

Sygn. akt: KIO 311/21

POSTANOWIENIE

z dnia 3 marca 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Katarzyna Odrzywolska

Członkowie: Anna Osiecka

Anna Packo

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron w dniu 3 marca 2021 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 29 stycznia 2021 r. przez wykonawcę: **Budimex S.A. z siedzibą w Warszawie;**
w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Gminę Pszczyna;**

postanawia:

1. umarza postępowanie odwoławcze,
2. nakazuje 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) stanowiącej uiszczony wpis od odwołania.

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

Gmina Pszczyna (dalej: „Zamawiający”) prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na wykonanie robót budowlanych pn.: „Budowa sali widowiskowej Pszczyńskiego Centrum Kultury z uwzględnieniem funkcji sportowo-rekreacyjnych wraz z infrastrukturą techniczną i zagospodarowaniem terenu”; nr sprawy: IZP.271.1.0071.2021 - dalej „postępowanie”.

Postępowanie to prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 2019 ze zm.) zwanej dalej: „ustawa Pzp”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 20 stycznia 2021 r. pod nr 2021/S 013-026574.

W dniu 29 stycznia 2021 r. wykonawca: **Budimex S.A. z siedzibą w Warszawie** (dalej: „Odwołujący”) wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie od czynności Zamawiającego polegającej na ustaleniu treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia dotyczącej postępowania (dalej jako: „SIWZ”), w sposób naruszający przepisy ustawy Pzp:

1. art. 112 ust. 1 w zw. z art. 116 ust. 1 w zw. z art. 16 ustawy Pzp poprzez określenie warunków udziału w postępowaniu w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia, co doprowadziło do ograniczenia konkurencji poprzez nieuzasadnione ograniczenie podmiotów zdolnych do ubiegania się o uzyskanie zamówienia będącego przedmiotem postępowania;
2. art. 433, art. 436 i art. 437 ustawy Pzp w zw. z art. 16 ustawy Pzp w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 5 i 353¹ kodeksu cywilnego poprzez ukształtowanie warunków umowy o realizację zamówienia publicznego w postępowaniu w sposób sprzeczny z zasadą równowagi stron stosunku zobowiązaniowego, zasadami współżycia społecznego, a także w sposób nierespektujący regulacji dotyczących umów w sprawie zamówienia publicznego jakie wprowadziła ustawa Pzp, obowiązująca od 1.01.2021 r., a tym samym w sposób naruszający zasadę prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji,

polegające na:

- a. nałożeniu na wykonawcę w §1 ust. 4.3 Umowy obowiązku złożenia oświadczenia o tym, że Dokumentacja Techniczna/Projektowa Projektu jest kompletna i wystarczająca, aby zrealizować inwestycję zgodnie z umową, co przy braku doprecyzowania mechanizmu zgłaszania błędów projektowych na etapie realizacji Inwestycji, prowadzi do zaburzenia podziału ryzyk w kontrakcie typu „buduj” i de facto przejęcia odpowiedzialności przez wykonawcę za prawidłowość ww. dokumentacji - dodatkowo Zamawiający naruszył w tym zakresie art. 99 ustawy Pzp w zw. z art. 103 ust. 1 ustawy Pzp;
- b. niezasadnym nałożeniu na wykonawcę w §11 ust. 2 Umowy dodatkowych kosztów związanych z zastrzeżeniem rozliczeń faktur częściowych jedynie do 50% wynagrodzenia umownego, co powoduje przerzucenie obowiązku faktycznego finansowania realizacji Inwestycji na wykonawcę - dodatkowo Zamawiający naruszył w tym zakresie art. 647 kodeksu cywilnego;
- c. poprzez zastrzeżenie przez Zamawiającego w ramach §14 Umowy kar umownych o rażąco wygórowanej wysokości oraz bez przewidzenia jakiegokolwiek limitu - dodatkowo Zamawiający naruszył w tym zakresie art. 433 pkt. 1 i 2 ustawy Pzp oraz art. 436 pkt. 3 ustawy Pzp w zw. z art. 483 kodeksu cywilnego w zw. z art. 484 §2 kodeksu cywilnego;

co w konsekwencji prowadzi do obarczenia wykonawcy zbyt dużym i nieuzasadnionym ryzykiem kontraktowym, w stopniu wykraczającym ponad uzasadnione potrzeby Zamawiającego.

W dniu 2 marca 2021 r. Zamawiający wniósł odpowiedź na odwołanie, w której oświadczył, że uznał żądanie odwołującego w zakresie opisanym w pkt 1 powyżej, dokonując zmiany treści warunku udziału w postępowaniu w zakresie dotyczącym doświadczenia oraz uznał odwołanie częściowo w zakresie opisanym w pkt 2 lit. c powyżej, tj. w zakresie kar umownych, dokonując zmiany w treści projektu umowy - dodając §14 ust. 10 w którym wprowadzony został limit kar umownych, które mogą zostać nałożone na wykonawcę w wysokości 20%.

W dniu 2 marca 2021 r. Odwołujący złożył do akt sprawy pismo procesowe oświadczając, że cofa odwołanie w zakresie nie uwzględnionym przez Zamawiającego.

W tym stanie rzeczy Izba na podstawie art. 522 ust. 3 ustawy Pzp umorzyła postępowanie odwoławcze, orzekając w formie postanowienia zgodnie z art. 568 pkt 3 tejże ustawy.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 557 i 575 ustawy Pzp w zw. z § 9 ust. 1 pkt 2 lit. b) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437), nakazując dokonanie na rzecz odwołującego zwrotu z rachunku Urzędu Zamówień Publicznych kwoty uiszczonej tytułem wpisu.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....