

**Sygn. akt: KIO 876/23**

**POSTANOWENIE**  
**z dnia 12 kwietnia 2023 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Robert Skrzyszewski**

Protokolant: Ł.L.

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron w dniu 12 kwietnia 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 28 marca 2023 r. przez Wykonawcę Dekpol Budownictwo sp. z o.o., ul. Gajowa 31, 83-251 Pinczyn w postępowaniu prowadzonym przez Gminę Góra Kalwaria

**postanawia:**

1. umorzyć postępowanie odwoławcze,  
2. nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz Wykonawcy Dekpol Budownictwo sp. z o.o., ul. Gajowa 31, 83-251 Pinczyn kwoty 9 000 zł 00 gr (słownie: dziewięć tysięcy złotych zero groszy) stanowiącej 90 % uiszczzonego wpisu.

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 wraz 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 876/23**

**Uzasadnienie**

Zamawiający: Gmina Góra Kalwaria wszczął postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu podstawowego bez negocjacji, pn. Budowa ul Długiej w Moczydłowie” w systemie zaprojektuj i wybuduj II.

Ogłoszenie o zamówieniu w sprawie przedmiotowego zamówienia zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych pod numerem 2023/BZP 00149089/01 w dniu 23 marca 2023 r. W tej samej dacie została opublikowana Specyfikacja Warunków Zamówienia, zwana dalej SWZ.

Nie zgadzając się z niektórymi postanowieniami SWZ (projektowanymi postanowieniami umowy) Odwołujący: Dekpol Budownictwo sp. z o.o., ul. Gajowa 31, 83-251 Pinczyn w dniu 28 marca 2023 r. wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej zarzucając Zamawiającemu, że projektowane postanowienia umowne są niezgodne z wymaganiami wynikającymi z wymienionych, jak i wprost niewymienionych w odwołaniu przepisów, a wynikającymi z treści uzasadnienia odwołania.

I. W zakresie zarzutów dotyczących § 12 ust. 7 i 11 oraz § 13 ust. 2 zd. 1 Umowy Odwołujący zarzucił naruszenie:

a. Art. 647 kodeksu cywilnego, zwanego dalej KC w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2022 r., poz. 1710 wraz ze zm.), zwanej dalej PZP lub ustawą Pzp poprzez określenie zasad odbioru robót w sposób sprzeczny z istotą umowy o roboty budowlane i obowiązkami Zamawiającego, co wpływa negatywnie na zasady rozliczenia wynagrodzenia wykonawcy, rozpoczęcie biegu okresu udzielonej gwarancji i rękojmi, a także rozpoczęcie biegu terminu 30. dni przewidzianego na zwrot zabezpieczenia należytego wykonania umowy;

b. Art. 353<sup>1</sup> w zw. art. 647 KC stosowanymi w zw. z art. 8 ust. 1 PZP poprzez zastrzeżenie prawa odmowy odbioru robót w przypadku stwierdzenia wad nadających się do usunięcia, a także uzależnienie rozpoczęcia biegu okresu gwarancji i rękojmi od dnia dokonania „bezusterkowego” odbioru robót oraz zwrotu zabezpieczenia należytego wykonania umowy od protokolarnego stwierdzenia usunięcia wad lub usterek stwierdzonych przy odbiorze robót, co pozostaje w sprzeczności z właściwością (naturą) umowy o roboty budowlane, a zatem narusza zasadę swobody umów;

c. Art. 453 ust. 1 PZP poprzez nieprawidłowe określenie rozpoczęcia biegu terminu 30. dni przewidzianego na zwrot zabezpieczenia należytego wykonania umowy;

d. Art. 16 pkt 1 PZP poprzez niezgodne z art. 647 KC określenie zasad dotyczących rozliczenia wykonanych robót i ich odbioru, okresu biegu gwarancji i rękojmi oraz zwrotu zabezpieczenia należytego wykonania umowy, które to dodatkowo nie odpowiada regułom określonym w art. 453 ust. 1 PZP, co uniemożliwia wykonawcom prawidłowe

skalkulowanie ceny i złożenie porównywalnych ofert, utrudnia uczciwą konkurencję oraz może wpłynąć na niskie zainteresowanie udziałem w postępowaniu.

II.W zakresie zarzutów dotyczących § 6 ust. 8 i 11 Umowy Odwołujący zarzucił naruszenie:

a.Art. 353<sup>1</sup> KC w zw. z art. 647 KC stosowanymi w zw. z art. 8 ust. 1 PZP poprzez objęcie obowiązkiem (określonym w § 6 ust. 8 Umowy) zrzeczenia się przez wykonawcę prawa do wykonywania nadzoru autorskiego również wobec robót wykonywanych w Etapie 1 jest, co pozostaje w rażącej sprzeczności z właściwością (naturą) umowy o roboty budowlane realizowanej w formule zaprojektuj i wybuduj (przyjętej w Etapie 1), wobec czego wykracza poza granice swobody umów;

b.Art. 85 PZP poprzez nałożenie na wykonawcę obowiązku określonego w § 6 ust. 11 Umowy, a tym samym niezapewnienie przez Zamawiającego koniecznych środków, o których mowa w art. 85 ust. 1 PZP, mających na celu zapobieżenie zakłóceniu konkurencji przez udział wykonawcy (autora dokumentacji projektowej) w postępowaniu na wykonanie robót budowlanych w Etapie 2 i 3;

c.Art. 99 ust. 1 PZP poprzez nieokreślenie podstaw do oszacowania kosztów wywiązania się przez wykonawcę z obowiązku, określonego w § 6 ust. 11 Umowy, które to koszty należy uwzględnić w wynagrodzeniu umownym.

III.W zakresie zarzutów dotyczących § 7 ust. 1 w zw. z § 10 ust. 3 Umowy Odwołujący zarzucił naruszenie art. 483 § 1 KC w zw. z art. 8 ust. 1 PZP poprzez nieokreślenie w 7 ust. 1 Umowy konkretnego terminu, w którym Zamawiający zobowiązany jest do przekazania terenu budowy, co powoduje brak możliwości określenia wysokości kary umownej za zwłokę z tego tytułu, zastrzeżonej w § 10 ust. 3 Umowy na rzecz Wykonawcy, a nawet bezwzględną nieważność tego postanowienia Umowy, na podstawie art. 58 KC, wobec jego konstrukcji sprzecznej z art. 483 § 1 KC.

IV.W zakresie zarzutów dotyczących § 10 ust. 6 Umowy Odwołujący zarzucił naruszenie:

a.Art. 5 KC w zw. z art. 8 ust. 1 PZP oraz art. 436 pkt 3 PZP poprzez określenie maksymalnej wysokości kar umownych, których mogą dochodzić strony Umowy na poziomie 50% ogólnej wartości umowy brutto, co stanowi nadużycie prawa podmiotowego przez Zamawiającego i jako takie nie może korzystać z ochrony;

b.Art. 16 pkt 3 PZP poprzez zastrzeżenie maksymalnej wysokości kar umownych, których mogą dochodzić strony Umowy na poziomie 50% ogólnej wartości umowy brutto, w sposób rażąco wygórowany i nieadekwatny do przedmiotu zamówienia, jego rozmiaru oraz potencjalnej szkody Zamawiającego;

V.W zakresie zarzutów dotyczących § 6 ust. 10 Umowy Odwołujący zarzucił naruszenie:

a.Art. 16 pkt 3 PZP poprzez naruszenie zasady proporcjonalności w określeniu wysokości kary umownej (40% wynagrodzenia brutto), przewidzianej w § 6 ust. 10 Umowy, która ma charakter kary represyjnej i może prowadzić do nieuzasadnionego wzbogacenia Zamawiającego ponad wysokość ewentualnej szkody, jaką może mu wyrządzić Wykonawca opracowując dokumentację projektową, która narusza prawa autorskie osób trzecich;

b.Art. 5 KC w zw. z art. 8 ust. 1 PZP poprzez nadużycie przez Zamawiającego prawa podmiotowego do zastrzegania kary umownej w tak rażąco wygórowanej wysokości przy jednoczesnym zobowiązaniu Wykonawcy (w § 6 ust. 9 Umowy) do pokrycia wszelkich strat, kosztów, opłat, wydatków lub innych zobowiązań wynikających z faktu naruszenia tych praw, a także do zwrócenia ich Zamawiającemu w § 6 ust. 9 Umowy.

VI.W zakresie zarzutów dotyczących § 17 ust. 3 pkt 6 Umowy Odwołujący zarzucił naruszenie:

a.art. 436 pkt 4 lit. b PZP poprzez:

- i.uzależnienie możliwości zmiany wynagrodzenia od poziomu wzrostu kosztów wykonania zamówienia;
- ii.ograniczenie pokrycia przez Zamawiającego wzrostu kosztów wykonania zamówienia do połowy rzeczywiście zwiększonych kosztów;

1) art. 16 pkt 2 PZP poprzez nieokreślenie zasad dotyczących terminu, od którego zmiana wynagrodzenia będzie obowiązywać.

VII.W zakresie zarzutów dotyczących § 17 ust. 3 pkt 7, 8 i 10 Umowy Odwołujący zarzuca naruszenie:

a.art. 439 PZP poprzez:

i.pozorne określenie zasad wprowadzania zmian wysokości wynagrodzenia należnego wykonawcy – m.in. poprzez limitację zmiany wynagrodzenia do 3%, uzależnienie waloryzacji od realizacji umowy zgodnie z harmonogramem, przyznanie Zamawiającemu uprawnienia do odstąpienia od umowy, gdy wzrost kosztów przekroczy 5% wartości umowy;

ii.określenie niejasnych zasad waloryzacji – m.in. niejasno wskazany okres w jakim ma nastąpić wzrost cen uprawniający do waloryzacji, niejasno określony wskaźnik, który stanowi punkt odniesienia do obliczenia 3% wzrostu cen

uprawnającego do waloryzacji,

iii.wprowadzenie zasad waloryzacji będących w istocie złamaniem zasady waloryzacji wskaźnikowej – wprowadzenie konieczności sporządzania przez wykonawcę szczegółowej kalkulacji oraz możliwości kwestionowania przez Zamawiającego tej kalkulacji, pomimo oparcia waloryzacji o wskaźnik publikowany przez GUS,

b.art. 16 pkt 2 PZP poprzez sformułowanie postanowień dotyczących zasad wprowadzania zmian wysokości wynagrodzenia w sposób nieprecyzyjny, wewnętrznie sprzeczny (w tym określając w 17 ust. 3 pkt 8 Umowy zamiar waloryzacji wynagrodzenia w oparciu o wskaźnik GUS przy jednoczesnym wymogu porównania postulowanego wzrostu wynagrodzenia ze szczegółową kalkulacją wykonania zamówienia, o której mowa w § 17 ust. 3 pkt 10 Umowy), pozostawiający Zamawiającemu duże pole do uznaniowości przy ocenie wpływu wzrostu cen na rzeczywiste koszty ponoszone przez wykonawcę i ocenie zasadności wniosku o waloryzację, uniemożliwiający wykonawcom ustalenie w jaki sposób wynagrodzenie będzie waloryzowane co może zagrażać interesowi wykonawcy (uznaniowość po stronie zamawiającego).

VIII.W zakresie zarzutów dotyczących § 17 ust. 3 pkt 12 Umowy Odwołujący zarzucił naruszenie:

a.Art. 433 pkt 4 PZP poprzez zastrzeżenie prawa do odstąpienia od Umowy przez Zamawiającego w przypadku, gdy wystąpi konieczność dokonania waloryzacji o więcej niż 5% w stosunku do wysokości wynagrodzenia umownego brutto, co stanowi obejście tego przepisu, albowiem stanowi de facto jednostronną rezygnację z nieokreślonej części zamówienia przez Zamawiającego, wobec czego skutkuje brakiem możliwości rzetelnego oszacowania ceny oferty;

b.Art. 5 w zw. z art. 8 PZP poprzez rażące nadużycie pozycji Zamawiającego i naruszenie równowagi stron Umowy będące skutkiem zastrzeżenia prawa do odstąpienia od Umowy przez Zamawiającego w przypadku, gdy wystąpi konieczność dokonania waloryzacji o więcej niż 5% w stosunku do wysokości wynagrodzenia umownego brutto, w sytuacji, gdy wzrost kosztów wykonania zamówienia pozostaje poza jakąkolwiek wolą wykonawcy.

W oparciu o powyższe zarzuty Odwołujący wnosił o:

Uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu zmiany kwestionowanych odwołaniem projektowanych postanowień umownych zgodnie z wnioskami zawartymi w uzasadnieniu, prezentowanymi odpowiednio do poszczególnych zarzutów.

Na wypadek, gdyby Izba uznała, iż nakazanie Zamawiającemu zmiany postanowień poprzez nadanie im konkretnego brzmienia lub ich usunięcie nie było możliwe, Odwołujący wnosił o nakazanie Zamawiającemu zmiany zaskarżonych postanowień Umowy poprzez doprowadzenie ich do zgodności z przepisami prawa oraz z uwzględnieniem podniesionych w odwołaniu zarzutów i argumentacji.

Odwołujący wnosił również o obciążenie Zamawiającego w całości kosztami postępowania odwoławczego, tj. zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów wpisu od odwołania w wysokości 10.000,00 zł wraz z uzasadnionymi kosztami postępowania, w tym wynagrodzeniem pełnomocnika w wysokości określonej na fakturze przedłożonej do akt sprawy na rozprawie oraz opłatą skarbową od pełnomocnictwa.

#### **Izba zważyła, co następuje.**

W dniu 11 kwietnia 2023 r. przed dniem wyznaczonej rozprawy, do siedziby Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło pismo zawierające oświadczenie Odwołującego o cofnięciu odwołania.

Uwzględniając powyższe Izba, działając na podstawie art. 568 pkt 1 w związku z art.520 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych(t.j. Dz. U. z 2022 r., poz. 1710 wraz ze zm.), zwanej dalej ustawą Pzp, postanowiła postępowanie odwoławcze w niniejszej sprawie umorzyć.

Zgodnie z § 9 ust. 1 pkt 3 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 Izba postanowiła zwrócić na rzecz Odwołującego 90% kwoty uiszczanego wpisu.

Ze wskazanych przepisów wynika, iż w przypadku umorzenia postępowania odwoławczego przez Izbę w całości na skutek cofnięcia odwołania przed otwarciem rozprawy najpóźniej w dniu poprzedzającym dzień, na który został wyznaczony termin rozprawy lub posiedzenia z udziałem stron lub uczestników postępowania odwoławczego - odwołującemu zwraca się 90% wpisu; w takim przypadku Izba orzeka o dokonaniu zwrotu odwołującemu z rachunku Urzędu kwoty uiszczonej tytułem wpisu, w wysokości stanowiącej 90% jego wartości.

Wobec powyższego, na podstawie art.553 ustawy Pzp, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do jego wyniku w oparciu o przepis art.575 i 576 ustawy Pzp w związku z przepisem § 9 ust. 1 pkt 3 lit. a rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie

szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczenia oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania .

**Przewodniczący.....**