

Sygn. akt: KIO 2635/23

POSTANOWIENIE
z dnia 21 września 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Elżbieta Dobrenko

po rozpoznaniu w dniu 21 września 2023 r. w Warszawie na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu

7 września 2023 r. przez wykonawcę STRABAG Infrastruktura Południe Sp. z o.o.

z siedzibą w Wysokiej w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Powiat Wrocławski

postanawia:

1. umorzyć postępowanie odwoławcze;
2. znieść wzajemnie koszty postępowania odwoławczego i nakazać Urzędowi Zamówień Publicznych zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych kwoty 20.000,00 zł (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) na rzecz wykonawcy STRABAG Infrastruktura Południe Sp. z o.o. z siedzibą w Wysokiej, stanowiącej wpis od odwołania. 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 2023 r., poz. 1605) 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 2635/23

Uzasadnienie

Powiat Wrocławski, zwany dalej „Zamawiającym”, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia pn. „Budowa i przebudowa drogi powiatowej na odcinku od DK 35 w m. Małuszów do DP 1950D w m. Pietrzykowice prowadzącej do Podstrefy Wrocław-Kobierzyce TSSE EURO-PARK”, znak: SP-ZP.272.2.54.2023.KJ.II, dalej: „Postępowanie”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej

w dniu 28 sierpnia 2023 r. pod numerem 2023/S 164-517297.

W dniu 7 września 2023 r. wykonawca STRABAG Infrastruktura Południe Sp. z o.o. z siedzibą w Wysokiej zwany: „Odwołującym” wniósł odwołanie wobec niezgodnych z ustawą Pzp czynności Zamawiającego podjętych w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn.: „Budowa i przebudowa drogi powiatowej na odcinku od DK 35 w m. Małuszów do DP 1950D w m. Pietrzykowice prowadzącej do Podstrefy Wrocław-Kobierzyce TSSE EURO-PARK”.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 5 kc, art. 353¹ kc, art. 647 kc, art. 471 kc oraz art. 58 kc w zw. z art. 8 ust. 1 Pzp, art. 433 pkt 1) i 3) Pzp, art. 99 Pzp i art. 16 Pzp poprzez ukształtowanie postanowień umowy w sprawie zamówienia publicznego w § 18 ust. 2 pkt 2.1 umowy z przekroczeniem granic swobody umów, z wykorzystaniem pozycji dominującej organizatora przetargu i rażąco uprzywilejowaniem pozycji Zamawiającego i przerzuceniu na Wykonawcę w całości ryzyka ponoszenia kosztów realizacji robót w przedłużonym okresie realizacji, w sytuacji, gdy do przedłużenia doszło z przyczyn, za które wykonawca nie ponosi odpowiedzialności, tj. kosztów niemożliwych do przewidzenia i wyceny na etapie udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, co objawia się w (i) wprowadzeniu do umowy postanowień przewidujących odpowiedzialność wykonawcy za opóźnienie z przyczyn, za które Wykonawca odpowiedzialności nie ponosi, (ii) wprowadzenie do umowy postanowień przewidujących odpowiedzialność wykonawcy za okoliczności, za które wyłączną odpowiedzialność ponosi Zamawiający, a w konsekwencji zaniechanie opisanie przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący;
- 2) art. 5 kc, art. 353¹ kc, art. 647 kc, art. 433 pkt 3 Pzp w zw. z art. 16 pkt 3 Pzp, art. 8 ust. 1 Pzp, poprzez ukształtowanie postanowień umowy w sprawie zamówienia publicznego z przekroczeniem granic swobody umów, z wykorzystaniem pozycji dominującej organizatora przetargu oraz rażąco uprzywilejowaniem pozycji Zamawiającego, poprzez ustalenie w § 16 ust. 7 Umowy, że możliwość dochodzenia odszkodowania uzupełniającego przewyższającego zastrzeżone kary umowne do wysokości pełnej, faktycznie poniesionej szkody, w tym utraconych korzyści, przysługuje tylko Zamawiającemu, a takiego uprawnienia został pozbawiony wykonawca,
- 3) art. 436 pkt 1 Pzp w zw. z art. 134 ust 1 pkt 6, art. 99 Pzp w zw. z art. 16 pzp poprzez: faktyczne określenie w pkt 6 ust. 2 SWZ oraz § 4 ust 2 umowy terminu wykonania zamówienia oraz terminów wykonania części I i części II zamówienia datą kalendarzową, podczas gdy zgodnie z pzp termin ten powinien być określony poprzez wskazanie dni, tygodni, miesięcy lub lat, jak również poprzez zaniechania uzasadnienia przyczyny dla której Zamawiający określił termin zakończenia realizacji zamówienia datą kalendarzową.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i:

- 1) nakazanie Zamawiającemu usunięcia w § 18 ust. 2 pkt 2.1 umowy postanowienia: „Wykonawca nie może żądać zwiększenia wynagrodzenia lub zwrotu innych kosztów bezpośrednich lub pośrednich spowodowanych przestojem lub dłuższym czasem wykonywania umowy.” i zastąpienie go postanowieniem umożliwiającym wykonawcy żądanie zwiększenia wynagrodzenia lub zwrotu kosztów bezpośrednich lub pośrednich w przypadku przedłużenia okresu realizacji zadania z przyczyn nieleżących po stronie wykonawcy, np. o następującej treści: „Wykonawca może żądać zwiększenia wynagrodzenia lub zwrotu innych kosztów bezpośrednich lub pośrednich spowodowanych przestojem lub dłuższym czasem wykonywania umowy, w przypadku gdy przestój lub dłuższy czas wykonywania umowy spowodowany jest okolicznościami, za które wykonawca nie ponosi odpowiedzialności”;
- 2) nakazanie Zamawiającemu dokonanie zmiany zaskarżonych postanowień umowy w zakresie kar umownych poprzez wprowadzenie do umowy postanowienia o możliwości dochodzenia przez wykonawcę odszkodowania uzupełniającego, przewyższającego zastrzeżoną karę umowną, np. następującej treści: Wykonawca ma prawo dochodzenia odszkodowania uzupełniającego, przewyższającego zastrzeżone kary umowne, do wysokości pełnej faktycznie poniesionej szkody,
- 3) nakazanie Zamawiającemu dokonania zmiany w pkt 6 ust. 2 SWZ oraz § 4 ust 2 umowy poprzez zapisanie, że termin wykonania robót wynosi do 47 miesięcy od daty zawarcia umowy, w tym część I – do 36 miesięcy od dnia zawarcia umowy i części II – do 47 miesięcy od dnia zawarcia umowy.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.

Izba stwierdziła, że odwołanie nie zawiera braków formalnych, został uiszczony od niego wpis, nie zaistniały również przesłanki określone w art. 528 ustawy Pzp, których skutkiem byłoby odrzucenie odwołania.

Ustalono także, że do Prezesa Izby w ustawowym terminie nie wpłynęło żadne zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

W odpowiedzi na odwołanie (pismo z 15 września 2023 r.) Zamawiający oświadczył, iż uwzględni zarzut z punktu 1 odwołania w części, zarzut z pkt. 2 w całości i nie uwzględni zarzutu z pkt. 3 odwołania.

Natomiast Odwołujący cofnął odwołanie z 7 września 2023 r. w zakresie zarzutów przedstawionych w odwołaniu, a nieuwzględnionych przez Zamawiającego w odpowiedzi na odwołanie z dnia 15 września 2023 r., wniósł o umorzenie postępowania odwoławczego na posiedzeniu niejawnym bez obecności stron oraz rozstrzygnięcie o kosztach postępowania odwoławczego (pismo z 15 września 2023 r.).

Mając na uwadze powyższe okoliczności faktyczne Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że postępowanie odwoławcze podlega umorzeniu na podstawie art. 522 ust. 3 ustawy Pzp. Zgodnie z przywoływanym przepisem, 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.*

Stosownie do art. 568 pkt 3 ustawy Pzp, *Izba umarza postępowania odwoławcze, w formie postanowienia, w przypadku, o którym mowa w art. 522.*

W związku z powyższym Izba, działając na podstawie art. 522 ust. 3 i art. 568 pkt

3 ustawy Pzp, postanowiła jak w pkt 1 sentencji.

Izba orzekła o wzajemnym zniesieniu kosztów postępowania odwoławczego oraz nakazała zwrot Odwołującemu kwoty uiszczonej tytułem wpisu od odwołania, stosownie do przepisu

§ 9 ust. 1 pkt 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r.

w sprawie szczegółowych 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 koszty, o których mowa*

w, 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.

Uwzględniając powyższe, postanowiono jak w sentencji.

Przewodniczący:

.....