

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 opisanie 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 zaszykalizowania 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: $WZ = W \times F\%$, 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: