

Sygn. akt: KIO 855/23

**POSTANOWIENIE**  
**z dnia 7 kwietnia 2023 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** – w składzie:

**Przewodniczący:** Emilia Garbala

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron w dniu 7 kwietnia 2023 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 27 marca 2023 r. przez wykonawcę odwołującego: **STRABAG sp. z o.o., ul. Parzniewska 10, 05-800 Pruszków,**

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Powiat Bialski, ul. Brzeska 41, 21-500 Biała Podlaska,**

**postanawia:**

1. **umarza postępowanie odwoławcze,**
2. nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz wykonawcy STRABAG sp. z o.o., ul. Parzniewska 10, 05-800 Pruszków, kwoty 20 000,00 zł (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy), tytułem uiszczzonego wpisu.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 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: .....

## **Uzasadnienie**

Zamawiający – Powiat Bielski, ul. Brzeska 41, 21-500 Biała Podlaska, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Budowa budynku o przeznaczeniu społeczno-kulturalnym na potrzeby mieszkańców Powiatu Bielskiego”, numer referencyjny: OA.272.4.2023.ŁC. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 17.03.2023 r., nr 2023/S 055-160614.

W dniu 27.03.2023 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wniesione przez wykonawcę STRABAG sp. z o.o., ul. Parzniewska 10, 05-800 Pruszków (dalej: „odwołujący”), w którym odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1) art. 16 w zw. z art. 433 pkt 2 i pkt 3 i art. 8 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2022 r. poz. 1710 ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp”, w zw. z art. 353<sup>1</sup> kc, art. 58 kc, art. 5 kc i art. 647 kc w zw. z art. 473 § 1 kc ze względu na sformułowanie SWZ i projektowanych postanowień umowy w sposób nadużywający swobody zamawiającego do kształtowania postanowień umownych, obciążający wykonawcę odpowiedzialnością za okoliczności, za które wyłączną odpowiedzialność ponosi zamawiający, uniemożliwiający wykonawcy prawidłowe oszacowanie ryzyk związanych z realizacją umowy oraz mogący prowadzić do niczym nieuzasadnionego wzbogacenia się zamawiającego, poprzez ustalenie m.in.:

1.1 w § 17 ust. 1 pkt 5 PPU fakultatywnego prawa do zmiany terminu realizacji zamówienia lub zakresu świadczeń lub sposobu wykonywania zamówienia lub wynagrodzenia wykonawcy w przypadku, gdy w wyniku trwającej procedury zmiany miejscowego planu zagospodarowania przestrzennego nie zostanie uchwalony dokument na podstawie projektu, którego opracowane zostało PFU lub dokument taki zostanie uchwalony w brzmieniu innym, niż projekt służący do opracowania PFU, który to zapis w istocie obciąża wykonawcę odpowiedzialnością za okoliczności, za które wyłączną odpowiedzialność ponosi zamawiający, gdyż PFU, na podstawie którego ma zostać sporządzona oferta, zostało opracowane na podstawie projektu miejscowego planu zagospodarowania przestrzennego w toku trwającej procedury jego zmiany,

1.2 w § 14 ust. 1 pkt 7) PPU prawa zamawiającego do naliczenia wykonawcy kary umownej z tytułu odstąpienia od umowy, przez którąkolwiek ze Stron, z przyczyn leżących po stronie wykonawcy, która w istocie może stanowić podstawę do naliczenia kary umownej za zachowanie wykonawcy niezwiązane bezpośrednio lub pośrednio z przedmiotem umowy lub jej prawidłowym wykonaniem, tj. za odstąpienie od umowy również przez wykonawcę z przyczyn, które nie muszą wynikać z winy wykonawcy, ale

mogą być również wynikiem działań osób trzecich, podczas gdy zamawiający powinien być uprawniony do naliczenia kary umownej wyłącznie z tytułu odstąpienia od umowy przez zamawiającego z winy wykonawcy,

- 2) art. 433 pkt 4 ustawy Pzp poprzez niewskazanie w § 17 ust. 1 pkt 3 PPU minimalnej wartości lub wielkości świadczenia stron w przypadku ograniczenia zakresu zamówienia,
- 3) art. 16 w zw. z art. 436 pkt 3 i art. 8 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 353<sup>1</sup> kc, art. 58 kc, art. 5 kc i art. 647 kc w zw. z art. 484 § 2 w zw. z art. 483 kc i art. 473 § 1 kc ze względu na sformułowanie postanowień dotyczących kar umownych w sposób nadużywający swobody zamawiającego do kształtowania postanowień umownych, uniemożliwiający wykonawcy prawidłowe oszacowanie ryzyk związanych z realizacją umowy oraz mogący prowadzić do niczym nieuzasadnionego wzbogacenia się zamawiającego, poprzez wprowadzenie w § 14 ust. 8 PPU rażąco wygórowanego limitu kar umownych, tj. wskazanie że: „Maksymalną łączną wysokość kar umownych strony ustalają na kwotę równą 50% wynagrodzenia ryczałtowego brutto określonego w § 10 ust. 1 umowy.” podczas gdy górny limit kar umownych nie powinien przekraczać łącznie wysokości kary z tytułu odstąpienia od umowy (§ 14 ust. 1 pkt. 7) PPU) tj. 10% wartości wynagrodzenia umownego brutto. Ustalenie górnego limitu kar umownych przekraczającego wysokość kary umownej zastrzeżonej z tytułu odstąpienia od umowy z przyczyn leżących po stronie wykonawcy, która w istocie jest karą na okoliczność niewykonania zamówienia jest nieproporcjonalne, prowadzi do naruszenia zasad kontraktowania i bezpodstawnie wzbogaca zamawiającego. Zamawiający np. z tytułu nieprawidłowego wykonania umowy (np. nieterminowego wykonania umowy) będzie mógł naliczyć karę wyższą niż z tytułu niewykonania umowy w całości, co jest nadmiernym i nieproporcjonalnym obciążeniem wykonawcy w stosunku do specyfiki realizacji zamówienia, naruszającym równowagę stron umowy i prowadzącym do naruszenia praw podmiotowych wykonawców. Ponadto żądanie kar jednostkowych ponad karę za odstąpienie jest niezasadne i niezgodne z przepisami kodeksu cywilnego.

W związku z powyższym odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu dokonania modyfikacji swz, w tym projektu umowy, we wskazany w odwołaniu sposób.

Pismem z dnia 07.04.2023 r. zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której oświadczył, że uwzględni je częściowo, tj. w zakresie zarzutów nr 1 i 2.

Pismem z dnia 07.04.2023 r. odwołujący oświadczył, że cofa odwołanie w zakresie zarzutu nieuwzględnionego przez zamawiającego, tj. zarzutu nr 3.

Żaden wykonawca nie przystąpił do postępowania odwoławczego.

Zgodnie z art. 522 ust. 3 ustawy Pzp, 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.

Zgodnie z § 9 ust. 1 pkt 2 lit. b) rozporządzenia w sprawie szczegółowych rodzajów 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:

2) koszty, o których mowa w § 5 pkt 2, znosi się wzajemnie, jeżeli przed otwarciem rozprawy zamawiający uwzględnił:

b) 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.

Dlatego też Izba umorzyła postępowanie odwoławcze i nakazała zwrócić odwołującemu kwotę uiszczonego wpisu od odwołania.

Przewodniczący: .....