

POSTANOWIENIE

z dnia 18 listopada 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie: Przewodniczący: Piotr Kozłowski

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na posiedzeniu **18 listopada 2022 r.** w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej **7 listopada 2022 r.**

przez wykonawców:

A. PORR S.A. z siedzibą w Warszawie – sygn. akt KIO 2936/22 [„Odwołujący A”]

B. MIRBUD S.A. z siedzibą w Skierniewicach – sygn. akt KIO 2945/22 [„Odwołujący B”]

w postępowaniu pn. *Budowa budynku dydaktycznego wraz z garażem podziemnym polegająca na rozbudowie i przebudowie budynku biblioteki Uniwersytetu Papieskiego Jana Pawła II w Krakowie* (nr ZP.240.22-32)

prowadzonym przez zamawiającego: **Uniwersytet Papieski Jana Pawła II w Krakowie** [„Zamawiający”]

przy udziale wykonawców zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującej:

A. MIRBUD S.A. z siedzibą w Skierniewicach – sygn. akt KIO 2936/22

B. DEKPOL Budownictwo sp. z o.o. z siedzibą w Pinczynie – sygn. akt KIO 2945/22,

orzeka:

- 1. Umarza postępowanie odwoławcze w obu sprawach.**
- 2. Nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz Odwołującego A kwoty 20000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) – uiszczonej przez niego tytułem wpisu od odwołania.**
- 3. Nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz Odwołującego B kwoty 20000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) – uiszczonej przez niego tytułem wpisu od odwołania.**

**Sygn. akt: KIO 2936/22
KIO 2945/22**

Stosownie do art. 579 i 580 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 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**.

Uzasadnienie

Uniwersytet Papieski Jana Pawła II w Krakowie {dalej: „Zamawiający} prowadzi na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm.) {dalej również: „ustawa pzp” lub „pzp”} w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia na roboty budowlane pn. *Budowa budynku dydaktycznego wraz z garażem podziemnym polegająca na rozbudowie i przebudowie budynku biblioteki Uniwersytetu Papieskiego Jana Pawła II w Krakowie* (nr ZP.240.22-32). Ogłoszenie o tym zamówieniu 28 października 2022 r. zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej nr 2022/S_209 pod poz. 593059. Wartość tego zamówienia przekracza progi unijne.

7 listopada 2022 r. PORR S.A. z siedzibą w Warszawie {dalej: „Porr” lub „Odwołujący A”} wniósł odwołanie wobec postanowień specyfikacji warunków zamówienia {dalej: „SWZ”} w zakresie objętym poniższymi zarzutami odwołania.

Odwołujący A zarzucił Zamawiającemu następujące naruszenia przepisów ustawy pzp {jeżeli poniżej nie wskazano innych aktów prawnych}:

1. Art. 112 ust. 1 i 2 pkt 4 oraz art. 116 ust. 1 w zw. z art. 16 pkt 1-3 – przez ustalenie w stosunku do kierownika robót sanitarnych i kierownika robót elektrycznych wymagania w postaci posiadania doświadczenia w kierowaniu i nadzorowaniu robotami budowlanymi co najmniej dwóch budynków użyteczności publicznej o wartości brutto minimum 50.000.000,00 zł, co stanowi warunek udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej: (i) nieproporcjonalny, (ii) nadmierny dla zweryfikowania zdolności wykonawców do wykonania zamówienia oraz (iii) niewynikający z rzeczywistych potrzeb Zamawiającego.
2. Art. 16 pkt 1-3 – przez prowadzenie postępowania z naruszeniem zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz ukształtowanie warunków udziału w postępowaniu z naruszeniem zasad proporcjonalności i przejrzystości.

Odwołujący A wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu zmiany treści SWZ w sposób opisany w odwołaniu.

7 listopada 2022 r. MIRBUD S.A. z siedzibą w Skierniewicach {dalej: „Mirbud” lub „Odwołujący B”} wniósł odwołanie wobec postanowień specyfikacji warunków zamówienia {dalej: „SWZ”} w zakresie objętym poniższymi zarzutami odwołania.

Odwołujący B zarzucił Zamawiającemu następujące naruszenia przepisów ustawy pzp {jeżeli poniżej nie wskazano innych aktów prawnych}:

1. Art. 16 pkt 1-3 oraz art. 17 ust 1 w zw. z art. 112 ust. 1 w zw. z art. 112 ust. 2 pkt 4 w zw. z art. 116 ust. – przez wadliwe określenie warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej wykonawcy – doświadczenie wykonawcy, tj. określenie wymagań w zakresie wykazania się „realizacją na kwotę: min. 60.000.000zł brutto”, co narusza zasadę uczciwej konkurencji i zasadę równego traktowania wykonawców oraz zasadę udzielania zamówienia zapewniającego najlepszą jakość uzasadnioną charakterem zamówienia, gdyż tak sformułowany warunek nie jest proporcjonalny do przedmiotu zamówienia i nie odzwierciedla minimalnych poziomów, z uwagi na zbyt wygórowaną wartość referencyjnej roboty budowlanej, przez co postępowanie straciło walor przejrzystości.
2. Art. 16 pkt 1-3 oraz art. 17 ust 1 w zw. z art. 112 ust. 1 w zw. z art. 112 ust. 2 pkt 4 w zw. z art. 116 ust. 1 – przez wadliwe określenie warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej wykonawcy – doświadczenie wykonawcy, tj. określenie wymagań w zakresie wykazania się budową ściśle zdefiniowanego przez Zamawiającego „budynku użyteczności publicznej”, co narusza zasadę uczciwej konkurencji i zasadę równego traktowania wykonawców oraz zasadę udzielania zamówienia zapewniającego najlepszą jakość uzasadnioną charakterem zamówienia, gdyż tak sformułowany warunek nie jest proporcjonalny do przedmiotu zamówienia i nie odzwierciedla minimalnych poziomów, z uwagi na zbyt wąską definicję budynku użyteczności publicznej, która w bezpodstawny sposób wyklucza obiekty handlowe oraz sportowe przez co postępowanie straciło walor przejrzystości.
3. Art. 16 pkt 1-3 oraz art. 17 ust 1 w zw. z art. 112 ust. 1 w zw. z art. 112 ust. 2 pkt 4 w zw. z art. 116 ust. 1 – przez wadliwe określenie warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej wykonawcy – doświadczenie kierownika budowy, tj. określenie wymagań w zakresie wykazania się kierowaniem/nadzorowaniem robót budowlanych, w których zakres wchodzi zarówno realizacja robót w technologii TBW, jak i realizacja robót w technologii palowania fundamentów/ścian szczelinowych, co narusza zasadę uczciwej konkurencji i zasadę równego traktowania wykonawców oraz zasadę udzielania zamówienia zapewniającego najlepszą jakość uzasadnioną charakterem zamówienia, gdyż tak sformułowany warunek nie jest proporcjonalny do przedmiotu zamówienia i nie odzwierciedla minimalnych poziomów, z uwagi na możliwość należytej realizacji przedmiotowego zamówienia jeżeli specjalista ma doświadczenie w kierowaniu/ nadzorowaniu robót realizowanych w technologii TBW lub w technologii palowania fundamentów/ścian szczelinowych, przez co postępowanie straciło walor przejrzystości.

4. Art. 99 ust. 1 i 2 w zw. art. 433 pkt 4 w zw. z art. 17 pkt 1 i 2, a także art. 8 ust. 1 – przez określenie w ust. 7 SWZ terminu realizacji zamówienia [*Zamówienie musi zostać zrealizowane w terminie: do 21 miesięcy od daty podpisania umowy, w tym: Etap I: do 9 miesięcy od daty podpisania umowy...*], który – przy uwzględnieniu zakresu zamówienia, terminów dostaw oraz technologii prowadzenia robót – jest nierealny i zbyt krótki, co narusza równowagę stron umowy.
5. Art. 99 ust. 1, 2 i 4, art. 431, art. 433 pkt 3 oraz w zw. z art. 8 ust. 1 – art. 647 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny (Dz.U.2022.1360 t.j. z 2022; dalej „kc”), art. 353¹ kc, art. 58 kc – przez przygotowanie i prowadzenie przez Zamawiającego postępowania w sposób naruszający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, jak również zasadę proporcjonalności oraz współdziałania stron, niezapewniający najlepszej jakości robót budowlanych, uzasadniony charakterem zamówienia oraz uzyskanie najlepszych efektów zamówienia, wobec sformułowania postanowień umownych w sposób wykorzystujący pozycję dominującą organizatora przetargu, wbrew zasadom współdziałania, równoważenia interesów stron umowy w sprawie zamówienia publicznego, a także zasad współżycia społecznego i właściwości stosunku prawnego:
 - 1) przez zbyt szerokie określenie katalogu osób, których dotyczy obowiązek zatrudniania na umowę o pracę, co skutkuje faktycznym obowiązkiem zatrudnienia niemalże wszystkich osób wykonujących roboty budowlane na podstawie umowy o pracę;
 - 2) przez zbyt krótkie określenie terminu zapłaty wynagrodzenia podwykonawcy, co stanowi zbyt duże obciążenie finansowe wykonawcy, w szczególności w zaistniałej sytuacji gospodarczo-politycznej oraz przy uwzględnieniu potencjalnego kwartalnego rozliczenia robót budowlanych przez Zamawiającego;
 - 3) przez określenie zbyt długiego terminu akceptacji projektu/wnoszenia zastrzeżeń, co w sposób nadmierny i zbędny przedłuża termin realizacji zamówienia, który i tak jest nadmiernie krótki;
 - 4) przez zbyt dużą ingerencję w swobodne ukształtowanie umowy wykonawcy z podwykonawcą, co nie jest uzasadnione w sytuacji, gdy przepisy ustawy pzp uznają, że dostatecznym środkiem zabezpieczającym jest ograniczenie możliwości potrącenia do wzajemnych wierzytelności z tego samego stosunku prawnego;
 - 5) przez określenie zbyt małej liczby terminów zapłaty wynagrodzenia częściowego wykonawcy, co stanowi zbyt duże obciążenie finansowe wykonawcy, w szczególności w zaistniałej sytuacji gospodarczo-politycznej oraz przy uwzględnieniu potencjalnego

- 13-dniowego rozliczenia robót budowlanych z podwykonawcą;
- 6) przez żądanie zbyt wysokiej kwoty zabezpieczenia należytego wykonania umowy, która nie koresponduje ze zleconym zakresem prac, przy braku podania uzasadnienia dla odstąpienia – w ramach wyjątku – od maksymalnego progu 5%, co stanowi nielegalne żądanie i zbytne obciążenie finansowe wykonawcy, w szczególności w zaistniałej sytuacji gospodarczo-politycznej oraz przy uwzględnieniu preferowanych przez Zamawiającego warunków płatności wynagrodzenia wykonawcy i podwykonawcy;
 - 7) przez ustalenie terminu realizacji zamówienia bez uwzględnienia wszystkich okoliczności mogących mieć wpływ na realizację zamówienia, gdyż tak sformułowany termin zgłoszenia gotowości faktycznie skraca o przeszło miesiąc i tak zbyt krótki termin realizacji zamówienia, co z kolei nie zapewnia najlepszej jakości robót budowlanych oraz stanowi naruszenie zasady uzyskania najlepszych efektów zamówienia.
 - 8) przez ustalenie zbyt wysokich progów kary umownej, co bezzasadnie podraża ofertę wykonawcy z uwagi na konieczność wliczenia ryzyka zapłaty nadmiernie wygórowanych kar umownych, w żaden sposób nie przekłada się na zapewnienie najlepszej jakości robót budowlanych oraz stanowi naruszenie zasady uzyskania najlepszych efektów zamówienia.

Odwołujący B wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu zmiany treści SWZ w sposób opisany w odwołaniu.

W ramach odpowiedzi na odwołania z 18 listopada 2022 r. Zamawiający uwzględnił je w części przez dokonanie w SWZ zmian polegających na wprowadzeniu brzmienia zaskarżonych postanowień, które zostało zacytowane na wstępie tego pisma.

Na posiedzeniu przed Izbą Odwołujący A i B oświadczyli do protokołu, że wycofują odwołania w zakresie nieuwzględnionym przez Zamawiającego.

W tych okolicznościach Izba zważyła, co następuje:

Skuteczne skorzystanie przez którąkolwiek ze stron postępowania odwoławczego z przysługującej jej tzw. czynności dyspozytywnej (czyli uwzględnienia w całości zarzutów odwołania przez zamawiającego lub cofnięcia odwołania przez odwołującego, względnie częściowego uznania zarzutów odwołania przez zamawiającego przy jednoczesnym

wycofaniu pozostałych zarzutów przez odwołującego) powoduje zakończenie postępowania odwoławczego bez merytorycznego rozpoznania zarzutów odwołania.

Zgodnie z art. 522 ust. 3 ustawy pzp w przypadku uwzględnienia przez zamawiającego części zarzutów i wycofania pozostałych zarzutów przez odwołującego, Izba może umorzyć postępowanie na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron oraz uczestników postępowania odwoławczego, którzy przystąpili do postępowania po stronie wykonawcy, pod warunkiem, że w postępowaniu odwoławczym nie przystąpił w terminie żaden wykonawca albo wykonawca, który przystąpił po stronie zamawiającego, nie wniósł sprzeciwu wobec uwzględnienia części zarzutów. W takim przypadku zamawiający wykonuje powtarza lub unieważnia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu w zakresie uwzględnionych zarzutów.

Ponieważ w postępowaniu odwoławczym w powyżej wskazanych sprawach zaistniała sytuacja odpowiadająca hipotezie przywołanego przepisu, Izba – działając na podstawie art. 568 pkt 3 ustawy pzp – umorzyła postępowanie odwoławcze w tych sprawach na posiedzeniu niejawnym z udziałem Stron i Przystępujących.

Orzekając o kosztach postępowania odwoławczego w powyższych sprawach, Izba uwzględniła, że ponieważ powyżej opisane czynności procesowe Stron nastąpiły przed otwarciem rozprawy, ich uzasadnione koszty znoszą się wzajemnie, jednocześnie nakazując dokonanie na rzecz Odwołujących zwrotu kwot uiszczonych przez nich tytułem wpisów, zgodnie 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).