

Sygn. akt: KIO 3258/23

POSTANOWENIE
z dnia 14 listopada 2023 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Danuta Dziubińska

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron oraz uczestników postępowania odwoławczego w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 31 października 2023 r. przez wykonawcę **SKANSKA Spółka Akcyjna** z siedzibą w Warszawie w postępowaniu prowadzonym przez **Gminę Stryków** przy udziale wykonawców zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego:

A. Budimex Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie

B. Mostostal Warszawa Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie

postanawia:

1. umorzyć postępowanie odwoławcze;

2. nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz odwołującego 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 art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2023 r. poz. 1605 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 3258/23

Uzasadnienie

Gmina Stryków (dalej: „Zamawiający”) prowadzi postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (dalej: „Pzp”) o udzielenie zamówienia publicznego na wykonanie robót budowlanych w ramach realizacji inwestycji „Budowa Centrum Rozwoju Strykowa (CRS)”, numer referencyjny: IZP.271.29.2023.IZ.PZP. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej nr 2023/S 204-641776 z dnia 23 października 2023 r. W tym samym dniu Zamawiający na swojej stronie internetowej zamieścił Specyfikację Warunków Zamówienia (dalej: „SWZ”).

Wykonawca SKANSKA S.A. (dalej: „Odwołujący”) wniósł odwołanie wobec treści SWZ, w którym zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisów: art. 647 Kodeksu cywilnego (dalej: kc), art. 353(1) kc, art. 58 § 1 i 2 kc, 5 kc, 471 kc w związku z art. 8 ust. 1 Pzp, 16 ust. 1 Pzp, 99 ust. 1 i 4 Pzp, 431 Pzp poprzez ukształtowanie postanowień i rozwiązań projektowanych postanowień umowy, stanowiących załącznik nr 9 do SWZ (dalej: „Umowa”) w sposób sprzeczny z w/w przepisami, w tym z naturą stosunku prawnego umowy o roboty budowlane, zasadą równowagi stron stosunku zobowiązaniowego, zasadami współzycia społecznego, przepisami kodeksu cywilnego, a tym samym w sposób naruszający naczelną zasadę prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego – zasadę proporcjonalności (adekwatności), która rzutuje na obowiązek współdziałania Zamawiającego i Wykonawcy przy wykonaniu umowy w sprawie zamówienia publicznego, zasadę przejrzystości, a także prowadzący do zaniechania lub utrudnienia zapewnienia zachowania uczciwej konkurencji, poprzez:

1) wprowadzenie postanowień, które w rzeczywistości prowadzą do bezusterkowego odbioru robót, a także powodują uznaniowość Zamawiającego przy odbiorach, brak przejrzystości i jasnych reguł odbioru oraz przejęcie przez Wykonawcę odpowiedzialności za nieznaną lub ryzyka, które nie powinny obciążać Wykonawcę, m. in. sformułowanie w taki sposób definicji „Odbioru Końcowego Inwestycji”, „Protokołu Usunięcia Usterki i Wad”, „Wady”, uzależnienie przystąpienia do odbioru końcowego od usunięcia wszystkich usterek i wad w trakcie odbioru (przeгляdu) technicznego, a nie tylko wad o istotnym charakterze (§ 17 ust. 1 pkt 3, ust. 2 lit. m Umowy), uzależnienie

odbioru końcowego od nieistnienia „innej niezgodności Robót z właściwymi przepisami, normami lub niniejszą Umową tego rodzaju, że uniemożliwiają użytkowanie przedmiotu zamówienia zgodnie z przeznaczeniem choćby w części”, wreszcie uzależnienie Odbioru Końcowego Inwestycji od usunięcia wszystkich wad i usterek (§ 17 ust. 1 pkt 3), ust. 2 lit. n), 6 lit. a), ust. 7 i 8);

- 2) nieprecyzyjne określenie przedmiotu umowy poprzez nałożenie na Wykonawcę uzyskania wszelkich niezbędnych zezwoleń, decyzji, uzgodnień oraz opinii (§ 2 ust. 2 lit. j) i k) Umowy), bez doprecyzowania, że obejmuje to tylko te, których uzyskanie wynika z dokumentacji przekazanej przez Zamawiającego (dokumentacji przetargowej);
- 3) wprowadzenie zasady, że w przypadku nieściśłości lub niedokładności w Umowie decydujący głos i wykładnia należy do Zamawiającego (§ 2 ust. 5 Umowy);
- 4) zobowiązanie Wykonawcy do podjęcia wszelkich niezbędnych działań w celu zabezpieczenia i utrzymania jakichkolwiek istniejących przewodów, rur, kanalizacji, kabli, itp. a także do usunięcia wszelkich szkód i pokrycia kosztów ich usunięcia lub opłat związane z odnośnymi instalacjami bez zagwarantowania Wykonawcy zwrotu poniesionych, udokumentowanych kosztów, a także dodatkowego wynagrodzenie za te czynności jak i przedłużenia terminów umownych w przypadku, gdy podjęte przez Wykonawcę działania dotyczą lub wynikają z elementów nieobjętych dokumentacją przekazaną przez Zamawiającego (§ 5 ust. 1 Umowy);
- 5) udzielenie bezwzględnego uprawnienia Zamawiającemu do zaspokojenia się z zabezpieczenia Wykonawcy w przypadku zasądzenia należności na rzecz podwykonawcy bez względu na udział i postawę Zamawiającego w tym postępowaniu, a także bez względu na poinformowanie o tym postępowaniu Wykonawcy (§ 11 ust. 16 Umowy);
- 6) brak przesłanki przeszkód technologicznych w możliwości niedotrzymania terminów naprawy Wad (§ 22 ust. 8 Umowy);
- 7) przewidzenie rażąco wygórowanej kary umownej w wysokości aż 1500 zł za 1 dzień zwłoki (lit. a) lub za każdą godzinę zwłoki (lit. b) lub 2.500,00 zł (lit. c) w zakresie uchybienia obowiązków w zakresie gwarancji jakości (§ 22 ust. 9 Umowy);
- 8) zobowiązanie Wykonawcy do zapewnienia części zamiennych obejmujących części eksploatacyjne i szybko zużywające się (§ 22 ust. 12 Umowy);
- 9) przewidzenie rażąco wygórowanej kary umownej w wysokości aż 1000 zł za 1 dzień zwłoki lub za każdą godzinę roboczą zwłoki;
- 10) pominięcie, że wynagrodzenie umowne obejmuje tylko te koszty, które Wykonawca działając ze starannością profesjonalisty mógł przewidzieć na podstawie dokumentacji przetargowej i analizy istniejących na moment złożenia oferty warunków realizacyjnych (§ 30 ust. 2 Umowy);
- 11) przewidzenie zbyt wygórowanej kary umownej za odstąpienie z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy, a więc w wysokości 20 % wynagrodzenia (§ 33 ust. 1 lit. d), kary umownej za naruszenie przepisów BHP w wysokości 4000 zł za każdy przypadek oraz za nieusunięcie nieupoważnionej osoby z terenu budowy (§ 33 ust. 1 lit. m i n), przyjęcie limitu kar umownych na wygórowanym poziomie 30 % wynagrodzenia przy kumulacji tej kary z karą za odstąpienie, tj. 30 % + 20 % (§ 33 ust. 2 Umowy),
- 12) obowiązek bezwzględnego usunięcia z Placu Budowy urządzenia zaplecza w terminie 14 dni, bez względu na inne okoliczności (§ 36 ust. 6 pkt 1) lit. d) Umowy);
- 13) pozbawienie możliwości przedłużenia terminu wykonania Umowy o okres faktycznego wpływu jaki dana okoliczność przewidziana przez umowę ma wpływ na ten termin (par. 40 ust. 8 Umowy) – umowa przewiduje tylko odpowiednie przedłużenie o czas niezbędny do zakończenia wykonania przedmiotu umowy w sposób należyty, nie dłużej jednak niż o okres trwania tych okoliczności.

Wskazując na powyższe zarzuty Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu wprowadzenie zmian SWZ zgodnie z wnioskami przedstawionymi w uzasadnieniu odwołania.

Wypełniając wymogi ustawowe wykonawcy: Budimex S.A. z siedzibą w Warszawie oraz Mostostal Warszawa S.A. z siedzibą w Warszawie zgłosili przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego, stając się uczestnikami postępowania.

W dniu 13 listopada 2023 r. Odwołujący przekazał do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej oświadczenie o wycofaniu odwołania.

Zgodnie z art. 520 Pzp odwołujący może cofnąć odwołanie do czasu zamknięcia rozprawy, a cofnięte odwołanie

nie wywołuje skutków prawnych, jakie ustawa wiąże z wniesieniem odwołania do Prezesa Izby. Stosownie do art. 568 pkt 1 Pzp w przypadku cofnięcia odwołania Izba umarza postępowanie odwoławcze w formie postanowienia.

Mając powyższe na uwadze Izba postanowiła jak w pkt 1 sentencji.

Działając na podstawie art. 557 Pzp w związku z § 9 ust. 1 pkt 3 lit. a rozporządzenia w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437) Izba nakazała dokonanie zwrotu Odwołującemu 90% kwoty uiszczonej tytułem wpisu od odwołania.

Przewodniczący:.....