

Sygn. akt: KIO 2235/23

WYROK
z dnia 17 sierpnia 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodnicząca: Beata Pakulska-Banach

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 14 sierpnia 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 31 lipca 2023 r. przez wykonawcę: **Skanska S.A. z siedzibą w Warszawie** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Wielkopolskie Muzeum Niepodległości z siedzibą w Poznaniu**.

orzeka:

1. Umarza postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutów uwzględnionych przez zamawiającego, wskazanych w odwołaniu:
 - 1) w punkcie II.1. podpunkt 1 litera: a) - w zakresie odnoszącym się do § 1 ust. 1 wzoru umowy, c), d), f), g) – w zakresie odnoszącym się do § 2 pkt 49 wzoru umowy, h), j), m), o), q) – w zakresie odnoszącym się do § 17 ust. 9 lit. a) oraz § 17 ust. 21 pkt 1 wzoru umowy, r) – w zakresie odnoszącym się do § 17 ust. 13 lit. b wzoru umowy,
 - 2) w punkcie II.1. podpunkt 2 litera: f), j),
 - 3) w punkcie II.2. podpunkt 1 i 3.
2. Umarza postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutów wycofanych przez odwołującego, wskazanych w punkcie II.1. podpunkt 2 litera: g), h), i), k).
3. W pozostałym zakresie oddala odwołanie.
4. Kosztami postępowania obciąża odwołującego **Skanska S.A. z siedzibą w Warszawie**, i:
 - 4.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania;
 - 4.2. zasądza od odwołującego **Skanska S.A. z siedzibą w Warszawie** na rzecz zamawiającego **Wielkopolskiego Muzeum Niepodległości z siedzibą w Poznaniu** kwotę **4 617 zł 26 gr** (słownie: cztery tysiące sześćset siedemnaście złotych dwadzieścia sześć groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione przez zamawiającego z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika oraz dojazdu na wyznaczony termin rozprawy.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz.U. z 2022 r. poz. 1710 ze zm.) 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:.....

Sygn. akt: KIO 2235/23

UZASADNIENIE

Zamawiający – Wielkopolskie Muzeum Niepodległości z siedzibą w Poznaniu prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2022 r. poz. 1710 ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp” lub „Pzp”, na realizację zadania pn.: „*Budowa Muzeum Powstania Wielkopolskiego 1918-1919*”, numer referencyjny: FA.261-4/2023.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 19 lipca 2023 roku pod numerem 2023/S 137-437133. Wartość zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 3 ust. 3 ustawy Pzp.

Wykonawca – Skanska S.A. z siedzibą w Warszawie, zwany dalej „Odwołującym”, w dniu 31 lipca 2023 r. wniósł odwołanie wobec Specyfikacji Warunków Zamówienia (dalej: „SWZ”), w tym Załącznika nr 1 do SWZ *Projektowane postanowienia umowy*.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 647 Kodeksu cywilnego (dalej: kc), art. 353(1) kc, art. 58 § 1 i 2 kc, 5 kc, 471 kc, art. 560 § 1, § 3 oraz art. 561 § 3 w związku z art. 8 ust. 1 Pzp, 16 ust. 1 Pzp, 99 ust. 1 i 4 Pzp, 431 Pzp poprzez ukształtowanie postanowień i rozwiązań Umowy w sposób sprzeczny z w/w przepisami, w tym z naturą stosunku prawnego umowy o roboty budowlane,

zasadą równowagi stron stosunku zobowiązaniowego, zasadami współzycia społecznego, przepisami kodeksu cywilnego, a tym samym w sposób naruszający naczelne zasady prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego - zasadę proporcjonalności (adekwatności), która rzutuje na obowiązek współdziałania Zamawiającego i Wykonawcy przy wykonaniu umowy w sprawie zamówienia publicznego, zasadę przejrzystości, a także prowadzące do zaniechania lub utrudnienia zapewnienia zachowania uczciwej konkurencji, poprzez:

1) Nieprecyzyjne określenie przedmiotu Umowy poprzez:

a) nałożenie na wykonawcę obowiązku uzyskania wszelkich niezbędnych decyzji, zezwoleń, uzgodnień i zatwierdzeń (§ 1 ust. 1 lit. a) oraz § 2 pkt 23 § 13 ust. 5 Umowy), bez doprecyzowania, że obowiązek ten obejmuje to tylko te decyzje, zezwolenia, uzgodnienia i zatwierdzenia, których uzyskanie wynika z dokumentacji przekazanej przez Zamawiającego (dokumentacji przetargowej) co uniemożliwia oferentom precyzyjne określenie zakresu swoich zobowiązań;

b) objęcie przedmiotem zamówienia bliżej niesprecyzowanych robót rozbiórkowych, nie ujętych w dokumentacji projektowej, oraz nałożenie na wykonawcę niezrozumiałych zobowiązań np. opracować Program Badań Archeologicznych wraz z decyzją (§ 5 ust. 1 pkt 6) lit b)) co uniemożliwia przedstawienie rzetelnej oferty w zakresie wykonania tych prac (Załącznik nr 2 do SWZ Opis Przedmiotu Zamówienia);

c) nałożenie na wykonawcę obowiązku wykonania robót zgodnie z decyzjami, które nie są znane na dzień złożenia oferty, a które będą dopiero wydane przez odpowiednie organy w związku z Inwestycją (§ 1 ust. 1 lit. a) Umowy) co uniemożliwia przedstawienie rzetelnej oferty w zakresie wykonania tych robót;

d) nałożenie na wykonawcę obowiązku wykonania robót zgodnie z dokumentacją (Projektem Wnętrz, który zgodnie z definicją jest elementem Dokumentacji Projektowej), która nie jest dostępna na dzień złożenia oferty i będzie dopiero przekazana Wykonawcy (§ 2 pkt 16) Umowy) co uniemożliwia przedstawienie rzetelnej oferty w zakresie wykonania robót;

e) nałożenie na wykonawcę obowiązku wykonania wszelkiego rodzaju dokumentacji, która okaże się niezbędna dla prawidłowego i zgodnego z prawem i Umową wykonania Przedmiotu Umowy, co w rzeczywistości stanowi niedozwolone obciążenie wykonawcy ryzykiem braków dokumentacji projektowej, za którą w przedmiotowym postępowaniu przetargowym winien być odpowiedzialny Zamawiający (§ 2 pkt 23 Umowy);

f) uzależnienie terminu realizacji Etapu II Przedmiotu Umowy od czynności niezależnych od wykonawcy, na które wykonawca nie ma żadnego wpływu, w tym od działań podmiotów, które nie są związane z Wykonawcą jakkolwiek Umową tj. podpisanie wszystkich branżowych protokołów odbioru końcowego przez Inżyniera Kontraktu i Zamawiającego, zaakceptowanie przez Inżyniera Kontraktu i Zamawiającego kompletnej dokumentacji powykonawczej budowy lub sporządzenia odpowiednich protokołów (§ 3 ust. 2 lit. B Umowy);

g) objęcie definicją Terenu Budowy terenów przyległych do terenu budowy, skutkiem czego jest zobowiązanie wykonawcy do doporowadzenia terenów przyległych, które nie są we władaniu wykonawcy do należytego stanu i porządku, i to niezależnie od tego czy wykonawca spowodował jakiegokolwiek uszkodzenia lub zabrudzenia tego terenu przyległego, co jest równoznaczne ze znaczącym rozszerzeniem odpowiedzialności wykonawcy (§ 2 pkt 49, § 4 ust. 10 oraz § 25 ust. 4 Umowy);

h) nieuzasadnione rozszerzenie odpowiedzialności wykonawcy za wszelkie szkody wynikłe w trakcie wykonywania robót na Terenie Budowy, oraz wyrządzone osobom trzeci, a także za ryzyka, których nie obejmuje ryzyko Zamawiającego (i to nawet w okresie, w którym wykonawca nie znajduje się już na terenie budowy), a nie tylko za szkody i ryzyka, za które wykonawca byłby odpowiedzialny na podstawie obowiązujących przepisów ustawy kodeks cywilny (§ 25 ust. 3 oraz § 25 ust. 7 Umowy);

i) zobowiązanie wykonawcy do naprawienia wszelkich szkód wyrządzonych w elementach, instalacjach i infrastrukturze, niezależnie od winy wykonawcy oraz niezależnie od tego czy ww. elementy instalacje i infrastruktura były prawidłowo zinwentaryzowane w dokumentacji dostarczonej przez Zamawiającego, bez zagwarantowania Wykonawcy zwrotu poniesionych, udokumentowanych kosztów, a także dodatkowego wynagrodzenie za te czynności jak i przedłużenia terminów umownych w przypadku, gdy podjęte przez Wykonawcę działania dotyczą lub wynikają z elementów nieobjętych dokumentacją przekazaną przez Zamawiającego co skutkuje przejściem odpowiedzialności za dokumentację dostarczoną przez Zamawiającego (§ 25 ust. 6 Umowy);

j) zobowiązanie wykonawcy do wykonania wszelkich innych, bliżej nieokreślonych świadczeń, prac i czynności konieczne dla wykonania Przedmiotu Umowy bez doprecyzowania, że obejmuje to tylko te, prace i czynności które

wynikają z dokumentacji przekazanej przez Zamawiającego (dokumentacji przetargowej), a nawet wskazanie że dotyczy to tych robót i prac, które nie są na wprost wskazane w Dokumentacji Projektowej (§ 5 ust. 1 pkt 12, § 8 ust. 12 oraz ust. 12 pkt 2 oraz ust. 13 Umowy Umowy);

k) nałożenie na wykonawcę obowiązku zapewnienia spełnienia wymagań gestorów sieci, w tym także w zakresie nadzoru nad prowadzonymi pracami oraz odbioru przez gestorów sieci przebudowanych elementów infrastruktury, w szczególności zobowiązania wykonawcy do udostępnienia Terenu Budowy i skoordynowania realizacji robót objętych zakresem Umowy z planowanymi przez gestorów sieci i właścicielami nieruchomości sąsiednich robotami budowlanymi w obszarze Inwestycji zgodnie z informacjami i warunkami określonymi w SWZ i OPZ, przy czym szczegółowy zakres powyższych obowiązków oraz okres ich realizacji, a także zakres koordynacji nie zostały określone w dokumentacji przetargowej, a warunki gestorów sieci załączone do Umowy (za wyjątkiem warunków udzielnych przez Veolia Energia Poznań S.A.) są już nieważne, co uniemożliwia oferentom przygotowanie rzetelnych i konkurencyjnych ofert, i rodzi niemożliwe do oceny na dzień złożenia oferty ryzyko związane z terminem i zakresem zobowiązań wykonawcy (§ 5 ust. 1 pkt 12, § 21 ust. 3 Umowy),

l) nałożenie na wykonawcę obowiązku dokonywania wszelkich czynności przed właściwymi organami administracji niezbędnych do uzyskania Pozwolenia na Użytkowania lub innych Pozwoleń, a także nałożenie na wykonawcę obowiązku wykonania zmian, modyfikacji lub dodatkowych elementów itp., w terminie 3 dni w przypadku, kiedy na skutek zaleceń organów zewnętrznych konieczne będzie ich dokonanie i to pod rygorem powierzenia ich wykonania podmiotowi trzeciemu na koszt i ryzyko wykonawcy, bez jednoczesnego doprecyzowania, że powyższe zobowiązanie obejmuje tylko te czynności, których wykonanie wynika z dokumentacji przekazanej przez Zamawiającego (dokumentacji przetargowej);

m) zobowiązanie wykonawcy do sporządzenia docelowej organizacji ruchu tj. realizacji obowiązków, za które zwyczajowo wykonawca robót budowlanych nie odpowiada i które co do zasady objęte jest kompetencją projektanta, podczas gdy przedmiotowe zamówienie realizowane jest formule „wybuduj”. Nadto wskazać należy, przedmiotowa docelowa organizacja ruchu została już sporządzona przez Zamawiającego, a jej wyniki zostały załączone do dokumentacji przetargowej (Załącznik nr 2 do SWZ OPIS PRZEDMIOTU ZAMÓWIENIA pkt II podpunkt 1);

n) zobowiązanie wykonawcy do wykonania bliżej nieokreślonych świadczeń nie związanych z przedmiotem Umowy, których szczegółowy zakres nie został sprecyzowany, co uniemożliwia przedstawienie rzetelnej oferty w zakresie wykonania przedmiotu Umowy (§ 12 ust. 18 pkt 1.2 Umowy);

o) zobowiązanie wykonawcy do wykonania świadczeń dodatkowych niesprecyzowanych w dokumentacji przetargowych obejmujących zapewnienie utrzymanie w stanie niepogorszonym budynków zlokalizowanych w sąsiedztwie Terenu Budowy, w tym również utrzymanie niepogorszonej czystości fasad budynków z Terenem Budowy, podczas gdy za obiekty sąsiadujące Wykonawca powinien odpowiadać na zasadzie winy (§ 13 ust. 2 pkt 2 oraz § 25 ust. 5 Umowy);

p) zobowiązanie wykonawcy od wykonania modeli rzeczywistych (Mock'up) w skali 1:1 wskazanych fragmentów zewnętrznych i wewnętrznych elementów wykończenia budynków bez konkretnego wskazania jakich elementów ten obowiązek dotyczy (obowiązek odnosi się do katalogu otwartego) (§ 14 ust. 7 Umowy);

q) wprowadzenie postanowień, które w rzeczywistości prowadzą do bezusterkowego odbioru robót, m. in. uzależnienie odbioru od zaakceptowania kompletu dokumentów wymaganych od wykonawcy (§ 14 ust. 4 Umowy), uzależnienie odbioru Robót od potwierdzenia, że wszelkie stwierdzone w nich usterki, wady nieistotne oraz zalecenia zostały odebrane z wynikiem pozytywnym (§ 17 ust. 7 pkt 2, § 17 ust. 9 lit. a), § 17 ust. 15, § 17 ust. 21 pkt 1 i 4 Umowy);

r) uzależnienie dokonania odbioru Robót od działań podmiotów trzecich, niebędących stroną umowy, na które wykonawca nie ma żadnego wpływu np. od udzielenia akceptacji przez projektanta bądź przez inspektorów działających na bezpośrednie zlecenie Zamawiającego (§ 17 ust. 8 pkt 3 lit. d), § 17 ust. 9 lit c), § 17 ust.10 pkt 1) lit. i) i j), § 17 ust. 13 lit b) Umowy, § 17 ust. 14 pkt 12);

s) zobowiązanie wykonawcy do wykonywania wszelkich modyfikacji dot. Przedmiotu Umowy na podstawie polecenia zmiany wydanego przez Inżyniera Kontraktu bez prawa wykonawcy do żądania zmiany terminów realizacji Przedmiotu Umowy na podstawie polecenia wykonania takiej zmiany (postanowienia Umowy uprawniają lecz nie zobowiązują Zamawiającego do zlecenia aktualizacji HRF jedynie w przypadku gdy polecenie zmiany będzie miało istotny wpływ na wykonanie Przedmiotu Umowy), co w konsekwencji wiąże się z ryzykiem naliczenia kar umownych wobec wykonawcy, a także ryzykiem konieczności poniesienia dodatkowych kosztów związanych z dłuższym niż to pierwotnie zakładano terminem realizacji przedmiotu Umowy, bez uprawnienia do żądania zwrotu poniesionych z tego tytułu dodatkowych kosztów, a także może stanowić naruszenie art. 15 ustawy z dnia 17 grudnia 2004 r. o odpowiedzialności za naruszenie

dyscypliny finansów publicznych (§ 27 ust. 1 oraz ust. 8 Umowy),

t) przyjęcie zasady, iż w przypadku gdy roboty wynikające z wprowadzonych poleceniem zmiany, odpowiadają opisowi pozycji OTER, TER (lub kosztorysu ofertowego wykonawcy), cena jednostkowa określona w tych dokumentach, będzie podstawą do wyliczenia wysokości wynagrodzenia, należnego wykonawcy z tytułu wprowadzenia danej zmiany, i to bez możliwości jej waloryzacji, co w konsekwencji wiąże się z nieuzasadnionym przeniesieniem na wykonawcę ryzyka wzrostu cen za zakres prac, który nie jest przedmiotem zamówienia i nie jest znany Wykonawcy w dniu złożenia oferty (§ 27 ust. 5 w zw. z § 34 ust. 1 pkt 10 Umowy),

u) nieprecyzyjny opis wymogów w zakresie poziomu uszczegółowienia danych dot. Modelu BIM (pkt 4 Załącznika nr 1 do OPISU PRZEDMIOTU ZAMÓWIENIA Wymagania Informacyjne Zamawiającego (EIR) określające wymogi BIM), który uniemożliwia wykonawcy określenie swoich zobowiązań w tym zakresie w dniu złożenia oferty;

2) ukształtowanie warunków umowy o zamówienie publiczne w sposób sprzeczny z zasadą równowagi stron stosunku zobowiązaniowego, zasadami współzycia społecznego, przepisami kodeksu cywilnego, a tym samym w sposób naruszający naczelną zasadę prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji, polegający na:

a) uzależnieniu faktu zapłaty wynagrodzenia wykonawcy od uzgodnienia przez Strony Umowy oraz Inżyniera Kontraktu (a zatem podmiotu nie będącego Stroną Umowy dla Wykonawcy) Tabeli Elementów Rozliczeniowych (§ 8 ust. 6 lit. a) oraz § 2 pkt 27 i 29 Umowy), co uniemożliwia ustalenie w dniu złożenia oferty momentu otrzymania zapłaty;

b) uzależnieniu wystawienia faktury końcowej od uzyskania pozwolenia na użytkowanie, co może skutkować naruszeniem bezwzględnie obowiązujących przepisów prawa podatkowego (w tym ustawy z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług), które nakazują wykonawcy wystawienia faktury w terminie 30 dni od wykonania usługi budowlanej, a nadto obciąża wykonawcę nieuzasadnionym ryzykiem prawidłowości dokumentacji projektowej w kontekście możliwości uzyskania pozwolenia na użytkowanie;

c) ukształtowaniu zobowiązań dotyczących rękojmi w sposób niezgodny z uregulowaniami ustawy kodeks cywilny, w tym w szczególności art. 560 § 1, § 3 oraz art. 561 § 3 ustawy kodeks cywilny skutkujące:

i) koniecznością zadośćuczynienia żądaniu Zamawiającego i to według jego wyboru, nawet jeżeli doprowadzenie do zgodności z Umową rzeczy wadliwej w sposób wybrany przez Zamawiającego jest niemożliwy albo w porównaniu z drugim możliwym sposobem doprowadzenia do zgodności z Umową wymagałoby nadmiernych kosztów, oraz

ii) koniecznością zwrotu całości lub odpowiedniej części zapłaconego wykonawcy wynagrodzenia nawet gdy wada nie pozbawia Zamawiającego z możliwości korzystania z wadliwej części przedmiotu Umowy, co w sposób istotny wykracza poza ramy wynikające z instytucji obniżenia ceny wynikającej z art. 560 ustawy kodeks cywilny (§ 28 ust. 4 Umowy, pkt 2 Załącznika nr 3 – wzór Karty gwarancyjnej);

d) zobowiązaniu wykonawcy do usuwania wad i usterek w terminach nierealnych, niemożliwych do dotrzymania, sztywno określonych w Umowie, bez uwzględnienia innych okoliczności, w szczególności charakteru wady, obiektywnej możliwości jej usunięcia tj. w ciągu 24 godzin od momentu powiadomienia przez Zamawiającego w przypadku wystąpienia wad zagrażających bezpieczeństwu zasobu muzealnego, lub w terminie 7 dni od dnia ich zgłoszenia przez Zamawiającego w pozostałych przypadkach (§ 28 ust. 6 i 9 Umowy, pkt 3, 7 i 8 Załącznika nr 3 – wzór Karty gwarancyjnej);

e) zobowiązaniu wykonawcy do uwzględnienia i stosowania postanowień szczegółowych instrukcji opracowanych dla zabezpieczenia zasobu muzealnego w sytuacjach awaryjnych podczas gdy przedmiotowe instrukcje nie zostały uwzględnione w dokumentacji przetargowej, a dodatkowo ani karta gwarancyjna ani Umowa nie definiuje co należy rozumieć przez tryb awaryjny (pkt 9 Załącznika nr 3 – wzór Karty gwarancyjnej);

f) sprzeczność postanowień Umowy (§ 7 ust 2 Umowy) zgodnie, z którymi wykonawca nie jest zobowiązany do wymiany materiałów eksploatacyjnych ulegających normalnemu zużyciu oraz postanowień karty gwarancyjnej zgodnie z którymi koszty materiałów eksploatacyjnych, które wymagają bieżącej wymiany w okresie gwarancyjnym, ponosi Gwarant tj. Wykonawca (pkt 16 lit. e) Załącznika nr 3 – wzór Karty gwarancyjnej);

g) uprawnieniu Zamawiającego do wystąpienia z żądaniem wypłaty zabezpieczenia w pełnej kwocie z dotychczasowej gwarancji należytego wykonania Umowy lub z gwarancji zabezpieczenia roszczeń z tytułu rękojmi i gwarancji lub z poręczenia w przypadku nie złożenia przez wykonawcę Zamawiającemu zmienionego zabezpieczenia zgodnie z § 29 ust. 5 Umowy bez wskazania, że wypłacona kwota zabezpieczenia zostanie zwrócona wykonawcy w

niewykorzystanej części, oraz bez wskazania warunków zwrotu takiej niewypłaconej części zabezpieczenia (§ 29 ust. 6 Umowy);

h) wprowadzeniu zasady, zgodnie z którą w przypadku wystąpienia przeszkód opisanych w § 33 ust. 2 pkt 1 Umowy termin ulegnie przesunięciu o liczbę dni, w których z powodu zaistnienia takiej przeszkody brak było możliwości wykonywania Umowy w sposób, który pozwoliłby na terminowe wykonanie Przedmiotu Umowy, podczas gdy w rzeczywistości, mając na względzie harmonogram, konieczność mobilizacji oraz inne zewnętrzne okoliczności czas ten może być dłuższy (§ 33 ust. 2 pkt 1 Umowy);

i) nie przewidzeniu możliwości zmiany wynagrodzenia w przypadku wystąpienia przeszkód opisanych w § 33 ust. 2 pkt 1 oraz pkt 2 Umowy podczas gdy jest oczywistym, że okoliczności te mogą mieć wpływ na wartość wynagrodzenia (w § 33 ust. 3 Umowy);

j) zobowiązaniu wykonawcy do zawarcia dedykowanej pod kontrakt o nazwie „Budowa Muzeum Powstania Wielkopolskiego 1918-1919” polisy ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej (OC) na warunkach określonych w Załącznik nr 12a do Umowy [...] „Warunki Ubezpieczeń”, i utrzymania jej w mocy co najmniej przez okres związania Umową (tj. od dnia podpisania umowy, do wypełnienia zobowiązań gwarancyjnych), podczas gdy instytucją przewidzianą w ustawie PZP na zabezpieczenie roszczeń jest zabezpieczenie należytego wykonania umowy, a zobowiązanie wykonawcy do utrzymania w mocy takiego ubezpieczenia do momentu wypełnienia zobowiązań gwarancyjnych znacznie wykracza poza standardy rynkowe. Dodatkowo z uwagi na długi okres, w którym ww. polisa ma obowiązywać, koszt jej uzyskania utrzymania jest znaczący, a jednocześnie trudny do przewidzenia w dniu złożenia oferty, co wprowadza niepewność w zakresie ofert wykonawców (pkt 2 Załącznika nr 12a do Umowy [...] „Warunki Ubezpieczeń”);

k) ustanowienie wymogu, zgodnie z którym wykonawca ma być związany ofertą do dnia 18 grudnia 2023 r. tj. przez okres 120 dni od dnia upływu terminu składania ofert, podczas gdy aktualna sytuacja ekonomiczna w kraju i na świecie, i niepewność związana z inflacją oraz wojną na Ukrainie sprawia, iż na rynku ciężko jest uzyskać oferty od podwykonawców bądź dostawców na okres dłuższy niż 30 dni;

l) nieuzasadnione przeniesienie na wykonawcę błędów projektowych w zakresie kolizji instalacji międzybranżowych poprzez przeniesienie na wykonawcę obowiązku koordynacji międzybranżowej w zakresie BIM (Załącznik nr 1 do OPISU PRZEDMIOTU ZAMÓWIENIA Wymagania Informacyjne Zamawiającego (EIR) określające wymogi BIM).

2. art. 112 ust. 1 w zw. z art. 112 ust. 2 pkt 4) w zw. z art. 116 ust. 1 w zw. z art. 16 ustawy PZP oraz art. 239 ust. 1 w zw. z art. 242 ust. 1 w zw. z art. 242 ust. 2 pkt 5) w zw. z art. 16 pkt 1) — 3) ustawy PZP poprzez:

1) wprowadzenie w ramach warunku udziału w Postępowaniu, o którym mowa w Rozdziale VIII ust. 2 pkt 1 lit. d) tiret drugi podpunkt 11) (dotyczy Kierownika ds. akustyki) i 12) (dotyczy Kierownika ds. Elektroakustyki) SWZ nieuzasadnionego ograniczenia w postaci konieczności wykazania się wykształceniem technicznym;

2) wprowadzenie w ramach warunku udziału w Postępowaniu, o którym mowa w Rozdziale VIII ust. 2 pkt 1 lit. d) tiret drugi podpunkt 2) (dotyczy Kierownika Robót Sanitarnych) SWZ oraz kryterium oceny ofert w zakresie dotyczącym doświadczenia Kierownika Robót Sanitarnych, o którym mowa w Rozdziale XV. Ust. 3 SWZ lit c) nieuzasadnionego wymogu dla nabywania wymaganych kompetencji w postaci konieczności wykazania się na potwierdzenie spełniania warunku udziału w Postępowaniu i w celu zdobycia punktów w ramach kryterium Dodatkowego (Doświadczenie Personelu Wykonawcy- Dodatkowe doświadczenie Kierownika robót sanitarnych) doświadczeniem zawodowym

(a) co najmniej 120- miesięcznym doświadczeniem w nadzorowaniu / kierowaniu robotami budowlanymi sanitarnymi; oraz

(b) wyłącznie w ramach realizacji minimum 2 zakończonych inwestycji polegających na budowie budynku o wartości nie mniej niż minimum 50 000 000,00 zł brutto każda z inwestycji;

3) wprowadzenie w ramach warunku udziału w Postępowaniu, o którym mowa w Rozdziale VIII ust. 2 pkt 1 lit. d) tiret drugi podpunkt 10) (dotyczy Specjalisty ds. rozliczeń) SWZ nieuzasadnionego ograniczenia w postaci konieczności wykazania się doświadczeniem zawodowe w rozliczeniu min. 2 inwestycji objętych dofinansowaniem zewnętrznym dla Zamawiającego o wartości minimum 50 000 000,00 zł brutto każda podczas gdy przedmiot umowy z wykonawcą nie będzie obejmował rozliczenia inwestycji objętych dofinansowaniem zewnętrznym albowiem obowiązki te wykonywać będzie Zamawiający/Inżynier Kontraktu,

co stanowi postanowienia nieproporcjonalne do przedmiotu zamówienia i nadmierne dla zweryfikowania zdolności do należytego wykonania przedmiotowego zamówienia, a co za tym idzie dyskryminujące wykonawców i naruszające zasadę równego traktowania i uczciwej konkurencji.

W oparciu o powyższe zarzuty odwołujący wnosil o uwzględnienie odwołania w całości oraz nakazanie zamawiającemu

następujących zmian w treści:

1.1. Umowy w § 1 ust 1 poprzez jego zmianę, tak aby otrzymał następujące brzmienie:

„Zamawiający zleca, a Wykonawca zobowiązuje się do wykonania zamówienia „Budowa Muzeum Powstania Wielkopolskiego 1918-1919” zlokalizowanego przy ulicy Północnej i Księcia Józefa w Poznaniu. Budynek jest projektowany na terenie działek nr 69/6 ark. 02 obręb Poznań, części działek nr 2 i 3/4, ark. 04 obręb Poznań obejmującego w szczególności:

- 1) wykonanie robót budowlanych w tym nasadzenia zieleni wraz z usługami towarzyszącymi, o których mowa w §5 Umowy, w tym z uzyskaniem ostatecznej decyzji o pozwoleniu na użytkowanie,
- 2) dostawę elementów wyposażenia i technologii, o których mowa w §6 Umowy,
- 3) wykonywaniem czynności serwisowych oraz zabiegów pielęgnacyjnych i utrzymaniowych zieleni w okresie rękojmi i gwarancji, o których mowa w § 7 Umowy oraz wykonaniem przez Wykonawcę wszystkich innych obowiązków opisanych w SWZ, w tym Opisie Przedmiotu Zamówienia i Umowie,
- 4) wykonanie Dokumentów Wykonawcy, w tym dokumentacji powykonawczej i modelu BIM oraz uzyskanie wszelkich niezbędnych decyzji, zezwoleń, uzgodnień i zatwierdzeń wskazanych w Umowie, (zwanego dalej łącznie „Przedmiotem Umowy”).”.

1.2. Umowy w § 2 pkt 1 poprzez jego zmianę, tak aby otrzymał następujące brzmienie:

„Użyte w Umowie wyrazy i wyrażenia oznaczają:

„1) Inwestycja: należy przez to rozumieć inwestycję pn. „Budowa Muzeum Powstania Wielkopolskiego 1918-1919” obejmującą:

- (i) Rozbiórkę budynków gospodarczych i magazynowych, budynku biurowego, ogrodzenia, trybun lodowiska, infrastruktury sportowej oraz kanałów podziemnych oraz pozostałej infrastruktury i urządzeń na terenie nieruchomości przy ul. Północnej i ul. Księcia Józefa na działkach nr. ew. 69/6 ark. 2 obręb Poznań i działkach nr ew. 2, 3/4 ark. 4 obręb Poznań¹,
 - (ii) Budowę budynku Muzeum Powstania Wielkopolskiego 1918-1919 w Poznaniu na terenie nieruchomości przy ul. Północnej i ul. Księcia Józefa na działce nr ew. 69/6 ark. 2 obręb Poznań i części działek nr ew. 2, 3/4 ark. 4 obręb Poznań w Poznaniu,
 - (iii) dostawę i montaż wyposażenia i technologii obiektu,
- zgodnie z Dokumentacją Projektową, Pozwoleniem na Budowę, Pozwoleniem Archeologicznym i Pozwoleniem Konserwatorskim oraz wszelkimi innymi decyzjami wydanymi ~~lub które będą wydane przez odpowiednie organy w związku z Inwestycją~~ wskazanymi w Umowie.”

1.3. Umowy w § 2 pkt 16 poprzez jego zmianę, tak aby otrzymał następujące brzmienie:

„Projekt Wnętrz - element Dokumentacji Projektowej stanowiący uszczegółwienie i dopełnienie Projektu Wykonawczego, w zakresie detali i uszczegółwienia rysunków i danych zawartych w pozostałych elementach Dokumentacji Projektowej , który zostanie wykonany przez Projektanta na zlecenie Zamawiającego i przekazany Wykonawcy w trybie określonym w § 27 Umowy”.

1.4. Umowy w § 2 pkt 23 poprzez jego zmianę, tak aby otrzymał następujące brzmienie:

~~Dokumenty Wykonawcy/ Dokumentacja Wykonawcy: oznacza wszelkiego rodzaju dokumentację (w tym model BIM), do której wykonania będzie zobowiązany Wykonawca w ramach realizacji Umowy, która okaże się niezbędna dla prawidłowego i zgodnego z prawem i Umową wykonania Przedmiotu Umowy, w szczególności te których wykonanie jest przedmiotem obowiązku wyraźnie nałożonego na Wykonawcę na podstawie Umowy lub powszechnie obowiązujących przepisów prawa, a w tym tj: projekt organizacji placu budowy, COR, projekty technologiczne wykonania robót budowlanych, rysunki techniczne, prezentacje multimedialne oraz wszelkie inne opracowania niezbędne dla prawidłowej realizacji Inwestycji łącznie z uzyskaniem w imieniu Zamawiającego wymaganych decyzji, zezwoleń, uzgodnień i zatwierdzeń oraz schematy technologiczne, projekty i instrukcje montażu oraz instrukcje obsługi oraz opracowanie dokumentacji powykonawczej kołaudat powykonawczy dotyczący Przedmiotu Umowy oraz protokoły potwierdzające wykonanie testów zgodnie z wymogami Prawa budowlanego, w wersji papierowej oraz elektronicznej w formacie PDF i formacie edytowalnym DWG, jak również z wykorzystaniem cyfrowego modelu obiektu budowlanego i procedur oraz procesów z tym związanych, zgodnie ze specyfikacją dla BIM (Building Information Modeling), która stanowi załącznik nr 1 do OPZ.~~

Uwaga: poniżej Odwołujący powiela punktację wniosków odwołania: 1.1., 1.2., 1.3., 1.4. – która zostaje przywołana za odwołaniem:

1.1. Umowy w § 2 pkt 29 poprzez jego zmianę, tak aby otrzymał następujące brzmienie:

„TER: Tabela Elementów Rozliczeniowych stanowiąca uszczegółowioną OTER zgodnie z wytycznymi zawartymi w Załączniku nr 7 do Umowy, która będzie stanowiła załącznik do Umowy po jego uzgodnieniu przez Wykonawcę z Inżynierem Kontraktu i Zamawiającym w terminie do 30 dni od daty zawarcia Umowy – stanowiąca podstawę do rozliczania Wynagrodzenia.”.

1.2. Umowy w § 2 pkt 49 poprzez jego zmianę, tak aby otrzymał następujące brzmienie:

„Teren Budowy: teren, na którym Wykonawca ma wykonać roboty budowlane, o których mowa w §1 ust. 1 pkt 1 Umowy, mieszczący się na działkach wymienionych w Projekcie Budowlanym – 306401_1.0051.AR_02.69/6, 306401_1.0051.AR_04.2/3, 306401_1.0051.AR_04.3/8 (Plan Zagospodarowania Terenu) i teren przyległy, niezbędny do zajęcia w celu wykonania Umowy wraz z obszarem zajmowanym przez urządzenia zaplecza budowy (z tym zastrzeżeniem, że Zamawiający na zaplecze udostępni wyłącznie następujące działki 306401_1.0051.AR_02.69/6, 306401_1.0051.AR_04.2/3, 306401_1.0051.AR_04.3/8), w tym także znajdujące się tam obiekty budowlane, urządzenia techniczne oraz ewentualne podlegające ochronie elementy środowiska przyrodniczego”.

1.3. Umowy w § 3 ust. 2 lit B poprzez jego zmianę, tak aby otrzymał następujące brzmienie:

„B. Etap II: realizowany po zakończeniu Etapu I - roboty wykończeniowe, wyposażenie obiektów, przeprowadzenie protokolarnego poprawnego rozruchu technologicznego wbudowanych Urządzeń i technologii, ~~podpisanie wszystkich branżowych protokołów odbioru końcowego przez Inżyniera Kontraktu i Zamawiającego, zaakceptowanie przez Inżyniera Kontraktu i Zamawiającego, przedłożenie przez Wykonawcę Zamawiającemu~~ kompletnej dokumentacji powykonawczej – 28 miesięcy od dnia zawarcia Umowy,”.

1.4. Umowy w § 3 ust. 5 poprzez jego zmianę, tak aby otrzymał następujące brzmienie:

Strony ustalają, że terminy wykonania Etapów będą uznawane za dotrzymane w przypadku faktycznego wykonania przez Wykonawcę Robót lub czynności objętych danym Etapem przed upływem terminu wykonania danego Etapu sporządzenia przed ich upływem odpowiednich protokołów odbioru zgodnie z zasadami określonymi Umową, w szczególności w § 17.

1.5. Umowy w § 4 ust. 10 poprzez jego zmianę, tak aby otrzymał następujące brzmienie:

„Przed zgłoszeniem gotowości do Odbioru Końcowego Wykonawca doprowadzi Teren Budowy i tereny przyległe do należytego stanu i porządku, w szczególności usunie z Terenu Budowy wszelkie rzeczy ruchome, które znalazły się na Terenie Budowy w związku z realizacją Umowy, a których umieszczenie na terenie budowy nie stanowi przedmiotu Umowy opisanego Dokumentacją Projektową, w szczególności takie jak: odpady, resztki materiałów budowlanych, materiały z rozbiórki, urządzenia budowlane, kontenery, urządzenia zaplecza i wykona wszelkie niezbędne prace porządkowe, w szczególności usunie z ulicy i z fasad budynków brud budowlany.”.

1.6. Umowy w § 5 ust. 1 pkt 6 lit. b) poprzez jego zmianę, tak aby otrzymał następujące brzmienie:

„nadzoru i kierowania pracami archeologicznymi zgodnie z Pozwoleniem Archeologicznym. ~~W ramach tego obowiązku Wykonawca zobligowany jest również opracować Program Badań Archeologicznych wraz z decyzją wskazaną w zdaniu poprzedzającym wraz z wykonaniem badań archeologicznych,~~”.

1.7. Umowy w § 5 ust 1 pkt 12) poprzez jego wykreślenie.

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

„Wykonawca zobowiązany jest do prowadzenia robót w zakresie przebudowy elementów infrastruktury i nawierzchni podlegających rozbiórkom zgodnie z uzgodnieniami zawartymi w Dokumentacji Projektowej oraz uzgodnieniami z gestorami sieci. Do obowiązków Wykonawcy należeć będzie również zapewnienie spełnienia wymagań gestorów gestora sieci tj. Veolia Energia Poznań S.A., w tym także w zakresie nadzoru nad prowadzonymi pracami oraz odbioru przez gestorów sieci Veolia Energia Poznań S.A., przebudowanych elementów infrastruktury. ~~W szczególności Wykonawca zobowiązany jest do udostępnienia Terenu Budowy i skoordynowania realizacji robót objętych zakresem Umowy z planowanymi przez gestorów sieci i właścicielami nieruchomości sąsiednich robotami budowlanymi w obszarze inwestycji zgodnie z informacjami i warunkami określonymi w SWZ i OPZ.~~

1.9. Umowy w § 5 ust. 12 pkt 2 poprzez jego zmianę, tak aby otrzymał następujące brzmienie:

„pełnej współpracy z Inżynierem Kontraktu oraz z Zamawiającym przy czynnościach związanych z uzyskaniem Pozwolenia na Użytkowanie oraz niezwłoczne dokonywanie wszelkich czynności niezbędnych dla uzyskania Pozwolenia na Użytkowanie w zakresie opisanym w Umowie.”.

1.10. Umowy w § 5 ust. 12 pkt 3 poprzez jego zmianę, tak aby otrzymał następujące brzmienie:

„reprezentowania Zamawiającego w toku postępowania w przedmiocie uzyskania Pozwolenia na Użytkowanie oraz dokonywanie wszelkich tych czynności przed właściwymi organami administracji niezbędnymi do uzyskania Pozwolenia

na Użytkowania, które zostały określone w Umowie. W razie potrzeby Zamawiający udzieli wskazanej przez Wykonawcę osobie fizycznej pełnomocnictwa do reprezentacji przed organami administracji publicznej”.

1.11. Umowy w § 5 ust. 12 pkt 4 i 5 poprzez ich wykreślenie.

1.12. Umowy w § 8 ust. 6 lit a) poprzez jego zmianę, tak aby otrzymał następujące brzmienie:

„pierwsza faktura częściowa zostanie wystawiona po upływie pierwszego pełnego miesiąca od daty zawarcia Umowy zatwierdzenia TER i HRF, a kwota na jaką zostanie wystawiona będzie stanowiła iloczyn wskaźnika, o którym mowa w ust. 8 przez wartość wynagrodzenia dla danej pozycji TER”.

1.13. Umowy w § 8 ust 6 lit d. poprzez jego zmianę, tak aby otrzymał następujące brzmienie:

„faktura końcowa zostanie wystawiona po uzyskaniu prawomocnej decyzji o pozwoleniu na użytkowanie i podpisaniu Protokołu Odbioru Końcowego, ~~a jej wysokość będzie odpowiadała różnicy wartości określonej w ust. 2 i sumy wartości już wypłaconych.~~”.

1.14. Umowy w § 8 ust 7 poprzez jego wykreślenie.

1.15. Umowy w § 8 ust 12 pkt 2) poprzez jego zmianę, tak aby otrzymał następujące brzmienie:

„koszty wytworzenia Dokumentacji Wykonawcy, koszty uzyskania niezbędnych danych, opinii, uzgodnień, decyzji zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa, zysk Wykonawcy, oraz koszty wszelkich innych świadczeń, których wykonanie jest niezbędne dla prawidłowego zakończenia Przedmiotu Umowy jest przedmiotem obowiązku wyraźnie nałożonego na Wykonawcę na podstawie Umowy lub powszechnie obowiązujących przepisów prawa.”.

1.16. Umowy w § 8 ust 13 poprzez jego zmianę, tak aby otrzymał następujące brzmienie:

„Strony zgodnie ustalają, że Wynagrodzenie obejmuje wszelkie koszty związane z wykonaniem wszelkich robót i prac, których konieczność wykonania Wykonawca, działając z najwyższą profesjonalną starannością wymaganą od wykonawcy robót budowlanych, z uwzględnieniem wiedzy technicznej i doświadczenia zawodowego, mógł przewidzieć przed złożeniem oferty, w szczególności na podstawie analizy dokumentacji projektowej ~~i to nawet wtedy, gdy nie są one wprost wskazane w Dokumentacji Projektowej. Będą one uznawane za objęte zakresem Przedmiotu Umowy i Wynagrodzenia.~~”.

1.17. Umowy w § 13 ust 2 pkt. 2) poprzez jego zmianę, tak aby otrzymał następujące brzmienie:

w taki sposób aby zapewniający utrzymanie w stanie nie pogorszonym Wykonawca nie pogorszył stanu budynków zlokalizowanych w bezpośrednim sąsiedztwie Terenu Budowy, ani też w tym również utrzymanie nie pogorszonej nie pogorszył czystości fasad budynków bezpośrednio sąsiadujących z Terenem Budowy.

1.18. Umowy w § 13 ust 5 poprzez jego zmianę, tak aby otrzymał następujące brzmienie:

„W celu wystąpienia z wnioskiem w imieniu Zamawiającego o wydanie Pozwolenie na Użytkowanie ~~oraz w razie konieczności wystąpienia przez Wykonawcę w imieniu Zamawiającego o wydanie decyzji, zezwoleń, uzgodnień i innych dokumentów niezbędnych dla wykonania Przedmiotu Umowy~~, Wykonawca wystąpi do Zamawiającego o udzielenie stosownego pełnomocnictwa osobie wskazanej przez Wykonawcę ze wskazaniem precyzyjnego zakresu umocowania. Zamawiający przekaze Wykonawcy pełnomocnictwo niezwłocznie, nie później aniżeli w terminie 10 dni roboczych od dnia wystąpienia Wykonawcy. Zamawiający może, w przypadku uzasadnionych wątpliwości co do wskazanej przez Wykonawcę osoby, odmówić udzielenia pełnomocnictwa”.

1.19. Umowy w § 14 ust 7 poprzez jego zmianę, tak aby otrzymał następujące brzmienie:

„Wykonawca zobowiązany jest, z odpowiednim wyprzedzeniem przed realizacją docelowych elementów, wykonać modele rzeczywiste (Mock'up) w skali 1:1 ~~wskazanych fragmentów zewnętrznych i wewnętrznych elementów wykończenia budynków, w tym w szczególności: elewacji kamiennej, ślusarki fasadowej, okiennej i kurtynowej, betonów architektonicznych, posadzek, sufitów, balustrad, istotnych elementów wystroju i elementów wykończenia wnętrza.~~ Zasady i procedurę uzyskiwania akceptacji Zespołu Nadzoru Autorskiego oraz Zamawiającego określono w OPZ i Dokumentacji Projektowej”.

1.20. Umowy w § 17 ust 4 poprzez jego zmianę, tak aby otrzymał następujące brzmienie:

„Niedopuszczalne jest przeprowadzenia odbioru, gdy w wyznaczonym terminie odbioru Roboty będące jego przedmiotem nie zostały jeszcze wykonane (o ile braki te stanowią wadę istotną) lub nie został ~~zaakceptowany~~ przedłożony Zamawiającemu komplet dokumentów wymaganych od Wykonawcy. W takim wypadku Inżynier Kontraktu może odmówić dokonania danego odbioru, a Wykonawca zobowiązany jest do ponownego zgłoszenia gotowości do odbioru robót po zakończeniu wskazanych powyżej robót oraz przekazaniu uzupełnieniu braków w dokumentacji”.

1.21. Umowy w § 17 ust 7 pkt 2) poprzez jego zmianę, tak aby otrzymał następujące brzmienie:

„Komplet protokołów Odbiorów Robót Zanikających lub Ulegających Zakryciu, wraz z załącznikami, odpowiadających

rzeczowo pozycjom rozliczeniowym TER wraz z potwierdzeniem, że wszelkie stwierdzone w nich wady nieistotne oraz zalecenia zostały usunięte odebrane z wynikiem pozytywnym.”.

1.22. Umowy w § 17 ust 8 pkt 3 lit d) poprzez jego wykreślenie.

1.23. Umowy w § 17 ust 9 lit. a. poprzez jego zmianę, tak aby otrzymał następujące brzmienie:

„potwierdzone za zgodność z oryginałem kopie Protokołów Odbioru Częściowego dla wszystkich pozycji TER objętych Etapem oraz protokołów usunięcia stwierdzonych wad nieistotnych,”.

1.24. Umowy w § 17 ust 9 lit. c. poprzez jego zmianę, tak aby otrzymał następujące brzmienie:

„w razie zmian nieodstępujących w sposób istotny od zatwierdzonego Projektu Budowlanego lub warunków, dokonanych podczas wykonywania robót objętych odbiorem - kopie rysunków wchodzących w skład zatwierdzonego projektu budowlanego, z naniesionymi zmianami, a w razie potrzeby także uzupełniający opis wraz z potwierdzeniem Projektanta o nieistotności zmian”.

1.25. Umowy w § 17 ust 10 pkt 1 lit i. j. poprzez ich wykreślenie.

1.26. Umowy w § 17 ust 13 lit b. poprzez jego zmianę, tak aby otrzymał następujące brzmienie:

„~~potwierdzenie odbioru przez Inżyniera Kontraktu~~ kolaudatu powykonawczego, kolaudat powykonawczy, o którym mowa w ust. 14 poniżej”.

1.27. Umowy w § 17 ust 14 pkt 12 poprzez jego zmianę, tak aby otrzymał następujące brzmienie:

„zbiorcze zestawienie ostatecznych wartości poszczególnych elementów robót budowlanych, ~~potwierdzone przez właściwych branżowo Inspektorów Nadzoru~~”.

1.28. Umowy w § 17 ust 14 pkt 17 poprzez jego wykreślenie.

1.29. Umowy w § 17 ust 15 poprzez jego zmianę, tak aby otrzymał następujące brzmienie:

„Jeżeli w toku danego Odbioru nie zostaną stwierdzone żadne wady istotne w przedłożonych dokumentach lub wykonanych Robotach; Strony podpiszą odpowiedni pozytywny protokół odbioru prac objętych zakresem zgłoszenia Wykonawcy.”.

1.30. Umowy w § 17 ust 21 pkt 1 poprzez jego zmianę, tak aby otrzymał następujące brzmienie:

„Jeżeli stwierdzone wady nie uniemożliwiają użytkowania Przedmiotu Umowy zgodnie z przeznaczeniem, Zamawiający ~~może dokonać~~ dokona Odbioru Robót Budowlanych lub Odbioru Końcowego, przy czym (...)”.

1.31. Umowy w § 17 ust 21 pkt 4 poprzez jego zmianę, tak aby otrzymał następujące brzmienie:

„Jeżeli wady uniemożliwiają użytkowanie Przedmiotu Umowy zgodnie z przeznaczeniem lub stanowią zagrożenie użytkowania ~~albo też rażąco naruszają estetykę wykonania Przedmiotu Umowy~~ w całości lub w części oraz nie nadają się do usunięcia, Zamawiający może: (...)”.

1.32. Umowy w § 21 ust 3 poprzez jego wykreślenie.

1.33. Umowy w § 25 ust 3 poprzez jego zmianę, tak aby otrzymał następujące brzmienie:

„Za wszelkie szkody wynikłe w trakcie wykonywania robót na Terenie Budowy, oraz wyrządzone przez Wykonawcę lub jego podwykonawcę osobom trzecim ponosi odpowiedzialność Wykonawca i zobowiązany jest do ich naprawienia na własny koszt.”.

1.34. Umowy w § 25 ust 4 poprzez jego zmianę, tak aby otrzymał następujące brzmienie:

„W szczególności Wykonawca zobowiązuje się do naprawienia i doprowadzenia do stanu poprzedniego w przypadku zniszczenia lub uszkodzenia w trakcie wykonywania robót ~~otoczenia miejsca budowy, dróg,~~ zinventoryzowanych w dokumentacji załączonej do Umowy instalacji podziemnych bądź majątku Zamawiającego, na własny koszt.”.

1.35. Umowy w § 25 ust 5 poprzez jego zmianę, tak aby otrzymał następujące brzmienie:

„Wykonawca, na własną odpowiedzialność i na swój koszt, podejmie wszelkie środki zapobiegawcze (biorąc pod uwagę aktualne okoliczności), aby ~~zabezpieczyć prawa właścicieli posesji i budynków sąsiadujących z Terenem Budowy~~ oraz uniknąć powodowania ~~tam~~ jakichkolwiek zakłóceń czy szkod właścicielom posesji i budynków sąsiadujących z Terenem Budowy. Wykonawca zabezpieczy Zamawiającego przed jakimikolwiek roszczeniami wnoszonymi przez właścicieli posesji czy budynków sąsiadujących z terenem budowy w zakresie, w jakim Wykonawca odpowiada za takie zakłócenia czy szkody i przejmie odpowiedzialność materialną za wszelkie skutki finansowe z tego tytułu.”.

1.36. Umowy w § 25 ust 6 poprzez jego zmianę, tak aby otrzymał następujące brzmienie:

„Wykonawca zaznajomi się z umiejscowieniem wszystkich ~~istniejących~~ zinventoryzowanych w dokumentacji przetargowej obiektów podziemnych oraz naziemnych, w tym sieci i instalacji, takich jak odwodnienie, linie i słupy

telefoniczne, elektryczne, światłowodowe, wodociągi, gazociągi i podobne, przed rozpoczęciem jakichkolwiek wykopów, trakcja tramwajowa lub innych prac mogących uszkodzić istniejące instalacje. Każdorazowo przed przystąpieniem do wykonywania robót ziemnych, kontrolne wykopy będą wykonane w celu zidentyfikowania obiektów podziemnych, w tym podziemnych sieci i instalacji, w szczególności takich, których uszkodzenie może stanowić zagrożenie bezpieczeństwa ruchu, życia i bezpieczeństwa publicznego. Wykonawca będzie odpowiedzialny w szczególności za wszelkie uszkodzenia dróg, rowów odwadniających, wodociągów i gazociągów, słupów i linii energetycznych, kabli, punktów osnowy geodezyjnej, trakcji i instalacji jakiegokolwiek rodzaju spowodowane przez niego lub jego Podwykonawców podczas wykonywania Robót o ile elementy te były prawidłowo zinwentaryzowane w dokumentacji przetargowej lub mogły być z łatwością zauważone w trakcie wizji lokalnej. Jeżeli ww. elementy były prawidłowo zinwentaryzowane w dokumentacji przetargowej lub mogły być z łatwością zauważone w trakcie wizji lokalnej Wykonawca niezwłocznie naprawi wszelkie powstałe uszkodzenia na własny koszt, a także, jeśli to konieczne, przeprowadzi inne prace nakazane przez

Zamawiającego związane z usunięciem powstałych szkód. ~~Wykonawca będzie zobowiązany uzyskać wszelkie konieczne zgody i zezwolenia władz lokalnych, przedsiębiorstw i właścicieli, wymagane do niezbędnego zdemontowania istniejących instalacji, zamontowania instalacji tymczasowych, usunięcia instalacji tymczasowych i ponownego zamontowania istniejących instalacji, tymczasowego zamknięcia instalacji, każdorazowo na podstawie uzgodnień poczynionych z Zamawiającym.~~

1.37. Umowy w § 25 ust 7 poprzez jego wykreślenie.

1.38. Umowy w § 27 ust 1 poprzez jego zmianę, tak aby otrzymał następujące brzmienie:

„Zamawiający wydaje polecenia za pośrednictwem Inżyniera Kontraktu, jeżeli jest to niezbędne do zgodnej z Umową realizacji Robót. Nadto Zamawiający może polecać dokonywanie zmian jakości i ilości, jakie będą uważane za niezbędne dla wykonania Przedmiotu Umowy, a Wykonawca powinien wykonać każde z poniższych poleceń o ile Strony uzgodnią wpływ na koszt i termin realizacji Umowy i podpiszą stosowany aneks do Umowy lub odrębną umowę o której mowa w ust 3 poniżej:

- 1) zwiększyć lub zmniejszyć ilość Robót objętych Umową,
- 2) pominąć wskazane Roboty,
- 3) wykonać roboty nieprzewidziane,
- 4) wykonać roboty w sposób odmienny od wskazanego w Dokumentacji Zamówienia,
- 5) zmienić określoną HRF kolejność wykonania Robót.”.

1.39. Umowy w § 27 ust 5 poprzez jego zmianę, tak aby otrzymał następujące brzmienie:

„Jeżeli roboty wynikające z wprowadzonych postanowieniami ust. 1 powyżej zmian, odpowiadają opisowi pozycji OTER, TER (lub kosztorysu ofertowego Wykonawcy), ~~eena jednostkowa określona w tych dokumentach~~, będzie podstawą do wyliczenia wysokości wynagrodzenia, należnego Wykonawcy z tytułu wprowadzenia danej zmiany będzie obliczana na zasadach określonych w ust 7 poniżej”.

1.40. Umowy w § 27 ust 8 poprzez jego zmianę, tak aby otrzymał następujące brzmienie:

„W przypadku, gdy polecenie, o którym mowa w ust. 1 powyżej będzie miało ~~istotny~~ wpływ na wykonanie Przedmiotu Umowy Zamawiający zleci Wykonawcy aktualizację HRF”.

1.41. Umowy w § 28 ust 4 poprzez jego zmianę, tak aby otrzymał następujące brzmienie:

„W razie stwierdzenia wystąpienia w okresie gwarancji niewłaściwej jakości Przedmiotu Umowy, jak również w przypadku stwierdzenia w okresie rękojmi za wady lub gwarancji wad Przedmiotu Umowy lub poszczególnych jego części, Wykonawca będzie zobowiązany, ~~według wyboru Zamawiającego~~, do wymiany wadliwego elementu Przedmiotu Umowy w całości lub części na wolny od wad, usunięcia wad Przedmiotu Umowy lub jego części lub ~~też zwrotu całości lub odpowiedniej części zapłaconego obniżenia~~ wynagrodzenia na zasadach opisanych w ustawie kodeks cywilny”.

1.42. Umowy w § 28 ust 6 poprzez jego zmianę, tak aby otrzymał następujące brzmienie:

„Wady zostaną usunięte przez Wykonawcę w terminie ~~7-14~~ dni od dnia ich zgłoszenia przez Zamawiającego, a w przypadku obiektywnego braku możliwości usunięcia wady w tym terminie, wady zostaną usunięte w odpowiednim terminie (uwzględniającym charakter wady, dostępność materiałów oraz możliwości techniczne usunięcia wady) ustalonym przez Strony. Okres ten może zostać wydłużony za zgodą Zamawiającego, o ile czynniki niezależne od woli Wykonawcy lub względy technologiczne uniemożliwiają mu usunięcie wad w pierwotnym terminie”.

1.43. Umowy w § 28 ust 9 poprzez jego zmianę, tak aby otrzymał następujące brzmienie:

„W przypadku wystąpienia wad zagrażających bezpieczeństwu zasobu muzealnego, Wykonawca zobowiązany będzie do usunięcia usterek niezwłocznie, przy czym w takim Wykonawcy przystąpi do usuwania usterki i zabezpieczy ją nie

później niż w ciągu 2472 godzin od momentu powiadomienia przez Zamawiającego.”.

1.44. Umowy w § 29 ust 6 poprzez jego zmianę, tak aby otrzymał następujące brzmienie:

„Jeżeli Wykonawca nie dokona czynności, o których mowa w ust. 5 powyżej, Zamawiającemu przysługuje prawo wystąpienia z żądaniem wypłaty zabezpieczenia w pełnej kwocie z dotychczasowej gwarancji należytego wykonania Umowy lub z gwarancji zabezpieczenia roszczeń z tytułu rękopisów i gwarancji lub z poręczenia celem utworzenia kaucji na zabezpieczenie roszczeń Zamawiającego. W takim przypadku tak utworzona kaucja zostanie zwrócona Wykonawcy niezwłocznie po dostarczeniu stosowanej gwarancji należytego wykonania Umowy lub gwarancji zabezpieczenia roszczeń z tytułu rękopisów i gwarancji lub poręczenia”.

1.45. Umowy w § 31 ust 1 pkt 4 poprzez jego zmianę, tak aby otrzymał następujące brzmienie:

“w przypadku przekroczenia wynikającego z Umowy lub Karty Gwarancyjnej lub wyznaczonego przez Zamawiającego lub uzgodnionego przez Strony terminu przystąpienia do usuwania i usunięcia wad stwierdzonych w okresie rękopisów za wady lub gwarancji, karą umowną w wysokości 5 000,00 zł (słownie: pięć tysięcy złotych), za każdy dzień zwłoki, ~~liczony odrębnie od upływu terminu na przystąpienie do usuwania i od upływu terminu na usunięcie wad; w przypadku terminów określonych w godzinach 800,00 zł (słownie: osiemset złotych) za każdą godzinę zwłoki~~”.

1.46. Umowy w § 33 ust 2 pkt 1 ppkt 1-7 poprzez ich zmianę, tak aby otrzymały następujące brzmienie:

„1) Terminu wykonania

1) w przypadku zaistnienia nadzwyczajnych niekorzystnych warunków atmosferycznych – dopuszcza się wydłużenie terminu co najmniej o liczbę dni, w których z powodu zaistnienia nadzwyczajnych niekorzystnych warunków atmosferycznych brak było możliwości wykonywania Umowy w sposób, który pozwoliłby na wykonanie Przedmiotu Umowy w terminie, o którym mowa w § 3 ust. 1. Przez nadzwyczajne niekorzystne warunki atmosferyczne rozumie się: wszelkie warunki atmosferyczne, w tym w szczególności wszelkie opady atmosferyczne lub temperatury powietrza, odbiegające od przeciętnych danych meteorologicznych Instytutu Meteorologii i Gospodarki Wodnej z poprzednich pięciu lat od daty zawarcia umowy, dla obszaru obejmującego miejsce wykonywania robót, a dotyczących takich warunków atmosferycznych, na jakie powołuje się Wykonawca, dla takiego samego miesiąca kalendarzowego, jak ten, w którym wystąpiły warunki atmosferyczne, na jakie powołuje się Wykonawca, które to nadzwyczajne warunki atmosferyczne z uwagi na technologię wykonywania robót, normy lub inne przepisy – uniemożliwiły prawidłowe lub bezpieczne wykonywanie robót;

2) w przypadku nieterminowego przekazania Wykonawcy przez Zamawiającego terenu budowy – dopuszcza się wydłużenie terminu wykonania Przedmiotu Umowy co najmniej o liczbę dni nieterminowego przekazania terenu budowy;

3) w przypadku realizacji dodatkowych dostaw, usług lub robót budowlanych przez dotychczasowego Wykonawcę, o których mowa w art. 455 ust. 1 pkt 3) Ustawy Pzp – dopuszcza się wydłużenie terminu wykonania Przedmiotu Umowy co najmniej o liczbę dni, w których z powodu realizacji dodatkowych dostaw, usług lub robót budowlanych brak było możliwości wykonywania Umowy w sposób, który pozwoliłby na terminowe wykonanie Przedmiotu Umowy;

4) w przypadku zmiany sposobu wykonywania Przedmiotu Umowy, o którym mowa w ust. 2.2 poniżej dopuszcza się wydłużenie terminu wykonania Przedmiotu Umowy co najmniej o liczbę dni, w których z powodu zmiany sposobu wykonywania Przedmiotu Umowy brak było możliwości wykonywania Umowy w sposób, który pozwoliłby na terminowe wykonanie Przedmiotu Umowy;

5) przypadku, gdy wystąpią lub zostaną ujawnione odbiegające od przyjętych w Dokumentacji Projektowej warunki terenu budowy, w szczególności dotyczące niezainwentaryzowanych lub błędnie zainwentaryzowanych sieci, instalacji lub innych obiektów budowlanych – dopuszcza się wydłużenie terminu wykonania Przedmiotu Umowy co najmniej o liczbę dni, w których z powodu tych okoliczności brak było możliwości wykonywania Umowy w sposób, który pozwoliłby na terminowe wykonanie Przedmiotu Umowy;

6) w przypadku, gdy wystąpi brak możliwości wykonywania robót z powodu niedopuszczenia do ich wykonywania przez uprawniony organ administracji publicznej lub nakazania ich wstrzymania przez uprawniony organ, z przyczyn niezależnych od Wykonawcy – dopuszcza się wydłużenie terminu wykonania Przedmiotu Umowy co najmniej o liczbę dni, w których z powodu tych okoliczności brak było możliwości wykonywania Umowy w sposób, który pozwoliłby na terminowe wykonanie Przedmiotu Umowy;

7) wstrzymania robót przez Zamawiającego z uwagi na kolizję z prowadzonymi jednocześnie inwestycjami Zamawiającego w miejscu prowadzenia robót lub z bieżącą działalnością Zamawiającego, o ile kolizji nie da się w inny sposób uniknąć – dopuszcza się wydłużenie terminu wykonania Przedmiotu Umowy co najmniej o liczbę dni odpowiadającej liczbie dni wstrzymania robót (...).”.

1.47. Umowy w § 33 ust 3 poprzez dodanie pkt 5) o następującym brzmieniu:

„5) o której mowa w § 33 ust 2 pkt 1 i 2 powyżej”.

1.48. Umowy w § 34 ust 1 pkt 10 poprzez jego wykreślenie.

1.49. Załącznika nr 3 – wzór Karty gwarancyjnej w pkt 2 poprzez jego zmianę, tak aby otrzymał następujące brzmienie „W razie stwierdzenia wystąpienia w okresie gwarancji niewłaściwej jakości lub wad Przedmiotu Umowy lub innej jego niezgodności z Umową, Gwarant będzie zobowiązany, ~~według wyboru Zamawiającego~~, do wymiany Przedmiotu Umowy w całości lub części na wolny od wad, usunięcia wad Przedmiotu Umowy lub jego części lub też ~~zwrotu całości lub odpowiedniej części zapłaconego wynagrodzenia~~ obniżenia wynagrodzenia na zasadach opisanych w ustawie kodeks cywilny”. W przypadku części Przedmiotu Umowy stanowiących rezultat wykonania robót budowlanych przez wymianę Przedmiotu Umowy w całości lub w części na wolny od wad Strony rozumiem w szczególności rozbiórkę i ponowne wykonanie tego elementu, po wcześniejszym uzgodnieniu sposobu ponownego wykonania robót z Zamawiającym”.

1.50. Załącznika nr 3 – wzór Karty gwarancyjnej w pkt 3 poprzez jego zmianę, tak aby otrzymał następujące brzmienie: „Obowiązki wynikające z gwarancji Gwarant wykona w terminie ~~7–14~~ dni od zgłoszenia przez Uprawnionego, z zastrzeżeniem punktu ~~97~~ poniżej lub innym terminie ustalonym z Uprawnionym, a w przypadku obiektywnego braku możliwości usunięcia wady w tym terminie, wady zostaną usunięte w odpowiednim terminie (uwzględniającym charakter wady, dostępność materiałów oraz możliwości techniczne usunięcia wady) ustalonym przez Strony”.

1.51. Załącznika nr 3 – wzór Karty gwarancyjnej w pkt 7 poprzez jego zmianę, tak aby otrzymał następujące brzmienie: ~~W przypadku wystąpienia awarii w okresie gwarancyjnym, Gwarant przystąpi niezwłocznie do jej usuwania, lecz nie później niż w ciągu 24 godzin od otrzymania powiadomienia na piśmie/scanem pisma wysłanym mailem lub doręczonego osobiście, w którym Uprawniony wyznaczy termin usunięcia awarii. W przypadku wystąpienia wad zagrażających bezpieczeństwu zasobu muzealnego, Wykonawca zobowiązany będzie do usunięcia usterek niezwłocznie, przy czym w takim Wykonawcy przystąpi do usuwania usterki i zabezpieczy ją nie później niż w ciągu 2472 godzin od momentu powiadomienia przez Zamawiającego~~ Po bezskutecznym upływie w/w terminu, Gwarant upoważnia Uprawnionego do zlecenia wykonania zastępczego w zakresie usuwania awarii na koszt i ryzyko Gwaranta.

1.52. Załącznika nr 3 – wzór Karty gwarancyjnej w pkt 8 i 9 poprzez ich usunięcie.

1.53. Załącznika nr 3 – wzór Karty gwarancyjnej w pkt 16 lit e. poprzez jego usunięcie.

1.54. Załącznika nr 12a do Umowy [...] „Warunki Ubezpieczeń” w pierwszym akapicie pkt 2 poprzez jego zmianę, tak aby otrzymał następujące brzmienie:

„Wykonawca utrzyma w mocy co najmniej przez okres realizacji robót ~~związania niniejszą Umową~~ (tj. od dnia podpisania umowy, do wypełnienia zobowiązań gwarancyjnych) oraz zapewni ciągłość ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej (OC), dedykowanej pod kontrakt o nazwie „Budowa Muzeum Powstania Wielkopolskiego 1918-1919”, z zakresem ubezpieczonych prac zgodnym ze zleconymi w ramach niniejszej Umowy.”.

1.55. Załącznik nr 2 do SWZ (OPIS PRZEDMIOTU ZAMÓWIENIA) w pkt II podpunkt 1 poprzez jego zmianę, tak aby otrzymał następujące brzmienie:

Opracowanie Dokumentacji Wykonawcy w oparciu o założenia Dokumentacji Zamawiającego wraz z jego integralnymi załącznikami z uwzględnieniem planowanych do zastosowania technologii oraz rozwiązań technicznych i w tym sporządzenie m.in. COR (Czasowa Organizacja Ruchu), ~~ĐOR (Dooelowa Organizaeja Ruchu)~~ PZJ (Program Zachowania Jakości), projektów warsztatowych, technologicznych, jak również przeprowadzenie wymaganych badań, sprawdzeń, pomiarów i wszystkich innych czynności, opracowań i projektów niezbędnych dla należytego wykonania przedmiotu zamówienia.

1.56. Załącznik nr 2 do SWZ (OPIS PRZEDMIOTU ZAMÓWIENIA) w pkt 8 poprzez jego zmianę, tak aby otrzymał następujące brzmienie:

„8. Rozbiórki:

W związku z realizacją Inwestycji rozbiórkę podlegają istniejące obiekty naziemne oraz elementy podziemne wskazane w Dokumentacji Projektowej m.in. w Projekcie Technicznym w branży konstrukcja – tom 2, STR znajdującym się w części formalnej. Zgodnie z informacją w OPZ, część prac została już zrealizowana przez Zamawiającego, co zostało szerzej scharakteryzowane w załączniku OPZ-C. Wszelkie prace rozbiórkowe nie są objęte niniejszym postępowaniem i zostaną wykonane przez Zamawiającego w terminie umożliwiającym Wykonawcy terminową realizację zobowiązań Wykonawcy.”.

1.57. Załącznika nr 1 do OPISU PRZEDMIOTU ZAMÓWIENIA Wymagania Informacyjne Zamawiającego (E określające wymogi BIM w pkt 4 Rozdział: „Zwiększenie skuteczności prac realizowanych na budowie Obiektu, dzięki szybkiemu dostępowi do aktualnej informacji. Odbiór robót i rozliczanie poszczególnych etapów robót w oparciu o model BIM, który będzie umieszczony na platformie CDE” poprzez jego zmianę, tak aby otrzymał następujące brzmienie:

Model BIM będzie umożliwiał dokonywanie odbiorów i rozliczanie poszczególnych etapów robót. ~~Pełniom uszczegółowienia danych zostanie uzgodniony pomiędzy Wykonawcą i Inżynierem Kontraktu oraz Zamawiającym w terminie 30 dni od dnia zawarcia umowy z m Wykonawcą.~~

1.58. Załącznika nr 1 do OPISU PRZEDMIOTU ZAMÓWIENIA Wymagania Informacyjne Zamawiającego (E określające wymogi BIM:

- w pkt 6 TERMIN PRZEKAZANIA PIERWSZEJ WERSJI PLANU REALIZACJI BIM (BIM BEP) poprzez usunięcie „opisze strategię koordynacji i wykrywania kolizji w oparciu o konkretne narzędzia które wykorzysta”

- w pkt 7. WYMAGANIA DLA MODELI BIM poprzez usunięcie zdania:

“Dodatkowo:

Należy zamodelować cały obszar otwarcia drzwi, okien, bram wymagających dostępu w formie bryły przezroczystej by podczas etapu sprawdzania kolizji dla każdego możliwego kąta móc rozpoznać kolizje.”

