

POSTANOWENIE

Warszawa, dnia 4 kwietnia 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Katarzyna Paprocka

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron oraz uczestników postępowania odwoławczego w dniu 4 kwietnia 2024 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 21 marca 2024 r. przez wykonawcę Budimex S.A. w Warszawie w postępowaniu prowadzonym przez Narodowe Centrum Badań Jądrowych w Otwocku

postanawia:

1. umorzyć postępowanie odwoławcze,
2. nakazać zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz wykonawcy Budimex S.A. w Warszawie, kwoty 18 000 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy złotych zero groszy), stanowiącej 90% wartości kwoty uiszczonej tytułem 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:

Uzasadnienie

Zamawiający, Narodowe Centrum Badań Jądrowych w Otwocku prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na: zaprojektowanie i wykonanie modernizacji, przebudowy i rozbudowy kompleksu budynków laboratoryjnych POIFEL oraz jego infrastruktury technicznej, wewnętrzny identyfikator: EZP.270.8.2024. Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 11 marca 2024 r., pod nr: 2024/S 50-147183. Wartość szacunkowa zamówienia przekracza progi unijne.

W dniu 21 marca 2024 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie Budimex S.A. wobec, niezgodnych z przepisami ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jedn. Dz.U. z 2023 r., poz. 1605 ze zm., dalej jako „PZP”), postanowień Specyfikacji Warunków Zamówienia, w tym projektowanych postanowień umowy – Tom II,.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 8 PZP w zw. z art. 5 i art. 353¹ Kodeksu cywilnego w zw. z art. 473 § 1 w zw. z art. 483 w zw. z art. 484 § 2 Kodeksu cywilnego w zw. z art. 16 PZP w zw. z art. 436 pkt 3 PZP poprzez zastrzeżenie przez Zamawiającego w ramach projektowanych postanowień umowy - § 14 ust. 2 lit. a) i b) i ust. 5 - jednostkowych kar umownych oraz górnego limitu wszystkich kar umownych o rażąco wygórowanej wysokości, 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, wymuszającym na wykonawcach konieczność kalkulacji dodatkowych, niemożliwych do precyzyjnego obliczenia, ryzyk w ramach ceny ofertowej, jednocześnie naruszającym równowagę stron umowy i prowadzącym do naruszenia praw podmiotowych wykonawców;
- 2) art. 99 ust. 1, art. 455 ust. 1 pkt 1, art. 433 pkt 1 w zw. z art. 16 PZP w zw. z art. 5 i art. 353¹ Kodeksu cywilnego w zw. z art. 8 ust. 1 PZP poprzez wprowadzenie do projektu umowy – w § 15 ust. 2 pkt 4 – postanowień niejednoznacznych, niedokładnych, niezrozumiałych i nieuwzględniających wszystkich okoliczności realizacji zamówienia, z których jednocześnie wynika, że wykonawca nie będzie miał możliwości zmiany terminu realizacji (wydłużenia) zamówienia, a tym samym będzie ponosił odpowiedzialność za opóźnienie w przypadku okoliczności, na które nie ma wpływu, w sytuacji, w której dyspozycja art. 433 PZP wprost wskazuje, że taka klauzula jest klauzulą abuzywną, tym samym 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 oraz równowagę stron umowy i prowadzącym do naruszenia praw podmiotowych wykonawców;
- 3) art. 8 PZP w zw. z art. 5 i art. 353¹ Kodeksu cywilnego w zw. z art. 473 § 1 w zw. z art. 483 w zw. z art. 484 § 2 Kodeksu cywilnego w zw. z art. 16 PZP poprzez zastrzeżenie w ramach projektowanych postanowień umowy - §

14 ust. 2 lit. d) – kary umownej w wysokości 20% wynagrodzenia w przypadku odstąpienia od umowy lub jej części o rażąco wygórowanej wysokości, co jest nadmiernym i nieadekwatnym obciążeniem wykonawcy w stosunku do specyfiki realizacji uwarunkowań rynkowych, będąc jednocześnie postanowieniem niekorzystnym dla wykonawców, naruszającym równowagę stron umowy i prowadzącym do naruszenia praw podmiotowych wykonawców;

- 4) art. 8 PZP w zw. z art. 473 § 1, art. 484 § 1, art. 58, art. 5 i art. 353¹ Kodeksu cywilnego w zw. z art. 16 PZP poprzez zastrzeżenie w ramach projektowanych postanowień umownych - § 14 ust. 6 – odpowiedzialności odszkodowawczej wykonawcy bez ograniczenia oraz zastrzeżenie możliwości dochodzenia odszkodowania przenoszącego wysokość zastrzeżonych kar umownych, co w konsekwencji oznacza postanowienie wymuszające na wykonawcach konieczność kalkulacji dodatkowych, niemożliwych do precyzyjnego wyliczenia ryzyk w ramach ceny ofertowej, stanowiące nadmierne i nieadekwatne obciążenie wykonawcy w stosunku do specyfiki realizacji i uwarunkowań rynkowych, będąc jednocześnie postanowieniem niekorzystnym dla wykonawców, prowadzącym do naruszenia praw podmiotowych wykonawców i do nadużycia prawa podmiotowego przez Zamawiającego.

Mając na uwadze tak sformułowane zarzuty, Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu dokonania zmiany treści SWZ w sposób wskazany w uzasadnieniu odwołania, tj. nadanie następującym postanowieniom umowy wskazanego brzmienia:

1. § 14 ust. 2 umowy:

„Zamawiający ma prawo naliczyć karę umowną Wykonawcy, a w przypadku jej nałożenia Wykonawca ma obowiązek ją zapłacić Zamawiającemu:

- a) za zwłokę w dotrzymaniu terminu wykonania któregośkolwiek z Etapów – w wysokości 0,05% Wynagrodzenia za ten Etap (brutto) za każdy rozpoczęty dzień zwłoki;
- b) za zwłokę w rozpoczęciu Prac Projektowych lub Robót – w wysokości 0,05% Wynagrodzenia za ten Etap, którego dotyczy naruszenie – za każdy rozpoczęty dzień zwłoki”

2. § 14 ust. 6 umowy:

„Łączna maksymalna wysokość kar umownych, których mogą dochodzić Strony przy realizacji Umowy nie przekroczy 20% Wynagrodzenia brutto.”

3. § 15 ust. 2 pkt 4) umowy:

„(...) W przypadkach opisanych wyżej Strony mogą przesunąć termin wykonania Etapu lub Etapów, zakończenia realizacji przedmiotu Umowy, lecz nie dłużej niż o okres trwania przeszkody uniemożliwiającej wykonanie przedmiotu Umowy w terminie pierwotnie ustalonym. Wykonawca zobowiązany jest wykazać wpływ okoliczności powodującej zmianę poprzez zobrazowanie elementu na ścieżce krytycznej z odniesieniem do HRF. Wykonawca zobowiązany jest wykazać nadto, że przeszkoda uniemożliwia mu realizację innego zakresu przedmiotu Umowy celem wyrównania opóźnienia. ~~Zmiany terminu wykonania przedmiotu Umowy lub Etapów nie będą dokonane, jeśli możliwe będzie prowadzenie prac lub Robót na innym odcinku/terenie.~~”

4. § 14 ust. 2 lit. d) umowy:

„Zamawiający ma prawo naliczyć karę umowną Wykonawcy, a w przypadku jej nałożenia Wykonawca ma obowiązek ją zapłacić Zamawiającemu: (...) d) za odstąpienie od Umowy lub jej części z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy w wysokości 10% Wynagrodzenia.”

5. dodanie do umowy dodatkowego postanowienia o następującej treści:

„Łączna odpowiedzialność odszkodowawcza Wykonawcy związana z realizacją Umowy ograniczona jest do kwoty stanowiącej 100% Wynagrodzenia brutto.”

W uzasadnieniu odwołania Budimex S.A. wskazał, że jakkolwiek ma świadomość i akceptuje, że Zamawiający jako gospodarz postępowania ma pewną swobodę w formułowaniu warunków realizacji zamówienia, to jednak jego zdaniem, swoboda ta nie powinna mieć charakteru nieograniczonego, w tym nie może prowadzić do nadużycia prawa podmiotowego, które przysługuje Zamawiającemu – swobodę umów ograniczając m.in. zasady współżycia społecznego oraz bezwzględnie obowiązujące przepisy (art. 353¹ Kodeksu cywilnego). Jak podniósł Odwołujący, postanowienia umowy powinny zostać określone w sposób na tyle precyzyjny, aby wykonawca był w stanie określić cenę ofertową. Nadto, Zamawiający nie może przerzucić całości ryzyka gospodarczego na wykonawcę. „(...) podstawowe znaczenie ma wymóg zapewnienia tzw. słuszności (sprawiedliwości) kontraktowej, rozumianej jako równomierny rozkład uprawnień i obowiązków w stosunku prawnym, czy też korzyści i ciężarów oraz szans i ryzyk związanych z powstaniem i realizacją tego stosunku.” (str. 4 odwołania). Kolejno, Odwołujący odniósł się do poszczególnych zaskarżonych postanowień projektu umowy wskazując, w czym upatruje ich niezgodność z przepisami powołanymi w zarzutach odwołania.

W odpowiedzi z dnia 2 kwietnia 2024 r. na odwołanie, Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania w całości. Po pierwsze

wskazał, że w postępowaniu wpłynęły wnioski innych wykonawców o wyjaśnienie treści SWZ, w oparciu o które Zamawiający zmienił część projektowanych postanowień umowy, w tym m.in. w zakresie kar umownych, kwestionowanych przedmiotowym odwołaniem. W efekcie, zmianie uległy następujące postanowienia projektu umowy: § 14 ust. 5 projektu umowy, § 14 ust. 2 pkt. a) projektu umowy, § 14 ust. 2 pkt. b) projektu umowy, § 14 ust. 2 pkt d) projektu umowy. Postanowienia umowy po zmianie w pewnym zakresie uwzględniają żądania Odwołującego. Jednak, niezależnie od dokonanych zmian, Zamawiający podniósł, że formułując postanowienia umowy w zakresie kar umownych nie złamał żadnych bezwzględnie obowiązujących przepisów Prawa zamówień publicznych, czy też Kodeksu Cywilnego. Przede wszystkim przepisy PZP nie ustanawiają maksymalnego poziomu kar wiążącego wszystkich wykonawców i nie nazywają przyjęcia limitów poszczególnych kar umownych przewidzianych w umowie, lecz wyłącznie określenie w umowie maksymalnej wysokości kar umownych, których mogą dochodzić strony (art. 436 Kodeksu cywilnego). Jak wskazało Narodowe Centrum Badań Jądrowych, „Na skutek pytań innych wykonawców Zamawiający obniżył kary umowne, natomiast nie mógł zmienić ich do wysokości proponowanych przez Odwołującego, gdyż nie spełniałyby one swojej funkcji.” (str. 5 odpowiedzi na odwołanie). Tym samym, według Zamawiającego, należy uznać, że kwestionowane w odwołaniu postanowienia umowy nie stoją na przeszkodzie złożeniu oferty w postępowaniu i nie stanowią naruszenia przez Zamawiającego art. 436 pkt 3 PZP przez ustanowienie rażąco wygórowanego limitu łącznego kar umownych. Odnosząc się zaś do zarzutu nr 2 odwołania, tj. naruszenia art. 433 PZP, Zamawiający wskazał, iż nieprawdą jest, że z § 15 ust. 2 pkt 4) projektu umowy wynika, że wykonawca będzie ponosił odpowiedzialność za opóźnienia w realizacji umowy. Również w zakresie zarzutu nr 4 dotyczącego § 14 ust. 6 projektu umowy, Zamawiający wskazał, iż jego zdaniem postanowienie to jest pełni zasadne, zgodne z prawem i zabezpiecza interesy obu stron.

Pismem z dnia 3 kwietnia 2024 r. wniesionym do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, Odwołujący Budimex S.A. oświadczył, że cofa odwołanie w całości.

W postępowaniu odwoławczym nikt nie zgłosił przystąpienia.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, że odwołanie nie zawierało braków formalnych, w tym prawidłowo uiszczone wpisu w kwocie 20 000,00 PLN na rachunek Urzędu Zamówień Publicznych w terminie właściwym do wniesienia odwołania. Nie została również spełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 528 PZP.

Odwołujący Budimex S.A. w przeddzień terminu rozprawy, oświadczył na piśmie, że cofa w całości odwołanie.

Wobec powyższego, w świetle brzmienia art. 568 pkt 1) PZP, konieczne stało się umorzenie niniejszego postępowania odwoławczego. Zgodnie z art. 520 PZP, odwołujący może cofnąć odwołanie do czasu zamknięcia rozprawy, zaś cofnięte odwołanie nie wywołuje skutków prawnych, jakie ustawa wiąże z wniesieniem odwołania do Prezesa Izby.

Mając powyższe na uwadze, orzeczono jak w sentencji.

Rozstrzygnięcie o kosztach postępowania odwoławczego wydano na podstawie art. 574 PZP oraz § 9 ust. 1 pkt 3 lit. a 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 ze zm.), z których wynika, że jeżeli postępowanie zostało umorzone na skutek cofnięcia odwołania przed otwarciem rozprawy najpóźniej 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: