

POSTANOWIENIE

z dnia 14 marca 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie: Przewodniczący: Piotr Kozłowski

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron postępowania odwoławczego **14 marca 2022 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej **4 marca 2022 r.**

przez wykonawcę: **Budimex S.A. z siedzibą w Warszawie [„Odwołujący”]**

w postępowaniu pn. *Budowa Gminnego Centrum Przesiadkowego w Sokółce* (nr postępowania PI.I.271.5.2022)

prowadzonym przez zamawiającego: **Gmina Sokółka [„Zamawiający”]**

postanawia:

- 1. Umarza postępowanie odwoławcze.**
- 2. Nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz Odwołującego kwoty 20000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczonej przez niego tytułem wpisu od odwołania.**

Stosownie do art. 579 i 580 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 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.**

Uzasadnienie

Gmina Sokółka {dalej: „Zamawiający”} prowadzi na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm.) {dalej: „ustawa pzp” lub „pzp”) w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia na roboty budowlane pn. *Budowa Gminnego Centrum Przesiadkowego w Sokółce* (nr postępowania PI.I.271.5.2022). Ogłoszenie o tym zamówieniu 22 lutego 2022 r. zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej nr 2022/S_037 pod poz. 094338. Wartość przedmiotowego zamówienia przekracza progi unijne.

4 marca 2022 r. Budimex S.A. z siedzibą w Warszawie {dalej: „Odwołujący”} wniósł odwołanie wobec postanowień projektowanych postanowień umownych {dalej: „wzór umowy”}, stanowiących załącznik nr 2 do specyfikacji warunków zamówienia {dalej: „SWZ”}, w zakresie objętym poniższymi zarzutami.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu następujące naruszenia przepisów ustawy pzp {jeżeli poniżej nie wskazano na inne akty prawne}:

1. Art. 8 ust. 1w zw. z art. 16 – przez wprowadzenie postanowień uzależniających wypłatę należnego wynagrodzenia i rozpoczęcie biegu terminu gwarancji i rękojmi oraz zwrotu 70% kwoty zabezpieczenia od usunięcia wszelkich wad zidentyfikowanych w ramach odbioru końcowego, co godzi w istotę i naturę umowy o roboty budowlane, stanowiąc przejaw uchylania się przez Zamawiającego od podstawowych obowiązków nałożonych na inwestora, będąc jednocześnie postanowieniem niekorzystnym dla wykonawców, naruszającym bezwzględnie obowiązujące przepisy prawa oraz równowagę stron umowy i prowadzącym do naruszenia praw podmiotowych wykonawców.
2. Art. 447 ust. 1 i 2 w zw. z art. 465 ust. 1 w zw. z art. 16 w zw. z art. 8 ust. w zw. z art. 647¹ § 1 Kodeksu cywilnego {„kc”} w zw. z art. 5 kc i 353¹ kc – przez uregulowanie procedury warunkującej zapłatę faktury VAT na rzecz wykonawcy, jak również procedury bezpośredniej zapłaty przez Zamawiającego na rzecz podwykonawców w sposób odbiegający od obowiązujących w tym zakresie przepisów ustawy pzp, wskazujący na nieuprawnioną ingerencję Zamawiającego w niewymagalne płatności na rzecz podwykonawców.
3. Art. 455 ust. 1 w zw. z art. 8 ust. 1 w zw. z art. 5 kc i 353¹ kc w zw. z art. 16 w zw. z art. 439 ust. 1 i ust. 2 pkt 4 – przez wprowadzenie limitu wartości zmian umowy dotyczących robót dodatkowych, zamiennych, zaniechanych czy uzupełniających

w sytuacji niemożliwości przewidzenia ich zakresu na moment składania oferty, połączonego z limitem waloryzacji umowy, co narusza zasady zmiany umowy i jej waloryzacji przewidziane przez ustawodawcę, generując niemożliwe do skalkulowania ryzyka związane ze sposobem realizacji przedmiotowego zamówienia.

W uzasadnieniu odwołania dodatkowo sprecyzowano powyższe zarzuty przez podanie okoliczności faktycznych i prawnych.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu dokonania poniższych zmian wzoru umowy [wskazanych w odwołaniu jako przykładowe brzmienie odnośnych postanowień].

1. [§ 2 pkt 10)] *Umowa obowiązuje od dnia podpisania, przy czym ustala się następujące terminy jej realizacji: pełnienie nadzoru autorskiego nad wykonaniem robót budowlanych realizowanych w oparciu o Dokumentację – od dnia uzyskania stosownych zgód i/lub decyzji niezbędnych do wykonania Obiektu do dnia podpisania protokołu odbioru końcowego i uzyskania właściwego orzeczenia pozwalającego na użytkowanie Obiektu.*

[§ 8 ust. 4] *Jeżeli w toku czynności odbiorowych zostaną stwierdzone wady, Zamawiającemu przysługują następujące uprawnienia: 1) w przypadku wad istotnych nadających się do usunięcia Zamawiający może odmówić dokonania odbioru końcowego, wyznaczając termin usunięcia wad. 2) w przypadku nieistotnych wad nadających się do usunięcia Zamawiający dokonuje odbioru końcowego, wyznaczając termin usunięcia wad, 3) w przypadku wad nienadających się do usunięcia, Zamawiający może odpowiednio: a) obniżyć wynagrodzenie za wadliwy element oraz elementy współpracujące z tym wadliwym elementem o kwotę równą wartości wykonanych robót w zakresie wadliwych elementów oraz elementów współpracujących; oszacowanie odbędzie się w drodze porozumienia stron Umowy – w przypadku rozbieżności stanowisk zostanie powołany przez Zamawiającego rzeczoznawca na koszt Wykonawcy, b) gdy wady te uniemożliwiają lub w znacznym stopniu ograniczają użytkowanie przedmiotu Umowy zgodnie z przeznaczeniem – odstąpić od Umowy w całości lub w części w terminie wskazanym w § 26 ust. 1 Umowy bądź żądać wykonania wadliwego elementu po raz drugi bez względu na koszt jego wykonania.*

[§ 8 ust. 6] *Data protokołu końcowego odbioru przedmiotu zamówienia będzie dniem początku biegu okresu rękojmi i gwarancji.*

[§ 21 ust. 1 lit. d)] *Strony ustalają, że rozliczenie i płatność za roboty odbywać się będzie na podstawie częściowych faktur VAT w sposób następujący: 46% wartości umówionego wynagrodzenia po protokolarnym odbiorze robót przez Zamawiającego opisanym szczegółowo w § 8 ust. 2 pkt 4) Umowy – w terminie 30 dni od dnia*

wstawienia faktury. [§ 23 ust. 3] Okres gwarancji i rękojmi zaczyna bieg od daty podpisania końcowego protokołu odbioru robót.

[§ 24 ust. 3] Kwota stanowiąca 70% wniesionego zabezpieczenia należytego wykonania Umowy zostanie zwrócona (o ile nie zostanie wykorzystana na pokrycie roszczeń Zamawiającego) w terminie 30 dni od dnia podpisania protokołu odbioru końcowego robót natomiast pozostała wartość wniesionego zabezpieczenia należytego wykonania umowy (30%) zostanie zwrócona w ciągu 14 dni od upływu okresu rękojmi i gwarancji, z uwzględnieniem terminów przedłużenia rękojmi i gwarancji, o których mowa w § 23 Umowy.

2. *[§ 29 ust. 9] Warunkiem zapłaty każdej faktury VAT Wykonawcy jest przedłożenie przez Wykonawcę, w terminie 3 dni roboczych przed terminem płatności faktury VAT, oświadczeń wszystkich zgłoszonych w trybie § 6 podwykonawców i dalszych podwykonawców, potwierdzających, że otrzymali pełne wynagrodzenie należne im za roboty budowlane, usługi lub dostawy wykonane w okresie objętym protokołem odbioru robót (końcowym lub częściowym), na podstawie którego wystawiona została faktura VAT Wykonawcy lub odpowiednio oświadczenie, że w danym okresie rozliczeniowym nie wykonywali robót, usług lub dostaw.*
3. *[0§ 28 ust. 14] Maksymalna wartość zmiany Wynagrodzenia netto, jaką dopuszcza się w efekcie zastosowania postanowień niniejszego paragrafu nie może przekroczyć 7% wartości Wynagrodzenia netto.*

Do postępowania odwoławczego w tej sprawie nie zgłoszono żadnego przystąpienia.

10 marca 2022 r. wpłynęła do Izby odpowiedź na powyższe odwołanie, w której Zamawiający oświadczył, że uwzględniła w całości zawarte w nim zarzuty oraz poinformował o dokonaniu zmian postanowień wzoru umowy wnioskowanych przez Odwołującego.

W tych okolicznościach Izba zważyła, co następuje:

Zgodnie z art. 522 ust. 1 pzp 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.

Ponieważ zaistniała sytuacja opisana w hipotezie przywołanego przepisu, Izba zobligowana jest do umorzenia postępowania odwoławczego w tej sprawie bez merytorycznego rozpoznania odwołania.

Z tych względów – działając na podstawie art. 568 pkt 3 nowej ustawy pzp – Izba umorzyła postępowanie odwoławcze.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do treści art. 575 nowego pzp w zw. z § 9 ust. 1 pkt 2 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 (Dz. U. poz. 2437), nakazując zwrot Odwołującemu kwoty uiszczonej tytułem wpisu.