

Sygn. akt: KIO 627/23

POSTANOWIENIE z dnia 21 marca 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Aleksandra Patyk

Członkowie: Elżbieta Dobrenko

Małgorzata Jodłowska

Protokolant: Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron oraz uczestników postępowania odwoławczego w dniu 21 marca 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 6 marca 2023 r. przez wykonawcę STRABAG Sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie w postępowaniu prowadzonym przez Wojskową Akademię Techniczną im. Jarosława Dąbrowskiego w Warszawie

przy udziale:

- A. wykonawcy BUDIMEX S.A. z siedzibą w Warszawie zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego,
- B. wykonawcy SKANSKA S.A. z siedzibą w Warszawie zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego,
- C. wykonawcy Polimex Infrastruktura Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego,
- D. wykonawcy PORR S.A. z siedzibą w Warszawie zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego

postanawia:

1. Umarza postępowanie odwoławcze.
2. Nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz Odwołującego – wykonawcy STRABAG Sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie kwoty 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy), uiszczonej tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2022 r., poz. 1710, z późn. zm.) na niniejsze postanowienie - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:

Członkowie:

Sygn. akt: KIO 627/23

U z a s a d n i e n i e

Zamawiający – Wojskowa Akademia Techniczna im. Jarosława Dąbrowskiego w Warszawie [dalej „Zamawiający”] prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia w trybie przetargu nieograniczonego na budowę Centrum Innowacji i Cyberbezpieczeństwa Wydziału Cybernetyki (znak postępowania: 12/DIB/2023).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 22 lutego 2023 r. pod numerem nr 2023/S 038-112213.

W dniu 6 marca 2023 r. wykonawca STRABAG Sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie [dalej „Odwołujący”] wniósł odwołanie wobec dokumentów zamówienia zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 16 ustawy Pzp, art. 99 ust. 1 ustawy Pzp, art. 433 pkt 3, art. 433 pkt 4 ustawy Pzp w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z: art. 353 [1] kc w zw. z art. 58 kc, 5 kc i art. 647 kc oraz art. 651 kc poprzez niezasadne i bezpodstawne przerzucenie na wykonawcę odpowiedzialności, w tym za dokumentację projektową oraz wady i nieścisłości tej dokumentacji projektowej, poprzez złożenie oświadczeń w momencie zawierania umowy, które eliminują lub znacząco utrudniają zgłaszanie roszczeń i wad w rozumieniu art. 651 kc, tj. wykonawca ma z momentem podpisania umowy oświadczyć:

- 1.1. w § 3 ust. 2 wzoru Umowy (tożsame postanowienie przewiduje pkt XVII pkt 2 SWZ), że: 1.1.1

wynagrodzenie (podana przez wykonawcę cena) obejmuje wszelkie koszty wykonawcy związane z wykonaniem i odbiorem przedmiotu Umowy, w tym również nie ujęte w zakresie określonym w Przedmiarze robót i w ZKZ sporządzonym przez Zamawiającego i Wykonawcę oraz ofercie Wykonawcy, a wynikające z zastosowanej technologii, obowiązujących norm i przepisów, a niezbędne do wykonania przedmiotu Umowy;

1.1.2 nie będzie zgłaszał żadnych roszczeń z tytułu niedoszacowania należności za wykonanie prac będących przedmiotem Umowy lub innych błędów Wykonawcy;

1.1.3 ilości przyjęte do określenia ryczałtowej należności za wykonanie przedmiotu Umowy są wystarczające do wykonania całości robót zgodnie z postanowieniami niniejszej Umowy oraz, że wynagrodzenie określone w Umowie uwzględnia wszelkie okoliczności lokalizacji, cechy projektu i terminy, a także rekompensuje wszelkie jego wydatki, koszty i zobowiązania bez możliwości wysuwania roszczeń w stosunku do Zamawiającego,

1.2. w § 3 ust. 16 w zw. z ust. 14 wzoru Umowy, że wystąpienie w trakcie realizacji przedmiotu Umowy robót zamiennych, które są niezbędne do prawidłowego wykonania przedmiotu Umowy oraz tożsame z rozwiązaniami zamiennymi w stosunku do

przewidzianych w Przedmiarze robót, STWiORB oraz Dokumentacji projektowej (Projekcie budowlanym), nie może spowodować podwyższenia wynagrodzenia Wykonawcy określonego w § 3 ust. 1 niniejszej Umowy, ergo może już jednak spowodować jego obniżenie,

1.3. zmiany projektowanych postanowień umowy będą dotyczyć wyłącznie terminu realizacji Umowy, tj. 1.3.1.w § 17 ust. 1 pkt 1) lit. a) tiret trzeci, lit. b) oraz lit. d) wzoru Umowy (klauzule przeglądowe):

(i) w przypadku konieczności zmian dokumentacji projektowej w zakresie w jakim ww. okoliczności miały lub będą mogły mieć wpływ na dotrzymanie terminu zakończenia robót, (ii) z powodu stwierdzenia niezainwentaryzowanych instalacji lub robót mających wpływ na realizację przedmiotu Umowy,

(iii) jeżeli wystąpi konieczność wykonania robót zamiennych lub innych robót niezbędnych do wykonania przedmiotu umowy, 1.3.2.w § 17 ust. 3 wzoru Umowy w przypadku

rozszerzenia zakresu przedmiotowego umowy na podstawie art. 455 ust. 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych,

podczas gdy projektowane postanowienia umowy nie mogą przewidywać odpowiedzialności wykonawcy za okoliczności, za które wyłączną odpowiedzialność ponosi zamawiający, jak i możliwości ograniczenia zakresu zamówienia przez zamawiającego bez wskazania minimalnej wartości lub wielkości świadczenia stron.

2. naruszenie art. 16 ustawy Pzp w zw. z art. 453 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z: art. 647 kc oraz art. 654 kc i art. 353 [1] kc w zw. z art. 58 kc, 5 kc, poprzez:

2.1. warunkowanie w § 9 ust. 7 wzoru Umowy wystawienia faktury końcowej oraz w § 12 ust. 6 pkt 1 wzoru Umowy zwrotu 70 % wartości zabezpieczenia od podpisania protokołu końcowego odbioru robót z załączonym podpisanym protokołem wad potwierdzającym usunięcie wszystkich wad (jeżeli takowe wystąpią), ergo od bezusterkowego odbioru robót, 2.2. warunkowanie w § 3 ust. 4 pkt 10) wzoru Umowy płatności ostatniej raty wynagrodzenia od dokonania bezusterkowego odbioru końcowego zgodnie z zasadami określonymi w § 9 wzoru Umowy,

2.3. warunkowanie w § 4 ust. 1 pkt 34) wzoru Umowy oraz w § 6 ust. 6 wzoru Umowy odpowiednio zwrotu przepustek oraz końcowego okresu naliczania kosztów za pobór energii cieplnej do dnia podpisania bezusterkowego protokołu końcowego,

podczas gdy zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa uprawnienie Zamawiającego do odmowy odbioru powinno mieć miejsce jedynie w przypadku wystąpienia wad istotnych zaś w przypadku zgłoszenia gotowości do odbioru danych części lub całości przedmiotu Umowy o roboty budowlane Zamawiający zobowiązany jest dokonać odbioru robót budowlanych wykonanych i oddawanych z wadami nieistotnymi i zapłacić umówione wynagrodzenie. Tak

rozumiany odbiór końcowy powinien implikować terminowy zwrot 70% wartości ustanowionego zabezpieczenia, tj. po dniu wykonania zamówienia i uznania przez zamawiającego za należyte wykonane. Postanowienia umowy nie mogą stać w sprzeczności z essentialia negotii umowy o roboty budowlane określonymi w art. 647 kc.

3. naruszenie art. 16 ustawy Pzp w zw. z art. 134 ust. 1 pkt 20 ustawy Pzp i art. 8 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 3531 k.c. art. 58 k.c. art. 647 k.c. art. 568 § 1 k.c. i 577 § 4 k.c. poprzez ustalenie w § 11 ust. 1 wzoru Umowy oraz w pkt I Karty Gwarancyjnej – załącznik nr 4 do wzoru Umowy terminu rozpoczęcia biegu okresu gwarancji i rękojmi za wady, w sposób sprzeczny z powszechnie obowiązujący prawem, tj. od daty bezusterkowego odbioru końcowego robót.

4. naruszenie art. 450 ust. 1 i ust. 2 oraz art. 451 ust. 1 i ust. 2 ustawy Pzp i art. 8 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 353 [1] kc, art. 58 kc i art. 5 kc poprzez nadużycie przez Zamawiającego uprawnienia wynikającego ze swobody kształtowania warunków umowy i ustalenie w § 12 ust. 5 zdanie drugie wzoru Umowy, że „zabezpieczenie wnoszone w formie innej niż pieniężna wymaga zaakceptowania treści przez Zamawiającego”, a przez to

naruszenie przepisów prawa, które dopuszczają wyrażenie zgody przez Zamawiającego na zmianę formy zabezpieczenia po zawarciu Umowy w ściśle określonych przypadkach, a postanowienia umowy nie mogą pozostawiać dowolności w tym zakresie.

5. naruszenie art. 16 ustawy Pzp w zw. z art. 433 pkt 1 ustawy Pzp i art. 8 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 353 [1] kc, art. 58 kc i art. 5 kc poprzez określenie w § 17 ust. 8 wzoru Umowy zapisów w praktyce trudnych lub niemożliwych do wykonania, w zakresie w którym Zamawiający uzależnia w nim zmianę terminu wykonania Umowy w związku z zaistnieniem niesprzyjających warunków atmosferycznych (utrudniających lub uniemożliwiających Wykonawcy wykonywanie robót zewnętrznych zgodnie z warunkami technicznymi wykonywania i odbioru robót) od zgłoszenia tego faktu w dniu jego zaistnienia w formie pisemnej i udokumentowania występowania ww. okoliczności w ciągu 14 dni od ich wystąpienia, jednak nie później niż na 7 dni przed upływem terminu wykonania Umowy, przy jednoczesnym wskazaniu, że w/w udokumentowanie może polegać na przedstawieniu wydruków temperatur i/lub opadów atmosferycznych ze stacji meteorologicznej (zlokalizowanej najbliższej wykonywanych robót) z dni w których nie można było prowadzić robót, ale dopiero w przypadku zaakceptowania przez Zamawiającego udokumentowania wystąpienia niesprzyjających warunków atmosferycznych sporządzony zostanie aneks zmieniający termin wykonania Umowy, tj. w sposób mogący prowadzić do niczym niezasadzonego wzbogacenia się Zamawiającego kosztem Wykonawcy poprzez zastosowanie § 13 ust. 1 pkt 1 wzoru Umowy za zwłokę z tytułu niewykonania przedmiotu Umowy przez Wykonawcę w terminie umownym, pomimo faktycznego zaistnienia niesprzyjających warunków atmosferycznych w toku faktycznej realizacji przedmiotu Umowy

(a więc również pomimo braku formalnego wydłużenia terminu wykonania Umowy), która to okoliczność jako niezawiniona przez Wykonawcę i od niego niezależna stanowi umowną podstawę do zmiany terminu Umowy (klauzula przeglądowa), podczas gdy zgodnie z przepisami pzp projektowane postanowienia umowy nie mogą przewidywać odpowiedzialności wykonawcy za opóźnienie, chyba że jest to uzasadnione okolicznościami lub zakresem zamówienia.

6. naruszenie art. 16 ustawy Pzp w zw. z art. 433 pkt 3 ustawy Pzp i art. 8 ust. 1 ustawy Pzp w związku z art. 353 [1] kc, art. 58 kc, art. 5 kc w zw. z art. 473 § 1 kc poprzez:

6.1. określenie w § 4 ust. 2 wzoru Umowy przejścia wszelkiej odpowiedzialności Wykonawcy za każdego rodzaju wypadek, który wydarzy się w wyniku robót mu powierzonych przez Zamawiającego, ponosząc całkowite ryzyko, kary i sankcje,

6.2. określenie w § 17 ust. 6 w zw. z ust. 1 pkt 1 lit a) wzoru Umowy przejścia przez Wykonawcę całkowitej odpowiedzialności finansowej za pierwsze 30 dni kalendarzowych zawieszenia realizacji Umowy z przyczyn całkowicie niezależnych i niezawinionych przez Wykonawcę,

podczas gdy zgodnie z przepisami pzp projektowane postanowienia umowy nie mogą przewidywać odpowiedzialności Wykonawcy za okoliczności, za które wyłączną odpowiedzialność ponosi Zamawiający, a bez wątpienia tak sformułowane postanowienie Umowy obejmuje swoim zakresem również klauzulę niedozwoloną w pzp.

7. naruszenie art. 16 ustawy Pzp w zw. z art. 436 pkt 3 ustawy Pzp i art. 8 ust. 1 ustawy Pzp w związku z art. 353 [1] kc, art. 58 kc, art. 5 kc i art. 647 kc w zw. z art. 484 § 2 w zw. z art. 483 kc i art. 473 § 1 kc ze względu na sformułowanie postanowień dotyczących kar umownych w sposób nadużywający swobody Zamawiającego do kształtowania postanowień umownych, uniemożliwiający wykonawcy prawidłowe oszacowanie ryzyk związanych z realizacją umowy oraz mogący prowadzić do niczym niezasadzonego wzbogacenia się Zamawiającego, poprzez wprowadzenie do wzoru Umowy:

7.1. w § 13 ust. 1 pkt 1), 2), 10) rażąco wygórowanych kar umownych, tj. wskazanie przy karach umownych za zwłokę z tytułu niewykonania przedmiotu Umowy przez Wykonawcę, w usunięciu wad stwierdzonych przy odbiorze oraz w wykonaniu zobowiązań z tytułu rękopisów oraz zobowiązań gwarancyjnych „w wysokości po 0,2 % wynagrodzenia umownego netto, za każdy dzień zwłoki do 10 dni i po 1% wynagrodzenia umownego netto, za każdy dzień zwłoki od 11 do 20 dnia, a po tym terminie Zamawiający może od Umowy odstąpić z winy Wykonawcy lub dalej naliczać karę umowną w wysokości po 1% wynagrodzenia umownego netto za każdy dzień zwłoki”,

7.2. w § 13 ust. 1 pkt 6), 7), 8) rażąco wygórowanych kar umownych, tj. wskazanie przy karach umownych za brak zapłaty lub nieterminową zapłatę wynagrodzenia należnego Podwykonawcy, brak dokonania wymaganej przez Zamawiającego zmiany umowy

o podwykonawstwo w zakresie terminu zapłaty we wskazanym przez Zamawiającego terminie, brak zapłaty lub nieterminową zapłatę wynagrodzenia należnego podwykonawcom z tytułu zmiany wysokości wynagrodzenia, o której mowa w § 3 ust. 28 wzoru Umowy „w wysokości 0,2% wynagrodzenia umownego netto Wykonawcy określonego w § 3 ust.1 Umowy”,

7.2. w § 13 ust. 2 rażąco wygórowanego limitu kar umownych, tj. wskazanie że: „Limit zastosowanych kar umownych nie może przekroczyć 30% wynagrodzenia umownego netto.”,

podczas gdy przewidziane w w/w zakresie kary umowne oraz limit kar umownych są rażąco wygórowane i jako takie ich poziom znacząco odstaje od realiów rynkowych, a górny limit kar umownych nie powinien przekraczać łącznie wysokości kary z tytułu odstąpienia od umowy (§ 13 ust. 1 pkt. 9) wzoru umowy) tj. 10% wartości wynagrodzenia umownego netto. Ustalenie górnego limitu kar umownych przekraczającego wysokość kary umownej zastrzeżonej z

tytułu odstąpienia od umowy z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy, która w istocie jest karą na okoliczność niewykonania zamówienia jest nieproporcjonalne, prowadzi na naruszenia zasad kontraktowania i bezpodstawnie wzbogaca Zamawiającego. Zamawiający np. z tytułu nieprawidłowego wykonania umowy (np. nieterminowego wykonania umowy) będzie mógł naliczyć karę wyższą niż z tytułu niewykonania umowy w całości, co jest nadmiernym i nieproporcjonalnym obciążeniem Wykonawcy w stosunku do specyfiki realizacji zamówienia, naruszającym równowagę stron umowy i prowadzącym do naruszenia praw podmiotowych wykonawców. Ponadto żądanie kar jednostkowych ponad karę za odstąpienie jest niezasadne i niezgodne z przepisami kodeksu cywilnego.

8. naruszenie art. 16 ustawy Pzp w zw. z art. 134 ust. 1 ustawy Pzp, art. 439 ust. 1 i ust. 2 ustawy Pzp i art. 8 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 353¹ kc, art. 58 kc, art. 5 kc poprzez nadużycie przez Zamawiającego uprawnienia wynikającego ze swobody kształtowania warunków umowy i ustalenie w § 3 ust. 24 wzoru Umowy poziomu zmiany ceny materiałów lub kosztów uprawniającego strony umowy do żądania zmiany wynagrodzenia oraz początkowego terminu ustalenia zmiany wynagrodzenia w sposób nie sprzyjający równomiernemu rozłożeniu ryzyka kontraktowego i nieadekwatny do aktualnej sytuacji rynkowej stron względem momentu ustalenia ceny oferty (wynagrodzenia).

Wobec ww. zarzutów Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu zmiany dokumentów zamówienia w sposób określony w treści odwołania.

Izba ustaliła, że wykonawcy BUDIMEX S.A. z siedzibą w Warszawie, SKANSKA S.A. z siedzibą w Warszawie, Polimex Infrastruktura Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie oraz PORR S.A. z siedzibą w Warszawie skutecznie przystąpili do postępowania odwoławczego

po stronie Odwołującego.

W dniu 17 marca 2023 r. Zamawiający wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odpowiedź na odwołanie, w której oświadczył, że zgadza się w części z podniesionymi zarzutami Odwołującego i wnosi o umorzenie postępowania odwoławczego w części dotyczącej zarzutów co do zapisów umowy uwzględnionych przez Zamawiającego. Niniejsze pismo zostało podpisane przez osobę uprawnioną do reprezentacji Zamawiającego.

W dniu 20 marca 2023 r. Odwołujący wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej pismo, w którym oświadczył, że cofa pozostałe zarzuty przedstawione w odwołaniu, a nieuwzględnione przez Zamawiającego w odpowiedzi na odwołanie. Izba stwierdziła, że oświadczenie o wycofaniu pozostałych zarzutów odwołania zostało złożone przez osobę uprawnioną do reprezentowania Odwołującego.

Biorąc pod uwagę powyższe, Izba uznała, że zachodzą podstawy do umorzenia postępowania odwoławczego w oparciu o art. 522 ust. 3 ustawy Pzp. Zgodnie z treścią tego przepisu, w przypadku uwzględnienia przez zamawiającego części zarzutów przedstawionych w odwołaniu i wycofania pozostałych zarzutów przez odwołującego, Izba może umorzyć postępowanie odwoławcze na posiedzeniu niejawnym bez obecności stron oraz uczestników postępowania odwoławczego, którzy przystąpili do postępowania po stronie wykonawcy, 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 części zarzutów. W takim przypadku zamawiający wykonuje, powtarza lub unieważnia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia, zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu w zakresie uwzględnionych zarzutów.

W tym stanie rzeczy Izba na podstawie art. 522 ust. 3 ustawy Pzp umorzyła postępowanie odwoławcze, orzekając w formie postanowienia zgodnie z art. 568 pkt 3 ww. ustawy.

Mając na uwadze powyższe postanowiono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 557 i 575 ustawy Pzp w zw. z § 9 ust. 1 pkt 2 lit. b) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437), nakazując dokonanie na rzecz Odwołującego zwrotu z rachunku Urzędu Zamówień Publicznych kwoty uiszczonej tytułem wpisu.

Przewodniczący:

Członkowie: