Sygn. akt: KIO 1056/24

POSTANOWIENIE

Warszawa, dnia 16 kwietnia 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodnicząca: Emilia Garbala

Protokolant: Oskar Oksiński

na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron oraz uczestników postępowania odwoławczego w dniu 16 kwietnia 2024 r. w Warszawie w sprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 29 marca 2024 r. przez wykonawcę **Victor Energy sp. z o.o., ul. Białostocka 22 lok. 21H, 03-741 Warszawa,**

w postępowaniu prowadzonym przez: **Polskie Sieci Elektroenergetyczne S.A.,ul. Warszawska 165, 05-520 Konstancin-Jeziorna,**

przy udziale uczestników po stronie odwołującego:

- wykonawcy **Mota-Engil Central Europe S.A, ul. Opolska 110, 31-323 Kraków**,
- wykonawcy **Enprom sp. z o.o., ul. Taneczna 18C, 02-829 Warszawa**,

postanawia:

umorzyć postępowanie odwoławcze,

nakazać zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz wykonawcy Victor Energy sp. z o.o., ul. Białostocka 22 lok. 21H, 03-741 Warszawa, kwoty 18 000,00 zł (słownie: osiemnaście tysięcy złotych zero groszy), tytułem 90% uiszczonego 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 1056/24

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

Zamawiający – Polskie Sieci Elektroenergetyczne S.A., ul. Warszawska 165, 05-520 Konstancin-Jeziorna, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Rozbudowa stacji 220/110 kV Stalowa Wola wraz z instalacją transformatora 220/110 kV", numer: 2024/WNP0006. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 19.03.2024 r., nr 163310-2024.

W dniu 29.03.2024 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wykonawca Victor Energy sp. z o.o., ul. Białostocka 22 lok. 21H, 03-741 Warszawa (dalej: „Odwołujący"), w którym Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1)art. 431 ustawy Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2023 r. poz. 1605 ze zm.), zwanej dalej: „ustawą Pzp", w zw. z art. 354 § 2 k.c. i art. 433 pkt 3 ustawy Pzp poprzez określenie w pkt. 2.5 Wzoru Umowy terminu na uzgodnienie z Zamawiającym Szczegółowego Harmonogramu Realizacji Zamówienia zgodnego z wytycznymi określonymi w Załączniku nr 7 do Umowy w terminie 12 tygodni od zawarcia Umowy bez określenia terminu, w którym Zamawiający winien zgłosić swoje uwagi, co narusza zasadę współdziałania strony przy realizacji zamówienia oraz skutkuje odpowiedzialnością wykonawcy za brak dokonania takiego uzgodnienia w określonym w pkt 2.5 Wzoru Umowy terminie pomimo tego, że to Zamawiający ponosi wyłączną odpowiedzialność za terminowe zgłoszenie uwag do Szczegółowego Harmonogramu Realizacji Zamówienia w terminie umożliwiającym jego uzgodnienie,

2)art. 431 w zw. z art. 354 § 2 k.c. i art. 433 pkt 3) ustawy Pzp poprzez brak określenia we Wzorze Umowy terminu na zatwierdzenie przez Zamawiającego planu BIOZ, planu HSEQ i planu ERP, co warunkuje przekazanie wykonawcy Terenu Budowy, co narusza zasadę współdziałania strony przy realizacji zamówienia oraz skutkuje odpowiedzialnością wykonawcy za brak dokonania takiego uzgodnienia w określonym w pkt 29.3 Wzoru Umowy terminie pomimo tego, że to Zamawiający ponosi wyłączną odpowiedzialność za terminowe zgłoszenie uwag do planów BIOZ, HSEQ i ERP w terminie umożliwiającym jego uzgodnienie,

3)art. 353^1 k.c. w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp, art. 134 ust. 1 pkt 20 ustawy Pzp, art. 7 pkt 32 ustawy Pzp w zw. z art. 16 pkt 3 ustawy Pzp poprzez ukształtowanie stosunku prawnego Wzoru Umowy w sposób sprzeczny z jego właściwością (naturą) oraz zasadami współżycia społecznego, z uwagi na wprowadzenie w pkt 13.4 Wzoru Umowy terminu usunięcia Wady Istotnej nieproporcjonalnego do rzeczywistej i obiektywnej możliwości usunięcia każdej potencjalnej Wady Istotnej, co stanowi ukształtowanie stosunku prawnego w sposób nieproporcjonalny oraz sprzeczny z zasadami współżycia społecznego,

4)art. 353^1 k.c. w zw. z art. 647 k.c. i art. 487 § 2 k.c. w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp, art. 134 ust. 1 pkt 20 ustawy Pzp, art. 7 pkt 32 ustawy Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 i 3 ustawy Pzp oraz art. 99 ust. 1 ustawy Pzp poprzez ukształtowanie

stosunku prawnego Wzoru Umowy w sposób sprzeczny z jego właściwością (naturą) oraz zasadami współżycia społecznego oraz poprzez opis przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny i niewyczerpujący, przy braku dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, nie uwzględniając wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty z uwagi na nałożenie na wykonawcę obowiązku wyceny ryzyk według pkt. 2.1 Wzoru Umowy niemożliwych do przewidzenia i oszacowania, co jest także sprzeczne z zasadami współżycia społecznego i naturą stosunku zobowiązaniowego wynikającego z art. 647 k.c. i narusza zasadę ekwiwalentności świadczeń stron stosunku umowy wzajemnej,

5)art. 433 pkt 4 ustawy Pzp poprzez ustanowienie w pkt 26.1, 27.1 i 27.6 Wzoru Umowy możliwości ograniczenia zakresu zamówienia przez Zamawiającego bez wskazania minimalnej wartości lub wielkości świadczenia stron,

6)art. 353^1 k.c. w zw. z art. 647 k.c. w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp, art. 134 ust. 1 pkt 20 ustawy Pzp, art. 7 pkt 32 ustawy Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 i 3 ustawy PZP oraz art. 99 ust. 1 ustawy Pzp poprzez ukształtowanie stosunku prawnego Wzoru Umowy w pkt 2.5 Wzoru Umowy w sposób sprzeczny z jego właściwością (naturą) oraz zasadami współżycia społecznego oraz poprzez opis przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny i niewyczerpujący w zakresie braku jednoznacznego opisania terminów udostępnienia wykonawcy Terenu Budowy, przy braku dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, nie uwzględniając wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty z uwagi na zobowiązanie wykonawcy do wyceny wykonania świadczenia w odniesieniu do niemożliwego do oszacowania czasu udostępnienia przez Zamawiającego Terenu Budowy oraz braku określenia zasad udzielania Wyłączeń, a także rekompensaty za ich odwołanie, co jest także sprzeczne z zasadami współżycia społecznego i naturą stosunku zobowiązaniowego wynikającego z art. 647 k.c.,

7)art. 353^1 k.c. w zw. z art. 647 k.c. i art. 487 § 2 k.c. w zw. z art. 388 § 1 k.c. w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp, art. 134 ust. 1 pkt 20 ustawy Pzp, art. 7 pkt 32 ustawy Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 i 3 ustawy Pzp oraz art. 439 ust. 1 i 2 ustawy Pzp i art. 3 ust. 1 oraz art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (dalej „uznk"), poprzez ukształtowanie stosunku prawnego Wzoru Umowy w sposób sprzeczny z jego właściwością (naturą) oraz zasadami współżycia społecznego oraz poprzez przewidzenie w pkt 12.8 Wzoru Umowy współczynnika: WR - współczynnik podziału ryzyka z tytułu zmienności cen równy 50%, co jest sprzeczne z zasadami współżycia społecznego i naturą stosunku zobowiązaniowego wynikającego z art. 647 k.c., a także zasadą ekwiwalentności świadczeń stosunku zobowiązaniowego cywilnego oraz jest niedopuszczalną ingerencją w zasady waloryzacji wynagrodzenia wykonawcy na gruncie przepisów ustawy Pzp i narusza zasadę ekwiwalentności świadczeń stron stosunku umowy wzajemnej oraz prowadzi do oferowania przez wykonawcę świadczenia poniżej kosztów jego wytworzenia,

8)art. 353^1 k.c. w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp, art. 134 ust. 1 pkt 20 ustawy Pzp, art. 7 pkt 32 ustawy Pzp w zw. z art. 16 pkt 3 ustawy Pzp poprzez ukształtowanie stosunku prawnego Wzoru Umowy w sposób sprzeczny z jego właściwością (naturą) oraz zasadami współżycia społecznego, z uwagi na wprowadzenie w pkt 17.2.1 i 17.2.2 Wzoru Umowy zasad naliczania kar umownych prowadzących do nadmiernego i nieproporcjonalnego do przewinienia sankcjonowania wykonawcy, co może prowadzić do nieuzasadnionego nieuprawnionego wzbogacenia Zamawiającego w sposób sprzeczny z zasadami współżycia społecznego i dobrymi obyczajami z uwagi na przyjęcie za podstawę obliczania kary umownej całości wynagrodzenia wykonawcy przewidzianego w umowie,

9)art. 353^1 k.c. w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp, art. 134 ust. 1 pkt 20 ustawy Pzp, art. 7 pkt 32 ustawy PZP w zw. z art. 16 pkt 3 ustawy PZP poprzez ukształtowanie stosunku prawnego Wzoru Umowy w sposób sprzeczny z jego właściwością (naturą) oraz zasadami współżycia społecznego, z uwagi na brak przewidzenia we Wzorze Umowy jakichkolwiek kar umownych należnych wykonawcy w przypadku nienależytego wykonywania lub niewykonywania zobowiązań przez Zamawiającego, co prowadzi do ukształtowania stosunku prawnego w sposób jednostronnie korzystny i nieproporcjonalnie korzystny dla Zamawiającego,

10)art. 353^1 k.c. w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp, art. 134 ust. 1 pkt 20 ustawy Pzp, art. 7 pkt 32 ustawy Pzp w zw. z art. 16 pkt 3 ustawy PZP poprzez ukształtowanie stosunku prawnego Wzoru Umowy w sposób sprzeczny z jego właściwością (naturą) oraz zasadami współżycia społecznego, z uwagi na wprowadzenie w pkt 17.3.1 Wzoru Umowy zasad naliczania kar umownych prowadzących do nadmiernego nieproporcjonalnego do przewinienia sankcjonowania wykonawcy, co może prowadzić do nieuzasadnionego nieuprawnionego wzbogacenia Zamawiającego w sposób sprzeczny z zasadami współżycia społecznego i dobrymi obyczajami z uwagi na przyjęcie nieograniczonej możliwości kumulacji kar umownych,

11)art. 431 w zw. z art. 354 § 2 k.c. i art. 433 pkt 3 ustawy Pzp poprzez brak określenia we Wzorze Umowy terminu na zatwierdzenie przez Zamawiającego kosztorysu robót dodatkowych, co narusza zasadę współdziałania stron przy realizacji zamówienia,

12)art. 353^1 k.c. w zw. z art. 66 § 1 k.c. w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp, art. 134 ust. 1 pkt 20 ustawy Pzp, art. 7 pkt 32 ustawy Pzp w zw. z art. 16 ustawy Pzp i art. 3 ust. 1 oraz art. 15 ust. 1 pkt 1 uznk, a także art. 439 ust. 1 i 2 ustawy Pzp poprzez ukształtowanie stosunku prawnego w pkt 25.1 do 25.6 Wzoru Umowy w sposób sprzeczny z jego właściwością (naturą) oraz zasadami współżycia społecznego, z uwagi na wprowadzenie do wzoru umowy postanowień określających sposób modyfikacji wynagrodzenia przysługującego wykonawcy z tytułu wykonania przez niego dodatkowych robót lub udzielenia mu przez Zamawiającego innych zamówień w sposób rażąco odbiegający od warunków rynkowych związanych z ustalaniem wysokości wynagrodzenia z tytułu wykonanych robót budowlanych dla branży elektroenergetycznej, specjalizującej się w budowie stacji elektroenergetycznych lub innych złożonych obiektów infrastruktury krytycznej, co stanowi naruszenie i jest sprzeczne nie tylko z odpłatnym charakterem umowy o zamówienie publiczne (art. 7 pkt 32 ustawy Pzp), ale także z art. 66 § 1 k.c. oraz art. 16 ustawy Pzp, wskazującymi, że określenie istotnych postanowień umowy, a zatem ceny (wynagrodzenia), jest domeną wykonawcy a nie zamawiającego oraz prowadzi do oferowania przez wykonawcę świadczenia poniżej kosztów jego wytworzenia, a także poprzez wyłączenie z zasad określonej we Wzorze Umowy waloryzacji wynagrodzenia wykonawcy stawek dla wynagrodzenia za roboty dodatkowe lub inne zamówienia, co jest wprost sprzeczne z art. 439 ust. 1 i 2 ustawy Pzp,

13)art. 433 pkt 3 ustawy Pzp poprzez przewidzenie w pkt. 19.5 Wzoru Umowy odpowiedzialności wykonawcy za okoliczności, za które wyłączną odpowiedzialność ponosi Zamawiający,

14)art. 433 pkt 3 i art. 99 ust. 1 oraz art. 16 pkt 1 ustawy Pzp poprzez przewidzenie w pkt 1.4.10 Wzoru Umowy odpowiedzialności wykonawcy za okoliczności, za które wyłączną odpowiedzialność ponosi Zamawiający w zakresie wymagań podmiotu trzeciego dotyczących sposobu realizacji robót przez wykonawcę realizowanego zamówienia oraz poprzez brak opisania wymagań wskazanego podmiotu trzeciego w stosunku do sposobu realizacji robót przez wykonawcę realizowanego zamówienia,

15)art. 353^1 k.c. w zw. z art. 66 § 1 k.c. w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp, art. 134 ust. 1 pkt 20 ustawy Pzp, art. 7 pkt 32 ustawy Pzp w zw. z art. 16 ustawy Pzp poprzez ukształtowanie stosunku prawnego w pkt 12.24 Wzoru Umowy i art. 3 ust. 1 oraz art. 15 ust. 1 pkt 1 uznk w sposób sprzeczny z jego właściwością (naturą) oraz zasadami współżycia społecznego, z uwagi na wprowadzenie do wzoru umowy postanowień określających sposób ustalenia należnego wykonawcy dodatkowego wynagrodzenia w sposób rażąco odbiegający od warunków rynkowych związanych z ustalaniem wysokości wynagrodzenia z tytułu wykonanych robót budowlanych dla branży elektroenergetycznej, specjalizującej się w budowie stacji elektroenergetycznych lub innych złożonych obiektów infrastruktury krytycznej, co stanowi naruszenie i jest sprzeczne nie tylko z odpłatnym charakterem umowy o zamówienie publiczne (art. 7 pkt 32 ustawy Pzp), ale także istotnych z art. postanowień 66 § 1 k.c. umowy, oraz art. 16 zatem ustawy ceny Pzp, (wynagrodzenia), wskazującymi, że jest określenie domeną wykonawcy a nie zamawiającego oraz prowadzi do oferowania przez wykonawcę świadczenia poniżej kosztów jego wytworzenia,

16)art. 353^1 k.c. w zw. z art. 66 § 1 k.c. w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp, art. 134 ust. 1 pkt 20 ustawy Pzp, art. 7 pkt 32 ustawy Pzp w zw. z art. 16 ustawy Pzp i art. 3 ust. 1 oraz art. 15 ust. 1 pkt 1 uznk poprzez określenie w Harmonogramie Rzeczowo-Finansowym procentowego ograniczenia wartości wyceny dokonywanej przez wykonawcę na rażąco niskim poziomie w sposób sprzeczny z właściwością (naturą) stosunku zobowiązaniowego oraz zasadami współżycia społecznego w zakresie uprawnienia wykonawcy do wyceny przedmiotu świadczenia na rynkowym poziomie, co stanowi naruszenie i jest sprzeczne nie tylko z odpłatnym charakterem umowy o zamówienie publiczne (art. 7 pkt 32 ustawy Pzp), ale także z art. 66 § 1 k.c. oraz art. 16 ustawy Pzp, wskazującymi, że określenie istotnych postanowień umowy, a zatem ceny (wynagrodzenia), jest domeną wykonawcy a nie zamawiającego.

W związku z tym Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu dokonania modyfikacji projektu umowy w sposób wskazany w odwołaniu.

Pismem z dnia 03.04.2024 r. wykonawca Mota-Engil Central Europe S.A., ul. Opolska 110, 31-323 Kraków, zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego. Pismem z dnia 05.04.2024 r. wykonawca Enprom sp. z o.o., ul. Taneczna 18C, 02-829 Warszawa, zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego. Izba stwierdziła, że oba przystąpienia zostały dokonane skutecznie.

W dniu 15.04.2024 r. Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o jego oddalenie, jednocześnie zapowiadając dokonanie w tym samym dniu częściowej modyfikacji dokumentów zamówienia.

W trakcie posiedzenia Odwołujący oświadczył, że cofa odwołania w całości.

Zgodnie z art. 520 ustawy Pzp, odwołujący może cofnąć odwołanie do czasu zamknięcia rozprawy, a cofnięte odwołanie nie wywołuje skutków prawnych, jakie ustawa wiąże z wniesieniem odwołania do Prezesa Izby.

Zgodnie z art. 568 pkt 1 ustawy Pzp, Izba umarza postępowania odwoławcze,w formie postanowienia, w przypadku cofnięcia odwołania.

Zgodnie z § 9 ust. 1 pkt 3 lit. b) rozporządzenia w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania

odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437):
W przypadku umorzenia postępowania odwoławczego przez Izbę w całości na skutek cofnięcia odwołania przed otwarciem rozprawy: w dniu, na który został wyznaczony termin rozprawy lub posiedzenia z udziałem stron lub uczestników postępowania odwoławczego - odwołujący ponosi koszty, o których mowa w § 5 pkt 2, oraz zwraca się mu 90% wpisu; w takim przypadku Izba zasądza koszty, o których mowa w § 5 pkt 2, od odwołującego na rzecz zamawiającego lub uczestnika postępowania odwoławczego, który przystąpił po stronie zamawiającego, wnoszącego sprzeciw wobec uwzględnienia przez zamawiającego w całości albo w części zarzutów przedstawionych w odwołaniu, oraz orzeka o dokonaniu zwrotu odwołującemu z rachunku Urzędu kwoty uiszczonej tytułem wpisu, w wysokości stanowiącej 90% jego wartości.

Izba orzekła zatem jak w sentencji i wobec niezłożenia przez Zamawiającego rachunków lub spisu kosztów, nakazała zwrócić Odwołującemu 90% kwoty uiszczonego wpisu od odwołania.

Przewodnicząca: ……..…...……