

Sygn. akt: KIO 167/23

POSTANOWIENIE z dnia 1 lutego 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Przemysław Dzierzędzki

Członkowie: Anna Chudzik

Danuta Dziubińska

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron i uczestników postępowania

odwoławczego w dniu 1 lutego 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 19 stycznia 2023 r. przez wykonawcę PORR S.A. w Warszawie

w postępowaniu prowadzonym przez Narodowy Instytut Kardiologii Stefana Kardynała Wyszyńskiego – Państwowy Instytut Badawczy z siedzibą w Warszawie

przy udziale wykonawcy Budimex S.A. w Warszawie, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego

przy udziale wykonawcy Mostostal Warszawa S.A. w Warszawie, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego

postanawia:

1. umorzyć postępowanie odwoławcze,
2. znieść wzajemnie koszty postępowania odwoławczego i nakazać Urzędowi Zamówień Publicznych zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych kwoty 20.000,00 zł (słownie: dwudziestu tysięcy złotych zero groszy) na rzecz wykonawcy PORR S.A. w Warszawie, stanowiącej wpis odwołania.

Stosownie do art. 579 i 580 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t. jedn. Dz. U. z 2022 r. poz. 1710 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:

Członkowie:

Sygn. akt: KIO 167/23

Uzasadnienie

Narodowy Instytut Kardiologii Stefana Kardynała Wyszyńskiego – Państwowy Instytut Badawczy z siedzibą w Warszawie, zwany dalej „zamawiającym”, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2022 r. poz. 1710 ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp” lub „Pzp”, którego przedmiotem jest budowa budynku szpitala – Centrum Kardiologii Ambulatoryjnej.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 9 stycznia 2022 r., nr 2023/S 006-012047.

Wobec czynności i zaniechań zamawiającego w ww. postępowaniu w dniu 19 stycznia 2023 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wniósł odwołanie wykonawca PORR S.A. w Warszawie, zwany dalej „odwołującym”.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 112 ust. 1 i ust. 2 pkt 4 oraz art. 116 ust. 1 w zw. z art. 16 pkt 1-3 Pzp przez ograniczenie katalogu inwestycji referencyjnych do budynków wymienionych w klasie 1264, co stanowi warunek udziału w postępowaniu: (i) nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia, (ii) nadmierny dla zweryfikowania zdolności wykonawców do wykonania zamówienia oraz (iii) nie wynikający z rzeczywistych potrzeb Zamawiającego;
- 2) art. 121 pkt 1 w zw. z art. 16 pkt 1-3 Pzp poprzez zastrzeżenie osobistego wykonania przez Wykonawcę Stanu Surowego Otwartego jako kluczowych zadań (części zamówienia), co nie jest uzasadnione przedmiotem zamówienia i potrzebami Zamawiającego, a w istotny sposób ogranicza konkurencyjność postępowania i krąg potencjalnych oferentów;

- 3) art. 134 ust. 1 pkt 14 w zw. z art. 16 pkt 2 Pzp przez niejednoznaczny opis sposobu przygotowania oferty polegający na ustaleniu w poszczególnych dokumentach postępowania odmiennych wymagań dotyczących obowiązku i terminu przedłożenia kosztorysu przez Wykonawcę;
- 4) art. 134 ust. 1 pkt 17 w zw. z art. 16 pkt 1 i pkt 3 Pzp przez nieprawidłowe rozbitcie w formularzu oferty wynagrodzenia za poszczególne Etapy, tj. ustalenie zaniżonego limitu (0,5%) za wykonanie prac projektowych (Etap I) i zbyt wysokiego limitu (20%) za uzyskanie ostatecznej i bezwarunkowej decyzji o pozwoleniu na użytkowanie (20%);
- 5) art. 99 ust. 1 i ust. 4 Pzp, art. 134 ust. 1 pkt 20 Pzp, art. 433 Pzp oraz art. 8 ust. 1 Pzp w zw. z art. 353¹ k.c. i art. 5 k.c. (oraz pozostałych przepisów PZP i k.c. wskazanych w dalszej treści odwołania) poprzez ukształtowanie zaskarżonych postanowień przyszłej umowy w sposób naruszający zasadę swobody umów, zasady współzycia społecznego oraz równowagi kontraktowej stron,
- 6) art. 16 pkt 1-3 Pzp przez prowadzenie postępowania z naruszeniem zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz ukształtowanie opisu przedmiotu zamówienia, kryteriów selekcji oraz postanowień przyszłej umowy z naruszeniem zasad proporcjonalności i przejrzystości.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

- 1) zmiany pkt 1) w rozdziale III. 1.3 ogłoszenia oraz lit. a) w rozdziale VII ust. 2 pkt 4 SWZ w następujący sposób:

„1) Zamawiający, uzna warunek za spełniony, jeżeli wykonawca wykaże, że zrealizował co najmniej 2 roboty budowlane, wielobranżowe (obejmujące co najmniej branżę budowlaną i sanitarną i elektryczną), polegające na wykonaniu budowy obiektu użyteczności publicznej, o wartości robót brutto każdej z nich nie mniejszej niż 60 000 000,00 zł (sześćdziesiąt milionów złotych) - wykonane nie wcześniej niż w okresie ostatnich 10 lat a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie. Budowane budynki muszą być zakwalifikowane jako budynki użyteczności publicznej, których mowa w § 3 pkt 6 rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 12 kwietnia 2002 r. w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać budynki i ich usytuowanie (tj. Dz.U.2022.1225)”,

- 2) skreślenia: (i) ust. 6 w rozdziale VI. 3 ogłoszenia oraz (ii) ust. 13 w rozdziale III SWZ a także zmiany ust. 1 w rozdziale IX SWZ w następujący sposób:

„1. Zamawiający dopuszcza możliwość powierzenia wykonania części zamówienia podwykonawcom”.

- 3) skreślenia pkt 3.4 PFU oraz § 21 ust. 22 lit. b) projektu umowy,

- 4) podwyższenia do 5% limitu ceny za wykonanie prac projektowych w formularzu oferty (wynagrodzenie za Etap I), a także obniżenia do 10% limitu ceny za uzyskanie ostatecznej i bezwarunkowej decyzji o pozwoleniu na użytkowanie w formularzu oferty (wynagrodzenie za Etap III),

- 5) zmiany zaskarżonych postanowień projektu umowy w następujący sposób:

Postanowienie projektu umowy	Projektowane brzmienie postanowienia umowy
§ 3 ust. 10	10. Wykonawca oświadcza, że zapoznał się z terenem realizacji przedmiotu Umowy, a także z ograniczeniami i utrudnieniami związanymi z realizacją przedmiotu umowy
§ 6 ust. 1	skreślenie
§ 6 ust. 35	W przypadku, gdy Zamawiający zapłaci Podwykonawcy lub dalszemu
	Podwykonawcy, jakkolwiek kwotę z tytułu solidarnej odpowiedzialności przewidzianej w art. 647 ¹ i n. KC, Zamawiający będzie uprawniony do dochodzenia roszczenia regresowego względem Wykonawcy w pełnej wysokości, tj. obejmującej zapłaconą należność główną oraz wszelkie inne koszty, w tym: koszty procesu, koszty egzekucji
§ 6 ust. 37	Jeżeli Zamawiający poweźmie zasadnicze wątpliwości odnośnie do zasadności lub wysokości należnej zapłaty na rzecz Podwykonawcy lub dalszego Podwykonawcy lub też co do podmiotu, któremu płatność ta się należy, Zamawiającemu przysługiwało będzie prawo złożenia do depozytu sądowego kwoty potrzebnej na pokrycie wynagrodzenia Podwykonawcy lub dalszego Podwykonawcy. Złożenie kwoty do depozytu sądowego będzie równoznaczne ze spełnieniem świadczenia w tej części.
§ 7 ust. 4	Za termin wykonania przedmiotu Umowy, uznaje się termin, w którym Zamawiający dokona odbioru przedmiotu Umowy na podstawie Protokołu odbioru końcowego Robót potwierdzającego wykonanie Robót stanowiących przedmiot Umowy, zgodnie z zatwierdzoną Dokumentacją Projektową, Umową, SWZ, w tym PFU i zasadami wiedzy technicznej oraz obowiązującymi przepisami, uporządkowanie Terenu budowy oraz terenu wykorzystywanego przez Wykonawcę w trakcie wykonywania Umowy, a także wykonanie kompletnej dokumentacji powykonawczej oraz uzyskanie ostatecznego i bezwarunkowego pozwolenia na użytkowanie dla całości Robót.

§ 9 ust. 7	Wykonawca zapewnia, że podstawą kalkulacji wynagrodzenia przez Wykonawcę I było, m.in. ustalenie zakresu rzeczowego Robót zgodnie z dokumentacją przetargową, na podstawie której Wykonawca przed podpisaniem Umowy dokonał szczegółowego oszacowania prac i Robót oraz Materiałów i Sprzętu potrzebnych do kompleksowego wykonania przedmiotu Umowy. Wykonawca zapewnia, że jeżeli w swych kalkulacjach cenowych nie przewidział wykonania Robót lub świadczeń, bez których przedmiot Umowy nie spełniałby wymagań wynikających z niniejszej Umowy, a które powinien był przewidzieć do wykonania zgodnie z przepisami prawa, zasadami wiedzy technicznej i sztuki budowlanej, to wykona takie Roboty lub świadczenia na własny koszt.
§ 9 ust. 8	Płatności są realizowane w terminie nie dłuższym niż 30 dni kalendarzowych od daty otrzymania przez Zamawiającego prawidłowo
	wystawionej przez Wykonawcę faktury VAT lub rachunku z uwzględnieniem dokonanych na zasadach określonych w § 9 ust. 23 - 25 Umowy potrąceń wynikających z Umowy, na kwoty potwierdzone przez Zamawiającego na podstawie akceptacji kwot przez Inspektorów nadzoru inwestorskiego w poszczególnych branżach oraz Zamawiającego na zestawieniach wartości ukończonych części Robót, zgodnie z poszczególnymi Protokołami odbioru, z zastrzeżeniem § 9 ust. 10 i ust. 13 Umowy.
§ 9 ust. 15	Jeżeli Wykonawca nie przedstawi wraz z fakturą VAT lub rachunkiem dokumentów, o których mowa w § 9 ust. 14 Umowy, wynagrodzenia Wykonawcy nie będzie wymagalne do czasu przedłożenia przez Wykonawcę stosownych dokumentów, z zastrzeżeniem, że w przypadku braku oświadczenia, o którym mowa w § 9 ust. 14 lit. c) Umowy, wynagrodzenie Wykonawcy nie będzie wymagalne jedynie w części, co do której Wykonawca nie przedłożył oświadczenia. W takim przypadku termin zapłaty faktur lub rachunków . wystawionych przez Wykonawcę będzie liczony od daty wypełnienia przez Wykonawcę wymagań, o których mowa w § 9 ust. 14 Umowy
§ 17 ust. 28	wprowadzenie jednoznacznego zapisu, zgodnie z którym w przypadku wystąpienia wad, które nie wyłączają możliwości korzystania z przedmiotu Umowy zgodnie z przeznaczeniem, następuje odbiór końcowy inwestycji
§ 18 ust. 6 i 11	<p>W przypadku wystąpienia przez jakąkolwiek osobę trzecią w stosunku do Zamawiającego z roszczeniem z tytułu naruszenia praw autorskich, zarówno osobistych, jak i majątkowych, o ile Zamawiający korzysta z praw autorskich na zasadach i w zakresie (polach eksploatacji) określonych w niniejszej Umowie, Wykonawca: (...)</p> <p>10. Wykonawca, w przypadku jeśli będzie to konieczne, jest zobowiązany do zapłaty autorowi części przedmiotu Umowy wynagrodzenia za powstrzymanie się od wykonywania osobistych praw autorskich na zasadach określonych w ustępie poprzedzającym. Wykonawca zwalnia Zamawiającego z obowiązku zapłaty jakichkolwiek kwot na rzecz autora w odniesieniu do zobowiązania do powstrzymania się od wykonywania osobistych praw autorskich terminie 14 dni od dnia uprawomocnienia się orzeczenia lub zawarcia ugody, o ile Zamawiający korzysta z praw autorskich na zasadach i w zakresie (polach eksploatacji) . określonych w</p>
	niniejszej Umowie.
§ 21 ust. 19 27	<p>- skreślenie ust. 19-27 i zastąpienie ich następującymi postanowieniami: Waloryzacja będzie się odbywać w oparciu o kwartalny wskaźnik zmian cen produkcji budowlanomontażowej publikowany przez Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego.</p> <p>Wartością wyjściową stanowi wysokość Wskaźnika za kwartał, w którym nastąpiło otwarcie ofert w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego (kwartał bazowy). W przypadku likwidacji Wskaźnika lub zmiany organu, który go ustala, zasady zmiany wynagrodzenia określone w Umowie stosuje się odpowiednio do wskaźnika i organu, który zgodnie z odpowiednimi przepisami zastąpi dotychczasowy Wskaźnik lub organ. Procentowa wartość waloryzacji w danym kwartale wyliczana będzie za cały okres rozpoczynający się od kwartału bazowego do kwartału, w którym została wykonana dana część przedmiotu Umowy podlegająca rozliczeniu.</p> <p>Wynagrodzenie będzie waloryzowane raz na kwartał począwszy od okresu rozliczeniowego, za który Wykonawca wystawi pierwszą fakturę VAT za wykonaną część przedmiotu Umowy.</p> <p>Waloryzacją objęte jest wynagrodzenie za roboty budowlane, tj. wynagrodzenie od rozpoczęcia robót budowlanych do uzyskania pozwolenia na użytkowanie. Waloryzacją nie są objęte prace projektowe (Etap I).</p> <p>Z uwagi na fakt, że publikacja Wskaźnika odbywa się z opóźnieniem, waloryzacja za okresy rozliczeniowe przypadające na dany kwartał zostanie obliczona, po ogłoszeniu przez Prezesa GUS Wskaźnika dla kwartału obejmującego dane okresy rozliczeniowe. Wykonawca obliczy wartości zwaloryzowanych kwot za wykonaną część przedmiotu Umowy w danym kwartale i uwzględni je w fakturze VAT za najbliższy okres rozliczeniowy przypadający po publikacji Wskaźnika dla danego kwartału, wyszczególniając wartość waloryzacji jako odrębną pozycję w tabeli rozliczeniowej.</p> <p>Wynagrodzenie za okresy rozliczeniowe nie będą objęte pełnym kwartałem, waloryzuje się przy zastosowaniu Wskaźnika obowiązującego w kwartale, na który przypadają dane okresy rozliczeniowe.</p> <p>Waloryzacja faktury końcowej nastąpi po opublikowaniu Wskaźnika dla kwartału obejmującego okres wystawienia faktury końcowej. Wykonawca</p>

	wystawi fakturę korygującą uwzględniającą wartość waloryzacji. Łączna wartość podwyższenia wynagrodzenia Wykonawcy nie przekroczy 25,0 % wynagrodzenia ryczałtowego netto określonego w § 9 ust. 1 Umowy.
§ 24 ust. 5 lit. a) + pkt 5.4 wzoru gwarancji	w przypadku wad krytycznych, tj. wad instalacji, które narażają życie lub zdrowie Ludzi na niebezpieczeństwo lub utrudniają lub uniemożliwiają prawidłowe wykonywanie jakichkolwiek czynności leczniczych lub ratunkowych, termin na usunięcie wady wynosi 2 dni od momentu zgłoszenia wady krytycznej,

W terminie określonym w art. 525 ust. 1 ustawy Pzp do Prezesa Izby nie wpłynęło żadne zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

Ustalono także, że 31 stycznia 2023 r., przed otwarciem posiedzenia Izby, zamawiający doręczył Prezesowi Izby pismo procesowe z 30 stycznia 2023 r., w którym oświadczył, że uwzględni częściowo odwołanie w zakresie zarzutów nr 1, nr 2, nr 3 (częściowo), nr 4, nr 5 (częściowo).

W dalszej kolejności ustalono, że w trakcie posiedzenia Izby w dniu 1 lutego 2023 r., przed otwarciem rozprawy, odwołujący złożył oświadczenie, że cofa odwołanie w pozostałym zakresie, nie uwzględnionym przez zamawiającego.

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje.

Zamawiający złożył oświadczenie o uwzględnieniu części zarzutów odwołania. Odwołujący oświadczył, że cofa odwołanie w pozostałym zakresie, nieuwzględnionym przez zamawiającego w odpowiedzi na odwołanie. Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego nie przystąpił w terminie żaden wykonawca.

Mając na uwadze powyższe okoliczności faktyczne Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że postępowanie odwoławcze podlega umorzeniu na podstawie art. 522 ust. 3 ustawy Pzp. 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.

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 ustawy Pzp, 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 rozliczenia oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437), który stanowi, że 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 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:

Członkowie: