Sygn. akt: KIO 2624/24

POSTANOWIENIE

Warszawa, dnia 13 sierpnia 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca:Monika Banaszkiewicz

na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron w dniu 13 sierpnia 2024 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 25 lipca 2024 r. przez wykonawcę STRABAG Sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Gminę Stalowa Wolaw imieniu i na rzecz którego działa: Centralny Zamawiający - Stalowowolskie Centrum Usług Wspólnych (SCUW)

postanawia:

1. umorzyć postępowanie odwoławcze,
2. nakazać zwrot z rachunku Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz odwołującego STRABAG Sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie kwoty 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) stanowiącej uiszczony wpis 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 2624/24

Uzasadnienie

Zamawiający Gmina Stalowa Wola w imieniu i na rzecz którego działa: Centralny Zamawiający - Stalowowolskie Centrum Usług Wspólnych (SCUW) prowadzi z zastosowaniem przepisów ustawy z 11 września 2019 r. prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2023 r. poz.1605 ze zm. dalej: „ustawa Pzp") w trybie w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie pn. „Budowa i modernizacja infrastruktury turystycznej Miejskiego Ośrodka Sportu i Rekreacji w Stalowej Woli wraz z zagospodarowaniem terenu" (Numer postępowania nadany przez Zamawiającego: ZP – II.271.133.2024.BZ). Wartość zamówienia jest wyższa, niż progi unijne. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w suplemencie do Dziennika Urzędowego Unii Europejskiej z dnia 11 lipca 2024 r. pod numerem nr 416260-2024

W dniu 25 lipca 2024 r. wykonawca STRABAG Sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie wniósł na podstawie art. 513 pkt 1 w zw. z art. 505 ust. 1 ustawy Pzp odwołanie na niezgodną z przepisami czynność Zamawiającego podjętą w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, polegającą na ustaleniu warunków zamówienia w postaci projektowanych postanowień umowy w sposób naruszający przepisy ustawy Pzp oraz przepisy Kodeksu cywilnego (dalej „k.c.").

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

1. art. 134 ust 1 pkt 20 ustawy Pzp, art. 433 pkt 3 ustawy Pzp oraz art. 357 1 k.c., art. 358 1 § 3k.c., art. 632 § 2 k.c. w związku z art. 5, art. 3531 k.c. oraz art. 58 k.c. w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp poprzez wykorzystanie pozycji dominującej organizatora przetargu i rażące jego uprzywilejowanie w treści projektu umowy, wbrew zasadom współżycia społecznego i właściwości stosunku prawnego, w sposób stanowiący nadużycie prawa, poprzez wyłączenie w § 6 ust. 8 i 9 wzoru umowy możliwości stosowania przepisów będących podstawą do sądowej zmiany umowy i waloryzacji ustawowej,

a w konsekwencji naruszenie

art. 16 ust. 1 ustawy Pzp art. 17 ust 1 pkt 2 ustawy Pzp oraz art. 99 ust. 2 ustawy Pzp poprzez naruszenie zasady zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, oraz zaniechanie przygotowania i prowadzenia postępowania z należytą starannością, w sposób pozwalający na uzyskanie najlepszych efektów zamówienia, w tym efektów gospodarczych w odniesieniu do poniesionych nakładów. Wyłączenie ustawowej waloryzacji lub możliwości zmiany stosunku prawnego stanowi wyłącznie wyraz niegospodarności i narażania finansów publicznych na otrzymanie przeszacowanych i nieporównywalnych ofert wyceniających abstrakcyjne ryzyka, których skali określić się nie da.

2. art. 439 ust. 1 i 2 ustawy Pzp w zw. z art. 3531 k.c. i art. 5 k.c. w zw. 8 ust. 1 ustawy Pzp, art. 16 pkt 2 i 3 ustawy Pzp poprzez: poprzez sformułowanie § 8 ust. 1 wzoru umowy w sposób uniemożliwiający dokonanie zmiany wysokości wynagrodzenia wykonawcy w sytuacji zmiany cen materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia poprzez

nieprawidłowe określenie wskaźników. Zamawiający przewiduje waloryzację po upływie 12 miesięcy od dnia zawarcia umowy podczas gdy brzmienie art. 439 ust. 1 ustawy Pzp zakłada, że umowy zawarte na okres dłuższy niż 6 miesięcy, powinny zawierać postanowienia dotyczące zasad wprowadzania zmian wysokości wynagrodzenia należnego wykonawcy w przypadku zmiany ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia, tym samym wskazuje, że waloryzacja powinna odbyć się po okresie 6 miesięcy od daty zawarcia umowy. Postanowienie umowy zawiera wykluczające się mechanizmy sposobu liczenia waloryzacji, które są nieproporcjonalne, niezasadne i pozorne z uwagi na ich sposób jak i przyjęte podstawy ich liczenia a także zbyt niski maksymalny poziom zmiany cen do 5 % wynagrodzenia umownego, co nie przystaje do panujących realiów zmiany cen na rynku i czyni waloryzację pozorną, niewystraczającą i niespełniającą jej celu.

3. art. 99 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 16 pkt 1,2,3 ustawy Pzp art. 3531 k.c., art. 387 § 1 k.c., art. 647 k.c. w zw. art. 5 k.c. poprzez sformułowanie w postanowieniu § 16 ust 6 pkt 1 i 2 wzoru umowy terminu usunięcia wad i usterek w sposób arbitralny, niezależny od obiektywnego a zarazem technologicznie, organizacyjnie i technicznie niezbędnego czasu na usunięcie takich usterek, co powoduje, że świadczenie może stać się niemożliwe do spełniania lub co najmniej stanowić będzie o uprzywilejowaniu pozycji Zamawiającego w sposób nadmierny i nieproporcjonalny, z wykorzystaniem jego pozycji dominującej. W sytuacji gdy świadczenie mimo, że obiektywnie nie będzie możliwe do spełnienia we wskazanym na sztywno czasie, Zamawiający zachowuje prawo do obciążania wykonawcy karami umownymi, odstąpienia od umowy z tego powodu lub wprowadzenia wykonawstwa zastępczego.

4. art. 99 ust. 1 ustawy Pzp, art. 433 pkt 3 ustawy Pzp w związku z art. 16 pkt 1,2,3, art. 5 k.c., art. 353^1 k.c. art. 647 k.c. i art. 649 k.c. w zw. z art. 8 ust 1 ustawy Pzp, poprzez nieuzasadnione i bezpodstawne przerzucenie na wykonawcę ryzyka, za które wyłączną odpowiedzialność powinien ponosić Zamawiający wynikające z § 18 ust 1 wzoru umowy, w którym Zamawiający przenosi na Wykonawcę odpowiedzialność finansową realizacji umowy w przedłużonym czasie, z przyczyn nieleżących po stronie wykonawcy a zawinionych przez Zamawiającego lub zależnych od działań bądź zaniechań organów administracji publicznej lub wynikających z zdarzeń niezależnych od stron. Zamawiający przewiduje bowiem możliwość zmiany wyłącznie terminu bez możliwości zmiany wynagrodzenia, w przypadku gdy dojdzie do warunków uniemożliwiających prowadzenie robót, opóźnień wynikających z działań lub zaniechań Zamawiającego lub w innych przypadkach np. opóźnień w wydaniu decyzji czy zgód ze strony organów administracyjnych. Przerzucenie we wskazanym zakresie całości ryzyka finansowego na wykonawcę stanowi przejaw nadużycia pozycji dominującej przez Zamawiającego jak i jest zakazane klauzulą abuzywną art. 433 pkt 3 ustawy Pzp.

5. art. 99 ust 1 ustawy Pzp, art. 134 ust. 1 pkt 20 ustawy Pzp, art. 16 pkt 1,3 ustawy Pzp, w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp, w związku z art. 353^1 k.c. i art. 647 k.c. w zw. z art. 484 §2 k.c. w zw. z art. 483 k.c. i art. 473 §1 k.c. ze względu na zastrzeżenie w § 21 ust 1 pkt 1 -6, 9, 12-16 wzoru umowy rażąco wygórowanych i niewspółmiernych do wartości kontraktu kar umownych za zwłokę liczonych od całościowego wynagrodzenia netto, podczas gdy kary w wysokościach tam zaproponowanych wynoszące po przeliczeniach wykonawcy odpowiednio 150.000 zł za dzień zwłoki (0,1%) oraz 300.000 zł (0,2%) za dzień zwłoki są represyjne a nie prewencyjne i nie spełniają swojej funkcji. Jednocześnie Zamawiający opisuje postanowienia dotyczące kar w sposób niejasny i nieproporcjonalny gdyż przewiduje kary za terminy kluczowe- podczas gdy takich Zamawiający nie wyznaczył jak i niejednoznacznie określa od jakiego wynagrodzenia należy liczyć kary umowne za naruszenia wobec podwykonawców.

Odwołujący wnosił o nakazanie Zamawiającemu dokonania czynności zmiany załącznika nr 1 wzór umowy odpowiednio do sformułowanych zarzutów. W celu jednoznacznego wskazania kierunku zmiany projektowanych postanowień SWZ i umowy, mając na uwadze, że gospodarzem postępowania jest Zamawiający, Odwołujący w złożonym odwołaniu podał kierunek i rodzaj zmian adekwatnych do wyżej wskazanych zarzutów i żądań poprzez podanie brzmienia konkretnych zapisów.

Odwołujący wskazał, że posiada interes we wniesieniu odwołania. Odwołujący, jest podmiotem profesjonalnie działającym na rynku budowlanym, w tym w sektorze inwestycji realizowanych w trybie ustawy Pzp. Wskazał on, że postanowienia zawarte we wzorze umowy, będącym załącznikiem do SWZ, są niezgodne z ustawą Pzp i k.c. Formułując postanowienia wzoru umowy Zamawiający zdaniem Odwołującego wprowadził postanowienia wprost niezgodne z przepisami ustawy Pzp, chociażby w zakresie przerzucenia na wykonawcę ryzyka finansowego realizacji prac w przedłużonym czasie trwania Umowy, przewidział pozorne mechanizmy waloryzacji, nieprzystające do panujących warunków, wprowadził rażąco wygórowane kary umowne oraz niewspółmierne i nieuzasadnione wyłączenie roszczeń ustawowych zmiany umowy.

Z uwagi na powyższe, treść wzoru umowy narusza według Odwołującego zasady określone ustawą Pzp oraz k.c., Odwołujący wskazał, że ma interes w złożeniu odwołania i dążeniu do zmiany postanowień SWZ, jako że chciałby mieć możliwość złożenia oferty w niniejszym postępowaniu, a jeśli zostanie ona wybrana – chciałby mieć możliwość zawarcia prawidłowej i zgodnej z powszechnie obowiązującymi przepisami prawa umowy z Zamawiającym.

Odwołujący zauważył, że zamierza złożyć ofertę w niniejszym postępowaniu, co powoduje, że ma realne szanse na uzyskanie zamówienia i jego realizację. W przypadku złożenia w postępowaniu oferty, która zostanie zakwalifikowana, jako najkorzystniejsza, Odwołujący będzie zobowiązany do zawarcia umowy na realizację Zamówienia zgodnie z treścią wskazaną przez Zamawiającego w SWZ, mimo iż wymagania te są w swojej treści niezgodne z obowiązującym porządkiem prawnym, w tym w szczególności ze wskazanymi w odwołaniu przepisami ustawy Pzp oraz k.c.

W dniu 5 sierpnia 2024 r. do Prezesa Izby wpłynęła odpowiedź Zamawiającego na odwołanie, w której oświadczył on, że:

1.) uznaje odwołanie w zakresie: Zarzutu nr 1 (zarzut uznany w całości) oraz Zarzutu nr 3 (zarzut uznany w całości);

2.) uznaje odwołanie w części i odpowiednio modyfikuje treść postanowień wzorca umowy objętych Zarzutem nr 2, Zarzutem nr 4 oraz Zarzutem nr 5, a to w sposób wskazany w treści uzasadnienia odpowiedzi na odwołanie.

Mając na uwadze powyższe Zamawiający wniósł o:

1.) umorzenie postępowania, w zakresie zarzutu nr 1 oraz zarzutu nr 3, z uwagi na fakt ich uznania przez Zamawiającego;

2.) umorzenie postępowanie w zakresie zarzutu nr 2, 4 i 5 odwołania, z uwagi na modyfikację treści SWZ podlegającą zaskarżeniu, a to na zasadzie art. 568 ust. 2 ustawy Pzp.

Z ostrożności natomiast, na wypadek uznania braku podstaw do umorzenia postępowania w całości, Zamawiający wnosił o:

3.) oddalenie wniesionego odwołania w części, jaka nie została objęta uznaniem i obciążenie Odwołującego kosztami postępowania, w tym kosztami zastępstwa procesowego, według przedłożonego podczas rozprawy rachunku.

Przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego ani po stronie Zamawiającego w ustawowym terminie nie zgłosił żaden wykonawca.

W dniu 9 sierpnia 2024 r. do Prezesa Izby wpłynęło pismo procesowe Zamawiającego.

W dniu 12 sierpnia 2024 r. do Prezesa Izby wpłynęło pismo procesowe Odwołującego, w którym oświadczył on, że w związku z czynnością uwzględnienia odwołania w zakresie zarzutu nr 1 i 3 i częściowego uwzględnienia zarzutów zakresie zarzutu nr 2, 4, 5 poprzez zmianę stanu faktycznego w postaci wprowadzenia modyfikacji do projektowanych postanowień umowy, cofa zarzuty w części nieuwzględnionej i jednocześnie wnosi o:

1. umorzenie postępowania;

2. rozstrzygnięcie o kosztach postępowania odwoławczego zgodnie z § 9 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30.12.2020 roku poprzez dokonanie zwrotu opłaty w całości.

Wobec powyższego postępowanie odwoławcze należało umorzyć, stosownie do dyspozycji art. 522 ust. 3 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 574 i 575 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz § 9 ust. 1 pkt 2 lit. b) 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. 2020 r. poz. 2437), z którego wynika, że koszty, o których mowa w § 5 pkt 2, znosi się wzajemnie, jeżeli przed otwarciem rozprawy zamawiający uwzględnił w części zarzuty przedstawione w odwołaniu i pozostałe zarzuty zostały przez odwołującego wycofane, a w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego nie przystąpił żaden wykonawca albo uczestnik postępowania odwoławczego, który przystąpił po stronie zamawiającego, nie wniósł sprzeciwu wobec uwzględnienia przez zamawiającego w części zarzutów przedstawionych w odwołaniu – w takim przypadku Izba orzeka o dokonaniu zwrotu odwołującemu z rachunku Urzędu kwoty uiszczonej tytułem wpisu.

Przewodnicząca: …… **.....**