

POSTANOWIENIE
z dnia 26 sierpnia 2021 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Irmina Pawlik
Jolanta Markowska
Magdalena Rams

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron w dniu 26 sierpnia 2021 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 19 lipca 2021 r. przez wykonawcę PJM Invest Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa z siedzibą w Kielcach w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Świętokrzyskie Centrum Onkologii Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej z siedzibą w Kielcach

postanawia:

1. umarza postępowanie odwoławcze;
2. nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz wykonawcy PJM Invest Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa z siedzibą w Kielcach kwoty 18 000 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy złotych zero groszy) stanowiącej 90% uiszczzonego 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 2021 r. poz. 1129) 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

Zamawiający Świętokrzyskie Centrum Onkologii Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej z siedzibą w Kielcach (dalej jako „Zamawiający”) prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Zwiększenie efektywności energetycznej budynków należących do Świętokrzyskiego Centrum Onkologii w formule zaprojektuj i wybuduj” (nr ref. AZP.2411.67.2021.MK). Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 9 lipca 2021 r. pod numerem 2021/S 131-344563. Do ww. postępowania o udzielenie zamówienia zastosowanie znajdują przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 1129, dalej „ustawa Pzp”). Wartość szacunkowa zamówienia przekracza progi unijne, o których mowa w art. 3 ust. 1 ustawy Pzp.

W dniu 19 lipca 2021 r. wykonawca PJM Invest Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa z siedzibą w Kielcach (dalej jako „Odwołujący”) wniósł odwołanie w ww. postępowaniu wobec treści ogłoszenia o zamówieniu i specyfikacji warunków zamówienia („SWZ”), zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 112 w zw. z art. 115 oraz art.16 i 17 ustawy Pzp poprzez opisanie w Sekcji III.1.2.1) Ogłoszenia o zamówieniu oraz w Rozdziale III pkt.4 SWZ warunków udziału w postępowaniu w zakresie ekonomicznej lub finansowej w sposób niezapewniający gwarancji należytego wykonania umowy albowiem posiadanie środków finansowych w wysokości jedynie 3.000.000 złotych nie zapewni wykonania kontraktu o wartości 24 610 719,28;
2. art.112 w zw. z art. 116 oraz art.16 i 17 i art 242 ust.2 pkt.5 ustawy Pzp w zw. z Rozdziałem XII ust.2 pkt.1, 2 i 3 SWZ poprzez opisanie w Sekcji III.1.3.1) a) i b) i sekcji III.1.3.2) a) i Sekcji VI.3 e) f) i g) Ogłoszenia o zamówieniu oraz w Rozdziale III pkt. 5.1 a) i b), pkt 5.2 a), e), f) i g) SWZ warunków udziału w postępowaniu w zakresie dotyczącym zdolności technicznej lub zawodowej w sposób nadmierny, nieproporcjonalny i zbyt rygorystyczny oraz opisanie w sekcji III.1.3.2) a) i Sekcji VI.3 e) f) i g) Ogłoszenia o zamówieniu i Rozdziale III pkt 5.2 a), e), f) i g) SWZ warunków udziału w postępowaniu w zakresie dotyczącym zdolności technicznej lub zawodowej w sposób nadmierny, nieproporcjonalny i zbyt rygorystyczny, w związku z dodatkowym kryterium doświadczenie zawodowe;
3. art. 58 w zw. z art. 117 oraz art. 16 i 17 ustawy Pzp poprzez wyeliminowanie w swej istocie możliwość ubiegania się o zamówienia wspólnie przez kilku wykonawców;
4. art. 134 ust. 1 pkt 20 w zw. z art. 431, art. 433 i art. 16 i 17 oraz art. 8 ustawy Pzp w zw. z art. 5 oraz art. 353¹ kodeksu cywilnego poprzez ukształtowanie warunków umowy

o realizację zamówienia publicznego w sposób sprzeczny z zasadą równowagi stron stosunku zobowiązaniowego, zasadami współżycia społecznego a tym samym w sposób naruszający zasadę prowadzenia postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji, polegające na:

- możliwości obarczenia Wykonawcy w § 20 ust. 2 pkt 1), 2), 3) Projektu Istotnych postanowień umowy obowiązkiem zapłaty kary umownej w wysokości 20% wynagrodzenia umownego brutto, podczas gdy kara umowna w wysokości 20% wynagrodzenia umownego brutto jest karą rażąco i nadmiernie wygórowaną;
- uprawnieniu Zamawiającego do obciążenia Wykonawcy w § 20 ust. 7 Projektu Istotnych karami umownymi w łącznej wysokości 25% wynagrodzenia umownego brutto, podczas gdy obciążenie wykonawcy karami umownymi w wysokości 25% wynagrodzenia umownego brutto jest rażąco i nadmiernie wygórowane;
- obarczenia Wykonawcy w § 20 ust. 2 pkt. 1) Projektu Istotnych postanowień umowy obowiązkiem zapłaty kary umownej w przypadku odstąpienia przez Zamawiającego od umowy z „powodu okoliczności zależnych od Wykonawcy” zamiast z „winy Wykonawcy”, podczas gdy brak jest jakiegokolwiek uzasadnienia obciążania Wykonawcę ponad miarę przyjętą w kodeksie cywilnym a także możliwość żądania przez Zamawiającego tej kary umownej niezależnie od innych zastrzeżonych kar umownych (w tym w szczególności kar za zwłokę w wykonaniu umowy);
- obarczenia Wykonawcy w § 20 ust. 2 pkt. 5) Projektu Istotnych postanowień umowy obowiązkiem zapłaty kary umownej w wysokości 50.000 złotych za każde dokonanie przez Zamawiającego bezpośredniej płatności na rzecz Podwykonawców lub dalszych Podwykonawców w sytuacji gdy brak jest jakichkolwiek przesłanek do tak wysokiego obciążenia za to przewinienie (np. w porównaniu do kary umownej za nieprzedłożenie kopii umowy o podwykonawstwo);
- wprowadzenie w § 19 ust. 6 Projektu Istotnych postanowień umowy nieznanego w Ustawie obowiązku zachowania ciągłość zabezpieczenia należytego wykonania umowy poprzez przedłużenie zabezpieczenia z tytułu należytego wykonania umowy w przypadku gdy stan zaawansowania robót wskazywać będzie na to, iż wykonanie robót nastąpi po terminie zakończenia realizacji przedmiotu umowy przewidzianym w § 2 umowy;
- obarczenia Wykonawcy w § 20 ust. 2 pkt. 11) Projektu Istotnych postanowień umowy obowiązkiem zapłaty kary umownej w wysokości 1.000 złotych za każdy dzień zwłoki w przypadku nieprzedłożenia dowodu przedłużenia zabezpieczenia należytego wykonania zamówienia w trybie § 18 ust. 6 (prawdopodobnie nastąpiła omyłka i chodziło o § 19 ust.6);

- wprowadzenie w § 20 ust. 3 Projektu Istotnych postanowień umowy możliwości potrącania kar umownych z wynagrodzenia przysługującego Wykonawcy na podstawie pisemnego oświadczenia w tej sprawie złożonego mu przez Zamawiającego (noty księgowej) podczas gdy jest to niezgodne z art. 15r¹ ustawy z dnia 2 marca 2020 r. o szczególnych rozwiązaniach związanych z zapobieganiem, przeciwdziałaniem i zwalczaniem COVID-19, innych chorób zakaźnych oraz wywołanych nimi sytuacji kryzysowych;
- zastrzeżeniu dla Zamawiającego w § 20 ust. 2 pkt. 4 Projektu Istotnych postanowień umowy kary umownej za zwłokę w wykonaniu prac projektowych lub robót budowlanych w terminach wskazanych w zatwierdzonym przez Zamawiającego harmonogramie rzeczowo finansowym i niniejszej Umowy - w wysokości 0,1 % wartości brutto tych prac lub robót ustalonych w ww. harmonogramie, za każdy dzień zwłoki – przy czym kara ta jest niezależna od kary umownej wskazanej w § 20 ust. 2 pkt.1 i 2 Projektu Istotnych postanowień umowy co prowadzi do obarczenia Wykonawcy zbyt dużym i nieuzasadnionym ryzykiem kontraktowym a w dodatku jest niezgodne z ugruntowanym orzecznictwem Sądu Najwyższego (por. uchwała SN z dnia 18 lipca 2021 roku, III CZP 39/12);
- zastrzeżenie w § 21 ust. 8 Projektu Istotnych postanowień umowy uprawnienia do odmowy odbioru przedmiotu umowy w sytuacji kiedy wady nadają się do usunięcia (gdy tymczasem w takiej sytuacji należy rozróżnić wady umożliwiające eksploatacją obiektu co winno prowadzić do odbioru i dalszego procedowania w trybie usterkowym lub uniemożliwiającą taką eksploatację);
- zastrzeżenie w § 23 ust. 1 pkt. 1 Projektu Istotnych postanowień umowy uprawnienia do odstąpienia od umowy w przypadku nierozpoczęcia przez Wykonawcę realizacji umowy w terminie 7 dni od podpisania umowy (z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy) pomimo wezwania do ich podjęcia złożonego przez Zamawiającego na piśmie – zamiast z winy Wykonawcy;
- zastrzeżenie w § 23 ust. 1 pkt. 3) Projektu Istotnych postanowień umowy uprawnienia do odstąpienia od umowy w przypadku gdy Wykonawca wykonuje roboty wadliwie, niezgodnie z umową lub stosuje materiały niezgodne z wymaganiami technicznymi, a Zamawiający bezskutecznie wezwał go do wykonywania umowy zgodnie z umową i wymaganiami technicznymi i upłynął termin wskazany w wezwaniu, co w połączeniu z uniezależnieniem uprawnienia do odstąpienia od tego czy „wykonywanie robót wadliwie” prowadzi lub może prowadzić do nieusuwalnych wad przedmiotu zamówienia oraz brakiem definicji „wykonywania robót wadliwie” uprawnia Zamawiającego do odstąpienia od Umowy faktycznie według uznania i naliczenia Wykonawcy z tego tytułu kary umownej w wysokości 20 % wynagrodzenia brutto;

- obciążenie Wykonawcy w § 2 pkt. 5 Projektu Istotnych postanowień umowy odpowiedzialnością za osiągnięcie wskaźników zakładanych w projekcie unijnym co jest w swej istocie przerzuceniem na Wykonawcę ryzyka jakie podjął Zamawiający realizując ten projekt zaś dodatkowo Wykonawca nawet nie zna tych wskaźników, oraz wpływu realizacji Umowy na ten projekt, Wykonawca winien ponosić odpowiedzialność wyłącznie za należyte wykonanie przedmiotu zamówienia a nie za jakieś enigmatyczne „wskaźniki unijne”;
5. art. 99 w zw. z art. 103 ust.2 ustawy Pzp poprzez nałożenie w pkt. 1.3 (Uwarunkowania formalno-prawne), Warunki wykonania robót budowlanych i dokumentacji powykonawczej lit. a) załącznika nr 2 - Program Funkcjonalno-Użytkowy obowiązku zdobycia wszelkich informacji, które mogą być niezbędne do przygotowania oferty oraz należytego wykonania Przedmiotu Zamówienia, gdy tymczasem przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty a nie narzuca na Wykonawcę „obowiązku zdobywania informacji.”

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości i dokonanie modyfikacji ogłoszenia o zamówieniu oraz SWZ w sposób szczegółowo opisany w pkt V *petitum* odwołania.

Izba stwierdziła, iż w terminie wynikającym z art. 525 ust. 1 ustawy Pzp do postępowania odwoławczego nie zgłosił przystąpienia żaden wykonawca.

Izba ustaliła, iż w dniu 25 sierpnia 2021 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło oświadczenie Odwołującego o wycofaniu odwołania, podpisane przez pełnomocnika umocowanego do działania w imieniu Odwołującego zgodnie z dokumentami znajdującymi się w aktach sprawy.

Art. 520 ust. 1 ustawy Pzp stanowi, iż odwołujący może cofnąć odwołanie do czasu zamknięcia rozprawy. Zgodnie z ust. 2 tego przepisu cofnięte odwołanie nie wywołuje skutków prawnych, jakie ustawa wiąże z wniesieniem odwołania do Izby.

Biorąc pod uwagę powyższe, Izba uznała, że zachodzą podstawy do umorzenia postępowania odwoławczego w oparciu o art. 568 pkt 1 ustawy Pzp, w myśl którego Izba umarza postępowanie odwoławcze, w formie postanowienia, w przypadku cofnięcia odwołania.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 557 i art. 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).

Przewodniczący:
.....
.....