Sygn. akt: KIO 690/23

POSTANOWIENIE

z dnia 24 marca 2023 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Katarzyna Poprawa

Katarzyna Prowadzisz

Małgorzata Rakowska

Protokolant:

Klaudia Kwadrans

po rozpoznaniu w dniu 24 marca 2023 roku w Warszawie, na posiedzeniu niejawnym z udziałem Stron i Uczestników postępowania odwoławczego, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 13 marca 2023 roku przez wykonawcę: Mostostal Warszawa Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie, ul. Konstruktorska 12A, 02-673 Warszawa

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: Gminę Miasto Rzeszów - Miejski Zarząd Dróg w Rzeszowie

przy udziale:

A) PORR Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie, ul. Hołubcowa 123, 02-854

Warszawa zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 690/23 po stronie odwołującego,

B) Swietelsky Rail Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedziba w Krakowie, ul. Wielicka 250, 30-663 Kraków zgłaszającego przystąpienie do postępowania

odwoławczego o sygn. akt: KIO 690/23 po stronie odwołującego

postanawia:

1. umarza postępowanie odwoławcze

2. nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz wykonawcy Mostostal Warszawa Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie,

ul. Konstruktorska 12A, 02-673 Warszawa 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 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 690/23

Uzasadnienie

Zamawiający – Gmina Miasto Rzeszów - Miejski Zarząd Dróg w Rzeszowie, prowadzący postępowanie w imieniu i na rzecz Zamawiającego Urząd Miasta Rzeszowa Wydział Zamówień Publicznych, ul. Rynek 1, 35-064 Rzeszów, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn.: „Budowa DW 878 od al. Tadeusza Rejtana w Rzeszowie

do ul. Generała Stanisława Maczka”, znak sprawy: ZP-A.271.33.2023, zwane dalej „Postępowaniem”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 3 marca 2023 r., o numerze 2023/S 045-131986. Postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2022 r. poz. 1710 ze zm.), dalej jako „ustawa Pzp” lun „Pzp”.

W dniu 13 marca 2023 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej zostało wniesione odwołanie przez wykonawcę Mostostal Warszawa Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie, ul. Konstruktorska 12A, 02-673 Warszawa zwanego dalej „Odwołującym" wobec czynności Zamawiającego polegającej na ustaleniu treści Specyfikacji Warunków Zamówienia, w sposób naruszający przepisy zawarte w tej ustawie oraz w ustawie z dnia 23.04.1964 r. Kodeks cywilny (Dz. U. z 2022 r. poz. 1360 z późn. zm.), dalej „KC".

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1) naruszenie art. 16 pkt 1-3 w zw. z art. 8 ust. 1 Pzp w zw. z art. 647 KC oraz art. 99 ust. 1 Pzp poprzez brak jednoznacznego wskazania w postanowieniach § 3 i § 4 Projektowanych Postanowień Umowy, dalej „PPU", stanowiących załącznik nr 2 do Specyfikacji Warunków Zamówienia, dalej „SWZ", jak też w jakimkolwiek innym miejscu SWZ, wydzielonego etapu prac w ramach realizacji inwestycji, po którego zakończeniu nastąpi wypłata pierwszej transzy dofinansowania, o której mowa w § 4 ust. 1 pkt 2 lit. a PPU, a tym samym brak jednoznacznego opisu przedmiotu zamówienia w zakresie okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty, co uniemożliwia wykonawcom oszacowanie zapotrzebowania na finansowanie własne, a w konsekwencji oszacowanie ceny oferty, powodując brak transparentności postępowania, ryzyko złożenia przez wykonawców różnych, nieporównywalnych względem siebie ofert bądź

więc ograniczenie konkurencyjności postępowania poprzez zaniechanie ubiegania się wykonawców

