

Sygn. akt: KIO 2834/22

POSTANOWIENIE
z dnia 7 listopada 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Przemysław Dzierzędzki

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron i uczestników postępowania odwoławczego w dniu 7 listopada 2022 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 26 października 2022 r. przez wykonawcę **Erbud International Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Jasionce**

w postępowaniu prowadzonym przez **Skarb Państwa - Izbę Administracji Skarbowej w Rzeszowie, działającą w imieniu i na rzecz Skarbu Państwa - Izby Administracji Skarbowej w Rzeszowie oraz OPGK Rzeszów S.A. w Rzeszowie, a także Totalizator Sportowy Sp. z o.o. w Warszawie**

postanawia:

1. **umorzyć postępowanie odwoławcze,**
2. **znieść wzajemnie koszty postępowania odwoławczego i nakazać Urzędowi Zamówień Publicznych zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych kwoty 10.000,00 zł (słownie: dziesięciu tysięcy złotych zero groszy) na rzecz wykonawcy **Erbud International Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Jasionce**, stanowiącej wpis od odwołania.**

Stosownie do art. 579 i 580 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t. jedn. 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

Skarb Państwa - Izba Administracji Skarbowej w Rzeszowie, działająca w imieniu i na rzecz Skarbu Państwa - Izby Administracji Skarbowej w Rzeszowie oraz OPGK Rzeszów S.A. w Rzeszowie, a także Totalizator Sportowy Sp. z o.o. w Warszawie, zwany dalej „zamawiającym”, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2022 r. poz. 1710 ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp” lub „Pzp”, którego przedmiotem jest „przebudowa XV piętrowego budynku posadowionego przy ul. Geodetów 1 w Rzeszowie na działce oznaczonej nr ewidencyjnym 1762 obręb 208 Nowe Miasto”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych 21 października 2022 r., nr 2022/BZP 00404722.

Wobec czynności i zaniechań zamawiającego w ww. postępowaniu w dniu 26 października 2022 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wniósł odwołanie wykonawca Erbud International Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Jasionce, zwany dalej „odwołującym”.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1) art. 431 Pzp oraz art. 647 KC, art. 651 KC oraz art. 354 § 1 i 2 KC w zw. z art. 353¹ KC w zw. z art. 8 ust. 1 Pzp poprzez wskazanie:

- w § 2 ust. 1 projektowanych postanowień umowy - że wykonawca zweryfikował na etapie przed zawarciem umowy przedmiot zamówienia zawarty w specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz załącznikach będących jej integralną częścią i zweryfikował ich kompletność, dokładność i wystarczalność dla wykonania robót w taki sposób, iż akceptuje, że nie będą mu przysługiwały jakiegokolwiek roszczenia z tytułu wszelkich pomyłek, niedokładności, rozbieżności, braków lub innych wad ww. dokumentów,
- w § 4 ust. 20 projektowanych postanowień umowy - że wykonawca zobowiązany jest do niezwłocznego, nie później niż w terminie 2 dni od powzięcia wiadomości, zawiadomienia w formie pisemnej o wszelkich przeszkodach mogących zagrozić terminowemu lub prawidłowemu wykonaniu przedmiotu umowy pod rygorem utraty możliwości powoływania się na te przeszkody w terminie późniejszym i utraty wszelkich roszczeń z tym związanych,

a więc poprzez nieuprawnione przeniesienie na wykonawcę robót budowlanych ryzyka związanego z oceną rzetelności i kompletności dostarczonej przez Zamawiającego dokumentacji projektowej, a także poprzez nieuprawnione przeniesienie na wykonawcę odpowiedzialności i ryzyk związanych z wystąpieniem przeszkód zagrażających

terminowemu lub prawidłowemu wykonaniu przedmiotu umowy, poprzez sformułowanie ww. projektowanych postanowień umowy w sposób sprzeczny z istotą umowy o roboty budowlane, jak również wbrew zasadom współdziałania stron umowy w sprawie zamówienia publicznego i wykraczających ponad swobodę zawierania umów.

