

POSTANOWIENIE
z dnia 2 grudnia 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Agnieszka Trojanowska

po rozpoznaniu na posiedzeniu bez udziału stron i uczestnika postępowania w Warszawie w dniu 2 grudnia 2022 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 24 listopada 2022 r. przez **wykonawcę Strabag spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Pruszkowie, ul. Parzniewska 10** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Dyrekcji Rozbudowy Miasta Gdańska działającego w imieniu i na rzecz Gminy Miasta Gdańska z siedzibą w Gdańsku, ul. Żaglowa 11**

przy udziale **Polimex Infrastruktura spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, Al. Jana Pawła II 12** zgłaszającego swoje przystąpienie w sprawie sygn. akt KIO 3118/22 po stronie odwołującego

postanawia:

1. Umorzyć postępowanie,
2. Nakazać zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych kwoty 18 000zł. 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **wykonawcę Strabag spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Pruszkowie, ul. Parzniewska 10** tytułem zwrotu 90% wpisu 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 2022 r., poz. 1710 z późn. 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

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego pn.: Przebudowa fragmentu DW 218 – ul. Kielnieńska na odcinku od obwodnicy S6 do wiaduktu kolejowego na styku Obwodnicy Trójmiasta z Obwodnicą Metropolitalną Etap I zostało wszczęte ogłoszeniem opublikowanym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 25 kwietnia 2022 r. pod numerem 2022/S 080-214202.

W dniu 14 listopada 2022 r. zamawiający zmienił SWZ, zmieniając kwestionowane przez odwołującego postanowienia § 15 ust. 2 załączniku nr 9 do SWZ „Projektowane postanowienia umowy w sprawie zamówienia publicznego (wzór umowy)”. Tego samego dnia informacja o zmianie SWZ została zamieszczona na stronie internetowej – platformie zakupowej zamawiającego.

W dniu 24 listopada 2022 r. wykonawca Strabag spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Pruszkowie wniósł odwołanie. Odwołanie zostało wniesione przez pełnomocnika działającego na podstawie pełnomocnictwa z dnia 23 listopada 2022 r. udzielonego przez dwóch prokurentów ujawnionych w KRS i upoważnionych do łącznej reprezentacji. Odwołanie zostało przekazane zamawiającemu w dniu 24 listopada 2022 r.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 8 ust. 1 ustawy, w zw. z art. 3531 k.c., art. 58 k.c., art. 3581 § 2 k.c., art. 439 ust. 1 i 2 ustawy oraz art. 16 ust. 1 i 3 ustawy przez ukształtowanie klauzuli waloryzacyjnej w sposób nie pozwalający na zapewnienie ekwiwalentności świadczeń stron umowy oraz nie niwelujący ryzyk związanych ze zmianami kosztów wykonania zamówienia publicznego, co przejawia się m.in. w ustanowieniu mechanizmu przewidującego możliwość obniżenia wynagrodzenia należnego wykonawcy, nawet wtedy, gdy ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia będą wzrastały.

Wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu zmiany SWZ przez zmianę § 15 ust. 2 pkt 6 i 7 załącznika nr 9 do SWZ „Projektowane postanowienia umowy w sprawie zamówienia publicznego (wzór umowy)”, aby zastrzeżenia te otrzymały odpowiednio brzmienie:

„6) waloryzacja będzie się odbywać w oparciu o wskaźnik cen produkcji budowlano-montażowej (tablica 1) OGÓŁEM publikowane przez Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego. W przypadku, gdyby te wskaźniki przestały być dostępne, zastosowanie będą miały inne, najbardziej zbliżone, wskaźniki publikowane przez Prezesa GUS;

7) obliczenie wysokości kwot do zapłaty wykonawcy nastąpi wg. wzoru:

$$Kz=Kp*W/100$$

gdzie:

Kz – kwota waloryzacji

Kp – kwota do zwaloryzowania

W – wskaźnik cen produkcji budowlano-montażowej (tablica nr 1) OGÓŁEM;”.

Odwołujący wskazał, że posiada interes we wniesieniu odwołania. Odwołujący, jest podmiotem profesjonalnie działającym na rynku budowlanym, w tym w sektorze inwestycji realizowanych w trybie zamówień publicznych. Postanowienia zawarte w załączniku nr 9 do SWZ „Projektowane postanowienia umowy w sprawie zamówienia publicznego (wzór umowy)” w zakresie odnoszącym się do waloryzacji wynagrodzenia w brzmieniu nadany zmiany z dnia 14.11.2022 r. są niezgodne z ustawą oraz kodeksem cywilnym. Formułując zapisy wzoru umowy zamawiający narusza podstawowe uprawnienia wykonawcy, gdyż w sposób niezgodny z ustawą wprowadza mechanizm waloryzacji, który nie niweluje ryzyk związanych ze zmianami kosztów wykonania zamówienia publicznego.

Na skutek uchybień zamawiającego, które stanowią przedmiot zarzutów niniejszego odwołania, odwołujący nie jest w stanie przygotować i złożyć prawidłowej i zgodnej z ustawą oferty, podczas gdy posiada wymagane w postępowaniu kwalifikacje tj. wiedzę, doświadczenie i potencjał wymagany przez zamawiającego.

Odwołujący zamierza złożyć ofertę w tym postępowaniu, a tym samym ma realne szanse na realizację zamówienia. W obliczu kwestionowanych uregulowań projektu umowy, odwołujący nie jest w stanie skalkulować ceny oferty w sposób uwzględniający wymogi ustawy. Ponadto wskazał, że w sytuacji, gdy postanowienia umowy zostały sformułowane w sposób sprzeczny z ustawą oraz kodeksem cywilnym, odwołujący ma ograniczone możliwości złożenia konkurencyjnej oferty. Kwestionowane postanowienia umowy pozbawiają odwołującego możliwości uzyskania przedmiotowego zamówienia i jego realizacji na najkorzystniejszych dla zamawiającego w warunkach uczciwej konkurencji.

W kontekście interesu prawnego odwołujący wskazuje na aktualne stanowisko KIO dotyczące przesłanki materialnoprawnej dopuszczalności odwołania w przypadku odwołań wobec treści SWZ - wyrok KIO z 4.10.2010 r., sygn. akt: KIO 2036/10.

Interes w uzyskaniu danego zamówienia występuje również, gdy następstwem uzyskania zamówienia jest zawarcie umowy, której warunków na etapie realizacji nie można kwestionować. Dla uznania interesu danego wykonawcy wystarczająca jest jedynie deklaracja, że jest zainteresowany uzyskaniem tego zamówienia i tego faktu nie ma obowiązku udowodnić. Na tym etapie postępowania interes wykonawcy jest interesem faktycznym w szerokim tego słowa znaczeniu (por. wyrok KIO z 30.08.2017 r., sygn. akt KIO 1718/17).

W dniu 25 listopada 2022 r. zamawiający poinformował o wniesieniu odwołania.

W dniu 28 listopada 2022 r. do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego zgłosił swój udział wykonawca Polimex Infrastruktura spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, wnosząc o uwzględnienie odwołania. Wskazał, że jest podmiotem,

który w ramach prowadzonej działalności gospodarczej zajmuje się w szczególności wykonywaniem inwestycji takich jak zakres przedmiotowego zamówienia i jest zainteresowany złożeniem oferty w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Tymczasem treść klauzuli dotyczącej waloryzacji wynagrodzenia ukształtowanej przez zamawiającego we wzorze umowy, wprowadzonej na skutek zmian w dniu 14 listopada 2022 roku rodzi ryzyko braku zapewnienia ekwiwalentności świadczeń stron umowy. Ponadto narusza przepisy z art. 8 ust. 1 ustawy, w zw. z art. 353(1) k.c., art. 58 k.c., art. 358(1) § 2 k.c., art. 439 ust. 1 i 2 ustawy oraz art. 16 ust. 1 i 3 ustawy. Klauzula nie niweluje ryzyk związanych ze zmianami kosztów wykonania zamówienia publicznego, co przejawia się m.in. w ustanowieniu mechanizmu przewidującego możliwość obniżenia wynagrodzenia należnego wykonawcy, nawet wtedy, gdy ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia będą wzrastały. Przystępujący wykazuje swój interes w tym, aby odwołanie zostało rozstrzygnięte na korzyść odwołującego. Uwzględnienie bowiem odwołania i tym samym zmiana treści wzoru umowy, wyeliminuje wskazane w odwołaniu naruszenia przepisów prawa i umożliwi wykonawcom złożenie prawidłowych, korzystnych ofert. Następnie pozwoli zawrzeć poprawną i zgodną z przepisami umowę z zamawiającym oraz zrealizować zamówienie i otrzymać należne wynagrodzenie. Zgłoszenie zostało wniesione przez pełnomocnika działającego na podstawie pełnomocnictwa z dnia 26 maja 2022 r. udzielonego przez prezesa zarządu i prokurenta upoważnionych do łącznej reprezentacji, zgodnie z odpisem z KRS. Do zgłoszenia dołączono dowody przekazania kopii zgłoszenia stronom.

W dniu 2 grudnia 2022 r. zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie wnosząc o umorzenie postępowania na podstawie art. 568 pkt. 2 ustawy, względnie o jego oddalenie i zasądzenie na rzecz zamawiającego kosztów postępowania. Zamawiający poinformował, że w dniu 1 grudnia 2022 r. dokonał zmiany treści SWZ, w tym zakwestionowanego par. 15 ust. 2 załącznika nr 9, zatem obecnie nie występują już kwestionowane postanowienia SWZ.

W dniu 2 grudnia 2022 r. odwołujący złożył oświadczenie o cofnięciu odwołania.

Posiedzenie z udziałem stron zostało zaplanowane na dzień 5 grudnia 2022 r.

Izba zważyła, co następuje:

Izba stwierdziła, że zgłoszone przystąpienie spełnia wymogi formalne określone w art. 525 ust. 1 – 3 ustawy.

Izba nie stwierdziła zaistnienia przesłanek, o których mowa w art. 528 ustawy, które skutkowałyby odrzuceniem odwołania.

Izba oceniła, że odwołujący wykazał przesłankę materialnoprawną dopuszczalności odwołania, o której mowa w art. 505 ust. 1 ustawy.

Zgodnie z art. 520 ust. 1 ustawy odwołujący może cofnąć odwołanie do czasu zamknięcia rozprawy, a cofnięte odwołanie nie wywołuje skutków prawnych, jakie ustawa wiąże z wniesieniem odwołania do Prezesa Izby.

Stosownie do art. 568 pkt. 1 ustawy Izba umarza postępowania odwoławcze, w formie postanowienia, w przypadku cofnięcia odwołania.

Na podstawie § 9 ust. 1 pkt. 3 lit. a 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) w przypadku umorzenia postępowania odwoławczego przez Izbę w całości na skutek cofnięcia odwołania przed otwarciem rozprawy najpóźniej w dniu poprzedzającym dzień, na który został wyznaczony termin rozprawy lub posiedzenia z udziałem stron lub uczestników postępowania odwoławczego - odwołującemu zwraca się 90% wpisu; w takim przypadku Izba orzeka o dokonaniu zwrotu odwołującemu z rachunku Urzędu kwoty uiszczonej tytułem wpisu, w wysokości stanowiącej 90% jego wartości i skoro odwołujący uiścił wpis w wysokości 20 000zł., to do zwrotu pozostała kwota 18 000 zł. o czym orzeczono w pkt. 2 sentencji.

Przewodniczący: