

Sygn. akt: KIO 3197/23

POSTANOWIENIE
z dnia 9 listopada 2023 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Małgorzata Matecka

Protokolantka: Wiktoria Ceyrowska

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron oraz uczestników postępowania odwoławczego w Warszawie w dniu 9 listopada 2023 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 26 października 2023 r. przez wykonawcę Budimex Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: Kujawsko-Pomorskie Inwestycje Medyczne Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Toruniu w imieniu zamawiających: Kujawsko-Pomorskie Inwestycje Medyczne Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Toruniu oraz Wojewódzki Szpital Specjalistyczny im. bł. ks J. Popiełuszki we Włocławku

przy udziale wykonawcy Mostostal Warszawa Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego

postanawia:

1. umarza postępowanie odwoławcze;
2. nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz wykonawcy Budimex Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie kwoty 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną tytułem wpisu 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 2023 r. poz. 1605, 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.

Przewodnicząca:.....

Sygn. akt: KIO 3197/23

Uzasadnienie

Kujawsko-Pomorskie Inwestycje Medyczne Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Toruniu w imieniu zamawiających: Kujawsko-Pomorskie Inwestycje Medyczne Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Toruniu oraz Wojewódzki Szpital Specjalistyczny im. bł. ks J. Popiełuszki we Włocławku (dalej: „Zamawiający”) prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia, którego przedmiotem jest „Podniesienie jakości usług zdrowotnych oraz zwiększenie dostępu do usług medycznych (budowa budynków nr B4A, B4, budynków technicznych wraz z zagospodarowaniem terenu) w Wojewódzkim Szpitalu Specjalistycznym im. bł. ks. J. Popiełuszki we Włocławku – ETAP I FAZA 2 inwestycji”, numer referencyjny: ZP/01/23, dalej: „Postępowanie”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 16 października 2023 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2023/S 199-625760.

W dniu 26 października 2023 r. wykonawca Budimex Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie (dalej: „Odwołujący”) wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie wobec czynności Zamawiającego polegającej na ukształtowaniu treści Specyfikacji Warunków Zamówienia (dalej: „SWZ”), zarzucając mu naruszenie następujących przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2023 r. poz. 1605, ze zm.; dalej jako „ustawa Pzp”) oraz Kodeksu Cywilnego:

- 1) art. 112 ust. 1 w zw. z art. 112 ust. 2 pkt 4) w zw. z art. 116 ust. 1 w zw. z art. 16 pkt 1) - 3) ustawy Pzp poprzez sformułowanie warunku udziału w Postępowaniu w zakresie doświadczenia wymaganego od osoby dedykowanej do realizacji zamówienia, o którym mowa w Rozdziale IV pkt 5.4 ppkt 2)e SWZ (Kierownik robót telekomunikacyjnych), w sposób nadmierny dla zweryfikowania zdolności do należytego wykonania przedmiotowego zamówienia, a co za tym idzie w sposób dyskryminujący osoby zdolne do wykonania zamówienia i naruszający zasadę równego traktowania i uczciwej konkurencji;
- 2) art. 8 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 5 i 353(1) KC art. 433 pkt 4) ustawy Pzp w zw. z art. 16 ustawy Pzp poprzez zastrzeżenie przez Zamawiającego nieproporcjonalnego limitu możliwych ograniczeń zakresu zamówienia, niweczącego cel dyspozycji art. 433 pkt 4) ustawy Pzp, naruszającego w konsekwencji równowagę stron umowy i prowadzącego do nadużycia prawa podmiotowego przez Zamawiającego;
- 3) art. 447 ust. 1 pkt 1) ustawy Pzp w zw. z art. 447 ust. 2 ustawy Pzp w zw. z art. 16 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 5 i 353(1) KC poprzez wprowadzenie do Umowy postanowień warunkujących

możliwość wystawienia faktury, a tym samym zapłaty wynagrodzenia należnego wykonawcy od przekazania wszystkich dowodów i oświadczeń potwierdzających zapłatę wynagrodzenia na rzecz podwykonawców, co jest wprost wbrew dyspozycji art. 447 ustawy Pzp, który umożliwia Zamawiającemu wstrzymanie zapłaty wynagrodzenia tylko w odpowiedniej części, tj. w zakresie, dla którego nie przedstawiono dowodów zapłaty i tylko w sytuacji braku uregulowania wynagrodzenia o wymagalnym charakterze;

4)art. 439 ust. 1 i ust. 2 ustawy Pzp w zw. z art. 16 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 58 KC w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp poprzez sformułowanie w ramach wzoru Umowy klauzuli waloryzacyjnej, dotyczącej zmiany wysokości wynagrodzenia wykonawcy w sytuacji zmiany cen materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia, w sposób sprzeczny z celem określonym w art. 439 ustawy Pzp, ustanawiając ją na zbyt wysokim pułapie, determinując tym samym jej nieefektywność i nierealność, a w konsekwencji pozbawiając wykonawcę narzędzia dostosowania wysokości wynagrodzenia uwzględniającego zmiany cen na rynku oraz przywrócenia stanu równowagi poprzez rozłożenie ryzyka wzrostu cen na obie strony umowy.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu zmiany treści SWZ i ogłoszenia w sposób wskazany w uzasadnieniu odwołania, tj. wniósł o:

1)modyfikację treści Rozdziału IV SWZ pkt 5.4. ppkt 2) e) poprzez nadanie jej następującego brzmienia: „Kierownik robot telekomunikacyjnych: osoba posiadająca wykształcenie techniczne, uprawnienia do kierowania robotami budowlanymi w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń telekomunikacyjnych bez ograniczeń, która posiada co najmniej 5-letnie doświadczenie zawodowe w kierowaniu robotami budowlanymi (jako kierownik budowy lub robót) po uzyskaniu uprawnień, w tym ukończoną co najmniej jedną inwestycję polegającą na budowie lub przebudowie, lub rozbudowie obiektu użyteczności publicznej o wartości minimum 50 000 000 zł brutto;”

2)nadanie treści SWZ rozdział V, pkt 1, ppkt 2 następującego brzmienia: „Zamawiający informuje, że w przypadku rezygnacji z wykonania części przedmiotu zamówienia minimalna wartość objętych przyszłą umową świadczeń zamawianych przez zamawiającego w okresie jej obowiązywania wynosi 80 % całkowitej wartości brutto określonej w treści oferty wykonawcy. Zamawiający jest zobowiązany poinformować Wykonawcę o rezygnacji z wykonania części zamówienia nie później niż na 30 dni przed planowanym terminem rozpoczęcia realizacji rzeczonych robót.”

3)nadanie § 7 Umowy następującego brzmienia:

„4. Do każdego Raportu Miesięcznego (RM) o postępie robót Wykonawca dołącza aktualny wykaz wszystkich podwykonawców wraz z oświadczeniami podwykonawców i odpowiednio dalszych podwykonawców potwierdzonych przez Wykonawcę (wraz z kopiami dokumentów potwierdzających dokonanie przelewów) odnośnie stanu rozliczeń wymagalnych należności podwykonawcy (odpowiednio podwykonawcy z dalszymi podwykonawcami). W przypadku nieuregulowania płatności z podwykonawcami, Zamawiający może potrącić z płatności Wykonawcy kwotę w wysokości tych należności i uregulować bezpośrednio zobowiązania Wykonawcy wobec podwykonawców, z uwzględnieniem postanowień art. 465 ustawy Prawo Zamówień Publicznych. Nieprzedłożenie przez Wykonawcę oświadczeń, o których mowa powyżej nie ogranicza prawa Wykonawcy do wystawienia faktury – z zastrzeżeniem postanowień ust. 5 poniżej.

5. Warunkiem zapłaty przez Zamawiającego drugiej i następnych części należnego wynagrodzenia za odebrane roboty budowlane jest przedstawienie dowodów zapłaty wymagalnego wynagrodzenia podwykonawcom i dalszym podwykonawcom, o których mowa w art. 465 ust. 1 Pzp, biorącym udział w realizacji odebranych robót budowlanych. W przypadku nieprzedstawienia przez wykonawcę wszystkich dowodów zapłaty Zamawiający wstrzyma wypłatę należnego wynagrodzenia za odebrane roboty budowlane, w części równej sumie kwot wynikających z nieprzedstawionych dowodów zapłaty.”

4)modyfikację treści § 15 ust. 3 pkt 2) Umowy w następujący sposób: „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 porównaniu do miesiąca poprzedzającego dany miesiąc, stanowi wartość większą niż 5 % lub mniejszą niż(-) 5 %.”

Przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego zgłosił wykonawca Mostostal Warszawa Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie. Żaden wykonawca nie przystąpił do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

W dniu 7 listopada 2023 r. do akt sprawy wpłynęła odpowiedź Zamawiającego na odwołanie. Zamawiający oświadczył, że uwzględni zarzuty nr 1 – 4, jednakże jedynie w odniesieniu do zarzutów nr 1 oraz 3 oświadczył, że dokonuje modyfikacji SWZ zgodnie z żądaniami Odwołującego. W przypadku zarzutów nr 2 oraz 4 Zamawiający poinformował o modyfikacji SWZ odmiennej od żądania Odwołującego.

W dniu 8 listopada 2023 r. do akt sprawy wpłynął wniosek Odwołującego o umorzenie postępowania odwoławczego na podstawie art. 522 ust. 1 ustawy Pzp.

Ww. wniosek Odwołującego nie zawierał oświadczenia o ograniczeniu żądań odwołania w odniesieniu do zarzutów nr 2 i 4 do zakresu modyfikacji SWZ wynikającego z odpowiedzi na odwołane. Mając jednak na uwadze okoliczności sprawy, tj. wskazanie w sposób jednoznaczny przez Zamawiającego zakresu modyfikacji w zakresie zarzutów nr 2 i 4 oraz niestawienie się Odwołującego na posiedzenie niejawne z udziałem stron, Izba uznała, że ww. wniosek Odwołującego o umorzenie postępowania odwoławczego na podstawie art. 522 ust. 1 ustawy Pzp należy potraktować jako ograniczenie w sposób dorozumiany żądań odwołania w odniesieniu do zarzutów nr 2 i 4 do zakresu modyfikacji SWZ wynikającego z odpowiedzi na odwołania.

Biorąc pod uwagę powyższe, Izba uznała, że zachodzi podstawa do umorzenia postępowania odwoławczego zgodnie z art. 522 ust. 1 ustawy Pzp. W myśl tego przepisu 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. W tej sytuacji Izba nie dokonuje oceny podniesionych w odwołaniu zarzutów.

W tym stanie rzeczy Izba na podstawie art. 522 ust. 1 ustawy Pzp umorzyła postępowanie odwoławcze, orzekając w formie postanowienia zgodnie z art. 568 pkt 3 te same ustawy.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 557 ustawy Pzp w zw. z § 9 ust. 1 pkt 2 lit. a) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437), nakazując dokonanie na rzecz Odwołującego zwrotu z rachunku Urzędu Zamówień Publicznych kwoty uiszczonej tytułem wpisu.

Przewodnicząca:.....