

Sygn. akt: KIO 938/25

POSTANOWIENIE

Warszawa, dnia 10 kwietnia 2025 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: **Małgorzata Rakowska**
Ewa Sikorska
Robert Skrzyszewski

na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron w dniu 10 kwietnia 2025 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 13 marca 2025 r. przez wykonawcę **Budimex S.A. z siedzibą w Warszawie, ul. Siedmiogrodzka 9, 01-204 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez **Wojskowy Instytut Techniki Panczernej i Samochodowej w Sulejówku, ul. Okuniewska 1, 05-070 Sulejówek**

postanawia:

1. Umarza postępowanie odwoławcze.
2. Nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz wykonawcy **Budimex S.A. z siedzibą w Warszawie, ul. Siedmiogrodzka 9, 01-204 Warszawa** kwoty **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy), stanowiącej wniesiony wpis.

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 938/25

Uzasadnienie

Wojskowy Instytut Techniki Panczernej i Samochodowej w Sulejówku, zwany dalej „zamawiającym”, działając na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (tj.: z dnia 14 lipca 2023 r., Dz. U. z 2023 r., poz. 1605), zwanej dalej „ustawą Pzp”, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pn. „Opracowanie dokumentacji projektowej wraz z wykonaniem robót budowlanych oraz pełnienie nadzoru autorskiego w systemie ZAPROJEKTUJ I WYBUDUJ dla zadania: „BUDOWA CENTRUM BADAŃ TESTOWYCH CZOŁGÓW I POJAZDÓW GAŚNIENICOWYCH” w latach 2025-2027”.

Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 3 marca 2025 r. pod numerem Dz.U. S: 43/2025 139468-2025.

W dniu 13 marca 2025 r. (pismem z tej samej daty) wykonawca Budimex S.A. z siedzibą w Warszawie, zwany dalej „odwołującym”, wniósł odwołanie od czynności i zaniechań zamawiającego polegających na ustaleniu treści dokumentów zamówienia, w tym treści Specyfikacji Warunków Zamówienia, zwaną dalej „SWZ”, Załącznika Nr 11 do SWZ – Wzór umowy, zwanego dalej „Umową”, i Załącznika nr 5 do Umowy, w sposób naruszający przepisy ustawy Pzp i KC, zarzucając zamawiającemu naruszenie:

- 1.art. 439 ust. 1 i ust. 2 ustawy Pzp w zw. z art. 16 ustawy Pzp w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 58, art. 5 i art. 3531 KC poprzez wprowadzenie do Umowy postanowień dotyczących zmian wysokości wynagrodzenia umownego należnego wykonawcy w sytuacji zmiany cen materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia, które są nieproporcjonalne, niedostosowane do realiów rynkowych, sformułowane w sposób wypaczający ideę waloryzacji i będący sprzeczny z celem określonym w art. 439 ustawy Pzp, determinując jej nieefektywność i nierealność, i tym samym utrudniają lub wręcz uniemożliwiają dokonanie waloryzacji wynagrodzenia, a jednocześnie stanowią obejście przepisów ustawy o obowiązku waloryzacji wynagrodzenia w przypadku zmiany cen materiałów i kosztów związanych z realizacją zamówienia, co godzi w istotę i naturę umowy o roboty budowlane, stanowiąc jednocześnie 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 1);
- 2.art. 433 pkt 1) i pkt 2), 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 poprzez zastrzeżenie przez zamawiającego w ramach Umowy kar umownych za opóźnienie (tj. przewidzenie odpowiedzialności wykonawcy za opóźnienie) i kar umownych za zachowanie wykonawcy niezwiązane bezpośrednio lub pośrednio z przedmiotem umowy lub jej prawidłowym wykonaniem, w sytuacji w której dyspozycja art. 433 wprost wskazuje, że takie klauzule stanowią klauzule abuzywne, a jednocześnie przewidziane kary umowne są 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, naruszającym równowagę stron umowy i prowadzącym do naruszenia praw podmiotowych wykonawców (zarzut nr 2);
- 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 poprzez zastrzeżenie przez zamawiającego w ramach Umowy 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, naruszającym równowagę stron umowy i prowadzącym do naruszenia praw podmiotowych wykonawców (zarzut nr 3);

- 4.art. 433 ust. 1 pkt 3) ustawy Pzp, 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 poprzez wprowadzenie do Umowy postanowień, z których wynika, brak ustalenia

konkretnej podstawy naliczenia kary umownej oraz wykonawca będzie ponosił odpowiedzialność za okoliczności, za które odpowiedzialność ponosi zamawiający, w której dyspozycja art. 433 ustawy Pzp wprost wskazuje, że taka klauzula jest klauzulą abuzywną, będąc jednocześnie postanowieniem niekorzystnym dla wykonawców i podwykonawców, 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 naruszającym równowagę stron umowy i prowadzącym do naruszenia praw podmiotowych wykonawców (zarzut nr 4);

- 5.art. 436 pkt 1) ustawy Pzp, art. 433 pkt 3, art. 99 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 16 ustawy Pzp w zw. z art. 5 i art. 353¹ KC w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp poprzez oznaczenie w treści Rozdział IV. ust. 2 SWZ oraz Załącznika nr 11 do SWZ (Wzór umowy), zwanego „Umowa”, w § 6 ust. 3 pkt 3.1 i pkt 3.2. Umowy planowanego terminu zakończenia realizacji Etapu I zamówienia (do dnia 18 lipca 2025 r. (projekt budowlany) oraz do dnia 31 sierpnia 2025 r. projekt budowlany wraz z uzyskaniem ostatecznej decyzji o pozwoleniu na budowę), oraz Etapu II – wykonanie robót budowlanych nie później niż do dnia 30 września 2027 r., tj. poprzez wskazanie konkretnych dat kalendarzowych, pomimo, iż brak jest obiektywnych przyczyn uzasadniających takie działanie, a dodatkowo oznacza to określenie nierealnych terminów realizacji przedmiotu zamówienia, co w konsekwencji co oznacza opisanie przedmiotu zamówienia w sposób niewyczerpujący, nieuwzględniający wszystkich okoliczności realizacji zamówienia, co uniemożliwia racjonalną kalkulację ceny oferty i jej przygotowanie, a co jednocześnie godzi w istotę i naturę umowy o zamówienie publiczne, stanowiąc jednocześnie wyraz nadużycia prawa zamawiającego do kształtowania postanowień umownych i jego pozycji dominującej, będąc jednocześnie postanowieniem niekorzystnym dla wykonawców, prowadząc do zachwiania równowagi stron stosunku zobowiązaniowego i zasad współżycia społecznego równowagę stron umowy i prowadzącym do naruszenia praw podmiotowych wykonawców i jednocześnie stanowią postanowienia przerzucające odpowiedzialność na wykonawcę za okoliczności, za które wyłączną odpowiedzialność ponosi zamawiający (termin i prawidłowość przygotowania postępowania przetargowego) (zarzut nr 5);

- 6.art. 8 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 577 § 4, art. 568 § 1, art. 647, art. 654, art. 5 i art. 353¹ KC w zw. z art. 16 ustawy Pzp poprzez wprowadzenie do Umowy niejednoznacznych postanowień dotyczących zasad odbioru dla etapu odbioru dokumentacji projektowej oraz etapu odbioru robót budowlanych, uzależniających de facto dokonanie odbioru od odbioru bezusterkowego, co godzi w istotę i naturę umowy o zamówienie publiczne, w tym umowy o roboty budowlane, stanowiąc wyraz uchylania się przez zamawiającego od podstawowych obowiązków nałożonych na inwestora, będąc jednocześnie postanowieniem niekorzystnym dla wykonawców, naruszającym bezwzględnie obowiązujące przepisy prawa oraz równowagę stron umowy i prowadzącym do naruszenia praw podmiotowych wykonawców (zarzut nr 6);

- 7.art. 99 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 16 ustawy Pzp w zw. z art. 433 ust. 1 pkt 3) ustawy Pzp, art. 455 ust. 1 w zw. w zw. z art. 5, art. 58 i art. 353¹ KC w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny, niewyczerpujący, niedokładny, niezrozumiały, nieuwzględniający wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty, w tym poprzez zastosowanie katalogów otwartych do opisu zakresu przedmiotu zamówienia, oraz poprzez wprowadzenie do Umowy postanowień, z których wynika odpowiedzialność wykonawcy za okoliczności za które wyłączną odpowiedzialność ponosi zamawiający, tj. za kompletność lub poprawność treści dokumentacji postępowania, za prawidłowość identyfikacji uwarunkowań istotnych z punktu widzenia realizacji zamówienia, przekładających się na treść dokumentacji przygotowywanej przez zamawiającego za jej niekompletność, niepoprawność, niespójność, błędy, pominięcia lub inne braki, co stanowi o przerzuceniu na wykonawców wszelkich ryzyk związanych z nieprawidłowym i niejednoznacznym opisem przedmiotu zamówienia, a w konsekwencji uniemożliwia racjonalną kalkulację ceny oferty i jej przygotowanie, w sytuacji, w której dyspozycja art. 433 ustawy Pzp wprost wskazuje, że taka klauzula jest klauzulą 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 prowadzącą do zachwiania równowagi stron stosunku zobowiązaniowego i naruszenia zasad współżycia społecznego i praw podmiotowych wykonawców (zarzut nr 7);

- 8.art. 8 ust. 1 i art. 16 ustawy Pzp w zw. z art. 433 pkt 1) ustawy Pzp w zw. art. 395 KC, art. 5 i art. 353¹ KC w zw. z art. 647 KC poprzez przyznanie zamawiającemu w ramach

§19 Umowy prawa do odstąpienia od umowy w przypadku zidentyfikowania naruszeń tam określonych, które:

1) mogą wystąpić także z przyczyn zupełnie niezależnych od wykonawcy;

2) przewidują nadmiernie szeroki katalog podstaw do odstąpienia od umowy przez zamawiającego, tj. poprzez wskazanie niejednoznacznych i nieo określonych przypadków odstąpienia od umowy;

co prowadzi do obarczenia wykonawcy zbyt dużym i nieuzasadnionym ryzykiem kontraktowym, w stopniu wykraczającym ponad uzasadnione potrzeby zamawiającego, prowadzi do niespójności postanowień umownych, niestabilności stosunku zobowiązaniowego, powoduje naruszenie zasady ciągłości i trwałości umowy o zamówienie publiczne i w konsekwencji nakłada na wykonawców ryzyka kontraktowe niemożliwe do oszacowania przy uwzględnieniu uznaniowości wdrożenia przez zamawiającego tego mechanizmu, będąc jednocześnie postanowieniem niekorzystnym dla wykonawców, naruszającym bezwzględnie obowiązujące przepisy prawa, godzącym w istotę i naturę umowy o roboty budowlane a w tym stałość umowy

o zamówienia publiczne, oraz równowagę stron umowy i prowadzącym do naruszenia praw podmiotowych wykonawców (zarzut nr 8).

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu dokonania zmiany treści dokumentacji zamówienia, w tym Umowy, w sposób wskazany w uzasadnieniu odwołania.

Odwołujący podał w odwołaniu uzasadnienie do podniesionych zarzutów, w tym przywołując postanowienia SWZ, wzoru Umowy, jak również orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej.

Zamawiający kopię odwołania opublikował w dniu 13 marca 2025 r. na stronie internetowej prowadzonego postępowania.

Termin na zgłoszenie przystąpienia upływał w dniu 17 marca 2025 r. W tym terminie do postępowania odwoławczego nie zgłosił przystąpienia żaden wykonawca.

W dniu 4 kwietnia 2025 r. zamawiający złożył „Odpowiedź zamawiającego na odwołanie”, w której wniósł o oddalenie odwołania w całości, jednocześnie wskazując iż dokonał zmiany wzorca umowy (§ 4 ust. 2 pkt 2.20., § 22 ust. 12, § 22 ust. 13, § 11 ust. 7, § 7 i § 11), jak również zmian w zakresie terminów, tj. § 6 ust. 1, załączając zmianę treści specyfikacji warunków zamówienia z dnia 31 marca 2025 r.

W dniu 8 kwietnia 2025 r. do Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło „Oświadczenie odwołującego”, w którym odwołujący oświadczył, że „w związku z dokonanymi przez Zamawiającego zmianami w dokumentacji postępowania i odpowiedzią na odwołanie Zamawiającego przekazaną Odwołującemu dnia 7 kwietnia 2025 r. niniejszym Odwołujący:

- 1)wnosi o umorzenie postępowania na podstawie art. 568 pkt 2) ustawy PZP w zakresie w jakim Zamawiający zmienił treść dokumentacji Postępowania w trakcie postępowania odwoławczego w zakresie objętym odwołaniem z dnia 13 marca 2025 r. Modyfikacje treści SWZ wyeliminowały spór pomiędzy stronami, wprowadzając zmiany do dokumentacji Postępowania wystarczające z perspektywy żądań podnoszonych w ramach odwołania przez Odwołującego, a tym samym odpadł już w tym zakresie substrat zaskarżenia w tej sprawie;
- 2)w pozostałym zakresie Odwołujący oświadcza, że cofa odwołanie.”.

Wobec ustalenia, że zamawiający dokonał modyfikacji treści SWZ w zakresie kwestionowanym przez odwołującego w odniesieniu do części z podniesionych zarzutów i wobec oświadczenia złożonego przez odwołującego, że na skutek Modyfikacji treści SWZ z dnia 13 marca 2025 r. wyeliminowany został spór pomiędzy stronami, a tym samym odpadł substrat zaskarżenia w tym zakresie, postępowanie odwoławcze w odniesieniu do części z zarzutów stało się zbędne, gdyż przedmiot zaskarżenia przestał istnieć, co stanowi podstawę umorzenia postępowania odwoławczego w oparciu o 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”. A ponieważ ustawodawca nie doprecyzował, o jakie konkretnie sytuacje chodzi, zawsze należy dokonywać indywidualnej oceny stanu faktycznego. W tym stanie faktycznym zamawiający przed otwarciem rozprawy zmodyfikował treść SWZ w zakresie dotyczącym części z podniesionych zarzutów, co oznacza, że czynność, wobec której została wniesiona odwołanie, na dzień rozpoznawania sprawy przez Izbę, nie istnieje. Powyższe powoduje więc, że spór w tym zakresie (zmodyfikowanej treści SWZ) staje się bezprzedmiotowy, a ewentualnemu zaskarżeniu w drodze odwołania będzie podlegała nowa treść SWZ. Nie istnieje bowiem 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.

W pozostałym zakresie odwołujący cofnął odwołanie, składając stosowne oświadczenie w piśmie z dnia 8 kwietnia 2025 r., wskazując że „w pozostałym zakresie Odwołujący oświadcza, że cofa odwołanie”

Tym samym zaistniały przesłanki do umorzenia postępowania, o których mowa w art. 568 pkt 2) i 3) ustawy Pzp a tym samym postępowanie podlega umorzeniu.

Biorąc powyższe pod uwagę, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania na podstawie art. 574 i art. 576 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (tj.: z dnia 14 lipca 2023 r., Dz. U. z 2023 r., poz. 1605) oraz w oparciu o przepisy § 9 ust. 1 pkt 2 oraz ust. 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r., poz. 2437).

Przewodnicząca:

.....

.....

.....

.....