Sygn. akt: KIO 533/25

POSTANOWIENIE

Warszawa, dnia 5 marca 2025 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący:Krzysztof Sroczyński

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron oraz uczestników postępowania odwoławczego odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczejw dniu 13 lutego 2025 r. przez wykonawcę Mostostal Warszawa spółka akcyjna z siedzibą w Warszawie

w postępowaniu w którym Zamawiającym jest Uniwersytet Medyczny im. Piastów Śląskich we Wrocławiu

przy udziale uczestnika – wykonawcy STRABAG spółka z ograniczoną odpowiedzialnością

z siedzibą w Pruszkowie zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego

postanawia:

1.umarza postępowanie odwoławcze,

2.nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz Odwołującego – wykonawcyMostostal Warszawa spółka akcyjna z siedzibą w Warszawie kwoty 18 000 zł (osiemnaście tysięcy złotych), tytułem zwrotu 90% uiszczonego 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 533/25

Uzasadnienie

Uniwersytet Medyczny im. Piastów Śląskich we Wrocławiu (dalej: „Zamawiający") prowadzi w trybie podstawowym przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 11września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz.U. 2024 r. poz. 1320) (zwanej dalej: „ustawą Pzp" lub „Pzp")postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego *pn. „Przebudowa Domu Studenckiego „Bliźniak" Uniwersytetu Medycznego im. Piastów Śląskich we Wrocławiu przy ul. Wojciecha z Brudzewa 12", sprawa nr: AZP.260.10.2025.PN* (dalej „Postępowanie").

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 3 lutego 2025 r. pod numerem S: 23/2025 70714-2025.

Szacunkowa wartość zamówienia, którego przedmiotem są roboty budowlane, jest wyższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 3 ust. 3 Pzp.

Dnia 13 lutego 2025 r. wykonawca Mostostal Warszawa spółka akcyjna z siedzibą w Warszawie (dalej: „Odwołujący") wniósł odwołanie wobec czynności Zamawiającego polegającej na ustaleniu treści Specyfikacji Warunków Zamówienia (dalej: „*SWZ*"), dotyczącej Postępowania, w tym postanowień w zakresie warunków udziału w postępowaniu dotyczących zdolności technicznej i zawodowej oraz w zakresie projektowanych postanowień umowy ujętych we Wzorze Umowy w sposób naruszający przepisy ustawy PZP oraz Kodeksu cywilnego.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

I. Zarzuty w zakresie warunków udziału w postępowaniu:

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 pkt 1) i 3) ustawy Pzp poprzez sformułowanie warunku udziału w Postępowaniu w zakresie doświadczenia wymaganego od wykonawcy, określonego w Rozdziale VIII ust. 1 pkt 4) ppkt 4.1. SWZw sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia i nadmierny poprzez jego ograniczenie jedynie do doświadczenia wykonawców w wykonaniu inwestycji polegających na remoncie, przebudowie lub modernizacji budynku, bez uwzględnienia możliwości wykazania doświadczenia w inwestycjach polegających również na budowie, co wykracza poza poziomy zdolności wykonawcy do należytego wykonania przedmiotowego zamówienia, naruszając przez to jednocześnie zasadę równego traktowania wykonawców i zachowania uczciwej konkurencji oraz zasadę proporcjonalności;

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 pkt 1) i 3) ustawy Pzp poprzez sformułowanie warunków udziału w Postępowaniu w zakresie doświadczenia osób skierowanych do wykonania

zamówienia, określonych w Rozdziale VIII ust 1 pkt 4) ppkt 4.2 lit. a)-c) SWZ, w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia i ograniczający jedynie do ich doświadczenia wykonania inwestycji polegających na remoncie, przebudowie lub modernizacji budynku, bez uwzględnienia możliwości wykazania doświadczenia w inwestycjach polegających również na budowie, co wykraczająca poza minimalne poziomy zdolności wykonawcy do należytego wykonania przedmiotowego zamówienia, naruszając przez to jednocześnie zasadę równego traktowania wykonawców i zachowania uczciwej konkurencji oraz zasadę proporcjonalności.

II. Zarzuty w zakresie Wzoru umowy:

1) art. 16 pkt 1 - 3 ustawy Pzp oraz art. 436 pkt 1) ustawy Pzp, w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 3531 i 5 kc poprzez określenie w §8 ust. 1 Wzoru Umowy konkretnej daty wykonania przedmiotu zamówienia, a nie terminu (okresu) liczonego od dnia zawarcia Umowy w sprawie zamówienia publicznego, co w konsekwencji powoduje brak precyzji w określeniu faktycznego czasu realizacji zamówienia, co może mieć wpływ na nieukończenie inwestycji w terminie, jak też - rodzi powstanie ryzyka złożenia ofert nieporównywalnych, w których wykonawcy będą różnie kalkulować ceny ofert w oparciu o różny czas przewidywanej realizacji, co tym samym bezspornie narusza wyrażone w art. 16 ust. 1 – 3 ustawy Pzp zasady zachowania uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców i przejrzystości postępowania, a także wykracza poza zakres dopuszczalności ustawowej wyznaczonej przez swobodę kształtowania treści stosunku cywilnoprawnego i zasady współżycia społecznego (art. 3531 i art. 5 Kodeksu cywilnego);

2) art. 16 pkt 1 - 3 ustawy Pzp, w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 3531 i 5 kc poprzez określenie w § 15 ust. 5 Wzoru Umowy limitu, do którego Zamawiający może naliczyć kary umowne przewidziane w Umowie, o ponadnormatywnej wysokości 30% Wynagrodzenia brutto, co narusza wyrażone w art. 16 ust. 1 – 3 ustawy Pzp zasady zachowania uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców i przejrzystości postępowania, a także zasadę swobody umów i zasady współżycia społecznego (art. 3531 i art. 5 Kodeksu cywilnego).

W związku z powyższym żądania, jakie postawił Odwołujący to uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie Zamawiającemu wprowadzenia zmian w treści SWZ (oraz odpowiednio we właściwych postanowieniach Ogłoszenia) w sposób określony w uzasadnieniu niniejszego odwołania.

W dniu 17 lutego 2025 r. wykonawca STRABAG sp. z o. o. z siedzibą w Pruszkowiezgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego.

Dnia 26 lutego 2025 r. Zamawiający, złożył odpowiedź na odwołanie, w której wnosił o oddalenie odwołania jako bezzasadnego. Jednocześnie Zamawiający wskazał, w zakresie warunku udziału w postępowaniu związanego z doświadczeniem wykonawcy, którego dotyczy zarzut wskazany w pkt I.1 odwołania, Zamawiający dokonał zmiany treści przedmiotowego warunku w dniu 13 lutego 2025 r.. Z kolei w zakresie warunku udziału w postępowaniu związanego z doświadczeniem osób skierowanych do wykonania zamówienia, którego dotyczy zarzut wskazany w pkt I.2 odwołania, Zamawiający dokonał zmiany treści przedmiotowego warunku w dniu 20 lutego 2025 r.

W dniu 3 marca 2025 r. Odwołujący złożył pismo, w którym oświadczył, iż cofa odwołanie w zakresie zarzutów, określonych w pkt II odwołania.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.

Izba ustaliła, w dniu 14 lutego 2025 r. Zamawiający opublikował na stronie postępowania zmianę Specyfikacji Warunków Zamówienia (dalej „SWZ"), która obejmowała m. in. zmianę treści warunku udziału w postepowaniu w zakresie doświadczenia wymaganego od wykonawcy, określonego w Rozdziale VIII ust. 1 pkt 4) ppkt 4.1. SWZ. W wyniku przedmiotowej zmiany warunkowi nadano następujące brzmienie:

„Warunek zostanie spełniony, jeśli Wykonawca wykaże, że w okresie ostatnich 10 (dziesięciu) lat (licząc wstecz od dnia, w którym upływa termin składania ofert), a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie wykonał 2 (dwie) inwestycje, polegające na budowie, remoncie, przebudowie lub modernizacji budynku będącego obiektem zamieszkania zbiorowego

lub budynku będącego następującym obiektem użyteczności publicznej: budynek biurowy, budynek administracji publicznej, budynek nauki, oświaty lub szkolnictwa wyższego (z wyłączeniem obiektu sportowego) o powierzchni użytkowej co najmniej 3000 m2 (słownie: trzy tysiące metrów kwadratowych) każdy oraz o wartości inwestycji wynoszącej co najmniej 12 000 000 zł brutto (słownie: dwanaście milionów złotych 00/100) każda."

Z kolei w dniu 21 lutego 2025 r. Zamawiający opublikował na stronie postępowania zmianę SWZ, która obejmowała m. in. zmianę treści warunku udziału w postepowaniu w zakresie doświadczenia wymaganego od wykonawcy, określonego w Rozdziale VIII ust. 1 pkt 4) ppkt 4.2 lit. a)-c). SWZ. W wyniku przedmiotowej zmiany w warunku w zakresie doświadczenia zawodowegoodpowiednio kierownika budowy (Rozdział VIII ust. 1 pkt 4) ppkt 4.2 lit. a) SWZ), kierownika robót sanitarnych (Rozdział VIII ust. 1 pkt 4 ppkt 4.2 lit. b) SWZ) oraz kierownika robót elektrycznych (Rozdział VIII ust. 1 pkt 4) ppkt 4.2 lit. c) SWZ) wprowadzonc

następującą treść:
w okresie ostatnich 10 (dziesięciu) lat, licząc wstecz od dnia, w którym upływa termin składania ofert pełnił samodzielną funkcję techniczną w budownictwie, w tym jako kierownik budowy [lit. a)] */kierownik robót sanitarnych* [lit. b)] */kierownik robót elektrycznych* [lit. c)] *przy budowie, przebudowie lub remoncie co najmniej 2 (dwóch) różnych obiektów zamieszkania zbiorowego lub budynków będących następującym obiektem użyteczności publicznej: budynek biurowy, budynek administracji publicznej, budynek nauki, oświaty lub szkolnictwa wyższego (z wyłączeniem obiektu sportowego) o powierzchni użytkowej minimum 3.000 m2 (słownie: trzy tysiące metrów kwadratowych) każdy.*

W ocenie Izby w przedmiotowej sprawie w odniesieniu do zarzutów dotyczącego naruszenia 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 pkt 1) i 3) ustawy Pzp podniesionych w pkt I odwołania, w związku z dokonaniem ww. czynności może znaleźć zastosowanie art. 568 pkt 2 ustawy pzp, w myśl którego Izba umarza postępowanie odwoławcze
w przypadku stwierdzenia, że dalsze postępowanie stało się z innej przyczyny zbędne.

Izba zauważa, że Zamawiający po wniesieniu odwołania dokonał modyfikacji treści SWZ, które objęły wszystkie punkty tego dokumentu kwestionowane w ramach wniesionego odwołania poprzez zmianę ich treści. W konsekwencji powyższego, na dzień rozpoznania odwołania na posiedzeniu niejawnym nie istniały już w dokumentacji postępowania zapisy, których brzmienie stanowiło podstawę zarzutów zawartych we wniesionym odwołaniu. Oznacza to, że w momencie orzekania przez Izbę nie istniał substrat odwołania, będący podstawą korzystania ze środków ochrony prawnej przez Odwołującego. Wobec nowych czynności podjętych przez Zamawiającego w postępowaniu wykonawcy będą uprawnieni skorzystać ze środków ochrony prawnej. Ostatecznie spór w zakresie objętym treścią odwołania w niniejszej sprawie stał się bezprzedmiotowy. Aby Izba mogła rozpoznać wniesione odwołanie – musi ono dotyczyć czynności Zamawiającego (art. 513 pkt 1 ustawy pzp). W niniejszej sprawie niewątpliwie substratem zaskarżenia była czynność Zamawiającego polegająca na sformułowaniu treści dokumentacji postępowania w określonym brzmieniu.

Następnie dostrzeżenia wymaga, iż zgodnie z treścią art. 552 ust. 1 ustawy pzp Izba wydając orzeczenie bierze pod uwagę stan rzeczy ustalony na moment zamknięcia postępowania odwoławczego. Ustawodawca przewidział zatem sytuację, w której może dojść do zmian w toku postępowania o udzielenie zamówienia – co Izba zobowiązana jest uwzględnić wydając orzeczenie w sprawie w toku postępowania przed Izbą. Zauważenia również wymaga, że przepisy ustawy nie zobowiązują Zamawiającego do zawieszenia postępowania o udzielenie zamówienia, wobec wniesionego odwołania. Rolą ustalenia stanu rzeczy na moment zamknięcia postępowania odwoławczego jest uwzględnienie aktualnego stanu faktycznego w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Izba jest więc w takim przypadku zobowiązania uwzględnić czynności Zamawiającego, które miały miejsce po wniesieniu odwołania, do czasu wydania orzeczenia w sprawie. Skoro Zamawiający unieważnił ww. czynność, tym samym czynność stanowiąca podstawę wniesienia środka ochrony prawnej przestała istnieć. Zaskarżenie czynności, która już nie istnieje, nie daje podstaw Izbie do stwierdzenia naruszenia przepisów przez Zamawiającego i nie może być podstawą do wydania orzeczenia merytorycznego. Uznać w takiej sytuacji w ocenie składu orzekającego Izby należy, iż prowadzenie dalszego postępowania odwoławczego jest bezcelowe, czyli jak stanowi przepis ustawy pzp – zbędne. W innym wypadku bowiem odwołanie podtrzymywane przez Odwołującego podlegałoby oddaleniu jako bezzasadne wobec nieistniejącej czynności Zamawiającego. Orzekanie przez Izbę wobec nowych czynności Zamawiającego nie może mieć w toku niniejszego postępowania odwoławczego miejsca, gdyż wykraczałoby poza ramy postępowania odwoławczego, które wyznacza treść wniesionego odwołania.

W konsekwencji mając na względzie okoliczności niniejszej sprawy, Izba postanowiła na podstawie przepisu art. 568 pkt 2 ustawy pzp, umarzając postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutów zawartych w pkt I odwołania.

W dalszej kolejności Izba pragnie wskazać, że zgodnie z art. 520 ust. 1 ustawy Pzp, *odwołujący może cofnąć odwołanie do czasu zamknięcia rozprawy.* Stosownie do art. 568 pkt 1 ustawy Pzp, *Izba umarza postępowanie odwoławcze, w formie postanowienia, w przypadku cofnięcia odwołania.* W myśl § 13 ust. 1 pkt 6 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z 30 grudnia 2020 r. w sprawie postępowania przy rozpoznawaniu odwołań przez Krajową Izbę Odwoławczą
(Dz. U. z 2020 r. poz. 2453), *skład orzekający dokonuje czynności formalnoprawnych i sprawdzających, o których mowa w § 1, na posiedzeniu niejawnym, i w zależności od poczynionych ustaleń wydaje postanowienie o umorzeniu postępowania odwoławczego w przypadkach, o których mowa w art. 568 pkt 1 lub 3 ustawy Pzp.*

Odwołujący w dniu 3 marca 2025 r. złożył skuteczne oświadczenie o cofnięciu wniesionego przez siebie odwołania w zakresie zarzutów określonych w pkt II odwołania. Uwzględniając powyższe, Krajowa Izba Odwoławcza, postanowiła w powyższym zakresie umorzyć postępowanie odwoławcze działając na podstawie art. 520 ust. 1 ustawy Pzp, art. 568 pkt 1 ustawy Pzp oraz § 13 ust. 1 pkt 6 ww. rozporządzenia

Stosownie do przepisu § 9 ust. 1 pkt 3 lit. a rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów
z 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), *w przypadku umorzenia postępowania odwoławczego przez Izbę w całości na skutek cofnięcia odwołania przed otwarciem rozprawy, najpóźniej w dniu poprzedzającym dzień, na który został wyznaczony termin rozprawy lub posiedzenia z udziałem stron lub uczestników postępowania odwoławczego – odwołującemu zwraca się 90% wpisu; w takim przypadku Izba orzeka o dokonaniu zwrotu odwołującemu z rachunku Urzędu kwoty uiszczonej tytułem wpisu w wysokości stanowiącej 90% jego wartości.*

Mając na uwadze okoliczność, że Odwołujący cofnął odwołanie wcześniej niż w dniu wyznaczonego terminu posiedzenia Izby, Izba na podstawie § 9 ust. 1 pkt 3 lit. a) powołanego rozporządzenia, postanowiła o dokonaniu zwrotu odwołującemu z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych kwoty 18 000 zł, stanowiącej 90 % kwoty uiszczonej tytułem wpisu od odwołania.

Przewodniczący:……..……