

Sygn. akt: KIO 1963/21

POSTANOWIENIE
z dnia 15 lipca 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ryszard Tetzlaff
Członkowie: Justyna Tomkowska
Agnieszka Trojanowska

po rozpoznaniu na posiedzeniu bez udziału stron w dniu **15 lipca 2021 r. w Warszawie** odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **1 lipca 2021 r.** przez Odwołującego **PORR S.A., ul. Hołubcowa 123, 02-854 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego: **Wojewódzki Szpital Zespolony, ul. Medyczna19, 09-400 Płock**

postanawia:

- 1. umorzyć postępowanie odwoławcze;**
2. nakazać zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych kwoty **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) tytułem zwrotu kwoty uiszczzonego wpisu na rzecz wykonawcy **PORR S.A., ul. Hołubcowa 123, 02-854 Warszawa**

Stosownie do art. 579 ust.1 i 580 ust.1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 2019 z późn. 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:

.....

.....

UZASADNIENIE

Dnia 1 lipca 2021 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w Warszawie, na podstawie przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych, odwołanie złożył wykonawca PORR S.A., ul. Hołubcowa 123, 02-854 Warszawa (dalej jako „PORR S.A.” albo „Odwołujący”). Odwołania zostało złożone przez P.Z. i prokurenta ujawnionych i umocowanych do łącznej reprezentacji zgodnie z załączonym wydrukiem KRS-u do odwołania.

Postępowanie prowadzone pn: „na zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych w formule „*zaprojektuj i wybuduj*” zadania inwestycyjnego pn. „*Budowa i wyposażenie Ośrodka Radioterapii na terenie Wojewódzkiego Szpitala Zespolonego w Płocku*” (2) . Nr referencyjny: SIR.2910.05.(15/SIR/11/ZP/21).2021 przez Zamawiającego - Wojewódzki Szpital Zespolony, ul. Medyczna19, 09-400 Płock (dalej jako: „Wojewódzki Szpital Zespolony” albo „Zamawiającym”). Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 21.06.2021 r. pod nr 2021/S 118- 309153. Do ww. postępowania o udzielenie zamówienia zastosowanie znajdują przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2019 r., poz. 2019 ze. zm., zwana dalej „*NPzp*” albo „*ustawy Prawa zamówień publicznych z 2019 r.*” albo „*ustawy Pzp z 2019*”.

Odwołanie zarzucił naruszenie:

- art. 99 ust. 1 i ust. 4 oraz art. 436 pkt 1 i z art. 134 ust. 1 pkt 6 NPzp w zw. z art. 16 Pzp oraz art. 5 i art. 353 1 k.c. w zw. z art. 8 ust. 1 NPzp, poprzez ustalenie terminu wykonania zamówienia w sposób utrudniający uczciwą konkurencję oraz sprzeczny z właściwością stosunku prawnego i naruszający kontraktową równowagę stron, tj. wymagania, aby zamówienie zostało wykonane w terminie zbyt krótkim do prawidłowej realizacji całego zakresu przedmiotu zamówienia opisanego w dokumentacji przetargowej (tj. 20 miesięcy od daty podpisania umowy) oraz wprowadzenie sztywnych dziennych dat kalendarzowych wykonania Etapu I i II (pkt 11.2.7 ogłoszenia; rozdział III pkt 21 SWZ; § 3 ust. 1 i 2 projektu umowy);
- art. 99 ust. 1 i ust. 4 w zw. z art. 134 ust. 1 pkt 17 NPzp, poprzez ustalenie w załączniku nr 8 do oferty Limitu wysokości wynagrodzenia za opracowanie kompletu dokumentacji projektowej z pozwoleniem na budowę na poziomie 2% wartości zamówienia;
- art. 99 ust. 1, art. 103 ust. 2 i ust. 3 NPzp w zw. z art. 134 ust. 1 pkt 4 NPzp i art. 8 ust. 1 Pzp oraz zw. z § 15 i § 18 ust. 3 pkt 3 rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 2

września 2004 r. w sprawie szczegółowego zakresu i formy dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych oraz programu funkcjonalno-użytkowego (Dz. U.2013.1129), poprzez zaniechanie opisu przedmiotu zamówienia na roboty konstrukcyjne za pomocą PFU mimo, że zamówienie realizowane jest w formule „zaprojektuj i wybuduj” (§ 2 ust. 8 pkt 8.2, § 2 ust. 5 ppkt 5.5, § 2 ust. 11 projektu umowy);

- art. 99 ust. 1 i ust. 4. art. 16 NPzp oraz art. 5 i art. 353 1 k.c. i art. 8 ust. 1 NPZp, poprzez opis przedmiotu zamówienia na roboty konstrukcyjne budynku za pomocą projektu budowlanego mimo, że zamówienie realizowane jest w formule „zaprojektuj i wybuduj a w konsekwencji wprowadzenie w projekcie umowy obowiązku wykonania robót konstrukcyjnych na podstawie Projektu budowlanego (TOM IV KONSTRUKCJA) i pozwolenia na budowę nr 576/2019 z dnia 11.12.2019r. wydanej przez Prezydenta Miasta Płocka mimo, że zawarte w nim rozwiązania są sprzeczne w tym zakresie z wymaganiami Zamawiającego określonymi w PFU (§ 2 ust. 8 pkt 8.2, § 2 ust. 5 ppkt 5.5, § 2 ust. 11 projektu umowy);

- art. 99 ust. 1. art. 103 ust. 2 i ust. 3 NPzp w zw. z art. 134 ust. 1 pkt 4 NPzp, poprzez zaniechanie sporządzenia opisu przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniających wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie ważnej oferty, spełniającej w całości wymagania Zamawiającego, a w konsekwencji w sposób uniemożliwiający złożenie porównywalnych ofert i utrudniający uczciwą konkurencję, tj. zbyt krótki termin realizacji zamówienia, nieokreślenie jednoznacznego zakresu prac projektowych oraz brak w PFU wystarczających danych do wykonania Projektu ochrony radiologicznej;

- art. 99 ust. 1 NPzp w zw. z art. 134 ust. 1 pkt 4 i pkt 6 NPzp oraz art. 436 pkt 1 NPzp poprzez zaniechanie ustalenia jednoznacznych zasad odbioru dokumentacji projektowej, tj. ustalenie Etapu 1 polegającego na opracowaniu kompletnej dokumentacji projektowej w § 3 ust. 2 pkt 2.1 projektu umowy oraz jednoczesne określenie odmiennych zasad odbioru tej dokumentacji w pkt 2.6.2 PFU (Warunki odbioru prac projektowych) oraz pkt IV OPZ (Wymagania Zamawiającego do opracowań projektowych Wykonawcy), tj. co do liczby etapów oraz terminów odbioru przez Zamawiającego;

- art. 134 ust. 1 pkt 19 NPZP i art. 8 ust. 1 NPZP w zw. z art. 353 1 k.c. i art. 5 k.c. oraz w zw. z art. 483 § 1 k.c. i art. 484 § 2 k.c. poprzez ukształtowanie postanowień przyszłej umowy w sposób naruszający zasadę swobody umów, zasady współzycia społecznego oraz równowagi kontraktowej stron poprzez: (i) niejednoznaczny opis przedmiotu zamówienia (§ 2 ust. 8 pkt 8.2, § 2 ust. 5 ppkt 5.5, § 2 ust. 11 projektu umowy); (ii) ustalenie zbyt krótkiego terminu realizacji zamówienia § 3 ust. 1 i 2 projektu umowy; (iii) przyznanie prawa we wzorze

umowy do naliczania de facto podwójnych kar umownych za to samo zdarzenie (§ 4 ust. 13 projektu umowy) projektu umowy; (iv) nieustalenie częstotliwości przeglądów gwarancyjnych (Pkt II pkt 1 Karty gwarancyjnej); (v) ograniczenie dowodów, które mogą zostać przedłożone w celu potwierdzenia zapłaty wymagalnego wynagrodzenia na rzecz podwykonawców (§ 4 ust. 9 pkt 9.1 projektu umowy); (vi) brak minimalnego terminu usunięcia wad i usterek (§ 10 ust. 10 pkt 10.1 lit. a) projektu umowy);

- art. 447 ust. 1 NPzp w zw. z art. 16 pkt 3 NPzp przez ustalenie nieproporcjonalnego wymagania w § 4.1 ust. 9 projektu umowy polegającego na ograniczeniu dowodów potwierdzających zapłatę wynagrodzenia na rzecz podwykonawców i dalszych podwykonawców wyłącznie do oświadczeń podwykonawców i dalszych podwykonawców podczas, gdy art. 447 ust. 1 Pzp umożliwia przedstawianie wszelkich rodzajów dowodów potwierdzających zapłatę wymagalnego wynagrodzenia na rzecz podwykonawców i dalszych podwykonawców;

- art. 16 pkt 1-3 Pzp poprzez prowadzenie postępowania z naruszeniem zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz ukształtowanie opisu przedmiotu zamówienia z naruszeniem zasad proporcjonalności i przejrzystości.

Wnosił o:

1) uwzględnienie niniejszego odwołania w całości;

2) nakazanie Zamawiającemu dokonania zmiany treści ogłoszenia, SWZ oraz warunków umowy w następujący sposób:

- zmianę pkt 11.2.7) ogłoszenia o zamówieniu, rozdziału III pkt 21 SWZ oraz § 3 ust. 1 projektu umowy, poprzez: (i) ustalenie terminu wykonania zamówienia wynoszącego - 24 miesiące od daty podpisania umowy oraz (ii) wykreślenie w § 3 ust. 1 i ust. 2 wzoru umowy - sztywnych terminów kalendarzowych realizacji umowy i podziału realizacji na etapy;

- zmianę załącznika nr 8 do oferty poprzez podwyższenie wysokości limitu wynagrodzenia za opracowanie kompletu dokumentacji projektowej z pozwoleniem na budowę do 6,3% wartości zamówienia, tj. nadanie zapisowi następującego brzmienia: „Uwaga” - W tabeli należy wpisać kwoty brutto. Wartość poz. 1 nie może przekroczyć 6,3% wartości zamówienia”; zmianę postanowień projektu umowy w następującym zakresie:

- § 2 ust. 5 pkt 5.5 - skreślenie;

- § 2 ust. 8 pkt 8.2 - (i) skreślenie lit. a) oraz (ii) nadanie następujące brzmienia pkt 8.2 „Wykonanie robót budowlanych na podstawie dokumentacji projektowej, o której mowa w ust. 8.1”;

- § 2 ust. 8 pkt 8.3 - skreślenie;

- § 2 ust. 1 i Pkt IV ppkt 2.2. OPZ - skreślenie dotychczasowego brzmienia; zamieszczenie zapisu wskazującego, że przekazany projekt zatwierdzony pozwoleniem na budowę nr 576/2019 z dnia 11 grudnia 2019r. ma charakter jedynie informacyjny;
- § 3 ust. 1 i ust. 2 - skreślenie wyrazów „tj. nie później niż do dnia” oraz Etapu I;
- § 3 ust. 2 pkt 2.1 projektu umowy, pkt IV ust. 2 pkt 2.3 i pkt 2.4 OPZ, pkt 2.6.2 PFU - wprowadzenie częściowych odbiorów dokumentacji projektowej oraz ustalenie 5-dniowego terminu odbioru poszczególnych części dokumentacji przez Zamawiającego;
- § 4.1 ust. 9 pkt 9.1 - rozszerzenie katalogu dowodów, za pomocą których Wykonawca może wykazać fakt zapłaty wymagalnego wynagrodzenia na rzecz podwykonawców i dalszych podwykonawców;
- § 4.3 ust. 13 pkt 13.1 i pkt 13.2 - usunięcie możliwości naliczenia podwójnych kar umownych za to samo zdarzenie, tj. usunięcie § 4.3 ust. 13 pkt 13.2 projektu umowy przewidującego naliczenie kary umownej na podstawie § 15 ust. 1 pkt 1.8 projektu umowy;
- § 5 (Zmiana treści umowy) - wprowadzenie zapisu przewidującego możliwość wydłużenia terminu realizacji oraz podwyższenia wynagrodzenia Wykonawcy z tytułu dostosowania rozwiązań zawartych w projekcie budowlanym (TOM IV. KONSTRUKCJA) do aktualnych wymagań PFU w zakresie konstrukcji budynku;
- § 10 ust. 1 pkt 1.4 - zmianę poprzez nadanie następującego brzmienia „odbioru części opracowań projektowych - na podstawie protokołu zdawczo-odbiorczego (załącznik nr 4 wzór C do umowy)”;
- § 10 ust. 10 pkt 10.1 lit. a) - ustalenie minimalnego, technicznie uzasadnionego terminu usunięcia wad i usterek nielimitujących nie krótszego niż 5 dni roboczych;
- § 15 ust. 1 pkt 1.2 - skreślenie;
- § 19 ust. 1 pkt 1.9 - zmianę wyrazów „w opóźnienie tak dalece” na wyrazy „w zwłocę tak dalece”;
- Załącznik nr 7 do projektu umowy (Karta gwarancyjna): (i) ustalenie częstotliwości przeglądów gwarancyjnych, (ii) ustalenie zasad potwierdzania przybycia Wykonawcy w celu usunięcia zgłoszonych awarii, usterek i wad przez Sekcję Inwestycyjno-Remontową;
- pkt 2.2 PFU (Architektura, Konstrukcja. WYMAGANIA OGÓLNE) - uzupełnienie o informacje konieczne do wykonania Projektu ochrony radiologicznej w zakresie określonym w niniejszym odwołaniu; pkt III ust. 1 OPZ - skreślenie; uwzględnienie konsekwencji ww. zmian w dokumentacji postępowania wraz z jej załącznikami.

Odwołanie zostało wniesione z zachowaniem ustawowego 10-dniowego terminu, w zakresie czynności z dnia 21 czerwca 2021 r. opublikowania ogłoszenia o zamówienia oraz postanowień SWZ (na portalu zakupowym).

Odwołujący uiszczył wpis od odwołania w wymaganej wysokości oraz przekazał kopię odwołania wraz z załącznikami Zamawiającemu.

Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej, wyznaczony do rozpoznania niniejszej sprawy odwoławczej ustalił i zważył, co następuje:

Zamawiający w dniu 2 lipca 2021 r. (na portalu zakupowym) wezwał wraz kopią odwołania, w trybie art. 524 NPzp, uczestników postępowania przetargowego do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym.

Żadne zgłoszenie przystąpienia nie miało miejsca.

W dniu 12 lipca 2021 r. (e-mailem podpisanym podpisem elektronicznym) Zamawiający poinformował Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, że na podstawie art. 522 ust. 1 Pzp, iż odwołanie zostało uwzględnione w całości. Stwierdził, że: „w związku z otrzymaną w dniu 01 lipca 2021r. kopią Odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, przez wykonawcę: PORR SA z siedzibą w Warszawie, ul. Hołubcowa 123 informuje, że UWZGLĘDNIA ODWOŁANIE W CAŁOŚCI. Z uwagi na fakt, że Zamawiający uwzględnia w całości zarzuty Odwołującego na podstawie art. 522 ust.1 uPzp wnosi o umorzenie postępowania odwoławczego. (...)

Zamawiający po analizie odwołania wniesionego w dniu 01-07-2021r. przez PORR SA z siedzibą w Warszawie, ul. Hołubcowa 123 postanowił w całości uwzględnić zarzuty Odwołującego w zakresie zmian zapisów treści ogłoszenia, specyfikacji warunków zamówienia (swz) oraz projektowanych postanowień umowy, o których mowa w pkt. 3 Odwołania.”. Odpowiedź została podpisana przez pełnomocnika umocowanego na podstawie załączonego pełnomocnictwa udzielonego przez Dyrektora Wojewódzkiego Szpitala Zespolonego.

Mając na uwadze powyższe, Izba zważyła co następuje.

Izba zważyła, że wobec uwzględnienia przez Zamawiającego w całości zarzutów podniesionych w odwołaniu i braku zgłoszenia przystąpień po stronie Zamawiającego postępowanie odwoławcze należało umorzyć na podstawie art. 522 ust. 1 Pzp. Przepis ten stanowi w zdaniu pierwszym, że 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. Zgodnie z art. 522 ust. 1 *in fine* Pzp, w przypadku uwzględnienia przez

Zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu, Zamawiający wykonuje, powtarza lub unieważnia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu.

W tym stanie rzeczy Izba na podstawie art. 522 ust. 1 Pzp umorzyła postępowanie odwoławcze, orzekając w formie postanowienia na podstawie art. 553 zd. 2 Pzp.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 574 i 575 Pzp oraz § 9 ust. 1 pkt 2 lit a rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 roku w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020r., poz. 2437 ze zmianami), z którego wynika, że jeżeli zamawiający uwzględnił w całości zarzuty przedstawione w odwołaniu przed otwarciem rozprawy, a do postępowania odwoławczego nie przystąpił żaden wykonawca po stronie zamawiającego, Izba orzeka o dokonaniu zwrotu odwołującemu z rachunku Urzędu kwoty uiszczonej tytułem wpisu od odwołania.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....