

Sygn. akt: KIO 761/21

POSTANOWIENIE

z dnia 21 kwietnia 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Agnieszka Trojanowska**

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron w dniu 21 kwietnia 2021 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dnia 9 marca 2021 r. przez **wykonawcę Mostostal Zabrze Gliwickie Przedsiębiorstwo Budownictwa Przemysłowego Spółka Akcyjna z siedzibą w Gliwicach, Plac Piastów 10** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego – **Gmina Świętochłowice, ul. Katowicka 54**

postanawia:

1. Umorzyć postępowanie.
2. Nakazać zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych kwoty 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) na rzecz **wykonawcy Mostostal Zabrze Gliwickie Przedsiębiorstwo Budownictwa Przemysłowego Spółka Akcyjna z siedzibą w Gliwicach, Plac Piastów 10** tytułem zwrotu 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 (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:

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na Wykonanie robót budowlanych na potrzeby realizacji inwestycji pn. Termomodernizacja budynku OSiR „Skałka” w Świętochłowicach wraz z uzyskaniem pozwolenia na użytkowanie zostało wszczęte ogłoszeniem nr 2021/BZP 00013343/01 z dnia 4.03.2021 roku.

W dniu 9 marca 2021 r. wykonawca Mostostal Zabrze Gliwickie Przedsiębiorstwo Budownictwa Przemysłowego Spółka Akcyjna z siedzibą w Gliwicach, Plac Piastów 10 – dalej odwołujący wniósł odwołanie. Odwołanie zostało wniesione przez pełnomocnika działającego na podstawie pełnomocnictwa z dnia 9 marca 2021 r. udzielonego przez dwóch wiceprezesów zarządu ujawnionych w KRS i upoważnionych do łącznej reprezentacji, zgodnie z odpisem z KRS. Kopia odwołania została przekazana zamawiającemu w dniu 9 marca 2021 r.

Odwołujący skarżąc postanowienia SWZ zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1. art. 99 ust. 6 ustawy, przez zaniechanie wskazania w opisie przedmiotu zamówienia kryteriów stosowanych w celu oceny równoważności rozwiązań oferowanych przez wykonawców;
2. art. 433 pkt 3 ustawy, przez przerwienie w §1 ust. 5 projektu umowy na wykonawcę odpowiedzialności za okoliczności, za które wyłączną odpowiedzialność ponosi zamawiający;
3. art. 99 ust. 1 ustawy i ust. 4 ustawy, przez niejednoznaczne i niejasne sformułowanie reguł w zakresie ryzyk wynikających z §1 ust. 5 projektu umowy, co - w konsekwencji - uniemożliwia uzyskanie przez zamawiającego precyzyjnie wycenionych i porównywalnych ofert w Postępowaniu;
4. art. 433 pkt 3 ustawy, przez przerwienie w §2 ust. 3 zd. 1 projektu umowy na wykonawcę odpowiedzialności za okoliczności, za które wyłączną odpowiedzialność ponosi Zamawiający;
5. art. 99 ust. 1 i ust. 4 ustawy, przez nieprecyzyjne i niejasne sformułowanie w §3 ust. 4 zd. 1 projektu umowy reguł rządzących płatnościami częściowymi, gdyż nie daje on podstaw do ustalenia, czy przedmiotem odbiorów częściowych będą: [a] roboty faktycznie wykonane w danym miesięcznym okresie rozliczeniowym; czy też [b] wyłącznie ukończone w danym miesięcznym okresie rozliczeniowym etapy robót określone w harmonogramie rzeczowofinansowym, co narusza uczciwą konkurencję, gdyż prowadzi do uwzględnienia w ofertach różnych systemów finansowania realizacji inwestycji;
6. art. 99 ust. 1 i ust. 4 ustawy, przez nieprecyzyjne opisanie zakresu obowiązku przeprowadzenia szkoleń, o którym mowa w §3 ust. 12 projektu umowy, gdyż zamawiający

zaniechał opisanie tego obowiązku za pomocą jakichkolwiek obiektywnych i mierzalnych kryteriów;

7. art. 99 ust. 1 i ust. 4 w zw. z art. 644 k.c. i art. 656 §1 k.c., przez określenie w §4 ust. 14 projektu umowy generalnej i sprzecznej z art. 644 k.c. w zw. z art. 656 §1 k.c, reguły, zgodnie z którą: W przypadku odstąpienia przez zamawiającego od umowy w trakcie jej realizacji Wykonawcy przysługuje wynagrodzenie odpowiadające stopniowi zaawansowania prac, stwierdzone protokołem sporządzonym przy udziale zamawiającego;

8. art. 99 ust. 1 i ust. 4 ustawy, przez nieokreślenie przez zamawiającego w §5 ust. 6 projektu umowy terminu, w którym zamawiający ma zrealizować obowiązek powiadomienia wykonawcy o konieczności realizacji robót zamiennych lub dodatkowych;

9. art. 99 ust. 1 i ust. 4 ustawy w zw. z art. 395 §1 k.c., przez określenie w §6 ust. 1 projektu umowy umownego prawa odstąpienia bez wskazania wymaganego przez normę określoną w art, 395 §1 k.c. terminu wykonania umownego prawa odstąpienia;

10. art. 99 ust. 1 i ust. 4 ustawy w zw. z art. 644 k.c., przez uregulowanie skutków odstąpienia przez zamawiającego od umowy z przyczyn od niego zależnych, które zostały określone w §6 ust. 4 projektu umowy w sposób sprzeczny z normą określoną w art. 644 k.c.;

11. art. 99 ust. 1 i ust. 4 ustawy, przez zastrzeżenie w §14 ust. 1 pkt 13 projektu umowy kary umownej, której przesłanki są nieprecyzyjnie określone;

12. art. 99 ust. 1 i ust. 4 ustawy w zw. z art. 483 §1 k.c., przez zastrzeżenie w §14 ust, 1 pkt 15 projektu umowy kary umownej, która narusza normę określoną w art. 483 §1 k.c., gdyż wartość kary nie została przez zamawiającego określona;

13. art. 99 ust. 4 ustawy, przez uregulowanie przesłanek umownego prawa odstąpienia, określonych w §15 ust. 4 pkt 68 projektu umowy w sposób nieproporcjonalny do skali naruszeń zobowiązań wykonawcy i skali możliwych uszczerbków zamawiającego;

14. art. 99 ust, 4 ustawy, przez zaniechanie umożliwienia w §16 projektu umowy dokonania zmiany umowy polegającej na zwiększeniu wynagrodzenia wykonawcy w przypadku, gdy dojdzie do wydłużenia realizacji inwestycji z przyczyn nie dotyczących wykonawcy;

Wniósł o uwzględnienie odwołania i;

a. nakazanie zamawiającemu sformułowania kryteriów stosowanych w celu oceny równoważności, o których mowa w art. 99 ust. 6 ustawy;

b. nakazanie zamawiającemu usunięcia klauzuli określonej w §1 ust. 5 projektu umowy, zgodnie z którą: Wykonawca oświadcza, że zapoznał się z dokumentacją projektową oraz uwarunkowaniami wynikającymi z zezwoleń dotyczących realizacji inwestycji i nie wnosi do nich zastrzeżeń, a także, że nie widzi przeszkód do pełnego i terminowego wykonania przedmiotu umowy;

- c. nakazanie zamawiającemu doprecyzowania §5 ust. 1 projektu umowy, przez jednoznaczne wskazanie zakresu ryzyk, które zamawiający przerzuca na wykonawcę, co do dokumentacji projektowej i zezwoleń dotyczących realizacji inwestycji;
- d. nakazanie zamawiającemu usunięcia reguły określonej w §2 ust. 3 zd. 1 projektu umowy, zgodnie z którą: Wykonawca, nie później niż w dniu przekazania terenu budowy, zobowiązany jest do opracowania i przedłożenia zamawiającemu oświadczeń osób wchodzących w skład zespołu kierownictwa budowy o zapoznaniu się z dokumentacją projektową, umową o dofinansowanie, dokumentacją postępowania przetargowego poprzedzającego udzielenie zamówienia publicznego na roboty budowlane, umową na wykonanie robót budowlanych oraz wszystkimi dokumentami stanowiącymi podstawę realizacji inwestycji oraz o dokonaniu ich weryfikacji pod względem kompletności;
- e. nakazanie zamawiającemu doprecyzowania reguły określonej w §3 ust. 4 zd. 1 projektu umowy, przez przyjęcie, że: [a] odbiory częściowe i płatności częściowe będą realizowane w odniesieniu do robót faktycznie wykonanych w danym miesięcznym okresie rozliczeniowym; lub że [b] odbiory częściowe i płatności częściowe będą realizowane w odniesieniu do wykonanych w danym miesięcznym okresie rozliczeniowym pełnych etapów robót określonych w harmonogramie rzeczowo-finansowym;
- f. nakazanie zamawiającemu doprecyzowanie obowiązku szkoleń, o którym mowa w §3 ust. 12 projektu umowy, przez jednoznacznie wskazanie zakresu przedmiotowego szkoleń i jego wymiaru godzinowego;
- g. nakazanie zamawiającemu wyraźne wskazanie w §4 ust. 14 projektu umowy, iż reguła, zgodnie z którą: w przypadku odstąpienia przez zamawiającego od umowy w trakcie jej realizacji wykonawcy przysługuje wynagrodzenie odpowiadające stopniowi zaawansowania prac, stwierdzone protokołem sporządzonym przy udziale zamawiającego nie dotyczy przypadku, gdy zamawiający odstąpi na podstawie określonej w art. 644 k.c.;
- h. nakazanie zamawiającemu określenia w §5 ust. 6 projektu umowy, że zamawiający ma obowiązek pisemnego poinformowania wykonawcy o konieczności wykonania robót zamiennych lub dodatkowych w terminie 5 dni od dnia powzięcia przez zamawiającego informacji o konieczności realizacji tych robót;
- i. nakazanie zamawiającemu określenia w §6 ust. 1 projektu umowy, że zamawiający może ograniczyć zakres przedmiotu umowy na tej podstawie wyłącznie w terminie 90 dni od dnia jej zawarcia;
- J. nakazanie zamawiającemu eliminację skutków określonych w §6 ust. 4 projektu umowy w przypadkach, gdy zamawiający ograniczy przedmiot umowy w sytuacjach określonych w §6 ust. 1 projektu umowy, zależnych od zamawiającego tj. [a] gdy zamawiający uzna wykonanie części umowy za zbędne dla realizacji przedmiotu umowy; oraz [b] gdy zamawiający uzna wykonanie części umowy za nieleżące w interesie zamawiającego;

- k. nakazanie zamawiającemu doprecyzowanie, czy kara umowna określona w §14 ust. 1 pkt 13 projektu umowy będzie naliczana od 1 dnia zwłoki, czy od 15 dnia zwłoki wykonawcy;
- l. nakazanie zamawiającemu usunięcia kary umownej określonej w §14 ust. 1 pkt 14 projektu umowy;
- m. nakazanie zamawiającemu usunięcia przesłanek umownych praw odstąpienia, określonych w §15 ust. 4 pkt 68 projektu umowy;
- n. nakazanie zamawiającemu uzupełnienia podstaw zmiany umowy, określonych w §16, przez dodanie możliwości zwiększenia wynagrodzenia wykonawcy w przypadku, w którym dojdzie do wydłużenia realizacji inwestycji z przyczyn nie dotyczących wykonawcy;
- o. obciążenie zamawiającego kosztami postępowania odwoławczego według rachunków, które zostaną złożone podczas rozprawy, w tym zasądzenie od zamawiającego zwrotu kosztów zastępstwa radcowskiego;

W dniu 25 marca 2021 r. zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której po zapoznaniu się z treścią odwołania, zarzutami, uzasadnieniem tych zarzutów oraz żądaniami określonymi w odwołaniu zamawiający:

1. uznał odwołanie w części, tj. w zakresie zarzutów nr 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 11, 12,
2. wniósł o oddalenie odwołania w zakresie zarzutów nr 1, 9, 10, 13 i 14.

Jednocześnie zamawiający poinformował, że na wezwanie zamawiającego, które zostało udostępnione innym wykonawcom uczestniczącym w postępowaniu o udzielenie zamówienia za pomocą strony prowadzonego postępowania, do postępowania odwoławczego w terminie ustawowym określonym w przepisie art. 525 ust. 1 ustawy nie przystąpił żaden wykonawca.

W dniu 20 kwietnia 2021 r. odwołujący złożył oświadczenie o cofnięciu odwołania w zakresie zarzutów 1, 9, 10, 13, 14 i wniósł o umorzenie postępowania odwoławczego na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron na podstawie określonej w art. 522 ust. 3 ustawy, zniesienie kosztów o których mowa w par. 5 ust. 2 rozporządzenia z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowego rodzaju kosztów (...) na podstawie określonej w par. 9 ust. 1 pkt 2 ppkt. B rozporządzenia oraz o wydanie orzeczenia o zwrocie odwołującemu uiszczonych wpisów.

Izba zważyła, co następuje:

Izba nie dopatrzyła się zaistnienia przesłanek, które mogłyby skutkować odrzuceniem odwołania na podstawie art. 528 ustawy.

Izba oceniła, że odwołujący wykazał przesłankę materialnoprawną dopuszczalności odwołania, o której mowa w art. 505 ust. 1 ustawy.

Izba ustaliła, że zamawiający uwzględnił w części zarzuty odwołania, a odwołujący w

pozostałej części cofnął zarzuty odwołania. Izba ustaliła także, że do postępowania nie przystąpił żaden wykonawca.

Zgodnie z art. 522 ust. 3 ustawy w przypadku uwzględnienia przez zamawiającego części zarzutów przedstawionych w odwołaniu i wycofania pozostałych zarzutów przez odwołującego, 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 albo wykonawca, który przystąpił po stronie zamawiającego nie wniósł sprzeciwu wobec uwzględnienia części zarzutów. W takim przypadku zamawiający wykonuje, powtarza lub unieważnia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia, zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu w zakresie uwzględnionych zarzutów. W niniejszej sprawie wycofanie zarzutów nieuwzględnionych przez zamawiającego nastąpiło przed wyznaczonym na dzień 22 kwietnia 2021 r. posiedzeniem z udziałem stron i uczestnika, a zatem był to moment, w którym możliwe stało się wydanie postanowienia kończącego postępowanie odwoławczego.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 575 ustawy, tj. stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem postanowień 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) na podstawie par. 9 ust. 1 pkt 2 lit. b cyt. rozporządzenia znosząc wzajemnie koszty pomiędzy stronami o których mowa w par. 5 ust. 2 lit. b rozporządzenia tj. koszty zastępstwa prawnego i orzekła o dokonaniu zwrotu odwołującemu z rachunku bankowego Urzędu kwoty uiszczonej tytułem wpisu.

Przewodniczący:.....