

**POSTANOWIENIE**  
**z dnia 17 września 2020 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Robert Skrzyszewski**

Protokolant: Klaudia Ceyrowska

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron i uczestników w dniu 17 września 2020 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 27 sierpnia 2020 r. przez wykonawcę SKANSKA Sp. A. z siedzibą w Warszawie w postępowaniu prowadzonym przez Uniwersytet im. Adama Mickiewicza w Poznaniu

**postanawia:**

1. umorzyć postępowanie odwoławcze,
2. nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz wykonawcy SKANSKA Sp. A. z siedzibą w Warszawie kwoty 18 000 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy złotych zero groszy) stanowiącej 90 % uiszczzonego wpisu.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 ze zm.) na niniejsze postanowienie - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Poznaniu.

**Przewodniczący.....**

## **Uzasadnienie**

Zamawiający: Uniwersytet im. Adama Mickiewicza w Poznaniu wszczął postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn.: Budowa budynku Domu Studenckiego z częścią usługową oraz z wewnętrzną komunikacją, parkingami i infrastrukturą techniczną (bez wyposażenia), nr ref. ZP/73/B/20.

Przedmiotowe zamówienie zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 17 sierpnia 2020 r. pod numerem 384904-2020-PL. W tej samej dacie Zamawiający zamieścił na stronie internetowej Specyfikację Istotnych Warunków Zamówienia, zwana dalej SIWZ.

Nie zgadzając się z niektórymi postanowieniami SIWZ Odwołujący: SKANSKA Sp. A. z siedzibą w Warszawie w dniu 27 sierpnia 2020 r. wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej zarzucając mu naruszenie:

1. art. 647 Kodeksu cywilnego (dalej jako kc), art. 654 kc, art. 632 kc, art. 353(1) kc i art. 58 § 3 kc, 5 kc w związku z art. 7 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 ze zm.), zwanej dalej PZP, art. 14 ust. 1 PZP, art. 29 ust. 1 - 3 PZP, art.-31 ust. 1-3 PZP, art. 36 ust. 1 pkt 16, art. 139 ust. 1 PZP, poprzez ukształtowanie warunków umowy o zamówienie publiczne w sposób sprzeczny z zasadą równowagi stron stosunku zobowiązaniowego, zasadami współżycia społecznego, przepisami kodeksu cywilnego, a tym samym w sposób naruszający naczelną zasadę prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji, polegające na:

1.1 ukształtowaniu w Umowie zasad odbiorowych i rozliczeniowych, w sposób uprawniający Zamawiającego do jednostronnego oraz arbitralnego decydowania o tym kiedy dana część robót zostanie odebrana, a w konsekwencji o tym kiedy wykonawca winien otrzymać zapłatę wynagrodzenia z tytułu wykonania robót.

1.2 zobowiązaniu wykonawcy do wykonania w ramach ryczałtowego wynagrodzenia robót nie objętych dokumentacją przetargową, czyli wykonania robót pozostających poza opisem przedmiotu zamówienia, objętych niezidentyfikowanymi ryzykami, co stanowi naruszenie zasad proporcjonalności (racjonalności), przejrzystości, równomiernego rozłożenia ryzyk, uczciwego kontraktowania (postępowania) i słuszności kontraktowej oraz naruszenie zasady jednoznacznego i wyczerpującego opisu przedmiotu zamówienia

1.3 ukształtowaniu w projekcie Umowy postanowień przewidujących bardzo

rygorystyczne zasady oraz terminy dostarczenia dokumentów nieuzasadnione rodzajem tych dokumentów czy obiektywnymi potrzebami Zamawiającego;

1.4 Wymagania od wykonawcy usuwania wad i usterek w terminach nierealnych, niemożliwych do dotrzymania, sztywno określonych w Umowie, bez uwzględnienia innych okoliczności, w szczególności charakteru wady, obiektywnej możliwości jej usunięcia.

1.5 przerzuceniu na wykonawcę absolutnej odpowiedzialności za jakiegokolwiek roszczenia wynikające z ewentualnego naruszenia praw autorskich, zarówno osobistych, jak i majątkowych, oraz praw zależnych do utworów i to nie zależnie od winy Wykonawcy, {w szczególności niezależnie od tego czy za przedmiotowe naruszenie praw autorskich odpowiedzialność ponosi Wykonawca czy Zamawiający}.

1.6 Ukształtowanie w Umowie zasad rozliczania z Wykonawcą w sposób sprzeczny z istotą wynagrodzenia ryczałtowego.

2. Art. 7 ust. 1 PZP w zw. z art. 14 ust. 1 PZP w zw. z art. 139 ust. 1 PZP w zw. z art. 471, 472, 483 § 1, art. 353(1) kc i art. 58 § 3 kc, art. 5 kc, poprzez ukształtowanie warunków umowy o zamówienie publiczne w sposób sprzeczny z zasadą równowagi stron stosunku zobowiązaniowego, zasadami współżycia społecznego, przepisami kodeksu cywilnego, a tym samym w sposób naruszający naczelną zasadę prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji, polegający na:

2.1 ukształtowaniu w postanowieniach umownych w zakresie kar umownych za niedotrzymanie terminu wykonania zamówienia, terminów pośrednich, terminów na usunięcie wad przedmiotu umowy ujawnionych w toku realizacji lub w okresie obowiązywania gwarancji i rękojmi oraz terminów wykonania innych obowiązków wynikających z Umowy jako kar za opóźnienie, czyli niezależnie od tego, czy wykonawca będzie ponosił winę za niedotrzymanie przedmiotowych terminów;

2.2 ukształtowaniu w Umowie rażąco wysokiego limitu kar w wysokości 50% wynagrodzenia umownego Wykonawcy, tj. wysokości znacząco przekraczającej wysokość kary za odstąpienie.

Wobec naruszenia przez Zamawiającego wyżej wskazanych przepisów Odwołujący wniósł o:

1) uwzględnienie Odwołania w całości oraz nakazanie Zamawiającemu dokonania zmian w treści:

a) § 9 ust. 2 Umowy, w ten sposób, że dotychczasowa treść tych postanowień:

„Zamawiający wyznaczy datę odbioru częściowego lub odbioru końcowego w terminie 10 dni od dnia otrzymania zawiadomienia.”

otrzyma nowe, następujące brzmienie:

„Zamawiający wyznaczy datę odbioru częściowego lub odbioru końcowego w terminie 10 dni od dnia otrzymania zawiadomienia. Odbiór częściowy lub odbiór końcowy odbędzie się w terminie 14 dni od dnia otrzymania zgłoszenia o którym mowa w ust 1 powyżej”

b) § 16 ust. 6 Umowy poprzez jego wykreślenie, ewentualnie poprzez jego zmianę w ten sposób, że dotychczasowa treść tych postanowień:

Roboty konieczne (w tym także zamiennie wynikające z przepisów, wiedzy technicznej), wykonywane na podstawie protokołu konieczności i pisemnego aneksu do umowy, mieszczące się w przedmiocie zamówienia wskazanego w SIWZ, nie powodują zwiększenia wynagrodzenia ryczałtowego Wykonawcy wskazanego w § 6 ust 1 niniejszej umowy (zgodnie z art. 632 kc).

otrzyma nowe, następujące brzmienie:

~~Roboty konieczne (w tym także zamiennie wynikające z przepisów, wiedzy technicznej), wykonywane na podstawie protokołu konieczności i pisemnego aneksu do umowy, mieszczące się w przedmiocie zamówienia wskazanego w SIWZ, które Wykonawca, przy dochowaniu należytej staranności wymaganej od podmiotu profesjonalnego, winien był przewidzieć w dniu złożenia oferty, nie powodują zwiększenia wynagrodzenia ryczałtowego Wykonawcy wskazanego w §6 ust 1 niniejszej umowy (zgodnie z art 632 kc).~~

c) § 3 ust. 2 Umowy, w ten sposób, że dotychczasowa treść tych postanowień:

Wykonawca, podwykonawca lub dalszy podwykonawca w terminie 7 dni od daty zawarcia umowy, jednak nie później niż w dniu przekazania terenu budowy, przedstawi Zamawiającemu podpisane przez siebie oświadczenie obejmujące wykaz osób, które będą wykonywać prace objęte przedmiotem zamówienia z zaznaczeniem, że wykonują te prace w ramach umowy o pracę we wskazanym w oświadczeniu wymiarze etatu oraz poświadczone za zgodność z oryginałem kopie umów o pracę pracowników objętych wykazem. W przeciwnym wypadku naliczona zostanie kara umowna zgodnie z § 13 ust 1 pkt. 12) oraz może to stanowić podstawę odstąpienia od umowy przez Zamawiającego bez dodatkowego wezwania.

otrzyma nowe, następujące brzmienie:

Wykonawca, podwykonawca lub dalszy podwykonawca w terminie 7 dni od daty zawarcia umowy, jednak nie później niż w dniu przekazania terenu budowy, przedstawi Zamawiającemu podpisane przez siebie oświadczenie obejmujące wykaz osób, które będą wykonywać prace objęte przedmiotem zamówienia z zaznaczeniem, że wykonują te prace w ramach umowy o pracę we wskazanym w oświadczeniu wymiarze etatu oraz poświadczone za zgodność z oryginałem kopie umów o pracę pracowników objętych wykazem. W przeciwnym wypadku naliczona zostanie kara umowna zgodnie z § 13 ust 1 pkt. 12) oraz

~~może to stanowić podstawę odstąpienia od umowy przez Zamawiającego bez dodatkowego wezwania.~~

d) § 3 ust. 3 Umowy, w ten sposób, że dotychczasowa treść tych postanowień:

Wykonawca, podwykonawca lub dalszy podwykonawca na każde wezwanie Zamawiającego zobowiązuje się w ciągu 48 h po otrzymaniu pisemnego wezwania od Zamawiającego przedstawić Zamawiającemu bieżące dokumenty o których mowa w ust. 2, względnie inne dokumenty zawierające informacje, w tym dane osobowe, niezbędne do weryfikacji zatrudnienia na podstawie umowy o pracę, w szczególności imię i nazwisko zatrudnionego pracownika, datę zawarcia umowy o pracę, rodzaj umowy o pracę oraz zakres obowiązków pracownika. W przeciwnym wypadku naliczona zostanie kara umowna zgodnie z§ 13 ust 1 pkt 13) oraz może to stanowić podstawę odstąpienia od umowy lub jej części przez Zamawiającego bez dodatkowego wezwania.

otrzyma nowe, następujące brzmienie:

Wykonawca, podwykonawca lub dalszy podwykonawca na każde wezwanie Zamawiającego zobowiązuje się w ciągu 14 dni po otrzymaniu pisemnego wezwania od Zamawiającego przedstawić Zamawiającemu bieżące dokumenty o których mowa w ust 2, względnie inne dokumenty zawierające informacje, w tym dane osobowe, niezbędne do weryfikacji zatrudnienia na podstawie umowy o pracę, w szczególności imię i nazwisko zatrudnionego pracownika, datę zawarcia umowy o pracę, rodzaj umowy o pracę oraz zakres obowiązków pracownika. W przeciwnym wypadku naliczona zostanie kara umowna zgodnie z§ 13 ust 1 pkt. 13) ~~oraz może to stanowić podstawę odstąpienia od umowy lub jej części przez Zamawiającego bez dodatkowego wezwania.~~

e) § 3 ust. 5 Umowy, w ten sposób, że dotychczasowa treść tych postanowień:

Wykonawca, podwykonawca lub dalszy podwykonawca zobowiązuje się do pisemnego poinformowania Zamawiającego o każdorazowej zmianie osoby wykonującej prace objęte przedmiotem zamówienia, najpóźniej w momencie podjęcia pracy na terenie budowy przez tę osobę. Oświadczenie to powinno spełniać wymogi wskazane w ust 2. W przeciwnym wypadku naliczona zostanie kara umowna zgodnie z §13 ust 1 pkt 12) oraz może to stanowić podstawę odstąpienia od umowy lub jej części przez Zamawiającego bez dodatkowego wezwania.

otrzyma nowe, następujące brzmienie:

Wykonawca, podwykonawca lub dalszy podwykonawca zobowiązuje się do pisemnego poinformowania Zamawiającego o każdorazowej zmianie osoby wykonującej prace objęte przedmiotem zamówienia, najpóźniej w momencie podjęcia pracy na terenie budowy przez tę osobę. Oświadczenie to powinno spełniać wymogi wskazane w ust. 2. W przeciwnym wypadku naliczona zostanie kara umowna zgodnie z §13 ust 1 pkt 12) ~~oraz może to stanowić podstawę odstąpienia od umowy lub jej części przez Zamawiającego bez dodatkowego wezwania.~~

f) § 10 ust 1 Umowy, w ten sposób, że dotychczasowa treść tych postanowień:

Jeżeli w trakcie odbioru częściowego bądź końcowego stwierdzone zostaną wady istotne, to Zamawiającemu przysługuje prawo odmowy odbioru do czasu usunięcia tych wad w terminie wyznaczonym przez Zamawiającego. Po usunięciu wad Strony ponownie przystąpią do odbioru robót.

otrzyma nowe, następujące brzmienie:

Jeżeli w trakcie odbioru częściowego bądź końcowego stwierdzone zostaną wady istotne, to Zamawiającemu przysługuje prawo odmowy odbioru do czasu usunięcia tych wad, w odpowiednim terminie (uwzględniającym charakter wady, dostępność materiałów oraz możliwości techniczne usunięcia wady) ustalonym przez Strony ~~wyznaczonym przez Zamawiającego~~. Po usunięciu wad Strony ponownie przystąpią do odbioru robót.

g) § 10 ust 2 Umowy, w ten sposób, że dotychczasowa treść tych postanowień:

Jeżeli w trakcie odbioru częściowego bądź końcowego stwierdzone zostaną wady istotne, to Zamawiającemu przysługuje prawo odmowy odbioru do czasu usunięcia tych wad, w terminie wyznaczonym przez Zamawiającego. Po usunięciu wad Strony ponownie przystąpią do odbioru robót.

otrzyma nowe, następujące brzmienie:

Jeżeli w trakcie odbioru częściowego bądź końcowego stwierdzone wady nieistotne, Zamawiający dokona odbioru i zażąda usunięcia tych wad, w odpowiednim terminie (uwzględniającym charakter wady, dostępność materiałów oraz możliwości techniczne usunięcia wady) ustalonym przez Strony ~~wyznaczając Wykonawcy odpowiedni termin~~, przy czym fakt usunięcia wad zostanie stwierdzony protokołarnie. W przypadku odbioru końcowego Zamawiający może również obniżyć wynagrodzenie Wykonawcy stosownie do postanowienia § 6 ust. 13 Umowy.

h) § 10 ust 3 Umowy, poprzez jego wykreślenie.

i) § 6 ust 13 Umowy, poprzez jego wykreślenie.

j) § 21 ust 5 Umowy, w ten sposób, że dotychczasowa treść tych postanowień:

W przypadku wystąpienia przez jakąkolwiek osobę trzecią w stosunku do Zamawiającego z roszczeniem z tytułu naruszenia praw autorskich, zarówno osobistych, jak i majątkowych, oraz praw zależnych do utworów, o których mowa w ust. 1, Wykonawca:

a. przyjmie na siebie pełną odpowiedzialność za powstanie oraz wszelkie skutki powyższych zdarzeń;

b. w przypadku skierowania sprawy na drogę postępowania sądowego wstąpi do procesu po stronie Zamawiającego i pokryje wszelkie koszty związane z udziałem Zamawiającego w postępowaniu sądowym oraz ewentualnym postępowaniu egzekucyjnym, w tym koszty obsługi prawnej postępowania;

c. poniesie wszelkie koszty związane z ewentualnym pokryciem roszczeń majątkowych i niemajątkowych związanych z naruszeniem praw autorskich majątkowych lub

osobistych osoby lub osób zgłaszających roszczenia.

otrzyma nowe, następujące brzmienie:

W przypadku gdy z winy Wykonawcy jakakolwiek osoba trzecia wystąpi ~~wystąpienia przez jakakolwiek osobę trzecią~~ w stosunku do Zamawiającego z roszczeniem z tytułu naruszenia praw autorskich, zarówno osobistych, jak majątkowych, oraz praw zależnych do utworów, o których mowa w ust.1, Wykonawca:

a. przyjmie na siebie pełną odpowiedzialność za powstanie oraz wszelkie skutki powyższych zdarzeń;

b. w przypadku skierowania sprawy na drogę postępowania sądowego wstąpi do procesu po stronie Zamawiającego i pokryje wszelkie koszty związane z udziałem Zamawiającego w postępowaniu sądowym oraz ewentualnym postępowaniu egzekucyjnym, w tym koszty obsługi prawnej postępowania;

c. poniesie wszelkie koszty związane z ewentualnym pokryciem roszczeń majątkowych i niemajątkowych związanych z naruszeniem praw autorskich majątkowych lub osobistych osoby lub osób zgłaszających roszczenia.

k) § 13 ust 1 pkt 1), 3) - 5) oraz 12) - 14) w ten sposób, że dotychczasowa treść tych postanowień

Zamawiający może żądać od Wykonawcy kar umownych:

1) w wysokości 0,05 % wynagrodzenia umownego brutto wskazanego w § 6 ust. 1 umowy za każdy dzień opóźnienia w wykonaniu przedmiotu umowy z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy,

3) w wysokości 500,00 zł za każdy dzień opóźnienia z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy w przypadku nieterminowego przedłożenia harmonogramu rzeczowo-finansowego lub jego aktualizacji,

4) w wysokości 0,05 % wynagrodzenia umownego brutto wskazanego w § 6 ust. 1 za każdy dzień opóźnienia z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy w usunięciu wad stwierdzonych przy odbiorze końcowym, licząc od upływu terminu określonego przez Zamawiającego lub zgodnie z §10 ust. 3 Umowy,

5) w wysokości 0,02 % wynagrodzenia umownego brutto wskazanego w § 6 ust. 1 umowy za każdy dzień opóźnienia z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy w usunięciu wad stwierdzonych w okresie rękojmi lub gwarancji, licząc od upływu terminu określonego przez Zamawiającego,

12) w wysokości 0,02 % wynagrodzenia umownego brutto wskazanego w § 6 ust. 1 umowy za każdy dzień opóźnienia w przedłożeniu dokumentów, o których mowa w § 3 ust. 2 lub ust.5,

13) w wysokości 0,02 % wynagrodzenia umownego brutto wskazanego w § 6 ust. 1 umowy za każdy dzień opóźnienia w przedłożeniu dokumentów, o których mowa w § 3 ust. 3,

14) w wysokości 0,01 % wynagrodzenia umownego brutto wskazanego w § 6 ust. 1 za każdy dzień opóźnienia z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy w usunięciu wad stwierdzonych przy odbiorze częściowym, licząc od upływu terminu określonego przez Zamawiającego lub zgodnie z §10 ust. 3 Umowy,

otrzyma nowe, następujące brzmienie:

Zamawiający może żądać od Wykonawcy kar umownych:

1) w wysokości 0,05 % wynagrodzenia umownego brutto wskazanego w § 6 ust. 1 umowy za każdy dzień zwłoki Wykonawcy w wykonaniu przedmiotu umowy ~~z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy,~~

3) w wysokości 500,00 zł za każdy dzień zwłoki Wykonawcy ~~z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy~~ w przypadku nieterminowego przedłożenia harmonogramu rzeczowo-finansowego lub jego aktualizacji,

4) w wysokości 0,05 % wynagrodzenia umownego brutto wskazanego w § 6 ust. 1 za każdy dzień zwłoki Wykonawcy ~~z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy~~ w usunięciu wad stwierdzonych przy odbiorze końcowym, licząc od upływu terminu określonego przez Zamawiającego lub zgodnie z §10 ust. 3 Umowy,

5) w wysokości 0,02 % wynagrodzenia umownego brutto wskazanego w § 6 ust. 1 umowy za każdy dzień zwłoki Wykonawcy ~~z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy~~ w usunięciu wad stwierdzonych w okresie rękojmi lub gwarancji, licząc od upływu terminu określonego przez Zamawiającego,

12) w wysokości 0,02 % wynagrodzenia umownego brutto wskazanego w § 6 ust. 1 umowy za każdy dzień zwłoki Wykonawcy w przedłożeniu dokumentów, o których mowa w § 3 ust. 2 lub ust.5,

13) w wysokości 0,02 % wynagrodzenia umownego brutto wskazanego w § 6 ust. 1 umowy za każdy dzień zwłoki Wykonawcy w przedłożeniu dokumentów, o których mowa w § 3 ust. 3,

14) w wysokości 0,01 % wynagrodzenia umownego brutto wskazanego w § 6 ust. 1 za każdy dzień zwłoki Wykonawcy ~~z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy~~ w usunięciu wad stwierdzonych przy odbiorze częściowym, licząc od upływu terminu określonego przez Zamawiającego lub zgodnie z §10 ust. 3 Umowy,

l) § 13 ust 3 w ten sposób, że dotychczasowa treść tych postanowień

Łączna wartość kar umownych naliczonych na podstawie § 13 ust. 1 lit. 5) nie może przekroczyć 50% wartości umowy brutto określonej w § 6 ust 1, przy czym nie wyłącza to możliwości dochodzenia przez Zamawiającego odszkodowania przenoszącego wysokość zastrzeżonych kar umownych.

otrzyma nowe, następujące brzmienie:

Łączna wartość kar umownych naliczonych na podstawie Umowy nie może przekroczyć 10% wartości umowy brutto określonej w § 6 ust. 1, przy czym nie wyłącza to



możliwości dochodzenia przez Zamawiającego odszkodowania przenoszącego wysokość zastrzeżonych kar umownych.

m) § 13 ust 4 poprzez jego wykreślenie

2. o zasądzenie kosztów postępowania odwoławczego.

**Izba zważyła, co następuje.**

W dniu 16 września 2020r. przed wyznaczoną rozprawą, do siedziby Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło oświadczenie Odwołującego o cofnięciu odwołania.

Uwzględniając powyższe Izba, działając na podstawie art. 187 ust.8 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 ze zm.), postanowiła postępowanie odwoławcze w niniejszej sprawie umorzyć.

Zgodnie z art. 187 ust. 8 zd.2 ustawy Pzp Izba postanowiła zwrócić na rzecz Odwołującego 90% kwoty uiszczonego wpisu.

Wobec powyższego, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie przepisu art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 3 pkt 1 i § 5 ust.1 pkt. 3 lit. a i ust. 4 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 wraz ze zm.).

**Przewodniczący.....**