

Sygn. akt: KIO 3141/22

KIO 3142/22

POSTANOWIENIE
z dnia 8 grudnia 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Magdalena Rams

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron w dniu 8 grudnia 2022 r. w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 28 listopada 2022 r. przez wykonawcę **Budimex S.A., z siedzibą w Warszawie (sygn. akt: KIO 3141/22)** oraz przez wykonawcę **Mostostal Warszawa S.A., z siedzibą w Warszawie (sygn. akt: KIO 3142/22)**

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Gminę Miasto Szczecin**,

przy udziale wykonawców ubiegającego się o udzielenie zamówienia:

(A) Mirbud S.A., z siedzibą w Skierniewicach zgłaszającego przystąpienia do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 3141/22 i KIO 3142/22 po stronie odwołującego,

(B) Mostostal Warszawa S.A., z siedzibą w Warszawie zgłaszającego przystąpienia do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 3141/22 po stronie odwołującego,

postanawia:

1. **umorzyć postępowanie odwoławcze w sprawie o sygn. akt: KIO 3141/22 oraz w sprawie o sygn. akt: KIO 3142/22.**
2. nakazać zwrot z rachunku Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz wykonawcy **Budimex S.A., z siedzibą w Warszawie (sygn. akt: KIO 3141/22)** kwoty **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy), stanowiącej uiszczony wpis od odwołania.

3. nakazać zwrot z rachunku Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz wykonawcy **Mostostal Warszawa S.A., z siedzibą w Warszawie (sygn. akt: KIO 3142/22)** kwoty **18 000 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy złotych zero groszy), stanowiącej uiszczony wpis od odwołania.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (tj.: Dz. U. z 2022 r., poz. 1710 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:

Sygn. akt: KIO 3141/22

KIO 3142/22

Uzasadnienie

Zamawiający – Gmina Miasto Szczecin - Szczecińskie Inwestycje Miejskie Sp. z o.o. (dalej „**Zamawiający**”) prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego pn.: „Przebudowa basenu i hali widowiskowo — sportowej w Kompleksie Sportowym SDS przy ul. Wąskiej 16 w Szczecinie” (dalej „Postępowanie”).

W dniu 28 listopada 2022 r. wykonawca Budimex S.A., z siedzibą w Warszawie (sygn. akt: KIO 3141/22) (zwany dalej: „**Odwolujący I**”) wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie zarzucając Zamawiającemu naruszenie: (1) art. 112 ust. 1 w zw. z art. 112 ust. 2 pkt 4) w zw. z art. 116 ust. 1 w zw. z art. 16 pkt 1) — 3) ustawy Pzp poprzez sformułowanie warunków udziału w Postępowaniu w zakresie doświadczenia wymaganego od osób dedykowanych do realizacji zamówienia, o których mowa odpowiednio w Rozdziale XV ust. 5 pkt 1) — 2) SWZ (Przedstawiciel Wykonawcy oraz Kierownik budowy) oraz w Rozdziale XV ust. 5 pkt 5) SWZ (Kierownik robót branży telekomunikacyjnej) w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia i nadmierny dla zweryfikowania zdolności do należytego wykonania przedmiotowego zamówienia, a co za tym idzie w sposób dyskryminujący osoby zdolne do wykonania zamówienia i naruszający zasadę równego traktowania i uczciwej konkurencji; (2) art. 239 ust. 1 w zw. z art. 242 ust. 1 w zw. z art. 242 ust. 2 pkt 5) w zw. z art. 16 pkt 3) ustawy Pzp poprzez ustalenie kryterium oceny ofert dotyczącego Doświadczenia Przedstawiciela Wykonawcy i Kierownika Budowy w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia, uniemożliwiający efektywne i realne konkurowanie w jego ramach, a w konsekwencji w sposób naruszający zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców; (3) art. 16 ustawy Pzp oraz art. 99 ust 1 ustawy Pzp, w zw. z art. 103 ust. 1 ustawy Pzp, w zw. z art. 433 pkt 3 ustawy Pzp, w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp, w zw. 353¹ KC w zw. z art. 647 KC poprzez niezasadne i bezpodstawne przerzucenie na wykonawcę odpowiedzialności i ryzyk związanych z możliwością występowania na placu budowy niewybuchów i niewypałów, podczas gdy takie ryzyko stanowi wyłączne ryzyko Zamawiającego, a przez to stanowi klauzulę abuzywną wynikającą z art. 433 pkt 3 ustawy Pzp, w konsekwencji prowadząc do uprzywilejowania pozycji Zamawiającego oraz naruszenia zasady równowagi stron stosunku zobowiązaniowego; (4) art. 99 ust. 1 ustawy

Pzp w zw. z art. 16 ustawy Pzp oraz art. 8 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 353¹ KC, w zw. z art. 647 KC oraz w zw. z art. 5 KC poprzez wprowadzenie do wzoru umowy postanowień naruszających bezwzględnie obowiązujące przepisy prawa oraz równowagę stron umowy i prowadzących do naruszenia praw podmiotowych wykonawców, przejawiających się w uzależnieniu wypłaty wykonawcy płatności częściowej wynagrodzenia od przedłożenia przez wykonawcę prawidłowo sporządzonego lub zaktualizowanego Harmonogramu Rzeczowego, Harmonogramu Rzeczowo-Finansowego i Planu Płatności przy dodatkowym założeniu, że w takiej sytuacji Zamawiający nie pozostaje w zwłoce z zapłatą wynagrodzenia; (5) art. 99 ust. 1 ustawy PZP w zw. z art. 16 ustawy PZP w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 353¹ KC w zw. z art. 357¹ KC w zw. z art. 358¹ §3 KC w zw. z art. 632 §2 KC w zw. z art. 5 KC poprzez wyłączenie możliwości wzrostu wynagrodzenia wykonawcy w przypadku poniesienia kosztów związanych z uwzględnieniem wytycznych Zamawiającego w dokumentacji projektowej, co skutkuje wykorzystaniem przez Zamawiającego pozycji dominującej i stanowi rażące uprzywilejowanie jego pozycji, wbrew zasadom współżycia społecznego; (6) art. 465 ust. 7 ustawy Pzp w zw. z art. 16 ustawy PZP w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy PZP w zw. z art. 353¹ KC w zw. z art. 5 KC poprzez zastrzeżenie przez Zamawiającego możliwości odstąpienia od umowy w przypadku wystąpienia konieczności wielokrotnego dokonywania bezpośredniej zapłaty podwykonawcy czy dalszemu podwykonawcy na sumę mniejszą niż zostało to przewidziane wprost w przepisie ustawy Pzp, co skutkuje naruszeniem zasad zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, zasady przejrzystości i proporcjonalności, a tym samym skutkuje koniecznością uznania zaniechania przygotowania i prowadzenia postępowania z należytą starannością w szczególności wobec ustalenia warunków przyszłej umowy w sposób naruszający powołane wyżej przepisy ustawy Pzp i KC; (7) art. 16 ustawy Pzp w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 647, art. 654 i art. 353¹ KC w zw. z art. 5 KC poprzez przyznanie Zamawiającemu w ramach wzoru Umowy prawa do przerwania czynności odbiorowych w toku czynności odbioru końcowego robót, w przypadku stwierdzenia wad nieistotnych nadających się do usunięcia, co godzi w istotę i naturę umowy o roboty budowlane, będąc jednocześnie postanowieniami niekorzystnymi dla wykonawców, naruszającymi bezwzględnie obowiązujące przepisy prawa oraz równowagę stron umowy i prowadzącymi do naruszenia praw podmiotowych wykonawców; (8) art. 439 ust. 1 i ust. 2 ustawy Pzp w zw. z art. 58 KC w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 16 ustawy Pzp poprzez sformułowanie projektu Umowy w sposób warunkujący możliwość dokonania zmiany wysokości należnego wykonawcy wynagrodzenia w sytuacji zmiany cen produkcji budowlano-montażowej związanych z realizacją zamówienia od terminowej realizacji prac, za które przysługuje wykonawcy wynagrodzenie, jak również wyłączenie mechanizmu waloryzacji w odniesieniu do robót dodatkowych lub zamiennych, co stanowi o pozorności wprowadzonego mechanizmu waloryzacyjnego i oparciu go o

kryteria nieprzewidziane przez ustawodawcę, wypaczające ideę waloryzacji i będące sprzecznym z celem określonym w art. 439 ustawy Pzp; (9) art. 8 ust. 1 ustawy PZP w zw. z art. 5 i 353¹ KC w zw. z art. 484 KC w zw. z art. 483 KC w zw. z art. 16 ustawy Pzp poprzez zdefiniowanie w 525 ust. 10 Umowy kary umownej w taki sposób, iż stanowi ona zdublowanie mechanizmów zabezpieczenia interesów Zamawiającego w tym zakresie, nie stanowiąc środka do kompensacji realnej szkody po stronie Zamawiającego, względnie poprzez określenie jej wysokości w sposób rażąco wygórowany, co jest nadmiernym i nieadekwatnym obciążeniem wykonawcy w stosunku do specyfiki realizacji i uwarunkowań rynkowych, będąc jednocześnie postanowieniem niekorzystnym dla wykonawców, naruszającym równowagę stron umowy i prowadzącym do naruszenia praw podmiotowych wykonawców; (10) art. 8 ust. 1 ustawy PZP w zw. z art. 5 i 353¹ KC w zw. z art. 568 KC w zw. z art. 577 KC w zw. z art. 433 pkt 4) w zw. z art. 16 ustawy Pzp poprzez wprowadzenie nieprecyzyjnych postanowień związanych z zasadami odpowiedzialności wykonawcy z tytułu rękojmi i gwarancji, generujących ryzyko ponoszenia przez wykonawcę odpowiedzialności w sytuacji ingerencji w przedmiot umowy przez podmioty trzecie wskazane przez Zamawiającego, co stanowi postanowienie niekorzystne dla wykonawców, naruszające równowagę stron umowy i prowadzące do naruszenia praw podmiotowych wykonawców; (11) art. 436 pkt 4) lit. b) ustawy PZP w zw. z art. 16 ustawy Pzp w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 353¹ KC w zw. z art. 5 KC poprzez wprowadzenie limitu zmian umowy wynikających ze zmian regulacji określających wysokość ciężarów publicznoprawnych, co stanowi wypaczenie celu przepisu art. 436 pkt 4) lit. b) ustawy Pzp, generujące ryzyko zachwiania równowagi ekonomicznej stron stosunku zobowiązaniowego.

W związku z powyższymi zarzutami Odwołujący I wniósł o: uwzględnienie odwołania, nakazanie Zamawiającemu dokonania zmiany treści SWZ w sposób wskazany w uzasadnieniu niniejszego odwołania.

Również w dniu 28 listopada 2022 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wykonawcy Mostostal Warszawa S.A., z siedzibą w Warszawie (dalej „**Odwołujący II**”) (sygn. akt: KIO 3142/22) zarzucając Zamawiającemu naruszenie: (1) art. 241 ust. 1 i 2 PZP w zw. z art. 16 PZP, poprzez wprowadzenie w pkt 6 Rozdziału XX SWZ kryterium „Doświadczenie Przedstawiciela Wykonawcy (Dyrektora Kontraktu), które jako kryterium oceny ofert w zakresie doświadczenia technicznego jest nadmierne i nieproporcjonalne do przedmiotu zamówienia oraz oderwane od przedmiotu zamówienia; (2) art. 241 ust. 1 i 2 PZP w zw. z art. 16 PZP, poprzez wprowadzenie w pkt 7 Rozdziału XX SWZ kryterium „Doświadczenie Kierownika Budowy”, które jako kryterium oceny ofert w zakresie doświadczenia technicznego jest nadmierne i nieproporcjonalne do przedmiotu

zamówienia oraz oderwane od przedmiotu zamówienia; (3) art. 242 ust. 2 pkt 5 PZP poprzez wprowadzenie w Pkt 6 Rozdziale XX kryterium „Doświadczenie Przedstawiciela Wykonawcy (Dyrektora Kontraktu)”, które to kryterium nie ma znaczącego wpływu na jakość wykonania przedmiotu zamówienia; (4) art. 242 ust. 2 pkt 5 PZP poprzez wprowadzenie w pkt 7 Rozdziale XX kryterium „Doświadczenie Kierownika Budowy, które to kryterium nie ma znaczącego wpływu na jakość wykonania przedmiotu zamówienia, a w konsekwencji art. 16 pkt 1-3 PZP poprzez przeprowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, proporcjonalności i przejrzystości.

Odwołujący II wniósł o uwzględnienie odwołania w całości, nakazanie Zamawiającemu:

1. zmiany w Rozdziale XX w pkt 6 Specyfikacji Warunków Zamówienia lub zastąpienie tego punktu treścią:

6. Ocena punktowa w kryterium „Doświadczenie Przedstawiciela Wykonawcy (Dyrektora Kontraktu)” będzie dokonywana w następujący sposób: Zamawiający będzie punktował doświadczenie Przedstawiciela Wykonawcy (Dyrektora Kontraktu) polegające na pełnieniu przez okres co najmniej 24 (dwudziestu czterech) miesięcy, a jeżeli kontrakt realizowany był w okresie krótszym niż 24 miesiące - w całym okresie jego realizacji, nie krótszym niż 12 (dwanaście) miesięcy funkcji Dyrektora Kontraktu, Inżyniera Kontraktu, Kierownika Projektu, Przedstawiciela Wykonawcy lub równorzędnym w zakresie zarządzania kontraktem na roboty budowlane przy realizacji inwestycji (kontraktu), obejmującej budowę, przebudowę lub rozbudowę budynku użyteczności publicznej o wartości robót budowlanych nie mniejszej niż 20.000.000,00 zł (dwadzieścia milionów złotych) brutto lub zespołu budynków użyteczności publicznej (realizowanego w ramach jednego kontraktu/zadania/umowy) o wartości robót budowlanych nie mniejszej niż 20.000.000,00 zł (dwadzieścia milionów złotych) brutto (okresy nakładające się na siebie, tj. dotyczące różnych inwestycji realizowanych w tym samym okresie zamawiający uwzględni tylko raz). Zamawiający w ramach niniejszego kryterium punktował będzie wyłącznie takie kontrakty (inwestycje), które zostały wskazane dodatkowo, ponad liczbę wymaganą w Rozdziale XV ust. 5 pkt 1 lit. c) SWZ na potwierdzenie spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu (w tabeli wskazanej w ust. 2 ww. dodatkowe kontrakty/inwestycje zwane są: „ Inwestycjami”). Ocenie w ramach niniejszego kryterium nie podlegają inwestycje (kontrakty) wskazane przez wykonawcę na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu. Punkty w ramach niniejszego kryterium będą przyznawane zgodnie z zasadami określonymi w tabeli zawartej w Rozdziale XX ust. 2 SWZ.

2. zmiany w Rozdziale XX w pkt 7 Specyfikacji Warunków Zamówienia lub zastąpienie tego punktu treścią:

7. Ocena punktowa w kryterium „Doświadczenie Kierownika Budowy” będzie dokonywana w następujący sposób: Zamawiający będzie punktował doświadczenie Kierownika Budowy polegające na pełnieniu przez okres co najmniej 24 (dwadziestu czterech) miesięcy, a jeżeli kontrakt realizowany był w okresie krótszym niż 24 miesiące - w całym okresie jego realizacji, nie krótszym niż 12 (dwanaście) miesięcy - funkcji kierownika budowy przy realizacji inwestycji która uzyskała prawomocną i ostateczną decyzję o pozwoleniu na użytkowanie, obejmującej budowę nowego, rozbudowę lub przebudowę budynku użyteczności publicznej o powierzchni użytkowej minimum 5.000 (pięć tysięcy) m² oraz o wartości robót budowlanych co najmniej 20.000.000 zł (dwadzieścia milionów złotych) brutto lub zespołu budynków użyteczności publicznej (realizowanego w ramach jednego zadania/kontraktu/umowy) o łącznej powierzchni użytkowej minimum 5.000 (pięć tysięcy) m² o wartości robót budowlanych co najmniej 20.000.000 zł (dwadzieścia milionów złotych brutto). Zamawiający w ramach niniejszego kryterium punktował będzie wyłącznie takie kontrakty (inwestycje), które zostały wskazane dodatkowo, ponad liczbę wymaganą w Rozdziale XV ust. 5 pkt 2 lit. c) SWZ na potwierdzenie spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu (w tabeli wskazanej w ust. 2 ww. dodatkowe kontrakty/inwestycje zwane są: „Inwestycjami”). Ocenie w ramach niniejszego kryterium nie podlegają inwestycje (kontrakty) wskazane przez wykonawcę na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu. Punkty w ramach niniejszego kryterium będą przyznawane zgodnie z zasadami określonymi w tabeli zawartej w Rozdziale XX ust. 2 SWZ.

3. wykonania pozostałych czynności faktycznych i prawnych, koniecznych do zapewnienia prawidłowości postępowania Zamawiającego w związku z orzeczeniem, a także zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego II kosztów postępowania odwoławczego według norm przepisanych oraz przeprowadzenie dowodów wskazanych w uzasadnieniu odwołania, na okoliczności wskazane w uzasadnieniu odwołania.

Następnie Izba ustaliła, że do postępowania odwoławczego przystąpił wykonawca Mirbud S.A., z siedzibą w Skierniewicach w sprawie o sygn. akt: KIO 3141/22 i KIO 3142/22 po stronie odwołującego oraz wykonawca Mostostal Warszawa S.A., z siedzibą w Warszawie w sprawie o sygn. akt: KIO 3141/22 po stronie odwołującego.

Izba ustaliła, że w sprawie o sygn. akt: KIO 3141/22 pismem z dnia 7 grudnia 2022 r., Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie. Zamawiający częściowo uwzględnił zarzuty podniesione przez Odwołującego I. Odwołujący I w piśmie z dnia 7 grudnia 2022 r. złożył oświadczenie o cofnięciu zarzutów nieuwzględnionych przez Zamawiającego.

Izba ustaliła, że w sprawie o sygn. akt: KIO 3141/22 Odwołujący II w dniu 6 grudnia 2022 r. złożył pismo zawierające oświadczenie o cofnięciu odwołania.

Wobec uwzględnienia w sprawie o sygn. akt: KIO 3141/22 w części zarzutów odwołania oraz wycofania pozostałych zarzutów przez Odwołującego I, Izba stwierdziła, że zachodzą przesłanki do umorzenia postępowania na podstawie art. 522 ust. 3 ustawy Pzp i orzekła jak w sentencji.

Ponadto, z uwagi na to, że odwołanie można cofnąć w każdym czasie do zamknięcia rozprawy, jego cofnięcie przez Odwołującego II, zgodnie art. 568 pkt 1 ustawy Pzp oraz § 13 ust. 1 pkt 6 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z 31 grudnia 2020 r. w sprawie postępowania przy rozpoznawaniu odwołań przez Krajową Izbę Odwoławczą (Dz.U. poz. 2453) oznacza, że postępowanie odwoławcze podlega umorzeniu.

O kosztach postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt: KIO 3141/22 orzeczono stosownie do treści art. 575 ustawy Pzp w zw. z § 9 ust. 1 pkt 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. poz. 2437), nakazując zwrot Odwołującemu I kwoty uiszczonej tytułem wpisu.

O kosztach postępowanie w sprawie o sygn. akt. KIO 3142/22 orzeczono stosowanie do treści art. 575 ustawy Pzp w zw. z § 9 ust. 1 pkt 3a rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu wysokości wpisu od odwołania (Dz. U. poz. 2437), nakazując zwrot na rzecz Odwołującego II z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych 90% kwoty uiszczonej tytułem należnego wpisu od odwołania.

Przewodniczący: