Sygn. akt: KIO 2838/24

POSTANOWIENIE

Warszawa, dnia 10 września 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Przemysław Dzierzędzki

Mateusz Paczkowski

Anna Kuszel-Kowalczyk

Protokolant: Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron i uczestników postępowania odwoławczego w dniu 10 września 2024 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 8 sierpnia 2024 r. przez wykonawcę Budimex S.A. w Warszawie

w postępowaniu prowadzonym przez Centralny Port Komunikacyjny sp. z o.o. w Warszawie

przy udziale uczestników po stronie odwołującego:

A. wykonawcy Gülermak Ağır Sanayi İnşaat ve Taahhüt A.Ş. działający przez oddział w Polsce Gülermak Ağır Sanayi İnşaat ve Taahhüt A.Ş. Oddział w Polsce z siedzibą w Warszawie,

B. wykonawcy NDI S.A. w Sopocie,

C. wykonawcy PORR S.A. w Warszawie,

D. wykonawcy Strabag sp. z o.o. w Pruszkowie,

E. wykonawcy Torpol S.A. w Poznaniu

postanawia:

1. umorzyć postępowanie odwoławcze,

2. znieść wzajemnie koszty postępowania odwoławczego i nakazać Urzędowi Zamówień Publicznych zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych kwoty 20.000,00 zł (słownie: dwudziestu tysięcy złotych zero groszy) na rzecz wykonawcy Budimex S.A. w Warszawie, stanowiącej wpis od odwołania.

Na orzeczenie - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie -Sądu Zamówień Publicznych.

Przewodniczący: ……..……

Sygn. akt: KIO 2838/24

U z a s a d n i e n i e

Centralny Port Komunikacyjny sp. z o.o. w Warszawie, zwany dalej „zamawiającym”, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2023 r. poz. 1605 ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp” lub „Pzp”, którego przedmiotem jest budowa tunelu dalekobieżnego w Łodzi w ciągu linii kolejowej nr 85, od komory Retkinia do komory Fabryczna wraz z infrastrukturą niezbędną do budowy oraz funkcjonowania tunelu, komór i linii kolejowej.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 29 lipca 2024 r., Dz.U. S: 146/2024, nr 454263-2024.

Wobec czynności i zaniechań zamawiającego w ww. postępowaniu w dniu 8 sierpnia 2024 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wniósł odwołanie wykonawca Budimex S.A. w Warszawie, zwany dalej „odwołującym”.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1) art. 8 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 647, art. 654, art. 5 i art. 353^1 KC w zw. z art. 16 ustawy Pzp poprzez wprowadzenie do Wzoru Umowy niespójnych i niejasnych postanowień dotyczących zasad odbioru robót budowlanych, uzależniających de facto dokonanie odbioru i wypłatę należnego wynagrodzenia od odbioru bezusterkowego, 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 (zarzut nr 1);

2) art. 16 ustawy Pzp w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 99 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 431 ustawy Pzp, art. 434 ust. 1 ustawy Pzp w zw. art. 353^1 KC, w zw. z art. 58 KC i w zw. z art. 5 KC, w związku z art. 54 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej poprzez zastrzeżenie w ramach projektowanych postanowień Umowy Klauzuli Sprzeczności Interesów, opartej na zasadzie gwarancyjnej (niezależnie od winy wykonawcy), stanowiącej w przewidzianym przez Zamawiającego kształcie wyraz wykorzystania pozycji dominującej i rażącego uprzywilejowania w treści projektowanych postanowień Umowy pozycji Zamawiającego, wbrew zasadom współżycia społecznego i właściwości stosunku prawnego, w sposób stanowiący ponadto nadużycie prawa (zarzut nr 2);

3) art. 16 ustawy Pzp w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 99 ust. 1 ustawy Pzp, 353^1 KC poprzez uwzględnienie w ramach projektowanych postanowień Umowy definicji wyjątkowo niesprzyjających warunków atmosferycznych, która praktycznie eliminuje

możliwość zaistnienia potrzeby zmiany umowy z powodu ich wystąpienia, co stanowi przekroczenie granic swobody umów i ukształtowanie treści przyszłego stosunku prawnego w sposób sprzeczny z jego naturą oraz stanowi wyraz wykorzystania pozycji dominującej i rażącego uprzywilejowania w treści projektowanych postanowień Umowy pozycji Zamawiającego, wbrew zasadom współżycia społecznego i właściwości stosunku prawnego, w sposób stanowiący ponadto nadużycie prawa (zarzut nr 3);

4) art. 16 ustawy Pzp w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 99, art. 431 i art. w zw. z art. 5 i 353^1 KC w zw. z art. 647 KC i w zw. z art. 5 KC poprzez przekroczenie granic swobody kształtowania stosunku prawnego i określenie, że wartość kosztów pośrednich w odpowiednich zakresach nie może przekroczyć wskazanej przez Zamawiającego procentowej kwoty, co prowadzi do naruszenia równowagi stron, stanowi wyraz wykorzystania i nadużycia pozycji dominującej oraz rażącego uprzywilejowania pozycji Zamawiającego, wbrew zasadom współżycia społecznego i właściwości stosunku prawnego (zarzut nr 4).

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu dokonania zmiany treści SWZ i ogłoszenia w sposób wskazany w uzasadnieniu odwołania.

Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której oświadczył, że:

1) w odniesieniu do zarzutu nr 1 odwołania postanowił zmienić postanowienie Załącznika nr 13 ust. 3) pkt 1) i 2) i nadać im następujące brzmienie: "Bieg okresu gwarancji jakości rozpoczyna się:

1) z chwilą odbioru końcowego Prac przez Zamawiającego

2) w zakresie Prac dotkniętych Wadami stwierdzonymi w protokole odbioru końcowego, bieg gwarancji rozpoczyna się z chwilą potwierdzenia usunięcia Wad przez Zamawiającego odpowiednim protokołem;”.

2) w odniesieniu do zarzutu nr 3 odwołania postanowił zmienić postanowienie ust. 5 pkt 5.2 ppkt. 8 lit. h) Załącznika nr 17 do Umowy nadając mu następujące brzmienie: „(h) wystąpią wyjątkowo niesprzyjające warunki atmosferyczne, tj. warunki atmosferyczne, które łącznie spełniają następujące przesłanki:

(i) spowodują zakłócenia w wykonywaniu przedmiotu Umowy lub brak możliwości kontynuowania wykonywania przedmiotu Umowy,

(ii) liczba dni, w których wystąpiły takie warunki atmosferyczne w danym miesiącu kalendarzowym, jest większa od średniej dla takiego samego miesiąca kalendarzowego w ostatnich 10 latach liczonych od dnia upływu terminu składania ofert w postępowaniu zakończonym podpisaniem Umowy;”

Dodatkowo, w odniesieniu do zarzutu nr 4 odwołania, w dniu 9 września 2024 r. zamawiający dokonał modyfikacji treści ust. 6 pkt 6.4 ppkt 1) Załącznika nr 17 do Umowy.

Odwołujący w piśmie procesowym z dnia 27 sierpnia 2024 r. oświadczył, że uznaje, iż zarzut nr 3 stał się bezprzedmiotowy i wniósł o umorzenie postępowania odwoławczego w tym zakresie, na podstawie art. 568 pkt 2 ustawy Pzp, w związku ze zmianą w dokumentacji wprowadzoną przez Zamawiającego.

Dodatkowo w piśmie procesowym z dnia 27 sierpnia 2024 r. odwołujący oświadczył, że cofa zarzut nr 1 odwołania w nieuwzględnionym zakresie i wniósł o umorzenie postępowania odwoławczego w tym zakresie.

Dodatkowo w trakcie posiedzenia Izby w dniu 10 września 2024 r., przed otwarciem rozprawy, odwołujący oświadczył, że cofa odwołanie w zakresie zarzutu nr 2.

Odwołujący w trakcie posiedzenia Izby w dniu 10 września 2024 r., przed otwarciem rozprawy, oświadczył, że wobec ww. modyfikacji zarzut nr 4 stał się bezprzedmiotowy i wniósł o umorzenie postępowania odwoławczego w tym zakresie, na podstawie art. 568 pkt 2 ustawy Pzp, w związku ze zmianą w dokumentacji wprowadzoną przez Zamawiającego.

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje.

Wobec modyfikacji postanowień SWZ zaskarżonych odwołaniem rozpoznawanie odwołania częściowo stało się zbędne, co nie było sporne między stronami. W pozostałym zakresie odwołujący oświadczył, że cofa odwołanie.

Zgodnie z art. 520 ust. 1 ustawy Pzp, odwołujący może cofnąć odwołanie do czasu zamknięcia rozprawy. Stosownie do art. 568 pkt 1 ustawy Pzp, Izba umarza postępowanie odwoławcze, w formie postanowienia, w przypadku cofnięcia odwołania.

Stosownie do art. 568 pkt 2 ustawy Pzp, Izba umarza postępowania odwoławcze, w formie postanowienia, w przypadku stwierdzenia, że dalsze postępowanie stało się z innej przyczyny zbędne lub niedopuszczalne.

W związku z powyższym Izba, działając na podstawie art. art. 520 ust. 1 ustawy Pzp i art. 568 pkt 1 ustawy Pzp oraz na podstawie art. 568 pkt 2 ustawy Pzp, postanowiła jak w pkt 1 sentencji.

Izba, kierując się wynikiem postępowania odwoławczego, stosując odpowiednio przepis § 9 ust. 2 w zw. § 9 ust. 1 pkt 3 lit. a rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437), postanowiła znieść wzajemnie koszty postępowania odwoławczego oraz zwrócić odwołującemu kwotę 20.000 zł uiszczoną tytułem wpisu od odwołania.

Przewodniczący: ……..……