Sygn. akt KIO 690/24

POSTANOWIENIE
z dnia 14 marca 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Małgorzata Rakowska

Protokolant: Tomasz Skowroński

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym z udziałem Stron w Warszawie w dniu 14 marca 2024 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 1 marca 2024 r. przez wykonawcę **Budimex S.A. z siedzibą w Warszawie, ul. Siedmiogrodzka 9, 01-204 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Miasto Stołeczne Warszawa Dzielnica Praga – Południe, ul. Grochowska 274, 03-841 Warszawa**

postanawia:

1. umorzyć postępowanie odwoławcze,
2. nakazać zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzeczwykonawcy **Budimex S.A. z siedzibą w Warszawie, ul. Siedmiogrodzka 9, 01-204 Warszawa** kwoty **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) stanowiącej wniesiony wpis.

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 690/24

U Z A S A D N I E N I E

Miasto Stołeczne Warszawa Dzielnica Praga – Południe, zwane dalej „Zamawiającym”, działając na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (tj.: z dnia 14 lipca 2023 r., Dz. U. z 2023 r., poz. 1605), zwanej dalej „ustawą Pzp”, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia na „Rozbudowę Szkoły Podstawowej nr 215 przy ul. Kwatery Głównej w Warszawie”.

Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 20 lutego 2024 r. pod numerem 105501-2024.

W dniu 1 marca 2024 r. (pismem z tej samej daty) wykonawca Budimex S.A. z siedzibą w Warszawie,zwany dalej „Odwołującym”, wniósł odwołanie od czynności Zamawiającego polegającej na ustaleniu treści Specyfikacji Warunków Zamówienia, zwanej dalej „SWZ”, w sposób naruszający przepisy ustawy Pzp i KC, zarzucając Zamawiającemu naruszenie w szczególności następujących przepisów:

1. art. 239 ust. 1 w zw. z art. 242 ust. 1 w zw. z art. 242 ust. 2 pkt 5) w zw. z art. 16 pkt 1) – 3) ustawy Pzp poprzez ustalenie kryterium oceny ofert dotyczącego doświadczenia kierownika budowy w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz naruszający zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, dyskryminujący osoby o potencjale gwarantującym rękojmię należytego wykonania zamówienia, uniemożliwiający realne konkurowanie i uzyskanie dodatkowej punktacji;
2. art. 436 pkt 1) ustawy Pzp w zw. z art. 99 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 3531 kodeksu cywilnego poprzez oznaczenie terminu realizacji zamówienia datą kalendarzową, pomimo, iż brak obiektywnych przyczyn uzasadniających takie działanie, co uniemożliwia racjonalną ocenę i wycenę zadania, prowadząc do zachwiania równowagi stron stosunku zobowiązaniowego i zasad współżycia społecznego;
3. art. 8 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 5 i 353(1) KC w zw. z art. 647 KC poprzez przyznanie Zamawiającemu w ramach §15 ust. 1 pkt 2) Umowy prawa do odstąpienia od umowy w sytuacji wykonywania robót niezgodnie z umową lub nienależytego wykonywania zobowiązań umownych bez uwzględnienia skali naruszenia i działań podejmowanych przez wykonawcę, a także finalnego wpływu na możliwość prawidłowego wykonania inwestycji, co prowadzi do nieprzejrzystości postanowień umownych oraz niestabilności stosunku zobowiązaniowego i w konsekwencji nakłada na Wykonawcę zbyt duże ryzyka kontraktowe, niemożliwe do oszacowania przy uwzględnieniu uznaniowości wdrożenia przez Zamawiającego tego mechanizmu;
4. art. 8 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 5 i 353(1) 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 przez Zamawiającego w ramach Umowy kar umownych i

górnego ich limitu o rażąco wygórowanej wysokości, co jest postanowieniem naruszającym równowagę stron umowy, wymuszającym na wykonawcach konieczność kalkulacji dodatkowych, niemożliwych do precyzyjnej kalkulacji, ryzyk w ramach ceny ofertowej;

5.art. 439 ust. 1 i ust. 2 ustawy Pzp w zw. z art. 16 ustawy Pzp w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 58, art. 5 i art. 3531 KC poprzez brak wprowadzenia do umowy mechanizmu waloryzacji wymaganego treścią art. 439 ustawy Pzp, co stanowi o obejściu przepisów ustawy, godząc 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;

6.art. 433 ust. 1 pkt 3) ustawy Pzp, art. 99 ust. 1 ustawy PZP w zw. z art. 16 ustawy Pzp w zw. z art. 5 KC, art. 58 KC, art. 3531 KC w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy 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 ustawy 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.

Odwołujący wniósł o:

1.uwzględnienie odwołania,

2.nakazanie Zamawiającemu dokonania zmiany treści SWZ i ogłoszenia o zamówieniu w sposób następujący:

Odnośnie zarzutu 1 Odwołujący wniósł o modyfikację treści SWZ i ogłoszenia poprzez nadanie jej następującego brzmienia:

- Rozdział 20 ust. 1 lit. b) i c) SWZ:

b) Doświadczenie kierownika budowy, który nadzorował nieprzerwanie przez okres 12 miesięcy (licząc czas pełnienia funkcji od przejęcia od inwestora placu budowy do uzyskania pozwolenia na użytkowanie/dokonanie zgłoszenia) prace budowlane obejmujące swoim zakresem budowę w ostatnich dwunastu latach w budynkach użyteczności publicznej o powierzchni całkowitej min. 5 000 m2 DB– 25%

c) Doświadczenie kierownika budowy, który nadzorował nieprzerwanie przez okres 12 miesięcy (licząc czas pełnienia funkcji od przejęcia od inwestora placu budowy do uzyskania pozwolenia na użytkowanie/dokonanie zgłoszenia) prace budowlane obejmujące swoim zakresem przebudowę/modernizację w ostatnich dwunastu latach w budynkach użyteczności publicznej na czynnym obiekcie przy czym prace budowlane wykonywane były na powierzchni całkowitej min. 2 500 m2. Przez pojęcie prace budowlane rozumie się: roboty ogólnobudowlane, instalacje sanitarne, instalacje elektryczne i niskoprądowe DM – 15%.

- Rozdział 20 ust. 2 lit. b) i c) SWZ:

b*) Doświadczenie kierownika budowy, który nadzorował nieprzerwanie przez okres 12 miesięcy (licząc czas pełnienia funkcji od przejęcia od inwestora placu budowy do uzyskania pozwolenia na użytkowanie/dokonanie zgłoszenia) prace budowlane obejmujące swoim zakresem budowę w ostatnich dwunastu latach w budynkach użyteczności publicznej o powierzchni całkowitej min. 5 000 m2 , w następujący sposób (…)*

c) Doświadczenie kierownika budowy, który nadzorował nieprzerwanie przez okres 12 miesięcy (licząc czas pełnienia funkcji od przejęcia od inwestora placu budowy do uzyskania pozwolenia na użytkowanie/dokonanie zgłoszenia) prace budowlane obejmujące swoim zakresem przebudowę/modernizację w ostatnich dwunastu latach w budynkach użyteczności publicznej na czynnym obiekcie przy czym prace budowlane wykonywane były na powierzchni całkowitej min. 2 500 m2. Przez pojęcie prace budowlane rozumie się: roboty ogólnobudowlane, instalacje sanitarne, instalacje elektryczne i niskoprądowe

- w następujący sposób (…).

Odnośnie zarzutu 2 Odwołujący wniósł o modyfikację treści SWZ i ogłoszenia poprzez nadanie jej następującego brzmienia:

- Rozdział 11 SWZ: Termin wykonania przedmiotu umowy w ramach zamówienia podstawowego (gwarantowanego) ustala się do 104 tygodnie od daty podpisania Umowy, ~~ale nie dłużej niż do 30.04.2026 r.~~
- §2 ust. 2 Umowy: Termin wykonania przedmiotu umowy w ramach zamówienia podstawowego (gwarantowanego) ustala się do 104 tygodnie od daty podpisania Umowy, ~~ale nie dłużej niż do 30.04.2026 r~~.

Odnośnie zarzutu 3 Odwołujący wniósł o modyfikację treści § 15 ust. 1 pkt 2) Umowy poprzez nadanie mu

następującego brzmienia:
Zamawiający może odstąpić od umowy, jeżeli: Wykonawca w rażącym stopniu nie wykonuje zobowiązań zdefiniowanych w Umowie, mimo uprzedniego dwukrotnego pisemnego wezwania do należytej realizacji i wyznaczenia w tym celu dodatkowego terminu.
Odnośnie zarzutu 4 Odwołujący wniósł o modyfikację treści SWZ poprzez nadanie poszczególnym postanowieniom umownym następującego brzmienia:

- §14 ust. 1 Umowy:

2) 0,05% wynagrodzenia brutto za każdy rozpoczęty dzień zwłoki w oddaniu przedmiotu umowy w terminie określonym w § 2 ust. 2,
3) 0,02% wynagrodzenia brutto, za każdy rozpoczęty dzień zwłoki w terminowym usunięciu stwierdzonych wad, określonych w protokole odbioru, o którym mowa w § 10 ust. 8 pkt. 1 i pkt. 2 oraz ujawnionych w okresie gwarancji lub rękojmi,
4) 0,02% wynagrodzenia brutto za każdy rozpoczęty dzień zwłoki w uporządkowaniu terenu i usunięciu zaplecza, o którym mowa w § 3 ust. 2 pkt. 23 i § 15 ust. 4 pkt 2 umowy.

- §14 ust. 2 Umowy:

2) 0,05% wynagrodzenia brutto za każdy rozpoczęty dzień zwłoki w oddaniu przedmiotu umowy w terminie określonym w § 2 ust. 3 i 4,
3) 0,02% wynagrodzenia brutto, za każdy rozpoczęty dzień zwłoki w terminowym usunięciu stwierdzonych wad, określonych w protokole odbioru, o którym mowa w § 10 ust. 8 pkt. 1 i pkt. 2 oraz ujawnionych w okresie gwarancji lub rękojmi,
4) 0,02% wynagrodzenia brutto za każdy rozpoczęty dzień zwłoki w uporządkowaniu terenu i usunięciu zaplecza, o którym mowa w § 3 ust. 2 pkt. 23 i § 15 ust. 4 pkt. 2 umowy.

- *§14 ust. 5* Umowy*:*

Suma kar umownych nie może przekroczyć 10% wynagrodzenia brutto za przedmiot umowy. Jeżeli kary umowne, o których mowa w ust. 1 i ust. 2 nie pokryją poniesionej szkody, Zamawiający może dochodzić odszkodowania uzupełniającego do pełnej wysokości szkody.
Odnośnie zarzutu 5 Odwołujący wniósł o modyfikację treści Umowy poprzez wprowadzenie jednoznacznych postanowień umożliwiających realną waloryzację wynagrodzenia umownego, zawierających wszystkie elementy wymagane przez ustawodawcę w art. 439 ust. 2 ustawy Pzp, opierające się przykładowo na następujących wskazaniach:

- określeniu adekwatnego poziomu zmiany cen materiałów lub kosztów uprawniających strony do żądania zmiany wynagrodzenia, tj. ustaleniu go na poziomie 4%;
- określeniu adekwatnego i proporcjonalnego początkowego terminu ustalenia zmiany wynagrodzenia, tj. poprzez ustalenie, że kwoty netto płatne Wykonawcy będą waloryzowane począwszy od 6 miesiąca po podpisaniu Umowy. Początkowym terminem ustalania zmiany wynagrodzenia będzie zaś dzień otwarcia ofert.
- określeniu w sposób adekwatny i proporcjonalny maksymalnej wartość zmiany wynagrodzenia, jaką dopuszcza zamawiający w efekcie zastosowania postanowień o zasadach wprowadzania zmian wysokości wynagrodzenia, tj. ustaleniu go na poziomie 15%.

Odnośnie zarzutu 6 Odwołujący wniósł o modyfikację treści § 16 ust. 2 pkt 2) Umowy poprzez nadanie jej następującego brzmienia:
zmiany umowy dopuszczalne są w następujących przypadkach: zmniejszenie zakresu przedmiotu zamówienia, jeżeli wystąpią uzasadnione okoliczności nie dające się wcześniej przewidzieć, z zastrzeżeniem, że minimalną wartością świadczenia jest zakres odpowiadający 90% wynagrodzenia określonego w §9 ust. 1 Umowy.

Zamawiający w piśmie z dnia 7 marca 2022 r. (wpływ pisma do Krajowej Izby Odwoławczej w tej samej dacie) wskazał, że kopia odwołania została przekazana wykonawcom uczestniczącym w postępowaniu elektronicznie, za pośrednictwem Systemu do elektronicznej komunikacji z wykonawcami eZamawiający w dniu 4 marca 2023 r.

Do postępowania nie zgłosił przystąpienia żaden wykonawca.

W dniu 13 marca 2023 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło pismo Zamawiającego, w którym oświadczył, iż:
Odnośnie zarzutu 1 Zamawiający oświadczył, że wychodząc naprzeciw oczekiwaniom oferentów ostatecznie Zamawiający wydłuża ten czas do 8 lat. Ostateczne Kryteria będą brzmiały:
a) Doświadczenie kierownika budowy, który nadzorował nieprzerwanie przez okres minimum 12 miesięcy (licząc czas pełnienia funkcji od przejęcia od inwestora placu budowy do uzyskania pozwolenia na użytkowanie/dokonanie zgłoszenia) prace budowlane obejmujące swoim zakresem budowę w ostatnich ośmiu latach w budynkach użyteczności publicznej o

powierzchni całkowitej min. 5 000 m2.
b) Doświadczenie kierownika budowy, który nadzorował nieprzerwanie przez okres minimum 12 miesięcy (licząc czas pełnienia funkcji od przejęcia od inwestora placu budowy do uzyskania pozwolenia na użytkowanie/dokonanie zgłoszenia) prace budowlane obejmujące swoim zakresem przebudowę/modernizację w ostatnich ośmiu latach w budynkach użyteczności publicznej na czynnym obiekcie przy czym prace budowlane wykonywane były na powierzchni całkowitej min. 2 500 m2. Przez pojęcie prace budowlane rozumie się: roboty ogólnobudowlane, instalacje sanitarne, instalacje elektryczne i niskoprądowe.

Jednocześnie Zamawiający oświadczył, że „zmienia warunek udziału w postępowaniu – rozdział 15 pkt 3 ppkt B.2.1 SWZ, który ostatecznie będzie brzmiał:
1 osobą do pełnienia funkcji kierownika budowy, posiadającą uprawnienia do kierowania robotami budowlanymi w specjalności konstrukcyjno-budowlanej bez ograniczeń oraz aktualne zaświadczenie o przynależności do właściwej Izby Samorządu Zawodowego. Osoba w okresie ostatnich 8 lat przed terminem składania ofert w postępowaniu pełniła funkcję kierownika budowy na danym zadaniu nieprzerwanie przez okres minimum 12 miesięcy (licząc czas pełnienia funkcji od przejęcia od inwestora placu budowy do uzyskania pozwolenia na użytkowanie/dokonanie zgłoszenia).

Odnośnie zarzutu 4 Zamawiający dokonał modyfikacji treści SWZ poprzez nadanie poszczególnym postanowieniom umownym następujące brzmienie z uwagi na omyłkę pisarską Zamawiającego:
- w Par. 14, ust 1.:
2) 0,05% wynagrodzenia brutto za każdy rozpoczęty dzień zwłoki w oddaniu przedmiotu umowy w terminie określonym w § 2 ust. 2,
3) 0,02% wynagrodzenia brutto, za każdy rozpoczęty dzień zwłoki w terminowym usunięciu stwierdzonych wad, określonych w protokole odbioru, o którym mowa w § 10 ust. 8 pkt. 1 i pkt. 2 oraz ujawnionych w okresie gwarancji lub rękojmi,
4) 0,02% wynagrodzenia brutto za każdy rozpoczęty dzień zwłoki w uporządkowaniu terenu i usunięciu zaplecza, o którym mowa w § 3 ust. 2 pkt. 23 i § 15 ust. 4 pkt 2 umowy,
- w Par. 14, ust 2.:
2) 0,05% wynagrodzenia brutto za każdy rozpoczęty dzień zwłoki w oddaniu przedmiotu umowy w terminie określonym w § 2 ust. 3 i 4,
3) 0,02% wynagrodzenia brutto, za każdy rozpoczęty dzień zwłoki w terminowym usunięciu stwierdzonych wad, określonych w protokole odbioru, o którym mowa w § 10 ust. 8 pkt. 1 i pkt. 2 oraz ujawnionych w okresie gwarancji lub rękojmi,
4) 0,02% wynagrodzenia brutto za każdy rozpoczęty dzień zwłoki w uporządkowaniu terenu i usunięciu zaplecza, o którym mowa w § 3 ust. 2 pkt. 23 i § 15 ust. 4 pkt. 2 umowy.

Odnośnie zarzutu 5 Zamawiający oświadczył, że uzupełnił umowę o klauzulę waloryzacyjną, załączając projekt umowy do odpowiedzi na odwołanie.

Odnośnie zarzutu 6 Zamawiający oświadczył, że w projekcie umowy doprecyzował sporną kwestię, załączając projekt umowy do odpowiedzi na odwołanie.

W zakresie zarzutu 2 i 3 oraz 4 Zamawiający wniósł o oddalenie zarzutów.

W dniu 14 marca 2024 r. na posiedzeniu z udziałem Stron Odwołujący oświadczył, że cofa odwołanie w zakresie zarzutu 2, 3 i 4, wnosząc jednocześnie o umorzenie postępowania w zakresie pozostałych zarzutów jako bezprzedmiotowego.

Mając na uwadze powyższe, Izba zważyła co następuje.

Zgodnie z art. 568 pkt 2 ustawy Pzp „Izba umarza postępowanie odwoławcze, w formie postanowienia w przypadku (…) stwierdzenia, że dalsze postępowanie stało się z innej przyczyny zbędne lub niedopuszczalne”. Zgodnie z tym przepisem podstawą do umorzenia postępowania jest stwierdzenie przez Izbę, że postępowanie stało się z innej przyczyny zbędne lub niedopuszczalne. Ustawodawca nie doprecyzował jednak, o jakie sytuacje chodzi. „Dyspozycją tego przepisu objęte są więc sytuacje utraty bytu prawnego przez stronę odwołania, na skutek likwidacji lub śmierci odwołującego. Wydaje się również, że podstawa umorzenia zaistnieje, jeśli zamawiający przed zakończeniem rozprawy unieważni postępowanie, wówczas spór stanie się bezprzedmiotowy, a ewentualnemu zaskarżeniu w drodze odwołania będzie podlegała nowa czynność zamawiającego.” (Komentarz Prawo Zamówień Publicznych, pod red. Marzeny Jaworskiej, Wydawnictwo C. H. Beck, W-wa 2021, str. 1236).

Niewątpliwym jest, że ustawodawca nie doprecyzował, o jakie konkretnie sytuacje chodzi, wobec czego zawsze należy dokonać indywidualnej oceny stanu faktycznego. W tym stanie faktycznym Zamawiający przed otwarciem rozprawy oświadczył, że zmienia treść SWZ w zakresie wskazanym w odpowiedzi na odwołanie, tj. doświadczenia kierownika budowy w zakresie kryterium oceny ofert oraz zmienia warunek udziału w postępowaniu w zakresie

doświadczenia kierownika budowy wydłużając je do 8 lat. Zamawiający dokonał także zmiany projektu umowy w zakresie wskazanym w odpowiedzi na odwołanie, wprowadzając modyfikację treści projektu umowy, co oznacza, że zarzuty 1, 5 i 6 odwołania, na dzień rozpoznawania sprawy przez Izbę, nie istnieją w kwestionowanym w odwołaniu zakresie. Powyższe powoduje więc, że spór w zakresie zarzutu 1, 5 i 6 staje się bezprzedmiotowy, a ewentualnemu zaskarżeniu w drodze odwołania będzie podlegała nowa treść ogłoszenia o zamówieniu i Specyfikacji Warunków Zamówienia. Nie istnieje bowiem w zakresie zarzutów 1, 5 i 6 tzw. substrat zaskarżenia, niezbędny do tego, aby Izba mogła rozpoznać odwołanie merytorycznie i stwierdzić czy Zamawiający dopuścił się naruszenia przepisów ustawy Pzp, czy też nie. Tym samym postępowanie odwoławcze w zakresie trzech z podniesionych w odwołaniu zarzutów stało się zbędne, gdyż przedmiot zaskarżenia przestał istnieć, co stanowi podstawę umorzenia postępowania odwoławczego w tym zakresie w oparciu o art. 568 pkt 2 ustawy Pzp.

Tak więc wobec ustalenia, że odwołanie w zakresie zarzutów 1, 5 i 6 stało się bezprzedmiotowe a w pozostałym zakresie, tj. zarzutu 2, 3 i 4 Odwołujący cofnął odwołanie, zaistniały przesłanki do umorzenia postępowania, o których mowa w art. 568 pkt 1) i 2) ustawy Pzp a tym samym postępowanie podlega umorzeniu.

Biorąc powyższe pod uwagę, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania na podstawie art. 574 i art. 576 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (tj.: z dnia 14 lipca 2023 r., Dz. U. z 2023 r., poz. 1605) oraz w oparciu o przepisy § 9 ust. 1 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. z 2020 r., poz. 2437), uwzględniając zaistniałą szczególną sytuację, której przepisy wskazanego wyżej rozporządzenia nie przewidują.

Przewodniczący: ……