Sygn. akt: KIO 615/23

POSTANOWIENIE z dnia 21 marca 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Aleksandra Patyk

Członkowie: Elżbieta Dobrenko

Małgorzata Jodłowska

Protokolant: Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron oraz uczestników postępowania odwoławczego w dniu 21 marca 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 6 marca 2023 r. przez wykonawcę PORR S.A. z siedzibą w Warszawie w postępowaniu prowadzonym przez Wojskową Akademię Techniczną im. Jarosława Dąbrowskiego w Warszawie

przy udziale:

A. wykonawcy BUDIMEX S.A. z siedzibą w Warszawie zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego,

B. wykonawcy STRABAG Sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego,

C. wykonawcy SKANSKA S.A. z siedzibą w Warszawie zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego,

D. wykonawcy Polimex Infrastruktura Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie 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 – wykonawcy PORR S.A. z siedzibą w Warszawie kwoty 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy), uiszczonej tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2022 r., poz. 1710, z późn. 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: ……..

Członkowie: ……..

Sygn. akt: KIO 615/23

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

Zamawiający – Wojskowa Akademia Techniczna im. Jarosława Dąbrowskiego w Warszawie [dalej „Zamawiający”] prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia w trybie przetargu nieograniczonego na budowę Centrum Innowacji i Cyberbezpieczeństwa Wydziału Cybernetyki (znak postępowania: 12/DIB/2023).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 22 lutego 2023 r. pod numerem nr 2023/S 038-112213.

W dniu 6 marca 2023 r. wykonawca PORR S.A. z siedzibą w Warszawie [dalej „Odwołujący”] wniósł odwołanie wobec dokumentów zamówienia zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 433 pkt 3 i art. 99 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 353[1] k.c. i art. 473 k.c. w zw. z art. 16 i art. 8 ustawy Pzp poprzez niejednoznaczny i niewyczerpujący opis przedmiotu zamówienia, który powoduje obarczenie wykonawcy odpowiedzialnością za okoliczności, za które wyłączną odpowiedzialność ponosi Zamawiający, a w konsekwencji nałożenie na wykonawcę obowiązku uwzględnienia w ramach wynagrodzenia umownego „wszelkich okoliczności lokalizacji, cech projektu i terminów” oraz wyłączenie możliwości wysuwania roszczeń w stosunku do Zamawiającego, w sytuacji gdy wystąpią odmienne warunki realizacji inwestycji, co powoduje brak możliwości oszczania ww. ryzyk i nieporównywalność złożonych ofert, a także stanowi naruszenie zasady równowagi kontraktowej stron i zasady uczciwej konkurencji;

2. art. 431 ustawy Pzp i art. 647 k.c. w zw. z art. 354 § 2 k.c. i art. 353[1] k.c. w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp poprzez ukształtowanie postanowień wzoru umowy w sposób sprzeczny z istotą umowy o roboty budowlane oraz zasadą współdziałania stron przy wykonywaniu umowy w sprawie zamówienia publicznego poprzez ustalenie bezusterkowych odbiorów robót, co spowoduje wstrzymanie zapłaty wynagrodzenia oraz rozpoczęcia biegu rękojmi i gwarancji w sytuacji wystąpienia wad nieistotnych, które nie wyłączają ani nie utrudniają Zamawiającemu korzystania z inwestycji;

3. art. 431 ustawy Pzp i art. 647 k.c. w zw. z art. 354 § 2 k.c. i art. 353[1] k.c. w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp poprzez ukształtowanie postanowień wzoru umowy w sposób sprzeczny z istotą umowy o roboty budowlane oraz zasadą współdziałania stron przy wykonywaniu umowy w sprawie zamówienia publicznego poprzez

ustalenie terminów akceptacji umów podwykonawczych, terminów odbioru robót oraz terminów usuwania wad niemających uzasadnienia w realnych potrzebach Zamawiającego oraz nie są uzasadnione przedmiotem zamówienia, które mogą w istotny sposób zakłócić proces realizacji inwestycji oraz spowodować nałożenie sankcji na wykonawcę w postaci kar umownych;

4. art. 483 k.c., art. 484 § 2 k.c. i art. 436 pkt 3 ustawy Pzp w zw. z art. 353[1] k.c. w zw. z art. 8 ust. 1 i art. 16 ustawy Pzp poprzez ustalenie rażąco wygórowanych stawek kar umownych oraz ustalenie górnego limitu kar umownych przewyższającego wysokość kary z tytułu odstąpienia od umowy z przyczyn zależnych od wykonawcy;

5. art. 433 pkt 3 oraz art. 353[1] k.c. i art. 473 k.c. w zw. z art. 16 i art. 8 ustawy Pzp poprzez obarczenie wykonawcy odpowiedzialnością za okoliczności, za które wyłączną odpowiedzialność ponosi Zamawiający polegające na wyłączeniu zapłaty przez Zamawiającego jakichkolwiek kosztów przerw spowodowanych przyczynami leżącymi wyłącznie po stronie Zamawiającego, których łączny czas nie będzie dłuższy niż 30 dni kalendarzowych;

6. art. 433 pkt 1 i art. 353[1] k.c. w zw. z art. 16 i art. 8 ustawy Pzp poprzez obarczenie wykonawcy odpowiedzialnością za opóźnienie, tj. przyznanie Zamawiającemu prawa do odstąpienia od umowy, w sytuacji gdy wykonawca nie przystąpił do robót lub zaniechał ich realizacji przez okres 5 dni roboczych;

7. art. 433 pkt 4 i art. 99 ust. 1 ustawy Pzp oraz art. 353[1] k.c. w zw. z art. 16 i art. 8 ustawy Pzp poprzez przyznanie Zamawiającemu prawa do odstąpienia od umowy w przypadku naruszenia ubocznego obowiązku kontraktowego (naruszenie przepisów BHP i /lub ppoż.), co może doprowadzić do obejścia zakazu dowolnego zmniejszania wartości i zakresu świadczenia wykonawcy;

8. art. 387 § 1 k.c. i art. 353[1] k.c. w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp poprzez nałożenie na wykonawcę w ramach wynagrodzenia umownego obowiązku dostarczenia lub korzystania z licencji bez ograniczeń czasowych i terytorialnych oraz aktualizacji oprogramowania;

9. art. 16 pkt 1 – 3 ustawy Pzp poprzez ukształtowanie postanowień przyszłej umowy z naruszeniem zasad uczciwej konkurencji, proporcjonalności i przejrzystości.

Wobec ww. zarzutów Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu zmiany dokumentów zamówienia w sposób określony w treści odwołania.

Izba ustaliła, że wykonawcy BUDIMEX S.A. z siedzibą w Warszawie, STRABAG Sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie, SKANSKA S.A. z siedzibą w Warszawie oraz Polimex Infrastruktura Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie skutecznie przystąpili do postępowania

odwoławczego po stronie Odwołującego.

W dniu 17 marca 2023 r. Zamawiający wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odpowiedź na odwołanie, w której oświadczył, że zgadza się w części z podniesionymi zarzutami Odwołującego i wnosi o umorzenie postępowania odwoławczego w części dotyczącej zarzutów co do zapisów umowy uwzględnionych przez Zamawiającego. Niniejsze pismo zostało podpisane przez osobę uprawnioną do reprezentacji Zamawiającego.

W dniu 20 marca 2023 r. Odwołujący wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej pismo, w którym oświadczył, że cofa zarzuty odwołania wniesionego 6 marca 2023 r. nieuwzględnione przez Zamawiającego w odpowiedzi na odwołanie. Izba stwierdziła, że oświadczenie o wycofaniu pozostałych zarzutów odwołania zostało złożone przez osobę uprawnioną do reprezentowania Odwołującego.

Biorąc pod uwagę powyższe, Izba uznała, że zachodzą podstawy do umorzenia postępowania odwoławczego w oparciu o art. 522 ust. 3 ustawy Pzp. Zgodnie z treścią tego przepisu, w przypadku uwzględnienia przez zamawiającego części zarzutów przedstawionych w odwołaniu i wycofania pozostałych zarzutów przez odwołującego, Izba może umorzyć postępowanie odwoławcze 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.

W tym stanie rzeczy Izba na podstawie art. 522 ust. 3 ustawy Pzp umorzyła postępowanie odwoławcze, orzekając w

formie postanowienia zgodnie z art. 568 pkt 3 ww. ustawy.

Mając na uwadze powyższe postanowiono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 557 i 575 ustawy Pzp w zw. z § 9 ust. 1 pkt 2 lit. b) 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 Odwołującego zwrotu z rachunku Urzędu Zamówień Publicznych kwoty uiszczonej tytułem wpisu.

Przewodniczący: ……..

Członkowie: ……..