Sygn. akt: KIO 1404/22

POSTANOWIENIE
z dnia 2 czerwca 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Beata Konik

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron i uczestników postępowania 2 czerwca 2022 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 24 maja 2022 roku przez odwołującego ERBUD International spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Jasionce w postępowaniu prowadzonym przez Dzielnicę Włochy Miasta Stołecznego Warszawy z siedzibą w Warszawie, przy udziale wykonawcy MIRBUD spółki akcyjnej z siedzibą w Skierniewicach, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego,

postanawia:

1. umarza postępowanie odwoławcze,

2. nakazuje zwrot z rachunku Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz ERBUD International spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Jasionce kwoty 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć 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 (Dz. U. poz. 2019 ze zm.) tj. z dnia 18 maja 2021 r. (Dz.U. z 2021 r. poz. 1129), 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 1404/22

UZASADNIENIE

Dzielnica Włochy Miasta Stołecznego Warszawy z siedzibą w Warszawie (dalej: „Zamawiający"), prowadzi w trybie podstawowym, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie art. 275 pkt 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r., poz. 1129 ze zm.), tj. z dnia 18 maja 2021 r. (Dz.U. z 2021 r. poz. 1129), , zwanej dalej: „ ustawą Pzp", pn. „Wykonanie przebudowy, remontu i rozbudowy Szkoły Podstawowej Nr 66 wraz z niezbędną infrastrukturą i zagospodarowaniem terenu, budową boiska zewnętrznego wraz z budową i przebudową ciągów pieszojezdnych oraz przebudową istniejącej wewnętrznej i zewnętrznej instalacji gazowej, wodnej, kanalizacji sanitarnej, deszczowej, elektrycznej i teletechnicznej przy ul. Przepiórki 16/18 w

Warszawie” - znak sprawy: UD-XVI-WZP.271.19.TPBN 17.2022.ADE(2).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych 19 maja 2022 r., pod numerem 2022/BZP 00168440/01.

24 maja 2022 roku wykonawca ERBUD International spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Jasionce (dalej: „Odwołujący”) wniósł odwołanie wobec treści Specyfikacji Warunków Zamówienia (dalej: „SWZ”), w tym na projektowane postanowienia umowy, tj. Załącznika nr 4 do SWZ.

Odwołujący zarzucił naruszenie:

1) art. 353^1 KC w zw. z art. 8 ust. 1 PZP, a także art. 439 ust. 2 pkt 1) PZP przez wskazanie w § 6 ust. 3 pkt 2 Projektu Umowy, że zmiana wynagrodzenia będzie dokonywana (waloryzowana) na podstawie wniosku złożonego przez jedną ze Stron Umowy nie wcześniej niż po upływie 12 miesięcy od dnia zawarcia Umowy;

2) art. 353^1 KC w zw. z art. 8 ust. 1 PZP, a także art. 439 ust. 2 pkt 4) PZP przez wskazanie w § 6 ust. 3 pkt 10 Projektu Umowy, że maksymalna zmiana wartości wynagrodzenia Wykonawcy tj. suma wszystkich wprowadzonych zmian na podstawie postanowień § 6 ust. 3 umowy nie może przekroczyć łącznie wartości stanowiących 8% wartości kontraktu określonego pierwotnie w Umowie;

3) art. 647 KC i art. 353^1 KC w zw. z art. 8 ust. 1 PZP przez wskazanie w szczególności w § 5 ust. 5, § 11 ust. 8, ust. 9, ust. 10 i ust. 11 projektu postanowień umowy, że: odbiór końcowy robót (przedmiotu umowy) będzie bezusterkowy, a wystawienie faktury końcowej i ostateczne rozliczenie zadania nastąpi po podpisaniu bezusterkowego protokołu odbioru końcowego; Zamawiający ma prawo do odmowy

dokonania odbioru końcowego i wyznaczenia kolejnego terminu odbioru końcowego

(który będzie się wiązał z naliczeniem kar umownych za niedotrzymanie terminu wykonania robót), jeżeli w czasie trwania czynności odbioru wykonawca nie usunie w terminie wskazanym przez zamawiającego ujawnionych wad, usterek lub braków, a więc w każdym przypadku wystąpienia wad, nawet jeżeli wady mają charakter nieistotny, protokół odbioru końcowego przedmiotu umowy zostanie podpisany dopiero w sytuacji gdy przedmiot umowy nie będzie miał żadnych usterek lub zastrzeżeń, tj. dopiero po usunięciu przez wykonawcę wszystkich wad i usterek, uzupełnieniu wszystkich braków i dostarczeniu kompletnej dokumentacji powykonawczej

w sytuacji gdy zgodnie z obowiązującymi przepisami zamawiający nie może uchylić się od dokonania odbioru przedmiotu umowy i zapłaty wynagrodzenia należnego za jego wykonanie w sytuacji, gdy stwierdzone wady mają charakter jedynie nieistotny.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu zmiany Projektu Umowy (Załącznik nr 4 do SWZ) przez:

1) wskazanie w § 6 ust. 3 pkt 2 Projektu Umowy, że wynagrodzenie będzie waloryzowane począwszy od 4 miesiąca realizacji Umowy, tj. nadanie mu brzmienia:

„2) Zmiany wynagrodzenia dokonuje się na podstawie wniosku złożonego przez jedną ze Stron Umowy nie wcześniej niż po upływie 3 miesięcy od dnia zawarcia Umowy”

2) wskazanie w § 6 ust. 3 pkt 10 Projektu Umowy, że maksymalna zmiana wartości wynagrodzenia Wykonawcy na podstawie postanowień § 6 ust. 3 Umowy (klauzula waloryzacyjna) nie będzie przekraczać 15% wartości wynagrodzenia określonego w Umowie, tj. nadanie mu brzmienia: „10) Maksymalna zmiana wartości wynagrodzenia Wykonawcy tj. suma wszystkich wprowadzonych zmian na podstawie ww. postanowień nie może przekroczyć łącznie wartości stanowiących 15% wartości kontraktu określonego pierwotnie w Umowie”;

3) wyeliminowanie z Umowy odbiorów bezusterkowych (bez zastrzeżeń) i zobowiązanie Zamawiającego do dokonania odbioru w przypadku występowania wad

jedynie o charakterze nieistotnym poprzez wskazanie w § 11 ust. 8,9, 10 i 11 Umowy, że:

„8. Stwierdzone wady, usterki lub braki o charakterze nieistotnym Wykonawca uzupełni i poprawi w odpowiednim terminie wskazanym przez Zamawiającego”

„9. Jeżeli w czasie trwania czynności odbioru Wykonawca nie usunie w terminie wskazanym przez Zamawiającego ujawnionych wad o charakterze istotnym Zamawiający odmówi odbioru, wyznaczy nowy odpowiedni termin ich usunięcia i kolejny termin odbioru końcowego.”
„10. W przypadku stwierdzenia wad istotnych nie dających się usunąć Zamawiający ma prawo zażądać wykonania przedmiotu odbioru po raz drugi albo odstąpić od umowy z winy Wykonawcy, albo obniżyć wynagrodzenie za wykonany wadliwie przedmiot umowy w odpowiednim stosunku.”

„11. Z czynności odbioru końcowego przedmiotu umowy Strony podpiszą protokół odbioru końcowego przedmiotu umowy, o ile wady stwierdzone podczas czynności odbioru mają charakter nieistotny. W przypadku wystąpienia wad o charakterze istotnym, Zamawiający uprawniony jest do odmowy dokonania odbioru końcowego zgodnie z ust. 9 powyżej”

4) wyeliminowania odbiorów bezusterkowych (bez zastrzeżeń) jako warunku wystawienia faktury końcowej poprzez wskazanie w § 5 ust. 5 Umowy, że:

„5. Faktura końcowa będzie dostarczona Zamawiającemu w ciągu 7 dni od podpisania protokołu końcowego odbioru Przedmiotu Umowy nawet jeśli Zamawiający stwierdzi występowanie wad o charakterze nieistotnym.”

Jak wynika z informacji przedstawionej przez Zamawiającego pismem z 27 maja 2022 r. (korespondencja email) kopia odwołania wraz z wezwaniem do przystąpienia do postępowania odwoławczego, została przekazana wykonawcom 26 maja 2022 r. przez platformę zakupową. Jak wynika z akt sprawy, do przedmiotowego postępowania odwoławczego, po stronie Zamawiającego, nie zgłosił przystąpienia żaden wykonawca. 30 maja 2022 r. przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego zgłosił wykonawca MIRBUD spółka akcyjna z siedzibą w Skierniewicach.

1 czerwca 2022 r. Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie (wiadomość email), w której oświadczył, że uwzględnia odwołanie w całości.

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.

Izba ustaliła, że w przedmiotowej sprawie zaistniał stan faktyczny wskazany w powyższej normie prawnej, tj. zamawiający uwzględnił w całości zarzuty przedstawione w odwołaniu, a do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego nie przystąpił żaden wykonawca.

W związku z powyższym Izba umorzyła postępowanie odwoławcze.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie § 9 ust. 1 pkt 2 lit. a 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. z 2020 r. poz. 2437), zgodnie z którym koszty stron postępowania odwoławczego znosi się wzajemnie, a także nakazała dokonanie zwrotu odwołującemu kwoty uiszczonej tytułem wpisu.

Przewodniczący : .....