

POSTANOWENIE

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Katarzyna Odrzywolska

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron i uczestników postępowania w dniu 10 kwietnia 2025 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 24 marca 2025 r. przez wykonawcę Strabag Sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego, którym jest: Gmina Zgierz z siedzibą w Zgierzu

przy udziale uczestnika Balzola Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego

postanawia:

1. umorzyć postępowanie odwoławcze;
2. nakazać zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz wykonawcy Strabag Sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie kwoty 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną tytułem wpisu od odwołania.

Orzeczenie - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie sądu Zamówień Publicznych.

Przewodnicząca:

Sygn. akt: KIO 1126/25

Uzasadnienie

Gmina Zgierz z siedzibą w Zgierzu (dalej „zamawiający”) prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, w trybie podstawowym, na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2024 r., poz. 1320) - dalej: „ustawa Pzp” pn. „Rozbudowa Szkoły Podstawowej w Białej poprzez budowę sali gimnastycznej z zapleczem sportowym i dydaktycznym wraz z niezbędną infrastrukturą techniczną i drogową”; znak sprawy WR.271.6.2025 (dalej „postępowanie” lub „zamówienie”).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia 17 marca 2025 r. pod numerem 2025/BZP 00149238/01.

W dniu 24 marca 2025 r. przez wykonawcę Strabag Sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie (dalej „odwołujący”) zostało wniesione, do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, odwołanie na czynności zamawiającego polegające na sformułowaniu Ogłoszenia oraz Specyfikacji Warunków Zamówienia (dalej „SWZ”) z naruszeniem przepisów ustawy Pzp oraz Kodeksu cywilnego (dalej „kc”).

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie niżej wymienionych przepisów:

1. art. 436 pkt 1 ustawy Pzp i art. 433 pkt 3 ustawy Pzp, względnie art. 353 (1) kc, art. 58 kc i art. 387 § 1 kc w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp oraz art. 16 ustawy Pzp poprzez: wskazanie w treści ogłoszenia pkt 4.2.10, SWZ - rozdz. II ust 5 oraz umowy - § 3 ust. 1 terminu realizacji zamówienia (zakończenia umowy) w dacie dziennej, wyznaczonej ostatecznie na dzień 30 czerwca 2027 r. podczas gdy wskazanie wykonania zamówienia w konkretnej dacie narusza przepisy ustawy Pzp, w zakresie w jakim nakazują one określanie terminu w latach, miesiącach, tygodniach, dniach liczonych od daty zawarcia umowy;
2. art. 439 ust. 1 i 2 ustawy Pzp w zw. z art. 353 (1) kc i art. 5 kc w zw. 8 ust. 1 ustawy Pzp, art. 16 pkt 2 i 3 ustawy Pzp poprzez: sformułowanie warunków waloryzacji w § 16 wzoru umowy w sposób uniemożliwiający dokonanie zmiany wysokości wynagrodzenia wykonawcy w sytuacji realnej zmiany cen materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia poprzez ustalenie progu wejścia waloryzacji na poziomie nienotowanym i niewystępującym w normalnych warunkach rynkowych; zamawiający przewiduje waloryzację w sytuacji przekroczenia zmiany wskaźnika cen produkcji budowlano-montażowej (budowa budynków) na poziomie 15 %, co stanowi nierealny i nieosiągalny w normalnych warunkach

rynkowych próg wejścia w waloryzację, nadmiernie ogranicza

i ustala wyłącznie prawo od jednej waloryzacji po upływie 12 miesięcy, a ostatecznie

po przekroczeniu wyżej wymienionego poziomu przewiduje waloryzację wynagrodzenia jedynie w połowie tj. o wskaźnik pomniejszony o 50%, co stanowi o ustaleniu poziomu zmiany cen w rozumieniu art. 439 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp w sposób oderwany od realiów rynkowych, co czyni że umowa zawiera jedynie pozorne i iluzoryczne, a także nieproporcjonalne i nieadekwatne do zamówienia mechanizmy waloryzacyjne;

3.art. 16 pkt 1, 2 i 3 ustawy Pzp w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 647 kc poprzez zawarcie w treści § 17 Wzoru umowy zapisów, które nie obligują zamawiającego do odbioru w przypadku braku wad istotnych i tym samym dają uprawnienie do odmowy odbioru w każdym przypadku nawet najmniejszych i nieistotnych wad poprzez regulację w § 14 ust. 8: „W przypadku stwierdzenia w trakcie odbioru wad lub usterek, Zamawiający może odmówić dokonania odbioru do czasu ich usunięcia”;

4.art. 99 ust. 1 Pzp, art. 433 pkt 3 i 4 ustawy Pzp w związku z art. 16 pkt 1,2,3, art. 5 kc, art. 353 (1) kc art. 647 kc i art. 649 kc w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp poprzez nieuzasadnione i bezpodstawne przerzucenie na wykonawcę ryzyka, za które wyłączną odpowiedzialność powinien ponosić zamawiający w tym:

a)w § 15 ust 2.1, 2.2 2.3 wzoru Umowy - przeniesienie na wykonawcę odpowiedzialności finansowej realizacji umowy w przedłużonym czasie, z przyczyn nieleżących po stronie wykonawcy a zawinionych przez zamawiającego lub zależnych od działań a wynikających z zdarzeń niezależnych od stron lub na wypadek zmiany sposobu czy zakresu zamówienia; zamawiający przewiduje bowiem możliwość zmiany wyłącznie terminu lub sposobu wykonania umowy bez możliwości zmiany wynagrodzenia; oznacza to w całości przerzucenie w całości ryzyka finansowego na wykonawcę w przypadku ziszczenia się przesłanek do zmiany umowy co stanowi przejaw nadużycia pozycji dominującej przez zamawiającego jak i jest zakazane klauzulą abuzywną art. 433 pkt 3 ustawy Pzp;

b)brak określenia limitu rezygnacji z części przedmiotu zamówienia, o jakim mowa

w § 15 ust 2.3 pkt 4 Umowy, co stanowi przejaw zastosowania klauzuli abuzywnej z art. 433 pkt 4 ustawy Pzp.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie zamawiającemu dokonania czynności zmiany ogłoszenia, SWZ i Wzoru umowy w sposób określony w uzasadnieniu odwołania.

Izba ustaliła, że zamawiający wezwał wykonawców do zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego, w terminie 3 dni od dnia otrzymania kopii odwołania.

We wskazanym terminie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego przystąpił wykonawca Balzola Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie.

Ponadto ustalono, że zamawiający w dniu 7 kwietnia 2025 r. dokonał zmian treści ogłoszenia o zamówieniu, dokumentu SWZ jak i projektowanych postanowień Umowy (Załącznik nr 4 do SWZ) w zakresie objętym wniesionym przez odwołującego odwołaniem

z dnia 24 marca 2025 r. Zamawiający złożył do akt sprawy pismo procesowe z dnia 7 kwietnia 2025 r., w którym poinformował o dokonanych zmian i załączył dowód na okoliczność, że zmiany te zostały opublikowane na stronie prowadzonego postępowania w dniu 7 kwietnia 2025 r.

Izba w konsekwencji stwierdziła, że w przedmiotowym przypadku zachodzi podstawa do umorzenia postępowania odwoławczego w oparciu o art. 568 pkt 2 ustawy Pzp. Zgodnie

z art. 568 pkt 2 ustawy Pzp Izba umarza postępowania odwoławcze, w formie postanowienia, w przypadku stwierdzenia, że dalsze postępowanie stało się z innej przyczyny zbędne lub niedopuszczalne.

Wyżej opisana sytuacja zaistniała w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego oraz postępowaniu odwoławczym.

Zamawiający, po wniesieniu odwołania, dokonał nowych czynności, zmieniając treść dokumentów zamówienia w zakresie, w jakim zapisy tam zawarte dotyczą sformułowanych przez odwołującego zarzutów. Nie istnieje już zatem stan faktyczny, istniejący w dacie wnoszenia odwołania, gdyż zarzuty naruszenia wskazanych w odwołaniu przepisów należy oceniać w kontekście nowej treści SWZ.

Izba zwraca w tym miejscu uwagę, że zgodnie z treścią art. 552 ust. 1 ustawy Pzp, wydając orzeczenie, bierze pod uwagę stan rzeczy ustalony na moment zamknięcia postępowania odwoławczego. Ustawodawca przewidział zatem sytuację, w której może dojść do zmian w toku postępowania o udzielenie zamówienia, co Izba zobowiązana jest

uwzględnić wydając orzeczenie.

Należy również wskazać, że przepisy ustawy Pzp nie zobowiązują zamawiającego do zawieszenia postępowania o udzielenie zamówienia w sytuacji, w której wykonawca wnieśli odwołanie. Zgodnie z treścią przepisu art. 552 ust. 1 ustawy Pzp, podobnie jak w przypadku art. 316 § 1 kpc, w myśl którego podstawą wydania przez sąd wyroku jest stan rzeczy istniejący w chwili zamknięcia rozprawy - nakazuje uwzględnienie aktualnego stanu faktycznego w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Ponadto stan rzeczy, o którym mowa w przepisie art. 552 ust. 1 ustawy Pzp należy analogicznie, jak w art. 316 § 1 kpc, interpretować jako okoliczności faktyczne ustalone przed zamknięciem rozprawy oraz stan prawny tj. obowiązujące przepisy, które mogą stanowić podstawę rozstrzygnięcia (wyrok SN z 25 czerwca 2015 r., sygn. akt: V CSK 535/14, wyrok Sądu Apelacyjnego ze Szczecina z 13 września 2018 r., sygn. akt: I Aga 159/18).

Rolą ustalenia stanu rzeczy na moment zamknięcia postępowania odwoławczego jest uwzględnienie aktualnego stanu faktycznego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Izba jest więc w takim przypadku zobowiązana uwzględnić czynności zamawiającego, które miały miejsce po wniesieniu odwołania, do czasu wydania orzeczenia w sprawie. Skoro zamawiający dokonał zmian w treści SWZ, mających bezpośredni związek z zarzutami sformułowanymi w odwołaniu, tym samym czynność stanowiąca podstawę wniesienia środka ochrony prawnej przestała istnieć. Zaskarżenie czynności, która w kształcie wskazanym w odwołaniu już nie istnieje, nie daje podstaw Izbie do stwierdzenia naruszenia przepisów przez zamawiającego i nie może być podstawą do wydania orzeczenia merytorycznego. Uznać w takiej sytuacji w ocenie składu orzekającego Izby należało, że prowadzenie dalszego postępowania odwoławczego było bezcelowe, czyli jak stanowi przepis Pzp - zbędne. Jest to przesłanka umożliwiająca umorzenie postępowania odwoławczego i zdaniem Izby może być ona wykorzystywana właśnie w podobnych sytuacjach.

Biorąc pod uwagę powyższe, Izba uznała, że zachodzą podstawy do umorzenia postępowania odwoławczego zgodnie z art. 568 pkt 2 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 557, art. 574 i art. 575 ustawy Pzp w zw. z § 9 ust. 2 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.

Przewodnicząca:.....