

POSTANOWENIE

Warszawa, dnia 27 marca 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Jolanta Markowska

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron w dniu 27 marca 2024 r.

w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu

20 marca 2024 r. przez wykonawcę: **Strabag sp. z o.o., ul. Parzniewska 10, 05-800 Pruszków** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Gmina Głogów Małopolski, ul. Rynek 1, 36-060 Głogów Małopolski,**

postanawia:

1. umarza postępowanie odwoławcze,

2. nakazuje zwrot kwoty **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz wykonawcy: **Strabag sp. z o.o., ul. Parzniewska 10, 05-800 Pruszków** tytułem zwrotu kwoty uiszczonego wpisu od odwołania.

eczenie - 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 928/24

UZASADNIENIE

Zamawiający, Gmina Głogów Małopolski, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo Zamówień Publicznych (t.j. Dz. U. z 2022 r. poz. 1710 ze zm.), zwanej dalej „Pzp” w przedmiocie: *„Wykonanie kompletnej dokumentacji projektowej oraz budowa Szkoły Podstawowej na osiedlu Niwa w Głogowie Małopolskim – Etap I w formule zaprojektuj – wybuduj.”* Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 11 marca 2024 r. pod numerem 146421-2024.

Wykonawca, Strabag sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie, wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 20 marca 2024 r. odwołanie wobec czynności Zamawiającego polegającej na ustaleniu treści Specyfikacji Warunków Zamówienia, w tym Załącznika nr 4 do SWZ „Projektowane postanowienia umowy” w sposób naruszający przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych oraz przepisy Kodeksu cywilnego.

Odwołujący zarzucił naruszenie przez Zamawiającego:

1.art. 16 pkt 1, 2 i 3 w zw. z art. 8 ust. 1 Pzp w zw. z art. 647 KC, poprzez przyznanie przez Zamawiającego w sposób niezgodny z prawem dowolności dokonania odbioru od Wykonawcy dokumentacji projektowej oraz wykonanych robót po usunięciu przez Wykonawcę wszelkich stwierdzonych wad i tym samym stworzenie możliwości dokonania odmowy przez Zamawiającego odbioru przedmiotu Umowy w sytuacji wystąpienia jakichkolwiek wad lub usterek (bez rozróżnienia na istotne i nieistotne) – czyli ustanowienie konieczności sporządzenia tzw. protokołów bezusterkowych tj.:

a) zawarcie w treści §7 ust. 4 , §7 ust. 8 oraz §7 ust. 12 wzoru Umowy postanowień uzależniających dokonanie przez Zamawiającego odbiorów sporządzonej przez Wykonawcę dokumentacji projektowej oraz wykonanych robót budowlanych od braku istnienia w nich jakichkolwiek wad oraz usterek tj. *„bez uwag i zastrzeżeń”*, podczas gdy zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa uprawnienie Zamawiającego do odmowy odbioru przedmiotu umowy o roboty budowlane powinno mieć miejsce wyłącznie w przypadku wystąpienia wad istotnych, uniemożliwiających, bądź znacząco utrudniających korzystanie z przedmiotu umowy, zaś w przypadku zgłoszenia przez Wykonawcę gotowości do odbioru danych części, bądź całości przedmiotu Umowy z wadami o charakterze nieistotnym – wówczas Zamawiający zobowiązany jest dokonać odbioru:

i. §7 ust. 4: *„Pozytywny odbiór ostateczny dokumentacji projektowej – (odbiór zakresu 1), o którym mowa w § 7 ust. 1 pkt 2 umowy, zostanie potwierdzony protokołem odbioru częściowego, podpisanym przez upoważnionych przedstawicieli Zamawiającego i Wykonawcy bez uwag i zastrzeżeń”*.

ii. §7 ust. 8: *„Pozytywny odbiór części robót, o którym mowa w § 7 ust. 7 umowy, zostanie potwierdzony protokołem odbioru częściowego, podpisanym przez upoważnionych przedstawicieli Zamawiającego i Wykonawcy bez uwag i zastrzeżeń”*

iii. §7 ust. 12: *„Pozytywny odbiór zakresu 2, o którym mowa w § 1 ust. 3 pkt 2 umowy, zostanie potwierdzony protokołem odbioru końcowego, podpisanym przez upoważnionych przedstawicieli Zamawiającego i Wykonawcy bez uwag i*

zastrzeżeń”

b) zawarcie w treści §3 ust. 5 oraz §7 ust. 16 i § 7 ust. 17 wzoru Umowy postanowień uprawniających Zamawiającego do wnoszenia do protokołów odbiorów ostatecznych dokumentacji projektowej (odbior zakresu realizacji 1), odbioru części robót budowlanych oraz odbioru końcowego robót (odbioru zakresu realizacji 2) bliżej niesprecyzowanych uwag i zastrzeżeń, co prowadzi w konsekwencji do przyznania Zamawiającemu uprawnienia do wnoszenia do ww. protokołów uwag i zastrzeżeń o nieograniczonym zakresie, podczas gdy uwagi i zastrzeżenia zamawiającego odnoszą się mogą tylko do jakości wykonanych robót budowlanych:

i. §3 ust. 5: „Przedstawiciele zamawiającego są upoważnieni również do zgłaszania zastrzeżeń do protokołów, o których mowa w § 7 ust. 16 umowy, oraz do zgłaszania roszczeń, wniosków, poleceń i uwag w okresie gwarancji”

ii. §7 ust. 16: „Zamawiający ma prawo wprowadzić do protokołów, o których mowa w § 7 ust. 1 pkt 2–4 umowy, uwagi i zastrzeżenia, w szczególności odnoszące się do zgodności sposobu realizacji przedmiotu umowy, z wymaganiami określonymi w PFU, zapisami SWZ, oraz przepisami powszechnie obowiązującego prawa”

iii. §7 ust. 17: „Zamawiający zastrzega sobie prawo do żądania od Wykonawcy dokonania poprawek i/lub uzupełnień i/lub usunięcia usterek, w szczególności jeżeli (...) a uwagi lub zastrzeżenia w ww. zakresie zostały wskazane w protokole odbioru częściowego lub protokole odbioru końcowego, o których mowa w § 7 ust. 1 pkt 2, 3 i 4 umowy”.

c) zawarcie w treści §7 ust. 19 wzoru Umowy postanowienia uzależniającego możliwość wykonania przedmiotu Umowy w terminie umownym oraz zgłoszenia przez Wykonawcę gotowości do odbioru dokumentacji projektowej oraz zgłoszenia gotowości do odbioru robót od braku występowania w nich jakichkolwiek wad tj. ustanowienia konieczności sporządzenia tzw. protokołów bezusterkowych podczas, gdy zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa uprawnienie Zamawiającego do odmowy odbioru końcowego powinno mieć miejsce jedynie w przypadku wystąpienia wad istotnych, zaś w przypadku zgłoszenia przez Wykonawcę gotowości do odbioru danych części, bądź całości przedmiotu Umowy z wadami o charakterze nieistotnym – wówczas Zamawiający zobowiązany jest dokonać odbioru końcowego, a postanowienia Umowy nie mogą pozostawiać dowolności w tym zakresie tj.:

i. §7 ust. 19: „Za termin wykonania zakresu 1 i 2 umowy uważać się będzie datę zgłoszenia przez Wykonawcę gotowości do odbioru na zasadach określonych stosownie w § 7 ust. 2 umowy oraz w § 7 ust. 10 umowy, o ile protokół odbioru częściowego, o którym mowa w § 7 ust. 4 umowy, oraz protokół odbioru końcowego, o którym mowa w § 7 ust. 12 umowy, zostanie podpisany przez upoważnionych przedstawicieli zamawiającego i wykonawcy bez uwag i zastrzeżeń. Jeżeli w trakcie odbiorów zostaną zgłoszone uwagi lub/i zastrzeżenia, za termin wykonania zakresu 1 i 2 umowy uważać się będzie datę podpisania stosownie protokołu odbioru częściowego, o którym mowa w § 7 ust. 4 umowy, oraz protokołu odbioru końcowego, o którym mowa w § 7 ust. 12 umowy, bez uwag i zastrzeżeń”

d) zawarcie w treści §9 ust. 1 i §9 ust. 2 pkt 1) - 3) wzoru Umowy postanowień uprawniających Zamawiającego do odmowy zapłaty na rzecz Wykonawcy jakiegokolwiek wynagrodzenia (zarówno częściowego oraz końcowego) w przypadku jakichkolwiek zastrzeżeń Zamawiającego do wykonanych robót tj. ustanowienia konieczności sporządzenia tzw. protokołów bezusterkowych, podczas gdy zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa uprawnienie Zamawiającego do odmowy odbioru i tym samym zapłaty Wykonawcy umówionego wynagrodzenia powinno mieć miejsce wyłącznie w przypadku wystąpienia wad istotnych, uniemożliwiających, bądź znacząco utrudniających korzystanie z przedmiotu Umowy, zaś w przypadku zgłoszenia przez Wykonawcę gotowości do odbioru danych części, bądź całości przedmiotu Umowy z wadami o charakterze nieistotnym – wówczas Zamawiający zobowiązany jest dokonać odbioru i zapłacić umówione wynagrodzenie tj.:

i. §9 ust. 1: „Rozliczenie między stronami za wykonane roboty będzie następować na podstawie faktur częściowych (faktury częściowe nie przekroczą 95% kwoty umownej brutto) i faktury końcowej wystawionych przez wykonawcę, na podstawie protokołów odbioru częściowego oraz odbioru końcowego, o których mowa w § 7 ust. 1 pkt 2–4 umowy, podpisanych przez upoważnionych przedstawicieli Zamawiającego i Wykonawcy bez uwag i zastrzeżeń”.

ii. §9 ust. 2 pkt 1) – 3): „Płatności, o których mowa w § 9 ust. 1 umowy, będą dokonywane na podstawie oryginałów faktur VAT doręczonych zamawiającemu, z zastrzeżeniem, że:

1) podstawą do wystawienia faktury VAT za wykonanie zakresu realizacji 1, o którym mowa w § 1 ust. 3 pkt 1 umowy, jest protokół odbioru częściowego, o którym mowa w § 7 ust. 1 pkt 2 umowy, potwierdzający pozytywny odbiór zakresu 1, podpisany przez upoważnionych przedstawicieli zamawiającego i wykonawcy bez uwag i zastrzeżeń;

2) podstawą do wystawienia faktury VAT za wykonanie części robót, jest protokół odbioru częściowego, o którym mowa w § 7 ust. 1 pkt 3 umowy, podpisany przez upoważnionych przedstawicieli zamawiającego i wykonawcy bez uwag i zastrzeżeń;

3) podstawą do wystawienia faktury VAT za wykonanie zakresu 2, o którym mowa w §1 ust. 3 pkt 2 umowy, jest protokół odbioru końcowego, o którym mowa w § 7 ust. 1 pkt 4 umowy, potwierdzający pozytywny odbiór zakresu 2, podpisany przez upoważnionych przedstawicieli zamawiającego i wykonawcy bez uwag i zastrzeżeń.”

e) zawarcie w treści §12 ust. 3 wzoru Umowy postanowienia określającego początek okresu gwarancji na wykonany przedmiot zamówienia udzielonej przez Wykonawcę od podpisania protokołu odbioru końcowego bezusterkowego tj. „*bez uwag i zastrzeżeń*”, co w konsekwencji powoduje, że Zamawiający ma pozaustawowe prawo do modyfikowania terminu rozpoczęcia okresu gwarancji poprzez zgłaszanie jakichkolwiek zastrzeżeń do wykonanego przedmiotu Umowy i w konsekwencji Wykonawca nie jest w stanie skalkulować w swojej ofercie kosztu udzielenia takiej gwarancji Zamawiającemu, jeśli Wykonawca nie posiada informacji kiedy początek tej gwarancji może rozpocząć swój bieg tj.:

i. §12 ust. 3: „*Bieg okresu gwarancji rozpoczyna się: 1) w dniu dokonania odbioru końcowego przedmiotu umowy (zakresu 2) protokołem odbioru końcowego, bez uwag i zastrzeżeń*”

f) zawarcie w treści §17 ust. 4 wzoru Umowy postanowienia uzależniającego możliwość przeniesienia autorskich praw majątkowych do dokumentacji wytworzonej lub wykorzystanej przez Wykonawcę do realizacji przedmiotu zamówienia od podpisania przez Zamawiającego protokołów odbiorów częściowych oraz odbioru końcowego w formie protokołów bezusterkowych tj. „*bez uwag i zastrzeżeń*”, co w konsekwencji powoduje, że Wykonawca zostaje pozbawiony możliwości przeniesienia autorskich praw majątkowych do dokumentacji przez niego wytworzonej jeśli Zamawiający dokona zgłoszenia jakiegokolwiek zastrzeżenia do wykonanego przedmiotu Umowy i w konsekwencji Wykonawca nie jest w stanie skalkulować w swojej ofercie kosztu przeniesienia autorskich praw majątkowych do dokumentacji wytworzonej lub wykorzystanej przez niego na rzecz Zamawiającego, jeśli Wykonawca nie posiada informacji kiedy przeniesienie tych praw może nastąpić tj.:

i. §17 ust. 4: „*Przeniesienie autorskich praw majątkowych następuje z dniem podpisania przez upoważnionych przedstawicieli zamawiającego i wykonawcy, w przypadku: 1) dokumentacji projektowej, o której mowa w § 1 ust. 2 pkt 1 umowy – protokołu odbioru częściowego, o którym mowa w § 7 ust. 1 pkt 2 umowy bez uwag i zastrzeżeń; 2) dokumentacji powykonawczej, o której mowa w § 1 ust. 2 pkt 3 umowy – protokołu odbioru końcowego, o którym mowa w § 7 ust. 1 pkt 4 umowy bez uwag i zastrzeżeń*”.

2) art. 439 ust. 1 i 2 pkt 2, 4 Pzp w zw. z art. 16 pkt 3 Pzp, art. 8 ust. 1 Pzp w zw. z art. 353(1) KC, art. 58 § 1 i 2 KC oraz art. 5 KC, poprzez sformułowanie treści §15 ust. 10 i §15 ust. 11 wzoru Umowy w sposób uniemożliwiający dokonanie prawidłowej i zgodnej z celem przepisów ustawy PZP zmiany wysokości wynagrodzenia Wykonawcy w sytuacji zmiany cen materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia w przypadku, gdy umowa w sprawie zamówienia publicznego, której przedmiotem są roboty budowlane, została zawarta na okres dłuższy niż 6 miesięcy, ponieważ wprowadzony przez Zamawiającego mechanizm waloryzacji wynagrodzenia Wykonawcy jest pozorny i stanowi obejście przepisów nakazujących jej wprowadzenie i przeprowadzenie, bowiem w praktyce nie spełni swojej funkcji tj. wprowadzenie zapisów:

a) 15 ust. 10 i ust. 11:

„10. Zmiana kosztów, o których mowa w ust. 9 względem ceny lub kosztów przyjętych w celu ustalenia wynagrodzenia Wykonawcy zawartego w ofercie, uprawnia każdą ze Stron do wystąpienia z wnioskiem do drugiej Strony o dokonanie zmiany wysokości wynagrodzenia. Zmieniona wartość wynagrodzenia, obowiązywać będzie od miesiąca następującego po miesiącu, w którym Strona wystąpiła z takim wnioskiem, o ile druga Strona uzna, iż rzeczywiście doszło w okresie obowiązywania umowy do zmiany cen lub kosztów mających wpływ na wysokość wynagrodzenia. Minimalny poziom zmiany ceny materiałów lub kosztów, uprawniający strony umowy do żądania zmiany wynagrodzenia wynosi 10% w stosunku do cen lub kosztów z miesiąca, w którym złożono ofertę Wykonawcy.

11. Strona wnioskująca o zmianę wysokości wynagrodzenia zobowiązana jest przedstawić we wniosku, o którym mowa w ust. 10, w jaki sposób zmiana kosztów miała wpływ na koszt realizacji Przedmiotu umowy, w szczególności poprzez przedstawienie szczegółowej kalkulacji z uwzględnieniem wskaźnika zmiany ceny materiałów lub kosztów ogłoszonych w komunikacie prezesa Głównego Urzędu Statystycznego z miesiąca, za który wnioskowana jest zmiana a poziomem cen materiałów/ kosztów wynikających z komunikatu Prezesa GUS za miesiąc, w którym została złożona oferta Wykonawcy”. podczas, gdy nie istnieje komunikat Prezesa GUS określający „wskaźnik zmiany cen materiałów lub kosztów”, a ponadto w powyższych zapisach umownych nie wskazano które dokładnie ceny lub kategorie kosztów będą uwzględniane dla określenia poziomu zmian, co wprowadza zbyt daleko posuniętą dobrowolność w interpretacji zapisów i może stanowić poważne pole sporów interpretacyjnych w trakcie realizacji, a wskazany poziom zmiany cen uruchamiający możliwość korzystania z mechanizmu waloryzacji na poziomie 10% pozostaje rażąco wygórowany i nieadekwatny dla realizacji inwestycji w okresach ustabilizowanej koniunktury na rynku.

W związku z powyżej wskazanymi zarzutami Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu dokonania następujących czynności – zmiany treści wzoru Umowy stanowiącego załącznik nr 4 do SWZ poprzez:

1) w zakresie zarzutu nr 1 – Odwołujący wnosi o dostosowanie postanowień wzoru Umowy do przepisów prawa i wprowadzenie do niego postanowień, które pozwolą na dokonanie odbioru sporządzonej przez Wykonawcę dokumentacji projektowej oraz wykonanych przez niego robót budowlanych w sytuacji gdy wystąpią wady nieistotne (które będą mogły zostać usunięte po odbiorze i których zakres oraz terminy usunięcia zostaną określone w protokole

odbioru końcowego), a uprawnienie Zamawiającego do wstrzymania się z odbiorem przysługiwać mu będzie wyłącznie w przypadku wad o istotnym charakterze (uniemożliwiających normalne korzystanie z przedmiotu umowy). Ponadto Odwołujący wnosi o dostosowanie postanowień wzoru Umowy w taki sposób, aby otrzymanie przez Wykonawcę należnego mu wynagrodzenia nie było uzależnione od dokonania odbiorów częściowych (w przypadku płatności częściowych) oraz odbioru końcowego (w przypadku płatności końcowej) – bez zastrzeżeń.

Po uwzględnieniu ww. zmiany:

a) treść §7 ust. 4, §7 ust. 8 oraz §7 ust. 12 wzoru Umowy powinna wyglądać w sposób następujący:

i. §7 ust. 4: „Pozytywny odbiór ostateczny dokumentacji projektowej – (odbiór zakresu 1), o którym mowa w § 7 ust. 1 pkt 2 umowy, zostanie potwierdzony protokołem odbioru częściowego, podpisanym przez upoważnionych przedstawicieli Zamawiającego i Wykonawcy bez uwag i zastrzeżeń”.

ii. §7 ust. 8: „Pozytywny odbiór części robót, o którym mowa w § 7 ust. 7 umowy, zostanie potwierdzony protokołem odbioru częściowego, podpisanym przez upoważnionych przedstawicieli Zamawiającego i Wykonawcy bez uwag i zastrzeżeń”

iii. §7 ust. 12: „Pozytywny odbiór zakresu 2, o którym mowa w § 1 ust. 3 pkt 2 umowy, zostanie potwierdzony protokołem odbioru końcowego, podpisanym przez upoważnionych przedstawicieli Zamawiającego i Wykonawcy bez uwag i zastrzeżeń”

b) usunięcie części §3 ust. 5 oraz usunięcie §7 ust. 16 wzoru Umowy w całości i usunięcie części §7 ust. 17:

i. §3 ust. 5: „Przedstawiciele zamawiającego są upoważnieni również do zgłaszania zastrzeżeń do protokołów, o których mowa w § 7 ust. 16 umowy, oraz do zgłaszania roszczeń, wniosków, poleceń i uwag w okresie gwarancji”

ii. §7 ust. 16: „Zamawiający ma prawo wprowadzić do protokołów, o których mowa w § 7 ust. 1 pkt 2–4 umowy, uwagi i zastrzeżenia, w szczególności odnoszące się do zgodności sposobu realizacji przedmiotu umowy, z wymaganiami określonymi w PFU, zapisami SWZ, oraz przepisami powszechnie obowiązującego prawa”

iii. §7 ust. 17: „Zamawiający zastrzega sobie prawo do żądania od Wykonawcy dokonania poprawek i/lub uzupełnień i/lub usunięcia usterek, w szczególności jeżeli:

1) dokumentacja projektowa, o której mowa w § 1 ust. 2 pkt 1 oraz w § 1 ust. 4 umowy będzie posiadała błędy powodujące jej niezgodność z przepisami powszechnie obowiązującego prawa lub powodujące jej niezgodność z wymogami określonymi w PFU;

2) roboty budowlane, o których mowa w § 1 ust. 2 pkt 2 umowy zostaną wykonane niezgodnie z wymogami technicznymi, odebraną, zgodnie z w § 7 ust. 2 umowy dokumentacją projektową lub przepisami powszechnie obowiązującego prawa;

3) roboty budowlane, o których mowa w § 1 ust. 2 pkt 2 umowy zostaną wykonane z użyciem materiałów, które nie uzyskały atestu lub świadectwa potwierdzającego ich dopuszczenie do

stosowania;

4) infrastruktura towarzysząca nie spełnia norm bezpieczeństwa wymaganych dla danego wyrobu;

5) wykonawca nie dostarczył kompletnej dokumentacji powykonawczej, o której mowa w § 1 ust. 2 pkt 3 umowy oraz w § 1 ust. 5 umowy a uwagi lub zastrzeżenia w ww. zakresie zostały wskazane w protokole odbioru częściowego lub protokole odbioru końcowego, o których mowa w § 7 ust. 1 pkt 2, 3 i 4 umowy”.

c) treść §7 ust. 19 wzoru Umowy powinna wyglądać w sposób następujący:

i. „Za termin wykonania zakresu 1 i 2 umowy uważać się będzie datę zgłoszenia przez Wykonawcę gotowości do odbioru na zasadach określonych stosownie w § 7 ust. 2 umowy oraz w § 7 ust. 10 umowy, o ile protokół odbioru częściowego, o którym mowa w § 7 ust. 4 umowy, oraz protokół odbioru końcowego, o którym mowa w § 7 ust. 12 umowy, zostanie podpisany przez upoważnionych przedstawicieli zamawiającego i wykonawcy bez uwag i zastrzeżeń. Jeżeli w trakcie odbiorów zostaną zgłoszone uwagi lub/i zastrzeżenia, za termin wykonania zakresu 1 i 2 umowy uważać się będzie datę podpisania stosownie protokołu odbioru częściowego, o którym mowa w § 7 ust. 4 umowy, oraz protokołu odbioru końcowego, o którym mowa w § 7 ust. 12 umowy, bez uwag i zastrzeżeń”

d) treść §9 ust. 1, §9 ust. 2 pkt 1) - 3), §12 ust. 3 i §17 ust. 4 wzoru Umowy powinna wyglądać w sposób następujący:

i. §9 ust. 1 i §9 ust. 2 pkt 1) - 3) wzoru Umowy §9 ust. 1: „Rozliczenie między stronami za wykonane roboty będzie następować na podstawie faktur częściowych (faktury częściowe nie przekroczą 95% kwoty umownej brutto) i faktury końcowej wystawionych przez wykonawcę, na podstawie protokołów odbioru częściowego oraz odbioru końcowego, o których mowa w § 7 ust. 1 pkt 2–4 umowy, podpisanych przez upoważnionych przedstawicieli Zamawiającego i Wykonawcy bez uwag i zastrzeżeń”.

ii. §9 ust. 2 pkt 1) – 3): „Płatności, o których mowa w § 9 ust. 1 umowy, będą dokonywane na podstawie oryginałów faktur VAT doręczonych zamawiającemu, z zastrzeżeniem, że:

1) podstawą do wystawienia faktury VAT za wykonanie zakresu realizacji 1, o którym mowa w § 1 ust. 3 pkt 1 umowy, jest protokół odbioru częściowego, o którym mowa w § 7 ust. 1 pkt 2 umowy, potwierdzający pozytywny odbiór zakresu 1, podpisany przez upoważnionych przedstawicieli zamawiającego i wykonawcy bez uwag i zastrzeżeń;

2) podstawą do wystawienia faktury VAT za wykonanie części robót, jest protokół odbioru częściowego, o którym mowa w § 7 ust. 1 pkt 3 umowy, podpisany przez upoważnionych przedstawicieli zamawiającego i wykonawcy bez uwag i zastrzeżeń;

3) podstawą do wystawienia faktury VAT za wykonanie zakresu 2, o którym mowa w §1 ust. 3 pkt 2 umowy, jest protokół odbioru końcowego, o którym mowa w § 7 ust. 1 pkt 4 umowy, potwierdzający pozytywny odbiór zakresu 2, podpisany przez upoważnionych przedstawicieli zamawiającego i wykonawcy bez uwag i zastrzeżeń.”

e) treść §12 ust. 3 wzoru Umowy powinna wyglądać w sposób następujący:

i. §12 ust. 3: „Bieg okresu gwarancji rozpoczyna się:

1) w dniu dokonania odbioru końcowego przedmiotu umowy (zakresu

2) protokołem odbioru końcowego bez uwag i zastrzeżeń”

f) treść §17 ust. 4 wzoru Umowy powinna wyglądać w sposób następujący:

i. §17 ust. 4: „Przeniesienie autorskich praw majątkowych następuje z dniem podpisania przez upoważnionych przedstawicieli zamawiającego i wykonawcy, w przypadku:

1) dokumentacji projektowej, o której mowa w § 1 ust. 2 pkt 1 umowy – protokołu odbioru częściowego, o którym mowa w § 7 ust. 1 pkt 2 umowy bez uwag i zastrzeżeń;

2) dokumentacji powykonawczej, o której mowa w § 1 ust. 2 pkt 3 umowy – protokołu odbioru końcowego, o którym mowa w § 7 ust. 1 pkt 4 umowy bez uwag i zastrzeżeń”.

2) w zakresie zarzutu nr 2 – Odwołujący wnosi o dokonanie zmiany Umowy, tj. § 15 ust. 10 i 11 Umowy poprzez nadanie mu treści zgodnej z przepisami i zasadami prawa tak, aby umożliwić Wykonawcy realną waloryzację wynagrodzenia w warunkach rynkowych, mając na uwadze zarówno wskaźnik wyjściowy, tj. odwołanie się do odpowiedniego poziomu wskaźnika cen produkcji budowlano – montażowych publikowany przez Prezesa GUS oraz wprowadzenia minimalnego poziom zmiany ceny materiałów lub kosztów, uprawniającego strony umowy do żądania zmiany wynagrodzenia w wysokości 3% (w miejsce obecnych 10%) w stosunku do cen lub kosztów z miesiąca, w którym złożono ofertę Wykonawcy.

Odwołujący wskazał, że mając na uwadze, że Zamawiający jest decydem postępowania, a zgodnie z art. 554 ust 6 Pzp, Izba nie może nakazać wprowadzenia do umowy postanowienia określonej treści, wykonawca wskazuje jedynie propozycję modyfikacji wzorcowych zapisów na realia obecnego Postępowania i nadanie brzmienia §15 ust. 10 oraz ust. 11 Umowy w następujący sposób:

§15 ust. 10 „Zmiana kosztów, o których mowa w ust. 9 względem ceny lub kosztów przyjętych w celu ustalenia wynagrodzenia Wykonawcy zawartego w ofercie, uprawnia każdą ze Stron do wystąpienia z wnioskiem do drugiej Strony o dokonanie zmiany wysokości

wynagrodzenia. Zmieniona wartość wynagrodzenia, obowiązywać będzie od miesiąca następującego po miesiącu, w którym Strona wystąpiła z takim wnioskiem, o ile druga Strona uzna, iż rzeczywiście doszło w okresie obowiązywania umowy do zmiany cen lub kosztów mających wpływ na wysokość wynagrodzenia. Minimalny poziom zmiany ceny Wskaźnika GUS materiałów lub kosztów, uprawniający strony umowy do żądania zmiany wynagrodzenia wynosi 3% **10%** w stosunku do Wskaźnika GUS cen lub kosztów z miesiąca, w którym złożono ofertę Wykonawcy”

§15 ust. 11 „Strona wnioskująca o zmianę wysokości wynagrodzenia zobowiązana jest przedstawić we wniosku, o którym mowa w ust. 10, w jaki sposób zmiana kosztów miała wpływ na koszt realizacji Przedmiotu umowy, w szczególności poprzez przedstawienie szczegółowej kalkulacji z uwzględnieniem wskaźnika cen produkcji budowlano- montażowej - Ogółem zmiany ceny materiałów lub kosztów ogłoszonych w komunikacie prezesa Głównego Urzędu Statystycznego (dalej: Wskaźnik GUS) z miesiąca, za który wnioskowana jest zmiana a poziomem cen materiałów/ kosztów wynikających z komunikatu Prezesa GUS za miesiąc, w którym została złożona oferta Wykonawcy”.

Odwołujący wyjaśnił, że jest podmiotem profesjonalnie działającym na rynku budowlanym, w tym w sektorze inwestycji realizowanych w trybie PZP. Zapisy zawarte w załączniku do SWZ - wzorze umowy, będącym są niezgodne z PZP i KC. Formułując zapisy wzoru umowy Zamawiający narusza podstawowe obowiązki inwestora (Zamawiającego) wynikające z umowy o roboty budowlane (art. 647 KC), m. in. w sposób niezgodny z PZP uzależnia możliwość dokonania odbioru przedmiotu Umowy oraz otrzymanie przez Wykonawcę należnego mu wynagrodzenia od sporządzenia z Zamawiającym tzw. protokołów bezusterkowych, których wymóg sporządzenia jest niezgodny z art. 647 KC.

Wszystkie podniesione wyżej zarzuty wpływają na sposób odpowiedzialności Wykonawcy na etapie realizacji Umowy, a z uwagi, iż proponowane zapisy naruszają przepisy prawa są nieakceptowalne dla potencjalnego oferenta i wykonawcy przyszłego zamówienia, jakim może być wykonawca Strabag sp. z o.o., to tym samym zachodzi konieczność ich zaskarżenia. Konsekwencją powyższego jest uniemożliwienie złożenia oferty w postępowaniu przez Odwołującego.

Na wezwanie Zamawiającego z dnia 21 marca 2023 r., skierowane do potencjalnych wykonawców, do zgłoszenia

przystąpienia do postępowania odwoławczego wywołanego niniejszym odwołaniem wraz z udostępnieniem na platformie zakupowej kopii odwołania, żaden wykonawca nie zgłosił przystąpienia do postępowania odwoławczego w trybie art. 525 ust. 3 Pzp, w tym po stronie Zamawiającego.

Pismem z dnia 25 marca 2024 r., które wpłynęło do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w tym dniu, Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie. Zamawiający oświadczył, że uwzględnia w całości zarzuty przedstawione w odwołaniu. Zamawiający wskazał, że zgodnie z art. 522 ust. 1 Pzp, dokona zmiany projektowanych postanowień umowy. Zamawiający wniósł o umorzenie przez Krajową Izbę Odwoławczą postępowania odwoławczego w niniejszej sprawie i wyjaśnił, że dokonał zmian w Załączniku nr 4 do SWZ, usuwając bądź modyfikując kwestionowane zapisy projektu umowy. Odpis niniejszej odpowiedzi Zamawiający przekazał Odwołującemu, zamieszczając również zmieniony Załącznik nr 4 do SWZ na stronie Zamawiającego.

Biorąc pod uwagę powyższe ustalenia, Izba zważyła, co następuje:

Izba stwierdziła, że oświadczenie Zamawiającego o uwzględnieniu zarzutów odwołania w całości z dnia 25 marca 2024 r., zgodnie ze wskazanym przez Zamawiającego zakresem uwzględnionych żądań Odwołującego, obejmuje wszystkie zarzuty przedstawione w odwołaniu, w rozumieniu art. 522 ust. 1 Pzp. Jednocześnie, Izba ustaliła, że żaden wykonawca nie zgłosił w ustawowym terminie przystąpienia do niniejszego postępowania odwoławczego, w tym po stronie Zamawiającego.

Wobec powyższego, postępowanie odwoławcze podlegało umorzeniu na podstawie art. 522 ust. 1 Pzp, zgodnie z którym, w przypadku uwzględnienia przez zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu, postępowanie odwoławcze podlega umorzeniu, a zamawiający wykonuje, powtarza lub unieważnia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia, zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu.

Wobec powyższego, postanowiono, jak w sentencji.

O kosztach postępowania Izba orzekła, biorąc pod uwagę treść § 9 ust. 1 pkt 2a 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 jeżeli zamawiający uwzględnił w całości zarzuty przedstawione w odwołaniu przed otwarciem rozprawy, a do postępowania odwoławczego nie przystąpił żaden wykonawca po stronie zamawiającego, Izba orzeka o dokonaniu zwrotu na rzecz odwołującego z rachunku Urzędu kwoty uiszczonej tytułem wpisu od odwołania.

Przewodniczący