

POSTANOWENIE

Warszawa, dnia 7 marca 2025 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodnicząca: Emilia Garbala
Joanna Gawdzik-Zawalska
Małgorzata Jodłowska

na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron oraz uczestników postępowania odwoławczego w dniu 7 marca 2025 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 24 lutego 2025r. przez wykonawcę **Budimex S.A., ul. Siedmiogrodzka 9, 01-204 Warszawa,**

w postępowaniu prowadzonym przez: **Międzynarodowe Targi Gdańskie S.A., ul. Żaglowa 11, 80-560 Gdańsk,** przy udziale uczestników po stronie odwołującego:

- 1)**Polimex Infrastruktura sp. z o.o., Al. Jana Pawła II nr 12, 00-124 Warszawa,**
- 2)**Korporacja Budowlana DORACO sp. z o.o., ul. Opacka 12, 80-338 Gdańsk,**

postanawia:

umorzyć postępowanie odwoławcze,

nakazać zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz wykonawcy Budimex S.A., ul. Siedmiogrodzka 9, 01-204 Warszawa, kwoty 20 000,00 zł (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy), tytułem uiszczonoego 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 655/25

Uzasadnienie

Zamawiający – Międzynarodowe Targi Gdańskie S.A., ul. Żaglowa 11, 80-560 Gdańsk, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Budowa obiektu sportowo-rekreacyjno-usługowego przy Al. Legionów / ul. Kościuszki w Gdańsku-Wrzeszczu”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 13.02.2025 r., nr 31/2025 97677-2025.

W dniu 24.02.2025 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wykonawcy Budimex S.A., ul. Siedmiogrodzka 9, 01-204 Warszawa (dalej: „Odwołujący”), w którym Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

- 1)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 ustawy Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2024 r. poz. 1320), zwanej dalej: „ustawą Pzp”, poprzez sformułowanie warunków udziału w postępowaniu dotyczących doświadczenia wymaganego od wykonawcy (Rozdział VI lit. B ust. 1 pkt 1) SWZ) oraz kadry kierowniczej opisanej w Rozdziale VI lit. B ust. 1 pkt 2) ppkt i, iii, iv i v SWZ w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia i nadmierny dla zweryfikowania zdolności do należytego wykonania przedmiotowego zamówienia, a co za tym idzie w sposób dyskryminujący wykonawców zdolnych do wykonania zamówienia i naruszający zasadę równego traktowania i uczciwej konkurencji,
- 2)art. 433 pkt 3 w zw. z art. 99 ust. 1 w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 5 i 353¹ kc w zw. z art. 647 i 651 kc w zw. z art. 16 ustawy Pzp poprzez wprowadzenie do Warunków Umownych (Załącznik nr 9 do SWZ, dalej również jako „Umowa”) postanowień, z których wynika odpowiedzialność wykonawcy za okoliczności, za które wyłączną odpowiedzialność ponosi Zamawiający, tj. za prawidłowość dokumentacji projektowej nie pochodzącej od wykonawcy i ponoszenia przez niego skutków finansowych błędów w niej występujących, co stanowi o przerzuceniu na wykonawców wszelkich ryzyk związanych z nieprawidłowym i niejednoznacznym opisem przedmiotu zamówienia, stanowiąc klauzulę abuzywną, prowadzącą do nadużycia przez Zamawiającego prawa 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,
- 3)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 w zw. z art. 436 pkt 3 ustawy Pzp poprzez zastrzeżenie przez Zamawiającego w ramach 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, wymuszającym na wykonawcach konieczność kalkulacji dodatkowych, niemożliwych do precyzyjnej kalkulacji, ryzyk w ramach ceny ofertowej, co narusza równowagę stron umowy i prowadzi do naruszenia praw podmiotowych wykonawców,

4)art. 8 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 5 i 353¹ kc art. 433 pkt 4 ustawy Pzp w zw. z art. 16 ustawy Pzp poprzez zastrzeżenie przez Zamawiającego niejednoznacznego i nieproporcjonalnego limitu możliwych ograniczeń zakresu zamówienia, niweczącego cel dyspozycji art. 433 pkt 4 ustawy Pzp, naruszającego w konsekwencji równowagę stron umowy i prowadzącego do nadużycia prawa podmiotowego przez Zamawiającego,

5)art. 439 ust. 1 i ust. 2 w zw. z art. 16 ust. 1 w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 58 kc w zw. z art. 353¹ kc poprzez sformułowanie w ramach Umowy klauzuli waloryzacyjnej, dotyczącej zmiany wysokości wynagrodzenia wykonawcy w sytuacji zmiany cen materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia w sposób wypaczający ideę waloryzacji i będący sprzeczny z celem określonym w art. 439 ustawy Pzp, determinując jej nieefektywność i nierealność,

6)art. 462, art. 463 i art. 464 w zw. z art. 16 ustawy Pzp w zw. z art. 647¹ § 3 kc, art. 5 kc, art. 58 kc, art. 353¹ kc w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp poprzez wprowadzenie do 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 ustawy Pzp nie ogranicza wykonawcy w prawie do zlecenia realizacji części zamówienia podwykonawcom, art. 463 i 464 ustawy 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.

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

W dniu 06.03.2025 r. Odwołujący zawiadomił Izbę o dokonaniu przez Zamawiającego modyfikacji SWZ i projektu umowy w zakresie każdego z podniesionych zarzutów. W związku z tym Odwołujący wniósł o umorzenie postępowania odwoławczego na podstawie art. 568 pkt 2 ustawy Pzp.

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.

Dokonanie przez Zamawiającego modyfikacji postanowień dokumentów zamówienia kwestionowanych w odwołaniu oznacza, że czynność, wobec której odwołanie to zostało wniesione, przestała istnieć. 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 nie. Sytuacja taka stanowi podstawę umorzenia postępowania odwoławczego, jako zbędnego, w oparciu o art. 568 pkt 2 ustawy Pzp.

Zgodnie z § 9 ust. 2 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 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.

Dlatego Izba umorzyła postępowanie odwoławcze na podstawie art. 568 pkt 2 ustawy Pzp i nakazała zwrócić Odwołującemu kwotę uiszczanego wpisu od odwołania.

Przewodnicząca: