



PIERÓG & Partnerzy

— KANCELARIA PRAWNA —

Warszawa, 12 lutego 2024 r.

Prezes Krajowej Izby Odwoławczej

ul. Postępu 17a, 02-676 Warszawa

Zamawiający:

Zakład Komunalny Spółka sp. z o.o.

ul. Podmiejska 69,

45-574 Opole

telefon: 77 456 25 69

e-mail: sekretariat@zk.opole.pl

Odwołujący:

Budimex S.A.

Ul. Siedmiogrodzka 9, 01-204 Warszawa

KRS: 0000001764

reprezentowany przez:

r. pr. Pawła Skrodzkiego

Kancelaria Prawna Pieróg & Partnerzy

ul. Nowogrodzka 42/41, 00-695 Warszawa

e-mail: kancelaria@pierog.pl

Dotyczy: postępowanie „Budowa Instalacji Termicznego Przekształcania Odpadów wraz z odzyskiem energii jako elementu Centrum Zielonej Transformacji w Opolu” (RB/1/PN/2024)

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 66199-2024 w dniu 1 lutego 2024 r.

ODWOŁANIE

Na podstawie art. 513 pkt 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2023 r. poz. 1605, dalej jako: „Pzp”) działając w oparciu o udzielone pełnomocnictwa (w załączeniu), w imieniu **BUDIMEX S.A.** (dalej jako: „Odwołujący”) wnoszę odwołanie **wobec treści dokumentów zamówienia – projektowanych postanowień umowy** niezgodnych z przepisami ustawy Pzp, tj. sformułowanie projektowanych postanowień umowy w sposób naruszający równowagę stron, zasadę swobody kontraktowania, właściwość (naturę) stosunku zobowiązaniowego, powszechnie obowiązujące przepisy prawa, w sposób prowadzący do nadużycia pozycji dominującej Zamawiającego.

Odwołujący wyjaśnia, iż - w celu zapewnienia lepszej czytelności odwołania – treść kwestionowanych postanowień, treść zarzutów oraz szczegółowe uzasadnienie dotyczące kwestionowanych postanowień wraz z żądaniem ich zmiany zaprezentowane zostało w Załączniku nr 1 - Tabeli nr 1, która stanowi integralną część odwołania.

Zarzucam Zamawiającemu naruszenie:

- 1) **art. 16 Pzp w zw. z art. 8 ust. 1 Pzp w zw. z art. 5 Kodeksu cywilnego (dalej: KC) oraz art. 353¹ KC** poprzez skonstruowanie projektowanych postanowień Umowy w sposób, który powoduje – nieuzasadnione potrzebami Zamawiającego - uprzywilejowanie pozycji Zamawiającego i naruszenie zasady równowagi stron stosunku zobowiązaniowego, co pozostaje w sprzeczności z zasadami współżycia społecznego, godzi w naturę stosunku prawnego, naruszając tym samym równowagę kontraktową stron oraz stanowi nadużycie przez Zamawiającego przysługującego mu prawa podmiotowego do ukształtowania istotnych postanowień umownych;

oraz innych przepisów wskazanych szczegółowo w Załączniku nr 1 – Tabeli nr 1 do Odwołania.

Z uwagi na powyższe wnoszę o uwzględnienie odwołania w całości oraz:

- 1) nakazanie Zamawiającemu dokonanie modyfikacji treści projektowanych postanowień umowy w sposób określony w kolumnie trzeciej Tabeli nr 1 – Załączniku nr 1 do Odwołania;
- 2) na podstawie art. 573 Pzp zasądzenie na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego.

INTERES I SZKODA

Na etapie wnoszenia odwołania wobec treści ogłoszenia o zamówieniu lub wobec treści dokumentów zamówienia, nie ma możliwości określenia i udowodnienia konkretnej szkody, którą wykonawca w trakcie dalszego biegu postępowania o udzielenie zamówienia może ponieść. Wystarczające jest tu wskazanie niewłaściwych sformułowań treści dokumentów zamówienia oraz naruszenia obowiązujących przepisów Pzp prowadzące do powstania hipotetycznej szkody w postaci utrudniania dostępu do uzyskania zamówienia (co też Odwołujący uczynił) lub spowodowania konieczności ubiegania się o udzielenie zamówienia niezgodnie z prawem; interes wykonawcy jest interesem faktycznym w szerokim tego słowa znaczeniu. W tym względzie orzecznictwo Izby wydane na tle obowiązywania ustawy Pzp z 2004 r. zachowuje aktualność (m.in. wyrok KIO z dnia 7 kwietnia 2016 roku, KIO 443/16; wyrok KIO z dnia 28 lutego 2012 roku, KIO 229/12; KIO 238/12; KIO 239/12; KIO 242/12; KIO 245/12; KIO 247/12).

Skoro Odwołujący uważa, że wyrażone w dokumentach zamówienia oczekiwania Zamawiającego nie są możliwe do spełnienia, winien wnieść odwołanie w terminie przewidzianym w Pzp, co też czyni. Uwzględnienie odwołania doprowadzi do eliminacji zapisów naruszających zasadę uczciwej konkurencji i przestanie ograniczać krąg potencjalnych wykonawców.

ZACHOWANIE TERMINU I WYMOGÓW FORMALNYCH

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 1.02.2024 roku w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej oraz na stronie internetowej Zamawiającego. W związku z powyższym, 10-dniowy termin na wniesienie odwołania określa się na podstawie art. 515 ust. 1 pkt 2 lit. a) w zw. z art. 509 ust. 2 ustawy i upływa on 12.02.2024 r.

Odwołujący wniósł wpis od odwołania w wymaganej wysokości (**20 000 PLN**). Dowód wniesienia wpisu stanowi załącznik do niniejszego Odwołania.

Wraz z wniesieniem niniejszego odwołania **przekazano jego kopię Zamawiającemu**, na co przedstawia się dowód stanowiący załącznik do niniejszego Odwołania.

Uwzględniając powyższe okoliczności oraz to, że niniejsze Odwołanie złożone zostało Prezesowi Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **12.02.2024 r.**, należy stwierdzić, że zostały spełnione wszystkie wymagania formalne jego wniesienia.

UZASADNIENIE

Szczegółowe uzasadnienie poszczególnych zarzutów odwołujący zawarł w Załączniku nr 1 – Tabeli nr 1 do niniejszego odwołania. Z związku z tym, należy podnieść w tym miejscu jedynie uwagi ogólne.

Nie ulega wątpliwości, iż specyfikacja warunków zamówienia jest dokumentem zamówienia o kluczowym znaczeniu w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Wyznacza ona obowiązki stron stosunku zobowiązaniowego, w tym obowiązki wykonawców obciążające ich na wypadek ewentualnego uzyskania zamówienia oraz warunki, jakie muszą spełniać w związku z zamiarem ubiegania się o udzielenie zamówienia. Z uwagi na powyższe na zamawiających ciąży szczególnie wymóg sporządzenia SWZ w sposób jasny i precyzyjny celem zapewnienia wykonawcom możliwości złożenia oferty oraz – w przyszłości – niezakłóconej realizacji zamówienia.

Podkreślenia wymaga fakt, iż - jakkolwiek pozycja Zamawiającego niewątpliwie ma charakter uprzywilejowany – to jednak treść stosunku umownego powinna być tak ukształtowana, aby po pierwsze umożliwić złożenie ofert potencjalnie szerokiemu kręgowi wykonawców oraz – w dalszej kolejności – umożliwić realizację zamówienia. Odwołujący podkreśla, iż jest świadomy, że celem postępowania o zamówienie publiczne jest przede wszystkim realizacja uzasadnionych potrzeb Zamawiającego, zaś nie każde niekorzystne – w ocenie wykonawców – postanowienie umowne może być uznane za sprzeczne z art. 16 Pzp w zw. z art. 8 ust. 1 Pzp w zw. z art. 5 i art. 353¹ Kodeksu cywilnego. Odwołującemu znana jest również argumentacja Krajowej Izby Odwoławczej, zgodnie z którą Zamawiający nie ma możliwości swobodnego wyboru kontrahenta, co jest rekompensowane przez przysługujące mu prawo jednostronnego ukształtowania warunków umowy, zaś Wykonawca brak wpływu na kształt zawieranej umowy i ryzyka, jakimi jest obciążony może rekompensować sobie poprzez właściwą wycenę oferty.

Celem Odwołującego nie jest doprowadzenie do ukształtowania warunków realizacji przedmiotu zamówienia jak najbardziej dogodnych dla wykonawców, niezależnie od potrzeb Zamawiającego. Celem Odwołującego jest by Postępowanie zostało przeprowadzone a Zamówienie zostało udzielenie z poszanowaniem przepisów prawa, zasady uczciwej konkurencji, równego traktowania stron oraz zachowania równowagi stron umowy na realizację Zamówienia, co daje gwarancje jego należytego wykonania i osiągnięcia zamierzonych celów zarówno przez Zamawiającego zainteresowanego otrzymaniem robót budowlanych o wysokiej jakości, jak i po stronie Wykonawcy zainteresowanego należytym wykonaniem Zamówienia i w konsekwencji uzyskaniem doświadczenia niezbędnego do prowadzenia działań na rynku zamówień publicznych oraz osiągnięciem zysku i profitów finansowych w postaci odpowiedniego wynagrodzenia, co pozostaje w zgodzie z istotą prowadzenia działalności gospodarczej i odpłatnym charakterem zamówienia publicznego. Konieczność realizacji uzasadnionych potrzeb Zamawiającego w oczywisty sposób wpływa na ograniczenie zasady swobody umów w obszarze zamówień publicznych, niemniej jednak należy dostrzec, iż swoboda Zamawiającego w zakresie kształtowania postanowień umowy nie jest nieograniczona. Należy zwrócić uwagę na treść orzeczenia Sądu Okręgowego w Warszawie – Sądu Zamówień Publicznych: "Obowiązkiem zamawiającego jest określenie postanowień umowy w sprawie zamówienia publicznego tak, aby cel zamówienia publicznego tj. zaspokojenie określonych potrzeb publicznych został osiągnięty. Jednak nie może on jednak korzystać z prawa oderwanego od przedmiotu zamówienia, sytuacji wykonawcy oraz ciążyących na nim obowiązków jako drugiej strony stosunku zobowiązaniowego z wykonawcą, zatem obowiązku współpracy" (SO w Warszawie w wyr. 11.03.2022 r., XXIII Zs 146/21, Legalis). Z kolei Izba w wyroku z 25.04.2022 r. (KIO 914/22, Legalis) wskazała, że "uprawnienie zamawiającego do ustalenia warunków umowy nie ma charakteru absolutnego, gdyż zamawiający nie może swojego prawa podmiotowego nadużywać. Jest on ograniczony w szczególności treścią art. 353¹ KC oraz dyrektywą wynikającą z art. 5 KC. Dla stwierdzenia sprzeczności danego zachowania z zasadami współżycia społecznego znaczenie ma nie tylko treść, ale i zamierzony cel stron, motywy działania danej strony, które mogą świadczyć o braku poszanowania dla interesów partnera, naruszeniu zasad uczciwego obrotu, rzetelnego postępowania, lojalności i zaufania w stosunkach kontraktowych".

Odwołujący, w ślad za stanowiskiem zaprezentowanym przez Izbę wskazuje, iż „Uprawnienie zamawiającego do kształtowania przedmiotu zamówienia zgodnie z jego potrzebami nie oznacza prawa do zupełnie dowolnego kształtowania wymagań SIWZ (w tym projektowanych postanowień umowy), które mogą prowadzić do obciążenia wykonawcy w stopniu wykraczającym ponad uzasadnione potrzeby zamawiającego. Zamawiający w szczególności ma obowiązek ukształtować stosunek prawny w granicach określonych treścią art. 353¹ oraz art. 5 k.c., co oznacza, że postanowienia umowne nie mogą być sprzeczne z właściwością stosunku zobowiązaniowego, ustawą lub zasadami współżycia społecznego. Właściwość (naturę) stosunku należy rozumieć jako nakaz respektowania podstawowych cech stosunku kontraktowego, które stanowią o jego istocie." (wyrok KIO z dnia 6 listopada 2014 roku, sygn. akt: KIO 2177/14).

Podkreślić należy, iż Sąd Najwyższy w wyrokach o sygn. IV CSK 478/07 oraz II CSK 528/10 stwierdził, iż negatywnej ocenie powinna też podlegać umowa o zamówienie publiczne, ukształtowana przez Zamawiającego z wykorzystaniem jego silniejszej pozycji w postępowaniu, gdyż umowa taka powinna chronić interesy nie tylko Zamawiającego, ale również Wykonawcy.

Z uwagi na powyższe, wnoszę jak na wstępie.

r.pr. Paweł Skrodzki

Załączniki:

- 1) dowód uiszczenia wpisu od odwołania w kwocie 20.000,00 zł;
- 2) dowód przesłania kopii odwołania Zamawiającemu;
- 3) odpis pełnomocnictwa wraz z dowodem uiszczenia opłaty skarbowej;
- 4) aktualny odpis z KRS Odwołującego (Budimex S.A.)