- w pkt 8. STRATEGIA KOORDYNACJI I WYKRYWANIA KOLIZJI poprzez jego usunięcie i wskazanie, że za identyfikację kolizji odpowiedzialny będzie Zamawiający

- w pkt 9. STRATEGIA PRZEKAZYWANIA PLIKÓW BIM zdanie drugie poprzez jego zmianę, tak aby zdanie to otrzymało następujące brzmienie:

„Wykonawca będzie przekazywał Zamawiającemu i Inżynierowi Kontraktu ~~wraz z raportem kolizji~~ aktualne modele składowe BIM i aktualny model złożeniowy BIM.”

1.59. SWZ w Rozdziale VIII ust. 2 pkt 1 lit. d) tiret drugi podpunkt 11) i 12) poprzez ich zmianę, tak aby podpunkty te otrzymały następujące brzmienie:

“(11) Kierownika ds. akustyki - wymagania:

- wykształcenie wyższe ~~techniczne~~ w specjalności akustyka w stopniu min. magister;
 - min. 10 lat doświadczenia zawodowego (liczone od daty uzyskania stopnia min. magister);
 - w ciągu ostatnich 10 lat kierowała pracami lub nadzorowała prace dotyczące akustyki budowlanej pomieszczeń przy realizacji minimum 2 zakończonych kontraktów obejmujących obiekty budowlane kategorii- IX - teatry, opery, kina, muzea, galerie sztuki, domy kultury wyposażone w sale widowiskowe o pojemności min. 100 miejsc siedzących;”
- oraz

“(12) Kierownika ds. Elektroakustyki – wymagania:

- wykształcenie wyższe ~~techniczne~~ w specjalności inżynieria dźwięku w stopniu min. magister;
- min. 10 lat doświadczenia zawodowego (liczone od daty uzyskania stopnia magister);
- w ciągu ostatnich 10 lat kierowała pracami lub nadzorowała prace dotyczące elektroakustyki przy realizacji minimum 2 zakończonych kontraktów obejmujących obiekty budowlane kategorii - IX - teatry, opery, kina, muzea, galerie sztuki, domy kultury wyposażone w sale widowiskowe o pojemności min. 100 miejsc siedzących;”

1.60. SWZ w Rozdziale VIII ust. 2 pkt 1 lit. d) tiret drugi podpunkt 2) poprzez jego zmianę, tak aby otrzymał następujące brzmienie:

“Kierownika robót sanitarnych – wymagania:

- uprawnienia budowlane do kierowania robotami w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń cieplnych, wentylacyjnych, gazowych, wodnych i kanalizacyjnych bez ograniczeń – zgodne z ustawą Prawo budowlane;
- co najmniej ~~120~~ 36- miesięczne doświadczenie w nadzorowaniu / kierowaniu robotami budowlanymi sanitarnymi;
- doświadczenie zawodowe w okresie ostatnich 15 lat na stanowisku Kierownika robót branżowych sanitarnych, w tym dotyczących wentylacji, ciepła technologicznego, instalacji wody lodowej, centralnego ogrzewania, klimatyzacji, instalacji wodno – kanalizacyjnej, instalacja gaszenia (gazowa i mgła wodna) przy realizacji minimum 2 zakończonych inwestycji polegających na budowie budynku o wartości nie mniej niż minimum 50 000 000,00 zł brutto każda z inwestycji;”

oraz SWZ w Rozdziale XV. Ust. 3 lit. c) poprzez jego wykreślenie.

1.61. SWZ w Rozdziale VIII ust. 2 pkt 1 lit. d) tiret drugi podpunkt 10) poprzez jego zmianę, tak aby otrzymał następujące brzmienie:

“(10) Specjalistę ds. rozliczeń – wymagania:

- wykształcenie wyższe na kierunku budownictwo lub ekonomia lub finanse i rachunkowość lub równoważne, studia inżynierskie lub magisterskie;
- doświadczenie zawodowe w rozliczeniu min. 2 inwestycji ~~objętych dofinansowaniem zewnętrznym dla Zamawiającego o wartości minimum 50 000 000,00 zł brutto każda;~~”.

Uzasadniając podnoszone zarzuty Odwołujący wskazywał, co następuje.

Odwołujący w pierwszej kolejności powołał się na przepis art. 8 ust. 1 ustawy Pzp, zgodnie z którym do czynności

zamawiającego podejmowanych w postępowaniu oraz do umów w sprawach zamówień publicznych stosuje się przepisy Kodeksu cywilnego, jeżeli przepisy Pzp nie stanowią inaczej.

Dalej wyjaśniał, że biorąc pod uwagę przedmiot niniejszego zamówienia (roboty budowlane) oraz to, że obowiązujące przepisy ustawy Pzp nie zawierają ani odmiennej, ani autonomicznej definicji umowy o roboty budowlane, treść stosunku prawnego nawiązanego przez publicznego zamawiającego z wybranym oferentem - wykonawcą, musi odpowiadać postanowieniom umowy o roboty budowlane zdefiniowanej przez ustawodawcę w Kodeksie cywilnym (art. 647 - 658 kc), która jest umową nazwaną, a jej przedmiotowo istotne elementy określa art. 647 kc. Nadto, czynności Zamawiającego nie mogą być sprzeczne nie tylko z przepisami prawa, ale i z zasadami współżycia społecznego (art. 58 § 1 i 2 kc).

Odwołujący podkreślił, że Zamawiający w dniu 19.07.2023 roku ogłosił SWZ wraz z projektem Umowy, oraz, że wobec treści zawartych tam postanowień konieczne i usprawiedliwione stało się poszukiwanie przez Wykonawcę ochrony prawnej poprzez wniesienie odwołania do Izby. Dlatego też Odwołujący wniósł odwołanie zarzucając Zamawiającemu naruszenie art. 647 Kodeksu cywilnego (dalej: kc), art. 353(1) kc i art. 58 § 1 i 2 kc, 5 kc w związku z art. 8 ust. 1 Pzp, 16 ust. 1 Pzp, 99 ust. 1 i 4 Pzp, 431 Pzp.

Ponadto, Odwołujący wskazywał, że pomimo obowiązku opisanego przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, niewykluczających się, uwzględniających wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty, Zamawiający zobowiązanie to pominął przy sporządzaniu Umowy. Wskazane w zarzutach niedokładności, sprzeczności występujące w Umowie, stanowią o naruszeniu nie tylko art. 16 pkt 2 Pzp, ale i art. 99 ust. 1 Pzp. Niedokładności te i braki – w ocenie Odwołującego - nie pozwalają na należyte oszacowanie zakresu robót budowlanych, a w konsekwencji ich wyceny.

Zdaniem Odwołującego, Zamawiający w szeregu postanowień Umowy przerzucił na wykonawcę ryzyka, a także określił obowiązki Wykonawcy w sposób zbyt daleko idący i dolegliwy, co w prawidłowych i partnerskich relacjach pomiędzy Stronami Umowy nie występuje. Takie uregulowanie wzajemnych praw i obowiązków narusza art. 16 i 431 Pzp, który stanowi, że Zamawiający i wykonawca wybrany w postępowaniu o udzielenie zamówienia obowiązani są współdziałać przy wykonaniu umowy w sprawie zamówienia publicznego, zwanej dalej „umową”, w celu należytej realizacji zamówienia.

Dodał, że naruszenie zasady proporcjonalności poprzez zbyt restrykcyjne obowiązki nałożone na Wykonawcę prowadzi do zachwiania równowagi stron i naruszenia konkurencji (art. 16 PZP w zw. z art. 431 PZP). To z kolei jest związane z naruszeniem art. 99 ust. 1 PZP, który zawiera postulat precyzyjności opisu przedmiotu zamówienia przejawiający się m. in. zakazem przerzucania na Wykonawcę niezidentyfikowanych ryzyk.

Odnosząc się do podejścia Zamawiającego w zakresie warunków udziału w przedmiotowym postępowaniu Odwołujący wskazywał, iż jest świadomy, że określenie warunków udziału w postępowaniu, oraz kryteriów oceny ofert jest decyzją Zamawiającego. Niemniej jednak – jego zdaniem - Zamawiający winien tak kształtować zarówno warunki udziału w postępowaniu, jak i kryteria oceny ofert, aby pozwoliły mu one na wybór Wykonawcy, który daje rękojmię należytego wykonania zamówienia. W tym celu Zamawiający winien kierować się przede wszystkim art. 16 ustawy Pzp, tj. zasadą proporcjonalności, uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz art. 112 ustawy Pzp, tj. określić warunki udziału w postępowaniu w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz umożliwiający ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, w szczególności wyrażając je jako minimalne poziomy zdolności.

Reasumując, Odwołujący stwierdził, że wszystkie podniesione zarzuty wychodzą i skupiają się wokół art. 16 Pzp oraz art. 431 Pzp i zasad nich wypływających. Odwołujący podkreślił, że zasady wyrażone w art. 16 Pzp wymagają, aby wszystkie informacje niezbędne do złożenia prawidłowej, zgodnej z wymaganiami Zamawiającego, a jednocześnie konkurencyjnej oferty, były dostępne Wykonawcom na równych prawach. Źródłem wiedzy wykonawców jest SWZ oraz wyjaśnienia udzielone w toku postępowania. Zakres robót i świadczeń – możliwość (ryzyko) ich wystąpienia, rozmiar, ilość, konieczność ich wykonania – nie może być pozostawiony domyślności Wykonawcy, podobnie jak zakres nałożonej nań odpowiedzialności. Odwołujący powołał się przy tym na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 1 sierpnia 2013 r. (sygn. akt: KIO 1711/13).

Odwołujący podkreślił, że taka sytuacja nie tylko narusza podstawowe zasady prowadzenia postępowania wskazane w art. 16 Pzp – uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, ale przede wszystkim prowadzi do składania ofert nieporównywalnych co do rozmiarów świadczenia. Brak dokładnego, precyzyjnego opisu przedmiotu zamówienia przy jednoczesnym przerzuceniu na wykonawców bliżej niesprecyzowanych ryzyk wynikających z owych niedomagań opisu przedmiotu zamówienia, skutkuje brakiem wiedzy co do sposobu dokonania wyceny oferty, bowiem

niewiadomą pozostaje co i w jakich ilościach, wielkościach winno być w cenie ujęte, a co jest zbędne. Na etapie oceny ofert braki we wskazanym zakresie będą skutkować całkowitą niemożnością rzetelnego porównania ofert konkurencji, gdyż każdy wykonawca przyjmie odmienne założenia i odmienny zakres robót lub czynności oraz ryzyk do wyceny.

Dalej Odwołujący wskazywał, że w ten sposób naruszona zostaje także zasada proporcjonalności (adekwatności) rozwiązań zastosowanych przez Zamawiającego. Obowiązki nałożone na Wykonawcę są zbyt rygorystyczne, gdyż w kształcie i treści zaproponowanej uwzględniają tylko źle pojęty interes Zamawiającego i jako takie nie wytrzymują próby spełniania warunków, które uwzględniają zasadę proporcjonalności środków i metod zastosowanych przez Zamawiającego.

Odnosząc się do określonych przez Zamawiającego warunków udziału w postępowaniu przetargowym, odwołujący podnosił, że sformułowane przez Zamawiającego warunki w sposób nieuzasadniony istotnie ograniczają ilość podmiotów, które mogą wziąć udział w postępowaniu przetargowym, a nadto są nieproporcjonalne do przedmiotu zamówienia, a co za tym idzie dyskryminują wykonawców i naruszają zasadę równego traktowania i uczciwej konkurencji.

W oparciu o powyższe Odwołujący wnosil o uwzględnienie odwołania.

W toku posiedzenia niejawnego z udziałem Stron Odwołujący oświadczył, że cofa odwołanie w zakresie zarzutów opisanych w punkcie II.1. podpunkt 2 litera: g), h), i), k) odwołania.

Zamawiający w dniu 11 sierpnia 2023 roku przedstawił odpowiedź na odwołanie w której oświadczył, że uwzględnił całości zarzuty i korespondujące z nimi w sposób wyraźny żądania odwołania w następującym zakresie:

1.1. Zarzut dotyczący § 1 ust. 1 załącznika nr 1 do SWZ – Projektowane postanowienia umowy (dalej jako: „Umowa”) wskazany w pkt. II.1. ppkt 1) lit. a i c odwołania w związku z żądaniem wskazanym w pkt. V. C. 1.1. odwołania – Zamawiający uwzględni i zmienia w § 1 ust. 1 Umowy, który otrzymuje brzmienie:

1. Zamawiający zleca, a Wykonawca zobowiązuje się do wykonania zamówienia „Budowa Muzeum Powstania Wielkopolskiego 1918-1919” zlokalizowanego przy ulicy Północnej i Księcia Józefa w Poznaniu. Budynek jest projektowany na terenie działek nr 69/6 ark. 02 obręb Poznań, części działek nr 2 i 3/4, ark. 04 obręb Poznań obejmującego w szczególności:

1) wykonanie robót budowlanych w tym nasadzenia zieleni wraz z usługami towarzyszącymi, o których mowa w § 5 Umowy, w tym z uzyskaniem ostatecznej decyzji o pozwoleniu na użytkowanie,

2) dostawę elementów wyposażenia i technologii, o których mowa w § 6 Umowy,

3) wykonywanie czynności serwisowych oraz zabiegów pielęgnacyjnych i utrzymaniowych zieleni w okresie rękojmi i gwarancji, o których mowa w § 7 Umowy oraz wykonaniem przez Wykonawcę wszystkich innych obowiązków opisanych w SWZ, w tym Opisie Przedmiotu Zamówienia i Umowie,

4) wykonanie Dokumentów Wykonawcy, w tym dokumentacji powykonawczej i modelu BIM oraz uzyskanie wszelkich niezbędnych decyzji, zezwoleń, uzgodnień i zatwierdzeń wskazanych w Umowie.

(zwanego dalej łącznie „Przedmiotem Umowy”).

1.2. Zarzut dotyczący § 3 ust 2 lit B Umowy wskazany w pkt. II.1. ppkt. 1) lit. f odwołania w związku z żądaniem wskazanym w pkt. V. C. 1.33. odwołania – Zamawiający uwzględni i zmienia w § 3 ust 2 lit B Umowy, który otrzymuje brzmienie:

B. Etap II: realizowany po zakończeniu Etapu I - roboty wykończeniowe, wyposażenie obiektów, przeprowadzenie protokolarnego poprawnego rozruchu technologicznego wbudowanych Urządzeń i technologii, podpisanie wszystkich branżowych protokołów odbioru końcowego przez Inżyniera Kontraktu i Zamawiającego, zaakceptowanie przez Inżyniera Kontraktu i Zamawiającego przedłożenie przez Wykonawcę Zamawiającemu kompletnej dokumentacji powykonawczej – 28 miesięcy od dnia zawarcia Umowy.

1.3. Zarzut dotyczący § 2 pkt 49 Umowy wskazany w pkt. II.1. ppkt. 1) lit. g odwołania w związku z żądaniem wskazanym w pkt. V. C. 1.34. odwołania – Zamawiający uwzględni i zmienia w § 2 pkt 49 Umowy, który otrzymuje brzmienie:

49) Terren Budowy: teren, na którym Wykonawca ma wykonać roboty budowlane, o których mowa w § 1 ust. 1 pkt 1 Umowy, mieszczący się na działkach wymienionych w Projekcie Budowlanym – 306401_1.0051.AR_02.69/6, 306401_1.0051.AR_04.2/3, 306401_1.0051.AR_04.3/8 (Plan Zagospodarowania Terenu) i teren przyległy, niezbędny do zajęcia w celu wykonania Umowy wraz z obszarem zajmowanym przez urządzenia zaplecza budowy (z tym zastrzeżeniem, że Zamawiający na zaplecze udostępni wyłącznie następujące działki 306401_1.0051.AR_02.69/6, 306401_1.0051.AR_04.2/3, 306401_1.0051.AR_04.3/8) w tym także znajdujące się tam obiekty budowlane, urządzenia techniczne oraz ewentualne podlegające ochronie elementy środowiska przyrodniczego.

1.4. Zarzut dotyczący § 25 ust. 3 Umowy wskazany w pkt. II.1. ppkt. 1) lit. h odwołania w związku z żądaniem wskazanym w pkt. V. C. 1.33. odwołania – Zamawiający uwzględni i zmienia w § 25 ust. 3 Umowy, który otrzymuje brzmienie:

3. Za wszelkie szkody wynikłe w trakcie wykonywania robót na Terenie Budowy, oraz wyrządzone przez Wykonawcę lub jego Podwykonawcę osobom trzecim ponosi odpowiedzialność Wykonawca i zobowiązany jest do ich naprawienia na własny koszt.

1.5. Zarzut dotyczący § 25 ust. 7 Umowy wskazany w pkt. II.1. ppkt. 1) lit. h odwołania w związku z żądaniem

wskazany w pkt. V. C. 1.37. odwołania – Zamawiający uwzględni i skreśla w § 25 ust. 7 Umowy.

1.6. Zarzut dotyczący § 8 ust 12 pkt 2) Umowy wskazany w pkt. II.1. ppkt. 1) lit. k odwołania w związku z żądaniem wskazanym w pkt. V. C. 1.15. odwołania – Zamawiający uwzględni i zmienia w § 8 ust 12 pkt 2) Umowy, który otrzymuje brzmienie:

2) koszty wytworzenia Dokumentacji Wykonawcy, koszty uzyskania niezbędnych danych, opinii, uzgodnień, decyzji zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa, zysk Wykonawcy, oraz koszty wszelkich innych świadczeń, których wykonanie jest ~~niezbędne dla prawidłowego zakończenia Przedmiotu Umowy~~ przedmiotem obowiązku wyraźnie nałożonego na Wykonawcę na podstawie Umowy lub powszechnie obowiązujących przepisów prawa.

1.7. Zarzut dotyczący § 8 ust 13 Umowy wskazany w pkt. II.1. ppkt. 1) lit. k odwołania w związku z żądaniem wskazanym w pkt. V. C. 1.16. odwołania – Zamawiający uwzględni i zmienia w § 8 ust 13 Umowy, który otrzymuje brzmienie:

13. Strony zgodnie ustalają, że Wynagrodzenie obejmuje wszelkie koszty związane z wykonaniem wszelkich robót i prac, których konieczność wykonania Wykonawca, działając z najwyższą profesjonalną starannością wymaganą od wykonawcy robót budowlanych, z uwzględnieniem wiedzy technicznej i doświadczenia zawodowego, mógł przewidzieć przed złożeniem oferty, w szczególności na podstawie analizy dokumentacji projektowej i to ~~nawet wtedy, gdy nie są one wprost wskazane w Dokumentacji Projektowej~~. ~~Będą one uznawane za objęte zakresem Przedmiotu Umowy i Wynagrodzenia.~~

1.8. Zarzut dotyczący Załącznik nr 2 do SWZ OPIS PRZEDMIOTU ZAMÓWIENIA pkt II podpunkt 1) wskazany w pkt. ppkt. 1) lit. m odwołania w związku z żądaniem wskazanym w pkt. V. C. 1.55. odwołania – Zamawiający uwzględni i zmienia w § Załącznik nr 2 do SWZ OPIS PRZEDMIOTU ZAMÓWIENIA pkt II podpunkt 1), który otrzymuje brzmienie:

Opracowanie Dokumentacji Wykonawcy w oparciu o założenia Dokumentacji Zamawiającego wraz z jego integralnymi załącznikami z uwzględnieniem planowanych do zastosowania technologii oraz rozwiązań technicznych i w tym sporządzenie m.in. COR (Czasowa Organizacja Ruchu), DOR (~~Docelowa Organizacja Ruchu~~), PZJ (Program Zachowania Jakości), projektów warsztatowych, technologicznych, jak również przeprowadzenie wymaganych badań, sprawdzeń, pomiarów i wszystkich innych czynności, opracowań i projektów niezbędnych dla należytego wykonania przedmiotu zamówienia.

1.9. Zarzut dotyczący § 13 ust 2 pkt. 2) Umowy wskazany w pkt. II.1. ppkt. 1) lit. o odwołania w związku z żądaniem wskazanym w pkt. V. C. 1.17. odwołania – Zamawiający uwzględni i zmienia w § 13 ust 2 pkt. 2) Umowy, który otrzymuje brzmienie:

2) ~~w taki sposób, aby Wykonawca zapewniający utrzymanie w stanie nie pogorszonym i stanu budynków zlokalizowanych w bezpośrednim sąsiedztwie Terenu Budowy, w tym również utrzymanie ani też nie pogorszenie i czystości fasad budynków bezpośrednio sąsiadujących z Terenem Budowy.~~

1.10. Zarzut dotyczący § 25 ust 5 Umowy wskazany w pkt. II.1. ppkt. 1) lit. o odwołania w związku z żądaniem wskazanym w pkt. V. C. 1.35. odwołania – Zamawiający uwzględni i zmienia w § 25 ust 5 Umowy, który otrzymuje brzmienie:

5. Wykonawca, na własną odpowiedzialność i na swój koszt, podejmie wszelkie środki zapobiegawcze (biorąc pod uwagę aktualne okoliczności), aby zabezpieczyć prawa właścicieli posesji i budynków sąsiadujących z Terenem Budowy oraz unikać powodowania tam jakichkolwiek zakłóceń czy szkód właścicielom posesji i budynków sąsiadujących z Terenem Budowy. Wykonawca zabezpieczy Zamawiającego przed jakimikolwiek roszczeniami wnoszonymi przez właścicieli posesji czy budynków sąsiadujących z terenem budowy w zakresie, w jakim Wykonawca odpowiada za takie zakłócenia czy szkody i przejmie odpowiedzialność materialną za wszelkie skutki finansowe z tego tytułu.

1.11. Zarzut dotyczący § 17 ust 9 lit. a) Umowy wskazany w pkt. II.1. ppkt. 1) lit. q odwołania w związku z żądaniem wskazanym w pkt. V. C. 1.23 odwołania - Zamawiający uwzględni i zmienia w § 17 ust 9 lit. a) Umowy, który otrzymuje brzmienie:

a) potwierdzone za zgodność z oryginałem kopie Protokołów Odbioru Częściowego dla wszystkich pozycji TER objętych Etapem oraz protokołów usunięcia stwierdzonych wad nieistotnych.

1.12. Zarzut dotyczący § 17 ust 21 pkt. 1 Umowy wskazany w pkt. II.1. ppkt. 1) lit. q odwołania w związku z żądaniem wskazanym w pkt. V. C. 1.30 odwołania - Zamawiający uwzględni i zmienia w § 17 ust 21 pkt. 1 Umowy, który otrzymuje brzmienie:

1) Jeżeli stwierdzone wady nie uniemożliwiają użytkowania Przedmiotu Umowy zgodnie z przeznaczeniem, Zamawiający może dokonać Odbioru Robót Budowlanych lub Odbioru Końcowego, przy czym:

a) w przypadku wad nadających się do usunięcia Strony sporządzą listę wad oraz określą termin ich usunięcia,

b) w przypadku wad nienadających się do usunięcia, Zamawiający może dokonać Odbioru Robót Budowlanych lub Odbioru Końcowego obniżając odpowiednio wynagrodzenie należne Wykonawcy o ustaloną pomiędzy stronami wartość Robót obciążonych wadą.

1.13. Zarzut dotyczący § 17 ust 13 lit b. Umowy wskazany w pkt. II.1. ppkt. 1) lit. r odwołania w związku z żądaniem wskazanym w pkt. V. C. 1.26 odwołania - Zamawiający uwzględni i zmienia w § 17 ust 13 lit b. Umowy, który otrzymuje brzmienie:

b) potwierdzenie odbioru przez Inżyniera Kontraktu kłaudatu powykonawczego, o którym mowa w ust. 14 poniżej,

1.14. Zarzut dotyczący § 29 ust 6 Umowy wskazany w pkt. II.1. ppkt. 2) lit. g) odwołania w związku z żądaniem

wskazanym w pkt. V. C. 1.44 odwołania Zamawiający uwzględni i zmienia w § 29 ust 6 Umowy, który otrzymuje brzmienie:

6. Jeżeli Wykonawca nie dokona czynności, o których mowa w ust. 5 powyżej, Zamawiającemu przysługuje prawo wystąpienia z żądaniem wypłaty zabezpieczenia w pełnej kwocie z dotychczasowej gwarancji należytego wykonania Umowy lub z gwarancji zabezpieczenia roszczeń z tytułu rękopisów i gwarancji lub z poręczenia celem utworzenia kaucji na zabezpieczenie roszczeń Zamawiającego. W takim przypadku tak utworzona kaucja zostanie zwrócona Wykonawcy niezwłocznie po dostarczeniu stosownej gwarancji należytego wykonania Umowy lub gwarancji zabezpieczenia roszczeń z tytułu rękopisów i gwarancji lub poręczenia.

1.15. Zarzut dotyczący § 33 ust 2 pkt 1 ppkt 1-7 Umowy wskazany w pkt. II.1. ppkt. 2) lit. h) odwołania w związku z żądaniem wskazanym w pkt. V. C. 1.46 odwołania Zamawiający uwzględni i zmienia w § 33 ust 2 pkt 1 ppkt 1-7 Umowy, które otrzymują brzmienie:

1) Terminu wykonania

1) w przypadku zaistnienia nadzwyczajnych niekorzystnych warunków atmosferycznych – dopuszcza się wydłużenie terminu ~~o liczbę dni~~ najmniej o liczbę dni, w których z powodu zaistnienia nadzwyczajnych niekorzystnych warunków atmosferycznych brak było możliwości wykonywania Umowy w sposób, który pozwoliłby na wykonanie Przedmiotu Umowy w terminie, o którym mowa w § 3 ust. 1. Przez nadzwyczajne niekorzystne warunki atmosferyczne rozumie się: wszelkie warunki atmosferyczne, w tym w szczególności wszelkie opady atmosferyczne lub temperatury powietrza, odbiegające od przeciętnych danych meteorologicznych Instytutu Meteorologii i Gospodarki Wodnej z poprzednich pięciu lat od daty zawarcia umowy, dla obszaru obejmującego miejsce wykonywania robót, a dotyczących takich warunków atmosferycznych, na jakie powołuje się Wykonawca, dla takiego samego miesiąca kalendarzowego, jak ten, w którym wystąpiły warunki atmosferyczne, na jakie powołuje się Wykonawca, które to nadzwyczajne warunki atmosferyczne z uwagi na technologię wykonywania robót, normy lub inne przepisy – uniemożliwiły prawidłowe lub bezpieczne wykonywanie robót;

2) w przypadku nieterminowego przekazania Wykonawcy przez Zamawiającego terenu budowy – dopuszcza się wydłużenie terminu wykonania Przedmiotu Umowy ~~o liczbę dni~~ najmniej o liczbę dni nieterminowego przekazania terenu budowy;

3) w przypadku realizacji dodatkowych dostaw, usług lub robót budowlanych przez dotychczasowego Wykonawcę, o których mowa w art. 455 ust. 1 pkt 3) Ustawy Pzp – dopuszcza się wydłużenie terminu wykonania Przedmiotu Umowy ~~o liczbę dni~~ najmniej o liczbę dni, w których z powodu realizacji dodatkowych dostaw, usług lub robót budowlanych brak było możliwości wykonywania Umowy w sposób, który pozwoliłby na terminowe wykonanie Przedmiotu Umowy;

4) w przypadku zmiany sposobu wykonywania Przedmiotu Umowy, o którym mowa w ust. 2.2 poniżej dopuszcza się wydłużenie terminu wykonania Przedmiotu Umowy ~~o liczbę dni~~ najmniej o liczbę dni, w których z powodu zmiany sposobu wykonywania Przedmiotu Umowy brak było możliwości wykonywania Umowy w sposób, który pozwoliłby na terminowe wykonanie Przedmiotu Umowy;

5) przypadku, gdy wystąpią lub zostaną ujawnione odbiegające od przyjętych w Dokumentacji Projektowej warunki terenu budowy, w szczególności dotyczące niezinventaryzowanych lub błędnie zinventaryzowanych sieci, instalacji lub innych obiektów budowlanych – dopuszcza się wydłużenie terminu wykonania Przedmiotu Umowy ~~o liczbę dni~~ najmniej o liczbę dni, w których z powodu tych okoliczności brak było możliwości wykonywania Umowy w sposób, który pozwoliłby na terminowe wykonanie Przedmiotu Umowy;

6) w przypadku, gdy wystąpi brak możliwości wykonywania robót z powodu niedopuszczenia do ich wykonywania przez uprawniony organ administracji publicznej lub nakazania ich wstrzymania przez uprawniony organ, z przyczyn niezależnych od Wykonawcy – dopuszcza się wydłużenie terminu wykonania Przedmiotu Umowy ~~o liczbę dni~~ najmniej o liczbę dni, w których z powodu tych okoliczności brak było możliwości wykonywania Umowy w sposób, który pozwoliłby na terminowe wykonanie Przedmiotu Umowy;

7) wstrzymania robót przez Zamawiającego z uwagi na kolizję z prowadzonymi jednocześnie inwestycjami Zamawiającego w miejscu prowadzenia robót lub z bieżącą działalnością Zamawiającego, o ile kolizji nie da się w inny sposób uniknąć – dopuszcza się wydłużenie terminu wykonania Przedmiotu Umowy ~~o liczbę dni~~ najmniej o liczbę dni odpowiadającej liczbie dni wstrzymania robót.

1.16. Zarzut dotyczący pkt 2 Załącznika nr 12 a do Umowy [...] „Warunki Ubezpieczeń” – wskazany w pkt. II.1. ppkt. 2) lit. j) odwołania w związku z żądaniem wskazanym w pkt. V. C. 1.54 odwołania Zamawiający uwzględni i zmienia pierwszy akapit pkt 2 Załącznika nr 12 a do Umowy [...] „Warunki Ubezpieczeń”, który otrzymuje brzmienie:

Wykonawca utrzyma w mocy co najmniej przez okres realizacji robót ~~związania niniejszą Umową (tj. od dnia podpisania umowy, do wypełnienia zobowiązań gwarancyjnych)~~ oraz zapewni ciągłość ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej (OC), dedykowanej pod kontrakt o nazwie „Budowa Muzeum Powstania Wielkopolskiego 1918-1919”, z zakresem ubezpieczonych prac zgodnym ze zleconymi w ramach niniejszej Umowy.

1.17. Zarzut dotyczący Rozdział VIII ust. 2 pkt 1 lit. d) tiret drugi podpunkt 11) i 12) SWZ – wskazany w pkt. II.2. ppkt. 1) odwołania w związku z żądaniem wskazanym w pkt. V. C. 1.59 odwołania Zamawiający uwzględni i zmienia Rozdział VIII ust. 2 pkt 1 lit. d) tiret drugi podpunkt 11) i 12) SWZ, które otrzymują następujące brzmienie:

“(11) Kierownika ds. akustyki - wymagania:

- wykształcenie wyższe techniczne w specjalności akustyka w stopniu min. magister;
- min. 10 lat doświadczenia zawodowego (liczone od daty uzyskania stopnia min. magister);
- w ciągu ostatnich 10 lat kierowała pracami lub nadzorowała prace dotyczące akustyki budowlanej pomieszczeń przy realizacji minimum 2 zakończonych kontraktów obejmujących obiekty budowlane kategorii- IX - teatry, opery, kina, muzea, galerie sztuki, domy kultury wyposażone w sale widowiskowe o pojemności min. 100 miejsc siedzących;”

“(12) Kierownika ds. Elektroakustyki – wymagania:

- wykształcenie wyższe techniczne w specjalności inżynieria dźwięku w stopniu min. magister;
 - min. 10 lat doświadczenia zawodowego (liczone od daty uzyskania stopnia magister);
- w ciągu ostatnich 10 lat kierowała pracami lub nadzorowała prace dotyczące elektroakustyki przy realizacji minimum 2 zakończonych

kontraktów obejmujących obiekty budowlane kategorii - IX - teatry, opery, kina, muzea, galerie sztuki, domy kultury wyposażone w sale widowiskowe o pojemności min. 100 miejsc siedzących;”

1.18. Zarzut dotyczący Rozdział VIII ust. 2 pkt 1 lit. d) tiret drugi podpunkt 10) SWZ – wskazany w pkt. II.2. ppkt. 1) odwołania w związku z żądaniem wskazanym w pkt. V. C. 1.61 odwołania Zamawiający uwzględni i zmienia Rozdział VIII ust. 2 pkt 1 lit. d) tiret drugi podpunkt 10), który otrzymuje następujące brzmienie:

“(10) Specjalistę ds. rozliczeń – wymagania:

• wykształcenie wyższe na kierunku budownictwo lub ekonomia lub finanse i rachunkowość lub równoważne, studia inżynierskie lub magisterskie;

doświadczenie zawodowe w rozliczeniu min. 2 inwestycji objętych dofinansowaniem zewnętrznym dla Zamawiającego o wartości minimum 50 000 000,00 zł brutto każda;”

Ponadto, Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie odniósł się do pozostałych zarzutów i wniosków odwołującego, częściowo je uwzględniając, a w części wnosząc o ich oddalenie.

Do postępowania odwoławczego nie przystąpił po stronie Zamawiającego, jak i Odwołującego, żaden wykonawca.

Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając na rozprawie złożone odwołanie i uwzględniając dokumentację z niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, a także uwzględniając stanowiska stron złożone na piśmie i podane do protokołu rozprawy, ustaliła i zważyła, co następuje.

Przedmiotem zamówienia jest wykonanie robót budowlanych wraz z towarzyszącymi usługami i dostawami pn.: „Budowa Muzeum Powstania Wielkopolskiego 1918-1919”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 19 lipca 2023 roku w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej, numer 2023/S 137-437133. Odwołujący wniósł odwołanie w dniu 31 lipca 2023 roku wobec postanowień Specyfikacji Warunków Zamówienia (dalej: „SWZ”), w tym w szczególności wobec poszczególnych postanowień Załącznika nr 1 do SWZ – Projektowane postanowienia umowy (dalej jako: „Umowa”) i Załącznika nr 2 do SWZ – Opis Przedmiotu Zamówienia (dalej jako: „OPZ”).

W pierwszej kolejności Izba ustaliła wystąpienie przesłanek z art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, tj. istnienie po stronie Odwołującego interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia przez niego szkody z uwagi na kwestionowane czynności Zamawiającego.

Ponadto Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 528 ustawy Pzp.

I.

Izba umorzyła postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutów uwzględnionych przez Zamawiającego, a wskazanych w odwołaniu odpowiednio:

- w punkcie II.1. podpunkt 1 litera a) - w zakresie odnoszącym się do § 1 ust. 1 wzoru umowy, c), d), f), g) – w zakresie odnoszącym się do § 2 pkt 49 wzoru umowy, h), j), m), o), q) – w zakresie odnoszącym się do § 17 ust. 9 lit. a) oraz § 17 ust. 21 pkt 1 wzoru umowy, r) – w zakresie odnoszącym się do § 17 ust. 13 lit. b wzoru umowy,

- w punkcie II.1. podpunkt 2 litera: f), j),

- w punkcie II.2. podpunkt 1 i 3.

Zgodnie z art. 522 ust. 4 ustawy Pzp w przypadku uwzględnienia przez zamawiającego części zarzutów przedstawionych w odwołaniu, Izba może umorzyć postępowanie odwoławcze w części dotyczącej tych zarzutów, pod warunkiem że w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego nie przystąpił w terminie żaden wykonawca albo wykonawca, który przystąpił po stronie zamawiającego, nie wniósł sprzeciwu wobec uwzględnienia tych zarzutów. W takim przypadku Izba rozpoznaje pozostałe zarzuty odwołania. Zamawiający wykonuje, powtarza lub unieważnia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia, zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu w zakresie uwzględnionych zarzutów.

Wyjaśniająco w tym zakresie wskazać należy, co następuje:

Postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutu opisanego w punkcie II.1. podpunkt 1 litera d) zostało umorzone, choć Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie (punkt 2.4.) wskazywał, że zarzut uwzględnia w części, tj. dostosowując treść zmiany (w § 2 pkt 16) do wprowadzonych innych zmian i sposobu redakcji Umowy przyjętego przez Zamawiającego – doprecyzowując zakres definicji Projektu Wnętrz, który co do zasady ma przyspieszać i ułatwiać

sposób realizacji robót przez Wykonawcę nie zmieniając zakresu świadczenia Wykonawcy wynikającego ze złożonej oferty. Odwołujący w zakresie § 2 pkt 16 żądał zmiany poprzez dodania wyrażenia: „w trybie określonym w § 27 Umowy”.

Zamawiający pomimo, że w inny sposób – niż oczekiwał tego Odwołujący - dokonał zmiany kwestionowanego postanowienia, to jednak uczynił to zgodnie z kierunkiem i zarzutem, jak i zgodnie z kierunkiem wniosku Odwołującego. Zamawiający odwołał się bowiem do trybu określonego w § 27 Umowy, tak jak żądał tego odwołujący, dodatkowo uzależniając to od wniesienia sprzeciwu przez Wykonawcę w stosunku do przekazanego Projektu Wnętrz. Ponadto, w odniesieniu do tego zarzutu Odwołujący nie wskazał na posiedzeniu z udziałem Stron, że go podtrzymuje.

Mając powyższe na uwadze, Izba uznała, że Zamawiający w istocie w całości uwzględnił zarzut Odwołującego opisany w punkcie II.1. podpunkt 1 litera d) odwołania, a nie jedynie w części – jak wskazywał w treści odpowiedzi na odwołanie. Nie przeczy temu odmienne sformułowanie postanowienia § 2 pkt 16 Umowy niż wskazane we wniosku Odwołującego (w punkcie V.C. 1.3 odwołania). W konsekwencji Izba umorzyła postępowanie odwoławcze w zakresie ww. zarzutu w oparciu o przepis art. 522 ust. 4 ustawy Pzp.

Postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutu opisanego w punkcie II.1. podpunkt 1 litera j) zostało umorzone. Odwołujący w ramach tego zarzutu kwestionował postanowienia § 5 ust. 1 pkt 12, § 8 ust. 12 pkt 2 oraz ust. 13 Umowy.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie (punkt 1.6. i 1.7. – omyłkowo powołując się na lit. „k”, a nie „j”) oświadczył, że uwzględni w całości zarzut dotyczący § 8 ust. 12 pkt 2 oraz § 8 ust. 13 Umowy.

Natomiast w odniesieniu do postanowienia § 5 ust. 1 pkt 12 Umowy Zamawiający wskazywał, że uwzględnił zarzut w części (pkt 2.8. odpowiedzi na odwołanie). Odwołujący bowiem domagał się wykreślenia § 5 ust. 1 pkt 12 Umowy, natomiast Zamawiający zmodyfikował go w sposób następujący:

„12) wykona wszelkie inne prace i czynności konieczne dla wykonania Przedmiotu Umowy, które wynikają z Dokumentacji Zamawiającego.”

W kontekście treści zarzutu, w ramach którego Odwołujący zarzucał Zamawiającemu tylko i wyłącznie zobowiązanie do wykonania wszelkich innych prac koniecznych dla wykonania Przedmiotu Umowy bez doprecyzowania, że obejmuje to tylko te prace i czynności, które wynikają z Dokumentacji Zamawiającego, jak i w kontekście dokonanej modyfikacji przez Zamawiającego, który zamiast wykreślić kwestionowane postanowienie, to je zmienił poprzez dodanie wyrażenia: „które wynikają z Dokumentacji Zamawiającego”, należało uznać, że Zamawiający w istocie w całości uwzględnił zarzut Odwołującego opisany w punkcie II.1. podpunkt 1 litera j) odwołania, a nie jedynie w części – jak wskazywał w odpowiedzi na odwołanie. W związku z czym Izba umorzyła postępowanie odwoławcze w zakresie tego zarzutu w oparciu o przepis art. 522 ust. 4 ustawy Pzp. Ponadto, w odniesieniu do tego zarzutu Odwołujący nie wskazał na posiedzeniu z udziałem Stron, że go podtrzymuje.

Postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutu opisanego w punkcie II.1. podpunkt 2 litera f) zostało umorzone, choć Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie (punkt 2.19.) wskazywał, że zarzut uwzględnił w części, tj. dostosowując treść zmiany do wprowadzonych innych zmian i sposobu redakcji Umowy przyjętego przez Zamawiającego, tj. usunięcia sprzeczności z § 7 ust. 2 Umowy - zmienia pkt 16 lit. e Załącznika nr 3 – wzór Karty gwarancyjnej, który otrzymuje brzmienie:

e. Koszty materiałów eksploatacyjnych ulegających normalnemu zużyciu., które wymagają bieżącej wymiany w okresie gwarancyjnym , ponosi ~~Gwarant~~Uprawniony

Odwołujący żądał wykreślenia punktu 16 lit. e) w Załączniku nr 3 – wzór Karty gwarancyjnej.

Zamawiający pomimo, że w inny sposób – niż oczekiwał tego Odwołujący - dokonał zmiany kwestionowanego postanowienia, to jednak uczynił to zgodnie z kierunkiem i zarzutem, jak i zgodnie z kierunkiem wniosku Odwołującego, albowiem po dokonanej modyfikacji, to Uprawniony, a nie Gwarant, będzie ponosił koszty materiałów eksploatacyjnych, które wymagają bieżącej wymiany w okresie gwarancyjnym.

Mając powyższe na uwadze, Izba uznała, że Zamawiający w istocie w całości uwzględnił zarzut Odwołującego opisany w punkcie II.1. podpunkt 2 litera f) odwołania, a nie jedynie w części – jak wskazywał w treści odpowiedzi na odwołanie. Nie przeczy temu zmiana brzmienia postanowienia punktu 16 lit. e) w Załączniku nr 3 – wzór Karty gwarancyjnej, zamiast jego wykreślenie, jak tego żądał Odwołujący.

W konsekwencji Izba umorzyła postępowanie odwoławcze w zakresie ww. zarzutu w oparciu o przepis art. 522 ust. 4 ustawy Pzp.

II.

Izba umorzyła postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutów opisanych w odwołaniu w punkcie II.1. podpunkt 2 litera: g), h), i), k).

Zgodnie z art. 568 pkt 1 ustawy Pzp Izba umarza postępowania odwoławcze, w formie postanowienia, w przypadku cofnięcia odwołania.

Odwołujący w toku posiedzenia z udziałem Stron oświadczył, iż cofa zarzuty wskazane w punkcie II.1. podpunkt 2 litera: g), h), i), k) odwołania. Cofnięcie odwołania, a także cofnięcie poszczególnych zarzutów odwołania jest czynnością dyspozytywną odwołującego. Z tych też względów Izba umorzyła postępowanie odwoławcze w zakresie cofniętych zarzutów (co znalazło odzwierciedlenie w punkcie 2 sentencji niniejszego orzeczenia).

III.

W zakresie pozostałych zarzutów odwołanie podlegało rozpoznaniu na rozprawie.

Izba stwierdziła, że odwołanie w zakresie pozostałych zarzutów podlega oddaleniu z następujących względów:

W odniesieniu do zarzutów opisanych w punkcie II.1. podpunkt 1 i 2 Odwołujący zarzucał Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

- art. 647 KC - Przez umowę o roboty budowlane wykonawca zobowiązuje się do oddania przewidzianego w umowie obiektu, wykonanego zgodnie z projektem i z zasadami wiedzy technicznej, a inwestor zobowiązuje się do dokonania wymaganych przez właściwe przepisy czynności związanych z przygotowaniem robót, w szczególności do przekazania terenu budowy i dostarczenia projektu, oraz do odebrania obiektu i zapłaty umówionego wynagrodzenia.

- art. 353¹ KC - 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.

- art. 58 § 1 i 2 KC:

1. Czynność prawna sprzeczna z ustawą albo mająca na celu obejście ustawy jest nieważna, chyba że właściwy przepis przewiduje inny skutek, w szczególności ten, iż na miejsce nieważnych postanowień czynności prawnej wchodzi odpowiednie przepisy ustawy.

2. Nieważna jest czynność prawna sprzeczna z zasadami współżycia społecznego.

- art. 5 KC - 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.

- art. 471 KC - Dłużnik obowiązany jest do naprawienia szkody wynikłej z niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania, chyba że niewykonanie lub nienależyte wykonanie jest następstwem okoliczności, za które dłużnik odpowiedzialności nie ponosi.

- art. 560 § 1 i 3 KC:

1. Jeżeli rzecz sprzedana ma wadę, kupujący może złożyć oświadczenie o obniżeniu ceny albo odstąpieniu od umowy, chyba że sprzedawca niezwłocznie i bez nadmiernych niedogodności dla kupującego wymieni rzecz wadliwą na wolną od wad albo wadę usunie. Ograniczenie to nie ma zastosowania, jeżeli rzecz była już wymieniona lub naprawiana przez sprzedawcę albo sprzedawca nie uczynił zadość obowiązkowi wymiany rzeczy na wolną od wad lub usunięcia wady.

3. Obniżona cena powinna pozostawać w takiej proporcji do ceny wynikającej z umowy, w jakiej wartość rzeczy z wadą pozostaje do wartości rzeczy bez wady.

- art. 561 § 3 KC - Sprzedawca może odmówić zadośćuczynienia żądaniu kupującego, jeżeli doprowadzenie do zgodności z umową rzeczy wadliwej w sposób wybrany przez kupującego jest niemożliwe albo w porównaniu z drugim możliwym sposobem doprowadzenia do zgodności z umową wymagałoby nadmiernych kosztów. Jeżeli kupującym jest przedsiębiorca, sprzedawca może odmówić wymiany rzeczy na wolną od wad lub usunięcia wady także wtedy, gdy koszty zadośćuczynienia temu obowiązkowi przewyższają cenę rzeczy sprzedanej.

- art. 8 ust. 1 Pzp - Do czynności podejmowanych przez zamawiającego, wykonawców oraz uczestników konkursu w postępowaniu o udzielenie zamówienia i konkursie oraz do umów w sprawach zamówień publicznych stosuje się przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. - Kodeks cywilny (Dz.U. z 2022 r. poz. 1360, 2337 i 2339 oraz z 2023 r. poz. 326), jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej.

- art. 16 ust. 1 Pzp – Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób

zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców.

- art. 99 ust. 1 i 4 Pzp:

1. Przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty.

4. Przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję, w szczególności przez wskazanie znaków towarowych, patentów lub pochodzenia, źródła lub szczególnego procesu, który charakteryzuje produkty lub usługi dostarczane przez konkretnego wykonawcę, jeżeli mogłoby to doprowadzić do uprzywilejowania lub wyeliminowania niektórych wykonawców lub produktów.

- art. 431 Pzp - Zamawiający i wykonawca wybrany w postępowaniu o udzielenie zamówienia obowiązani są współdziałać przy wykonaniu umowy w sprawie zamówienia publicznego, zwanej dalej „umową”, w celu należytej realizacji zamówienia.

1.

1)zarzut opisany w punkcie II.1. podpunkt 1 lit. a) odwołania:

Zarzut z punktu II.1. podpunkt 1 lit. a) odwołania w zakresie w jakim odnosił się do postanowienia § 1 ust. 1 Umowy został uwzględniony w całości przez Zamawiającego, który dokonał modyfikacji SWZ zgodnej z żądaniem Odwołującego (punkt 1.1. odpowiedzi na odwołanie). I w tym zakresie Izba umorzyła postępowanie odwoławcze.

Odnośnie zarzutu w zakresie § 2 pkt 23 oraz § 13 ust. 5 Umowy należy wskazać, co następuje.

§ 2 pkt 23 Umowy definiuje co należy rozumieć pod pojęciem „Dokumenty Wykonawcy/ Dokumentacja Wykonawcy”.

Z kolei w § 13 ust. 5 Umowy nałożony został na Wykonawcę obowiązek wystąpienia do Zamawiającego o udzielenie stosownego pełnomocnictwa osobie wskazanej przez Wykonawcę w celu wystąpienia z wnioskiem w imieniu Zamawiającego o wydanie Pozwolenia na Użytkowanie oraz w razie konieczności wystąpienia przez Wykonawcę w imieniu Zamawiającego o wydanie decyzji, zezwoleń, uzgodnień i innych dokumentów niezbędnych dla wykonania Przedmiotu Umowy.

Zamawiający wprawdzie oświadczył, iż częściowo uwzględnił zarzut i żądanie odwołania w zakresie postanowienia § 2 pkt 23 Umowy, w związku z czym dokonał częściowej jego modyfikacji, jednakże zmiana ta nie w pełni odzwierciedla żądanie Odwołującego.

Odwołujący wnosil o zmianę postanowienia § 2 pkt 23 Umowy w następujący sposób:

Dokumenty Wykonawcy/ Dokumentacja Wykonawcy: oznacza wszelkiego rodzaju dokumentację (w tym model BIM), do której wykonania będzie zobowiązany Wykonawca w ramach realizacji Umowy, która okaże się niezbędna dla prawidłowego i zgodnego z prawem i Umową wykonania Przedmiotu Umowy, w szczególności te których wykonanie jest przedmiotem obowiązku wyraźnie nałożonego na Wykonawcę na podstawie Umowy lub powszechnie obowiązujących przepisów prawa, a w tym: tj projekt organizacji placu budowy, COR, projekty technologiczne wykonania robót budowlanych, rysunki techniczne, prezentacje multimedialne oraz wszelkie inne opracowania niezbędne dla prawidłowej realizacji inwestycji łącznie z uzyskaniem w imieniu Zamawiającego wymaganych decyzji, zezwoleń, uzgodnień i zatwierdzeń oraz schematy technologiczne, projekty i instrukcje montażu oraz instrukcje obsługi oraz opracowanie dokumentacji powykonawczej koloadat powykonawczy dotyczący Przedmiotu Umowy oraz protokoły potwierdzające wykonanie testów zgodnie z wymogami Prawa budowlanego, w wersji papierowej oraz elektronicznej w formacie PDF i formacie edytowalnym DWG, jak również z wykorzystaniem cyfrowego modelu obiektu budowlanego i procedur oraz procesów z tym związanych, zgodnie ze specyfikacją dla BIM (Building Information Modeling), która stanowi załącznik nr 1 do OPZ.

Natomiast Zamawiający dokonał zmiany ww. postanowienia w następujący sposób:

Dokumenty Wykonawcy/ Dokumentacja Wykonawcy: oznacza wszelkiego rodzaju dokumentację (w tym model BIM), do której wykonania będzie zobowiązany Wykonawca w ramach realizacji Umowy, która okaże się niezbędna dla prawidłowego i zgodnego z prawem i Umową wykonania Przedmiotu Umowy, w szczególności te których której wykonanie jest przedmiotem obowiązku wyraźnie nałożonego na Wykonawcę na podstawie Umowy lub powszechnie obowiązujących przepisów prawa, a w tym: projekt organizacji placu budowy, COR, projekty technologiczne wykonania robót budowlanych, rysunki techniczne, prezentacje multimedialne oraz wszelkie inne opracowania niezbędne dla prawidłowej realizacji inwestycji łącznie z uzyskaniem w imieniu Zamawiającego wymaganych decyzji, zezwoleń, uzgodnień i zatwierdzeń oraz schematy technologiczne, projekty i instrukcje montażu oraz instrukcje obsługi oraz opracowanie dokumentacji powykonawczej, koloadat powykonawczy dotyczący Przedmiotu Umowy oraz protokoły potwierdzające wykonanie testów zgodnie z wymogami Prawa budowlanego, w wersji papierowej oraz elektronicznej w formacie PDF i formacie edytowalnym DWG, jak również z wykorzystaniem cyfrowego modelu obiektu budowlanego i procedur oraz procesów z tym związanych, zgodnie ze specyfikacją dla BIM (Building Information Modeling), która stanowi załącznik nr 1 do OPZ.

Jak wynika z powyższego, Zamawiający, dokonując modyfikacji SWZ w odniesieniu do § 2 pkt 23 Umowy,

sprecyzował, że pod pojęciem „Dokumenty Wykonawcy/ Dokumentacja Wykonawcy” należy rozumieć dokumentację (w tym model BIM), której wykonanie jest przedmiotem obowiązku wyraźnie nałożonego na Wykonawcę na podstawie Umowy lub powszechnie obowiązujących przepisów prawa. Tym samym należałoby uznać, że dokonana zmiana jest co do zasady zgodna z kierunkiem zarzutu Odwołującego, choć nie uwzględnia w całości wniosku Odwołującego.

Także w odniesieniu do § 13 ust. 5 Umowy Zamawiający oświadczył, iż w części uwzględnia zarzut i żądanie odwołania. I choć modyfikacja dokonana przez Zamawiającego nie jest zgodna w pełni z wnioskiem Odwołującego – Odwołujący żądał bowiem wykreślenia wyrażenia: „*oraz w razie konieczności wystąpienia przez Wykonawcę w imieniu Zamawiającego o wydanie decyzji, zezwoleń, uzgodnień i innych dokumentów niezbędnych dla wykonania Przedmiotu Umowy*”, zaś Zamawiający doprecyzował w ramach modyfikacji SWZ, że chodzi o decyzje, zezwolenia, uzgodnienia i inne dokumenty wskazane w Umowie – to należy uznać, że dokonana zmiana jest zgodna z kierunkiem zarzutu Odwołującego. Odwołujący bowiem kwestionował jedynie to, że na Wykonawcę nakładane są obowiązki związane z uzyskaniem wszelkich decyzji, zezwoleń, uzgodnień i zatwierdzeń, nawet tych, które nie zostały wskazane w dokumentacji przetargowej. Zatem, Zamawiający precyzując, że chodzi o te dokumenty, które zostały wskazane w Umowie, doprowadził do zmiany SWZ, zgodnej de facto z oczekiwaniami Odwołującego.

Podkreślić też należy, że zarzut odnoszący się do § 13 ust. 5 Umowy jest bezprzedmiotowy także z tego względu, że w jego ramach Odwołujący negocjował obowiązek Wykonawcy pozyskania wszelkich niezbędnych decyzji, zezwoleń, uzgodnień czy dokumentów, a niewynikających z dokumentacji przetargowej, w sytuacji, gdy samo postanowienie § 13 ust. 5 Umowy dotyczy zwrócenia się do Zamawiającego o udzielenie stosownego pełnomocnictwa do pozyskania tych dokumentów, natomiast przedmiotowe postanowienie nie nakłada na Wykonawcę obowiązku ich pozyskania.

Mając powyższe na uwadze Izba uznała, że zarzut podlega oddaleniu w zakresie odnoszącym się do § 2 pkt 23 oraz § 13 ust. 5 Umowy.

2)zarzut opisany w punkcie II.1. podpunkt 1 lit. b) odwołania:

W ramach ww. zarzutu Odwołujący zarzucał Zamawiającemu nieprecyzyjne określenie przedmiotu Umowy poprzez objęcie przedmiotem zamówienia bliżej niesprecyzowanych robót rozbiórkowych, nie ujętych w Dokumentacji Projektowej, oraz nałożenie na wykonawcę niezrozumiałych zobowiązań np. opracowania Program Badań Archeologicznych wraz z decyzją (§ 5 ust 1 pkt. 6) lit b)) co uniemożliwia przedstawienie rzetelnej oferty w zakresie wykonania tych prac (Załącznik nr 2 do SWZ Opis Przedmiotu Zamówienia).

Zarzut nie zasługuje na uwzględnienie.

Jak wskazywał Zamawiający, zakres prac rozbiórkowych został opisany w Dokumentacji Projektowej, więc nie jest tak jak twierdzi Odwołujący, że roboty rozbiórkowe nie zostały ujęte w Dokumentacji Projektowej, czy też, że nie jest znane co będzie podlegać rozbiórkom. Zamawiający przyznał w toku rozprawy, że Dokumentacja Projektowa dotycząca prac rozbiórkowych jest dość ogólna, ale też wskazywał, że zakres robót rozbiórkowych wynika także z Przedmiaru Robót. Z drugiej strony Odwołujący w toku rozprawy wskazywał na brak w tej dokumentacji wskazania/opisania ścian wewnętrznych, czy instalacji, które podlegać będą rozbiórkom, przez co – w jego ocenie - ten zakres jest nieprecyzyjny. Nie zostało ujęte to jednak w treści zarzutu odwołania (tj. Odwołujący nie wskazywał jakie są braki w Dokumentacji – tylko postawił zarzut, że roboty rozbiórkowe nie zostały ujęte w Dokumentacji Projektowej – a co nie jest zgodne ze stanem faktycznym).

Ponadto, Odwołujący sformułował żądanie, aby w OPZ w odniesieniu do Rozbiórek pojawił się zapis: „*Wszelkie prace rozbiórkowe nie są objęte niniejszym postępowaniem i zostaną wykonane przez Zamawiającego w terminie umożliwiającym Wykonawcy terminową realizację zobowiązań Wykonawcy.*”.

Nieuprawnione jest żądanie ze strony Odwołującego, aby Zamawiający zrezygnował z realizacji jakiegoś zakresu zamówienia (tutaj: prace rozbiórkowe), jeśli podnosi tylko i wyłącznie zarzut braku sprecyzowania prac rozbiórkowych.

Co do zarzutu w części odnoszącej się do opracowania Programu Badań Archeologicznych, to Zamawiający wyjaśnił, że dokument ten został załączony do Dokumentacji Zamawiającego w odpowiedzi na pytania wykonawców z dnia 10 sierpnia 2023 roku. Zamawiający dokonał też częściowej modyfikacji postanowienia § 5 ust. 1 pkt 6 lit. b) Umowy.

Mając powyższe na uwadze Izba oddaliła ww. zarzut.

3)zarzut opisany w punkcie II.1. podpunkt 1 lit. e) odwołania:

W ramach ww. zarzutu Odwołujący podnosił, że Zamawiający w sposób nieprecyzyjny określił przedmiot Umowy poprzez nałożenie na Wykonawcę obowiązku wykonania wszelkiego rodzaju dokumentacji, która okaże się niezbędna

dla prawidłowego i zgodnego z prawem i Umową wykonania Przedmiotu Umowy, co w rzeczywistości stanowi niedozwolone obciążenie wykonawcy ryzykiem braków dokumentacji projektowej, za którą w przedmiotowym postępowaniu przetargowym winien być odpowiedzialny Zamawiający. Odwołujący w zakresie tego zarzutu wnioskował o zmianę postanowienia § 2 pkt 23 Umowy.

O zarzutach w stosunku do § 2 pkt 23 Umowy i jego modyfikacji dokonanej przez Zamawiającego była mowa powyżej w punkcie 1. Zarzut w zakresie w jakim odnosił się do kwestii nałożenia na Wykonawcę obowiązku wykonania „wszelkiego rodzaju dokumentacji” zdezaktualizował się po tym jak Zamawiający sprecyzował, że pod pojęciem „Dokumenty Wykonawcy/ Dokumentacja Wykonawcy” należy rozumieć dokumentację (w tym model BIM), której wykonanie jest przedmiotem obowiązku wyraźnie nałożonego na Wykonawcę na podstawie Umowy lub powszechnie obowiązujących przepisów prawa. Jednak jak podnosił Odwołujący Zamawiający nie zadośćuczynił w ten sposób w pełni żądaniu Odwołującego. Nadal pozostał katalog otwarty dokumentów przytoczonych w postanowieniu § 2 pkt 23 Umowy (użyte „w tym”, zamiast: „tj”). Ponadto za dokumentację w dalszym ciągu uznany jest model „BIM”. Odwołujący na rozprawie z tego postanowienia, jak i innych postanowień umowy wywodził ryzyko przerzucenia na Wykonawcę odpowiedzialności za błędy/braki w Dokumentacji Projektowej.

Zarzut podlega oddaleniu. Istotą zarzutu, opisanego w odwołaniu, jak wskazano powyżej, było nałożenie na Wykonawcę obowiązku wykonania wszelkiego rodzaju dokumentacji. Tymczasem po modyfikacji tego postanowienia, dokonanej przez Zamawiającego, sprecyzowane zostało, że chodzi o Dokumentację, której wykonanie jest przedmiotem obowiązku wyraźnie nałożonego na Wykonawcę na podstawie Umowy lub powszechnie obowiązujących przepisów prawa. W ocenie Izby postanowienie to nie przerzuca odpowiedzialności na Wykonawcę za ewentualne braki w Dokumentacji Projektowej. Takie rozumienie tego postanowienia też negował Zamawiający w toku rozprawy. Jeśli będą jakiegokolwiek braki w Dokumentacji Projektowej to za nie będzie odpowiedzialny Projektant i Zamawiający. Jeśli zostaną one wychwycone na etapie tworzenia modelu BIM, to w żaden sposób Wykonawca nie będzie odpowiadać za te braki, tylko Projektant i Zamawiający. Wykonawca będzie zobowiązany jedynie do notyfikowania kolizji Zamawiającemu. Także nieuzasadniony jest zarzut, że postanowienie to w brzmieniu dotychczasowym, jak i po zmianie, stanowi niedozwolone obciążenie Wykonawcy ryzykiem braków Dokumentacji Projektowej.

Mając powyższe na uwadze Izba uznała, że zarzut podlega oddaleniu.

4) zarzut opisany w punkcie II.1. podpunkt 1 lit. g) odwołania:

Zamawiający uwzględnił zarzut z punktu II.1. podpunkt 1 lit. g) odwołania w zakresie w jakim odnosił się on do postanowienia § 2 pkt 49 Umowy, zmieniając treść tego postanowienia zgodnie z żądaniem Odwołującego – dlatego też postępowanie odwoławcze podlegało umorzeniu w tym zakresie.

Spór pozostał w odniesieniu do postanowień § 4 ust. 10 oraz § 25 ust. 4 Umowy.

Zauważyć należy, że w ramach zarzutu Odwołujący przede wszystkim kwestionował objęcie definicją Terenu Budowy terenów przyległych do Terenu Budowy. Zmieniony przez Zamawiającego § 2 pkt 49 Umowy dotyczy właśnie definicji Terenu Budowy, z której Zamawiający na skutek modyfikacji SWZ wykreślił sformułowanie „i teren przyległy”.

Konsekwentnie Zamawiający także w § 4 ust. 10 zdanie pierwsze Umowy wykreślił sformułowanie „i tereny przyległe”. Jednocześnie dodał zdanie drugie zgodnie z którym: „Ponadto Wykonawca będzie zobowiązany do wykonania niezbędnych prac porządkowych na terenach przyległych do Terenu Budowy, jeżeli w wyniku wykonywania Robót przez Wykonawcę powstaną zabrudzenia, na tym terrobót, w szczególności usunie brud budowlany z przyległych ulicy i z fasad budynków brud budowlany.”

Niewątpliwie powyższa zmiana nie jest zgodna z zarzutem i żądaniem Odwołującego, który kwestionował zobowiązanie Wykonawcy do doprowadzenia terenów przyległych, które nie są we władaniu Wykonawcy do należytego stanu i porządku, i to niezależnie od tego czy Wykonawca spowodował jakiegokolwiek uszkodzenia lub zabrudzenia tego terenu przyległego.

Należy podkreślić, że słuszne jest oczekiwanie Zamawiającego, aby Wykonawca wykonał niezbędne prace porządkowe na terenach przyległych do Terenu Budowy, w szczególności usunął brud budowlany z przyległych ulic. Odwołujący wskazywał, że postanowienia Umowy nakładają na Wykonawcę taki obowiązek niezależnie od tego, czy to wykonawca spowodował jakiegokolwiek uszkodzenia, czy też zabrudzenia terenu przyległego. Twierdzenia Odwołującego w tym zakresie nie są uzasadnione w kontekście zmian wprowadzonych przez Zamawiającego do SWZ, albowiem zmieniony § 4 ust. 10 stanowi o obowiązku wykonania prac porządkowych, w sytuacji gdy zabrudzenia powstaną w wyniku wykonywania Robót przez Wykonawcę. Jednocześnie Zamawiający zrezygnował z wymagania

wymagań gestorów sieci, w tym także w zakresie nadzoru nad prowadzonymi pracami oraz odbioru przez gestorów sieci przebudowanych elementów infrastruktury, w szczególności zobowiązania wykonawcy do udostępnienia Terenu Budowy i skoordynowania realizacji robót objętych zakresem Umowy z planowanymi przez gestorów sieci i właścicielami nieruchomości sąsiednich robotami budowlanymi w obszarze Inwestycji zgodnie z informacjami i warunkami określonymi w SWZ i OPZ, przy czym szczegółowy zakres powyższych obowiązków oraz okres ich realizacji, a także zakres koordynacji nie zostały określone w dokumentacji przetargowej, a warunki gestorów sieci załączone do Umowy (za wyjątkiem warunków udzielnych przez Veolia Energia Poznań S.A.) są już nieważne, co uniemożliwia oferentom przygotowanie rzetelnych i konkurencyjnych ofert, i rodzi niemożliwe do oceny na dzień złożenia oferty ryzyko związane z terminem i zakresem zobowiązań wykonawcy – zarzut dotyczył § 5 ust. 1 pkt 12, § 21 ust. 3 Umowy. Odwołujący żądał wykreślenia obu postanowień Umowy.

Już tylko biorąc pod uwagę samo żądanie Odwołującego, które sprowadzało się do wniosku o wykreślenie obu kwestionowanych postanowień bez wskazania alternatywnego rozwiązania, należałoby uznać, że zarzut podlega oddaleniu. Nie ulega bowiem wątpliwości, że Wykonawca Robót budowlanych powinien je wykonywać zgodnie z warunkami przedstawionymi przez gestorów sieci. Inną rzeczą jest to na jakich zasadach zostałby zobowiązany do przestrzegania tych wymagań.

Postanowienie § 5 ust. 1 pkt 12 Umowy przed zmianą dokonaną przez Zamawiającego brzmiało: „*Realizując obowiązek, o którym mowa w § 1 ust. 1 pkt 1 Umowy, Wykonawca zgodnie z Umową: wykona wszelkie inne prace i czynności konieczne dla wykonania Przedmiotu Umowy.*”. Postanowienie to jest dość ogólne i dotyczy wszelkich prac związanych z wykonaniem Przedmiotu Umowy, bez odniesienia do warunków określonych przez gestorów sieci. W ramach modyfikacji SWZ Zamawiający doprecyzował, że chodzi o prace i czynności, wynikające z Dokumentacji Zamawiającego.

Natomiast postanowienie § 21 ust. 3 Umowy przed zmianą dokonaną przez Zamawiającego brzmiało: „*Wykonawca będzie wykonywał Przedmiot Umowy zgodnie z warunkami i uzgodnieniami przedstawionymi przez odpowiednie organy, gestorów sieci, dostawców mediów inne właściwe jednostki organizacyjne*”. I to postanowienie już dotyczyło warunków i uzgodnień przedstawionych m.in. przez gestorów sieci. Zamawiający dokonał modyfikacji tego postanowienia w następujący sposób:

„ 3. *Wykonawca będzie wykonywał Przedmiot Umowy zgodnie z warunkami i uzgodnieniami przedstawionymi przez odpowiednie organy, gestorów sieci, dostawców mediów inne właściwe jednostki organizacyjne, które zostały załączone do Dokumentacji Zamawiającego a które został. W przypadku gdy warunki lub uzgodnienia, o których mowa w zdaniu poprzednim, z ulegną istotnym zmianom (wpływającym na zmianę zakresu obowiązków Wykonawcy wynikających z pierwotnej treści tych dokumentów) z w przyczyn niezależnych od uzgodnienia Wykonawcy, zastosowanie będą miały postanowienia § 27 i 33 Umowy, odpowiednie poss w sposób istotny”.*

W ocenie Izby wskazane powyżej postanowienia Umowy, w szczególności po zmianie dokonanej przez Zamawiającego, zabezpieczają interesy obu Stron Umowy i nie stanowią o naruszeniu przepisów prawa, które zostały przywołane przez Odwołującego jako podstawa prawna zarzutów.

Po pierwsze, w ramach dokonanej modyfikacji Zamawiający wskazał, że Wykonawca jest zobowiązany do wykonywania Przedmiotu Umowy zgodnie z warunkami i uzgodnieniami przedstawionymi przez gestorów sieci, które zostały załączone do Dokumentacji Zamawiającego.

Po drugie, Zamawiający wskazał, że jeśli warunki te ulegną istotnym zmianom, mającym wpływ na zakres obowiązków Wykonawcy i z przyczyn od niego niezależnych, to zastosowanie będą miały postanowienia § 27 i 33 Umowy. Postanowienie § 27 Umowy dotyczy trybu wprowadzenia zmian jakości i ilości Robót, niezbędnych dla wykonania Przedmiotu Umowy, zaś postanowienie 33 Umowy dotyczy zmian Umowy. Tym samym postanowienia Umowy przewidują sposób postępowania, w sytuacji, gdy warunki przewidziane przez gestorów sieci ulegną istotnym zmianom, a w konsekwencji ograniczają ryzyko związane z terminem i zakresem zobowiązań Wykonawcy, co Odwołujący podnosił w odwołaniu.

Mając powyższe na uwadze Izba oddaliła ww. zarzut.

7)zarzut opisany w punkcie II.1. podpunkt 1 lit. I) odwołania.

Odwołujący w ramach ww. zarzutu zarzucał Zamawiającemu nałożenie na Wykonawcę obowiązku dokonywania wszelkich czynności przed właściwymi organami administracji niezbędnych do uzyskania Pozwolenia na Użytkowania lub innych Pozwoleń, a także nałożenie na Wykonawcę obowiązku wykonania zmian, modyfikacji lub dodatkowych

elementów itp., w terminie 3 dni w przypadku, kiedy na skutek zaleceń organów zewnętrznych konieczne będzie ich dokonanie i to pod rygorem powierzenia ich wykonania podmiotowi trzeciemu na koszt i ryzyko Wykonawcy, bez jednoczesnego doprecyzowania, że powyższe zobowiązanie obejmuje tylko te czynności, których wykonanie wynika z dokumentacji przekazanej przez Zamawiającego. Jednocześnie Odwołujący nie sprecyzował, którego to konkretnie postanowienia bądź postanowień SWZ ten zarzut dotyczy. A sam zakres zarzutu jest dość szeroki bowiem obejmuje czynności prowadzące do uzyskania Pozwolenia do Użytkowanie, czynności prowadzące do uzyskania innych Pozwoleń, jak i zmiany, modyfikacje i dodatkowe elementy, zalecone przez podmioty trzecie.

Zatem zarzut jest nieskonkretyzowany oraz – jak Zamawiający wskazywał w odpowiedzi na odwołanie - brak jest tym samym możliwości przypisania, które z żądań odwołania dotyczy tego zarzutu.

Mając powyższe na względzie Izba oddaliła ww. zarzut.

8)zarzut opisany w punkcie II.1. podpunkt 1 lit. n) odwołania:

W ramach zarzutu Odwołujący podnosił, że Wykonawca zobowiązany jest do wykonania bliżej nieokreślonych świadczeń nie związanych z przedmiotem Umowy, których szczegółowy zakres nie został sprecyzowany, co uniemożliwia przedstawienie rzetelnej oferty w zakresie wykonania przedmiotu Umowy. W ramach zarzutu Odwołujący kwestionował postanowienie § 12 ust. 18 pkt 1.2 Umowy, jednakże nie sformułował w treści odwołania żądania w zakresie tego zarzutu, tj. nie określił jakiej zmiany SWZ żąda.

Mając powyższe na uwadze Izba oddaliła ww. zarzut.

9)zarzut opisany w punkcie II.1. podpunkt 1 lit. p) odwołania:

Zarzut dotyczy § 14 ust. 7 Umowy.

Odwołujący podnosił, że Wykonawca zobowiązany jest do wykonania modeli rzeczywistych (Mock'up) w skali 1:1 wskazanych fragmentów zewnętrznych i wewnętrznych elementów wykończenia budynków bez konkretnego wskazania jakich elementów ten obowiązek dotyczy (katalog otwarty). Zarzut został częściowo uwzględniony przez Zamawiającego, który sprecyzował postanowienie, określając, że obowiązek wykonania modeli rzeczywistych dotyczy wskazanych w Dokumentacji Projektowej fragmentów zewnętrznych i wewnętrznych elementów wykończenia budynków. Odwołujący żądał aby obowiązek ten dotyczył tylko tych fragmentów, które zostały wymienione w § 14 ust. 7 Umowy.

Izba oddaliła ww. zarzut uznając, że wystarczającym jest ograniczenie zobowiązania Wykonawcy do wykonania modeli rzeczywistych (Mock'up) fragmentów elementów wykończenia budynków wskazanych w Dokumentacji Projektowej. Tym samym, Wykonawca zna zakres swojego zobowiązania, choć jest on dość szeroki. Odwołujący w odwołaniu nie wskazał argumentacji, która przemawiałaby za dodatkowym ograniczeniem tak opisanego obowiązku.

10)zarzut opisany w punkcie II.1. podpunkt 1 lit. q) odwołania:

Odwołujący w ramach ww. zarzutu podnosił, że umowa zawiera postanowienia, które w rzeczywistości prowadzą do bezusterkowego odbioru robót, m.in. uzależniając odbiór od zaakceptowania kompletu dokumentów wymaganych od Wykonawcy (§ 14 ust. 4 Umowy), uzależniając odbiór Robót od potwierdzenia, że wszelkie stwierdzone w nich usterki, wady nieistotne oraz zalecenia zostały odebrane z wynikiem pozytywnym. W ramach tego zarzutu Odwołujący kwestionował postanowienia Umowy zawarte w § 17 ust. 7 pkt 2, § 17 ust. 9 lit a), § 17 ust. 15, § 17 ust. 21 pkt 1 i 4 Umowy.

Zamawiający uwzględnił zarzut z punktu II.1. podpunkt 1 lit. q) odwołania w zakresie w jakim odnosił się on do postanowienia § 17 ust. 9 lit. a) i § 17 ust. 21 pkt 1 Umowy, zmieniając treść tego postanowienia zgodnie z żądaniem Odwołującego (punkt 1.11 i 1.12 odpowiedzi na odwołanie) – dlatego też postępowanie odwoławcze podlegało umorzeniu w tym zakresie.

Z kolei w odniesieniu do § 17 ust. 7 pkt 2 i § 17 ust. 21 pkt 1 Umowy Zamawiający uwzględnił zarzut w części, dokonując modyfikacji tych postanowień w odmienny sposób niż oczekiwał tego Odwołujący.

W odniesieniu do § 17 ust. 7 pkt 2 Umowy Odwołujący żądał jego zmiany w następujący sposób: „*Komplet protokołów Odbiorów Robót Zanikających lub Ulegających Zakryciu, wraz z załącznikami, odpowiadających rzeczowo pozycjom rozliczeniowym TER wraz z potwierdzeniem, że wszelkie stwierdzone w nich usterki, wady nieistotne oraz zalecenia zostały usunięte odebrane z wynikiem pozytywnym.*”.

Zamawiający zmodyfikował postanowienie w następujący sposób: „*Komplet protokołów Odbiorów Robót Zanikających lub Ulegających Zakryciu, wraz z załącznikami, odpowiadających rzeczowo pozycjom rozliczeniowym TER wraz z potwierdzeniem, że wszelkie stwierdzone w nich usterki, i wady nieistotne oraz zalecenia zostały odebrane*

~~z wynikiem pozytywnym usunięte.~~” (punkt 2.11. odpowiedzi na odwołanie).

Słusznie Zamawiający podnosił, że w przypadku Robót Zanikających lub Ulegających Zakryciu istotne jest potwierdzenie usunięcia wad, ponieważ obiektywnie nie da się tego zweryfikować w trakcie wykonywania dalszych robót. Dla Odwołującego wiadome było, aby obowiązek określony w § 17 ust. 7 pkt 2 Umowy dotyczył wyłącznie wad istotnych, a nie usterek, czy zaleceń. Po zmianie dokonanej przez Zamawiającego wykreślone zostały usterki i zalecenia, ale zostały wady bez ograniczenia do wad istotnych. W ocenie Izby Zamawiający miał prawo do ukształtowania w ten sposób postanowień Umowy. Nie prowadzi to do bezusterkowego odbioru Robót, jak wskazywał Odwołujący. Faktem jest, że postanowienie dotyczy wad, nie tylko istotnych. Z drugiej strony podkreślić należy, że dotyczy to Robót Zanikających lub Ulegających Zakryciu, gdzie późniejsze usunięcie takiej wady nie będzie po prostu możliwe.

Zgodnie z § 17 ust. 15 Umowy jeżeli w toku danego Odbioru nie zostaną stwierdzone żadne wady w przedłożonych dokumentach lub wykonanych Robotach Strony podpiszą odpowiedni pozytywny protokół odbioru prac objętych zakresem zgłoszenia Wykonawcy. Postanowienie to nie prowadzi więc do bezusterkowego odbioru robót, lecz – jak wskazywał Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie (punkt 3.7.) – dotyczy sytuacji sporządzenia protokołu, gdy nie zostały stwierdzone żadne wady. Dalsze postanowienia Umowy (w tym § 17 ust. 16 i następane) określają sposób postępowania w przypadku stwierdzenia wad nieistotnych i usterek.

Co do postanowienia z § 17 ust. 21 pkt 4 Umowy to Odwołujący domagał się jego zmiany w sposób następujący: *„Jeżeli wady uniemożliwiają użytkowanie Przedmiotu Umowy zgodnie z przeznaczeniem lub stanowią zagrożenie użytkowania albo też rażąco naruszają estetykę wykonania Przedmiotu Umowy w całości lub w części oraz nie nadają się do usunięcia, Zamawiający może: (...)”*.

Natomiast pod modyfikacji dokonanej przez Zamawiającego postanowienie to brzmi następująco: *„Jeżeli wady uniemożliwiają użytkowanie Przedmiotu Umowy zgodnie z przeznaczeniem lub stanowią zagrożenie użytkowania albo też rażąco naruszają estetykę wykonania Przedmiotu Umowy (w stosunku do zatwierdzonych zgodnie z § 14 ust. 7 Mock`up), w całości lub w części oraz nie nadają się do usunięcia, Zamawiający może: (...)”*.

W ocenie Izby postanowienie § 17 ust. 21 pkt 4 Umowy, w szczególności po dokonanej modyfikacji, nie narusza w jakikolwiek sposób powołanych przez odwołującego przepisów prawa, nie stanowi nieprecyzyjnego określenia przedmiotu Umowy, jak i nie prowadzi do bezusterkowego odbioru robót.

Po pierwsze, Inwestor ma prawo oczekiwać, że Roboty nie zostaną wykonane w sposób, który rażąco naruszałby estetykę Przedmiotu Umowy.

Po drugie, po dokonanej modyfikacji ww. postanowienia, Zamawiający bezpośrednio odniósł kwestie estetyki do tych fragmentów elementów wykończenia obiektów, co do których Wykonawca wykonał uprzednio modele rzeczywiste (Mock`up) i zostały one zatwierdzone. Zatem, wykonanie tych samych fragmentów w sposób odmienny na rzeczywistym obiekcie, z rażącym naruszeniem estetyki, będzie stanowiło o wadzie istotnej, co słusznie podnosił Zamawiający.

Mając powyższe na uwadze Izba uznała, że zarzut z punktu II.1. podpunkt 1 lit. q) – w odniesieniu do postanowień Umowy co do których Zamawiający nie uwzględnił zarzutu - podlega oddaleniu.

11) zarzut opisany w punkcie II.1. podpunkt 1 lit. r) odwołania:

Odwołujący w ramach ww. zarzutu podnosił, że Zamawiający uzależnia dokonanie odbioru Robót od działań podmiotów trzecich, niebędących stroną umowy, na które Wykonawca nie ma żadnego wpływu, np. od udzielenia akceptacji przez Projektanta bądź przez inspektorów działających na bezpośrednie zlecenie Zamawiającego. W ramach zarzutu Odwołujący kwestionował postanowienia zawarte w § 17 ust. 8 pkt 3 lit d), § 17 ust. 9 lit. c), § 17 ust. 10 pkt 1) lit i) i j), § 17 ust. 13 lit. b) Umowy, § 17 ust. 14 pkt 12) Umowy.

Zamawiający uwzględnił zarzut z punktu II.1. podpunkt 1 lit. r) odwołania w zakresie w jakim odnosił się on do postanowienia § 17 ust. 13 lit. b), zmieniając treść tego postanowienia zgodnie z żądaniem Odwołującego (punkt 1.13 odpowiedzi na odwołanie) – dlatego też postępowanie odwoławcze podlegało umorzeniu w tym zakresie.

W zakresie zarzutu i żądań dotyczących pozostałych ww. postanowień Umowy Izba podzieliła stanowisko Zamawiającego.

Zgodnie z § 17 ust. 8 pkt 3 lit d) Umowy Strony ustalają następujące zasady dokonywania Odbiorów Częściowych wraz ze zgłoszeniem gotowości do odbioru zgodnie z pkt 1 powyżej Wykonawca powinien przedstawić Inżynierowi Kontraktu następujące dokumenty w przypadkach, w których taki wymóg wynika z Dokumentacji Projektowej, potwierdzenie prawidłowości wykonanych prac przez osoby trzecie, w szczególności gestorów sieci lub zarządców infrastruktury.

Zgodnie z § 17 ust. 9 lit. c) Umowy Wykonawca zobowiązany jest zawiadomić Zamawiającego o gotowości do odbioru Etapu I za pośrednictwem Inżyniera Kontraktu na piśmie. W piśmie zgłaszającym gotowość od odbioru Etapu I, Wykonawca winien określić zakres robót wykonanych w ramach Etapu I odwołując się do pozycji TER i Harmonogramu Rzeczowo-Finansowego. Wykonawca zobowiązany jest wraz ze zgłoszeniem załączyć następujące dokumenty: (...) c) w razie zmian nieodstępujących w sposób istotny od zatwierdzonego Projektu Budowlanego lub warunków, dokonanych podczas wykonywania robót objętych odbiorem - kopie rysunków wchodzących w skład zatwierdzonego projektu budowlanego, z naniesionymi zmianami, a w razie potrzeby także uzupełniający opis wraz z potwierdzeniem Projektanta o nieistotności zmian.

Zgodnie z § 17 ust. 10 pkt 1) lit i) i j) Umowy Wykonawca poinformuje o gotowości do Odbioru Robót Budowlanych w formie wpisu Kierownika Budowy do Dziennika Budowy oraz pisemnego powiadomienia Inżyniera Kontraktu. Zgłaszając gotowość Wykonawca zobowiązany jest przedłożyć Inżynierowi Kontraktu wszelkie niezbędne dokumenty związane z tym Odbiorem w terminie umożliwiającym ich weryfikację, w szczególności, ale nie wyłącznie, wykazane poniżej:

1) Wykonawca może wystąpić z wnioskiem o dokonanie Odbioru Końcowego Robót po spełnieniu następujących warunków oraz dostarczeniu niżej wymienionych dokumentów: (...)

i) Uzyskał pisemne potwierdzenie wystawione przez Inżyniera Kontraktu potwierdzające prawidłową realizację warunków wskazanych w pkt.2 lit. a) – i) powyżej.

j) wpisy do Dziennika Budowy wszystkich Inspektorów Nadzoru Inwestorskiego oraz Koordynatora Inspektorów Nadzoru potwierdzające zakończenie wykonywania robót budowlanych oraz gotowość do odbioru robót budowlanych.

Zgodnie z § 17 ust. 14 pkt 12) Umowy Szczegółowa zawartość kołaudatu powykonawczego winna być ustalona z odpowiednim wyprzedzeniem z Inżynierem Kontraktu, niemniej jednak w szczególności winien on zawierać: (...) 12) zbiorcze zestawienie ostatecznych wartości poszczególnych elementów robót budowlanych, potwierdzone przez właściwych branżowo Inspektorów Nadzoru.

W ocenie Izby zarzut, w zakresie w jakim nie został uwzględniony przez Zamawiającego, nie zasługuje na uwzględnienie. Udział/działania podmiotów trzecich opisane w przywołanych powyżej postanowieniach Umowy jest uzasadniony i wynika albo z Dokumentacji Projektowej, albo z przepisów prawa budowlanego czy choćby z innych postanowień Umowy. Jeśli chodzi o udział Inżyniera Kontraktu, to zgodnie z § 10 ust. 1 Umowy będzie on w imieniu Zamawiającego:

1) koordynował zadania z zakresu nadzoru inwestorskiego,

2) pełnił nadzór merytoryczny, w tym techniczny, nad realizacją Umowy,

3) wykonywał zadania związane z administrowaniem realizacją Umowy,

4) wykonywał w ramach umowy pomiędzy Zamawiającym a Inżynierem Kontraktu inne czynności wskazane przez Zamawiającego związane z realizacją Umowy.

Zatem udział Inżyniera Kontraktu w toku realizacji inwestycji na poszczególnych jej etapach jest konieczny i niezbędny.

W ocenie Izby, nie stoi w sprzeczności z przepisami prawa, a co więcej, jest w pełni uzasadnione, wymaganie potwierdzenia prawidłowości wykonanych prac przez osoby trzecie, jeśli taki wymóg wynika z Dokumentacji Projektowej.

Nie budzi wątpliwości, że Zamawiający ma prawo oczekiwać, że to Wykonawca uzyska potwierdzenie Projektanta o nieistotności zmian, w razie dokonania zmian nieodstępujących w sposób istotny od zatwierdzonego Projektu Budowlanego.

W pełni uzasadnione jest także postanowienie, dotyczące konieczności uzyskania wpisów do Dziennika Budowy wszystkich Inspektorów Nadzoru Inwestorskiego oraz Koordynatora Inspektorów Nadzoru, na etapie występowania z wnioskiem o dokonanie Odbioru Końcowego Robót. Jak również uzasadnione jest oczekiwanie potwierdzenia wartości poszczególnych elementów robót budowlanych przez odpowiednich Inspektorów Nadzoru.

Mając powyższe na uwadze Izba uznała, że zarzut z punktu II.1. podpunkt 1 lit. r) – w odniesieniu do postanowień Umowy co do których Zamawiający nie uwzględnił zarzutu - podlega oddaleniu.

12)zarzut opisany w punkcie II.1. podpunkt 1 lit. s) odwołania:

W ramach ww. zarzutu Odwołujący podnosił, że na mocy projektowanych postanowień Umowy Zamawiający zobowiązuje wykonawcę do wykonywania wszelkich modyfikacji dotyczących Przedmiotu Umowy na podstawie polecenia zmiany wydanego przez Inżyniera Kontraktu bez prawa Wykonawcy do żądania zmiany terminów realizacji Przedmiotu Umowy na podstawie polecenia wykonania takiej zmiany. W ramach tego zarzutu Odwołujący kwestionował postanowienie § 27 ust. 1 oraz ust. 8 Umowy.

Zgodnie z § 27 ust. 1 oraz ust. 8 Umowy:

1. Zamawiający wydaje polecenia za pośrednictwem Inżyniera Kontraktu, jeżeli jest to niezbędne do zgodnej z Umową realizacji Robót. Nadto Zamawiający może polecać dokonywanie zmian jakości i ilości, jakie będą uważane za niezbędne dla wykonania Przedmiotu Umowy, a Wykonawca powinien wykonać każde z poniższych poleceń:

- 1) zwiększyć lub zmniejszyć ilość Robót objętych Umową,
- 2) pominąć wskazane Roboty,
- 3) wykonać roboty nieprzewidziane,
- 4) wykonać roboty w sposób odmienny od wskazanego w Dokumentacji Zamówienia,
- 5) zmienić określoną HRF kolejność wykonania Robót.

8. W przypadku, gdy polecenie, o którym mowa w ust. 1 powyżej będzie miało istotny wpływ na wykonanie Przedmiotu Umowy Zamawiający zleci Wykonawcy aktualizację HRF.

Zamawiający w części uwzględnił powyższy zarzut, zmieniając postanowienie § 27 ust. 1 Umowy poprzez dodanie po punkcie 5 sformułowania: „o ile Strony uzgodnią wpływ na koszt i termin realizacji Umowy i podpiszą stosowany aneks do Umowy lub odrębną umowę o której mowa w ust 3 poniżej.”.

W ocenie Izby zmiana dokonana przez Zamawiającego, zabezpiecza interesy Wykonawcy w sytuacji, gdy Wykonawca zostanie zobowiązany do modyfikacji Przedmiotu Umowy na podstawie wydanego polecenia zmiany. W takiej sytuacji obie Strony są zobowiązane uzgodnić jaki to ma wpływ na terminy realizacji Umowy oraz na koszty i podpisać aneks do Umowy bądź odrębną Umowę. W istocie dokonana zamiana jest też zgodna z żądaniem Odwołującego. Odwołujący w toku posiedzenia podtrzymał w tym zakresie swój zarzut w całości.

Mając powyższe na uwadze Izba oddaliła ww. zarzut.

13) zarzut opisany w punkcie II.1. podpunkt 1 lit. t) odwołania:

W ramach powyższego zarzutu Odwołujący podnosił, że z postanowień Umowy wynika zasada, iż w przypadku gdy roboty wynikające z wprowadzonych poleceniem zmiany, odpowiadają opisowi pozycji OTER, TER (lub kosztorysu ofertowego wykonawcy), cena jednostkowa określona w tych dokumentach, będzie podstawą do wyliczenia wysokości wynagrodzenia, należnego wykonawcy z tytułu wprowadzenia danej zmiany, i to bez możliwości jej waloryzacji, co w konsekwencji wiąże się z nieuzasadnionym przeniesieniem na wykonawcę ryzyka wzrostu cen za zakres prac, który nie jest przedmiotem zamówienia i nie jest znany Wykonawcy w dniu złożenia oferty. Odwołujący w tym zakresie kwestionował postanowienia § 27 ust. 5 w zw. z § 34 ust. 1 pkt 10 Umowy.

Zamawiający w związku z wniesionym odwołaniem dokonał częściowej zmiany wskazanych powyżej postanowień Umowy, jednak w najbardziej spornym zakresie, tj. odniesienia do ceny jednostkowej określonej w dokumentach OTER, TER (lub kosztorysie ofertowym Wykonawcy) jako podstawy wyliczenia wysokości wynagrodzenia należnego Wykonawcy z tytułu wprowadzenia danej zmiany (w trybie poleceń), postanowienie § 27 ust. 5 Umowy pozostało niezmienione. Niemniej jednak należy zauważyć, że Zamawiający zawarł dodatkowe odniesienie do zasad dotyczących przygotowania kosztorysu dodatkowego, określonych w ust. 7. Ponadto, zgodnie z § 27 ust. 3 Umowy polecenie wprowadzenia zmian ma jedynie charakter techniczno-organizacyjny i stanowi dokument przygotowawczy dla zawarcia aneksu lub odrębnej umowy - o ile taka będzie konieczna.

Z kolei w odniesieniu do § 34 ust. 1 pkt 10 Umowy w ramach dokonanej modyfikacji Zamawiający już przewidział możliwość waloryzacji wynagrodzenia w związku z terminem realizacji robót dodatkowych.

W ocenie Izby zarzut Odwołującego, w szczególności po zmianach kwestionowanych postanowień dokonanych przez Zamawiającego, nie zasługuje na uwzględnienie. Należy też zauważyć, że polecenia zmiany, o których mowa w § 27 Umowy, dotyczą zmian niezbędnych do zgodnej z Umową realizacji Robót a tryb ich wprowadzenia został szczegółowo określony.

14) zarzut opisany w punkcie II.1. podpunkt 1 lit. u) odwołania:

W ramach ww. zarzutu Odwołujący zarzucał Zamawiającemu nieprecyzyjny opis wymogów w zakresie poziomu uszczegółowienia danych dot. Modelu BIM (pkt 4 Załącznika nr 1 do OPISU PRZEDMIOTU ZAMÓWIENIA Wymaga Informacyjne Zamawiającego (EIR) określające wymogi BIM), który uniemożliwia wykonawcy określenie swoich zobowiązań w tym zakresie w dniu złożenia oferty.

Odwołujący wnosił o zmianę postanowienia Załącznika nr 1 do OPZ w pkt 4, tak aby otrzymał następujące brzmienie:

„Model BIM będzie umożliwiał dokonywanie odbiorów i rozliczanie poszczególnych etapów robót. Poziom

~~uszczerdówienia danych zostanie uzgodniony pomiędzy m Wykonawcą i Inżynierem Kontraktu oraz Zamawiającym w terminie 30 dni od dnia zawarcia umowy z m Wykonawcą”.~~

Zamawiający wnosił o oddalenie zarzutu (punkt 3.13. odpowiedzi na odwołanie).

Zarzut nie zasługuje na uwzględnienie. Należy zauważyć, że zgodnie projektowanymi postanowieniami Umowy poziom uszczerdówienia danych miał być uzgodniony pomiędzy Stronami i Inżynierem Kontraktu, co oznacza, że Wykonawca też będzie miał wpływ na ten poziom uszczerdówienia. Poza tym Zamawiający słusznie odniósł się do zasad ustalenia TER, wskazując, że to postanowienie jest też z tym powiązane.

Mając powyższe na uwadze Izba oddaliła ww. zarzut.

2.

1)zarzut opisany w punkcie II.1. podpunkt 2 lit. a) odwołania:

W ramach ww. zarzutu odwołujący kwestionował postanowienia zawarte w § 8 ust. 6 lit. a) Umowy oraz § 2 pkt 27 i 29 Umowy wskazując, że Zamawiający uzależnia fakt zapłaty wynagrodzenia Wykonawcy od uzgodnienia przez Strony Umowy oraz Inżyniera Kontraktu (a zatem podmiotu nie będącego Stroną Umowy dla Wykonawcy) Tabeli Elementów Rozliczeniowych, co uniemożliwia ustalenie w dniu złożenia oferty momentu otrzymania zapłaty.

Zgodnie z projektowanymi postanowieniami Umowy wynagrodzenie ma charakter ryczałtowy, a załączony do Umowy kosztorys będzie miał charakter pomocniczy (§ 8 ust. 1).

W § 2 pkt 27 i 29 Umowy określone zostały definicje Harmonogramu Rzeczowo-Finansowego (HRF) oraz Tabeli Elementów Rozliczeniowych (TER).

Z kolei w § 8 ust. 6 Umowy Zamawiający wskazał, że dopuszcza możliwość rozliczania wykonania Przedmiotu Umowy fakturami częściowymi, na podstawie protokołów odbiorów robót, obejmujących roboty ujęte w OTER uszczerdówione dla potrzeb rozliczeń w TER oraz HRF.

Na wstępie należy zauważyć, że co do postanowienia zawartego w § 2 pkt 27 Odwołujący nie sformułował w treści odwołania żądania, tj. jakiej zmiany SWZ w tym zakresie żąda.

Ponadto, słusznie Zamawiający wskazywał, że ze względu na ryczałtowy charakter wynagrodzenia, przyjęte zostały zasady rozliczenia tego wynagrodzenia w oparciu o pozycje TER (stanowiące pochodne OTER i kosztorysu ofertowego). Zresztą co do istoty Odwołujący nie negował takiego sposobu rozliczania wynagrodzenia. Kwestionował fakt, że TER ma być uzgodniona przez Wykonawcę z Inżynierem Kontraktu oraz Zamawiającym. Zarzut jest chybiony, gdyż postanowienia Umowy – wbrew twierdzeniom Odwołującego – nie stanowią o naruszeniu prawa w tym zakresie. One zakładają współpracę obu Stron, a także Inżyniera Kontraktu i nie stanowią o naruszeniu zasady równowagi Stron czy zasad współzycia społecznego. Odwołujący wnioskował też o zmianę § 8 ust. 6 Umowy w zakresie możliwości wystawienia pierwszej faktury częściowej. Zgodnie z Umową może to nastąpić po upływie pierwszego pełnego miesiąca od daty zatwierdzenia TER i HRF, zaś Odwołujący chciałby, żeby to nastąpiło w terminie liczonym od daty zawarcia Umowy. W tym zakresie także nie sposób mówić o naruszeniu przepisów prawa i wynikających z nich zasad, a powołanych w uzasadnieniu zarzutu. Należy raz jeszcze zwrócić uwagę, że rozliczanie wykonania Przedmiotu Umowy może odbywać się na podstawie faktur częściowych, wystawionych na podstawie protokołów odbiorów robót, obejmujących roboty ujęte w OTER a uszczerdówione w TER i HRF. W pełni uzasadnione jest też to, że TER będzie podlegała uzgodnieniu z Inżynierem Kontraktu i Zamawiającym, nawet jeśli Inżynier Kontraktu nie jest stroną Umowy. Jednak nie należy zapominać, że pełni istotną rolę w całym procesie inwestycyjnym, z którym związany jest Przedmiot Umowy. W ocenie Izby nieuzasadnione są obawy Odwołującego, że w dniu złożenia oferty nie jest możliwy do ustalenia moment otrzymania zapłaty. Wprawdzie postanowienia Umowy nie określają terminów rozliczenia wynagrodzenia datami dziennymi, ale wskazują w jakich okolicznościach i z jaką częstotliwością będzie następować to rozliczenie.

Mając powyższe na uwadze Izba oddaliła ww. zarzut.

2)zarzut opisany w punkcie II.1. podpunkt 2 lit. b) odwołania:

Nie jest tak jak twierdzi Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie, że skoro Odwołujący nie wskazał w treści odwołania, którego konkretnego postanowienia SWZ dotyczy ten zarzut, to brak jest możliwości przypisania, które z żądań odwołania dotyczy tego zarzutu.

Odwołujący w ramach zarzutu wskazywał, że zamawiający uzależnił wystawienie faktury końcowej od uzyskania Pozwolenia na Użytkowanie, co może skutkować naruszeniem bezwzględnie obowiązujących przepisów prawa podatkowego, a nadto obciąża Wykonawcę nieuzasadnionym ryzykiem prawidłowości dokumentacji projektowej w kontekście możliwości uzyskania pozwolenia na użytkowanie. W § 8 ust. 6 lit. d) Umowy Zamawiający wskazał,

że: „faktura końcowa zostanie wystawiona po uzyskaniu prawomocnej decyzji o pozwoleniu na użytkowanie i podpisaniu Protokołu Odbioru Końcowego a jej wysokość będzie odpowiadała różnicy wartości określonej w ust. 2 i sumy wartości już wypłaconych”. Zatem zarzut dotyczy tego konkretnego postanowienia Umowy.

Z zarzutem tym skorelowane jest żądanie wskazane w pkt V.C. 1.13 odwołania, które dotyczy właśnie § 8 ust. 6 lit. d) Umowy. Odwołujący w swoim żądaniu wnioskował jedynie o wykreślenie: „a jej wysokość będzie odpowiadała różnicy wartości określonej w ust. 2 i sumy wartości już wypłaconych.”, co oznacza, że postanowienie w części dotyczącej uzależnienia wystawienia faktury końcowej po uzyskaniu prawomocnej decyzji o Pozwoleniu na Użytkowanie i podpisaniu Protokołu Odbioru Końcowego pozostałoby nie zmienione. Nie jest zatem jasne w jaki sposób Odwołujący chciałby zmienić postanowienia SWZ w tym zakresie tak aby było to zgodne z kierunkiem zarzutu. Z tych też względów zarzut nie zasługuje na uwzględnienie.

3)zarzut opisany w punkcie II.1. podpunkt 2 lit. c) odwołania:

W ramach powyższego zarzutu Odwołujący podnosił, że Zamawiający ukształtował zobowiązania dotyczących rękojmi w sposób niezgodny z uregulowaniami ustawy kodeks cywilny, w tym w szczególności art. 560 § 1, § 3 oraz art. 561 § 3 ustawy kodeks cywilny skutkujące: i) koniecznością zadośćuczynienia żądaniu Zamawiającego i to według jego wyboru, nawet jeżeli doprowadzenie do zgodności z Umową rzeczy wadliwej w sposób wybrany przez Zamawiającego jest niemożliwy albo w porównaniu z drugim możliwym sposobem doprowadzenia do zgodności z Umową wymagałoby nadmiernych kosztów, oraz ii) koniecznością zwrotu całości lub odpowiedniej części zapłaconego wykonawcy wynagrodzenia nawet gdy wada nie pozbawia Zamawiającego z możliwości korzystania z wadliwej części przedmiotu Umowy. Odwołujący w tym zakresie kwestionował postanowienia § 28 ust. 4 Umowy, a także punktu 2 Załącznika nr 3 – wzór Karty gwarancyjnej.

Izba w tym zakresie podzieliła stanowisko Zamawiającego, który wskazywał, że biorąc pod uwagę treść art. 558 KC, należy stwierdzić, że art. 560 KC ma charakter dyspozytywny w obrocie powszechnym i w stosunkach między przedsiębiorcami. W związku z powyższym należało uznać, że Zamawiający miał prawo ukształtować postanowienia Umowy w sposób odmienny. Natomiast okoliczność, że wybór jednego z uprawnień z tytułu rękojmi należy do Zamawiającego wynika wprost z przywołanych przepisów KC (art. 560 i art. 561), które tylko przewidują ograniczenie tego uprawnienia w konkretnych sytuacjach.

Co do użycia wyrażenia: „zwrotu całości lub „odpowiedniej części zapłaconego Wykonawcy wynagrodzenia”, zamiast wskazywania w postanowieniu na „obniżenie wynagrodzenia”, to Zamawiający wyjaśnił w toku rozprawy, że taki sposób sformułowania postanowień Umowy, wynika z wymagań Instytucji Kontrolujących wydatkowanie środków publicznych.

Mając powyższe na uwadze Izba oddaliła ww. zarzut.

4)zarzut opisany w punkcie II.1. podpunkt 2 lit. d) odwołania:

Zamawiający uwzględnił w części zarzut dotyczący § 28 ust. 6 Umowy (punkt 2.16 odpowiedzi na odwołanie). Zmiana tego postanowienia Umowy jest w dużej mierze zbieżna z żądaniem Odwołującego wskazanym w pkt V.C. 1.42 odwołania, albowiem po zmianie dokonanej przez Zamawiającego § 28 ust. 6 Umowy, otrzymał brzmienie:

„6. Wady zostaną usunięte przez Wykonawcę w terminie do 714 dni od dnia ich zgłoszenia przez Zamawiającego. w przypadku obiektywnego braku możliwości usunięcia wady w tym terminie Okres ten może zostać wydłużony za zgodą Zamawiającego, —(e— ile z powodu czynników w niezależnych od woli Wykonawcy lub względów technologicznych/technicznych) wady zostaną usunięte w odpowiednim terminie (uwzględniającym charakter wady, dostępność materiałów oraz możliwości techniczne usunięcia wady, wpływ wady na użytkowanie obiektu i realizację działalności statutowej Zamawiającego) ustalonym przez Strony. uniemożliwiają mu usunięcie wad w pierwotnym terminie.

Zatem po modyfikacji dokonanej przez Zamawiającego termin usunięcia wad wynosi do 14 dni od dnia ich zgłoszenia przez Zamawiającego. Jednocześnie należy zauważyć, że przywołane postanowienie Umowy dopuszcza możliwość wydłużenia tego terminu w przypadku obiektywnego braku możliwości usunięcia wady w tym terminie.

Sporny pozostał natomiast czas usunięcia wad określony w § 28 ust. 9 Umowy, tj. czas dotyczący przystąpienia do usuwania wady i zabezpieczenia jej - nie później niż w ciągu 24 godzin od momentu powiadomienia przez Zamawiającego. Odwołujący żądanie swoje zawarł w punkcie V.C.1.43 wnioskując o zmianę 24 godzin na 72 godziny.

Izba stoi na stanowisku, że Zamawiający miał prawo ukształtowania postanowień Umowy, zobowiązujących wykonawcę do przystąpienia do usuwania wady i zabezpieczenia jej nie później niż w ciągu 24 godzin od momentu powiadomienia przez Zamawiającego. Należy podkreślić, że postanowienie to odnosi się do wad zagrażających bezpieczeństwu zasobu muzealnego, stanowiącego niejednokrotnie mienie znacznej wartości zarówno nominalnej,

jak i historycznej i narodowej. Wskazać należy, że w pierwotnym brzmieniu postanowienie obejmowało usterki, a po modyfikacji dokonanej przez Zamawiającego - wady. Zamawiający słusznie zauważył, że w 24 godziny wykonawca zobowiązany jest do przystąpienia do usuwania wady i zabezpieczenia wady, a samo jej usunięcie ma nastąpić niezwłocznie. Jest to termin krótki i wymagający, ale nie nierealny, jak wskazywał Odwołujący. Zamawiający wskazywał też, że tego typu usługi można zabezpieczyć przy pomocy pogotowia technicznego. Nie jest też tak jak twierdzi Odwołujący, że nie został uwzględniony charakter wady, gdyż § 28 ust. 9 Umowy w sposób jednoznaczny odnosi się do wad „zagrożających bezpieczeństwu zasobu muzealnego”.

Analogiczna argumentacja odnosi się także do kwestionowanych postanowień Załącznika nr 3 - wzoru Karty Gwarancyjnej – punkt 3, 7 i 8.

5)zarzut opisany w punkcie II.1. podpunkt 2 lit. e) odwołania:

Zarzut ten dotyczy postanowienia z punktu 9 Załącznika nr 3 – wzór Karty Gwarancyjnej, zgodnie z którym Wykonawca jest zobowiązany do uwzględnienia i stosowania postanowień szczegółowych instrukcji opracowanych dla zabezpieczenia zasobu muzealnego w sytuacjach awaryjnych podczas gdy przedmiotowe instrukcje nie zostały uwzględnione w dokumentacji przetargowej, a nadto brak jest w treści SWZ definicji trybu awaryjnego. Odwołujący we wniosku wskazanym w punkcie V.C. 1.52 żądał usunięcia tego postanowienia.

Izba oddalając ten zarzut przychyliła się do argumentacji Zamawiającego, który w odpowiedzi na odwołanie (punkt 3.20) wyjaśnił, że kwestionowane postanowienie jest uzasadnione z uwagi na charakter budowanego obiektu Muzeum, a ponadto Wykonawca jest zobowiązany do dostarczenia technologii muzealnej w związku z czym będzie też współtworzył instrukcje użytkownika obiektu. Ponadto, nie ulega wątpliwości, że w pełni uzasadnione jest wprowadzanie instrukcji dotyczących zabezpieczenia zasobów w sytuacjach awaryjnych, co wiąże się z koniecznością ich przestrzegania, przez wszystkich, w tym też przez Gwaranta.

6)zarzut opisany w punkcie II.1. podpunkt 2 lit. l) odwołania:

W ramach powyższego zarzutu odwołujący podnosił, że postanowienia zawarte w Załączniku nr 1 do Opisu Przedmiotu Zamówienia Wymagania Informacyjne Zamawiającego (EIR) określające wymogi BIM w sposób nieuzasadniony przenoszą na wykonawcę błędy projektowe w zakresie kolizji instalacji międzybranżowych poprzez przeniesienie na wykonawcę obowiązku koordynacji międzybranżowej w zakresie BIM. Odwołujący żądał zmiany kwestionowanych postanowień m.in. w ten sposób, że Wykonawca byłby zobowiązany do przekazania Zamawiającemu i Inżynierowi Kontraktu aktualnych modeli składowych BIM i aktualnego modelu złożeniowego BIM, ale bez raportu kolizji oraz, że to Zamawiający, a nie Wykonawca będzie odpowiedzialny za identyfikację kolizji. Odwołujący żądał także usunięcia wymagania w zakresie opisanego strategii koordynacji i wykrywania kolizji.

Izba nie podziela obaw Odwołującego, że utrzymanie kwestionowanego postanowienia w brzmieniu dotychczasowym będzie się wiązało z ryzykiem przeniesienia na Wykonawcę błędów projektowych w zakresie kolizji instalacji międzybranżowych. Skoro to Wykonawca w ramach przedmiotu zamówienia jest zobowiązany do stworzenia modelu BIM, którego celem jest właśnie wychwycenie ewentualnych błędów czy kolizji, to uzasadnione jest oczekiwanie Zamawiającego, aby to Wykonawca był odpowiedzialny za strategię koordynacji i wykrywania kolizji w oparciu o konkretne narzędzia wraz z identyfikowaniem i raportowaniem tych kolizji. Natomiast jak wyjaśniał zamawiający w odpowiedzi na odwołanie (punkt 3.22.) – za rozwiązanie ujawnionych w trakcie tworzenia modelu BIM kolizji, będzie odpowiedzialny Zamawiający i działający na jego zlecenie Projektant. Postanowienia SWZ w obecnym kształcie (przynajmniej te na które powoływał się Odwołujący) nie przewidują przeniesienia odpowiedzialności za błędy projektowe na Wykonawcę.

3.zarzut opisany w punkcie II.2. podpunkt 2 odwołania:

W ramach zarzutu Odwołujący podnosił, że Zamawiający wprowadził w ramach warunku udziału w Postępowaniu, o którym mowa w Rozdziale VIII ust. 2 pkt 1 lit. d) tiret drugi podpunkt 2) (dotyczy Kierownika Robót Sanitarnych) SWZ oraz kryterium oceny ofert w zakresie dotyczącym doświadczenia Kierownika Robót Sanitarnych, o którym mowa w Rozdziale XV. ust. 3 SWZ lit c) nieuzasadnionego wymogu dla nabywania wymaganych kompetencji w postaci konieczności wykazania się na potwierdzenie spełniania warunku udziału w Postępowaniu i w celu zdobycia punktów w ramach kryterium Dodatkowego (Doświadczenie Personelu Wykonawcy- Dodatkowe doświadczenie Kierownika robót sanitarnych) doświadczeniem zawodowym (a) co najmniej 120- miesięcznym doświadczeniem w nadzorowaniu / kierowaniu robotami budowlanymi sanitarnymi; oraz (b) wyłącznie w ramach realizacji minimum 2 zakończonych inwestycji polegających na budowie budynku o wartości nie mniej niż minimum 50 000 000,00 zł brutto każda z inwestycji.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu w tym zakresie naruszenie następujących przepisów prawa:

- art. 112 ust. 1 i ust. 2 pkt 4 Pzp:

1. Zamawiający określa warunki udziału w postępowaniu w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz umożliwiającą ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, w szczególności wyrażając je jako minimalne poziomy zdolności.

2. Warunki udziału w postępowaniu mogą dotyczyć:

4) zdolności technicznej lub zawodowej.

- art. 116 ust. 1 - W odniesieniu do zdolności technicznej lub zawodowej zamawiający może określić warunki dotyczące niezbędnego wykształcenia, kwalifikacji zawodowych, doświadczenia, potencjału technicznego wykonawcy lub osób skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia, umożliwiające realizację zamówienia na odpowiednim poziomie jakości. W szczególności zamawiający może wymagać, aby wykonawcy spełniali wymagania odpowiednich norm zarządzania jakością, w tym w zakresie dostępności dla osób niepełnosprawnych, oraz systemów lub norm zarządzania środowiskowego, wskazanych przez zamawiającego w ogłoszeniu o zamówieniu lub w dokumentach zamówienia.

- art. 239 ust. 1 - Zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia.

- art. 242 ust. 1 i 2 ustawy Pzp:

1. Najkorzystniejsza oferta może zostać wybrana na podstawie:

1) kryteriów jakościowych oraz ceny lub kosztu;

2) ceny lub kosztu.

2. Kryteriami jakościowymi mogą być w szczególności kryteria odnoszące się do:

1) jakości, w tym do parametrów technicznych, właściwości estetycznych i funkcjonalnych takich jak dostępność dla osób niepełnosprawnych lub uwzględnianie potrzeb użytkowników;

2) aspektów społecznych, w tym integracji zawodowej i społecznej osób, o których mowa w art. 94 ust. 1;

3) aspektów środowiskowych, w tym efektywności energetycznej przedmiotu zamówienia;

4) aspektów innowacyjnych;

5) organizacji, kwalifikacji zawodowych i doświadczenia osób wyznaczonych do realizacji zamówienia, jeżeli mogą one mieć znaczący wpływ na jakość wykonania zamówienia;

6) serwisu posprzedażnego, pomocy technicznej, warunków dostawy takich jak termin, sposób lub czas dostawy, oraz okresu realizacji.

- art. 16 pkt 1- 3 ustawy Pzp: Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób:

1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców;

2) przejrzysty;

3) proporcjonalny.

Zarzut nie zasługuje na uwzględnienie.

W odniesieniu do wymagań dotyczących Kierownika robót sanitarnych Odwołujący wskazywał, że są one nadmierne i nieuzasadnione przedmiotem zamówienia. W uzasadnieniu zarzutu w istocie Odwołujący kwestionował okres wymaganego doświadczenia (co najmniej 120 miesięcy) i wymaganą wartość inwestycji. W zakresie okresu doświadczenia Zamawiający dokonał modyfikacji SWZ i obniżył swoje wymagania (doświadczenie co najmniej 60-miesięczne). Odwołujący w toku rozprawy nie odniósł się do tej modyfikacji, a jedynie podtrzymał swoje żądania dotyczące obniżenia okresu do 36 – miesięcy. W ocenie Izby wymóg 5 letniego doświadczenia w wymaganym zakresie jest w pełni uzasadniony.

Co do wymagania w zakresie wartości inwestycji, to Odwołujący nie tyle żądał jej obniżenia, co wykreślenia tak skonstruowanego wymagania. Jego intencją było to, aby doświadczenia w zakresie wykonania instalacji gaszenia gazową jak i mgłą wodną nie odnosić do wartości obiektu/wartości inwestycji.

W ocenie Izby Zamawiający ma prawo wymagać, aby Kierownik robót sanitarnych legitymował się doświadczeniem na inwestycji o określonej wartości. Być może jest ona określona w sposób nadmiernym, ale żądanie Odwołującego sprowadzało się do skreślenia wymagań w zakresie referencyjnej inwestycji, a nie obniżenia wartości.

W ocenie Izby nieuzasadnione jest także żądanie wykreślenia pozacenowego kryterium oceny oferty w tym zakresie

(opisanego w Rozdziale XV ust. 3 lit. c SWZ - Dodatkowe doświadczenie Kierownika robót sanitarnych). Odwołujący mógł domagać się zmiany tego kryterium (obniżenia wymagań w stosunku do wymaganego doświadczenia Kierownika robót sanitarnych), ale nie całkowitego jego wykreślenia. Kryterium - Dodatkowe doświadczenie Personelu Wykonawcy, i w jego ramach - Dodatkowe doświadczenie Kierownika robót sanitarnych, jest w pełni uzasadnione rodzajem i wielkością inwestycji, objętej przedmiotem zamówienia.

Mając powyższe na uwadze Izba oddaliła zarzuty odwołania, w zakresie w jakim nie zostały one wycofane przez Odwołującego lub uwzględnione przez Zamawiającego.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 574 i art. 575 ustawy Pzp oraz w oparciu o § 9 ust. 3 pkt 2 w zw. z § 8 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437).

Zgodnie z § 9 ust. 3 pkt 2 powołanego powyżej rozporządzenia: w przypadku umorzenia przez Izbę postępowania odwoławczego w części, zgodnie z art. 522 ust. 4 ustawy, jeżeli odwołanie w pozostałej części zarzutów, których zamawiający nie uwzględnił, zostało przez Izbę: odrzucone albo oddalone w całości - do ponoszenia i rozliczania kosztów stosuje się odpowiednio § 8 ust. 1 albo ust. 2 pkt 1.

Zgodnie z § 8 ust. 2 pkt 1 ww. rozporządzenia w przypadku oddalenia odwołania przez Izbę w całości, koszty ponosi odwołujący. Izba zasądza koszty, o których mowa w § 5 pkt 2, od odwołującego na rzecz zamawiającego

Stosownie do § 5 pkt 1 i pkt 2 ww. rozporządzenia do kosztów postępowania odwoławczego zalicza się wpis oraz uzasadnione koszty stron, w tym koszty poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika i dojazdu na wyznaczony termin rozprawy.

W oparciu o powyższe Izba zaliczyła w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20.000 zł uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania oraz zasądziła od Odwołującego na rzecz Zamawiającego kwotę 4.617,26 zł stanowiącą koszty związane z wynagrodzeniem pełnomocnika Zamawiającego i dojazdem na rozprawę.

Mając powyższe na uwadze, Izba orzekła, jak w sentencji.

Przewodniczący:.....