Sygn. akt: KIO 542/23

POSTANOWIENIE
z dnia 8 marca 2023 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący:Irmina Pawlik

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron i uczestników w dniu 8 marca 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 27 lutego 2023 r. przez wykonawcę STRABAG Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Pruszkowiew postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Wojewódzką Bibliotekę Publiczną – Książnicę Kopernikańską w Toruniu

postanawia:

1.umarza postępowanie odwoławcze;

2.nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz odwołującego STRABAG Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Pruszkowie kwoty 18 000 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy złotych zero groszy) stanowiącej 90% uiszczonego 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 ze 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:……

Sygn. akt: KIO 542/23

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

Zamawiający Wojewódzka Biblioteka Publiczna – Książnica Kopernikańska w Toruniu (dalej jako „Zamawiający") prowadzi postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego pn. „Rozbudowa i dostosowanie budynku Wojewódzkiej Biblioteki Publicznej – Książnicy Kopernikańskiej do nowych funkcji użytkowych" (nr ref. ADM.3810.1.2023). Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 15 lutego 2023 r. pod numerem 2023/S 033-095545. Do ww. postępowania o udzielenie zamówienia zastosowanie znajdują przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2022 r. poz. 1710 ze zm., dalej „ustawa Pzp"). Wartość szacunkowa zamówienia przekracza progi unijne, o których mowa w art. 3 ustawy Pzp.

W dniu 27 lutego 2023 r. wykonawca STRABAG Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Pruszkowie (dalej jako „Odwołujący") wniósł odwołanie wobec treści dokumentów zamówienia, zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1.art. 437 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 447 ust. 1 i ust. 2 ustawy Pzp poprzez zawarcie w treści wzoru Umowy postanowień uprawniających Zamawiającego do odmowy zapłaty na rzecz wykonawcy jakiegokolwiek wynagrodzenia (zarówno częściowego oraz końcowego) w przypadku braku przedstawienia przez wykonawcę oświadczeń częściowych lub końcowych od wszystkich zgłoszonych podwykonawców lub dalszych podwykonawców o uregulowaniu wymagalnych należności, bądź – w przypadku faktury końcowej – braku dołączenia przez wykonawcę do faktury końcowej oświadczenia końcowego podwykonawców i dalszych podwykonawców o pełnym zafakturowaniu zakresu robót wykonanych zgodnie z umowami o podwykonawstwo oraz o pełnym rozliczeniu tych robót do wysokości objętej płatnością końcową tj.: zawarcie w §18 ust. 5 treści wzoru Umowy postanowień:

„3. Do przedkładanych faktur Wykonawca jest zobowiązany załączyć każdorazowo oświadczenia częściowe lub oświadczenia końcowe (wg wzorów przekazanych przez Zamawiającego), od wszystkich zgłoszonych podwykonawców/dalszych podwykonawców (z wyłączeniem podwykonawców i dalszych podwykonawców, z którymi zostało już dokonane ostateczne rozliczenie wraz ze złożonym oświadczeniem końcowym lub podwykonawców/dalszych podwykonawców z którymi zawarto umowę polegającą na świadczeniu usługi serwisowania po zakończeniu inwestycji) o uregulowaniu wymagalnych należności. Oświadczenia jw. winny być podpisane przez osoby upoważnione do reprezentowania składających je podwykonawców lub dalszych podwykonawców.

4. Do faktury końcowej za wykonanie przedmiotu umowy Wykonawca dołączy oświadczenia końcowe (wg wzoru przekazanego przez Zamawiającego) podwykonawców i dalszych podwykonawców o pełnym zafakturowaniu zakresu robót wykonanych zgodnie z umowami o podwykonawstwo oraz o pełnym rozliczeniu tych robót do wysokości objętej płatnością końcową (z wyłączeniem oświadczeń końcowych uwzględnionych przy poprzednich płatnościach lub

oświadczeń podwykonawców/dalszych podwykonawców, z którymi zawarto umowę polegającą na świadczeniu usługi serwisowania po zakończeniu inwestycji).

5. W przypadku niewykonania obowiązków, o których mowa w ust. 3 i 4 termin zapłaty faktury nie rozpoczyna biegu", podczas gdy ustawa Pzp nie przewiduje tego typu sankcji dla wykonawcy, tj. w przypadku nieprzedłożenia przez wykonawcę wymaganych dowodów zapłaty wymagalnego wynagrodzenia podwykonawcom i dalszym podwykonawcom, przyznają one uprawnienie Zamawiającemu do wstrzymania wynagrodzenia należnego wykonawcy jedynie w części równej sumie kwot wynikających z nieprzedstawionych dowodów zapłaty;

2. art. 16 pkt 1 - 3 w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 647 w zw. z art. 654 Kc poprzez zawarcie w treści wzoru Umowy postanowień uprawniających Zamawiającego – w przypadku odstąpienia od Umowy - do odmowy zapłaty na rzecz wykonawcy jakiegokolwiek wynagrodzenia w przypadku jakichkolwiek zastrzeżeń Zamawiającego do wykonanych robót tj.: zawarcie w § 23 ust. 3 pkt 2 lit. e) treści wzoru Umowy postanowień: *„W wypadku odstąpienia od umowy w części lub odstąpienia od umowy z przyczyn, które nie obciążają Wykonawcy, Wykonawcę oraz Zamawiającego obciążają następujące obowiązki: Wykonawcy należy się wynagrodzenie wyłącznie za odebrane przez Zamawiającego bez zastrzeżeń roboty budowlane*", podczas gdy zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa uprawnienie Zamawiającego do odmowy odbioru i tym samym zapłaty wykonawcy umówionego wynagrodzenia powinno mieć miejsce wyłącznie w przypadku wystąpienia wad istotnych, uniemożliwiających, bądź znacząco utrudniających korzystanie z przedmiotu Umowy, zaś w przypadku zgłoszenia przez Wykonawcę gotowości do odbioru danych części, bądź całości przedmiotu Umowy z wadami o charakterze nieistotnym – wówczas Zamawiający zobowiązany jest dokonać odbioru i zapłacić umówione wynagrodzenie;

3. art. 16, art. 8 ust. 1, art. 134 ust. 1 pkt 20 ustawy Pzp w związku z art. 353(1) Kc i art. 647 Kc w zw. z art. 484 §2 Kc w zw. z art. 483 Kc i art. 473 §1 Kc ze względu na zastrzeżenie w §14 ust. 2 lit. e), g), h) treści wzoru Umowy kar umownych rażąco wygórowanych oraz mogących prowadzić do niczym nieuzasadnionego wzbogacenia się Zamawiającego kosztem wykonawcy tj.:
   a) zastrzeżenie w §14 ust. 2 lit. e) wzoru Umowy kary umownej *„za zwłokę w wykonaniu przedmiotu umowy w wysokości 0,2% wynagrodzenia umownego brutto ogółem (§ 11 ust. 2 niniejszej umowy) za każdy dzień zwłoki",* która to kara jest rażąco wygórowana i odbiega od praktyki rynkowej, gdzie kary za przekroczenie przez wykonawcę terminu końcowego realizacji umowy są zastrzegane na znacznie niższym poziomie;
   b) zastrzeżenie w §14 ust. 2 lit. g) wzoru Umowy kary umownej *„za zwłokę w usunięciu wad stwierdzonych przy odbiorze – w wysokości 0,2% wynagrodzenia umownego brutto ogółem (§ 11 ust. 2 niniejszej umowy) za każdy dzień zwłoki",* która to kara – w wysokości 0,2% wynagrodzenia umownego brutto tj. w wysokości równej karze umownej za zwłokę w wykonaniu całego przedmiotu Umowy jest rażąco wygórowana, ponieważ kara zwłokę w usuwaniu wad stwierdzonych przy odbiorze nie może być równa karze za uchybienie w terminie końcowym realizacji całego podstawowego zobowiązania umownego;
   c) zastrzeżenie w §14 ust. 2 lit. h) wzoru Umowy kary umownej *„za zwłokę w usunięciu wad stwierdzonych w okresie rękojmi za wady lub gwarancji jakości, w tym za zwłokę w usunięciu wad stwierdzonych przy odbiorze – w wysokości 0,2% wynagrodzenia umownego brutto ogółem (§ 11 ust. 2 niniejszej umowy) za każdy dzień zwłoki, liczony od upływu terminu wyznaczonego na usunięcie poszczególnych wad",* która to kara – w wysokości 0,2% wynagrodzenia umownego brutto tj. w wysokości równej karze umownej za zwłokę w wykonaniu całego przedmiotu Umowy jest rażąco wygórowana ponieważ kara za zwłokę w usuwaniu wad w okresie rękojmi i gwarancji nie może być równa karze za uchybienie w terminie końcowym realizacji podstawowego zobowiązania umownego.

4. naruszenie art. 8 ust. 1 w zw. z art. 439 ust. 1 i 2 ustawy Pzp w zw. z art. 58 §1 Kc poprzez sformułowanie treści wzoru Umowy w sposób uniemożliwiający dokonanie zmiany wysokości wynagrodzenia wykonawcy w sytuacji zmiany cen materiałów lub kosztów związanych z realizacją przedmiotu Umowy - gdy umowa w sprawie zamówienia publicznego, której przedmiotem są roboty budowlane została zawarta na okres dłuższy niż 6 miesięcy tj. zawarcie w §22 treści wzoru Umowy klauzul waloryzacyjnych mających charakter pozorny i niemożliwy do osiągnięcia oraz oderwany zarówno od realiów rynkowych, jak i warunków realizacji przedmiotu Umowy co do sposobu jak i wysokości ich liczenia.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu dokonania zmiany treści załącznika nr 10 do SWZ *„Projekt umowy*" poprzez nadanie mu treści zgodnej z przepisami prawa, zaproponowanej w odwołaniu.

Izba stwierdziła, iż w terminie ustawowym do postępowania odwoławczego nie zgłosił przystąpienia żaden wykonawca.

Zamawiający w dniu 7 marca 2023 r. złożył pisemną odpowiedź na odwołanie.

Odwołujący w dniu 8 marca 2023 r. złożył pismo, w którym oświadczył, iż cofa odwołanie w sprawie o sygn. akt

KIO 542/23 i wnosi o dokonanie odpowiedniego zwrotu wniesionej opłaty.

Zgodnie z art. 520 ustawy Pzp Odwołujący może cofnąć odwołanie do czasu zamknięcia rozprawy (ust. 1). Cofnięte odwołanie nie wywołuje skutków prawnych, jakie ustawa wiąże z wniesienie odwołania do Izby (ust. 2).

Mając na uwadze powyższe Izba uznała, że zachodzą podstawy do umorzenia postępowania odwoławczego w oparciu o art. 568 pkt 1 ustawy Pzp, w myśl którego Izba umarza postępowanie odwoławcze, w formie postanowienia, w przypadku cofnięcia odwołania.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 557 i art. 575 ustawy Pzp w zw. z § 9 ust. 1 pkt 3 lit. a) 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 90% kwoty uiszczonej tytułem wpisu.

Przewodniczący:……