

POSTANOWENIE

z dnia 1 grudnia 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie: **Przewodniczący: Piotr Kozłowski**

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron i uczestnika postępowania odwoławczego **1 grudnia 2023 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej **20 listopada 2023 r.**

przez wykonawcę: **STRABAG sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie** [„Odwołujący”]

w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn. *Budowa dwóch budynków garażowych wraz z niezbędnym zagospodarowaniem terenu oraz wyburzenie budynku garażowego nr 34 w kompleksie wojskowym w Świętoszowie realizowane w ramach zadania 21471 pn. „Budowa budynków garażowych w PST nr 1”* (25/VI/WIB/23/R)

prowadzonym przez zamawiającego: **Rejonowy Zarząd Infrastruktury we Wrocławiu** [„Zamawiający”]

przy udziale wykonawcy: **Przedsiębiorstwo Instalacyjno-Montażowe „KZ” sp. z o.o.** – zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego

postanawia:

1. Umarza postępowanie odwoławcze.

2. Nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz Odwołującego kwoty 20000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczonej przez niego tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 579 i 580 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2023 r. poz. 1605 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**.

Uzasadnienie

Rejonowy Zarząd Infrastruktury we Wrocławiu {dalej: „Zamawiający”} prowadzi na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2023 r. poz. 1605 ze zm.) {dalej: „ustawa pzp” lub „ppzp”} w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia na roboty budowlane pn. *Budowa dwóch budynków garażowych wraz z niezbędnym zagospodarowaniem terenu oraz wyburzenie budynku garażowego nr 34 w kompleksie wojskowym w Świętoszowie realizowane w ramach zadania 21471 pn. „Budowa budynków garażowych w PST nr 1”* (25/VI/WIB/23/R). Ogłoszenie o tym zamówieniu 10 listopada 2023 r. zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej nr 2023/S_217 pod poz. 684069. Wartość tego zamówienia przekracza progi unijne.

20 listopada 2023 r. STRABAG sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie {dalej: „Odwołujący”} wniósł odwołanie wobec treści proponowanych postanowień umowy (dalej: „wzór Umowy”) specyfikacji warunków tego zamówienia objętych poniższymi zarzutami.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu następujące naruszenia przepisów ustawy pzp {jeżeli poniżej nie wskazano na inne akty prawne}:

1. Art. 447 ust. 1 i ust. 2 – przez zawarcie w treści wzoru Umowy postanowień uprawniających Zamawiającego do odmowy zapłaty na rzecz Wykonawcy jakiegokolwiek wynagrodzenia (zarówno częściowego oraz końcowego) w przypadku braku przedstawienia przez wykonawcę wszystkich dowodów zapłaty wynagrodzenia wszystkich zgłoszonych podwykonawców oraz dalszych podwykonawców o uregulowaniu wymagalnych należności – tj.: a) zawarcie w § 10 ust. 20 treści wzoru Umowy postanowienia: *W przypadku nieprzedstawienia przez Wykonawcę wszystkich dowodów zapłaty wynagrodzenia Podwykonawcom, Zamawiający wstrzymuje wypłatę należnego wynagrodzenia za odebrane roboty budowlane* – podczas gdy przepisy ustawy pzp nie przewiduje tego typu sankcji dla wykonawcy, natomiast w razie nieprzedłożenia przez wykonawcę wymaganych dowodów zapłaty wymagalnego wynagrodzenia podwykonawcom i dalszym podwykonawcom przyznają zamawiającemu uprawnienie do wstrzymania wynagrodzenia należnego wykonawcy jedynie w części równej sumie kwot wynikających z nieprzedstawionych dowodów zapłaty.
2. Art. 16 pkt 1, 2 i 3 oraz art. 433 pkt 3 w zw. z art. 8 ust 1, art. 353¹ Kodeksu cywilnego {dalej: „kc”} zw. z art. 647 kc i art. 649 kc – przez dopuszczenie możliwości zmiany wynagrodzenia należnego Wykonawcy tylko w dwóch przypadkach wskazanych w § 22 ust. 2 pkt 2 Umowy zależnych od decyzji Zamawiającego, tj. wprowadzenia rozwiązań zamiennych i zamówień dodatkowych oraz zmniejszenia zakresu zamówienia, podczas gdy we wszystkich przypadkach określonych w § 22 ust. 2 pkt 1) wzoru Umowy Zamawiający dopuścił tylko zmianę terminu wykonania przedmiotu Umowy bez uprawnienia Wykonawcy do żądania zmiany wynagrodzenia – co stanowi niezasadne

i bezpodstawne przerzucenie na Wykonawcę odpowiedzialności i ryzyka finansowego realizacji Umowy, gdyż na skutek zaistnienia okoliczności określonych w § 22 ust. 2 pkt 1) wzoru Umowy, zależnych od Zamawiającego bądź niezależnych od stron Umowy, Wykonawca zostaje pozbawiony możliwości zmiany wynagrodzenia na skutek braku podstaw prawnych do zmiany Umowy w tym zakresie. Przerzucenie takiego ryzyka na Wykonawcę wyczerpuje normę klauzuli abuzywnej i stanowi wyraz nadużycia pozycji dominującej przez Zamawiającego.

3. Art. 439 ust. 1 i 2 pkt 2, 4 w zw. z art. 16 pkt 3 art. 8 ust. 1 w zw. z art. 353¹ kc, art. 58 § 1 i 2 kc oraz art. 5 kc – poprzez sformułowanie § 23 ust. 2 Umowy w sposób uniemożliwiający dokonanie prawidłowej i zgodnej z celem przepisów ustawy pzp zmiany wysokości wynagrodzenia Wykonawcy w sytuacji zmiany cen materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia, w przypadku gdy umowa w sprawie zamówienia publicznego, której przedmiotem są roboty budowlane, została zawarta na okres dłuższy niż 6 miesięcy.

Odwolujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu dokonania zmiany postanowień objętych poszczególnymi zarzutami, tj.:

1. Nadania § 10 ust. 20 wzoru Umowy następującego brzmienia: *W przypadku nieprzedstawienia przez Wykonawcę wszystkich dowodów zapłaty wynagrodzenia Podwykonawcom, Zamawiający uprawniony jest wstrzymać wypłatę należnego Wykonawcy wynagrodzenia w części równej sumie kwot wynikających z nieprzedstawionych oświadczeń częściowych lub oświadczeń końcowych podwykonawców/dalszych podwykonawców.*

2. Dodania w § 22 ust. 2 pkt 1) wzoru Umowy, że Wykonawca będzie miał uprawnienie nie tylko do zmiany terminu realizacji umowy, ale również wynagrodzenia.

3. Nadania § 23 ust. 2 i 6 wzoru Umowy treści odwołującej się do odpowiedniego poziomu wskaźnika cen produkcji budowlano-montażowej publikowanego przez Prezesa GUS oraz sposobu liczenia waloryzacji, a także podniesienia wskaźnika maksymalnej łącznej wartości waloryzacji, przy jednoczesnym wykreśleniu zapisów Umowy, które powodują pozorność waloryzacji [tj. brzmienia sprecyzowanego również w ramach tego żądania].

29 listopada 2023 r. wpłynęła do Izby odpowiedź na powyższe odwołanie, w której Zamawiający oświadczył, że uwzględnia odwołanie w następującym zakresie:

I. Na podstawie art. 522 ust. 4 ustawy Pzp, Zamawiający uwzględnia stanowisko Odwołującego, tj.:

1. Wykreśla się § 22 ust. 2 pkt 2) oraz nadaje mu się nowe brzmienie: „Wynagrodzenia Wykonawcy: a) poprzez jego podwyższenie lub obniżenie proporcjonalnie do zakresu prac niezbędnych do wykonania a wynikających z wystąpienia sytuacji, o których mowa w § 22 ust. 2 pkt 1) stosowanych odpowiednio, na zasadach określonych w § 11 umowy; b) w przypadku zmniejszenia zakresu zamówienia, na zasadach określonych w § 11 umowy. Zmniejszenie zakresu zamówienia nie może być większe niż 15% wartości umowy”.

2. Wykreśla się § 23 ust 2 pkt 1) lit. b).

3. Zmianie ulega treść §23 ust 2 pkt 3), który otrzymuje brzmienie: „Wartość wynagrodzenia podlegającego waloryzacji ustalana jest na dzień złożenia wniosku o waloryzację z uwzględnieniem zapisów niniejszej umowy”.

4. Zmianie ulega treść § 23 ust. 2 pkt 4), który otrzymuje brzmienie: „Strona zainteresowana waloryzacją wynagrodzenia przedkłada drugiej stronie umowy wniosek o dokonanie waloryzacji wynagrodzenia. Wniosek winien zawierać: a) informację o wysokości wskaźnika (wraz z potwierdzającym okoliczności wydrukiem z publikatora GUS); b) informację o zakresie rzeczowym i wartości wynagrodzenia podlegającego waloryzacji”.

5. Zmianie ulega treść § 23 ust. 2 pkt 5), który otrzymuje brzmienie: „Wykonawca/Zamawiający uprawniony jest do złożenia wniosku o waloryzację nie wcześniej niż po upływie 6 miesięcy licząc od dnia zawarcia umowy. Na dzień złożenia wniosku Wykonawca musi wykazać co najmniej 30% zaawansowania realizacji przedmiotu umowy.

(...)

II. Zamawiający dokonuje zmiany zapisów umowy, tj.:

1. Zmianie ulega treść §10 ust. 20, który otrzymuje brzmienie: „W przypadku nieprzedstawienia przez Wykonawcę wszystkich dowodów zapłaty wymagalnego wynagrodzenia Podwykonawcom, Zamawiający uprawniony jest wstrzymać wypłatę należnego Wykonawcy wynagrodzenia za odebrane roboty budowlane, w części równej sumie kwot wynikających z nieprzedstawionych dowodów zapłaty podwykonawców/dalszych podwykonawców”.

2. Zmianie ulega treść §23 ust 2 pkt 1), który otrzymuje brzmienie: „W sytuacji wystąpienia okoliczności, o której mowa w ust. 1 pkt 1 powyżej: 1) Każda ze stron Umowy uprawniona jest do żądania zmiany wysokości wynagrodzenia, o którym mowa w § 11 Umowy (wzrostu lub obniżenia), w przypadku zmiany „Wskaźnika Cen Produkcji Budowlano-Montażowej”, ogłaszanego co kwartał w komunikacie Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego (GUS) w Dzienniku Urzędowym GUS (<https://stat.gov.pl/sygnalne/komunikatv-i-obwieszczenia/lista-komunikatow-i-obwieszczen/komunikat-w-sprawie-zmian-cen-produkcji-budowlano-montazowej-w-pierwszym-kwartale-2023-roku,266.38.html>), na podstawie wniosku o waloryzację złożonego po upływie 6 miesięcy od dnia zawarcia umowy, gdy wyrażona procentowo suma wskaźników GUS za dwa kwartały bezpośrednio poprzedzające kwartał, w którym został złożony wniosek o waloryzację (wskaźnik zmiany) wyniesie co najmniej 5%. W takim przypadku wskaźnik waloryzacji

wyliczany jest według wzoru: wskaźnik waloryzacji = wskaźnik zmiany minus (-) 5%”.

3. Zmianie ulega treść § 23 ust. 2 pkt 6), który otrzymuje brzmienie: „Kolejna waloryzacja może być dokonana w okresach nie krótszych niż 6 miesięcy”.

4. Zmianie ulega treść § 23 ust. 6, który otrzymuje brzmienie: „Maksymalna łączna wartość waloryzacji wynagrodzenia w ramach § 23 niniejszej Umowy w całym okresie jej obowiązywania nie może wynieść więcej niż 5% wynagrodzenia Wykonawcy wskazanego w § 10 Umowy w wysokości z dnia zawarcia Umowy”.

5. Zmianie ulega treść § 23 ust. 2 pkt 10) umowy, który otrzymuje brzmienie: „Waloryzacja nie obejmuje części wynagrodzenia Wykonawcy, odpowiadającej kwocie udzielonej zaliczki.

W pozostałym zakresie Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania.

Zamawiający przedstawił ponadto obszernie uzasadnienie dla zajęcia takiego stanowiska w sprawie.

1 grudnia 2023 r. wpłynęło do Izby pismo Odwołującego, w którym oświadczył, że wycofuje zarzuty odwołania w części nieuwzględnionej przez Zamawiającego w odpowiedzi na odwołanie.

Do postępowania odwoławczego w tej sprawie nie zgłoszono żadnego przystąpienia po stronie Zamawiającego.

W tych okolicznościach Izba zważyła, co następuje:

Zgodnie z art. 522 ust. 3 pzp 3. 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.

Ponieważ zaistniała sytuacja opisana w hipotezie przywołanego przepisu, Izba zobligowana jest do umorzenia postępowania odwoławczego w tej sprawie bez merytorycznego rozpoznania zarzutów odwołania.

Z tych względów – działając na podstawie art. 568 pkt 3 ustawy pzp – Izba umorzyła postępowanie odwoławcze.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do treści art. 575 ustawy pzp w zw. z § 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. poz. 2437), nakazując zwrot Odwołującemu kwoty uiszczonej tytułem wpisu.