Sygn. akt: KIO 4258/24

POSTANOWIENIE

Warszawa, dnia 2 grudnia 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca:Irmina Pawlik

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron oraz uczestników postępowania odwoławczego w dniu 2 grudnia 2024 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 15 listopada 2024 r. przez wykonawcę Budimex Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Pomorski Uniwersytet Medyczny w Szczecinie

przy udziale uczestnika po stronie odwołującego: wykonawcy NDI Spółka Akcyjna z siedzibą w Sopocie

postanawia:

1.umarza postępowanie odwoławcze;

2.nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz wykonawcy Budimex Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie kwoty 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczonej tytułem 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 4258/24

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

Zamawiający Pomorski Uniwersytet Medyczny w Szczecinie (dalej jako „Zamawiający") prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia w trybie przetargu nieograniczonego na roboty budowlane pn. „Kompleksowa rozbudowa Katedry Medycyny Sądowej PUM w Szczecinie o nowy budynek przy al. Powstańców Wielkopolskich 72" (wewnętrzny identyfikator: DZP-240/25/PN/2024). Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 5 listopada 2024 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej S: 215/2024 r. pod numerem 670240-2024. Do ww. postępowania o udzielenie zamówienia zastosowanie znajdują przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2024 r. poz. 1320, dalej „ustawa Pzp"). Wartość szacunkowa zamówienia przekracza progi unijne, o których mowa w art. 3 ustawy Pzp.

W dniu 15 listopada 2024 r. wykonawca Budimex Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie (dalej jako „Odwołujący") wniósł odwołanie wobec treści dokumentów zamówienia, zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1)art. 8 ust. 1 ustawy 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. 16 ustawy Pzp poprzez zastrzeżenie przez Zamawiającego w ramach Wzoru Umowy (załącznik nr 2 do SWZ; dalej jako „Umowa") kar umownych i górnego ich limitu o rażąco wygórowanej wysokości, co jest postanowieniem naruszającym równowagę stron umowy i prowadzącym do naruszenia praw podmiotowych wykonawców (zarzut nr 1);

2)art. 439 ust. 1 i ust. 2 ustawy Pzp w zw. z art. 16 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 58 KC w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp poprzez sformułowanie w ramach Umowy klauzuli waloryzacyjnej, dotyczącej zmiany wysokości wynagrodzenia wykonawcy w sytuacji zmiany cen materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia wbrew wymaganiom dyspozycji art. 439 ustawy Pzp, w sposób wypaczający ideę waloryzacji i będący sprzeczny z celem określonym w art. 439 ustawy Pzp, determinując jej nieefektywność i nierealność, stanowiąc jednocześnie wyraz nadużycia prawa Zamawiającego do kształtowania postanowień umownych i jego pozycji dominującej, będąc postanowieniem niekorzystnym dla wykonawców, naruszającym bezwzględnie obowiązujące przepisy prawa oraz równowagę stron umowy i prowadzącym do naruszenia praw podmiotowych wykonawców (zarzut nr 2);

3)art. 433 pkt 3) ustawy Pzp, w zw. z art. 99 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 5 KC, art. 58 KC, art. 353(1) KC w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp poprzez wprowadzenie do Umowy postanowień, z których wynika odpowiedzialność wykonawcy za okoliczności za które wyłączną odpowiedzialność ponosi zamawiający, tj. za prawidłowość identyfikacji uwarunkowań istotnych z punktu widzenia realizacji zamówienia, przekładających się na treść dokumentacji postępowania, co stanowi o przerzuceniu na wykonawców wszelkich ryzyk związanych z nieprawidłowym i niejednoznacznym opisem przedmiotu zamówienia, co stanowi klauzulę abuzywną, prowadzącą do nadużycia przez

Zamawiającego prawa do kształtowania postanowień umownych i jego pozycji dominującej, będąc jednocześnie postanowieniem niekorzystnym dla wykonawców, naruszającym bezwzględnie obowiązujące przepisy prawa oraz równowagę stron umowy i prowadzącym do naruszenia praw podmiotowych wykonawców (zarzut nr 3);

4)art. 436 pkt 2) ustawy Pzp w zw. z art. 437 ust. 1 pkt 4) ustawy Pzp w zw. z art. 16 ustawy Pzp w zw. z art. 353(1) KC w zw. z art. 647 KC w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp oraz art. 455 ust. 1 pkt 1) ustawy Pzp w zw. z art. 433 pkt 3) ustawy Pzp poprzez wprowadzenie do Umowy postanowień uprawniających Zamawiającego do zmiany zasad wypłaty wynagrodzenia należnego wykonawcom bez określenia precyzyjnych zasad możliwej modyfikacji w tym zakresie, przy jednoczesnym braku zagwarantowania możliwości korekty wysokości należnego wynagrodzenia uwzględniającego następczą konieczność finansowania inwestycji po stronie wykonawców, co generuje ryzyka niemożliwe do skalkulowania, a w konsekwencji narusza równowagę stron umowy i prowadzi do nadużycia prawa podmiotowego przez Zamawiającego, obciążając wykonawców konsekwencjami wystąpienia okoliczności, za które nie ponoszą oni odpowiedzialności (zarzut nr 4).

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu dokonania zmiany treści SWZ w sposób wskazany w uzasadnieniu odwołania.

Do postępowania odwoławczego zgłosił przystąpienia wykonawca NDI Spółka Akcyjna z siedzibą w Sopocie po stronie Odwołującego. Izba stwierdziła skuteczność tego przystąpienia, wobec czego ww. wykonawca stał się uczestnikiem postępowania odwoławczego.

Zamawiający w dniu 27 listopada 2024 r. złożył do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej pisemną odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o umorzenie postępowania na podstawie art. 522 ust. 4 ustawy Pzp w zakresie zarzutów uwzględnionych przez Zamawiającego, wskazanych w uzasadnieniu pisma oraz o oddalenie odwołania w zakresie zarzutów i żądań nieuwzględnionych przez Zamawiającego. W uzasadnieniu odpowiedzi na odwołanie Zamawiający przedstawił analizę zarzutów odwołania i wskazał, że uwzględnia ich część, tj.:

1)Zarzut dotyczący wysokości kary umownej za zwłokę w zakończeniu robót budowlanych w stosunku do terminu określonego w § 6 ust. 1 lub terminu określonego w § 6 ust. 3 umowy, o której mowa w § 19 ust. 1 pkt 2 wzoru umowy (zarzut nr 1A wg zawartego w odpowiedzi na odwołanie zestawienia zarzutów). Zamawiający wskazał, że dokona modyfikacji § 19 ust. 1 pkt 2 wzoru umowy zgodnie z żądaniem Odwołującego.

2)Zarzut dotyczący wysokości kary umownej za zwłokę w usunięciu wady lub usterki, stwierdzonej podczas odbioru częściowego lub końcowego, o której mowa w § 19 ust. 1 pkt 4 wzoru umowy (zarzut nr 1B wg zawartego w odpowiedzi na odwołanie zestawienia zarzutów). Zamawiający wskazał, że dokona modyfikacji § 19 ust. 1 pkt 4 wzoru umowy zgodnie z żądaniem Odwołującego.

3)Zarzut dotyczący sformułowania przez Zamawiającego niejasnych, sprzecznych postanowień wzoru umowy, tj. § 19 ust. 2 oraz § 21 ust. 1 pkt 7 wzoru umowy, skutkujących – zdaniem Odwołującego – brakiem faktycznego określenia przez Zamawiającego maksymalnego limitu kar umownych (zarzut 1D wg zawartego w odpowiedzi na odwołanie zestawienia zarzutów). Zamawiający wskazał, że dokona modyfikacji § 21 ust. 1 pkt 7 wzoru umowy w sposób uwzględniający żądanie Odwołującego ujednolicenia postanowień wzoru umowy w ten sposób, aby nie pozostawiały wątpliwości, iż maksymalna wysokość kar umownych została w umowie skutecznie zastrzeżona. Zamawiający wskazał przy tym, że nieuwzględnienie przez Zamawiającego żądania zmiany wysokości limitu kar umownych, nie stoi na przeszkodzie uznaniu, że Zamawiający uwzględnia zarzut braku skutecznego zastrzeżenia limitu kar umownych, albowiem jako zarzut należy – w ocenie Zamawiającego – traktować odrębnie każde naruszenie.

4)Zarzut dotyczący zaniechania określenia początkowego terminu ustalenia zmiany wynagrodzenia oraz określenia dalszych okresów, których w których może następować zmiana (zarzut nr 2A wg zawartego w odpowiedzi na odwołanie zestawienia zarzutów). Zamawiający wskazał, że dokona zmiany postanowień § 10 ust. 18-26 wzoru umowy oraz doda w tym paragrafie ust. 27 i ust. 28, w sposób uwzględniający żądanie Odwołującego ustalenia terminu pierwszej zmiany po upływie 6 miesięcy od daty zawarcia umowy, a także terminy kolejnych zmian (w tym zakresie Odwołujący wnioskował o możliwość wystąpienia o kolejną zmianę po upływie kolejnych 3 miesięcy, zaś Zamawiający obecnie przewiduje zmiany każdej płatności, które w umowie przewidziane są co miesiąc).

5)Zarzut dotyczący postanowień § 10 ust. 4 wzoru umowy (zarzut nr 3 wg zawartego w odpowiedzi na odwołanie zestawienia zarzutów). Zamawiający wskazał, że dokona modyfikacji § 10 ust. 3 wzoru umowy w sposób opisany w odpowiedzi na odwołanie. Zdaniem Zamawiającego zakres zmiany ww. postanowienia umownego, mimo iż literalnie nie pokrywa się ze zmianą wnioskowaną przez Odwołującego, w ocenie Zamawiającego w całości uwzględnia jego żądanie.

6)Zarzut dotyczący postanowień § 20 ust. 16 wzoru umowy (zarzut nr 4 wg zawartego w odpowiedzi na odwołanie zestawienia zarzutów). Zamawiający wskazał, że dokona modyfikacji § 20 ust. 16 wzoru umowy w sposób opisany w odpowiedzi na odwołanie. Zdaniem Zamawiającego zakres zmiany ww. postanowienia umownego, mimo iż literalnie

nie pokrywa się ze zmianą wnioskowaną przez Odwołującego, w ocenie Zamawiającego w całości uwzględnia jego żądanie.

Odwołujący w dniu 29 listopada 2024 r. złożył pismo procesowe, w którym wskazał, że cofa odwołanie w nieuwzględnionym przez Zamawiającego zakresie. Odwołujący wniósł o umorzenie postępowania odwoławczego oraz wzajemne zniesienie kosztów postępowania.

Biorąc pod uwagę powyższe, Izba uznała, że zachodzą podstawy do umorzenia postępowania odwoławczego w oparciu o art. 522 ust. 3 ustawy Pzp.

Zgodnie z treścią tego przepisu w przypadku uwzględnienia przez zamawiającego części zarzutów przedstawionych w odwołaniu i wycofania pozostałych zarzutów przez odwołującego, Izba może umorzyć postępowanie odwoławcze na posiedzeniu niejawnym bez obecności stron oraz uczestników postępowania odwoławczego, którzy przystąpili do postępowania po stronie wykonawcy, pod warunkiem że w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego nie przystąpił w terminie żaden wykonawca albo wykonawca, który przystąpił po stronie zamawiającego nie wniósł sprzeciwu wobec uwzględnienia części zarzutów. W takim przypadku zamawiający wykonuje, powtarza lub unieważnia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia, zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu w zakresie uwzględnionych zarzutów. W przedmiotowym postępowaniu odwoławczym Zamawiający uwzględnił częściowo odwołanie, a Odwołujący w pozostałym zakresie je wycofał. Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego nie przystąpił żaden wykonawca. Powyższe wyczerpuje dyspozycję ww. przepisu i obliguje Izbę do umorzenia postępowania odwoławczego, co powoduje zakończenie postępowania odwoławczego bez merytorycznego rozpoznania zarzutów.

W tym stanie rzeczy Izba na podstawie art. 522 ust. 3 ustawy Pzp umorzyła postępowanie odwoławcze, orzekając w formie postanowienia zgodnie z art. 568 pkt 3 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 557 i 575 ustawy Pzp oraz § 9 ust. 1 pkt 2 lit. b) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437), nakazując dokonanie na rzecz Odwołującego zwrotu z rachunku Urzędu Zamówień Publicznych kwoty 20 000 zł uiszczonej tytułem wpisu od odwołania.

Przewodnicząca: ……..…