

POSTANOWENIE

Warszawa, dnia 8 stycznia 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: **Magdalena Rams**

na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron w dniu 8 stycznia 2024 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 22 grudnia 2023 r. przez wykonawcę Budimex S.A., z siedzibą w Warszawie, w postępowaniu prowadzonym przez Uniwersytet Gdański,

postanawia:

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

Przewodnicząca:.....

Sygn. akt: KIO 3853/23

Uzasadnienie

W dniu 22 grudnia 2023 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wykonawcy Budimex S.A., z siedzibą w Warszawie (dalej „Odwołujący”) zarzucając zamawiającemu Uniwersytetowi Gdańskiemu (dalej „Zamawiający”) 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 ustawy PZP poprzez sformułowanie warunku udziału w Postępowaniu w zakresie doświadczenia wymaganego od wykonawcy, o którym mowa w Rozdziale V ust. 1 pkt 4) lit. a) SWZ w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia i nadmierny dla zweryfikowania zdolności do należytego wykonania przedmiotowego zamówienia, a co za tym idzie w sposób dyskryminujący wykonawców zdolnych do wykonania zamówienia i naruszający zasadę równego traktowania 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 ustawy PZP poprzez sformułowanie warunków udziału w Postępowaniu w zakresie doświadczenia wymaganego od osoby dedykowanej do pełnienia funkcji kierownika budowy, o którym mowa w Rozdziale V ust. 1 pkt 4) lit. b) tiret siedem SWZ w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia i nadmierny dla zweryfikowania zdolności do należytego wykonania przedmiotowego zamówienia, a co za tym idzie w sposób dyskryminujący osoby zdolne do wykonania zamówienia i naruszający zasadę równego traktowania i uczciwej konkurencji;
- 3) art. 226 ust. 1 pkt 5) ustawy PZP w zw. z art. art. 239 ust. 1 w zw. z art. 242 ust. 1 w zw. z art. 242 ust. 2 pkt 5) w zw. z art. 16 pkt 1) — 3) ustawy PZP poprzez sformułowanie w ramach treści SWZ sankcji odrzucenia oferty za niejednoznaczne informacje dostarczane w ramach deklaracji związanych z kryteriami pozacenowymi, co wypacza sens przepisu art. 226 ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp, będąc wyrazem nadmiernego formalizmu, który w konsekwencji doprowadzić może do wyeliminowania z postępowania wykonawców zdolnych do realizacji zamówienia, naruszając zasadę proporcjonalności, przejrzystości i uczciwej konkurencji;
- 4) art. 16 ustawy Pzp oraz art. 99 ust. 1 ustawy Pzp, w zw. z art. 103 ust. 1 ustawy Pzp, w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp, w zw. 353(1) KC w zw. z art. 5 KC poprzez niezasadne i bezpodstawne przerzucenie na wykonawcę obowiązku dostarczenia szerokiego katalogu produktów — materiałów eksploatacyjnych w ramach Zbiorczej Matrycy Serwisów i Konserwacji, bez podania ich konkretnych ilości, co wykracza poza zakres wymagany do utrzymania gwarancji i powinno obciążać Zamawiającego, a co w konsekwencji prowadzi do naruszenia zasady równowagi stron stosunku zobowiązaniowego i generuje ryzyko nieporównywalności składanych ofert;
- 5) art. 439 ust. 1 i ust. 2 ustawy Pzp w zw. z art. 16 ust. 1 ustawy PZP w zw. z art. 58 KC w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy PZP poprzez sformułowanie w ramach projektu umowy (dalej również jako „Umowa”) klauzuli waloryzacyjnej, dotyczącej zmiany wysokości wynagrodzenia wykonawcy w sytuacji zmiany cen materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia wbrew wymaganiom dyspozycji art. 439 ustawy Pzp, w sposób wypaczający ideę waloryzacji i będący sprzeczny z celem określonym w art. 439 ustawy Pzp, determinując jej nieefektywność i nierealność;
- 6) art. 8 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 5 i 353(1) KC w zw. z art. 473 §1 KC w zw. z art. 483 KC w zw. z art. 484 §2

KC w zw. z art. 16 ustawy PZP poprzez zastrzeżenie przez Zamawiającego w ramach Umowy kar umownych bez precyzyjnego określenia podstaw ich naliczania, jak również zastrzeżenie kar umownych i górnego ich limitu o rażąco wygórowanej wysokości, co jest postanowieniem naruszającym równowagę stron umowy, wymuszającym na wykonawcach konieczność kalkulacji dodatkowych, niemożliwych do precyzyjnej kalkulacji, ryzyk w ramach ceny ofertowej;

7)art. 8 ust. 1 ustawy PZP w zw. z art. 5 i 353(1) KC w zw. z art. 647 KC w zw. z art. 16 ustawy PZP poprzez wprowadzenie do Umowy definicji wad istotnych uzależniających de facto dokonanie odbioru i wypłatę należnego wynagrodzenia od usunięcia wszelkich wad i usterek, co godzi w istotę i naturę umowy o roboty budowlane, stanowiąc wyraz uchylania się przez Zamawiającego od podstawowych obowiązków nałożonych na inwestora, będąc jednocześnie postanowieniem niekorzystnym dla wykonawców, naruszającym bezwzględnie obowiązujące przepisy prawa oraz równowagę stron umowy i prowadzącym do naruszenia praw podmiotowych wykonawców;

8)art. 8 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 5 i 353(1) KC w zw. z art. 643 KC w zw. z art. 647 KC w zw. z art. 16 ustawy PZP poprzez wprowadzenie do Umowy postanowień przyznających Zamawiającemu prawo odmowy odbioru dokumentacji projektowej bez względu na rodzaj zidentyfikowanych w niej uchybień, co stanowi wyraz uchylania się przez Zamawiającego od podstawowych obowiązków nałożonych na inwestora, będąc jednocześnie postanowieniem niekorzystnym dla wykonawców, naruszającym bezwzględnie obowiązujące przepisy prawa oraz równowagę stron umowy i prowadzącym do naruszenia praw podmiotowych wykonawców;

9)art. 8 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 5 i 353(1) KC w zw. z art. 647 KC w zw. z art. 453 ust. 1 i 2 ustawy Pzp w zw. z art. 16 ustawy PZP poprzez wprowadzenie do Umowy postanowień, uzależniających zwrot 70% kwoty zabezpieczenia od usunięcia wszelkich wad zidentyfikowanych w ramach przedmiotu umowy, co godzi w istotę i naturę umowy o roboty budowlane, będąc jednocześnie postanowieniem niekorzystnym dla wykonawców, naruszającym bezwzględnie obowiązujące przepisy prawa oraz równowagę stron umowy i prowadzącym do naruszenia praw podmiotowych wykonawców.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu dokonania zmiany treści SWZ w sposób wskazany w uzasadnieniu odwołania.

Izba ustaliła i zważyła co następuje:

Izba ustaliła, że do postępowanie odwoławczego nie przystąpił żaden wykonawca.

Izba ustaliła, iż w dniu 5 stycznia 2024 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło pismo Zamawiającego z oświadczeniem o uwzględnieniu części zarzutów przedstawionych w odwołaniu tj.: zarzutu nr 1, zarzutu nr 2, zarzutu nr 6. W zakresie zarzutu nr 7 oraz nr 8, Zamawiający oświadczył, że zamierza dokonać zmian postanowień SWZ.

Izba ustaliła, że Odwołujący w dniu 5 stycznia 2024 r. złożył pismo do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej zawierające oświadczenie o cofnięciu odwołania w zakresie nieuwzględnionym przez Zamawiającego. Jednocześnie Odwołujący wniósł o umorzenie postępowania odwoławczego.

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.

Przewodnicząca:

.....