

KIO 3326/24

## POSTANOWIENIE

Warszawa, dnia 2 października 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Monika Kawa-Ogorzałek

po rozpoznaniu w dniu 2 października 2024 roku w Warszawie, na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron postępowania odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 12 września 2024r. przez wykonawcę Budimex S.A. z siedzibą w Warszawie w postępowaniu prowadzonym przez Miejski Zakład Komunikacji w Koninie sp. z o.o. z siedzibą w Koninie

postanawia:

1. umarza postępowanie odwoławcze,
2. nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz

Odwołującego kwoty 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) stanowiącej uiszczony wpis od odwołania.

Na orzeczenie - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie -Sądu Zamówień Publicznych.

Przewodnicząca:

## UZASADNIENIE

Zamawiający – Miejski Zakład Komunikacji w Koninie sp. z o.o. z siedzibą w Koninie prowadzi na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019r. Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2023 r. poz. 1605 ze zm. dalej: „ustawa Pzp”) postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego o udzielenie zamówienia pn. „Budowa zajezdni autobusowej wraz z towarzyszącą jej infrastrukturą oraz budowa stacji tankowania wodoru”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 2 września 2024 r. pod numerem 525108-2024, numer wydania: DZ.U.S: 170/2024.

W dniu 12 września 2024r. wykonawca – Budimex S.A. z siedzibą w Warszawie wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej od czynności Zamawiającego polegającej na ustaleniu treści Specyfikacji Warunków Zamówienia dotyczącej Postępowania (dalej jako: „SWZ”), w sposób naruszający przepisy ustawy Pzp i KC. Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 112 ust. 1 w zw. z art. 112 ust. 2 pkt 4) w zw. z art. 116 ust. 1 w zw. z art. 16 ustawy Pzp poprzez sformułowanie warunków udziału w Postępowaniu w zakresie

doświadczenia wymaganego od wykonawcy (zdolność techniczna lub zawodowa), o których mowa w Rozdziale 7 pkt 4) lit. a) ppkt aa) oraz cc) SWZ w sposób nieproporcjonalny i nieadekwatny do przedmiotu zamówienia i nadmierny dla zweryfikowania zdolności do należytego wykonania przedmiotowego zamówienia, a co za tym idzie w sposób dyskryminujący wykonawców zdolnych do wykonania zamówienia i naruszający zasadę równego traktowania i uczciwej konkurencji (zarzut nr 1);

2. art. 112 ust. 1 w zw. z art. 112 ust. 2 pkt 4) w zw. z art. 116 ust. 1 w zw. z art. 16 ustawy Pzp poprzez sformułowanie warunków udziału w Postępowaniu w zakresie doświadczenia wymaganego od osoby kierownika branży instalacyjnej dedykowanego do realizacji zamówienia, o których mowa w Rozdziale 7 pkt 4) lit. b) ppkt cc) SWZ w sposób nieproporcjonalny i nieadekwatny do przedmiotu zamówienia i nadmierny dla zweryfikowania zdolności do należytego wykonania przedmiotowego zamówienia, a co za tym idzie w sposób dyskryminujący osoby zdolne do wykonania zamówienia i naruszający zasadę równego traktowania i uczciwej konkurencji (zarzut nr 2);

3. art. 121 ustawy Pzp w zw. z art. 16 ustawy Pzp w zw. z art. 118 ust. 1 i 2 ustawy Pzp w zw. z art. 462 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zastrzeżenie do osobistego wykonania zakresu prac w postaci robót budowlanych instalacji wodorowej wraz z instalacją elektrolizera oraz kotłowni wodorowej, które nie mają charakteru kluczowego w okolicznościach przedmiotowej

inwestycji, a w konsekwencji ograniczenie możliwości korzystania z zasobów podmiotu trzeciego i podwykonawstwa, w sytuacji, w której zgodnie z praktyką rynkową tak określony zakres prac leży w kompetencji specjalistycznych podmiotów, nie mających potencjału do uczestnictwa w postępowaniu w charakterze wykonawcy, co stanowi o naruszeniu zasad uczciwej konkurencji i proporcjonalności (zarzut nr 3);

4. art. 8 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 5 i 353(1) KC w zw. z art. 647 KC w zw. z art. 643 KC w zw. z art. 577§4

KC w zw. z art. 568§1 KC w zw. z art. 453 ust. 1 i 2 ustawy Pzp w zw. z art. 16 ustawy Pzp poprzez wprowadzenie do Umowy postanowień dotyczących zasad odbioru robót budowlanych i dokumentacji projektowej zastrzegających prawo a nie obowiązek dokonania odbioru, uzależniających wypłatę należnego wynagrodzenia, a także rozpoczęcie biegu okresu gwarancji i rękojmi oraz zwrot 70% kwoty zabezpieczenia od usunięcia wszelkich wad zidentyfikowanych w ramach przedmiotu umowy, co godzi w istotę i naturę umowy o roboty budowlane, będąc jednocześnie postanowieniem niekorzystnym dla wykonawców, naruszającym bezwzględnie obowiązujące przepisy prawa oraz równowagę stron umowy i prowadzącym do naruszenia praw podmiotowych wykonawców (zarzut nr 4);

5. art. 447 ust. 2 ustawy Pzp w zw. z art. 16 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 5 i 353(1) KC poprzez wprowadzenie do Umowy postanowień umożliwiających Zamawiającemu wstrzymanie wypłaty wynagrodzenia należnego wykonawcy w przypadku nieprzekazania dowodów i oświadczeń potwierdzających zapłatę wynagrodzenia na rzecz podwykonawców bez wskazania części zatrzymanego wynagrodzenia w sytuacji, w której dyspozycja art. 447 ustawy Pzp umożliwia Zamawiającemu wstrzymanie zapłaty wynagrodzenia tylko w odpowiedniej części, tj. w zakresie, dla którego nie przedstawiono dowodów zapłaty wymagalnego wynagrodzenia na rzecz podwykonawców (zarzut nr 5);

6. art. 433 pkt 3) ustawy Pzp, w zw. z art. 99 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 5 KC, art. 58 KC, art. 353(1) KC w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp poprzez wprowadzenie do Umowy postanowień, z których wynika odpowiedzialność wykonawcy za okoliczności za które wyłączną odpowiedzialność ponosi zamawiający, tj. za prawidłowość identyfikacji uwarunkowań istotnych z punktu widzenia realizacji zamówienia, przekładających się na treść dokumentacji postępowania, przy jednoczesnym definiowaniu zobowiązań wykonawców poprzez zdarzenia przyszłe i niepewne, nieujęte w dokumentacji postępowania, co stanowi o przerzuceniu na wykonawców wszelkich ryzyk związanych z nieprawidłowym i niejednoznacznym opisem przedmiotu zamówienia, co stanowi klauzulę abuzywną, prowadzącą do nadużycia przez Zamawiającego prawa do kształtowania postanowień umownych i jego pozycji dominującej, będąc jednocześnie postanowieniem niekorzystnym dla wykonawców, naruszającym bezwzględnie obowiązujące przepisy prawa oraz równowagę stron umowy i prowadzącym do naruszenia praw podmiotowych wykonawców (zarzut nr 6);

7. art. 8 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 5 i 353(1) KC w zw. z art. 473§ 1 KC w zw. z art. 483 KC w zw. z art. 484§2 KC w zw. z art. 16 ustawy Pzp poprzez zastrzeżenie przez Zamawiającego w ramach Umowy kar umownych i górnego ich limitu o rażąco wygórowanej wysokości, co jest postanowieniem naruszającym równowagę stron umowy, wymuszającym na wykonawcach konieczność kalkulacji dodatkowych, niemożliwych do precyzyjnej kalkulacji, ryzyk w ramach ceny ofertowej (zarzut nr 7);

8. art. 439 ust. 1 i ust. 2 ustawy Pzp w zw. z art. 16 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 58 KC w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp poprzez sformułowanie w ramach Umowy klauzuli waloryzacyjnej, dotyczącej zmiany wysokości wynagrodzenia wykonawcy w sytuacji zmiany cen materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia wbrew wymaganiam dyspozycji art. 439 ustawy Pzp, w sposób wypaczający ideę waloryzacji i będący sprzeczny z celem określonym w art. 439 ustawy Pzp, determinując jej nieefektywność i nierealność (zarzut nr 8);

9. art. 138 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 16 ustawy Pzp poprzez wyznaczenie zbyt krótkiego terminu składania ofert, uniemożliwiającego prawidłowe przygotowanie i oszacowanie oferty, nieuwzględniającego skali złożoności i skomplikowania przedmiotu zamówienia, co w konsekwencji oznacza brak respektowania zasady proporcjonalności, przejrzystości i uczciwej konkurencji (zarzut nr 9).

W związku z powyższymi zarzutami Odwołujący wniósł o:

- 1) uwzględnienie odwołania,
- 2) nakazanie Zamawiającemu dokonania zmiany treści SWZ i ogłoszenia w sposób wskazany w uzasadnieniu niniejszego odwołania.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie z dnia 20 września 2024 r. oświadczył, że częściowo uwzględni zarzut nr 1 odwołania, tj. w części dot. następującego postanowienia SWZ w Rozdziale 7 pkt 4) lit. a) SWZ: „cc) co najmniej jedną robotę budowlaną w formule zaprojektuj i wybuduj polegającą na budowie, przebudowie lub rozbudowie budynku wraz z infrastrukturą towarzyszącą, tj. parkingiem, monitoringiem zewnętrznym, oświetleniem zewnętrznym, zagospodarowaniem i ogrodzeniem terenu o wartości minimum 15 000 000,00 zł netto. Wymaga się, aby wymieniona inwestycja obejmowała branżę konstrukcyjno-budowlaną oraz instalacyjną w zakresie instalacji i urządzeń ciepłych, wentylacyjnych, klimatyzacyjnych, wodociągowo - kanalizacyjnych oraz instalacyjną w zakresie instalacji i urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych” — i uwzględnienie następującej modyfikacji ww. postanowienia: „cc) co najmniej jedną robotę budowlaną w formule zaprojektuj i wybuduj polegającą na budowie, przebudowie lub rozbudowie budynku lub zespołu połączonych ze sobą budynków wraz z infrastrukturą towarzyszącą, tj. parkingiem, monitoringiem zewnętrznym, oświetleniem zewnętrznym, zagospodarowaniem i ogrodzeniem terenu o

wartości minimum 15 000 000,00 zł netto, Wymaga się, aby wymieniona inwestycja obejmowała branżę konstrukcyjno-budowlaną oraz instalacyjną w zakresie instalacji i urządzeń ciepłych, wentylacyjnych, klimatyzacyjnych, wodociągowo kanalizacyjnych oraz instalacyjną w zakresie instalacji i urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych”.

W pozostałym zakresie Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania.

Odwołujący w piśmie z dnia 30 września 2024 r. oświadczył, że wycofuje pozostałe zarzuty odwołania i wniósł o

umorzenie postępowania odwoławczego.

Izba ustaliła, że po stronie Zamawiającego do postępowania odwoławczego nie zgłosił przystąpienia żaden wykonawca.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Zgodnie z art. 522 ust. 3 ustawy Pzp 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 tejże ustawy.

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

Przewodnicząca: .....