

Sygn. akt: KIO 1322/16

**POSTANOWIENIE**  
**z dnia 29 lipca 2016 roku**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Beata Pakulska-Banach**

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron w dniu 29 lipca 2016 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 18 lipca 2016 roku przez wykonawcę: **Budimex S.A. z siedzibą w Warszawie, ul. Stawki 40, 01-040 Warszawa,**

w postępowaniu prowadzonym przez: **Miasto Białystok, ul. Słonimska 1, 15-950 Białystok,**

**postanawia:**

1. Umorzyć postępowanie odwoławcze.
2. Nakazać zwrot z rachunku Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz wykonawcy: **Budimex S.A. z siedzibą w Warszawie kwoty 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy),** stanowiącej uiszczony wpis od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (j.t. Dz. U. z 2015 r., poz. 2164, z późn. zm.) na niniejsze postanowienie – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Białymstoku.**

**Przewodniczący: .....**

## Uzasadnienie

Miasto Białystok [zwane dalej: „zamawiającym”], prowadzi w trybie przetargu ograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na realizację zadania pn.: *Budowa ul. K. Ciołkowskiego w Białymstoku na odcinku od ulicy Mickiewicza do granic miasta wraz z infrastrukturą techniczną* na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych [j.t. Dz. U. z 2015 r., poz. 2164, z późn. zm. ], zwanej dalej: „ustawą Pzp”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 15 kwietnia 2016 roku pod numerem: 2016/S 074-128576.

W dniu 8 lipca 2016 roku zamawiający przesłał wykonawcom zaproszenie do składania ofert w przedmiotowym postępowaniu, przekazując jednocześnie w załączeniu specyfikację istotnych warunków zamówienia.

W dniu 18 lipca 2016 roku wykonawca - Budimex S.A. z siedzibą w Warszawie [zwany dalej: „odwołującym”] wniósł odwołanie wobec czynności zamawiającego, polegającej na niezgodnym z przepisami określeniu treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

- I. art. 647, art. 654, art. 656 § 1, art. 353<sup>1</sup> i art. 58 § 3 Kodeksu cywilnego w zw. z art. 139 ust. 1 i art. 14 ustawy Pzp, poprzez ukształtowanie określonych w § 7 ust. 5 pkt 1 wzoru umowy (Załącznik nr 2 do SIWZ - projekt umowy) warunków odbioru robót budowlanych od Wykonawcy w sposób sprzeczny z tymi przepisami, w tym z naturą stosunku prawnego umowy o roboty budowlane w takim zakresie, w jakim Zamawiający będzie (w świetle zaskarżonego zapisu Wzoru umowy) uprawniony do odmówienia odbioru robót budowlanych do czasu usunięcia ich wad przez Wykonawcę także wtedy, kiedy roboty te będą dotknięte wadami nieistotnymi, nadającymi się do usunięcia, podczas gdy zgodnie z obowiązującymi w tej mierze przepisami oraz ugruntowaną linią orzecniczą Sądu Najwyższego i sądów apelacyjnych, obowiązkiem Zamawiającego jest w takim przypadku dokonanie odbioru robót od Wykonawcy, a prawo do odmowy odbioru robót służy Zamawiającemu wyłącznie wówczas, kiedy roboty są dotknięte wadami istotnymi.

Wobec powyższego odwołujący wnosil o uwzględnienie odwołania w całości oraz nakazanie zamawiającemu dokonania zmiany treści Załącznika nr 2 do SIWZ

- projekt umowy, w części objętej § 7 ust. 5 pkt 1 wzoru umowy w ten sposób, że dotychczasowa treść tego zapisu o brzmieniu:

*„jeżeli wady utrudniają oddanie przedmiotu umowy do użytkowania, a jednocześnie nadają się do usunięcia, może odmówić odbioru do czasu usunięcia wad”*

**otrzyma nowe, następujące brzmienie:**

*„jeżeli wady nadają się do usunięcia, Zamawiający dokona odbioru robót od Wykonawcy, a w protokole odbioru Strony wskażą roboty dotknięte wadami oraz ustalą sposób i odpowiedni termin na ich usunięcie przez Wykonawcę na jego koszt”;*

- II. art. 560 § 1 oraz art. 561<sup>1</sup> § 2 w zw. z art. 656 § 1 i art. 638 § 1 Kodeksu cywilnego oraz w zw. z art. 139 ust. 1 i art. 14 ustawy Pzp, poprzez ukształtowanie określonych w § 7 ust. 5 pkt 2 wzoru umowy (Załącznik nr 2 do SIWZ - projekt umowy) uprawnień Zamawiającego do żądania - jeśli wady robót nie nadają się do usunięcia – by Wykonawca wykonał część wadliwą przedmiotu Umowy po raz drugi lub do dokonania obniżenia wynagrodzenia przysługującego Wykonawcy, podczas gdy zgodnie ze wskazanymi przepisami (art. 560 § 1 Kodeksu cywilnego), w razie występowania w robotach wad nie nadających się do usunięcia, Zamawiającemu służy uprawnienie albo do obniżenia ceny, albo do odstąpienia od umowy. Zamawiającemu nie służy natomiast uprawnienie do żądania wykonania wadliwej robót części po raz drugi. Ponadto zaskarżony zapis wzoru umowy nie przewiduje, iż Wykonawca na podstawie art. 561<sup>1</sup> § 2 Kodeksu cywilnego, jest uprawniony do odmowy demontażu i ponownego wykonania robót (ich części), jeśli koszt demontażu i ponownego montażu przekracza cenę tych robót (ich części). Nadto, zaskarżony zapis wzoru umowy jest wadliwy w takim zakresie, w jakim poprzez zastosowanie spójnika „lub” (alternatywa zwykła) zamiast spójnika „albo” (alternatywa rozłączna) upoważniałby Zamawiającego do zastosowania obydwu wymienionych uprawnień Zamawiającego w tym zapisie sposobów usunięcia wady, podczas gdy z treści art. 560 § 1 Kodeksu cywilnego wynika jednoznacznie, iż Zamawiającemu służy jedno wybrane z przewidzianych tym przepisem uprawnień: złożenie oświadczenia o obniżeniu ceny albo o odstąpieniu od umowy.

Wobec powyższego odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania w całości oraz nakazanie zamawiającemu dokonania zmiany treści Załącznika nr 2 do SIWZ - projekt umowy, w części objętej § 7 ust. 5 pkt 2 wzoru umowy w ten sposób, że dotychczasowa treść tego zapisu o brzmieniu:

*„jeżeli wady nie nadają się do usunięcia, może żądać wykonania części wadliwej przedmiotu odbioru po raz drugi na koszt Wykonawcy lub obniżenia przysługującego wynagrodzenia”*

**otrzyma nowe, następujące brzmienie:**

*„jeżeli wady nie nadają się do usunięcia, może odstąpić od Umowy w odpowiedniej części albo żądać obniżenia wynagrodzenia przysługującego Wykonawcy”;*

- III. art. 143c ust. 5 pkt 1 i 2 ustawy Pzp, poprzez ukształtowanie określonych w § 6 ust. 2 pkt 3 wzoru umowy (Załącznik nr 2 do SIWZ - projekt umowy) w ten sposób, że Zamawiający składa do depozytu sądowego kwotę potrzebną na pokrycie wynagrodzenia podwykonawcy także w przypadku zgłoszenia uwag, o których mowa w § 6 ust. 2 pkt 2 (pisemnych wyjaśnień Wykonawcy), podważających zasadność bezpośredniej zapłaty, podczas gdy stosownie do treści art. 143c ust. 5 pkt 1 i 2 ustawy Pzp, złożenie do depozytu sądowego kwoty potrzebnej na pokrycie wynagrodzenia wykonawcy następuje wówczas, kiedy Zamawiający ma zasadniczą wątpliwość co do wysokości należnej zapłaty lub podmiotu, któremu płatność się należy. Wobec tego, w razie uzyskania przez Zamawiającego wyjaśnień podważających zasadność bezpośredniej zapłaty, Zamawiający nie ma wątpliwości komu należy zapłacić i nie istnieją ustawowe przesłanki do złożenia danej sumy do depozytu sądowego.

Wobec powyższego odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania w całości oraz nakazanie zamawiającemu dokonania zmiany treści Załącznika nr 2 do SIWZ - projekt umowy, w części objętej § 6 ust. 2 pkt 3 wzoru umowy w ten sposób, że dotychczasowa treść tego zapisu o brzmieniu:

*„W przypadku zgłoszenia uwag, o których mowa w pkt 2, podważających zasadność bezpośredniej zapłaty, Zamawiający składa do depozytu sądowego kwotę potrzebną na pokrycie wynagrodzenia podwykonawcy.”*

**otrzyma nowe** (zgodne z art. 143c ust. 5 pkt 1 ustawy Pzp), **następujące brzmienie:**

*„W przypadku zgłoszenia uwag, o których mowa w pkt 2, podważających zasadność bezpośredniej zapłaty, Zamawiający może nie dokonać bezpośredniej zapłaty wynagrodzenia podwykonawcy lub dalszemu podwykonawcy.”;*

- IV. art. 143c ust. 6 ustawy Pzp poprzez ukształtowanie określonych w § 6 ust. 2 pkt 5 wzoru umowy (Załącznik nr 2 do SIWZ - projekt umowy) w takim zakresie, w jakim Zamawiający również kwotę skierowaną do depozytu sądowego potrąca

z wynagrodzenia należnego Wykonawcy, podczas gdy zgodnie z treścią art. 143c ust. 6 ustawy Pzp, potrącenie z wynagrodzenia Wykonawcy może nastąpić wyłącznie w razie dokonania bezpośredniej zapłaty na rzecz podwykonawcy i nie jest dozwolone dokonywanie potrącenia z wynagrodzenia Wykonawcy także w razie złożenia przez Zamawiającego kwoty potrzebnej na pokrycie wynagrodzenia podwykonawcy do depozytu sądowego. Art. 143c ust. 6 ustawy Pzp zezwala Zamawiającemu na dokonanie potrącenia z wynagrodzenia Wykonawcy wyłącznie w razie dokonania przez niego bezpośredniej zapłaty na rzecz podwykonawcy.

Wobec powyższego odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania w całości oraz nakazanie zamawiającemu dokonania zmiany treści Załącznika nr 2 do SIWZ - projekt umowy, w części objętej § 6 ust. 2 pkt 5 wzoru umowy w ten sposób, że dotychczasowa treść tego zapisu o brzmieniu:

*„Kwotę zapłaconą podwykonawcy lub skierowaną do depozytu sądowego Zamawiający potrąca z wynagrodzenia należnego Wykonawcy”*

**otrzyma nowe** (zgodne z art. 143c ust. 6 ustawy Pzp), **następujące brzmienie:**

*„Kwotę zapłaconą podwykonawcy Zamawiający potrąca z wynagrodzenia należnego Wykonawcy”;*

- V. art. 36 ust. 2 pkt 11a) ustawy Pzp, art. 505 pkt 4 i art. 5 Kodeksu cywilnego w zw. z art. 353<sup>1</sup> i art. 58 § 3 Kodeksu cywilnego oraz w zw. z art. 139 ust. 1 i art. 14 ustawy Pzp poprzez zawarcie w § 11 ust. 4 pkt 8 wzoru umowy (Załącznik nr 2 do SIWZ - projekt umowy) wymagań dotyczących umowy o podwykonawstwo, której przedmiotem są roboty budowlane, polegających na tym, że umowa o podwykonawstwo zawierana przez Wykonawcę z podwykonawcą nie może zawierać postanowień o potrącaniu z wynagrodzenia Podwykonawcy kaucji gwarancyjnej i należności z tytułu generalnego wykonawstwa, w tym kosztów organizacji i utrzymania budowy, a ich zawarcie spowoduje zgłoszenie przez zamawiającego odpowiednio zastrzeżeń lub sprzeciwu, podczas gdy postawienie w SIWZ takich wymagań oferentowi, stanowi naruszenie powołanych przepisów, w szczególności zbyt daleką i nie mającą oparcia w przepisach ustawy Pzp - brak przepisu szczególnego w ustawie Pzp, który umożliwiłby stosowanie art. 505 pkt 4 Kodeksu cywilnego - ingerencję w zasadę swobody umów zawieranych pomiędzy osobami trzecimi (art. 353<sup>1</sup> Kodeksu cywilnego), a także nadużycie prawa podmiotowego

(art. 36 ust. pkt 11a ustawy Pzp w związku z art. 5 Kodeksu cywilnego) i naruszenie dobrych obyczajów kupieckich i uczciwości kupieckiej.

Wobec powyższego odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu wykreślenia z Załącznika nr 2 do SIWZ - projekt umowy, postanowienia objętego treścią § 11 ust. 4 pkt 8 wzoru umowy, w całości.

W dniu 28 lipca 2016 roku zamawiający (za pośrednictwem poczty elektronicznej) przekazał do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odpowiedź na odwołanie (datowaną na dzień 27 lipca 2016 roku), w której oświadczył, że uwzględnia w całości zarzuty przedstawione w odwołaniu.

#### **Izba ustaliła i zważyła, co następuje:**

Izba ustaliła, że zamawiający przekazał wykonawcom uczestniczącym w postępowaniu zawiadomienie o wniesieniu odwołania wraz z jego kopią w dniu 20 lipca 2016 r. drogą elektroniczną.

*Zgodnie z art. 185 ust. 2 ustawy Pzp Wykonawca może zgłosić przystąpienie do postępowania odwoławczego w terminie 3 dni od dnia otrzymania kopii odwołania, wskazując stronę, do której przystępuje, i interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której przystępuje. Zgłoszenie przystąpienia doręcza się Prezesowi Izby w formie pisemnej albo elektronicznej opatrzonej bezpiecznym podpisem elektronicznym weryfikowanym za pomocą ważnego kwalifikowanego certyfikatu, a jego kopię przesyła się zamawiającemu oraz wykonawcy wnoszącemu odwołanie.*

W terminie określonym w art. 185 ust. 2 ustawy Pzp żaden wykonawca nie zgłosił przystąpienia do postępowania odwoławczego.

*Zgodnie z art. 186 ust. 2 ustawy 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.*

Mając na uwadze fakt, iż zamawiający uwzględnił w całości zarzuty przedstawione w odwołaniu (odpowiedź na odwołanie datowana na dzień 27 lipca 2016 roku) oraz, że żaden wykonawca nie przystąpił do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

w terminie ustawowym, Izba, działając na podstawie art. 186 ust. 2 zd. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 192 ust. 1 zd. 2 ustawy Pzp, postanowiła umorzyć postępowanie odwoławcze.

O kosztach postępowania Izba orzekła na podstawie art. 186 ust. 6 pkt 1 ustawy Pzp zgodnie z którym: *Koszty postępowania odwoławczego: w okolicznościach, o których mowa w ust. 2, znosi się wzajemnie* oraz na podstawie § 5 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238), stanowiącego, iż: *W przypadku umorzenia postępowania odwoławczego przez Izbę, jeżeli: w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego nie przystąpił w terminie żaden wykonawca, a zamawiający uwzględnił w całości zarzuty przedstawione w odwołaniu, Izba orzeka o dokonaniu zwrotu odwołującemu z rachunku Urzędu kwoty uiszczonej tytułem wpisu, a jeżeli uwzględnienie w całości zarzutów odwołania nastąpiło po otwarciu rozprawy albo rozpoczęciu posiedzenia z udziałem stron, Izba zasądza koszty od zamawiającego na rzecz odwołującego.*

Mając powyższe na uwadze Izba orzekła jak w sentencji.

**Przewodniczący: .....**