

Sygn. akt: KIO 1618/20

POSTANOWIENIE
z dnia 30 lipca 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Izabela Niedziałek-Bujak

Protokolant: Konrad Wyrzykowski

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym przeprowadzonym z udziałem stron w dniu 30 lipca 2020 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 13 lipca 2020 r. przez Odwołującego –**ALSTAL Grupa Budowlana Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa**, ul. Gajowa 9, 85-717 Bydgoszcz

w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – **Małopolskie Centrum Nauki Cogiteon**, ul. Lubelska 23, 30-003 Kraków

przy udziale

Wykonawcy Unibep Spółka Akcyjna, ul. 3 Maja 19, 17-100 Bielsk Podlaski, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

Wykonawcy Budimex Spółka Akcyjna, ul. Siedmiogrodzka 9, 01-204 Warszawa, 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 – ALSTAL Grupa Budowlana Sp. z o.o. sp.k. kwoty 18.000 zł 00 gr. (słownie: osiemnaście tysięcy złotych, zero groszy), stanowiącej 90% uiszczzonego wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 1843) na niniejsze postanowienie - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Krakowie**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

W postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego przez Zamawiającego – Małopolskie Centrum Nauki Cogiteon na *budowę budynku Małopolskiego Centrum Nauki Cogiteon o funkcji wystawienniczej, laboratoryjno-warsztatowej, biurowo-konferencyjnej, gastronomicznej z wbudowanym garażem podziemnym oraz wewnętrznymi instalacjami: elektrycznymi z wbudowaną podziemną stacją transformatorową, teletechnicznymi, wodnokanalizacyjnymi, kanalizacji deszczowej, c.o. z wymiennikową, wentylacji pożarowej, wentylacji mechanicznej i klimatyzacji, instalacji technologicznych wraz z uzbrojeniem terenu, w tym: przyłączy ciepłociągu, przyłączy wodociągowe, przyłączy kanalizacji sanitarnej i przyłączy kanalizacji deszczowej oraz instalacje zewnętrzne: kanalizacji sanitarnej, technologicznej ze zbiornikiem bezodpływowym, deszczowej ze zbiornikiem retencyjnym, wody zielonej, wodociągowej, wodociągowej przeciwpożarowej, przebudowy kanalizacji deszczowej odwodnienia pasa startowego, kanalizacji telekomunikacyjnej, elektroenergetycznej n/n 0,4kV, elektroenergetycznej SN 15kV, oświetlenia terenu a także wraz z infrastrukturą komunikacyjną w tym ciągów pieszo-rowerowych, dróg wewnętrznych, drogi pożarowej, placu manewrowego, budową miejsc postojowych dla samochodów osobowych i autokarów, wjazdem do parkingu podziemnego, schodów terenowych, ukształtowaniem terenu, małą architekturą, placem zabaw oraz budową wyrzutni terenowych, muru oporowego i likwidacją tablicy reklamowej ora ogrodzenia, ogłoszonym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 2.07.2020r., 2020/S 126-307430, wobec czynności polegającej na ukształtowaniu treści siwz, w szczególności warunków udziału w postępowaniu oraz wzoru umowy, Wykonawca ALSTAL Grupa Budowlana Sp. z o.o. sp.k. wniósł w dniu 13 lipca 2020 r. odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej (sygn. akt KIO 1618/20).*

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisów:

1. art. 22 ust. 1 a PZP oraz art 22d ust. 1 PZP w zw. z art. 7 ust 1 PZP poprzez określenie w Rozdziale V pkt 1.3.2. lit. b) SIWZ warunku udziału w postępowaniu odnoszącego się do zdolności technicznej i zawodowej wykonawcy w sposób nieadekwatny do przedmiotu zamówienia oraz ograniczający konkurencję w Postępowaniu, tj. poprzez wymaganie, aby wykonawca dysponował osobą na stanowisko Kierownika Budowy, który powinien między innymi w okresie ostatnich 5 (pięciu) lat przed upływem terminu składania ofert nieprzerwanie przez okres co najmniej 12-tu miesięcy pełnić funkcję Kierownika Budowy przy realizacji inwestycji polegającej na budowie lub przebudowie budynku użyteczności publicznej o

powierzchni użytkowej objętej robotami nie mniejszej niż 12 000,00 m², w sytuacji gdy okres weryfikacji doświadczenia Kierownika Budowy nie powinien być ograniczony jedynie do ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, bowiem brak jest jakiegokolwiek uzasadnienia dla określenia takiego okresu weryfikacji doświadczenia, a powoduje to jedynie nieuzasadnione ograniczenie konkurencji i nie ma znaczenia dla oceny umiejętności osoby na stanowisko Kierownika Budowy niezbędnych do wykonania przedmiotu zamówienia,

2. § 2 ust. 5 pkt 1 Rozporządzenia dokumentowego w zw. z art. 7 ust. 1 PZP poprzez określenie w Rozdziale V pkt 1.3.1 SIWZ warunku udziału w postępowaniu odnoszącego się do doświadczenia wykonawcy, który w sposób nieprawidłowy ogranicza konkurencję w Postępowaniu, tj. poprzez wymaganie, aby wykonawca wykazał, że w ciągu ostatnich 5 (pięciu) lat przed upływem terminu składania ofert, zrealizował roboty budowlane określone w Rozdziale V pkt 1.3.1 lit. a) i b) SIWZ, podczas gdy, celem zachowania konkurencyjności Postępowania, Zamawiający powinien dopuścić, aby wykonawca mógł wykazać się doświadczeniem z dłuższego okresu przed termin składania ofert, tj. co najmniej 10 lat,
3. art. 647 KC i art. 353¹ KC w zw. z art 14 PZP i art. 139 PZP oraz art. 7 ust. 1 PZP poprzez określenie w § 29 ust. 6 wzoru umowy uprawnienia Zamawiającego do odbioru końcowego robót w przypadku wystąpienia w trakcie odbioru wad wymagających usunięcia, ale umożliwiającym prawidłowe użytkowanie obiektu budowlanego, podczas gdy zgodnie z art. 647 KC Zamawiający jest zobowiązany do odebrania obiektu (0 zapłaty umówionego wynagrodzenia) w każdej sytuacji wystąpienia wad nieistotnych, które nie uniemożliwiają korzystania z obiektu, a tym samym Zamawiający nie może odmówić odbioru przedmiotu umowy ze względu na wystąpienie wad nieistotnych, czego jednak wzór umowy nie uwzględnia,
4. art. 353¹ KC w zw. z art. 139 PZP, art 473 § 1 KC, art. 483 § 1 KC i art. 484 § 2 KC, oraz art. 7 ust. 1 PZP poprzez zastrzeżenie przez Zamawiającego kar umownych za opóźnienie, w sytuacji gdy wykonawca nie powinien ponosić odpowiedzialności za niezawinione opóźnienie wykonania umowy, co stanowi naruszenie zasady równości strony umowy oraz wyklucza prawidłowe określenie ceny oferty z uwagi na brak możliwości oceny ryzyka wynikającego z realizacji umowy, które spoczywać będzie na wykonawcy, co tym samym powoduje, że złożenie oferty w warunkach uczciwej konkurencji jest niemożliwe.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu modyfikację siwz poprzez:

1. modyfikację warunku udziału w postępowaniu określonego w Rozdziale V pkt 1.3.2. lit. b), tj. wymagania w zakresie doświadczenia osoby na stanowisko Kierownika Budowy, w

- ten sposób, aby wykonawca zobowiązany był wykazać, że dysponuje osobą, która posiada uprawnienia do kierowania robotami budowlanymi w specjalności konstrukcyjno-budowlanej bez ograniczeń oraz w okresie ostatnich 10 (dziesięciu) lat przed upływem terminu składania ofert nieprzerwanie przez okres co najmniej 12-tu miesięcy pełniła funkcję Kierownika Budowy przy realizacji inwestycji polegającej na budowie lub przebudowie budynku użyteczności publicznej o powierzchni użytkowej objętej robotami nie mniejszej niż 12 000,00 m², który uzyskał decyzję pozwolenia na użytkowanie
2. modyfikację warunku udziału w postępowaniu określonego w Rozdziale V pkt 1.3.1. SIWZ w ten sposób, aby wykonawca zobowiązany był wykazać, że w ciągu ostatnich 10 (dziesięciu) lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, zrealizował roboty określone w Rozdziale V pkt SIWZ lit. a) i b) SiWZ.
 3. zmianę § 29 ust 6 wzoru umowy poprzez nałożenie na Zamawiającego obowiązku odbioru robót jeżeli w toku czynności odbioru końcowego robót budowlanych zostaną stwierdzone wady nieistotne wymagające usunięcia, ale umożliwiające prawidłowe użytkowanie obiektu budowlanego,
 4. zmianę zasad naliczenia kar umownych w taki sposób, aby uprawnienie do naliczenia kar umownych aktualizowało się w przypadku zawinionego niewykonania przez wykonawcę obowiązków umownych.

Zamawiający poinformował wykonawców o wniesionym odwołaniu w dniu 14.07.2020r. Do postępowania odwoławczego swój udział zgłosili wykonawcy: UNIBEP S.A z siedzibą w Bielsku Podlaskim (po stronie Zamawiającego) oraz Budimex S.A z siedzibą w Warszawie (po stronie Odwołującego).

Odwołujący w dniu 29.07.2020r. cofnął odwołanie. Oświadczenie złożył pełnomocnik umocowany treścią pełnomocnictwa z dnia 10.07.2020 r. (załączone do odwołania).

W związku z powyższym na podstawie art. 187 ust. 8 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019, poz. 1843) Izba umorzyła postępowanie odwoławcze.

Orzekając o kosztach, zgodnie z art. 187 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 1 pkt 3 lit. a rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów

kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczenia (tekst jednolity Dz.U. z 2018 r., poz. 972), Izba nakazała zwrócić na rzecz Odwołującego 90% kwoty uiszczzonego w wysokości 20.000 zł. wpisu od odwołania.

Przewodniczący: