

Warszawa, 11 lipca 2024 r.

POSTANOWIENIE

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie: **Przewodniczący: Piotr Kozłowski**

Protokolant: Oskar Oksiński

po rozpoznaniu na posiedzeniu z udziałem stron postępowania odwoławczego **11 lipca 2024 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej **1 lipca 2024 r.**

przez wykonawcę: **Strabag-sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie** [„Odwołujący”]

w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn. *Zaprojektuj i wybuduj Centrum Edukacyjne Świętokrzyskiego Parku Narodowego* (SC.360.1.2024/AT.282.69.2024)

prowadzonym przez zamawiającego: **Świętokrzyski Park Narodowy z siedzibą w Bodzentynie** [„Zamawiający”]

orzeka:

1. Umarza postępowanie odwoławcze, którego dalsze prowadzenie stało się zbędne.

2. Nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz Odwołującego kwoty 20000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) **uiszczonej przez niego tytułem wpisu od odwołania.**

Na niniejsze 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.**

Uzasadnienie

Świętokrzyski Park Narodowy z siedzibą w Bodzentynie {dalej: „Zamawiający”} prowadzi na podstawie Ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2023 r. poz. 1605 ze zm.) {dalej: „ustawa pzp”, „ppz”} w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na roboty budowlane pn. *Zaprojektuj i wybuduj Centrum Edukacyjne Świętokrzyskiego Parku Narodowego* (SC.360.1.2024/AT.282.69.2024). Ogłoszenie o tym zamówieniu 19 czerwca 2024 r. zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej serii S nr 118 pod poz. 364047. Wartość tego zamówienia przekracza progi unijne.

1 lipca 2024 r. Strabag-sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie {dalej: „Odwołujący”} wniósł odwołanie wobec treści proponowanych postanowień umowy (wzoru umowy) SWZ.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu następujące naruszenia przepisów ustawy pzp i Kodeksu cywilnego {„kc”} jako znajdujących zastosowanie przez odesłanie wynikające z art. 8 ust. 1 ustawy pzp:

1. Art. 436 pkt 1 pzp i art. 433 pkt. 3 pzp, względnie art. 353¹ kc, art. 58 kc i art. 387 § 1 kc oraz art. 16 pzp – przez oznaczenie w § 2 ust. 1 wzoru umowy terminu realizacji zamówienia na 31 grudnia 2027 r., wbrew wskazanym przepisom pzp, które nakazują określanie takiego terminu w latach, miesiącach, tygodniach, dniach, przy jednoczesnym obiektywnym braku istnienia i podania przyczyn uzasadniających odstąpienie od zastosowania się do tych przepisów.

2. Art. 353¹ kc, art. 568 § 1 kc, art. 638 kc i art. 656 § 1 kc – przez zawarcie w treści § 2 ust. 2, § 16 ust. 6 i 7 oraz § 17 ust. 15 pkt 2) wzoru umowy zapisów świadczących o bezusterkowej procedurze odbiorowej, podczas gdy odbiór wykonanych robót budowlanych w sytuacji gdy wystąpią wady nieistotne (do usunięcia po odbiorze w terminie określonym w protokole odbioru końcowego) jest obowiązkiem inwestora, a uprawnienie do wstrzymania się z odbiorem przysługuje mu wyłącznie w przypadku wad o istotnym charakterze (uniemożliwiających normalne korzystanie z przedmiotu umowy).

3. Art. 16 pzp, art. 134 ust. 1 pkt 20 pzp w zw. z art. 353¹ kc i art. 647 kc w zw. z art. 484 § 2 kc w zw. z art. 483 kc i art. 473 § 1 kc – ze względu na zastrzeżenie w § 23 ust. 1 pkt 6) treści wzoru umowy za zwłokę w realizacji szeregu czynności określonych w harmonogramach kary umownej w wysokości 1 tys. zł za każdy dzień, która jest rażąco wygórowana, przy jednoczesnym braku uregulowania, że w razie dotrzymania przez wykonawcę terminu końcowego realizacji umowy Zamawiający nie będzie dochodzić zapłaty tej kary umownej.

4. Art. 439 ust. 1 i 2 pkt 2, 4 pzp w zw. z art. 16 pkt 3 pzp, art. 353¹ kc, art. 58 § 1 i 2 kc oraz art. 5 kc – przez sformułowanie § 11 ust. 7 pkt 1 lit. b) wzoru umowy w sposób uniemożliwiający dokonanie prawidłowej i zgodnej z celem przepisów ustawy pzp zmiany wysokości wynagrodzenia wykonawcy, polegające na nałożeniu na wykonawcę obowiązku każdorazowego przedstawiania wraz z wnioskiem o waloryzację wykazu zmian oraz dowodów określających wysokość zmiany cen lub kosztów w postaci faktur zakupowych lub cenników dostawców materiałów lub usług, co nie znajduje oparcia w powyżej wskazanych przepisach pzp, według których zmiana wynagrodzenia wykonawcy w przypadku zaistnienia zmiany cen materiałów lub innych kosztów realizacji zamówienia jest

obowiązkiem zamawiającego.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu wprowadzenia zmian zaskarżonych postanowień wzoru umowy, w tym nadania im brzemienia, które zostało podane w odwołaniu.

10 lipca 2024 r. wpłynęło do Izby pismo Odwołującego, w którym oświadczył, że *w związku z dokonaniem przez Zamawiającego w dniu 8.07.2024 r. na skutek wniesionego odwołania z dnia 1.07.2024 r. modyfikacji projektu umowy, w której uwzględnił on w części zarzuty Odwołującego zawarte w jego odwołaniu z dnia 1.07.2024 r. w sposób szczegółowo określony przez Zamawiającego niniejszym:*

- 1. wycofuję zarzuty zawarte w odwołaniu z dnia 1.07.2024 r. w części nieuwzględnionej przez Zamawiającego w dokumencie modyfikacja projektu umowy z dnia 8.07.2024 r.*
- 2. w zakresie dotyczącym zarzutów uwzględnionych przez Zamawiającego w dokumencie modyfikacja projektu umowy z dnia 8.07.2024 r. wnoszę o umorzenie postępowania odwoławczego ;*
- 3. wnoszę o rozstrzygnięcie kosztach postępowania zgodnie 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 30.12.2020 r. (Dz.U. z 2020 r., poz. 2437) poprzez zwrot Odwołującemu kwoty uiszczonej tytułem wpisu od odwołania.*

Izba ustaliła, co następuje:

Zamawiający po wniesieniu odwołania dokonał takich zmian zaskarżonych postanowień wzoru umowy, że Odwołujący uznał za celowe wycofanie odwołania w zakresie, w jakim te zmiany nie czyniły zadość podniesionym zarzutom i zgłoszonym żądaniom.

Ponieważ Zamawiający nie tylko nie zajął żadnego stanowiska procesowego, ale nawet nie poinformował Izby o wprowadzonych zmianach treści wzoru umowy, z kolei Odwołujący ograniczył się do powyżej zacytowanych informacji, nie sposób stwierdzić, czy i w jakim zakresie nastąpiło uwzględnienie odwołania.

Tym niemniej pewne jest, że Strony przestały być w sporze co do kształtu postanowień wzoru umowy objętych zarzutami i żądaniami odwołania, czyli że brak jest przedmiotu sporu.

Izba zważyła, co następuje:

Z art. 568 pkt 2 pzp wynika, że Izba umarza postępowanie odwoławcze w razie stwierdzenia, że dalsze postępowanie stało się z innej przyczyny (niż cofnięcie odwołania lub uwzględnienie zarzutów przez zamawiającego) zbędne lub niedopuszczalne.

W tej sprawie po wniesieniu odwołania, na skutek czynności Zamawiającego w prowadzonym przez niego postępowaniu oraz czynności procesowych Odwołującego, przestał istnieć tzw. substrat zaskarżenia, co czyni orzekanie o zarzucanych naruszeniach przepisów ustawy pzp bezprzedmiotowym, czyli dalsze prowadzenie postępowania odwoławczego stało się zbędne.

Z uwagi na powyższe Izba – działając na podstawie art. 568 pkt 2 pzp – umorzyła postępowanie odwoławcze.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 557 pzp w zw. z § 9 ust. 1 pkt 1 lit a (*per analogiam*) 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. poz. 2437) – nakazując zwrot Odwołującemu kwoty uiszczonej przez niego tytułem wpisu.