

POSTANOWIENIE
z dnia 25 października 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ryszard Tetzlaff

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron w dniu 25 października 2022 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 10 października 2022 r. przez wykonawcę OTS-IP Sp. z o.o., ul. Kapelanka 26, 30-347 Kraków w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Skarb Państwa - Zakład Karny w Tarnowie, ul. Konarskiego 2, 33-100 Tarnów

postanawia:

1. umorzyć postępowanie odwoławcze,
2. znieść wzajemnie koszty postępowania odwoławczego i nakazać Urzędowi Zamówień Publicznych zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych kwoty 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) na rzecz wykonawcy OTS-IP Sp. z o.o., ul. Kapelanka 26, 30-347 Kraków stanowiącej 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 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:

Sygn. akt: KIO 2663/22

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na roboty budowlane o nazwie: „Budowa pawilonu zakwaterowania osadzonych w Oddziale Zewnętrznym w Tarnowie-Mościcach Zakładu Karnego w Tarnowie” Numer referencyjny: Dkw.2233.14.2022.DR, zostało wszczęte ogłoszeniem opublikowanym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 28.09.2022 r. pod nr 2022/S 187-528108 przez Skarb Państwa - Zakład Karny w Tarnowie, ul. Konarskiego 2, 33-100 Tarnów zwany dalej: „Zamawiającym”. Ogłoszenie oraz postanowienia Specyfikacji Warunków Zamówienia zwanej dalej: „SWZ” zostały opublikowane na stronie prowadzonego postępowania, tj. miniportal.uzp.gov.pl. Do ww. postępowania o udzielenie zamówienia zastosowanie znajdują przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 1129), zwana dalej: „NPzp” albo „PZP” albo „ustawy PZP” albo „p.z.p”.

W dniu 10.10.2022 r. (wpływ do Prezesa KIO w wersji elektronicznej podpisane podpisem cyfrowym za pośrednictwem elektronicznej skrzynki podawczej - ePUAP) wykonawca OTS-IP Sp. z o.o., ul. Kapelanka 26, 30-347 Kraków zwany dalej: „OTS-IP Sp. z o.o.” albo „Odwołującym” wniósł odwołanie na czynność Zamawiającego na postanowienia SWZ z 28.09.2022 r. Kopie odwołania Zamawiający otrzymał tego samego dnia (e-mailem). Odwołanie zostało podpisane przez P.Z. osobę ujawnioną w załączonym do odwołania wydruku KRS-u i umocowaną do samodzielnej reprezentacji. Zarzuć naruszenie:

- art. 131 ust. 1 i 2 PZP w zw. z art. 138 PZP oraz art. 16 PZP poprzez określenie terminu składania ofert w sposób:
 - a) wyłącznie formalny będący terminem 35 dniowym,
 - b) sprzeczny z wymaganiem zawartym w art. 131 ust. 2 PZP,
 - c) naruszający zasadę równego traktowania Wykonawców,
- art. 439 PZP poprzez określenie klauzuli waloryzacyjnej w sposób nie zapewniający realnej zmiany wynagrodzenia Wykonawcy w przypadku zmian cen i kosztów związanych z realizacją zamówienia,
- art. 436 PZP poprzez określenie terminu realizacji datą sztywną, bez wskazania jakichkolwiek obiektywnych przyczyn ku temu.

W związku z powyższym Odwołujący wnosił o uwzględnienie niniejszego odwołania i:

- nakazanie Zamawiającemu:

a) dokonania zmiany terminu składania ofert na datę przypadającą nie wcześniej niż na 35 dni od pierwszego możliwego terminu zapoznania się z dokumentacją, tj. od 10.10.2022 r.,

b) dokonania zmiany zapisów § 22 wzoru umowy poprzez:

- nadanie ust. 1 pkt V brzmienia: „zmiany ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia; Poziomo zmiany ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia uprawniający Strony Umowy do żądania zmiany wynagrodzenia ustala się na minimum 10% w stosunku do poziomu cen tych samych materiałów lub kosztów z dnia składania ofert. Początkowy termin ustalenia zmiany wynagrodzenia ustala się na dzień zaistnienia przesłanki w postaci wzrostu wynagrodzenia ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia o minimum 10%.”

- nadanie ust. 5 - 7 brzmienia: „5. W sytuacji wystąpienia okoliczności wskazanych w ust. 1 pkt V powyżej, tj. wzrostu ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia powyżej 10%, Wykonawca jest uprawniony złożyć Zamawiającemu pisemny wniosek o zmianę Umowy w zakresie płatności wynikających z faktur wystawionych po zmianie ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia. Wniosek powinien zawierać wyczerpujące uzasadnienie faktyczne i wskazanie podstaw prawnych oraz dokładne wyliczenie kwoty wynagrodzenia Wykonawcy po zmianie Umowy.

6. Wniosek o którym mowa w ust. 5 powyżej można złożyć nie wcześniej niż po upływie 6 miesięcy od dnia zawarcia umowy (początkowy termin ustalenia zmiany wynagrodzenia); możliwe jest wprowadzanie kolejnych zmian wynagrodzenia z zastrzeżeniem, że będą one wprowadzane nie częściej niż co 4 miesiące.

7. Maksymalna wartość poszczególnej zmiany wynagrodzenia, jaką dopuszcza Zamawiający w efekcie zastosowania postanowień o zasadach wprowadzania zmian wysokości wynagrodzenia, o których mowa w ust. 1 pkt I-V powyżej to 10% wynagrodzenia za zakres Przedmiotu umowy niezrealizowany jeszcze przez Wykonawcę i nieodebrany przez Zamawiającego przed dniem złożenia wniosku, a łączna maksymalna wartość wszystkich zmian wynagrodzenia, jaką dopuszcza Zamawiający w efekcie zastosowania postanowień o zasadach wprowadzania zmian wysokości wynagrodzenia to 20% wynagrodzenia, o którym mowa w § 12 ust. 1 Umowy.”

c) dokonania zmiany terminu realizacji zadania (pkt IV SWZ, § 10 ust. 1 wzoru umowy) poprzez ustalenie go na termin nie krótszy niż 28 miesięcy od podpisania Umowy.

Zamawiający w dniu 12.10.2022 r. wezwał (za pośrednictwem strony prowadzonego postępowania tj. miniportal.uzp.gov.pl) wraz kopią odwołania, w trybie art. 524 NpZp, uczestników postępowania przetargowego do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym. Żadne zgłoszenie przystąpienia nie miało miejsca.

W dniu 21.10.2022 r. (e-mailem podpisanym podpisem cyfrowym) Zamawiający wobec wniesienia odwołań do Prezesa KIO wniósł na piśmie, w trybie art. 521 NPzp, odpowiedź na odwołania, w której wniósł o oddalenie odwołania w całości, choć przychylił się do większości wniosków zawartych w odwołaniu, uwzględniając część zarzutów. Niniejsza odpowiedź została podpisana z upoważnienia Dyrektora Zakładu Karnego w Tarnowie przez Z-cę Dyrektora Zakładu Karnego w Tarnowie. Wskazał, że: „(...) Odwołujący zarzucił

Zamawiającemu naruszenie przepisów Ustawy Prawo Zamówień Publicznych, a to: art. 131 ust. 1 i 2 w zw. z art. 138 oraz art. 16, które w jego ocenie miało polegać na udostępnianiu „Szczegółowych Informacji dotyczących Programu Funkcjonalno - Użytkowego podczas wizji lokalnej”, a tym samym prowadzić do nierównego traktowania Wykonawców, gdyż ci z nich, którzy później odbędą wizję lokalną, będą mieć mniej czasu na złożenie oferty.

W dniu 14.10.2022 r. Zamawiający zmienił treść SWZ w zakresie p. II p. 8 i udostępnił na stronie prowadzonego postępowania treść Programu Funkcjonalno-Użytkowego (PFU) wraz z koncepcją architektoniczną i koncepcją instalacji sanitarnych. Tym samym, wszyscy Wykonawcy mają dostęp do treści PFU, przed odbyciem wizji lokalnej i mają możliwość wnioskowania o wyjaśnienie jego treści. Do powyższego dodać wypada, iż Zamawiający realizował wizję lokalną niezwłocznie, nawet w dniu zgłoszenia takiej chęci przez Wykonawcę.

Nadto w dniu 21.10.2022 r. zostało opublikowane sprostowanie o numerze 2022/S 204-577437 do ogłoszenia opublikowanego dnia 28.09.2022 r. o numerze 2022/S 187-528108. W konsekwencji zmieniono treść SWZ wraz z załącznikami, a zmiany zostały umieszczone na stronie prowadzonego postępowania. W konsekwencji zmianie uległ termin składania i otwarcia ofert z 3.11.2022 r. na 15.11.2022 r. Należy zaznaczyć, że firma OTS-IT Sp. z o.o. wnioskowała o termin 10.11.2022 r.

Kolejny zarzut odwołującego dotyczył klauzuli waloryzacyjnej, zawartej we wzorze umowy. Jej określenie w ocenie odwołującego naruszało art. 439 PZP. Jednocześnie odwołujący wniósł o zmianę - skrócenie terminu po upływie którego Wykonawca może wystąpić z wnioskiem o waloryzację wynagrodzenia oraz o zmniejszenie z 15 do 10 % zmian cen, uprawniającą do takiej zmiany.

Zamawiający przychylił się w części ww. postulatowi i w dniu 17.10.2022 r. dokonano zmiany załącznika 2 - wzór umowy w 522 ust. 6, z którego wynika, że Wykonawca będzie mógł złożyć wniosek o waloryzację wynagrodzenia, nie po 10 miesiącach od dnia zawarcia umowy, lecz po 6 miesiącach od dnia zawarcia umowy. Tym samym, Wykonawca ma możliwość szybszego wnioskowania o waloryzację umowy w przypadku osiągnięcia zmian cen na poziomie 15%. Pozostawienie poziomu zmiany cen na poziomie 15 % należy uznać

za uzasadnione w obecnej sytuacji rynkowej.

Ostatni zarzut Odwołującego dotyczył określenia terminu zakończenia realizacji „datą sztywną” .

W treści SWZ uzupełniono informację w p. IV dotyczącą wskazania daty zakończenia budowy. Jest ona związana z otrzymaniem finansowania z „Programu modernizacji Policji,

Straży Granicznej, Państwowej Straży Pożarnej i Służby Ochrony Państwa w latach 2022-2025”. Dla rzeczonożego zadania finansowanie przyznano na lata 2022-2024. Przekroczenie terminu wiązałoby się z wycofaniem środków finansowych na realizację zadania.

W przypadku „Zaprojektuj i wybuduj” realizowanym w zadaniu pn. „Budowa pawilonu zakwaterowania osadzonych w Oddziale Zewnętrzny w Tarnowie-Mościcach Zakładu Karnego w Tarnowie”, stworzono na etapie PFU koncepcję architektoniczną i koncepcję instalacji sanitarnych, co powinno znacząco skrócić czas poświęcony na stworzenie ostatecznego projektu. Realizacja zadania może być wykonana w 23-24 miesiącach. Należy zwrócić uwagę, iż samym odwołaniu wskazano podobne postępowania przez OTS-IT Sp. z o.o., gdzie znajdowały się inwestycje realizowane w zbliżonym czasie tj. 21-24 miesiące. Z uwagi na powyższe zarzut naruszenia art. 436 PZP należy uznać za nietrafny, gdyż wyznaczenie przez Zamawiającego daty dziennej zakończenia realizacji inwestycji wynika z okoliczności od niego niezależnych. (...)”.

W dniu 24.10.2022 r. (wpływ do Prezesa KIO w wersji elektronicznej podpisane podpisem cyfrowym za pośrednictwem elektronicznej skrzynki podawczej - ePUAP) Odwołujący przesłał pismo procesowe w ramach którego oświadczył, że wycofuje odwołanie w części nieuwzględnionej przez Zamawiającego, tzn. w pozostałej części. Pismo zostało podpisane przez tak jak odwołanie. Stwierdził, że: „(.) 1. Wskazuje, że po wniesieniu

odwołania, Zamawiający zmianą SWZ z dnia 14 października 2022 r. dokonał modyfikacji zapisów SWZ, udostępniając jednocześnie na stronie postępowania dokumentację PFU.

1. W treści SWZ III p. 4 BYŁO:

4. Szczegółowe informacje dotyczące programu funkcjonalno-użytkowego w myśl art. 280 ust. 3 pzp zostaną udostępnione podczas wizji lokalnej.

JEST:

Punkt został wykreślony z treści SWZ.

2. Zamawiający w dniu 17 października 2022 roku dokonał częściowej zmiany treści SWZ w tym zapisów umowy w zakresie zarzutu odnoszącego się do waloryzacji (§ 22 ust. 6)

W § 22 ust. 6:

BYŁO:

6. Wniosek o którym mowa w ust. 5 powyżej można złożyć nie wcześniej niż po upływie 10 miesięcy od dnia zawarcia umowy (początkowy termin ustalenia zmiany wynagrodzenia); możliwe jest wprowadzanie kolejnych zmian wynagrodzenia z zastrzeżeniem, że będą one wprowadzane nie częściej niż co 4 miesiące.

JEST:

6. Wniosek o którym mowa w ust. 5 powyżej można złożyć nie wcześniej niż po upływie 6 miesięcy od dnia zawarcia umowy (początkowy termin ustalenia zmiany wynagrodzenia); możliwe jest wprowadzanie kolejnych zmian wynagrodzenia z zastrzeżeniem, że będą one wprowadzane nie częściej niż co 4 miesiące.

3. Zamawiający w wyniku dokonanych zmian SWZ z dnia 21 października 2022 roku, zmienił również termin składania ofert - co należy uznać za uwzględnienie zarzutu odwołania wskazanego jako lit. a) tj. „dokonania zmiany terminu składania ofert na datę przypadającą nie wcześniej niż na 35 dni od pierwszego możliwego terminu zapoznania się z dokumentacją, tj. od 10.10.2022 r.”.

Zmiany wprowadzone przez zamawiającego miały wpływ na zmianę terminu składania ofert. W związku z powyższym termin otwarcia ofert zmieniono w treści SWZ:

SWZ p. XI p. 10-11:

BYŁO:

10. Termin składania ofert ustala się na 3.11.2022 r. godz. 9.00

11. Termin otwarcia ofert nastąpi 3.11.2022 r. o godz. 10.30.

JEST:

10. Termin składania ofert ustala się na 15.11.2022 r. godz. 9 00

11 Termin otwarcia ofert nastąpi 15.11.2022 r. o godz. 10.30.

4. Powyższe okoliczności wskazują, że doszło do sytuacji o której mowa w art. 522 ust. 3 PZP - tj. uwzględnienia przez Zamawiającego części zarzutów podniesionych w odwołaniu.

5. Odwołujący wycofuje odwołanie w pozostałej części.

6. W związku z powyższym, na podstawie art. 522 ust. 3 PZP wnosi o umorzenie postępowania odwoławczego w całości. (...)

Izba umarza postępowanie z uwagi na częściowe uwzględnienie zarzutów przez Zamawiającego (brak przystąpienia) i wycofanie pozostałych zarzutów przez Odwołującego.

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje.

Zamawiający uwzględnił zarzuty przedstawione w odwołaniu w części a pozostałe zarzuty zostały przez Odwołującego wycofane. Do postępowania odwoławczego nie zgłosił

przystąpienia żaden wykonawca. Mając na uwadze powyższe okoliczności faktyczne Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że postępowanie odwoławcze podlega umorzeniu na podstawie art. 522 ust. 3 NPzp. Zgodnie z przywoływanym przepisem, 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. Stosownie do art. 568 pkt 3 ustawy Pzp, Izba umarza postępowania odwoławcze, w formie

postanowienia, w przypadku, o którym mowa w art. 522.

W związku z powyższym Izba, działając na podstawie art. 522 ust. 3 i art. 568 pkt 3 NPzp, postanowiła jak w pkt 1 sentencji.

Izba orzekła o wzajemnym zniesieniu kosztów postępowania odwoławczego oraz nakazała zwrot Odwołującemu kwoty uiszczonej tytułem wpisu od odwołania, stosownie do przepisu § 9 ust. 1 pkt 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych 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 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.

Przewodniczący: