Sygn. akt: KIO 2599/22

Sygn. akt: KIO 2606/22

POSTANOWIENIE
z dnia 14 października 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Katarzyna Odrzywolska

Protokolant: Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron w dniu 14 października 2022 r.

w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej

A. w dniu 3 października 2022 r. przez wykonawcę: Budimex S.A. z siedzibą

w Warszawie (sygn. akt: KIO 2599/22)

B. w dniu 3 października 2022 r. przez wykonawcę: Korporacja Budowlana DORACO Sp. z o.o. z siedzibą w Gdańsku (sygn. akt: KIO 2606/22)

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: Zarząd Morskiego Portu Gdańsk S.A. z siedzibą w Gdańsku

przy udziale

A. wykonawcy: NDI S.A. z siedzibą w Sopocie, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 2599/22 i KIO 2606/22 po stronie odwołującego

B. wykonawcy: STRABAG Sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 2599/22 po stronie odwołującego i KIO 2606/22 po stronie zamawiającego

C. wykonawcy: Budimex S.A. z siedzibą w Warszawie, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 2606/22 po stronie odwołującego

D. wykonawcy: Firma Budowlano-Drogowa MTM S.A. z siedzibą w Gdyni, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 2606/22 po stronie odwołującego

postanawia:

1. umarza postępowanie odwoławcze w sprawie o sygn. akt: KIO 2599/22;

2. nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz wykonawcy: Budimex S.A. z siedzibą w Warszawie kwoty 18 000 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy złotych zero groszy) stanowiącej 90% kwoty uiszczonego wpisu od odwołania;

3. umarza postępowanie odwoławcze w sprawie o sygn. akt: KIO 2606/22;

4. nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz wykonawcy: Korporacja Budowlana DORACO Sp. z o.o. z siedzibą w Gdańsku kwoty 18 000 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy złotych zero groszy) stanowiącej 90% kwoty uiszczonego wpisu od odwołania.

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

Sygn. akt: KIO 2599/22
Sygn. akt: KIO 2606/22

Zarząd Morskiego Portu Gdańsk S.A. z siedzibą w Gdańsku (dalej:

„zamawiający") prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022 r., poz. 1710 ze zm.) - dalej „ustawa Pzp", o wartości wyższej niż progi unijne pn. „Przebudowa infrastruktury portowej w rejonie Nabrzeża Wiślanego w Porcie Gdańsk"; nr postępowania: NPR/NS/2022/053 - dalej „postępowanie" lub „zamówienie".

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane 23 września 2022 r. w Dzienniku

Urzędowym Unii Europejskiej pod nr 2022/S 184-521808.

W dniu 3 października 2022 r. przez wykonawcę: Budimex S.A. z siedzibą

w Warszawie (dalej „Budimex") oraz w dniu 3 października 2022 r. przez wykonawcę: Korporacja Budowlana DORACO Sp. z o.o. z siedzibą w Gdańsku (dalej „DORACO") zostały wniesione odwołania do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, wobec czynności zamawiającego podjętych w postępowaniu a polegających na ustaleniu treści Specyfikacji Warunków Zamówienia dotyczącej postępowania (dalej „SWZ"), w sposób naruszający przepisy ustawy Pzp i kodeksu cywilnego.

Wykonawca Budimex zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1. art. 99 ust. 1 i 2 ustawy Pzp w zw. z art. 103 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 5 i 353(1) KC w zw. z art. 647 i 651 KC w zw. z art. 18 ust. 1 pkt 1) w zw. z art. 20 ust. 1 i 2 ustawy Prawo Budowlane w zw. z art. 16 ustawy Pzp poprzez nałożenie na wykonawcę w ramach § 8 ust. 2 Umowy obowiązku szczegółowego sprawdzenia dokumentacji projektowej przekazanej przez zamawiającego, a w konsekwencji przejęcie ryzyka za całość dokumentacji projektowej niepochodzącej od wykonawcy i ponoszenia przez niego skutków finansowych błędów w niej występujących, co w konsekwencji zaburza równowagę stron umowy i prowadzi do naruszenia praw wykonawcy;

2. art. 99 ust. 1 i 2 ustawy Pzp w zw. z art. 103 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 134 ust. 1 pkt 4) ustawy Pzp w zw. z art. 16 ustawy Pzp oraz art. 8 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 353(1) KC w zw. z art. 5 KC 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 w przerzuceniu na wykonawców wszelkich ryzyk związanych z nieprawidłowym opisem przedmiotu zamówienia, w szczególności z nieprawidłowością, niekompletnością i niejednoznacznym kształtem dokumentacji projektowej i geologicznej, o której mowa w opisie przedmiotu zamówienia, w tym pod

kątem zawartości, kompletności i zastosowanych metod, również zobowiązujących wykonawców do oszacowania w cenie ofertowej wszelkich prac związanych z realizacją zamierzenia inwestycyjnego, również takich, których nie da się określić (ze względu na zmienność gruntu) na tym etapie postępowania;

3. art. 16 ustawy Pzp oraz art. 99 ust. 1 ustawy Pzp, w zw. z art. 433 pkt 3 ustawy Pzp, w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp, w zw. 353(1) KC w zw. z art. 647 KC, poprzez niezasadne i bezpodstawne przerzucenie na wykonawcę odpowiedzialności i ryzyka (w tym za przedłużenie czasu realizacji umowy z przyczyn niezależnych od stron, zmianę wynagrodzenia czy zmianę warunków wykonywania przedmiotu Umowy, w szczególności z uwagi na charakterystykę przemysłowego nabrzeża przeładunkowego i konieczność wzięcia pod uwagę możliwości występowania na i w dnie przy nabrzeżu różnego rodzaju odpadów), podczas gdy takie ryzyko stanowi wyłączne ryzyko zamawiającego, a przez to stanowi klauzulę abuzywną wynikającą z art. 433 pkt 3 ustawy Pzp, w konsekwencji prowadząc do uprzywilejowania pozycji zamawiającego oraz naruszenia zasady równowagi stron stosunku zobowiązaniowego;

4. art. 112 ust. 1 w zw. 112 ust. 2 pkt 4) w zw. z art. 16 ustawy Pzp poprzez sformułowanie warunku udziału w postępowaniu odnoszącego się do doświadczenia posiadanego przez osobę wskazaną do kierowania robotami w specjalności inżynieryjnej kolejowej (kierownik robót kolejowych) (Rozdział 14 ust. 2 pkt 5) lit. h) SWZ) w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia i nadmierny dla zweryfikowania zdolności do należytego wykonania przedmiotowego zamówienia, a przez to naruszający zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Podnosząc powyższe, wykonawca Budimex wniósł o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie zamawiającemu dokonania zmiany treści SWZ i ogłoszenia w sposób wskazany w uzasadnieniu niniejszego odwołania.

Wykonawca DORACO zarzucił zamawiającemu, że ten naruszył następujące przepisy:

1. art. 112 ust. 1 i ust. 2 pkt 4 oraz art. 116 ust. 1 w zw. z art. 16 pkt 1 oraz pkt 3 ustawy Pzp poprzez określenie warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznych lub zawodowych w sposób nieadekwatny w stosunku do przedmiotu zamówienia, w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia i nadmierny dla zweryfikowania zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, wskazujący na możliwość spełnienia warunków udziału przez nieuzasadnienie wąski krąg wykonawców, podczas, gdy warunki realizacji zamówienia zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia wynikającym z ogłoszenia spełnia więcej wykonawców, a w konsekwencji w sposób naruszający zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców;

2. art. 99 ust. 1 ustawy Pzp, art. 439 ust. 1-2 Pzp w zw. z art. 17 ust. 1 Pzp, art. 431 Pzp, art. 16 pkt 1 -3 ustawy Pzp, art. 353 (1) k.c. i art. 5 k.c. w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp,

przez ukształtowanie projektowanych postanowień umowy w zakresie waloryzacji wynagrodzenia w ten sposób, że zamawiający przerzuca wszystkie ryzyka związane z wahaniami na ryku w zakresie prowadzącym do obniżenia wynagrodzenia wykonawcy na wykonawcę, że to wykonawca będzie musiał zaliczyć wyłącznie w swoje koszty wzrost kosztów wynikających ze zmian rynkowych, co będzie skutkowało spadkiem rentowności realizowanego przedsięwzięcia, w sytuacji gdy wzrost wynagrodzenia wykonawcy w oparciu o klauzulę waloryzacyjną został ograniczony poprzez wskaźnik waloryzacji wzrostu cen produkcji budowlano-montażowej w porównaniu z analogicznym miesiącem poprzedniego roku do co najmniej 5%, a który nie odpowiada tendencjom wzrostu cen na rynku robót budowlanych; poprzez to, że pierwsza waloryzacja wynagrodzenia wykonawcy w trakcie realizacji zamówienia może nastąpić dopiero po upływie 12 miesięcy, a kolejne aż po upływie10 miesięcy od złożenia poprzedniego wniosku; poprzez to, że waloryzacja za wykonanie robót dodatkowych obejmuje swoim zakresem tylko roboty dodatkowe wykonane po upływie 10 miesięcy od daty zawarcia aneksu na wykonanie robót dodatkowych; poprzez ograniczenie poziomu zmian wynagrodzenia (jego wzrostu) o maksymalnie 7 %, co również narusza zasadę ekwiwalentności świadczeń, a w konsekwencji wszystkie te postanowienia naruszają uczciwą konkurencję; i uniemożliwiają racjonalną ocenę i wycenę zadania, jednocześnie powodując to, że spełnienie warunku z ustawy Pzp umieszczenia takiej klauzuli w umowie nastąpiło w sposób fasadowy, niedający żadnego praktycznego zastosowania.

Podnosząc powyższe, wykonawca DORACO wniósł o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie zamawiającemu dokonania zmiany treści SWZ i ogłoszenia w sposób wskazany

w uzasadnieniu niniejszego odwołania.

Izba ustaliła, że zamawiający 4 października 2022 r. poinformował wykonawców o możliwości zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego. W terminie określonym w art. 525 ust. 1 ustawy Pzp do postępowania odwoławczego przystąpili wykonawcy: (1) NDI S.A. z siedzibą w Sopocie, zgłaszając przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 2599/22 i KIO 2606/22 po stronie odwołującego; (2) STRABAG Sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie zgłaszając przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 2599/22 po stronie odwołującego i KIO 2606/22 po stronie zamawiającego; (3) Budimex S.A. z siedzibą w Warszawie, zgłaszając przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 2606/22 po stronie odwołującego; (4) Firma Budowlano-Drogowa MTM S.A. z siedzibą w Gdyni, zgłaszając przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 2606/22 po stronie odwołującego.

Zamawiający 13 września 2022 r., działając w oparciu o art. 521 ust. 1 ustawy Pzp złożył odpowiedź na wniesione odwołania. Ustosunkowując się do stanowisk wykonawców Budimex oraz DORACO i zarzutów podnoszonych w odwołaniach oświadczył, że uwzględnia wniesione przez nich odwołania w części.

Odwołujący DORACO i odwołujący Budimex, przed otwarciem rozprawy wyznaczonej na dzień 14 października 2022 r., złożyli do akt sprawy pisma procesowe oświadczając, że cofają wniesione odwołania w całości. Przedmiotowe pisma zostały złożone w formie elektronicznej, opatrzone podpisem elektronicznym i podpisane przez osoby upoważnione do reprezentowania odwołujących się wykonawców.

W tym stanie rzeczy Izba na podstawie art. 568 pkt 1 ustawy Pzp umorzyła postępowania odwoławcze o sygn. akt: KIO 2599/22 i KIO 2606/22, orzekając w formie postanowienia.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 557 i 575 ustawy Pzp w zw. z § 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), nakazując dokonanie na rzecz odwołujących zwrotu z rachunku Urzędu Zamówień Publicznych kwoty uiszczonej tytułem wpisu, w wysokości stanowiącej 90% jego wartości.

Przewodniczący: .....