Sygn. akt: KIO 3367/20

POSTANOWIENIE

z dnia 13 stycznia 2021 roku

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Ewa Sikorska

po rozpoznaniu w dniu 13 stycznia 2021 roku w Warszawie, na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron i uczestników postępowania odwoławczego, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 18 grudnia 2020 roku przez wykonawcę **Budimex Spółkę Akcyjną w Warszawie** w postępowaniu prowadzonym przez **Gminę Miasto Szczecin**

przy udziale wykonawcy **EXPERT Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Dolicach**, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie **odwołującego**

postanawia

1. umorzyć postępowanie odwoławcze,

2. nakazać Urzędowi Zamówień Publicznych zwrot z rachunku bankowego na rzecz **BUDIMEX Spółki Akcyjnej w Warszawie** kwoty **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy), stanowiącej równowartość uiszczonego wpisu.

Stosownie do art. 198a ust. 1 i 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 ze zm.) oraz art. 580 ust.1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 2019 ze zm.) w związku z art. 92 ust.1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Przepisy wprowadzające ustawę – Prawo zamówień publicznych (Dz.U z 2019 r. poz. 2020), na niniejsze postanowienie, w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia, przysługuje skarga, za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, do **Sądu Okręgowego w Warszawie.**

Przewodniczący: ……

Sygn. akt KIO 3367/20

Uzasadnienie

Zamawiający, działając na podstawie przepisów ustawy dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 ze zm.), zwanej dalej „ustawą P.z.p.”, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest budowa nowego przedszkola publicznego przy ul. Przygodnej w Szczecinie w procedurze „zaprojektuj i wybuduj”.

W dniu 18 grudnia 2020 roku wykonawca Budimex SA w Warszawiewniósł odwołanie wobec treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (s.i.w.z.) i zarzucił zamawiającemu naruszenie w szczególności następujących przepisów:

1.art. 91 ust. 2 i 3 ustawy w zw. z art. 7 ust. 1 w zw. z art. 139 ust. 1 ustawy P.z.p. w zw. z art. 5 i 353(1) kodeksu cywilnego w zw. z art. 483 kodeksu cywilnego w zw. z art. 484 § 2 Kodeksu cywilnego poprzez ustanowienie kryterium pn. „Wysokość kary umownej" niezwiązanego z przedmiotem zamówienia i godzącego w istotę formułowania kryteriów oceny ofert, ustalonego w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz naruszający zasadę uczciwej konkurencji, odwołującego się do kar umownych o rażąco wygórowanym charakterze;

2.art. 29 ust. 1 i 2 w zw. z art. 31 w zw. z art. 139 ust. 1 ustawy P.z.p. w zw. z art, 5 i 353(1) w zw. z art. 647 kodeksu cywilnego w zw. z § 10 rozporządzenia Ministra Infrastruktury w sprawie określenia metod i podstaw sporządzania kosztorysu inwestorskiego, obliczania planowanych kosztów prac projektowych oraz planowanych kosztów robót budowlanych określonych w programie funkcjonalno-użytkowym z dnia 18 maja 2004 r. (Dz.U. Nr 130, poz. 1389) i treścią Załącznika - Tabeli 1 do ww. rozporządzenia w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy P.z.p. poprzez wprowadzenie do s.i.w.z. postanowień naruszających bezwzględnie obowiązujące przepisy prawa oraz równowagę stron umowy i prowadzących do naruszenia praw podmiotowych wykonawców poprzez nałożenie na wykonawcę w ramach Rozdziału X „Sposób obliczania ceny" pkt 8 s.i.w.z. obowiązku ograniczenia wartości prac projektowych do 1,5% wartości prac budowlanych wraz z wyposażeniem, podczas gdy z powszechnie obowiązujących przepisów prawa i realnej wartości tego rodzaju prac wynika, iż wskaźnik procentowy wartości tych prac powinien wynosić 3,8% wartości robót budowlanych dla kat. 3 budynków (którym jest przedmiot zamówienia tj. budynek przedszkolny);

3.art. 29 ust. 1 i 2 w zw. z art. 31 ust. 2 w zw. z art. 36 ust. 1 pkt 3 w zw. z art. 7 ust. 1 oraz art. 139 ust. 1 ustawy P.z.p. w zw. z art. 353 (1) kodeksu cywilnego w zw. z art. 5 kodeksu cywilnego poprzez wprowadzenie do wzoru umowy postanowień naruszających bezwzględnie obowiązujące przepisy prawa oraz równowagę stron umowy i prowadzących do naruszenia praw podmiotowych wykonawców, a przejawiających się zobowiązaniu wykonawców do oszacowania w cenie ofertowej wszelkich prac związanych z realizacją zamierzenia inwestycyjnego, nawet niemożliwych do przewidzenia w dniu zawarcia umowy;

4.art. 29 ust. 1 i 2 w zw. z art. 36 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 353(1) w zw. z art. 387 ust. 1 K.c. w zw. z art. 14 i art. 139 ust. 1 ustawy P.z.p. poprzez wskazanie w ramach działu VIII „Termin wykonania zadania"

oraz §11 ust. 1 pkt 1 i 2 umowy terminów realizacji poszczególnych etapów zamówienia z zastosowaniem konstrukcji sztywnej daty kalendarzowej, przy jednoczesnym wyznaczeniu dla każdego z etapów zbyt krótkiego okresu realizacji, co w konsekwencji oznacza ustalenie go w sposób odbiegający od realnych możliwości realizacji, nieadekwatny do przedmiotu zamówienia i nieuwzględniający wszystkich okoliczności, a co za tym idzie wyznaczenie go w sposób utrudniający uczciwą konkurencję i niemożliwy do spełnienia przez wykonawców funkcjonujących na rynku;

5.art. 29 ust. 1 i 2 w zw. z art. 36 ust. 1 pkt 16 w zw. z art. 7 ust. 1 oraz art. 139 ust. 1 ustawy P.z.p. w zw. z art. 353(1) w zw. z art. 5 Kodeksu cywilnego poprzez wprowadzenie do wzoru umowy postanowień naruszających równowagę stron umowy i prowadzących do naruszenia praw podmiotowych wykonawców, a przejawiających się w niezasadnych nałożeniu na wykonawców dodatkowych kosztów związanych z kwartalnymi rozliczeniami faktur przejściowych, co powoduje przerzucenie obowiązku faktycznego finansowania przez wykonawcę realizacji inwestycji, powodując konieczność uwzględnienia tego faktu w kalkulacji oferty;

6.art. 29 ust. 1 i 2 w zw. z art. 36 ust. 1 pkt 16 w zw. z art. 7 ust. 1 oraz art. 139 ust. 1 ustawy P.z.p. w zw. z art. 35 (1) w zw. z art. 5 Kodeksu cywilnego poprzez wprowadzenie do wzoru umowy postanowień naruszających równowagę stron umowy i prowadzących do naruszenia praw podmiotowych wykonawców, a przejawiających się we wprowadzeniu nierynkowych i nieproporcjonalnych postanowień dotyczących zasad odstąpienia przez zamawiającego umowy w przypadku 7-dniowego opóźnienia wykonawcy w realizacji poszczególnych robót budowlanych, bez względu na skalę naruszeń po stronie wykonawcy i ich wpływ na dotrzymanie terminów końcowych realizacji zamówienia, co prowadzi do niestabilności stosunku zobowiązaniowego i w konsekwencji nakłada na wykonawcę zbyt duże ryzyka kontraktowe;

7.art. 139 ust. 1 ustawy P.z.p. w zw. z art. 5 i 353(1) w zw. z art. 473 § 1 w zw. z art. 483 w zw. z art. 484 § 2 K.c. w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy P.z.p. poprzez zastrzeżenie przez zamawiającego w ramach umowy kar umownych o rażąco wygórowanej wysokości, bez przewidzenia jakiegokolwiek limitu ich naliczenia i dochodzenia.

W odpowiedzi na odwołanie z dnia 11 stycznia 2021 roku, zamawiający oświadczył, że uwzględnia w całości zarzuty wskazane w odwołaniu w ust. 2 i 7, w zakresie ust. 1, 4 i 6 – w części, zaś w zakresie ust. 3 i 5 wnosi o oddalenie odwołania.

W piśmie z dnia 12 stycznia 2021 roku odwołujący oświadczył, że cofa odwołanie w zakresie nieuwzględnionym przez zamawiającego i wnosi o umorzenie postępowania, wzajemne zniesienie kosztów postępowania odwoławczego oraz zwrot odwołującemu kwoty stanowiącej wpis od odwołania.

Do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego przystąpił wykonawca EXOERT Sp. z o.o. w Dolicach.

Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego nie zgłosił przystąpienia żaden wykonawca.

Izba zważyła, co następuje:

Art. 186 ust. 3a ustawy Pz.p. stanowi, iż w przypadku uwzględnienia przez zamawiającego części zarzutów przedstawionych w odwołaniu i wycofania pozostałych zarzutów przez odwołującego, Izba może umorzyć postępowanie 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.

Tym samym stwierdzić należy, iż na skutek uwzględnienia w części zarzutów podniesionych w odwołaniu, cofnięcia przez odwołującego pozostałych zarzutów, jak i okoliczności, iż po stronie zamawiającego nie przystąpił żaden wykonawca, Izba uznała, że zachodzą przesłanki umożliwiające umorzenie postępowania na posiedzeniu niejawnym, zgodnie z przepisem art. 186 ust. 3a ustawy P.z.p.

Rozstrzygając o kosztach postępowania odwoławczego, Izba uwzględniła okoliczność, iż koszty te znoszą się wzajemnie z mocy przepisu art. 186 ust. 6 pkt 1 ustawy P.z.p., orzekając o konieczności zwrotu kwoty wpisu uiszczonego przez odwołującego na rachunek Urzędu Zamówień Publicznych.

Przewodniczący: ……