

POSTANOWENIE

Warszawa, dnia 1 marca 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Bartosz Stankiewicz

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 16 lutego 2024 r. przez wykonawcę Budimex spółkę akcyjną z siedzibą w Warszawie przy ul. Siedmiogrodzkiej 9 (01-204 Warszawa) w postępowaniu prowadzonym Politechnikę Koszalińską z siedzibą w Koszalinie przy ul. Śniadeckich 2 (75-453 Koszalin)

postanawia:

1. Umorzyć postępowanie odwoławcze.
2. Nakazać zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz wykonawcy Budimex spółki akcyjnej 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.

Przewodniczący:.....

Sygn. akt: KIO 515/24

Uzasadnienie

Politechnika Koszalińska zwana dalej „zamawiającym”, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2023 r., poz. 1605 ze zm.) zwanej dalej: „Pzp” w trybie przetargu nieograniczonego pn. *Budowa Centrum Wiedzy Cognitarium Politechniki Koszalińskiej, dz. nr 19/12, 19/8 i 1 obręb 18 przy ul. Śniadeckich w Koszalinie - Etap II. Budynek wraz z urządzeniami budowlanymi, infrastrukturą techniczną, wyposażeniem technicznym i użytkowym, ukształtowaniem terenu oraz nasadzeniami, prowadzeniem budowy w standardzie cyfrowej informacji o obiekcie (BIM), uzyskaniem pozwolenia na użytkowanie obiektu z dopuszczeniem możliwości odbiorów częściowych do użytkowania wydzielonych części obiektu przed zakończeniem wszystkich robót budowlanych, wsparciem technicznym w użytkowaniu obiektu wraz ze stworzeniem modelu BIM w eksploatacyjnym stopniu uszczegółowienia* o numerze referencyjnym: 1/PNOG/SZP-1/2024, zwane dalej „postępowaniem”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 6 lutego 2024 r., pod numerem S 26/2024 77460-2024.

Szacunkowa wartość zamówienia, którego przedmiotem są roboty budowlane, jest wyższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 3 ust. 3 Pzp.

W dniu 16 lutego 2024 r. wykonawca Budimex S.A. z siedzibą w Warszawie (zwany dalej: „odwołującym”) wniósł odwołanie, w którym zarzuciła zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

1) art. 439 ust. 1 i ust. 2 Pzp w zw. z art. 16 Pzp w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 58, art. 5 i art. 353¹ KC wprowadzenie do projektu umowy (zwanej dalej jako: „Umowa”) postanowień dotyczących zmian wysokości wynagrodzenia umownego należnego wykonawcy w sytuacji zmiany cen materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia, które są nieproporcjonalne, niedostosowane do realiów rynkowych, sformułowane w sposób wypaczający ideę waloryzacji i będący sprzeczny z celem określonym w art. 439 Pzp, determinując jej nieefektywność i nierealność, i tym samym utrudniają lub wręcz uniemożliwiają dokonanie waloryzacji wynagrodzenia, a jednocześnie stanowią obejście przepisów ustawy o obowiązku waloryzacji wynagrodzenia w przypadku zmiany cen materiałów i kosztów związanych z realizacją zamówienia, co godzi w istotę i naturę umowy

o roboty budowlane, stanowiąc jednocześnie wyraz nadużycia prawa zamawiającego 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 (zarzut nr 1);

2) art. 436 pkt 4) lit. b) Pzp w zw. z art. 16 Pzp w zw. z art. 8 ust. 1 Pzp w zw. z art. 58, art. 5

i art. 353¹ KC poprzez wprowadzenie do umowy postanowień ograniczających możliwość dokonania zmian wysokości wynagrodzenia umownego należnego wykonawcy w sytuacji zmian mających wpływ na koszty realizacji zamówienia, a wynikających z powszechnie obowiązujących przepisów prawa do wysokości określonej przez zamawiającego, a nie wynikającej ze zmian wprowadzonych przez ustawodawcę, tj. poprzez sformułowanie tych postanowień w sposób

sprzeczny z celem określonym w art. 436 pkt 4) lit. b) Pzp, determinując nieefektywność i nierealność ustawowego mechanizmu, i tym samym stanowiąc obejście przepisów ustawy Pzp dotyczących obowiązku zmian wynagrodzenia w przypadku zmiany przepisów prawa, stanowiąc jednocześnie wyraz nadużycia prawa zamawiającego do kształtowania postanowień umownych i jego pozycji dominującej, będąc jednocześnie postanowieniem skrajnie niekorzystnym dla wykonawców, naruszającym bezwzględnie obowiązujące przepisy prawa oraz równowagę stron umowy i prowadzącym do naruszenia praw podmiotowych wykonawców (zarzut nr 2);

3) art. 8 ust. 1 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 Pzp poprzez zastrzeżenie przez zamawiającego w ramach projektu Umowy 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, naruszającym równowagę stron umowy i prowadzącym do naruszenia praw podmiotowych wykonawców (zarzut nr 3);

4) art. 447 ust. 1 pkt 1) Pzp w zw. z art. 447 ust. 2 Pzp w zw. z art. 16 ust. 1 Pzp w zw. z art. 8 ust. 1 Pzp w zw. z art. 5 i 353¹ KC poprzez wprowadzenie do projektu Umowy postanowień umożliwiających zamawiającemu wstrzymanie wypłaty wynagrodzenia należnego wykonawcy w przypadku nieprzekazania wszystkich szczegółowo wymienionych i wymaganych przez zamawiającego dowodów (dokumentów, załączników) potwierdzających zapłatę wynagrodzenia na rzecz podwykonawców bez wskazania części zatrzymanego wynagrodzenia w sytuacji, w której dyspozycja art. 447 Pzp umożliwia zamawiającemu wstrzymanie zapłaty wynagrodzenia tylko w odpowiedniej części, tj. w zakresie, dla którego nie przedstawiono dowodów zapłaty, przy jednoczesnym zdefiniowaniu nazbyt rozbudowanych dowodów i oświadczeń potwierdzających zapłatę wynagrodzenia na rzecz podwykonawców, utrudniających prowadzenie robót i zapewnienie ich ciągłości, co

w konsekwencji stanowi wymaganie nieproporcjonalne i nadmiarowe, stanowiąc wyraz nadużycia prawa zamawiającego 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 (zarzut nr 4);

5) art. 8 ust. 1 Pzp w zw. z art. 647 KC, art. 654 KC, art. 5 i 353¹ KC w zw. z art. 16 Pzp poprzez uznanie w ramach projektu Umowy braku złożenia zamawiającemu kompletnej dokumentacji odbiorowej za wadę istotną, uzasadniającą brak przystąpienia do odbioru końcowego robót,

a w konsekwencji przyznania zamawiającemu prawa do odmowy przystąpienia do odbioru końcowego robót i wypłaty wynagrodzenia wykonawcy, w sytuacji wystąpienia jakichkolwiek zastrzeżeń co do kompletności i prawidłowości dokumentacji nawet w przypadku gdy wady mają w istocie charakter nieistotny, co godzi w istotę i naturę umowy o roboty budowlane, będąc jednocześnie postanowieniem niekorzystnym dla wykonawców, naruszającym bezwzględnie obowiązujące przepisy prawa oraz równowagę stron umowy i prowadzącym do naruszenia praw podmiotowych wykonawców (zarzut nr 5);

6) art. 433 ust. 1 pkt 4) Pzp, w zw. z art. 99 ust. 1 Pzp w zw. z art. 5 KC, art. 58 KC, art. 353¹ KC w zw. z art. 8 ust. 1 Pzp poprzez wprowadzenie do projektu Umowy postanowień, z których wynika, że wykonawca będzie ponosił odpowiedzialność za okoliczności, za które wyłączną odpowiedzialność ponosi zamawiający, tj. za treść dokumentacji przygotowywanej przez zamawiającego i rozbieżności z niej wynikające, 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 i podwykonawców, naruszającym bezwzględnie obowiązujące przepisy prawa oraz równowagę stron umowy i prowadzącym do naruszenia praw podmiotowych wykonawców (zarzut nr 6);

7) art. 433 ust. 1 pkt 3) Pzp, art. 99 ust. 1 Pzp w zw. z art. 16 Pzp w zw. z art. 5 KC, art. 58 KC, art. 353¹ KC w zw. z art. 8 ust. 1 Pzp poprzez wprowadzenie do projektu Umowy postanowień, z których wynika, że zamawiający nie wskazał minimalnej wartości lub wielkości świadczenia stron w przypadku, gdy przewiduje możliwość ograniczenia zakresu zamówienia, w sytuacji, w której dyspozycja art. 433 Pzp wprost wskazuje, że taka klauzula jest klauzulą abuzywną, co w konsekwencji oznacza, że przedmiot zamówienia nie został opisany w sposób jednoznaczny, wyczerpujący i dokładny, a działanie zamawiającego stanowi wyraz nadużycia prawa do kształtowania postanowień umownych i jego pozycji dominującej, będąc jednocześnie postanowieniem niekorzystnym dla wykonawców i podwykonawców, naruszającym bezwzględnie obowiązujące przepisy prawa oraz równowagę stron umowy i prowadzącym do naruszenia praw podmiotowych wykonawców (zarzut nr 7);

8) art. 462, art. 463 i art. 464 Pzp w zw. z art. 16 Pzp w zw. z art. 647¹ § 3 KC, art. 5 KC, art. 58 KC, art. 353¹ KC w zw.

z art. 8 ust. 1 Pzp poprzez wprowadzenie do projektu Umowy postanowień ograniczających możliwość współpracy z podwykonawcami, a także możliwość wykonawcy do swobodnego kształtowania treści umowy z podwykonawcą w zakresie wynagrodzenia podwykonawcy, w sytuacji, w której dyspozycja art. 462 Pzp nie ogranicza wykonawcy w prawie do zlecenia realizacji części zamówienia podwykonawcom, art. 463 i 464 Pzp wskazuje zaś w jakim zakresie ta swoboda może zostać ograniczona, co w konsekwencji stanowi wyraz nadużycia prawa zamawiającego do kształtowania postanowień umownych

i jego pozycji dominującej, będąc jednocześnie postanowieniem niekorzystnym dla wykonawców i podwykonawców, naruszającym bezwzględnie obowiązujące przepisy prawa oraz równowagę stron umowy i prowadzącym do naruszenia praw podmiotowych wykonawców (zarzut nr 8);

9) art. 112 ust. 1 w zw. z art. 112 ust. 2 pkt 4) w zw. z art. 116 ust. 1 w zw. z art. 16 Pzp poprzez sformułowanie warunku udziału w postępowaniu w zakresie warunku doświadczenia wymaganego od wykonawcy (zdolność techniczna lub zawodowa), o którym mowa

w Rozdziale VIII pkt 2.4) SWZ w sposób nieproporcjonalny i nieadekwatny do przedmiotu zamówienia oraz nadmierny dla zweryfikowania zdolności do należytego wykonania przedmiotowego zamówienia, a jednocześnie niejednoznaczny, przy użyciu parametrów utrudniających realną weryfikację doświadczenia posiadanego przez wykonawców, a co za tym idzie w sposób dyskryminujący wykonawców zdolnych do wykonania zamówienia

i naruszający zasadę równego traktowania i uczciwej konkurencji (zarzut nr 9);

10) art. 112 ust. 1 w zw. z art. 112 ust. 2 pkt 4) w zw. z art. 116 ust. 1 w zw. z art. 16 Pzp poprzez sformułowanie warunków udziału w Postępowaniu w zakresie doświadczenia wymaganego od osób dedykowanych do realizacji zamówienia, o których mowa w Rozdziale VIII pkt 2.4.2.1) SWZ (Kierownik budowy) w sposób nieproporcjonalny i nieadekwatny do przedmiotu zamówienia oraz nadmierny dla zweryfikowania zdolności do należytego wykonania przedmiotowego zamówienia, a co za tym idzie w sposób dyskryminujący osoby zdolne do wykonania zamówienia i naruszający zasadę równego traktowania i uczciwej konkurencji (zarzut nr 10).

W związku z powyższym odwołujący wniósł o:

- uwzględnienie odwołania;

- nakazanie zamawiającemu dokonania zmiany treści SWZ (w tym wzoru Umowy) i ogłoszenia w sposób wskazany w uzasadnieniu odwołania.

W ramach postępowania odwoławczego nie zostały zgłoszone przystąpienia.

Zamawiający w dniu 28 lutego 2024 r. złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł m. in. o nieuwzględnienie zarzutów w części nieuwzględnionej przez zamawiającego

i oddalenie odwołania w tej części jako bezzasadnego. Ponadto z treści odpowiedzi na odwołanie można było wywieść, że zamawiający dokonał modyfikacji treści SWZ i ta modyfikacja częściowo odpowiadała żądaniom określonym w odwołaniu. W związku

z powyższym Izba uznała, że zamawiający uwzględnił odwołanie w części, tj. w zakresie tej części zarzutów, co do których zamawiający wskazał, że dokonał zmiany SWZ zgodnie z żądaniami opisanymi przez odwołującego.

W dniu 29 lutego 2024 r. odwołujący złożył pismo procesowe, w którym oświadczył, że cofa odwołanie w pozostałym nieuwzględnionym zakresie. Jednocześnie odwołujący zawniósł – w związku ze stanowiskiem zamawiającego oraz z uwagi na brak złożenia przystąpienia po stronie zamawiającego – o umorzenie postępowania odwoławczego na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron na podstawie art. 522 ust. 3 Pzp oraz wzajemne zniesienie kosztów, wynikające z §9 ust. 1 pkt 2 lit. b) Rozporządzenia z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania. Niezależnie od powyższego,

z ostrożności na wypadek uznania przez Izbę, że umorzenie postępowania na ww. podstawie byłoby z jakichkolwiek względów niemożliwe, odwołujący oświadczył, że wycofuje odwołanie w całości, wnosząc o umorzenie postępowania i zwrot 90% wpisu na podstawie §9 ust. 1 pkt. 3) lit. a) ww. rozporządzenia.

Zgodnie z art. 522 ust. 3 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.*

Mając na uwadze przedstawione powyżej stanowisko zamawiającego wynikające z odpowiedzi na odwołanie oraz oświadczenie odwołującego zawarte w piśmie złożonym w dniu 29 lutego 2024 r. Izba uznała, że zamawiający uwzględnił w części zarzuty przedstawione w odwołaniu, a pozostałe zarzuty odwołujący cofnął, wobec czego hipoteza normy wynikającej art. 522 ust. 3 Pzp została spełniona – co uzasadniało umorzenie postępowania odwoławczego na podstawie tego przepisu.

Wobec powyższego orzeczono jak w pkt 1 postanowienia.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 557 Pzp 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. Zgodnie z art. 557 Pzp w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego, stosownie zaś do § 9 ust. 1 pkt 2) lit. b) ww. rozporządzenia w przypadku umorzenia postępowania odwoławczego przez Izbę w całości, 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.

W związku z powyższym w pkt 2 postanowienia Izba nakazała dokonanie zwrotu na rzecz odwołującego kwoty uiszczonej tytułem wpisu od odwołania.

Przewodniczący:.....