Sygn. akt: KIO 717/24

POSTANOWIENIE

Warszawa, dnia 18 marca 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący:Mateusz Paczkowski
Protokolant:Tomasz Skowroński

na posiedzeniu z udziałem stron w dniu 18 marca 2024 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 4 marca 2024 r. przez wykonawcę **Budimex S.A. z siedzibą w Warszawie** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Szkołę Główną Handlową w Warszawie**

postanawia:

1. umorzyć postępowanie odwoławcze
2. nakazać zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych kwoty 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy pięćset złotych zero groszy) na rzecz wykonawcy **Budimex S.A. z siedzibą w Warszawie**, uiszczonej tytułem wpisu 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.

Przewodniczący:……..……..…

Sygn. akt: KIO 717/24

Uzasadnienie

Zamawiający: Szkoła Główna Handlowa w Warszawie (dalej: „Zamawiający"), prowadzi z zastosowaniem przepisów ustawy z 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2023 r. poz. 1605 ze zm. dalej: „ustawa Pzp") postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pn.: „Przebudowa zabytkowego budynku „A" na terenie Kampusu Szkoły Głównej Handlowej w Warszawie przy ul. Rakowieckiej 24" (znak postępowania: ADZL.25.1.40.2023. Wartość szacunkowa zamówienia jest powyżej progów unijnych. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 113032-2024 w dniu 23 lutego 2024 r.
W dniu 4 marca 2024 r. odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w Warszawie, w przedmiotowym postępowaniu złożył wykonawca Budimex S.A. z siedzibą w Warszawie (dalej: „Odwołujący").
Odwołanie złożono wobec treści dokumentów zamówienia, w tym projektowanych postanowień umowy niezgodnych z przepisami ustawy Pzp, tj.:
1) sfomułowania w rozdz. VII ust. 1 pkt 5 lit. b4) tiret trzecie SWZ warunku udziału w postępowaniu, który jest warunkiem nieproporcjonalnym i nadmiarowym w zakresie, w jakim Zamawiający wymaga, aby wykonawca dysponował kierownikiem robót w zakresie sieci, instalacji i urządzeń telekomunikacyjnych;
2) sformułowanie projektowanych postanowień umowy w sposób naruszający równowagę stron, zasadę swobody kontraktowania, właściwość (naturę) stosunku zobowiązaniowego, powszechnie obowiązujące przepisy prawa, w sposób prowadzący do nadużycia pozycji dominującej Zamawiającego.
Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:
1) art. 112 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 16 ustawy Pzp poprzez sformułowanie w rozdz. VII ust. 1 pkt 5 lit. b4) tiret drugie i trzecie SWZ nieproporcjonalnego i nadmiarowego warunku udziału w postępowaniu w postaci doświadczenia kierownika robót w zakresie sieci, instalacji i urządzeń telekomunikacyjnych;

2) art. 16 ustawy Pzp w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 5 Kodeksu cywilnego (dalej: KC) **oraz art. 353^1 KC** poprzez skonstruowanie projektowanych postanowień Umowy w sposób, który powoduje – nieuzasadnione potrzebami Zamawiającego – uprzywilejowanie pozycji Zamawiającego i naruszenie zasady równowagi stron stosunku zobowiązaniowego, co pozostaje w sprzeczności z zasadami współżycia społecznego, godzi w naturę stosunku prawnego, naruszając tym samym równowagę kontraktową stron oraz stanowi nadużycie przez Zamawiającego przysługującego mu prawa podmiotowego do ukształtowania istotnych postanowień umownych; – oraz innych przepisów wskazanych szczegółowo w Załączniku nr 1 – Tabeli nr 1 do Odwołania, tj.:
Lp. 1 art. 647 KC w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp oraz art. 16 ustawy Pzp w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 5 i art. 353^1 KC poprzez skonstruowanie postanowień w sposób, który powoduje - nieuzasadnione potrzebami Zamawiającego – uprzywilejowanie pozycji Zamawiającego i naruszenie zasady równowagi stron stosunku zobowiązaniowego, co pozostaje w sprzeczności z zasadami współżycia społecznego, godzi w naturę stosunku prawnego, naruszając tym samym równowagę kontraktową stron oraz stanowi nadużycie przez Zamawiającego

przysługującego mu prawa podmiotowego do ukształtowania istotnych postanowień umownych,

Lp. 2 art. 99 ustawy Pzp poprzez niejednoznaczny, nieprecyzyjny, niepełny opis przedmiotu zamówienia, uniemożliwiający odwołującemu przygotowanie rzetelnej oferty,

Lp. 3 art. 452 ust. 2 i 3 ustawy Pzp w części, w jakiej przewiduje dodatkowe, nieprzewidziane w ustawie zabezpieczenie należytego wykonania umowy przewyższające maksymalną dopuszczalną przez ustawodawcę wartość 10% ceny całkowitej oferty albo maksymalnej wartości nominalnej zobowiązania zamawiającego wynikającego z umowy,

Lp. 4 art. 483 § 1 KC w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp poprzez skonstruowanie postanowień w sposób, który powoduje - nieuzasadnione potrzebami Zamawiającego – uprzywilejowanie pozycji Zamawiającego i naruszenie zasady równowagi stron stosunku zobowiązaniowego, co pozostaje w sprzeczności z zasadami współżycia społecznego, godzi w naturę stosunku prawnego, naruszając tym samym równowagę kontraktową stron oraz stanowi nadużycie przez Zamawiającego przysługującego mu prawa podmiotowego do ukształtowania istotnych postanowień umownych,

Lp. 5 art. 439 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp poprzez wprowadzenie warunków waloryzacji pozornych i oderwanych od realiów rynkowych.

Odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1) nakazanie Zamawiającemu dokonania modyfikacji treści warunku udziału w postępowaniu w rozdz. VII ust. 1 pkt 5 lit. b4) tiret drugie SWZ poprzez wykreślenie wymogu co najmniej 18-miesięcznego udziału w robotach budowlanych prowadzonych przy zabytkach nieruchomych wpisanych do rejestru lub inwentarza muzeum będącego instytucją kultury potwierdzony świadectwami oraz innymi dokumentami, o których jest mowa w art. 37g Ustawy o ochronie zabytków i opiece nad zabytkami (t.j. Dz. U. z 2022 r. poz. 840. z póź. zm.),

alternatywnie:

nakazanie Zamawiającemu dokonania modyfikacji treści warunku udziału w postępowaniu w rozdz. VII ust. 1 pkt 5 lit. b4) tiret trzecie SWZ aby wykonawca dysponował kierownikiem robót w zakresie sieci, instalacji i urządzeń telekomunikacyjnych legitymującym się co najmniej 3-letnim doświadczeniem zawodowym (liczonym od dnia uzyskania uprawnień) w kierowaniu robotami budowlanymi w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń telekomunikacyjnych;

2) nakazanie Zamawiającemu dokonania modyfikacji treści projektowanych postanowień umowy w sposób określony w kolumnie trzeciej Tabeli nr 1 – Załączniku nr 1 do Odwołania;

3) na podstawie art. 573 ustawy Pzp zasądzenie na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego.

Odwołujący wskazał, że na etapie wnoszenia odwołania wobec treści ogłoszenia o zamówieniu lub wobec treści dokumentów zamówienia, nie ma możliwości określenia i udowodnienia konkretnej szkody, którą wykonawca w trakcie dalszego biegu postępowania o udzielenie zamówienia może ponieść. Wystarczające jest tu wskazanie niewłaściwych sformułowań treści dokumentów zamówienia oraz naruszenia obowiązujących przepisów ustawy Pzp prowadzące do powstania hipotetycznej szkody w postaci utrudniania dostępu do uzyskania zamówienia (co też Odwołujący uczynił) lub spowodowania konieczności ubiegania się o udzielenie zamówienia niezgodnie z prawem; interes wykonawcy jest interesem faktycznym w szerokim tego słowa znaczeniu.

Odwołanie zostało wniesione z zachowaniem ustawowego terminu określonego w art. 515 ust. 1 pkt 1) a) ustawy Pzp. Informację stanowiącą podstawę dla wniesienia odwołania Odwołujący uzyskał w dniu 23 lutego 2024 r. (ogłoszenie o zamówieniu). W związku z powyższym odwołanie wniesione w dniu 4 marca 2024 r. należy uznać za wniesione w wymaganym zgodnie z ustawą Pzp terminie.

Wpis od odwołania w kwocie 20 000,00 złotych (dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) został uiszczony przelewem na rachunek bankowy Urzędu Zamówień Publicznych. Odwołujący prawidłowo przekazał kopię odwołania Zamawiającemu oraz załączył potwierdzenie przekazania odwołania Zamawiającemu.

Izba ustaliła, że do upływu 3-dniowego terminu z art. 525 ust. 1 ustawy Pzp do postępowania odwoławczego w tej sprawie nie zgłoszono żadnego przystąpienia.

W dniu 15 marca 2024 r. wpłynęła do Izby odpowiedź na powyższe odwołanie, w której Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania w zakresie wskazanym w treści niniejszej odpowiedzi jako całkowicie bezzasadnego. Zamawiający przekazał przy tym informację o dokonaniu w dniu 14 marca 2024 r. zmian treści SWZ m. in. w zakresie rozdz. VII ust. 1 pkt 5 lit. b4) SWZ oraz §13 ust. 8 i §18 ust. 5 projektowanych postanowień umowy.

Pismem z dnia 15 marca 2024 r. w odpowiedzi na powyższe stanowisko Zamawiającego, Odwołujący wniósł o umorzenie postępowania odwoławczego w zakresie zarzutu nr 1 oraz zarzutów nr 3 i 4 wymienionych w Załączniku nr 1 do Odwołania, a w pozostałym zakresie oświadczył, iż cofa odwołanie. Jak wskazał Odwołujący:*„W dniu 14 marca 2024 r. Zamawiający poinformował o zmianie dokumentów zamówienia w zakresie rozdz. VII ust. 1 pkt 5 lit. b4) tiret trzecie SWZ (…), co stanowiło de facto uwzględnienie zarzutu nr 1 Odwołania. Ponadto Zamawiający poinformował o modyfikacji §13 ust. 8 oraz §18 ust. 5 projektowanych postanowień umowy w sposób zgodny z żądaniem Odwołującego, czyniąc bezprzedmiotowymi zarzuty nr 3 i 4 wymienione w Załączniku nr 1 do Odwołania. Odwołujący uznaje, że stanowi ono*

uwzględnienie odwołania w części, w której Zamawiający zmodyfikował SWZ, w tym projektowane postanowienia umowy, zgodnie z żądaniem Odwołującego".

Następnie, w dniu 18 marca 2024 r. na posiedzeniu z udziałem stron Zamawiający oświadczył, iż uwzględnia częściowo zarzuty przedstawione w odwołaniu, tj. zarzut nr 1 z odwołania oraz zarzuty nr 3 i 4 wymienione w Załączniku nr 1 do odwołania.

W tych okolicznościach Izba 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 przedmiotowej sprawie Zamawiający częściowo uwzględnił zarzuty przedstawione w odwołaniu, tj. zarzut nr 1 z odwołania oraz zarzuty nr 3 i 4 wymienione w Załączniku nr 1 do odwołania, a w pozostałym zakresie Odwołujący wycofał odwołanie. Natomiast po stronie zamawiającego nie przystąpił w terminie żaden wykonawca.

Ponieważ zaistniała zatem sytuacja opisana w hipotezie przywołanego przepisu, Izba umorzyła postępowanie odwoławcze w tej sprawie na podstawie art. 568 pkt 3) ustawy Pzp.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 557, 574 i 575 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy §9 ust. 1 pkt 2) lit. b) Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 roku w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (t.j. Dz.U. 2020 z dnia 31 grudnia 2020 roku, poz. 2437). nakazując dokonanie na rzecz Odwołującego zwrotu z rachunku Urzędu Zamówień Publicznych kwoty uiszczonej tytułem wpisu od odwołania.

Przewodniczący: ……..…… **.....**

.