Sygn. akt: KIO 295/23

POSTANOWIENIE
z dnia 17 lutego 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący:Aleksandra Kot

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron w dniu 17 lutego 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 2 lutego 2023 r. przezwykonawcę STRABAG sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Inwestycje Medyczne Łódzkiego sp. z o.o. z siedzibą w Łodzi

postanawia:

1. umarza postępowanie odwoławcze,
2. nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz wykonawcy STRABAG sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie kwoty 20 000,00 zł (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych 00/100) stanowiącej uiszczony wpis od odwołania.

Stosownie do art. 579 ust. 1 oraz art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. 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:……..……..……..……..……..……...

Sygn. akt: KIO 295/23

UZASADNIENIE

Inwestycje Medyczne Łódzkiego sp. z o.o. z siedzibą w Łodzi(dalej: „Zamawiający") prowadzi na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2022 r. poz. 1710 ze zm., dalej: „ustawa Pzp") postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pn. „Budowa nowego budynku laboratorium diagnostycznego oraz centralnej sterylizatorni na terenie Wojewódzkiego Wielospecjalistycznego Centrum Onkologii i Traumatologii im. M. Kopernika w Łodzi" (Numer referencyjny: 1/ZP/PN/2023, dalej: „Postępowanie")

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej dnia 23 stycznia 2023 r. pod numerem: 2023/S 016-043433.

2 lutego 2023 r. wykonawca STRABAG sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie (dalej: „Odwołujący") wniósł odwołanie od niezgodnej z przepisami ustawy Pzp czynności Zamawiającego podjętej w toku Postępowania, polegającej na ustaleniu treści Specyfikacji Warunków Zamówienia (dalej: „SWZ"), w tym załącznika nr 4 do SWZ „Wzór umowy" (dalej: „Umowa") w sposób naruszający przepisy ustawy Pzp oraz przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny (t.j. Dz.U. z 2022 r. poz. 1360 ze zm., dalej: „k.c.").

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

1) art. 16 pkt 1,2,3 ustawy Pzp i art. 387 § 1 k.c. w związku z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp w zakresie w jakim Zamawiający żąda świadczenia niemożliwego w postaci przekazania mu uproszczonych kosztorysów ofertowych już na etapie Postępowania podczas gdy wykonawca nie zna jeszcze rozwiązań i ustaleń projektowych bowiem te są przedmiotem przyszłej Umowy;
2) art. 16 pkt 1,2,3 ustawy Pzp, art. 99 ust. 1 ustawy Pzp, art. 433 pkt 3 ustawy Pzp w związku z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp, art. 353^1 k.c. w zw. z art. 647 i art. 649 k.c. poprzez niezasadne i bezpodstawne przerzucenie na wykonawcę odpowiedzialności i ryzyka wskazanego w części I pkt 2 i 3 odwołania, w tym za przedłużenie czasu realizacji umowy z przyczyn nieleżących po stronie wykonawcy, z przyczyn zaś zależnych od Zamawiającego, w tym wstrzymania robót bądź okoliczności niezależnych od stron;
3) art. 16 pkt 1,2,3 ustawy Pzp, art. 99 ust. 1 ustawy Pzp, art. 433 pkt 3 ustawy Pzp w związku z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp, art. 353^1 k.c. w zw. z art. 647 i art. 649 k.c. poprzez niezasadne i bezpodstawne przerzucenie na wykonawcę odpowiedzialności i ryzyka wskazanego w części I pkt 3 odwołania, tj. wyłącznie możliwości zmiany wynagrodzenia w przypadku wystąpienia konieczności wprowadzenia robót zamiennych;
4) art. 8 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 16 pkt 3 ustawy Pzp i art. 447 ust. 1 i 2 ustawy Pzp poprzez przyznanie Zamawiającemu w § 3 ust. 8 Umowy prawa do wstrzymania wypłaty całości wynagrodzenia należnego wykonawcy w przypadku nieprzedstawienia dokumentów i wyjaśnień dot. zapłaty wynagrodzenia na rzecz podwykonawców podczas gdy zgodnie z art. 447 ust. 2 ustawy Pzp prawo wstrzymania zapłaty wynagrodzenia powinno ograniczać się do części równej sumie kwot wynikających z nieprzedstawionych dowodów zapłaty a więc części przypadającej na podwykonawcę/podwykonawców. Ponadto niezgodne z ww. przepisami jest

żądanie dokumentów ponad dowody zapłaty należnego wynagrodzenia podwykonawcom;

5)art. 16 pkt 1,2,3, art. 464 pkt 1,2,3, art. 465 pkt 3, 4, 8 ustawy Pzp w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp i art. 647^1 § 5 k.c. w zakresie w jakim w sposób naruszający prawo, nadmierny, nieproporcjonalny i niesłużący ochronie Zamawiającego ingeruje on w treść stosunku prawnego łączącego wykonawcę z podwykonawcą/dalszym podwykonawcą zakazując zlecenia dalszego podwykonawstwa;

6)art. 16 pkt 1, 2 i 3 w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 647 k.c. poprzez niejednoznaczne określenie w § 10 ust. 6 i ust. 6 (bis) Umowy prawa do odmowy dokonania odbioru końcowego w każdym przypadku wystąpienia wad i podpisania protokołu końcowego wraz z protokołem usunięcia wszystkich wad, nawet jeżeli wady mają charakter nieistotny;

7)art. 8 ust. 1 ustawy Pzp w związku z art. 353^1 k.c., art. 568 § 1 k.c., art. 638 k.c. i art. 656 § 1 k.c. poprzez ustalenie w § 12 ust. 1 Umowy, że: Bieg terminu gwarancji i rękojmi rozpoczyna się od dnia bezusterkowego odbioru końcowego podczas gdy Zamawiający jest zobowiązany do dokonania odbioru końcowego, w przypadku, gdy występują jedynie wady i usterki nieistotne. Z chwilą dokonania odbioru końcowego Zamawiający przejmie przedmiot Umowy i będzie go użytkował;

8)art. 452 ust. 2, art. 453 ust. 1 w zw. z art. 450 ustawy Pzp poprzez określenie w Umowie, że: zabezpieczenie należytego wykonania umowy (70%) zostanie zwrócone po bezusterkowym odbiorze końcowym, podczas gdy stanowi to naruszenie ww. przepisów i bezzasadne wstrzymywanie 100 % zabezpieczenia do czasu usunięcia wad nieistotnych, które umożliwiają użytkowanie obiektu a zgodnie z prawem zabezpieczenie powinno zostać zwrócone po wykonaniu zamówienia i uznania przez Zamawiającego za należycie wykonane, czyli po odbiorze końcowym nawet jeżeli w trakcie odbioru stwierdzono wady nieistotne;

9)art. 16 ustawy Pzp, art. 8 ust. 1 ustawy Pzp, art. 134 ust. 1 pkt 20 ustawy Pzp w związku z art. 353^1 k.c. i art. 647 k.c. w zw. z art. 484 § 2 k.c. w zw. z art. 483 k.c. i art. 473 § 1 k.c. ze względu na zastrzeżenie w §14 ust. 1 pkt 1-5, 8-9, 12 Umowy kar umownych rażąco wygórowanych, które nie pełnią już funkcji prewencyjnych a stanowią represje dla wykonawcy.

W związku z powyższym żądania jakie postawił Odwołujący to uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu dokonania czynności – zmiany treści SWZ oraz załącznika nr 4 do SWZ „Wzór umowy" poprzez nadanie im treści zgodnej z przepisami i zasadami prawa oraz określenia ich w sposób jednoznaczny i precyzyjny.

Izba ustaliła, że w terminie określonym w art. 525 ust. 1 ustawy Pzp, żaden wykonawca nie zgłosił swojego przystąpienia do toczącego się postępowania odwoławczego.

W piśmie z dnia 7 lutego 2023 r. skierowanym do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, Zamawiającyoświadczył, że uwzględnia wniesione odwołanie w całości.

Zgodnie z art. 522 ust. 1 ustawy Pzp „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".

Z kolei przepis art. 568 ustawy Pzp stanowi, że „Izba umarza postępowania odwoławcze, w formie postanowienia, w przypadku: 1) cofnięcia odwołania; 2) stwierdzenia, że dalsze postępowanie stało się z innej przyczyny zbędne lub niedopuszczalne; 3) o którym mowa w art. 522".

Mając na uwadze powyższe oświadczenie Izba uznała, że Zamawiający uwzględnił w całości zarzuty przedstawione w odwołaniu przed otwarciem rozprawy.

Izba na podstawie art. 522 ust. 1 ustawy Pzp stwierdziła, że zachodzą przesłanki umożliwiające umorzenie postępowania odwoławczego na posiedzeniu niejawnym i, zgodnie z przepisem art. 568 pkt 3 ustawy Pzp, orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono 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).

Przewodniczący:……...……...