

POSTANOWIENIE
z dnia 2 października 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Agnieszka Trojanowska

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron w Warszawie w dniu 2 października 2020 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 21 września 2020r. przez **wykonawcę Mostostal Warszawa Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie, ul. Konstruktorska 12A**

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Skarb Państwa – Komenda Stołeczna Policji w Warszawie, ul. Nowolipie 2**

przy udziale wykonawcy **Budimex Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie, ul. Siedmiogrodzka 9** zgłaszającego swoje przystąpienie w sprawie sygn. akt KIO 2363/20 po stronie odwołującego

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 Mostostal Warszawa Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie, ul. Konstruktorska 12A** 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:

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na budowę nowej siedziby Komendy Powiatowej Policji w Mińsku Mazowieckim, przy ul. Jana Łupińskiego 42 zostało wszczęte ogłoszeniem opublikowanym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 11 września 2020r. za numerem 2020/S 177-424408.

W dniu 21 września 2020r. wykonawca Mostostal Warszawa Spółka Akcyjna wniósł odwołanie. Odwołanie zostało wniesione przez pełnomocnika działającego na podstawie pełnomocnictwa udzielonego w dniu przez umocowaną do reprezentacji, zgodnie z odpisem z KRS. Kopia odwołania została przekazana zamawiającemu w dniu 21 września 2020r.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1) art. 7 ust. 1 ustawy, w związku z art. 140 ust. 1 i art. 144 ust. 1 ustawy oraz art. 139 ust. 1 ustawy, w związku z art 632 oraz art 5 i art 353(1) Kodeksu cywilnego przez sformułowanie postanowień § 1 ust 6 pkt 1 i 2 w związku z § 3 ust 2 pkt 3) OWU dotyczących wynagrodzenia, w sposób uprawniający zamawiającego do jednostronnego zmniejszania zakresu rzeczowego umowy, bez wskazania zakresu i sposobu wzajemnych rozliczeń wynikających z takiego zmniejszenia, co narusza zasadę niezmienności zakresu przedmiotu umowy, powodując niemożliwe do skalkulowania ryzyko, co narusza równowagę stron i prowadzi do nadużycia prawa podmiotowego przez zamawiającego, a w konsekwencji ma wpływ na ograniczenie dostępności zamówienia z powodu naruszenia zasady uczciwej konkurencji w postępowaniu;

2) art. 7 ust. 1 w związku z art. 139 ust. 1 ustawy w związku z art 5, art 353(1) oraz art. 647 Kodeksu cywilnego przez sformułowanie postanowień § 6 ust. 2 pkt 3) lit. e) OWU w sposób umożliwiający zamawiającemu odmowę odbioru końcowego w przypadku stwierdzenia jakichkolwiek wad i usterek lub braków dokumentacji powykonawczej, co ewidentnie narusza równowagę stron stosunku cywilnoprawnego i ogranicza dostępność zamówienia;

3) art 7 ust. 1 w związku z art 139 ust 1 ustawy w związku z art. 5, art. 353(1) oraz art 483 Kodeksu cywilnego przez sformułowanie postanowień § 9 ust 1 i 2 OWU kar umownych w sposób rażąco wygórowany:

a) w zakresie § 9 ust. 1 pkt. 8) OWU przez przyjęcie wygórowanej kary w wysokości 1% wynagrodzenia za każdy dzień opóźnienia w niedotrzymaniu terminów m. in: kosztorysu po zawarciu umowy, dokumentów niezbędnych do zgłoszenia robót do organu, przedłożenia harmonogramu, dostarczenia listy osób zatrudnionych przez wykonawcę do realizacji i dostarczenia polisy OC, przy jednoczesnym przewidzeniu kary na poziomie 0,5% za każdy dzień opóźnienia za niedotrzymanie terminu końcowego, co w sposób ewidentny rażąco narusza równowagę stron stosunku cywilnoprawnego, może prowadzić do nadużyć prawa podmiotowego przez zamawiającego i bezspornie ogranicza dostępność zamówienia.

b) niewprowadzenie w umowie górnego limitu kar umownych związanych z nienależytym wykonywaniem zamówienia w wysokości od powiadającej co najwyżej wysokości kary umownej zastrzeżonej w § 9 ust 1 pkt. 1) i 2) OWU na okoliczność niewykonania zamówienia, co jest niezgodne z przepisami prawa, w tym art. 483 k.c., a także prowadzić może do nieuzasadnionego wzbogacenia zamawiającego względem wykonawcy i jest niezgodne z zasadami uczciwej konkurencji i proporcjonalności, określonymi w art. 7 ust. 1 ustawy .

4) innych przepisów przywołanych w treści uzasadnienia niniejszego odwołania.

Odwołujący wniósł o:

(1) uwzględnienie odwołania w całości;

(2) nakazanie zamawiającemu wprowadzenia następujących zmian Ogólnych Warunków umowy, stanowiących Rozdz. XVII SIWZ w sposób następujący:

a) Wykreślenie treści § 1 ust 6 umowy.

b) Zmianę § 6 ust 2 pkt. 3) lit. e) i f) OWU, na wskazaną poniżej:

e. jeżeli w toku czynności odbioru końcowego robót budowlanych zostanie stwierdzone, że przedmiot umowy posiada wady istotne to Komisja może odmówić dokonania odbioru z winy wykonawcy i może:

e1. wyznaczyć termin, niepowodujący wydłużenia terminu wskazanego w §1 ust. 4, do usunięcia stwierdzonych nieprawidłowości. Fakt ujawnienia i usunięcia nieprawidłowości zostanie potwierdzony protokolarnie przez przedstawicieli stron, o których mowa w §4 ust. 1 i 3;

e2. W przypadku stwierdzenia nieprawidłowości nienadających się do usunięcia:

e2a. jeżeli sposób wykonania robót budowlanych uniemożliwia użytkowanie obiektu zgodnie z przeznaczeniem, zażądać wykonania przedmiotu umowy po raz drugi lub odstąpić od umowy według własnego uznania, zachowując prawo do naliczenia wykonawcy zastrzeżonych kar i odszkodowań;

e2b. jeżeli sposób wykonania robót budowlanych umożliwia użytkowanie obiektu, lecz jego wartość użytkowa odbiega od założonej w Załączniku nr 1 do umowy, Zamawiający może żądać obniżenia wynagrodzenia, o którym mowa w §1 ust. 5 pkt 1 na zasadach ogólnych, określonych w Kodeksie cywilnym;

f) za dzień dokonania odbioru końcowego robót, uznaje się dzień zgłoszenia przez wykonawcę gotowości do odbioru końcowego, potwierdzonego podpisaniem przez upoważnionych do tego przedstawicieli Stron protokołu końcowego zawierającego decyzję zamawiającego co do przyjęcia oddawanego przez wykonawcę przedmiotu umowy.

c) Zmianę § 9 ust. 1 pkt. 8) OWU, na wskazaną poniżej:

8) 500 zł, za każdy dzień opóźnienia względem terminów wskazanych w §2 ust. 1;

d) Dodanie § 9 ust. 12 OWU, jak niżej:

12) Łączna suma naliczonych, na podstawie niniejszej umowy, kar umownych nie przekroczy 10% kwoty, o której mowa w §1 ust. 5 pkt 1.

(3) zasądzenie kosztów postępowania według norm przepisanych.

W dniu 21 września 2020r. zamawiający poinformował o wniesieniu odwołania.

W dniu 24 września 2020r. do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego zgłosił swój udział Budimex Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie, wskazał, że jest zainteresowany udziałem w przedmiotowym postępowaniu i złożeniem oferty, oraz korzystnym dla odwołującego rozstrzygnięciem odwołania. Wskazał, że zarzuty są zasadne, a pozostawienie dotychczasowych postanowień w zakresie przyszłych warunków umownych spowoduje przerzucenie na wykonawców zbyt daleko idących ryzyk kontraktowych. W przypadku uwzględnienia zarzutów odwołania możliwe będzie przeprowadzenie postępowania zgodnie z zasadami ustawy oraz Kodeksu cywilnego, co zagwarantuje w przyszłości niezakłóconą realizację opartą na równowadze stron stosunku zobowiązaniowego. Wskazał na wyrok Izby z dnia 20 stycznia 2014r. sygn. akt KIO 5/14. Zgłoszenie zostało wniesione przez pełnomocnika działającego na podstawie pełnomocnictwa z dnia 9 maja 2018r. udzielonego przez dwóch członków zarządu, ujawnionych w KRS w dacie udzielania pełnomocnictwa i upoważnionych do łącznej reprezentacji, zgodnie z odpisem z KRS. Kopia zgłoszenia została przekazana zamawiającemu i odwołującemu w dniu 24 września 2020r.

W dniu 2 października 2020r. odwołujący złożył oświadczenie o cofnięciu odwołania.

W dacie orzekania termin posiedzenia niejawnego Izby z udziałem stron nie był jeszcze wyznaczony.

Izba zważyła, co następuje:

Izba stwierdziła, że zgłoszone przystąpienie spełnia wymogi formalne określone w art. 185 ust. 2 ustawy.

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 uiszczzonego wpisu.

Izba postanowiła nie zasądzać na rzecz zamawiającego zwrotu kosztów postępowania odwoławczego z tego względu, że brak było w tym zakresie wniosku zamawiającego, nadto wycofanie odwołania nastąpiło na więcej niż jeden dzień przed terminem posiedzenia niejawnego z udziałem stron, co jest zgodne z par. 5 ust. 1 pkt 3 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010r. 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 ze zm. z 2017r. poz. 47).

Przewodniczący: