Sygn. akt: KIO 855/23

POSTANOWIENIE
z dnia 7 kwietnia 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Emilia Garbala

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron w dniu 7 kwietnia 2023 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 27 marca 2023 r. przez wykonawcę odwołującego: **STRABAG sp. z o.o., ul. Parzniewska 10, 05-800 Pruszków**,

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Powiat Bialski, ul. Brzeska 41, 21-500 Biała Podlaska**,

postanawia:

umarza postępowanie odwoławcze,

nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz wykonawcy STRABAG sp. z o.o., ul. Parzniewska 10, 05-800 Pruszków, kwoty 20 000,00 zł (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy), tytułem uiszczonego wpisu.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. 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:……..…...……

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

Zamawiający – Powiat Bialski, ul. Brzeska 41, 21-500 Biała Podlaska, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Budowa budynku o przeznaczeniu społeczno-kulturalnym na potrzeby mieszkańców Powiatu Bialskiego”, numer referencyjny: OA.272.4.2023.ŁC. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 17.03.2023 r., nr 2023/S 055-160614.

W dniu 27.03.2023 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wniesione przez wykonawcę STRABAG sp. z o.o., ul. Parzniewska 10, 05-800 Pruszków (dalej: „odwołujący”), w którym odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1)art. 16 w zw. z art. 433 pkt 2 i pkt 3 i art. 8 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2022 r. poz. 1710 ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp”, w zw. z art. 353^1 kc, art. 58 kc, art. 5 kc i art. 647 kc w zw. z art. 473 § 1 kc ze względu na sformułowanie SWZ i projektowanych postanowień umowy w sposób nadużywający swobody zamawiającego do kształtowania postanowień umownych, obciążający wykonawcę odpowiedzialnością za okoliczności, za które wyłączną odpowiedzialność ponosi zamawiający, uniemożliwiający wykonawcy prawidłowe oszacowanie ryzyk związanych z realizacją umowy oraz mogący prowadzić do niczym nieuzasadnionego wzbogacenia się zamawiającego, poprzez ustalenie m.in.:

1.1 w § 17 ust. 1 pkt 5 PPU fakultatywnego prawa do zmiany terminu realizacji zamówienia lub zakresu świadczeń lub sposobu wykonywania zamówienia lub wynagrodzenia wykonawcy w przypadku, gdy w wyniku trwającej procedury zmiany miejscowego planu zagospodarowania przestrzennego nie zostanie uchwalony dokument na podstawie projektu, którego opracowane zostało PFU lub dokument taki zostanie uchwalony w brzmieniu innym, niż projekt służący do opracowana PFU, który to zapisw istocie obciąża wykonawcę odpowiedzialnością za okoliczności, za które wyłączną odpowiedzialność ponosi zamawiający, gdyż PFU, na podstawie którego ma zostać sporządzona oferta, zostało opracowane na podstawie projektu miejscowego planu zagospodarowania przestrzennego w toku trwającej procedury jego zmiany,

1.2 w § 14 ust. 1 pkt 7) PPU prawa zamawiającego do naliczenia wykonawcy kary umownej z tytułu odstąpienia od umowy, przez którąkolwiek ze Stron, z przyczyn leżących po stronie wykonawcy, która w istocie może stanowić podstawę do naliczenia kary umownej za zachowanie wykonawcy niezwiązane bezpośrednio lub pośrednio z przedmiotem umowy lub jej prawidłowym wykonaniem, tj. za odstąpienie od umowy również przez wykonawcę z przyczyn, które nie muszą wynikać z winy wykonawcy, ale mogą być również wynikiem działań osób trzecich, podczas gdy zamawiający powinien być uprawniony do naliczenia kary umownej wyłącznie z tytułu odstąpienia od umowy przez zamawiającego z winy wykonawcy,

2)art. 433 pkt 4 ustawy Pzp poprzez niewskazanie w § 17 ust. 1 pkt 3 PPU minimalnej wartości lub wielkości świadczenia stron w przypadku ograniczenia zakresu zamówienia,

