

POSTANOWENIE
z dnia 17 lipca 2023 roku

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Monika Szymanowska
Członkowie: Justyna Tomkowska
Agnieszka Trojanowska

po rozpoznaniu na posiedzeniu bez udziału stron i uczestników postępowania odwoławczego w dniu 17 lipca 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 3 lipca 2023 r. przez odwołującego Budimex S.A. w Warszawie w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Miasto Gliwice przy udziale wykonawców:

–Mostostal Warszawa S.A. w Warszawie,

–Mirbud S.A. w Skierniewicach,

przystępujących do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego

postanawia:

1. umorzyć postępowanie odwoławcze,

2. znieść wzajemnie między stronami koszty postępowania odwoławczego i nakazać Urzędowi Zamówień Publicznych zwrot na rzecz odwołującego Budimex S.A. w Warszawie kwoty 20 000,00 zł (dwadzieścia tysięcy złotych) uiszczonej tytułem wpisu 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 niniejszy postanowienie – w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....

Uzasadnienie

postanowienia z dnia 17 lipca 2023 r. w sprawie o sygn. akt: KIO 1914/23

Zamawiający – Miasto Gliwice ul. Zwycięstwa 21, 44-100 Gliwice, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn.: "Budowa szpitala miejskiego", o ogłoszeniu o zamówieniu publicznym opublikowanym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 22 czerwca 2023 r. pod nr 2023/S 119-373683. Postępowanie na roboty budowlane, o wartości powyżej kwoty określonej w przepisach wydanych na podstawie art. 3 ust. 3 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022 r. poz. 1710 ze zm.) dalej zwanej „p.z.p.”, jest prowadzone przez zamawiającego w trybie przetargu nieograniczonego.

W dniu 3 lipca 2023 r. odwołanie wobec treści dokumentacji postępowania wniósł wykonawca Budimex S.A. ul. Siedmiogrodzka 9, 01-204 Warszawa (dalej zwany „odwołującym”). We wniesionym środku zaskarżenia odwołujący postawił zamawiającemu następujące zarzuty naruszenia (pisownia oryginalna):

1. art. 8 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 647, art. 654, art. 5 i art. 353¹ KC w zw. z art. 453 ust. 1 i 2 ustawy Pzp w zw. z art. 16 ustawy Pzp poprzez wprowadzenie do wzoru umowy (dalej również jako „Umowa”) postanowień dotyczących zasad odbioru robót budowlanych, uzależniających dokonanie odbioru robót (a w konsekwencji wypłatę należnego wynagrodzenia i rozpoczęcie biegu okresu gwarancji i rękojmi) oraz zwrot 70% kwoty zabezpieczenia od usunięcia wszelkich wad zidentyfikowanych w ramach przedmiotu umowy, co godzi w istotę i naturę umowy o roboty budowlane, 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 353¹ KC w zw. z art. 647 KC poprzez przyznanie Zamawiającemu w ramach 56 ust. 6 Umowy prawa do odstąpienia od umowy i obniżenia wynagrodzenia w sytuacji zidentyfikowania wad jedynie utrudniających użytkowanie obiektu zgodnie z przeznaczeniem, przy jednoczesnym braku uwzględnienia możliwości ich usunięcia, a także finalnego wpływu na możliwość wykonania inwestycji, co prowadzi do niespójności postanowień umownych oraz niestabilności stosunku zobowiązaniowego i w konsekwencji nakłada na Wykonawcę zbyt duże ryzyko kontraktowe, niemożliwe do oszacowania przy uwzględnieniu uznaniowości wdrożenia przez Zamawiającego tego mechanizmu,

- 3.art. 8 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 5 i 353¹ KC w zw. z art. 431 ustawy Pzp w zw. z art. 632 KC i w zw. z art. 647 KC poprzez wskazanie modelu wynagrodzenia jako ryczałtowego i przeniesienie na wykonawcę wszelkich wynikających z tego ryzyk i obowiązków z jednoczesnym określeniem jednostronnej (tj. jedynie in minus) zasady modyfikacji wynagrodzenia wykonawcy za realizację zakresu poszczególnych elementów przedmiotu umowy w innych ilościach, co prowadzi do niespójności postanowień umownych oraz niestabilności stosunku zobowiązaniowego i w konsekwencji obciąża Wykonawcę jedynie ryzykiem wynikającym z poszczególnych modeli wynagrodzenia, bez zachowania równowagi wynikającej z określonych przepisami uprawnień Wykonawcy związanych z poszczególnymi modelami wynagrodzenia, co przy uwzględnieniu uznaniowości wdrożenia przez Zamawiającego tego mechanizmu przekłada się na obciążenie Wykonawcy niemożliwym do oszacowania i wyceny ryzykiem,
- 4.art. 16 ust. 3 ustawy Pzp w zw. z art. 106b ust. 1 pkt 1) w zw. z art. 106e ust. 1 pkt 12) oraz art. 19a ust. 1 w zw. z art. 29a ust 1 w zw. z art. 41 i aft. 146ea ustawy o podatku od towarów i usług poprzez ukształtowanie wymogów dotyczących sposobu fakturowania w sposób prowadzący do nadmiernego i nieadekwatnego obciążenia wykonawców, naruszającym równowagę stron umowy i prowadzącym do naruszenia ich praw podmiotowych, wymuszając konieczność kalkulacji dodatkowych, niemożliwych do precyzyjnego oszacowania ryzyk,
- 5.art. 447 ust. 1 pkt 1) ustawy Pzp w zw. z art. 16 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 5 i 353¹ KC poprzez wprowadzenie do Umowy niespójnych postanowień dotyczących zakresu koniecznego udokumentowania płatności na rzecz podwykonawców, bez jednoznacznego i konsekwentnego wskazania, iż chodzi o wynagrodzenie wymagalne w sytuacji, w której dyspozycja art. 447 ustawy Pzp 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,
- 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 determinujący jej rzeczywistą nierealność zastosowania i nieefektywność wypaczający ideę waloryzacji i będący sprzecznym z celem określonym w art. 439 ustawy Pzp,
- 7.art. 441 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 99 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 16 pkt 1) - 2) ustawy Pzp w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 353¹ KC poprzez nieprecyzyjne i rażąco nieproporcjonalne w porównaniu do całości przedmiotu zamówienia podstawowe określenie okoliczności dotyczących skorzystania z prawa opcji w zakresie terminu w jakim Zamawiający może złożyć deklarację o skorzystaniu z tej możliwości, opierającego się jednocześnie na nieproporcjonalnym i nieadekwatnym okresie realizacji, a ponadto przerzucenie na wykonawcę ryzyk związanych z kontynuacją realizacji robót budowlanych w przypadku wystąpienia konieczności zlecenia zamówienia opcjonalnego, co uniemożliwia racjonalną ocenę i wycenę przedmiotu zamówienia, a także identyfikację wszystkich ryzyk związanych z jego realizacją,
- 8.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. z art. 353¹ KC w zw. z art. 5 KC poprzez wprowadzenie do wzoru umowy postanowień zwalniających Zamawiającego z pokrywania jakichkolwiek kosztów wynikających z zawieszenia wykonania części lub całości robót, 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,
- 9.art. 8 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 5 i 353¹ KC art. 433 pkt 4) ustawy Pzp w zw. z art. 16 ustawy Pzp poprzez zastrzeżenie przez Zamawiającego nieproporcjonalnego limitu możliwych ograniczeń zakresu zamówienia, niweczącego cel dyspozycji art. 433 pkt 4) ustawy Pzp., naruszającego w konsekwencji równowagę stron umowy i prowadzącego do nadużycia prawa podmiotowego przez Zamawiającego,
- 10.art. 8 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 5 i 353¹ 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 stanowi środka do kompensacji realnej szkody po stronie Zamawiającego, względnie świadczy 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 niemożliwych do precyzyjnego oszacowania ryzyk,

11.art. 103 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z 54 ust. 1 Rozporządzenia Ministra Rozwoju i Technologii w sprawie szczegółowego zakresu i formy dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych oraz programu funkcjonalno-użytkowego w zw. z 95 ust. 1 w zw. z 512 w zw. z 514 ust. 1 pkt 11) Rozporządzenia ws. dokumentacji w zw. z art. 16 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy PZP w zw. z art. 5 i 353¹ KC poprzez ustalenie hierarchii dokumentów, będących źródłem interpretacji zobowiązań nałożonych na wykonawców w sposób sprzeczny z praktyką oraz właściwością i charakterystyką poszczególnych dokumentów, generujące ryzyka realizacyjne związane z koniecznością uzyskiwania zamiennych decyzji czy odstępstw, których wykonawcy nie są w stanie przewidzieć na obecnym etapie postępowania, i żądał nakazania zamawiającemu modyfikacji dokumentacji postępowania w sposób wskazany w uzasadnieniu środka zaskarżenia.

Ponadto, wobec spełnienia przesłanek art. 525 ust. 1 - 3 p.z.p. skład orzekający postanowił dopuścić do udziału w postępowaniu odwoławczym wykonawców Mostostal Warszawa S.A. ul. Konstruktorska 12A, 02-673 Warszawa i Mirbud S.A. ul. Unii Europejskiej 18, 96-100 Skierniewice, którzy zgłosili przystąpienie po stronie odwołującego.

W dniu 13 lipca 2023 r. zamawiający przekazał Izbie odpowiedź na odwołanie w której wskazano, że zamawiający częściowo uwzględnił odwołanie w zakresie: zarzutu nr 5 co do jednoznaczności zakresu dokumentów niezbędnych do dokonania płatności częściowych, zarzutu nr 6 - za wyjątkiem wprowadzenia do klauzuli waloryzacyjnej wskaźników waloryzacyjnych opartych na miesięcznych informacjach sygnałnych Głównego Urzędu Statystycznego, zarzutu nr 7 - za wyjątkiem długości żądanych przez odwołującego terminów, zarzutu nr 8 - za wyjątkiem długości żądanych przez odwołującego terminów oraz w całości zarzuty nr 9, 10 i 11. Natomiast w dniu 14 lipca 2023 r. odwołujący przekazał Izbie stanowisko procesowe, w którym oświadczył, że wycofuje pozostałe, nieuwzględnione przez zamawiającego zarzuty i wnosi o umorzenie postępowania odwoławczego oraz wzajemne zniesienie kosztów.

W wywiedzionym stanie faktycznym i prawnym, Izba stwierdziła spełnienie przesłanek opisanych w dyspozycji art. 522 ust. 3 p.z.p. i zobligowana była postępowanie umorzyć w związku z czym orzeczono jak w sentencji.

Rozstrzygnięcie o kosztach postępowania odwoławczego wydano na podstawie § 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).

Przewodniczący:.....

Członkowie:

.....