

Sygn. akt: KIO 1216/19

POSTANOWIENIE
z dnia 8 lipca 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Bartosz Stankiewicz

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron w Warszawie w dniu 8 lipca 2019 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 28 czerwca 2019 r. przez wykonawcę **Strabag Sp. z o.o.** z siedzibą w Pruszkowie przy ul. Parzniewskiej 10 (05-800 Pruszków) w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego – **Powiat Pruszkowski** z siedzibą w Pruszkowie przy ul. Drzymały 30 (05-800 Pruszków)

przy udziale wykonawcy – **ERBUD S.A.** z siedzibą w Warszawie przy ul. Klimczaka 1 (02-797 Warszawa) zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego

postanawia:

1. Umarza postępowanie odwoławcze.
2. Nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych kwoty 20 000,00 zł (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) na rzecz wykonawcy – **Strabag Sp. z o.o.** z siedzibą w Pruszkowie, stanowiącej uiszczony wpis od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2018 r., poz.1986 ze zm.) na niniejsze postanowienie - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Warszawie**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Powiat Pruszkowski zwany dalej: „zamawiającym”, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. - Dz. U. z 2018 r., poz. 1986 ze zm.), zwanej dalej: „Pzp” pn.: „Budowa Specjalnego Ośrodka Szkolno-Wychowawczego Pruszków ul. Wapienna”, zwane dalej: „postępowaniem”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 18 czerwca 2019 r. pod nr 2019/S 115-281308.

Szacunkowa wartość zamówienia, którego przedmiotem są roboty budowlane, jest wyższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

W dniu 28 czerwca 2019 r. wykonawca Strabag Sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie zwany dalej: „odwołującym” wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie, w którym zarzucił zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

1) art. 7 ust. 1 Pzp w zw. z art. 139 Pzp w zw. z art. 647 kc poprzez przyznanie zamawiającemu w § 9 ust. 4 pkt 1) wzoru umowy prawa do odmowy dokonania odbioru końcowego w każdym wypadku wystąpienia wad nawet jeżeli wady mają charakter nieistotny. Zgodnie z art. 647 kc inwestor (zamawiający) ma obowiązek dokonania odbioru i może uchylić się od tego obowiązku tylko w przypadku, gdy przedmiot umowy obarczony jest wadami istotnymi. W przypadku wystąpienia wad nieistotnych inwestor (zamawiający) jest obowiązany dokonać odbioru końcowego;

2) art. 7 ust. 1 Pzp w zw. z art. 147 ust. 1 Pzp, art. 148 ust. 1 Pzp w zw. z art. 139 Pzp w zw. z art. 647 kc, art. 654 kc poprzez wstrzymanie zapłaty wynagrodzenia wykonawcy jako formy zabezpieczenia należytego wykonania umowy. Zamawiający we wzorze umowy w § 9 ust. 4 pkt 1) wzoru Umowy w zw. z § 7 ust. 1 wzoru Umowy uzależnił wystawienie faktury i dokonanie zapłaty za fakturę końcową od dokonania bezusterkowego odbioru końcowego. Takie sformułowanie zapisów wzoru umowy oznacza, że zamawiający traktuje wstrzymanie płatności wynagrodzenia wykonawcy jako środek zabezpieczający należyte wykonanie umowy tj. usunięcie wad odbiorowych. W art. 147 ust. 1 Pzp i art. 148 ust. 1 Pzp ustawodawca nie przewidział wstrzymania płatności wykonawcy jako formy zabezpieczenia należytego wykonania umowy;

3) art. 143d ust.1 pkt. 7 ppkt. b) w zw. z art. 139 Pzp w zw. z art. 483 § 1 kc w zw. z art. 353¹ kc w zw. z art. 5 kc poprzez zastrzeżenie w § 12 ust. 1 pkt 8 wzoru umowy rażąco wygórowanej kary umownej w wysokości 100.000,00 zł za każdy przypadek nieprzedłożenia przez wykonawcę do zaakceptowania projektu umowy o podwykonawstwo której przedmiotem są

roboty budowlane lub projektu jej zmiany przy jednoczesnym braku ustanowienia jakichkolwiek limitów kar umownych. Oznacza to, że wbrew dyspozycji art. 483 § 1 kc w zw. z art. 353¹ kc, zamawiający, naruszając art. 5 kc, nadużył swojego prawa podmiotowego do jednostronnego ustalenia warunków umowy, narzucając sprzeczne z art. 483 § 1 kc (m.in. wskutek braku uzależnienia od wysokości szkody i winy wykonawcy) oraz art. 353¹ kc (wskutek przekroczenia granic swobody umów, m.in. poprzez sprzeczność z naturą stosunku zobowiązaniowego) uprawnienie zamawiającego do wielokrotnego naliczania rażąco wygórowanych kar umownych przy jednoczesnym braku jakiegokolwiek limitu kar umownych we wzorze umowy, których suma na podstawie §12 ust.1 pkt. 8) wzoru umowy w przypadku zaniechania zgłoszenia przez wykonawcę znaczącej ilości nieistotnych aneksów do umów podwykonawczych (np. nie wpływających na wartość wynagrodzenia z umowy podwykonawczej) może znacząco przewyższyć wynagrodzenie wykonawcy w sytuacji, w której zamawiający nie poniesie jakiegokolwiek szkody, a więc doprowadzić do sytuacji nieuzasadnionego, nadzwyczajnego wzbogacenia zamawiającego, co jest sprzeczne z funkcjami kary umownej.

W odniesieniu do postawionych zarzutów odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu zmiany treści SIWZ tj. załącznika B do SIWZ wzór umowy w następujący sposób:

- w zakresie zarzutu wskazanego w pkt 1) – zmianę § 9 ust. 4 pkt 1) poprzez ograniczenie prawa zamawiającego do odmowy dokonania odbioru końcowego tylko do przypadku wystąpienia wad istotnych usuwalnych a w przypadku wad nieistotnych usuwalnych do dokonania odbioru końcowego z jednoczesnym sporządzeniem listy wad odbiorowych i terminem ich usunięcia. Po uwzględnieniu zmiany treść załącznika B (wzory umowy) do SIWZ w § 9 ust. 4 pkt.1) wzoru umowy powinna być następująca:

§ 9 ust 4 pkt.1) w przypadku gdy wady są istotne i nadają się do usunięcia, może odmówić odbioru robót do czasu usunięcia wad istotnych; W przypadku wystąpienia wad nieistotnych nadających się do usunięcia Zamawiający dokona odbioru końcowego a do protokołu odbioru zostanie dołączona lista wad odbiorowych wraz z terminem ich usunięcia.;

- w zakresie zarzutu wskazanego w pkt 2) – poprzez zmianę § 9 ust. 4 pkt 1) jak powyżej;

- - w zakresie zarzutu wskazanego w pkt 3) – zmianę § 12 ust. 1 pkt 2) wzoru umowy poprzez obniżenie kary za nieprzedłożenie do zaakceptowania projektu umowy o podwykonawstwo, której przedmiotem są roboty budowlane do kwoty 10.000,00 zł oraz wprowadzenie nowego ust. 9 do §12 wzoru umowy:

9. Strony zgodnie ustalają, że limit kar umownych, który może być naliczony na podstawie niniejszej umowy będzie wynosił 20 % wartości wynagrodzenia brutto.

Zamawiający zamieścił kopię odwołania na stronie internetowej wraz z wezwaniem

wykonawców do przystąpienia do postępowania odwoławczego w dniu 1 lipca 2019 r.

Do postępowania odwoławczego w ustawowym terminie po stronie odwołującego przystąpił wykonawca ERBUD S.A. z siedzibą w Warszawie. Izba stwierdziła skuteczność przystąpienia wykonawcy ERBUD S.A. z siedzibą w Warszawie do udziału w postępowaniu odwoławczym po stronie odwołującego.

W dniu 5 lipca 2019 r. zamawiający za pomocą poczty elektronicznej złożył odpowiedź na odwołanie, w której oświadczył, że uwzględnia zarzuty zawarte w odwołaniu w całości, a także wniósł o umorzenie postępowania przed Izbą w całości oraz o nieobciążanie zamawiającego kosztami postępowania. Ponadto zamawiający w odpowiedzi na odwołanie przedstawił uzasadnienie swojego stanowiska.

Zgodnie z art. 186 ust. 2 Pzp - W przypadku uwzględnienia przez zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu Izba może umorzyć postępowanie na posiedzeniu niejawnym bez obecności stron oraz uczestników postępowania odwoławczego, którzy przystąpili do postępowania po stronie wykonawcy, pod warunkiem że w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego nie przystąpił w terminie żaden wykonawca. W takim przypadku zamawiający wykonuje, powtarza lub unieważnia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu.

Izba ustaliła, że w niniejszej sprawie zaistniał stan faktyczny wskazany w powyższej normie prawnej, tj. zamawiający uwzględnił zarzuty odwołania w całości, a do postępowania po stronie zamawiającego nie przystąpił w terminie żaden wykonawca. W związku z tym Izba umorzyła postępowanie odwoławcze. Natomiast dalsze czynności, które zamawiający podjął lub podejmie w celu uczynienia zadość żądaniom odwołania, pozostają poza oceną Izby w związku z ustaleniem zaistnienia przesłanki umorzenia postępowania odwoławczego.

Stosownie do art. 192 ust. 1 Pzp o oddaleniu odwołania lub jego uwzględnieniu Izba orzeka w wyroku. W pozostałych przypadkach Izba wydaje postanowienie. Orzeczenie Izby w rozpatrywanej sprawie w żadnym zakresie nie miało charakteru merytorycznego, zatem przybrało postać postanowienia.

W związku z powyższym Izba, działając na podstawie art. 186 ust. 2 zd. 1 i art. 192 ust. 1 zd. 2 Pzp, postanowiła jak w pkt 1 sentencji niniejszego orzeczenia.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 186 ust. 6 pkt 1) Pzp, uznając, że znoszą się one wzajemnie. Jednocześnie, mając na względzie fakt, iż uwzględnienie przez zamawiającego zarzutów przedstawionych w odwołaniu w całości nastąpiło przed otwarciem rozprawy, Izba nakazała dokonanie na rzecz odwołującego zwrotu kwoty uiszczony tytułem wpisu, zgodnie z § 5 ust. 1 pkt 1 lit. a) Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od

odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 972).

Przewodniczący: