

Sygn. akt: KIO 660/25

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 2025 r. przez wykonawcę **STRABAG sp. z o.o., ul. Parzniewska 10, 05-800 Pruszków,**

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

- 1) **Budimex S.A., ul. Siedmiogrodzka 9, 01-204 Warszawa,**
- 2) **Polimex Infrastruktura sp. z o.o., Al. Jana Pawła II nr 12, 00-124 Warszawa,**
- 3) **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 STRABAG sp. z o.o., ul. Parzniewska 10, 05-800 Pruszków, kwoty 18 000,00 zł (słownie: osiemnaście tysięcy złotych zero groszy), tytułem 90% 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 660/25

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 STRABAG sp. z o.o., ul. Parzniewska 10, 05-800 Pruszków (dalej: „Odwołujący”), w którym Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1) art. 16 pkt 1, art. 99 ust. 1, art. 433 pkt 3 ustawy Pzp w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych (t.j.

Dz.U. z 2024 r. poz. 1320), zwanej dalej: „ustawą Pzp”, art. 5 kc, art. 58 kc, art. 353¹ kc w zw. z art. 647 kc, art. 649 kc i art. 651 kc poprzez niezasadne i bezpodstawne przerzucenie na wykonawcę odpowiedzialności i ryzyka, które leżą po stronie Zamawiającego, w zakresie odpowiedzialności za projekt opracowany przez Zamawiającego, a tym samym nadużywanie swojego prawa do tworzenia warunków umowy o zamówienie publiczne, poprzez:

a) wskazanie w subklauzuli 1.8 warunków umownych, akapit piąty, że Wykonawca akceptuje, że nie będą mu przysługiwały jakiegokolwiek roszczenia i zrzeka się wyraźnie wszystkich ewentualnych roszczeń przeciwko Zamawiającemu z tytułu wszelkich pomyłek, niedokładności, rozbieżności lub braków lub innych wad Dokumentacji Projektowej (...), podczas gdy zgodnie z przyjętą przez Zamawiającego formułą realizacji inwestycji Dokumentacja Projektowa została przygotowana przez Zamawiającego (na jego rzecz) i sam Zamawiający przyjął dla realizacji formułę „buduj”;

b) przyjęcie również w innych subklauzulach warunków umownych (subklauzula 1.1.1.7, subklauzula 4.1, subklauzula 14.1 akapit drugi lit. (a); subklauzula 17.3), a także m.in. w pkt 6.5.2. OPZ takich regulacji, które sugerują że pomimo iż Zamawiający przygotował Dokumentację Projektową, to nie chce przyjąć na siebie odpowiedzialności za nią i próbuje obciążyć tą odpowiedzialnością Wykonawcę,

podczas gdy takie postępowanie jest wprost niezgodne z treścią art. 433 pkt 3 ustawy Pzp, który wskazuje, że postanowienia umowy nie mogą przewidywać odpowiedzialności wykonawcy za okoliczności, za które wyłączną odpowiedzialność ponosi zamawiający. Odwołujący dopatruje się tu również niezgodności z przepisem art. 647 kc, który wskazuje, że to po stronie Inwestora jest dostarczenie wykonawcy projektu budowlanego;

2) art. 436 pkt 3 w zw. z art. 16 pkt 1, 2, 3 i art. 8 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 353¹ kc i art. 647 kc w zw. z art. 484 § 2 w

zw. z art. 483 kc i art. 473 § 1 kc ze względu na sformułowanie postanowień dotyczących kar umownych w sposób nadużywający swobody Zamawiającego do kształtowania postanowień umownych, uniemożliwiający wykonawcy prawidłowe oszacowanie ryzyk związanych z realizacją umowy oraz mogący prowadzić do niczym nieuzasadnionego wzbogacenia się Zamawiającego kosztem wykonawcy, a to w szczególności poprzez:

- a) zastrzeżenie dwóch różnych limitów kar umownych w postanowieniach subklauzuli 8.7 warunków umownych, które łącznie dają Zamawiającemu możliwość naliczenia kar umownych do wartości 50% Zaakceptowanej Kwoty Umownej brutto, podczas gdy limit na takim poziomie odbiega znacząco od standardów rynkowych i jest rażąco wygórowany;
- b) zastrzeżenie w subklauzuli 8.7 lit. (D) kary umownej, która nie odnosi się do konkretnych działań czy zaniechań Wykonawcy o charakterze niepieniężnym, a stanowi ogólne uprawnienie Zamawiającego do naliczenia kary umownej za każdy dzień zwłoki w wykonaniu „innych zobowiązań Wykonawcy wynikających z Umowy, dla których w Umowie podane są terminy lub dla których Inżynier wyznaczył termin”, podczas gdy tak sformułowana kara umowna utrudnia wykonawcom oszacowanie potencjalnych ryzyk i uprawnia do jej naliczenia nawet w przypadku terminów jeszcze wykonawcy nieznanych, wyznaczonych dyskrejonalnie przez Inżyniera, na którego wpływ ma wyłącznie Zamawiający,
- 3) art. 16 pkt 1, 2 i 3 w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 647 kc poprzez zawarcie w treści Projektu umowy postanowień dających Zamawiającemu możliwość odmowy odbioru przedmiotu umowy w sytuacji wystąpienia jakichkolwiek wad lub usterek, również o charakterze nieistotnym, tj. poprzez przyjęcie w subklauzuli 10.1 warunków umownych – akapit drugi, lit. (b), że Inżynier ma prawo odrzucić wniosek o wydanie Świadectwa Przejęcia, podając powody i wyszczególniając pracę wymaganą do zrobienia przez Wykonawcę, podczas gdy zgodnie z treścią art. 647 kc oraz zgodnie z ugruntowaną linią orzecznictwa Zamawiający ma obowiązek dokonania odbioru robót budowlanych, o ile nie występują w nich wady o charakterze istotnym;
- 4) art. 433 pkt 4 w zw. z art. 16 pkt. 1, 2 i 3 w zw. z art. 8 ust 1 ustawy Pzp, art. 5 kc, art. 58 kc, art. 353¹ kc poprzez ustanowienie w subklauzuli 13.1.1 pkt. (C) ppkt. 4) warunków umownych pozornego, rażąco wygórowanego limitu możliwych, jednostronnie dokonywanych przez Zamawiającego wyłączeń z zakresu na poziomie aż 60%, podczas gdy tak sformułowany limit stoi w sprzeczności z regulacjami art. 433 pkt 4 ustawy Pzp i ma na celu jego obejście, zaś standardem rynkowym jest możliwość dokonywania wyłączeń do 10% zakresu/wynagrodzenia wykonawcy;
- 5) art. 462 ust. 1, art. 8 ust. 1 i art. 465 ust. 8 ustawy Pzp w zw. z art. 353¹ kc i w zw. z art. 647¹ § 3 kc poprzez nadużycie uprawnień do kształtowania warunków umowy w zakresie wymagań dla zawierania przez wykonawcę umów z podwykonawcami i wprowadzenie w subklauzuli 4.4 akapit drugi pkt. 9) i 10) regulacji, zgodnie z którą wysokość wynagrodzenia przysługującego Podwykonawcy nie może przekroczyć wysokości wynagrodzenia należnego Wykonawcy wynikającego ze złożonej Oferty lub Umowy za tę część zamówienia, która ma być wykonana przez Podwykonawcę, które to postanowienie limituje wysokość wynagrodzenia, na jakie wykonawca może umówić się z podwykonawcami. Takie ograniczenia są nadmiarowe, a kształtując je Zamawiający nie uwzględnił, że przepisy kodeksu cywilnego (art. 647¹ § 3 kc) limitują jego solidarną odpowiedzialność do wartości ustalonego z wykonawcą wynagrodzenia, co stanowi wystarczające zabezpieczenie interesów Zamawiającego a przez to dodatkowe ograniczenia w tym względzie nie są potrzebne. Ograniczenia te mogą natomiast znacząco utrudnić wykonawcy realizację jego umownych zobowiązań, pozbawiają go jednocześnie możliwości negocjacji z podwykonawcami ich wynagrodzenia;
- 6) art. 16 pkt 1 - 3, art. 437 ust, 1 pkt 4, art. 447 ust. 1, art. 464 ust. 1, 2, 3, art. 465 ust. 3 i 4, art. 8 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 647¹ § 1 i 3 kc w zakresie w jakim w sposób nadmierny nieproporcjonalny i niesłużący ochronie Zamawiającego ingeruje on w treść stosunku prawnego łączącego wykonawcę z podwykonawcą/dalszym podwykonawcą wskazując w subklauzuli 4.4 warunków umowy kilkakrotnie, że umowa podwykonawcza nie może uprawniać do dokonywania potrąceń/zatrzymań z wynagrodzenia Podwykonawcy lub Dalszego Podwykonawcy kwot na poczet kaucji gwarancyjnej, kar umownych i innych należności Wykonawcy, Podwykonawcy lub Dalszego Podwykonawcy, podczas gdy stawiając taki wymóg dla treści umów podwykonawczych Zamawiający w sposób nadmierny, nieproporcjonalny i wykraczający poza jego normatywne ryzyko odpowiedzialności wynikającej z przepisów prawa ingeruje w stosunek prawny między Wykonawcą a podwykonawcą/dalszym podwykonawcą, co dodatkowo pozostaje w sprzeczności z przyjętą praktyką rynkową dotyczącą stosowania w umowach z podwykonawcami zabezpieczenia w formie kaucji pieniężnej. Wprowadzone ograniczenie może uniemożliwić otrzymanie jakiegokolwiek zabezpieczenia od niektórych podwykonawców, a przez to wyłącza ich z możliwości realizacji części robót objętych zamówieniem;
- 7) art. 8 ust. 1 w zw. z art. 16 pkt 3 i art. 431 ustawy Pzp w zw. z art. 353¹ kc i art. 354 § 2 kc poprzez zastrzeżenie w subklauzuli 15.2 warunków umownych możliwości odstąpienia od umowy przez Zamawiającego bez uprzedniego

wezwania Wykonawcy do usunięcia uchybień w zakresie lit. f), co może prowadzić do zaskoczenia wykonawcy odstąpieniem od Umowy, brakiem możliwości usunięcia nieprawidłowości i brakiem zapewnienia dalszej realizacji umowy, niezależnie od przyczyn jakie stoją za określonym w tym podpunkcie zawieszeniem lub wstrzymaniem realizacji robót. Stosując taką regulację Zamawiający narusza obowiązek lojalności kontraktowej i obowiązek współdziałania w celu wykonania umowy. Bez dodatkowego wezwania i umożliwienia Wykonawcy naprawienia naruszeń bądź wyjaśnienia sytuacji przedmiotowe postanowienia wzoru umowy należy traktować jako nadużycie przez Zamawiającego uprawnień wynikającego ze swobody kształtowania warunków umowy, uprzywilejowanie pozycji Zamawiającego i naruszenie zasady równowagi stron stosunku zobowiązaniowego, co pozostaje w sprzeczności z zasadami współżycia społecznego.

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

W dniu 06.03.2025 r. (tj. przed terminem 07.03.2025 r., na który zostało wyznaczone posiedzenie) Odwołujący poinformował, że Zamawiający dokonał modyfikacji projektu umowy w sposób zasadniczo zgodny „z większością zarzutów i wniosków Odwołującego, tj. w zakresie zarzutów nr 1, nr 2a, nr 3, nr 4, nr 5, nr 6 oraz nr 7 odwołania”. W związku z powyższym Odwołujący wniósł o umorzenie postępowania odwoławczego ze względu na uwzględnienie odwołania w tej części przez Zamawiającego i oświadczył, że w pozostałej części (zwłaszcza w zakresie zarzutu nr 2b) cofa odwołanie. Jednocześnie z ostrożności procesowej, na wypadek uznania przez Izbę, że modyfikacji dokonanej przez Zamawiającego nie można traktować jako uwzględnienia odwołania w ww. części, Odwołujący oświadczył, że cofa odwołanie w całości.

Izba ustaliła, że mimo zobowiązania Zamawiającego do przekazania odpowiedzi na odwołanie, Zamawiający nie przekazał swojego stanowiska w sprawie i tym samym nie można też uznać, że uwzględnił odwołanie w jakiegokolwiek części. Wobec powyższego zastosowanie znajduje alternatywne oświadczenie Odwołującego o cofnięciu odwołania.

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. a) 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: najpóźniej w dniu poprzedzającym dzień, na który został wyznaczony termin rozprawy lub posiedzenia z udziałem stron lub uczestników postępowania odwoławczego - odwołującemu zwraca się 90% wpisu; w takim przypadku Izba orzeka o dokonaniu zwrotu odwołującemu z rachunku Urzędu kwoty uiszczonej tytułem wpisu, w wysokości stanowiącej 90% jego wartości,

Izba umorzyła zatem postępowanie odwoławcze na podstawie art. 568 pkt 1 ustawy Pzp i nakazała zwrócić Odwołującemu 90% kwoty uiszczonego wpisu od odwołania.

Przewodnicząca:
.....
.....