

Sygn. akt: KIO 1601/20

**POSTANOWIENIE**  
**z dnia 10 sierpnia 2020 roku**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Justyna Tomkowska**

po rozpoznaniu na posiedzeniu bez udziału stron w dniu **10 sierpnia 2020 roku w Warszawie** odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **13 lipca 2020 roku** przez Odwołującego - **STRABAG Sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie**

w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego: **Miejskie Centrum Obsługi Oświaty w Krakowie, z siedzibą w Krakowie**

**postanawia:**

1. **umorzyć postępowanie odwoławcze;**
2. **nakazać zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych kwoty 18 000zł 00 gr (słownie: osiemnastu tysięcy złotych zero groszy) stanowiącej 90% kwoty uiszczzonego wpisu na rzecz wykonawcy **Odwołującego - STRABAG Sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie****

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (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 Krakowie**.

**Przewodniczący:**

.....

## UZASADNIENIE

W dniu 13 lipca 2020 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w Warszawie, na podstawie art. 180 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019r., poz. 1843 ze zmianami, zwanej dalej jako „PZP”) odwołanie złożył Wykonawca STRABAG Sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie (dalej jako „Odwołujący”).

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na wykonanie robót budowlanych pod nazwą: „Budowa Szkoły Podstawowej na os. Złocień w Krakowie w systemie zaprojektuj i wybuduj” prowadzi Zamawiający: Miejskie Centrum Obsługi Oświaty w Krakowie, z siedzibą w Krakowie.

Odwołanie złożono wobec treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej jako „SIWZ”), tj.:

- 1) na postanowienie § 1 ust. 11 projektu umowy o treści: *„Wykonawca oświadcza, iż przed zawarciem Umowy uzyskał od Zamawiającego wszystkie informacje, które mogłyby mieć wpływ na określenie ryzyk związanych z realizacją Inwestycji oraz na prawidłowe ustalenie zakresu prac i wysokość wynagrodzenia umownego. Nadto Wykonawca oświadcza, że zapoznał się szczegółowo ze wszystkimi założeniami inwestycji o dokumentami posiadanymi przez Zamawiającego i ww. informacje i dokumenty określają przedmiot niniejszej Umowy w sposób wystarczający i gwarantujący jej wykonanie w całości bez konieczności uzupełnień i ponoszenia przez Zamawiającego jakichkolwiek dodatkowych kosztów”,*
- 2) na postanowienie § 1 ust. 12 projektu umowy o treści: *„Wykonawca oświadcza, że przed zawarciem Umowy miał możliwość zapoznania się z warunkami lokalnymi dla realizacji inwestycji, w tym w szczególności możliwością urządzenia zaplecza budowy, możliwościami dojazdu do terenu budowy, ze stanem dróg dojazdowych itp. i w związku z tym nie wnosi i nie będzie podnosił w przyszłości żadnych zastrzeżeń w tym zakresie”,*
- 3) na postanowienie § 11 ust. 1 pkt 2 projektu umowy o treści: *„[Wykonawca zapłaci Zamawiającemu karę umowną] za niedotrzymanie jakiegokolwiek terminu wskazanego w § 7 niniejszej Umowy w wysokości 0,1% wynagrodzenia umownego brutto wskazanego w § 4 ust 1 umowy za każdy dzień opóźnienia z zastrzeżeniem zmiany terminu zgodnie z postanowieniami niniejszej umowy, w szczególności z § 7 ust 5 - kara umowna nie może przekroczyć wartości 50% wynagrodzenia umownego brutto określonego w § 4 ust 1 umowy z zastrzeżeniem ust 6 niniejszego paragrafu”,*

4) na postanowienie § 11 ust. 1 pkt 3 projektu umowy o treści: „*[Wykonawca zapłaci Zamawiającemu karę umowną] za niedotrzymanie jakiegokolwiek terminu wskazanego w § 16 ust 2 i ust 3 niniejszej Umowy w wysokości 0,1% wynagrodzenia umownego brutto wskazanego w § 4 ust 1 umowy za każdy dzień opóźnienia, kara umowna przewidziana niniejszym postanowieniem nie może przekroczyć wartości 50% wynagrodzenia umownego brutto określonego w § 4 ust 1 umowy*”;

5) na postanowienie § 11 ust. 1 pkt 8 projektu umowy o treści: „*[Wykonawca zapłaci Zamawiającemu karę umowną] za opóźnienie w usunięciu wad i usterek stwierdzonych przy odbiorze końcowym w wysokości 0,1% wynagrodzenia umownego brutto, o którym mowa w § 4 ust 1 niniejszej umowy za każdy dzień opóźnienia liczonym od dnia wyznaczonego na usunięcie wad i usterek, kara umowna przewidziana niniejszym postanowieniem nie może przekroczyć wartości 50% wynagrodzenia umownego brutto określonego w § 4 ust 1 umowy z zastrzeżeniem ust 6 niniejszego paragrafu*”;

6) na postanowienie § 11 ust. 1 pkt 9 projektu umowy o treści: „*[Wykonawca zapłaci Zamawiającemu karę umowną] za opóźnienie w usunięciu wad i usterek ujawnionych w okresie gwarancji i rękojmi albo stwierdzonych w trakcie odbioru ostatecznego w wysokości 0,1% wynagrodzenia umownego brutto, o którym mowa w § 4 ust 1 niniejszej umowy za każdy dzień opóźnienia liczonym od dnia wyznaczonego na usunięcie wad i usterek, nie więcej niż 20% wynagrodzenia umownego brutto określonego w § 4 ust. 1 umowy z zastrzeżeniem ust 6 niniejszego paragrafu*”;

7) na postanowienie § 11 ust. 1 pkt 10 projektu umowy o treści: „*Wykonawca zapłaci Zamawiającemu karę umowną każdorazowo za brak zapłaty lub nieterminową zapłatę wynagrodzenia podwykonawcom lub dalszym podwykonawcom lub w przypadku zawinionego nie przedstawienia Zamawiającemu oświadczenia Podwykonawców lub dalszych podwykonawców, potwierdzającego faktyczne otrzymanie zapłaty od Wykonawcy lub w przypadku konieczności dokonania przez Zamawiającego bezpośredniej płatności na rzecz podwykonawcy lub dalszego podwykonawcy w wysokości 5% wynagrodzenia umownego brutto określonego w § 4 ust 1 umowy*”.

Opisanym czynnościom Zamawiającego zarzucono naruszenie:

1. art. 7 ust. 1 PZP poprzez brak przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji, równości wykonawców, a także naruszenia przez Zamawiającego zasady proporcjonalności;
2. art. 353<sup>1</sup> k.c. oraz art. 58 k.c. w zw. z art. 5 k.c. w zw. z art. 14 oraz w zw. art. 139 ust. 1 PZP oraz art. 36 ust. 1 pkt 16 PZP poprzez wykorzystanie pozycji dominującej organizatora przetargu i rażące uprzywilejowanie w treści projektu umowy pozycji

Zamawiającego, wbrew zasadom współżycia społecznego i właściwości stosunku prawnego, w sposób stanowiący nadużycie prawa,

a w konsekwencji naruszenie:

3. art. 29 ust. 1 i 2 PZP w zw. z art. 31 ust. 1 PZP poprzez naruszenie zasady zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców przez zaniechanie przygotowania i prowadzenia postępowania z należytą starannością, w sposób umożliwiający zachowanie uczciwej konkurencji i wypełnienie obowiązków Inwestora związanych z przygotowaniem postępowania, w szczególności przez przerzucenie na Wykonawcę ryzyka dotyczących sposobu realizacji zamówienia, określenia prawidłowego zakresu prac oraz warunków terenu budowy, a przez to naruszenie zasady proporcjonalności;

4. przepisu art. 483 k.c., art. 484 § 2 k.c. i art. 473 § 1 k.c. w zw. art. 353<sup>1</sup> k.c. oraz art. 58 k.c. w zw. z art. 5 k.c. w zw. z art. 14 oraz w zw. art. 139 ust. 1 PZP poprzez zastrzeżenie rażąco wygórowanych kar umownych, a nadto poprzez zastrzeżenie kar za „opóźnienie”, co może sugerować, że Zamawiający będzie dążył do nałożenia kar umownych w każdym wypadku nawet jeżeli niewykonanie zobowiązania umownego nastąpiło z przyczyn niezależnych od wykonawcy. Tak ogólna zmiana reguł odpowiedzialności jest sprzeczna z art. 473 § 1 k.c., który wymaga sprecyzowania okoliczności, które pomimo braku winy wykonawcy skutkować będą naliczeniem kary umownej,

5. przepisu art. 647 k.c. i 651 k.c. w zw. art. 353<sup>1</sup> k.c. oraz art. 58 k.c. w zw. z art. 5 k.c. w zw. z art. 14 oraz w zw. art. 139 ust. 1 PZP poprzez sformułowanie projektu umowy w sposób sprzeczny jego istotą, w tym przerzucenia na Wykonawcę ryzyka dotyczącego prawidłowości zdefiniowania wymagań Zamawiającego odnoszących się do przedmiotu zamówienia.

Odwołujący wnosił o nakazanie Zamawiającemu zmiany treści projektu Umowy poprzez:

a) zmianę treści postanowienia § 1 ust. 11 projektu umowy i nadanie mu następującego brzmienia: *„Wykonawca oświadcza, iż przed zawarciem Umowy zweryfikował w zakresie należytej staranności wymaganej od wykonawcy robót budowlanych, o jakiej mowa w art. 355 § 2 k.c. przekazaną przez Zamawiającego dokumentację stanowiącą podstawę złożenia oferty i zawarcia Umów”*,

b) zmianę treści postanowienia § 1 ust. 12 projektu umowy i nadanie mu następującego brzmienia: *„Wykonawca oświadcza, że przed zawarciem Umowy zweryfikował w zakresie należytej staranności wymaganej od wykonawcy robót budowlanych, o jakiej mowa w art. 355 § 2 k.c. warunki lokalne dla realizacji inwestycji.”*

- c) zmianę treści postanowienia § 11 ust. 1 pkt 2 projektu umowy i nadanie mu następującego brzmienia: *„[Wykonawca zapłaci Zamawiającemu] karę umowną za zwłokę w dotrzymaniu jakiegokolwiek terminu wskazanego w § 7 niniejszej Umowy w wysokości 0,1% wynagrodzenia umownego brutto wskazanego w § 4 ust. 1 umowy za każdy dzień zwłoki z zastrzeżeniem zmiany terminu zgodnie z postanowieniami niniejszej umowy, w szczególności z § 7 ust 5 - kara umowna nie może przekroczyć wartości 15% wynagrodzenia umownego brutto określonego w § 4 ust 1 umowy z zastrzeżeniem ust. 6 niniejszego paragrafu”*,
- d) zmianę treści postanowienia § 11 ust. 1 pkt 3 projektu umowy i nadanie mu następującego brzmienia: *„[Wykonawca zapłaci Zamawiającemu karę umowną] za zwłokę w dotrzymaniu jakiegokolwiek terminu wskazanego w § 16 ust. 2 i ust 3 niniejszej Umowy w wysokości 0,1% wynagrodzenia umownego brutto wskazanego w § 4 ust 1 umowy za każdy dzień zwłoki, kara umowna przewidziana niniejszym postanowieniem nie może przekroczyć wartości 15% wynagrodzenia umownego brutto określonego w § 4 ust 1 umowy”*,
- e) zmianę treści postanowienia § 11 ust. 1 pkt 8 projektu umowy i nadanie mu następującego brzmienia: *„[Wykonawca zapłaci Zamawiającemu karę umowną] za zwłokę w usunięciu wad i usterek stwierdzonych przy odbiorze końcowym w wysokości 0,1% wynagrodzenia umownego brutto, o którym mowa w § 4 ust. 1 niniejszej umowy za każdy dzień zwłoki liczonym od dnia wyznaczonego na usunięcie wad i usterek, kara umowna przewidziana niniejszym postanowieniem nie może przekroczyć wartości 15% wynagrodzenia umownego brutto określonego w § 4 ust 1 umowy z zastrzeżeniem ust 6 niniejszego paragrafu”*,
- f) zmianę treści postanowienia § 11 ust. 1 pkt 9 projektu umowy i nadanie mu następującego brzmienia: *„[Wykonawca zapłaci Zamawiającemu karę umowną] za zwłokę w usunięciu wad i usterek ujawnionych w okresie gwarancji i rękojmi albo stwierdzonych w trakcie odbioru ostatecznego w wysokości 0,1% wynagrodzenia umownego brutto, o którym mowa w § 4 ust. 1 niniejszej umowy za każdy dzień zwłoki liczonym od dnia wyznaczonego na usunięcie wad i usterek, nie więcej niż 15% wynagrodzenia umownego brutto określonego w § 4 ust 1 umowy z zastrzeżeniem ust 6 niniejszego paragrafu”*
- g) zmianę treści postanowienia § 11 ust. 1 pkt 10 projektu umowy i nadanie mu następującego brzmienia: *„Wykonawca zapłaci Zamawiającemu karę umowną każdorazowo za brak zapłaty lub nieterminową zapłatę wynagrodzenia podwykonawcom lub dalszym podwykonawcom w przypadku zawinionego nie przedstawienia Zamawiającemu oświadczenia Podwykonawców lub dalszych podwykonawców; potwierdzającego faktyczne otrzymanie zapłaty od Wykonawcy lub w przypadku konieczności dokonania przez*

*Zamawiającego bezpośrednio płatności na rzecz podwykonawcy lub dalszego podwykonawcy w wysokości 2.000 zł”.*

Odwołujący podkreślił, że posiada interes w uzyskaniu zamówienia w rozumieniu art. 179 ust. 1 PZP. Odwołujący to podmiot profesjonalnie działający na rynku budowlanym, w tym w zakresie inwestycji realizowanych w trybie ustawy PZP. Na skutek uchybień Zamawiającego, które stanowią przedmiot zaskarżenia odwołania, Odwołujący mimo posiadania odpowiednich kwalifikacji zawodowych i doświadczenia w realizacji prac stanowiących przedmiot zamówienia nie jest w stanie przygotować i złożyć prawidłowej i zgodnej z PZP oferty.

Odwołujący będzie zobowiązany do podpisania umowy oraz realizacji zamówienia zgodnie z jej warunkami określonymi przez Zamawiającego w SIWZ. Treść umowy, jaką opracował Zamawiający, narusza przepisy PZP i zasady określone w Kodeksie cywilnym.

Termin na wniesienie odwołania został zachowany. Odwołujący uiszczył wpis w wymaganej wysokości na rachunek UZP. Kopia odwołania została prawidłowo przekazana Zamawiającemu. Odwołanie nie zawierało braków formalnych.

**Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej, wyznaczony do rozpoznania niniejszej sprawy odwoławczej ustalił i zważył, co następuje:**

Do postępowania odwoławczego nie zgłoszono przystąpienia po żadnej ze Stron.

Odwołujący, w dniu 7 sierpnia 2020 roku, przed wyznaczonym terminem posiedzenia i rozprawy przed Izbą, złożył oświadczenie o wycofaniu odwołania w całości. Oświadczenie o cofnięciu odwołania zostało złożone przez osobę umocowaną do działania w imieniu wykonawcy.

Skład orzekający Izby, działając na podstawie art. 187 ust. 8 zdanie pierwsze i drugie oraz art. 192 ust. 1 zdanie drugie ustawy Pzp postanowił umorzyć postępowanie odwoławcze w niniejszej sprawie, ponieważ oświadczenie o cofnięciu odwołania uznać należy za oświadczenie najdalej idące złożone przez Stronę, która zainicjowała postępowanie odwoławcze. Złożenie takiego oświadczenia warunkuje zakończenie postępowania odwoławczego bez konieczności rozpoznawania zarzutów i merytorycznego stanowiska Izby. Odwołujący podejmuje bowiem decyzję o ostatecznym zaniechaniu kontynuowania sporu przed Izbą.

Orzekając o kosztach postępowania odwoławczego, Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniła okoliczność, iż cofnięcie odwołania miało miejsce przed otwarciem posiedzenia i rozprawy, zatem za rzecz Odwołującego należało zwrócić 90% kwoty wpisu uiszczanego na rachunek Urzędu Zamówień Publicznych, stosownie do § 5 ust. 1 pkt 3a rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 roku w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2018r., poz. 972).

**Przewodniczący:**

.....