

POSTANOWIENIE

Warszawa, dnia 4 października 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie: Przewodniczący: Andrzej Niwicki

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 16 września 2024 r. przez wykonawcę STRABAG Sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie

w postępowaniu prowadzonym przez Wojewódzki Szpital Dziecięcy im. J. Brudzińskiego w Bydgoszczy

postanawia:

1. umarza postępowanie odwoławcze;
2. nakazuje Urzędowi Zamówień Publicznych dokonanie zwrotu kwoty 20 000 zł (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych) na rzecz STRABAG Sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie poniesionej z tytułu wpisu od odwołania.

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

Zamawiający: Wojewódzki Szpital Dziecięcy im. J. Brudzińskiego w Bydgoszczy prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego o wartości równej lub przekraczającej progi unijne pn. „Budowa ośrodka diagnostyki narządowej Wojewódzkiego Szpitala Dziecięcego im. J. Brudzińskiego”. Numer ogłoszenia: 497168-2024, ogłoszenie opublikowane w Suplemencie do Dziennika Urzędowego Unii Europejskiej: Dz. U. S: 160/2024 w dniu 19 sierpnia 2024 r.

Odwołujący: STRABAG Sp. z o.o. Pruszków wniósł dnia 16 września 2024 r. odwołanie na niezgodną z przepisami ustawy PZP czynność Zamawiającego podjętą w postępowaniu, polegającą na ukształtowaniu projektowanych postanowień umowy, stanowiących załącznik do Specyfikacji Warunków Zamówienia, zwanych dalej „Projektem Umowy”, w sposób naruszający przepisy ustawy PZP oraz Kodeksu cywilnego.

- I.1. Zamawiającemu zarzuca naruszenie art. 439 ust. 1 i ust. 2 pkt 1) ustawy PZP w zw. z art. 3531 i art. 5 KC w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy PZP w zw. z art. 16 pkt 3) i art. 17 ust. 1 ustawy PZP przez określenie w § 15 ust. 3 pkt 2) Projektu Umowy poziomu zmiany ceny materiałów lub kosztów uprawniającego do żądania zmiany wynagrodzenia na wysokości, która przy uwzględnieniu:
 - § 15 ust. 3 pkt 3) Projektu Umowy, który stanowi, że waloryzacja może dotyczyć wyłącznie wynagrodzenia za zakres zamówienia nieodebrany przez Zamawiającego przed dniem złożenia wniosku o waloryzację,
 - roz. X pkt 3 SWZ, z którego wynika, że preferowany termin wykonania zamówienia wynosi 18 miesięcy,

oznacza, że niemal całe wynagrodzenie wykonawcy nie będzie podlegało waloryzacji, a tym samym określony przez Zamawiającego poziom zmiany cen materiałów lub kosztów uprawniający wykonawcę do żądania zmiany wynagrodzenia uniemożliwia dokonanie prawidłowej i zgodnej z celem ustawy PZP zmiany wysokości wynagrodzenia wykonawcy w przypadku zmiany cen materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia, a klauzulę waloryzacyjną czyni iluzoryczną. Zamawiający przekracza swobodę w kształtowaniu postanowień przyszłej umowy w sprawie zamówienia publicznego, przerzucając na wykonawcę niemal pełne ryzyko zmiany cen materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia, co godzi w naturę stosunku zobowiązaniowego wynikającego z tej umowy i prowadzi do niedopuszczalnego zachwiania równowagi stron tego stosunku, a jego działania w tej mierze są nieproporcjonalne oraz sprzeczne z zasadą efektywności;

- I.2. Niezależnie od zarzutu pkt I.1 zarzucił naruszenie

art. 439 ust. 1 i ust. 2 pkt 2) ustawy PZP w zw. z art. 3531 i art. 5 KC w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy PZP w zw. z art. 16 pkt 3) i art. 17 ust. 1 ustawy PZP przez określenie w § 15 ust. 3 pkt 4) Projektu Umowy sposobu ustalania zmiany wynagrodzenia w ten sposób, że wynagrodzenie wykonawcy ulegnie waloryzacji o średnią arytmetyczną „sumy następujących po sobie wartości zmiany cen produkcji budowlano-montażowej w stosunku do miesiąca poprzedniego, licząc od miesiąca zawarcia umowy lub od miesiąca, w którym dokonano poprzedniej zmiany wynagrodzenia na podstawie § 15 ust. 3 umowy wynikających z komunikatów prezesa GUS, o których mowa w ust. 3 pkt 2)”, co przy uwzględnieniu określonego przez Zamawiającego poziomu zmiany ceny materiałów lub kosztów uprawniającego do żądania zmiany wynagrodzenia oznacza, że Zamawiający przerzuca na wykonawcę niemal w całości ryzyko związane ze wzrostem cen, a tym samym określony przez Zamawiającego sposób ustalania zmiany wynagrodzenia uniemożliwia dokonanie prawidłowej i zgodnej z celem ustawy PZP zmiany wysokości wynagrodzenia wykonawcy w przypadku zmiany cen materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia. Zamawiający przekracza swobodę w kształtowaniu postanowień przyszłej umowy w sprawie zamówienia publicznego, przerzucając na wykonawcę niemal pełne ryzyko zmiany cen materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia, co godzi w naturę stosunku

zobowiązaniowego wynikającego z tej umowy i prowadzi do niedopuszczalnego zachwiania równowagi stron tego stosunku, a jego działania w tej mierze są nieproporcjonalne oraz sprzeczne z zasadą efektywności.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie z 30 września 2024 r. oświadczył, iż:

1. uwzględnia zarzut naruszenia art. 439 ust. 1 i ust. 2 pkt 1) ustawy PZP w zw. z art. 3531 KC i art. 5 KC w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy PZP w zw. z art. 16 pkt 3) ustawy PZP i art. 17 ust. 1 ustawy PZP poprzez określenie w § 15 ust. 3 pkt 2) Projektu Umowy poziomu zmiany ceny materiałów lub kosztów uprawniającego do żądania zmiany wynagrodzenia na wysokości, która przy uwzględnieniu:
 - § 15 ust. 3 pkt 3) Projektu Umowy, który stanowi, że waloryzacja może dotyczyć wyłącznie wynagrodzenia za zakres zamówienia nieodebrany przez Zamawiającego przed dniem złożenia wniosku o waloryzację,
 - roz. X pkt 3 SWZ, z którego wynika, że preferowany termin wykonania zamówienia wynosi 18 miesięcy, niemal całe wynagrodzenie wykonawcy nie będzie podlegało waloryzacji, a tym samym określony przez Zamawiającego poziom zmiany cen materiałów lub kosztów uprawniający wykonawcę do żądania zmiany wynagrodzenia uniemożliwia dokonanie prawidłowej i zgodnej z celem ustawy PZP zmiany wysokości wynagrodzenia wykonawcy w przypadku zmiany cen materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia, a klauzulę waloryzacyjną czyni iluzoryczną. Zamawiający przekracza swobodę w kształtowaniu postanowień przyszłej umowy w sprawie zamówienia publicznego, przerzucając na

wykonawcę niemal pełne ryzyko zmiany cen materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia, co godzi w naturę stosunku zobowiązaniowego wynikającego z tej umowy i prowadzi do niedopuszczalnego zachwiania równowagi stron tego stosunku, a jego działania w tej mierze są nieproporcjonalne oraz sprzeczne z zasadą efektywności i dokonał modyfikacji wzoru umowy w następujący sposób:

W § 15 ust. 3 pkt 3) wzoru umowy nadano brzmienie:

Wniosek o zmianę może dotyczyć także wynagrodzenia za zakres przedmiotu Umowy odebrany przez Zamawiającego przed dniem złożenia wniosku o waloryzację.

2. uwzględnia zarzut naruszenie art. 439 ust. 1 i ust. 2 pkt 2) ustawy PZP w zw. z art. 3531 i art. 5 KC w zw. z art. 8 ust. 1 w zw. z art. 16 pkt 3) i art. 17 ust. 1 PZP przez określenie w § 15 ust. 3 pkt 4) Projektu Umowy sposobu ustalania zmiany wynagrodzenia w ten sposób, że wynagrodzenie wykonawcy ulegnie waloryzacji o średnią arytmetyczną „sumy następujących po sobie wartości zmiany cen produkcji budowlano-montażowej w stosunku do miesiąca poprzedniego, licząc od miesiąca zawarcia umowy lub od miesiąca, w którym dokonano poprzedniej zmiany wynagrodzenia na podstawie § 15 ust. 3 umowy wynikających z

komunikatów prezesa GUS, o których mowa w ust. 3 pkt 2)”, co przy uwzględnieniu określonego przez Zamawiającego poziomu zmiany ceny materiałów lub kosztów uprawniającego do żądania zmiany wynagrodzenia oznacza, że Zamawiający przerzuca na wykonawcę niemal w całości ryzyko związane ze wzrostem cen, a tym samym określony przez Zamawiającego sposób ustalania zmiany wynagrodzenia uniemożliwia dokonanie prawidłowej i zgodnej z celem ustawy PZP zmiany wysokości wynagrodzenia wykonawcy w przypadku zmiany cen materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia. Zamawiający przekracza swobodę w kształtowaniu postanowień przyszłej umowy w sprawie zamówienia publicznego, przerzucając na wykonawcę niemal pełne ryzyko zmiany cen materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia, co godzi w naturę stosunku zobowiązaniowego wynikającego z tej umowy i prowadzi do niedopuszczalnego zachwiania równowagi stron tego stosunku, a jego działania w tej mierze są nieproporcjonalne oraz sprzeczne z zasadą efektywności i dokonał modyfikacji wzoru umowy w następujący sposób:

W § 15 ust. 3 pkt 4) wzoru umowy nadano brzmienie:

Wartość zmiany (WZ) określa się na podstawie wzoru: $WZ = W \times F\%$, przy czym:

- W – wynagrodzenie netto za zakres przedmiotu Umowy, o którym mowa w ust. 3 pkt. 3)
- F – $\frac{1}{2}$ (jedna druga) sumy następujących po sobie wartości zmiany cen produkcji

budowlano-montażowej w stosunku do miesiąca poprzedniego, licząc od miesiąca zawarcia umowy lub od miesiąca, w którym dokonano poprzedniej zmiany wynagrodzenia na podstawie § 15 ust. 3 umowy wynikających z komunikatów GUS, o których mowa w ust. 3 pkt 2).

STRABAG Sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie uznając, że zamawiający uwzględnił w całości zarzuty przedstawione w odwołaniu, a także poinformował o dokonaniu zmian Specyfikacji Warunków Zamówienia, które wyczerpują zarzuty przedstawione w odwołaniu, wniósł o umorzenie postępowania odwoławczego na podstawie art. 522 ust. 1 ustawy pzp.

Izba rozpoznając przedmiotowe odwołanie na posiedzeniu bez udziału stron uznała, że oświadczenie zamawiającego stanowi uwzględnienie zarzutów odwołania w rozumieniu przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych wobec jednoznacznej w tym względzie treści stanowiska procesowego.

Wobec powyższego zaistniały podstawy do umorzenia postępowania na podstawie art. 522 ust. 1 ustawy Pzp ze względu na uwzględnienie przez Zamawiającego zarzutów przedstawionych w odwołaniu.

W konsekwencji postępowanie odwoławcze należy umorzyć w całości na podstawie przepisu art. 522 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2024 r. poz. 1320).

Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w sentencji.

Rozstrzygnięcie o kosztach postępowania odwoławczego wydano na podstawie art. 575 ustawy Pzp wskazanej powyżej oraz § 9 ust. 1 pkt 2b 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 wysokości wpisu od odwołania (Dz. U. poz. 2437), z których wynika, że w taki sposób sprawy dokonuje się zwrotu odwołującemu kwoty uiszczonej tytułem wpisu.

Przewodniczący: