

Sygn. akt: KIO 3186/24

POSTANOWIENIE

Warszawa, dnia 20 września 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca:

Aleksandra Kot

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron oraz uczestników postępowania odwoławczego w dniu 20 września 2024 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 2 września 2024 r. przez wykonawcę Strabag sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Międzygminny Kompleks Unieszkodliwiania Odpadów ProNatura sp. z o.o. z siedzibą w Bydgoszczy,

przy udziale uczestnika po stronie odwołującego – wykonawcy MTM Budownictwo sp. z o.o. z siedzibą w Tarnowie

postanawia:

1. umorzyć postępowanie odwoławcze;
2. nakazać zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz wykonawcy Strabag sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie kwoty 18 000,00 zł (słownie: osiemnaście tysięcy złotych 00/100) stanowiącej 90% uiszczonego wpisu 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.

Przewodnicząca:

Sygn. akt: KIO 3186/24

Uzasadnienie

Międzygminny Kompleks Unieszkodliwiania Odpadów ProNatura sp. z o.o. z siedzibą w Bydgoszczy (dalej: „Zamawiający” lub „ProNatura”) prowadzi na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2024 r. poz. 1320, dalej: „ustawa Pzp”) postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pn. „Budowa instalacji recyklingu organicznego wraz z infrastrukturą towarzyszącą – projektowanie i roboty budowlane wraz z dostawą urządzeń w ramach Projektu pn. „Instalacja recyklingu organicznego poprzez fermentację bioodpadów w MKUO ProNatura Sp. z o.o. w Bydgoszczy” (Numer referencyjny: MKUO ProNatura ZP/NO/43/24, dalej: „Postępowanie”).

Opłnienie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 23 sierpnia 2024 r. pod numerem: 506378-2024.

Wartość wskazanego zamówienia przekracza progi unijne.

2 września 2024 r. wykonawca Strabag sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie (dalej: „Odwołujący” lub „Strabag”) wniósł odwołanie na niezgodną z przepisami czynność Zamawiającego podjętą w Postępowaniu, polegającą na ustaleniu treści Specyfikacji Warunków Zamówienia (dalej: „SWZ”), w tym załącznika nr 6 do SWZ „Projektowane postanowienia umowy” (dalej: „Umowa”) w sposób naruszający przepisy ustawy Pzp oraz ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny (t.j. Dz.U. z 2024 r. poz. 1061 ze zm., dalej: „k.c.”).

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

- 1) art. 5 k.c., art. 353¹ k.c. i art. 387 k.c. w związku z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp i art. 134 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp poprzez wyznaczenie terminu realizacji przedmiotu zamówienia oraz terminów pośrednich w Części I punkt 6 SWZ oraz § 4 ust. 1 Umowy w sposób sprzeciwiający się naturze stosunku zobowiązaniowego, naruszający bezwzględnie obowiązujące przepisy prawa i równowagę stron, prowadzący do nadużyć prawa podmiotowego, a także czyniący świadczenie obiektywnie niemożliwym do wykonania na warunkach Umowy i skutkujący nieważnością stosunku zobowiązaniowego;
- 2) art. 99 ust. 1 ustawy Pzp, art. 433 pkt 3 ustawy Pzp w związku z art. 16 pkt 1-3, art. 8 ust. 1 ustawy Pzp, art. 353¹ k.c. w związku z art. 647 i art. 649 k.c. poprzez nieuzasadnione i bezpodstawne przerzucenie na wykonawcę w § 17 ust. 2 Umowy

w związku z Częścią XII punkt 1 podp. 2 SWZ odpowiedzialności i ryzyka finansowego realizacji przedmiotu umowy w przedłużonym czasie, z przyczyn nieleżących po stronie wykonawcy, w tym zależnych od Zamawiającego lub zależnych od działania organów administracji publicznej, zmiany warunków atmosferycznych, działania siły wyższej. Zamawiający przewiduje w takiej sytuacji możliwość zmiany wyłącznie terminu realizacji oraz terminów pośrednich, bez możliwości zmiany wynagrodzenia, w przypadku gdy dojdzie do opóźnień wynikających z działań lub zaniechań Zamawiającego lub w innych przypadkach np. opóźnień w wydaniu decyzji czy zgód ze strony organów administracyjnych, czy zaistnienia warunków atmosferycznych uniemożliwiających prowadzenie robót, podczas gdy takie ryzyko stanowi wyłączne ryzyko Zamawiającego, a jego przerzucenia na wykonawcę jest klauzulą abuzywną określoną w art. 433 pkt 3 ustawy Pzp;

3) art. 8 ust. 1 oraz 453 ust. 1 i 2 ustawy Pzp w związku z art. 353¹ k.c., art. 568 § 1 k.c., art. 638 k.c. i art. 656 § 1 k.c. poprzez ustalenie w treści § 16 ust. 3 Umowy, że redukcja zabezpieczenia należytego wykonania umowy następuje w terminie 30 dni od uznania umowy za wykonaną, tj. od dnia podpisania protokołu odbioru końcowego przedmiotu umowy bez zastrzeżeń lub usunięcia stwierdzonych w nim wad i usterek, podczas gdy zgodnie z zapisami § 7 ust. 2 wzoru Umowy od momentu sporządzenia Protokołu Odbioru Końcowego biegnie okres rękojmi, z kolei na podstawie § 6 ust. 16 i 18 Zamawiający jest zobowiązany do dokonania odbioru końcowego, w przypadku, gdy występują jedynie wady i usterki nieistotne – a data podpisania takiego protokołu jest uważana za datę odbioru końcowego. Z chwilą dokonania odbioru końcowego Zamawiający przejmie przedmiot Umowy i będzie go użytkował. Przy zaproponowanym zapisie umowy oznaczać będzie to, że zgodnie z art. 568 § 1 k.c. okres rękojmi rozpocznie się z chwilą wydania przedmiotu umowy Zamawiającemu, lecz w odniesieniu do zabezpieczenia należytego wykonania umowy okres rękojmi, skutkujący redukcją kwoty zabezpieczenia, zostanie odroczone na bliżej nieokreślony czas. Tym samym w okresie rękojmi na gruncie Umowy, wykonawca będzie zmuszony do utrzymywania ZNWU w kwocie wyższej niż wynika to z art. 453 ust. 2 ustawy Pzp;

4) art. 16 pkt 1-3 ustawy Pzp i art. 8 ust. 1 ustawy Pzp w związku z art. 353¹ k.c. i art. 647 k.c. w związku z art. 484 § 2 w związku z art. 483 k.c. i art. 473 § 1 k.c. ze względu na sformułowanie postanowień dotyczących kar umownych w sposób nadużywający swobody Zamawiającego do kształtowania postanowień umownych, uniemożliwiający wykonawcy prawidłowe oszacowanie ryzyk związanych z realizacją umowy oraz mogący prowadzić do niczym nieuzasadnionego wzbogacenia się Zamawiającego jak również ograniczać możliwości wykonawcy w zakresie przysługujących mu instrumentów prawnych, poprzez:

- a) określenie w § 14 ust. 1 pkt 1 Umowy kary umownej w wysokości 0,1 % za każdy rozpoczęty dzień zwłoki;
- b) określenie w § 14 ust. 1 pkt 1 Umowy kary umownej w wysokości 0,05 % za każdy rozpoczęty dzień zwłoki;
- c) brak w § 14 ust. 1 pkt 2 rozwiązań pozwalających na umorzenie kary umownej za zwłokę w dotrzymaniu terminu pośredniego, w sytuacji terminowego wykonania przedmiotu umowy;
- d) wprowadzenie do wzoru umowy w § 14 ust. 1 pkt 4 kary umownej w przypadku odstąpienia od Umowy przez wykonawcę, które zostanie uznane przez Zamawiającego za nieuzasadnione – co w praktyce prowadzi do sankcjonowania każdej próby odstąpienia od Umowy przez wykonawcę oraz niweczy karę zastrzeżoną w tym przypadku na rzecz wykonawcy;
- e) wprowadzenie do wzoru umowy w § 14 ust. 4 kary umownej naliczanej za zwłokę w przywróceniu stanu zgodności z umową, w sytuacji w której osiągnięcie tego rezultatu zostanie powierzone przez Zamawiającego podmiotowi trzeciemu, na działanie którego wykonawca nie będzie miał żadnego przełożenia.

W związku z powyższym Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości oraz nakazanie Zamawiającemu dokonanie następujących czynności – zmiany treści SWZ oraz wzoru Umowy stanowiącego załącznik nr 6 do SWZ w sposób wskazany w pkt I.2. petitum odwołania.

19 września 2024 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło pismo Strabag, w którym Odwołujący oświadczył, że cofa w całości odwołanie wniesione w przedmiotowej sprawie.

Mając na uwadze wskazane oświadczenie Izba uznała, że odwołanie zostało skutecznie wycofane przed otwarciem rozprawy i postanowiła umorzyć postępowanie odwoławcze oraz nakazać dokonanie zwrotu na rzecz Odwołującego 90% uiszczanego wpisu od odwołania. Powyższe powoduje zakończenie postępowania odwoławczego bez merytorycznego rozpoznania zarzutów odwołania.

W tym stanie rzeczy Izba na podstawie art. 520 ust. 1 ustawy Pzp, umorzyła postępowanie odwoławcze orzekając w formie postanowienia, zgodnie z art. 568 pkt 1 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 557 ustawy Pzp w zw. z § 9 ust. 1 pkt 3 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).

Przewodnicząca: