

POSTANOWENIE

Warszawa, dnia 8 kwietnia 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Irmina Pawlik

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron oraz uczestników postępowania odwoławczego w dniu 8 kwietnia 2024 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 22 marca 2024 r. przez wykonawcę Budimex Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Miasto Zabrze – Prezydent Miasta

postanawia:

1. umarza postępowanie odwoławcze;
2. nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz wykonawcy Budimex Spółka Akcyjna 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.

Przewodnicząca:.....

Sygn. akt: KIO 957/24

Uzasadnienie

Zamawiający Miasto Zabrze – Prezydent Miasta prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia w trybie przetargu nieograniczonego na roboty budowlane pn. „Rozbiórka istniejących obiektów, budowa szklarni specjalistycznej z zapleczem eduk. i techn., zagospodarowaniem terenu w Zabrze, ul. Piłsudskiego/Botaniczna” (wewnętrzny identyfikator: BZP.271.7.2024.MK). Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z 12 marca 2024 r. pod numerem 148409-2024. Do ww. postępowania o udzielenie zamówienia zastosowanie znajdują przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2023 r. poz. 1605 ze zm., dalej „ustawa Pzp”). Wartość szacunkowa zamówienia przekracza progi unijne, o których mowa w art. 3 ustawy Pzp.

W dniu 22 marca 2024 r. wykonawca Budimex Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie (dalej jako „Odwołujący”) wniósł odwołanie wobec treści dokumentów zamówienia, zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 8 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 535, art. 647, art. 5 i art. 3531 KC w zw. z art. 16 ustawy Pzp poprzez zastrzeżenie przez Zamawiającego w ramach Umowy, iż wszystkie urządzenia i sprzęt muszą być wyprodukowane nie wcześniej niż 12 miesięcy przed ich zamontowaniem, podczas gdy jest to oczekiwanie nadmierne i nieadekwatne oraz rynkowo nierealne do spełnienia, przez co została naruszona zasada uczciwej konkurencji (zarzut 1);
2. art. 455 ust. 1 pkt 1) ustawy Pzp, art. 218 ust. 2 ustawy Pzp w zw. z art. 16 ustawy Pzp w zw. z art. 647 KC w zw. z art. 487 § 2 KC, art. 58 KC, art. 5 i art. 3531 KC w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp poprzez wprowadzenie do umowy postanowień ograniczających możliwość zmian wysokości wynagrodzenia umownego należnego wykonawcy do 40% pierwotnego wynagrodzenia w sytuacji, gdy strony dokonają zmiany umowy poprzez zlecenie robót dodatkowych, co stanowi wyraz nadużycia prawa Zamawiającego do jednostronnego kształtowania postanowień umownych i jego pozycji dominującej, i całkowite przerzucenie na wykonawców ryzyka z tytułu zaistnienia przyczyn, które są niezależne od wykonawcy będąc jednocześnie postanowieniem niekorzystnym dla wykonawców, naruszającym bezwzględnie obowiązujące przepisy prawa, zasadę ekwiwalentności świadczeń oraz równowagę stron umowy i prowadzącym do naruszenia praw podmiotowych wykonawców (zarzut nr 2);
3. art. 8 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 647, art. 654, art. 5 i art. 3531 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 3);
4. art. 447 ust. 1 pkt 1) ustawy Pzp w zw. z art. 447 ust. 2 ustawy Pzp w zw. z art. 16 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 5 i 353(1) KC poprzez wprowadzenie do Umowy postanowień umożliwiających

Zamawiającemu wstrzymanie wypłaty wynagrodzenia należnego wykonawcy w przypadku nieprzekazania dowodów i oświadczeń potwierdzających zapłatę wynagrodzenia na rzecz podwykonawców bez wskazania części zatrzymanego wynagrodzenia oraz bez jednoznacznego wskazania, iż chodzi o wynagrodzenie wymagalne w sytuacji, w której dyspozycja art. 447 ustawy Pzp umożliwia Zamawiającemu wstrzymanie zapłaty wynagrodzenia tylko w odpowiedniej części, tj. w zakresie, dla którego nie przedstawiono dowodów zapłaty i tylko w sytuacji braku uregulowania wynagrodzenia o wymagalnym charakterze (zarzut nr 4);

5.art. 16 ustawy Pzp w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 99 ustawy Pzp w zw. z art. 431 ustawy Pzp w zw. z art. 433 pkt 3) ustawy Pzp w zw. art. 353¹ KC w zw. z art. 5 KC poprzez niejednoznaczny i niewyczerpujący opis przedmiotu zamówienia oraz przygotowanie go w sposób nieuwzględniający wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty oraz oszacowanie kosztów wykonania przedmiotu zamówienia, ze względu na brak przekazania spisu (katalogu, inwentaryzacji) kolekcji roślin o charakterze wiążącym, 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 współzycia społecznego i właściwości stosunku prawnego (zarzut nr 5);

6.art. 8 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 5 i 353¹ 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 w ramach postanowień Umowy jednostkowych kar umownych związanych z brakiem zapłaty lub nieterminową zapłatą wynagrodzenia podwykonawcom w sposób nieproporcjonalny i nieadekwatny do podstawy naruszenia oraz o rażąco wygórowanych wysokościach, co jest nadmiernym 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. 8 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 5 i 353¹ KC w zw. z art. 395 KC w zw. z art. 452 Pzp w zw. z art. 16 ustawy Pzp poprzez zastrzeżenie nadmiernie szerokiego katalogu podstaw do odstąpienia od umowy przez Zamawiającego, tj. także w przypadku gdy Wykonawca nie przedłuża ważności wygasającego zabezpieczenia należytego wykonania umowy lub polisy, co prowadzi do obarczenia wykonawcy zbyt dużym i nieuzasadnionym ryzykiem kontraktowym, w stopniu wykraczającym ponad uzasadnione potrzeby Zamawiającego i ponad zabezpieczenie należytego wykonania umowy (zarzut nr 7);

8.art. 439 ust. 1 i ust. 2 ustawy Pzp w zw. z art. 16 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 58 KC w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp poprzez sformułowanie w ramach Wzoru Umowy klauzuli waloryzacyjnej, dotyczącej zmiany wysokości wynagrodzenia wykonawcy w sytuacji zmiany cen materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia wbrew wymaganom dyspozycji art. 439 ustawy Pzp, w sposób wypaczający ideę waloryzacji i będący sprzecznym z celem określonym w art. 439 ustawy Pzp, determinując jej nieefektywność i nierealność (zarzut nr 8).

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu dokonania zmiany treści SWZ w sposób wskazany w uzasadnieniu odwołania.

Zamawiający w dniu 5 kwietnia 2024 r. złożył odpowiedź na odwołanie, w której wskazał, iż uwzględni odwołanie w zakresie zarzutów nr 2, 3, 4 i 7 i dokonał zmiany SWZ zgodnie z żądaniami Odwołującego. Ponadto Zamawiający wskazał, iż uwzględni częściowo odwołanie w zakresie zarzutów nr 1, 5, 6 i 8 i dokonał zmiany SWZ z częściowym uwzględnieniem żądań Odwołującego. Zamawiający wniósł o umorzenie postępowania odwoławczego w zakresie pozostałej części zarzutu nr 1, 5, 6 i 8 jako bezzasadnego, ponieważ w częściowym zakresie, w jakim Zamawiający nie uwzględnił żądań zostały zmienione zapisy SWZ, w związku z czym zarzuty stały się bezprzedmiotowe. Reasumując Zamawiający wniósł o umorzenie postępowania odwoławczego na podstawie art. 568 pkt 2 i 3 ustawy Pzp.

Odwołujący w dniu 8 kwietnia 2024 r. złożył pismo procesowe, w którym oświadczył, iż w związku z uwzględnieniem odwołania przez Zamawiającego w przeważającym zakresie, cofa odwołanie w pozostałym, nieuwzględnionym przez Zamawiającego zakresie. Odwołujący wniósł o umorzenie postępowania odwoławczego przed Krajową Izbą Odwoławczą i wzajemne zniesienie kosztów.

Izba ustaliła, iż Zamawiający opublikował kopię odwołania w dniu 25 marca 2024 r. na platformie zakupowej, za pomocą której prowadzone jest postępowanie. W terminie określonym w art. 525 ust. 1 ustawy Pzp do postępowania odwoławczego nie zgłosił przystąpienia żaden wykonawca.

Biorąc pod uwagę powyższe, Izba uznała, że zachodzą podstawy do umorzenia postępowania odwoławczego w oparciu o art. 522 ust. 3 ustawy Pzp.

Zgodnie z treścią tego przepisu 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.

W przedmiotowym postępowaniu odwoławczym Zamawiający uwzględnił częściowo odwołanie, w pozostałym zaś zakresie odwołanie zostało wycofane przez Odwołującego. Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego nie przystąpił żaden wykonawca. Powyższe wyczerpuje dyspozycję ww. przepisu i obliguje Izbę do umorzenia postępowania odwoławczego, co powoduje zakończenie postępowania odwoławczego bez merytorycznego rozpoznania zarzutów.

W tym stanie rzeczy Izba na podstawie art. 522 ust. 3 ustawy Pzp umorzyła postępowanie odwoławcze, orzekając w formie postanowienia zgodnie z art. 568 pkt 3 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 557 i 575 ustawy Pzp oraz § 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 20 000 uiszczonej tytułem wpisu od odwołania.

Przewodnicząca: