

Sygn. akt: KIO 3807/23

POSTANOWIENIE
z dnia 8 stycznia 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Beata Pakulska-Banach

Członkowie: Małgorzata Matecka

Aneta Młacka

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron w dniu 8 stycznia 2024 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 18 grudnia 2023 r. przez wykonawcę **Stadler Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Siedlcach** w postępowaniu prowadzonym przez „**Koleje Mazowieckie – KM**” Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie

postanawia:

1. Umarza postępowanie odwoławcze.

2. Nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz wykonawcy **Stadler Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Siedlcach** kwoty 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2023 r., poz. 1605 ze zm.) na niniejsze postanowienie – w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodnicząca:.....

Członkowie:

.....

Sygn. akt: KIO 3807/23

Uzasadnienie

„Koleje Mazowieckie – KM” Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, zwana dalej „Zamawiającym”, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2023 r. poz. 1605, ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp” lub „Pzp”, pod nazwą: *Zawarcie umowy ramowej na dostawę 50 szt. elektrycznych zespołów trakcyjnych II*, nr referencyjny: MWZ3.27.141.2023.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 7 grudnia 2023 roku pod numerem: 741863-2023. Wartość zamówienia przekracza progi unijne, o których mowa w art. 3 ustawy Pzp.

Wykonawca – Stadler Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Siedlcach, zwany dalej „odwołującym”, w dniu 18 grudnia 2023 r. wniósł odwołanie wobec brzmienia § 1 ust. 7 Załącznika nr 12 do Specyfikacji Warunków Zamówienia (dalej: „SWZ”) - Projektowane postanowienia umowy.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 5, art. 58, art. 353¹, art. 357¹, art. 358¹ § 3 i art. 632 § 2 k.c., w zw. z art. 8 ust. 1 oraz art. 134 ust. 1 pkt 20 Pzp przez wyłączenie w § 1 ust. 7 Załącznika nr 12 do SWZ – Projektowane postanowienia umowy, możliwości stosowania wskazanych tam przepisów k.c. będących podstawą do sądowej zmiany umowy, co stanowi przejaw nadużycia pozycji dominującej organizatora przetargu i rażące uprzywilejowanie w treści projektu umowy pozycji Zamawiającego, wbrew zasadom współzycia społecznego i właściwości stosunku prawnego, w sposób stanowiący nadużycie prawa;
- 2) art. 16 pkt 1 i 3 Pzp oraz art. 99 ust. 1 i 4 Pzp przez wprowadzenie w § 1 ust. 7 Załącznika nr 12 do SWZ – Projektowane postanowienia umowy, klauzuli wyłączającej możliwość sądowej zmiany umowy, co stanowi opisanie przedmiotu zamówienia z wyłączeniem uwzględnienia wszystkich okoliczności mających wpływ na sporządzenie oferty, a to przez nałożenie na wykonawcę obowiązku uwzględnienia w ofercie zdarzeń nieprzewidywalnych i nadzwyczajnych oraz *de iure* i *de facto* przerzucenie na wykonawców wszelkich ryzyk związanych z wykonaniem zamówienia, co stanowi rażący przejaw naruszenia zasad ogólnych Pzp gwarantujących konkurencyjność postępowania oraz proporcjonalność środków stosowanych przez Zamawiającego.

W oparciu o powyższe odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu wykreślenia postanowień § 1 ust. 7 Załącznika nr 12 do SWZ – Projektowane postanowienia umowy w brzmieniu: *Strony wyłączają uprawnienia Wykonawcy przewidziane w art. 357¹ § 1, art. 358¹ § 3 i art. 632 § 2 Kodeksu cywilnego. Jednocześnie Wykonawca zrzeka się prawa do korzystania z uprawnień i roszczeń, o których mowa w wyżej wskazanych przepisach oraz oświadcza, że nie będzie dochodził od Zamawiającego jakichkolwiek świadczeń na ich podstawie*

Do postępowania odwoławczego nie zgłosił przystąpienia żaden z wykonawców.

W dniu 5 stycznia 2024 r. Zamawiający przekazał Prezesowi Krajowej Izby Odwoławczej odpowiedź na odwołanie, w której poinformował o tym, że w dniu 21 grudnia 2023 r. (pismem znak: MWZ3.27.141.13.2023) usunął z Załącznika nr 12 do SWZ zapisy wskazane w § 1 ust. 7. Poinformował też, że powyższa zmiana została zamieszczona na platformie zakupowej Zamawiającego. Do odpowiedzi na odwołanie Zamawiający załączył kopię pisma z 21 grudnia 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje.

Zgodnie z art. 568 pkt 2 ustawy Pzp Izba umarza postępowania odwoławcze, w formie postanowienia, w przypadku stwierdzenia, że dalsze postępowanie stało się z innej przyczyny zbędne lub niedopuszczalne.

Zamawiający w dniu 21 grudnia 2023 roku dokonał zmiany treści SWZ, tj. załącznika nr 12 do SWZ – Projektowane postanowienia umowy poprzez usunięcie w § 1 ustępu 7 w brzmieniu: „7. *Strony wyłączają uprawnienia Wykonawcy przewidziane w art. 357¹ § 1, art. 358¹ § 3 i art. 632 § 2 Kodeksu cywilnego. Jednocześnie Wykonawca zrzeka się prawa do korzystania z uprawnień i roszczeń, o których mowa w wyżej wskazanych przepisach oraz oświadcza, że nie będzie dochodził od Zamawiającego jakichkolwiek świadczeń na ich podstawie*”.

Powyższe oznacza, że Zamawiający dokonał zmiany treści SWZ, zgodnie z żądaniem odwołującego, a to z kolei oznacza, że czynność, wobec której zostało wniesione odwołanie, na dzień rozpoznawania sprawy przez Izbę, nie istnieje. Tym samym nie istnieje 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. Powyższe powoduje, że postępowanie odwoławcze staje się zbędne, gdyż przedmiot zaskarżenia (projektowane postanowienie umowne o oznaczonej treści) przestał istnieć, co stanowi podstawę umorzenia postępowania odwoławczego w oparciu o powołany powyżej przepis art. 568 pkt 2 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 557 i 575 ustawy Pzp w zw. z § 9 ust. 2 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).

Zgodnie z § 9 ust. 2 powołanego rozporządzenia: w przypadku umorzenia postępowania odwoławczego przez Izbę w całości ze względu na stwierdzenie, że dalsze postępowanie stało się z innej przyczyny zbędne lub niedopuszczalne, zgodnie z art. 568 pkt 2 ustawy, koszty znosi się wzajemnie.

Mając powyższe na uwadze Izba orzekła jak w sentencji i nakazała dokonanie na rzecz odwołującego zwrotu z rachunku Urzędu Zamówień Publicznych kwoty uiszczonyj tytułem wpisu.

Przewodnicząca:.....

Członkowie:

.....