Sygn. akt: KIO 1720/20

POSTANOWIENIE
z dnia 10 sierpnia 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Izabela Niedziałek-Bujak

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym przeprowadzonym bez udziału stron w dniu 10 sierpnia 2020 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby

Odwoławczej w dniu 24 lipca 2020 r. przez Odwołującego - Hochtief Polska Spółka

Akcyjna, ul. Żwirki i Wigury 14, 02-092 Warszawa

w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego - Teatr im. Stefana Żeromskiego w

Kielcach, ul. Sienkiewicza 32, 25-507 Kielce

przy udziale

Wykonawcy Budimex Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie przy ul. Siedmiogrodzkiej 9 (01-204 Warszawa) zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego

Wykonawcy Control Process Spółka Akcyjna z siedzibą w Krakowie przy ul. Obrońców Modlina 16 (30-733 Kraków) zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego

postanawia:

1. Umarza postępowanie odwoławcze.

2. Nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz Odwołującego - Hochtief Polska S.A. kwoty 18.000 zł 00 gr. (słownie: osiemnaście tysięcy złotych, zero groszy), stanowiącej 90% uiszczonego wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 1843) na niniejsze postanowienie - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Kielcach.

Przewodniczący: .....

Sygn. akt: KIO 1720/20

U z a s a d n i e n i e

W postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego - Teatr im. Stefana Żeromskiego w

Kielcach na przebudowę, rozbudowę i nadbudowę zabytkowego obiektu Teatru im. Stefana Żeromskiego w Kielcach zlokalizowanego przy ul. Sienkiewicza 32 w Kielach (nr postępowania: DN 499/2020), ogłoszonym w Dzienniku Urzędowym Wspólnot Europejskich w dniu 14.07.2020r., 2020/S 134-328374, wobec czynności polegającej na sformułowaniu treści ogłoszenia oraz Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (SIWZ), Wykonawca Hochtief Polska S.A. z/s w Warszawie wniósł w dniu 24 lipca 2020 r. odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej (sygn. akt KIO 1720/20).

1) art. 22 ust. 1a oraz art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez określenie w Sekcji III, pkt III.1.3 lit. a), tieret drugie ogłoszenia oraz pkt 9.4.2 lit. a), teiret drugie siwz warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej w sposób nadmierny, nieproporcjonalny i zbyt rygorystyczny, polegający na określeniu wymogu wykonania w ramach zadania polegającego na wykonaniu przebudowy budynku wpisanego do rejestru zabytków lub znajdującego się na terenie ochrony konserwatorskiej, gdzie realizowane roboty były wykonywane pod nadzorem konserwatora zabytków o wartości prac powyżej 7 000 000,00 zł brutto, prac obejmujących m.in. podbicia ścian podpiwniczenia, wzmocnienia i wymiany ścian, stropów i słupów, wymiany istniejącego pokrycia dachowego wraz z konstrukcją, wykonania fasady budynku, izolacji akustycznych stropów między kondygnacyjnych, zagospodarowania terenu, w sytuacji gdy tak szczegółowa i detaliczna specyfikacja zakresu robót w znaczący sposób i nieuzasadniony ogranicza kręg wykonawców spełniających warunki, a jednocześnie ukierunkowuje postępowanie na konkretne projekty realizowane przez ograniczoną do minimum liczbę wykonawców;

2) art. 22 ust. 1a oraz art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez określenie w Sekcji III, pkt III.1.3 lit. b), tieret pierwsze ogłoszenia oraz pkt 9.4.2 lit. b), teiret pierwsze siwz warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej w sposób nadmierny, nieproporcjonalny i zbyt rygorystyczny, polegający na określeniu dla

Kierownika budowy;

i. wymogu kierowania jedną budową przez cały okres realizowanej inwestycji, podczas gdy wskazany wymóg pozostaje nadmierny i nieadekwatny do przedmiotu zamówienia i może doprowadzić do wyeliminowania z postępowania wykonawców, którzy dają rękojmię prawidłowej realizacji zamówienia;

ii. wymogu kierowania jedną budową polegającą na przebudowie budynku wpisanego do rejestru zabytków, podczas gdy wskazany wymóg:

- bez możliwości wykazania się doświadczeniem również przy remontach budynków wpisanych do rejestru zabytków, do których na gruncie przepisów powszechnie obowiązujących wymagane jest uzyskanie pozwolenia na budowę,

- jak również przy uwzględnieniu, iż przy prowadzeniu robót konserwatorskich na obiektach wpisanych do rejestru zbytków, w tym obiekcie stanowiącym przedmiot zamówienia, asortyment robót określony dokumentacją postępowania występuje zarówno w

remontach, jak i przebudowach,

pozostaje nadmierny i nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia, albowiem może prowadzić do wyeliminowania z postępowania wykonawców, którzy dają rękojmię prawidłowej realizacji zamówienia,

iii. wymogu kierowania jedną budową w ramach, której wykonano minimum podbicie ścian fundamentów, wzmocnienie istniejących ścian, słupów i stropów, wymianę pokrycia dachowego wraz z jego konstrukcją lub generalny

remont pokrycia dachowego, zagospodarowanie terenu, w sytuacji gdy tak

szczegółowa i detaliczna specyfikacja zakresu robót w znaczący i nieuzasadniony sposób ogranicza krąg wykonawców spełniających warunki udziału w postępowaniu, a jednocześnie ukierunkowuje postępowanie na konkretne projekty realizowane przez ograniczoną do minimum liczę wykonawców;

3) art. 29 ust. 1 i 2 w zw. z art. 7 ust. 1 Ustawy Pzp polegające na dokonaniu opisu przedmiotu zamówienia w sposób nieuwzględniający wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na treść oferty oraz w sposób utrudniający uczciwą konkurencję i niezapewniający przestrzegania zasady równego traktowania wykonawców ani zasady proporcjonalności, poprzez dobór parametrów technicznych i preferencje określonych rozwiązań technicznych, charakterystycznych dla wyrobów konkretnego producenta,

4) art. 7 ust. 1 w zw. z art. 91 ust. 2 i 2d ustawy Pzp poprzez określenie zasad

przyznawania punktacji w ramach kryterium oceny ofert Plan organizacja terenu budowy i logistyka transportu, wskazanych w pkt 22.7 siwz (kolumna druga tabeli), w

sposób oceny, niemierzalny, uniemożliwiający wykonawcom przewidzenie punktacji możliwej do uzyskania w ramach przedmiotowego kryterium,

5) art. 7ust. 1 w zw. z art. 91 ust. 2 i 2d ustawy Pzp poprzez określenie zasad przyznawania punktacji w ramach kryterium oceny ofert Doświadczenie Kierownika Budowy, wskazanych w pkt 22.7 siwz (kolumna piąta tabeli), w taki sposób, że uprawnionym do:

i. otrzymania punktów pozostaje wyłącznie wykonawca, który będzie legitymował się Kierownika Budowy lub Kierownika Robót Konstrukcyjno-Budowlanych:

- w inwestycjach od rozpoczęcia do zakończenia inwestycji, podczas

gdy adekwatne do potrzeb i celów postępowania byłoby, bez ryzyka uzyskania usług gorszej jakości, umożliwienie legitymowania się doświadczeniem w realizacji inwestycji przez co najmniej okres 12-miesięcy,

- w inwestycjach, które obejmują wyłącznie przebudowę budynku wpisanego do rejestru zabytków o wartości zadania co najmniej 5.000.000 zł brutto w ramach którego wykonano roboty w zakresie wzmocnienia istniejących ścian, stropów, wymiany pokrycia dachowego wraz z jego konstrukcją lub generalny remont dachu z częściową wymianą konstrukcji, podczas gdy adekwatne do potrzeb i celów postępowania, bez ryzyka uzyskania usługi gorszej jakości, byłoby umożliwienie otrzymania punktów za doświadczenie przy remoncie budynku wpisanego do rejestru zabytków,

- w realizacji inwestycji, w ramach której wykonano roboty w zakresie

wzmocnienia istniejących ścian, stropów, wymiany pokrycia dachowego wraz z jego konstrukcją lub generalny remont dachu z częściową wymianą konstrukcji, podczas gdy adekwatne do

potrzeb i celów postępowania, bez ryzyka uzyskania usługi gorszej jakości, byłoby umożliwienie otrzymania punktów za doświadczenie, które nie obejmowało niektórych z wyspecyfikowanych prac

ii. otrzymania maksymalnej liczby punktów pozostaje wyłącznie wykonawca,

który legitymował będzie się doświadczeniem Kierownika Budowy lub Kierownika Robót Konstrukcyjno-Budowlanych w aż pięciu inwestycjach, podczas gdy:

- liczba osób, które spełniają wymóg legitymowania sią aż pięcioma, zdefiniowanymi przez Zamawiającego inwestycjami, jest minimalna (z wiedzy Odwołującego wynika, iż w Polsce jest tylko kilka takich osób),

adekwatne do potrzeb i zakładanych celów postępowania, bez ryzyka uzyskania usługi gorszej jakości, byłoby umożliwienie otrzymania punktów za Kierownika Budowy lub Kierownika Robót Konstrukcyjno-Budowlanych posiadającego doświadczenie w co najmniej dwóch

zakończonych inwestycjach, zdefiniowanych przez Zamawiającego

6) art. 7 ust. 1 w zw. z art. 14 ust. 1 w zw. z art. 139 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 5 k.c. w zw. z art. 353[1] k.c. poprzez ukształtowanie warunków umowy w sposób sprzeczny z zasadą równowagi stron stosunku zobowiązaniowego, zasadami współżycia społecznego, a tym samym naruszający zasadę prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego z zachowaniem uczciwej konkurencji, polegające na:

i. przerzuceniu na wykonawcę odpowiedzialności za niewykonanie przez Zamawiającego obowiązków konserwacji (§19 ust. 9) i wskazanie, iż nie wywiązanie się z obowiązku wykonania konserwacji nie może być powodem odmowy wykonania naprawy gwarancyjnej,

ii. obarczenia wykonawcy obowiązkiem zapłaty kar umownych w przypadku wystąpienia opóźnienia, a nie zwłoki, podczas gdy bak jest uzasadnienia dla przerzucenia odpowiedzialności za skutki zdarzeń, na które wykonawca nie

ma nie może mieć wpływu (§20 ust. 1 pkt 1-5, 10),

iii. zaniechaniu określenia końcowego terminu naliczania kar umownych lub też ich maksymalnego limitu (§20 ust. 1 pkt 1-13), co prowadzi do obciążenia wykonawcy świadczeniem nieokreślonym w czasie, stanowiącym w istocie zobowiązanie „wieczne", co nie spełnia obowiązku określenia sumy pieniężnej podlegającej wypłacie w związku z niewykonaniem lub nienależytym wykonaniem zobowiązania niepieniężnego (art. 483 § 1 k.c.),

iv. umożliwienie kumulowania kar umownych zarówno za opóźnienie w wykonaniu poszczególnych etapów wskazanych w harmonogramie, jak również za opóźnienie w wykonaniu przedmiotu umowy (§ 20 ust. 1 pkt 5),

v. zastrzeżeniu rażąco wygórowanej kary umownej za odstąpienie od umowy przez Zamawiającego (§ 20 ust. 14),

vi. zastrzeżeniu rażąco wygórowanej kary umownej ze opóźnienie w usunięciu wad i usterek w okresie rękojmi (§ 20 ust. 1 pkt 10),

vii. zastrzeżeniu uprawnienia Zamawiającego do naliczenia zbyt wygórowanej kary umownej za stwierdzony przypadek nienależytego wykonania robót opisanych w § 10 ust. 3 umowy (§ 20 ust. 1 pkt 11)

viii. zastrzeżeniu uprawnienia do odstąpienia przez Zamawiającego od umowy w przypadku złej jakości prac (§ 17 umowy), co w połączeniu z brakiem obowiązku wezwania wykonawcy do zmiany sposobu wykonania, brakiem powiązania złej jakości z możliwością doprowadzenia do nieusuwalnych wad oraz brakiem zdefiniowania złej jakości prac, pozwala na uznaniowość decyzji i naliczenie z tego tytułu kary umownej w wysokości 20% wynagrodzenia umownego brutto,

ix. zastrzeżeniu uprawnienia Zamawiającego do odstąpienia od umowy w

przypadku gdy Wykonawca narusza jakiekolwiek postanowienia niniejszej

Umowy (inne niż wskazane w ust. 2 pkt 1-6 powyżej) (...) co w połączeniu z bardzo krótkim terminem na reakcję (maksymalnie trzy dni) oraz uniezależnieniem uprawnienia od wagi i rodzaju naruszeń, a także zawinienia wykonawcy, pozwala na uznaniowość decyzji Zamawiającego oraz naliczenie kary umownej w wysokości 20% wynagrodzenia umownego brutto,

x. zastrzeżeniu uprawnienia Zamawiającego do odstąpienia od umowy w przypadku nie zwiększenia tempa realizacji robót (mobilizacji) w terminie ściśle oznaczonym - 48 godzin od momentu otrzymania stosownego żądania (§ 21 ust. 2 pkt 7), niezależnie od tego czy zwiększenie tempa może mieć wpływ (zagrozić) terminowi wykonania przedmiotu umowy oraz jaki podmiot ponosi odpowiedzialność za niezwiększenie tempa, co w połączeniu z bardzo krótkim terminem na reakcję (48 godzin) pozwala na uznaniowość decyzji o odstąpieniu i naliczenia kary umownej w wysokości 20% wynagrodzenia

umownego brutto,

xi. zastrzeżeniu uprawnienia Zamawiającego do odstąpienia od umowy w przypadkach wskazanych w § 21 ust. 2 pkt 3 i 4, w sytuacji gdy opóźnienie wykonawcy, bez względu na przyczynę, przekroczy 7 dni, co w połączeniu z brakiem obowiązku uprzedniego wezwania wykonawcy do realizacji określonych czynności uprawnia do odstąpienia według uznania Zamawiającego i naliczenia z tego tytułu kary umownej w wysokości 20% wynagrodzenia umownego brutto,

xii. zastrzeżeniu dla Zamawiającego uprawnienia do odstąpienia od umowy w przypadku przerwy w realizacji robót trwającej dłużej niż 7 dni (§ 21 ust. 2 pkt 2), co w połączeniu z brakiem skorelowania tego uprawnienia z sytuacją wystąpienia zagrożenia dla zachowania terminu wykonania przedmiotu zamówienia lub wystąpienia zagrożenia dotrzymania poszczególnych terminów wskazanych w harmonogramie oraz brakiem obowiązku

uprzedniego wezwania wykonawcy do realizacji określonych czynności,

uprawnia do odstąpienia według uznania Zamawiającego i naliczenia z tego tytułu kary umownej w wysokości 20% wynagrodzenia umownego brutto.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu dokonania modyfikacji treści ogłoszenia oraz siwz w zakresie wskazanym w sposób określony szczegółowo przy każdym z zarzutów.

Zamawiający w dniu 10.08.2020r. złożył odpowiedź na odwołanie, w której wskazał na zakres zmian w treści ogłoszenia i siwz, uwzględniając w części zarzuty oraz wnosząc o oddalenie w części zarzutów z uwagi na istotną zmianę postanowień.

Odwołujący w dniu 10.08.2020r. cofnął odwołanie przesyłając oświadczenie elektroniczne opatrzone bezpiecznym podpisem elektronicznym.

W związku z powyższym na podstawie art. 187 ust. 8 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019, poz. poz. 1843) Izba umorzyła postępowanie odwoławcze.

Orzekając o kosztach, zgodnie z art. 187 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 1 pkt 3 lit. a

72), Izba nakazała zwrócić na rzecz Odwołującego 90% kwoty uiszczonego w wysokości 20.000 zł. wpisu od odwołania.

Przewodniczący: .....