

Sygn. akt: KIO 1196/20

POSTANOWIENIE
z dnia 24 czerwca 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Irmina Pawlik

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron w Warszawie w dniu 24 czerwca 2020 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 1 czerwca 2020 r. przez wykonawcę Budimex Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie w postępowaniu prowadzonym przez Gminę Miasta Wejherowa

postanawia:

1. umarza postępowanie odwoławcze;
2. nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz wykonawcy Budimex Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie kwoty **18 000 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy złotych zero groszy) stanowiącej 90% uiszczonego wpisu od odwołania.

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

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający Gmina Miasta Wejherowa prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn „Budowa zespołu otwartych basenów kąpielowych – Centrum Integracji Społecznej „Wodne Ogrody” w Wejherowie z opcją”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 20 maja 2020 r. pod numerem 2020/S 098-232544. Postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2019 r., poz. 1843, dalej „ustawa Pzp”). Wartość szacunkowa zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

W dniu 1 czerwca 2020 r. wykonawca Budimex Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie (dalej jako „Odwołujący”) wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie od niezgodnej z przepisami ustawy Pzp czynności Zamawiającego polegającej na ustaleniu treści ogłoszenia o zamówieniu oraz Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia w sposób naruszający przepisy ustawy Pzp i kodeksu cywilnego. Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie w szczególności:

1. art. 22 ust. 1a w zw. z art. 22 ust. 1b pkt 3 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez sformułowanie warunków udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia wymaganego od wykonawcy, o którym mowa w Rozdziale VIII pkt 1.2.2. tiret pierwszy 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. 139 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 5 i 353(1) kodeksu cywilnego w zw. z art. art 483 § 1 kodeksu cywilnego w zw. z art 484 § 2 kodeksu cywilnego w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zastrzeżenie kar umownych z przewidzianym limitem obejmującym 70% wynagrodzenia wykonawcy za wykonanie przedmiotu zamówienia, przekraczającym wysokość kary umownej za odstąpienie od Umowy, co jest postanowieniem nadmiernym i nieadekwatnym do specyfiki realizacji i uwarunkowań rynkowych, będąc jednocześnie postanowieniem niekorzystnym dla wykonawców, naruszającym równowagę stron umowy i prowadzącym do naruszenia praw podmiotowych wykonawców;
3. art. 139 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 5 i 353(1) kodeksu cywilnego w zw. z art. 473 § 1 kodeksu cywilnego w zw. z art. 483 kodeksu cywilnego w zw. z art. 484 § 2 kodeksu cywilnego 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;

4. 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 wzoru Umowy prawa do odmowy dokonania odbioru robót 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 postanowieniem niekorzystnym dla wykonawców, naruszającym bezwzględnie obowiązujące przepisy prawa oraz równowagę stron umowy i prowadzącym do naruszenia praw podmiotowych wykonawców;
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 uzależnienie przystąpienia przez Zamawiającego do odbioru robót od uprzedniej oceny kompletności i prawidłowości dokumentacji, co generuje niemożliwe do oszacowania ryzyko uchylania się przez Zamawiającego od obowiązków związanych z odbiorem robót, godząc w istotę i naturę umowy o roboty budowlane, będąc jednocześnie postanowieniem odbiegającym od praktyki rynkowej i naruszającym równowagę stron umowy, prowadzącym do naruszenia praw podmiotowych wykonawców;
6. art. 139 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 353(1) kodeksu cywilnego w zw. z art. 647 kodeksu cywilnego w zw. z art. 5 kodeksu cywilnego 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 §8 ust. 6 oraz §15 ust. 1 pkt 20 Umowy uprawnienia do zmniejszenia zakresu rzeczowego umowy, bez wskazania zakresu zmian możliwych do wprowadzenia na tej podstawie i bez zagwarantowania minimalnego poziomu świadczenia, co godzi w zasadę niezmienności zakresu świadczenia, generując ryzyko niemożliwe do skalkulowania, a w konsekwencji narusza równowagę stron umowy i prowadzi do nadużycia prawa podmiotowego przez Zamawiającego;
7. art. 139 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 5 i 353(1) kodeksu cywilnego w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 29 ust. 1 ustawy Pzp poprzez naruszenie równowagi stron stosunku zobowiązaniowego, które przejawia się w przyznaniu Zamawiającemu prawa do arbitralnego wyznaczania terminów usunięcia wad ujawnionych w okresie gwarancji i rękojmi, co w konsekwencji oznacza przerzucenie nadmiernych ryzyk na wykonawców, uniemożliwiając prawidłowe i precyzyjne skalkulowanie ceny ofertowej.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu dokonania modyfikacji warunków udziału w postępowaniu zgodnie z wnioskiem wskazanym w dokonania zmiany treści SIWZ (oraz odpowiadających jej postanowień ogłoszenia o zamówieniu) w sposób wskazany w uzasadnieniu odwołania.

Izba ustaliła, iż w terminie wynikającym z art. 185 ust. 2 ustawy Pzp do postępowania

odwoławczego nie zgłosił przystąpienia żaden wykonawca.

W dniu 22 czerwca 2020 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło pismo Odwołującego, w którym oświadczył, iż cofa odwołanie oraz wnosi o umorzenie postępowania odwoławczego i zwrot 90% wpisu. Oświadczenie o cofnięciu odwołania zostało złożone przez osobę umocowaną do reprezentacji Odwołującego, zgodnie z dokumentacją złożoną do akt sprawy.

Uwzględniając powyższe Izba uznała, że zasadne jest umorzenie postępowania odwoławczego na podstawie art. 187 ust. 8 ustawy Pzp, z uwagi na złożenie przez Odwołującego oświadczenia o cofnięciu odwołania. Zgodnie z treścią tego przepisu Odwołujący może cofnąć odwołanie do czasu zamknięcia rozprawy; w takim przypadku Izba umarza postępowanie odwoławcze. Jeżeli cofnięcie nastąpiło przed otwarciem rozprawy, odwołującemu zwraca się 90% wpisu. Wycofanie odwołania w całości powoduje zakończenie postępowania odwoławczego bez merytorycznego rozpoznania zarzutów odwołania. Złożenie oświadczenia o cofnięciu odwołania stanowi uprawnienie Odwołującego, które znosi wszelkie skutki prawne związane z wniesieniem odwołania. W tym stanie rzeczy Izba na podstawie art. 187 ust. 8 ustawy Pzp umorzyła postępowanie odwoławcze, orzekając w formie postanowienia zgodnie z art. 192 ust. 1 zdanie drugie ustawy Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 187 ust. 8 ustawy Pzp zdanie drugie oraz § 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 rozliczania (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 972). Mając na względzie fakt, iż cofnięcie odwołania miało miejsce przed otwarciem rozprawy, Izba nakazała dokonanie na rzecz Odwołującego zwrotu 90% kwoty uiszczonej tytułem wpisu od odwołania.

Przewodniczący: