Sygn. akt: KIO 2530/24 Warszawa, 13 sierpnia 2024 roku

POSTANOWIENIE

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca:Aneta Mlącka

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron w dniu 13 sierpnia 2024 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczejw dniu 18 lipca 2024 r. przez Odwołującego Budimex S.A. (ul. Siedmiogrodzka 9, 01-204 Warszawa) w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego Sieć Badawcza Łukasiewicz - Instytut Chemii Przemysłowej im. Profesora Ignacego Mościckiego w Warszawie (ul. Rydygiera 8, 01-793 Warszawa)

przy udziale uczestnika po stronie Odwołującego Karmar S.A. (ul. Grójecka 208, 02-390 Warszawa)

postanawia:

1. umorzyć postępowanie odwoławcze,
2. nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz Odwołującego Budimex S.A. (ul. Siedmiogrodzka 9, 01-204 Warszawa) kwoty 18000 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy złotych zero groszy) stanowiącej 90% uiszczonego wpisu.

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 2530/24

Uzasadnienie

Zamawiający Sieć Badawcza Łukasiewicz – Instytut Chemii Przemysłowej im. Profesora Ignacego Mościckiego w Warszawie prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest: „Wykonanie robót budowlanych i instalacyjnych wraz z niezbędnymi opracowaniami projektowymi w budynkach 1A, 1BC, 14, 16, 20C przy ul. Rydygiera 8 w Warszawie.''

18 lipca 2024 roku Odwołujący Budimex S.A. wniósł odwołanie, w którym zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

- art. 436 pkt 1) ustawy Prawo zamówień publicznych, art. 99 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych w zw. z art. 16 ustawy Prawo zamówień publicznych w zw. z art. 5 i art. 353^1 KC w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez oznaczenie w treści Rozdz. IV SWZ, pkt 5.1.3 i 5.1.6 Ogłoszenia o zamówieniu oraz Załącznika nr 10 do SWZ Projektowane Postanowienia Umowy w §2 ust. 1 Umowy planowanego terminu zakończenia realizacji całego zamówienia, w tym zakończenia przedmiotu umowy określonego w § 1 ust. 2 pkt 2) Umowy w terminie do dnia 30 września 2025 r., tj. poprzez wskazanie konkretnej daty kalendarzowej, pomimo, iż brak jest obiektywnych przyczyn uzasadniających takie działanie, a dodatkowo określenie nierealnych terminów realizacji przedmiotu zamówienia określonych w §2 ust. 1 Umowy, co oznacza opisanie przedmiotu zamówienia w sposób niewyczerpujący, nieuwzględniający wszystkich okoliczności realizacji zamówienia, co w konsekwencji uniemożliwia racjonalną kalkulację ceny oferty i jej przygotowanie, a co jednocześnie 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, prowadząc do zachwiania równowagi stron stosunku zobowiązaniowego i zasad współżycia społecznego równowagę stron umowy i prowadzącym do naruszenia praw podmiotowych wykonawców (zarzut nr 1);

- art. 8 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych w zw. z art. 5, art. 58 § 1 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 Prawo zamówień publicznych poprzez zastrzeżenie przez Zamawiającego w ramach §12 ust. 1 Umowy kar umownych za niewykonanie lub nienależyte wykonanie umowy, w tym z tytułu zwłoki w usunięciu wad ujawnionych w okresie rękojmi lub gwarancji, o rażąco wygórowanej wysokości, oraz brak ustalenia konkretnego terminu na usunięcie wad od którego Zamawiający będzie obliczać termin pozostawania w zwłoce przez wykonawcę, 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 2);

- art. 8 ust. 1 w zw. z art. 16 ustawy Prawo zamówień publicznych, art. 431 i art. 99 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych w zw. z art. 647, art. 5 i art. 353^1 KC poprzez wprowadzenie do Umowy postanowień niejasnych i nieuwzględniających wszystkich okoliczności realizacji zamówienia, a dotyczących:
1) zasad wyznaczania terminu na usunięcie wad ujawnionych w trakcie odbioru końcowego, w tym arbitralnego decydowania przez Zamawiającego o wyznaczeniu tego terminu (§11 ust. 1 Umowy w zw. z pkt 8.6 Załącznika nr 3 do Umowy – Procedura wykonania i odbioru robót),
2) zasad wyznaczania terminu, zakresu i rozmiaru koniecznych do usunięcia wad zidentyfikowanych w ramach wykonywania przez Zamawiającego uprawnień z tytułu rękojmi i gwarancji, w tym arbitralnego decydowania przez Zamawiającego o wyznaczeniu terminu na usunięcie tych wad (§11 ust. 3 Umowy), bez odniesienia się do sztuki budowlanej, czasu technicznie możliwego i właściwego dla usunięcia danej wady, rozmiaru wady, co nakłada na wykonawcę zbyt duże ryzyka kontraktowe, niemożliwe do oszacowania przy uwzględnieniu uznaniowości kwalifikacji każdego z przypadków, w konsekwencji 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, godzącym w istotę i naturę umowy o roboty budowlane, oraz równowagę stron umowy i prowadzącym do naruszenia praw podmiotowych wykonawców (zarzut nr 3);
- art. 8 ust. 1 i art. 16 ustawy Prawo zamówień publicznych w zw. z art. 433 pkt 1) ustawy Prawo zamówień publicznych w zw. art. 395 KC, art. 5 i art. 353^1 KC w zw. z art. 647 KC poprzez przyznanie Zamawiającemu w ramach § 13 ust. 1 i ust. 2 Umowy prawa do odstąpienia od umowy w przypadku zidentyfikowania naruszeń tam określonych, które:
1) mogą wystąpić także z przyczyn niezależnych od wykonawcy;
2) są obwarowane są bardzo krótkimi terminami pozwalającymi na uznanie ich przez Zamawiającego za przypadki umożliwiające mu odstąpienie od umowy;
3) przewidują arbitralne wyznaczenie terminu przez Zamawiającego na przywrócenie działań do stanu zgodnego z umową;
4) przewidują nadmiernie szeroki katalog podstaw do odstąpienia od umowy przez Zamawiającego, tj. poprzez wskazanie niejednoznacznych i niedookreślonych przypadków odstąpienia od umowy i przewidują możliwość odstąpienia od umowy także w przypadku gdy wykonawca nie przedłoży dowodu zawarcia umowy ubezpieczenia lub nie przedłożył dowodu przedłużenia ważności ww. umowy ubezpieczenia; co prowadzi do obarczenia wykonawcy zbyt dużym i nieuzasadnionym ryzykiem kontraktowym, w stopniu wykraczającym ponad uzasadnione potrzeby Zamawiającego, prowadzi do niespójności postanowień umownych, niestabilności stosunku zobowiązaniowego, powoduje naruszenie zasady ciągłości i trwałości umowy o zamówienie publiczne i w konsekwencji nakłada na wykonawców ryzyka kontraktowe niemożliwe do oszacowania przy uwzględnieniu uznaniowości wdrożenia przez Zamawiającego tego mechanizmu, w tym nakłada na wykonawców odpowiedzialność za opóźnienie z przyczyn niezależnych od wykonawcy, będąc jednocześnie postanowieniem niekorzystnym dla wykonawców, naruszającym bezwzględnie obowiązujące przepisy prawa, godzącym w istotę i naturę umowy o roboty budowlane a w tym stałość umowy o zamówienia publiczne, oraz równowagę stron umowy i prowadzącym do naruszenia praw podmiotowych wykonawców (zarzut nr 4);
- art. 447 ust. 1 pkt 1) ustawy Prawo zamówień publicznych w zw. z art. 447 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych w zw. z art. 16 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych w zw. z art. 5 i 353^1 KC poprzez wprowadzenie do Umowy postanowień umożliwiających Zamawiającemu wstrzymanie wypłaty wynagrodzenia należnego wykonawcy w przypadku nieprzekazania w terminie wszystkich wymaganych przez Zamawiającego dowodów (oświadczeń i dowodów zapłaty) potwierdzających zapłatę wynagrodzenia na rzecz podwykonawców bez wskazania części zatrzymywanego wynagrodzenia w sytuacji, w której dyspozycja art. 447 ustawy Prawo zamówień publicznych umożliwia Zamawiającemu wstrzymanie zapłaty wynagrodzenia tylko w odpowiedniej części, 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 5),
- art. 452 i art. 453 ustawy Prawo zamówień publicznych w zw. z art. 16 ustawy Prawo zamówień publicznych w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych w zw. z art. 5, art. 58 i art. 353 KC poprzez wprowadzenie do Umowy postanowień dotyczących zabezpieczenia należytego wykonania umowy, które zostały sformułowane w sposób wypaczający ideę zabezpieczenia i sprzeczny z celem i zasadami określonymi w ustawie Prawo zamówień publicznych, co stanowi 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 6).

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania, nakazanie Zamawiającemu dokonania zmiany treści dokumentacji zamówienia, w tym umowy, w sposób wskazany w uzasadnieniu odwołania.

13 sierpnia 2024 roku, przed wyznaczonym terminem posiedzenia z udziałem stron i rozprawy, Odwołujący przesłał pismo, w którym oświadczył, że cofa odwołanie w całości.

Wobec powyższego, stosownie do art. 568 pkt 1) ustawy Prawo zamówień publicznych z 11 września 2019 r., postępowanie podlegało umorzeniu.

Rozstrzygnięcie o kosztach postępowania odwoławczego wydano na podstawie art. 557 ustawy Prawo zamówień publicznych z 11 września 2019 r. oraz § 9 ust. 1 pkt 3a 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 którego wynika, że w przypadku cofnięcia odwołania w dniu poprzedzającym dzień, na który został wyznaczony termin rozprawy lub posiedzenia z udziałem stron lub uczestników postępowania odwoławczego, Odwołującemu zwraca się 90% wpisu.

Przewodnicząca: ……..……..