

Sygn. akt: KIO 2640/19

**POSTANOWIENIE**  
**z dnia 27 stycznia 2020 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Ewa Kisiel**

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziałem stron w dniu 27 stycznia 2020 r. w Warszawie odwołania z dnia 27 grudnia 2019 r., wniesionego przez wykonawcę **Budimex S.A. z siedzibą w Warszawie przy ul. Siedmiogrodzkiej 9** prowadzonym przez zamawiającego **Uniwersytet Warmińsko – Mazurski z siedzibą w Olsztynie przy ul. Oczapowskiego 2,**

przy udziale wykonawcy **HOCHTIEF Polska S.A. z siedzibą w Warszawie przy ul. Elbląskiej 14,** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego

**postanawia:**

1. **umorzyć postępowanie odwoławcze,**
2. nakazać Urzędowi Zamówień Publicznych zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz wykonawcy **Budimex S.A. z siedzibą w Warszawie przy ul. Siedmiogrodzkiej 9** kwoty **20 000,00 zł (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych),** stanowiącej uiszczony wpis od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (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 we Olsztynie .

**Przewodniczący: .....**

## **Uzasadnienie**

Uniwersytet Warmińsko–Mazurski z siedzibą w Olsztynie przy ul. Oczapowskiego 2 (dalej: „Zamawiający”) prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie przepisów ustawy z 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2018 r., poz. 1986 ze zm.), zwanej dalej „ustawą” lub „Pzp” pn. „Budowa budynku Wydziału Prawa i Administracji oraz Wydziału Nauk Społecznych Uniwersytetu Warmińsko-Mazurskiego przy ul. Warszawskiej w Olsztynie” (nr sprawy: 534/2019/PN/DZP).

Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 18 grudnia 2019 r. pod nr 2019/S 244-599114.

W dniu 27 grudnia 2019 r. wykonawca Budimex S.A. z siedzibą w Warszawie przy ul. Siedmiogrodzkiej 9 (dalej: „Odwołujący”) wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie od czynności Zamawiającego, polegającej na ustaleniu treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, dotyczącej postępowania (dalej: „SIWZ”), w sposób naruszający następujące przepisy Pzp, tj.:

1. art. 139 ust. 1 ustawy w zw. z art. 5 i 353(1) kodeksu cywilnego w zw. z art. 647 kodeksu cywilnego w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp poprzez przyznanie Zamawiającemu w ramach Istotnych Postanowień Umowy (Załącznik nr 9 do SIWZ, dalej: „Umowa”) prawa do odmowy dokonania odbioru robót oraz wypłaty wynagrodzenia w sytuacji wystąpienia jakichkolwiek zastrzeżeń co do kompletności i prawidłowości dokumentacji powykonawczej oraz do czasu usunięcia wad w każdym przypadku ich wystąpienia, nawet jeśli wady mają charakter nieistotny, co godzi w istotę i naturę umowy o roboty budowlane, będąc jednocześnie postanowieniem niekorzystnym dla wykonawców, naruszającym bezwzględnie obowiązujące przepisy prawa oraz równowagę stron umowy i prowadzącym do naruszenia praw podmiotowych wykonawców;
2. art. 139 ust. 1 Pzp w zw. z art. 5 i 353(1) kodeksu cywilnego w zw. z art. 647 kodeksu cywilnego w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy poprzez uzależnienie przystąpienia przez Zamawiającego do odbioru robót od uprzedniej oceny kompletności i prawidłowości dokumentacji powykonawczej i wykonanych prac przy jednoczesnym braku

wyznaczenia jakichkolwiek ram czasowych dla dokonywanych czynności odbiorowych, co generuje niemożliwe do oszacowania ryzyko uchylania się przez Zamawiającego od obowiązków związanych z odbiorem robót, godząc w istotę i naturę umowy o roboty budowlane, będąc jednocześnie postanowieniem odbiegającym od praktyki rynkowej i naruszającym równowagę stron umowy, prowadzącym do naruszenia praw podmiotowych wykonawców;

3. art. 139 ust. 1 Pzp w zw. z art. 5 i 353(1) kodeksu cywilnego w zw. z art. 473 § 1 kodeksu cywilnego w zw. z art. 483 kodeksu cywilnego w zw. z art. 484 § 2 kodeksu cywilnego w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp poprzez zastrzeżenie przez Zamawiającego w ramach Umowy kar umownych za opóźnienie bez precyzyjnego określenia podstaw ich naliczania, jak również zastrzeżenie kar umownych o rażąco wygórowanej wysokości, bez przewidzenia jakiegokolwiek limitu;
4. art. 139 ust. 1 Pzp w zw. z art. 5 i 353(1) kodeksu cywilnego w zw. z art. 144 ust. 1 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp poprzez wprowadzenie przez Zamawiającego w ramach §12 ust. 1 lit. i) Umowy prawa do odstąpienia od Umowy w sytuacji odmówienia przez wykonawcę podpisania aneksu do umowy w przypadkach opisanych w §13 ust. 2 i 3, podczas gdy zmiana umowy w sprawie zamówienia publicznego wymaga każdorazowo zgodnego oświadczenia stron umowy, którego nie można ustalić i wycenić z góry, co w konsekwencji oznacza wprowadzenie do Umowy postanowień skrajnie naruszających równowagę stron umowy, prowadzących do naruszenia praw podmiotowych wykonawców;
5. art. 151 ust. 1 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp poprzez uzależnienie w § 9 ust. 5 Umowy zwrotu 70% zabezpieczenia od uzyskania prawomocnego pozwolenia na użytkowanie, co jest postanowieniem niespójnym z pozostałymi postanowieniami umownymi i niezgodnym z treścią art. 151 ust. 1 Pzp, warunkującego zwrot części zabezpieczenia od należytego wykonania zamówienia.

W związku z powyższymi zarzutami Odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu dokonania zmiany treści SIWZ w sposób wskazany szczegółowo w uzasadnieniu odwołania.

W dniu 30 grudnia 2019 r. do Izby w pisemnej ze strony wykonawcy HOCHTIEF Polska S.A. z siedzibą w Warszawie przy ul. Elbląskiej 14 wpłynęło przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego. Z ustaleń poczynionych przez Izbę w oparciu o akta sprawy wynika, że wykonawca wypełnił prawidłowo wszystkie przesłanki

zawarte w art. 185 ust. 2 Pzp. Tym samym Izba stwierdziła, że ww. wykonawca skutecznie przystąpił do postępowania odwoławczego.

W dniu 10 stycznia 2020 r. do Izby ze strony Zamawiającego w formie elektronicznej wpłynęło pismo „Odpowiedź na odwołanie”, w którym Zamawiający oświadczył, że uwzględni zarzuty zawarte w odwołaniu w części. Zamawiający podał, że w odniesieniu do poszczególnych zarzutów podniesionych w odwołaniu dokonuje następujących zmian w Istotnych postanowieniach umowy - Załącznik nr 9 do SIWZ, tj.:

#### Zarzut nr 1

Zamawiający modyfikuje § 3 ust. 4, § 4 ust. 3 oraz § 11 ust. 9 i 11 Umowy poprzez dostosowanie ich do treści art. 647 Kc i nadaje im brzmienie:

§ 3 ust. 4 - Rozliczenie poszczególnych robót umowy następowało będzie częściowo, jednak nie częściej niż raz w miesiącu, na podstawie faktur wystawionych w oparciu o protokoły odbioru elementów robót, określonych w harmonogramie, o którym mowa w § 5 Umowy, stanowiącym załącznik do umowy, potwierdzającym ich wykonanie bez wad istotnych (tj. czyniących przedmiot zamówienia niezdatnym do zwykłego użytku), podpisany przez nadzór inwestorski, o którym mowa w § 4 ust. 6 i przedstawiciela Zamawiającego. Zamawiającemu przysługuje prawo wstrzymania płatności w całości lub części do czasu usunięcia wad istotnych (tj. czyniących przedmiot zamówienia niezdatnym do zwykłego użytku), które uniemożliwiają użytkowanie lub do czasu dostarczenia ostatecznego pozwolenia na użytkowanie, Zamawiający wstrzyma zapłatę w wysokości 10% wynagrodzenia umownego, określonego w § 3 ust. 1, do czasu dostarczenia ostatecznego pozwolenia na użytkowanie i podpisania protokołu odbioru końcowego.

§ 4 ust. 3 - Zamawiający ma prawo odmówić dokonania odbioru końcowego, jeżeli:

- a) roboty nie są ukończone,
- b) stwierdzono istnienie wad o charakterze istotnym tj. czyniących przedmiot zamówienia niezdatnym do zwykłego użytku),
- c) Wykonawca nie uporządkował terenu robót po ich zakończeniu,
- d) Wykonawca nie usunął lub nie zapewnił unieszkodliwienia odpadów znajdujących się na terenie budowy.

§ 11 ust. 9 - Jeżeli Zamawiający stwierdzi, że przedmiot umowy nie został wykonany, tj. roboty nie zostały zakończone odmówi dokonania odbioru częściowego lub odbioru

końcowego i w porozumieniu z Wykonawcą wyznacza termin ponownego złożenia przez Wykonawcę wniosku o dokonanie odbioru końcowego.

§ 11 ust. 11 - Za dzień zakończenia odbioru strony uznawać będą dzień podpisania przez strony protokołu odbioru końcowego, po uzyskaniu ostatecznego pozwolenia na użytkowanie, jeżeli w trakcie odbioru nie zostaną stwierdzone wady istotne uniemożliwiające użytkowanie. Jeżeli w trakcie odbioru wystąpią:

- a) wady nieistotne (usterki, niezgodności) Zamawiający dokona odbioru końcowego oraz zostanie sporządzony protokół zawierający listę usterek lub niezgodności, w którym zostaną wskazane usterki lub niezgodności do usunięcia w terminie uzgodnionym przez Strony,
- b) wady istotne (tj. czyniące przedmiot zamówienia niezdatnymi do zwykłego użytku), Zamawiający może wstrzymać odbiór i wyznaczyć termin ich usunięcia. Po usunięciu przez Wykonawcę wskazanych wad istotnych, czynności odbioru zostaną zakończone podpisaniem protokołu odbioru końcowego.
- c) wady nie nadające się do usunięcia (wady nieusuwalne), Zamawiający może
  - dokonać odbioru przedmiotu umowy jeżeli wady umożliwiają jego użytkowanie i odpowiednio do utraconej wartości użytkowej i technicznej przedmiotu umowy obniży wynagrodzenie,
  - odstąpić od umowy z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy, jeżeli wady uniemożliwiają użytkowanie obiektu zgodnie z przeznaczeniem.

#### Zarzut nr 2

Zamawiający modyfikuje § 11 ust. 7 Umowy poprzez dostosowanie go do treści art. 647 Kc i nadaje mu brzmienie:

§ 11 ust. 7 - Rozpoczęcie odbiorów częściowych i odbioru końcowego przedmiotu umowy nastąpi w ciągu 5 dni roboczych po zgłoszeniu gotowości do odbioru częściowego lub końcowego i przekazaniu niezbędnych dokumentów przez Wykonawcę, w tym: dokumentacja powykonawcza, dziennik budowy, protokoły odbiorów częściowych oraz protokoły, świadectwa jakości, certyfikaty, w tym certyfikaty na znak bezpieczeństwa, gwarancje, protokoły i zaświadczenia z przeprowadzonych przez Wykonawcę sprawdzeń i badań w szczególności dotyczące robót branżowych, dokumenty dopuszczające przedmiot umowy i urządzenia do eksploatacji, atesty na zastosowane materiały i urządzenia, oświadczenie kierownika budowy o zgodności wykonania robót z przepisami i

obowiązującymi polskimi normami. Czynności odbiorowe w odniesieniu do odbiorów częściowych będą trwać maksymalnie 7 dni, a w odniesieniu do odbioru końcowego maksymalnie 28 dni od momentu ich rozpoczęcia.

§ 11 ust. 8 - Zamawiający usuwa jego treść.

### Zarzut nr 3

Zamawiający modyfikuje treść § 8 Umowy poprzez:

- ustalenie ramach Umowy limitu kar na poziomie 20% wynagrodzenia umownego brutto,
- modyfikację katalogu kar wskazanych w § 8 ust. 1 lit. c) do j) Umowy poprzez:
  - usunięcie kary umownej przewidzianej w § 8 ust. 1 lit. e) Umowy,
  - nadanie pozostałym punktom następującego brzmienia:
- c) za opóźnienie w wykonaniu całości przedmiotu umowy zgodnie z terminem określonym w § 2 ust. 1 umowy – karę umowną w wysokości 0,1% wynagrodzenia umownego brutto, określonego w § 3 ust. 1, za każdy dzień opóźnienia,
- d) za opóźnienie w dostarczeniu ostatecznego pozwolenia na użytkowanie w wysokości 0,05% wynagrodzenia umownego brutto, określonego w § 3 ust. 1, za każdy dzień opóźnienia liczony od dnia wyznaczonego na jego dostarczenie,
- f) za opóźnienie w usunięciu wad stwierdzonych w przedmiocie umowy - karę umowną w wysokości 0,1% wynagrodzenia umownego brutto, określonego w § 3 ust. 1, za każdy dzień opóźnienia,
- g) w przypadku nieterminowej zapłaty wynagrodzenia należnego podwykonawcom lub dalszemu podwykonawcom, w wysokości 2.000,00 zł za każdy stwierdzony przypadek,
- h) w przypadku nieprzedłożenia do zaakceptowania projektu umowy o podwykonawstwo, której przedmiotem są roboty budowlane lub projektu jej zmiany, w wysokości 2.000,00 zł za każdy stwierdzony przypadek,
- i) w przypadku nieprzedłożenia poświadczonej za zgodność z oryginałem kopii umowy o podwykonawstwo lub jej zmiany, w wysokości 1.000,00 zł za każdy stwierdzony przypadek,
- j) w przypadku braku zmiany umowy o podwykonawstwo w zakresie terminu zapłaty, w wysokości 1.000,00 zł za każdy stwierdzony przypadek.

#### Zarzut nr 4

Zamawiający modyfikuje treść § 12 Umowy poprzez wykreślenie ust. 1. lit. i).

#### Zarzut nr 5

Zamawiający modyfikuje treść § 9 ust. 5 Umowy poprzez nadanie mu brzmienia:

*Zabezpieczenie w wysokości 70%, gwarantujące zgodne z umową wykonanie robót, zostanie zwolnione w terminie 30 dni po uzyskaniu ostatecznego pozwolenia na użytkowanie przedmiot" umowy, natomiast 30% kwoty zabezpieczenia pozostawione jest na zabezpieczenie roszczeń z tytułu rękojmi za wady i zwrócona nie później niż 15 dni po upływie okresu rękojmi za wady.*

Zamawiający stwierdził, że zmodyfikował Załącznik nr 9 do SIWZ - Istotne postanowienia Umowy i w tym kontekście zarzuty dotyczące treści umowy wydają się skonsumowane, a konieczność jego modyfikacji odpadła.

Powołana odpowiedź na odwołanie w formie pisemnej wpłynęła do Izby w dniu 24 stycznia 2020 r.

W dniu 10 stycznia 2019 r. w formie pisemnej do Izby wpłynęło pismo Odwołującego zatytułowane „Wniosek o umorzenie postępowania”, w który Odwołujący wskazywał, że Zamawiający pismem z dnia 7 stycznia 2020 r. przekazał uczestnikom postępowania odpowiedź na odwołanie, w której wskazał, iż dokonuje uwzględnienia odwołania w części. Równocześnie, Zamawiający dokonał zmian treści SIWZ w zakresie wynikającym z pisma z dnia 7 stycznia 2020 r.

Mając na uwadze powyższe, Odwołujący podnosił, że:

1. Pomimo określenia przez Zamawiającego, iż dokonuje on częściowego uwzględnienia odwołania, czynność Zamawiającego z dnia 7 stycznia 2020 r. stanowiła wyraz całościowej akceptacji Zamawiającego co do postawionych przez Odwołującego zarzutów. Zamawiający w sposób częściowo odmienny zrealizował jedynie postulaty zmian zgłoszone przez Odwołującego, tj.:
  - Zarzut nr 1, 4 i 5 — dokonana zmiana uwzględniała w całości zarówno zarzuty Odwołania jak i postawione wnioski o modyfikację treści SIWZ;
  - Zarzut nr 2 i 3 — dokonana zmiana stanowiła pozytywne rozpoznanie zarzutu przy częściowo odmiennej od wnioskowej modyfikacji treści SIWZ, tj.:

- w przypadku Zarzutu nr 2: Zamawiający określił terminy maksymalne dokonywania odbiorów na poziomie odpowiednio 7 i 28 dni przy wnioskowanych 7 i 14 dniach (w pozostałym zakresie dokonując modyfikacji w całości zgodnej z propozycją Odwołującego);
- w przypadku Zarzutu nr 3: Zamawiający dokonał zmniejszenia wysokości kar umownych i wprowadził limit kar tak jak wnioskował Odwołujący, wskazując jedynie na nieco odmienne ich wartości.

Odwołujący z uwagi na powyższe oraz fakt, że art. 186 ust. 2 Pzp wskazuje na uwzględnienie zarzutów przez Zamawiającego (nie wskazując na konieczność uwzględnienia wszystkich żądań), podnosił zasadność umorzenia postępowania na ww. podstawie i wzajemnego zniesienia kosztów postępowania (art. 186 ust. 2 Pzp w zw. z art. 186 ust. 6 pkt 1 Pzp). Natomiast w przypadku uznania, iż czynność Zamawiającego z dnia 7 stycznia 2020 r. istotnie stanowiła jedynie częściowe uwzględnienie zarzutów odwołania, Odwołujący oświadczył, iż wycofuje pozostałe zarzuty Odwołania (w zakresie nieuwzględnionym przez Zamawiającego). W związku z tym na podstawie art. 186 ust. 3a Pzp wnosił o umorzenie postępowania i wzajemne zniesienie kosztów, wynikające z art. 186 ust. 6 pkt 1 Pzp.

Według art. 186 ust. 3a Pzp w przypadku uwzględnienia przez zamawiającego części zarzutów przedstawionych w odwołaniu i wycofania pozostałych zarzutów przez odwołującego, 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 albo wykonawca, który przystąpił po stronie zamawiającego nie wniósł sprzeciwu wobec uwzględnienia części zarzutów. W takim przypadku zamawiający wykonuje, powtarza lub unieważnia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu w zakresie uwzględnionych zarzutów.

Izba stwierdził, że wobec uwzględnienia w części zarzutów odwołania oraz wycofania pozostałych zarzutów przez Odwołującego, postępowanie odwoławcze – stosownie do dyspozycji art. 186 ust. 3a ustawy Pzp – należało umorzyć.



O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie § 5 ust. 1 pkt 2a 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 (Dz. U. Nr 41, poz. 238 z późn. zm.) jednocześnie orzekając w tym zakresie o konieczności dokonania zwrotu Odwołującemu z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych kwoty uiszczonej tytułem wpisu.

**Przewodniczący:** .....