Sygn. akt: KIO 1539/23

POSTANOWIENIE
z dnia 14 czerwca 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Adriana Urbanik
Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron oraz uczestników postępowania odwoławczego w dniu 14 czerwca 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 29 maja 2023 r. przez **wykonawcę ERBUD INTERNATIONAL Sp. z o.o. z siedzibą w Jasionce** postępowaniu prowadzonym przez **zamawiającego Politechnikę Lubelską w Lublinie**

postanawia:

1. umorzyć postępowanie odwoławcze;

2. nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz wykonawcy ERBUD INTERNATIONAL Sp. z o.o. z siedzibą w Jasionce kwoty 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) stanowiącej uiszczony wpis.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022 r. poz. 1710, z późn. 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 1539/23

Uzasadnienie

Zamawiający – Politechnika Lubelska w Lublinie - prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie podstawowym na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. 2022 r. poz. 1710, z późn. zm. – dalej „ustawa pzp"), pn. „Przebudowa Domu Studenckiego nr 1 Politechniki Lubelskiej w ramach dostosowania do nowelizacji przepisów przeciwpożarowych i podniesienia standardu w pokojach mieszkalnych" (numer referencyjny: KP-272-PNK-47/2023). Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 22 maja 2023 r., za numerem 2023/BZP 00227243.

W dniu 29 maja 2023 r. odwołanie wniósł wykonawca ERBUD INTERNATIONAL Sp. z o.o. z siedzibą w Jasionce – dalej „Odwołujący". Odwołujący wniósł odwołanie od czynności i zaniechań Zamawiającego w przedmiocie ukształtowania konkretnych postanowień wzoru umowy (Załącznik nr 4 do SWZ) w postępowaniu. Zaskarżonym czynnościom i zaniechaniom czynności Zamawiającego, a w konsekwencji Zamawiającemu, Odwołujący zarzucił w pkt II odwołania: 1. naruszenie art. 647 KC i art. 353^1 KC w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy pzp poprzez przyjęcie w § 9 ust. 4 lit. b) wzoru umowy, że końcowe wynagrodzenie Wykonawcy staje się wymagalne po spełnieniu warunku polegającego na usunięciu wszystkich wad stwierdzonych podczas odbioru (lit. b), podczas gdy stwierdzenie wad o charakterze nieistotnym podczas odbioru końcowego nie może pozbawiać wykonawcy prawa do żądania zapłaty wynagrodzenia, 2. naruszenie art. 439 ust. 1 i ust. 2 ustawy pzp oraz naruszenie art. 353^1 KC w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy pzp, poprzez zaniechanie zamieszczenia we wzorze umowy obligatoryjnych postanowień dotyczących zasad wprowadzania zmian wysokości wynagrodzenia należnego wykonawcy w przypadku zmiany ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia (klauzula waloryzacyjna), mimo iż przedmiotem zamówienia są roboty budowlane, a umowa zostanie zawarta na okres dłuższy niż 6 miesięcy, a w konsekwencji niedozwolone przekroczenie zasad swobody umów w tym zakresie. Mając na uwadze powyższe, Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie Zamawiającemu zmiany wzoru umowy stanowiącego Załącznik nr 4 do SWZ w następujący sposób: 1. ad. II pkt 1 powyżej – poprzez zmianę § 9 ust. 4 lit b) wzoru umowy i nadanie mu następującego brzmienia: „b) podpisania przez upoważnionych przedstawicieli Zamawiającego i Wykonawcy Protokołu Odbioru Końcowego robót.", 2. ad. II pkt 2 powyżej – poprzez zmianę § 10 wzoru umowy i uwzględnienie w jego treści obligatoryjnych zasad wprowadzania zmian wysokości wynagrodzenia należnego wykonawcy w przypadku zmiany ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia, o których mowa w art. 439 ustawy pzp (klauzula

waloryzacyjna), w szczególności poprzez dodanie do treści § 10 wzoru umowy ust. 5 o następującym brzmieniu: „5. Strony przewidują możliwość zmiany wynagrodzenia Wykonawcy zgodnie z poniższymi zasadami, w przypadku zmiany ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia: a) Strona składając wniosek o zmianę powinna przedstawić w szczególności: wyliczenie wnioskowanej kwoty zmiany wynagrodzenia, b) wynagrodzenie ulegnie waloryzacji w oparciu o wartości (wskaźnik) zmiany cen produkcji budowlano-montażowej opublikowany przez Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego za miesiąc poprzedzający miesiąc zmiany wysokości wynagrodzenia,
c) waloryzacja dotyczy części zamówienia, która nie została wykonana i odebrana do dnia złożenia wniosku o waloryzację, d) łączna wartość zmian wysokości wynagrodzenia Wykonawcy, dokonana na podstawie postanowień niniejszego ustępu nie może być wyższa
o więcej niż 15 % w stosunku do pierwotnej wartości Umowy, e) Wykonawca, którego wynagrodzenie zostało zmienione zgodnie z postanowieniami niniejszego ustępu zobowiązany jest do zmiany wynagrodzenia przysługującego podwykonawcy, z którym zawarł umowę, w zakresie odpowiadającym zmianom cen materiałów lub kosztów dotyczących zobowiązania podwykonawcy, jeżeli łącznie spełnione są następujące warunki: - przedmiotem umowy są roboty budowlane lub usługi; - okres obowiązywania umowy przekracza
6 miesięcy.”.

W dniu 7 czerwca 2023 r. Zamawiający (przed otwarciem rozprawy) w odpowiedzi
na odwołanie Odwołującego złożył „Odpowiedź na odwołanie – uwzględnienie odwołania
w części” i oświadczył, że uznał odwołanie w całości, to jest co do zarzutów wskazanych
w części II pkt 1-2 odwołania i wniósł o przeprowadzenie dowodu: a) z zawiadomienia Zamawiającego z dnia 30 maja 2023 r. o zmianie wzoru umowy w zakresie § 9 ust. 4 lit. b) oraz § 10 Umowy, b) z karty postępowania wygenerowanej w dacie: 7 czerwca 2023 r.,
c) z raportu komunikatu publicznego wygenerowanego w dacie: 30 maja 2023 r.,
na okoliczność zmiany wzoru umowy zgodnie z wnioskiem Odwołującego wynikającym
z części III pkt 1-2 odwołania. W uzasadnieniu „Odpowiedzi na odwołanie – uwzględnienie odwołania w części” Zamawiający wniósł o umorzenie postępowania w części dotyczącej uwzględnionych zarzutów.

W terminie do dnia 2 czerwca 2023 r. nie zgłoszono przystąpienia do postępowania odwoławczego (kopię odwołania oraz wezwanie do przystąpienia do postępowania odwoławczego Zamawiający przekazał wykonawcom w dniu 30 maja 2023 r. W tym samym dniu Zamawiający zamieścił również informację o wniesieniu odwołania wraz z kopią odwołania na stronie internetowej prowadzonego postępowania).

W dniu 14 czerwca 2023 r. (przed otwarciem rozprawy) Odwołujący w wiadomości elektronicznej wysłanej na skrzynkę poczty elektronicznej Izby poinformował, że przychyla się do wniosku Zamawiającego o umorzenie postępowania w trybie art. 522 ust. 1 ustawy pzp
w związku z uwzględnieniem zarzutów odwołania w całości, co wynika z treści odpowiedzi
Zamawiającego na odwołanie z dnia 7 czerwca 2023 r.

Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej, wyznaczony do rozpoznania niniejszej sprawy odwoławczej ustalił i zważył, co następuje:

Izba stwierdziła, że odwołanie czyni zadość wymogom proceduralnym zdefiniowanym w Dziale IX ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych, to jest odwołanie nie zawiera braków formalnych oraz został uiszczony od niego wpis. Izba ustaliła, że nie zaistniały przesłanki określone w art. 528 ustawy pzp, które skutkowałyby odrzuceniem odwołania.

Do postępowania odwoławczego nie zgłoszono przystąpienia.

Izba ustaliła z urzędu, iż na stronie internetowej prowadzonego postępowania Zamawiający w dniu 30.05.2023 r. opublikował wyjaśnienia i zmianę treści SWZnr 1, a także w konsekwencji zmieniony załącznik nr 4 do SWZ – wzór umowy, w szczególności w zakresie wskazanym przez Odwołującego w odwołaniu, to jest co do § 9 ust. 4 lit. b i § 10, o których mowa we wniosku Zamawiającego o umorzenie postępowania odwoławczego z dnia 07.06.2023 r. i w odwołaniu Odwołującego. I tak, po zmianie we wzorze umowy treść § 9
ust. 4 lit. b Zamawiający ustalił: „b) podpisania przez upoważnionych przedstawicieli Zamawiającego i Wykonawcy Protokołu Odbioru Końcowego robót.”, zaś treść § 10 ust. 5 Zamawiający ustalił: „5. Strony przewidują możliwość zmiany wynagrodzenia Wykonawcy zgodnie z poniższymi zasadami, w przypadku zmiany ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia: a) Strona składając wniosek o zmianę powinna przedstawić w szczególności: wyliczenie wnioskowanej kwoty zmiany wynagrodzenia,
b) wynagrodzenie ulegnie waloryzacji w oparciu o wartości (wskaźnik) zmiany cen produkcji budowlano-montażowej

opublikowany przez Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego
za miesiąc poprzedzający miesiąc zmiany wysokości wynagrodzenia, c) waloryzacja dotyczy części zamówienia, która nie została wykonana i odebrana do dnia złożenia wniosku
o waloryzację, d) łączna wartość zmian wysokości wynagrodzenia Wykonawcy, dokonana
na podstawie postanowień niniejszego ustępu nie może być wyższa o więcej niż 15 %
w stosunku do pierwotnej wartości Umowy, e) Wykonawca, którego wynagrodzenie zostało zmienione zgodnie z postanowieniami niniejszego ustępu zobowiązany jest do zmiany wynagrodzenia przysługującego podwykonawcy, z którym zawarł umowę, w zakresie odpowiadającym zmianom cen materiałów lub kosztów dotyczących zobowiązania podwykonawcy, jeżeli łącznie spełnione są następujące warunki: – przedmiotem umowy
są roboty budowlane lub usługi; – okres obowiązywania umowy przekracza 6 miesięcy".

Zamawiający w dniu 30.05.2023 r. dokonał również zmiany w zakresie ust. 6 w § 10:
„6. Niezależnie od postanowień § 10 ust. 5 Umowy, do zmiany wynagrodzenia Wykonawcy
w przypadku zmiany ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia mają zastosowanie także następujące zasady: a) Strona składając wniosek o zmianę powinna przedstawić uzasadnienie na to, że wzrost kosztów materiałów lub usług miał wpływ na koszt realizacji zamówienia. b) waloryzacja wynagrodzenia w oparciu o niniejszy ustęp może dotyczyć wyłącznie robót budowlanych objętych pierwotnym Przedmiotem Umowy,
co oznacza w szczególności, że zmiana nie może dotyczyć wynagrodzenia za roboty budowlane zlecone Wykonawcy po dniu zawarcia Umowy na podstawie aneksów do Umowy c) wniosek o zmianę wysokości wynagrodzenia należnego z tytułu realizacji przedmiotu zamówienia może być złożony nie wcześniej niż po 180 dniach od dnia otwarcia ofert, a każdy kolejny nie może być złożony wcześniej niż po 180 dniach od daty ostatniej zmiany wysokości wynagrodzenia.".

W ocenie Izby nie budzi wątpliwości, iż w przedmiotowej sprawie, w związku
ze zmianą przez Zamawiającego SWZ w dniu 30.05.2023 r. w żądanym przez Odwołującego zakresie znajduje zastosowanie art. 568 pkt 2 ustawy pzp, w myśl którego Izba umarza postępowanie odwoławcze w przypadku stwierdzenia, że dalsze postępowanie stało się z innej przyczyny zbędne.

Zgodnie ze stanowiskiem doktryny "podstawą do umorzenia postępowania jest również stwierdzenie przez Izbę, że postępowanie stało się z innej przyczyny zbędne
lub niedopuszczalne. Ustawodawca nie doprecyzował, o jakie sytuacje chodzi. Z pewnością dyspozycją przepisu objęte będą sytuacje utraty bytu prawnego przez stronę odwołania,
na skutek likwidacji lub śmierci odwołującego. Wydaje się również, że podstawa umorzenia zaistnieje, jeśli zamawiający przed zakończeniem rozprawy unieważni postępowanie, wówczas spór stanie się bezprzedmiotowy, a ewentualnemu zaskarżeniu w drodze odwołania będzie podlegała nowa czynność zamawiającego." (Komentarz Prawo Zamówień Publicznych, pod red. Marzeny Jaworskiej, Wydawnictwo C. H. Beck, W-wa 2021, str. 1236).

Ponadto, jak wynika z uchwały Sądu Najwyższego - Izba Cywilna z dnia 18 stycznia 2019 r., sygn. akt III CZP 55/18, w którym Sąd Najwyższy analizował rozbieżność orzeczniczą skutku procesowego następczej utraty interesu prawnego: przyczyna umorzenia postępowania określona w art. 355 § 1 k.p.c. jako zbędność postępowania stanowi ogólny przejaw uznania przez ustawodawcę, że nie jest dopuszczalne kontynuowanie postępowania w sytuacji, w której jego cel został osiągnięty w inny sposób. W rezultacie wydanie wyroku stało się zbędne. Pojęcie zbędności wydania wyroku jako przyczyny umorzenia postępowania wiązane jest najczęściej z szeroko pojętą następczą bezprzedmiotowością postępowania. Stanowi ona jej swoisty korelat (zbędność wydania wyroku jako następstwo odpadnięcia przedmiotu postępowania ewentualnie inne przypadki niecelowości wydawania wyroku). Dalej Sąd wywiódł, że skoro wskutek zgaśnięcia interesu prawnego powoda - zazwyczaj
w rezultacie uzyskania ochrony prawnej poszukiwanej w toczącym się postępowaniu poza jego ramami - proces cywilny nie może doprowadzić do oczekiwanego przez powoda rezultatu (choćby powództwo to w chwili wniesienia było całkowicie zasadne), to dalsze procedowanie
w kierunku wydania wyroku oddalającego to powództwo staje się zbyteczne i bezcelowe.
W konsekwencji trzeba przyjąć, że w sytuacji, w której potrzeba udzielenia żądanej przez strony ochrony prawnej uległa dezaktualizacji, wydanie orzeczenia kończącego postępowanie w sprawie o charakterze procesowym w postaci umorzenia procesu jest w pełni wystarczające dla uczynienia zadość prawu stron do sądu i rzetelnego procesu.

W ocenie Izby powyższe rozważania prawne mają zastosowanie w niniejszym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego oraz postępowaniu odwoławczym. Izba zauważa, że Zamawiający dokonał żądanej przez Odwołującego zmiany w SWZ w dniu 30.05.2023 r., która w ocenie Izby czyni zadość postawionym w odwołaniu zarzutom,
co potwierdził Odwołujący we wniosku o umorzenie postępowania z dnia 14.06.2023 r. Zarzuty odwołania dotyczyły treści

postanowień wzoru umowy - § 9 ust. 4 lit b i § 10 i z zarzutami tymi związane było żądanie 1 i 2 w pkt III odwołania. Zamawiający dokonał w dniu 30.05.2023 r. zmiany w SWZ - § 9 ust. 4 lit. b i § 10, co powoduje bezprzedmiotowość postawionych zarzutów.

W konsekwencji powyższego, na dzień rozpoznania odwołania na posiedzeniu niejawnym nie istniała już czynność, wobec której zostało wniesione odwołanie. Oznacza to, że w momencie orzekania przez Izbę nie istniał substrat odwołania, będący podstawą korzystania ze środków ochrony prawnej przez Odwołującego. Wobec nowych czynności podjętych przez Zamawiającego w postępowaniu Odwołujący będzie uprawniony skorzystać ze środków ochrony prawnej. Ostatecznie spór stał się bezprzedmiotowy. Aby Izba mogła rozpoznać wniesione odwołanie - musi ono dotyczyć czynności Zamawiającego (art. 513
pkt 1 ustawy pzp). Zatem na moment wniesienia odwołania musi istnieć substrat zaskarżenia, będący podstawą dla wykonawcy do wniesienia środka ochrony prawnej. Następnie dostrzeżenia wymaga, iż zgodnie z treścią art. 552 ust. 1 ustawy pzp Izba 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 w sprawie w toku postępowania przed Izbą. Zauważenia również wymaga, że przepisy ustawy
pzp nie zobowiązują Zamawiającego do zawieszenia postępowania o udzielenie zamówienia, wobec wniesionego odwołania.

Izba wskazuje, że treść art. 552 ust. 1 ustawy pzp, podobnie jak w przypadku art. 316 § 1 k.p.c., 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 jest
w przepisie art. 552 ust. 1 ustawy pzp - należy analogicznie - jak w art. 316 § 1 k.p.c. - interpretować jako okoliczności faktyczne ustalone przed zamknięciem rozprawy oraz stan prawny, to jest obowiązujące przepisy, które mogą stanowić podstawę rozstrzygnięcia (wyrok Sądu Najwyższego 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. Izba jest więc w takim przypadku zobowiązania uwzględnić czynności Zamawiającego, które miały miejsce po wniesieniu odwołania, do czasu wydania orzeczenia w sprawie. Skoro Zamawiający dokonał zmian odpowiadających postawionym zarzutom, tym samym czynność i zaniechanie czynności stanowiące podstawę wniesienia środka ochrony prawnej przestały istnieć. Zaskarżenie czynności i zaniechania czynności, które już nie mają miejsca, 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 Izby należy,
iż prowadzenie dalszego postępowania odwoławczego jest bezcelowe, czyli jak stanowi przepis ustawy pzp - zbędne. Jest to przesłanka umożliwiająca umorzenie postępowania odwoławczego i zdaniem Izby może być ona wykorzystywana właśnie w podobnych sytuacjach. W innym wypadku bowiem odwołanie podtrzymywane przez Odwołującego podlegałoby oddaleniu jako bezzasadne wobec nieistniejącej czynności i nieistniejącego zaniechania czynności Zamawiającego. Orzekanie przez Izbę wobec nowych czynności Zamawiającego nie może mieć miejsca, gdyż wykraczałoby poza ramy postępowania odwoławczego, które wyznacza treść wniesionego odwołania.

W konsekwencji mając na względzie okoliczności niniejszej sprawy, orzeczono jak
w sentencji, na podstawie przepisu art. 568 pkt 2 ustawy pzp, umarzając postępowanie odwoławcze.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku
na podstawie art. 557 i 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. poz. 2437) z którego wynika, że w przypadku umorzenia postępowania odwoławczego przez Izbę na skutek stwierdzenia, że dalsze postępowanie stało się z innej przyczyny zbędne lub niedopuszczalne, koszty o których mowa w § 5 pkt 2, znosi się wzajemnie. Na podstawie art. 574 ustawy pzp Izba orzekła o dokonaniu zwrotu Odwołującemu uiszczonego wpisu w wysokości 10 000 zł 00 gr, o czym orzeczono w pkt 2 sentencji orzeczenia.

Mając na uwadze powyższe postanowiono jak w sentencji.

Przewodniczący: ……