

POSTANOWENIE

Warszawa, dnia 16 lutego 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Monika Szymanowska

po rozpoznaniu na posiedzeniu bez udziału stron i uczestników postępowania odwoławczego w dniu 16 lutego 2024 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 29 stycznia 2024 r. przez odwołującego P.G. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą GARDEN PRODUCTS.PL- P.G. w Kaliszu i postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Gminę Złoczew przy udziale uczestników po stronie odwołującego:

–NLINK Sp. z o.o. w Kaliszu

–A.R. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą EKO-NAJ A.R. w Kaliszu

–Park-M Poland Sp. z o.o. w Starym Sączu

postanawia:

1. umorzyć postępowanie odwoławcze,

2. znieść wzajemnie między stronami koszty postępowania odwoławczego i nakazać Urzędowi Zamówień Publicznych zwrot na rzecz odwołującego P.G. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą GARDEN PRODUCTS.PL P.G. w Kaliszu kwoty 10 000,00 zł (dziesięć tysięcy złotych) 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:

.....

Uzasadnienie

Zamawiający – Gmina Złoczew ul. Szkolna 16, 98-270 Złoczew, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn.: Zagospodarowanie Parku Miejskiego w Złoczewie w ramach zadania „Rewitalizacja parku miejskiego w Złoczewie”, o ogłoszeniu o zamówieniu publicznym opublikowanym w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 22 stycznia 2024 r. pod numerem 2024/BZP 00056660/01, dalej zwane „postępowaniem”.

Postępowanie na roboty budowlane, o wartości poniżej kwoty określonej w przepisach wydanych na podstawie art. 3 ust. 3 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. 2023 r. poz. 1605 ze zm.), dalej zwanej „p.z.p.”, jest prowadzone przez zamawiającego w trybie podstawowym.

W dniu 29 stycznia 2024 r. odwołanie wobec treści dokumentacji postępowania wniósł wykonawca P.G. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą GARDEN PRODUCTS.PL- P.G. ul. Łódzka 165, 62-800 Kalisz (dalej zwany „odwołującym”). We wniesionym środku zaskarżenia odwołujący postawił zamawiającemu następujące zarzuty naruszenia (pisownia oryginalna):

1. art. 281 ust. 1 pkt 5 p.z.p. w zw. z art. 99 ust. 1 p.z.p. w zw. z art. 266 p.z.p. poprzez niesporządzenie opisu przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniających wymagania i okoliczności, które mają wpływ na sporządzenie oferty, co w istocie uniemożliwia wykonawcy jej poprawne skalkulowanie;
2. art. 115 ust. 1 p.z.p. w zw. z art. 112 ust. 1 p.z.p. w zw. z art. 266 oraz art. 16 pkt 1 p.z.p. poprzez ustalenie nieproporcjonalnych, nieprzejrzystych, naruszających konkurencję i równe traktowanie wykonawców, warunków udziału w postępowaniu w zakresie sytuacji finansowej poprzez wprowadzenie warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w Rozdziale VII ust. 2 punkt 3 SWZ, który to nie spełnia wymogu proporcjonalności co do przedmiotu zamówienia i nie jest adekwatny do oceny sytuacji finansowej wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, a ponadto ograniczenie możliwości wykazania sytuacji finansowej wyłącznie poprzez przedłożenie umowy ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej;
3. art. 117 ust. 1 p.z.p. w zw. z art. 115 ust. 1 pkt 3 p.z.p. w zw. z art. 112 ust. 1 i art. 266 p.z.p. oraz w zw. z art. 16 p.z.p. i art. 99 ust. 1 p.z.p. w zw. z art. 266 p.z.p. poprzez ustalenie warunków postępowania w sposób naruszający zasady przejrzystości, proporcjonalności, konkurencyjności oraz równego traktowania w zakresie sytuacji finansowej, poprzez brak zamieszczenia w warunkach określających tę zdolność regulacji dotyczących wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, co w istocie uniemożliwia złożenie oferty przez

wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia;

- 4.art. 117 ust. 3 p.z.p. w zw. z art. 116 ust. 1 p.z.p. w zw. z art. 112 ust. 1 i w zw. z art. 266 p.z.p. oraz art. 16 p.z.p. poprzez ustalenie nieproporcjonalnych, nieprzejrzystych, pozostających ze sobą w sprzeczności i naruszających konkurencję warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i doświadczenia, a które to w sposób istotnie naruszający równe traktowanie wykonawców odnoszą się w szczególności do wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia. W prowadzony zapis w zbyt rygorystyczny sposób odnosi się do sytuacji wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia;
- 5.art. 131 ust. 1 p.z.p. w zw. z art. 266 p.z.p., art. 281 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 16 pkt 1 p.z.p. poprzez zaniechanie wyjaśnienia wprowadzenia obligatoryjnej wizji lokalnej, a także wprowadzenie wymogu wizji lokalnej w sytuacji, gdy przedmiot i specyfika przedmiotu zamówienia tego nie wymagają, gdyż teren, na którym realizowane będzie zamówienie jest terenem aktualnie ogólnodostępnym, a roboty budowlane zgodnie z dokumentacją mają odbywać się na podstawie szczegółowo przygotowanej przez Zamawiającego dokumentacji, w tym decyzji konserwatorskich i projektu zatwierdzonego przez konserwatora;
- 6.art. 131 ust. 1 p.z.p. w zw. z art. 266 p.z.p. i art. 16 p.z.p., tj. poprzez ustalenie terminu obligatoryjnej wizji lokalnej, o którym mowa w Rozdziale IV ust. 7 SWZ w sposób naruszający konkurencję i równe traktowanie wykonawców;
- 7.art. 281 ust. 1 pkt 12 p.z.p. w zw. z art. 16 pkt 2 p.z.p. poprzez wadliwe przygotowanie specyfikacji warunków zamówienia wyrażające się we wprowadzeniu niejasnych postanowień dotyczących sposobu sporządzenia oferty, w tym w szczególności rozbieżności w zakresie przygotowania i przedłożenia kosztorysu zawartych w Rozdziale IV punkt 12 SWZ i § 3 ust 31 projektowanych postanowień umownych z tymi zawartymi w Rozdziale IV punkt 13 SWZ i Rozdziale XIII ust. 6 punkt 7 SWZ, co uniemożliwia przygotowanie i złożenie oferty;
- 8.art. 3531 i art. 58 k.c. w zw. z art. 8 ust. 1 p.z.p. i art. 16 p.z.p., poprzez przygotowanie i prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia w sposób niezapewniający jego przejrzystości ani proporcjonalności, a to przez sformułowanie projektowanych postanowień umownych w sposób niejasny i nakładający na Wykonawcę zbyt duże obowiązki w stosunku do przedmiotu zamówienia, naruszenie równowagi kontraktowej stron i zasad współzycia społecznego, jako że Zamawiający nie wprowadza żadnych kryteriów, ani okoliczności, w których można żądać od Wykonawcy obsługi laboratoryjnej przy wykonaniu zamówienia;
- 9.art. 99 ust. 1 p.z.p. oraz art. 3531 i art. 58 k.c. w zw. z art. 8 ust. 1 p.z.p. i art. 16 pkt 2) p.z.p. poprzez nałożenie na Wykonawcę obowiązku wykonania robót składających się na przedmiot zamówienia zgodnie z przedmiarem robót, podczas gdy SWZ odsyła do przedmiaru robót wyłącznie poglądowo, a w konsekwencji przygotowanie i prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia w sposób nieprzejrzysty oraz sformułowanie obowiązków umownych w sposób uniemożliwiający ocenę ryzyka kontraktowego Wykonawcy, co uniemożliwia przygotowanie oferty;
- 10.art. 3531 i art. 58 k.c. w zw. z art. 8 ust. 1 p.z.p. i art. 99 p.z.p. poprzez sformułowanie postanowień umowy w sposób sprzeczny z opisem przedmiotu zamówienia oraz zasadami logiki, jako że Zamawiający udziela zamówienia na rewitalizację parku, a projektowane postanowienie umowne wprowadza obowiązek przywrócenia do stanu pierwotnego terenu zajętego podczas realizacji robót, a postanowienie to stoi w sprzeczności z treścią i celem stosunku zobowiązaniowego;
- 11.art. 3531, art. 58 i art. 5 k.c. w zw. z art. 8 ust. 1 p.z.p. poprzez określenie projektowanych postanowień umownych z przekroczeniem granicy dopuszczanej swobody umów oraz w warunkach nadużycia prawa podmiotowego do samodzielnego kształtowania warunków umowy przez Zamawiającego, w szczególności jednostronne ustalenie przez Zamawiającego terminu do naprawy przez Wykonawcę stwierdzonych w toku realizacji przedmiotu zamówienia wad, który to jest nieodpowiedni w stosunku do stopnia skomplikowania robót i usług wchodzących w zakres realizacji zamówienia;
- 12.art. 436 pkt 2) p.z.p. poprzez niejasne określenie zasad ustalenia wynagrodzenia należnego Wykonawcy, jako że § 8 ust. 1 Projektowanych postanowień umownych odsyła do dwóch programów publicznych realizowanych przez BGK: Inwestycje Strategiczne i Program Odbudowy Zabytków, z których każdy prowadzony jest na podstawie oddzielnego naboru wniosków i na podstawie różnych zasad;
- 13.art. 99 ust. 1 p.z.p. oraz art. 437 ust. 1 pkt 1 i 3 p.z.p. oraz art. 16 pkt 2 p.z.p. poprzez wprowadzenie sprzecznych wewnętrznie postanowień umownych dotyczących obowiązku przedkładania Zamawiającemu poświadczonej za zgodność z oryginałem kopii zawartych umów o podwykonawstwo, których przedmiotem są dostawy lub usługi;
- 14.art. 464 ust. 8 p.z.p., poprzez wprowadzenie postanowień umownych dotyczących obowiązku przedkładania Zamawiającemu poświadczonej za zgodność z oryginałem kopii zawartych umów o podwykonawstwo, których przedmiotem są dostawy lub usługi, niezależnie od wartości umowy oraz bez wskazania terminu na realizację obowiązku;
- 15.art. 3531 k.c., art. 5 k.c., art. 473 § 1 k.c., art. 483 k.c. i art. 484 § 2 k.c. w zw. z art. 8 ust. 1 p.z.p. oraz art. 16 pkt 1

p.z.p. poprzez zastrzeżenie przez Zamawiającego kar umownych nieproporcjonalnych i rażąco wygórowanych w stosunku do przedmiotu zamówienia, niespełniających funkcji prewencyjnej, a jedynie funkcję represyjną, tym samym wprowadzenie projektowanych postanowień umownych niekorzystnych dla wykonawców i sprzeciwiających się naturze stosunku zobowiązaniowego oraz zniechęcających do składania ofert w postępowaniu, a tym samym wpływających na ograniczenie konkurencji;

16.art. 3531 k.c. w zw. z art. 8 ust. 1 p.z.p. i art. 433 ust. 1 p.z.p., poprzez wprowadzenie w postanowieniach dotyczących kar umownych reguł odpowiedzialności wykonawcy w sposób, w którym ich językowe brzmienie sugeruje odpowiedzialność niezależną od winy wykonawcy, co wprost narusza zakaz przewidywania w projektowanych postanowieniach umownych odpowiedzialności wykonawcy za opóźnienie, jako że okoliczności przedmiotowego postępowania nie uzasadniają ich przyjęcia, ani z uwagi na okoliczności, ani też zakres zamówienia, w konsekwencji naruszenie równowagi kontraktowej i ograniczenie zasad uczciwej konkurencji;

17.art. 99 ust. 1 p.z.p., art. 3531 k.c. i art. 636 § 1 k.c. w zw. z art. 656 § 1 k.c. w zw. z art. 8 p.z.p. i art. 16 pkt 2 p.z.p. poprzez sformułowanie uprawnienia do odstąpienia od umowy przewidzianego w § 12 ust. 4 Projektowanych postanowień umownych w sposób wewnętrznie spreczny, jako że treść wstępna postanowienia przyznaje Zamawiającemu uprawnienie do odstąpienia od umowy w trybie natychmiastowym, bez wyznaczania dodatkowego terminu, wskazując w szczególności dwa kolejne podpunkty, podczas gdy zarówno lit. a) jak i lit. b) wskazują dodatkowy obowiązek Zamawiającego w postaci wezwania Wykonawcy i wyznaczenia mu w tym celu dodatkowego terminu do należytego wykonania umowy;

18.art. 436 pkt 4 p.z.p. i art. 439 p.z.p., postanowieniu zawartym w § 13 zał. nr 6 do SWZ zarzucam naruszenie art. 436 pkt 4 lit. b) w zw. z art. 439 ust. 1 p.z.p. w zw. z art. 58 k.c. w zw. z art. 8 ust. 1 p.z.p., poprzez sformułowanie projektu umowy w sposób uniemożliwiający dokonanie waloryzacji wynagrodzenia tj. zmiany wysokości wynagrodzenia należnego wykonawcy w sytuacji zmiany cen materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia, podczas gdy zaskarżone postępowanie dotyczy przedmiotu zamówienia w postaci robót budowlanych, które Wykonawca zobowiązuje się wykonać w terminie do 14 miesięcy, a wobec treści naruszonych przepisów, umowa, której przedmiotem są roboty budowlane zawarta na okres dłuższy niż 6 miesięcy, powinna zawierać postanowienia dotyczące zasad wprowadzania zmian wysokości wynagrodzenia należnego wykonawcy w przypadku zmiany ceny materiałów lub kosztów związanych z jego realizacją.

i żądał nakazania zamawiającemu modyfikacji dokumentacji postępowania w sposób wskazany w uzasadnieniu środka zaskarżenia.

Ponadto, wobec spełnienia przesłanek art. 525 ust. 1 - 3 p.z.p. skład orzekający postanowił dopuścić do udziału w postępowaniu odwoławczym wykonawców: A.R. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą EKO-NAJ A.R. ul. Sosnowa 5a, 62-800 Kalisz, NLINK Sp. z o.o. ul. C.K. 2, 62-800 Kalisz i Park-M Poland Sp. z o.o. ul. Piaski 13, 33-34 Stary Sącz, którzy zgłosili przystąpienie po stronie odwołującego.

W dniu 14 lutego 2024 r. przekazano Izbie odpowiedź na odwołanie, w której zamawiający wskazał, że wprowadził zmiany w odniesieniu do treści SWZ, ogłoszenia i wzoru umowy dotyczące zarzutów nr: 1, 3, 6, 7, 8, 9, 13, 14, 16 i 18, co zdaniem zamawiającego usuwa substrat zaskarżenia w tym przedmiocie, i wniósł o oddalenie odwołania w pozostałym zakresie. Pismem z dnia 14 lutego 2024 r. odwołujący oświadczył, że wobec treści odpowiedzi na odwołanie i zmiany dokumentacji postępowania, wycofuje pozostałe zarzuty, co czyni zasadnym umorzenie postępowania odwoławczego i dokonanie odwołującemu zwrotu całości wpisu.

W wywiedzionym stanie faktycznym i prawnym Izba stwierdziła spełnienie przesłanek opisanych w dyspozycji art. 568 pkt 2 p.z.p. i zobligowana była postępowanie umorzyć, w związku z czym orzeczono jak w sentencji.

Rozstrzygnięcie o kosztach postępowania odwoławczego wydano na podstawie § 9 ust. 2 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:

.....