

WYROK
z dnia 5 grudnia 2023 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Renata Tubisz
Protokolant: Piotr Ceglowski
Rafał Komoń

po rozpoznaniu na posiedzeniu i rozprawie w dniach 28 listopada 2023r. i 1 grudnia 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 13 listopada 2023 r. **przez odwołującego:** PORR S.A. ul. Hołubcowa 123, 02-854 Warszawa w postępowaniu prowadzonym **przez zamawiającego:** Szkoła Główna Gospodarstwa Wiejskiego w Warszawie, ul. Nowoursynowska 166, 02-787 Warszawa

przy udziale:

- A.Budimex S.A. ul. Siedmiogrodzka 9, 01-204 Warszawa zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego;
- B.Finotech Construction Sp. z o.o., ul. Poleczki 32, 02-822 Warszawa, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego;
- C.Korporacja Budowlana Doraco Sp. z o.o. ul. Opacka 12, 80-338 Gdańsk zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego;
- D.Mostostal Warszawa S.A. ul. Konstruktorska 12A, 02-673 Warszawa, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego;
- E.NDI S.A. ul. Powstańców Warszawy 19, 81-718 Sopot, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego;
- F.STRABAG Sp. z o.o., ul. Parzniewska 10, 05-800 Pruszków, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego

orzeka:

- 1.Umarza postępowanie co do cofniętych zarzutów:- par. 5 ust. 18 , par. 5 ust. 20 , par. 5 ust. 21 , par. 5 ust. 25 , par. 6 ust. 13 pkt 1 i 2 , par. 7 ust. 14 , par. 8 ust. 10 , par. 9 ust. 2 , par. 14 ust. 2 pkt 13.
- 2.Uwzględnia zarzuty i nakazuje zmianę postanowień SWZ co do: terminu złożenia i otwarcia ofert z dnia 6 grudnia 2023r. na do dnia 31 stycznia 2023r., par. 5 ust. 38, par. 7 ust. 11, par. 9 ust. 1 pkt 1, par. 9 ust. 5, par. 12 ust. 4 pkt 3 i 4, par. 14 ust. 2 wzoru umowy
- 3.Oddala odwołanie co do zmiany opisu kryterium ofert pn. nieprawidłowy opis kryterium oceny ofert pn. „Gwarancja na elementy konstrukcyjne” (w pkt XX pkt 2 lit. C SWZ), który wskazuje, że punktowanie jest udzielenie gwarancji na elementy konstrukcyjne zrealizowane przez poprzedniego Wykonawcę (SKANSKA), co do par. 8 ust. 1, par. 8 ust. 4a, par. 14 ust. 5 wzoru umowy.
- 4.kosztami postępowania obciąża zamawiającego: Szkoła Główna Gospodarstwa Wiejskiego w Warszawie, ul. Nowoursynowska 166, 02-787 Warszawa

i:

- 4.1. zalicza w poczet kosztów postępowania kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez odwołującego: PORR S.A. ul. Hołubcowa 123, 02-854 Warszawa, tytułem wpisu od odwołania
- 4.2. zasądza od zamawiającego: Szkoła Główna Gospodarstwa Wiejskiego w Warszawie, ul. Nowoursynowska 166, 02-787 Warszawa na rzecz odwołującego: PORR S.A. ul. Hołubcowa 123, 02-854 Warszawa kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) stanowiącą uzasadnione koszty poniesione z tytułu wpisu od odwołania

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (j.t. Dz. U. z 2023 r. poz. 1605) na niniejszy wyrok – w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie

Przewodniczący:

uzasadnienie

odwołanie dotyczy postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego pn. „Budowa budynku Innowacyjnego Centrum Nauk Żywnościowych SGGW w Warszawie” (numer referencyjny: DINT.250.16.2023).

Odwołanie

Działając w imieniu PORR S.A. („Odwołujący”), na podstawie art. 513 pkt 1 i pkt 2 w zw. z art. 505 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019r. Prawo zamówień publicznych (tj.Dz.U.2023.1605 z późn. zm.) dalej „Pzp” wnoszę odwołanie wobec następujących czynności i zaniechań Zamawiającego:

- [zarzut nr 1] wyznaczenie terminu składania i otwarcia ofert na dzień 6.12.2023r. pomimo, że w tym terminie nie jest możliwe rzetelne przygotowanie i skalkulowanie ofert z uwagi na zakres Dokumentacji Przetargowej stanowiącej opis przedmiotu zamówienia oraz konieczność jej weryfikacji z uwzględnieniem okoliczności, że celem zamówienia jest wybór wykonawcy, który dokończy budowę budynku laboratoryjno-dydaktycznego;
- [zarzut nr 2] nieprawidłowy opis kryterium oceny ofert pn. „Gwarancja na elementy konstrukcyjne”, który wskazuje, że punktowane jest udzielenie gwarancji na elementy konstrukcyjne zrealizowane przez poprzedniego Wykonawcę (SKANSKA);

- [zarzut nr 3] ukształtowanie postanowień wzoru umowy w sposób naruszający przepisy Pzp i kodeksu cywilnego, w szczególności z przekroczeniem:

(i) granic swobody umów, (ii) zasad współzycia społecznego oraz (iii) zasad rozłożenia ryzyka kontraktowego pomiędzy stronami umowy o roboty budowlane w zakresie:

(i) obciążenia Wykonawcy odpowiedzialnością za wady i nieprawidłowości elementów konstrukcyjnych zrealizowanych przez innego Wykonawcę;

(ii) wysokości łącznego limitu kar umownych i stawki kary z tytułu odstąpienia od umowy,

(iii) procedury odbioru Dokumentacji;

(iv) ustalenia katalogu podstaw odstąpienia od umowy, który narusza zasadę stałości umów w sprawie zamówienia publicznego;

(v)ustalenia procedury odbioru przedmiotu umowy, który umożliwia odmowę odbioru również w przypadku wystąpienia wad nieistotnych;

(vi) sposobu rozliczenia kosztów wykonania zastępczego;

(vii) możliwości wstrzymania zapłaty całego wynagrodzenia Wykonawcy w przypadku braku kompletu oświadczeń podwykonawców;

(viii) ustalenia zasad zmiany umowy w sposób nie dający Wykonawcy gwarancji co do zakresu dopuszczalnych zmian oraz z pominięciem możliwości zmiany umowy w przypadku ujawnienia błędów i wad w Dokumentacji Przetargowej;

(ix) braku procedury usuwania błędów i nieścisłości Dokumentacji Przetargowej przez Zamawiającego;

(x) przyjęcia zasady wydłużenia okresu gwarancji w odniesieniu do całego przedmiotu zamówienia w przypadku wykonywania napraw;

(xi) braku procedury rozliczania robót dodatkowych, zamiennych, zaniechanych;

(xii) braku terminu akceptacji kart materiałowych, dokumentacji warsztatowej;

w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego pn. „Budowa budynku Innowacyjnego Centrum Nauk Żywnościowych SGGW w Warszawie” (numer referencyjny: DINT.250.16.2023) przez Szkołę Główną Gospodarstwa Wiejskiego w Warszawie.

1)Zaskarżonym czynnościom i zaniechaniom Zamawiającego zarzucam naruszenie:

[zarzut nr 1]

- art. 16 Pzp pkt 1-3 w zw. z art. 138 ust. 1 Pzp przez wyznaczenie terminu składania i otwarcia ofert na dzień 6.12.2023r. pomimo, że w tym terminie nie jest możliwe rzetelne przygotowanie i skalkulowanie ofert z uwagi na zakres Dokumentacji Przetargowej stanowiącej opis przedmiotu zamówienia oraz konieczność jej weryfikacji z uwzględnieniem okoliczności, że celem zamówienia jest wybór wykonawcy, który dokończy budowę budynku laboratoryjno-dydaktycznego po poprzednim Wykonawcy (SKANSKA);

[zarzut nr 2]

- art. 240 ust. 1 i ust. 2 Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 i pkt 2 Pzp poprzez nieprawidłowy opis kryterium oceny ofert pn. „Gwarancja na elementy konstrukcyjne” (w pkt XX pkt 2 lit. C SWZ), który wskazuje, że punktowanie jest udzielenie gwarancji na elementy konstrukcyjne zrealizowane przez poprzedniego Wykonawcę (SKANSKA);

[zarzut nr 3]

- art. 99 ust. 1 i ust. 4 Pzp, art. 134 ust. 1 pkt 20 Pzp, art. 433 pkt 3 Pzp oraz art. 8 ust. 1 Pzp w zw. z art. 353¹ k.c., art. 483 § 1 k.c. i k.c. (oraz pozostałych przepisów Pzp i k.c. wskazanych w dalszej treści odwołania) poprzez ukształtowanie postanowień przyszłej umowy w sposób naruszający zasadę swobody umów, zasady współzycia społecznego oraz równowagi kontraktowej stron, z uwagi na:

(i)obciążenie Wykonawcy odpowiedzialnością za wady i nieprawidłowości elementów konstrukcyjnych zrealizowanych przez innego wykonawcę (§ 8 ust. 1 wzoru umowy);

(ii)ustalenie wygórowanego łącznego limitu kar umownych i stawki kary z tytułu odstąpienia od umowy (§9 ust. 1 pkt 1 i ust. 5 wzoru umowy),

- (iii)ustalenie procedury odbioru Dokumentacji, która obciąża Wykonawcę odpowiedzialnością za zaniechania i opóźnienia występujące po stronie Zamawiającego (§ 5 ust. 18, ust. 20, ust. 21 wzoru umowy);
- (iv)ustalenie procedury odbioru przedmiotu umowy, który umożliwia odmowę odbioru również w przypadku wystąpienia wad nieistotnych (§6 ust. 13 pkt 1) i pkt 2 wzoru umowy);
- (v)ustalenie katalogu podstaw odstąpienia od umowy, który narusza zasadę stałości umów w sprawie zamówienia publicznego (§9 ust. 2 oraz §12 ust. 4 pkt 3 i pkt 4 wzoru umowy);
- (vi)ustalenie nieprawidłowego sposobu rozliczenia kosztów wykonania zastępczego (§7 ust. 11 wzoru umowy);
- (vii)ustalenie zawieszenia zapłaty wynagrodzenia Wykonawcy w przypadku braku kompletu oświadczeń podwykonawców (§7 ust. 14 wzoru umowy);
- (viii)ustalenie zasad zmiany umowy w sposób nie dający Wykonawcy gwarancji co do zakresu dopuszczalnych zmian oraz z pominięciem możliwości zmiany umowy w przypadku ujawnienia błędów i wad w Dokumentacji Przetargowej (§ 14 ust. 2 oraz § 14 ust. 2 pkt 13 wzoru umowy);
- (ix)brak procedury usuwania błędów i nieścisłości Dokumentacji Przetargowej przez Zamawiającego (§ 5 ust. 38 wzoru umowy);
- (x)przyjęcie zasady wydłużenia okresu gwarancji w odniesieniu do całego przedmiotu zamówienia w przypadku wykonywania napraw (§ 8 ust. 10 wzoru umowy);
- (xi)brak terminów akceptacji Kart materiałowych i dokumentacji warsztatowej (§ 5 ust. 25 wzoru umowy);
- (xii)brak zasad rozliczania robót dodatkowych, zamiennych i zaniechanych (pkt 25 "Protokół Konieczności").

2)Żądania Odwołującego.

W imieniu Odwołującego wnoszę o:

- 1)uwzględnienie niniejszego odwołania w całości;
- 2)nakazanie Zamawiającemu dokonania zmiany treści ogłoszenia i SWZ w następujący sposób:
 - a)przedłużenie terminu składania i otwarcia ofert do dnia 31.01.2024r. (pkt 5.1.12 ogłoszenia oraz rozdział XVI ust. 1 i ust. 2);
 - b)zmianę opisu kryterium oceny ofert pn. „Gwarancja na elementy konstrukcyjne” (w pkt XX pkt 2 lit. C SWZ) poprzez jednoznaczne wskazanie, że gwarancja na elementy konstrukcyjne nie obejmuje robót wykonanych przez poprzedniego Wykonawcę (SKANSKA);
 - c)zmianę postanowień wzoru umowy w poniższy sposób (zmiany zaznaczono kolorem czerwonym)

Postanowienie Umowy	Proponowana zmiana wzoru umowy
§ 5 ust. 18	Brak opinii Zamawiającego w tym terminie nie uprawnia Wykonawcy do założeń, iż Zamawiający nie wnosi uwag, a jedynie do wnioskowania o ewentualne przedłużenie terminu wykonania danego etapu prac i wykonania Umowy oraz zwiększenia wynagrodzenia Wykonawcy w zakresie w jakim wydłużenie terminów realizacji umowy powoduje powstanie dodatkowych kosztów.
§ 5 ust. 20	Skreślenie
§ 5 ust. 21	21. Przedłużenie akceptacji danego etapu wykonania Dokumentacji z powodu konieczności usunięcia przez Wykonawcę wad w wykonanej przez niego Dokumentacji nie wpływa na termin realizacji Przedmiotu Umowy.
§ 5 ust. 25	25. Wykonawca zobowiązany jest uzyskać uprzednią pisemną akceptację Zamawiającego (w postaci kart zatwierdzeń materiałów i urządzeń zgodnie ze wzorem stanowiącym Załącznik nr 19 do Umowy) na wbudowanie materiałów i zainstalowanie urządzeń przewidzianych dokumentacją projektową. Zamawiający jest zobowiązany do akceptacji/odrzućenia Karty Materiałowej złożonej zgodnie z Załącznikiem 19 niepóźniej niż w ciągu 3 dni. Powyższa akceptacja będzie ważna wyłącznie za potwierdzeniem inspektora nadzoru i przedstawiciela Zamawiającego. Powyższe odnosi się także do dokumentacji warsztatowej. W przypadku odrzucenia Karty Materiałowej i/lub dokumentacji warsztatowej Zamawiający podaje na piśmie uzasadnienie odrzucenia. W przypadku odstąpienia od tej zasady Wykonawca będzie odpowiedzialny za szkody z tym związane oraz poniesie wszelkie konsekwencje finansowe i prawne, włącznie z kosztami i organizacją przywrócenia danego zakresu prac do stanu zgodnego z Dokumentacją Przetargową oraz Dokumentacją.

§ 5 ust. 38	38. Jeżeli dostarczona przez Zamawiającego Dokumentacja Przetargowa lub Teren budowy przewidziany dla prac budowlanych nie nadają się do prawidłowego wykonania robót albo jeżeli zajądą inne okoliczności, które mogą przeszkodzić prawidłowemu wykonaniu prac budowlanych, Wykonawca powinien niezwłocznie zawiadomić o tym Zamawiającego, nie później jednak niż w terminie 3 dni od daty powzięcia wiedzy/wystąpienia takich okoliczności. W terminie 5 dni od otrzymania powiadomienia wskazującego błąd czy nieścisłość w Dokumentacji Przetargowej
-------------	---

4. termin na wniesienie odwołania.

1. Termin na wniesienie odwołania w niniejszym postępowaniu wynosi 10 dni (art. 515 ust. 2 pkt 1 Pzp).
2. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym UE z dnia 3.11.2023r. pod nr 00671518-2023. Z uwagi na powyższe termin na wniesienie odwołania wobec treści SWZ został zachowany.

d)Interes w uzyskaniu zamówienia oraz szkoda Odwołującego

- 1)Odwołujący ma interes we wniesieniu niniejszego odwołania, ponieważ jest przedsiębiorcą działającym na rynku budownictwa kubaturowego i zamierza złożyć ofertę w niniejszym postępowaniu. W przypadku złożenia atrakcyjnej pod względem cenowym i jakościowym oferty ma realną możliwość uzyskania niniejszego zamówienia publicznego.
- 2)Jednak skutek działań i zaniechań Zamawiającego, Odwołujący może ponieść szkodę w postaci braku możliwości złożenia oferty.
- 3)Postanowienia SWZ zaskarżone w niniejszym odwołaniu (w tym w projekcie umowy) utrudniają Odwołującemu dostęp do niniejszego zamówienia, tj. opracowanie oraz złożenie konkurencyjnej oferty, a w konsekwencji uzyskanie niniejszego zamówienia publicznego (por. wyrok KIO z 7.04.2016 r., Sygn. akt: KIO 443/16).
- 4) W szczególności nie jest możliwe prawidłowe skalkulowanie ceny i złożenie porównywalnych ofert w terminie do dnia 6.12.2023r. Zamawiający udostępnił bowiem bardzo obszerną Dokumentację Przetargową zawierającą m.in. Projekty Przetargowe, które zmieniają i uzupełniają oryginalną dokumentację projektową. W związku z tym kalkulacja ceny musi zostać poprzedzona szczegółową analizą Dokumentacji Przetargowej oraz jej konfrontacją z wynikami wizji lokalnej aktualnego stanu inwestycji.
- 5)Jednocześnie kwestionowane w niniejszym odwołaniu postanowienia wzoru umowy przerzucają na wykonawców odpowiedzialność za okoliczności pozostające poza sfera ich wpływów oraz generują dodatkowe ryzyka, których wystąpienie może spowodować nierentowność projektu lub nawet uniemożliwić jego wykonanie.
- 6)„Środki ochrony prawnej określone w dziale VI Pzp przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. Na etapie postępowania o udzielenie zamówienia przed otwarciem ofert, np. w przypadku odwołań czy skarg dotyczących postanowień ogłoszenia i siwz przyjęć należy, iż każdy wykonawca deklarujący zainteresowanie uzyskaniem danego zamówienia posiada jednocześnie interes w jego uzyskaniu.” (wyrok KIO z dnia 4.10.2010r., Sygn. akt: KIO 2036/10).

6. Termin publikacji ogłoszenia. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym UE dnia 3.11.2023r. pod numerem: 00671518-2023.

[Stan faktyczny]

- 1.Zamawiający prowadzi postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Budowa budynku Innowacyjnego Centrum Nauk Żywnościowych SGGW w Warszawie” (numer referencyjny: RSS/SZP/P 49/2023).
- 2.Zamówienie będzie realizowane w systemie „wybuduj i doprojektuj” w formule wynagrodzenia ryczałtowego.
- 3.Przedmiotem zamówienia jest: budowa obiektu laboratoryjno - dydaktycznego wraz z zapleczem technicznym, infrastrukturą towarzyszącą, przyłączami, ciągami komunikacyjnymi i zagospodarowaniem terenu na potrzeby Innowacyjnego Centrum Nauk Żywnościowych SGGW w Warszawie przy ul. Nowoursynowskiej 159 na terenie działki 114/2 obręb 1.10.12 oraz uzyskanie decyzji pozwolenia na użytkowanie.

4. Roboty budowlane będą realizowane podstawie projektu budowlanego przekazanego przez Zamawiającego oraz projektu wykonawczego opracowanego przez Wykonawcę i zatwierdzonego przez Zamawiającego. Przedmiot zamówienia obejmuje bowiem wykonanie dodatkowych prac projektowych polegających na wykonaniu projektu wykonawczego wraz z elementami dokumentacji warsztatowej jako uzupełnienie Dokumentacji Przetargowej w zakresie niezbędnym do wykonania przedmiotu zamówienia.

5. Wykonawca zobowiązany jest zrealizować Przedmiot Umowy z uwzględnieniem istniejącego stanu zaawansowania robót budowlanych. Prace budowlane na Inwestycji zostały zakończone przez poprzedniego Wykonawcę na etapie kondygnacji -1, w ramach których zrealizowano wykopy wraz z ich zabezpieczeniem oraz większą część fundamentów i fragment kubatury kondygnacji -1.

[Zarzut nr 1: Termin składania ofert]

1. Zamawiający wyznaczył termin składania i otwarcia ofert na dzień 6.12.2023r. pomimo, że w tym terminie nie jest możliwe rzetelne przygotowanie i skalkulowanie ofert.

2. Niniejsze postępowanie jest drugim postępowaniem, którego celem jest wybór wykonawcy budynku laboratoryjno-dydaktycznego. SKANSKA S.A., będąca pierwszym Wykonawcą, zakończyła realizację na etapie kondygnacji -1, w ramach których zrealizowano wykopy wraz z ich zabezpieczeniem oraz większą część fundamentów i fragment kubatury kondygnacji -1.

3. Stan zaawansowania prac określa Inwentaryzacja powykonawcza stanu istniejącego Inwestycji, na którą składają się: Decyzje, Opracowanie geotechniczne, Projekt Budowlany - Wypis, Projekt powykonawczy SKANSKA - Wypis oraz Zdjęcia stanu wykonanych prac (załącznik nr 12 do SWZ).

4. Opis przedmiotu zamówienia stanowią (oprócz ww. Inwentaryzacji powykonawczej stanu istniejącego Inwestycji - Załącznik nr 12 SWZ): Projekt Przetargowy - Architektura (Załącznik nr 4 SWZ), Projekt Przetargowy - Konstrukcja (Załącznik nr 5 SWZ), Projekt Przetargowy - Zagospodarowanie Terenu, Zieleń, Drogi (Załącznik nr 6 SWZ), Projekt Przetargowy - Instalacje Sanitarne (Załącznik nr 7 SWZ), Projekt Przetargowy - Elektryczny, Teletechniczny (Załącznik nr 8 SWZ), Projekt Przetargowy - BIM (Załącznik nr 9 SWZ), Projekt Przetargowy - Technologia (Załącznik nr 10 SWZ), STWiORB wielobranżowe (Załącznik nr 11 SWZ), Opis przedmiotu zamówienia - Uszczegółowienie (Załącznik nr 13 SWZ).

5. Ponadto Wykonawcy zobowiązani są do odbycia wizji lokalnej (pkt 111.1 SWZ), której wyniki wymagają szczegółowej analizy z uwagi na fakt, że przedmiotem niniejszego zamówienia jest dokończenie inwestycji. Konieczna jest zatem ocena stanu wykonanych prac oraz odniesienie go do Projektów Przetargowych, które sanują braki, nieprawidłowości i błędy oryginalnej dokumentacji projektowej.

6. W takich okolicznościach faktycznych termin składania ofert wyznaczony przez Zamawiającego jest nierealny. Termin ten nie uwzględnia czasu niezbędnego na przygotowanie i złożenie oferty, a w konsekwencji ogranicza krąg potencjalnych oferentów. Zamawiający w niniejszym postępowaniu wyznaczył bowiem termin składania ofert nieznacznie dłuższy niż poziom minimalny, tj. dzień przekazania ogłoszenia do publikacji od dnia złożenia ofert - dzieli 37 dni (art. 138 ust.1 Pzp).

7. Natomiast „termin składania ofert w każdym postępowaniu powinien uwzględnić czas niezbędny do przygotowania i złożenia oferty. Zamawiający jest zobowiązany do uwzględnienia przedmiotu i rodzaju zamówienia, poziomu jego skomplikowania, wszystkich czynności, które należy wykonać, aby złożyć prawidłową ofertę” (wyrok KIO z dnia 24.03.2015r.; Sygn. akt: KIO 469/15).

8. Zgodnie z art. 131 ust. 1 Pzp, Zamawiający wyznacza terminy składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, ofert wstępnych oraz ofert, z uwzględnieniem złożoności i specyfiki przedmiotu zamówienia oraz czasu niezbędnego do ich przygotowania i złożenia, z tym że terminy te nie mogą być krótsze niż ustawowe terminy minimalne, o ile są one określone.

9. Powyższy przepis „ma charakter gwarancyjny i zobowiązuje zamawiających do uwzględnienia przy wyznaczaniu terminów złożoności zamówienia, a także czasu potrzebnego na sporządzenie ofert. Terminy powinny być zatem ustalane indywidualnie, w zależności od rodzaju udzielanego zamówienia, oraz powinny uwzględniać przy szacowaniu ich długości daty kalendarzowe, np. okresy świąt państwowych, które faktycznie ograniczają czas przeznaczony na przygotowanie oferty. Ustalenie właściwego terminu składania ofert zwiększa szanse zamawiającego na osiągnięcie większej konkurencyjności ofert” (Skubiszak-Kalinowska I., Wiktorowska E., Prawo zamówień publicznych, Komentarz aktualizowany, Lex).

10. Wykonawca powinien mieć bowiem czas na „dokładne zapoznanie się z wszystkimi wymaganiami zamawiającego, sprawdzenie, czy spełnia warunki udziału w postępowaniu, przygotowanie do złożenia wymaganych dokumentów, ale też czas na nawiązanie relacji z potencjalnymi konsorcjantami, podwykonawcami czy dostawcami. Nierealne jest bowiem oczekiwanie, że w każdym przypadku wykonawca będzie mógł bez odpowiedniego przygotowania złożyć ofertę” (Dzierżanowski W., Jerzykowski J., Stachowiak M., Prawo zamówień publicznych, Komentarz, wyd. VII, 2018).

11. Utrzymanie zatem terminu składania ofert wyznaczonego przez Zamawiającego na dzień 6.12.2023r. naraża potencjalnych oferentów na ryzyko błędnego oszacowania ceny zamówienia. Jednocześnie może spowodować rezygnację z udziału w niniejszym postępowaniu szeregu wykonawców, co ograniczy konkurencyjność niniejszego postępowania i możliwość wyboru wykonawcy, który gwarantowałby prawidłowe i terminowe wykonanie inwestycji. Zaniechanie wydłużenia terminu składania ofert z dużym prawdopodobieństwem spowoduje również, że Zamawiający otrzyma oferty niezgodne z SWZ oraz nieporównywalne.

12. Z uwagi na powyższe wniosek Wykonawcy o wydłużenie terminu składania ofert do dnia 31.01.2024r. jest w pełni uzasadniony i zasługuje na uwzględnienie. Obszerność Dokumentacji Przetargowej oraz specyficzny opis przedmiotu zamówienia za pomocą Projektów Przetargowych wprowadzających zmiany i rozwiązania naprawcze pierwotnej dokumentacji projektowej, a także konieczność uwzględnienia aktualnego (w dacie składania ofert) stanu technicznego inwestycji powoduje, że Wykonawcom niezbędny jest dodatkowy czas na weryfikację Dokumentacji Przetargowej oraz wyników wizji lokalnej, a następnie przygotowanie poprawnej merytorycznie oferty.

[Zarzut nr 2: Kryterium oceny ofert]

1. Zgodnie z pkt XX ust. 1 lit. C SWZ, Wykonawca w ramach kryterium oceny ofert: „Gwarancja” może uzyskać 20 punktów.

2. Kryterium do rozbiórki zostało na podkryteria, w tym podkryterium „Gwarancja na elementy konstrukcyjne”, które umożliwia uzyskanie 5 pkt w przypadku zaoferowania 10-letniego okresu gwarancji.

3. Z opisu obecnego stanu inwestycji zawartego pkt III.3 SWZ, wynika, że poprzedni Wykonawca do czasu zakończenia realizacji wykonał wykopy wraz z ich zabezpieczeniem oraz większą część fundamentów i fragment kubatury kondygnacji -1. Wykonał on zatem „elementy konstrukcyjne” inwestycji.

4. Natomiast opis kryterium oceny ofert nie zawiera rozróżnienia na elementy konstrukcyjne wykonane przez poprzedniego i nowego Wykonawcę, co wskazuje, że w ramach ww. kryterium należy uwzględnić cały zakres robót polegających na wykonaniu elementów konstrukcyjnych bez względu na to, który z wykonawców je zrealizował.

5. Powyższy sposób konstrukcji kryterium oceny ofert jest nieprawidłowy. Wykonawca, który wygra niniejsze postępowanie nie może być bowiem obciążony odpowiedzialnością za roboty wykonane przez inny podmiot. Jednocześnie uzyskanie jakichkolwiek punktów w ramach tego podkryterium jest możliwe jedynie w razie zaproponowania 10-letniego okresu gwarancji.

6. Zgodnie z art. 241 ust. 1 Pzp, obowiązkiem Zamawiającego jest opisanie kryteriów oceny ofert w sposób jednoznaczny i zrozumiały. Zamawiający nie może zatem ograniczyć się do wskazania jedynie nazwy kryterium.

7. W niniejszym postępowaniu z uwagi na okoliczności realizacyjne inwestycji przy ustalaniu kryterium oceny ofert Zamawiający powinien doprecyzować zakres wydłużonej gwarancji poprzez wyłączenie z niej robót wykonanych przez podmiot trzeci.

8. Opis kryteriów oceny ofert ma istotny wpływ na przygotowanie ofert. Kryterium w postaci „długość okresu gwarancji” ma bezpośredni wpływ na wysokość ceny oferty. Z tych względów opis powinien być jednoznaczny i umożliwiać jego jednolite rozumienie. Jedynie w takim przypadku możliwe jest uczciwe porównanie ofert z zachowaniem zasady równego traktowania wykonawców.

9. Ponadto należy wskazać, że z uwagi na okoliczności faktyczne niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, naruszeniem zasady uczciwej konkurencji oraz zasady proporcjonalności, byłoby ustalenie w ramach kryterium oceny ofert wymagania udzielenia przez oferentów wydłużonej gwarancji na elementy konstrukcyjne wykonane przez inny podmiot.

10. Istotną część opisu przedmiotu zamówienia stanowią bowiem Projekty Przetargowe stanowiące projekty naprawcze pierwotnej dokumentacji projektowej. Zawierają one rozwiązania optymalizujące poprzedni projekt i dostosowujące go do aktualnego stanu inwestycji, w szczególności nośności wykonanych elementów.

11. W związku z tym jako nadużycie prawa podmiotowego przez Zamawiającego należałoby zakwalifikować sytuację, w której kryterium oceny ofert byłoby wymaganiem udzielenia wydłużonej gwarancji na wszystkie elementy konstrukcyjne.

13. Celem kryteriów pozacenowych jest przede wszystkim wybór najkorzystniejszej oferty, a Zamawiający dysponuje dużą swobodą w ich kreowaniu. Jednak ustalając ww. kryteria Zamawiający musi uwzględniać podstawowe zasady udzielenia zamówień publicznych.

14. Z uwagi na powyższe uzasadnione jest twierdzenie, że Zamawiający w nieprawidłowy sposób ukształtował kryterium oceny ofert. Kryterium to może być bowiem odmiennie rozumienie przez poszczególnych oferentów, a więc niejednoznaczny opis powoduje naruszenie zasady przejrzystości.

15. Jednocześnie w sytuacji gdy intencją Zamawiającego było objęcie wydłużonym okresem gwarancji również elementów konstrukcyjnych wykonanych przez poprzedniego Wykonawcę (SKANSKA), takie ukształtowanie kryterium selekcji jest nadużyciem przez Zamawiającego pozycji dominującej w stosunku do oferentów poprzez ustalenie zasad odpowiedzialności umownej z pominięciem specyfiki zamówienia, stopnia złożoności oraz warunków realizacyjnych.

16.Z uwagi na powyższe Odwołujący proponuje zmianę zaskarżonego kryterium selekcji poprzez jednoznaczne wskazanie, że w ramach tego kryterium nie jest punktowane objęcie 10-letnią gwarancją elementów konstrukcyjnych zrealizowanych przez poprzedniego Wykonawcę.

[Zarzut nr 3: Treść umowy]

1.Zamawiający jest gospodarzem postępowania i autorem specyfikacji warunków zamówienia, która zgodnie z art. 134 ust. 1 pkt 20 Pzp powinna zawierać postanowienia projektowanej umowy w sprawie zamówienia publicznego. Jednakże swoboda Zamawiającego w kształtowaniu przyszłej umowy nie jest absolutna. Zamawiający nie może bowiem nadużywać swojego prawa podmiotowego. Zgodnie z art. 5 k.c., „nie można czynić ze swego prawa użytku, który by był sprzeczny ze społeczno-gospodarczym przeznaczeniem tego prawa lub z zasadami współżycia społecznego. Takie działanie lub zaniechanie uprawnionego nie jest uważane za wykonywanie prawa i nie korzysta z ochrony”.

2. „Zamawiający uprawniony jest do kształtowania postanowień umowy w sprawie zamówienia publicznego w granicach swobody umów, aczkolwiek uprawnienie to nie ma charakteru absolutnego, gdyż Zamawiający nie może swego prawa podmiotowego nadużywać” (wyrok KIO z dnia 28.01.2019r.; Sygn. akt: KIO 26/19).

3.W konsekwencji postanowienia umowy w sprawie zamówienia publicznego nie mogą być korzystne tylko dla jednej strony (Zamawiający) lub nakładać same obowiązki tylko na drugą stronę (Wykonawca). „Wykonawca ma prawo do równego traktowania z zamawiającym, jak i uczciwej konkurencji jako podmiotu prawa cywilnego zobowiązanego do wykonania, w tym należytego wykonania, umowy (art. 7 ust. 1 p.z.p.)” (wyrok KIO z dnia 30.10.2017 r., Sygn. akt: KIO 2163/17).

4.Powyższe wynika z zasady swobody umów określonej w art. 353¹ k.c., zgodnie z którą treść lub cel stosunku nie może sprzeciwiać się właściwości (naturze) stosunku, ustawie ani zasadom współżycia społecznego). „Zarówno treść, jak i cel umowy nie mogą być sprzeczne z właściwością stosunku zobowiązaniowego, przepisami prawa oraz z zasadami współżycia społecznego. Postanowienia umowy, bez względu zatem na swobodę umów, nie mogą naruszać istoty i charakteru danego zobowiązania, przepisów bezwzględnie obowiązujących oraz ogólnych zasad słuszności, dobrych obyczajów, uczciwości, czy rzetelności, które mieszczą się w pojęciu zasad współżycia społecznego” (wyrok KIO z dnia 2.02.2021 r.; Sygn. akt: KIO 3512/20).

5.Natomiast zaskarżone postanowienia umowne naruszają wprost przepisy kodeksu cywilnego i/lub przepisy Prawa zamówień publicznych wskazane w niniejszym odwołaniu oraz kształtują uprawnienia Zamawiającego w sposób nieadekwatny charakteru inwestycji i nadmierny w stosunku do wymogu racjonalnego wydatkowania środków publicznych.

6.W ocenie Odwołującego, Zamawiający ukształtował zaskarżone postanowienia umowy z przekroczeniem akceptowanej i dopuszczalnej na gruncie przepisów Prawa zamówień publicznych modyfikacji zasady równości stron kontraktowych.

7.„To, że zamawiający ustanawia wzór umowy nie oznacza, że może jednostronnie narzucać uciążliwą regulację obowiązków po stronie przeciwnej. Jednostronne ustanawianie warunków umowy nie stanowi realizacji swobody zawierania umów, a wręcz ją narusza, ustanawiając przywilej dyktowania warunków tylko po jednej stronie w tym przypadku zamawiającego” (wyrok KIO z dnia 30.10.2017 r.; Sygn. akt: KIO 2163/17).

8.Z uwagi na powyższe uzasadnione i konieczne jest wprowadzenie zmian postanowień przyszłej umowy w sprawie zamówienia publicznego w sposób zaproponowany przez Odwołującego.

(Termin zatwierdzania Dokumentacji: §5 ust. 18, § 5 ust. 20, § 5 ust. 21; § 5 ust. 25 wzoru umowy)

1.Zgodnie z § 5 ust. 18 wzoru umowy, brak opinii Zamawiającego (co do przedłożonej Dokumentacji) w terminie 5 dni roboczych (ustalonym w § 5 ust. 17 wzoru umowy) nie uprawnia Wykonawcy do założenia, iż Zamawiający nie wnosi uwag, a jedynie do wnioskowania o ewentualne przedłużenie terminu wykonania danego etapu prac.

2.Jednocześnie zgodnie z §5 ust. 21 wzoru umowy, przedłużenie akceptacji danego etapu wykonania Dokumentacji nie wpływa na termin realizacji Przedmiotu Umowy.

3.Pozostawienie ww. postanowień umownych w dotychczasowym brzmieniu może spowodować paraliż w realizacji umowy oraz przerzuca na Wykonawcę ryzyko braku decyzyjności oraz uchybień Zamawiającego w wykonywaniu zobowiązań umownych (tj. obowiązku współdziałania z wykonawcą). W każdym przypadku wydłużenia terminu akceptacji dokumentacji powstają bowiem dodatkowe koszty ogólne (np. z tytułu utrzymania placu budowy, koszty pracownicze) oraz zagrożony jest termin końcowy inwestycji.

4.Powyższe zapisy są sprzeczne z art. 433 pkt 3 Pzp oraz art. 354 § 2 k.c., ponieważ obarczają Wykonawcę odpowiedzialnością, za którą wyłączną winę ponosi Zamawiający. Postanowienia umowne referują bowiem do bezczynności Zamawiającego, której przyczyny leżą poza strefą wpływów Wykonawcy.

5.Z powyższych względów w pełni uzasadnione są zmiany zaproponowane przez Odwołującego, pozwalają bowiem zniwelować skutki zaniechań Zamawiającego poprzez zapewnienie pokrycia dodatkowych kosztów oraz wydłużenie terminu realizacji.

6. Jednocześnie w nadmierne i niemierzalne na etapie ofertowania obciążanie Wykonawcy przewiduje § 5 ust. 21 wzoru umowy. W myśl tego zapisu umowa nie limituje ilości cykli zatwierdzeń Dokumentacji wytworzonej przez Wykonawcę.

7. W powiązaniu z postanowieniami § 5 ust. 18 oraz § 5 ust. 20 wzoru umowy (w zakresie zaskarżonym przez Odwołującego) powyższe uprawnienia Zamawiającego mogą sparaliżować realizację inwestycji. Zamawiający na podstawie tych postanowień umownych uprawniony jest bowiem, bez ponoszenia jakichkolwiek obciążeń, do wielokrotnego zgłaszania uwag do przekazanej dokumentacji.

8. Powyższe uprawnienie nie znajduje uzasadnienia w obowiązujących przepisach oraz praktyce rynkowej. Co więcej należy je zakwalifikować jako naruszające art. 433 pkt 3 Pzp, ponieważ przerzuca na Wykonawcę odpowiedzialność za zaniechania Zamawiającego.

9. Zamawiający po otrzymaniu określonej części dokumentacji powinien być bowiem w stanie dokonać jej weryfikacji i oceny oraz zgłosić uwagi i zastrzeżenia w określonym, zamkniętym przedziale czasu. Natomiast Zamawiający w oparciu o zakwestionowane zapisy zamierza wielokrotnie zmieniać wytyczne i ocenę przedstawionych dokumentów, przy czym Zamawiający całkowicie pomija, że tego typu działania mają istotny wpływ na koszt i termin realizacji inwestycji. Zamawiający przewidział bowiem jedynie wydłużenie terminu danego etapu prac, pomijając konieczność wydłużenia w takich przypadkach również terminu końcowego.

10. W okolicznościach faktycznych niniejszej sprawy oraz z uwagi na bardzo krótki termin realizacji w stosunku do stopnia skomplikowania inwestycji oraz historię budowy, § 5 ust. 20 wzoru umowy narusza również z art. 354 § 2 k.c. statuujący obowiązek współdziałania wierzyciela przy realizacji umowy.

11. Analogicznie należy zakwalifikować brak jakichkolwiek terminów akceptacji kart zatwierdzeń materiałów oraz dokumentacji warsztatowej w § 5 ust. 25 wzoru umowy. W przypadku tej procedury Zamawiający również nie jest ograniczony żadnymi terminami, co w sposób istotny może spowolnić realizację inwestycji oraz wygenerować dodatkowe koszty realizacji. Jednocześnie tego typu zapisy umowne zwiększają w sposób istotny ryzyko i obciążenia Wykonawcy, z uwagi na konieczność oszacowania niemierzalnych ryzyk. W związku z tym w pełni uzasadnione jest ustalenie ram czasowych ww. procedury w sposób wnioskowany przez Zamawiającego.

12. Jednocześnie należy zauważyć, że modyfikacja ww. postanowień umowy nie spowoduje zagrożenia dla jakości przedmiotu zamówienia, w szczególności z uwagi na fakt, że dokumentacja będzie wykonywana w standardzie BIM, a co umożliwia sprawną i szczegółową jej weryfikację.

13. Brak zatem jakiegokolwiek uzasadnienia konstruowania procedury odbioru dokumentacji w sposób narzucony przez Zamawiającego, tj. bez żadnych limitów i obciążeń po stronie Zamawiającego, w szczególności gdy ustalenie zasad współpracy uwzględniających interesy obydwu stron umowy, wymaga od Zamawiającego jedynie podjęcia odpowiednich działań organizacyjnych, tj. zapewnienia zespołu osób o odpowiednich kwalifikacjach. Nie jest to przy tym zobowiązanie nadmierne w sytuacji, gdy Zamawiający zapewnił wykonywanie nadzoru autorskiego w trakcie odrębnego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na wykonanie Dokumentacji Przetargowej.

(Termin usuwania wad Dokumentacji Przetargowej; §5 ust. 38 wzoru umowy)

1. Zgodnie z §5 ust. 38 wzoru umowy, jeżeli dostarczona przez Zamawiającego Dokumentacja Przetargowa lub Teren budowy przewidziany dla prac budowlanych nie nadają się do prawidłowego wykonania robót albo jeżeli zajdą inne okoliczności, które mogą przeszkodzić prawidłowemu wykonaniu prac budowlanych, Wykonawca powinien niezwłocznie zawiadomić o tym Zamawiającego, nie później jednak niż w terminie 3 dni od daty powzięcia wiedzy/wystąpienia takich okoliczności.

2. Powyższe postanowienie umowne nakłada na Wykonawcę obowiązek notyfikacji stwierdzonych wad Dokumentacji Przetargowej. Brak jednak procedury postępowania w takim przypadku, która umożliwiłaby sprawną realizację kontraktu.

3. Natomiast brak reakcji ze strony Zamawiającego może spowodować znaczne wydłużenie lub uniemożliwić dalszą realizację umowy. Z tych względów uzasadnione jest wprowadzenie ram czasowych działań Zamawiającego.

4. Ponadto uzasadnione jest przyznaje w takiej sytuacji Wykonawcy uprawnienia do żądania wydłużenia terminów realizacji Umowy i zwrotu kosztów związanych z takim wydłużeniem.

5. Dokumentację Przetargową przygotował bowiem Zamawiający. Fakt wystąpienia w niej błędów i nieprawidłowości, a następnie opóźnienia Zamawiającego w ich usuwaniu, nie może powodować dodatkowych obciążeń po stronie Wykonawcy. Stanowiłoby to bowiem naruszenie art. 433 pkt 3 Pzp, z uwagi na obarczenie Wykonawcy odpowiedzialnością za okoliczności, za które wyłączną winę ponosi Zamawiający.

(Zasady odbiorów; definicja wady istotnej; 6 ust. 13 pkt 1) i pkt 2) wzoru umowy)

1. Zgodnie z §6 ust. 13 pkt 1) i pkt 2) wzoru umowy, w trakcie odbioru Zamawiający może:

1) stwierdzić występowanie wad i usterek, które nie uniemożliwiają odbioru końcowego. W takim przypadku Zamawiający może dokonać odbioru końcowego z jednoczesnym powiadomieniem Wykonawcy o powstałych wadach przedmiotu Umowy natomiast Wykonawca jest zobowiązany do ich usunięcia w terminie wyznaczonym przez Zamawiającego w protokole odbioru. Do takiej sytuacji stosuje się odpowiednio postanowienia dotyczące usuwania wad i usterek w okresie

rękojmi i gwarancji;

2) stwierdzić występowanie wad istotnych, wówczas Zamawiający może odmówić odbioru do czasu usunięcia wad. W takim przypadku za dzień wykonania Przedmiotu Umowy przez Wykonawcę uznaje się dzień faktycznego usunięcia tak stwierdzonych wad, co powinno zostać potwierdzone podpisaniem przez obie Strony protokołem odbioru końcowego, sporządzonym po usunięciu wad istotnych przez Wykonawcę.

2. Przytoczone postanowienia umowne regulują zasady dokonywania odbiorów. Jednakże ich sposób redakcji powoduje, że Zamawiający nie jest zobligowany do dokonania odbioru w sytuacji wystąpienia wad nieistotnych.

3. Ponadto brak definicji wady istotnej. W praktyce zatem ww. postanowienie umowne przyznaje Zamawiającemu uprawnienie do jednostronnej kwalifikacji wad stwierdzonych w trakcie odbioru.

4. Brak uzasadnienia dla przyznawania Zamawiającemu powyższych uprawnień. Odbiór robót budowlanych nie jest bowiem uzależniony od tego, czy są one całkowicie wolne od wad. W przypadku ujawnienia nieistotnych i drobnych wad lub usterek, brak podstaw do odmowy odbioru lub ponawiania czynności odbioru, a także odmowy zwolnienia udzielonych zabezpieczeń oraz wstrzymywania rozpoczęcia biegu okresu rękojmi i gwarancji.

5. „W świetle art. 647 k.c. odbiór robót należy do obowiązków inwestora (odpowiednio - zamawiającego) i nie może być uzależniony od braku wad bądź usterek tych robót. Powołany przepis stanowi bowiem o odbiorze robót, a nie o "bezusterkowym" odbiorze robót. Wskazywanie więc na konieczność odbioru "bezusterkowego" statuuje przesłankę, której w zapisie ustawowym nie ustanowiono. Przez wykonanie robót budowlanych rozumieć należy taką sytuację, gdy roboty zostały wykonane zgodnie z zakresem przedmiotowym umowy, na co nie ma wpływu ewentualne posiadanie przez te roboty nieistotnych wad, usterek i niedoróbek. Odmowa odbioru robót znajduje uzasadnienie jedynie w przypadku, gdy przedmiot umowy będzie mógł być kwalifikowany jako wykonany niezgodnie z projektem i zasadami wiedzy technicznej lub wady będą na tyle istotne, że obiekt nie będzie się nadawał do użytkowania.” (wyrok SA w Białymstoku z 27.10.2017r., sygn. akt: I ACa 321/17).

6. „Odbiór robót jest elementem przełomowym w stosunkach pomiędzy stronami umowy o roboty budowlane, gdyż z jednej strony potwierdza wykonanie zobowiązania i otwiera wykonawcy prawo do żądania wynagrodzenia, bądź wskazuje na jego niewykonanie lub nienależyte wykonanie w całości lub w części wobec istnienia wad i rodzi odpowiedzialność za wady ujawnione przy odbiorze, a z drugiej strony wyznacza początek biegu terminów rękojmi za wady. Gdy zamawiający z przyczyn leżących po jego stronie uchybia obowiązkowi odbioru robót, następują skutki zwłoki po jego stronie i takie zachowanie pozostaje bez wpływu na roszczenie wykonawcy, który uprawniony jest do żądania wynagrodzenia, a roszczenie jego staje się wymagalne z chwilą, w której po spełnieniu obowiązków przez wykonawcę, odbiór winien nastąpić” (wyrok Sądu Apelacyjnego w Katowicach z dnia 17 lutego 2000r., sygn. akt: I ACa 1027/99).

7. Ponadto należy podkreślić, że „skoro celem zawarcia umowy o roboty budowlane jest wybudowanie określonego w projekcie technicznym budynku, co wiąże się z obowiązkiem Wykonawcy do jego należytego wykonania, z którym związany jest obowiązek Zamawiającego jego odbioru i zapłaty wynagrodzenia, to uznanie, iż taki formalny odbiór będzie mógł mieć miejsce po usunięciu nawet najdrobniejszych usterek, w żaden sposób niewpływających na możliwość z niego korzystania i przesuwania w czasie spisania protokołu końcowego, także np. w sytuacji gdy nastąpiło przejęcie budynku, zawiera się w ograniczeniach swobody umów” (wyrok KIO z dnia 8 listopada 2019 r., KIO 2017/19, KIO 2027/19).

8. Z uwagi na powyższe zmiany wnioskowane przez Odwołującego są w pełni uzasadnione.

(Rozliczenie wykonania zastępczego: §7 ust. 11 wzoru umowy)

1. Zgodnie z §7 ust. 11 wzoru umowy, w przypadku przystąpienia do wykonania zastępczego na podstawie Umowy oraz/lub przepisów prawa, wynagrodzenie zostanie pomniejszone o koszty wykonania zastępczego, w tym w szczególności o kwoty należne wykonawcy lub wykonawcom wykonującym zastępczo część lub całość Przedmiotu Umowy, chyba że Zamawiający zadecyduje o potrąceniu całości lub części kosztów wykonania zastępczego z wierzytelnościami Wykonawcy.

2. Zaskarżone postanowienie umowne w sposób nieprawidłowy, prowadzący do pokrzywdzenia Wykonawcy ustala zasady rozliczenia kosztów wykonania zastępczego.

3. Postanowienie w obecnym brzmieniu powoduje bowiem, że Wykonawca będzie finansował koszty wykonania zastępczego, a w konsekwencji Zamawiający otrzyma tę część zamówienia za darmo.

4. W przypadku bowiem wykonania zastępczego Wykonawca nie otrzymuje wynagrodzenia za tę część robót. W związku z tym w razie skorzystania przez Zamawiającego z wykonania zastępczego Wykonawca powinien być obciążony jedynie kwotą stanowiącą różnicę pomiędzy wynagrodzeniem Wykonawcy za ten zakres robót i wynagrodzeniem wykonawcy wykonującego zastępczo część przedmiotu zamówienia.

(Zakres zawieszonych zapłat: §7 ust. 14 wzoru umowy)

1. W myśl §7 ust. 14 wzoru umowy, w przypadku braku dostarczenia kompletu prawidłowych oświadczeń, o których mowa w ust. 12 lub 13 tego paragrafu, Zamawiający może wstrzymać płatność danej faktury do dnia otrzymania

kompletu prawidłowych oświadczeń.

2.Oznacza to, że Zamawiający uprawniony jest do wstrzymania całej kwoty również w sytuacji, gdy Wykonawca nie przedłoży jednego lub kilku oświadczeń podwykonawców.

3.Brak wszystkich oświadczeń może być spowodowany szeregiem różnych przyczyn, np. sporem pomiędzy Wykonawcą a podwykonawcą co do zakresu lub jakości robót czy opieszałością podwykonawcy w wystawianiu oświadczeń. Tego typu sytuacje będące naturalnym zjawiskiem w toku procesu budowlanego, nie powinny wstrzymywać wypłaty Wykonawcy wynagrodzenia za prawidłowo wykonane roboty.

4.W przypadku zaistnienia tego typu sytuacji może być natomiast uzasadnione częściowe wstrzymanie zapłaty ograniczone do kwoty, w odniesieniu do której nie zostało przedłożone oświadczenie.

5.Odwołującego wnosi o modyfikację zaskarżonego postanowienia umownego w taki właśnie sposób. Należy przy tym podkreślić, że proponowana zmiana zapewni prawidłowe przepływy finansowe w trakcie realizacji oraz umożliwia sprawne rozliczenie kontraktu.

(Wyłączenie odpowiedzialności roboty wykonane przez SKANSKA; §8 ust. 1 i ust. 4a wzoru umowy)

1.Zgodnie z § 8 ust. 1 wzoru umowy, Wykonawca udziela Zamawiającemu gwarancji i rękojmi na wykonane roboty.

2.W aktualnym brzmieniu ww. postanowienie umowne nie rozstrzyga w sposób definitywny zakresu odpowiedzialności Wykonawcy, tj. czy obejmuje on również roboty zrealizowane przez poprzedniego Wykonawcę (SKANSKA).

3.Z uwagi na powyższe uzasadnienie jest doprecyzowanie ww. zapisu poprzez jednoznaczne wskazanie, że Wykonawca udziela Zamawiającemu gwarancji i rękojmi łącznie na wykonane przez siebie roboty (§ 8 ust. 1 wzoru umowy).

4.Z tych samych względów Odwołujący wnioskuję o dodanie §8 ust. 4a w następującym brzmieniu: „Wykonawca nie ponosi odpowiedzialności za jakiegokolwiek wady, usterki czy inne zmiany w przedmiocie umowy jeżeli przyczyna ich powstania tkwiła w robotach wykonanych przez SKANSKA lub została spowodowana błędem w Dokumentacji Przetargowej w szczególności ale nie wyłącznie wynikającymi z błędów w obliczeniach czy przyjęciu niewłaściwych założeń, którego wykonawca robót budowlanych działający z należytą starannością nie mógł wykryć, czy zastosowaniem się do polecenia Zamawiającego lub jakiegokolwiek z członków jego personelu”.

5.Natomiast gdyby intencją Zamawiającego było objęcie wydłużonym okresem gwarancji również elementów konstrukcyjnych wykonanych przez poprzedniego Wykonawcę (SKANSKA), takie ukształtowanie zaskarżonego postanowienia umowy stanowi nadużycie przez Zamawiającego pozycji dominującej w stosunku do oferentów poprzez ustalenie zasad odpowiedzialności umownej z pominięciem specyfiki zamówienia, stopnia złożoności oraz warunków realizacyjnych.

(Wydłużenie okresu gwarancji dla naprawianego elementu; §8 ust. 10 wzoru umowy).

1.W myśl § 8 ust. 10 wzoru umowy, okres gwarancji ulega odpowiedniemu przedłużeniu o czas trwania napraw gwarancyjnych. Postanowienie przewiduje zatem wydłużenie okresu gwarancji w odniesieniu do całego przedmiotu zamówienia. Jest to wymaganie nadmierne i nieuzasadnione potrzebami Zamawiającego.

2.Powyższe wymaganie jest zbyt restrykcyjne z uwagi na brzmienie art. 581 § 1 k.c., zgodnie z którym jeżeli wymiana lub naprawa dotyczyły jedynie części rzeczy, wówczas termin gwarancji biegnie na nowo w odniesieniu do tej części, która była naprawiana lub wymieniana.

3.Utrzymanie zapisu w dotychczasowej formie spowoduje istotny wzrost cen ofertowych z uwagi na konieczność doliczenia dodatkowego ryzyka.

(Kary umowne; §9 ust. 1 i ust. 5 wzory umowy)

1.W §9 ust. 1 wzoru umowy, wysokość kary umownej z tytułu odstąpienia od Umowy przez którąkolwiek ze Stron wskutek okoliczności, za które odpowiada Wykonawca ustalono na poziomie 20% całkowitego wynagrodzenia Wykonawcy brutto.

2.Natomiast zgodnie z §9 ust. 5 wzory umowy, łączna maksymalna wysokość kar umownych, których Zamawiający może dochodzić od Wykonawcy wynosi 30% wartości brutto całkowitego wynagrodzenia Wykonawcy określonego w § 4 ust. 1 Umowy.

3.Zamawiający ukształtował zaskarżone zapisy w oderwaniu od wielkości i specyfiki przedmiotu zamówienia, a także pominął obowiązujące na rynku budownictwa kubaturowego standardy ustalania wysokości kar umownych.

4.Zgodnie z art. 483 § 1 k.c., można zastrzec w umowie, że naprawienie szkody wynikłej z niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania niepieniężnego nastąpi przez zapłatę określonej sumy (kara umowna).

6.W myśl art. 436 pkt 3 Pzp, obligatoryjnym postanowieniem umownym jest maksymalna wysokość kar umownych. Przepisy Pzp i przepisy k.c. nie określają jednak wysokości kar umownych ani ich limitów. W praktyce zamówień publicznych określenie górnego limit kar umownych dokonywane jest samodzielnie przez Zamawiającego w projektowanych postanowieniach umowy.

7.Ustalając wysokość kar umownych Zamawiający powinien uwzględnić funkcje kary umownej, jakimi są funkcja stymulująca wykonanie zobowiązania, funkcja represyjna w postaci sankcji za niewykonanie lub nienależyte wykonanie

umowy oraz funkcja kompensacyjna, polegająca na naprawieniu szkody, jeśli wierzyciel ją poniósł (wyrok Wyrok Sądu Apelacyjnego w Białymstoku z dnia 26 maja 2022 r., sygn.akt: I AGa 144/21).

8.Kara umowna, w polskim systemie prawnym stanowi bowiem przede wszystkim surogat odszkodowania. Podstawową funkcją kar umownych jest zatem naprawienie szkody wyrządzonej Zamawiającemu z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania świadczenia niepieniężnego. W związku z tym nie powinna stanowić źródła dodatkowego zysku Zamawiającego.

9.Należy zwrócić uwagę, że restrykcyjne lub nieproporcjonalne do wysokości wynagrodzenia wykonawcy kary umowne, w sposób bezpośredni wpływają na konkurencyjność postępowania. Powodują bowiem, że w postępowaniu złożona zostanie mała liczba ofert lub wykonawcy uwzględnią w cenie ofertowej wysokość kar umownych, co powoduje albo wzrost ceny, albo nieuzasadnioną rozbieżność między cenami w sytuacji, gdy wykonawcy będą odmiennie wyceniać samo ryzyko i jego podstawy.

10.Jednocześnie „z art. 7 ust. 1 p.z.p. wynika w szczególności, że zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia zgodnie z zasadą proporcjonalności, która pozwala podmiotowi prowadzącemu takie postępowanie na zastosowanie wyłącznie takich środków, które są adekwatne dla osiągnięcia określonego celu, w tym przede wszystkim zaspokojenia potrzeb w zakresie nabycia określonego dobra, usługi lub wykonania obiektu budowlanego. Niewątpliwie wprowadzenie kar umownych do warunków umowy, która ma zostać zawarta z wykonawcą, co do zasady należy uznać za środek odpowiedni dla zapewnienia należytego wykonania umowy w sprawie zamówienia publicznego. Jednakże z zasady proporcjonalności wynika również, że taki co do zasady odpowiedni środek powinien być zastosowany wyłącznie w takim zakresie, w jakim jest to niezbędne dla osiągnięcia tego celu. W konsekwencji obowiązująca w postępowaniu o udzielenie zamówienia zasada proporcjonalności wyznacza dla zamawiającego granicę swobody w kształtowaniu warunków umowy w sprawie zamówienia publicznego, co należy brać pod uwagę przy stosowaniu art. 353¹ k.c., zgodnie z którym strony zawierające umowę mogą ułożyć stosunek prawny według swego uznania, byleby jego treść lub cel nie sprzeciwiały się właściwości (naturze) stosunku, ustawie ani zasadom współżycia społecznego“ (wyrok KIO z dnia 30.10.2020r.; Sygn.akt: KIO 2652/20).

11.W niniejszym przypadku Zamawiający określając wysokość kary umownej z tytułu odstąpienia od umowy oraz ich łączny limit skupił się na funkcji represyjnej kar umownych. W szczególności ustalenie górnego limitu kar umownych (30% wynagrodzenia umownego netto), stanowi zaprzeczenie funkcji stymulującej wykonanie zobowiązania.

12.Należy również wskazać, że zgodnie z aktualną linią orzeczniczą sądów powszechnych, limit kar umownych, którego wysokość w stosunku do wartości umowy oscyluje w granicach kilkudziesięciu procent, jest uznawany za nadmierny w rozumieniu art. 484 § 2 k.c. (np. wyrok SO w Rzeszowie z dnia 25.09.2019 r.; sygn. akt: VI Ga 173/13, w którym za niewspółmierną uznano karę umowną w wysokości 43% wynagrodzenia).

(Odstąpienie od umowy: §9 ust. 2, §12 ust. 4 pkt 3 i pkt 4 wzoru umowy)

1.Zgodnie z §9 ust. 2 wzoru umowy, w razie nie zrealizowania robót w terminie, o którym mowa w § 3 ust. 1 Umowy, Zamawiający może wezwać pisemnie Wykonawcę do spełnienia świadczenia w terminie nie krótszym niż 14 dni od dnia wezwania. Po bezskutecznym upływie tego terminu Zamawiający ma prawo odstąpić od Umowy w terminie kolejnych 90 dni. Odwołujący wnioskuję o skreślenie ww. postanowienia umownego.

2.Analogicznie Odwołujący wnioskuję o skreślenie §12 ust. 4 pkt 3 i pkt 4 wzoru umowy.

3.Wskazane postanowienia umowne umożliwiają bowiem Zamawiającemu odstąpienie w przypadku wystąpienia błahych uchybień nieuzasadniających rozwiązania umowy (§9 ust. 2 wzoru umowy).

4.W nieuzasadniony sposób uprzywilejowują Zamawiającego oraz stanowią zagrożenie dla trwałości stosunku prawnego. W rzeczywistości mogą bowiem posłużyć Zamawiającemu jako pretekst do wycofania się z umowy, jeżeli z jakichkolwiek względów Zamawiający uzna ją za niekorzystną lub nie będzie zainteresowany jej kontynuacją.

5.Natomiast prawo odstąpienia stanowi wyjątek od zasady trwałości stosunku prawnego. W związku z tym jego zastosowanie nie powinno być uzależnione od nieistotnych naruszeń postanowień umowy przez dłużnika (wykonawcę) lub jedynie arbitralnych ocen Zamawiającego.

6.Cechą umowy o zobowiązanie publiczne jest bowiem „trwałość, rozumiana w ten sposób, że ustawa nie przewiduje możliwości dowolnego rozwiązywania tego stosunku przez żadną ze stron. Jest to całkowicie zrozumiałe, biorąc pod uwagę, iż wykonawcy mogą racjonalnie skalkulować cenę, wysokość opłat oraz inne parametry finansowe, a także przewidzieć ryzyko związane z kontraktem (w tym ryzyko czy poniesione przez nich nakłady zostaną zrekomensowane przychodami uzyskanymi w określonym okresie obowiązywania umowy), jedynie wówczas, gdy mogą przewidzieć, przez jaki odcinek czasu strony umowy pozostaną nią związane.“ (wyrok KIO z 22.01.2014 r.; KIO 24/14)

(Zakres zmian umowy: §14 ust. 2 wzoru umowy)

1.W §14 ust. 2 wzoru umowy, zamieszczono katalog okoliczności, których wystąpienie uzasadnia zmianę umowy.

2.Nie wskazano jednak zakresu dopuszczalnych zmian (wynagrodzenie, termin wykonania umowy).

3.W związku z tym konieczne i uzasadnione jest doprecyzowanie tego zapisu poprzez jednoznaczne wskazanie, że

wystąpienie okoliczności wymienionych w tym postanowieniu umownym uzasadnia zmianę wysokości wynagrodzenia Wykonawcy oraz terminu realizacji.

4. Jednocześnie ww. katalog powinien zostać uzupełniony o dodatkową podstawę modyfikacji umowy, tj. z uwagi na okoliczności faktyczne realizacji niniejszego zamówienia (dokończenie budowy inwestycji w oparciu o poprawioną przez Zamawiającego Dokumentację Przetargową), o możliwość zmiany umowy w przypadku ujawnienia się wad/błędów w Dokumentacji Przetargowej.

(Zasady wyceny robót zamiennych i dodatkowych; § 14 ust. 5 wzoru umowy)

1. Odwołujący wnosi o uzupełnienie postanowień umownych o zasady rozliczania robót zamiennych i dodatkowych. Brak jednoznacznych zasad rozliczania ww. robót może być przyczyną złożenia nieporównywalnych ofert, z uwagi na odmienną wycenę tego ryzyka przez poszczególnych oferentów z uwagi na przyjęcie odmiennych zasad rozliczania.

2. Zamawiający w pkt 27 wzoru umowy zamieścił jedynie definicję protokołu konieczności wskazując, że jest to dokument określający zakres rzeczowo-finansowy zmian w zakresie robót budowlanych dokonywanych w celu prawidłowej realizacji przedmiotu Umowy, sporządzany w przypadku wystąpienia robót dodatkowych, zamiennych lub potrzeby zaniechania wykonania niektórych robót, w celu prawidłowej realizacji przedmiotu Umowy. Zamawiający dopuścił zatem co do zasady możliwość zmiany wynagrodzenia ryczałtowego w przypadku wystąpienia tego typu sytuacji.

3. W przypadku wynagrodzenia ryczałtowego, gdy określony zakres prac nie mieści się w zakresie zamówienia objętego tym wynagrodzeniem, Wykonawca może zatem wystąpić o zmianę wynagrodzenia ryczałtowego.

4. Powyższe zasady są w pełni zgodne z poglądem ustalonym w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej, w myśl którego wszelkie niejasności przy opisie przedmiotu zamówienia należy interpretować na korzyść Wykonawcy, a także stanowiskiem prezentowanym również w orzecznictwie sądów powszechnych. W wyroku z dnia 12.03.2014r. (Sygn. akt: KIO ACa 846/13) Sąd Spelacyjny w Gdańsku podkreślił, że „ustalenie ryczałtowego wynagrodzenia za wykonanie robót budowlanych wyklucza możliwość domagania się zapłaty za prace dodatkowe jedynie wtedy, gdy te prace są naturalną konsekwencją procesu budowlanego i w naturalny sposób z niego wynikają. Co więcej, dotyczą takich sytuacji, które wykonawca robót dysponujący dokumentacją techniczną powinien przewidzieć jako konieczne do wykonania mimo, że dokumentacja ich nie przewiduje. Wynika to z zawodowego charakteru wykonywanych przez wykonawcę robót budowlanych czynności i przypisanego do nich określonego poziomu wiedzy i doświadczenia zawodowego. Jednakże nie jest usprawiedliwione oczekiwanie całkowitego wyłączenia możliwości domagania się wynagrodzenia za prace dodatkowe, zwłaszcza gdy dokumentacja techniczna, która jest podstawą kalkulowania wynagrodzenia przez wykonawcę, zawiera błędy uniemożliwiające realizowanie zadania dla osiągnięcia założonego efektu końcowego“.

5. Co więcej w sytuacji, gdy dane roboty nie są objęte ryczałtem wykonawca może wstrzymać się (bez negatywnych konsekwencji) z ich wykonaniem do czasu ustalenia wynagrodzenia z tytułu prac dodatkowych, np. w formie aneksu.

6. Z powyższych względów, tj. konieczności zapewnienia porównywalnych ofert oraz uniknięcia sporów i rozbieżności co do sposobu wyceny robót zamiennych i dodatkowych w trakcie realizacji inwestycji, w pełni uzasadniony jest wniosek Odwołującego uzupełnienia postanowień umowy o zapisy określające zasady wyceny tych robót.

Załączniki: dowód uiszczenia wpisu od odwołania w wysokości 20.000,00 złotych; dowód przesłania kopii odwołania Zamawiającemu; aktualny odpis z KRS PORR S.A.

ODPOWIEDŹ NA ODWOŁANIE

W dniu 27.11.2023 r. Sygn. akt KIO 3405/23

Działając w imieniu Zamawiającego - Szkoły Głównej Gospodarstwa Wiejskiego w Warszawie, na podstawie art. 521 ust.

1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2023 r. poz. 1605 ze zm.), zwanej dalej „ustawą” lub „Pzp”, w odpowiedzi na odwołanie wniesione przez PORR S.A. (dalej jako “Odwołujący”) w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego pn. Budowa budynku Innowacyjnego Centrum Nauk Żywnościowych SGGW w Warszawie”, numer referencyjny: DINT.250.16.2023 („Postępowanie”), niniejszym wnoszę o oddalenie odwołania w całości,

UZASADNIENIE

W pierwszej kolejności Zamawiający wskazuje, że w znacznej mierze zarzuty odwołania są nieaktualne, gdyż w dniu 24 listopada 2023 r. udzielił wyjaśnień treści SWZ w przedmiocie kwestii podnoszonych w odwołaniu, a w związku z tym większość zarzutów odwołania jest bezprzedmiotowych. Niemniej, przechodząc do poszczególnych inkryminacji Zamawiający podnosi jak niżej.

Ad. Zarzut nr 1

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu wyznaczenie zbyt krótkiego terminu składania i otwarcia ofert na dzień 6.12.2023 r. W jego ocenie w tym terminie nie jest możliwe rzetelne przygotowanie i skalkulowanie oferty. Odwołujący zarzucił przy tym naruszenie następujących przepisów — art. 16 pkt 1-3 Pzp w zw. z art. 131 ust. 1, art. 137 ust. 6 i art. 138 ust. 1 Pzp.

W ocenie Zamawiający zarzut jest niezasadny. W pierwszej kolejności zwrócić należy uwagę, że Zamawiający

wyznaczył termin składania ofert zgodnie z przepisem art. 138 ust. 1 Pzp, a nawet jak sam przyznaje Odwołujący, jest to termin dłuższy, niż wymagany ustawą. Zauważyć trzeba, że ogłoszenie o zamówieniu zostało przekazane do publikacji w dniu 31.10.2023 r. Zatem termin, o którym mowa w art. 138 ust. 1 Pzp wynosi w niniejszym przypadku, aż 37 dni. Dodatkowo zaakcentować trzeba, iż postępowanie jest prowadzone w pełni elektronicznie, zatem minimalnym terminem zgodnie z art. 138 ust. 4 Pzp jest termin 30 dni. Tym samym Zamawiający wyznaczył termin na składanie ofert o tydzień dłuższy niż przewidują to przepisy ustawy. Trudno jest zatem w tej sytuacji mówić o naruszeniu przepisów wskazanych przez Odwołującego.

Dodatkowo zauważyć trzeba, iż Odwołujący w żaden sposób nie wskazuje żadnych argumentów przemawiających za jego tezą, że wyznaczony termin jest nierealny i uniemożliwia złożenie oferty w niniejszym postępowaniu. W szczególności Odwołujący nie daje żadnego uzasadnienia faktycznego wraz ze wskazaniem przewidywanych terminów na wykonanie poszczególnych czynności, które uzasadniałoby wydłużenie terminu składania ofert o proponowany przez Odwołującego okres aż do 31.01.2024. r. (sic!). Zarzut odwołania opiera się wyłącznie na przywołaniu orzecznictwa bez dokonania jakiegokolwiek subsumpcji do stanu faktycznego niniejszej sprawy. Oczywiście rozszerzenie podstawy faktycznej zarzutu na obecnym etapie byłoby już spóźnione, zatem ewidentnie zarzut nie zasługuje na uwzględnienie.

Przepis art. 555 PZP stanowi, że Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. Nie jest więc możliwe podniesienie nowych zarzutów, ani też rozszerzenie podstawy faktycznej zarzutów, w tym także na rozprawie, a więc po upływie terminu na wniesienie odwołania:

“Przy tym, co należy podkreślić, zarzut nie może sprowadzać się przykładowo jedynie do samego twierdzenia, że Zamawiający odrzucił ofertę wykonawcy z naruszeniem wskazanego przypisu pzp., czy też, że cena oferty jest lub nie jest rażąco niska, gdyż warunkiem rozpoznania zarzutów odwołania jest to czy odwołujący w sposób dostateczny skonkretyzuje okoliczności faktyczne, które w danej sprawie pozwalają na wyprowadzenie określonych wniosków co do stwierdzonych w postępowaniu naruszeń przepisów.” (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 22 marca 2023 r. o sygn. akt KIO 651/23).

Ad. Zarzut nr 2

Odwołujący zarzuca Zamawiającemu dokonanie nieprawidłowego opisu kryterium oceny ofert pn. „Gwarancja na elementy konstrukcyjne”, kwestionując punktowanie udzielenia gwarancji na elementy konstrukcyjne zrealizowane przez poprzedniego wykonawcę (SKANSKA). Odwołujący zarzucił przy tym naruszenie przepisów art. 240 ust. 1 i ust. 2 Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 i pkt 2 Pzp.

W ocenie Zamawiającego zarzut jest bezpodstawny. Odwołujący nie wykazał w jaki sposób punktowanie udzielenia dodatkowej gwarancji na elementy wykonane przez poprzedniego Wykonawcę jest sprzeczne z art. 240 Pzp, a także w jaki sposób ogranicza konkurencję i równe traktowanie wykonawców. Przepisy powszechnie obowiązującego prawa nie zakazują możliwości objęcia gwarancją zakresu robót wykonanych przez innego wykonawcę na zasadzie ryzyka. W myśl zatem zasady swobody umów wyrażonej w art. 353¹ k.c. tego typu zobowiązanie może zostać przyjęte przez wykonawcę. Oczywiście wiąże się to z dodatkowym ryzykiem wykonawcy, jednakże takie ryzyko jest mierzalne i może zostać dodatkowo uwzględnione w cenie ofertowej wykonawcy. Wykonawca ma przecież obowiązek odbycia wizji lokalnej. Ponadto wykonawca ma prawne możliwości zabezpieczenia się przed takim ryzykiem poprzez chociażby zawarcie umowy ubezpieczenia obejmującej zakres robót wykonany przez innego wykonawcę.

Kryterium jest opisane w sposób jednoznaczny i zrozumiały (wykonawca prawidłowo zrozumiał intencję zamawiającego), zatem nie dochodzi do naruszenia art. 240 ust. 1 Pzp. Kryterium te nie pozostawia także zamawiającemu nieograniczonej swobody wyboru najkorzystniejszej oferty oraz umożliwia weryfikację i porównanie poziomu oferowanego wykonania przedmiotu zamówienia na podstawie informacji przedstawianych w ofertach — okresu zaoferowanej w ofercie gwarancji na elementy konstrukcyjne. Również i z tych względów nie można w niniejszym przypadku mówić o naruszeniu art. 240 ust. 2 Pzp.

Każdy wykonawca składający ofertę ma równe szanse na zdobycie punktów w niniejszym kryterium, zatem nie dochodzi w niniejszej sprawie do naruszenia zasady wyrażonej w art. 16 ustawy.

Dodatkowo podnieść trzeba, że Zamawiający ma uzasadnione potrzeby do wymagania gwarancji (zarówno minimalnej) jak i możliwości zaoferowania dłuższej gwarancji na elementy obejmujące także wykonanie prac przez poprzedniego wykonawcę. Jak słusznie zauważył Odwołujący, z OPZ wynika, że poprzedni Wykonawca do czasu zakończenia realizacji wykonał wykopy wraz z ich zabezpieczeniem oraz większą część fundamentów i fragment kubatury kondygnacji -1. W przypadku dokończenia Inwestycji przez innego wykonawcę, znaczna część robót zostanie zakryta, a w związku z tym Zamawiający będzie miał utrudnione zadanie (a raczej będzie to najprawdopodobniej niemożliwe) w ustaleniu czy ewentualna wada konstrukcji, która może w przyszłości zostać ujawniona, tkwi w robotach wykonanych przez poprzedniego wykonawcę, czy też w pracach zrealizowanych przez podmiot je kontynuujący. Wówczas cel inwestycji i zapisów dotyczących udzielonej gwarancji mógłby zostać zniweczony, bowiem każdy z wykonawców mógłby przerzucać między sobą odpowiedzialność za ewentualne wady.

Mając na uwadze powyższe, Zamawiający prawidłowo ukształtował kryterium oceny ofert, a zarzuty odwołania są bezpodstawne i nie zasługują na uwzględnienie.

Ad. Zarzut nr 3

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie szeregu przepisów związanych z ukształtowaniem postanowień przyszłej umowy. W ocenie Zamawiającego zarzuty są niezasadne, a w dużej mierze także bezprzedmiotowe, ponieważ większość tych postanowień została wyjaśniona oraz zmieniona przez Zamawiającego w dniu 24 listopada 2023 r. Przechodząc do poszczególnych postanowień, które są kwestionowane, Zamawiający podnosi jak niżej.

Ad. (i)

Odwołujący podobnie jak w zarzucie nr 2 kwestionuje postanowienia umowy (§ 8 ust. 1 wzoru umowy) dotyczące obciążenia wykonawcy odpowiedzialnością za wady i nieprawidłowości elementów konstrukcyjnych zrealizowanych przez innego wykonawcę.

Zarzut jest bezpodstawny. Analogicznie jak w uzasadnieniu do Ad. Zarzut nr 2, Zamawiający podnosi, że przepisy powszechnie obowiązującego prawa nie zakazują możliwości objęcia gwarancją zakresu robót wykonanych przez innego wykonawcę na zasadzie ryzyka. W myśl zatem zasady swobody umów wyrażonej w art. 353¹ k.c. tego typu zobowiązanie może zostać przyjęte przez wykonawcę. Oczywiście wiąże się to z dodatkowym ryzykiem wykonawcy, jednakże jest ono mierzalne i może zostać dodatkowo uwzględnione w cenie ofertowej wykonawcy. Wykonawca ma przecież obowiązek odbycia wizji lokalnej. Ponadto wykonawca ma prawne możliwości zabezpieczenia się przed negatywnymi konsekwencjami z tego tytułu poprzez chociażby zawarcie umowy ubezpieczenia obejmującej zakres robót wykonany przez innego wykonawcę.

Jak już Zamawiający wskazał powyżej, Zamawiający ma obiektywne i uzasadnione potrzeby do żądania objęcia gwarancją elementów robót, które zostały wykonane przez poprzedniego wykonawcę, ze względu na chęć uniknięcia sytuacji, w której nie będzie możliwym ustalenie w czyich robotach tkwi wada.

Ad. (ii)

Odwołujący zarzuca, że w § 9 ust. 1 pkt 1 i ust. 5 wzoru umowy ustalono wygórowany łączny limit kar umownych i stawki z tytułu odstąpienia od umowy.

Zamawiający nie zgadza się z tak postawionymi zarzutami.

W pierwszej kolejności podnieść należy, iż wskazanie we wzorze umowy maksymalnego limitu kar umownych wynika z treści art. 436 pkt 3) Pzp. Przepis ten nie określa maksymalnego, dopuszczalnego maksymalnego limitu kar umownych, trudno jest zatem mówić o jego jakimkolwiek naruszeniu. Ponadto Odwołujący niezasadnie utożsamia rażące wygórowanie kary umownej z limitem kar. Treść art. 483 § 1 KC odwołuje się wyłącznie do kary umownej, a nie do łącznej maksymalnej wysokości kar. W obrocie prawnym przyjmuje się, że limit kar wynoszący 30% wartości przedmiotu umowy jest jak najbardziej dopuszczalny, w szczególności jeżeli w umowie zastrzegane są kary z różnych tytułów. Potwierdza to także orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej, gdzie chociażby w wyroku z dnia 10 listopada 2021 r. o sygn. KIO 3098/21 Izba uznała limit kar na poziomie 30 % za akceptowalny, oddalając odwołanie wykonawcy, który domagał się zmniejszenia limitu do 10 %. Podobnie Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 22 sierpnia 2023 r. o sygn. KIO 2327/23, w którym Izba ustaliła za właściwy limit kar wynoszący 30 % wartości przedmiotu umowy.

Przy określaniu maksymalnego limitu nie można także zapominać o tym, iż sama kara za odstąpienie od umowy wynosi 20 % wartości przedmiotu kontraktu, a przecież w trakcie realizacji prac mogą zostać jeszcze naliczone kary umowne także z innych tytułów. Oczywistym zatem jest, że limit ten musi wynieść więcej niż 20 % wartości przedmiotu umowy. Jak wskazuje się w orzecznictwie sądów powszechnych wysokość kary za odstąpienie wynosząca 20 % wartości przedmiotu umowy mieści się w granicach dopuszczalności:

„Zastrzeżona kara umowna w wysokości 20 % wartości umowy nie nosi cech rażącego wygórowania jeśli uwzględnić, że wartość całej umowy to 203.000,00 euro, zaś kara umowna została wyliczona na kwotę 40.600,00 euro. Należy w tym miejscu zaznaczyć, że gdyby trzeci etap umowy został wykonany powódka otrzymałaby wynagrodzenie w kwocie 79.000,00 euro czyli o 38.400,00 euro więcej niż obecnie domaga się z tytułu kary umownej. Powyższe także stanowi argument przemawiający za tym, że uzasadnione jest naliczenie kary umownej w pełnej wysokości żądanej przez powódkę bez odnoszenia jej wyłącznie do wyliczenia procentowego od wynagrodzenia przewidzianego do wypłaty po wykonaniu trzeciego etapu umowy.” (Sąd Okręgowy w Szczecinie VIII GC 635/18). Podobnie orzekł Sąd Apelacyjny w Katowicach w wyroku z dnia 18 października 2013 r. o sygn. I ACA 272/13.

Nie może również ująć uwagi, iż rzeczona inwestycja jest poważnym przedsięwzięciem, którego wartość oscyluje wokół około 100 milionów złotych brutto. Dodatkowo przedmiotowa budowa jest kontynuacją prac po zejściu z budowy poprzedniego wykonawcy. Ponadto przedsięwzięcie jest dofinansowywane ze środków ministerialnych. Tym samym kary umowne mają za zadanie zmobilizować wykonawców do sprawnego realizacji robót, w taki sposób, aby umożliwić Zamawiającemu rozliczenie tych środków z instytucją finansującą w terminie. Tym bardziej mając na uwadze dotychczasowe doświadczenia oraz stopień skomplikowania ww. przedsięwzięcia, należy uznać, iż ww. kary są jak

najbardziej adekwatne.

Ad. (iii)

Odwołujący zakwestionował procedury odbioru, o których mowa w § 5 ust. 18, ust. 20 i ust. 21 wzoru umowy. W tym miejscu Zamawiający podnosi, że w dniu 24 listopada 2023 r. dokonał wyjaśnień i zmian postanowień umowy w ww. zakresie. W szczególności zgodnie z żądaniem Odwołującego został zmieniony § 5 ust. 21 wzoru umowy na:

„21. Przedłużenie akceptacji danego etapu wykonania Dokumentacji z powodu konieczności usunięcia przez Wykonawcę wad w wykonanej przez niego Dokumentacji nie wpływa na termin realizacji Przedmiotu Umowy”.

Dodatkowo w przedmiocie zarzutu, co do obciążenia wykonawcy odpowiedzialnością za zaniechania Zamawiającego, Zamawiający odpowiedział w dniu 24.11.2023 r., że pokryje koszty przedłużenia, jeżeli będzie wynikało to z winy Zamawiającego:

Pytanie 16: Pytanie dot. par. 5 ust. 18- Czy Zamawiający pokryje koszty przedłużenia, o którym mowa w tym postanowieniu?

Odpowiedź: Tak. Jeżeli będzie to wynikało z winy Zamawiającego.

Jednocześnie zatem Zamawiający nie zamierza obciążać wykonawcy odpowiedzialnością za przedłużenie, jeżeli to przedłużenie będzie wynikało z winy Zamawiającego, a nie Wykonawcy.

W zakresie § 5 ust. 20 wzoru umowy Zamawiający wskazuje, że przedmiotowy zapis należy rozumieć w ten sposób, że w przypadku wniesienia zastrzeżeń przez Zamawiającego do dokumentacji i jego braku poprawy lub nienależytej poprawy niezgodnie z wytycznymi Zamawiającego, wówczas Zamawiający ma prawo jeszcze raz zgłosić takie zastrzeżenia i żądać od Wykonawcy poprawy, aż do doprowadzenia stanu zgodnego z wytycznymi. Nie jest intencją Zamawiającego wielokrotne zmienianie wytycznych jak sugeruje Odwołujący. Odwołujący dokonuje zatem nadinterpretacji ww. postanowienia umownego.

Ad. (iv)

Odwołujący zakwestionował procedurę odbioru przedmiotu umowy określoną w § 6 ust. 13 pkt 1) i pkt 2) wzoru umowy, która zdaniem Odwołującego umożliwia odmowę odbioru również w przypadku wad nieistotnych.

Zamawiający podnosi, że zarzut jest bezprzedmiotowy. Zamawiający w dniu 24.11.2023 r. doprecyzował ww. postanowienia umowne, zmieniając je w sposób następujący:

„Odpowiedź: Zamawiający zgadza się na ww. propozycję i zmienia treść § 6 ust. 13 wzoru umowy nadając mu następujące brzmienie:

„13. W trakcie odbioru Zamawiający może:

1) stwierdzić występowanie wad i usterek nieistotnych, które nie uniemożliwiają odbioru końcowego. W takim przypadku Zamawiający dokonuje odbioru końcowego z jednoczesnym powiadomieniem Wykonawcy o powstałych wadach przedmiotu Umowy natomiast Wykonawca jest zobowiązany do ich usunięcia w terminie wyznaczonym przez Zamawiającego w protokole odbioru. Do takiej sytuacji stosuje się odpowiednio postanowienia dotyczące usuwania wad i usterek w okresie rękojmi i gwarancji,

2) stwierdzić występowanie wad istotnych (uniemożliwiających albo istotnie utrudniających użytkowanie Przedmiotu Umowy), wówczas Zamawiający może odmówić odbioru do czasu usunięcia wad. W takim przypadku za dzień wykonania Przedmiotu Umowy przez Wykonawcę uznaje się dzień faktycznego usunięcia tak stwierdzonych wad, co powinno zostać potwierdzone podpisanym przez obie Strony protokołem odbioru końcowego, sporządzonym po usunięciu wad istotnych przez Wykonawcę.”

Ad. (v)

Odwołujący zakwestionował ustalenie katalogu podstaw odstąpienia od umowy zawartego w § 9 ust. 2 oraz §12 ust. 4 pkt 3 i pkt 4 umowy, które w jego ocenie naruszają zasadę stałości umów w sprawie zamówienia publicznego.

Zamawiający nie zgadza się z przedmiotowym zarzutem. Mając na uwadze zasadę swobody umów, Zamawiający ma prawo ukształtować katalog podstaw odstąpienia od umowy także w umowie o zamówienie publiczne. Wskazane podstawy odstąpienia od umowy są powszechnie stosowane w tego typu kontraktach. Odwołujący w żaden sposób nie uzasadnia, z którymi dokładnie przepisami prawa ww. postanowienia umowne są niezgodne. Niemniej treść § 9 ust. 2 wzoru umowy została wyjaśniona przez Zamawiającego w drodze odpowiedzi na pytania wykonawców. Zamawiający jednoznacznie wskazał, że ww. przepis będzie stosowany w przypadku gdy przekroczenie terminu realizacji będzie wynikało z winy Wykonawcy:

„Pytanie 30: Dot. par. 9 ust. 2-prosimy o potwierdzenie, że postanowienie to dotyczy jedynie okoliczności zwłoki, a nie opóźnienia, niezawinionego przez, Wykonawcę;

Odpowiedź: Tak, Zamawiający potwierdza.”

Jednocześnie wskazania wymaga, że w ocenie Zamawiającego powody do odstąpienia od umowy w § 12 ust. 4 pkt 3 i 4 wzoru umowy nie są błahe. Wydaje się, że Odwołujący bagatelizuje kwestie dotyczące obowiązku realizowania robót przez osoby zatrudnione na podstawie stosunku pracy. Zgodnie bowiem z treścią ww. postanowienia umownego

Zamawiający może odstąpić od umowy, gdy:

„3) trzykrotnie stwierdzono przypadek wykonywania robót wymienionych w § 1 ust. 5 Umowy przez osoby, które w dniu stwierdzenia tego faktu nie łączył stosunek pracy z Wykonawcą, podwykonawcą lub dalszym podwykonawcą;

4) Wykonawca trzykrotnie nie przekazał w wyznaczonym mu terminie nie krótszym niż 2 dni robocze dokumentów potwierdzających zatrudnienie osób wykonujących roboty wymienione w § 1 ust. 5 na podstawie umowy o pracę;”

Powyższe postanowienia mają za zadanie zmobilizować wykonawcę do realizowania obowiązków, które zostały nałożone w celu wypełnienia normy wynikającej z art. 95 ustawy Pzp oraz z art. 438 ust. 1 Pzp, zgodnie z którym: „W przypadku umowy, której przedmiotem są roboty budowlane lub usługi, przewidującej wymagania określone w art. 95 ust. 1, w jej treści zawiera się postanowienia dotyczące sposobu dokumentowania zatrudnienia oraz kontroli pełnienia przez wykonawcę lub podwykonawcę wymagań dotyczących zatrudnienia na podstawie umowy o pracę oraz postanowienia dotyczące sankcji z tytułu niespełnienia wymagań określonych w art. 95 ust. 1.”

Wyżej wskazane postanowienia umowne są wyrazem określenia przez Zamawiającego sankcji z tytułu niespełnienia wymagań określonych w art. 95 ust. 1 Pzp, a zatem są wypełnieniem norm ustawowych. Zarzuty odwołania są zatem w tym względzie bezpodstawne.

Ad. (vi)

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu ustalenie nieprawidłowego sposobu rozliczenia kosztów wykonania zastępczego, kwestionując treść § 7 ust. 11 wzoru umowy.

Zamawiający nie zgadza się z twierdzeniami Odwołującego i podnosi, że sposób rozliczenia wykonawstwa zastępczego został ustalony w sposób prawidłowy. Dodatkowo Zamawiający w odpowiedziach z dnia 24.11.2023 r. wyjaśnił jaki jest cel przedmiotowego postanowienia, oraz że nie zamierza niejako „podwójnie karać” wykonawców i nabywać wykonawstwa zastępczego niejako za darmo. Zamawiający wskazał, że ww. postanowienie nie dotyczy kosztów wykonania zastępczego przekraczających rzeczywistą szkodę Zamawiającego, lecz obejmuje wynagrodzenie wykonawcy zastępczego za wykonane zastępczo prace wraz z kosztami związanymi z tym wykonawstwem. Zamawiający poinformował także, że poprzez ww. postanowienie nie ma zamiaru uzyskania zysku z tytułu realizacji wykonawstwa zastępczego. Zamawiający nie zamierza uzyskać części przedmiotu umowy poddanej do realizacji wykonawcy zastępczemu za darmo. Wyżej wskazane postanowienie należy rozumieć w ten sposób, że kwota wynagrodzenia wykonawcy zastępczego wraz z kosztami związanymi z tym wykonawstwem zastępczym zostanie potrącona z wynagrodzenia Wykonawcy przewidzianego Umową.

W związku z powyższym zarzut jest niezasadny i bezprzedmiotowy.

Ad. (vii)

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu, że w postanowieniu określonym w § 7 ust. 14 wzoru umowy ustalił zawieszenie zapłaty wynagrodzenia wykonawcy w przypadku braku kompletu oświadczeń podwykonawców.

Zarzut jest bezprzedmiotowy, gdyż Zamawiający w dniu 24.11.2023 r. w piśmie nr DINT/1238/2023 wyjaśnił, że wstrzymanie zapłaty nastąpi jedynie w zakresie odpowiadającym kwocie wynikającej z kwestionowanych lub niedostarczonych oświadczeń do dnia otrzymania kompletu prawidłowych oświadczeń.

Ad. (viii)

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu, że w § 14 ust. 2 oraz § 14 ust. 2 pkt 14 wzoru umowy, ustalił zasady zmiany umowy w sposób nie dający wykonawcy gwarancji co do zakresu dopuszczalnych zmian oraz z pominięciem możliwości zmiany umowy w przypadku ujawnienia błędów i wad w Dokumentacji Przetargowej.

Zarzuty są bezprzedmiotowe. Zamawiający w dniu 24.11.2023 r. dokonał modyfikacji ww. postanowień umownych i wprowadził dodatkową przesłankę zmiany umowy umożliwiającą jej modyfikację w przypadku ujawnienia błędów i wad Dokumentacji Przetargowej:

“Odpowiedź: Zamawiający dodaje do § 14 ust. 2 po punkcie 12 Umowy punkt 13 o treści: „13) ujawnienia się wad/błędów w Dokumentacji Przetargowej co zostanie jednoznacznie potwierdzone i udowodnione przez Stronę wnioskującą o taką zmianę”.

W przedmiocie zakresu dopuszczalnych zmian, Zamawiający również zmodyfikował ww. postanowienia umowne w dniu 24.11.2023 r., w sposób następujący:

Odpowiedź: Zamawiający modyfikuje treść § 14 ust. 2 pkt 12) wzoru umowy nadając mu brzmienie:

„12) zaistnienie sytuacji pozwalającej na obniżenie kosztów realizacji zamówienia (np. zmniejszenie zakresu robót lub czynności, zastosowania alternatywnych rozwiązań technologicznych), nie więcej jednak niż o 20 % całkowitego wynagrodzenia Wykonawcy brutto”.

Ad. (ix)

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu, że w § 5 ust. 38 wzoru umowy nie przewidziano procedury błędów i nieścisłości Dokumentacji Przetargowej. Zamawiający nie zgadza się z zarzutem Odwołującego. W pierwszej kolejności żadne przepisy prawa nie nakładają na Zamawiającego obowiązku przewidzenia takiej procedury w postanowieniach

umownych. Jednakże ww. kwestia była przedmiotem wyjaśnień treści SWZ, gdzie w dniu 24.11.2023 r. Zamawiający potwierdził, że przewiduje możliwość przesunięcia terminów realizacji przedmiot Umowy w przypadku pojawienia się błędów w Dokumentacji, którą przygotował Zamawiający:

„Par. 5 ust. 38 projektu umowy

Mając na uwadze fakt, że Dokumentację Przetargową przygotował Zamawiający, to potencjalny fakt wystąpienia w niej błędów i nieprawidłowości, a następnie ewentualne opóźnienia Zamawiającego w ich usuwaniu, nie mogą powodować dodatkowych kosztów dla wykonawcy ani powodować powstania ekspozycji wykonawcy na ryzyka i sankcje na tle przesunięć czasowych po stronie Wykonawcy będących skutkiem działań czy zaniechań inwestora.

Analogicznie jak w przypadku postulatu odnoszącego się do zapisu par. 5 ust. 20 każde wystąpienie okoliczności, które mogą przeszkodzić prawidłowemu wykonaniu prac budowlanych, powinno skutkować automatycznym i jednocześnie odpowiednim przedłużeniem terminów wykonania danego etapu prac oraz powstaniem prawa do zwrotu kosztów wykonawcy wynikłych z przesunięcia.

W związku z powyższym wnosimy o odpowiednie przeformułowanie zapisu tak aby fakt pojawienia się ww. błędów i nieprawidłowości i czas poświęcony na ich poprawę skutkował odpowiednim przesunięciem terminów i w razie ich pojawienia się powstaniem prawa do zwrotu wykonawcy kosztów pośrednich.

Odpowiedź: Zamawiający potwierdza, iż w przypadku pojawienia się błędów w Dokumentacji, którą przygotował Zamawiający, a które będą miały wpływ na termin realizacji przedmiotu Umowy, Zamawiający przewiduje możliwość przesunięcia terminów realizacji przedmiotu Umowy.”

Zarzut jawi się zatem jako bezpodstawny.

Ad. (x)

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu, że w § 8 ust. 10 wzoru umowy przyjęto zasadę wydłużenia okresu gwarancji w odniesieniu do całego przedmiotu zamówienia w przypadku wykonywania napraw.

Zarzut jest bezprzedmiotowy, bowiem w dniu 24.11.2023 r. Zamawiający dokonał modyfikacji ww. postanowienia umownego do następującej postaci:

„§8 ust. 10 Umowy — wnosimy o zmianę punktu na treść: Okres gwarancji danego elementu/zakresu ulega odpowiedniemu przedłużeniu o czas trwania napraw gwarancyjnych dla danego elementu/zakresu podlegającego naprawie gwarancyjnej.

Odpowiedź: Zamawiający zgadza się na zmianę i wprowadza następujące brzmienie § 8 ust. 10 Umowy:

„Okres gwarancji danego elementu/zakresu ulega odpowiedniemu przedłużeniu o czas trwania napraw gwarancyjnych dla danego elementu/zakresu podlegającego naprawie gwarancyjnej.”

Ad. (xi)

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu, że w § 5 ust. 25 wzoru umowy nie określono terminu akceptacji Kart materiałowych i dokumentacji warsztatowej.

Zarzut jest bezprzedmiotowy, gdyż w dniu 24.11.2023 r. Zamawiający wprowadził termin wynoszący 5 dni roboczych:

„Pytanie 41: Prosimy o doprecyzowanie warunków umowy o kwestie:

- ustalenia zasad zmiany umowy w przypadku wykrycia wad objętych dyspozycją art. 651 KC- co do terminów reakcji Nadzoru Autorskiego, zasad wprowadzania korekty ceny;
- jaki czas reakcji Nadzoru Autorskiego/ Zamawiającego należy przyjąć w przypadku złożenia powiadomienia o wykryciu wady dokumentacji przetargowej? Wykonawca proponuje 5 dni roboczych;
- zdefiniowania terminów akceptacji Kart materiałowych i dokumentacji warsztatowej- Wykonawca proponuje 5 dni roboczych
- zasad rozliczania robót dodatkowych, zamiennych i zaniechanych (pkt 25 'Protokół Konieczności').

Odpowiedź: Zamawiający dodaje do § 14 ust. 2 po punkcie 12 Umowy punkt 13 o treści: „13) ujawnienia się wad/błędów w Dokumentacji Przetargowej co zostanie jednoznacznie potwierdzone i udowodnione przez Stronę wnioskującą o taką zmianę”.

zamawiający nie jest w stanie podać dokładnego czasu reakcji Nadzoru Autorskiego/Zamawiającego, gdyż taki czas reakcji uzależniony jest do od rodzaju wykrytej wady dokumentacji przetargowej, co powinny być oceniane ad casum. Zamawiający wprowadza termin na akceptację kart materiałowych i dokumentacji warsztatowej wynoszący 5 dni roboczych. Zamawiający nie wprowadza zasad rozliczania robót dodatkowych, zamiennych i zaniechanych. ”

Ad. (xii)

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu brak wprowadzenia zasad rozliczania robót dodatkowych, zamiennych i zaniechanych

Zarzut jest bezpodstawny. Zamawiający wskazuje, iż żadne przepisy prawa nie nakładają na niego obowiązku wprowadzania do umowy zasad rozliczania robót dodatkowych, zamiennych i zaniechanych.

Mając na uwadze powyższe wnoszę jak w petitum odpowiedzi na odwołanie.

Załączniki: wyjaśnienia treści SWZ z dnia 24.11.2023 r., akt powołania Rektora, wyciąg ze Statutu SGGW, dowód przesłania odpowiedzi do Odwołującego i wykonawców przystępujących do postępowania odwoławczego.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła

Odwołanie wniesiono w związku z prowadzonym postępowaniem o udzielenie zamówienia publicznego, w trybie przetargu nieograniczonego pn. „Budowa budynku Innowacyjnego Centrum Nauk Żywnościowych SGGW w Warszawie” (numer referencyjny: DINT.250.16.2023), zwanym dalej postępowaniem.

Odwołujący zaskarżył postanowienia specyfikacji warunków zamówienia (SWZ) oraz postanowienie ogłoszenia o zamówieniu. Zaskarżeniu podlegały regulacje dotyczące projektu umowy w sprawie zamówienia publicznego oraz postanowienia co do terminu składania ofert i kryterium oceny ofert. Istotnym ustaleniem jest okoliczność, że postępowanie o udzielenie zamówienia zostało wszczęte po raz drugi, w związku z tzw. zejściem z budowy poprzedniego wykonawcy w trakcie realizacji umowy i przedmiotowe postępowanie jest podjęte w celu kontynuacji przerwanej procedury inwestycyjnej. Podkreślenia wymaga fakt, że przerwano roboty budowlane na etapie fundamentu oraz poziomu „– 1”, po zabezpieczeniu wykonanych robót ziemnych, a po upływie ponad półtorarocznego okresu od zejścia z placu budowy poprzedniego wykonawcy, podjęto postępowanie zamówieniowe w celu kontynuacji budowy. Tak więc przedmiotem zamówienia jest budowa na podstawie uzyskanego przez zamawiającego pozwolenia na budowę, projektu budowlanego, projektu wykonawczego oraz tzw. dokumentacji przetargowej – budowlanej, dodatkowo zleconej przez zamawiającego. Dokumentacja przetargowa - budowlana została opracowana, na zlecenie zamawiającego w związku z przerwaniem robót budowlanych, w celu ustalenia stanu technicznego i zaawansowania robót na obiekcie laboratoryjno - dydaktycznym, po zejściu z budowy wykonawcy. Według wyjaśnień zamawiającego w toku postępowania odwoławczego, przyczyną zejścia z budowy poprzedniego wykonawcy, były błędy w posiadanej przez zamawiającego dokumentacji projektowej, zwłaszcza wykonawczej. Przy czym odwołujący powoływał się na okoliczność odmowy zamawiającego, udostępnienia zainteresowanym zamówieniem wykonawcom, pełnej dokumentacji technicznej za czas prowadzonej budowy przez poprzedniego wykonawcę, w tym dziennika budowy. Odwołujący, jak i uczestnicy po jego stronie, w związku z brakiem wiedzy na temat stanu technicznego wykonanych i przerwanych ponad półtora roku wstecz robót, żądają zmiany postanowień projektu umowy, zwłaszcza z zakresu gwarancji za roboty przez nich niewykonane. Powyższe okoliczności skłoniły odwołującego, jak i przystępujących po jego stronie, także do żądania zmiany terminu składania i otwarcia ofert z 06.12.23r. do 31.01.24r. Jak również skłoniły do żądania zmiany kryterium oceny ofert, z tytułu wydłużenia okresu gwarancji za elementy konstrukcyjne za całość robót wykonanych, w tym wykonanych przez poprzedniego wykonawcę. Tak więc żądania wykonawców dotyczyły przede wszystkim odpowiedzialności, jak i premiowania za wykonane roboty przez wykonawcę, który zszedł z budowy, z uwagi na znaczenie wykonanego zakresu konstrukcyjnego budowy dla całego obiektu laboratoryjno - dydaktycznego. Zamawiający przed terminem złożenia odwołania, jak i w trakcie postępowania odwoławczego, udzielił licznych wyjaśnień na pytania wykonawców, jak i dokonał zmian w dokumentach postępowania, w tym w postanowieniach umowy (udzielone odpowiedzi na pytania w tym zmiany postanowień swz z 24 (dwa pisma z odpowiedziami) oraz 30 listopada 2023r. – w aktach sprawy).

Na kolejnych posiedzeniach przed Izbą w dniach 28 listopada 23r, oraz 1 grudnia 23r., w związku z podejmowanymi w międzyczasie wyjaśnieniami i zmianami w dokumentach postępowania, odwołujący cofał szereg zarzutów i żądań co do postanowień projektowanej umowy, a powyższe docelowo skutkowało umorzeniem części zarzutów przez Izbę.

W związku z przedstawieniem we wstępnej części uzasadnienia niniejszego wyroku treści odwołania jak i odpowiedzi zamawiającego na odwołanie, Izba pomija argumentację zarówno odwołującego, jak i zamawiającego, co do wnioskowanych przez odwołującego zmian dokumentów postępowania, jak i co do odmowy zmian przez zamawiającego.

Odwołujący sformułował następujące zarzuty i żądania, jak poniżej.

- [zarzut nr 1] wyznaczenie terminu składania i otwarcia ofert na dzień 6.12.2023r. pomimo, że w tym terminie nie jest możliwe rzetelne przygotowanie i skalkulowanie ofert z uwagi na zakres Dokumentacji Przetargowej stanowiącej opis przedmiotu zamówienia oraz konieczność jej weryfikacji z uwzględnieniem okoliczności, że celem zamówienia jest wybór wykonawcy, który dokończy budowę budynku laboratoryjno-dydaktycznego;
- [zarzut nr 2] nieprawidłowy opis kryterium oceny ofert pn. „Gwarancja na elementy konstrukcyjne”, który wskazuje, że punktowane jest udzielenie gwarancji na elementy konstrukcyjne zrealizowane przez poprzedniego Wykonawcę (SKANSKA);
- [zarzut nr 3] ukształtowanie postanowień wzoru umowy w sposób naruszający przepisy Pzp i kodeksu cywilnego, w szczególności z przekroczeniem:
 - (i) granic swobody umów, (ii) zasad współżycia społecznego oraz (iii) zasad rozłożenia ryzyka kontraktowego pomiędzy stronami umowy o roboty budowlane w zakresie:
 - (i) obciążenia Wykonawcy odpowiedzialnością za wady i nieprawidłowości elementów konstrukcyjnych zrealizowanych przez innego Wykonawcę;

- (ii) wysokości łącznego limitu kar umownych i stawki kary z tytułu odstąpienia od umowy,
- (iii) procedury odbioru Dokumentacji;
- (iv) ustalenia katalogu podstaw odstąpienia od umowy, który narusza zasadę stałości umów w sprawie zamówienia publicznego;
- (v) ustalenia procedury odbioru przedmiotu umowy, który umożliwia odmowę odbioru również w przypadku wystąpienia wad nieistotnych;
- (vi) sposobu rozliczenia kosztów wykonania zastępczego;
- (vii) możliwości wstrzymania zapłaty całego wynagrodzenia Wykonawcy w przypadku braku kompletu oświadczeń podwykonawców;
- (viii) ustalenia zasad zmiany umowy w sposób nie dający Wykonawcy gwarancji co do zakresu dopuszczalnych zmian oraz z pominięciem możliwości zmiany umowy w przypadku ujawnienia błędów i wad w Dokumentacji Przetargowej;
- (ix) braku procedury usuwania błędów i nieścisłości Dokumentacji Przetargowej przez Zamawiającego;
- (x) przyjęcia zasady wydłużenia okresu gwarancji w odniesieniu do całego przedmiotu zamówienia w przypadku wykonywania napraw;
- (xi) braku procedury rozliczania robót dodatkowych, zamiennych, zaniechanych;
- (xii) braku terminu akceptacji kart materiałowych, dokumentacji warsztatowej;

w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego pn. „Budowa budynku Innowacyjnego Centrum Nauk Żywnościowych SGGW w Warszawie” (numer referencyjny: DINT.250.16.2023) przez Szkołę Główną Gospodarstwa Wiejskiego w Warszawie.

Zaskarżonym czynnościom i zaniechaniom zamawiającego zarzucono naruszenie:

1. [zarzut nr 1]

- **art. 16 Pzp pkt 1-3 w zw. z art. 138 ust. 1 Pzp** przez wyznaczenie terminu składania i otwarcia ofert na dzień 6.12.2023r. pomimo, że w tym terminie nie jest możliwe rzetelne przygotowanie i skalkulowanie ofert z uwagi na zakres Dokumentacji Przetargowej stanowiącej opis przedmiotu zamówienia oraz konieczność jej weryfikacji z uwzględnieniem okoliczności, że celem zamówienia jest wybór wykonawcy, który dokończy budowę budynku laboratoryjno-dydaktycznego po poprzednim Wykonawcy (SKANSKA);

[zarzut nr 2]

- **art. 240 ust. 1 i ust. 2 Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 i pkt 2 Pzp** przez nieprawidłowy opis kryterium oceny ofert pn. „Gwarancja na elementy konstrukcyjne” (w pkt XX pkt 2 lit. C SWZ), który wskazuje, że punktowanie jest udzielenie gwarancji na elementy konstrukcyjne zrealizowane przez poprzedniego Wykonawcę (SKANSKA);

[zarzut nr 3]

- **art. 99 ust. 1 i ust. 4 Pzp, art. 134 ust. 1 pkt 20 Pzp, art. 433 pkt 3 Pzp oraz art. 8 ust. 1 Pzp w zw. z art. 353¹ k.c., art. 483 § 1 k.c. i k.c.** przez ukształtowanie postanowień przyszłej umowy w sposób naruszający zasadę swobody umów, zasady współzycia społecznego oraz równowagi kontraktowej stron, z uwagi na:
 - (xiii) obciążenie Wykonawcy odpowiedzialnością za wady i nieprawidłowości elementów konstrukcyjnych zrealizowanych przez innego wykonawcę (§ 8 ust. 1 wzoru umowy);
 - (xiv) ustalenie wygórowanego łącznego limitu kar umownych i stawki kary z tytułu odstąpienia od umowy (§9 ust. 1 pkt 1 i ust. 5 wzoru umowy),
 - (xv) ustalenie procedury odbioru Dokumentacji, która obciąża Wykonawcę odpowiedzialnością za zaniechania i opóźnienia występujące po stronie Zamawiającego (§ 5 ust. 18, ust. 20, ust. 21 wzoru umowy);
 - (xvi) ustalenie procedury odbioru przedmiotu umowy, który umożliwia odmowę odbioru również w przypadku wystąpienia wad nieistotnych (§6 ust. 13 pkt 1) i pkt 2) wzoru umowy);
 - (xvii) ustalenie katalogu podstaw odstąpienia od umowy, który narusza zasadę stałości umów w sprawie zamówienia publicznego (§9 ust. 2 oraz §12 ust. 4 pkt 3 i pkt 4 wzoru umowy);
 - (xviii) ustalenie nieprawidłowego sposobu rozliczenia kosztów wykonania zastępczego (§7 ust. 11 wzoru umowy);
 - (xix) ustalenie zawieszenia zapłaty wynagrodzenia Wykonawcy w przypadku braku kompletu oświadczeń podwykonawców (§7 ust. 14 wzoru umowy);
 - (xx) ustalenie zasad zmiany umowy w sposób nie dający Wykonawcy gwarancji co do zakresu dopuszczalnych zmian oraz z pominięciem możliwości zmiany umowy w przypadku ujawnienia błędów i wad w Dokumentacji Przetargowej (§ 14 ust. 2 oraz § 14 ust. 2 pkt 13 wzoru umowy);
 - (xxi) brak procedury usuwania błędów i nieścisłości Dokumentacji Przetargowej przez Zamawiającego (§ 5 ust. 38

- wzoru umowy);
- (xxii) przyjęcie zasady wydłużenia okresu gwarancji w odniesieniu do całego przedmiotu zamówienia w przypadku wykonywania napraw (§ 8 ust. 10 wzoru umowy);
- (xxiii) brak terminów akceptacji Kart materiałowych i dokumentacji warsztatowej (§ 5 ust. 25 wzoru umowy);
- (xxiv) brak zasad rozliczania robót dodatkowych, zamiennych i zaniechanych (pkt 25 "Protokół Konieczności").

2. żądania odwołującego.

Odwołujący wniósł o:

- 1.) uwzględnienie odwołania w całości,
- 2.) nakazanie zamawiającemu dokonania zmiany treści ogłoszenia i SWZ w następujący sposób:
 - a) przedłużenie terminu składania i otwarcia ofert do dnia 31.01.2024r. (pkt 5.1.12 ogłoszenia oraz rozdział XVI ust. 1 i ust. 2);
 - b) zmianę opisu kryterium oceny ofert pn. „Gwarancja na elementy konstrukcyjne” (w pkt XX pkt 2 lit. C SWZ) przez jednoznaczne wskazanie, że gwarancja na elementy konstrukcyjne nie obejmuje robót wykonanych przez poprzedniego Wykonawcę (SKANSKA);

c) zmianę postanowień wzoru umowy w poniższy sposób, z zaznaczeniem zarzutów cofniętych, uwzględnionych oraz oddalonych przez Izbę:

Postanowienie Umowy	Prproponowana zmiana wzoru umowy
§ 5 ust. 18 <u>cofnięty</u>	Brak opinii Zamawiającego w tym terminie nie uprawnia Wykonawcy do założenia, iż Zamawiający nie wnosi uwag, a jedynie do wnioskowania o ewentualne przedłużenie terminu wykonania danego etapu prac i wykonania Umowy oraz zwiększenia wynagrodzenia Wykonawcy w zakresie w jakim wydłużenie terminów realizacji umowy powoduje powstanie dodatkowych kosztów.
§ 5 ust. 20 <u>cofnięty</u>	Skreślenie
§ 5 ust. 21 <u>cofnięty</u>	21. Przedłużenie akceptacji danego etapu wykonania Dokumentacji z powodu konieczności usunięcia przez Wykonawcę wad w wykonanej przez niego Dokumentacji nie wpływa na termin realizacji Przedmiotu Umowy.
§ 5 ust. 25 <u>cofnięty</u>	25. Wykonawca zobowiązany jest uzyskać uprzednią pisemną akceptację Zamawiającego (w postaci kart zatwierdzeń materiałów i urządzeń zgodnie ze wzorem stanowiącym Załącznik nr 19 do Umowy) na wbudowanie materiałów i zainstalowanie urządzeń przewidzianych dokumentacją projektową. Zamawiający jest zobowiązany do akceptacji/odrzućenia Karty Materiałowej złożonej zgodnie z Załącznikiem 19 niepóźniej niż w ciągu 3 dni. Powyższa akceptacja będzie ważna wyłącznie za potwierdzeniem inspektora nadzoru i przedstawiciela Zamawiającego. Powyższe odnosi się także do dokumentacji warsztatowej. W przypadku odrzućenia Karty Materiałowej i/lub dokumentacji warsztatowej Zamawiający podaje na piśmie uzasadnienie odrzućenia. W przypadku odstępstwa od tej zasady Wykonawca będzie odpowiedzialny za szkody z tym związane oraz poniesie wszelkie konsekwencje finansowe i prawne, włącznie z kosztami i organizacją przywrócenia danego zakresu prac do stanu zgodnego z Dokumentacją Przetargową oraz Dokumentacją.
§ 5 ust. 38 <u>uwzględniony</u>	38. Jeżeli dostarczona przez Zamawiającego Dokumentacja Przetargowa lub Teren budowy przewidziany dla prac budowlanych nie nadają się do prawidłowego wykonania robót albo jeżeli zajdą inne okoliczności, które mogą przeszkodzić prawidłowemu wykonaniu prac budowlanych, Wykonawca powinien niezwłocznie zawiadomić o tym Zamawiającego, nie później jednak niż w terminie 3 dni od daty powzięcia wiedzy/wystąpienia takich okoliczności. W terminie 5 dni od otrzymania powiadomienia wskazującego błąd czy nieścisłość w Dokumentacji Przetargowej

	Inwestor wyda Wykonawcy poprawione części Dokumentacji przetargowej lub udzieli niezbędnych wyjaśnień w celu umożliwiających niezakłóconą kontynuację prac przez Wykonawcę. Jeżeli termin nie zostanie dotrzymany, Wykonawca będzie uprawniony do wydłużenia terminów realizacji Umowy i zwrotu kosztów związanych z takim wydłużeniem.
--	---

§6 ust. 13 pkt 1) i pkt 2) <u>cofnięty</u>	13. W trakcie odbioru Zamawiający może: 1) stwierdzić występowanie wad i usterek, które nie uniemożliwiają odbioru końcowego. W takim przypadku Zamawiający może dokonać odbioru końcowego z jednoczesnym powiadomieniem Wykonawcy o powstałych wadach przedmiotu Umowy natomiast Wykonawca jest zobowiązany do ich usunięcia w Zamawiającego w protokole odbioru. Do takiej sytuacji stosuje się odpowiednio postanowienia dotyczące usuwania wad i usterek w okresie rękojmi i gwarancji 2) stwierdzić występowanie wad istotnych (przez które należy rozumieć wady powstałe z winy Wykonawcy, które trwale uniemożliwiają użytkowanie przedmiotu umowy zgodnie z przeznaczeniem), wówczas Zamawiający może odmówić odbioru do czasu usunięcia wad. W takim przypadku za dzień wykonania Przedmiotu Umowy przez Wykonawcę uznaje się dzień faktycznego usunięcia tak stwierdzonych wad, co powinno zostać potwierdzone podpisanym przez obie Strony protokołem odbioru końcowego, sporządzonym po usunięciu wad istotnych przez Wykonawcę.
§7 ust. 11 <u>uwzględniony</u>	11. W przypadku przystąpienia do wykonania zastępczego na podstawie Umowy oraz/lub przepisów prawa, wynagrodzenie zostanie pomniejszone o koszty wykonania zastępczego, stanowiące różnicę pomiędzy opłaconym przez Zamawiającego wynagrodzeniem wykonawcy zastępczego a wynagrodzeniem wykonawcy za ten sam zakres prac.
§7 ust. 14 <u>cofnięty</u>	14. W przypadku braku dostarczenia kompletu prawidłowych oświadczeń, o których mowa w ust. 12 lub 13 niniejszego paragrafu, Zamawiający może wstrzymać płatność danej faktury do dnia otrzymania kompletu prawidłowych oświadczeń w części odpowiadającej nieprzedstawionym oświadczeniom. Jeżeli Wykonawca nie dokona w terminie zapłaty na rzecz swoich podwykonawców (w tym w szczególności wykonawców robót budowlanych, usługodawców oraz dostawców) Zamawiający może dokonać bezpośredniej zapłaty takiej należności na rzecz podwykonawcy i odpowiednio obniżyć wynagrodzenie, lub potrącić całość lub część tej kwoty z wierzytelnościami Wykonawcy, również przed ich wymagalnością lub pokryć całość lub część tej kwoty z zabezpieczeń finansowych. W przypadku dokonania bezpośredniej zapłaty na rzecz podwykonawców Wykonawcy lub dalszych podwykonawców, Wykonawca również pokryje dodatkowe koszty
	związane z tą bezpośrednią zapłatą przez Zamawiającego, w tym koszty finansowe związane z różnicami między terminami płatności przewidzianymi w Umowie a terminami płatności przewidzianymi w umowach pomiędzy Wykonawcą i podwykonawcą oraz /lub w umowach między podwykonawcą i dalszym podwykonawcą.
§ 8 ust. 1 <u>oddalony</u>	8. Wykonawca udziela Zamawiającemu gwarancji i rękojmi na wykonane przez siebie roboty.
dodanie § 8 ust. 4a <u>oddalony</u>	4a. Wykonawca nie ponosi odpowiedzialności za jakiegokolwiek wady, usterki czy inne zmiany w przedmiocie umowy jeżeli przyczyna ich powstania tkwiła w robotach wykonanych przez SKANSKA lub została spowodowana błędem w Dokumentacji Przetargowej w szczególności ale nie wyłącznie wynikającymi z błędów w obliczeniach czy przyjęciu niewłaściwych założeń, którego wykonawca robót budowlanych działający z należytą starannością nie mógł wykryć, czy zastosowaniem się do polecenia Zamawiającego lub jakiegokolwiek z członków jego personelu.
§8 ust. 10- <u>cofnięty</u>	10. Okres gwarancji dla naprawionego elementu ulega odpowiedniemu przedłużeniu o czas trwania napraw gwarancyjnych.
§9 ust. 1 pkt 1 <u>uwzględniony</u>	1) za odstąpienie od Umowy przez którąkolwiek ze Stron wskutek okoliczności, za które odpowiada Wykonawca - w wysokości 10% całkowitego wynagrodzenia Wykonawcy brutto, określonego w § 4 ust. 1 Umowy

<u>§9 ust. 5. uwzględniono</u>	5. Łączna maksymalna wysokość kar umownych, których Zamawiający może dochodzić od Wykonawcy wynosi 20% wartości brutto całkowitego wynagrodzenia Wykonawcy określonego w § 4 ust. 1 Umowy.
<u>§9 ust. 2- cofnięto</u> <u>§ 12u4p3i4-uwzględniono</u>	skreślenie
<u>§ 14 ust. 2 uwzględniono</u>	2.Zmiana Umowy (wysokości wynagrodzenia oraz/lub terminu realizacji) może nastąpić w razie zaistnienia następujących okoliczności:
<u>§ 14 ust. 2 pkt 13 (dodanie)- cofnięto</u> <u>§ 14 ust. 5 (dodanie) - oddalono</u>	13) ujawnienia się wad/błędów w Dokumentacji Przetargowej 5. Roboty zamienne i dodatkowe oraz niewykonane zostaną rozliczone na podstawie kosztorysu sporządzonego przez Wykonawcę wg czynników cenotwórczych lub 3 ofert z rynku. Wysokość cen materiałów i sprzętu, zostanie ustalona na podstawie publikacji o cenach „SEKOCENBUD” aktualnych w dacie sporządzania kosztorysu, wg średnich wartości cen dla miasta Warszawa. Roboty oraz materiały muszą spełniać odpowiednie wymagania określone w niniejszej umowie.

Jak powyżej już Izba nadmienila, a co również wynika ze zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego (dokumentacja prowadzona przez zamawiającego – dołączona do akt sprawy), zamawiający w toku postępowania odwoławczego, jak i przed jego wszczęciem udzielił szeregu wyjaśnień na zadane pytania wykonawców, jak i dokonał zmian w dokumentach postępowania (udzielone odpowiedzi zamawiającego w dniach 24 (dwa pisma) i 30 listopada 23r. – akta sprawy – dokumentacja zamawiającego). Powyższe przyczyniło się wprost i pośrednio do cofnięcia kolejnych zarzutów odwołania w dniach 28 listopada 2023r. i 1 grudnia 2023r. na posiedzeniu/rozprawie przez Izbą (vide – protokoły z posiedzenia/rozprawy – akta sprawy), a co wyraża pkt 1 niniejszego wyroku. Powyższy stan potwierdza zamawiający, składając odpowiedź na odwołanie, stwierdzając „W pierwszej kolejności Zamawiający wskazuje, że w znacznie mierze zarzuty odwołania są nieaktualne, gdyż w dniu 24 listopada 2023 r. udzielił wyjaśnień treści SWZ w przedmiocie kwestii podnoszonych w odwołaniu, a w związku z tym większość zarzutów odwołania jest bezprzedmiotowych”.

Izba badając pod względem formalnym przesłanki wniesionego odwołania nie stwierdziła podstaw do odrzucenia odwołania, jak również nie zgłoszono Izbie wniosku o odrzucenie odwołania ze strony zamawiającego. Izba w tym stanie rzeczy na mocy art. 530 w zw. z art.528 Pzp skierowała odwołanie do merytorycznego rozpoznania na rozprawie.

Izba stwierdza interes po stronie odwołującego do uzyskania zamówienia, jako potencjalnego wykonawcy działającego w branży budowlanej w rozumieniu art.505 ust.1 Pzp.

Izba dopuściła do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego zgłaszających przystąpienie jako uczestników w sprawie, w myśl art. 525 Pzp., wymienionych w sentencji wyroku.

Izba, z kolei o zakresie zarzutów uwzględnionych, jak i oddalonych, rozpoznając je miała na uwadze okoliczność, że postępowanie o udzielenie zamówienia jest kontynuacją przerwanych robót, to jest po zejściu z budowy wykonawcy. W tej sytuacji Izba rozważała interes zamawiającego, jako inwestora, przez uzyskanie zapewnienia gwarancji prawidłowości wykonanych robót za całość, to jest tych przerwanych jak i kontynuowanych, od jednego wykonawcy, który ostatecznie przekaze zamawiającemu decyzję pozwolenia na użytkowanie.

Z kolei o istniejącym ryzyku biznesowym, dla potencjalnego wykonawcy, świadczyły następujące okoliczności. Zamawiający pomimo, że dysponuje projektem budowlanym, pozwoleniem na budowę, projektem wykonawczym i dokumentację przetargowo – budowlaną, w wyniku zlecenia biuro projektowemu, po zejściu z budowy wykonawcy, ustala jako wynagrodzenie ryczałt, a nie kosztorys, a zamówienie pomimo to będzie realizowane w systemie „wybuduj i doprojektuj”. Znamienne w sprawie jest że, zamawiający nie udostępnia dziennika budowy przerwanych robót budowlanych, czy też przedmiaru robót (Odwołujący (...)) kontynuuje, że Zamawiający nie udostępnił bo odmówił dokumentacji powstałej z okresu wykonywania robót przez spółkę (...), która w wyniku porozumienia z Zamawiającym zeszła z budowy po wykonaniu robót posadowienia budynku i poziomu -1. Dlatego trzeba zaangażować kadrę inżynierską dodatkowo w zakresie innym niż zwyczajowo aby zbadać sytuację, którą musimy przejąć po firmie (...). Też procedury dostawców, podwykonawców wymagają czasu, tym bardziej, że nie otrzymaliśmy przedmiarów robót od Zamawiającego w związku z tym czeka nas duży nakład pracy w związku ze skalkulowaniem wynagrodzenia. Również czekamy jeszcze na odpowiedzi od Zamawiającego, co w tym miejscu potwierdza Zamawiający, że do 30.11.2023 będzie udzielał kolejnych odpowiedzi, które mają charakter techniczny, a stanowią podstawę do wyceny” i– vide protokół z dnia 28 listopada 2023r -w aktach sprawy). Również Izba miała na uwadze, że pomimo tak wydaje się kompleksowej dokumentacji technicznej zgromadzonej przez zamawiającego, żąda on od wykonawcy w systemie „buduj” dodatkowo dokumentacji wykonawczej.(” Pełnomocnicy (odwołujący)(...) i (...) (Finetech) jako inżynierowie stwierdzają, że niezbędnym aby odpowiadać za wykonane roboty również wykonane przez (...), powinna być wykonana ekspertyza

techniczna, która by uwzględniła aktualny na dzień dzisiejszy stan techniczny wykonanych prac. Pan (...) Odwołujący stwierdza, że w praktyce budowlanej zdarzają się sytuacje, że wykonawca wchodzi na częściowo wykonane roboty i przejmuje odpowiedzialność za całość robót. Niemniej aby przejąć całą odpowiedzialność potwierdza, że są potrzebne ekspertyzy, projektant, który zrobił dokumentację przetargową powinien złożyć oświadczenie na piśmie, że przyjmuje pełną odpowiedzialność, że doprojektowany element jest kompatybilny ze stanem w naturze istniejącym. Tutaj chodzi o potwierdzenie, że te projekty, które wykonywali BBC i JSK są kompatybilne, przeprowadzono pełną koordynację międzybranżową, obciążenia, które będą przeniesione w budynku na stan już istniejący. W tym miejscu wyjaśnia, że JSK wykonało tzw. dokumentację przetargową, jest to projekt wykonawczy, natomiast jest to realnie projekt wykonawczy, ale mimo to Zamawiający przewidział, że wykonawca będzie zobowiązany wykonać projekt wykonawczy. To oświadczenie projektanta potrzebne byłoby, żeby w ogóle zastanowić się nad podejściem do procedury, natomiast dokumentacja i tak musi być zrobiona" – protokół z dnia 28 listopada 23r – akta sprawy).

Jak stwierdza odwołujący, a co potwierdzają ustalenia Izby w sprawie: „Roboty budowlane będą realizowane na podstawie projektu budowlanego przekazanego przez Zamawiającego oraz projektu wykonawczego opracowanego przez Wykonawcę i zatwierdzonego przez Zamawiającego. Przedmiot zamówienia obejmuje bowiem wykonanie dodatkowych prac projektowych polegających na wykonaniu projektu wykonawczego wraz z elementami dokumentacji warsztatowej jako uzupełnienie Dokumentacji Przetargowej w zakresie niezbędnym do wykonania przedmiotu zamówienia.

Wykonawca zobowiązany jest zrealizować Przedmiot Umowy z uwzględnieniem istniejącego stanu zaawansowania robót budowlanych. Prace budowlane na Inwestycji zostały zakończone przez poprzedniego Wykonawcę na etapie kondygnacji -1, w ramach których zrealizowano wykopy wraz z ich zabezpieczeniem oraz większą część fundamentów i fragment kubatury kondygnacji -1.(...)Niniejsze postępowanie jest drugim postępowaniem, którego celem jest wybór wykonawcy budynku laboratoryjno-dydaktycznego. SKANSKA S.A., będąca pierwszym Wykonawcą, zakończyła realizację na etapie kondygnacji -1, w ramach których zrealizowano wykopy wraz z ich zabezpieczeniem oraz większą część fundamentów i fragment kubatury kondygnacji -1.(...)3.Stan zaawansowania prac określa Inwentaryzacja powykonawcza stanu istniejącego Inwestycji, na którą składają się: Decyzje, Opracowanie geotechniczne, Projekt Budowlany - Wypis, Projekt powykonawczy SKANSKA - Wypis oraz Zdjęcia stanu wykonanych prac (załącznik nr 12 do SWZ).4.Opis przedmiotu zamówienia stanowią (oprócz ww. Inwentaryzacji powykonawczej stanu istniejącego Inwestycji - Załącznik nr 12 SWZ): Projekt Przetargowy - Architektura (Załącznik nr 4 SWZ), Projekt Przetargowy - Konstrukcja (Załącznik nr 5 SWZ), Projekt Przetargowy - Zagospodarowanie Terenu, Zieleń, Drogi Załącznik nr 6 SWZ), Projekt Przetargowy - Instalacje Sanitarne (Załącznik nr 7 SWZ), Projekt Przetargowy - Elektryczny, Teletechniczny (Załącznik nr 8 SWZ), Projekt Przetargowy - BIM (Załącznik nr 9 SWZ), Projekt Przetargowy - Technologia (Załącznik nr 10 SWZ) STWiORB wielobranżowe (Załącznik nr 11 SWZ), Opis przedmiotu zamówienia - Uszczegółowienie (Załącznik nr 12 SWZ).5.Ponadto Wykonawcy zobowiązani są do odbycia wizji lokalnej (pkt 111.1 SWZ), której wyniki wymagają szczegółowej analizy z uwagi na fakt, że przedmiotem niniejszego zamówienia jest dokończenie inwestycji. Konieczna jest zatem ocena stanu wykonanych prac oraz odniesienie go do Projektów Przetargowych, które sanują braki, nieprawidłowości i błędy oryginalnej dokumentacji projektowej" (odpowiedź na odwołanie).

W tak określonej sytuacji odwołujący podniósł kwestię terminu składania ofert domagając się przesunięcia terminu z dnia 6 grudnia 2023r. na dzień 31 stycznia 2024r. Zamawiający odnosząc się do tego żądania odwołującego wniósł o jego nie uwzględnienie. Zamawiający przedstawił na okoliczność braku zgody na przedłużenie terminu składania i otwarcia ofert następującą argumentację „Zauważyć trzeba, że ogłoszenie o zamówieniu zostało przekazane do publikacji w dniu 31.10.2023 r. Zatem termin, o którym mowa w art. 138 ust. 1 Pzp wynosi w niniejszym przypadku, aż 37 dni. Dodatkowo zaakcentować trzeba, iż postępowanie jest prowadzone w pełni elektronicznie, zatem minimalnym terminem zgodnie z art. 138 ust. 4 Pzp jest termin 30 dni. Tym samym Zamawiający wyznaczył termin na składanie ofert o tydzień dłuższy niż przewidują to przepisy ustawy. Trudno jest zatem w tej sytuacji mówić o naruszeniu przepisów wskazanych przez Odwołującego"- odpowiedź na odwołanie. Zamawiający prezentując stanowisko podnosił, że nie otrzymał od odwołującego konkretnych wyliczeń czasu niezbędnego na przygotowanie oferty ze wskazaniem niestandardowych czynności do przygotowania oferty, które by uzasadniałyby wydłużenie terminu przygotowania oferty. Z kolei uzasadniając odmowę uwzględnienia zaskarżonych postanowień, co do objęcia gwarancją robót poprzedniego wykonawcy, który „zszedł z budowy” oraz kryterium oceny ofert obejmującego elementy konstrukcyjne obiektu jako całości, zamawiający argumentował: „Przepisy powszechnie obowiązującego prawa nie zakazują możliwości objęcia gwarancją zakresu robót wykonanych przez innego wykonawcę na zasadzie ryzyka. W myśl zatem zasady swobody umów wyrażonej w art. 353¹ k.c. tego typu zobowiązanie może zostać przyjęte przez wykonawcę. Oczywiście wiąże się to z dodatkowym ryzykiem wykonawcy, jednakże takie ryzyko jest mierzalne i może zostać dodatkowo uwzględnione w cenie ofertowej wykonawcy. Wykonawca ma przecież obowiązek odbycia wizji lokalnej. Ponadto wykonawca ma prawne możliwości zabezpieczenia się przed takim ryzykiem poprzez chociażby zawarcie umowy ubezpieczenia obejmującej zakres robót wykonany przez

innego wykonawcę".(...) Zamawiający ma uzasadnione potrzeby do wymagania gwarancji (zarówno minimalnej) jak i możliwości zaoferowania dłuższej gwarancji na elementy obejmujące także wykonanie prac przez poprzedniego wykonawcę. (...)W przypadku dokończenia Inwestycji przez innego wykonawcę, znaczna część robót zostanie zakryta, a w związku z tym Zamawiający będzie miał utrudnione zadanie (a raczej będzie to najprawdopodobniej niemożliwe) w ustaleniu czy ewentualna wada konstrukcji, która może w przyszłości zostać ujawniona, tkwi w robotach wykonanych przez poprzedniego wykonawcę, czy też w pracach zrealizowanych przez podmiot je kontynuujący. Wówczas cel inwestycji i zapisów dotyczących udzielonej gwarancji mógłby zostać zniweczony, bowiem każdy z wykonawców mógłby przerzucać między sobą odpowiedzialność za ewentualne wady" – odpowiedź na odwołanie.

Izba oceniając i rozstrzygając o spornych interesach stron rozważyła o prawie zamawiającego do żądania gwarancji do całości robót czyli obiektu przekazanego do użytkowania oraz o prawie do uprzywilejowania wykonawców, którzy zaoferują odpowiedzialność wydłużoną do 10 lat za elementy konstrukcyjne obiektu przekazanego do użytkowania. Izba mając na uwadze powyższe oceniła i rozstrzygnęła o prawie potencjalnego wykonawcy do wydłużonego czasu na przygotowanie oferty z uwagi na przerwanie robót na etapie wykonania wykopów wraz z ich zabezpieczeniem oraz większej części fundamentów i fragmentu kubatury kondygnacji -1. czyli elementów konstrukcyjnych inwestycji. Izba kierując się zasadą uczciwej konkurencji, równowagą stron oraz efektem osiągnięcia przez zamawiającego najlepszej jakości i ekonomicznego celu inwestycji, utrzymała w mocy postanowienia swz, co do gwarancji na całość zadania i co do kryterium oceny ofert elementów konstrukcyjnych całości zadania. Izba kierując się zasadami jak powyżej uwzględniła żądanie odwołującego, co do wydłużenia terminu składania i otwarcia ofert z dnia 06-12-23r. do dnia 31-01-24r. w związku z tym, że potencjalny wykonawca zamówienia, będzie ponosił odpowiedzialność za jakość robót wykonawcy, który „zszedł z budowy”.

Co do postanowień wzoru umowy, Izba uwzględniła żądania zmiany, dzieląc argumentację odwołującego, jak poniżej:

Jako usprawiedliwioną Izba uznała zmianę § 5 ust. 38 umowy, co do ustalenia terminu dla zamawiającego na udzielenie wyjaśnień wykonawcy i konsekwencji nie dotrzymania ich terminu, ze skutkiem wpływu na termin realizacji umowy i zwrotu kosztów z tym związanych, mając na uwadze równowagę stron.

Jako usprawiedliwioną Izba uznała zmianę § 7 ust.11 umowy, co do zasady obowiązującej przy obniżeniu wynagrodzenia wykonawcy za wykonanie zastępcze, do poziomu wynagrodzenia za ten sam zakres prac wykonawcy, mając na uwadze zasadę proporcjonalności.

Jako usprawiedliwioną Izba uznała zmianę § 9 ust.1 pkt 1 umowy co do obniżenia poziomu kar umownych do 10% całkowitego wynagrodzenia i § 9 ust.5 co do wysokości 20% łącznej maksymalnej wysokości kar umownych, mając na uwadze zasadę równowagi stron, proporcjonalności i uzyskania najlepszych efektów zamówienia.

Jako usprawiedliwioną Izba uznała zmianę § 12 ust.4 pkt 3 i pkt 4 umowy przez skreślenia okoliczności co do odstąpienia od umowy w przypadku naruszenia zasad zatrudnienia, mając na uwadze zasadę proporcjonalności i uzyskania najlepszych efektów zamówienia.

Jako usprawiedliwioną Izba uznała zmianę § 14 ust.2 umowy, co do doprecyzowania pojęcia zmiana umowy, do wysokości wynagrodzenia oraz/lub terminu realizacji zamówienia, mając na uwadze zasadę przejrzystości.

Co do postanowień wzoru umowy, Izba nie uwzględniła żądania zmiany, dzieląc argumentację zamawiającego, jak poniżej:

Jako nie usprawiedliwioną Izba uznała zmianę § 8 ust. 1 umowy, co do ograniczenia gwarancji i rękojmi na wykonane przez siebie roboty, mając na uwadze zasadę uzyskania najlepszych efektów zamówienia społecznych i gospodarczych.

Jako nie usprawiedliwioną Izba uznała zmianę § 8 ust. 4a umowy, co do ograniczenia odpowiedzialności za wady, usterki czy inne zmiany w przedmiocie umowy, jeżeli przyczyna ich tkwiła w robotach poprzedniego wykonawcy, mając na uwadze zasadę uzyskania najlepszych efektów zamówienia społecznych i gospodarczych.

Jako nie usprawiedliwioną Izba uznała zmianę § 14 ust. 5 umowy, co do rozliczania robót zamiennych i dodatkowych oraz niewykonanych, z uwagi na charakter wynagrodzenia oraz zakres istniejącej dokumentacji technicznej jak i dokumentacji do wykonania przez wykonawcę, mając na uwadze zasadę uzyskania najlepszych efektów zamówienia społecznych i gospodarczych.

W powyższym stanie rzeczy orzeczono jak w sentencji wyroku, mając na uwadze, że naruszone przepisy Pzp, mogą mieć wpływ na wynik postępowania z uwagi na zasadę uczciwej konkurencji, równowagi stron, proporcjonalności i uzyskania najlepszych efektów zamówienia społecznych i gospodarczych.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy, z uwzględnieniem § 7 ust. 1 pkt 1) w zw. z ust.5 z uwagi na rodzaj uwzględnionych zarzutów i ich wagę, według rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437), na podstawie art.557 i

art.574 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. j.t. 2022 r. poz. 1710 z późn. zm.),
zasądzając na rzecz odwołującego od zamawiającego kwotę 20 zł 000 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych
zero groszy) tytułem wpisu od odwołania,
Przewodniczący: