Sygn. akt: KIO 3143/24

POSTANOWIENIE

Warszawa, dnia 16 września 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodnicząca: Anna Chudzik

Protokolant: Patryk Pazura

po rozpoznaniu na posiedzeniu z udziałem stron w dniu 16 września 2024 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 29 sierpnia 2024 r. przez wykonawcę STRABAG Sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie,

w postępowaniu prowadzonym przez Wojewódzki Szpital Dziecięcy im. J. Brudzińskiego w Bydgoszczy, reprezentowany przez Kujawsko-Pomorskie Inwestycje Medyczne Sp. z o.o. z siedzibą w Toruniu,

postanawia:

1. umorzyć postępowanie odwoławcze,

2. nakazać zwrot z rachunku Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz Odwołującego kwoty

20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) stanowiącej uiszczony wpis od odwołania.

Na orzeczenie – w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie – Sądu Zamówień Publicznych.

Przewodnicząca: ……..…….

Sygn. akt: KIO 3143/24

Uzasadnienie

Zamawiający – Wojewódzki Szpital Dziecięcy im. J. Brudzińskiego w Bydgoszczy, reprezentowany przez Kujawsko-Pomorskie Inwestycje Medyczne Sp. z o.o. z siedzibą w Toruniu – prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia pn. Budowa ośrodka diagnostyki narządowej Wojewódzkiego Szpitala Dziecięcego im. J. Brudzińskiego. Wartość zamówienia jest większa niż progi unijne. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii 19 sierpnia 2024 r. pod numerem 497168-2024.

W dniu 29 sierpnia 2024 r. wykonawca STRABAG Sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie wniósł odwołanie wobec postanowień specyfikacji warunków zamówienia, zarzucając Zamawiającemu naruszenie przepisów:

I. art. 240 ust. 1 i 2 w zw. z art. 16 pkt 1-3 ustawy Pzp, poprzez określenie w rozdz. X pkt 1 SWZ kryterium oceny ofert pn. „Jakość" w sposób niejednoznaczny i niezrozumiały w zakresie przyznawania punktów za zaoferowanie poszczególnych parametrów infrastruktury medycznej, o której mowa w załączniku nr 11 do SWZ, co dotyczy parametrów:

1) lp. 7, 11, 19, 43, 73-74, 146, 179-183, 187, 189-191, 198, 252 w odniesieniu do rezonansu magnetycznego 1,5T;

2) lp. 7, 11-12, 21, 102-103, 207-209, 213-216, 223, 290 w stosunku do rezonansu magnetycznego 3T,

II. naruszenie art. 439 ust. 1 i 2 pkt 1, 2 i 3 ustawy Pzp w zw. z art. 353(1) i art. 5 Kc w zw. z art. 8 ust. 1 w zw. z art. 16 pkt 3 ustawy Pzp, poprzez:

1) uwarunkowanie w § 15 ust. 3 pkt 2 Projektu Umowy uprawnienia wykonawcy do zmiany wynagrodzenia w sytuacji zmiany cen materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia od wystąpienia rażąco wysokiego poziomu wzrostu cen produkcji budowlano-montażowej, który jest nierealny oraz całkowicie nieadekwatny do aktualnych realiów rynkowych;

2) określenie w § 15 ust. 3 pkt 4 Projektu Umowy sposobu ustalenia zmiany

wynagrodzenia w taki sposób, że:

a) przy ustaleniu wysokości należnej waloryzacji pominięciu podlegać będzie wzrost cen, który może nastąpić od dnia złożenia oferty, w którym to następuje ustalenie ceny, czy też dnia zawarcia umowy do momentu wystąpienia dwóch następujących po sobie miesięcy, w ciągu których odnotowany zostanie wzrost cen na poziomie przewidzianym przez Zamawiającego (dodatkowo określony na rażąco wysokim, nierealnym poziomie);

b) wynagrodzenie wykonawcy zostanie zwaloryzowane tylko o wzrost cen z jednego miesiąca;

3) określenie w § 15 ust. 3 pkt 8 Projektu Umowy, że wprowadzanie kolejnych zmian wynagrodzenia (waloryzacji) wskutek zmiany cen materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia może następować nie częściej niż raz na cztery miesiące;

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu następujących zmian postanowień SWZ:

- w zakresie zarzutu nr I.1 – ze względu brak możliwości odczytania intencji

Zamawiającego i tym samym precyzyjnego wskazania kierunku, w którym powinna zmierzać modyfikacja SWZ: nakazanie Zamawiającemu opisania kryteriów oceny ofert „Jakość" w zakresie przyznawanej punktacji w sposób jednoznaczny i zrozumiały, w stopniu pozwalającym na przewidzenie przez wykonawców jaką otrzymają punktację; w ocenie Odwołującego zasadne jest precyzyjne wskazanie punktu odniesienia (preferencji Zamawiającego);

- w zakresie zarzutu nr I.2 – nakazanie zmiany § 15 ust. 3 Projektu Umowy poprzez dostosowanie klauzuli waloryzacyjnej do realiów rynkowych, a także jej modyfikację, która umożliwi przywrócenie ekwiwalentności świadczeń stron w sytuacji zmiany cen materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia; celu zasygnalizowania kierunku zmiany Projektu Umowy, Odwołujący poniżej wskazuje proponowaną treść zmiany:

3. Zmiana, o której mowa w ust. 2 pkt. 1) będzie następować według następujących zasad:

1) Zmiany wynagrodzenia dokonuje się na podstawie wniosku złożonego przez jedną ze stron umowy nie wcześniej niż po upływie 6 miesięcy od dnia zawarcia umowy.

2) Zmiana wynagrodzenia przysługuje w przypadku gdy z komunikatów prezesa GUS ogłaszanych po zawarciu umowy ~~i dotyczących dwóch następujących po sobie miesięcy~~ wynika, że suma ogłaszanych wartości zmian ceny produkcji budowlano-montażowej w stosunku do miesiąca poprzedniego, ~~w porównaniu do~~ licząc od

miesiąca, w którym zawarto umowę lub od poprzedniej zmiany wynagrodzenia ~~poprzedzającego dany miesiąc~~, stanowi wartość większą niż ~~8~~ 3 % lub mniejszą niż (-) ~~8~~ 3 %.

3) Wniosek o zmianę może dotyczyć wyłącznie wynagrodzenia za zakres przedmiotu Umowy nieodebrany przez Zamawiającego przed dniem złożenia wniosku o waloryzację.

4) Wartość zmiany (WZ) określa się na podstawie wzoru: WZ = W x F%, przy czym:

• W – wynagrodzenie netto za zakres przedmiotu Umowy, o którym mowa w ust. 3 pkt. 3)

• F – ~~średnia arytmetyczna dwóch~~ suma następujących po sobie wartości zmiany cen produkcji budowlano-montażowej w stosunku do miesiąca poprzedniego wynikających z komunikatów prezesa GUS, o których mowa w ust. 3 pkt 2).

5) Obliczoną w sposób określony w ust. 3 pkt 4) wartość należy dodać proporcjonalnie do wartości elementów zakresu przedmiotu Umowy nieodebranych do dnia złożenia wniosku o waloryzację.

6) Wartość zmiany należy powiększyć o należny podatek VAT.

7) Zmianę umowy dotyczącą wynagrodzenia, po zaakceptowaniu wniosku przez obie strony wprowadza się aneksem do umowy.

8) Możliwe jest wprowadzanie kolejnych zmian wynagrodzenia z zastrzeżeniem, że będą one wprowadzane nie częściej niż raz na cztery miesiące sześć miesięcy.

9) Maksymalna zmiana wartości wynagrodzenia Wykonawcy, tj. suma wszystkich wprowadzanych zmian na podstawie ww. postanowień nie może przekroczyć łącznie wartości stanowiącej 10 % wartości kontraktu określonego pierwotnie w umowie.

W dniu 11 września 2024 r. do Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęła odpowiedź Zamawiającego na odwołanie, zawierająca oświadczenie o uwzględnieniu zarzutów odwołania, przy czym z odpowiedzi tej wynika, że Zamawiający nie uwzględnił zarzutów:

- w zakresie, w jakim Odwołujący kwestionował wysokość wskaźnika stanowiącego podstawę do „uruchomienia" waloryzacji i domagał się jego zmiany na 3% (Zamawiający dokonał zmiany tego wskaźnika na 7%);

- w zakresie, w jakim Odwołujący kwestionował wprowadzanie kolejnych zmian wynagrodzenia (waloryzacji) wskutek zmiany cen materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia może następować nie częściej niż raz na cztery miesiące.

Zamawiający poinformował, że 6 września 2024 r. dokonał modyfikacji postanowień SWZ objętych zarzutami odwołania.

Izba stwierdziła, że chociaż oświadczenie Zamawiającego o uwzględnieniu zarzutów odwołania nie obejmuje całości

zarzutów, to wobec dokonanej przez Zamawiającego zmiany SWZ przestał istnieć substrat zaskarżenia. Zmiana SWZ spowodowała, że zarzuty odwołania – również w zakresie nieuwzględnionym przez Zamawiającego – straciły swoją aktualność. Zarzuty dotyczące klauzuli waloryzacyjnej, mimo że obejmowały kilka elementów tej klauzuli, z których nie wszystkie Zamawiający uwzględnił, to sformułowane zostały w sposób kwestionujący cały mechanizm waloryzacji składający się z tych pojedynczych elementów. Dokonana przez Zamawiającego zmiana dotycząca sposobu uruchamiania i ustalania wysokości waloryzacji powoduje, że zarzuty podniesione w odwołaniu utraciły – jako całość – swoją aktualność. W związku z tym dalsze prowadzenie postępowania odwoławczego stało się zbędne, zatem postępowanie odwoławcze należało umorzyć na podstawie art. 568 pkt 2 ustawy Pzp, który stanowi, że Izba umarza postępowania odwoławcze, w formie postanowienia, w przypadku stwierdzenia, że dalsze postępowanie stało się z innej przyczyny zbędne lub niedopuszczalne.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do art. 557 ustawy Pzp i § 9 ust. 2 2020 r. poz. 2437), nakazując zwrot na rzecz Odwołującego kwoty uiszczonej tytułem wpisu.

Przewodnicząca: ……..