

POSTANOWIENIE

z dnia 21 grudnia 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Klaudia Szczytowska-Maziarz

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron i uczestników postępowania odwoławczego w dniu 21 grudnia 2020 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 15 grudnia 2020 r. przez wykonawcę **Budimex S.A., ul. Siedmiogrodzka 9, 01-204 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez **Uniwersytet Medyczny w Białymstoku, ul. J. Kilińskiego 1, 15-089 Białystok**

przy udziale wykonawcy **Strabag Sp. z o.o., ul. Parzniewska 10, 08-500 Pruszków**, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego

postanawia:

1. **umorzyć postępowanie odwoławcze,**
2. nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz wykonawcy **Budimex S.A., ul. Siedmiogrodzka 9, 01-204 Warszawa** kwoty **18 000 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy złotych zero groszy), stanowiącej 90% uiszczanego wpisu.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 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 Białymstoku.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

W odniesieniu do postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, prowadzonego przez Uniwersytet Medyczny w Białymstoku, ul. J. Kilińskiego 1, 15-089 Białystok (dalej „zamawiający”) w trybie przetargu nieograniczonego na „Budowę Centrum Prewencji i Medycyny Spersonalizowanej oraz Centrum Genomu wraz z zagospodarowaniem terenu, przebudową sieci podziemnych, rozbiórką budynku byłej pralni i uzyskaniem ostatecznej decyzji o pozwoleniu na użytkowanie” wykonawca Budimex S.A., ul. Siedmiogrodzka 9, 01-204 Warszawa (dalej „odwołujący”) wniósł odwołanie wobec czynności zamawiającego, polegającej na ustaleniu treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej „SIWZ”)

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1. art. 139 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 poz. 1843 ze zm.) [dalej „ustawa pzp”] w zw. z art. 5 i 353(1) KC w zw. z art. 473 § 1 KC w zw. z art. 483 KC w zw. z art. 484 § 2 KC w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez zastrzeżenie przez Zamawiającego w ramach Umowy kar umownych za opóźnienie bez precyzyjnego określenia podstaw ich naliczania, jak również zastrzeżenie kar umownych o rażąco wygórowanej wysokości, bez przewidzenia jakiegokolwiek limitu,
2. art. 139 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 353 (1) KC w zw. z art. 647 KC w zw. z art. 5 KC w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 29 ust. 1 ustawy Pzp oraz art. 140 ust. 1 w zw. z art. 144 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez zastrzeżenie przez zamawiającego w § 3 ust. 5 Umowy uprawnienia do jednostronnego zmniejszenia zakresu rzeczowego umowy, bez wskazania zakresu możliwych zmian z tego wynikających, co godzi w zasadę niezmienności zakresu świadczenia, generując ryzyka niemożliwe do skalkulowania, a w konsekwencji narusza równowagę stron umowy i prowadzi do nadużycia prawa podmiotowego przez Zamawiającego,
3. art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp w zw. z art. 31 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 36 ust. 1 pkt 3) ustawy Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp oraz art. 139 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 353 (1) KC w zw. z art. 5 KC, poprzez wprowadzenie do wzoru umowy postanowień naruszających bezwzględnie obowiązujące przepisy prawa oraz równowagę stron umowy i prowadzących do naruszenia praw podmiotowych wykonawców, a przejawiających się w przerzuceniu na wykonawców wszelkich ryzyk związanych z nieprawidłowym i niejednoznacznym opisem przedmiotu zamówienia, w tym

zobowiązujących wykonawców do oszacowania w cenie ofertowej wszelkich prac związanych z realizacją zamierzenia inwestycyjnego, nawet nie mających oparcia w udostępnionej dokumentacji projektowej stanowiącej opis przedmiotu zamówienia,

4. art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp w zw. z art. 31 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 139 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 5 i 353 (1) KC w zw. z art. 647 i 651 KC w zw. z art. 18 ust. 1 pkt. 1), art. 20 ust. 1 i ust. 2 ustawy Prawo Budowlane w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez nałożenie na wykonawcę w ramach § 3 ust. 3 Umowy obowiązku szczegółowego sprawdzenia dokumentacji projektowej przekazanej przez zamawiającego, a w konsekwencji przejęcie ryzyka za dokumentację projektową niepochodzącą od wykonawcy, co w konsekwencji zaburza równowagę stron umowy i prowadzi do naruszenia praw wykonawcy,
5. art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp w zw. z art. 31 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 142 ust. 5 ustawy Pzp w zw. z art. 139 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 5 i 353 (1) KC w zw. z art. 647 KC w zw. z art. 357 (1) KC w zw. z art. 358 (1) § 3 KC w zw. z art. 632 § 2 KC w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez wprowadzenie do wzoru umowy postanowienia § 3 ust. 2 wyłączonego możliwość zgłaszania przez wykonawców roszczeń wynikających z wystąpienia zdarzeń przyszłych, niezależnych od działań samego wykonawcy, co w konsekwencji prowadzi do przerzucenia na wykonawców wszelkich ryzyk kontraktowych dotyczących realizacji niniejszego zamierzenia inwestycyjnego, co narusza zasadę równowagi stron umowy i prowadzi do nadużycia prawa podmiotowego przez zamawiającego,
6. art. 139 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 5 i 353(1) kodeksu cywilnego w zw. z art. 647 kodeksu cywilnego w zw. z art. 654 kodeksu cywilnego w zw. z art. 577 § 4 KC w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez wprowadzenie do Umowy postanowień uzależniających wypłatę należnego wynagrodzenia i rozpoczęcia biegu terminu gwarancji od usunięcia wad zidentyfikowanych w ramach odbioru końcowego bez ich zdefiniowania, co godzi w istotę i naturę umowy o roboty budowlane, 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.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz o nakazanie zamawiającemu dokonania zmian SIWZ w sposób skonkretyzowany w uzasadnieniu odwołania, tj.

1. ustalenie w ramach Umowy limitu kar na poziomie 10% wynagrodzenia umownego brutto,
2. modyfikację katalogu kar wskazanych w § 12 ust. 1 lit. b)-f) oraz h) Umowy, poprzez sankcjonowanie wykonawcy jedynie za przypadki zawinionego opóźnienia i ustalenie wysokości kar umownych na poziomach rynkowych, tj. nadanie im przykładowo następującego brzmienia:
 - *w przypadku niedotrzymania terminu zakończenia przedmiotu umowy określonego w § 2 ust. 1 w wysokości 0,05 % całkowitego wynagrodzenia umownego brutto, za każdy dzień zwłoki,*
 - *za zwłokę w usunięciu wad stwierdzonych przy odbiorze lub zgłoszonych w ramach rękojmi tub udzielonej gwarancji w wysokości 0,02 % całkowitego wynagrodzenia umownego brutto, za każdy dzień zwłoki Uczzonego od dnia wyznaczonego na usunięcie wad,*
 - *w przypadku braku zapłaty wynagrodzenia należnego podwykonawcom lub dalszym podwykonawcom lub w przypadku nieterminowej zapłaty wynagrodzenia należnego podwykonawcom lub dalszym podwykonawcom w wysokości 0,02 % całkowitego wynagrodzenia umownego brutto danej umowy podwykonawczej, za każdy dzień zwłoki Uczzonej od upływu terminu zapłaty (alternatywnie: 2.000,00 zł za każdy stwierdzony przypadek),*
 - *w przypadku nieprzedłożenia do zaakceptowania projektu umowy o podwykonawstwo, której przedmiotem są roboty budowlane, lub projektu jej zmian w wysokości 0,02 % całkowitego wynagrodzenia umownego brutto danej umowy podwykonawczej, za każdy nieprzedłożony do akceptacji projekt Umowy lub jego zmianę (alternatywnie: 2.000,00 zł za każdy stwierdzony przypadek),*
 - *w przypadku nieprzedłożenia poświadczonej za zgodność z oryginałem kopii umowy o podwykonawstwo lub jej zmiany w wysokości 0,02 % całkowitego wynagrodzenia umownego brutto danej umowy podwykonawczej, za każdą nie przedłożoną Umowę tub jej zmianę (alternatywnie: 2.000,00 zł za każdy stwierdzony przypadek),*
 - *w przypadku stwierdzenia przez zamawiającego niedotrzymania warunku dotyczącego zatrudnienia na podstawie umowy o pracę przez wykonawcę lub podwykonawcę/dalszego podwykonawcę w wysokości 2.000,00 zł za każdy stwierdzony przypadek*
3. modyfikację treści § 3 ust. 5 Umowy, poprzez nadanie mu następującego brzmienia:
Wynagrodzenie określone w ust. 1 niniejszego paragrafu może ulec odpowiedniemu

zmniejszeniu w przypadku zmniejszenia zakresu rzeczowego przedmiotu umowy, z zastrzeżeniem, iż łączne zmniejszenie zakresu umownego nie może przekroczyć 20% całości zakresu rzeczowego umowy. W takim przypadku z wynagrodzenia ryczałtowego wyłączone zostaną kwoty odpowiadające kosztom zmniejszonego zakresu rzeczowego i wynagrodzenie z tego tytułu ustalone zostanie na podstawie uzgodnionego przez Strony kosztorysu. Zmiany zakresu rzeczowego wprowadzone zostaną w ramach zmiany umowy na podstawie § 15 ust. 2 Umowy,

4. *zakwalifikowanie zmiany zakresu rzeczowego jako jedną z podstaw zmiany umowy w rozumieniu art. 144 ustawy Pzp, uregulowanej w ramach § 15 ust. 2 Umowy i wymagającej podpisania aneksu przez strony, przy jednoczesnym wprowadzeniu procentowego limitu możliwego zmniejszenia zakresu umownego, tj. dodanie w ramach § 15 ust. 2 Umowy postanowienia o przykładowej następującej treści: *Zmiana umowy możliwa jest w sytuacji, gdy (...) wystąpi konieczności zaniechania realizacji części umowy lub zmniejszenia zakresu umownego, z zastrzeżeniem, że łączne zmniejszenie zakresu umownego nie może przekroczyć 20% całości zakresu rzeczowego umowy. IV przypadku wystąpienia przedmiotowej sytuacji wynagrodzenie umowne zostanie odpowiednio pomniejszone o wartość elementów, o które pomniejszono zakres przedmiotu umowy. Wartość robót zaniechanych zostanie obliczona na podstawie kosztorysu robót niewykonanych, o którym mowa w § 3 ust. 8 i 9 Umowy,**
5. *nadanie treści § 4 ust. 1 lit. h Umowy następującego brzmienia: *Wykonawca zobowiązuje się w ramach przyjętej ceny ryczałtowej wykonać roboty niezbędne, których wykonanie przy dochowaniu należytej staranności i przy założeniu zawodowego charakteru jego działalności można było zidentyfikować na podstawie dokumentów i danych udostępnionych przez Zamawiającego w postępowaniu przetargowym. Robót tych nie wolno rozpoczynać bez zgody Zamawiającego i autora projektu sprawującego nadzór autorski. Inne prace, których nie można było wywieść z udostępnionej dokumentacji, a których wykonanie stanie się konieczne dla dalszego kontynuowania zaplanowanych robót wprowadzane będą w trybie zmian umowy jako roboty dodatkowe i/lub zamienne,**
6. *modyfikację treści SIWZ, poprzez wykreślenie § 3 ust. 3 wzoru Umowy,*
7. *modyfikację treści § 3 ust. 2 Umowy i nadanie mu następującego brzmienia: *kwota określona w ust. 1 odpowiada zakresowi robót przedstawionemu w opisie przedmiotu zamówienia i jest tzw. wynagrodzeniem ryczałtowym. Zawiera ona ponadto następujące koszty: koszty wszelkich robót przygotowawczych, demontażowych, wyburzeniowych, odtworzeniowych, porządkowych, robót związanych z utrudnieniami wynikającymi**

- z realizacji robót bez wyłączenia obiektu z eksploatacji, zagospodarowanie miejsca robót,*
8. nadanie § 10 ust. 1 Umowy brzmienia: *Strony ustalają, że rozliczenie za wykonane roboty budowlane objęte umową nastąpi:*
- a) fakturami częściowymi za wykonane i odebrane roboty budowlane, na podstawie protokołu odbioru częściowego podpisanego przez kierownika budowy i inspektora nadzoru,*
 - b) fakturą końcową, w wysokości nie mniejszej niż 10% wynagrodzenia umownego brutto, wystawioną po podpisaniu protokołu odbioru końcowego oraz po uzyskaniu ostatecznej decyzji o pozwoleniu na użytkowanie.*
9. nadanie § 10 ust. 1 i 11 ust. 2 Umowy brzmienia: § 11 ust. 2 Umowy: *Termin rękojmi kończy się z upływem 60 miesięcy, zaś termin gwarancji kończy się z upływem miesięcy licząc od dnia podpisania protokołu odbioru końcowego. Jeżeli producent/dostawca/sprzedawca udziela dłuższej gwarancji na materiały lub urządzenia zastosowane do wykonania przedmiotu umowy, obowiązuje gwarancja producenta/dostawcy/sprzedawcy.*

Pismem z dnia 18 grudnia 2020 r. odwołujący cofnął odwołanie.

Ze względu na fakt, że odwołanie można cofnąć w każdym czasie do zamknięcia rozprawy, jego cofnięcie, zgodnie z art. 187 ust. 8 ustawy Pzp oznacza, że postępowanie odwoławcze podlega umorzeniu.

Dlatego też postanowiono jak w sentencji.

Uwzględniając art. 187 ust. 8 zdanie 2 ustawy Pzp skład orzekający Izby postanowił zwrócić na rzecz odwołującego 90 % kwoty uiszczonego wpisu.

Przewodniczący: