Sygn. akt: KIO 1001/25

POSTANOWIENIE

Warszawa, dnia 4 kwietnia 2025 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca:**Ewa Sikorska**

na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron oraz uczestników postępowania odwoławczego w dniu 4 kwietnia 2025 r. w Warszawie w sprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 17 marca 2025 r. przez wykonawcę **Budimex Spółka akcyjna w Warszawie,** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego – **Miasto Suwałki w Suwałkach**

postanawia:

1. umorzyć postępowanie odwoławcze,
2. nakazać zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz: wykonawcy **Budimex Spółka akcyjna w Warszawie** kwoty **18 000 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy złotych zero groszy), stanowiącej 90% uiszczonego wpisu.

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 1001/25

Uzasadnienie

Zamawiający – Miasto Suwałki w Suwałkach– prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pn. „Biblioteka – Mediateka – Kreatywne Centrum Książki, Nauki, Edukacji i Technologii w Suwałkach.

Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2024 roku, poz. 1320), zwanej dalej ustawą P.z.p.

W dniu 17 marca 2025 r. wykonawca Budimex Spółka akcyjna w Warszawie (dalej: odwołujący) wniósł odwołanie wnoszę odwołanie od czynności zamawiającego polegającej na ustaleniu treści Specyfikacji Warunków Zamówienia (dalej jako: „SWZ"), w sposób naruszający przepisy ustawy P.z.p. i Kodeksu cywilnego (K.c.), tj.:

1) art. 436 pkt 1, art. 99 ust. 1 w zw. z art. 16 w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp w zw. art. 5 i art. 353^1 K.c. poprzez oznaczenie w treści Specyfikacji Warunków Zamówienia oraz istotnych postanowień umowy (Załącznik nr 9 do SWZ) terminu wykonania zamówienia poprzez odniesienie się do daty kalendarzowej, pomimo iż brak jest obiektywnych przyczyn uzasadniających takie działanie, co stanowi wyraz nadużycia prawa zamawiającego do kształtowania postanowień umownych i jego pozycji dominującej, będąc postanowieniem niekorzystnym dla wykonawców i prowadząc do zachwiania równowagi stron stosunku zobowiązaniowego i zasad współżycia społecznego równowagę stron umowy i prowadzącym do naruszenia praw podmiotowych wykonawców (zarzut nr 1);

2) art. 433 pkt 3 w zw. z art. 99 ust. 1 w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy P.z.p. w zw. z art. 5 i 353^1 w zw. z art. 647 i 651 K.c. w zw. z art. 16 ustawy P.z.p. poprzez wprowadzenie do treści SWZ wymogu weryfikacji przez wykonawcę dokumentacji projektowej na etapie przetargowych oraz postanowień przewidujących odpowiedzialność wykonawcy za okoliczności, za które wyłączną odpowiedzialność ponosi zamawiający, tj. za prawidłowość dokumentacji projektowej niepochodzącej od wykonawcy oraz identyfikację uwarunkowań istotnych z punktu widzenia realizacji zamówienia, 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 (zarzut nr 2);

3) art. 447 ust. 1 pkt 1 w zw. z art. 447 ust. 2 w zw. z art. 16 ust. 1 w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy P.z.p. w zw. z art. 5 i 353^1 K.c. poprzez wprowadzenie do umowy postanowień warunkujących zapłatę każdej faktury należnej wykonawcy od przedstawienia dowodów zapłaty na rzecz podwykonawców przy jednoczesnym braku wskazania części zatrzymywanego wynagrodzenia oraz bez jednoznacznego wskazania, iż chodzi o wynagrodzenie wymagalne w sytuacji, w której dyspozycja art. 447 ustawy P.z.p. umożliwia zamawiającemu wstrzymanie zapłaty wynagrodzenia tylko w odpowiedniej części, tj. w zakresie, dla którego nie przedstawiono dowodów zapłaty i tylko w sytuacji braku uregulowania wynagrodzenia o wymagalnym charakterze (zarzut nr 3);

4) art. 8 ust. 1 ustawy P.z.p. w zw. z art. 5 i 353^1 w zw. z art. 473§ 1 w zw. z art. 483 w zw. z art. 484 § 2 K.c. w zw. z art. 16 w zw. z art. 436 pkt 3 ustawy P.z.p. poprzez zastrzeżenie przez zamawiającego w ramach umowy kar umownych i górnego ich limitu 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 (zarzut nr 4);

5) art. 462, art. 463 i art. 464 w zw. z art. 16 ustawy P.z.p. w zw. z art. 647^1 § 3, art. 5, art. 58, art. 353^1 K.c. w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy P.z.p. 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 oraz jego obowiązków gwarancyjnych, w sytuacji, w której dyspozycja art. 462 ustawy P.z.p. nie ogranicza wykonawcy w prawie do zlecenia realizacji części zamówienia podwykonawcom, art. 463 i 464 ustawy P.z.p. 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 (zarzut nr 5);

