

POSTANOWIENIE
z dnia 10 marca 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Agnieszka Trojanowska
Członkowie: Justyna Tomkowska
Anna Packo

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron w Warszawie w dniu 10 marca 2021 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 18 lutego 2021r. przez **wykonawcę Strabag Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Pruszkowie, ul. Parzniewska 10** w postępowaniu prowadzonym przez **zamawiającego Narodowy Instytut Onkologii im. Marii Skłodowskiej-Curie – Państwowy Instytut z siedzibą w Warszawie, ul. W.K. Roentgena 5**

postanawia :

1. Umorzyć postępowanie,
2. Nakazać zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych kwoty 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczonej przez **wykonawcę Strabag Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Pruszkowie, ul. Parzniewska 10** tytułem zwrotu 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 (Dz. U. z 2019 r. poz. 2019 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:

Członkowie:

.....

Sygn. akt KIO 539/21

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia w trybie przetargu nieograniczonego pn.: „Rozbiórka 5 budynków wraz z instalacjami i sieciami uzbrojenia podziemnego wchodzących w skład Narodowego Instytutu Onkologii im. M. Skłodowskiej-Curie, Państwowego Instytutu Badawczego w Warszawie zostało wszczęte ogłoszeniem o zamówieniu opublikowanym w Suplemencie do Dziennika Urzędowego Unii Europejskiej w dniu 8 lutego 2021 r. pod numerem 2021/S 026-063158.

W dniu 18 lutego 2021 r. wykonawca Strabag Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Pruszkowie, ul. Parzniewska 10 wniósł odwołanie wobec treści siwz. Odwołanie zostało wniesione przez pełnomocnika działającego na podstawie pełnomocnictwa z dnia 25 stycznia 2019 r. udzielonego przez dwóch członków zarządu ujawnionych w KRS na datę wystawiania pełnomocnictwa i upoważnionych do łącznej reprezentacji, zgodnie z odpisem z KRS. Odwołanie zostało przekazane zamawiającemu w dniu 18 lutego 2021 r.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu:

1. naruszenie art. 16 pkt 1 i 3 ustawy w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy w zw. z art. 647 kc przez przyznanie zamawiającemu w § 10 ust. 9, 10, 11 i 13 oraz § 1 ust. 6 załącznika nr 10 do SIWZ wzoru Umowy:

(i) prawa do odmowy dokonania odbioru końcowego (przerwania czynności odbioru) w każdym przypadku wystąpienia wad nawet jeżeli wady mają charakter nieistotny,

(ii) uznanie, że terminem zakończenia (datą odbioru końcowego) jest data usunięcia wszystkich wad odbiorowych nawet jeżeli mają charakter nieistotny

(iii) uznanie, że datą „Skutecznego Odbioru Końcowego jest moment, gdyż Zamawiający nie zgłosi żadnych zastrzeżeń do prawidłowości wykonania robót oraz ich jakości co oznacza odbiór bezusterkowy w sytuacji gdy zgodnie z obowiązującymi przepisami uprawnienie inwestora (zamawiającego) do odmowy odbioru końcowego powinno mieć miejsce jedynie w przypadku wystąpienia wad istotnych zaś w przypadku zgłoszenia gotowości do odbioru przedmiotu umowy o roboty budowlanej z wadami nieistotnymi inwestor (zamawiający) zobowiązany jest dokonać odbioru końcowego. 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. naruszenie art. 16 pkt 1 i 3 ustawy w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy, art. 449 ust. 2 ustawy, art. 450 ust. 1 ustawy w zw. z art. 647 kc przez powiązanie w § 12 ust. 5, 6 wzoru umowy płatności wynagrodzenia na rzecz wykonawcy z przeprowadzeniem bezusterkowego odbioru, podczas gdy płatność powinna nastąpić po odbiorze a nie po usunięciu wad odbiorowych. Powiązanie płatności częściowej i końcowej z usunięciem wad odbiorowych oznacza, że płatność wynagrodzenia tj. wstrzymanie płatności stanowi dodatkowe zabezpieczenie należytego wykonania umowy (zabezpieczenie usunięcia wad odbiorowych) a zamawiający wbrew ustawy nie tylko narzuca formę zabezpieczenia ale ustanawia zabezpieczenie przekraczające dopuszczalną wysokość zabezpieczenia;

3. naruszenie art. 447 ust. 1 ustawy w zw. z art. 16 pkt 3) ustawy przez nieproporcjonalny wymóg zawarty w § 12 ust. 7 wzoru umowy ograniczający dowody potwierdzające zapłatę wynagrodzenia na rzecz podwykonawców wyłącznie do potwierdzeń przelewów i oświadczeń podwykonawców podczas gdy zgodnie z art. 447 ust. 1 ustawy możliwe jest przedstawienie wszelkich możliwych dowodów potwierdzających zapłatę bez ograniczania tych dowodów wyłącznie do potwierdzeń przelewów i oświadczeń podwykonawców.

4. naruszenie art. 16 ust. 1 i 3 ustawy w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy w zw. z art. 568 § 1 kc i art. 577 § 4 kc przez ustalenie w § 8 ust. 7 i § 16 ust. 3 wzoru umowy, że okres rękojmi i gwarancji rozpoczyna swój bieg od dokonania odbioru końcowego bez zastrzeżeń w sytuacji gdy jak wskazano w zarzucie 1 odbiory bezusterkowe (bez zastrzeżeń) są sprzeczne z kc.

5. naruszenie art. 16 pkt 1 i 2 ustawy i art. 8 ust. 1 ustawy w związku z art. 353(1) kc i art. 647 k.c. w zw. z art. 484 § 2 w zw. z art. 483 k.c. i art. 473 § 1 kc ze względu na: Zastrzeżenie w § 17 ust. 1 lit a), e) i h) wzoru umowy kar umownych rażąco wygórowanych:

(i) związanych z uchybieniem w dotrzymaniu terminu końcowego – w ocenie Wykonawcy kara umowna w wysokości 0,2% wynagrodzenia jest rażąco wygórowana

(ii) związanych wystąpieniem wad nieusuwalnych w wysokości 5% wynagrodzenia w sytuacji gdy kara ta jest zupełnie oderwana od charakteru wady (wystąpienie nieistotnej wady nieusuwalnej nie mającej wpływu na korzystanie z przedmiotu umowy może pozbawić wykonawcę 5% wynagrodzenia) oraz pomija fakt, że zgodnie z § 10 ust. 12 wzoru umowy zamawiający przyznał sobie określone uprawnienia związane z wystąpieniem istotnych wad nieusuwalnych a zgodnie z art. 560 kc zamawiający może pomniejszyć wynagrodzenie wykonawcy z powodu wad nieusuwalnych co w istocie prowadzi do podwójnego ukarania wykonawcy raz przez obniżkę wynagrodzenia a drugi raz przez zapłatę kary umownej

(iii) związanych z nieterminową zapłatą wynagrodzenia na rzecz podwykonawców w wysokości 5% wynagrodzenia niezależnie od skali uchybienia tj. niezależnie od kwoty niezapłaconej jak i wielkości opóźnienia w zapłacie co oznacza, że nieterminowa zapłata nawet niewielkiej kwoty może skutkować pozbawieniem wykonawcy 5% wynagrodzenia.

Wniósł o nakazanie zamawiającemu dokonanie następujących czynności, zmiany treści załącznika nr 10 do SIWZ wzór umowy przez:

- (i) wyeliminowanie odbiorów bezusterkowych i zobowiązanie zamawiającego do dokonania odbioru w przypadku braku wad istotnych;
 - (ii) wyeliminowania odbiorów bezusterkowych czy też odbiorów bez zastrzeżeń jako warunku wystawienia faktury;
 - (iii) możliwość przedstawienia przez wykonawcę innych dowodów zapłaty wymagalnego wynagrodzenia na rzecz podwykonawców niż tylko potwierdzenia przelewów i oświadczenia podwykonawców tj. pozostawienie otwartego katalogu dowodów;
 - (iv) ustalenie, że okres rękojmi i gwarancji rozpoczyna bieg od daty odbioru końcowego a nie od daty usunięcia wszystkich wad odbiorowych;
 - (v) zmiana zapisów umowy w zakresie kar umownych taka aby kara nie była rażąco wygórowana w zakresie terminu końcowego, w zakresie kary związanej z wystąpieniem wady nieusuwalnej to albo usunięcie tej kary lub też powiązanie wysokości tej kary z charakterem danej wady, w zakresie kary z tytułu braku zapłaty lub nieterminowej zapłaty wynagrodzenia na rzecz podwykonawcy aby kara była powiązana z wysokością niezapłaconej kwoty i wielkością opóźnienia w zapłacie a nie z wynagrodzeniem wykonawcy
- Ad. III.(i) powyżej

Zmiana § 10 ust. 9, 10, 11 i 13 oraz § 1 ust. 6 wzoru umowy przez zobowiązanie zamawiającego do dokonania odbioru końcowego w przypadku braku wad istotnych, uznanie, że datą zakończenia odbioru jest data podpisania protokołu odbioru końcowego bez wad istotnych i tym samym wyeliminowanie odbioru bezusterkowego i dostosowanie zapisu do art. 647 kc nakładającego obowiązek dokonania odbioru końcowego.

Po uwzględnieniu zmiany treść SIWZ - wzoru umowy powinna być następująca:

§ 10 ust. 9 Jeżeli w toku czynności, Odbioru Częściowego, Etapu lub Odbioru Końcowego okaże się, że przedmiot odbioru nie osiągnął gotowości do odbioru z powodu niezakończenia robót lub ich niewykonania tj. w przypadku stwierdzenia występowania wad istotnych, Zamawiający odmówi odbioru z winy Wykonawcy. W takiej sytuacji, Wykonawca i inspektor nadzoru inwestorskiego sporządzą protokół określający takie okoliczności i wady oraz ustalą datę ich usunięcia.

§ 10 ust. 10 W przypadku, o którym mowa w ust. 9 Wykonawca po należyтым wykonaniu robót (tj. po ich dokończeniu lub usunięciu stwierdzonych uprzednio wad istotnych) zobowiązany jest ponownie dokonać pisemnego zgłoszenia gotowości do odbioru w celu dokonania przez Strony odbioru na zasadach określonych w niniejszym paragrafie.

§ 10 ust. 11 Jeżeli w toku czynności Odbioru Etapu lub Odbioru Końcowego zostaną stwierdzone wady istotne nadające się do usunięcia, Zamawiający może przerwać czynności odbiorowe i zażądać usunięcia wad, wyznaczając Wykonawcy w tym celu odpowiedni

termin. Usunięcie wad istotnych zostanie stwierdzone protokolarnie, a terminem usunięcia wad będzie data podpisania protokołu stwierdzającego usunięcie wszystkich wad. W przypadku stwierdzenia występowania jedynie wad nieistotnych Zamawiający dokona odbioru końcowego a strony podpiszą protokół odbioru końcowego, do którego załączona zostanie lista wad odbiorowych wraz z terminem ich usunięcia.

§ 10 ust. 13 W przypadku ujawnienia podczas czynności odbiorowych wad istotnych, datą zakończenia danego odbioru jest data podpisania protokołu stwierdzającego usunięcie wszystkich stwierdzonych wad istotnych zaś w przypadku ujawnienia podczas czynności odbiorowych jedynie wad nieistotnych datą zakończenia danego odbioru jest data podpisania protokołu wraz z listą stwierdzonych wad nieistotnych.

§ 1 ust. 6 Skuteczny Odbiór Końcowy – następuje z chwilą podpisania przez zamawiającego Protokołu Odbioru Końcowego, w którym Zamawiający potwierdzi wykonanie wszystkich robót i innych obowiązków Wykonawcy wynikających z Umowy przez Wykonawcę i nie zgłosi istotnych zastrzeżeń (wady istotne) co do prawidłowości ich wykonania oraz jakości. Skuteczny Odbiór Końcowy następuje pomimo stwierdzenia jedynie nieistotnych wad.

Zmiany w § 12 ust. 5 i 6 wzoru umowy przez wyeliminowanie warunku wystawienia faktury częściowej i dokonania płatności częściowej od dokonania bezusterkowego odbioru częściowego lub końcowego czy też uzależnienia płatności od usunięcia wad stwierdzonych w trakcie odbioru częściowego – wykreślenie sformułowania „bezusterkowego” i „bez zastrzeżeń”.

Po uwzględnieniu zmiany treść SIWZ - wzoru umowy powinna być następująca:

§ 12 ust. 5. Wykonawca zobowiązany jest dołączyć do każdej faktury protokół odbioru oraz dowód zapłaty wynagrodzenia podwykonawcy/dalszemu podwykonawcy, jeżeli roboty były przez niego wykonywane. Brak ww. dowodu upoważnia zamawiającego do zatrzymania wynagrodzenia Wykonawcy w części odpowiadającej wartości wynagrodzenia należnego, a nie zapłaconego podwykonawcy/dalszemu podwykonawcy na zabezpieczenie ewentualnych roszczeń tych podmiotów.

§ 12 ust. 6. Wykonawca może wystawić fakturę dopiero po odpowiednio:

- fakturę częściową przejściową – po podpisaniu przez zamawiającego odpowiedniego protokołu Odbioru Częściowego;
- fakturę częściową kończącą Etap – po podpisaniu przez zamawiającego odpowiedniego protokołu Odbioru Etapu potwierdzającego wykonanie danego Etapu Umowy określonego w protokole, za którą należne jest wynagrodzenie;
- fakturę końcową - po podpisaniu przez zamawiającego protokołu Odbioru Końcowego potwierdzającego wykonanie Umowy.

Zmiany w § 12 ust. 7 wzoru umowy przez umożliwienie przedstawienia również innych dowodów potwierdzających dokonanie zapłaty przez wykonawcę na rzecz podwykonawców

tj. uczynienie z zapisu zawartego w § 12 ust. 7 wzoru umowy wyliczenia przykładowego a nie katalogu zamkniętego

Po uwzględnieniu zmiany treść SIWZ - wzoru umowy powinna być następująca:

§ 12 ust. 7. Dowodem zapłaty wynagrodzenia podwykonawcom oraz dalszym podwykonawcom będą w szczególności:

- a) potwierdzenie wykonania przelewu takiego wynagrodzenia umożliwiające weryfikację przedmiotu płatności oraz
- b) oryginał pisemnego oświadczenia podwykonawcy lub dalszego podwykonawcy o tym, że całe wymagalne wynagrodzenie zostało mu zapłacone (faktura częściowa przejściowa);
- c) oryginał pisemnego oświadczenia podwykonawcy lub dalszego podwykonawcy o tym, że całe wymagalne wynagrodzenie zostało mu zapłacone (faktura częściowa kończąca etap, końcowa). Jeżeli z uzasadnionych przyczyn nie jest możliwe uzyskanie oświadczenia, o którym mowa w ust. 7 pkt b), zamawiający może uznać za wystarczające złożenie samego potwierdzenia wykonania przelewu takiego wynagrodzenia pod warunkiem, że jego wysokość oraz przedmiot płatności są określone w potwierdzeniu przelewu sposób jednoznaczny i nie budzą wątpliwości lub też przedłożenie przez wykonawcę innych dowodów potwierdzających zapłatę wymagalnego wynagrodzenia.

Zmiany w § 8 ust. 7 i § 16 ust. 3 wzoru umowy przez wskazanie, że okres rękojmi i gwarancji rozpoczyna swój bieg od daty odbioru końcowego.

Po uwzględnieniu zmiany treść SIWZ - wzoru umowy powinna być następująca:

7. Wykonawca zobowiązany jest do zrealizowania przedmiotu Umowy w następujących terminach:

- Etap Ia: 8 miesięcy od daty przekazania terenu budowy wykonawcy przez zamawiającego;
- Etap Ib: 2 miesiące od daty przekazania terenu budowy wykonawcy przez zamawiającego (w przypadku zlecenia realizacji Etapów Ia i Ib jednocześnie, łączny termin wykonania etapów Ia i Ib wynosi 8 miesięcy);
- Etap II: 2 miesiące od daty przekazania terenu budowy wykonawcy przez zamawiającego;
- Rękojmia za wady i gwarancja – 36 miesięcy od daty Skutecznego Odbioru Końcowego.

§ 16 ust. 3. Okres rękojmi i okres gwarancji wynosi dla wszystkich robót budowlanych, materiałów i urządzeń - 36 miesięcy od daty Skutecznego Odbioru Końcowego.

Zmiana § 17 ust. 1 lit. a) przez zmniejszenie wysokości kary umownej z tytułu nieterminowej realizacji przedmiotu zamówienia do wysokości rynkowej – propozycja wykonawcy 0,05% wynagrodzenia. Zmiana § 17 ust. 1 lit. e) przez wykreślenie tej kary ewentualnie powiązanie tej kary z wartością elementu robót obciążonego wadą z ograniczeniem do wad istotnych nieusuwalnych. Zmiana § 17 ust. 1 lit. h) przez powiązanie kary umownej z wysokością wynagrodzenia podwykonawcy, które nie zostało zapłacone w terminie i ustalenie tej kary nie jako jednorazowej ale powiązanej z wielkością opóźnienia w zapłacie.

Po uwzględnieniu zmiany treść SIWZ - wzoru umowy powinna być następująca:

§ 17 ust. 1 lit. a) za zwłokę wykonawcy w stosunku do wskazanego w § 8 ust. 7 terminu zrealizowania przedmiotu umowy (tj. podpisania Skutecznego odbioru końcowego) - w wysokości 0,05% kwoty maksymalnego wynagrodzenia Wykonawcy określonego w § 11 ust. 2, za każdy rozpoczęty dzień zwłoki, jaki upłynie pomiędzy wskazanym w umowie terminem wyznaczonym na zrealizowanie przedmiotu umowy a faktycznym dniem zakończenia robót potwierdzonym Skutecznym Odbiorem Końcowym, czego potwierdzeniem będzie podpisanie Protokołu Odbioru Końcowego;

§ 17 ust. 1 lit. e) skreślony

Lub

§ 17 ust. 1 lit e) w wysokości 5% kwoty wynagrodzenia Wykonawcy za wykonanie danego elementu robót określonego w Kosztorysie Ofertowym z tytułu zaistnienia w danym elemencie robót wad istotnych nie nadających się do usunięcia;

§ 17 ust. 1 lit. h) w wysokości 0,1% kwoty niezapłaconego wynagrodzenia podwykonawcy za każdy dzień opóźnienia w zapłacie za każdy przypadek braku zapłaty lub nieterminowej zapłaty wynagrodzenia należnego podwykonawcom lub dalszym podwykonawcom

W dniu 8 marca 2021 r. zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której uwzględnił zarzuty odwołania w całości.

Do postępowania odwoławczego nie przystąpił żaden wykonawca.

Izba zważyła, co następuje:

Izba nie stwierdziła zaistnienia przesłanek, które mogłyby skutkować odrzuceniem odwołania na podstawie art. 528 ustawy.

Izba oceniła, że odwołujący wykazał przesłankę materialnoprawną dopuszczalności odwołania z art. 505 ust. 1 ustawy.

Zgodnie z art. 522 ust. 1 ustawy w przypadku uwzględnienia przez zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu, Izba może umorzyć postępowanie odwoławcze 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 zaistniały wszystkie przesłanki, o których mowa w tym przepisie tj. zamawiający uwzględnił zarzuty odwołania w całości i do postępowania nie zgłosił się żaden uczestnik, z tego względu postępowanie należało umorzyć.

Na podstawie § 9 ust. 1 pkt. 2 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) w przypadku umorzenia postępowania odwoławczego przez Izbę w całości na skutek uwzględnienia całości zarzutów przez zamawiającego, koszty, o których mowa w § 5 pkt 2, znosi się wzajemnie, a Izba orzeka o dokonaniu zwrotu odwołującemu z rachunku Urzędu kwoty uiszczonej tytułem wpisu, skoro odwołujący uiszczył wpis w wysokości 20 000zł., to do zwrotu pozostała ta kwota, o czym orzeczono w pkt. 2 sentencji.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....