Sygn. akt: KIO 52/21

POSTANOWIENIE
z dnia 25 stycznia 2021 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący:Małgorzata Matecka

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron w Warszawie w dniu 25 stycznia 2021 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 4 stycznia 2021 r. przez wykonawcę Strabag spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Pruszkowie w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Powiat Włocławski – Starostwo Powiatowe we Włocławku

postanawia:

1.umarza postępowanie odwoławcze;
2.nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz wykonawcy Strabag spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Pruszkowie kwoty 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczonej tytułem wpisu 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:……

Sygn. akt: KIO 52/21

U z a s a d n i e n i e

Zamawiający – Powiat Włocławski - Starostwo Powiatowe we Włocławku prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pn. „Budowa Powiatowego Centrum Zdrowia" (nr ref. ZP.272.1.33.2020). Wartość ww. przekracza kwotę, od której uzależniony jest obowiązek przekazywania ogłoszeń Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej zgodnie z przepisami wydanymi na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 1843, ze zm.), dalej jako „ustawa Pzp". Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 23 grudnia 2020 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod nr 2020/S 250-623159.

I. W dniu 4 stycznia 2020 r. wykonawca Strabag spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Pruszkowie wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie na czynność zamawiającego podjętą w ww. postępowaniu polegającą na ustaleniu treści Specyfikacji istotnych warunków zamówienia („SIWZ") w zakresie wzoru Umowy.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu:

1.naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 139 ustawy Pzp w zw. z art. 647 kc poprzez przyznanie Zamawiającemu w § 7 ust. 4, § 8 ust. 1 pkt 1 wzoru Umowy uznaniowego prawa do odmowy dokonania odbioru końcowego w każdym przypadku wystąpienia wad przy czym takie uprawnienie do odmowy odbioru końcowego powinno mieć miejsce jedynie w przypadku wystąpienia wad istotnych. Zgodnie z art. 647 kc inwestor (Zamawiający) ma obowiązek 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 ustawy Pzp w zw. z art. 139 ustawy Pzp, art. 148 ust. 1 ustawy Pzp, art. 150 ust. 2 ustawy Pzp, art. 151 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 568 § 1 kc i art. 577 § 4 kc oraz art. 647 kc poprzez:
   i.powiązanie w § 6 ust. 2, 3 i 5 pkt 1 wzoru Umowy płatności końcowej z przeprowadzeniem bezusterkowego odbioru końcowego podczas gdy płatność końcowa powinna nastąpić po odbiorze końcowym a nie po usunięciu wad odbiorowych. Powiązanie płatności końcowej z usunięciem wad odbiorowych oznacza, że płatność końcowa stanowi dodatkowe zabezpieczenie należytego wykonania umowy (zabezpieczenie usunięcia wad odbiorowych) a Zamawiający wbrew ustawie Pzp nie tylko narzuca formę zabezpieczenia ale ustanawia zabezpieczenie przekraczające dopuszczalną wysokość zabezpieczenia;
   ii.ustalenie w § 16 ust. 2 wzoru Umowy, że zwrot 70% zabezpieczenia należytego wykonania umowy nastąpi po podpisaniu protokołu bezusterkowego odbioru bezusterkowego podczas gdy zwrot powinien nastąpić po uznaniu, że przedmiot umowy został należycie wykonany;
   iii.ustalenie w § 14 ust. 1 i 2 wzoru Umowy, że okres rękojmi za wady i gwarancji jakości rozpoczyna swój bieg po dokonaniu bezusterkowego odbioru końcowego (od daty usunięcia wad stwierdzonych przy odbiorze końcowym przedmiotu umowy) podczas gdy Zamawiający odbierze przedmiot umowy i rozpocznie użytkowanie najpierw II Etapu a następnie III Etapu (zgodnie z § 1 ust. 7 wzoru Umowy oraz § 3 pkt 2 i 3 wzoru umowy) a zgodnie z kc rozpoczęcie okresu gwarancji i rękojmi jest powiązane z wydaniem (odbiorem) przedmiotu umowy.
3.Naruszenie art. 14 ustawy Pzp i art. 139 ust. 2 ustawy Pzp w związku z art. 353^1 kc i art. 647 kc w zw. z art. 484 § 2 w zw. z art. 483 kc i art. 473 § 1 kc ze względu na zaniechanie wprowadzenia w § 16 wzoru Umowy górnego limitu kar umownych związanych z nienależytym wykonywaniem zamówienia w wysokości odpowiadającej co najwyżej wysokości kary umownej zastrzeżonej w § 15 ust. 1 pkt 1 lit. c) i d) tj. kary z tytułu odstąpienia od umowy z przyczyn zależnych od Wykonawcy, która w istocie jest karą na okoliczność niewykonania zamówienia. Brak limitu kar umownych może prowadzić do nieuzasadnionego wzbogacenia Zamawiającego względem Wykonawcy, gdyż Zamawiający z tytułu nieprawidłowego wykonania umowy (np. nieterminowego wykonania umowy) będzie mógł naliczyć karę wyższą niż z tytułu niewykonania umowy co jest nadmiernym i nieadekwatnym obciążeniem Wykonawcy w stosunku do specyfiki realizacji i uwarunkowań rynkowych, będą jednocześnie postanowieniem niekorzystnym dla wykonawców, naruszającym równowagę stron umowy i prowadzącym do naruszenia praw podmiotowych wykonawców.
4.Naruszenie art. 14 ustawy Pzp i art. 139 ust. 2 ustawy Pzp w związku z art. 353^1 kc i art. 647 kc i art. 656 § 1 kc w zw. z art. 561 § 1 kc i art. 557 § 2 kc poprzez ustalenie w § 14 ust. 4 poprzez ustalenie, że usunięcie wad przedmiotu zamówienia może nastąpić tylko poprzez wymianę wadliwych elementów na nowe i wolne od wad i tym samym wyłączenie możliwości usunięcia wad poprzez naprawę. W ocenie Odwołującego wyłączenie możliwości usunięcia

wad poprzez naprawę i w każdym wypadku dokonywanie wymiany Wadliwego elementu nie znajduje uzasadnienia i stanowi nadmierne obciążenie wykonawcy.

5. Naruszenie art. 7 ustawy Pzp, art. 14 ustawy Pzp i art. 139 ust. 2 ustawy Pzp w związku z art. 353^1 kc i art. 647, art. 651 kc poprzez wyłączenie w § 17 ust. 2 pkt 2 pzp wzoru umowy możliwości zmiany terminu realizacji przedmiotu zamówienia jeżeli Wykonawca z przyczyn od siebie niezależnych nie będzie mógł realizować robót z powodu warunków pogodowych jakie mogą wystąpić w okresie zimowym. Wyłączenie takiej możliwości jest nieracjonalne w sytuacji gdy dane roboty z uwagi na zasady wiedzy technicznej, bezpieczeństwo lub obowiązujące przepisy nie będą mogły być wykonywane lub wykonywanie ich może prowadzić do wadliwego ich wykonania.

W związku z podniesionymi zarzutami odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i uznanie, że projektowane zapisy załącznika nr 2 do SIWZ są niezgodne z ustawą Pzp i nakazanie zamawiającemu dokonania zmiany treści załącznika nr 2 do SIWZ wzór Umowy w sposób opisany poniżej:

- Ad. II. 1 powyżej - zmiana w § 7 ust. 4, § 8 ust. 1 pkt 1 wzoru Umowy poprzez zobowiązanie Zamawiającego do dokonania odbioru końcowego w przypadku braku wad istotnych i tym samym wyeliminowanie odbioru bezusterkowego i dostosowanie zapisu do art. 647 kc nakładającego obowiązek dokonania odbioru końcowego (odwołujący przedstawił wnioskowaną zmianę SIWZ).
- Ad. 11.2 powyżej - zmiany w § 6 ust. 2, 3 i 5 pkt 1, § 14 ust. 1 i 2, § 16 ust. 2 wzoru Umowy poprzez wyeliminowanie uzależniania dokonania określonych czynności od przeprowadzenia odbioru bezusterkowego - wykreślenie w tych zapisach umownych słowa „bezusterkowy" i pozostawienie powiązania określonych działań z odbiorem końcowym. Dodatkowo w § 14 ust. 1 i 2 wzoru Umowy powinny zostać wprowadzone zmiany tak aby okres gwarancji i rękojmi rozpoczynał bieg osobno dla II Etapu i III Etapu po dokonaniu odbioru danego etapu i rozpoczęcia jego użytkowania przez Zamawiającego (odwołujący przedstawił wnioskowaną zmianę SIWZ).
- Ad. II.3 powyżej - zmiana § 15 poprzez wprowadzenie limitu kar umownych(odwołujący przedstawił wnioskowaną zmianę SIWZ).
- Ad. II.4 powyżej - zmiana § 14 ust. 4 poprzez dostosowanie do art. 561 § 1 kc i art. 557 § 2 kc tj. aby uprawnienia Zamawiającego z rękojmi i gwarancji i powiązany z tym obowiązek Wykonawcy w zakresie wyeliminowania wad polegały nie tylko na wymianie wadliwego elementu przedmiotu zamówienia ale również na usunięciu wady poprzez naprawę (odwołujący przedstawił wnioskowaną zmianę SIWZ).
- Ad.II.5 powyżej -Zmiana w § 17 ust. 2 pkt 2 poprzez wykreślenie pierwszej części zapisu wyłączającej możliwość przedłużenia terminu z powodu warunków atmosferycznych, które mogą wystąpić we wskazanych okresach zimowych (odwołujący przedstawił wnioskowaną zmianę SIWZ).

Mając na uwadze, iż odwołanie zostało wniesione do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 4 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 ze zm.),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 Pzp z 2019 r.".

W terminie wynikającym z art. 525 ust. 1 ustawy Pzp z 2019 r. do postępowania odwoławczego nie zgłosił przystąpienia żaden wykonawca.

W dniu 19 stycznia 2021 r. do Prezesa Izby, w postaci elektronicznej, wpłynęło pismo zamawiającego stanowiące odpowiedź na odwołanie, w treści którego zamawiający poinformował o uwzględnieniu w całości zarzutów odwołania i dokonaniu zmiany treści SIWZ zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu. Zamawiający wniósł o umorzenie postępowania odwoławczego na podstawie art. 522 ust. 1 ustawy Pzp z 2019 r.

W dniu 19 stycznia 2021 r. do Prezesa Izby wpłynęło pismo odwołującego, zawierające wniosek o umorzenie postępowania odwoławczego na podstawie art. 522 ust. 1 ustawy Pzp z 2019 r. z uwagi na uwzględnienie w całości zarzutów odwołania przez zamawiającego.

Biorąc pod uwagę powyższe, Izba uznała, że zachodzą podstawy do umorzenia postępowania odwoławczego na podstawie art. 522 ust. 1 ustawy Pzp z 2019 r. Zgodnie z treścią tego przepisu w przypadku uwzględnienia przez zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu, Izba może umorzyć postępowanie odwoławcze 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. W takim przypadku zamawiający wykonuje, powtarza lub unieważnia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia, zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu. Taka sytuacja zaistniała w przedmiotowym postępowaniu odwoławczym. Zamawiający uwzględnił w całości zarzuty odwołania, natomiast po jego stronie nie przystąpił do postępowania odwoławczego żaden wykonawca, co wyczerpuje dyspozycję ww. przepisu i stanowi podstawę do umorzenia postępowania odwoławczego. Powyższe powoduje zakończenie postępowania odwoławczego bez merytorycznego rozpoznania zarzutów odwołania.

W tym stanie rzeczy Izba na podstawie art. 522 ust. 1 ustawy Pzp z 2019 r. 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 z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych w zw. z § 9 ust. 1 pkt 2 lit. a) 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:……