

**POSTANOWIENIE**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

Przewodnicząca: Aneta Młacka  
Protokolantka: Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron w dniu 10 czerwca 2024 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 17 maja 2024r. przez Wykonawcę Strabag sp. z o.o. (ul. Parzniewska 10, 05-800 Pruszków) w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego Uniwersytet Medyczny w Białymstoku (ul. Jana Kilińskiego 1, 15-089 Białystok)

przy udziale uczestników po stronie Odwołującego:

- Budimex S.A. (ul. Siedmiogrodzka 9, 01-204 Warszawa),
- NDI S.A. (ul. Powstańców Warszawy 19, 81-718 Sopot),
- Porr S.A. (ul. Hołubcowa 123, 02-854 Warszawa),

przy udziale uczestników po stronie Zamawiającego:

- Climatic spółka z ograniczoną odpowiedzialnością sp. k. (Reguły, ul. Żytnia 6, 05-816 Michałowice),
- Arcus technologie sp. z o.o. (ul. Wincentego Witosa 17, 05-430 Celestynów)

**postanawia:**

1. umorzyć postępowanie odwoławcze,
2. nakazać zwrot z rachunku Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz Wykonawcy: Wykonawcę Strabag sp. z o.o. (ul. Parzniewska 10, 05-800 Pruszków) kwoty 20000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) stanowiącej uiszczony wpis od odwołania.

Na orzeczenie - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie - Sądu Zamówień Publicznych.

Przewodnicząca: .....

Sygn. akt: KIO 1735/24

**Uzasadnienie**

**Zamawiający** Uniwersytet Medyczny w Białymstoku **prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest: „Budowa Centrum Dydaktyczno – Egzaminacyjnego Uniwersytetu Medycznego w Białymstoku wraz z opracowaniem dokumentacji projektowej, uzyskaniem pozwolenia na budowę oraz ostatecznej decyzji o pozwoleniu na użytkowanie.”**

Ogłoszenie o zamówieniu ukazało się 7 maja 2024 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem S 89/2024 270785-2024.

17 maja 2024 roku Odwołujący Strabag sp. z o.o. wniósł odwołanie, w którym zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 112 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, art. 116 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych w zw. z art. 16 pkt. 1 i 3 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez określenie warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznych i kwalifikacji zawodowych w sposób nieodpowiedni i nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz zawężający grono potencjalnych wykonawców, a przez to naruszający zasadę zapewnienia zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, które to naruszenie objawia się wskazaniem warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia w treści ogłoszenia o zamówieniu, tj. w pkt. 5.1.9; oraz w SWZ, tj. w pkt. 1.4.2. i dalszych części VIII SWZ, tj.: Wykonawca winien wykazać, że w nie wcześniej niż w okresie ostatnich 5 lat, przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie - wykonał co najmniej jedno zamówienie w formule „zaprojektuj i wybuduj” o wartości (łącznie dokumentacji projektowej i robót budowlano-instalacyjnych) minimum 70 000 000,00 zł brutto (słownie: siedemdziesiąt milionów złotych 00/100) obejmujące swoim zakresem zaprojektowanie i wykonanie wielobranżowych robót budowlanych obejmujących branżę budowlaną, sanitarną i elektryczną, polegających na budowie lub przebudowie budynku użyteczności publicznej, podczas gdy proporcjonalnym i nienaruszającym zasady zapewnienia zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców byłoby określenie warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznych i kwalifikacji zawodowych poprzez wykazanie się przez Wykonawcę odrębnym doświadczeniem w zaprojektowaniu i odrębnym doświadczeniem w wykonaniu wielobranżowych robót budowlanych;

2. art. 434 ust. 1 **ustawy Prawo zamówień publicznych**, art. 433 pkt. 3 **ustawy Prawo zamówień publicznych**, art. 436 pkt. 1 **ustawy Prawo zamówień publicznych**, art. 353<sup>1</sup> KC, art. 58 KC i art. 387 § 1 KC w zw. z art. 8 ust. 1 **ustawy**

**Prawo zamówień publicznych**, art. 16 PZP w zw. z art. 99 ust. 1 ustawy **Prawo zamówień publicznych** poprzez wskazanie w treści ogłoszenia o zamówieniu, tj. w pkt. 5.1.3; oraz w SWZ, tj. w pkt. 1), 2) i 3) części VI (Termin realizacji zamówienia) oraz w § 2 ust. 1 a), b) i c) projektu Umowy, stanowiącego Załącznik nr 8 do SWZ, jak i dalszych załączników do SWZ terminów realizacji zamówienia, które są nierealne i niemożliwe do dochowania z punktu widzenia prawidłowego i zgodnego ze sztuką budowlaną wykonania dokumentacji projektowej wymaganej do uzyskania decyzji o pozwoleniu na budowę, wykonania projektów technicznych i przedmiarów robót wraz z harmonogramem rzeczowo-finansowym oraz wykonania wszystkich robót budowlanych, w tym dochowania procedur administracyjnych, które leżą po stronie Wykonawcy, dokonania czynności odbiorowych oraz uzyskania ostatecznej decyzji o pozwoleniu na użytkowanie;

3. art. 16 pkt. 1, 2, 3 ustawy **Prawo zamówień publicznych**, art. 99 ust. 1 ustawy **Prawo zamówień publicznych**, art. 431 PZP w związku z art. 8 ust. 1 ustawy **Prawo zamówień publicznych**, art. 353<sup>1</sup> KC w zw. z art. 647 KC i art. 354 § 2 KC poprzez nadużycie pozycji dominującej przez Zamawiającego i zastrzeżenie prawa do odstąpienia od umowy w § 15 ust. 1 pkt. 2 projektu Umowy w sposób arbitralny, jednostronny, dowolny i bez zastosowania dodatkowego wezwania, które umożliwiałoby wykonawcy naprawienie naruszeń, co może skutkować brakiem możliwości usunięcia nieprawidłowości przez Wykonawcę i tym samym zapewnienia dalszej realizacji umowy, co narusza obowiązek lojalności kontraktowej i współdziałania ze strony Zamawiającego;

4. art. 437 ust. 1 pkt. 4 ustawy **Prawo zamówień publicznych**, art. 465 ust. 4 ustawy **Prawo zamówień publicznych** w zw. z art. 498 KC w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy **Prawo zamówień publicznych**, art. 353<sup>1</sup> KC, art. 58 KC w zw. z art. 16 pkt. 1, 2, 3 ustawy **Prawo zamówień publicznych w zakresie** w jakim Zamawiający w sposób nadmierny, nieproporcjonalny i niesłużący ochronie Zamawiającego ingeruje w treść stosunku prawnego łączącego Wykonawcę z podwykonawcą i/lub dalszym podwykonawcą, tj. wskazując w § 5 ust. 15 Umowy, iż Zamawiający nie wyraża zgody na ustanowienie w umowie o podwykonawstwo zabezpieczenia należytego wykonania umowy w formie zatrzymania części wynagrodzenia lub potrącenia kwoty zabezpieczenia z wynagrodzenia podwykonawcy/dalszego podwykonawcy;

5. art. 99 ust. 1 ustawy **Prawo zamówień publicznych**, art. 433 pkt. 1 i 3 ustawy **Prawo zamówień publicznych** w związku z art. 16 pkt. 1,2,3 ustawy **Prawo zamówień publicznych**, art. 8 ust. 1 ustawy **Prawo zamówień publicznych**, art. 353<sup>1</sup> KC w zw. z art. 647 KC i art. 471 KC poprzez nieuzasadnione i bezpodstawne przerzucenie na wykonawcę w § 14 ust. 2 pkt. projektu Umowy odpowiedzialności i ryzyka finansowego realizacji przedmiotu umowy w przedłużonym czasie, z przyczyn nieleżących po stronie Wykonawcy, dających się przypisać Zamawiającemu lub niezależnych od obydwu stron, a zależnych np. od działania organów administracji publicznej, siły wyższej czy innych szczególnych okoliczności, za które Wykonawca nie jest odpowiedzialny, a przez które powinny być również rozumiane szczególne niedogodności związane z warunkami atmosferycznymi, o których mowa w § 14 ust. 5 projektu Umowy. Zamawiający przewiduje w takiej sytuacji możliwość zmiany wyłącznie terminu bez możliwości zmiany wynagrodzenia, podczas gdy takie ryzyko stanowi wyłączne ryzyko Zamawiającego, a jego przerzucenie na wykonawcę jest zakazane klauzulą abuzywną z art. 433 pkt. 1 i 3 ustawy **Prawo zamówień publicznych**;

6. art. 439 ust. 1 i 2 ustawy **Prawo zamówień publicznych** w zw. z art. 16 pkt. 3 ustawy **Prawo zamówień publicznych**, art. 8 ust. 1 ustawy **Prawo zamówień publicznych** w zw. z art. 353(1) KC, art. 58 § 1 i 2 KC oraz art. 5 KC poprzez sformułowanie § 14 ust. 8 Umowy w sposób uniemożliwiający dokonanie prawidłowej i zgodnej z celem przepisów PZP 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, gdyż skonstruowana w § 14 ust. 8 Umowy klauzula waloryzacyjna przerzuca na Wykonawcę w stopniu nieproporcjonalnym ryzyko zmiany cen materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia i jest sformułowana w sposób skutkujący tym, że jej działanie jest pozorne.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu dokonania następujących czynności, tj. zmiany treści ogłoszenia o zamówieniu (pkt. 5.1.3 i pkt. 5.1.9) oraz SWZ - części VI (Termin realizacji zamówienia) i VIII (Informacja o warunkach udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia wraz z wykazem podmiotowych środków dowodowych potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu) oraz projektu Umowy, stanowiącego Załącznik nr 8 do SWZ, jak i dalszych załączników do SWZ poprzez:

I. określenie warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznych i kwalifikacji zawodowych w sposób proporcjonalny i nienaruszający zasady zapewnienia zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, tj. poprzez dopuszczenie możliwości wykazania spełnienia warunku również w ramach dwóch odrębnych zamówień, polegającego na dopuszczeniu warunku wykonania przez Wykonawcę:

(a)co najmniej jednego zamówienia polegającego na budowie lub przebudowie budynku użyteczności publicznej o wartości zamówienia minimum 70.000.000,00 zł brutto (słownie: siedemdziesiąt milionów złotych 00/100) obejmujące

swoim zakresem wykonanie wielobranżowych robót budowlanych obejmujących branżę budowlaną, sanitarną i elektryczną, oraz

(b)co najmniej jedną usługę, polegającą na wykonaniu dokumentacji projektowej (składającą się co najmniej z projektu budowlanego), której przedmiotem była budowa lub przebudowa budynku użyteczności publicznej o powierzchni użytkowej minimum 3.000 m<sup>2</sup>,

jednocześnie uzupełniając postanowienia SWZ o możliwość sumowania wiedzy i doświadczenia przez podmioty ubiegające się wspólnie o udzielenie zamówienia, jak również przez podmioty udostępniające zasoby w celu spełnienia powyższych warunków w taki sposób, iż jeden z podmiotów wykaże się doświadczeniem w realizacji zamówienia w zakresie wykonania robót budowlanych, a drugi z podmiotów wykaże się doświadczeniem w realizacji odrębnego zamówienia w zakresie usług projektowych;

II. określenie realnych terminów realizacji zamówienia, pozwalających na ich dochowanie z punktu widzenia prawidłowego i zgodnego ze sztuką budowlaną wykonania dokumentacji projektowej wymaganej do uzyskania decyzji o pozwoleniu na budowę, wykonania projektów technicznych i przedmiarów robót wraz z harmonogramem rzeczowo-finansowym oraz wykonania wszystkich robót budowlanych, w tym dochowania procedur administracyjnych, które leżą po stronie Wykonawcy, dokonania czynności odbiorowych oraz uzyskania ostatecznej decyzji o pozwoleniu na użytkowanie;

III. doprecyzowanie przesłanki odstąpienia określonej w § 15 ust. 1 pkt. 2 projektu Umowy w ten sposób, aby dotyczyła ona istotnych okoliczności, leżących po stronie Wykonawcy oraz istotnych zobowiązań umownych Wykonawcy, a także by każdorazowo odstąpienie poprzedzone było wezwaniem wykonawcy do naprawienia naruszeń;

IV. wyeliminowanie postanowień stanowiących nadmierną ingerencję w treść stosunku prawnego łączącego Wykonawcę z podwykonawcą lub dalszym podwykonawcą, to jest umożliwienie ustanawiania zabezpieczenia należytego wykonania umowy w formie zatrzymania części wynagrodzenia lub potrącenia kwoty zabezpieczenia z wynagrodzenia podwykonawcy/dalszego podwykonawcy.

V. wskazanie w § 14 ust. 2 pkt. 2 projektu Umowy, że Wykonawca będzie miał uprawnienie nie tylko do zmiany terminu realizacji umowy, ale także będzie przysługiwało mu uprawnienie do zmiany wynagrodzenia we wszystkich przypadkach określonych w § 14 ust. 2 pkt. 2 projektu Umowy, jako że okoliczności wymienione w tym przepisie nie leżą po stronie Wykonawcy, są od niego niezależne, a ich wystąpienie nie jest możliwe do oszacowania i wyceny w ofercie. Ponadto wymienione w § 14 ust. 2 pkt. 2 projektu Umowy okoliczności, w zakresie w jakim obciążają Wykonawcę odpowiedzialnością za opóźnienie, stanowią klauzulę abuzywną, o której mowa w art. 433 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, natomiast okoliczności leżące zupełnie po stronie Zamawiającego - jak np. okoliczności określone w § 14 ust. 2 pkt. 2 c) i g) - powinny w całości obciążać Zamawiającego zgodnie z rozkładem ciężaru odpowiedzialności wynikającym z zakazu stosowania klauzuli abuzywnej, o której mowa w art. 433 pkt. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Wykonawca wskazał również, iż przez okoliczności, o których mowa w § 14 ust. 2 pkt. 2 projektu Umowy, powinny być również rozumiane szczególne warunki atmosferyczne, o których mowa w § 14 ust. 5 projektu umowy, a które powinny zostać w umowie dookreślone i doprecyzowane, ponieważ tak ukształtowane postanowienie § 14 ust. 5 Umowy przerzuca ryzyko opóźnień spowodowane wystąpieniem wszelkich, nawet bardzo poważnych niedogodności związanych z warunkami atmosferycznymi, uniemożliwiający prowadzenie robót budowlanych, na odpowiedzialność i ryzyko Wykonawcy;

VI. dokonania zmiany Umowy, tj. § 14 ust. 8 poprzez nadanie mu treści zgodnej z przepisami i zasadami prawa tak, aby umożliwić realną i proporcjonalną waloryzację wynagrodzenia w warunkach rynkowych mając na uwadze wskaźnik wyjściowy, tj. odwołanie się do odpowiedniego poziomu wskaźnika cen produkcji budowlano - montażowych publikowanego przez Prezesa GUS oraz wprowadzenie racjonalnego poziomu zmiany ceny materiałów lub kosztów, uprawniającego strony umowy do żądania zmiany wynagrodzenia z jednoczesnym podwyższeniem limitu dla waloryzacji, przy czym punktami krytycznymi, jakie wymagają zmiany w celu urealnienia waloryzacji, są:

a. § 14 ust. 8 pkt. 1) Umowy - zakładający, że waloryzacja przysługuje po miesiącu, w którym wskaźnik WW(n) przekroczy 1,1 wyliczony zgodnie ze wzorem wskazanym w pkt 2 umowy, a tym samym wzrost wartości wskaźnika W»(n), do poziomu 1,1 miałby się mieścić w zakresie ryzyka kontraktu po stronie Wykonawcy;

b. § 14 ust. 8 pkt. 3) i 4) Umowy - będący konsekwencją § 14 ust. 8 pkt. 1) Umowy i zakładający, że występując o rozliczenie wynagrodzenia za dany miesiąc realizacji świadczeń, Wykonawca obliczy wstępne wartości zwaloryzowanych kwot dla świadczeń zrealizowanych w każdym miesiącu, używając ostatnich z wyliczonych wskaźników waloryzacji po pomniejszeniu o 0,1, tj. ustalone w § 14 ust. 8 pkt. 1) Umowy ryzyko kontraktu, a także że kwoty netto płatne Wykonawcy będą waloryzowane miesięcznie począwszy od kolejnego miesiąca, gdy wskaźnik waloryzacji Ww(n), przekroczy 1,1;

c. § 14 ust. 8 pkt. 6) Umowy - ograniczający waloryzację i wprowadzający maksymalną łączną wartość zmiany wynagrodzenia jaką dopuszcza Zamawiający z tytułu waloryzacji w wysokości 5% wartości umowy brutto określonej w § 3 ust. 1 umowy.

24 maja 2024 roku Zamawiający wniósł pismo, w którym oświadczył, że zarzut opisany powyżej pod numerem 1 i 2 uznaje w części, uznaje w całości zarzut opisany powyżej pod numerem 3 i modyfikuje treść SWZ w zakresie zmiany wzoru umowy; nie uznaje zasadności zarzutów opisanych powyżej pod numerem 4, 5, 6 i postanowienia wzoru umowy pozostawia bez zmian.

04 czerwca 2024 roku Odwołujący wniósł pismo, w którym oświadczył, że (cytat):

„- z uwagi na uwzględnienie w całości przez Zamawiającego zarzutu nr. 3 przedstawionego w odwołaniu wniesionym przez Odwołującego (pkt. III pisma Zamawiającego z dnia 24 maja 2024 r. stanowiącego odpowiedź na odwołanie wniesione przez Odwołującego), Odwołujący wnosi o umorzenie postępowania odwoławczego w tym zakresie;

- z uwagi na częściowe uwzględnienie przez Zamawiającego zarzutów nr. 1 i nr 2. przedstawionych w odwołaniu wniesionym przez Odwołującego, tj. w sposób częściowo zgodny z żądaniem Odwołującego, lecz w formie satysfakcjonującej Odwołującego (pkt. I i pkt. II pisma Zamawiającego z dnia 24 maja 2024 r. stanowiącego odpowiedź na odwołanie wniesione przez Odwołującego), Odwołujący wycofuje zarzuty w tej części, wnosząc o umorzenie odpowiedniej części postępowania odwoławczego w tym zakresie;

- z uwagi na nieuwzględnienie przez Zamawiającego zarzutów nr. 4, 5 i 6 przedstawionych w odwołaniu wniesionym przez Odwołującego (pkt. IV, V i VI pisma Zamawiającego z dnia 24 maja 2024 r. stanowiącego odpowiedź na odwołanie wniesione przez Odwołującego), Odwołujący wycofuje zarzuty w części nieuwzględnionej przez Zamawiającego, wnosząc o umorzenie postępowania odwoławczego w tej części.”

Z uwagi na powyższe Odwołujący wniósł (na podstawie art. 522 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych w zw. z § 9 ust. 1 pkt 2) lit. b) Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania) o umorzenie postępowania odwoławczego oraz o dokonanie zwrotu kwoty uiszczonej tytułem wpisu na rachunek Odwołującego.

Odwołujący poinformował, że kopia niniejszego pisma została przesłana Zamawiającemu i Przystępującym.

Do postępowania Odwoławczego po stronie Odwołującego zgłosili przystąpienie Wykonawcy: Budimex S.A., NDI S.A. Porr S.A.

Do postępowania Odwoławczego po stronie Zamawiającego zgłosili przystąpienie Wykonawcy:

- Climatic spółka z ograniczoną odpowiedzialnością sp. k.

- Arcus Technologie sp. z o.o.

31 maja 2024 r. Wykonawca Climatic spółka z ograniczoną odpowiedzialnością sp. k. wniósł pismo, w którym oświadczył, że wycofuje zgłoszone przystąpienie.

Wykonawca Arcus Technologie sp. z o.o. (który zgłosił przystąpienie po stronie Zamawiającego), prawidłowo powiadomiony o terminie posiedzenia, nie stawiał się na posiedzenie z udziałem stron i nie zgłosił sprzeciwu co do uwzględnienia przez Zamawiającego zarzutu opisanego pod numerem 3, (jak również w zakresie zarzutów nr 1 i 2 w części uwzględnionej przez Zamawiającego).

W związku z powyższym postępowanie odwoławcze należało umorzyć na podstawie art. 522 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych. Jednocześnie Izba wskazuje, że powyższy przepis zobowiązuje Zamawiającego do wykonania, powtórzenia lub unieważnienia czynności zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu.

Wobec faktu, że uwzględnienie zarzutów przez Zamawiającego nastąpiło przed otwarciem posiedzenia i rozprawy, o kosztach postępowania orzeczono na podstawie §9 ust. 1 pkt 2b) Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 roku w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (t.j. Dz.U. 2020 z dnia 31 grudnia 2020 roku, poz. 2437). Izba orzekła o dokonaniu zwrotu Odwołującemu z rachunku Urzędu kwoty uiszczonej tytułem wpisu od odwołania.

Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w sentencji.

Przewodnicząca:.....