

Sygn. akt: KIO 159/22

POSTANOWIENIE  
z dnia 26 stycznia 2022 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Irmina Pawlik

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron w dniu 26 stycznia 2022 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 19 stycznia 2022 r. przez wykonawcę Strabag Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Pruszkowie w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Białostockie Centrum Onkologii im. Marii Skłodowskiej-Curie w Białymstoku

przy udziale wykonawcy Budimex Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie 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 Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Pruszkowie kwoty 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczonej tytułem 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 2021 r. poz. 1129 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: .....

Sygn. akt: KIO 159/22

U z a s a d n i e n i e

Zamawiający Białostockie Centrum Onkologii im. Marii Skłodowskiej-Curie w Białymstoku prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie podstawowym na roboty budowlane związane z modernizacją i przebudową budynku nr 5 w Białostockim Centrum Onkologii (nr referencyjny: DZP.261.3.2022). Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia 14 stycznia 2022 r. pod numerem 2022/BZP 00020563/01. 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 ze zm., dalej „ustawa Pzp”). Wartość szacunkowa zamówienia nie przekracza progów unijnych, o których mowa w art. 3 ustawy Pzp.

W dniu 19 stycznia 2022 r. wykonawca Strabag Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Pruszkowie (dalej jako „Odwołujący”) wniósł odwołanie wobec treści specyfikacji warunków zamówienia opublikowanej przez Zamawiającego w dniu 14 stycznia 2022 r. Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 16 ust. 1, art. 99 ust. 1, art. 433 pkt 3 ustawy Pzp w zw. z art. 8 ust 1 ustawy Pzp, art. 353<sup>1</sup> k.c. w zw. z art. 647 k.c. i art. 651 k.c. poprzez niezasadne i bezpodstawne

przerzucenie na wykonawcę odpowiedzialności (m.in. w § 2 ust. 11,12,13, 14 pkt 2,3,4 wzoru umowy), w tym za dokumentację projektową oraz wady i nieściśności tej dokumentacji projektowej poprzez złożenie oświadczeń w momencie zawierania umowy, które eliminują lub znacząco utrudniają zgłaszanie roszczeń i wad w rozumieniu art. 651 k.c. Wykonawca ma z momentem podpisania umowy oświadczyć, że nie będzie wnosił żadnych roszczeń w stosunku do przekazanej mu dokumentacji projektowej oraz że otrzymał wszelkie niezbędne informacje, co jest niemożliwe do ustalenia w momencie zawarcia umowy. Umowa próbuje przenieść na wykonawcę ryzyko wyceny wszelkich niezbędnych prac i zakresu, nawet takiego jaki nie jest w stanie przewidzieć profesjonalny wykonawca robót. Dodatkowo w § 3 ust 4 Zamawiający w sposób niebudzący wątpliwości a całkowicie स्पечony z zasadami kształtowania umów przesuwa na Wykonawcę ryzyko wynikające z okoliczności niedających się przewidzieć na etapie sporządzania oferty.

2. art. 437 ust 1 pkt 4, art. 447 ust 1, art. 465 ust 1 i 3 w zw. z art. 16 pkt 3 ustawy Pzp w zakresie w jakim Zamawiający:

a) uzależnia dokonanie płatności wynagrodzenia na rzecz wykonawcy (wystawienia faktury VAT) od przedstawienia oświadczenia podwykonawcy lub dalszego

podwykonawcy co do wysokości i terminu płatności wszelkich nieuregulowanych oraz niewymagalnych zobowiązań wykonawcy (§ 4 ust 10),

b) wstrzymuje płatności wynagrodzenia na rzecz wykonawcy w momencie nieprzedłożenia wymaganych oświadczeń podwykonawców lub dalszych podwykonawców (§ 4 ust 11),

c) warunkuje płatność na rzecz wykonawcy od dołączenia do każdej faktury końcowego oświadczenia podwykonawcy o otrzymaniu wynagrodzenia za wykonane przez niego

roboty zgodnie z wzorem stanowiącym Załącznik nr ... do umowy,

d) wskazuje, że rozliczenie końcowe przedmiotu umowy musi zawierać pisemne oświadczenia końcowe podwykonawców, podpisane przez osoby uprawnione do ich reprezentacji, stwierdzające, że rozliczenie obejmuje pełny zakres zrealizowanych przez nich robót budowlanych, usług lub dostaw (§ 4 ust 18),

e) ustanawia warunkiem zapłaty przez Zamawiającego części należnego Wykonawcy wynagrodzenia za odebrane roboty budowlane (.)uprzednie przedłożenie pisemnego oświadczenia (przejściowego lub końcowego) podwykonawcy (§ 4 ust 19),

podczas gdy ww. przepisy ustawy Pzp wymagają złożenia dowodów potwierdzających zapłatę wymagalnego wynagrodzenia rozumianych także jako każdy inny dokument, faktura, oświadczenie itd. i nie wymagają dla swej skuteczności łącznego składania oświadczenia podwykonawcy lub dalszego podwykonawcy. Jednocześnie nadmierne i niezgodne z ustawą jest żądanie złożenia oświadczenia o wiarygodnościach niewymagalnych, podczas gdy ustawa wymaga jedynie przedstawienia dowodów zapłaty wynagrodzenia wymagalnego i należnego podwykonawcy i dalszemu podwykonawcy.

3. art. 16 pkt 1, 2 i 3 w zw. z art. 8 ust. 1 Pzp w zw. z art. 647 k.c. poprzez przyznanie

Zamawiającemu w § 13 wzoru Umowy możliwości odmowy odbioru przedmiotu umowy w sytuacji wystąpienia wad i usterek, możliwości wstrzymania płatności wynagrodzenia w sytuacji stwierdzenia wad i usterek w sytuacji gdy zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa uprawnienie inwestora (zamawiającego) do odmowy odbioru końcowego powinno mieć miejsce jedynie w przypadku wystąpienia wad istotnych zaś w przypadku zgłoszenia gotowości do odbioru przedmiotu umowy o roboty budowlanej z wadami nieistotnymi inwestor (zamawiający) zobowiązany jest dokonać odbioru końcowego. Zgodnie z art. 647 k.c. inwestor (Zamawiający) ma obowiązek dokonania odbioru i może uchylić się od tego obowiązku tylko w przypadku, gdy przedmiot umowy obciążony jest wadami istotnymi. W przypadku wystąpienia wad nieistotnych inwestor (Zamawiający) jest obowiązany dokonać odbioru końcowego a postanowienia umowy nie mogą pozostawiać dowolności w tym zakresie.

4. art. 453 ust. w zw. z art. 450 ustawy Pzp i art. 8 ust. 1 ustawy Pzp poprzez ustalenie w §16 ust. 4, § 4 ust. 6 i ust. 8 wzoru umowy, że:

(i) zabezpieczenie należytego wykonania umowy (70%) zostanie zwrócone po bezusterkowym odbiorze końcowym, podczas gdy zabezpieczenie powinno zostać zwrócone po wykonaniu zamówienia i uznania przez zamawiającego za należyte

wykonane, czyli po odbiorze końcowym nawet jeżeli w trakcie odbioru stwierdzono wady nieistotne;

(ii) Podstawą do wystawienia faktury końcowej jest protokół podpisany bez zastrzeżeń, tj. wstrzymanie zapłaty Wykonawcy do czasu usunięcia ew. wad i usterek odbiorowych, a tym samym ma stanowić w istocie zabezpieczenie należytego wykonania Umowy co narusza dopuszczalne formy zabezpieczenia przewidziane w art. 450 ustawy Pzp.

5. art. 8 ust. 1 ustawy Pzp w zw. 353<sup>1</sup> k.c. w zw. z art. 647 k.c. i art. 491 § 1 k.c. poprzez nadużycie przez Zamawiającego uprawnienia wynikającego ze swobody kształtowania warunków umowy poprzez przyznanie Zamawiającemu w § 20 ust. 1 lit. c) e) i f) możliwości odstąpienia od umowy w przypadku stwierdzenia przez Zamawiającego, że Wykonawca nie wykonuje robót zgodnie z warunkami umowy, nie realizuje robót zgodnie z HRF oraz zaniechał realizacji kontraktu, bądź przerwał realizację robót przez okres dłuższy niż 7 dni kalendarzowych z pominięciem uprzedniego wezwania Wykonawcy do zaprzestania naruszeń jak i wskazaniem terminów zbyt krótkich niezasadnie uprawniających jednostronnie Zamawiającego do odstąpienia od umowy. Dodatkowo w § 13 ust. 27 lit. b) ppkt 2 i c) wzoru umowy Zamawiający dopuszcza się nadużycia praw podmiotowych w postaci daleko idących sankcji jak wypowiedzenie umowy i łączenie niewspółmiernych sankcji.

6. art. 436 pkt 3 w zw. z art. 16 pkt 1, 2, 3 i art. 8 ust. 1 ustawy Pzp w związku z art. 353<sup>1</sup> k.c. i art. 647 k.c. w zw. z art. 484 § 2 w zw. z art. 483 k.c. i art. 473 § 1 k.c. ze względu na zastrzeżenie w § 14 ust. 2 wzoru umowy górnego limitu kar umownych przekraczającego wysokość kary z tytułu odstąpienia od umowy z przyczyn zależnych od Wykonawcy, która w istocie jest karą na okoliczność niewykonania zamówienia.

7. art. 439 ust. 1 i ust. 2 ustawy Pzp w zw. z art. 58 k.c. w zw. 8 ust. 1 ustawy Pzp poprzez sformułowanie projektu umowy w sposób uniemożliwiający dokonanie zmian 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 12 miesięcy i zawiera mechanizmy sposobu liczenia waloryzacji niezrozumiałe, niezasadne i pozorne z uwagi na ich ograniczenie do wartości zamówienia jeszcze nie wykonanej jak i do poziomu 10 % wartości podwykonawstwa.

8. art. 99 ust 1, art. 103 ust 2 i ust 3, w zw. z art. 134 ust 1 pkt 4 i art. 16 pkt 1 i 3 ustawy Pzp 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. przerzucenie obowiązków których zgodnie z prawem nie jest w stanie uczynić wykonawca podczas realizacji Umowy jak uzyskanie pozwoleń z Państwowej Agencji Atomistyki, nieokreślenie parametrów dostarczanego sprzętu medycznego w postaci tomografu przez co brak wystarczających danych do wykonania ochrony radiologicznej.

9. art. 16 pkt 1 i art. 8 ust. 1 ustawy Pzp w związku z art. 353<sup>1</sup> k.c. i art. 647 k.c. w zakresie w jakim Zamawiający wymaga od wykonawców złożenia od Wykonawcy obiektywnie niemożliwego do zrealizowania oświadczenia, gdyż nie jest możliwym żeby wszystkie osoby uczestniczące w wykonaniu Przedmiotu Umowy posiadały uprawnienia pozwalające na wykonanie robót budowlanych, a także stosowne uprawnienia budowlane i wpisy na listę członków właściwej izby samorządu zawodowego, co narusza zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania.

10. art. 16 pkt 1, art. 462 ust. 3 ustawy Pzp i art. 8 ust. 1 Pzp w zw. z art. 353<sup>1</sup> k.c. i art. 647 k.c. w zakresie, w jakim Zamawiający nakłada na Wykonawcę obiektywnie niemożliwy do wykonania obowiązek przedłożenia Zamawiającemu jeszcze przed rozpoczęciem wykonywania Przedmiotu umowy listy wszystkich podwykonawców oraz innych osób uczestniczących w wykonywaniu Przedmiotu umowy, co narusza zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania.

Odwolujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu zmiany treści załącznika do SWZ Projektowane postanowienia umowy poprzez:

i. wyeliminowanie odpowiedzialności za zakres umowy i prace, których z należytą starannością nie dało się przewidzieć na etapie składania oferty jak i zawierania umowy, jak i za wady i nieprawidłowości dokumentacji projektowej w tym przewidzenie możliwości zgłaszania przeszkód przez wykonawcę robót zgodnie z art. 651 k.c.;

- ii. wskazanie, że warunkiem odbioru przedmiotu umowy jak i zapłaty wykonawcy wynagrodzenia lub wystawienia faktury VAT będzie złożenie dowodów zapłaty wymagalnego wynagrodzenia należnego podwykonawcom lub dalszym podwykonawcom bez równoległego bądź łącznego żądania oświadczenia podwykonawcy lub dalszego podwykonawcy w tym zakresie;
- iii. odstąpienie od wymogów składania pisemnego przejściowego oświadczenia wszystkich podwykonawców oraz dalszych podwykonawców wystawione nie wcześniej niż w dniu wystawienia faktury przez Wykonawcę w terminach i wysokościach wszelkich nieuregulowanych, w tym także niewymagalnych zobowiązań Wykonawcy z tytułu realizacji Przedmiotu Umowy gdyż takie zobowiązanie jest nadmierne i nie wynika z przepisów ustawy Pzp;
- iv. wyeliminowanie możliwości odbiorów warunkowych poprzez zobligowanie Zamawiającego do dokonania odbioru w przypadku braku wad istotnych;
- v. wyeliminowanie możliwości wystawienia faktury VAT i rozliczenia wykonanej umowy wyłącznie od podpisania bezusterkowych protokołów odbioru (końcowego jak i częściowych lub dotyczących robót ulegających zakryciu - tj. wystawianych w trakcie realizacji umowy). Jak też uznanie że momentem wykonania umowy lub dniem odbioru końcowego jest podpisanie protokołu odbioru końcowego robót budowlanych bez usterek;
- vi. zmianę zapisów dot. zabezpieczenia należytego wykonania umowy, przesłanek odstąpienia od umowy, zasad odpowiedzialności wykonawcy, limitu kar umownych według propozycji wskazanych w pkt od F do I poniżej;
- vii. ustalenie sposobu liczenia waloryzacji według propozycji wskazanej poniżej;
- viii. zmianę postanowienia § 2 ust. 16 pkt 2 projektu umowy według propozycji wskazanej poniżej;
- ix. zmianę postanowień § 2 ust. 16 projektu umowy pkt 10) według propozycji wskazanej poniżej.

Ponadto Odwołujący w celu wskazania kierunku zmiany projektowanych postanowień, mając na uwadze, że gospodarzem postępowania jest Zamawiający, przedstawił w treści odwołania propozycje projektowanych postanowień umowy oraz OPZ w odniesieniu do wskazanych zarzutów i żądań.

Izba stwierdziła skuteczność przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego zgłoszonego przez wykonawcę Budimex Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie i dopuściła tego wykonawcę do udziału w postępowaniu odwoławczym.

Ponadto Izba ustaliła, iż w terminie wskazanym w art. 525 ust. 1 ustawy Pzp do postępowania odwoławczego nie zgłosił przystąpienia po stronie Zamawiającego żaden wykonawca.

Zamawiający w piśmie z dnia 25 stycznia 2022 r. oświadczył, iż uwzględnił w całości zarzuty przedstawione w odwołaniu oraz poinformował, iż w dniu 25 stycznia 2022 r. podjął czynności zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu, tj. zmienił zapisy SWZ.

Biorąc pod uwagę powyższe, Izba uznała, że zachodzą podstawy do umorzenia postępowania odwoławczego w oparciu o art. 522 ust. 1 ustawy Pzp. Zgodnie z treścią tego

przepisu 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. W takim przypadku zamawiający wykonuje, powtarza lub unieważnia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia, zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu. Taka sytuacja zaistniała w przedmiotowym postępowaniu odwoławczym. Zamawiający uwzględnił zarzuty odwołania, natomiast po jego stronie w ustawowym terminie nie przystąpił do postępowania odwoławczego żaden wykonawca, co wyczerpuje dyspozycję ww. przepisu i obliuguje Izbę do umorzenia postępowania odwoławczego. Powyższe powoduje zakończenie postępowania odwoławczego bez merytorycznego rozpoznania zarzutów odwołania.

W tym stanie rzeczy Izba na podstawie art. 522 ust. 1 ustawy Pzp umorzyła postępowanie odwoławcze, orzekając w formie postanowienia zgodnie z art. 568 pkt 3 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 557 i 575 ustawy Pzp oraz § 9 ust. 1 pkt 2 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: .....