

Sygn. akt: KIO 542/23

**POSTANOWENIE**  
**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 Pruszkowie w 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% uiszczonoego 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

**Uzasadnienie**

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 rękopami 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 rękopami 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 wniesieniem 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:.....**