

Sygn. akt: KIO 109/21

POSTANOWIENIE
z dnia 4 lutego 2021 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Irmina Pawlik

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron w Warszawie w dniu 4 lutego 2021 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 7 stycznia 2021 r. przez wykonawcę Budimex Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Dyrektora Urzędu Morskiego w Szczecinie

postanawia:

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

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 2019 ze zm.) w związku z art. 92 ust. 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Przepisy wprowadzające ustawę – Prawo zamówień publicznych (Dz.U. 2019, poz. 2020), 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:

Uzasadnienie

Zamawiający Dyrektor Urzędu Morskiego w Szczecinie (dalej jako „Zamawiający”) prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Przebudowa wraz z rozbudową istniejącego systemu umocnień brzegowych na wysokości miejscowości Mielno” (POIS.02.01.00-00-0028/17-00). Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 24 grudnia 2020 r. pod numerem 2020/S 251-627357. Do ww. postępowania o udzielenie zamówienia, zgodnie z art. 90 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Przepisy wprowadzające ustawę - Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 poz. 2020), jako wszczętego i niezakończonego przed dniem 1 stycznia 2021 r., stosuje się przepisy dotychczasowe, tj. przepisy ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 ze zm., dalej „ustawa Pzp”). Wartość szacunkowa zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

W dniu 7 stycznia 2021 r. wykonawca Budimex Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie wniósł odwołanie wobec treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia opublikowanej 28 grudnia 2020 r. Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 647 Kodeksu cywilnego („Kc”), art. 654 Kc, art. 656 § 1 Kc, art. 353¹ Kc i art. 58 § 3 Kc w związku z art. 14 ust. 1 oraz art. 139 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez ukształtowanie określonych w §4 w zw. z §7 Załącznika nr 8 do SIWZ - Wzoru umowy w postaci warunków odbioru robót budowlanych od Wykonawcy w sposób sprzeczny z tymi przepisami, w tym z naturą stosunku prawnego umowy o roboty budowlane w takim zakresie, w jakim Zamawiający będzie (w świetle zaskarżonych postanowień Wzoru umowy) uprawniony do odmówienia odbioru robót budowlanych do czasu usunięcia ich wad przez Wykonawcę także wtedy, kiedy roboty te będą dotknięte wadami nadającymi się do usunięcia, podczas gdy zgodnie z obowiązującymi w tej mierze przepisami oraz ugruntowaną linią orzeczniczą Sądu Najwyższego i sądów apelacyjnych, obowiązkiem Zamawiającego jest w tym przypadku dokonanie odbioru robót od Wykonawcy, a prawo do odmowy odbioru robót służy Zamawiającemu wyłącznie wówczas, kiedy roboty są dotknięte wadami istotnymi;
2. art. 29 ust. 1 i ust. 2 w zw. z art. 7 ustawy Pzp poprzez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób, który nie uwzględnia wszystkich okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty, w szczególności poprzez określenie niemożliwego do dochowania terminu na wykonanie dokumentacji projektowej wraz z uzyskaniem niezbędnych pozwoleń i decyzji pozwalających na rozpoczęcie robót budowlanych tj. 90 dni od dnia zawarcia umowy, przy czym zgodnie z zapisami Programu Funkcjonalno-

Użytkowego na etapie projektowania wykonawca będzie musiał wykonać szereg obowiązków, dokonać szeregu uzgodnień, uwzględnić uwarunkowania wynikające z decyzji środowiskowej i decyzji dotyczącej pozwolenia na wznoszenie i wykorzystanie sztucznych wysp, konstrukcji i urządzeń w polskich obszarach morskich dla przedsięwzięcia naszego na odcinku wg kilometra wybrzeża od 297+700 do 301+000 co (uwzględniając czas niezbędny na wykonanie projektów budowlanych oraz realne terminy na uzyskanie wskazanych decyzji administracyjnych, a także trwający stan epidemii związany z COVID-19) jest nierealne i jednoznacznie niemożliwe do wykonania przez wykonawców w okresie zaledwie 3 miesięcy, co z kolei skutkuje również niemożnością dochowania przez wykonawców także końcowego terminu realizacji przedmiotu umowy;

3. art. 22 ust. 1a oraz art. 22d ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 36 ust. 1 pkt. 5) w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez określenie warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej w sposób nadmierny i nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz wykraczający poza cel, jaki przyświeca warunkom udziału w postępowaniu, jakim jest weryfikacja zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, a także utrudniający uczciwą konkurencję i równe traktowanie wykonawców;
4. art. 91 ust. 2 pkt. 5 w związku z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez określenie kryteriów oceny ofert i sposobu ich oceny w sposób nadmierny i nieproporcjonalny do warunków udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia personelu skierowanego do realizacji zamówienia oraz utrudniający uczciwą konkurencję i równe traktowanie wykonawców, a przede wszystkim w sytuacji, gdy tak sformułowane wymagania dotyczące kwalifikacji zawodowych i doświadczenia osób wyznaczonych do realizacji zamówienia pozostają bez istotnego wpływu na jakość wykonania zamówienia i tym samym niczym nieuzasadnione preferowanie wykonawców spełniających zakwestionowane kryterium oceny ofert.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie Zamawiającemu dokonania odpowiednio zmian w treści SIWZ i ogłoszeniu o zamówieniu w sposób szczegółowo opisany w treści wniosków odwołania.

Mając na uwadze, iż odwołanie zostało wniesione do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 7 stycznia 2021 r., do przedmiotowego postępowania odwoławczego, zgodnie z art. 92 ust. 2 ustawy dnia 11 września 2019 r. Przepisy wprowadzające ustawę - Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 poz. 2020), znajdują zastosowanie przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 2019 ze zm., dalej jako „ustawa nPzp”).

Izba ustaliła, iż Zamawiający przekazał kopię odwołania innym wykonawcom poprzez

jej zamieszczenie na stronie internetowej w dniu 11 stycznia 2021 r. W terminie wynikającym z art. 525 ust. 1 ustawy nPzp do postępowania odwoławczego nie zgłosił przystąpienia żaden wykonawca.

Izba ustaliła, iż w dniu 4 lutego 2020 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło oświadczenie Odwołującego o wycofaniu odwołania, podpisane przez osobę umocowaną do reprezentacji zgodnie z dokumentami załączonymi do akt sprawy.

Zgodnie z art. 520 ustawy nPzp Odwołujący może cofnąć odwołanie do czasu zamknięcia rozprawy (ust. 1). Cofnięte odwołanie nie wywołuje skutków prawnych, jakie ustawa wiąże z wniesieniem odwołania do Izby (ust. 2). Biorąc pod uwagę powyższe, Izba uznała, że zachodzą podstawy do umorzenia postępowania odwoławczego w oparciu o art. 568 pkt 1 ustawy nPzp, w myśl którego Izba umarza postępowanie odwoławcze, w formie postanowienia, w przypadku cofnięcia odwołania.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 557 i art. 575 ustawy nPzp w zw. z § 9 ust. 1 pkt 3 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 90% kwoty uiszczonej tytułem wpisu.

Przewodniczący: