Sygn. akt KIO 1675/23

POSTANOWIENIE
z dnia 26 czerwca 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący:Marzena Teresa Ordysińska

Protokolant: Tomasz Skowroński

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym w dniu 26 czerwca 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 12 czerwca 2023 r. przez wykonawcę **Budimex spółka akcyjna w Warszawie** w postępowaniu prowadzonym przez **Teatr Muzyczny w Poznaniu**

postanawia:

1.umorzyć postępowanie odwoławcze,

2.nakazać zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz wykonawcy **Budimex spółka akcyjna w Warszawie** w kwoty 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy), stanowiącej wpis od odwołania.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022 r. poz. 1710 ze zm.) na niniejsze postanowienie – w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:……

Sygn. akt KIO 1675/23

U z a s a d n i e n i e

I. Zamawiający – Teatr Muzyczny w Poznaniu – prowadzi na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm., dalej: Prawo zamówień publicznych albo Pzp) postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest „Budowa nowej siedziby Teatru Muzycznego w Poznaniu", numer referencyjny: TM.ZP/252-02/2023 (tak w Ogłoszeniu o zamówieniu; w SWZ: Oznaczenie sprawy: TM.ZP/252-03/2023).

W tymże postępowaniu, w dniu 12 czerwca 2023 r., Odwołujący – Budimex spółka akcyjna w Warszawie – złożył odwołanie, w którym kwestionował postanowienia specyfikacji warunków zamówienia (dalej: SWZ). Odwołujący zarzucał Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

1.art. 8 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 5 i 353^1 KC w zw. z art. 647 KC w zw. z art 656 §1 KC zw. art. 16 ustawy Pzp poprzez wprowadzenie do wzoru umowy (dalej również: umowa) niespójnych i niejasnych postanowień dotyczących zasad odbioru dokumentami projektowej i robót budowlanych, uzależniających de facto dokonanie odbioru i wypłatę należnego wynagrodzenia od usunięcia nieistotnych usterek, co godzi w istotę i naturę 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;

2.art. 8 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 5 i 353^1 KC w zw. z art. 484 KC w zw. z art. 483 KC w zw. z art. 16 ustawy Pzp poprzez wprowadzenie do umowy postanowień dotyczących zasad i wysokości naliczania kar umownych, których treść nie stenowi środka do kompensacji realnej szkody po stronie Zamawiającego, względnie świadczy o ich rażąco wygórowanym charakterze, co jest nadmiernym i nieadekwatnym obciążeniem wykonawców, naruszającym równowagę stron umowy i prowadzącym do naruszenia ich praw podmiotowych wykonawców, wymuszając konieczność kalkulacji dodatkowych, niemożliwych do precyzyjnego oszacowania ryzyk;

3.art. 16 ustawy Pzp w zw. z art. 431 ustawy Pzp w zw. z art. 433 pkt 3) ustawy Pzp w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp w zw. art. 353^1 KC w zw. z art, 5 KC poprzez wprowadzenie do wzoru umowy postanowień zwalniających Zamawiającego z pokrywania jakichkolwiek kosztów wynikających ze wstrzymania robót i wydłużenia okresu realizacji umowy, w tym z uwagi na okoliczności leżące po stronie Zamawiającego, co generuje całkowite przerzucenie na wykonawców ryzyka z tytułu zaistnienia przyczyn, które są niezależne od wykonawcy i niemożliwe do przewidzenia na etapie składania oferty, stanowiąc wyraz wykorzystania pozycji dominującej i rażącego uprzywilejowania pozycji Zamawiającego, wbrew zasadom współżycia społecznego i właściwości stosunku prawnego;

4.art. 8 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 5 i 353^1 KC w zw. z art. 16 ustawy Pzp w zw. z art. 99 ust. 1 ustawy Pzp poprzez wprowadzenie do wzoru umowy niejednoznacznych postanowień definiujących zakres zobowiązań nałożonych na

wykonawców, generujących ryzyko zobowiązania wykonawców do uwzględnienia w cenie ofertowej wszelkich kosztów związanych z realizacją zamierzenia inwestycyjnego, nawet nie mających oparcia w udostępnionym opisie przedmiotu zamówienia, co uniemożliwia prawidłowe skalkulowanie oferty, a w konsekwencji narusza równowagę stron umowy i prowadzi do nadużycia prawa podmiotowego przez Zamawiającego;
5.art. 8 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 20 ust. 1 pkt 4) Prawa budowlanego w zw. z art. 16 ustawy z dnia 4 lutego 1994 r. o prawie autorskim i prawach pokrewnych w zw. z art. 16 ustawy Pzp poprzez wprowadzenie przez Zamawiającego w ramach umowy postanowień zobowiązujących wykonawcę do pełnienia nadzoru autorskiego nad projektem budowlanym, sporządzonym przez inny podmiot, bez dookreślenia podstawy i zakresu czynności jakie Zamawiający na gruncie umowy definiuje jako „nadzór autorski", co determinuje ryzyko nałożenia na wykonawców zobowiązań naruszających bezwzględnie obowiązujące przepisy, przyznające autorowi projektu uprawnienia do ochrony nienaruszalności treści i formy utworu i prawo do sprawowania nadzoru autorskiego;
6.art. 439 ust. 1 i ust. 2 ustawy Pzp w zw. z art. 16 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 58 KC w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp poprzez sformułowanie w ramach wzoru umowy klauzuli waloryzacyjnej, dotyczącej zmiany wysokości wynagrodzenia wykonawcy w sytuacji zmiany cen materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia wbrew literalnym wymaganiom dyspozycji art. 439 ustawy Pzp, w sposób wypaczający ideę waloryzacji i będący sprzeczny z celem określonym w art. 439 ustawy Pzp, determinując jej nieefektywność i nierealność.

W związku z tak sformułowanymi zarzutami, Odwołujący wnosił o:
1)uwzględnienie odwołania,
2)nakazanie Zamawiającemu dokonania zmiany treści SWZ w sposób wskazany w uzasadnieniu odwołania.

Do postępowania odwoławczego nikt nie zgłosił przystąpienia.

W dniu 22 czerwca 2023 r., Zamawiający, przed otwarciem rozprawy, złożył „Pismo Zamawiającego w sprawie odwołania" w którym oświadczył, że „uwzględnił zarzut nr 1, zarzut nr 2 i zarzut nr 4". Odwołujący w dniu 23 czerwca 2023 r. złożył oświadczenie, że „cofa odwołanie w pozostałym, nieuwzględnionym przez Zamawiającego zakresie".

II. Biorąc pod uwagę opisane wyżej oświadczenia Zamawiającego (o uwzględnieniu części zarzutów odwołania) i Odwołującego (o wycofaniu pozostałych zarzutów odwołania) Izba umorzyła postępowanie na podstawie art. 522 ust. 3 Prawa zamówień publicznych. Zgodnie z przywołanym przepisem, w przypadku uwzględnienia przez zamawiającego części zarzutów przedstawionych w odwołaniu i wycofania pozostałych zarzutów przez odwołującego, 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 (albo wykonawca, który przystąpił po stronie zamawiającego nie wniósł sprzeciwu wobec uwzględnienia części zarzutów). W takim przypadku zamawiający wykonuje, powtarza lub unieważnia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia, zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu w zakresie uwzględnionych zarzutów.

W konsekwencji Izba umorzyła postępowanie odwoławcze, orzekając w formie postanowienia na podstawie art. 553 zd. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 574 i 575 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz § 9 ust. 1 pkt 2 lit. b 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. Zgodnie z przywołanym przepisem, koszty postępowania znosi się wzajemnie, jeżeli przed otwarciem rozprawy zamawiający uwzględni w części zarzuty przedstawione w odwołaniu, pozostałe zarzuty zostaną przez odwołującego wycofane, a w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego nie przystąpił żaden wykonawca. Dlatego Izba orzekła o dokonaniu zwrotu Odwołującemu z rachunku Urzędu kwoty uiszczonej tytułem wpisu.

Wobec powyższego orzeczono, jak w sentencji.

Przewodniczący:……