

POSTANOWENIE

Warszawa, dnia 8 stycznia 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: **Magdalena Rams**

Protokolant: Tomasz Skowroński

po rozpoznaniu na posiedzeniu z udziałem stron oraz uczestników postępowania odwoławczego w dniu 8 stycznia 2024 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 22 grudnia 2023 r. przez wykonawcę Strabag Sp. z o.o., z siedzibą w Pruszkowie, w postępowaniu prowadzonym przez Uniwersytet Gdański, Uczestnik po stronie odwołującego

A. Wykonawca Budimex S.A., z siedzibą w Warszawie,

postanawia:

1. umorzyć postępowanie odwoławcze.

2. nakazać zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz wykonawcy Strabag Sp. z o.o., z siedzibą w Pruszkowie kwoty 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) tytułem zwrotu 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.

Przewodnicząca:

Uzasadnienie

W dniu 22 grudnia 2023 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wykonawcy Strabag Sp. z o.o., z siedzibą w Pruszkowie (dalej „Odwołujący”) zarzucając zamawiającemu Uniwersytetowi Gdańskiemu (dalej „Zamawiający”) naruszenie:

1) art. 16 pkt 1, 2 i 3 ustawy Pzp w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 643 kc oraz w zw. z art. 647 kc poprzez zawarcie w treści Projektu umowy:

a. postanowień kształtujących tzw. bezusterkowy odbiór dokumentacji projektowej. Zamawiający nadużył prawa do kształtowania postanowień Projektu umowy w ten sposób, że przyjął w § 14 ust. 1 pkt. 1) i pkt. 2) Projektu umowy procedurę, która umożliwia mu odmowę przyjęcia dokumentacji projektowej w przypadku istnienia jakichkolwiek zastrzeżeń (a nie tylko zastrzeżeń o charakterze wad istotnych). Zamawiający przyjął, że jedynie podpisane przez Strony „bez zastrzeżeń” protokoły odbioru każdego z trzech etapów prac projektowych będą stanowiły potwierdzenie dokonania odbioru częściowej dokumentacji projektowej. Podobnie w przypadku odbioru końcowego dokumentacji projektowej – potwierdzeniem dokonania odbioru końcowego przedmiotu umowy w zakresie dokumentacji projektowej będzie podpisany przez strony „bez zastrzeżeń” protokół odbioru końcowego dokumentacji projektowej Tymczasem taka procedura stoi w sprzeczności z przepisem art. 643 kc, bowiem w przypadku umowy o dzieło prawo Zamawiającego do odmowy odbioru powinno mieć miejsce jedynie w przypadku wystąpienia wad istotnych dzieła (dokumentacji), zaś w przypadku zgłoszenia gotowości do odbioru przedmiotu umowy z wadami nieistotnymi Zamawiający zobowiązany jest dokonać odbioru końcowego, a postanowienia umowy nie mogą pozostawiać dowolności w tym zakresie. Naruszające postanowienia dotyczące odbioru „bez zastrzeżeń” znajdują się również w postanowieniach Projektu umowy dotyczących sposobu rozliczenia się przez Strony za kompleksowe opracowanie dokumentacji projektowej (§ 4 ust. 1 pkt. 1) lit. a-c Projektu umowy).

b. postanowień kształtujących niejako w sposób pośredni uprawnienie Zamawiającego do odmowy odbioru robót budowlanych w przypadku wystąpienia jakichkolwiek wad przedmiotu umowy. Zamawiający kształtując postanowienia dotyczące odbioru robót budowlanych (§ 14 ust. 2 pkt. 1)-3) Projektu umowy) przyjął co prawda, że odmowa odbioru może nastąpić wyłącznie w przypadku wystąpienia „wad istotnych” przedmiotu umowy, jednak zastosował definicję „wad istotnych” która swą treścią de facto obejmuje każdy rodzaj wad, również te o charakterze nieistotnym. Wniosek taki wynika ze sformułowania postanowienia § 14 ust. 6 pkt. 3) Projektu umowy, zgodnie z którego treścią:

6. Strony przyjmują, że wada istotna występuje wtedy, gdy:

1) uniemożliwia ona lub znacząco ogranicza czynienie właściwego użytku z przedmiotu prac lub robót (w tym także z uwagi na brak wymaganej dokumentacji) lub 2) wyłącza lub znacząco ogranicza ich normalne wykorzystanie zgodnie z celem umowy lub odbiera im cechy właściwe lub zastrzeżone w umowie znacząco zmniejszając ich wartość lub

3) przedmiot zamówienia został, choćby w części, wykonany niezgodnie z opisem przedmiotu zamówienia lub zasadami

wiedzy technicznej.

Rozszerzenie ww. definicji na każdy rodzaj niezgodności z opisem przedmiotu zamówienia lub zasadami wiedzy technicznej prowadzi do wniosku, że Zamawiający tak naprawdę przyjął że każdy rodzaj wady może skutkować brakiem odbioru przedmiotu umowy, co sprzeciwia się wprost art. 647 kc.

- 2)art. 16 pkt. 1) ustawy Pzp, art. 99 ust. 1 ustawy Pzp, art. 433 pkt 3 ustawy Pzp w związku z art. 8 ust 1 ustawy Pzp, art. 5 kc, art. 58 kc, art. 3531 kc w zw. z art. 647 kc, art. 649 kc i art. 651 kc poprzez niezasadne i bezpodstawne przerzucenie na wykonawcę odpowiedzialności i ryzyk, które leżą po stronie Zamawiającego, a tym samym nadużywanie swojego prawa do tworzenia warunków umowy o zamówienie publiczne, poprzez uregulowanie w § 3 ust. 11 Projektu umowy, że: „Wykonawcy nie przysługuje żadne dodatkowe wynagrodzenie ani odszkodowanie z tytułu zmiany terminu realizacji zamówienia”, bez zróżnicowania sytuacji w zależności od tego, po czyjej stronie leżą przyczyny ewentualnego przedłużenia terminów realizacji. Tymczasem wykonawca kalkulując swoje wynagrodzenie bierze pod uwagę zakładany czas realizacji, utrzymania zaplecza budowy, zatrudnienia pracowników i sprzętu, etc. i powinien mieć możliwość rekompensaty tych kosztów, gdyby do przedłużenia terminu realizacji doszło np. z przyczyn, które leżą po stronie Zamawiającego bądź są niezależne od Stron, a które mogą wystąpić w trakcie realizacji Umowy. Zamawiający przewidział różne przesłanki uprawniające do zmiany umowy poprzez zmianę terminu realizacji (§ 17 ust. 1 pkt. 4) Projektu umowy) w okolicznościach niezależnych od Stron, jednak również i tu nie wskazał uprawnienia do zmiany wynagrodzenia w przypadku równoczesnej zmiany terminu realizacji.
- 3)art. 16 pkt. 1) ustawy Pzp, art. 99 ust. 1 ustawy Pzp, art. 433 pkt 3 ustawy Pzp, art. 455 ust. 1 pkt. 1) ustawy Pzp w związku z art. 8 ust 1 ustawy Pzp, art. 5 kc, art. 58 kc, art. 3531 kc w zw. z art. 647 kc, art. 649 kc i art. 651 kc poprzez niewłaściwe sformułowanie postanowień Projektu umowy dotyczących możliwości zmiany jej zakresu (§ 17 ust. 1 pkt. 3) Projektu umowy), który sugeruje, że zmiany zakresu robót:

- wynikające ze zmiany decyzji administracyjnych lub
- wynikające z wystąpienia odmiennych warunków geologicznych, geotechnicznych, hydrologicznych niż te wskazane w OPZ
- wynikające z wystąpienia na terenie budowy niewybuchów, niewypałów lub złóż mogą nastąpić, jednak w ich wyniku zmienić może się wyłącznie zakres umowy, bez jednoczesnej zmiany wynagrodzenia. Wskazane postanowienie poprzestaje bowiem na wskazaniu, że w przedstawionych okolicznościach zmienić może się przedmiot umowy. Tymczasem zgodnie z wymaganiami ustawy Pzp Zamawiający powinien sformułować postanowienia dotyczące zmian w postaci jasnych, precyzyjnych i jednoznacznych postanowień umownych (art. 455 ust. 1 pkt. 1) ustawy Pzp). Co istotne, wszystkie okoliczności wymienione w kwestionowanym postanowieniu § 17 ust. 1 pkt. 3) Projektu umowy stanowią zwyczajowo ryzyka Zamawiającego, a przerzucanie finansowych skutków ich wystąpienia na Wykonawcę również stanowi o wykorzystaniu przez Zamawiającego swojej pozycji przy kształtowaniu postanowień Projektu umowy. Stoi też w sprzeczności z treścią art. 433 pkt. 3) ustawy Pzp, zabraniającego Zamawiającemu przerzucania na wykonawcę odpowiedzialności za okoliczności, za które wyłączną odpowiedzialność ponosi Zamawiający.

- 4)art. 462 ust. 1 ustawy Pzp, art. 8 ust. 1 ustawy Pzp i art. 465 ust. 8 ustawy Pzp w zw. z art. 353(1) kc i w zw. z art. 647(1) § 3 kc poprzez nadużycie uprawnień do kształtowania warunków umowy w zakresie wymagań dla zawierania przez wykonawcę umów z podwykonawcami i wprowadzenie do Projektu umowy postanowień § 13 ust. 7 ppkt. 1) i 2), które wprowadzają limit maksymalny wartości danej umowy z podwykonawcą, powyżej którego nie będzie możliwe zlecanie robót podwykonawcom, co może prowadzić do paraliżu realizacji umowy. Przedmiotowe postanowienia Projektu umowy są nadmiarowe, a kształtując je Zamawiający nie uwzględnił, że przepisy kodeksu cywilnego (art. 647(1) § 3 kc) limitują jego solidarną odpowiedzialność do wartości ustalonego z wykonawcą wynagrodzenia, a przez to dodatkowe ograniczenia w tym względzie nie są potrzebne, mogą natomiast znacząco utrudnić wykonawcy realizację jego umownych zobowiązań. Naruszające postanowienia umowy brzmią: § 13 ust. 7 Projektu umowy: Umowa o podwykonawstwo, której przedmiotem są roboty budowlane musi spełniać dodatkowo następujące wymagania (oprócz wymagań określonych w ust. 6):

- 1)Wysokość wynagrodzenia podwykonawcy lub dalszego podwykonawcy, nie może być wyższa niż kwota, którą Zamawiający, zgodnie z postanowieniami umowy zawartej między Zamawiającym a Wykonawcą, zobowiązany jest zapłacić za roboty budowlane stanowiące równocześnie przedmiot umowy o podwykonawstwo, z uwzględnieniem wartości wynagrodzeń innych podwykonawców.
- 2)Musi zawierać załącznik harmonogram rzeczowo-finansowy prac, określający wartości poszczególnych robót budowlanych. Harmonogram ten musi zawierać numerację pozycji oraz nazwy robót budowlanych odpowiadające

numeracji pozycji oraz nazwom robót budowlanych, określonych w harmonogramie rzeczowo-finansowym prac, o którym mowa w § 2 ust. 6 (lub części robót budowlanych określonych w danej pozycji harmonogramu, w przypadku wykonywania przez podwykonawcę lub dalszego podwykonawcę jedynie części robót budowlanych określonych w danej pozycji harmonogramu). Wartości robót budowlanych określone w harmonogramie rzeczowo-finansowym będącym załącznikiem do umowy o podwykonawstwo nie mogą być wyższe niż wartości tych robót budowlanych określone w harmonogramie rzeczowo-finansowym prac, o którym mowa w § 2 ust. 6.

- 5)art. 453 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 647 kc poprzez określenie w Projekcie umowy (§ 14 ust. 4 oraz § 19 ust. 2 pkt. 1) Projektu umowy) oraz w SWZ (pkt. XIX ppkt. 8 SWZ), że zabezpieczenie należytego wykonania umowy (70%) zostanie zwrócone dopiero po protokolarnym potwierdzeniu usunięcia wad (w tym nieistotnych) stwierdzonych przy odbiorze końcowym, podczas gdy stanowi to naruszenie ww. przepisów i bezzasadne wstrzymywanie 100% zabezpieczenia do czasu usunięcia wad nieistotnych, które umożliwiają użytkowanie przedmiotu umowy. Zgodnie z treścią art. 453 ust. 1 ustawy Pzp zabezpieczenie powinno zostać zwrócone po wykonaniu zamówienia i uznania przez Zamawiającego za należyte wykonane, czyli po odbiorze końcowym nawet jeżeli w trakcie odbioru stwierdzono wady nieistotne;
- 6)art. 353(1) kc, art. 58 kc w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp oraz art. 16 ustawy Pzp i art. 436 pkt. 1) ustawy Pzp w zw. z art. 433 pkt. 3) ustawy Pzp i art. 455 ust. 1 pkt. 1) ustawy Pzp oraz art. 28 ust. 1 Ustawy Prawo budowlane poprzez wskazanie w SWZ (pkt. IV. Ppkt 1) i Projekcie umowy (§ 2 ust. 1) oraz w pkt. 5.1.6 Ogłoszenia terminu realizacji zamówienia z podziałem na:
- a.prace projektowe - do wykonania w terminie 6 miesięcy od dnia zawarcia umowy (etap I prac projektowych), 8 miesięcy od dnia zawarcia umowy (etap II prac projektowych), w terminie nie dłuższym niż kompleksowe wykonanie robót budowlanych (etap III prac projektowych),
 - b.kompleksowe wykonanie robót budowlanych - do wykonania w terminie do 30 miesięcy od dnia zawarcia umowy,
 - c.świadczenie usług serwisu, przeglądów i konserwacji wszystkich systemów, instalacji, urządzeń, wyposażenia budowlanego i sportowego oraz usług pielęgnacji zieleni: w okresie gwarancji zaoferowanym przez Wykonawcę, wynoszącym minimum 36 miesięcy od dnia odbioru końcowego robót,
- które to terminy mogą okazać się nierealne i niemożliwego do dotrzymania z punktu widzenia wszelkich procedur administracyjnych, które leżą po stronie Wykonawcy, niezbędnych dla wykonania prac projektowych i uzyskania pozwolenia na budowę, z przyczyn szczegółowo wykazanych w uzasadnieniu Odwołania. Sposób sformułowania postanowień dotyczących terminu realizacji robót budowlanych powodować może, że wydłużenie się terminów uzyskania pozwolenia na budowę doprowadzi do skrócenia realnego czasu na wykonanie robót budowlanych. Stąd zasadnym jest „oderwanie” terminu realizacji robót budowlanych od momentu podpisania umowy i uzależnienie jego rozpoczęcia od pozyskania prawomocnego pozwolenia na budowę. Dopiero posiadanie tej decyzji administracyjnej uprawnia do rozpoczęcia robót budowlanych. Aktualne sformułowanie postanowień SWZ i Projektu umowy niezasadnie przerzuca ryzyka związane z procedurami administracyjnymi na Wykonawcę.
- 7)art. 436 pkt 3 ustawy Pzp w zw. z art. 16 ustawy Pzp i art. 8 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 353(1) 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 nieuzasadnionego wzbogacenia się Zamawiającego, poprzez wprowadzenie do Projektu umowy w § 16 ust. 2 rażąco wygórowanego limitu kar umownych na poziomie 30% wartości brutto wynagrodzenia, podczas gdy limit na tym poziomie znacząco odstaje od realiów rynkowych;
- 8)art. 16 pkt. 1)-3) ustawy Pzp w zw. z art. 99 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 433 pkt. 3) ustawy Pzp i art. 8 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 353(1) kc i art. 647 kc poprzez nieprawidłowy, niejednoznaczny i naruszający konkurencję opis przedmiotu zamówienia, który jednocześnie przerzuca na Wykonawcę ryzyka finansowe niemożliwe do oszacowania, które znajduje odzwierciedlenie w wymaganiach § 7 ust. 2 pkt. 7) Projektu umowy, gdzie Zamawiający wymaga by Wykonawca uwzględnił w ofercie koszt wbudowania urządzeń w pas drogowy, w tym zobowiązuje Wykonawcę do jednorazowego uregulowania należności za wbudowanie urządzeń w pas drogowy za cały okres określony zezwoleniem Zarządu Dróg i Zieleni w Gdańsku, podczas gdy zgodnie z obowiązującymi regulacjami prawnymi Wykonawca nie jest w stanie jednorazowo pokryć kosztów, o których mowa powyżej ani ich właściwie oszacować, z przyczyn szczegółowo opisanych w uzasadnieniu Odwołania.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu dokonania zmiany treści SWZ w sposób

wskazany w uzasadnieniu odwołania.

Izba ustaliła i zważyła co następuje:

Izba ustaliła, że do postępowanie odwoławczego po stronie Odwołującego przystąpił wykonawca Budimex S.A.

Izba ustaliła, iż w dniu 5 stycznia 2024 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło pismo Zmawiającego z oświadczeniem o uwzględnieniu części zarzutów przedstawionych w odwołaniu tj.: zarzutu nr 3, zarzutu nr 4, zarzutu nr 6, zarzut nr 7 i nr 8. Jednocześnie na posiedzeniu z udziałem stron, Zamawiający oświadczył, że uwzględni również zarzut nr 1 odwołania.

Na posiedzeniu z udziałem stron, w dniu 8 stycznia 2024 r., pełnomocnik Odwołującego złożył oświadczenie o cofnięciu odwołania w zakresie nieuwzględnionym przez Zamawiającego tj. oświadczenie o cofnięciu zarzutu nr 2 i 5.

Wobec uwzględnienia w części zarzutów odwołania oraz wycofania pozostałych zarzutów przez Odwołującego, Izba stwierdziła, że zachodzą przesłanki do umorzenia postępowania na podstawie art. 522 ust. 3 ustawy Pzp i orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do treści art. 575 ustawy Pzp w zw. z § 9 ust. 1 pkt 2 lit. b 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. poz. 2437), nakazując zwrot odwołującemu kwoty uiszczonej tytułem wpisu.

Przewodnicząca:

.....