o udzielenie przedmiotowego zamówienia,

2) naruszenie art. 16 pkt 1, 2 i 3 w zw. z art. 8 ust. 1 Pzp w zw. z art. 647 i art. 353^1 KC poprzez uzależnienie przez Zamawiającego w postanowieniach § 9 ust. 2 pkt 1 lit. a, ust. 3, ust. 6, ust. 8 i ust. 11 PPU dokonania odbioru końcowego robót, a w postanowieniu § 8 ust. 6 PPU także dokonania odbioru ostatecznego w danej części robót – od usunięcia wszelkiego rodzaju wykrytych wad i usterek (niezależnie od ich rodzaju), a nie tylko wad istotnych, co w konsekwencji prowadzi do możliwości wstrzymania płatności wynagrodzenia odpowiednio za daną, część zamówienia, jak i później za całość zamówienia do momentu wydania bezusterkowego protokołu końcowego odbioru robót za cały przedmiot zamówienia oraz liczenia biegu terminu rękojmi i gwarancji od podpisania takiego protokołu, podczas gdy odmowa podpisania takiego protokołu, jak i brak zapłaty umówionego wynagrodzenia naruszają podstawowe obowiązki inwestora wobec wykonawcy w robotach budowlanych określone w ustawie Pzp zasady prowadzenia postępowania o zamówienie publiczne oraz zasadę swobody umów,

3) naruszenie art. 8 ust. 1 i 16 pkt 1 i 3, art. 17 ust. 1 pkt 1 Pzp, a także art. 484 § 1, art. 353^1, art. 5 i art. 487 § 2 KC poprzez określenie w § 12 ust. 1 pkt 1 i 2, 5 i 6 oraz w ust. 2 PPU poszczególnych kar umownych oraz limitu kar umownych w sposób wygórowany i nadmierny, a przez to w sposób sprzeczny z zasadą proporcjonalności i wymaganiami określonymi w szczegółowych przepisach Pzp oraz w sposób sprzeczny z

podstawowymi zasadami zobowiązań, tj. zasady równowagi stron stosunku

zobowiązaniowego

i zasadami współżycia społecznego, co w konsekwencji prowadzi do naruszenia zasady uczciwej konkurencji i w sposób nieuzasadniony powoduje konieczność podwyższenia cen ofert wykonawców z uwagi na konieczność uwzględnienia przez nich nieproporcjonalnego ryzyka finansowego z uwagi na potencjalne ryzyko obciążenia Wykonawcy nadmiernie wygórowanymi karami umownymi, co w żaden sposób nie przekłada się na zapewnienie najlepszej jakości wykonania robót budowlanych i stanowi naruszenie zasady uzyskania najlepszych efektów zamówienia,

4) naruszenie art. 8 ust. 1 i 16 pkt 1 Pzp, a także art. 484 § 1 oraz art. 353^1 i art. 5 KC poprzez określenie w § 12 ust. 3 PPU limitu odpowiedzialności na poziomie mogącym przekroczyć wysokość wynagrodzenia Wykonawcy, co zdecydowanie wpływa na ograniczenie konkurencyjności postępowania i stoi w sprzeczności z zasadą

proporcjonalności

i podstawowymi zasadami prawa zobowiązań, tj. zasady równowagi stron stosunku zobowiązaniowego i zasadami współżycia społecznego,

5) naruszenie art. 16 pkt 1 Pzp poprzez sformułowanie w postanowieniach rozdz. XVIII pkt 4 ppkt 1 i 5 SWZ (Zabezpieczenie należytego wykonania umowy) wymogu ograniczającego Gwaranta w zakresie możliwości sformułowania postanowień gwarancji mogących zawierać postanowienia utrudniające zdaniem Zamawiającego dochodzenie roszczeń,

co w praktyce utrudnia konkurencję w postępowaniu w świetle powszechnej praktyki banków, wprowadzających ograniczenia w swoich dokumentach gwarancyjnych,

6) naruszenie art. 439 ust. 1 i 2 w zw. z art. 8 ust. 1 Pzp oraz art. 16 pkt 1 i art. 17 ust. 1 Pzp poprzez określenie w § 3 ust. 6 pkt 3 PPU poziomu zmiany ceny materiałów lub kosztów, uprawniającego strony do żądania zmiany wynagrodzenia (tj. półrocznego wskaźnika cen towarów i usług konsumpcyjnych) w wysokości nie niższej niż 3%, a zatem na poziomie zbyt wysokim w stosunku do obecnych nieprzewidywalnych realiów rynkowych, co w tym przypadku skutkować może ograniczeniem konkurencyjności postępowania (naruszenie zasady uczciwej

konkurencji w postępowaniu), niezapewnieniem efektywności realizacji zamówienia i w konsekwencji zniechęceniem wykonawców do udziału w ubieganiu

się o przedmiotowe zamówienie publiczne.

W oparciu o przedstawione zarzuty Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie Zamawiającemu wprowadzenia zmian w treści SWZ (w tym w Projektowanych Postanowieniach Umowy) w sposób określony w uzasadnieniu odwołania oraz zasądzenie na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego według norm przepisanych.

W dniu 16 marca 2023 roku do postępowania odwoławczego zgłosił przystąpienie po stronie Odwołującego wykonawca PORR S.A. z siedzibą w Warszawie, wnosząc o uwzględnienie odwołania.

W dniu 17 marca 2023 roku do postępowania odwoławczego zgłosił przystąpienie po stronie Odwołującego wykonawca Swietelsky Rail Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie, wnosząc o uwzględnienie odwołania.

W dniu 22 marca 2023 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęła odpowiedź Zamawiającego na odwołanie, w której Zamawiający oświadczył, że po zapoznaniu się z treścią odwołania, zarzutami odwoławczymi sformułowanymi przez Odwołującego, uzasadnieniem tych zarzutów oraz żądaniami określonymi w odwołaniu, wnosi o jego oddalenie jako bezzasadnego, a więc nie zasługującego na uwzględnienie, z wyjątkiem zarzutu nr 1 oraz częściowo zarzutu nr 3 (w części dotyczącej kar umownych zawartych w § 12 ust. 1 pkt 1, 2 i 5 w zakresie istotności samych zarzutów), które zostały uwzględnione przez Zamawiającego, oraz wnosi o obciążenie Odwołującego kosztami postępowania.

W dniu 23 marca 2023 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło pismo Odwołującego Cofnięcie Odwołania, w którym Odwołujący oświadczył, że w związku z częściowym uwzględnieniem przez Zamawiającego zarzutów odwołania w zakresie zarzutu opisanego w pkt 1 i pkt 3 (częściowo) petitum odwołania, cofa odwołanie wniesione w dniu 13 marca 2023 roku w pozostałym zakresie i wnosi o umorzenie postępowania odwoławczego oraz zwrot wpisu tytułem wniesionego odwołania.

W tych okolicznościach Izba zważyła, co następuje:

Zgodnie z art. 522 ust. 3 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2022 r. poz. 1710 ze zm.) 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.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie w sposób niebudzący wątpliwości wyraził wolę uwzględnienia zarzutu podniesionego w odwołaniu w pkt 1 i 3 (częściowo) petitum odwołania natomiast Odwołujący również w sposób niebudzący wątpliwości wycofał pozostałe zarzuty odwołania. Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego nie zgłosił przystąpienia żaden wykonawca.

Wobec powyższego, Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że zgodnie z art. 522 ust. 3 oraz art. 568 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, zaistniały przesłanki do umorzenia postępowania odwoławczego.

W tym stanie rzeczy, Izba postanowiła umorzyć postępowanie odwoławcze.

Orzekając o kosztach postępowania odwoławczego Izba uwzględniła okoliczność, że uwzględnienie w części zarzutów przedstawionych w odwołaniu oraz wycofanie przez Odwołującego pozostałych zarzutów nastąpiło przed otwarciem rozprawy, zatem z mocy ustawy koszty te znoszą się wzajemnie, jednocześnie nakazując dokonanie na rzecz Odwołującego zwrotu kwoty uiszczonej tytułem wpisu, zgodnie z § 9 ust. 1 pkt 2 lit. b) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r., poz. 2437).

Przewodniczący: ……