

Sygn. akt: KIO 3282/22

POSTANOWIENIE

z dnia 3 stycznia 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Katarzyna Odrzywolska**
Członkowie: **Andrzej Niwicki**
Aneta Mlącka

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron oraz uczestników postępowania w dniu 3 stycznia 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 8 grudnia 2022 r. przez wykonawcę: **STRABAG Sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie**

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Narodowy Instytut Fryderyka Chopina z siedzibą w Warszawie**

przy udziale:

- 1) wykonawcy: **Skanska S.A. z siedzibą w Warszawie**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego
- 2) wykonawcy: **Mostostal Warszawa S.A. z siedzibą w Warszawie**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego
- 3) wykonawcy: **NDI S.A. z siedzibą w Sopocie**, 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: STRABAG Sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie kwoty 18 000,00 zł. (słownie: osiemnaście tysięcy złotych zero groszy), stanowiącej 90% kwoty uiszczanego wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 579 i 580 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (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:

Członkowie:

.....

Uzasadnienie

Narodowy Instytut Fryderyka Chopina z siedzibą w Warszawie (dalej: „zamawiający”) prowadzi, na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022 r., poz. 1710 ze zm.) - zwanej dalej „ustawa Pzp”, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, w trybie przetargu ograniczonego o wartości szacunkowej powyżej progów unijnych pn. „Budowa Międzynarodowego Centrum Muzyki w Żelazowej Woli”, nr referencyjny: ZP.25.47.2022.1 (dalej „postępowanie” lub „zamówienie”).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane 28 listopada 2022 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2022/S 229-660207.

W dniu 8 grudnia 2022 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, zostało wniesione odwołanie przez wykonawcę: **STRABAG Sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie** (dalej „odwołujący”), wobec niezgodnych z przepisami ustawy Pzp czynności zamawiającego, polegających na ustaleniu treści Ogłoszenia o zamówieniu oraz specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej „SWZ”), w tym wzoru umowy w sposób naruszający przepisy ustawy Pzp i kodeksu cywilnego.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

1. art. 16 pkt 1,2,3 i art. 112 ust. 1, art. 116 ust. 1 ustawy Pzp poprzez określenie w rozdziale IX ust. 1 pkt 2 ppkt a - g, j SWZ warunków udziału w postępowaniu w sposób nieproporcjonalny niejasny, uniemożliwiający ocenę zdolności wykonawcy, w tym wymagane minimalne zdolności osób skierowanych do realizacji zamówienia tj. kierownika budowy, kierowników poszczególnych branż oraz Koordynatora Technologii Scenicznych;
2. art. 16 pkt 1, 2 i 3 ustawy Pzp w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 647 kc poprzez niejednoznaczne określenie czy zamawiający dokona odbioru końcowego warunkowego w sytuacji wystąpienia nieistotnych wad i usterek oraz poprzez zawarcie w treści wzoru umowy postanowień dających zamawiającemu możliwość wstrzymania płatności wynagrodzenia do momentu bezusterkowego odbioru końcowego przedmiotu umowy oraz liczenia terminu gwarancji od podpisania takiego protokołu podczas gdy odmowa podpisania takiego protokołu jak i brak zapłaty umówionego wynagrodzenia, zgodnie z utrwaloną linią orzecniczą sądów, mogą mieć miejsce wyłącznie w przypadku stwierdzenia istnienia wad istotnych obiektu;

3. art. 16 ustawy Pzp, art. 8 ust. 1 ustawy Pzp, art. 134 ust. 1 pkt 20, art. 433 pkt 1 i 2 ustawy Pzp w związku z art. 353¹ kc i art. 647 kc w zw. z art. 484 § 2 kc w zw. z art. 483 kc i art. 473 § 1 kc ze względu na zastrzeżenie w § 18 ust 1-4 ust 14 Umowy kar umownych rażąco wygórowanych lub zastrzeżenie kar w sposób nieprecyzyjny lub za opóźnienie; zamawiający zastrzegł również górny limit kar umownych w §18 ust. 19 Umowy na poziomie 50% wartości umowy co w ocenie wykonawcy jest poziomem wygórowanym i znacząco odstającym od realiów rynkowych, górny limit wszystkich kar nie powinien przekraczać łącznie wysokości kary z tytułu odstąpienia od umowy (§ 18 ust. 14 Umowy) który w ocenie wykonawcy nie powinien przekraczać 20% wartości wynagrodzenia brutto;
4. art. 16 pkt 1,2,3, art. 99 pkt 1, 4 ustawy Pzp w związku z art. 8 ust 1 ustawy Pzp art. 577 § 1, 4 kc w zw. z art. 656 § 1 w zw. z art. 638 § 2 kc poprzez nieokreślenie i pozostawienie na dowolne wskazanie przez wykonawców długości trwania okresu gwarancji podczas gdy zaoferowanie różnego okresu długości gwarancji spowoduje nieporównywalność ofert;
5. art. 433 pkt 3 ustawy Pzp w związku z art. 8 ust 1 ustawy Pzp, art. 353¹ kc w zw. z art. 647 i art. 649 kc poprzez przewidzenie przesłanek zmiany umowy w § 22 ust 4 wyłącznie w zakresie zmiany terminu bez zmiany przysługującego wykonawcy wynagrodzenia, podczas gdy: wykonawca nie ponosi odpowiedzialności za zdarzenia tam wymienione nie ma na nie wpływu i jednocześnie są to zdarzenia które, albo wynikają z wyłącznej winy zamawiającego lub organów administracji publicznej, za działania lub zaniechania których wykonawca też nie odpowiada lub zdarzeń ogólnych, na których żadna ze stron nie ma wpływu, co powoduje naruszenie klauzuli abuzywnej i niezasadnego oraz nadmiernego przerzucenia ryzyka na wykonawcę; ograniczenie możliwości zmiany umowy wyłącznie do terminu w sposób nieuzasadniony potrzebami zamawiającego uprzywilejowuje pozycję zamawiającego i narusza zasadę równowagi stron stosunku zobowiązaniowego, co pozostaje w sprzeczności z zasadami współżycia społecznego, godzi w naturę stosunku prawnego, naruszając tym samym równowagę kontraktową stron oraz stanowi nadużycie przez zamawiającego przysługującego mu prawa podmiotowego ukształtowania istotnych postanowień umownych;
6. art. 16 pkt 1,2,3 i art. 122 ust. 1 i art. 116 ust. 1 ustawy Pzp poprzez dokonanie opisu wymagań co do spełniania warunków udziału w postępowaniu w sposób ze sobą sprzeczny, niejasny, nieprecyzyjny co uniemożliwia określenie warunków udziału w postępowaniu, przez co nie jest możliwe złożenie wniosku a następnie oferty;

7. art. 439 ust. 1 i ust. 2 ustawy Pzp w zw. z art. 58 § 1 i 2 i art. 5 kc w zw. 8 ust. 1 ustawy Pzp poprzez sformułowanie § 24 projektu umowy w sposób uniemożliwiający dokonanie prawidłowej i zgodnej z celem przepisów ustawy zmiany wysokości wynagrodzenia wykonawcy w sytuacji zmiany cen materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia w przypadku, gdy umowa w sprawie zamówienia publicznego, której przedmiotem są roboty budowlane została zawarta na okres dłuższy niż 6 miesięcy.

Mając na uwadze powyższe zarzuty, wykonawca Strabag wniósł o nakazanie zamawiającemu dokonania czynności - zmiany treści SWZ i załącznika do SWZ Projektowane postanowienia umowy poprzez nadanie im treści zgodnej z przepisami i zasadami prawa oraz określenia ich w sposób jednoznaczny i precyzyjny. Mając na uwadze zasadę, iż gospodarzem postępowania a jednocześnie decydem w sprawie nadawania brzmienia poszczególnym zapisom umowy jest zamawiający, odwołujący wskazał na możliwe i rekomendowane przez niego nadanie brzmienia poszczególnym zapisom.

Izba ustaliła, że zamawiający w dniu 12 grudnia 2022 r. poinformował wykonawców o możliwości zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego. W terminie określonym w art. 525 ust. 1 ustawy Pzp do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego zgłosili swoje przystąpienie wykonawcy: Skanska S.A. z siedzibą w Warszawie, Mostostal Warszawa S.A. z siedzibą w Warszawie, NDI S.A. z siedzibą w Sopocie.

Zamawiający, działając w oparciu o art. 521 ust. 1 ustawy Pzp, złożył do akt sprawy odpowiedź na odwołanie (pismo z 30 grudnia 2022 r.), wnosząc o ich oddalenie jako niezasadnych. W piśmie poinformował, że dokonał zmian we wzorze umowy, spełniających większość żądań odwołujących, w szczególności w zakresie wysokości kar umownych, postanowień w zakresie wynagrodzenia oraz jego waloryzacji. Ponadto zamawiający dokonał zmiany warunków udziału w postępowaniu, wymaganych dokumentów składanych wraz wnioskiem oraz terminu składania wniosków tym samym spełniające większość żądań odwołujących. Jednocześnie stwierdził, że nie dokonał zmian zapisów Rozdziału IX pkt 2 SWZ (w zakresie kryteriów selekcji na potrzeby sporządzenia rankingu wniosków) oraz rozdziału XIX pkt 1 SWZ (w zakresie kryteriów oceny ofert), oprócz zmiany w zakresie usunięcia wymogu zatrudnienia w oparciu o umowę o pracę eksperta w zakresie wykonywania badań akustycznych.

Odwołujący 3 stycznia 2023 r. złożył do akt sprawy pismo procesowe w którym oświadczył, iż cofa odwołanie w niniejszej sprawie i wnosi o dokonanie odpowiedniego zwrotu wniesionej części opłaty od odwołania na rachunek odwołującego. Przedmiotowe pismo zostało złożone w formie elektronicznej i podpisane przez osobę upoważnioną do reprezentowania odwołującego.

W tym stanie rzeczy Izba, działając na podstawie art. 568 pkt 1 ustawy Pzp, umorzyła postępowanie odwoławcze, orzekając w formie postanowienia.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 557 i 575 ustawy Pzp w zw. z § 9 ust. 1 pkt 3 lit. a) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437) orzekając o dokonaniu na rzecz odwołującego zwrotu z rachunku Urzędu Zamówień Publicznych kwoty uiszczonej tytułem wpisu, w wysokości stanowiącej 90% jego wartości.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....