3)art. 16 w zw. z art. 436 pkt 3 i art. 8 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 353^1 kc, art. 58 kc, art. 5 kc i art. 647 kc w zw. z art. 484 § 2 w zw. z art. 483 kc i art. 473 § 1 kc ze względu na sformułowanie postanowień dotyczących kar umownych w sposób nadużywający swobody zamawiającego do kształtowania postanowień umownych, uniemożliwiający

wykonawcy prawidłowe oszacowanie ryzyk związanych z realizacją umowy oraz mogący prowadzić do niczym nieuzasadnionego wzbogacenia się zamawiającego, poprzez wprowadzenie w § 14 ust. 8 PPU rażąco wygórowanego limitu kar umownych, tj. wskazanie że: „Maksymalną łączną wysokość kar umownych strony ustalają na kwotę równą 50% wynagrodzenia ryczałtowego brutto określonego w § 10 ust. 1 umowy." podczas gdy górny limit kar umownych nie powinien przekraczać łącznie wysokości kary z tytułu odstąpienia od umowy (§ 14 ust. 1 pkt. 7) PPU) tj. 10% wartości wynagrodzenia umownego brutto. Ustalenie górnego limitu kar umownych przekraczającego wysokość kary umownej zastrzeżonej z tytułu odstąpienia od umowy z przyczyn leżących po stronie wykonawcy, która w istocie jest karą na okoliczność niewykonania zamówienia jest nieproporcjonalne, prowadzi do naruszenia zasad kontraktowania i bezpodstawnie wzbogaca zamawiającego. Zamawiający np. z tytułu nieprawidłowego wykonania umowy (np. nieterminowego wykonania umowy) będzie mógł naliczyć karę wyższą niż z tytułu niewykonania umowy w całości, co jest nadmiernym i nieproporcjonalnym obciążeniem wykonawcy w stosunku do specyfiki realizacji zamówienia, naruszającym równowagę stron umowy i prowadzącym do naruszenia praw podmiotowych wykonawców. Ponadto żądanie kar jednostkowych ponad karę za odstąpienie jest niezasadne i niezgodne z przepisami kodeksu cywilnego.

W związku z powyższym odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu dokonania modyfikacji swz, w tym projektu umowy, we wskazany w odwołaniu sposób.

Pismem z dnia 07.04.2023 r. zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której oświadczył, że uwzględnia je częściowo, tj. w zakresie zarzutów nr 1 i 2.

Pismem z dnia 07.04.2023 r. odwołujący oświadczył, że cofa odwołanie w zakresie zarzutu nieuwzględnionego przez zamawiającego, tj. zarzutu nr 3.

Żaden wykonawca nie przystąpił do postępowania odwoławczego.

Zgodnie z art. 522 ust. 3 ustawy Pzp, 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.

Zgodnie z § 9 ust. 1 pkt 2 lit. b) rozporządzenia w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437), w przypadku umorzenia postępowania odwoławczego przez Izbę w całości:

2) koszty, o których mowa w § 5 pkt 2, znosi się wzajemnie, jeżeli przed otwarciem rozprawy zamawiający uwzględnił:

b) w części zarzuty przedstawione w odwołaniu i pozostałe zarzuty zostały przez odwołującego wycofane, a w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego nie przystąpił żaden wykonawca albo uczestnik postępowania odwoławczego, który przystąpił po stronie zamawiającego, nie wniósł sprzeciwu wobec uwzględnienia przez zamawiającego w części zarzutów przedstawionych w odwołaniu

- w takim przypadku Izba orzeka o dokonaniu zwrotu odwołującemu z rachunku Urzędu kwoty uiszczonej tytułem wpisu.

Dlatego też Izba umorzyła postępowanie odwoławcze i nakazała zwrócić odwołującemu kwotę uiszczonego wpisu od odwołania.

Przewodniczący:……..…...……