

Sygn. akt: KIO 3184/22

POSTANOWIENIE
z dnia 12 grudnia 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Anna Chudzik

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym w dniu 12 grudnia 2022 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 1 grudnia 2022 r. przez wykonawcę **Strabag Sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie**,

w postępowaniu prowadzonym przez **Politechnikę Krakowską im. Tadeusza Kościuszki z siedzibą w Krakowie**,

przy udziale wykonawców:

- 1) **Budimex S.A. z siedzibą w Warszawie**,
- 2) **NDI S.A. z siedzibą w Sopocie**,
- 3) **Skanska S.A. z siedzibą w Warszawie**,

zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego,

orzeka:

1. umarza postępowanie odwoławcze;
2. nakazuje zwrot z rachunku Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz Odwołującego kwoty 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) stanowiącej uiszczony wpis od odwołania.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. 2022 r. poz. 1710 z późn. zm.) na niniejsze postanowienie – w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **w Warszawie**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający – Politechnika Krakowska im. Tadeusza Kościuszki – prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia pn. *Budowa budynku Centrum Pro-Ekologicznych Technologii Energetycznych (CePTE) wraz z towarzyszącą infrastrukturą techniczną, drogą wewnętrzną, chodnikami i miejscami postojowymi – kampus Czyżyny, Kraków, Al. Jana Pawła II 37*. Wartość zamówienia jest większa niż progi unijne. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 21 listopada 2022 r. pod nr 645412-2022-PL.

W dniu 1 grudnia 2022 r. wykonawca Strabag Sp. z o.o. wniósł odwołanie wobec treści Specyfikacji Warunków Zamówienia, w tym projektowanych postanowień, zarzucając Zamawiającemu naruszenie przepisów:

- 1) art. 353(1) Kc, art. 58 Kc w zw. z art. 8 ust. 1, art. 16 pkt. 1, 2 i 3 i art. 436 pkt 1 w zw. z art. 433 pkt 3 ustawy Pzp, poprzez wskazanie w SWZ (pkt 6.2) i we wzorze umowy (§ 4 ust. 1 pkt 2) terminu realizacji przedmiotu zamówienia w sposób sprzeczny z wymaganiami ustawy Pzp, tj. poprzez określenie, że: *Zamawiający wymaga wykonania minimum 80% wartości kontraktu wraz z jego rozliczeniem do końca grudnia 2023 roku*, dodatkowo obwarowując ten warunek bardzo wysoką karą umowną;
- 2) art. 16 pkt. 1, 2, 3 i art. 8 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 353(1) Kc i art. 647 Kc w zw. z art. 484 § 2 w zw. z art. 483 Kc i art. 473 § 1 Kc, przez określenie w § 16 ust. 2 pkt 17 wzoru umowy kary umownej za nieosiągnięcie terminu pośredniego realizacji w wysokości 10% kwoty wynagrodzenia brutto;
- 3) art. 436 pkt 3 w zw. z art. 16 i art. 8 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 353(1) Kc i art. 647 Kc w zw. z art. 484 § 2 w zw. z art. 483 Kc i art. 473 § 1 Kc, poprzez wprowadzenie do wzoru umowy w § 16 ust. 7, że suma kar umownych nie może przekroczyć 50% kwoty określonej w § 6 ust. 1 umowy;
- 4) art. 16 pkt 1, 2, 3, art. 437 ust 1 pkt 4, art. 447 ust 1, art. 464 ust. 1, 2, 3, art. 465 ust. 3 i 4 i art. 8 ust. 1 ustawy Pzp w związku z art. 6471 § 1 i 3 Kc, przez wprowadzenie do projektu umowy postanowienia, zgodnie z którym zabezpieczenie należytego wykonania umowy podwykonawczej nie może zostać ustalone w postaci zatrzymywania (niewypłacania) części wynagrodzenia podwykonawcy
- 5) art. 16 pkt 1, 2 i 3 w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 647 Kc, poprzez wprowadzenie możliwości odmowy odbioru przedmiotu umowy w sytuacji

wystąpienia wad lub usterek oraz wymóg odbiorów bezusterkowych między wykonawcą a podwykonawcą/dalszymi podwykonawcami (§ 5 ust. 2 pkt 2 lit. d, § 5 ust. 2 pkt 3 lit. d, § 5 ust. 2 pkt 3 lit. g, § 5 ust. 2 pkt 3 lit. h, § 5 ust. 2 pkt 3 lit. k projektu umowy).

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu następujących zmian SWZ:

Ad 1) określenie terminu realizacji poprzez wskazanie liczby miesięcy od dnia podpisania umowy o zamówienie na zrealizowanie 80% wartości kontraktu, tj. odpowiednie dostosowanie postanowień § 4 ust. 1 pkt. 2) wzoru umowy oraz pkt. 6.2 SWZ tj. nadanie im na przykład następującego brzmienia:

6.1. Wykonanie całości robót budowlanych objętych zamówieniem: do 15 miesięcy od daty zawarcia umowy (wraz z odbiorem końcowym oraz uzyskaniem formalnego pozwolenia na użytkowanie).

6.2. Zamawiający wymaga wykonania minimum 80 % wartości kontraktu ~~wraz z jego rozliczeniem do końca grudnia 2023 roku w terminie do 12 miesięcy od daty zawarcia umowy~~

§ 4 ust. 1

1. Wykonawca zobowiązany jest do realizacji Przedmiotu umowy w następujących terminach:

1) (...)

2) Zamawiający wymaga wykonania minimum 80 % wartości kontraktu ~~wraz z jego rozliczeniem do końca grudnia 2023 roku w terminie do 12 miesięcy od daty zawarcia umowy~~

ewentualnie: przy zachowaniu przez Zamawiającego części postanowienie dotyczącego rozliczenia – doprecyzowanie co rozumiane jest jako „rozliczenie” w tym przypadku, tj. np. poprzez wskazanie w nawiasie: rozumianym jako wystawienie przez Wykonawcę faktury/faktur VAT za zrealizowane w ramach tych 80% roboty

Ad 2) wykreślenie kary za zwłokę w wykonaniu minimum 80% wartości kontraktu wraz z jego rozliczeniem w terminie do końca 2023 r. oraz wykreślenie wszelkich ewentualnych odniesień do niej;

Ad 3) zmianę § 16 ust. 7 wzoru umowy w następujący sposób:

7. Suma kar umownych nie może przekroczyć 5010 % kwoty określonej w § 6 ust. 1 niniejszej Umowy.

Ad 4) wykreślenie z pkt 2 tabeli stanowiącej Załącznik nr 2 do umowy nr KA-2/129/2022 – postanowienia, zgodnie z którym zabezpieczenie należytego wykonania umowy nie może

zostać ustalone w postaci zatrzymywania (niewypłacania) części wynagrodzenia Podwykonawcy;

Ad 5) wprowadzenie we wzorzec umowy postanowień, które pozwolą na dokonanie odbioru w sytuacji gdy wystąpią wady nieistotne (które będą mogły zostać usunięte po odbiorze i których zakres oraz terminy usunięcia zostaną określone w protokole odbioru końcowego), a uprawnienie do wstrzymania się z odbiorem przysługiwać będzie wyłącznie w przypadku wad o istotnym charakterze (uniemożliwiających normalne korzystanie z przedmiotu umowy).

W dniu 9 grudnia 2022 r. do Prezesa Izby wpłynęło oświadczenie Zamawiającego o uwzględnieniu w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu.

Zgodnie z informacją przekazaną przez Zamawiającego, kopia odwołania wraz z wezwaniem do udziału w postępowaniu odwoławczym została przekazana wykonawcom 2 grudnia 2022 r. W związku z tym określony w art. 525 ust. 1 ustawy Pzp termin na zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego upłynął 5 grudnia 2022 r. W powyższym terminie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego nie przystąpił żaden wykonawca.

Wobec powyższego postępowanie odwoławcze należało umorzyć, stosownie do dyspozycji art. 522 ust. 1 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do art. 557 ustawy Pzp i § 9 ust. 1 pkt 2 lit. a rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437), orzekając o dokonaniu zwrotu Odwołującemu z rachunku Urzędu kwoty uiszczonej tytułem wpisu.

Przewodniczący: