

**POSTANOWENIE**  
**z dnia 5 marca 2024 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Joanna Gawdzik - Zawalska**

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym w dniu 6 marca 2024 r. w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w Warszawie w dniu 23 lutego 2024 r. przez wykonawcę ubiegającego się o udzielenie zamówienia

**1. Budimex S.A w Warszawie w sprawie KIO 597/24**

**2. STRABAG Infrastruktura Południe Sp. z o.o. we Wrocławiu w sprawie KIO 602/24**

w postępowaniu prowadzonym przez

**Legnicka Specjalna Strefa Ekonomiczna S.A w Legnicy**

uczestnik po stronie odwołującego wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia

**Budimex S.A w Warszawie w sprawie KIO 602/24**

**postanawia:**

**1. Umorzyć postępowanie odwoławcze w sprawie KIO 597/24,**

2. Nakazać zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz odwołującego Budimex S.A w Warszawie kwoty **20 000 zł 00 gr.** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy), stanowiącej uiszczony wpis od odwołania.

**3. Umorzyć postępowanie odwoławcze w sprawie KIO 602/24,**

4. Nakazać 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.

Stosownie do art. 580 ust. 1 oraz ust. 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo Zamówień Publicznych 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:.....**

**Uzasadnienie**

Legnicka Specjalna Strefa Ekonomiczna S.A. w Legnicy (dalej Zamawiający) prowadzi na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 roku Prawo zamówień publicznych (tj.: Dz.U.2023.1605 z późn. zm.) (dalej Ustawa lub Pzp) postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w przedmiocie zamówienia publicznego na: wyrównanie terenu wraz z pracami towarzyszącymi obszaru o pow. ok. 50 ha zlokalizowanego w granicach LSSE podstrefa Środa Śląska i Miękinia (dalej: Postępowanie). Zasady, warunki, kryteria ocen, opis przedmiotu zamówienia i postanowienia umowy na realizację zamówienia określa Specyfikacja Warunków Zamówienia (dalej SWZ).

W dniu 23 lutego 2024 r. odwołania do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w Warszawie wnieśli wykonawcy ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego:

1. Budimex S.A. w Warszawie w sprawie KIO 597/24 (dalej Budimex)

2. STRABAG Infrastruktura Południe Sp. z o.o. we Wrocławiu w sprawie KIO 602/24 (dalej Strabag)

(dalej łącznie Odwołujący). Sprawy połączone zostały do wspólnego rozpoznania.

Przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego w sprawie KIO 602/24 zgłosił wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia Budimex.

Wobec wypełnienia przesłanek określonych art. 525 Pzp Izba uznała przystąpienie za skuteczne.

Pismami z dnia 4 marca 2024 r. Zamawiający uwzględnił zarzuty odwołania w sprawie KIO 597/24 oraz KIO 602/24 w całości.

Odwołanie w sprawie KIO 597/24 wniesiono wobec następujących czynności i zaniechań Zamawiającego podjętych z naruszeniem przepisów Pzp:

1) art. 8 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 577 §4, art. 647, art. 654, art. 5 i art. 353/1 KC w zw. z art. 16 ustawy Pzp oraz art. 453 ust. 1 ustawy Pzp poprzez wprowadzenie do umowy niespójnych i niejednoznacznych postanowień dotyczących

zasad odbioru robót budowlanych, poprzez uzależnienie dokonania odbioru częściowego i końcowego od podpisania protokołu odbioru bez zastrzeżeń (bezusterkowy odbiór robót), tj. nawet jeśli zastrzeżenia będą dotyczyły wady lub usterki mającej charakter nieistotny, oraz uzależnienie wystawienia faktury częściowej i faktury końcowej od podpisania protokołu częściowego i protokołu końcowego bez zastrzeżeń, a tym samym ukształtowania postanowień umownych uzależniających de facto dokonanie odbioru częściowego i końcowego oraz wypłatę należnego wynagrodzenia od odbioru bezusterkowego, 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 (zarzut nr 1)

2)art. 447 ust. 1 pkt 1) ustawy Pzp w zw. z 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 projektu Umowy postanowień umożliwiających Zamawiającemu wstrzymanie wypłaty całego wynagrodzenia należnego wykonawcy w przypadku braku przedstawienia dowodów zapłaty podwykonawcom wymagalnego wynagrodzenia, bez wskazania części zatrzymywanego 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, co jednocześnie stanowi wymaganie nieproporcjonalne i nadmiarowe, 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 (zarzut nr 2).

Budimex wnosił o nakazanie Zamawiającemu dokonania czynności zmiany treści SWZ:

Zarzut numer 1.

Poprzez zmianę Umowy będącej załącznikiem do SWZ poprzez nadanie jej następującego brzmienia:

§ 19 ust. 14 Umowy "Do czasu zakończenia czynności związanych z odbiorem, zakończonych podpisaniem protokołu odbioru bez zastrzeżeń} Wykonawca ponosi pełną odpowiedzialność za teren budowy."

§ 9 ust. 4 Umowy „Podstawę do wystawienia faktury częściowej (nie częściej niż 1 raz w miesiącu) będzie stanowić protokół odbioru częściowego za wykonanie w danym okresie rozliczeniowym robót, podpisany przez uczestników odbioru ~~bez zastrzeżeń~~ oraz pozytywnie zaakceptowany przez inspektora nadzoru inwestorskiego w poszczególnej branży, do którego dołączony będzie w postaci załącznika wykaz robót zgłoszonych do odbioru częściowego oraz zakres robót budowlanych, dostaw lub usług wykonanych przez podwykonawcę i ich wartość. Wzór wykazu prac projektowych, prac przygotowawczych i robót budowlanych podlegających odbiorowi częściowemu, Wykonawca winien przedstawić do akceptacji inspektorowi nadzoru inwestorskiego oraz Zamawiającemu."

§ 9 ust. 5 Umowy "Podstawę do wystawienia faktury końcowej będzie stanowić protokół odbioru końcowego ~~bez zastrzeżeń~~, do którego dołączony będzie w postaci załącznika wykaz prac przygotowawczych i robót budowlanych zgłoszonych do odbioru końcowego oraz zakres robót budowlanych, dostaw lub usług wykonanych przez podwykonawcę i ich wartość. Wzór wykazu robót podlegających odbiorowi końcowemu, Wykonawca winien przedstawić wykaz do akceptacji inspektorowi nadzoru inwestorskiego oraz Zamawiającemu."

Zarzut numer drugi.

Poprzez nadanie Umowie będącej załącznikiem do SWZ przykładowo następującego brzmienia:

§9 ust. 11 Umowy „Wstrzymanie przez Zamawiającego zapłaty wynagrodzenia wykonawcy w części równej sumie kwot wynikających z nieprzedstawionych dowodów zapłaty wymagalnego wynagrodzenia na rzecz podwykonawcy lub dalszego podwykonawcy, do czasu wypełnienia przez Wykonawcę wymagań, o których mowa powyżej, nie jest traktowane jako zwłoka Zamawiającego w zapłacie należnego wynagrodzenia i w takim przypadku nie będą naliczane za ten okres odsetki za zwłokę."

Odwołanie w sprawie KIO 602/24 wniesiono wobec następujących czynności i zaniechań Zamawiającego podjętych z naruszeniem przepisów Pzp:

- art. 112 ust. 1 Pzp, art. 116 ust. 1 Pzp w zw. z art. 16 pkt. 1 i 3 Pzp poprzez określenie warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznych lub zawodowych w sposób nieodpowiedni i nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz zawężający grono potencjalnych wykonawców, a przez to naruszający zasadę zapewnienia zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, co objawia się wymaganiem

spełnienia przez wykonawców następującego warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej, określonego w pkt 5.1.1. SWZ:

„O udzielenie zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy:

5.1.1 spełniają warunek udziału w postępowaniu dotyczący zdolności technicznej lub zawodowej, tj.: wykażą należyte wykonanie w okresie ostatnich 10 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, co najmniej 2 robót budowlanych o wartości minimum 40 000 000 zł brutto każda, polegających na wykonaniu makroniwelacji (robót ziemnych) terenu pod obiekty kubaturowe o wielkości co najmniej 500 000,00 m<sup>3</sup> dla każdej z robót.”

Strabag wnosil o nakazanie Zamawiającemu dokonania czynności zmiany treści SWZ, w szczególności pkt 5.1.1., poprzez określenie warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej w sposób dopuszczający wykonawców legitymujących się doświadczeniem w wykonaniu makroniwelacji (robót ziemnych) terenu nie tylko pod obiekty kubaturowe, lecz pod obiekty budowlane, w tym obiekty kubaturowe, obiekty liniowe i obiekty inżynierskie, gdyż takie doświadczenie będzie równoważne i wystarczające do wykonania przedmiotowego zamówienia.

Izba stwierdziła, iż w świetle oświadczeń procesowych stron zachodzi podstawa do umorzenia postępowania odwoławczego na podstawie z art. 522 ust. 1 Ustawy.

Na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron Izba ustaliła wystąpienie przesłanek z art. 505 ust. 1 Ustawy, tj. istnienie po stronie Odwołujących interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia szkody z uwagi na kwestionowane czynności Zamawiającego. Ponadto Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołań, wynikających z art. 528 Ustawy. Wobec stanowiska Zamawiającego Izba stwierdziła, że zachodzi podstawa do umorzenia postępowania odwoławczego w sprawie KIO 597/24 oraz KIO 602/24 na podstawie art. 568 pkt. 3) w zw. z art. 522 ust. 1 Ustawy wobec uwzględnienia przez Zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu w każdej sprawie i nie zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego przez wykonawcę po stronie zamawiającego, w którym to przypadku zamawiający wykonuje, powtarza lub unieważnia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia, zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu.

Orzekając o kosztach w oparciu o przepisy § 9 ust. 1 pkt 2 lit. a) 2437), Izba nakazała zwrócić na rzecz każdego Odwołującego kwotę wpisu uiszczonego w pełnej wysokości.

**Przewodniczący: .....**