Sygn. akt: KIO 2488/24

POSTANOWIENIE

Warszawa, dnia 5 sierpnia 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca:Elżbieta Dobrenko

na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron i uczestników postępowania odwoławczego
w dniu 5 sierpnia 2024 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 15 lipca 2024 r. przez wykonawcę Budimex Spółka Akcyjna z siedzibą
w Warszawie w postępowaniu prowadzonym przez Gminę Miasto Rzeszów – Urząd Miasta Rzeszowa
przy udziale uczestników po stronie odwołującego – wykonawcy Mota-Engil Central Europe Spółka Akcyjna z siedzibą w Krakowie oraz Strabag Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością
z siedzibą w Pruszkowie

postanawia:

1.umorzyć postępowanie odwoławcze
2.nakazać zwrot z rachunku Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz odwołującego Budimex Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie 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 2488/24

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

Zamawiający, Gmina Miasto Rzeszów – Urząd Miasta Rzeszowa, dalej: *Zamawiający*", prowadzi na podstawie przepisów ustawy z 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2023 r. poz.1605 ze zm.), dalej: „*ustawa Pzp*", postępowanie pn.: „Budowa drogi od
ul. Warszawskiej do terenów inwestycyjnych strefy „Dworzysko" w Rzeszowie", dalej „*Postępowanie*".
Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej
w dniu 3 lipca 2024 r. pod numerem: 394851-2024.
W dniu 15 lipca 2024 r. wykonawca Budimex Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie wniósł odwołanie od czynności Zamawiającego polegającej na ustaleniu treści Specyfikacji Warunków Zamówienia dotyczącej Postępowania (dalej jako: „SWZ"), w sposób naruszający przepisy ustawy Pzp i KC, tj.:
1) art. 16 ustawy Pzp w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 99, art. 431 i art. 433 pkt 3) ustawy Pzp w zw. z art. 5 i 3531 KC w zw. z art. 647 KC i w zw. z art. 5 KC poprzez sformułowanie w ramach wzoru umowy postanowienia dotyczącego w istocie zrzeczenia się przez wykonawcę prawa do zgłaszania roszczeń związanych z lokalizacją terenu budowy, co w konsekwencji prowadzi do niestabilności stosunku zobowiązaniowego i nakłada na wykonawcę zbyt duże ryzyka kontraktowe, niemożliwe do oszacowania przy uwzględnieniu dużej uznaniowości wdrożenia przez Zamawiającego tego mechanizmu (zarzut nr 1);
2) art. 99 ust. 1 i ust. 4 ustawy Pzp w zw. z art. 134 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp, art. 16, art. 17 ust. 1 pkt 1 i 2 ustawy Pzp, w zw. z art. 431 ustawy Pzp w zw. z art. 433 pkt 3) ustawy Pzp, z art. 436 ustawy Pzp, art. 8 ust 1 ustawy Pzp w zw. z art. 5 KC, art. 353^1 KC i art. 387 KC, art. 137 ust. 1 ustawy Pzp poprzez wprowadzenie do wzoru umowy postanowienia dotyczącego ustalenia terminu pośredniego wykonania dokumentacji projektowej do 12 miesięcy od daty podpisania umowy, wyłączając tym samym możliwość terminowej realizacji tej części przedmiotu zamówienia w związku z koniecznością uzyskania właściwych i niezbędnych decyzji administracyjnych, co powoduje, że umowa w tym zakresie będzie dotknięta tzw. niemożliwością świadczenia, i co generuje całkowite przerzucenie na wykonawców ryzyka
z tytułu zaistnienia przyczyn, które są niezależne od wykonawcy i niemożliwe do przewidzenia na etapie składania oferty, stanowiąc wyraz wykorzystania pozycji dominującej i rażącego uprzywilejowania pozycji Zamawiającego, wbrew zasadom współżycia społecznego
i właściwości stosunku prawnego (zarzut nr 2);
3) art. 431 ustawy Pzp w zw. z art. 455 ustawy Pzp w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp w zw.
z art. 353^1 KC, w zw. z art. 647 KC, w zw. z art. 58 KC i w zw. z art. 5 KC, w zw. z art.

16 ustawy Pzp poprzez ustalenie zasad wypłaty należnego wynagrodzenia za opracowanie dokumentacji projektowej i wykonanie robót budowlanych w podziale na części przypisane do konkretnych, następujących po sobie lat (2026 r. i 2027 r.), bez określenia przynajmniej tego, jakiej wartości procentowej wynagrodzenia może się spodziewać wykonawca w danych okresach, przez co wykonawcy nie mają możliwości zaplanowania przepływów finansowych
i prawidłowego oszacowania kosztów inwestycji, co stanowi o sprzeczności postanowienia
z naturą stosunku prawnego zakładającego wzajemność świadczeń stron, stanowi wyraz nadużycia prawa Zamawiającego do jednostronnego kształtowania warunków umowy, wykorzystania pozycji dominującej i rażącego uprzywilejowania w treści projektowanych postanowień Umowy pozycji Zamawiającego, wbrew zasadom współżycia społecznego
i właściwości stosunku prawnego, w sposób stanowiący ponadto nadużycie prawa (zarzut nr 3);

4) art. 8 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 647, art. 654, art. 5 i art. 353^1 KC w zw. z art. 16 ustawy Pzp poprzez wprowadzenie do Wzoru Umowy niespójnych i niejasnych postanowień dotyczących zasad odbioru robót budowlanych, uzależniających de facto dokonanie odbioru
i wypłatę należnego wynagrodzenia 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. 16 ustawy Pzp w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 99 ust. 4 ustawy Pzp w zw. z art. 431 ustawy Pzp, art. 434 ust. 1 ustawy Pzp w zw. art. 353^1 KC, w zw. z art. 58 KC
i w zw. z art. 5 KC poprzez zastrzeżenie w ramach projektowanych postanowień umowy możliwości odstąpienia od umowy wyłącznie przez Zamawiającego, co stanowi wyraz wykorzystania pozycji dominującej i rażącego uprzywilejowania w treści projektowanych postanowień Umowy pozycji Zamawiającego, wbrew zasadom współżycia społecznego
i właściwości stosunku prawnego, w sposób stanowiący ponadto nadużycie prawa (zarzut nr 5);

6) 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 projektowanych postanowień Umowy:
a) pojedynczych kar umownych w okolicznościach określonych szczegółowo w uzasadnieniu
niniejszego odwołania,
b) odstąpienie z przyczyn leżących po stronie wykonawcy,
c) górnego limitu wszystkich kar umownych,
o rażąco wygórowanej wysokości, co jest nadmiernym i nieadekwatnym obciążeniem wykonawcy w stosunku do specyfiki realizacji i uwarunkowań rynkowych, będąc jednocześnie
postanowieniem niekorzystnym dla wykonawców, naruszającym równowagę stron umowy
i prowadzącym do naruszenia praw podmiotowych wykonawców (zarzut nr 6);
7) art. 16 ustawy Pzp w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 99 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 431 ustawy Pzp i w zw. z art. 455 ust. 1 ustawy Pzp w zw. art. 353^1 KC, w zw. z art.
5 KC poprzez sformułowanie w ramach wzoru umowy postanowienia dotyczącego możliwości jednostronnego zmniejszenia zakresu zamówienia aż o 50%, co godzi w istotę i naturę umowy o roboty budowlane, będąc jednocześnie postanowieniem niekorzystnym dla wykonawców, naruszającym bezwzględnie obowiązujące przepisy prawa, równowagę stron umowy
i prowadzi do naruszenia praw podmiotowych wykonawców, a także dopuszcza zbyt dużą uznaniowość działań Zamawiającego (zarzut nr 7);
8) art. 99 ust. 1 i 4 ustawy Pzp w zw. z art. 103 ust. 2 ustawy Pzp w zw. z art. 16 ustawy Pzp w zw. z art. 433 pkt 3 ustawy Pzp w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 353¹ KC w zw. z art. 647 KC i w zw. z art. 649 KC poprzez definiowanie obowiązków nałożonych na wykonawców poprzez zdarzenia przyszłe i niepewne, których wystąpienia wykonawcy nie są w stanie przewidzieć na obecnym etapie, bez jednoczesnego przewidzenia jednoznacznych mechanizmów kontraktowych pozwalających na ocenę wpływu tych zdarzeń na zakres realizacji i wynagrodzenie, co prowadzi do niezasadnego i bezpodstawnego przerzucenia na wykonawcę odpowiedzialności i ryzyka, w tym za przedłużenie czasu realizacji umowy
z przyczyn niezależnych od wykonawcy, co stanowi postanowienie zaburzające równowagę stron i prowadzące do nadużycia własnego prawa podmiotowego, czyniące nadto opis przedmiotu zamówienia nieprecyzyjnych, a wycenę ofertową spekulacyjną (zarzut nr 8);

9) art. 16 ustawy Pzp, w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp, art. 99 ust 1 ustawy Pzp w zw. z art. 353^1 KC w zw. z art. 647 KC i art. 649 KC poprzez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia

i postanowień umowy w sposób niepełny, niejasny, nieprecyzyjny oraz poprzez nadużycie przez Zamawiającego uprawnienia wynikającego ze swobody kształtowania warunków umowy w zakresie:
a) zobowiązania wykonawcy do przygotowania i podpisania umów użyczenia bez określenia ich przedmiotu i celu, a także bez dodatkowego wynagrodzenia,
b) określenia zakresu inwestycji w kontekście uzgodnień z sąsiednimi, niezależnymi inwestycjami,
i tym samym naruszenie zasady równowagi stron stosunku zobowiązaniowego, co pozostaje w sprzeczności z zasadami współżycia społecznego, godzi w naturę stosunku prawnego, naruszając tym samym równowagę kontraktową stron oraz stanowi nadużycie przez Zamawiającego przysługującego mu prawa podmiotowego ukształtowania istotnych postanowień umownych (zarzut nr 9).
W związku z powyższymi zarzutami Odwołujący wniósł o:
1) uwzględnienie odwołania,
2) nakazanie Zamawiającemu dokonania zmiany treści SWZ i ogłoszenia w sposób wskazany w uzasadnieniu odwołania.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba stwierdziła, że odwołanie nie zawierało braków formalnych, został uiszczony od niego wpis, nie zaistniały również przesłanki określone w art. 528 ustawy Pzp, których skutkiem byłoby odrzucenie odwołania.
Izba ustaliła, że do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego przystąpili wykonawca wykonawcy: Mota-Engil Central Europe Spółka Akcyjna z siedzibą w Krakowie oraz Strabag Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Pruszkowie.
Zgłoszenia spełniały warunki określone w art. 525 ust. 1 ustawy Pzp.
W dniu 29 lipca 2024 r. do Prezesa Izby wpłynęła odpowiedź na odwołanie zawierająca oświadczenie Zamawiającego o uwzględnieniu w całości: zarzutów nr 4 i 7, w części: zarzutów nr 1, 2, 3, 6 i 8 oraz o oddalenie jako bezzasadnego zarzutu nr 5 i 9 oraz częściowo zarzutu nr 6.
W dniu 1 sierpnia 2024 r. do Prezesa Izby wpłynęło pismo procesowe Odwołującego, w którym oświadczył on, że cofa odwołanie w nieuwzględnionym zakresie oraz wniósł o umorzenie postępowania odwoławczego przed Krajową Izbą Odwoławczą i wzajemne zniesienie kosztów.
Zgodnie z art. 522 ust. 3 ustawy Pzp, 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.
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.
Uwzględniając powyższe postanowiono, jak w sentencji.

Przewodnicząca: ……. **.....**