

POSTANOWIENIE
z dnia 30 listopada 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Agnieszka Trojanowska

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron w Warszawie w dniu 30 listopada 2020 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 16 listopada 2020r. przez **wykonawcę Budimex Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie, ul. Siedmiogrodzka 9**

w postępowaniu prowadzonym przez **zamawiającego Skarb Państwa – Komendę Wojewódzką Policji we Wrocławiu, ul. Podwale 31-33**

postanawia:

1. umorzyć postępowanie,

2. nakazać zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych kwoty 18 000zł. 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy złotych zero groszy) na rzecz **wykonawcy Budimex Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie, ul. Siedmiogrodzka 9** tytułem zwrotu 90% wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 27 września 2019 r. poz. 1843) 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:

Sygn. akt KIO 2981/20

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na budowę nowej siedziby Komendy Powiatowej Policji w Polkowicach zostało wszczęte ogłoszeniem opublikowanym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 4 listopada 2020r. za numerem 2020/S 215-526063.

W dniu 16 listopada 2020r. wykonawca Budimex Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie, ul. Siedmiogrodzka 9 wniósł odwołanie wobec treści siwz. Odwołanie zostało wniesione przez pełnomocnika działającego na podstawie pełnomocnictwa z dnia 9 maja 2018r. udzielone przez dwóch członków zarządu ujawnionych w KRS w dacie wystawienia pełnomocnictwa i upoważnionych do łącznej reprezentacji. Kopia odwołania została przekazana zamawiającemu w dniu 16 listopada 2020r.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie w szczególności następujących przepisów:

1) art. 139 ust. 1 ustawy w zw. z art. 5 i 353(1) kodeksu cywilnego (dalej: „KC”) w zw. z art. 647 KC w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy przez:

(i) wprowadzenie nieprecyzyjnych, niespójnych i niekonsekwentnych definicji oraz ustalenie w ramach wzoru Istotnych Postanowień Umowy (Załącznik nr 5 do SIWZ, dalej jako „IPU”) niespójnych i niezrozumiałych postanowień dotyczących dokonywania odbiorów w ramach przedmiotowej realizacji, przyznających w konsekwencji zamawiającemu prawo do uzależnienia przystąpienia do właściwych czynności odbiorowych oraz odmowy dokonania odbioru robót 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;

(ii) przez brak wprowadzenia definicji „nieistotnych wad przedmiotu umowy” w punkcie 20.20 IPU, co generuje ryzyko arbitralności działań zamawiającego w szczególności w ocenie, które wady przedmiotu umowy można uznać za wady istotne, a które - za nieistotne, co jest niezgodne z praktyką obrotu, a ponadto godzi w istotę i naturę umowy o roboty budowlane. Przy tak ukształtowanych postanowieniach zamawiający miałby bowiem prawo odmowy dokonania odbioru de facto w oparciu o oceną i niezdefiniowaną kategorię, stanowiąc wyraz 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. 14 i art. 139 ust. 2 ustawy w zw. z art. 353(1) KC i art. 647 KC w zw. z art. 484 KC w zw. z art. 483 KC i art. 473 § 1 KC w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy

przez:

(i) zastrzeżenie przez zamawiającego w ramach IPU kar umownych za opóźnienie, co może sugerować, że zamawiający będzie dążył do nałożenia kar umownych w każdym przypadku, nawet jeżeli niewykonanie zobowiązania umownego nastąpiło z przyczyn niezależnych od wykonawcy;

(ii) przez zaniechanie wprowadzenia w punkcie 27 IPU górnego limitu kar umownych związanych z nienależytym wykonywaniem zamówienia. Brak limitu kar umownych może prowadzić do nieuzasadnionego wzbogacenia zamawiającego względem wykonawcy, gdyż zamawiający z tytułu nieprawidłowego wykonania umowy (np. nieterminowego wykonania umowy) będzie mógł naliczyć karę wyższą niż z tytułu niewykonania umowy, co jest nadmiernym i nieadekwatnym obciążeniem wykonawcy w stosunku do specyfiki realizacji i uwarunkowań rynkowych, będąc jednocześnie postanowieniem niekorzystnym dla wykonawców, naruszającym równowagę stron umowy i prowadzącym do naruszenia praw podmiotowych wykonawców.

3) art. 139 ust. 1 ustawy w zw. z art. 5 i 353(1) KC w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy

przez przyznanie zamawiającemu w ramach punktu 24 IPU prawa do odstąpienia od umowy bez względu na zawinienie po stronie wykonawcy, co prowadzi do niestabilności stosunku zobowiązaniowego i w konsekwencji nakłada na wykonawcę zbyt duże ryzyka kontraktowe, niemożliwe do oszacowania przy uwzględnieniu uznaniowości wdrożenia przez zamawiającego tego mechanizmu.

Wniósł o:

1) uwzględnienie odwołania,

2) nakazanie zamawiającemu dokonania zmiany treści SIWZ w sposób wskazany w uzasadnieniu niniejszego odwołania.

W dniu 17 października 2020r. zamawiający poinformował o wniesieniu odwołania.

Do postępowania odwoławczego nikt nie przystąpił.

W dniu 27 listopada 2020r. odwołujący cofnął odwołanie.

Posiedzenie z udziałem stron zostało wyznaczone na dzień 1 grudnia 2020r.

Izba zważyła, co następuje:

Izba nie dopatrzyła się zaistnienia przesłanek określonych w art. 189 ust. 2 ustawy, które mogłyby skutkować odrzuceniem odwołania.

Przepis art. 187 ust. 8 ustawy stanowi, iż odwołujący może cofnąć odwołanie do czasu zamknięcia rozprawy; w takim przypadku Izba umarza postępowanie odwoławcze, przy czym, jeżeli cofnięcie nastąpiło przed otwarciem rozprawy, odwołującemu zwraca się 90 % wpisu.

Uwzględniając powyższe, Krajowa Izba Odwoławcza, działając na podstawie art. 187 ust. 8 zdanie pierwsze ustawy, na posiedzeniu umorzyła postępowanie odwoławcze.

Zgodnie z art. 187 ust. 8 zdanie drugie ustawy, orzeczono o zwrocie odwołującemu 90% kwoty uiszczonego wpisu.

Izba postanowiła nie zasądzić na rzecz zamawiającego zwrotu kosztów postępowania odwoławczego z tego względu, że brak jest w tym zakresie wniosku zamawiającego, a nadto wycofanie odwołania nastąpiło na więcej niż jeden dzień niż wyznaczony termin posiedzenia.

Przewodniczący: