

**POSTANOWENIE**  
z dnia 5 maja 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodnicząca: Małgorzata Jodłowska**

po rozpoznaniu w dniu 5 maja 2023 roku w Warszawie, na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 27 kwietnia 2023 r. przez wykonawcę **SKANSKA S.A, Al. Solidarności 173, 00- 877 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Zarząd Dróg Miasta Krakowa, ul. Centralna 53, 31-586 Kraków**

**postanawia:**

1. umarza postępowanie odwoławcze
  2. nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz wykonawcy **SKANSKA S.A. z siedzibą w Warszawie** kwoty 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną tytułem 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 2022 r., poz. 1710) na niniejsze postanowienie - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

**Przewodnicząca:** .....

**UZASADNIENIE:**

Zamawiający – Zarząd Dróg Miasta Kraków prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn: „Przebudowa torowiska tramwajowego w ciągu drogi kategorii gminnej – ul. Zwierzynieckiej i drogi kategorii powiatowej – ul. Kościuszki w Krakowie wraz z przebudową sąsiadujących skrzyżowań oraz sieci trakcyjnej, odwodnienia, oświetlenia, przebudową kolidującej infrastruktury technicznej, remontem pętli tramwajowej „Salwator”, a także budową sieci ciepłej wraz z przyłączami oraz budową i przebudową sieci wodociągowej”, numer referencyjny: 34/III/2023.

Postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022 r., poz. 1710) zwanej dalej „Pzp” lub „ustawa”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 18 kwietnia 2023 pod numerem 2023/S 076-229519.

W dniu 27 kwietnia 2023 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej zostało wniesione odwołanie przez wykonawcę SKANSKA S.A. z siedzibą w Warszawie (dalej jako „Odwołujący”) wobec niezgodnej z przepisami ustawy czynności i zaniechań Zamawiającego.

Zakres czynności podlegających zaskarżeniu:

Czynności i zaniechania Zamawiającego podjętą w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. Art. 8 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych w zw. z art. 5 i art. 3531 kodeksu cywilnego oraz art. 647 kodeksu cywilnego. w zw. z art. 16 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez ukształtowanie w Specyfikacji Warunków Zamówienia, we Wzorze Umowy - projektowanych postanowieniach umownych § 5 ust. 2 pkt 4) ppkt a) i g) w zw. z § 6 ust. 3 przyznających Zamawiającemu prawa odmowy dokonania odbioru robót oraz zapłaty wynagrodzenia do czasu usunięcia wad w każdym przypadku ich wystąpienia, nawet jeśli wady mają charakter nieistotny, co godzi w istotę i naturę umowy o roboty budowlane, będąc jednocześnie postanowieniami niekorzystnymi dla wykonawców, naruszającymi bezwzględnie obowiązujące przepisy prawa oraz równowagę stron i prowadzącymi do naruszenia praw podmiotowych wykonawców.
2. Naruszenie art. 16 pkt 3 pzp, art. 8 ust. 1 pzp, art. 134 ust. 1 pkt 20 pzp w związku i art. 3531 kodeksu cywilnego oraz art. 647 kodeksu cywilnego. W zw. z art. 484 § 2 kc w zw. z art. 483 kc ze względu na zastrzeżenie w we Wzorze Umowy – projektowanych postanowieniach umownych w § 11 ust 1 pkt 2) ppkt e) – i) kar umownych rażąco wygórowanych i nieproporcjonalnych za uchybienie w zakresie braku zapłaty wynagrodzenia podwykonawcom oraz zgłaszania podwykonawców w wysokości 2,5% wynagrodzenia umownego Wykonawcy.
3. Art. 16 pkt 1 i pkt 3 w zw. art. 116 ust. 1 ustawy pzp w zw. z art. 112 ust. 1 ustawy pzp, poprzez określenie warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej poprzez określenie warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej, o którym mowa w SWZ część 3 pkt 3 d) 2) , w sposób naruszający zasady uczciwej konkurencji oraz w sposób wadliwy i nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia, tj. wymaganie, żeby ubiegający się o udzielenie zamówienia wykonawca dysponował podczas realizacji

zamówienia co najmniej 2 osobami posiadającymi uprawnienia do wykonania termokurczliwych zespołów złącza w oferowanej przez Wykonawcę technologii.

Wobec powyższego Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości oraz nakazanie Zamawiającemu:

1. dokonanie modyfikacji postanowień projektowanych postanowień umownych we Wzorzec Umowy stanowiącym załączniku nr 2 do Specyfikacji Warunków Zamówienia w następujący sposób:

- zmianę brzmienia § 5 ust. 2 pkt 4) ppkt a) na: „odbioru końcowego dokonuje się po całkowitym zakończeniu wszystkich robót budowlanych, na podstawie przedłożonego przez Wykonawcę oświadczenia kierownika budowy o zakończeniu wszystkich robót budowlanych oraz po dokonaniu innych czynności przewidzianych przepisami ustawy Prawo Budowlane w związku z zakończeniem wykonywania robót budowlanych potwierdzonych przez Zamawiających lub osobę przez Zamawiających wskazaną. Potwierdzenie takie następuje po usunięciu wszystkich wad istotnych stwierdzonych przez Zamawiających;”
- zmianę brzmienia § 5 ust. 2 pkt 4) ppkt g) na: „przypadku stwierdzenia, w trakcie odbioru końcowego, wad istotnych Przedmiotu umowy uniemożliwiających korzystanie z Przedmiotu umowy lub jego części, Zamawiający odmówią dokonania odbioru końcowego, a Strony ustalą termin ich usunięcia z uwzględnieniem czasu niezbędnego na wykonanie prac z tym związanych. Ponowne przystąpienie do odbioru końcowego przez Zamawiających, nastąpi w ciągu 3 dni roboczych od daty ponownego zgłoszenia przez Wykonawcę gotowości do odbioru. Wyznaczenie terminu usunięcia wad nie oznacza przedłużenia terminu zakończenia robót przez Wykonawcę. W przypadku wad nieistotnych, nie uniemożliwiających korzystanie z przedmiotu umowy lub jego części, Zamawiający dokonuje odbioru, określając w protokole termin usunięcia wad.”
- zmianę wysokości kar umownych w § 11 ust 1 pkt 2) ppkt od e) do i) z 2,5% kwoty określonej w § 6 ust. 1 Wzoru Umowy na wysokość 20.000,00 zł za każdy przypadek określony w § 11 ust. 1 pkt 20 ppkt od e) do i).

2. Usunięcie ze Specyfikacji Warunków Zamówienia część 3 pkt 3 d) 2) warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej, żeby ubiegający się o udzielenie zamówienia wykonawca dysponował podczas realizacji zamówienia co najmniej 2 osobami posiadającymi uprawnienia do wykonania termokurczliwych zespołów złącza w oferowanej przez Wykonawcę technologii (być przeszkolone w tym zakresie).

4 maja 2023 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęła odpowiedź Zamawiającego na odwołanie, w której Zamawiający poinformował o uwzględnieniu odwołania w całości.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego nie zgłosił przystąpienia żaden wykonawca.

**Mając na uwadze powyższe, Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje:**

Izba zważyła, że wobec uwzględnienia przez Zamawiającego w całości zarzutów podniesionych w odwołaniu i braku zgłoszenia przystąpień po stronie Zamawiającego, postępowanie odwoławcze należało umorzyć na podstawie art. 522 ust. 1 Pzp. Przepis ten stanowi w zdaniu pierwszym, że w przypadku uwzględnienia przez Zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu Izba może umorzyć postępowanie 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. Zgodnie z art. 522 ust. 1 in fine Pzp, w przypadku uwzględnienia przez Zamawiającego całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu, zamawiający wykonuje, powtarza lub unieważnia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia, zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu.

W tym stanie rzeczy Izba na podstawie art. 522 ust. 1 Pzp umorzyła postępowanie odwoławcze, orzekając w formie postanowienia na podstawie art. 553 zd. 2 Pzp.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 574 i 575 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 9 ust. 1 pkt 2 lit a) rozporządzenia w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437 ze zm.), z którego wynika, że jeżeli zamawiający uwzględnił w całości zarzuty przedstawione w odwołaniu przed otwarciem rozprawy, a do postępowania odwoławczego nie przystąpił żaden wykonawca po stronie zamawiającego, koszty o których mowa w § 5 pkt 2 rozporządzenia znosi się wzajemnie. Izba orzeka o dokonaniu zwrotu Odwołującemu z rachunku Urzędu kwoty uiszczony tytułem wpisu od odwołania.

Mając powyższe na uwadze, Izba orzekła, jak w sentencji.

Przewodnicząca .....