Sygn. akt: KIO 1574/22

POSTANOWIENIE
z dnia 29 czerwca 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Robert Skrzeszewski

Protokolant: Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron w dniu 29 czerwca 2022 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 13 czerwca 2022 r. przez wykonawcę STRABAG sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie w postępowaniu prowadzonym przez Wojewódzką Stację Sanitarno-Epidemiologiczną w Lublinie

postanawia:

1. umorzyć postępowanie odwoławcze,

2. znieść koszty postępowania odwoławczego wzajemnie i nakazać zwrot z rachunku Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz wykonawcy kwoty 20 000 zł (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) stanowiącej uiszczony wpis od odwołania.

Stosownie do art. 579 ust.1 i 580 ust.1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r., poz. 1129 wraz 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 1574/22

Zamawiający: Wojewódzka Stacja Sanitarno-Epidemiologiczna w Lublinie wszczął postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na Budowę laboratorium mikrobiologicznego w kontekście skutków wywołanych pandemią COVID-19 i innymi chorobami zakaźnymi, numer referencyjny: ADM-ZP.272.2.2022.

Przedmiotowe zamówienie zostało opublikowane w Dz.U./S S107 w dniu 3 czerwca 2022 r. pod numerem 294983-2022-PL.

W dniu 13 czerwca 2022 r. Odwołujący: STRABAG Sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej na niezgodną z

przepisami ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r., poz. 1129 wraz ze zm.), zwanej dalej ustawą Pzp lub Pzp czynność Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, polegającą na ustaleniu treści Specyfikacji Warunków Zamówienia, w tym projektowanych postanowień umowy w sposób naruszający przepisy ustawy prawo zamówień publicznych oraz przepisy kodeksu cywilnego.

Odwołujący wskazał, że projektowane zapisy umowne naruszają ww. przepisy w następującym zakresie tj.:

1. Zamawiający w § 16 ust. 13 oraz § 20 ust 2 wzoru umowy ustanawia prawo do odmowy dokonania odbioru końcowego i odstąpienia od Umowy w każdym przypadku wystąpienia wad nieusuwalnych 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. W przypadku wystąpienia wad nieistnych nieusuwalnych Zamawiający powinien dokonać odbioru końcowego i obniżyć w odpowiednim stopniu wynagrodzenie Wykonawcy. Jednocześnie powinno zostać doprecyzowane, że prawo do odmowy dokonania odbioru końcowego dotyczy tylko przypadku wystąpienia wad istotnych.

2. Zamawiający w § 17 ust 8 i 9 wzoru umowy zastrzega sobie możliwość wstrzymywania wypłaty wynagrodzenia wykonawcy do czasu usunięcia wad i dokonania odbioru końcowego bez zastrzeżeń, oraz że podstawą do rozliczenia końcowego będzie protokół odbioru końcowego oraz protokół usunięcia ewentualnych wad, podczas gdy

Zamawiający zgodnie z prawem, w tym art. 647 kodeksu cywilnego winien dokonać odbioru i zapłaty za odebrany obiekt, o ile nie stwierdzono w nim wad istotnych.

3. Zamawiający w § 20 ust 4 i 7 przewiduje, że rękojmia za wady oraz gwarancja liczona jest od momentu podpisania bezusterkowego protokołu odbioru końcowego robót budowlanych bez zastrzeżeń przez strony, podczas gdy terminy te winny biec od dania dokonania odbioru końcowego robót bez wad istotnych.

4. Zamawiający ustanowił w § 19 ust 1 pkt 3 wzoru umowy karę umową za zwłokę w usunięciu wad przedmiotu umowy stwierdzonych przy odbiorze końcowym lub w okresie gwarancyjnym na poziomie wyższym, niż kara za nieterminową realizację zadania, co czyni tą karę nieadekwatną do przewinienia, nieproporcjonalną i ustaloną na niewspółmiernie wysokim poziomie.

5. Poprzez określenie w § 22 ust 17, 18, 19 , 20 wzoru umowy, że podstawą do waloryzacji wynagrodzenia jest wzrost ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia o 10 %, podczas gdy wyznaczony na takim poziomie pułap realnie uniemożliwia dokonanie waloryzacji, jest pułapem znacząco zawyżonym, nie odpowiada realiom oraz występującym na rynku wahaniom cen i materiałów jak tez przewidzenie niejasnego i niezgodnego z ustawą sposobu liczenia i limitu waloryzacji odnoszącego się do części niezrealizowanej wraz z zbyt niskim poziomem waloryzacji w odniesieniu do całości wynagrodzenia.

6. Zamawiający nie przekazał pełnej i wymaganej prawem dokumentacji projektowej zgodnie z art. 103 ust 1 i 4 ustawy Pzp w postaci w tym m.in: projektu budowlanego i decyzji pozwolenia na budowę, podczas gdy wymaga od Wykonawcy w § 2 ust 2 wzoru umowy złożenia wniosku i uzyskanie pozwolenia na użytkowanie w imieniu Inwestora, a także innych niezbędnych decyzji i dokumentów wymaganych do użytkowania obiektu.

W związku z powyższym Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 16 Pzp w zw. z art. 8 ust. 1 Pzp w zw. z art. 647 kc poprzez przyznanie Zamawiającemu w § 16 ust. 13 oraz § 20 ust 2 wzoru umowy prawa do odmowy dokonania odbioru końcowego i odstąpienia od Umowy w każdym przypadku wystąpienia wad nieusuwalnych 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. W przypadku wystąpienia wad nieistnych nieusuwalnych Zamawiający powinien dokonać odbioru końcowego i obniżyć w odpowiednim stopniu wynagrodzenie Wykonawcy. Jednocześnie powinno zostać

doprecyzowane, że prawo do odmowy dokonania odbioru końcowego dotyczy tylko przypadku wystąpienia wad istotnych.

2. art. 436 pkt 2 ustawy Pzp w związku z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp w zw. 353^1 kc i 647 kc poprzez niezasadne i niezgodne z prawem ustalenie zasad płatności wynagrodzenia z możliwością jego wstrzymania z powodów wystąpienia wad i zastrzeżeń nieistotnych, stwierdzonych podczas odbioru końcowego podczas gdy Inwestor ma obowiązek zapłaty za wykonany i odebrany obiekt zgodnie z art. 647 kc, o ile nie twierdzono wad istotnych lub uniemożliwiających jego użytkowanie.

3. art. 16 Pzp w zw. z art. 8 ust. 1 Pzp w zw. art. 568 § 1 kc, art. 577 § 4 kc w zw. z art. 647 kc, 656 § 1 kc i 638 § 1 i 2 kc w zakresie, w jakim bieg terminu rękojmi i gwarancji biegnie od dnia odbioru końcowego bez zastrzeżeń, podczas gdy wystąpienia wad nieistotnych nie powinno wstrzymywać odbioru obiektu a wraz z nim rozpoczęcia biegu terminu rękojmi i gwarancji.

4. art. 16 pkt 1, 2, 3 Pzp i art. 8 ust. 1 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 zastrzeżeniem w § 19 ust 1 pkt 3 wzoru umowy kary umownej rażąco wygórowanej i nieproporcjonalnej, mającej funkcje represyjną a nie prewencyjną.

5. art. 439 ust. 1 i ust. 2 ustawy Pzp w zw. z art. 58 k.c. w zw. 8 ust. 1 ustawy pzp poprzez sformułowanie projektu umowy w sposób uniemożliwiający dokonanie waloryzacji wynagrodzenia tj. zmiany wysokości wynagrodzenia wykonawcy w sytuacji zastrzeżenia pułapu 10 % zmiany cen materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia, podczas gdy pułap taki jest niemożliwy do osiągnięcia i nie został osiągnięty na podstawie powołanych w § 22 ust 21 wzoru umowy wskaźnikach cen produkcji budowlano-montażowej ustalonej przez Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego w okresie ostatnich 10 lat, jak tez przewidzenie niejasnego i niezgodnego z ustawą sposobu liczenia i limitu waloryzacji odnoszącego się do części niezrealizowanej wraz z zbyt niskim poziomem waloryzacji w odniesieniu do całości wynagrodzenia.

6. Art. 99 ust 1 art. 103 ust 1 i ust 4 w zw. z art. 134 ust 1 pkt 4 i art. 16 pkt 1 i 3 ustawy Pzp, art. 28 Prawa Budowlanego oraz § 4 ust 4 Rozporządzenia Ministra Rozwoju i Technologii w sprawie szczegółowego zakresu i formy dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych oraz programu funkcjonalno-użytkowego poprzez nieprzekazanie pełnej dokumentacji projektowej zgodnie z prawem, w tym w szczególności projektu budowlanego, prawomocnej decyzji pozwolenia na budowę a przez to zaniechanie sporządzenia opisu przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzgledniających wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie ważnej oferty, spełniającej w całości wymagania Zamawiającego a w konsekwencji w sposób uniemożliwiający złożenie porównywalnych ofert i utrudniający uczciwą konkurencję. Braki dokumentacji uniemożliwiają też prawidłowe wykonanie zamówienia i pozyskanie zgód (decyzji i dokumentów niezbędnych do użytkowania obiektu), jakich się wymaga od Wykonawcy w § 2 ust 2 wzoru umowy.

Mając na uwadze powyższe zarzuty, Odwołujący wnosił o nakazanie Zamawiającemu dokonania czynności - zmiany treści SWZ i załącznika do SWZ Projektowane postanowienia umowy poprzez:

(i) Ustalenie, że w przypadku stwierdzenia wad nieistotnych podczas odbioru końcowego Zamawiający dokona odbioru robót i wyznaczy wykonawcy termin na usunięcie wad i usterek.

(ii) Usunięcie mechanizmów wstrzymywania płatności wynagrodzenia w sytuacji stwierdzenia podczas odbioru końcowego wad nieistotnych obiektu, gdyż zgodnie z art. 647 kc i dotychczasowym orzecznictwem Sądu Najwyższego, Zamawiający ma obowiązek odbioru obiektu i zapłaty wynagrodzenia gdy roboty zostały ukończone a obiekt nie posiada wad istotnych lub uniemożliwiających użytkowanie.

(iii) Wskazanie, że bieg rękojmi i gwarancji zaczyna swój bieg od dnia podpisania protokołu odbioru końcowego bez warunkowania go od tego, czy podczas jego podpisywania stwierdzono czy nie wady obiektu tj. bez wskazania, że ma być to odbiór bezusterkowy lub bez zastrzeżeń;

(iv) Zmniejszenie kary umownej wskazanej w § 19 ust 1 pkt 3 wzoru umowy z 0,2 % na 0,01% wynagrodzenia brutto za każdy dzień zwłoki, gdyż wskazana wysokość kary 0,2

% wynagrodzenia brutto za każdy dzień zwłoki w usunięciu wad lub usterek jawi się jako rażąco wygórowana.

(v) Ustalenie, że pułapem uprawniającym Strony Umowy do żądania zmiany wynagrodzenia z tytułu zmiany cen materiałów i kosztów związanych z realizacją zamówienia będzie pułap 3 % w stosunku do poziomu cen tych samych materiałów lub kosztów z dnia składania ofert oraz wykreślenie niejasnego i niezgodnego z ustawą sposobu liczenia i limitu waloryzacji odnoszącego się do części niezrealizowanej wraz z podważeniem limitu łącznej możliwej zmiany wynagrodzenia z tytułu waloryzacji.

(vi) Przekazanie niezbędnej i wymaganej prawem dokumentacji projektowej w tym: projektu budowlanego, prawomocnej decyzji pozwolenia na budowę. Zidentyfikowane przez Wykonawcę braki dokumentacji dotyczą:

1. Dokumentacji obiektów towarzyszących i objętych inwestycją. Wg założeń istniejący budynek Wojewódzkiej Stacji Sanitarno- Epidemiologicznej ma być połączony łącznikiem nadziemnym z nowobudowanym obiektem oraz ma być czynny przez cały czas trwania prac, co wiąże się z bezpieczeństwem pracujących w nim ludzi. Zamawiający nie przekazał dokumentacji niezbędnej do oceny fundamentów, izolacji, konieczności wyburzeń i rozbiórek, które w wyniku prac związanych z Umową staną się obiektem oddziaływań.

2. Projekt wyburzeń w obiekcie

3. Decyzja pozwolenia na budowę

4. Projektu Budowlanego dla inwestycji

5. Projekt wycinki drzew

6. Wykaz sprzętu laboratoryjnego oraz umeblowania

7. Brak prawidłowych projektów wykonawczych branży sanitarnej tj.:
a) Projekt zewnętrznej sieci cieplnej- brak średnic, brak rzędnej na której ma być

prowadzona zewnętrzna sieć cieplna.

b) Projekt Zewnętrznej instalacji wodociągowej- brak czytelnego rysunku, na którym zaznaczona jest przebudowa instalacji wodociągowej. 8. Brak projektów wykonawczych Branży Elektrycznej, a w konsekwencji przedłużenie terminu składania ofert o 30 dni.

Odwołujący w celu jednoznacznego wskazania kierunku zmiany projektowanych postepowań, mając na uwadze, że gospodarzem postępowania jest Zamawiający, poniżej podał kierunek i rodzaj zmian adekwatnych do wyżej wskazanych zarzutów i żądań (bez żądań w zakresie OPZ).

Wnosił także o zmianę innych zapisów dokumentacji przetargowej, o ile takie referują do zakresu zmian wskazanych powyżej.

Izba zważyła, co następuje.

Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając przedmiotowe odwołanie na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron stwierdziła, że postępowanie odwoławcze należało umorzyć na podstawie przepisu art. 522 ust.3 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r., poz. 1129 wraz ze zm.), zwanej dalej ustawą Pzp.

W dniu 24 czerwca 2022 r. przed wyznaczoną rozprawą do siedziby Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło oświadczenie Zamawiającego o uwzględnieniu w części zarzutów przedstawionych w odwołaniu.

Nadto, w dniu 28 czerwca 2022 r. przed wyznaczoną rozprawą wpłynęło oświadczenie Odwołującego o wycofaniu zarzutów odwołania w zakresie nieuwzględnionym przez Zamawiającego z wnioskiem o umorzenie postępowania odwoławczego i o dokonanie

zwrotu wpisu od odwołania.

Jednocześnie należy wskazać, że zgodnie z art.525 ust. 1 cyt. ustawy Pzp

Wykonawca może zgłosić przystąpienie do postępowania odwoławczego w terminie 3 dni od
6

dnia otrzymania kopii odwołania, wskazując stronę, do której przystępuje, i interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której przystępuje.

Izba ustaliła, że w niniejszej sprawie zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego nie zostało dokonane.

Zgodnie z art.522 ust.3 ustawy Pzp w przypadku uwzględnienia przez zamawiającego części zarzutów przedstawionych w odwołaniu i wycofania pozostałych zarzutów przez odwołującego, 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 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.

Orzekając o kosztach postępowania Izba wzięła pod uwagę treść przepisu art.574 i 576 ustawy Pzp oraz § 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

Ze wskazanych przepisów wynika, iż w przypadku umorzenia postępowania odwoławczego przez Izbę w całości koszty, o których mowa w znosi się wzajemnie, jeżeli przed otwarciem rozprawy zamawiający uwzględnił w części zarzuty przedstawione w odwołaniu i pozostałe zarzuty zostały przez odwołującego wycofane, a w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego nie przystąpił żaden wykonawca albo uczestnik postępowania odwoławczego, który przystąpił do postępowania po stronie zamawiającego, nie wniósł sprzeciwu wobec uwzględnienia przez zamawiającego w części zarzutów przedstawionych w odwołaniu,

- w takim przypadku Izba orzeka o dokonaniu zwrotu odwołującemu z rachunku Urzędu kwoty uiszczonej tytułem wpisu.

Mając powyższe na uwadze, na zasadzie art.568 pkt 3 w związku z art. 522 ust.1 zd.1 ustawy Pzp orzeczono jak w sentencji.

Przewodniczący:.....