

Sygn. akt: KIO 3091/22

**POSTANOWIENIE
z dnia 30 listopada 2022 r.**

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Joanna Gawdzik – Zawalska

Protokolant: Klaudia Kwadrans

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym w dniu 30 października 2022 r. w Warszawie odwołania wniesionego w dniu 21 listopada 2022 r. przez wykonawcę:

ERBUD INTERNATIONAL Sp. z o.o. (Jasionka 942, 36-002 Jasionka)

ubiegającego się o udzielenie zamówienia publicznego w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego:

Politechnika Lubelska (ul. Nadbystrzycka 38 D, 20-618 Lublin)

postanawia:

1. Umorzyć postępowanie odwoławcze;
2. Nakazać zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz odwołującego kwoty 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) stanowiącą 100 % należnego wpisu.

Stosownie do art. 579 ust.1 i art. 580 ust.1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (tj.: Dz.U. z 2022 r., poz. 1710 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:

Uzasadnienie

W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym w trybie podstawowym bez negocjacji przez Politechnika Lubelska (ul. Nadbystrzycka 38 D, 20-618 Lublin) (dalej: „Zamawiający”) na: przebudowę Domu Studenckiego nr 1 Politechniki Lubelskiej w ramach dostosowania do nowelizacji przepisów przeciwpożarowych i podniesienia standardu w pokojach mieszkalnych. Numer referencyjny: KP-272-PNU-91/2022 (dalej: „Postępowanie”) w dniu 21 listopada 2022 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w Warszawie wniesione zostało odwołanie przez wykonawcę, którym jest ERBUD INTERNATIONAL Sp. z o.o. (Jasionka 942, 36-002 Jasionka) (dalej: „Odwołujący” lub „Wykonawca”).

Wykonawca wniósł odwołanie wobec niezgodnych z przepisami ustawy z dnia 11 września 2019 roku Prawo zamówień publicznych (tj.: Dz.U. z 2022 r., poz. 1710 z późn. Zm.) (dalej: „Ustawa” lub „Pzp”) czynności i zaniechań Zamawiającego:

- a) czynności ukształtowania konkretnych postanowień wzoru umowy (Załącznik nr 4 do Specyfikacji Warunków Zamówienia (dalej: „SWZ”);
- b) czynności ukształtowania konkretnych postanowień szczegółowego opisu przedmiotu zamówienia zawartego w treści dokumentacji technicznej, tj. w dokumencie Projekt Techniczny - „Opis Techniczny” części sanitarnej oraz dokumencie Specyfikacji Technicznej Wykonania i Odbioru Robót (dalej również: „STWiOR”) części sanitarnej stanowiących Załącznik nr 1 do SWZ.

Zaskarżonym czynnościom Zamawiającego Odwołujący zarzucił:

1. naruszenie art. 16 Pzp, art. 433 pkt 3 Pzp, art. 647 KC i art. 353/1 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny (t.j. Dz. U. z 2022 r. poz. 1360) (dalej: „KC”) w zw. z art. 8 ust. 1 Pzp, poprzez przyjęcie:

- w § 9 ust. 4 lit. b), lit c) oraz lit d) wzoru umowy, że końcowe wynagrodzenie Wykonawcy staje się wymagalne po spełnieniu łącznie warunków takich jak usunięcie wszystkich wad stwierdzonych podczas odbioru (lit. b), zapłacenie przez Wykonawcę wymagalnych zryczałtowanych kosztów zużycia mediów (lit.c), bezskuteczny upływ terminu na wniesienie sprzeciwu przez organ nadzoru budowlanego do użytkowania budynku (lit.d)

podczas gdy stwierdzenie w trakcie odbioru końcowego występowania wad o charakterze nieistotnym nie wyłącza dokonania odbioru końcowego przedmiotu umowy i nie pozbawia Wykonawcy prawa do wynagrodzenia, a jego odbiór powoduje wymagalność roszczenia o zapłatę wynagrodzenia, jak również nie jest dopuszczalne uzależnianie obowiązku zapłaty

wynagrodzenia (jego wymagalności) od zaistnienia zdarzeń przyszłych i niepewnych (w tym niezależnych od wykonawcy lub zależnych wyłącznie od Zamawiającego) i od poniesienia kosztów mediów,

2. naruszenie art. 16 pkt 1 i 2 Pzp, art. 437 ust. 1 pkt 4) Pzp, art. 65 KC, art. 353/1 KC w zw. z art. 8 ust. 1 Pzp poprzez przyjęcie:

- w § 9 ust. 7 wzoru umowy, że zapłata wymagalnego wynagrodzenia będzie następować w terminie 30 dni od daty łącznego spełnienia określonych w tym ustępie warunków, gdzie jednym z nich jest doręczenie Zamawiającemu wszystkich dokumentów, o których mowa w § 4 ust. 12 i w § 9 ust. 5 umowy, podczas gdy zgodnym zamiarem stron i celem umowy określonym w szczególności w § 9 ust. 5 wzoru umowy jest zapłata wykonawcy wynagrodzenia nawet jeśli nie przedstawi on wszystkich dowodów zapłaty, co jest równoznaczne ze wstrzymaniem wypłaty wynagrodzenia w części równej sumie kwot wynikających z nieprzedstawionych dowodów zapłaty, oraz wypłatą tego wynagrodzenia w pozostałej części w terminie 30 dni od dnia doręczenia faktury wystawionej zgodnie z umową;

3. naruszenie art. 16 pkt 1 i 3 Pzp, art. 484 KC, art. 483 § 1 KC, art. 647 KC i art. 353/1 KC w zw. z art. 8 ust. 1 Pzp poprzez:

a) wskazanie w § 16 ust. 2 lit. a) wzoru umowy, że kara umowna za zwłokę w wykonaniu Przedmiotu Umowy w terminie określonym w § 3 ust. 1 umowy wynosi 0,5 % wynagrodzenia brutto określonego w § 9 ust. 1 umowy, za każdy dzień zwłoki, i/lub

b) wskazanie w § 16 ust. 2 lit. b) wzoru umowy, że kara umowna za zwłokę w wykonaniu konkretnego etapu/zadania/zakresu Przedmiotu Umowy wynosi 0,5 % wynagrodzenia brutto przypadającego za dany etap robót budowlanych, za każdy dzień zwłoki w stosunku do terminów wynikających z zatwierdzonego przez Zamawiającego harmonogramu rzeczowo - finansowego

c) wskazanie w § 16 ust. 2 lit. c) wzoru umowy, że kara umowna za zwłokę w usunięciu wad stwierdzonych przy odbiorze końcowym Przedmiotu Umowy, a także w okresie gwarancji jakości i/lub rękojmi za wady, wynosi 0,5 % wartości maksymalnego wynagrodzenia brutto określonego w § 9 ust. 1 Umowy, za każdy dzień zwłoki, i/lub

d) wskazanie w § 16 ust. 9 wzoru umowy, że łączna wysokość kar umownych nie może przekroczyć 50 % łącznego wynagrodzenia brutto określonego w § 9 ust. 1 umowy

4. naruszenie art. 16 pkt 1, pkt 2 i pkt 3 Pzp, art. 99 ust. 4 Pzp, art. 99 ust. 5 i ust. 6 Pzp, art. 353/1 KC w zw. z art. 8 ust. 1 Pzp poprzez wskazanie:

- w dokumencie Projekt Techniczny - „Opis Techniczny” części sanitarnej stanowiącym element Załącznika nr 1 do SWZ w zakresie instalacji wentylacji, że należy wykonać:

- nawiewniki EXR.HP,
- wentylatory VCR.HD

- wentylatory VCR.PD
- wentylatory RAT (w tym RAT.160.600, RAT .125.350)
- wentylatory VAM
- kratki wyciągowe higrosterowane BXC273
- w dokumencie Specyfikacji Technicznej Wykonania i Odbioru Robót (STWiOR) część sanitarna w zakresie wymagań dotyczących wykonania i odebrania instalacji wentylacji, w szczególności w rozdziale pn. „CPV 45331210-1 instalowanie wentylacji”, w pkt 2 (wymagania dotyczące właściwości materiałów) oraz w pkt 4 (wymagania dotyczące wykonania robót), że należy wykonać:
 - nawiewniki typu EXR.HP
 - wentylatory RAT.HB
 - wentylatory RAT.PB,
 - wentylatory kanałowe RAT.125.350
 - wentylatory kanałowe RAT.160.600
 - wentylatory HAT,
 - wentylatory wyciągowe typ VCR.HD
 - wentylatory wyciągowe typ VCR.PD
 - tłumiki HAT.125.1B.HD Aereco
 - kratki higrosterowane BXC273 AERECO
 - kratki wyciągowe ciśnieniowe BAP AERECO
 - wentylator dachowy HAT.125.1B.HD Aereco

podczas gdy przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję, w szczególności przez wskazanie znaków towarowych lub pochodzenia, czy źródeł wskazujących na produkty dostarczane przez konkretnego wykonawcę, prowadząc do uprzywilejowania lub wyeliminowania niektórych produktów (materiałów i urządzeń), gdzie jedynie wyjątkowo można opisać przedmiot zamówienia przez wskazanie znaków towarowych, patentów lub pochodzenia, czy też źródła, jeżeli zamawiający nie może opisać przedmiotu zamówienia w wystarczająco precyzyjny i zrozumiały sposób, a wskazaniu takiemu towarzyszą wyrazy "lub równoważny" i przy jednoczesnym wskazaniu kryteriów stosowanych w celu oceny równoważności.

5. naruszenie art. 16 pkt 1, pkt 2 i pkt 3, art. 99 ust. 4 Pzp, art. 101 ust. 1, ust. 2 i ust. 3 Pzp, art. 3531 KC w zw. z art. 8 ust. 1 Pzp poprzez wskazanie w dokumencie Projekt Techniczny - „Opis Techniczny” części sanitarnej stanowiącym element Załącznika nr 1 do SWZ, odnośnie instalacji wentylacji (na str. 9 tego dokumentu), że „wymaga się aby zastosowany system wentylacji posiadał udokumentowaną przeprowadzonymi badaniami minimalną kategorię efektywności energetycznej A2 i stanowił, jako przebadany ????, spójną całość”, podczas gdy żaden odrębny przepis nie uzależnia dopuszczenia systemu

wentylacji, jak i jego poszczególnych elementów, do obrotu (zastosowania w budownictwie), od posiadania „minimalnej kategorii efektywności energetycznej A2” udokumentowanej stosownymi badaniami, a przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję, w szczególności przez wskazanie m.in. szczególnego procesu, który charakteryzuje produkty lub usługi dostarczane przez konkretnego wykonawcę, jeżeli mogłoby to doprowadzić do uprzywilejowania lub wyeliminowania niektórych wykonawców lub produktów, jak również w praktyce wyklucza zastosowanie materiałów i urządzeń równoważnych pochodzących od innych producentów,

6. naruszenie art. 16 Pzp, art. 99 ust. 4 i ust. 5 i ust. 6 Pzp, art. 353 KC w zw. z art. 8 ust. 1 Pzp poprzez wskazanie w dokumencie Projekt Techniczny - „Opis Techniczny” część sanitarna stanowiącym element Załącznika nr 1 do SWZ w zakresie instalacji wentylacji na str. 9 tego dokumentu, że „użyte w dokumentacji projektowej znaki towarowe materiałów i urządzeń należy traktować jako rozwiązania techniczne umożliwiające realizację pozostałych elementów obiektu” oraz, że „mogą one być zastąpione innymi rozwiązaniami technicznymi materiałami i urządzeniami o równoważnych lub lepszych parametrach pod warunkiem dokonania i przedstawienia Zamawiającemu ponownych obliczeń technicznych potwierdzających możliwość takiej zamiany oraz dostosowania pozostałych elementów obiektu związanych z zastosowanymi zamiennikami bez utraty przewidzianego standardu obiektu i jakości robót”,

podczas gdy przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję, w szczególności prowadząc do uprzywilejowania lub wyeliminowania niektórych produktów poprzez dopuszczenie możliwości stosowania materiałów i urządzeń równoważnych w sposób jedynie iluzoryczny i w praktyce wyklucza zastosowanie materiałów i urządzeń równoważnych pochodzących od innych producentów,

W związku z powyższymi zarzutami Odwołujący wnosil o nakazanie Zamawiającemu zmiany wzoru umowy stanowiącego Załącznik nr 4 do SWZ, a także zmiany treści dokumentu Projekt Techniczny - „Opis Techniczny” części sanitarnej oraz dokumentu STWiOR część sanitarna składających się na Załącznik nr 1 (Dokumentacja Techniczna) w następujący sposób:

ad. pkt. 1 powyżej – poprzez zmianę § 9 ust. 4 wzoru umowy i nadanie mu następującego brzmienia:

„4. Końcowe wynagrodzenie Wykonawcy staje się wymagalne po spełnieniu łącznie następujących warunków:

- a) wykonania przez Wykonawcę 100% zakresu robót określonego w zatwierdzonym przez Zamawiającego harmonogramie rzeczowo- finansowym, o którym mowa w §1 ust. 4 Umowy.

- b) podpisania przez upoważnionych przedstawicieli Zamawiającego i Wykonawcy Protokołu Odbioru Końcowego robót.”

ad. pkt 2 powyżej - poprzez zmianę § 9 ust. 7 wzoru umowy i nadanie mu następującego brzmienia:

„7. Zapłata wymagalnego wynagrodzenia będzie następować w formie przelewu w terminie 30 dni od daty łącznego spełnienia następujących warunków:

a) doręczenia Zamawiającemu prawidłowo wystawionej faktury częściowej lub końcowej, obrazującej wymagalne wynagrodzenie częściowe lub końcowe, o których mowa odpowiednio w ust. 3 i 4

b) doręczenia Zamawiającemu dokumentów, o których mowa w § 4 ust. 12 i ust. 5 niniejszego paragrafu, z zastrzeżeniem zapłaty zgodnie z ust. 5 ostatnie zdanie niniejszego paragrafu”

ad. pkt 3 lit. od a do c powyżej - zmianę § 16 ust. 2 lit a) - c) wzoru umowy poprzez nadanie tym postanowieniom następującego brzmienia:

„a) za zwłokę Wykonawcy w wykonaniu Przedmiotu Umowy w wysokości 0,05 % wartości wynagrodzenia brutto, określonego w § 9 ust. 1 Umowy, za każdy dzień zwłoki w stosunku do terminu określonego w § 3 ust. 1 Umowy;

b) za zwłokę w wykonaniu konkretnego etapu/zadania/zakresu Przedmiotu Umowy w wysokości 0,05 % wartości wynagrodzenia brutto przypadającego za dany etap robót budowlanych, za każdy dzień zwłoki w stosunku do terminów wynikających z zatwierdzonego przez Zamawiającego harmonogramu rzeczowo - finansowego;

c) za zwłokę Wykonawcy, w usunięciu wad stwierdzonych przy odbiorze końcowym Przedmiotu Umowy, a także w okresie gwarancji jakości i/lub rękojmi za wady - w wysokości 0,05 % wartości maksymalnego wynagrodzenia brutto, określonego w § 9 ust. 1 Umowy, za każdy dzień zwłoki w stosunku do terminów usunięcia tych wad, wyznaczonych na podstawie § 12-14 Umowy”

ad. pkt 3 lit. d powyżej - zmianę § 16 ust. 9 wzoru umowy poprzez nadanie mu następującego brzmienia:

„9. Łączna maksymalna wysokość kar umownych, których Strona może dochodzić od drugiej Strony, nie może przekroczyć 20 % łącznego wynagrodzenia brutto, o którym mowa w § 9 ust. 1 Umowy.”

ad. pkt 4 powyżej - poprzez zmianę treści dokumentu Projekt Techniczny - „Opis Techniczny” część sanitarna oraz zmianę treści dokumentu Specyfikacji Technicznej Wykonania i Odbioru Robót (STWiOR) część sanitarna stanowiących element Załącznika nr 1 do SWZ (Dokumentacja techniczna) i usunięcie z ich treści odnośnie instalacji wentylacji, ich opisu technicznego, opisu materiałów i robót do jej wykonania, zestawień materiałów odnoszących się do instalacji wentylacji, następujących nazw materiałów i urządzeń oraz ich

typów, wskazujących na pochodzenie od konkretnego producenta (dostawcy), takich jak w szczególności:

- „EXR.HP”,
- „VCR.HD”
- „VCR.PD”
- „RAT”
- „RAT.HB”
- „RAT.PB”,
- „RAT.160.600”
- „RAT.125.350”
- „VAM”
- „BXC273”
- „HAT”,
- „HAT.125.1B.HD Aereco”
- „BXC273 AERECO”
- „BAP AERECO”

oraz takie ukształtowanie postanowień wskazanych dokumentów aby zapewniały poszanowanie uczciwej konkurencji, w szczególności poprzez wskazanie odpowiednich parametrów urządzeń i materiałów wystarczających do wykonania instalacji wentylacji tak aby zapewniały jej wykonanie w sposób obiektywnie uzasadniony potrzebami Zamawiającego i bez wskazywania na urządzenia i materiały pochodzące od konkretnego producenta,

ad. pkt 5 powyżej - poprzez zmianę treści dokumentu Projekt Techniczny - „Opis Techniczny” część sanitarna stanowiącego element Załącznika nr 1 do SWZ i usunięcie z jego treści odnośnie opisu technicznego instalacji wentylacji znajdujących się na str. 9 tego dokumentu następującego wymogu:

„Wymaga się aby zastosowany system wentylacji posiadał udokumentowaną przeprowadzonymi badaniami minimalną kategorię efektywności energetycznej A2 i stanowił jako przebadany spójną całość”

ad. pkt 6 powyżej - poprzez zmianę treści dokumentu Projekt Techniczny - „Opis Techniczny” część sanitarna stanowiącego element Załącznika nr 1 do SWZ i usunięcie z jego treści odnośnie opisu technicznego instalacji wentylacji znajdujących się na str. 9 tego dokumentu następującego stwierdzenia:

„Użyte w dokumentacji projektowej znaki towarowe materiałów i urządzeń należy traktować jako rozwiązania techniczne umożliwiające realizację pozostałych elementów obiektu. Mogą one być zastąpione innymi rozwiązaniami technicznymi, materiałami i urządzeniami o równoważnych lub lepszych parametrach pod warunkiem dokonania i

przedstawienia Zamawiającemu ponownych obliczeń technicznych potwierdzających możliwość takiej zamiany oraz dostosowania pozostałych elementów obiektu związanych z zastosowanymi zamiennikami bez utraty przewidzianego standardu obiektu i jakości robót”

Pismem z dnia 29 listopada 2022 r. Zamawiający uznał odwołanie w części tj. co do zarzutów wskazanych w części pkt.1-2, 3 lit. d), 4-6 odwołania. W pozostałym zakresie tj. co do zarzutów wskazanych w części II pkt. 3 lit. a)-c) wnosił o ich oddalenie wobec dokonania ich modyfikacji w dniu 29 listopada 2022 r.

Pismem z dnia 29 listopada 2022 r. Wykonawca cofnął odwołanie w pozostałym zakresie, tj. co do zarzutów wskazanych w pkt. 3 lit. a)-c) powyżej.

Izba stwierdziła, że Zamawiający i Odwołujący przesłali wzajemnie pisma procesowe.

Izba nie dopatrzyła się zaistnienia przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 528 Ustawy.

Izba uznała, że Odwołujący wykazał interes w uzyskaniu zamówienia i możliwość poniesienia szkody jako przesłanki materialnoprawnej dopuszczalności odwołania z art. 505 ust. 1 Ustawy.

Wobec złożenia przed rozprawą przez Zamawiającego oświadczenia o uwzględnieniu części zarzutów odwołania oraz przez Odwołującego o wycofaniu złożonego odwołania w zakresie nieuwzględnionym przez Zamawiającego a także wobec braku zgłoszenia przystąpienia po stronie Zamawiającego Izba uznała, że zachodzą przesłanki do umorzenia postępowania w trybie art. 568 pkt. 3) w zw. z art. 522 ust. 3 Ustawy. Odwołanie zostało w zakresie nieuwzględnionym skutecznie wycofane przed otwarciem rozprawy zgodnie z art. 520 Ustawy przewidującym, że: „1. Odwołujący może cofnąć odwołanie do czasu zamknięcia rozprawy. 2. Cofnięte odwołanie nie wywołuje skutków prawnych, jakie ustawa wiąże z wniesieniem odwołania do Prezesa”. Stąd zachodzą przesłanki umożliwiające umorzenie postępowania w trybie art. 568 pkt. 3) w zw. z art. 522 ust. 3 Ustawy.

Na posiedzeniu niejawnym, które odbyło się bez udziału stron i uczestników w związku z § 13 ust. 1 pkt 6 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie postępowania przy rozpoznawaniu odwołań przez Krajową Izbę Odwoławczą (Dz. U. poz. 2453) Izba w sytuacji opisanej w art. 568 Ustawy, wydała postanowienie o umorzeniu postępowania odwoławczego.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 557 i art. 575 Ustawy w zw. z § 9 ust. 2 lit. b) 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

KIO 3091/22

r. poz. 2437), nakazując dokonanie na rzecz Odwołującego zwrotu z rachunku Urzędu Zamówień Publicznych 100 % kwoty uiszczonej tytułem wpisu.

Mając na uwadze powyższe Izba orzekła jak w sentencji

Przewodniczący: