przyznanie prawa ferowania ocen i podejmowania cw oparciu o nie czynności i decyzji o charakterze uznaniowym. Nie wskazują jednak na takie ukształtowanie obowiązków stron zakwestionowane postanowienia. Kwestia ewentualnego nadużycia uprawnienia przez

jedną stroną to już kwestią realizacji zamówieniach.

Zarzuty opierały się na powyżej wskazanych okolicznościach. Odwołujący nie wykazał zasadności żadnego z nich.

Izba stwierdza, że z ochrony prawnej nie korzystają dążenia wykonawcy do korzystniejszego ukształtowania ich praw, jeżeli treść nadana przez Zamawiającego nie narusza obowiązujących przepisów i jednocześnie jeśli ukształtowanie praw i obowiązków stron umowy nie miało lub nie może mieć istotnego wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, co wykazać winien, a czemu nie podolał Odwołujący. Legalność jest jedynym kryterium oceny stosowanym przez Izbę w postępowaniu odwoławczym. Rolą środków ochrony prawnej i Izby nie jest minimalizowanie ryzyk kontraktowych i kształtowanie umowy w sposób dogodniejszy dla wykonawcy, które winny zostać uwzględniane przy podejmowaniu decyzji i składaniu oferty określonej treści. Odwołanie się do klauzul generalnych, w tym art. 353¹ k.c., bez jednoczesnego odniesienia do norm prawnych wynikających z innych przepisów lub przynajmniej konkretnych i pewnych standardów wynikających ze stosunków danego rodzaju, należy uznać za niewystarczający normatywny wzorzec kontroli czynności prawnych.

W świetle art. 555 ust. 1 w zw. z art. 516 ust. 1 pkt. 8-10 Ustawy „Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu” zaś „Odwołanie zawiera: (...) 8) zwięzłe przedstawienie zarzutów; 9) żądanie co do sposobu rozstrzygnięcia odwołania; 10) wskazanie okoliczności faktycznych i prawnych uzasadniających wniesienie odwołania oraz dowodów na poparcie przytoczonych okoliczności”. W ocenie Izby w niniejszej sprawie odwołanie nie zawierało uzasadnienia faktycznego, które pozwoliłoby na zrekonstruowanie sprzecznego z Ustawą zachowania Zamawiającego. Zgodnie z art. 554 ust. 1 Ustawy Izba uwzględnia odwołanie w całości lub w części, jeżeli stwierdzi: naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, konkursu lub systemu kwalifikowania wykonawców lub niezgodność projektowanego postanowienia umowy z wymaganiami wynikającymi z przepisów ustawy, czego Odwołujący nie wykazał.

Orzekając o kosztach w oparciu o przepis art. 557 oraz art. 574 Ustawy a także mając na uwadze § 9 ust. 3 w zw. z § 8 ust. 2 pkt 1 i w oparciu o § 5 2437) Izba obciążyła Odwołującego kosztami postępowania odwoławczego w całości.

Przewodniczący: