

Sygn. akt KIO 20/22

POSTANOWIENIE  
z dnia 20 stycznia 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Magdalena Grabarczyk

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron i uczestników w dniu 20 stycznia 2022 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 3 stycznia 2022 r. przez wykonawcę Strabag Sp. z o.o. w Pruszkowie w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Wojewódzki Szpital Specjalistyczny im. J. Gromkowskiego we Wrocławiu

przy udziale wykonawcy BUDIMEX S.A. w Warszawie zgłaszającego swoje przystąpienie do udziału w postępowaniu odwoławczym po stronie odwołującego

postanawia:

1. umarza postępowania odwoławcze;

2. znosi wzajemnie koszty postępowania odwoławczego i nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych kwoty 20.000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) stanowiącej wartość wpisu od odwołania na rzecz Strabag Sp. z o.o. w Pruszkowie.

Stosownie do art. 579 oraz art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (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.

Przewodnicząca: .....

Sygn. akt KIO 20/22

Zamawiający - Wojewódzki Szpital Specjalistyczny im. J. Gromkowskiego we

Wrocławiu - wszczął w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm.), dalej jako „Pzp” albo „pzp”, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na budowę Centrum Zdrowia Psychicznego dla Dzieci i Młodzieży w Wojewódzkim Szpitalu Specjalistycznym im. J. Gromkowskiego. Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 24 grudnia 2021 r. pod numerem 2021/S 250-658999.

3 stycznia 2022 r. wykonawca Strabag Sp. z o.o. w Pruszkowie wniósł odwołanie wobec treści Specyfikacji Warunków Zamówienia, dalej jako „SWZ”. Zachowany został termin ustawowy i obowiązek przekazania zamawiającemu kopii odwołania.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1. art. 16 pzp w zw. z art. 8 ust. 1 pzp w zw. z art. 647 k.c. przez przyznanie zamawiającemu w § 12 ust. 7 pkt 1 lit. a), ust. 9, ust. 13 załącznika nr 4 do SWZ - Istotnych postanowień umownych, dalej jako: „IPU”, prawa do odmowy dokonania odbioru końcowego (przerwania czynności odbioru) w każdym przypadku wystąpienia wad, nawet jeżeli wady mają charakter nieistotny, podczas gdy zgodnie z obowiązującymi przepisami uprawnienie do odmowy odbioru końcowego powinno mieć miejsce jedynie w przypadku wystąpienia wad istotnych;
2. art. 453 ust. 1 pzp w zw. z art. 450 pzp, art. 8 ust. 1 pzp przez ustalenie w § 12 ust. 7 lit. b) IPU, § 12 ust. 11 IPU, § 13 ust. 1 IPU, że:

(i) Zamawiający ma prawo do wstrzymania zapłaty wynagrodzenia wykonawcy do czasu usunięcia wad odbiorowych a tym samym ma stanowić w istocie zabezpieczenie należytego wykonania umowy co narusza dopuszczalne formy zabezpieczenia przewidziane w art. 450 pzp;

(ii) zabezpieczenie należytego wykonania umowy (70%) zostanie zwrócone po bezusterkowym odbiorze końcowym, podczas gdy zabezpieczenie powinno zostać zwrócone po wykonaniu zamówienia i uznania przez zamawiającego za należyście wykonane, czyli po odbiorze końcowym nawet jeżeli w trakcie odbioru stwierdzono wady nieistotne;

(iii) zabezpieczenie może zostać wniesione wyłącznie w formie gwarancji ubezpieczeniowej, podczas gdy zabezpieczenie należytego wykonania

umowy może być wnoszone w każdej z form przewidzianych w art. 450 pzp a wybór formy zabezpieczenia należy do wykonawcy.

3. art. 16 pzp, art. 8 ust. 1 pzp, art. 134 ust. 1 pkt 20 pzp w związku z art. 353<sup>1</sup> k.c. i art. 647 k.c. w zw. z art. 484 § 2 k.c. w zw. z art. 483 k.c. i art. 473 § 1 k.c. ze względu na: Zastrzeżenie w § 14 ust. 1 lit. a), c) d), e), h), i), j), k) IPU kar umownych rażąco wygórowanych:

(i) związanych z uchybieniem w dotrzymaniu terminów na wykonanie określonych obowiązków umownych w wysokości 5% wartości wynagrodzenia brutto niezależnie od wielkości zwłoki tj. niezależnie czy zwłoka wynosi 1 dzień czy 10 dni czy też inna wielkość zwłoki, to kara umowna ma wynosić 5% wartości wynagrodzenia. Kara dotyczy zwłoki w wykonaniu projektu budowlanego (§ 14 ust 1 lit. a IPU), zwłoki w przedłożeniu harmonogramu (§ 14 ust. 1 lit b IPU), uchybieniu w dotrzymaniu któregośkolwiek z terminów określonych w harmonogramie (§ 14 ust. 1 lit. c IPU). W związku z faktem, że kary dotyczą uchybień terminowych częściowych terminów w trakcie realizacji umowy kary te powinny być niższe niż za termin końcowy;

(ii) wyeliminowanie kar umownych za uchybienie w dotrzymaniu poszczególnych terminów wskazanych w harmonogramie (§ 14 ust. 1 lit c IPU) - brak jest uzasadnienia aby każdy z terminów w harmonogramie był zagrożony karą umowną, interes zamawiającego jest wystarczająco zabezpieczony poprzez ustalenie terminu na wykonanie projektu budowlanego oraz terminu końcowego;

(iii) związanych z uchybieniem w dotrzymaniu terminu końcowego (§14 ust. 1 lit. d IPU) - w ocenie Wykonawcy kara umowna w wysokości 0,1% wynagrodzenia brutto za każdy dzień zwłoki;

(iv) związanych z uchybieniem terminu usunięcia wad stwierdzonych w okresie gwarancji (§14 ust. 1 lit. e IPU) - w ocenie Wykonawcy kara umowna w wysokości 0,1% tj. równa wysokości kary za termin końcowy wynagrodzenia jest rażąco wygórowana; kara zwłokę w realizacji obowiązków w okresie gwarancji powinna być na niższym poziomie niż kara za uchybienie w terminie końcowym realizacji podstawowego zobowiązania umownego i powinna być w analogicznej wysokości jak w przypadku kary za zwłokę w usunięciu wad w okresie rękojmi (§ 14 ust. 1 lit g IPU);

(v) związanych z nieterminową zapłatą wynagrodzenia na rzecz podwykonawców w wysokości 0,2% wynagrodzenia (§14 ust. 1 lit. h IPU) kara jest niezależna od skali uchybienia tj. niezależnie od kwoty niezapłaconej jak i wielkości zwłoki w zapłacie co oznacza, że nieterminowa zapłata nawet niewielkiej kwoty może skutkować pozbawieniem wykonawcy 0,2% wynagrodzenia.

(vi) związanych z uchybieniami w zakresie zgłaszania podwykonawców w

wysokości 0,2% wynagrodzenia - w ocenie Wykonawcy zastrzeżone kary są rażąco wygórowane i nie mają charakteru dyscyplinującego a wyłącznie represyjny oraz stwarzają ryzyko bezpodstawnego wzbogacenia po stronie zamawiającego kosztem Wykonawcy (§14 ust. 1 lit. i) - k) IPU).

(vii) Zamawiający zastrzegł górny limit kar umownych w §14 ust. 5 IPU na poziomie 50% wartości umowy - co w ocenie Wykonawcy jest poziomem wygórowanym i znacząco odstającym od realiów rynkowych, limit kar umownych nie powinien przekraczać wysokości kary z tytułu odstąpienia od umowy (§ 14 ust. 1 lit. f IPU).

4. art. 8 ust. 1 pzp w zw. 353<sup>1</sup> k.c. w zw. z art. 647 k.c. i art. 491 k.c. przez nadużycie przez zamawiającego uprawnienia wynikającego ze swobody kształtowania warunków umowy poprzez przyznanie zamawiającemu w § 15 ust. 1 pkt 2 IPU możliwości odstąpienia od umowy w przypadku opóźnienia się ze sporządzeniem projektu budowlanego, o którym mowa § 2 ust. 1 IPU i/lub przekazaniem dokumentacji do uzyskania pozwolenia na budowę:

(i) W sytuacji, gdy opóźnienie przekroczy co najmniej 10 dni - w ocenie

wykonawcy termin 10 dni jest terminem zbyt krótkim jako termin aktywujący uprawnienie do odstąpienia od umowy a odstąpienie od umowy powinno być poprzedzone wezwaniem do usunięcia uchybień i wyznaczenie dodatkowego terminu na usunięcie uchybień;

(ii) pozbawienie Wykonawcy prawa do wynagrodzenia za prace wykonane do dnia odstąpienia.

5. art. 353<sup>1</sup> k.c., art. 58 k.c. w zw. z art. 8 ust. 1 pzp, art. 134 ust. 1 pkt 20 pzp, art. 439

ust. 1 i 2 pzp, w związku z art. 16 pzp przez ustalenie w § 17 ust. 8 IPU poziomu inflacji, która uzasadnia waloryzację wynagrodzenia na nierealnym do wystąpienia poziomie 10% (poziom wskaźnika inflacji cen produkcji budowlano-montażowej ogłoszanego w komunikacie Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego). Zamawiający ustalając wskaźnik na tym poziomie wykorzystuje pozycję dominującą Zamawiającego jako organizatora postępowania i wbrew obowiązkom ustawowym (ppz) oraz wbrew zasadom współżycia społecznego, w sposób stanowiący co najmniej nadużycie prawa, przerzucenie na Wykonawcę ryzyka inflacyjnego oraz ryzyka wzrostu cen w zakresie nieuwzględniającym realiów rynkowych oraz aktualnych wskaźników inflacyjnych i gospodarczych, a tym samym wyłączenie możliwości wprowadzania adekwatnych zmian wysokości wynagrodzenia należnego wykonawcy, w przypadku nadmiernej zmiany ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia;

6. art. 436 pkt 4 lit. b) pzp w zw. z w związku z art. 16 pzp i art. 647 k.c. przez ustalenie w § 17 ust. 1 IPU możliwości zmiany terminu realizacji bez możliwości zmiany wynagrodzenia wykonawcy w sytuacji, gdy przypadki opisane w podpunktach 1.1, 1.3, 1.4 i 1.5 IPU są przypadkami obciążającymi Zamawiającego zgodnie z art. 647 k.c. (obowiązek uzyskania odpowiednich pozwoleń, odpowiedzialność za przekazanie terenu budowy nadającego się do wykonania robót) lub są przypadkami niezależnymi od Wykonawcy i niemożliwymi do przewidzenia w chwili składania oferty (zmiana prawa).

7. art. 131 pzp w zw. z art. 138 ust. 4 pzp przez wyznaczenie terminu składania ofert bez uwzględnieniem złożoności i specyfiki przedmiotu zamówienia oraz bez uwzględnienia czasu niezbędnego do przygotowania ofert i ich złożenia.

Odwolujący wniósł o nakazanie zamawiającemu dokonanie następujących czynności, zmiany treści SWZ oraz załącznika nr 4 do SWZ wzór umowy przez:

(i) wyeliminowanie z IPU odbiorów bezusterkowych i zobowiązanie zamawiającego do dokonania odbioru w przypadku braku wad istotnych, jednocześnie strony powinny sporządzić listę wad nieistotnych wraz z terminem ich usunięcia;

(ii) zmianę zapisów IPU dotyczących zabezpieczenia tak, aby wybór formy zabezpieczenia był po stronie wykonawcy, zwolnienie zabezpieczenia po dokonaniu odbioru końcowego a nie po usunięciu wad odbiorowych, nie traktowanie wstrzymania zapłaty wynagrodzenia wykonawcy jako dodatkowego zabezpieczenia

na poczet usunięcia wad odbiorowych;

(iii) zmianę zapisów IPU w zakresie kar umownych tak, aby kary nie były rażąco wygórowane, ustalenie kar umownych za niedotrzymanie terminu realizacji określonych zobowiązań proporcjonalnie do wielkości przekroczenia terminu (ustalenie kar za każdy dzień przekroczenia terminu), zmniejszenie limitu kar umownych, powiązanie kary umownej z wysokością wynagrodzenia podwykonawcy, które nie zostało zapłacone w terminie i ustalenie tej kary nie jako jednorazowej, ale powiązanej z wielkością opóźnienia w zapłacie, wyeliminowanie kar za naruszenie poszczególnych terminów określonych w harmonogramie;

(iv) zmianę zapisów dotyczących odstąpienia od Umowy tak, aby wykonawca nie został pozbawiony wynagrodzenia za prace wykonane do dnia odstąpienia, wydłużenie czasu zwłoki wykonawcy dającej zamawiającemu prawo do odstąpienia od umowy, nałożenie na zamawiającego obowiązku wezwania wykonawcy do usunięcia uchybień przed skorzystaniem z prawa do odstąpienia od umowy;

(v) ustalenie wskaźnika zmiany cen i kosztów (wskaźnik inflacji) na poziomie dającym wykonawcy realną możliwość domagania się waloryzacji wynagrodzenia;

(vi) ustalenie możliwości zmiany wynagrodzenia wykonawcy, w przypadku gdy dojdzie do zmiany terminu wykonania z przyczyn dotyczących zamawiającego lub z powodu zmiany prawa.

(vii) wydłużenie terminu składania ofert tak, aby wykonawcy mieli realną możliwość przygotowania i złożenia ofert tj przedłużenia terminu składania ofert do dnia

18.02.022 r.

Odwołujący podał proponowane przez siebie brzmienie kwestionowanych postanowień IPU.

Nie zgłoszono przystąpienia do udziału w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego.

Wykonawca BUDIMEX S.A. w Warszawie przystąpił do udziału w postępowaniu odwoławczym po stronie odwołującego z zachowaniem terminu ustawowego i obowiązku przekazania stronom kopii przystąpienia.

Pismem z 18 stycznia 2022 r. zamawiający oświadczył, że uwzględni zarzuty odwołania i zapowiedział dokonanie zmiany SWZ. Zapowiedział, że dokona i upubliczni zmiany SWZ na stronie postępowania. Nie odniósł się do treści SWZ proponowanej przez odwołującego.

Izba zważyła, co następuje:

Zgodnie z art. 522 ust. 1 Pzp 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.

Natomiast zgodnie z art. 568 pkt 3) Pzp Izba umarza postępowania odwoławcze, w formie postanowienia, w przypadku o którym mowa w art. 522.

W sprawie zaistniały przesłanki wskazane w art. 522 ust. 1 Pzp.

W tym stanie rzeczy Izba umorzyła postępowanie odwoławcze na podstawie art. 522 ust 1 Pzp. Orzeczenie zapadło w formie postanowienia na podstawie art. 553 zd. 2 oraz art.

568 pkt 1) Pzp.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 574 i art. 575 Pzp oraz § 9 ust. 1 pkt 2 lit. a rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie wysokości szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. 2020 r. poz. 2437).

Przewodnicząca: .....