

POSTANOWIENIE

Warszawa, dnia 19 sierpnia 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ernest Klauziński

po rozpoznaniu na posiedzeniu bez udziału stron w dniu 19 sierpnia 2024 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 26 lipca 2024 r. przez wykonawcę Budimex S.A. z siedzibą w Warszawie w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: Państwowy Instytut Medyczny Ministerstwa Spraw Wewnętrznych i Administracji z siedzibą w Warszawie

postanawia:

1. umorzyć postępowanie odwoławcze;
2. nakazać zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz odwołującego Budimex S.A. z siedzibą w Warszawie kwoty 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną 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.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Państwowy Instytut Medyczny Ministerstwa Spraw Wewnętrznych i Administracji z siedzibą w Warszawie (dalej: Zamawiający) prowadzi na podstawie przepisów ustawy z 11 września 2019 r. — Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2023 r. poz. 1605, dalej: Pzp) postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pn.: „Budowa nowego budynku wielofunkcyjnego „T” na potrzeby działu transportu oraz funkcji medycznych w ramach kompleksu Państwowego Instytutu Medycznego Ministerstwa Spraw Wewnętrznych i Administracji”, numer postępowania PIMMSWiA-2375/08/07/01/2024, zwane dalej postępowaniem.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 16 lipca 2024 r. pod numerem 425809-2024, numer wydania: DZ.U.S: 137/2024.

26 lipca 2024 r. wykonawca Budimex S.A. z siedzibą w Warszawie (dalej: Odwołujący), wniósł odwołanie zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

- 1.art. 436 pkt 1 Pzp, art. 99 ust. 1 Pzp w zw. z art. 16 Pzp w zw. z art. 8 ust. 1 Pzp w zw. art. 5 i art. 353¹ KC w zw. z art. 387 KC przez oznaczenie w treści Ogłoszenia o zamówieniu, Specyfikacji Warunków Zamówienia oraz projektowanych postanowieniach umowy (Załącznik nr 4 do SWZ, dalej: Umowa) terminu wykonania zamówienia oraz terminów pośrednich przez odniesienie się do daty kalendarzowej, mimo, że brak jest obiektywnych przyczyn uzasadniających takie działanie, przy jednoczesnym określeniu tych terminów w sposób nierealny, nieadekwatny do przedmiotu zamówienia i nieuwzględniający wszystkich okoliczności, a co za tym idzie wyznaczenie ich w sposób utrudniający uczciwą konkurencję i niemożliwy do spełnienia przez wykonawców funkcjonujących na rynku, co jednocześnie godzi w istotę i naturę umowy o roboty budowlane, stanowiąc wyraz nadużycia prawa Zamawiającego do kształtowania postanowień umownych i jego pozycji dominującej, będąc postanowieniem niekorzystnym dla wykonawców i prowadząc do zachwiania równowagi stron stosunku zobowiązaniowego i zasad współzycia społecznego równowagę stron umowy i prowadzącym do naruszenia praw podmiotowych wykonawców (zarzut nr 1);
- 2.art. 8 ust. 1 Pzp w zw. z art. 5 i 353(1) KC w zw. z art. 647 KC w zw. z art. 577 § 4 KC w zw. z art. 568 § 1 KC w zw. z art. 453 ust. 1 i 2 Pzp w zw. z art. 16 Pzp przez wprowadzenie do Umowy niespójnych postanowień dotyczących zasad odbioru robót budowlanych, uzależniających de facto dokonanie odbioru robót i wypłatę należnego wynagrodzenia, a także rozpoczęcie biegu okresu gwarancji i rękojmi oraz zwrot 70% kwoty zabezpieczenia od usunięcia wszelkich wad zidentyfikowanych w ramach przedmiotu umowy, co godzi w istotę i

- naturę umowy o roboty budowlane, będąc jednocześnie 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 ust. 1 pkt 4 Pzp, w zw. z art. 99 ust. 1 Pzp w zw. z art. 5 KC, art. 58 KC, art. 353(1) KC w zw. z art. 8 ust. 1 Pzp przez wprowadzenie do projektu 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 przygotowywanej przez Zamawiającego, 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. 8 ust. 1 Pzp w zw. z art. 5 i 353(1) KC w zw. z art. 647 KC przez przyznanie Zamawiającemu w ramach § 13 ust. 1 pkt 2) i 8) Umowy prawa do odstąpienia od umowy w przypadku nieprzystąpienia bądź zaniechania realizacji zamówienia w okresie 2 dni kalendarzowych jak również zwłoki w przedstawieniu Harmonogramu rzeczowo – finansowego powyżej 7 dni bez uwzględnienia wpływu danego naruszenia na możliwość wykonania inwestycji, a także bez uwzględnienia możliwości wdrożenia działań naprawczych, co prowadzi do niestabilności stosunku zobowiązaniowego, uwzględniając zwłaszcza uznaniowość decyzji Zamawiającego w tym zakresie, a w konsekwencji nakłada na Wykonawcę zbyt duże ryzyka kontraktowe, niemożliwe do oszacowania, stanowiąc nadmierną i niewspółmierną dolegliwość, prowadzącą do naruszenia praw podmiotowych wykonawców (zarzut nr 4);
- 5.art. 8 ust. 1 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 Pzp przez zastrzeżenie przez Zamawiającego w ramach Umowy kar umownych i górnego ich limitu o rażąco wygórowanej wysokości, co jest postanowieniem naruszającym równowagę stron umowy, wymuszającym na wykonawcach konieczność kalkulacji dodatkowych, niemożliwych do precyzyjnej kalkulacji, ryzyk w ramach ceny ofertowej (zarzut nr 5);
- 6.art. 8 ust. 1 Pzp w zw. z art. 5 i 353(1) KC, art. 431 i art. 99 ust. 1 i 4 Pzp przez zastrzeżenie przez Zamawiającego arbitralnych i nieadekwatnych terminów usuwania wad i awarii, bez jakiegokolwiek zdefiniowania kluczowych pojęć i uwzględnienia czynności niezbędnych do wykonania w danym zakresie, co nakłada na Wykonawcę zbyt duże ryzyka kontraktowe, niemożliwe do oszacowania przy uwzględnieniu uznaniowości kwalifikacji każdego z przypadków, co w konsekwencji stanowi o nadużyciu przez Zamawiającego 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 6);
- 7.art. 8 ust. 1 Pzp w zw. z art. 5 i 353(1) KC w zw. z art. 581 § 1 i 2 KC w zw. z art. 553 KC w zw. z art. 16 ust. 1 Pzp przez wprowadzenie do Umowy postanowień zakładających przerwę w biegu terminu gwarancji i rękojmi w każdym przypadku wystąpienia wady, niezależnie od elementu podlegającego naprawie oraz możliwości korzystania z przedmiotu umowy przez Zamawiającego, co jest postanowieniem naruszającym równowagę stron umowy, wymuszającym na wykonawcach konieczność kalkulacji dodatkowych, niemożliwych do precyzyjnej kalkulacji, ryzyk w ramach ceny ofertowej (zarzut nr 7);
- 8.art. 8 ust. 1 Pzp w zw. z art. 353(1) KC w zw. z art. 354 § 1 KC w zw. z art. 487 § 2 KC w zw. z art. 5 KC w zw. z art. 16 Pzp przez wprowadzenie do wzoru umowy postanowień, skutkujących de facto pozbawieniem wykonawcy uprawnienia do domagania się dodatkowego wynagrodzenia w związku z przedłużeniem terminu realizacji zamówienia w sposób sprzeciwiający się właściwości (naturze) stosunku prawnego wynikającego z umowy o roboty budowlane - jako umowy nazwanej uregulowanej w art. art. 647 KC i nast. KC. – jak również zasadom współżycia społecznego oraz celowi społeczno – gospodarczemu, naruszając zasadę ekwiwalentności świadczeń stron umowy o roboty budowlane w relacji inwestor – wykonawca, co powoduje w konsekwencji obciążenie Wykonawcy ryzykiem niemożliwym do skalkulowania, generując ryzyko nieporównywalności złożonych ofert i

uprzywilejowując w sposób nieuzasadniony jedną ze stron umowy (zarzut nr 8).

14 sierpnia 2024 roku Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie oświadczył, że uwzględnił je w części i dokonał zmian SWZ w sposób określony w załączonym do odpowiedzi na odwołanie Powiadomieniu o zmianach w SWZ. W pozostałym zakresie wniósł o oddalenie odwołania. Z uzasadnienia stanowiska Zamawiającego wynikało, że uwzględnione zostały zarzuty o nr od 2 do 8.

16 sierpnia 2024 r. Odwołujący złożył oświadczenie o wycofaniu odwołania w części nieuwzględnionej przez Zamawiającego i wniósł o umorzenie postępowania odwoławczego.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego nie przystąpił żaden wykonawca.

Wobec powyższego Izba uznała, że ziszczyły się przesłanki określone w art. 522 ust. 3 Pzp zgodnie z którym 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.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 557 i 575 Pzp w zw. z § 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 uiszczonej tytułem wpisu.

Przewodniczący: