

POSTANOWENIE
z dnia 17 września 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Robert Skrzyszewski

Protokolant: Klaudia Ceyrowska

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron i uczestników w dniu 17 września 2020 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 27 sierpnia 2020 r. przez wykonawcę SKANSKA Sp. A. z siedzibą w Warszawie w postępowaniu prowadzonym przez Uniwersytet im. Adama Mickiewicza w Poznaniu

postanawia:

1. umorzyć postępowanie odwoławcze;
2. nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz wykonawcy SKANSKA Sp. A. z siedzibą w Warszawie kwoty 18 000 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy złotych zero groszy) stanowiącej 90 % uszczerzonoego wpisu.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 ze zm.) na niniejsze postanowienie – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Poznaniu.

Przewodniczący
U z a s a d n i e

Zamawiający: Uniwersytet im. Adama Mickiewicza w Poznaniu wszczął postępowanie Oudzielenie zamówienia publicznego pn.: Budowa budynku Domu Studenckiego z częścią usługową oraz z wewnętrzną komunikacją, parkingami i infrastrukturą techniczną (bez wyposażenia), nr ref. ZP/73/B/20.

Przedmiotowe zamówienie zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 17 sierpnia 2020 r. pod numerem 384904-2020-PL. W tej samej dacie Zamawiający zamieścił na stronie internetowej Specyfikację Istotnych Warunków Zamówienia, zwana dalej SIWZ.

Nie zgadzając się z niektórymi postanowieniami SIWZ Odwołujący: SKANSKA Sp. A. z siedzibą w Warszawie w dniu 27 sierpnia 2020 r. wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej zarzucając mu naruszenie:

1. art. 647 Kodeksu cywilnego (dalej jako kc), art. 654 kc, art. 632 kc, art. 353(1) kc i art. 58 § 3 kc, 5 kc w związku z art. 7 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 ze zm.), zwanej dalej PZP, art. 14 ust.

1PZP, art. 29 ust. 1 – 3 PZP, art. 31 ust. 1-3 PZP, art. 36 ust. 1 pkt 16, art. 139 ust. 1 PZP, poprzez ukształtowanie warunków umowy o zamówienie publiczne w sposób sprzeczny z zasadą równowagi stron stosunku zobowiązaniowego, zasadami współżycia społecznego, przepisami kodeksu cywilnego, a tym samym w sposób naruszający naczelną zasadę prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji, polegające na:

1.1 ukształtowaniu w Umowie zasad odbiorowych i rozliczeniowych, w sposób uprawniający Zamawiającego do jednostronnego oraz arbitralnego decydowania o tym kiedy dana część robót zostanie odebrana, a w konsekwencji o tym kiedy wykonawca winien otrzymać zapłatę wynagrodzenia z tytułu wykonania robót.

1.2 zobowiązaniu wykonawcy do wykonania w ramach ryczałtowego wynagrodzenia robót nie objętych dokumentacją przetargową, czyli wykonania robót pozostających poza opisem przedmiotu zamówienia, objętych

~~niezidentyfikowanymi ryzykami, co stanowi naruszenie zasad proporcjonalności (racjonalności), przejrzystości, równomiernego rozłożenia ryzyk, uczciwego kontraktowania (postępowania) i słuszności kontraktowej oraz naruszenie zasady jednoznacznego i wyczerpującego opisu przedmiotu zamówienia~~

~~1.3 ukształtowaniu w projekcie Umowy postanowień przewidujących bardzo~~

~~2~~

~~rygorystyczne zasady oraz terminy dostarczenia dokumentów nieuzasadnione rodzajem tych dokumentów czy obiektywnymi potrzebami Zamawiającego;~~

~~1.4 Wymagania od wykonawcy 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.~~

~~1.5 przerwaniu na wykonawcę absolutnej odpowiedzialności za jakiegokolwiek roszczenia wynikające z ewentualnego naruszenia praw autorskich, zarówno osobistych, jak i majątkowych, oraz praw zależnych do utworów i to nie zależnie od winy Wykonawcy, (w szczególności niezależnie od tego czy za przedmiotowe naruszenie praw autorskich odpowiedzialność ponosi Wykonawca czy Zamawiający).~~

~~1.6 Ukształtowanie w Umowie zasad rozliczania z Wykonawcą w sposób sprzeczny z istotą wynagrodzenia ryczałtowego.~~

~~2. Art. 7 ust. 1 PZP w zw. z art. 14 ust. 1 PZP w zw. z art. 139 ust. 1 PZP w zw. z art. 471, 472, 483 § 1, art. 353(1) kc i art. 58 § 3 kc, art. 5 kc, poprzez ukształtowanie warunków umowy o zamówienie publiczne w sposób sprzeczny z zasadą równowagi stron stosunku zobowiązaniowego, zasadami współżycia społecznego, przepisami kodeksu cywilnego, a tym samym w sposób naruszający naczelną zasadę prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji, polegającej na:~~

~~2.1 ukształtowaniu w postanowieniach umownych w zakresie kar umownych za niedotrzymanie terminu wykonania zamówienia, terminów pośrednich, terminów na usunięcie wad przedmiotu umowy ujawnionych w toku realizacji lub w okresie obowiązywania gwarancji i rękojmi oraz terminów wykonania innych obowiązków wynikających z Umowy jako kar za opóźnienie, czyli niezależnie od tego, czy wykonawca będzie ponosił winę za niedotrzymanie przedmiotowych terminów;~~

~~2.2 ukształtowaniu w Umowie rażąco wysokiego limitu kar w wysokości 50% wynagrodzenia umownego Wykonawcy, tj. wysokości znacząco przekraczającej wysokość kary za odstąpienie.~~

~~Wobec naruszenia przez Zamawiającego wyżej wskazanych przepisów Odwołujący wnosil o:~~

~~1) uwzględnienie Odwołania w całości oraz nakazanie Zamawiającemu dokonania zmian w treści:~~

~~a) § 9 ust. 2 Umowy, w ten sposób, że dotychczasowa treść tych postanowień:~~

~~„Zamawiający wyznaczy datę odbioru częściowego lub odbioru końcowego w terminie 10 dni od dnia otrzymania zawiadomienia.”~~

~~otrzyma nowe, następujące brzmienie:~~

~~„Zamawiający wyznaczy datę odbioru częściowego lub odbioru końcowego w terminie 10 dni od dnia otrzymania zawiadomienia. Odbiór częściowy lub odbiór końcowy odbędzie się w terminie 14 dni od dnia otrzymania zgłoszenia o którym mowa w ust 1 powyżej”~~

~~b) § 16 ust. 6 Umowy poprzez jego wykreślenie, ewentualnie poprzez jego zmianę w ten sposób, że dotychczasowa treść tych postanowień:~~

~~Roboty konieczne (w tym także zamienne wynikające z przepisów, wiedzy technicznej), wykonywane na podstawie protokołu konieczności i pisemnego aneksu do umowy, mieszczące się w przedmiocie zamówienia wskazanego w SIWZ, nie powodują zwiększenia wynagrodzenia ryczałtowego Wykonawcy wskazanego w § 6 ust 1 niniejszej umowy (zgodnie z art. 632 kc).~~

~~otrzyma nowe, następujące brzmienie:~~

~~Roboty konieczne (w tym także zamienne wynikające z przepisów, wiedzy technicznej), wykonywane na podstawie protokołu konieczności i pisemnego aneksu do umowy, mieszczące się w przedmiocie zamówienia wskazanego w SIWZ, które Wykonawca, przy dochowaniu należytej staranności wymaganej od podmiotu profesjonalnego, winien był przewidzieć w dniu złożenia oferty, nie powodują zwiększenia wynagrodzenia ryczałtowego Wykonawcy wskazanego w § 6 ust 1 niniejszej umowy (zgodnie z art 632 kc).~~

~~c) § 3 ust. 2 Umowy, w ten sposób, że dotychczasowa treść tych postanowień:~~

Wykonawca, podwykonawca lub dalszy podwykonawca w terminie 7 dni od daty zawarcia umowy, jednak nie później niż w dniu przekazania terenu budowy, przedstawi Zamawiającemu podpisane przez siebie oświadczenie obejmujące wykaz osób, które będą wykonywać prace objęte przedmiotem zamówienia z zaznaczeniem, że wykonują te prace w ramach umowy o pracę we wskazanym w oświadczeniu wymiarze etatu oraz poświadczona za zgodność z oryginałem kopie umów o pracę pracowników objętych wykazem. W przeciwnym wypadku naliczona zostanie kara umowna zgodnie z § 13 ust 1 pkt. 12) oraz może to stanowić podstawę odstąpienia od umowy przez Zamawiającego bez dodatkowego wezwania.

otrzyma nowe, następujące brzmienie:

Wykonawca, podwykonawca lub dalszy podwykonawca w terminie 7 dni od daty zawarcia umowy, jednak nie później niż w dniu przekazania terenu budowy, przedstawi Zamawiającemu podpisane przez siebie oświadczenie obejmujące wykaz osób, które będą wykonywać prace objęte przedmiotem zamówienia z zaznaczeniem, że wykonują te prace w ramach umowy o pracę we wskazanym w oświadczeniu wymiarze etatu oraz poświadczona za zgodność z oryginałem kopie umów o pracę pracowników objętych wykazem. W przeciwnym wypadku naliczona zostanie kara umowna zgodnie z § 13 ust 1 pkt. 12) oraz

może to stanowić podstawę odstąpienia od umowy przez Zamawiającego bez dodatkowego wezwania.

d) § 3 ust. 3 Umowy, w ten sposób, że dotychczasowa treść tych postanowień:

Wykonawca, podwykonawca lub ... dalszy podwykonawca na ... każde wezwanie Zamawiającego zobowiązuje się w ciągu 48 h po otrzymaniu pisemnego wezwania od Zamawiającego przedstawić Zamawiającemu bieżące dokumenty o których mowa w ust. 2, względnie inne dokumenty zawierające informacje, w tym dane osobowe, niezbędne do weryfikacji zatrudnienia na podstawie umowy o pracę, w szczególności imię i nazwisko zatrudnionego pracownika, datę zawarcia umowy o pracę, rodzaj umowy o pracę oraz zakres obowiązków pracownika. W przeciwnym wypadku naliczona zostanie kara umowna zgodnie z § 13 ust 1 pkt 13) oraz może to stanowić podstawę odstąpienia od umowy lub jej części przez Zamawiającego bez dodatkowego wezwania. otrzyma nowe, następujące brzmienie:

Wykonawca, podwykonawca lub ... dalszy podwykonawca na ... każde wezwanie Zamawiającego zobowiązuje się w ciągu 14 dni po otrzymaniu pisemnego wezwania od Zamawiającego przedstawić Zamawiającemu bieżące dokumenty o których mowa w ust. 2, względnie inne dokumenty zawierające informacje, w tym dane osobowe, niezbędne do weryfikacji zatrudnienia na podstawie umowy o pracę, w szczególności imię i nazwisko zatrudnionego pracownika, datę zawarcia umowy o pracę, rodzaj umowy o pracę oraz zakres obowiązków pracownika. W przeciwnym wypadku naliczona zostanie kara umowna zgodnie z § 13 ust 1 pkt. 13) oraz może to stanowić podstawę odstąpienia od umowy lub jej części przez Zamawiającego bez dodatkowego wezwania.

e) § 3 ust. 5 Umowy, w ten sposób, że dotychczasowa treść tych postanowień:

Wykonawca, podwykonawca lub dalszy podwykonawca zobowiązuje się ... do pisemnego poinformowania Zamawiającego o każdorazowej zmianie osoby wykonującej prace objęte przedmiotem zamówienia, najpóźniej w momencie podjęcia pracy na terenie budowy przez tę osobę. Oświadczenie to powinno spełniać wymogi wskazane w ust. 2. W przeciwnym wypadku naliczona zostanie kara umowna zgodnie z § 13 ust 1 pkt 12) oraz może to stanowić podstawę odstąpienia od umowy lub jej części przez Zamawiającego bez dodatkowego wezwania.

otrzyma nowe, następujące brzmienie:

Wykonawca, podwykonawca lub dalszy podwykonawca zobowiązuje się ... do pisemnego poinformowania Zamawiającego o każdorazowej zmianie osoby wykonującej prace objęte przedmiotem zamówienia, najpóźniej w momencie podjęcia pracy na terenie budowy przez tę osobę. Oświadczenie to powinno spełniać wymogi wskazane w ust. 2. W przeciwnym wypadku naliczona zostanie kara umowna zgodnie z § 13 ust 1 pkt 12) oraz może to stanowić podstawę odstąpienia od umowy lub jej części przez Zamawiającego bez dodatkowego wezwania.

f) § 10 ust 1 Umowy, w ten sposób, że dotychczasowa treść tych postanowień:

Jeżeli w trakcie odbioru częściowego bądź końcowego stwierdzone zostaną wady istotne, to Zamawiającemu przysługuje prawo odmowy odbioru do czasu usunięcia tych wad w terminie wyznaczonym przez Zamawiającego. Po usunięciu wad Strony ponownie przystąpią do odbioru robót.

otrzyma nowe, następujące brzmienie:

Jeżeli w trakcie odbioru częściowego bądź końcowego stwierdzone zostaną wady istotne, to Zamawiającemu przysługuje prawo odmowy odbioru do czasu usunięcia tych wad, w odpowiednim terminie (uwzględniającym charakter wady, dostępność materiałów oraz możliwości techniczne usunięcia wady) ustalonym przez Strony wyznaczonym przez Zamawiającego. Po usunięciu wad Strony ponownie przystąpią do odbioru robót.

g) § 10 ust 2 Umowy, w ten sposób, że dotychczasowa treść tych postanowień:

Jeżeli w trakcie odbioru częściowego bądź końcowego stwierdzone zostaną wady istotne, to Zamawiającemu przysługuje prawo odmowy odbioru do czasu usunięcia tych wad, w terminie wyznaczonym przez Zamawiającego. Po usunięciu wad Strony ponownie przystąpią do odbioru robót.

otrzyma nowe, następujące brzmienie:

Jeżeli w trakcie odbioru częściowego bądź końcowego stwierdzone wady nieistotne, Zamawiający dokona odbioru i zażąda usunięcia tych wad, w odpowiednim terminie (uwzględniającym charakter wady, dostępność materiałów oraz możliwości techniczne usunięcia wady) ustalonym przez Strony wyznaczając Wykonawcy odpowiedni termin, przy czym fakt usunięcia wad zostanie stwierdzony protokolarnie. W przypadku odbioru końcowego Zamawiający może również obniżyć wynagrodzenie Wykonawcy stosownie do postanowienia § 6 ust. 13 Umowy.

h) § 10 ust 3 Umowy, poprzez jego wykreślenie.

i) § 6 ust 13 Umowy, poprzez jego wykreślenie.

j) § 21 ust 5 Umowy, w ten sposób, że dotychczasowa treść tych postanowień:

W przypadku wystąpienia przez jakąkolwiek osobę trzecią w stosunku do Zamawiającego z roszczeniem z tytułu naruszenia praw autorskich, zarówno osobistych, jak i majątkowych, oraz praw zależnych do utworów, o których mowa w ust. 1, Wykonawca:

a. przyjmie na siebie pełną odpowiedzialność za powstanie oraz wszelkie skutki powyższych zdarzeń;

b. w przypadku skierowania sprawy na drogę postępowania sądowego wstąpi do procesu po stronie Zamawiającego i pokryje wszelkie koszty związane z udziałem Zamawiającego w postępowaniu sądowym oraz ewentualnym postępowaniu egzekucyjnym, w tym koszty obsługi prawnej postępowania;

c. poniesie wszelkie koszty związane z ewentualnym pokryciem roszczeń majątkowych i niemajątkowych związanych z naruszeniem praw autorskich majątkowych lub

6

osobistych osoby lub osób zgłaszających roszczenia.

otrzyma nowe, następujące brzmienie:

W przypadku gdy z winy Wykonawcy jakakolwiek osoba trzecia wystąpi wystąpienia przez jakąkolwiek osobę trzecią w stosunku do Zamawiającego z roszczeniem z tytułu naruszenia praw autorskich, zarówno osobistych, jak majątkowych, oraz praw zależnych do utworów, o których mowa w ust. 1, Wykonawca:

a. przyjmie na siebie pełną odpowiedzialność za powstanie oraz wszelkie skutki powyższych zdarzeń;

b. w przypadku skierowania sprawy na drogę postępowania sądowego wstąpi do procesu po stronie Zamawiającego i pokryje wszelkie koszty związane z udziałem Zamawiającego w postępowaniu sądowym oraz ewentualnym postępowaniu egzekucyjnym, w tym koszty obsługi prawnej postępowania;

c. poniesie wszelkie koszty związane z ewentualnym pokryciem roszczeń majątkowych i niemajątkowych związanych z naruszeniem praw autorskich majątkowych lub osobistych osoby lub osób zgłaszających roszczenia.

k) § 13 ust 1 pkt 1), 3) – 5) oraz 12) – 14) w ten sposób, że dotychczasowa treść tych postanowień

Zamawiający może żądać od Wykonawcy kar umownych:

1) w wysokości 0,05 % wynagrodzenia umownego brutto wskazanego w § 6 ust. 1 umowy za każdy dzień opóźnienia w wykonaniu przedmiotu umowy z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy;

3) w wysokości 500,00 zł za każdy dzień opóźnienia z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy w przypadku nieterminowego przedłożenia harmonogramu rzeczowo finansowego lub jego aktualizacji;

4) w wysokości 0,05 % wynagrodzenia umownego brutto wskazanego w § 6 ust. 1 za każdy dzień opóźnienia z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy w usunięciu wad stwierdzonych przy odbiorze końcowym, licząc od upływu terminu określonego przez Zamawiającego lub zgodnie z § 10 ust. 3 Umowy;

5) w wysokości 0,02 % wynagrodzenia umownego brutto wskazanego w § 6 ust. 1 umowy za każdy dzień opóźnienia z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy w usunięciu wad stwierdzonych w okresie rękojmi lub gwarancji, licząc od upływu terminu określonego przez Zamawiającego;

12)w wysokości 0,02 % wynagrodzenia umownego brutto wskazanego w § 6 ust. 1 umowy za każdy dzień opóźnienia w przedłożeniu dokumentów, o których mowa w § 3 ust. 2 lub ust.5;

13)w wysokości 0,02 % wynagrodzenia umownego brutto wskazanego w § 6 ust. 1 umowy za każdy dzień opóźnienia w przedłożeniu dokumentów, o których mowa w § 3 ust. 3;

14)w wysokości 0,01 % wynagrodzenia umownego brutto wskazanego w § 6 ust. 1 za każdy dzień opóźnienia z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy w usunięciu wad stwierdzonych przy odbiorze częściowym, licząc od upływu terminu określonego przez Zamawiającego lub zgodnie z §10 ust. 3 Umowy;

otrzyma nowe, następujące brzmienie:

Zamawiający może żądać od Wykonawcy kar umownych:

1) w wysokości 0,05 % wynagrodzenia umownego brutto wskazanego w § 6 ust. 1 umowy za każdy dzień zwłoki Wykonawcy w wykonaniu przedmiotu umowy z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy;

3)w wysokości 500,00 zł za każdy dzień zwłoki Wykonawcy z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy w przypadku nieterminowego przedłożenia harmonogramu rzeczowo-finansowego lub jego aktualizacji;

4)w wysokości 0,05 % wynagrodzenia umownego brutto wskazanego w § 6 ust. 1 za każdy dzień zwłoki Wykonawcy z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy w usunięciu wad stwierdzonych przy odbiorze końcowym, licząc od upływu terminu określonego przez Zamawiającego lub zgodnie z §10 ust. 3 Umowy;

5)w wysokości 0,02 % wynagrodzenia umownego brutto wskazanego w § 6 ust. 1 umowy za każdy dzień zwłoki Wykonawcy z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy w usunięciu wad stwierdzonych w okresie rękojmi lub gwarancji, licząc od upływu terminu określonego przez Zamawiającego;

12)w wysokości 0,02 % wynagrodzenia umownego brutto wskazanego w § 6 ust. 1 umowy za każdy dzień zwłoki Wykonawcy w przedłożeniu dokumentów, o których mowa w § 3 ust. 2 lub ust.5;

13)w wysokości 0,02 % wynagrodzenia umownego brutto wskazanego w § 6 ust. 1 umowy za każdy dzień zwłoki Wykonawcy w przedłożeniu dokumentów, o których mowa w § 3 ust. 3;

14)w wysokości 0,01 % wynagrodzenia umownego brutto wskazanego w § 6 ust. 1 za każdy dzień zwłoki Wykonawcy z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy w usunięciu wad stwierdzonych przy odbiorze częściowym, licząc od upływu terminu określonego przez Zamawiającego lub zgodnie z §10 ust. 3 Umowy;

l) § 13 ust 3 w ten sposób, że dotyczy czasowa treść tych postanowień

Łączna wartość kar umownych naliczonych na podstawie § 13 ust. 1 lit. 5) nie może przekroczyć 50% wartości umowy brutto określonej w § 6 ust. 1, przy czym nie wyłącza to możliwości dochodzenia przez Zamawiającego odszkodowania przenoszącego wysokość zastrzeżonych kar umownych.

otrzyma nowe, następujące brzmienie:

Łączna wartość kar umownych naliczonych na podstawie Umowy nie może przekroczyć 10% wartości umowy brutto określonej w § 6 ust. 1, przy czym nie wyłącza to

8
możliwości dochodzenia przez Zamawiającego odszkodowania przenoszącego wysokość zastrzeżonych kar umownych.

m) § 13 ust 4 poprzez jego wykreślenie

2. o zasadzenie kosztów postępowania odwoławczego.

Izba zważyła, co następuje.

W dniu 16 września 2020r. przed wyznaczoną rozprawą, do siedziby Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło oświadczenie Odwołującego o cofnięciu odwołania.

Uwzględniając powyższe Izba, działając na podstawie art. 187 ust.8 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 ze zm.), postanowiła postępowanie odwoławcze w niniejszej sprawie umorzyć.

Zgodnie z art. 187 ust. 8 zd.2 ustawy Pzp Izba postanowiła zwrócić na rzecz Odwołującego 90% kwoty uiszczonego wpisu.

Wobec powyższego, orzeczono jak w sentencji.

~~O kosztach postępowania orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie przepisu art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 3 pkt 1 i § 5 ust. 1 pkt. 3 lit. a i ust. 4 wraz ze zm.).~~

Przewodniczący