

Sygn. akt: KIO 29/21

POSTANOWIENIE
z dnia 27 stycznia 2021 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Justyna Tomkowska
Członkowie: Agnieszka Trojanowska
Katarzyna Brzeska

po rozpoznaniu na posiedzeniu bez udziału Stron w dniu **27 stycznia 2021 roku w Warszawie** odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **4 stycznia 2021 roku** przez Odwołującego **Budimex Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie**

w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego: **Gminę Olsztyn, reprezentowaną przez Prezydenta Olsztyna z siedzibą w Olsztynie**

postanawia:

1. **umorzyć postępowanie odwoławcze;**
2. nakazać zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych kwoty 18 000zł 00 gr (słownie: osiemnastu tysięcy złotych zero groszy) stanowiącej 90% kwoty uiszczzonego wpisu **na rzecz Odwołującego - Budimex Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie**

Stosownie do art. 579 i 580 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz.U.2019 r., poz. 2019 ze zmianami) 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:

.....

Członkowie:

.....

.....

UZASADNIENIE

Dnia 4 stycznia 2021 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w Warszawie, na podstawie przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych (dalej jako „ustawa Pzp”), odwołanie złożył wykonawca **Budimex Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie** (dalej jako „Odwołujący”).

Postępowanie prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego pn. *Przebudowa i rozbudowa hali widowiskowo - sportowej Urania w Olsztynie* przez Zamawiającego **Gminę Olsztyn, reprezentowaną przez Prezydenta Olsztyna z siedzibą w Olsztynie**. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 24 grudnia 2020 r. pod nr 2020/S 251-627365.

Odwołanie złożono od czynności Zamawiającego polegającej na ustaleniu treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej jako: „SIWZ”), w sposób naruszający przepisy ustawy Pzp i kodeksu cywilnego. Odwołujący zarzucał Zamawiającemu naruszenie w szczególności następujących przepisów:

1. art. 22 ust. 1a w zw. 22 ust. 1b pkt 3 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez sformułowanie warunków udziału w zakresie doświadczenia wymaganego od wykonawcy oraz osób dedykowanych do pełnienia funkcji kierownika budowy, kierownika robót branży sanitarnej, kierownika robót branży elektrycznej oraz kierownika robót branży teletechnicznej, o których mowa odpowiednio w Rozdziale V ust. 2 pkt 1) oraz pkt 2) lit. a) - d) SIWZ, 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 i naruszający zasadę równego traktowania i uczciwej konkurencji;

2. art. 91 ust. 1 i 2 ustawy Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez ustalenie kryterium oceny ofert pn. „Doświadczenie Kierownika Budowy” w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz naruszający zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców;

3. art. 91 ust. 1, ust. 2, ust. 2c, ust. 2d oraz ust. 3 ustawy Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp w zw. z art. 139 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 5 i 353(1) kodeksu cywilnego poprzez ustanowienie kryterium pn. „Przejęcie ryzyka przez Wykonawcę” godzącego w istotę formułowania kryteriów oceny ofert i zasadę uczciwej konkurencji poprzez premiowanie ofert nie dających realnej korzyści na etapie realizacji zamówienia, mającego de facto wymiar kryterium o charakterze podmiotowym, sformułowanego w sposób niejednoznaczny i niezrozumiały;

4. art. 139 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 353(1) KC w zw. z art. 647 KC w zw. z art. 5 KC w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 29 ust. 1 ustawy Pzp oraz art. 140 ust. 1 w zw. z art. 144 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zastrzeżenie przez Zamawiającego w § 2 ust. 10 Umowy uprawnienia do jednostronnego zmniejszenia zakresu rzeczowego umowy, bez wskazania zakresu możliwych zmian z tego wynikających, co godzi w zasadę niezmienności zakresu świadczenia, generując ryzyka niemożliwe do skalkulowania, a w konsekwencji narusza równowagę stron umowy i prowadzi do nadużycia prawa podmiotowego przez Zamawiającego;

5. art. 139 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 5 i 353(1) kodeksu cywilnego w zw. z art. 647 kodeksu cywilnego w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez przyznanie Zamawiającemu w ramach Umowy prawa do odmowy dokonania odbioru robót oraz wypłaty wynagrodzenia do czasu usunięcia wad w przypadku wystąpienia wad nieistotnych, 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;

6. art. 139 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. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zastrzeżenie przez Zamawiającego w ramach Umowy kar umownych za opóźnienie bez precyzyjnego określenia podstaw ich naliczania, jak również zastrzeżenie kar umownych o rażąco wygórowanej wysokości.

Odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu dokonania zmiany treści SIWZ i ogłoszenia o zamówieniu w sposób wskazany w uzasadnieniu odwołania.

Odwołujący podniósł, że w wyniku naruszenia przez Zamawiającego wskazanych przepisów ustawy Pzp interes Odwołującego w uzyskaniu zamówienia doznał uszczerbku, ponieważ jest On wykonawcą zainteresowanym pozyskaniem zamówienia i może ponieść szkodę na skutek naruszeń, których dopuścił się Zamawiający. Szkada ta polega na wyłączeniu możliwości pozyskania zamówienia, a w konsekwencji osiągnięciu zysku w związku z jego realizacją.

Odwołanie zostało wniesione z zachowaniem ustawowego 10-dniowego terminu, gdyż ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 24 grudnia 2020 r. Tego samego dnia opublikowana została przez Zamawiającego SIWZ wraz z załącznikami. Odwołujący uiszczył wpis od odwołania w wymaganej wysokości oraz przekazał kopię odwołania wraz z załącznikami Zamawiającemu.

Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej, wyznaczony do rozpoznania niniejszej sprawy odwoławczej ustalił i zważył, co następuje:

Odwołanie złożono w ustawowym terminie z zachowaniem ustawowego 10-dniowego terminu, gdyż ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 24 grudnia 2020 r. Tego samego dnia opublikowana została przez Zamawiającego SIWZ wraz z załącznikami. Odwołujący uiścił wpis od odwołania w wymaganej wysokości oraz przekazał kopię odwołania wraz z załącznikami Zamawiającemu.

W związku z brzmieniem art. 90 ust. 1 Przepisów wprowadzających ustawę - Prawo zamówień Publicznych z dnia 11 września 2019 r. (Dz.U. z 2019 r., poz. 2020), zgodnie z którym do postępowań o udzielenie zamówienia, o których mowa w ustawie uchylanej w art. 89, wszczętych i niezakończonych przed dniem 1 stycznia 2021 r. stosuje się przepisy dotychczasowe. Uwzględniając okoliczność, iż postępowanie wszczęte zostało w dniu 24 grudnia 2020 r., ilekroć w treści uzasadnienia mowa o przepisach materialnych ustawy Pzp należy przez to rozumieć ustawę z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych.

Jednocześnie, z uwagi na treść art. 92 ust. 2 Przepisów wprowadzających ustawę - Prawo zamówień Publicznych z dnia 11 września 2019 r. (Dz.U. z 2019 r., poz. 2020), zgodnie z którym do postępowań odwoławczych oraz postępowań toczących się wskutek wniesienia skargi do sądu, o których mowa w ustawie uchylanej w art. 89, wszczętych po dniu 31 grudnia 2020 r., dotyczących postępowań o udzielenie zamówienia wszczętych przed dniem 1 stycznia 2021 r., stosuje się przepisy ustawy, o której mowa w art. 1, odwołanie czyni zadość wymogom proceduralnym zdefiniowanym w Dziale IX ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych.

Do momentu wydania niniejszego postanowienie, w aktach sprawy nie uwidoczniono zgłoszenia przystąpienia po żadnej ze stron.

Odwołujący, w dniu 26 stycznia 2021 roku, przed wyznaczeniem terminu posiedzenia i rozprawy przed Izbą złożył oświadczenie o wycofaniu odwołania w całości. Oświadczenie o cofnięciu odwołania zostało złożone przez osobę umocowaną do działania w imieniu wykonawcy.

Skład orzekający Izby, działając na podstawie art. 520, art. 568 pkt 1 oraz art. 553 ust. 1 zdanie drugie ustawy Pzp postanowił umorzyć postępowanie odwoławcze w niniejszej sprawie, ponieważ oświadczenie o cofnięciu odwołania uznać należy za oświadczenie

najdalej idące złożone przez Stronę, która zainicjowała postępowanie odwoławcze. Złożenie takiego oświadczenia warunkuje zakończenie postępowania odwoławczego bez konieczności rozpoznawania zarzutów i merytorycznego stanowiska Izby. Odwołujący podejmuje bowiem decyzję o ostatecznym zaniechaniu kontynuowania sporu przed Izbą.

Orzekając o kosztach postępowania odwoławczego, Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniła okoliczność, iż cofnięcie odwołania miało miejsce przed otwarciem posiedzenia i rozprawy, zatem za rzecz Odwołującego należało zwrócić 90% kwoty wpisu uiszczonego na rachunek Urzędu Zamówień Publicznych, czyli kwotę 18 000,00 zł, stosownie do art. 557 i art. 575 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych oraz § 9 ust. 1 pkt 3a rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 roku w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020r., poz. 2437 ze zmianami).

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....