

POSTANOWIENIE

Warszawa, dnia 15 kwietnia 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodnicząca: Anna Chudzik

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym w dniu 15 kwietnia 2024 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 2 kwietnia 2024 r. przez wykonawcę Budimex S.A. z siedzibą w Warszawie, w postępowaniu prowadzonym przez Miasto Gdynia,

postanawia:

1. umorzyć postępowanie odwoławcze,
2. nakazać zwrot z rachunku Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz Odwołującego kwoty 20 000 zł 00gr (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:.....

Sygn. akt: KIO 1084/24

Uzasadnienie

Zamawiający – Miasto Gdynia – prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia pn. *Zaprojektowanie oraz wykonanie robót budowlanych dla inwestycji pn. „Budowa krytej pływalni przy ul. Wiczlińskiej w Gdyni”*. Wartość zamówienia jest większa niż progi unijne. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 22 marca 2024 r. pod numerem 172901-2024.

W dniu 2 kwietnia 2024 r. wykonawca Budimex S.A. wniósł odwołanie wobec postanowień specyfikacji warunków zamówienia, zarzucając Zamawiającemu naruszenie przepisów:

- 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 warunku udziału w postępowaniu w zakresie warunku doświadczenia wymaganego od wykonawcy (zdolność techniczna lub zawodowa), o którym mowa w Rozdziale VIII pkt 8.1. pkt 8.1.1 ppkt 1 lit. b SWZ w sposób nieproporcjonalny 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;
- 2) art. 447 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp w zw. z art. 447 ust. 2 w zw. z art. 16 ust. 1 w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 5 i 353(1) Kc, poprzez wprowadzenie do umowy (Załącznik nr 10 do SWZ) postanowień umożliwiających Zamawiającemu wstrzymanie wypłaty wynagrodzenia należnego wykonawcy w przypadku nieprzekazania wszystkich szczegółowo wymienionych i wymaganych przez Zamawiającego dowodów (dokumentów, załączników) potwierdzających zapłatę wynagrodzenia na rzecz podwykonawców, a nie wyłączenie dowodów potwierdzających zapłatę wymagalnego wynagrodzenia na rzecz podwykonawców, bez wskazania części zatrzymanego wynagrodzenia w sytuacji, w której dyspozycja art. 447 ustawy Pzp zobowiązuje do przedstawienia dowodów zapłaty wyłączenie w zakresie wymagalnego wynagrodzenia podwykonawców oraz umożliwia Zamawiającemu wstrzymanie zapłaty wynagrodzenia tylko w odpowiedniej treści, tj. w zakresie, dla którego nie przedstawiono dowodów zapłaty wymagalnego wynagrodzenia podwykonawców, co jednocześnie stanowi wymaganie nieproporcjonalne i nadmierowe, godzi w istotę i naturę umowy o roboty budowlane, stanowiąc wyraz nadużycia prawa Zamawiającego 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;
- 3) art. 463 i art. 464 w zw. z art. 16 ustawy Pzp w zw. z art. 647(1) § 3, art. 5, art. 58 i art. 353(1) Kc w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez wprowadzenie do projektu Umowy postanowień ograniczających możliwość wykonawcy do swobodnego ukształtowania treści umowy z podwykonawcą, w sytuacji, w której dyspozycja art. 463 i 464 ustawy

Pzp wskazuje, w jakim zakresie ta swoboda może zostać ograniczona, a przepisy kodeksu cywilnego ograniczają odpowiedzialność inwestora, co godzi w istotę i naturę umowy o roboty budowlane, stanowiąc wyraz nadużycia prawa Zamawiającego do kształtowania postanowień umownych i jego pozycji dominującej, będąc jednocześnie postanowieniem niekorzystnym dla wykonawców i podwykonawców, naruszającym bezwzględnie obowiązujące przepisy prawa oraz równowagę stron umowy i prowadzącym do naruszenia praw podmiotowych wykonawców;

4)art. 433 ust. 1 pkt 3, art. 99 ust. 1 w zw. z art. 16 ustawy Pzp w zw. z art. 5, art. 58 i art. 353(1) Kc w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez wprowadzenie do projektu Umowy postanowień, z których wynika, że zamawiający nie wskazał minimalnej wartości lub wielkości świadczenia stron w przypadku, gdy przewiduje możliwość ograniczenia zakresu zamówienia, w sytuacji, w której dyspozycja art. 433 ustawy PZP wprost wskazuje, że taka klauzula jest klauzulą abuzywną, co w konsekwencji oznacza, że przedmiot zamówienia nie został opisany w sposób jednoznaczny, wyczerpujący i dokładny, a działanie Zamawiającego stanowi wyraz nadużycia prawa do kształtowania postanowień umownych i jego pozycji dominującej, będąc jednocześnie postanowieniem niekorzystnym dla wykonawców i podwykonawców, naruszającym bezwzględnie obowiązujące przepisy prawa oraz równowagę stron umowy i prowadzącym do naruszenia praw podmiotowych wykonawców;

5)art. 8 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 647, art. 654, art. 5 i art. 353(1) Kc w zw. z art. 16 ustawy Pzp, poprzez wprowadzenie do Umowy niespójnych i niejasnych postanowień dotyczących zasad odbioru robót budowlanych, uzależniających de facto dokonanie odbioru i wypłatę należnego wynagrodzenia od usunięcia nieistotnych usterek, w tym nieistotnych uchybień w dokumentacji odbiorowej, co godzi w istotę i naturę umowy o roboty budowlane, stanowiąc wyraz uchylania się przez Zamawiającego od podstawowych obowiązków nałożonych na inwestora, będąc jednocześnie postanowieniem niekorzystnym dla wykonawców, naruszającym bezwzględnie obowiązujące przepisy prawa oraz równowagę stron umowy i prowadzącym do naruszenia praw podmiotowych wykonawców;

6)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. 453 ust. 1 i 2 w zw. z art. 16 ustawy Pzp, poprzez wprowadzenie do Umowy postanowień, uzależniających 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.

W dniu 10 kwietnia 2024 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło oświadczenie Zamawiającego o uwzględnieniu w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu.

Zgodnie z informacją przekazaną przez Zamawiającego, kopia odwołania wraz z wezwaniem do udziału w postępowaniu odwoławczym została zamieszczona na platformie elektronicznej 3 kwietnia 2024 r. W związku z tym określony w art. 525 ust. 1 ustawy Pzp termin na zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego upłynął 8 kwietnia 2024 r. W terminie tym do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego nie przystąpił żaden wykonawca.

Wobec powyższego postępowanie odwoławcze należało umorzyć, stosownie do dyspozycji art. 522 ust. 1 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do art. 557 ustawy Pzp i § 9 ust. 1 pkt 2 lit. a z 2020 r. poz. 2437), orzekając o dokonaniu zwrotu Odwołującemu z rachunku Urzędu kwoty uiszczonej tytułem wpisu.

Przewodnicząca: