Sygn. akt: KIO 2196/25

POSTANOWIENIE

Warszawa, dnia 25 czerwca 2025 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca:Irmina Pawlik

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron oraz uczestników w dniu 25 czerwca 2025 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 2 czerwca 2025 r. przez wykonawcę Budimex S.A. siedzibą w Warszawie w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Województwo Pomorskie przy udziale uczestnika po stronie odwołującego: wykonawcy NDI S.A. z siedzibą w Sopocie

postanawia:

1.umarza postępowanie odwoławcze;

2.nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz wykonawcy Budimex S.A. siedzibą w Warszawie kwoty 20 000 zł 00 gr (dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczonej tytułem wpisu od odwołania.

Na orzeczenie - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie - Sądu Zamówień Publicznych.

Przewodnicząca:……..……

Sygn. akt: KIO 2196/25

U z a s a d n i e n i e

Województwo Pomorskie (dalej jako „Zamawiający") prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia w trybie przetargu nieograniczonego na roboty budowlane pod nazwą „Budowa budynku administracyjno-biurowego w Gdańsku wraz z infrastrukturą towarzyszącą, rozbiórkami oraz z zagospodarowaniem terenu" (nr postępowania: DAZ-Z.272.39.2025). Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 21 maja 2025 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej S: 97/2025 pod numerem 327626-2025. Do ww. postępowania o udzielenie zamówienia zastosowanie znajdują przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2024 r. poz. 1320, dalej „ustawa Pzp"). Wartość szacunkowa zamówienia przekracza progi unijne, o których mowa w art. 3 ustawy Pzp.

W dniu 2 czerwca 2025 r. wykonawca Budimex S.A. siedzibą w Warszawie (dalej jako „Odwołujący") wniósł odwołanie wobec treści ogłoszenia o zamówieniu oraz dokumentów zamówienia, zarzucając naruszenie przez Zamawiającego:

1.art. 433 ust. 1 pkt 3) ustawy Pzp, art. 455 ust. 1 w zw. z art. 99 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 5 KC, art. 58 KC, art. 353^1 KC w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp poprzez wprowadzenie do Umowy postanowień, z których wynika odpowiedzialność wykonawcy za okoliczności za które odpowiedzialność ponosi zamawiający, tj. za treść dokumentacji Postępowania (w tym dokumentacji projektowej), za prawidłowość identyfikacji uwarunkowań istotnych z punktu widzenia realizacji zamówienia, przekładających się na treść dokumentacji, za jej niekompletność, niepoprawność, niespójność, błędy, pominięcia lub inne braki, co stanowi o przerzuceniu na wykonawców wszelkich ryzyk związanych z nieprawidłowym i niejednoznacznym opisem przedmiotu zamówienia i odpowiedzialność za kompletność i prawidłowość dokumentacji projektowej, którą przygotował podmiot trzeci wybrany przez zamawiającego, co w konsekwencji uniemożliwia racjonalną kalkulację ceny oferty i jej przygotowanie, w sytuacji, w której dyspozycja art. 433 ustawy Pzp wprost wskazuje, że taka klauzula jest klauzulą abuzywną, prowadzącą do nadużycia przez Zamawiającego prawa do kształtowania postanowień umownych i jego pozycji dominującej, będąc jednocześnie postanowieniem niekorzystnym dla wykonawców, naruszającym bezwzględnie obowiązujące przepisy prawa oraz prowadzącą do zachwiania równowagi stron stosunku zobowiązaniowego i naruszenia zasad współżycia społecznego i praw podmiotowych wykonawców (zarzut nr 1);

2.art. 8 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 577 § 4, art. 568 § 1, art. 647, art. 654, art. 5 i art. 353^1 KC w zw. z art. 99 ust. 1 w zw. art. 16 ustawy Pzp poprzez wprowadzenie do Umowy niejednoznacznych postanowień dotyczących zasad odbioru robót budowlanych, uzależniających de facto dokonanie odbioru i wypłatę należnego wynagrodzenia od odbioru bezusterkowego, co godzi w istotę i naturę umowy o zamówienie publiczne, w tym 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 (zarzut nr 2);

3.art. 447 ust. 1 pkt 1) ustawy Pzp w zw. z art. 447 ust. 2 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 353^1 KC poprzez wprowadzenie do Umowy postanowień uzależniających i warunkujących wystawienie każdej faktury za wynagrodzenie należne wykonawcy od przedstawienia wszystkich szczegółowo określonych przez Zamawiającego dowodów zapłaty na rzecz podwykonawców w sytuacji, w której dyspozycja art. 447 ustawy Pzp nie określa rodzaju dowodów możliwych do złożenia przez wykonawcę, umożliwia Zamawiającemu wstrzymanie zapłaty wynagrodzenia wykonawcy tylko w odpowiedniej części tj. w zakresie, dla którego nie przedstawiono dowodów zapłaty oraz umożliwia weryfikację płatności wynagrodzenia podwykonawcom dopiero od drugiej i następnych części należnego wynagrodzenia, co jednocześnie stanowi wymaganie nieproporcjonalne i nadmiarowe, godzi w istotę i naturę umowy o roboty budowlane, stanowiąc wyraz nadużycia prawa Zamawiającego do kształtowania postanowień umownych i jego pozycji dominującej, będąc jednocześnie postanowieniem niekorzystnym dla wykonawców, naruszającym bezwzględnie obowiązujące przepisy prawa oraz równowagę stron umowy i prowadzącym do naruszenia praw podmiotowych wykonawców (zarzut nr 3);

4.art. 452 i art. 453 ustawy Pzp w zw. z art. 16 ustawy Pzp w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 5, art. 58 i art. 3531 KC poprzez wprowadzenie do Umowy postanowień dotyczących zabezpieczenia należytego wykonania umowy, które zostały sformułowane w sposób wypaczający ideę zabezpieczenia i sprzeczny z celem i zasadami określonymi w ustawie Pzp, co stanowi wyraz nadużycia prawa Zamawiającego do kształtowania postanowień umownych i jego pozycji dominującej, będąc jednocześnie postanowieniem niekorzystnym dla wykonawców, naruszającym bezwzględnie obowiązujące przepisy prawa oraz równowagę stron umowy i prowadzącym do naruszenia praw podmiotowych wykonawców (zarzut nr 4);

5.art. 8 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 5 i 353^1 KC w zw. z art. 473 § 1 KC w zw. z art. 483 KC w zw. z art. 484 § 2 KC w zw. z art. 16 ustawy Pzp poprzez zastrzeżenie przez Zamawiającego w ramach Umowy górnego limitu kar umownych o rażąco wygórowanej wysokości, co jest nadmiernym i nieadekwatnym obciążeniem wykonawcy w stosunku do specyfiki realizacji i uwarunkowań rynkowych, stanowiąc jednocześnie wyraz nadużycia prawa Zamawiającego do kształtowania postanowień umownych i jego pozycji dominującej oraz będąc postanowieniem niekorzystnym dla wykonawców, naruszającym równowagę stron umowy i prowadzącym do naruszenia praw podmiotowych wykonawców (zarzut nr 5);

6.art. 439 ust. 1 i ust. 2 ustawy Pzp w zw. z art. 16 ustawy Pzp w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 58, art. 5 i art. 353^1 KC poprzez wprowadzenie do Umowy postanowień dotyczących zmian wysokości wynagrodzenia umownego należnego wykonawcy w sytuacji zmiany cen materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia, które są nieproporcjonalne, niedostosowane do realiów rynkowych, sformułowane w sposób wypaczający ideę waloryzacji i będący sprzeczny z celem określonym w art. 439 ustawy Pzp, determinując jej nieefektywność i nierealność, i tym samym utrudniając lub wręcz uniemożliwiając dokonanie odpowiedniej waloryzacji wynagrodzenia, a jednocześnie stanowiąc obejście przepisów ustawy o obowiązku waloryzacji wynagrodzenia w przypadku zmiany cen materiałów i kosztów związanych z realizacją zamówienia, co godzi w istotę i naturę umowy o roboty budowlane, stanowiąc jednocześnie wyraz nadużycia prawa Zamawiającego do kształtowania postanowień umownych i jego pozycji dominującej, będąc jednocześnie postanowieniem niekorzystnym dla wykonawców, naruszającym bezwzględnie obowiązujące przepisy prawa oraz równowagę stron umowy i prowadzącym do naruszenia praw podmiotowych wykonawców (zarzut nr 6).

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu dokonania zmiany treści dokumentacji postępowania (w tym SWZ, umowy, ogłoszenia) w sposób wskazany w uzasadnieniu odwołania.

Odwołujący w dniu 24 czerwca 2025 r. złożył pismo, w którym wniósł o umorzenie postępowania na podstawie art. 568 pkt 2 ustawy Pzp w zakresie, w jakim Zamawiający zmienił treść dokumentacji postępowania w trakcie postępowania odwoławczego w zakresie objętym odwołaniem. W pozostałym zakresie Odwołujący oświadczył, że cofa odwołanie.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba stwierdziła skuteczność przystąpienia zgłoszonego do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego przez wykonawcę NDI S.A. z siedzibą w Sopocie. Do postępowania odwoławczego nie zgłoszono innych przystąpień.

Izba ustaliła, że Odwołujący w ramach podniesionych żądań domagał się wprowadzenia odpowiednich modyfikacji w: pkt 2 OPZ (str. 37) oraz § 3 ust. 1 pkt 1 umowy (zarzut 1), § 9 ust. 5 pkt 1 umowy (zarzut 2), § 5 ust. 5 pkt 1, § 5 ust. 11 umowy (zarzut 3), § 6 ust. 9 umowy (zarzut 4), § 7 ust. 3 umowy (zarzut 5), § 14 ust. 2-3 umowy (zarzut 6).

Zamawiający pismem z 16 czerwca 2025 r. wprowadził zmiany treści SWZ, w tym m.in.:

–zmodyfikował pkt 2 OPZ (str. 37) częściowo zgodnie z żądaniem odwołania i w sposób kierunkowo zgodny z

argumentacją Odwołującego,

- wprowadził nowe brzmienie § 3 ust. 1 pkt 1 umowy,
- zmodyfikował § 9 ust. 5 pkt 1 umowy w sposób kierunkowo zgodny z żądaniem Odwołującego,
- zmienił treść § 5 ust. 5 pkt 1 umowy,
- zmodyfikował treść § 5 ust. 11 umowy częściowo zgodnie z żądaniem Odwołującego,
- wprowadził nowe brzmienie § 6 ust. 9 umowy,
- obniżył łączną maksymalną wysokość kar umownych (§ 7 ust. 3 umowy) w sposób częściowo korelujący z żądaniem Odwołującego,
- zmodyfikował treść § 14 ust. 2-3 umowy zgodnie z żądaniem Odwołującego.

Zamawiający dokonał zatem modyfikacji opisu przedmiotu zamówienia oraz projektowanych postanowień umowy w sposób czyniący częściowo zadość żądaniom Odwołującego, a ponadto wprowadził nowe brzmienie części postanowień objętych zakresem zaskarżenia. W konsekwencji w tym zakresie zachodzi podstawa do umorzenia postępowania odwoławczego w oparciu o art. 568 pkt 2 ustawy Pzp. Zgodnie z tym przepisem Izba umarza postępowania odwoławcze, w formie postanowienia, w przypadku stwierdzenia, że dalsze postępowanie stało się z innej przyczyny zbędne lub niedopuszczalne. Art. 552 ust. 1 ustawy Pzp nakazuje, aby Izba orzekając wzięła za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania odwoławczego. Skoro Zamawiający w dniu 16 czerwca 2025 r. dokonał modyfikacji opisu przedmiotu zamówienia i postanowień umowy, zmieniając treść zaskarżonych postanowień w sposób, który czynił w znacznej mierze zadość oczekiwaniom Odwołującego, a ponadto częściowo wprowadzał nowe brzmienie postanowień umownych, to należało uznać, że w odniesieniu do tego zakresu dalsze prowadzenie postępowania odwoławczego stało się zbędne. Zakwestionowane wymagania na moment orzekania miały już inne brzmienie niż w chwili wnoszenia odwołania, a ich zmodyfikowana treść zasadniczo satysfakcjonowała Odwołującego, czemu dał wyraz w złożonym w dniu 24 czerwca 2025 r. wniosku o umorzenie postępowania. Tym samym brak było w tym zakresie dalszego sporu pomiędzy Odwołującym a Zamawiającym, a postępowanie odwoławcze w tej części uznać należy za zbędne, co stanowi podstawę do umorzenia postępowania odwoławczego w oparciu o art. 568 pkt 2 ustawy Pzp. W pozostałym zaś zakresie, tj. w zakresie, w jakim Zamawiający nie wprowadził wszystkich oczekiwanych przez Odwołującego zmian, Odwołujący złożył oświadczenie o wycofaniu odwołania, a zatem postępowanie odwoławcze w pozostałej części podlegało umorzeniu na podstawie art. 568 pkt 1 w zw. z art. 520 ust. 1 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 557, art. 574 i art. 575 ustawy Pzp oraz (wobec braku regulacji szczególnej) odpowiednio na podstawie § 9 ust. 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437), nakazując dokonanie na rzecz Odwołującego zwrotu z rachunku Urzędu Zamówień Publicznych kwoty 20 000 uiszczonej tytułem wpisu od odwołania.

Przewodnicząca: …….