2) art. 433 pkt 3) Pzp w zw. z art. 99 ust. 1 i 4 Pzp w zw. z art. 103 ust. 1 Pzp w zw. z art. 16 Pzp oraz art. 353¹ KC, art. 647 KC i art. 651 KC w zw. z art. 8 ust. 1 Pzp poprzez wskazanie:

- w § 2 ust. 6 projektowanych postanowień umowy – że wynagrodzenie umowne obejmuje koszty niezbędne do zrealizowania przedmiotu umowy nieujęte w opisie przedmiotu zamówienia z powodu wad spowodowanych niezgodnością ww. opisu z zasadami wiedzy technicznej lub stanem faktycznym, a bez których nie można wykonać należycie przedmiotu umowy, a także wskazanie, że wykonawca ponosi odpowiedzialność na zasadzie ryzyka z tytułu braku oszacowania jakichkolwiek kosztów związanych z realizacją przedmiotu umowy, a niedoszacowanie, pominięcie oraz brak rozpoznania zakresu przedmiotu umowy nie może być podstawą do żądania zmiany wysokości wynagrodzenia przez wykonawcę,
- w § 2 ust. 1 projektu postanowień umowy - że nie będą przysługiwały wykonawcy jakiegokolwiek roszczenia z tytułu wszelkich pomyłek, niedokładności, rozbieżności, braków lub innych wad dokumentów za pomocą których opisany został przedmiot zamówienia, w tym zawartych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz załącznikach będących jej integralną częścią w związku z tym, że wykonawca oświadcza w umowie, że zapoznał się z opisem przedmiotu zamówienia i zweryfikował kompletność, dokładność i wystarczalność ww. dokumentów dla wykonania robót,
- w § 4 ust. 20 projektu postanowień umowy - że nie będą przysługiwały wykonawcy jakiegokolwiek roszczenia w związku z wystąpieniem przeszkód mogących zagrozić terminowemu lub prawidłowemu wykonaniu przedmiotu umowy i utraci on możliwość powoływania się na te przeszkody w sytuacji gdy wykonawca nie zawiadomi w formie pisemnej zamawiającego o takich przeszkodach niezwłocznie, nie później jednak niż w terminie 2 dni od powzięcia wiadomości o ich wystąpieniu a więc poprzez nieuprawnione przeniesienie na wykonawcę odpowiedzialności i ryzyka za okoliczności nie leżące po stronie wykonawcy, w tym za okoliczności leżące wyłącznie po stronie Zamawiającego, a związane z niejednoznacznym, niewyczerpującym i naruszającym reguły uczciwej konkurencji opisaniem przedmiotu zamówienia, w szczególności w drodze przyjęcia, że wynagrodzenie obejmuje wszelkie ryzyko finansowe wystąpienia takich okoliczności, a także

poprzez przeniesienie na wykonawcę odpowiedzialności i ryzyka za okoliczności nawet od niego niezależne w związku z ich niezgłoszeniem w ściśle określonym terminie i określony sposób. Powyższe naruszenie skutkuje również niemożliwością przyjęcia do wyceny w ofercie konkretnego zakresu robót do wykonania w ramach umowy i dokonania rzetelnej wyceny tego zakresu robót, a w konsekwencji prowadzi do nieporównywalności ofert, godząc tym samym w zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

- 1) odnośnie § 2 ust. 1 projektowanych postanowień umowy (Załącznik nr 3 do SWZ) jego zmianę nadając mu następującą treść:
„1. Strony ustalają, że obowiązującą formą wynagrodzenia za przedmiot umowy jest wynagrodzenie ryczałtowe w rozumieniu art. 632 § 1 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeksu cywilnego (Dz. U. z 2022 r. poz. 1360) - dalej „KC”. W związku z tym Wykonawca oświadcza, że zapoznał się z przedmiotem zamówienia zawartym w specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz załącznikach będących jej integralną częścią w granicach należytej staranności wymaganej od wykonawców robót budowlanych.”;
- 2) odnośnie § 2 ust. 6 projektowanych postanowień umowy (Załącznik nr 3 do SWZ) jego zmianę nadając mu następującą treść:
„6. Wykonawca oświadcza, że wynagrodzenie, o którym mowa w ust. 2, obejmuje wszelkie koszty niezbędne do zrealizowania przedmiotu umowy wynikające wprost z opisu przedmiotu zamówienia, a bez których nie można wykonać należycie przedmiotu umowy.”
- 3) odnośnie § 4 ust. 20 projektowanych postanowień umowy (Załącznik nr 3 do SWZ) jego zmianę nadając mu następującą treść:
„20. Wykonawca jest zobowiązany do niezwłocznego zawiadomienia zgodnie z art. 651 KC o wszelkich przeszkodach mogących zagrozić terminowemu lub prawidłowemu wykonaniu przedmiotu umowy.”

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

Ustalono także, że 4 listopada 2022 r., zamawiający przesłał Prezesowi Izby oświadczenie, iż uwzględni zarzuty przedstawione w odwołaniu w części dotyczącej § 2 ust. 1 oraz § 4 ust. 20 wzoru umowy. Oświadczył ponadto, że uwzględni również argumenty odwołania w zakresie, w jakim odnoszą się do § 2 ust. 6 projektowanych postanowień umowy z zastrzeżeniem jednak, iż nie uwzględni żądania propozycji zmiany wyżej

wymienionego zapisu w takim zakresie w jakim proponuje to Odwołujący. Wskazał, że uwzględniając argumenty odwołującego dokonał modyfikacji SWZ poprzez zmianę treści § 2 ust. 6 projektowanych postanowień umowy w następujący sposób:

„6. Wykonawca oświadcza, że wynagrodzenie, o którym mowa w ust. 2, obejmuje wszelkie koszty niezbędne do zrealizowania przedmiotu umowy wynikające z opisu przedmiotu zamówienia oraz prace które są naturalną konsekwencją procesu budowlanego i w naturalny sposób z niego wynikają.”.

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje.

Zamawiający uwzględnił zarzuty przedstawione w odwołaniu w części dotyczącej § 2 ust. 1 oraz § 4 ust. 20 wzoru umowy. Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego nie zgłosił przystąpienia w ustawowym terminie żaden wykonawca. Ponadto zamawiający zmodyfikował postanowienie § 2 ust. 6 projektowanych postanowień umowy w taki sposób, że zaskarżone w odwołaniu pierwotne postanowienie § 2 ust. 6 projektowanych postanowień umowy na moment orzekania w sprawie już nie istniało. Dalsze postępowanie odwoławcze, w części dotyczącej pierwotnego brzmienia postanowienia § 2 ust. 6 projektowanych postanowień umowy, stało się zatem zbędne.

Mając na uwadze powyższe okoliczności faktyczne Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że postępowanie odwoławcze podlega umorzeniu na podstawie art. 522 ust. 4 ustawy Pzp w zw. z art. 568 pkt 3 w zw. z art. 568 pkt 2 Pzp. Zgodnie z przepisem art. 522 ust. 4 Pzp, *W przypadku uwzględnienia przez zamawiającego części zarzutów przedstawionych w odwołaniu, Izba może umorzyć postępowanie odwoławcze w części dotyczącej tych zarzutów, 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 tych zarzutów.* Stosownie do art. 568 pkt 3 ustawy Pzp, *Izba umarza postępowania odwoławcze, w formie postanowienia, w przypadku, o którym mowa w art. 522.*

Z kolei w myśl art. 568 pkt 2 Pzp, *Izba umarza postępowania odwoławcze, w formie postanowienia, w przypadku stwierdzenia, że dalsze postępowanie odwoławcze stało się z innej przyczyny zbędne lub niedopuszczalne.*

W związku z powyższym Izba, działając na podstawie art. 522 ust. 1 i art. 568 pkt 3 oraz art. 568 pkt 2 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. 3 w zw. z §9 ust. 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych kosztów postępowania odwoławczego, ich

rozliczenia oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437). Zgodnie z pierwszym z przepisów, w przypadku umorzenia przez Izbę postępowania odwoławczego w części, zgodnie z art. 522 ust. 4 ustawy, jeżeli odwołanie w pozostałej części zarzutów, których zamawiający nie uwzględnił, zostało przez Izbę:

- 1) uwzględnione w całości – do ponoszenia i rozliczania kosztów stosuje się § 7 ust. 1 pkt 1;
- 2) odrzucone albo oddalone w całości – do ponoszenia i rozliczania kosztów stosuje się odpowiednio § 8 ust. 1 albo ust. 2 pkt 1;
- 3) uwzględnione w części – do ponoszenia i rozliczania kosztów stosuje się odpowiednio § 7 ust. 2 pkt 1, ust. 3, 5 i 6.

Odwołanie w pozostałej części, której zamawiający nie uwzględnił, podlegało umorzeniu na podstawie art. 568 pkt 2 Pzp. Zgodnie natomiast z przepisem § 9 ust. 2 ww. rozporządzenia, w przypadku umorzenia postępowania odwoławczego przez Izbę w całości ze względu na stwierdzenie, że dalsze postępowanie stało się z innej przyczyny zbędne lub niedopuszczalne, zgodnie z art. 568 pkt 2 ustawy, koszty znosi się wzajemnie.

Przewodniczący: