Sygn. akt: KIO 4370/24

POSTANOWIENIE

Warszawa, dnia 10 grudnia 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca:Małgorzata Matecka

na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron oraz uczestników postępowania odwoławczego w sprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 22 listopada 2024 r. przez wykonawcęBudimex S.A. z siedzibą w Warszawie

w postępowaniu prowadzonym przez "Uzdrowisko Kołobrzeg" S.A. z siedzibą w Kołobrzegu

postanawia:

1. umorzyć postępowanie odwoławcze;
2. nakazać zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz wykonawcy Budimex S.A. 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 4370/24

Uzasadnienie

Zamawiający "Uzdrowisko Kołobrzeg" S.A. z siedzibą w Kołobrzegu (dalej: „Zamawiający") prowadzi na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (dalej: „ustawa Pzp") postępowanie o udzielenie zamówienia pod nazwą „Przebudowa z rozbudową i nadbudową zespołu budynków SŁONECZKO z przeznaczeniem na sanatorium dla dorosłych i infrastrukturą leczniczą" (dalej: „Postępowanie"). Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 12 listopada 2024 r. pod numerem: Dz.U. S: 220/2024 689372-2024.

W dniu 22 listopada 2024 r. wykonawca Budimex S.A. z siedzibą w Warszawie (dalej: „Odwołujący") wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie od czynności i zaniechań Zamawiającego polegających na ustaleniu treści Specyfikacji Warunków Zamówienia (dalej jako: „SWZ"), w tym Załącznika nr 3 do SWZ – wzór umowy (dalej jako: „Umowa") w sposób naruszający przepisy ustawy Pzp i KC.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

1) art. 112 ust. 1 w zw. z art. 112 ust. 2 pkt 4) w zw. z art. 116 ust. 1 w zw. z art. 16 ustawy Pzp poprzez sformułowanie warunku udziału w Postępowaniu w zakresie doświadczenia wymaganego od wykonawcy, o którym mowa w Rozdziale VIII ust. 2 pkt 4) lit. a) SWZ i w zakresie definicji „budynku użyteczności publicznej" zawartej w Rozdziale VIII SWZw sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia i nadmierny dla zweryfikowania zdolności do należytego wykonania przedmiotowego zamówienia, a co za tym idzie w sposób dyskryminujący wykonawców zdolnych do wykonania zamówienia i naruszający zasadę równego traktowania i uczciwej konkurencji (zarzut nr 1);

2) art. 112 ust. 1 w zw. z art. 112 ust. 2 pkt 4) w zw. z art. 116 ust. 1 w zw. z art. 16 ustawy Pzp poprzez sformułowanie warunków udziału w Postępowaniu w zakresie doświadczenia wymaganego od osoby dedykowanej do pełnienia funkcji Kierownika Budowy, o których mowa w Rozdziale VIII ust. 2 pkt 4 lit. b) SWZ i w zakresie definicji „budynku użyteczności publicznej" zawartej w Rozdziale VIII SWZ, w sposób nieproporcjonalny nieadekwatny do przedmiotu zamówienia i nadmierny dla zweryfikowania zdolności do należytego wykonania przedmiotowego zamówienia, a co za tym idzie w sposób dyskryminujący wykonawców dysponujących zasobami w postaci osób zdolnych do należytego wykonania zamówienia i w sposób naruszający zasadę równego traktowania i uczciwej konkurencji (zarzut nr 2);

3) art. 239 ust. 1 i ust. 2 w zw. z art. 242 ust. 1 w zw. z art. 242 ust. 2 pkt 5) w zw. z art. 16 ustawy Pzp poprzez ustalenie kryterium oceny ofert dotyczącego Doświadczenia Kierownika Budowy (D), o którym mowa w Rozdziale XVII ust. 1 i ust. 2 pkt 2) SWZ), w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia, co czyni wymagania Zamawiającego nieadekwatnymi do aktualnych uwarunkowań realizacji robót budowlanych i nadmiernie wygórowanymi do osiągnięcia, wypaczając sens ustanowenia kryterium pozacenowego, bowiem wymagania nie mają wpływu na jakość wykonania zamówienia, co w konsekwencji uniemożliwia efektywne i realne konkurowanie w jego ramach i wybór oferty przedstawiającej rzeczywiście najkorzystniejszy stosunek jakości do ceny, a tym samym narusza zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców (zarzut nr 3);

4) art. 8 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 577 § 4, art. 568 § 1, art. 647, art. 654, art. 5 i art. 353^1 KC w zw. z art. 16 ustawy Pzp w zw. z art. 99 ust. 1 ustawy PZP poprzez wprowadzenie do SWZ i Umowy postanowień dotyczących niejasnych, niejednoznacznych zasad odbioru przedmiotu zamówienia uzależniających de facto dokonanie odbioru, wypłatę należnego wykonawcy wynagrodzenia, rozpoczęcie biegu terminu gwarancji i rękojmi, a także zwrot 70% kwoty zabezpieczenia od usunięcia wszelkich wad i usterek tj. 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 4);

5) art. 439 ust. 1 i ust. 2 ustawy Pzp w zw. z art. 16 ustawy Pzp w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 58, art. 5 i art. 353^1 KC poprzez wprowadzenie do Umowy postanowień dotyczących zmian wysokości wynagrodzenia umownego należnego wykonawcy w sytuacji zmiany cen materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia, które są nieproporcjonalne, niedostosowane do realiów rynkowych, sformułowane w sposób wypaczający ideę waloryzacji i będący sprzeczny z celem określonym w art. 439 ustawy Pzp, determinując jej nieefektywność i nierealność, i tym samym utrudniając lub wręcz uniemożliwiając dokonanie odpowiedniej waloryzacji wynagrodzenia, a jednocześnie stanowiąc obejście przepisów ustawy o obowiązku waloryzacji wynagrodzenia w przypadku zmiany cen materiałów i kosztów związanych z realizacją zamówienia, co godzi w istotę i naturę umowy o roboty budowlane, stanowiąc jednocześnie wyraz nadużycia prawa Zamawiającego 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 5);

6) art. 433 ust. 1 pkt 3) ustawy Pzp, art. 455 ust. 1 ustawy Pzp i 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 niejednoznacznych, niewystarczająco opisujących przedmiot zamówienia, a jednocześnie obligujących wykonawców do objęcia wyceną wszelkich prac, robót i kosztów związanych z realizacją umowy w tym niewskazanych w dokumentacji projektowej, tj. w treści dokumentacji dostarczonej i opublikowanej przez Zamawiającego, który ponosi odpowiedzialność za jej kompletność, poprawność, spójność, jednoznaczność, co jednoznacznie stanowi o przerzuceniu na wykonawców wszelkich ryzyk związanych z nieprawidłowym i niejednoznacznym opisem przedmiotu zamówienia a więc przerzucenia odpowiedzialności za okoliczności, na które wykonawca nie ma wpływu i za które wyłączną odpowiedzialność ponosi Zamawiający, a w konsekwencji uniemożliwia wykonawcy dokonanie zmiany wynagrodzenia, racjonalną kalkulację ceny oferty i jej przygotowanie, w sytuacji, w której dyspozycja art. 433 ustawy Pzp wprost wskazuje, że taka klauzula jest klauzulą abuzywną, a tym samym działanie Zamawiającego stanowi wyraz nadużycia 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 6);

7) art. 463 i art. 464 ustawy Pzp w zw. z art. 16 ustawy Pzp w zw. z art. 647^1 § 3 KC, art. 5 KC, art. 58 KC, art. 353^1 KC w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp poprzez wprowadzenie do projektu Umowy postanowień ograniczających możliwość wykonawcy do swobodnego kształtowania treści umowy z podwykonawcą w zakresie wynagrodzenia podwykonawcy, w sytuacji, w której dyspozycja art. 463 i 464 ustawy Pzp wskazuje, w jakim zakresie ta swoboda może zostać ograniczona, a przepisy kodeksu cywilnego ograniczają odpowiedzialność inwestora, co godzi w istotę i naturę umowy o roboty budowlane, stanowiąc wyraz nadużycia prawa Zamawiającego do kształtowania postanowień umownych i jego pozycji dominującej, będąc jednocześnie postanowieniem niekorzystnym dla wykonawców i podwykonawców, naruszającym bezwzględnie obowiązujące przepisy prawa oraz równowagę stron umowy i prowadzącym do naruszenia praw podmiotowych wykonawców (zarzut nr 7);

8) art. 447 ust. 1 pkt 1) ustawy Pzp w zw. z art. 447 ust. 2 ustawy Pzp w zw. z art. 16 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 5 i 353^1 KC poprzez wprowadzenie do Umowy postanowień umożliwiających Zamawiającemu wstrzymanie wypłaty wynagrodzenia należnego wykonawcy w przypadku niedostarczenia wraz z fakturą konkretnych dowodów zapłacenia należności podwykonawcy i bez wskazania na możliwość zatrzymania tylko części i tylko wymagalnego wynagrodzenia podwykonawcy w sytuacji, w której dyspozycja art. 447 ustawy Pzp umożliwia Zamawiającemu wstrzymanie zapłaty wynagrodzenia tylko w odpowiedniej części i tylko w zakresie wymagalnego wynagrodzenia podwykonawcy, tj. w zakresie, dla którego nie przedstawiono dowodów zapłaty, co w konsekwencji stanowi wymaganie nieproporcjonalne i nadmiarowe, stanowiąc wyraz nadużycia prawa Zamawiającego 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 8);

9) art. 99 ust. 1, art. 433 pkt 1 i pkt 3) w zw. z art. 16 ustawy Pzp w zw. z art. 5 i 353^1 KC art. 473 § 1 KC, art. 483 KC, art. 484 KC w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp poprzez wprowadzenie do Umowy postanowień niejednoznacznych, niedokładnych, niezrozumiałych i nieuwzględniających wszystkich okoliczności realizacji zamówienia, z których jednocześnie wynika, że wykonawca: będzie ponosił nieograniczoną odpowiedzialność, będzie ponosił odpowiedzialność nawet za działania i zaniechania, za które wyłączną odpowiedzialność będzie ponosił Zamawiający oraz będzie ponosił odpowiedzialność za opóźnienie (w tym zapłatę kar umownych), także w przypadku okoliczności, na które zupełnie nie ma wpływu, w sytuacji, w której dyspozycja art. 433 pkt 1) i pkt 3) ustawy Pzp wprost wskazuje, że taka klauzula jest klauzulą abuzywną, a tym samym postanowienie stanowi nadmierne i nieadekwatne obciążenie wykonawcy w stosunku do specyfiki realizacji i uwarunkowań rynkowych, wymuszające na wykonawcach konieczność kalkulacji dodatkowych, niemożliwych do precyzyjnej kalkulacji ryzyk w ramach ceny ofertowej, co w konsekwencji uniemożliwia racjonalną kalkulację ceny oferty i jej przygotowanie, działanie Zamawiającego stanowi wyraz nadużycia 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 9);

10) 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 KC w zw. z art. 16 ustawy Pzp poprzez zastrzeżenie przez Zamawiającego w ramach Umowy górnego limitu kar umownych o rażąco wygórowanej wysokości, co jest nadmiernym i nieadekwatnym obciążeniem wykonawcy w stosunku do specyfiki realizacji i uwarunkowań rynkowych, stanowiąc jednocześnie wyraz nadużycia prawa Zamawiającego do kształtowania postanowień umownych i jego pozycji dominującej oraz będąc postanowieniem niekorzystnym dla wykonawców, naruszającym równowagę stron umowy i prowadzącym do naruszenia praw podmiotowych wykonawców (zarzut nr 10);

11) 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 KC w zw. z art. 16 ustawy Pzp poprzez zastrzeżenie przez Zamawiającego w ramach Umowy jednostkowych kar umownych o rażąco wygórowanej wysokości, co jest nadmiernym i nieadekwatnym obciążeniem wykonawcy w stosunku do specyfiki realizacji i uwarunkowań rynkowych, stanowiąc jednocześnie wyraz nadużycia prawa Zamawiającego do kształtowania postanowień umownych i jego pozycji dominującej oraz będąc postanowieniem niekorzystnym dla wykonawców, wymuszającym na wykonawcach konieczność kalkulacji dodatkowych, niemożliwych do precyzyjnej kalkulacji, ryzyk w ramach ceny ofertowej, naruszającym równowagę stron umowy i prowadzącym do naruszenia praw podmiotowych wykonawców (zarzut nr 11);

12) 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. 99 ust. 1 i art. 16 ustawy Pzp poprzez zastrzeżenie przez Zamawiającego w ramach postanowień Umowy kary umownych o niejednoznacznie określonej treści, która utrudnia lub uniemożliwia ustalenie konkretnych przypadków, podstaw i okoliczności stanowiących podstawę ich naliczenia i ustalenie ich wartości, co stanowi wyraz nadużycia prawa Zamawiającego do kształtowania postanowień umownych jego pozycji dominującej oraz jest nadmiernym i nieadekwatnym obciążeniem wykonawcy w stosunku do specyfiki realizacji i uwarunkowań rynkowych, będąc jednocześnie postanowieniem niekorzystnym dla wykonawców, wymuszającym na wykonawcach konieczność kalkulacji dodatkowych, niemożliwych do precyzyjnej kalkulacji, ryzyk w ramach ceny ofertowej, naruszającym równowagę stron umowy i prowadzącym do naruszenia praw podmiotowych wykonawców (zarzut nr 12).

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu dokonania zmiany treści dokumentacji Postępowania (w tym SWZ, Umowy, Ogłoszenia) w sposób wskazany w uzasadnieniu odwołania.

\W dniu 9 listopada 2024 r. do akt sprawy wpłynęło pismo Zamawiającego zawierające oświadczenie o uwzględnieniu w całości zarzutów odwołania. Jednocześnie Zamawiający poinformował o dokonanych modyfikacjach.

W terminie wynikającym z przepisu art. 525 ust. 1 ustawy Pzp (tj. do dnia 29 listopada 2024 r.) żaden wykonawca nie zgłosił przystąpienia do postępowania odwoławczego.

Biorąc pod uwagę powyższe, Izba uznała, że zachodzi podstawa do umorzenia postępowania odwoławczego wskazana w art. 522 ust. 1 ustawy Pzp. Zgodnie z tym przepisem w przypadku uwzględnienia przez zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu, 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. W takim przypadku zamawiający wykonuje, powtarza lub unieważnia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia, zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu. W tej sytuacji Izba nie dokonuje oceny podniesionych w odwołaniu zarzutów.

Na podstawie przesłanych przez Zamawiającego dokumentów zawierających zmiany SWZ i Umowy Izba stwierdziła, że Zamawiający dokonał prawie wszystkich modyfikacji wnioskowanych przez Odwołującego. Izba nie stwierdziła zmiany w zakresie Rozdziału VII ust. 3 SWZ (str. 28 odwołania). Należy zauważyć, że skoro Zamawiający złożył oświadczenie o uwzględnieniu w całości zarzutów odwołania, to obowiązany jest do wykonania czynności zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu. Należy również pamiętać, że nie może być sprzeczności pomiędzy SWZ a ogłoszeniem.

W tym stanie rzeczy Izba na podstawie art. 522 ust. 1 ustawy Pzp umorzyła postępowanie odwoławcze, orzekając w formie postanowienia zgodnie z art. 568 pkt 3 tejże ustawy.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 557 ustawy Pzp w zw. z § 9 ust. 1 pkt 2 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: