Sygn. akt: KIO 1854/19

POSTANOWIENIE
z dnia 4 października 2019 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ewa Sikorska

Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu w dniu 4 października 2019 roku w Warszawie, na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 20

września 2019 roku przez wykonawcę STRABAG Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Pruszkowie w postępowaniu prowadzonym przez Instytut „POMNIK-CENTRUM ZDROWIA DZIECKA" w Warszawie

postanawia

1. umorzyć postępowanie odwoławcze,

2. nakazać Urzędowi Zamówień Publicznych zwrot z rachunku bankowego na rzecz STRABAG Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Pruszkowie kwoty 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) stanowiącej równowartość uiszczonego wpisu.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień

publicznych (Dz. U. z 2018 roku, poz. 1986 ze zm.), na niniejsze postanowienie, w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia, przysługuje skarga, za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, do Sądu Okręgowego Warszawa-Praga w Warszawie.

Przewodniczący: .....

Sygn. akt KIO 1864/19

Uzasadnienie

Zamawiający - Instytut „POMNIK-CENTRUM ZDROWIA DZIECKA" w Warszawie - działając na podstawie przepisów ustawy dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2018 r., poz. 1986 ze zm.), zwanej dalej „ustawą P.z.p.", prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest termomodernizacja budynków Instytutu „POMNIK-CENTRUM ZDROWIA DZIECKA" w Warszawie.

W dniu 20 września 2019 roku wykonawca STRABAG Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Pruszkowie wniósł odwołanie wobec czynności zamawiającego zarzucając:

1. Naruszenie art. 7 ust. 1 w zw. z art.139 ust. 1 ustawy P.z.p. w zw. z art. 647 Kodeksu cywilnego (K.c.) poprzez przyznanie Zamawiającemu w § 10 ust. 3 pkt 1 i ust. 10 wzoru umowy prawa do odmowy dokonania odbioru końcowego do czasu usunięcia wad w każdym wypadku wystąpienia wad nawet jeżeli wady mają charakter nieistotny. Zgodnie z art. 647 K.c. inwestor (Zamawiający) ma obwiązek dokonania odbioru i może uchylić się od tego obowiązku tylko w przypadku, gdy przedmiot umowy obarczony jest wadami istotnymi. W przypadku wystąpienia wad nieistotnych inwestor (Zamawiający) jest obowiązany dokonać odbioru końcowego.

2. Powiązany z powyższym zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 w zw. z art.139 ust. 1 ustawy P.z.p. w zw. z art. 577 § 4 K.c. poprzez ustalenie w pkt 7.9 Programu Funkcjonalno-Użytkowego, że okres wydajności i okres gwarancji jakości na panele fotowoltaiczne rozpoczyna swój bieg po dokonaniu bezusterkowego odbioru końcowego (od daty podpisania protokołu odbioru końcowego bez uwag).

3. Naruszenie art. 7, art. 14 i art. 139 ust. 1 ustawy P.z.p. w związku z art. 353^1 i art. 647 w zw. z art. 484 § 2 w zw. z art. 483 K.c. ze względu na:

(i) zastrzeżenie w § 13 ust. 1 lit. a, b, c wzoru umowy kar umownych rażąco wygórowanych związanych z niedotrzymaniem terminów realizacji i terminem

usuwania wad;

(ii) zastrzeżenie w § 13 ust. 1 lit. d i e wzoru umowy kar umownych rażąco wygórowanych związanych z odstąpieniem od umowy;

(iii) zastrzeżenie w § 13 ust. 1 lit. a, b, d i e w zw. z § 13 ust. 2 wzoru umowy

kar, które nie mają w istocie charakteru kar umownych, ale przyjmują charakter kar gwarancyjnych, gdyż obarczają wykonawcę każdym przypadkiem niewykonania zobowiązania za wyjątkiem siły wyższej. Oznacza to, że wykonawca może zostać obciążony karami umownymi, nawet jeżeli przekroczenie terminów lub odstąpienie od umowy było wynikiem okoliczności niezależnych i niezawinionych przez wykonawcę.

(iv) Zastrzeżenie w § 13 ust. 3 pkt 1, 2, 3, 4 wzoru umowy kar umownych rażąco wygórowanych związanych z naruszeniem obowiązków wykonawcy w zakresie podwykonawców (zgłaszania umów podwykonawczych, zapłaty wynagrodzenia),

4. Naruszenie art. 142 ust. 5, art. 139 ust. 1 ustawy P.z.p. w zw. z art. 353^1 K.c. w zw. z § 3 ust. 9 wzoru umowy poprzez:

a) zmuszenie wykonawcy do złożenia oświadczenia, że przyszłe i nieprzewidywalne zmiany prawa w zakresie płacy minimalnej i ubezpieczeń społecznych nie będą miały wpływu na koszty wykonania przedmiotu umowy

b) poprzez brak wymaganego przez art. 142 ust. 5 ustawy P.z.p. zapisu

umownego o zasadach wprowadzania odpowiednich zmian wysokości wynagrodzenia należnego wykonawcy, w przypadku zmian przepisów prawa dotyczących płacy minimalnej i zmiany podlegania ubezpieczeniom społecznym.

5. Naruszenie art. 7 ust. 1, art. 139 ust. 1 ustawy P.z.p. w zw. z art. 580 § 2 w zw. z art. 353^1 K.c. poprzez ustalenie w § 5 ust. 7 umowy nierealnego i nieodpowiedniego 5 dniowego terminu usuwania wad w okresie gwarancji, gdy z uwagi na zakres, jak i skomplikowanie pod względem technicznym przedmiotu zamówienia termin ten może być w większości przypadków nieodpowiedni (nierealny, niewystarczający).

W dniu 25 września br. zamawiający dokonał modyfikacji specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Pismem z dnia 4 października 2019 r., doręczonym Prezesowi Krajowej Izby Odwoławczej w tym samym dniu, oświadczył, że dokonana modyfikacja stanowiła uznanie w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu.

Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego nie zgłosił przystąpienia żaden wykonawca.

Izba zważyła, co następuje:

Art. 186 ust. 2 zd. pierwsze ustawy P.z.p. stanowi, iż w przypadku uwzględnienia przez zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu Izba może umorzyć postępowanie na posiedzeniu niejawnym bez obecności stron oraz uczestników postępowania odwoławczego, którzy przystąpili do postępowania po stronie wykonawcy, pod warunkiem, że w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego nie przystąpił w terminie żaden wykonawca.

Tym samym stwierdzić należy, iż na skutek uwzględnienia w całości zarzutów podniesionych w odwołaniu, jak i okoliczności, iż po stronie zamawiającego nie przystąpił żaden wykonawca Izba uznała, że zachodzą przesłanki umożliwiające umorzenie postępowania na posiedzeniu niejawnym bez obecności stron, zgodnie z przepisem art. 186 ust. 2 zd. pierwsze ustawy P.z.p.

Rozstrzygając o kosztach postępowania odwoławczego, Izba uwzględniła okoliczność, iż koszty te znoszą się wzajemnie z mocy przepisu art. 186 ust. 6 pkt 1 ustawy P.z.p., orzekając o konieczności zwrotu kwoty wpisu uiszczonego przez odwołującego na rachunek Urzędu Zamówień Publicznych.

Przewodniczący:.....