6) art. 436 pkt 2 w zw. z art. 437 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 16 ustawy P.z.p. w zw. z art. 353^1 w zw. z art. 647 K.c. w zw. z art. 8 ust. 1oraz art. 455 ust. 1 pkt 1 w zw. z art. 433 pkt 3 ustawy P.z.p. poprzez wprowadzenie do umowy postanowień uprawniających zamawiającego do zmiany zasad wypłaty wynagrodzenia należnego wykonawcom bez określenia precyzyjnych zasad możliwej modyfikacji w tym zakresie, przy jednoczesnym braku zagwarantowania możliwości korekty wysokości należnego wynagrodzenia uwzględniającego następczą konieczność finansowania inwestycji po stronie wykonawców, co generuje ryzyka niemożliwe do skalkulowania, a w konsekwencji narusza równowagę stron umowy i prowadzi do nadużycia prawa podmiotowego przez zamawiającego, obciążając wykonawców konsekwencjami wystąpienia okoliczności, za które nie ponoszą oni odpowiedzialności (zarzut nr 6);

7) art. 453 ust. 1 i 2 ustawy w zw. z art. 16 ustawy w zw. z art. art. 8 ust. 1 ustawy P.z.p. w zw. z art. 5 i 353^1 K.c. poprzez wprowadzenie do umowy postanowień uzależniających zwrot 70% kwoty zabezpieczenia od usunięcia wszelkich wad i usterek zidentyfikowanych w ramach przedmiotu umowy, co godzi w istotę i naturę umowy o roboty budowlane, będąc jednocześnie postanowieniem niekorzystnym dla wykonawców, naruszającym bezwzględnie obowiązujące przepisy prawa oraz równowagę stron umowy i prowadzącym do naruszenia praw podmiotowych wykonawców (zarzut nr 7);

8) art. 8 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 5 i 353^1 w zw. z art. 647 K.c. poprzez przyznanie zamawiającemu w ramach § 9 ust. 1 pkt 10 – 5 umowy prawa do odstąpienia od umowy w niedookreślonych sytuacjach, nie uwzględniających przyczyn zaistnienia danego zdarzenia, a także finalnego wpływu na możliwość wykonania inwestycji, co prowadzi do niespójności 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 (zarzut nr 8);

9) art. 8 ust. 1 ustawy P.z.p. w zw. z art. 647, art. 654, art. 5 i art. 353^1 K.c. w zw. z art. 16 ustawy P.z.p. poprzez wprowadzenie do umowy niespójnych, niejasnych i sprzecznych z przepisami postanowień umowy dotyczących zasad odbioru robót, przejęcia terenu robót i wypłaty wynagrodzenia wykonawcy w przypadku odstąpienia od umowy przez zamawiającego, z których wynika, że tylko w przypadku odstąpienia od umowy, które nastąpiło z przyczyn za które wykonawca nie odpowiada zamawiający obowiązany jest do dokonania odbioru przerwanych prac, co godzi w istotę i naturę umowy o roboty budowlane, stanowiąc wyraz uchylania się przez zamawiającego od podstawowych obowiązków nałożonych na inwestora oraz 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 (zarzut nr 9);

10) art. 436 pkt 4 lit. b w zw. z art. 16 w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy P.z.p. w zw. z art. 58, art. 5 i art. 353^1 K.c. poprzez wprowadzenie do umowy postanowień ograniczających możliwość dokonania zmian wysokości wynagrodzenia umownego należnego wykonawcy w sytuacji zmian mających wpływ na koszty realizacji zamówienia, a wynikających z powszechnie obowiązujących przepisów prawa do wysokości określonej przez zamawiającego, a nie wynikającej ze zmian wprowadzonych przez ustawodawcę, tj. poprzez sformułowanie tych postanowień w sposób sprzeczny z celem

określonym w art. 436 pkt 4 lit. b ustawy P.z.p., stanowiąc obejście przepisów ustawy P.z.p. dotyczących wprowadzenia obowiązku zmiany wynagrodzenia w przypadku zmiany przepisów prawa, stanowiąc jednocześnie wyraz nadużycia prawa zamawiającego do kształtowania postanowień umownych i jego pozycji dominującej, będąc jednocześnie postanowieniem skrajnie niekorzystnym dla wykonawców, naruszającym bezwzględnie obowiązujące przepisy prawa oraz równowagę stron umowy i prowadzącym do naruszenia praw podmiotowych wykonawców (zarzut nr 10);

11) art. 439 ust. 1 i ust. 2 w zw. z art. 16 ust. 1 w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy P.z.p. w zw. z art. 58 w zw. z art. 353 [1] K.c. 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 P.z.p., determinując jej nieefektywność i nierealność, będąc jednocześnie postanowieniem skrajnie niekorzystnym dla wykonawców, naruszającym bezwzględnie obowiązujące przepisy prawa oraz równowagę stron umowy i prowadzącym do naruszenia praw podmiotowych wykonawców (zarzut nr 11);

12) art. 8 ust. 1 ustawy P.z.p., art. 473 § 1, art. 58, art. 5 i art. 353[1] K.c. w zw. z art. 16 ustawy P.z.p. poprzez wprowadzenie do umowy postanowień dotyczących wyłącznej i niczym nieograniczonej odpowiedzialności wykonawcy, tj. postanowień stanowiących nadmierne i nieadekwatne obciążenie wykonawcy w stosunku do specyfiki realizacji i uwarunkowań rynkowych, wymuszające na wykonawcach konieczność kalkulacji dodatkowych, niemożliwych do precyzyjnej kalkulacji ryzyk w ramach ceny ofertowej, co w konsekwencji uniemożliwia racjonalną kalkulację ceny oferty i jej przygotowanie, a tym samym działanie zamawiającego stanowi wyraz nadużycia 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 (zarzut nr 12).

W związku z powyższymi zarzutami odwołujący wniósł o:

1) uwzględnienie odwołania,

2) nakazanie zamawiającemu dokonania zmiany treści SWZ w sposób wskazany w uzasadnieniu.

W piśmie z dnia 2 kwietnia 2025 roku odwołujący podniósł, co następuje:

Działając w imieniu i na rzecz Odwołującego (pełnomocnictwo wraz z opłatą skarbową i dokumentami rejestrowymi w aktach sprawy) wskazuję, iż Zamawiający dnia 2 kwietnia 2025 r. opublikował na stronie internetowej prowadzonego Postępowania zmianę treści SWZ (w załączeniu), determinującą brak podstaw do kontynuowania sporu wszczętego odwołaniem wniesionym przez Budimex S.A. dnia 17 marca 2025 r. (wprowadzone zmiany poruszają kwestie podnoszone w każdym z zarzutów zdefiniowanych w odwołaniu).

Biorąc pod uwagę powyższe, podnoszę zasadność umorzenia postępowania odwoławczego na podstawie art. 568 pkt 2) ustawy Pzp jako, że dalsze postępowanie stało się z innej przyczyny zbędne lub niedopuszczalne. Modyfikacje treści SWZ wyeliminowały spór pomiędzy stronami, wprowadzając zmiany do dokumentacji Postępowania wystarczające z perspektywy żądań podnoszonych w ramach odwołania przez Odwołującego (zmiany odnoszą się generalnie do każdego z zarzutów Odwołania).

W konsekwencji, na podstawie §9 ust. 2 Rozporządzenia z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania, wnoszę o wzajemne rozliczenie kosztów postępowania odwoławczego.

Alternatywnie, w przypadku braku możliwości dokonania przez Krajową Izbę Odwoławczą umorzenia postępowania odwoławczego na ww. podstawie z jakichkolwiek względów, oświadczam, że wycofuję odwołanie z dnia 17.03.2025 r. w całości, wnosząc o umorzenie postępowania i zwrot 90% wpisu na podstawie §9 ust. 1 pkt. 3) lit. a) Rozporządzenia ws. kosztów.

Do pisma odwołujący dołączył zmodyfikowaną w dniu 2 kwietnia 2025 roku SWZ oraz zmodyfikowany projekt umowy.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Z dokonanej przez Izbę analizy treści zarzutów oraz zmodyfikowanych dokumentów, tj. SWZ i projektu umowy, wynika, że nie wszystkie zaskarżone postanowienia projektu umowy zostały przez zamawiającego zmodyfikowane. Nie zostało zmienione postanowienie § 8 ust. 7 projektu umowy w brzmieniu: „Łączna maksymalna wysokość kar umownych należnych każdej ze stron nie może przekroczyć 30% wynagrodzenia umownego brutto" oraz § 4 ust. 4 pkt 26 projektu umowy w brzmieniu: „uporządkowanie terenu budowy po zakończeniu robót, zaplecza budowy, jak również terenów sąsiadujących zajętych lub użytkowanych przez Wykonawcę w tym dokonania na własny koszt renowacji zniszczonych lub uszkodzonych w wyniku prowadzonych prac obiektów, fragmentów terenu dróg, nawierzchni lub instalacji".

Tym samym Izba stwierdziła, że w rozpoznawanej sprawie brak jest podstaw do umorzenia postępowania na podstawie art. 538 pkt 2 ustawy P.z.p., zgodnie z którym Izba umarza postępowania odwoławcze, w formie

postanowienia, w przypadku stwierdzenia, że dalsze postępowanie stało się z innej przyczyny zbędne lub niedopuszczalne.

W piśmie z dnia 2 kwietnia 2025 roku odwołujący oświadczył, że cofa odwołanie z dnia 17 marca 2025 roku *w przypadku braku możliwości dokonania przez Krajową Izbę Odwoławczą umorzenia postępowania odwoławczego na ww. podstawie z jakichkolwiek względów.*

Ze względu na fakt, że odwołanie można cofnąć w każdym czasie do zamknięcia rozprawy, jego cofnięcie zgodnie z art. 520 ust. 1 i 2 P.z.p. oznacza, że postępowanie odwoławcze podlega umorzeniu.

Dlatego też postanowiono jak w sentencji.

Na podstawie § 9 ust. 1 pkt. 3 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) Izba orzeka o dokonaniu zwrotu odwołującemu z rachunku Urzędu kwoty uiszczonej tytułem wpisu w wysokości stanowiącej 90% jego wartości.

Przewodnicząca:……...…….