Sygn. akt: KIO 5036/24

POSTANOWIENIE

Warszawa, dnia 17 stycznia 2025 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący:Marek Bienias
Członkowie: Monika Banaszkiewicz
Anna Chudzik

na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron w dniu 17 stycznia 2025 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 30 grudnia 2024 r. przez wykonawcę **STRABAG Sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie**, w postępowaniu prowadzonym przez **Wojewódzki Szpital Specjalistyczny im. J. Gromkowskiego z siedzibą we Wrocławiu,**

przy udziale uczestników po stronie odwołującego – wykonawców:

1.Budimex S.A. siedzibą w Warszawie,
2.SKANSKA Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie

postanawia:

1.umorzyć postępowanie odwoławcze,
2.nakazać zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzeczwykonawcy **STRABAG Sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie** kwoty 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną tytułem wpisu od odwołania.

Na orzeczenie - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie - Sądu Zamówień Publicznych.

Przewodniczący: ……...
.....
.....

sygn. akt KIO 5036/24

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

Zamawiający – Wojewódzki Szpital Specjalistyczny im. J. Gromkowskiego z siedzibą we Wrocławiu – prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na roboty budowlane o wartości zamówienia przekraczającej progi unijne, którego przedmiotem jest robota budowlana pn.: „Budowa Centrum Zdrowia Psychicznego dla Dzieci i Młodzieży przy Wojewódzkim Szpitalu Specjalistycznym im. J. Gromkowskiego we Wrocławiu", nr sprawy: PN 88/24.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 781275-2024**.**

W dniu 30 grudnia 2024 r. wykonawca STRABAG Sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowiewniósł odwołanie od czynności i zaniechań Zamawiającego, polegających na ustaleniu Specyfikacji Warunków Zamówienia, w tym w szczególności Załącznika nr 3 do SWZ – Wzór umowy (dalej: Wzór umowy) oraz załącznika nr 8 do Wzoru umowy – Procedury Odbiorowe, w sposób naruszający przepisy ustawy Pzp oraz przepisy Kodeksu cywilnego.

W związku z powyższym, Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

I.1. Odwołujący stawia Zamawiającemu następujące zarzuty:

ODBIÓR BEZUSTERKOWY, NIEJEDNOZNACZNE WYMAGANIA W ZAKRESIE WYSTAWIENIA ŚWIADECTWA PŁATNOŚCI KOŃCOWEJ, BRAK OKREŚLENIA CZASU TRWANIA ODBIORU KOŃCOWEGO

1) naruszenie art. 16 pkt 1, 2 i 3 ustawy Pzp w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 647 kc poprzez zawarcie w treści załącznika nr 8 do Wzoru umowy (Procedury Odbiorowe) zapisów, które wskazują na odbiór bezusterkowy, uzależnienie wystawienia faktury końcowej (wystawienia Świadectwa Płatności Końcowej) od bezusterkowego odbioru końcowego, brak ustalenia czasu trwania Odbioru Końcowego gdyż:

(i)**zgodnie z pkt 4 załącznika nr 8 do Wzoru umowy Zamawiający wskazuje, że może odmówić dokonania Odbioru Końcowego w przypadku wykonania Robót Budowlanych niezgodnie z Umową co oznacza wykonanie ich wadliwie niezależnie od tego czy dotyczy to Wady Istotnej czy Nieistotnej. Dodatkowo warunkiem podpisania pozytywnego Protokołu Odbioru Końcowego jest spełnienie wymagań, spośród których jednym z nich jest usunięcie wad i usterek oraz braków stwierdzonych w trakcie procesu odbiorowego.** Uwzględniając definicję Wad, Wad Istotnych i Wad Nieistotnych zawartą w § 1 pkt 36, 37 i 38 Wzoru umowy sugeruje to, że Zamawiający nie podpisze protokołu odbioru końcowego w razie stwierdzenia Wad co oznacza również niepodpisanie protokołu w razie wystąpienia Wad Nieistotnych

(ii) **zgodnie z § 5 ust. 3 pkt 1 i 3 Wzoru umowy Świadectwo Płatności Końcowej nie będzie mogło zostać wystawione wcześniej niż po zakończeniu i odbiorze końcowym całości Inwestycji, po uzyskaniu**

Pozwolenia na Użytkowanie Inwestycji, a także po spełnieniu innych wymagań wynikającychz Załącznika nr 8 do Umowy – Procedury odbiorowe Powyższe wymaganie odwołujące się do spełnienia innych Wymagań wynikających z Załącznika nr 8 do Umowy – Procedury Odbiorowe może wskazywać, że Zamawiający nie pozwoli na wystawienia Świadectwa Płatności Końcowej do czasu usunięcia Wad Nieistotnych stwierdzonych w trakcie Odbioru Końcowego.

(iii)**W pkt 4 Załącznika nr 8 do Wzoru Umowy (Procedury Odbiorowe) Zamawiający wskazuje, kiedy potwierdzi gotowość do odbioru i rozpocznie odbiór jednak nie wskazuje jak długo będą trwały czynności Odbioru Końcowego i kiedy nastąpi podpisanie protokołu Odbioru Końcowego.**

WSTRZYMANIE ZAPŁATY CAŁOŚCI WYNAGRODZENIA WYKONAWCY W PRZYPADKU NIE PRZEDSTA OŚWIADCZEŃ PODWYKONAWCÓW

2) naruszenie **art. 447 ust. 2 pkt 1) ustawy PZP** poprzez zastrzeżenie w § 5 ust. 4 Wzoru Umowy, że **drugie i następne Świadectwo Płatności Przejściowych i Świadectwo Płatności Końcowej nie zostaną wystawione i żadna kwota nie zostanie zatwierdzona przez Inżyniera Kontraktu**, dopóki Wykonawca nie przedstawi pisemnego oświadczenia Wykonawcy sporządzonego według wzoru stanowiącego Załącznik nr 15 do Umowy, **z którego będzie wynikać, brak zaległości Wykonawcy w zapłacie wymagalnego wynagrodzenia Podwykonawcom**. Oznacza to, że w razie zaległości w zapłacie wynagrodzenia na rzecz podwykonawcy Wykonawca zostanie pozbawiony możliwości wystawienia faktury i otrzymania wynagrodzenia podczas gdy zgodnie z art. 447 ust. 2 pzp Zamawiający nie może zablokować w całości wynagrodzenia Wykonawcy a powinien umożliwić Wykonawcy wystawienie faktury częściowej i dopiero z tej faktury częściowej ma możliwość wstrzymać wypłatę wynagrodzenia Wykonawcy w części równej sumie kwot wynikających z nieprzedstawionych dowodów zapłaty.

POTRAKTOWANIE WYNAGRODZENIA WYKONAWCY JAKO ZABEZPIECZENIA NALEŻYTEGO WYK UMOWY

3) naruszenie art. 449 ust. 1 i 2 ustawy Pzp, art. 450 ust. 1 ustawy Pzp, art. 16 pkt 3 ustawy Pzp w zw. § 5 ust. 2 pkt 5), Wzoru umowy poprzez możliwość wstrzymania części wynagrodzenia Wykonawcy. Zgodnie ze wskazanym zapisem Wzoru Umowy Zamawiający „*część kwoty należnej Wykonawcy równa kosztowi naprawy lub wymiany, lub naprawieniu szkody zostanie wstrzymana do czasu dokonania takiej naprawy lub wymiany zgodnie z Umową*" co oznacza, że Zamawiający traktuje wstrzymaną część wynagrodzenia wykonawcy jako zabezpieczenie należytego wykonania umowy.

BRAK MOŻLIWOŚCI USTANOWIENIA KAUCJI W RAMACH UMÓW PODWYKONAWCZYCH PO DOKONANIE POTRĄCENIA

4) naruszenie art. 16 pkt 3 ustawy Pzp, art. 8 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 3531 kc poprzez wyłączenie w § 7 ust. 8 pkt 9) Wzoru Umowy możliwości ustanowienia kaucji w ramach umowy podwykonawczej poprzez dokonanie potrącenia kwoty kaucji z wynagrodzenia podwykonawcy (*nie jest dopuszczalne przewidzenie potrącenia kwoty zabezpieczenia z wynagrodzenia Podwykonawcy*)

Opierając się na przedstawionych zarzutach Odwołujący wnosił o nakazanie Zamawiającemu:
dokonania czynności zmiany Wzoru umowy i Procedury Odbiorowej w sposób określony poniżej.

ODBIÓR BEZUSTERKOWY, NIEJEDNOZNACZNE WYMAGANIA W ZAKRESIE WYSTAWIENIA ŚWIAD PŁATNOŚCI KOŃCOWEJ, BRAK OKREŚLENIA CZASU TRWANIA ODBIORU KOŃCOWEGO

1) Zmodyfikowanie Wzoru umowy i Procedury Odbiorowej w sposób, który wyeliminuje niezgodne z prawem zasady dokonywania odbiorów jako bezusterkowych i nadanie umowie w tym zakresie jednoznacznego brzmienia. Jednocześnie powinien zostać ustalony termin na przeprowadzenie odbioru końcowego oraz powinno zostać jednoznacznie ustalone, że Świadectwo Płatności Końcowej zostanie wystawione po podpisaniu protokołu Odbioru Końcowego.

Proponowane brzemiennie pkt 4 Załącznika nr 8 do Wzoru Umowy

Jeżeli w toku czynności Odbioru Końcowego zostanie stwierdzone, iż Przedmiot Umowy nie osiągnął gotowości do Odbioru Końcowego z powodu nie zakończenia Robót Budowlanych, ich wykonania istotnie niezgodnie z Umową, OPZ lub Dokumentacją projektową, lub stwierdzenia w toku Odbioru Końcowego Wad Istotnych, Zamawiający może odmówić odebrania przedmiotu Umowy. Zakres uprawnień Zamawiającego wynikający z wykrycia ewentualnych Wad podczas procedury odbioru określają zapisy poniższe.

Warunkiem podpisania pozytywnego Protokołu Odbioru Końcowego jest spełnienie wymagań:
(a) Przekazanie Zamawiającemu przez Wykonawcę ostatecznej dokumentacji powykonawczej Inwestycji,
(b) Usunięciu istotnych wad i usterek oraz braków stwierdzonych w trakcie procesu odbiorowego,
(c) Przedłożeniu Zabezpieczenia na okres rękojmi i Gwarancji (jeżeli nie zostało wcześniej przedłożone),
(d) Przedłożeniu pozytywnych wyników rozruchu wszystkich urządzeń i instalacji,
(e) Uzyskaniu ostatecznego pozwolenia na użytkowania Inwestycji.

Proponowane brzemiennie § 5 ust. 3 pkt 3 Wzoru umowy

3) Świadectwo Płatności Końcowej nie będzie mogło zostać wystawione wcześniej niż po zakończeniu i odbiorze końcowym całości Inwestycji to jest po podpisaniu Protokołu Odbioru Końcowego i, po uzyskaniu Pozwolenia na Użytkowanie Inwestycji, ~~a także po spełnieniu innych wymagań wynikających z Załącznika nr 8 do Umowy – Procedury odbiorowe.~~

Proponowane brzemiennie pkt 4 Załącznika nr 8 do Wzoru Umowy

Wykonawca jest obowiązany zgłosić na piśmie Inżynierowi Kontraktu fakt wykonania i gotowości do odbioru całości Robót Budowlanych objętych przedmiotem Umowy. Zamawiający lub Inżynier Kontraktu rozpatrzy powyższe najpóźniej terminie 7 (siedmiu) dni od dnia jego otrzymania i o swoim stanowisku poinformuje Wykonawcę w ww. terminie. Zamawiający lub Inżynier Kontraktu w terminie 5 (pięciu) dni od dnia poinformowania Wykonawcy rozpocznie przegląd poszczególnych Robót, którego celem będzie odbiór Robót (o ile ma zastosowanie). Po przeprowadzonym odbiorze, który nie będzie trwał dłużej niż 14 dni, zostanie sporządzony protokół z list Wad i uwag Zamawiającego.

WSTRZYMANIE ZAPŁATY CAŁOŚCI WYNAGRODZENIA WYKONAWCY W PRZYPADKU NIE PRZEDSTA OŚWIADCZEŃ PODWYKONAWCÓW

2) Zmodyfikowanie zapisów Wzoru Umowy w taki sposób aby brak dowodów zapłaty wymagalnego wynagrodzenia podwykonawcom robót budowalnych nie blokował wystawienia Świadectwa Płatności a jedynie dawał możliwość powstrzymania się z zapłatą wynagrodzenia w zakresie nieprzedstawionych dowodów zapłaty wymagalnego wynagrodzenia na rzecz podwykonawców.

Proponowane brzmienie § 5 ust. 4 Wzoru Umowy

Niezależnie od postanowień niniejszego paragrafu lub któregokolwiek innego postanowienia Umowy, kwoty określone w drugime i następnyche Świadectwacho Płatności Przejściowych i Świadectwieo Płatności Końcowej nie zostaną zapłcone ~~wystawione i żadna kwota nie zostanie zatwierdzona przez Inżyniera Kontraktu, dopóki~~ w części w jakiej Wykonawca nie przedstawi pisemnego oświadczenia Wykonawcy sporządzonego według wzoru stanowiącego Załącznik nr 15 do Umowy, z którego będzie wynikać, brak w zakresie jakim będzie wskazywał na wystąpienie zaległości Wykonawcy w zapłacie wymagalnego wynagrodzenia Podwykonawcom biorącym udział w realizacji odebranych Robót budowlanych lub w zakresie w jakim Wykonawca nie przedstawił dowodów zapłaty wymagalnego wynagrodzenia podwykonawcom i dalszym podwykonawcom, biorącym udział w realizacji odebranych robót budowlanych ~~wraz z dowodami potwierdzającymi że wszystkie wymagalne płatności wykazane w poprzednich Świadectwach Płatności Przejściowych należne Wykonawcy zgodnie z Umową za poprzednie okresy rozliczeniowe zostały zapłacone w odpowiedniej wysokości.~~ Oświadczenia Podwykonawców powinny

POTRAKTOWANIE WYNAGRODZENIA JAKO ZABEZPIECZENIA NALEŻYTEGO WYKONANIA UMOWY

3) Zmodyfikowanie Wzoru umowy w taki sposób, aby wystąpienie wad nie blokowało wystawienia Świadectwa Płatności.

Proponowane brzemiennie § 5 ust. 2 pkt 5) Wzoru umowy

Wstrzymanie wystawienia Świadectwa Płatności Przejściowych nie nastąpi z powodu:

a) Wad Nieistotnych, zaś w przypadku wystąpienia Wad Istotnych wartość robót w których wystąpiła Wada Istotna nie zostanie potwierdzona/uwzględniona w protokole zaawansowania o którym mowa w § 5 ust. 2 pkt 1) , ~~jeżeli w przypadku niezgodności rzeczy dostarczonej przez Wykonawcę lub niezgodności świadczenia Wykonawcy z Umową, część kwoty należnej Wykonawcy równa kosztowi naprawy lub wymiany, lub naprawieniu szkody zostanie wstrzymana~~ do czasu ~~dokonania takiej naprawy lub wymiany zgodnie z Umową~~ usunięcia Wady Istotnej,

b) Wystąpienia sporu pomiędzy Wykonawcą, a Inżynierem Kontraktu i/lub Zamawiającym co do (jedynie) części płatności, w takim przypadku Świadectwo Płatności Przejściowych zostanie wystawione na bezsporną kwotę.

BRAK MOŻLIWOŚCI USTANOWIENIA KAUCJI W RAMACH UMÓW PODWYKONAWCZYCH PO DOKONANIE POTRĄCENIA

4) Zmodyfikowanie Wzoru umowy w taki sposób aby wykonawca miał możliwość ustanowienia kaucji w ramach zabezpieczenia umowy podwykonawczej również poprzez potrącenie kwoty kaucji z wynagrodzenia podwykonawcy.

Proponowane brzemiennie § 7 ust. 8 pkt 9) Wzoru umowy

9) w razie gdy na podstawie umowy o podwykonawstwo ma zostać ustanowione zabezpieczenie należytego wykonania tej umowy w formie pieniężnej, umowa o podwykonawstwo winna przewidywać, że zabezpieczenie to zostanie wniesione przez Podwykonawcę ~~wyłącznie~~ w formie odrębnego przelewu dokonanego przez Podwykonawcę i ustanowienia kaucji na zabezpieczenie (zawarcie umowy kaucji). W przypadku nie dokonania przelewu przez Podwykonawcę na poczet kaucji dopuszczalne – ~~nie~~ jest ~~dopuszczalne przewidzenie~~ potrąceniea kwoty zabezpieczenia z wynagrodzenia Podwykonawcy. Nie jest dopuszczalne ~~ani~~ zatrzymywaniea części wynagrodzenia Podwykonawcy na zabezpieczenie.

Do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego skutecznie przystąpili wykonawcy: 1. Budimex S.A. siedzibą w Warszawie,

2. SKANSKA Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie.

Izba stwierdziła, że ww. wykonawcy zgłosili przystąpienie do postępowania w ustawowym terminie, wykazując interes w rozstrzygnięciu odwołania na korzyść odwołującego.

W wyniku wniesionego odwołania przez wykonawcę STRABAG Sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie z dnia 15 stycznia 2025 r. (pismo z dnia 15 stycznia 2025 r.) uwzględnił w całości zarzuty zawarte w odwołaniu.

W przedmiotowym postępowaniu po stronie Zamawiającego nie przystąpił żaden wykonawca.

W konsekwencji Izba, na podstawie art. 568 pkt 3 w zw. z art. 522 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r., poz. 1129 ze zm.), umorzyła postępowanie odwoławcze, orzekając w formie postanowienia na podstawie art. 553 zd. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 574 i 575 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz § 9 ust. 1 pkt 2 lit. a rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. 2020 r. poz. 2437), z którego wynika, że koszty, o których mowa w § 5 pkt 2, znosi się wzajemnie, jeżeli przed otwarciem rozprawy zamawiającego uwzględnił w całości zarzuty przedstawione w odwołaniu, a w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego nie przystąpił żaden wykonawca albo uczestnik postępowania odwoławczego, który przystąpił do postępowania po stronie zamawiającego, nie wniósł sprzeciwu wobec uwzględnienia przez zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu – w takim przypadku Izba orzeka o dokonaniu zwrotu odwołującemu z rachunku Urzędu kwoty uiszczonej tytułem wpisu.

Wobec powyższego orzeczono, jak w sentencji.

Przewodniczący:……...

.....

.....