Sygn. akt: KIO 1736/23

POSTANOWIENIE

z dnia 30 czerwca 2023 roku

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Ewa Sikorska

Członkowie: Robert Skrzeszewski

Krzysztof Sroczyński

po rozpoznaniu w dniu 30 czerwca 2023 roku w Warszawie, na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron i uczestników postępowania odwoławczego, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 19 czerwca 2023 roku przez wykonawcę **Budimex Spółka akcyjna w Warszawie** w postępowaniu prowadzonym przez **Muzeum II Wojny Światowej w Gdańsku**

przy udziale wykonawcy **Polimex Infrastruktura Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie,** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie **odwołującego**

postanawia

1. umorzyć postępowanie odwoławcze,

2. nakazać Urzędowi Zamówień Publicznych zwrot z rachunku bankowego na rzecz **wykonawcy Budimex Spółka akcyjna w Warszawie** kwoty **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy), stanowiącej równowartość uiszczonego wpisu.

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 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:……

Członkowie: ……

…….

Sygn. akt KIO 1736/23

Uzasadnienie

Zamawiający – Muzeum II Wojny Światowej w Gdańsku – działając na podstawie przepisów ustawy dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022 r., poz. 1710 ze zm. – ustawa P.z.p.), prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest budowa Punktu Obsługi Ruchu Turystycznego wraz z parkingiem wielostanowiskowym, elementami zagospodarowania terenu oraz budową i przebudową infrastruktury technicznej na płw. Westerplatte

W dniu 19 czerwca 2023 roku wykonawca Budimex Spółka akcyjna w Warszawie (dalej: odwołujący) wniósł odwołanie od czynności zamawiającego, zarzucając zamawiającemu naruszenie:

1) art. 112 ust. 1 w zw. z art. 112 ust. 2 pkt 4 w zw. z art. 116 ust. 1 w zw. z art. 16 pkt 1 – 3 ustawy P.z.p. poprzez sformułowanie warunku udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia wymaganego od wykonawcy, o którym mowa w rozdz. 10 pkt 2.4. lit. b specyfikacji warunków zamówienia (SWZ) w sposób nieproporcjonalny do warunków zamówienia i nieadekwatny dla zweryfikowania zdolności do należytego wykonania przedmiotowego zamówienia i nieadekwatny dla zweryfikowania zdolności do należytego wykonania przedmiotowego zamówienia, przy użyciu parametrów utrudniających realną weryfikację doświadczenia posiadanego przez wykonawców, a co za tym idzie w sposób dyskryminujący wykonawców i naruszający zasadę przejrzystości, równego traktowania i uczciwej konkurencji;

2) art. 8 ust. 1 ustawy P.z.p. w zw. z art. 647, 654, 5 i 353^1 Kodeksu cywilnego w zw. z art. 16 ustawy P.z.p. poprzez wprowadzenie do wzoru umowy niespójnych i niejasnych postanowień dotyczących zasad odbioru robót budowlanych, uzależniających *de facto* dokonanie odbioru i wypłatę należnego zamówienia 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;

3) art. 8 ust. 1 ustawy P.z.p. w zw. z art. 5 i 353^1 K.c., art. 433 pkt 4 w zw. z art. 16 ustawy P.z.p. poprzez zastrzeżenie przez zamawiającego nieproporcjonalnego limitu możliwych ograniczeń zakresu zamówienia, niweczącego cel dyspozycji art. 433 pkt 4 ustawy P.z.p., naruszającego w konsekwencji równowagę stron umowy i prowadzącego do nadużycia prawa podmiotowego przez zamawiającego,

4) art. 447 ust. 1 pkt 1 w zw. z art. 447 ust. 2 w zw. z art. 16 ust. 1 w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy P.z.p. w zw. z art. 5 i 353^1 K.c. poprzez wprowadzenie do umowy postanowień warunkujących zapłatę wynagrodzenia należnego wykonawcy od przekazania nazbyt rozbudowanych dowodów i oświadczeń potwierdzających zapłatę wynagrodzenia na rzecz podwykonawców, utrudniających prowadzenie robót i zapewnienie ich ciągłości, przy jednoczesnym braku wskazania części zatrzymywanego wynagrodzenia oraz bez jednoznacznego wskazania, iż chodzi o wynagrodzenie wymagalne w sytuacji, w której dyspozycja art. 477 ustawy P.z.p. umożliwia zamawiającemu wstrzymanie zapłaty wynagrodzenia tylko w odpowiedniej części, tj. w zakresie, dla którego nie przedstawiono dowodów zapłaty i tylko w sytuacji braku uregulowania wynagrodzenia o wymagalnym charakterze;

5) art. 8 ust. 1 ustawy P.z.p. w zw. z art. 5 i 353^1 w zw. z art. 484 w zw. z art. 483 w zw. z art. 16 ustawy P.z.p. poprzez wprowadzenie do umowy postanowień dotyczących zasad i wysokości naliczania kar umownych i ich limitu o rażąco wygórowanej wysokości przy jednoczesnym nieprecyzyjnym określeniu podstaw ich naliczenia, których treść nie stanowi też środka kompensacji realnej szkody po stronie zamawiającego, 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;

6) art. 439 ust. 1 i 2 w zw. z art. 16 ust. 1 ustawy P.z.p. w zw. z art. 58 K.c. w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy P.z.p. 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 P.z.p., w sposób niejednoznaczny i wypaczający ideę waloryzacji i będący sprzeczny z celem określonym w art. 439 ustawy P.z.p., determinując jej nieefektywność i nierealność,

7) art. 99 ust. 1 w zw. z art. 16 w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy P.z.p. w zw. z art. 5 i 353^1 w zw. z art. 647 i 651 K.c. poprzez wprowadzenie do wzoru umowy niejednoznacznych postanowień sugerujących obowiązek szczegółowego sprawdzenia dokumentacji przekazanej przez zamawiającego, a w konsekwencji przejęcie ryzyka za całość dokumentacji, w tym dokumentacji projektowej niepochodzącej od wykonawcy i ponoszenia przez niego skutków finansowych błędów w niej występujących, co w konsekwencji zaburza równowagę stron umowy i prowadzi do naruszenia praw wykonawcy;

8) art. 8 ust. 1 ustawy P.z.p. w zw. z art. 5 i 353^1 K.c. w zw. z art. 16 w zw. z art. 99 ust. 1 ustawy P.z.p. 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 niemających 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.

W związku z powyższymi zarzutami odwołujący wniósł o:

1)uwzględnienie odwołania,
2)nakazanie zamawiającemu dokonania zmian treści SWZ i ogłoszenia w sposób wskazany w uzasadnieniu odwołania.

Do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego przystąpił wykonawca Polimex Infrastruktura Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie.

Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego nie zgłosił przystąpienia żaden wykonawca.

W odpowiedzi na odwołanie z dnia 28 czerwca 2023 roku, zamawiający oświadczył, że:

- na mocy art. 522 ust. 4 ustawy P.z.p. uwzględnia odwołanie w części w zakresie:

1) w części zarzut nr 2,

2) w całości zarzut nr 3,

3) w części zarzutu nr 5,

4) w całości zarzut nr 7,

5) w całości zarzut nr 8.

Zamawiający wniósł o:

1) umorzenie postępowania w części, w jakiej zamawiający uwzględnił odwołanie;

2) oddalenie w całości odwołania w części nieuwzględnionej przez zamawiającego,

3) przyznanie na rzecz zamawiającego kosztów postępowania odwoławczego poniesionych z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika w kwocie 3.600 zł,

4) przyznanie na rzecz zamawiającego kosztów postępowania odwoławczego poniesionych z tytułu kosztów dojazdu pełnomocników na rozprawę,

5) przyznanie na rzecz zamawiającego kosztów postępowania odwoławczego poniesionych z tytułu opłaty skarbowej od pełnomocnictw,

- zgodnie ze spisem kosztów i załącznikami złożonymi przez pełnomocników na rozprawie.

Zamawiający oświadczył, że po zakończeniu postępowania odwoławczego dokona modyfikacji treści SWZ w następujący sposób:

1) W zakresie uwzględnienia w części zarzutu nr 2:

1. § 5 ust. 8 pkt. 26) projektu Umowy otrzyma brzmienie: „26) wykonania wszystkich czynności, także nieprzewidzianych wprost w Umowie, w celu podpisania przez Zamawiającego protokołu odbioru końcowego, a w szczególności: dostarczenia wszystkich wymaganych dokumentów, ukończenia wszystkich Robót i dokonania ich prób, włącznie z usunięciem wad istotnych;”

2) W zakresie uwzględnienia w całości zarzutu nr 3:

2. § 10 ust. 4 projektu Umowy otrzyma brzmienie: „4. Wysokość wynagrodzenia ulegnie obniżeniu, na zasadach określonych w § 17 o wartość Robót niewykonanych przez Wykonawcę – niezależnie od przyczyny, w tym w przypadku zmniejszenia przez Zamawiającego zakresu Robót lub obniżenia standardu użytych materiałów. Wykonawca nie będzie dochodził roszczeń z tego tytułu z zastrzeżeniem, że zmniejszenie lub zmiana zakresu Robót nie może być wyższy niż do wysokości 90 % wartości wynagrodzenia wskazanego w ust. 1. Powyższe oznacza, że Zamawiający będzie uprawniony do ograniczenia zakresu Robót o nie więcej niż 10% wartości całości Robót.”

3) W zakresie uwzględnienia w części zarzutu nr 5:

3. Zamawiający w zakresie postulowanego przez Odwołującego doprecyzowania, nieprecyzyjnych w jego ocenie zapisów § 13 ust. 1 pkt. 17) projektu Umowy dokonuje zmiany treści przedmiotowego postanowienia poprzez jego wykreślenie i w to miejsce wpisanie postanowienia o treści:

„17) z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania obowiązków Wykonawcy nałożonych na Wykonawcę w treści § 5 ust. 4, ust. 6, ust. 7, ust. 8, ust. 10, ust. 11 pkt. 3)- 5), ust. 12 - 14, ust. 16 – 21, ust. 23-26 w wysokości 0,1 % maksymalnego wynagrodzenia brutto Wykonawcy określonego w § 10 ust. 1 Umowy za każdy przypadek naruszenia przez Wykonawcę obowiązków wynikających z ww. zapisów Umowy, chyba że inne postanowienia Umowy przewidują inne kary niż wskazana w niniejszym zapisie. W takim przypadku Zamawiający stosuje inną karę umowną. Karę wskazaną w niniejszym punkcie Zamawiający może nałożyć po jednokrotnym, wraz z wyznaczeniem terminu, pisemnym wezwaniu Wykonawcy do wykonania lub należytego wykonania obowiązków Wykonawcy wynikających z postanowień wskazanych w zdaniu pierwszym.”

4) W zakresie uwzględnienia w całości zarzutu nr 7:

4. § 5 ust. 9 pkt 2) projektu Umowy otrzyma brzmienie:

„2) zapoznał się z terenem budowy, SWZ, Dokumentacją oraz zweryfikował ich kompletność i dokładność w zakresie właściwym i wymaganym od podmiotu będącego wykonawcą robót budowlanych;"

5) W zakresie uwzględnienia w całości zarzutu nr 8:

5. § 5 ust. 9 pkt. 3) projektu Umowy otrzyma brzmienie: „3) zapoznał się także z ogólnymi i szczególnymi warunkami związanymi z wykonywaniem Robót, stanem terenu budowy i jego sąsiedztwem, sposobami realizacji, ryzykami, również w zakresie bezpieczeństwa i higieny pracy, z wymaganiami Zamawiającego, które uwzględnił w swojej ofercie. Zakres ww. obowiązków weryfikacyjnych nałożonych na Wykonawcę ograniczony jest do informacji, możliwych do zidentyfikowania przez Wykonawcę na etapie składania oferty."

6. § 10 ust. 2 projektu Umowy otrzymuje brzmienie: „2. Cena podana w ust. 1, zgodnie z ofertą Wykonawcy stanowiącą załącznik do niniejszej Umowy, jest ceną ryczałtową i zawiera wszelkie koszty niezbędne dla prawidłowego i kompleksowego wykonania Przedmiotu Umowy. Wykonawca oświadcza, że ujął w cenie wszelkie elementy niezbędne do prawidłowego i zgodnego z Umową, ze sztuką budowlaną oraz zasadami techniki, wykonania Przedmiotu Umowy, uwzględnił w niej wszelkie wpływy, uwarunkowania i wymogi Zamawiającego, możliwe do zidentyfikowania na podstawie informacji udostępnionych w ramach SWZ, Dokumentacji i przeprowadzonej wizji lokalnej."

Odwołujący w piśmie procesowym z dnia 29 czerwca 2023 roku oświadczył, że cofa odwołanie w zakresie nieuwzględnionym przez zamawiającego.

Izba zważyła, co następuje:

Izba wskazuje, że zgodnie z art. 522 ust. 3 ustawy P.z.p., w przypadku uwzględnienia przez zamawiającego części zarzutów przedstawionych w odwołaniu i cofnięcia 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.

Wobec powyższego, postanowiono jak w sentencji.
Orzekając o kosztach postępowania Izba wzięła pod uwagę treść § 9 ust. 1 pkt 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie wysokości szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. 2020 r., poz. 2437), z którego wynika, że w przypadku umorzenia postępowania odwoławczego przez Izbę w całości, koszty, o których mowa w § 5 pkt 2, znosi się wzajemnie, jeżeli przed otwarciem rozprawy zamawiający uwzględnił 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.

Przewodniczący …….…….

Członkowie: ……..

……...