

Sygn. akt: KIO 3513/23

POSTANOWIENIE
z dnia 8 grudnia 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Magdalena Rams
Protokolant: Piotr Ceglowski

po rozpoznaniu na posiedzeniu z udziałem stron i uczestników postępowania, w dniu 8 grudnia 2023 r., w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 24 listopada 2023 roku przez wykonawcę **Mostostal Warszawa S.A., z siedzibą w Warszawie,** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego – **Szpital Wojewódzki w Poznaniu,** przy udziale wykonawcy:

A. **Budimex S.A., z siedzibą w Warszawie,** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego,

B. **Strabag Sp. z o.o., z siedzibą w Pruszkowie,** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego,

postanawia:

1. umorzyć postępowanie odwoławcze;

2. nakazać zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz wykonawcy **Mostostal Warszawa S.A., z siedzibą w Warszawie** kwoty **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) tytułem zwrotu wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2023 r. poz. 1605 ze zm.) 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:.....

Sygn. akt: KIO 3513/23

Uzasadnienie

Zamawiający – Szpital Wojewódzki w Poznaniu - prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn.: „Budowa Centrum Medycyny Ratunkowej Wielkopolskiego Centrum Lecznictwa Ambulatoryjnego i Rehabilitacyjnego wraz z obszarem przyjęć planowych oraz zapleczem socjalnym, magazynowym, technicznym i archiwalnym w filii nr 1 Szpitala Wojewódzkiego w Poznaniu, dalej: „Postępowanie”.

W dniu 24 listopada 2023 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wykonawcy Mostostal Warszawa S.A., z siedzibą w Warszawie (dalej „Odwołujący”) zarzucając Zamawiającemu naruszenie: (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) - 3) ustawy Pzp poprzez sformułowanie warunku udziału w Postępowaniu w zakresie doświadczenia wymaganego od wykonawcy, o którym mowa w rozdziale 9 ust. 9.2 pkt 1 ppkt 1 SWZ w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia i nadmierny dla oceny zdolności do należytego wykonania przedmiotowego zamówienia przez poszczególnych wykonawców, a co za tym idzie w sposób naruszający zasadę równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji; (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) - 3) ustawy Pzp poprzez sformułowanie warunku udziału w Postępowaniu w zakresie doświadczenia wymaganego od kierownika budowy skierowanego przez wykonawcę do realizacji zamówienia, o którym mowa w rozdziale 9 ust. 9.2 pkt 1 ppkt 2 SWZ w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia i nadmierny dla oceny zdolności do należytego wykonania przedmiotowego zamówienia przez poszczególnych wykonawców, a co za tym idzie w sposób naruszający zasadę równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji; (3) 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) - 3) ustawy Pzp poprzez sformułowanie warunku udziału w Postępowaniu w zakresie doświadczenia wymaganego od kierownika robót sanitarnych skierowanego przez wykonawcę do realizacji zamówienia, o którym mowa w rozdziale 9 ust. 9.2 pkt 1 ppkt 2 SWZ w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia i nadmierny dla oceny zdolności do należytego wykonania przedmiotowego zamówienia przez poszczególnych wykonawców, a co za tym idzie w sposób naruszający zasadę równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji; (4) 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) - 3) ustawy Pzp poprzez sformułowanie warunku udziału w Postępowaniu w zakresie doświadczenia wymaganego od kierownika elektrycznych, elektroenergetycznych i teletechnicznych skierowanego przez wykonawcę do realizacji zamówienia, o którym mowa w rozdziale 9 ust. 9.2 pkt 1 ppkt 2 SWZ w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia i nadmierny dla oceny zdolności do należytego wykonania przedmiotowego zamówienia przez poszczególnych wykonawców, a co za tym idzie w sposób naruszający zasadę równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji; (5) art. 16 pkt 1 - 3 ustawy Pzp, art. 436 pkt 3 i art. 433 pkt 1 ustawy PZP w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy PZP w zw. z art. 353¹ § 5 kc poprzez określenie w § 57 pkt 1 - 4 i 7 - 9 Umowy oraz w § 58 ust. 5 Umowy poziomów, sublimitów i limitów kar umownych w sposób sprzeczny z zasadą proporcjonalności wymaganiami określonymi w szczegółowych przepisach ustawy Pzp oraz w sposób sprzeczny z podstawowymi zasadami prawa zobowiązań, tj. zasady równowagi stron stosunku zobowiązaniowego i zasadami współzależności społecznego, co w konsekwencji prowadzi do naruszenia zasady uczciwej konkurencji; (6) art. 16 pkt 1, 2 i 3 ustawy Pzp w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 647 i art. 3531 KC poprzez uzależnienie przez Zamawiającego w postanowieniach m. in. §1 ust. 15; §48 ust. 3 czy też §50 ust. 3 Umowy dokonywania odbiorów i rozliczenia wynagrodzenia od usunięcia wszelkiego rodzaju wykrytych Wad, a nie tylko wad istotnych, co w konsekwencji prowadzi do wprowadzenia tzw. „odbiorów bezusterkowych”, które zarówno w doktrynie, jak i orzecznictwie zostały uznane za sprzeczną z naturą stosunku zobowiązaniowego wynikającego z umowy o roboty budowlane i stwarzają możliwość wstrzymania płatności wynagrodzenia odpowiednio za daną część zamówienia, jak i później za całość zamówienia do momentu wydania bezusterkowego protokołu końcowego odbioru robót za cały przedmiot zamówienia oraz liczenia biegu terminu rękojmi i gwarancji od podpisania takiego protokołu, podczas gdy odmowa podpisania takiego protokołu jak i brak zapłaty umówionego wynagrodzenia, naruszają podstawowe obowiązki inwestora wobec wykonawcy robót budowlanych określone w ustawie PZP zasady prowadzenia postępowania o zamówienie publiczne oraz zasadę swobody umów.

Odwołujący wniósł o: uwzględnienie odwołania w całości; nakazanie Zamawiającemu wprowadzenia zmian w treści SWZ (oraz odpowiednio we właściwych postanowieniach Ogłoszenia) w sposób określony w uzasadnieniu odwołania; zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego według norm przepisanych.

Izba ustaliła, że do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego przystąpił wykonawcy: Budimex S.A. oraz Strabag sp. z o.o.

Izba ustaliła, że w dniu 7 grudnia 2023 r. Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie w której oświadczył, że dokonał zmian treści SWZ. Na posiedzeniu z udziałem stron Zamawiający oświadczył, że częściowo uwzględnił zarzuty podniesione przez Odwołującego. Odwołujący w dniu 7 grudnia 2023 r. złożył do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej pismo zawierające oświadczenie, że wobec częściowego uwzględnienia zarzutów przez Zamawiającego, cofa odwołanie w pozostałym zakresie.

Wobec uwzględnienia w części zarzutów odwołania oraz wycofania pozostałych zarzutów przez Odwołującego, Izba stwierdziła, że zachodzą przesłanki do umorzenia postępowania na podstawie art. 522 ust. 3 ustawy Pzp i orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do treści art. 575 ustawy Pzp w zw. z § 9 ust. 1 pkt 2 lit. b 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. poz. 2437), nakazując zwrot odwołującemu kwoty uiszczonej tytułem wpisu.

Przewodniczący:.....