Sygn. akt: KIO 2239/22

POSTANOWIENIE
z dnia 2 września 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Emilia Garbala

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron w dniu 2 września 2022 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 29 sierpnia 2022 r. przez wykonawcę Budimex S.A., ul. Siedmiogrodzka 9, 01-204 Warszawa,
w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: Wojewódzki Szpital Obserwacyjno-Zakaźny im Tadeusza Browicza, ul. Św. Floriana 12, 85-030 Bydgoszcz oraz Kujawsko Pomorskie Inwestycje Medyczne sp. z o.o., Plac Teatralny 2, 87-100 Toruń,

postanawia:

1. umarza postępowanie odwoławcze,

2. nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz wykonawcy Budimex S.A., ul. Siedmiogrodzka 9, 01-204 Warszawa, kwoty 10 000,00 zł (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy), tytułem uiszczonego wpisu.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2022 r. poz. 1710) 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: .....

Zamawiający - Wojewódzki Szpital Obserwacyjno-Zakaźny im Tadeusza Browicza, ul. Św.

Floriana 12, 85-030 Bydgoszcz oraz Kujawsko Pomorskie Inwestycje Medyczne sp. z o.o., Plac Teatralny 2, 87-100 Toruń, prowadzi w trybie podstawowym bez negocjacji postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Przebudowa i nadbudowa budynku B zespołu Wojewódzkiego Szpitala Obserwacyjno-Zakaźnego im. Tadeusza Browicza ul. Św. Floriana 12 Bydgoszcz", numer referencyjny: 022/12/2022. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 22.08.2022 r., nr 2022/BZP 00314290/01.

W dniu 29.08.2022 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wniesione przez wykonawcę Budimex S.A., ul. Siedmiogrodzka 9, 01-204 Warszawa (dalej: „odwołujący"), w którym odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1) art. 8 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 poz. 1129 ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp", w zw. z art. 5 i 353^1 kc w zw. z art. 647 kc w zw. z art. 577 § 4

kc w zw. z art. 568 § 1 kc w zw. z art. 16 ustawy Pzp w zw. z art. 8 ust. 1 Pzp poprzez przyznanie zamawiającemu we wzorze Umowy prawa do odmowy dokonania odbioru robót oraz wypłaty wynagrodzenia do czasu usunięcia wad w każdym przypadku ich

wystąpienia, nawet jeśli wady mają charakter nieistotny, a także poprzez wprowadzenie do projektowanych postanowień umowy postanowień dotyczących zasad odbioru końcowego robót budowlanych, uzależniających rozpoczęcie biegu terminu gwarancji i rękojmi, a także zwrotu 70% kwoty zabezpieczenia od usunięcia wszelkich wad zidentyfikowanych w ramach przedmiotu umowy, co godzi w istotę i naturę umowy o roboty budowlane, stanowiąc wyraz uchylania się przez zamawiającego od podstawowych obowiązków nałożonych na inwestora, będąc jednocześnie postanowieniem niekorzystnym dla wykonawców, naruszającym bezwzględnie obowiązujące przepisy prawa oraz równowagę stron umowy i prowadzącym do naruszenia praw podmiotowych wykonawców,

2) art. 439 ust. 1 i ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp w zw. z art. 58 kc w zw. 8 ust. 1 w zw. z art. 16

pkt 1 i art. 17 ust. 1 pkt 1 i 2 Pzp poprzez sformułowanie projektu umowy w sposób uniemożliwiający dokonanie zmiany wysokości wynagrodzenia wykonawcy (brak klauzuli waloryzacyjnej) w sytuacji zmiany cen materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia w przypadku, gdy umowa została zawarta na okres dłuższy niż 12 miesięcy,

tj. na okres 420 dni,

3) art. 99 ust. 1 w zw. z art. 433 pkt 3) w zw. z art. 8 ustawy Pzp w zw. z art. 5 i 353^1 kc w zw. z art. 632 § 2 kc w zw. z art. 357^1 kc poprzez wprowadzenie do Umowy

postanowień przyznających zamawiającemu uprawnień przekraczających granice swobody umów, skutkujących zachwianiem równowagi stron poprzez przerzucenie na wykonawcę ryzyka poniesienia kosztów potencjalnych optymalizacji procesu budowy lub optymalizacji przedmiotu umowy oraz niezgodne z przepisami ograniczenie uprawnienia wykonawcy do zwiększenia wynagrodzenia;

4) art. 433 pkt 3) ustawy Pzp poprzez przerzucenie na wykonawcę odpowiedzialności za okoliczności, za które odpowiedzialność ponosi zamawiający w zakresie okoliczności uprawniających wykonawcę do zmiany terminu wykonania Umowy,

5) art. 447 ust. 2 ustawy Pzp poprzez wprowadzenie uprawnienia zamawiającego do wstrzymania zapłaty całości wynagrodzenia wykonawcy w przypadku nieprzedłożenia oświadczeń o niezaleganiu z płatnościami na rzecz podwykonawców,

6) art. 436 pkt 2) ustawy Pzp poprzez zaniechanie określenia terminu zapłaty wynagrodzenia wykonawcy,

7) art. 8 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 5 i 353^1 kc w zw. z art. 473 § 1 kc w zw. z art. 484 § 2 kc w zw. art. 16 ustawy Pzp poprzez zastrzeżenie przez zamawiającego w ramach Umowy kar umownych, w tym limitu kar umownych, o nieproporcjonalnym charakterze i rażąco wygórowanej wysokości, co jest postanowieniem naruszającym równowagę stron umowy, wymuszającym na wykonawcach konieczność kalkulacji dodatkowych, niemożliwych do precyzyjnej kalkulacji ryzyk w ramach ceny ofertowej.

W związku z tym odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu dokonanie modyfikacji swz w sposób wskazany w odwołaniu.

Pismem z dnia 01.09.2022 r. zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której poinformował o jego uwzględnieniu w całości.

Zgodnie z art. 522 ust. 1 ustawy 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.

Zgodnie z § 9 ust. 1 pkt 2 lit. a rozporządzenia w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437):

W przypadku umorzenia postępowania odwoławczego przez Izbę w całości, koszty,

o których mowa w § 5 pkt 2, znosi się wzajemnie, jeżeli przed otwarciem rozprawy zamawiający uwzględnił:

a) w całości zarzuty przedstawione w odwołaniu, 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 całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu,

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

W przedmiotowej sprawie zamawiający uwzględnił odwołanie w całości, i żaden wykonawca nie przystąpił w terminie do postępowania odwoławczego. Dlatego też Izba umorzyła postępowanie odwoławcze i nakazała zwrócić odwołującemu kwotę 10 000 zł tytułem uiszczonego wpisu od odwołania.

Przewodniczący: .....