**Sygn. akt: KIO 179/25**

**POSTANOWIENIE**

Warszawa, dnia 4 lutego 2025 r.

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

Przewodnicząca:Beata Pakulska-Banach

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron oraz uczestników postępowania odwoławczego odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 20 stycznia 2025 r. przezwykonawcę Mostostal Warszawa Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie w postępowaniu prowadzonym przez Uniwersytet Medyczny im. Piastów Śląskich we Wrocławiu

uczestnik po stronie zamawiającego – wykonawca Climamedic Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa z siedzibą w Regułach, zgłaszający przystąpienie do postępowania odwoławczego;

uczestnik po stronie zamawiającego – wykonawca TECHBAU Budownictwo Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Nowych Grocholicach, zgłaszający przystąpienie do postępowania odwoławczego

**postanawia:**

1. Umorzyć postępowanie odwoławcze.
2. Nakazać zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznychna rzecz wykonawcy Mostostal Warszawa Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie kwoty 20 000 zł (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych), uiszczonej przez tego wykonawcę tytułem wpisu 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 179/25**

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

Uniwersytet Medyczny im. Piastów Śląskich we Wrocławiu (zwany dalej: „zamawiającym"), prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2024 r. poz. 1320, ze zm.), zwanej dalej: „ustawą Pzp" na realizację zadania pn.: „*Budowa budynku dydaktycznego Uniwersytetu Medycznego im. Piastów Śląskich we Wrocławiu",* numer referencyjny: AZP.260.1.2025.PN.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 10.01.2025 r., numer publikacji: 15008-2025, numer wydania: Dz. U. S: 7/2025. Wartość zamówienia przekracza progi unijne, określone w przepisach wydanych na podstawie art. 3 ust. 3 ustawy Pzp.

Wykonawca - Mostostal Warszawa Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie (zwany dalej: „odwołującym") w dniu 20 stycznia 2025 r. wniósł odwołanie wobec czynności zamawiającego polegającej na ustaleniu treści Specyfikacji Warunków Zamówienia (dalej: „SWZ"), dotyczącej Postępowania, w tym postanowień w zakresie warunków udziału w postępowaniu dotyczących zdolności technicznej i zawodowej oraz w zakresie projektowanych postanowień umowy ujętych we Wzorze Umowy w sposób naruszający przepisy ustawy Pzp oraz Kodeksu cywilnego.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

I. Zarzuty w zakresie warunków udziału w postępowaniu:

1) art. 112 ust. 1 w zw. z art. 112 ust. 2 pkt 4) w zw. z art. 116 ust. 1 w zw. z art. 16 pkt 1) i 3) ustawy Pzp przez sformułowanie warunku udziału w Postępowaniu w zakresie doświadczenia wymaganego od wykonawcy, określonego w Rozdziale VIII pkt 4) ppkt 4.1 SWZ, w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia i nadmierny przez ustalenie jako niezbędne w ramach każdej z obu wykazywanych inwestycji wykonania co najmniej jednej kondygnacji w całości w technologii prefabrykowanej, co wykracza poza minimalne poziomy zdolności wykonawcy do należytego wykonania przedmiotowego zamówienia, naruszając przez to jednocześnie zasadę równego traktowania wykonawców i zachowania uczciwej konkurencji oraz zasadę proporcjonalności;

2) art. 112 ust. 1 w zw. z art. 112 ust. 2 pkt 4) w zw. z art. 116 ust. 1 w zw. z art. 16 pkt 1) i 3) ustawy Pzp przez sformułowanie warunków udziału w Postępowaniu w zakresie doświadczenia osób (zarówno projektantów, jak i kierowników robót) skierowanych do wykonania zamówienia, określonych w Rozdziale VIIIpkt 4) ppkt 4.2 lit. a/ - e/ oraz j/, k/, l/ SWZ, w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia i nadmierny przez ustalenie w ramach wymogu ich doświadczenia wykonania przynajmniej jednej kondygnacji w całości w technologii prefabrykowanej jako doświadczenia niezbędnego, co wykracza poza minimalne poziomy zdolności wykonawcy do należytego wykonania przedmiotowego zamówienia, naruszając przez to jednocześnie zasadę równego traktowania wykonawców i zachowania uczciwej konkurencji oraz zasadę proporcjonalności.

II. Zarzuty w zakresie Wzoru umowy:

1) art. 16 pkt 1 - 3 ustawy Pzp, art. 433 pkt 3 ustawy Pzp w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. $353^1$ i art. 5 kc przez określenie w § 1 Wzoru Umowy definicji pojęcia „*Wada, wada przedmiotu umowy*" w sposób niejasny i nieprecyzyjny, wywołujący negatywne konsekwencje dla wykonawcy, powodujące nieuprawnione przeniesienie na wykonawcę odpowiedzialności za wszystkie zdarzenia skutkujące awarią, przerwą w funkcjonowaniu lub utratą wydajności i jakości, niezależnie od źródła ich przyczyny, co stanowi naruszenie art. 433 pkt 3 ustawy Pzp, a przez to narusza także wyrażone w art. 16 ust. 1 – 3 ustawy Pzp zasady zachowania uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców i przejrzystości postępowania, a także wykracza poza zakres dopuszczalności wyznaczonej przez swobodę kształtowania treści stosunku cywilnoprawnego i zasady współżycia społecznego (art. $353^1$ i art. 5 Kodeksu cywilnego);

2) art. 16 pkt 1 - 3 ustawy Pzp oraz art. 436 pkt 1) ustawy Pzp, w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. $353^1$ i 5 kc przez określenie w § 3 ust. 1 Wzoru Umowy konkretnej daty wykonania przedmiotu zamówienia, a nie terminu (okresu) liczonego od dnia zawarcia Umowy w sprawie zamówienia publicznego, c o w konsekwencji powoduje brak precyzji w określeniu faktycznego czasu realizacji zamówienia, co może mieć wpływ na nieukończenie inwestycji w terminie, jak też - rodzi powstanie ryzyka złożenia ofert nieporównywalnych, w których wykonawcy będą różnie kalkulować ceny ofert w oparciu o różny czas przewidywanej realizacji, co tym samym bezspornie narusza wyrażone w art. 16 ust. 1 – 3 ustawy Pzp zasady zachowania uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców i przejrzystości postępowania, a także wykracza poza zakres dopuszczalności ustawowej wyznaczonej przez swobodę kształtowania treści stosunku cywilnoprawnego i zasady współżycia społecznego (art. $353^1$ i art. 5 Kodeksu cywilnego);

3) art. 16 pkt 1 - 3 ustawy Pzp, art. 433 pkt 3 ustawy Pzp w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. $353^1$ i 5 kc przez określenie w § 4 ust. 37 Wzoru Umowy odpowiedzialności Wykonawcy na zasadach ryzyka za okoliczności, które nie są zależne od Wykonawcy, w tym też te, za które wyłączną odpowiedzialność ponosi Zamawiający, co narusza wyrażone w art. 16 ust. 1 – 3 ustawy Pzp zasady zachowania uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców i przejrzystości postępowania, a także zasadę swobody umów i zasady współżycia społecznego (art. $353^1$ i art. 5 Kodeksu cywilnego);

4) art. 16 pkt 1 - 3 ustawy Pzp, w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. $353^1$ i 5 kc przez przyjęcie w § 5 ust. 2, § 5 ust. 4, § 5 ust. 5 i § 6 ust. 1 Wzoru Umowy możliwości fakturowania częściowego przez Wykonawcę wynagrodzenia do wysokości do 80% wynagrodzenia całkowitego Wykonawcy, uniemożliwiając fakturowanie wynagrodzenia w pozostałej części (w wysokości nie mniejszej niż 20% wynagrodzenia) dopiero po uzyskaniu Końcowego Świadectwa Płatności, co narusza wyrażoną w art. 16 pkt 1 ustawy Pzp zasadę zachowania uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców, a także zasadę swobody umów i zasady współżycia społecznego (art. $353^1$ i art. 5 Kodeksu cywilnego);

5) art. 16 pkt 1 ustawy Pzp w związku z art. $353^1$ i 5 kc w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp przez przyjęcie w § 6 ust. 10 Wzoru Umowy mechanizmu wydłużenia płatności za wynagrodzenie należne Wykonawcy, w związku z określeniem w § 6 ust. 10 Wzoru Umowy zobowiązania Wykonawcy do niezwłocznej korekty faktury, w przypadku gdy Zamawiający stwierdzi rozbieżności pomiędzy wyliczeniem wartości faktury przez Wykonawcę a wyliczeniem wartości faktury przez Zamawiającego i określeniem w kwestionowanym zapisie Wzoru Umowy, że termin płatności danej faktury biegnie dla Zamawiającego od daty dostarczenia prawidłowo wyznaczonej korekty faktury, co narusza wyrażoną w art. 16 pkt 1 ustawy Pzp zasadę zachowania uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców w postępowaniu, a także zasadę swobody umów i zasady współżycia społecznego (art. $353^1$ i art. 5 Kodeksu cywilnego);

6) art. 16 pkt ustawy Pzp w związku z art. $353^1$ i 5 kc w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zakwalifikowanie, zgodnie z § 14 ust. 10 Wzoru Umowy do zdarzeń mających charakter Siły Wyższej, jedynie takich warunków pogodowych w których średnia temperatura dobowa podawana przez Instytut Meteorologii i Gospodarki Wodnej będzie przez 3 (trzy)

kolejne dni lub dłużej niższa niż minus (–) 20 stopni Celsjusza, co - z uwagi na ponadnormatywnie niską wartość temperatury dobowej, określonej przez Zamawiającego we Wzorze Umownym - stanowi w istocie wyłączenie możliwości powoływania się przez Wykonawcę na niekorzystne warunki atmosferyczne w trakcie prowadzenia robót w ramach zamówienia i przeniesienie na Wykonawcę odpowiedzialności za zjawiska pogodowe niezależne od którejkolwiek ze Stron, co narusza wyrażoną w art. 16 pkt 1 ustawy Pzp zasadę zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców w postępowaniu, a także zasadę swobody umów i zasady współżycia społecznego (art. $353^1$ i art. 5 Kodeksu cywilnego);

7) art. 16 pkt 1 - 3 ustawy Pzp w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. $353^1$ i 5 kc poprzez określenie w § 31 ust. 2 Wzoru Umowy limitu, do którego Zamawiający może naliczyć kary umowne przewidziane w Umowie, o ponadnormatywnej wysokości 30% Wynagrodzenia brutto, co narusza wyrażone w art. 16 ust. 1 – 3 ustawy Pzp zasady zachowania uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców i przejrzystości postępowania, a także zasadę swobody umów i zasady współżycia społecznego (art. $353^1$ i art. 5 Kodeksu cywilnego).

W oparciu o powyższe odwołujący wnosił o:

(1) uwzględnienie odwołania w całości;

(2) nakazanie zamawiającemu wprowadzenia zmian w treści SWZ (oraz odpowiednio we właściwych postanowieniach Ogłoszenia) w sposób określony w uzasadnieniu odwołania;

(3) zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego kosztów postępowania odwoławczego według norm przepisanych.

**Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.**

W dniu 20.01.2025 r. zamawiający zamieścił na platformie przetargowej informację o wniesieniu odwołania wraz z kopią odwołania, wzywając wykonawców do przystąpienia do postępowania odwoławczego.

W dniu 23.01.2025 r. wykonawca Climamedic Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa z siedzibą w Regułach oraz wykonawca TECHBAU Budownictwo Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Nowych Grocholicach, zgłosili przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego. Z treści pism, zawierających zgłoszenie przystąpienia ww. wykonawców, wynika, że zgłosili oni przystąpienie w związku z zarzutami podniesionymi przez odwołującego w punkcie I odwołania, tj. w zakresie zarzutów odnoszących się do warunków udziału w postępowaniu.

Izba ustaliła, że zgłoszenia przystąpień ww. wykonawców spełniają wymagania opisane w art. 525 ust. 1 i 2 ustawy Pzp.

W dniu 23.01.2025 r. także wykonawca EBS BUD Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego. Izba ustaliła, że zgłoszenie to nie jest skuteczne, a to z tego względu, że zostało przekazane do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej za pośrednictwem poczty elektronicznej na adres mailowy: „”.

Tymczasem zgodnie z § 4 ust. 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie postępowania przy rozpoznawaniu odwołań przez Krajową Izbę Odwoławczą (Dz.U. z 2020 r. poz. 2453) odwołanie i zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego przekazuje się na elektroniczną skrzynkę podawczą Urzędu. Dodać przy tym należy, że delegacja ustawowa do wydania ww. rozporządzenia wynika z art. 544 ust. 4 ustawy Pzp zgodnie z którym: Prezes Rady Ministrów określi, w drodze rozporządzenia, szczegółowy tryb postępowania przy rozpoznawaniu odwołań, szczegółowy sposób wnoszenia odwołania i innych pism w postępowaniu odwoławczym, tryb postępowania z wniesionym odwołaniem, oraz sposób przygotowania rozprawy, mając na względzie potrzebę zapewnienia sprawnej organizacji rozprawy, szybkiego przebiegu postępowania odwoławczego oraz jawności rozprawy.

W tym przypadku wykonawca nie zgłosił przystąpienia w sposób określony przepisami prawa, a zatem nie można uznać zgłoszenia wykonawcy EBS BUD Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie za skuteczne. Tym samym wykonawca ten nie stał się uczestnikiem postępowania odwoławczego.

W dalszej kolejności Izba ustaliła, że w dniu 31 stycznia 2025 r. zamawiający przekazał do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej dokumentację postępowania, potwierdzającą dokonanie zmian treści SWZ już po wniesieniu odwołania, tj. w dniach 20.01.2025 r. i 28.01.2025 r. Ze złożonych dokumentów wynika, że zamawiający uwzględnił zarzuty odwołania w zakresie Wzoru umowy - pkt II.1) oraz pkt II.4), przy czym zmiana SWZ dokonana w zakresie zarzutu z pkt II.1) w

pełnym zakresie uwzględniała żądanie odwołującego, a w zakresie zarzutu z pkt II.4) dokonane zmiany SWZ uwzględniały żądanie odwołującego w zasadniczej części (zamawiający określił limit fakturowania częściowego wynagrodzenia na poziomie 90%, w sytuacji gdy odwołujący żądał 95% - w miejsce dotychczasowego – 80%).

W dniu 3 lutego 2025 r. odwołujący złożył pismo procesowe, zatytułowane: *„Cofnięcie odwołania”,* zawierające oświadczenie o cofnięciu odwołania w zakresie pozostałych zarzutów nieuwzględnionych przez zamawiającego. Jednocześnie odwołujący wyjaśnił, że zamawiający dokonał zmian Specyfikacji Warunków Zamówienia,w dniach 20 i 28 stycznia 2025 r., w tym postanowień Wzoru umowy, gdzie w kontekście zarzutów odwołania zmiany uwzględniające zarzuty dotyczyły części II pkt 1) i pkt 4) odwołania (zmiany w § 1 oraz § 5 i 6 Wzoru umowy).

Oświadczenie zostało podpisane przez osobę upoważnioną do reprezentowania odwołującego.

Mając powyższe na uwadze Izba stwierdziła, że zachodzą przesłanki do umorzenia postępowania odwoławczego.

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.

Jak już powyżej wspomniano z treści przystąpień wynika, że zarówno wykonawca Climamedic Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa z siedzibą w Regułach, jak i wykonawca TECHBAU Budownictwo Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Nowych Grocholicach, zgłosili przystąpienie do postępowania odwoławczego w zakresie obejmującym zarzuty dotyczące warunków udziału w postępowaniu i w tym też upatrywali swój interes w zgłoszeniu przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego. Jak wynika z treści pisma procesowego odwołującego z dnia 3 lutego 2025 r. wycofał on zarzuty odwołania m.in. w odniesieniu do zarzutów dotyczących warunków udziału w postępowaniu.

W konsekwencji Izba uznała, że zachodzą przesłanki do umorzenia postępowania odwoławczego w oparciu o powołany powyżej art. 522 ust. 3 ustawy Pzp, gdyż zgłoszone przystąpienia nie obejmowały swoim zakresem zarzutów opisanych w części II pkt 1) i pkt 4) odwołania.

Stosownie do art. 568 pkt 3 ustawy Pzp Izba umarza postępowania odwoławcze, w formie postanowienia, w przypadku, o którym mowa w art. 522.

Izba, mając na względzie powołane powyżej ustalenia faktyczne oraz treść powołanych powyżej przepisów ustawy Pzp, umorzyła postępowanie odwoławcze w formie postanowienia.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła stosownie do jego wyniku na podstawie art. 557 i art. 575 ustawy Pzp 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 (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437).

Wobec powyższego Izba orzekła o dokonaniu zwrotu z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz odwołującego kwoty 20 000 zł, uiszczonej tytułem wpisu od odwołania.

Mając na uwadze powyższe postanowiono jak w sentencji.

Przewodnicząca:……..……..……