Sygn. akt: KIO 939/25

POSTANOWIENIE

Warszawa, dnia 26 marca 2025 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący:Krzysztof Sroczyński

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron w dniu 26 marca 2025 r.
w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 12 marca 2025 r. przez Odwołującego – wykonawcę Balzola Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie**,**
w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – Miasto Ostrołęka

przy udziale wykonawców:

A.Budimex spółka akcyjna z siedzibą w Warszawie

B.Polimex Infrastruktura spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie

C.Skanska spółka akcyjna z siedzibą w Warszawie

zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego

postanawia:

1. umorzyć postępowanie odwoławcze,
2. nakazać Urzędowi Zamówień Publicznych zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych kwoty20 000 zł (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych) na rzecz wykonawcy Balzola Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, stanowiącej równowartość kwoty uiszczonej 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 939/24

Uzasadnienie

Miasto Ostrołęka (dalej: „Zamawiający") prowadzi na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2024 r. poz. 1320) (dalej: „ustawa Pzp" lub „Pzp") w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest *„Budowa południowej obwodnicy miasta Ostrołęki wraz z budową obiektu mostowego przez rzekę Narew" (Znak sprawy: KPZ.271.9.2025)*(dalej „Postępowanie").

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej
w dniu 3 marca 2025 r. nr wydania Dz.U. S: 43/2025 pod numerem 138694-2025.

Dnia 12 marca 2025 r. odwołanie w przedmiotowym postępowaniu wniósł wykonawca Balzola Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie (dalej: „Odwołujący") zarzucając Zamawiającemu:

1. naruszenie art. 8 ustawy pzp w zw. z art. 66 kc, art. 5 kc, art. 353(1) kc, 647 kc, poprzez wprowadzenie w §7 ust.8 projektu umowy postanowień przyznających zamawiającemu uprawnienie do korygowania cen w kosztorysie ofertowym wykonawcy po podpisaniu Umowy w przypadku uznania przez Zamawiającego, ze wykonawca przyjął robót w kosztorysie ceny rażąco odbiegające od średnich cen na rynku robót budowlanych, w tym m.in. od cen określonych w publikacjach dotyczących analizy cen robót budowlanych lub w kosztorysie inwestorskim co stanowi niedozwoloną ingerencję zarówno w treść oferty wykonawcy i treść umowy o zamówienie publiczne z naruszeniem zasad dokonywania jej zmiany podczas gdy sposób kształtowania ceny oferty jest tylko i wyłącznie uprawnieniem wykonawcy, podlegającym weryfikacji na etapie oceny ofert a dokonywanie zmiany umowy nie stanowi jednostronnego uprawienia zamawiającego, wykorzystanie dominującej pozycji organizatora przetargu i nadużycie prawa do kształtowania postanowień umowy.
2. naruszenie art. 99 ust. 1 i 4 ustawy pzp, art. 433 pkt 3 ustawy pzp oraz art. 8 ust. 1 ustawy pzp w zw. z art. 353 (1) kc, art. 5 kc pzp poprzez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny i niewyczerpujący, uniemożliwiający jednoznaczne określenie rodzaju i zakresu robót objętych przedmiotem zamówienia oraz uwarunkowań i dokładnej lokalizacji ich wykonywania a także wykorzystanie dominującej pozycji organizatora przetargu i sformułowanie postanowień Umowy w sposób przenoszący na wykonawcę ryzyko ponoszenia kosztów zaniechań w sposobie opisania przedmiotu zamówienia w wyniku nałożenia na wykonawcę w §15 ust 1 pkt 32) umowy obowiązku uwzględnia w cenie oferty ewentualnych kosztów utylizacji odpadów w postaci destruktu

asfaltowego, w przypadku braku możliwości utraty statusu odpadów dla odpadów destruktu asfaltowego, bez podania w opisie przedmiotu zamówienia jakichkolwiek podstaw do oszacowania czy i w jakiej ilości odpad taki uwzględnić należy w cenie ofert, pomimo że zgodnie z formułą prowadzonego postępowania to obowiązkiem Zamawiającego jest dostarczenie wykonawcy informacji i dokumentów niezbędnych zgodnego z ustawą pzp opisania przedmiotu zamówienia;

3. naruszenie art. 439 ust. 1 i 2 ustawy pzp poprzez sformułowanie w §13 ust. 1 pkt 3 projektu umowy klauzuli waloryzacyjnej niezgodnej z treścią przywołanego przepisu ustawy pzp bo nie zawierającej wszystkich wymaganych ustawą elementów tejże klauzuli, co w konsekwencji uniemożliwia jej późniejsze zastosowanie, jak też wprowadzenie zapisów o tym, że niezależnie od spełnienia się przesłanek waloryzacji jest to jedna z okoliczności stanowiących katalog zmian na które Zamawiający może wyrazić zgodę, nie stanowiąc jednak zobowiązania do wyrażenia takiej zgody;

4. naruszenie art. 433 pkt 3) ustawy pzp, art. 99 ust. 1 ustawy Pzp, art. 8 ust. 1 ustawy pzp w zw. z art. 5 i 353(1) kc w zw. z 471 i 473 kc w zw. z art. 16 ustawy Pzp poprzez wprowadzenie do projektu umowy (§22 ust 1 pkt 2 lit a) i b)) postanowień, z których wynika odpowiedzialność finansowa wykonawcy za okoliczności za które wyłączną odpowiedzialność ponosi Zamawiający, tj. wstrzymanie realizacji robót na pisemne polecenie Inspektora nadzoru z przyczyn leżących po stronie Zamawiającego, co stanowi o przeniesieniu na wykonawców odpowiedzialności finansowej za działania czy zaniechania Zamawiającego nie wykluczając winy umyślnej, 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 praw, równowagę stron umowy i prowadzącym do naruszenia praw podmiotowych wykonawców;

5. naruszenie art. 462, art. 463 i art. 464 ustawy pzp w zw. z art. 16 ustawy Pzp w zw. z art. 647 (1)§3 KC, art. 5 kc, art. 58 kc, art. 353(1) kc w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy pzp poprzez wprowadzenie w §20 ust 2 pkt 2) 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 konsekwencji tak postawionych zarzutów odwołania Odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

w zakresie zarzutu 1 – usunięcie § 7 ust 8 Umowy

w zakresie zarzutu 2 – zmianę w § 15 ust 1 pkt 32 Umowy poprzez zastąpienie zdania o tym, że „*W przypadku, gdy niespełnione zostaną warunki utraty statusu odpadów, o których mowa w § 2 ust. 1 ww. Rozporządzenia, Wykonawca zobowiązany będzie do utylizacji odpadu destruktu asfaltowego na własny koszt, zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa*" zdaniem „ *W przypadku, gdy niespełnione zostaną warunki utraty statusu odpadów, o których mowa w §2 ust. 1 ww. Rozporządzenia, utylizacja odpadu destruktu asfaltowego w koniecznej ilości stanowiła będzie roboty dodatkowe*"

w zakresie zarzutu 3 – poprzez dodanie w klauzuli waloryzacyjnej zapisów o tym,
że waloryzacja będzie dokonywana w okresach miesięcznych i będzie dotyczyła prac wykonanych w danym miesiącu rozliczeniowym oraz zmianę w § 13 ust. 2 umowy poprzez zastąpienie zdania „*Wszystkie powyższe postanowienia stanowią katalog zmian, na które Zamawiający może wyrazić zgodę. Nie stanowią jednocześnie zobowiązania do wyrażenia takiej zgody."* zdaniem „P*ostanowienia § 13 ust 1 Umowy stanowią katalog zmian, na które Zamawiający może wyrazić zgodę. Nie stanowią jednocześnie zobowiązania do wyrażenia takiej zgody."*

w zakresie zarzutu 4 – usunięcie § 22 ust 1 pkt 2 lit a) i b))umowy

w zakresie zarzutu 5 – usunięcie § 20 ust 2 pkt 2) umowy lub wprowadzenie zapisu o tym, ze jeżeli wynagrodzenie podwykonawcy będzie przekraczało wynagrodzenie wykonawcy za wykonanie tego samego zakresu zamówienia, wykonawca i podwykonawca muszą zwolnić w umowie zamawiającego z odpowiedzialności za zapłatę wynagrodzenia podwykonawczy w kwocie wyższej niż wynikająca z umowy z wykonawcą.

Przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego zgłosili wykonawcy:

A.Budimex spółka akcyjna z siedzibą w Warszawie

B.Polimex Infrastruktura spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie

C.Skanska spółka akcyjna z siedzibą w Warszawie

W piśmie z dnia 25 marca 2025 r., przed otwarciem rozprawy, Zamawiający oświadczył, że uwzględnia w całości zarzuty przedstawione w odwołaniu. Jednocześnie Zamawiający oświadczył, że wykona żądanie odwołującego w ten sposób, że:

1) usunie z projektu umowy § 7 ust. 8,

2) zmieni § 13 ust. 1 pkt 3 tiret drugie umowy poprzez dodanie po średniku następującej treści: „*waloryzacja będzie odbywać się nie częściej niż raz na kwartał i będzie dotyczyć prac wykonanych w danym kwartale*"

3) zmieni § 13 ust. 2 umowy nadając mu następującą treść: „*Postanowienia § 13 ust. 1 pkt 1 i 2 stanowią katalog zmian, na które Zamawiający może wyrazić zgodę. Nie stanowią jednocześnie zobowiązania do wyrażenia takiej zgody*."

4) zmieni § 15 ust. 1 pkt 32 umowy (ostatni akapit) nadając mu następującą treść: „*W przypadku, gdy niespełnione zostaną warunki utraty statusu odpadów, o których mowa w §2 ust. 1 ww. Rozporządzenia, utylizacja odpadu destruktu asfaltowego w koniecznej ilości stanowiła będzie roboty dodatkowe*".

5) zmieni § 20 ust. 2 pkt 2 poprzez dodanie po przecinku następującej treści: „*jeżeli wynagrodzenie podwykonawcy będzie przekraczało wynagrodzenie wykonawcy za wykonanie tego samego zakresu zamówienia, wykonawca i podwykonawca muszą zwolnić w umowie zamawiającego z odpowiedzialności za zapłatę wynagrodzenia podwykonawczy w kwocie wyższej niż wynikająca z umowy z wykonawcą*",

6) usunie z projektu umowy § 22 ust. 1 pkt 2 w całości.

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje.

Zgodnie z art. 521 ust. 1 ustawy Pzp Zamawiający do czasu otwarcia rozprawy może wnieść odpowiedź na odwołanie, w której zgodnie z ust. 2 tegoż przepisu ustosunkowuje się do treści odwołania, wskazuje twierdzenia i dowody na uzasadnienie swoich wniosków lub w celu odparcia wniosków i twierdzeń powołanych w odwołaniu.

Z kolei w świetle brzmienia art. 523 ust. 1 ustawy Pzp uczestnik postępowania odwoławczego, który przystąpił do postępowania po stronie zamawiającego, może wnieść sprzeciw wobec uwzględnienia przez zamawiającego zarzutów przedstawionych w odwołaniu w całości albo w części

W przedmiotowym postępowaniu Zamawiający w oświadczeniu z dnia 25 marca 2025 r. uwzględnił w całości zarzuty przedstawione w odwołaniu. Jednocześnie w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego nie przystąpił w terminie żaden wykonawca.

W konsekwencji Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że postępowanie odwoławcze podlega umorzeniu na podstawie art. 568 pkt 3 Prawa zamówień publicznych, zgodnie z którym Izba umarza postępowanie odwoławcze, w formie postanowienia, w przypadku, o którym mowa w art. 522 Prawa zamówień publicznych. Zgodnie zaś z art. 522 ust. 1 Prawa zamówień publicznych w przypadku uwzględnienia przez zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu, 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. W takim przypadku zamawiający wykonuje, powtarza lub unieważnia czynności

w postępowaniu o udzielenie zamówienia, zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu.

Uwzględniając zaistniałe w przedmiotowym postępowaniu okoliczności faktyczne przywołane powyżej, Krajowa Izba Odwoławcza, działając na podstawie art. 568 pkt 3 w związku z art. 522

ust. 1 Prawa zamówień publicznych, postanowiła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 557 i 575 ustawy Pzp w zw. z § 9 ust. 1 pkt 2 lit. a) 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), nakazując dokonanie na rzecz Odwołującego zwrotu z rachunku Urzędu Zamówień Publicznych kwoty uiszczonej tytułem wpisu.

Przewodniczący:……..……