



Sokółka, dnia 10 marca 2022 r.

PI.I.271.6.2022

Krajowa Izba Odwoławcza
ul. Postępu 17a, 02-676 Warszawa

Zamawiający: Gmina Sokółka
Pl. Kościuszki 1, 16-100 Sokółka
NIP 5451815942
reprezentowana przez Adama Juchnika
Zastępcę Burmistrza Sokółki

Odwołujący: Budimex SA
ul. Siedmiogrodzka 9, 01-204 Warszawa
KRS 0000001764
reprezentowany przez r.pr. Annę Wrzesień

dotyczy: postępowania prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego pn. Budowa Gminnego Centrum Przesiadkowego w Sokółce (nr ref.: PI.I.271.6.2022)

Odpowiedź Zamawiającego
na odwołanie
Budimex SA z siedzibą w Warszawie z dnia 4 marca 2022r.
- uwzględnienie zarzutów w całości

Niniejszym, działając w imieniu Gminy Sokółka, w odpowiedzi na odwołanie Budimex SA z siedzibą w Warszawie, w oparciu o przepis art. 522 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019r. Prawo zamówień publicznych wskazuję, że Zamawiający:

- 1) **uwzględnia w całości zarzuty zawarte w odwołaniu,**
- 2) **dokonuje zmiany w treści SWZ w następujący sposób:**
 1. w Załączniku nr 2 do SWZ (Projektowane postanowienia umowy) § 2 pkt 10) otrzymuje brzmienie: *Umowa obowiązuje od dnia podpisania, przy czym ustala się następujące terminy jej realizacji: pełnienie nadzoru autorskiego nad wykonaniem robót budowlanych realizowa-*



- nich w oparciu o Dokumentację - od dnia uzyskania stosownych zgód i/lub decyzji niezbędnych do wykonania Obiektu do dnia podpisania protokołu odbioru końcowego i uzyskania właściwego orzeczenia pozwalającego na użytkowanie Obiektu,
2. w Załączniku nr 2 do SWZ (Projektowane postanowienia umowy) § 8 ust. 4 otrzymuje brzmienie: *Jeżeli w toku czynności odbiorowych zostaną stwierdzone wady, Zamawiającemu przysługują następujące uprawnienia:*
- 1) *w przypadku wad istotnych nadających się do usunięcia Zamawiający może odmówić dokonania odbioru końcowego, wyznaczając termin usunięcia wad,*
 - 2) *w przypadku nieistotnych wad nadających się do usunięcia Zamawiający dokonuje odbioru końcowego, wyznaczając termin usunięcia wad,*
 - 3) *w przypadku wad nienadających się do usunięcia, Zamawiający może odpowiednio:*
 - a) *obniżyć wynagrodzenie za wadliwy element oraz elementy współpracujące z tym wadliwym elementem o kwotę równą wartości wykonanych robót w zakresie wadliwych elementów oraz elementów współpracujących; oszacowanie odbędzie się w drodze porozumienia stron Umowy – w przypadku rozbieżności stanowisk zostanie powołany przez Zamawiającego rzeczoznawca na koszt Wykonawcy,*
 - b) *gdy wady te uniemożliwiają lub w znacznym stopniu ograniczają użytkowanie przedmiotu Umowy zgodnie z przeznaczeniem - odstąpić od Umowy w całości lub w części w terminie wskazanym w § 26 ust. 1 Umowy bądź żądać wykonania wadliwego elementu po raz drugi bez względu na koszt jego wykonania.*
3. w Załączniku nr 2 do SWZ (Projektowane postanowienia umowy) § 8 ust. 6 otrzymuje brzmienie: *Data protokołu końcowego odbioru przedmiotu zamówienia lub data protokołu zastępczego usunięcia usterek w przedmiocie zamówienia będzie dniem początku biegu okresu rękojmi i gwarancji.*
4. w Załączniku nr 2 do SWZ (Projektowane postanowienia umowy) § 21 ust. 1 lit. d) otrzymuje brzmienie: *Strony ustalają, że rozliczenie i płatność za roboty odbywać się będzie na podstawie częściowych faktur VAT w sposób następujący: 46% wartości umówionego wynagrodzenia po protokolarnym odbiorze robót przez Zamawiającego opisanym szczegółowo w § 8 ust. 2 pkt 4) Umowy – w terminie 30 dni od dnia wystawienia faktury.*
5. w Załączniku nr 2 do SWZ (Projektowane postanowienia umowy) § 23 ust. 3 otrzymuje brzmienie: *Okres gwarancji i rękojmi zaczyna bieg od daty podpisania końcowego protokołu odbioru robót.*
6. w Załączniku nr 2 do SWZ (Projektowane postanowienia umowy) § 24 ust. 3 otrzymuje brzmienie: *Kwota stanowiąca 70% wniesionego zabezpieczenia należytego wykonania Umowy zostanie zwrócona (o ile nie zostanie wykorzystana na pokrycie roszczeń Zamawiającego) w terminie 30 dni od dnia podpisania protokołu odbioru końcowego robót natomiast pozostała wartość wniesionego zabezpieczenia należytego wykonania umowy (30%) zostanie zwrócona w ciągu 14 dni od upływu okresu rękojmi i gwarancji, z uwzględnieniem terminów przedłużenia rękojmi i gwarancji, o których mowa w § 23 Umowy.*



7. w Załączniku nr 2 do SWZ (Projektowane postanowienia umowy) § 21 ust. 9 otrzymuje brzmienie: *„Warunkiem zapłaty każdej faktury VAT Wykonawcy jest przedłożenie przez Wykonawcę, w terminie 3 dni roboczych przed terminem płatności faktury VAT, oświadczeń wszystkich zgłoszonych w trybie § 6 podwykonawców i dalszych podwykonawców, potwierdzających, że otrzymali pełne wynagrodzenie należne im za roboty budowlane, usługi lub dostawy wykonane w okresie objętym protokołem odbioru robót (końcowym lub częściowym), na podstawie którego wystawiona została faktura VAT Wykonawcy lub odpowiednio oświadczenie, że w danym okresie rozliczeniowym nie wykonywali robót, usług lub dostaw”.*
 8. w Załączniku nr 2 do SWZ (Projektowane postanowienia umowy) § 28 ust. 14 otrzymuje brzmienie: *„Maksymalna wartość zmiany Wynagrodzenia netto, jaką dopuszcza się w efekcie zastosowania postanowień niniejszego paragrafu nie może przekroczyć 7% wartości Wynagrodzenia netto”.*
- 3) **wnosi o umorzenie postępowania przez Krajową Izbę Odwoławczą.**

Uzasadnienie

Gmina Sokółka ogłosiła dnia 22 marca 2022r. postępowanie prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego pn. Budowa Gminnego Centrum Przesiadkowego w Sokółce (nr ref.: PI.I.271.6.2002). Inwestycja ma być prowadzona w systemie „zaprojektuj i wybuduj”, zaś oczekiwania Zamawiającego zostały określone m.in. w Programie Funkcjonalno – Użytkowym, specyfikacji warunków zamówienia oraz w załączniku zawierającym projektowane postanowienia umowy.

Odwołujący się zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

- 1) art. 8 ust. 1 ustawy PZP w zw. Z art. 5 i 353.1 kc w zw. Z art. 647 kc w zw. Z art. 577 § 4 kc w zw. Z art. 568 § 1 kc w zw. Z art. 453 ust 1 i 2 ustawy pzp w zw. Z art. 16 ustawy pzp poprzez wprowadzenie do projektowanych postanowień umowy postanowień uzależniających wypłatę należnego wynagrodzenia i rozpoczęcie biegu terminu gwarancji i rękojmi oraz zwrotu 70 % zabezpieczenia od usunięcia wszelkich wad zidentyfikowanych w ramach odbioru końcowego, 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,
- 2) art. 447 ust 1 i 2 ustawy pzp w zw. z art. 465 ust 1 ustawy pzp w zw. z art. 16 ustawy pzp w zw. Z art. 8 ust 1 ustawy pzp w zw. z art. 647.1 § 1 kc poprzez uregulowanie procedury warunkującej zapłatę faktury VAT na rzecz wykonawcy, jak również procedury bezpośredniej zapłaty przez Zamawiającego na rzecz podwykonawców w sposób odbiegający od



obowiązujących przepisów ustawy pzp w tym zakresie, wskazujący na nieuprawnioną ingerencję Zamawiającego w niewymagalne płatności na rzecz podwykonawców,

3) art. 455 ust 1 ustawy pzp w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy pzp w zw. z art. 5 i 353.1 kc w zw. z art. 16 ustawy pzp w zw. z art. 439 ust. 1 i ust. 2 pkt 4) ustawy pzp poprzez wprowadzenie limitu wartości zmian umowy dotyczących robót dodatkowych, zamiennych, zaniechanych czy uzupełniających w sytuacji niemożliwości przewidzenia ich zakresu na moment składania oferty, połączonego z limitem waloryzacji umowy, co narusza zasady zmiany umowy i jej waloryzacji przewidziane przez ustawodawcę, generując niemożliwe do skalkulowania ryzyka związane ze sposobem realizacji przedmiotowego zamówienia.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący się wskazał, że Zamawiający w specyfikacji warunków zamówienia rozróżnia sytuację wystąpienia wad istotnych i nieistotnych (vide §8 ust. 4 Umowy), jednak czyni to w sposób niekonsekwentny, o tyle, że zrównuje skutki wystąpienia obu przypadków. Identyczne konsekwencje dla wykonawcy np. w postaci braku zapłaty wynagrodzenia czy rozpoczęcia biegu okresu gwarancji i rękojmi wystąpią bowiem zarówno w przypadku braku odbioru robót wynikającego z wad istotnych, jak i w przypadku zidentyfikowanych wad nieistotnych skutkujących wystawieniem protokołu warunkowego. Poprzez tak ukształtowane postanowienia umowne w ocenie Wykonawcy Zamawiający uchyla się de facto od ciężącego na Nim, bezwzględnego obowiązku wynikającego z treści art. 647 kc, który wskazuje, że jednym z podstawowych obowiązków inwestora, w tym wypadku Zamawiającego, w ramach umowy o roboty budowlane jest dokonanie odbioru robót i skorelowane z nim wypłacenie należnego wykonawcy wynagrodzenia. W konsekwencji niedopuszczalnym jest wprowadzanie tzw. bezusterkowego odbioru robót, co potwierdza jednolicie zarówno orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej jak i sądów powszechnych. Z uwagi na powyższe wnosimy o modyfikację treści SWZ poprzez nadanie projektowanym postanowieniom umownym określonej treści.

Odwołujący się podniósł również, że w odniesieniu do art. 465 ust. 1 ustawy Pzp, regulującej obowiązek bezpośredniej zapłaty przez Zamawiającego na rzecz podwykonawców: „Obowiązek zapłaty dotyczy tylko wynagrodzenia wymagalnego, czyli takiego, które jest należne w świetle postanowień umowy o podwykonawstwo i którego termin zapłaty już nadszedł”, Zamawiający nie ma uprawnienia do kreowania dodatkowych obowiązków nakładanych na rzecz wykonawców w zakresie niewymagalnych płatności, zwłaszcza, że informacja co do ich wymagalności wynika z treści umów o podwykonawstwo zgłaszanych Zamawiającemu i pozostających w jego dyspozycji. Biorąc pod uwagę powyższe wniósł o modyfikację treści SWZ, poprzez nadanie § 21 ust. 9 Umowy przykładowo następującego brzmienia: „Warunkiem zapłaty każdej faktury VAT Wykonawcy jest przedłożenie przez Wykonawcę, w terminie 3 dni roboczych przed terminem płatności faktury VAT, oświadczeń wszystkich zgłoszonych w trybie § 6 podwykonawców i dalszych podwykonawców, potwierdzających, że otrzymali pełne wynagrodzenie należne im za roboty budowlane, usługi lub dostawy wykonane w okresie objętym proto-



kołem odbioru robót (końcowym lub częściowym), na podstawie którego wystawiona została faktura VAT Wykonawcy lub odpowiednio oświadczenie, że w danym okresie rozliczeniowym nie wykonywali robót, usług lub dostaw”.

W zakresie Załącznika nr 2 do SWZ (Projektowane postanowienia umowy) - § 28 ust. 14 Wykonawca podniósł, że w konieczność zmiany umowy w zakresie robót dodatkowych, zamiennych, zaniechanych czy uzupełniających wpisana jest pewna nieprzewidywalność takich sytuacji, której nie da się z góry ustalić ani co do zasady, ani co do wysokości. Innymi słowy, odgórne nałożenie jakiegokolwiek limitu dotyczącego zmian w tych zakresach uniemożliwia dostosowanie umowy do zmieniających się uwarunkowań czy identyfikowanych na bieżąco elementów właściwych danej realizacji. Całkowicie, zdaniem Wykonawcy, niweczy to ideę zmiany umowy na wypadek robót dodatkowych, zamiennych, zaniechanych czy uzupełniających, uniemożliwiając tak naprawdę prawidłowe skorzystanie z tych instytucji, eliminując de facto szansę na właściwą reakcję w sytuacjach nieprzewidywalnych, mogących być rozpatrywanymi przez ich pryzmat. Biorąc pod powyższe, wniesiono o modyfikację treści SWZ, poprzez nadanie § 28 ust. 14 Umowy przykładowo następującego brzmienia: *„Maksymalna wartość zmiany Wynagrodzenia netto, jaką dopuszcza się w efekcie zastosowania postanowień niniejszego paragrafu nie może przekroczyć 7% wartości Wynagrodzenia netto”.*

Zamawiający, po dokonanej analizie projektowanych postanowień umownych, doszedł do przekonania, że ochrona interesów Zamawiającego nie dozna uszczerbku wskutek uwzględnienia zaproponowanych zmian, w związku z czym uwzględnił zarzuty zawarte w odwołaniu w całości.