Sygn. akt: KIO 2226/23

POSTANOWIENIE
z dnia 11 sierpnia 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący:Aleksandra Kot
Członkowie: Ernest Klauziński
Beata Konik

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron oraz uczestników postępowania odwoławczego w dniu 11 sierpnia 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 31 lipca 2023 r. przez wykonawcę Budimex S.A. z siedzibą w Warszawiew postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Gminę Police z siedzibą w Policach, przy udziale:

1)wykonawcy NDI S.A. z siedzibą w Sopocie zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego,

2)wykonawcy Strabag sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego,

postanawia:

1.umarza postępowanie odwoławcze,

2.nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz wykonawcy Budimex S.A. z siedzibą w Warszawie kwoty 20 000,00 zł (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych 00/100) stanowiącej uiszczony wpis od odwołania.

Stosownie do art. 579 ust. 1 oraz 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:……...

Członkowie: ……

……

Sygn. akt: KIO 2226/23

UZASADNIENIE

Gmina Police z siedzibą w Policach(dalej: „Zamawiający") prowadzi na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2022 r. poz. 1710 ze zm., dalej: „ustawa Pzp") postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pn. „Budowa obwodnicy Polic stanowiącej dojazd do „Węzła Police" Zachodniego Obejścia Miasta Szczecina" (Numer sprawy: TI.272.5.2023, dalej: „Postępowanie").

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej dnia 19 lipca 2023 r. pod numerem: 2023/S 137-436535.

Wartość wskazanego zamówienia przekracza progi unijne.

31 lipca 2023 r. wykonawca Budimex S.A. z siedzibą w Warszawie(dalej: „Odwołujący" oraz „Budimex") wniósł odwołanie od czynności Zamawiającego polegającej na ustaleniu treści Specyfikacji Warunków Zamówienia (dalej: „SWZ") dotyczącej Postępowania, w sposób naruszający przepisy ustawy Pzp oraz ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny (t.j. Dz.U. z 2022 r. poz. 1360 ze zm., dalej: „k.c."), tj.:

1)art. 16 ustawy Pzp w zw. z art. 8 ust.1 ustawy Pzp w zw. z art. 99, art. 431 i art. 433 pkt 3 ustawy Pzp w zw. z art. 5 i 353^1 k.c. w zw. z art. 647 k.c. i w zw. z art. 5 k.c. poprzez sformułowanie w ramach wzoru umowy postanowienia dotyczącego w istocie zrzeczenia się przez wykonawcę prawa do zgłaszania roszczeń związanych z lokalizacją terenu budowy, co w konsekwencji prowadzi do niestabilności stosunku zobowiązaniowego i nakłada na wykonawcę zbyt duże ryzyka kontraktowe, niemożliwe do oszacowania przy uwzględnieniu dużej uznaniowości wdrożenia przez Zamawiającego tego mechanizmu (zarzut nr 1);

2)art. 439 ust. 1 i ust. 2 ustawy Pzp w zw. z art. 16 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 58 k.c. 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 (zarzut nr

2);

3)art. 16 ustawy Pzp w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 99 ustawy Pzp w zw. z art. 431 ustawy Pzp w zw. z art. 433 pkt 3 ustawy Pzp w zw. z art. 353^1 k.c. w zw. z art. 5 k.c. poprzez wprowadzenie do umowy postanowień dotyczących:

a)konieczności samodzielnego przyjęcia przez wykonawców określonego wariantu lokalizacyjnego przedsięwzięcia,

b)obowiązku wykonania wszelkich materiałów do wniosku o wydanie decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach, w tym raportu oddziaływania na środowisko,

c)konieczności wykonania zabezpieczenia akustycznego oraz przejścia dolnego dla średnich zwierząt, mimo braku m.in. informacji o lokalizacji i parametrach przejścia dolnego dla zwierząt średnich czy zabezpieczenia akustycznego,

d)obowiązku ujęcia w ofercie wszystkich warunków określonych w decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach mimo braku przekazania wykonawcom tej decyzji,

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 (zarzut nr 3),

4)art. 16 ustawy Pzp w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 99 ustawy Pzp w zw. z art. 431 ustawy Pzp w zw. z art. 433 pkt 3 ustawy Pzp w zw. art. 353^1 k.c. w zw. z art. 5 k.c. poprzez niejednoznaczny i niewyczerpujący opis przedmiotu zamówienia oraz przygotowanie go w sposób nieuwzględniający wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty oraz oszacowanie kosztów wykonania przedmiotu zamówienia, ze względu na brak przekazania wyników badań geologicznych oraz dokumentacji geologicznej o charakterze wiążącym, 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 (zarzut nr 4),

5)art. 8 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 5 i 353^1 k.c. w zw. z art. 473 § 1 k.c. w zw. z art. 483 k.c. w zw. z art. 484 § 2 k.c. w zw. z art. 16 ustawy Pzp poprzez zastrzeżenie przez Zamawiającego w ramach projektowanych postanowień Umowy:

a)pojedynczych kar umownych za:

− brak zapłaty lub za nieterminową zapłatę wynagrodzenia należnego podwykonawcy (dalszemu podwykonawcy),

− brak zmiany umowy o podwykonawstwo w zakresie terminu zapłaty,

− nieprzedłożenie do zaakceptowania projektu umowy o podwykonawstwo, której przedmiotem są roboty budowlane, lub projektu jej zmiany,

− nieprzedłożenie poświadczonej za zgodność z oryginałem kopii umowy o podwykonawstwo lub jej zmiany (dotyczy również kopii aneksu do zawartej umowy o podwykonawstwo),

b) kary umownej za odstąpienie od umowy z przyczyn leżących po stronie wykonawcy, i

c) górnego limitu wszystkich kar umownych o rażąco wygórowanej wysokości, co jest nadmiernym i nieadekwatnym obciążeniem wykonawcy w stosunku do specyfiki realizacji i uwarunkowań rynkowych, będąc jednocześnie postanowieniem niekorzystnym dla wykonawców, naruszającym równowagę stron umowy i prowadzącym do naruszenia praw podmiotowych wykonawców (zarzut nr 5).

W związku z powyższym Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu dokonania zmiany treści SWZ i ogłoszenia w sposób wskazany w uzasadnieniu niniejszego odwołania.

Izba ustaliła, że w terminie określonym w art. 525 ust. 1 ustawy Pzp, do niniejszego postępowania odwoławczego skuteczne przystąpienia po stronie Odwołującego zgłosili: wykonawca NDI S.A. z siedzibą w Sopocie oraz wykonawca Strabag sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie.

W piśmie z dnia 8 sierpnia 2023 r. skierowanym do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania w zakresie zarzutów nr 1, 2, 3, 4 oraz nr 5 w części dotyczącej postanowień § 12 ust. 1 lit. f), h)-k) wzoru umowy jako bezprzedmiotowych, a ponadto o oddalenie odwołania w zakresie zarzutu nr 5 w części dotyczącej § 12 ust. 2 wzoru umowy jako bezzasadnego.

W uzasadnieniu przedmiotowego pisma Zamawiający podniósł, że w drodze zmiany treści SWZ nr 1 z dnia 7 sierpnia 2023 r. oraz zmiany treści SWZ nr 3 z dnia 8 sierpnia 2023 r. uwzględnił w większości intencje i argumenty

Odwołującego wskazane w zarzutach i uzasadnieniu odwołania oraz skorelowane z nimi wnioski Odwołującego. Zamawiający zaznaczył, że wprost uwzględnił:

− wniosek sformułowany w związku z zarzutem nr 1 odwołania w części dotyczącej § 5 ust. 14 wzoru umowy,

− wniosek sformułowany w związku z zarzutem nr 2,

− wniosek sformułowany w związku z zarzutem nr 5 w części dotyczącej wysokości kary umownej należnej Zamawiającemu za odstąpienie od umowy z przyczyn leżących po stronie wykonawcy, określonej w § 12 ust. 1 lit. f) wzoru umowy,

a także dokonał modyfikacji pozostałych postanowień SWZ w tym wzoru umowy oraz PFU, będących przedmiotem odwołania, za wyjątkiem postanowień ujętych w ramach zarzutu nr 5 w części dotyczącej pułapu łącznej, maksymalnej wysokość kar umownych, których może dochodzić Zamawiający od wykonawcy, określonego w § 12 ust. 2 wzoru umowy.

10 sierpnia 2023 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło pismo Odwołującego, w którym Budimex wskazał, że Zamawiający pismem z dnia 8 sierpnia 2023 r. przekazał mu odpowiedź na odwołanie, w której częściowo uwzględnił odwołanie, a także zmodyfikował treść dokumentacji Postępowania. W ocenie Budimex wprowadzone zmiany stanowią uwzględnienie odwołania w przeważającej części. W związku z tym Odwołujący oświadczył, że cofa odwołanie w pozostałym, nieuwzględnionym przez Zamawiającego zakresie. W konsekwencji, na podstawie art. 522 ust. 3 ustawy Pzp w zw. z art. § 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 (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437), Budimex wniósł o umorzenie postępowania odwoławczego przed Krajową Izbą Odwoławczą i wzajemne zniesienie kosztów.

Mając na uwadze powyższe należy zauważyć, że brak wyraźnych oświadczeń stron, uniemożliwia Izbie jednoznaczne określenie zakresu zarzutów uwzględnionych i wycofanych, a tym samym umorzenie postępowania odwoławczego na podstawie przywołanej przez Odwołującego. Niemniej jednak wobec dokonania przez Zamawiającego w dniach 7 i 8 sierpnia 2023 r., tj. przed otwarciem rozprawy, zmian treści SWZ oraz oświadczenia Odwołującego, że wprowadzone zmiany stanowią uwzględnienie odwołania w przeważającej części, co jest dla Izby jednoznaczne z przyznaniem, że wprowadzone zmiany czynią zadość jego żądaniom wyrażonym w odwołaniu i wycofania odwołania w pozostałym zakresie, nie ulega wątpliwości, że spór pomiędzy stronami wygasł, a zatem dalsze postępowanie odwoławcze w niniejszej sprawie jest zbędne i podlega umorzeniu na podstawie art. 568 pkt 2 ustawy Pzp.

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

Mając na uwadze wskazane okoliczności faktyczne i prawne Izba – działając na podstawie art. 553 zd. 2 w zw. z art. 568 pkt 2 ustawy Pzp – umorzyła postępowanie odwoławcze na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron oraz uczestników postępowania odwoławczego uznając, że dalsze prowadzenie postępowania w niniejszej sprawie stało się zbędne.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 557 ustawy Pzp w zw. z § 9 ust. 2 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 (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437) nakazując zwrot Odwołującemu kwoty uiszczonej przez niego tytułem wpisu od odwołania.

Przewodniczący:……...

Członkowie: ……

……