

Sygn. akt: KIO 539/25

POSTANOWENIE

Warszawa, dnia 6 marca 2025 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Marek Bienias**

na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron w dniu 6 marca 2025 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 13 lutego 2025 r. przez wykonawcę **NDI S. A. z siedzibą w Sopocie** w postępowaniu prowadzonym przez **Śląski Uniwersytet Medyczny w Katowicach**,

przy udziale uczestników po stronie odwołującego:

- A. wykonawcy **Tronus Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie**,
- B. wykonawcy **Warbud Spółka Akcyjna siedziba w Warszawie**

postanawia:

1. umorzyć postępowanie odwoławcze,
2. nakazać zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz wykonawcy **NDI S. A. z siedzibą w Sopocie** kwoty 18 000 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy złotych zero groszy), stanowiącej 90% kwoty uiszczanego 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.

Przewodniczący:

Sygn. akt: KIO 539/25

Uzasadnienie

Zamawiający – Śląski Uniwersytet Medyczny w Katowicach – prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego, pn. *Realizacja zadania inwestycyjnego pn.: „Budowa oraz wyposażenie auli dydaktycznej i hali sportowej jako Centrum Szkolenia Służb Ratowniczych przy CIDM (Centrum Innowacyjnej Dydaktyki Medycznej w Zabrze - Rokitnicy) w Zabrzu - Rokitnicy przy ul. Jordana wraz ze Studium Języków Obcych.*”, nr postępowania: RZP/PN/2/25.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 72878-2025 w dniu 3 lutego 2025 r.

W dniu 13 lutego 2025 r. wykonawca NDI S. A. z siedzibą w Sopocie wniósł odwołanie wobec treści Specyfikacji Warunków Zamówienia (dalej: SWZ) oraz treści Załącznika nr 4 do SWZ: Projektowane postanowienia umowy w sprawie zamówienia publicznego (dalej: Wzór Umowy) w następującym zakresie:

1. Rozdział 5 SWZ: **Termin i warunki wykonania zamówienia**

„Wykonawca zrealizuje cały przedmiot zamówienia w terminie nie dłuższym niż do dnia 20.03.2026 r.

Zamawiający informuje, że ustalił planowany termin wykonania umowy poprzez wskazanie daty, z uwagi na fakt, że Zamawiający złożył wniosek o dofinansowanie przedmiotu zamówienia w ramach konkursu na dofinansowanie przedsięwzięć ze środków KPO i w przypadku uzyskania wnioskowanych środków Zamawiający będzie zobowiązany do rozliczenia inwestycji i domknięcia wszelkich formalności w ściśle określonym terminie związanym z zakończeniem KPO.”

2. **Rozdziału 8 pkt 4 SWZ**, gdzie Zamawiający zawarł zapis dot. warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej o treści:

„ (...) warunek zostanie spełniony, jeżeli Wykonawca wykaże, że:

a) posiada niezbędną wiedzę i doświadczenie, tj. w okresie ostatnich pięciu (5) lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy, w tym okresie, wykonał należycie (zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone) co najmniej dwie roboty budowlane, z których każda polegała na budowie budynku należącego do 9 lub 15 kategorii obiektów budowlanych, o następujących parametrach wybudowanego budynku (dotyczy obu robót):

- 1) powierzchni użytkowej budynku minimum 1 500 m²,
- 2) kubaturze budynku minimum 10 000 m³,
- 3) wartości wykonanych robót budowlanych minimum 20 000 000,00 zł brutto.

Zamawiający wymaga, aby **co najmniej jedna z wyżej wymienionych robót budowlanych była wykonana w formule**

„zaprojektuj i wybuduj” oraz żeby co najmniej jedna z nich (nieważne która) dotyczyła budowy budynku z salą wykładową lub konferencyjną na minimum 200 osób lub salą sportową wielofunkcyjną o powierzchni minimum 1 400m².

Uwaga:

1) Przez kategorie 9 i 15 obiektów budowlanych rozumie się, zgodnie z Załącznikiem do Ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane (tekst jedn.: Dz. U. z 2024 r., poz. 725, z późn. zm.):

Kategoria 9 - budynki kultury, nauki i oświaty, takie jak: teatry, opery, kina, muzea, galerie sztuki, biblioteki, archiwa, domy kultury, budynki szkolne i przedszkolne, żłobki, kluby dziecięce, internaty, bursy i domy studenckie, laboratoria i placówki badawcze, stacje meteorologiczne i hydrologiczne, obserwatoria, budynki ogrodów zoologicznych i botanicznych.

Kategoria 15 budynki sportu i rekreacji, jak: hale sportowe i widowiskowe, kryte baseny

2) Mając na uwadze art. 117 ust. 1 ustawy Pzp Zamawiający informuje, że w sytuacji składania oferty przez Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia oraz analogicznie w sytuacji, gdy Wykonawca będzie polegał na zasobach innego podmiotu na zasadach określonych w art. 118 ustawy Pzp, warunek o którym mowa powyżej, **musi zostać spełniony w całości przez Wykonawcę (jednego z Wykonawców wspólnie składających ofertę) lub podmiot, na którego zdolności w tym zakresie powołuje się Wykonawca – brak możliwości tzw. sumowania zasobów w zakresie doświadczenia.**

(...)”

3. Postanowień Wzoru Umowy:

a) §1 ust. 8 pkt 1) Wzoru Umowy:

„Wykonawca oświadcza, że:

1) posiada wiedzę na temat trudności i potencjalnych ryzyk związanych z realizacją Umowy. Ponadto Wykonawca oświadcza, że znane są mu okoliczności wpływające na sposób prowadzenia prac i ich organizację oraz że uwzględnił te warunki przy określeniu ceny w ofercie;”

b) §4 Wzoru Umowy dot. terminu wykonania i harmonogramu:

„1. Termin realizacji Umowy ustala się do **20-03-2026 r. (okres kwalifikowalności przedsięwzięcia)**, przez co rozumie się wykonanie prac projektowych i budowlanych wraz z wyposażeniem oraz uzyskaniem decyzji o pozwoleniu na użytkowanie.”

c) §5 ust. 7 i 8 Wzoru Umowy dot. rozliczenia wynagrodzenia:

„7. Zamawiający będzie rozliczał przedmiot Umowy na podstawie HRF. Zamawiający **dopuszcza nie więcej niż 6 faktur.**

8. Przewiduje się możliwość fakturowania częściowego za elementy robót ujęte w HRF, przy czym **ostatnia część wynagrodzenia nie może być mniejsza niż 30% łącznego ryczałtowego wynagrodzenia Wykonawcy**, o którym mowa w ust. 1 niniejszego paragrafu.”

d) §16 Wzoru Umowy, w którym Zamawiający przewidział niewystarczający katalog zmian do Umowy:

- na podstawie art. 455 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp możliwość wydłużenia terminu realizacji przedmiotu umowy tylko w jednym przypadku tj. „w przypadku wydłużenia terminu finansowania realizacji przedmiotu Umowy przez dysponenta środków (okresu kwalifikowalności wydatków);”

- zmiany osoby nadzorującej prace na budowie, zmiany osób z nadzoru inwestorskiego, zmiany danych związanych z obsługą administracyjno-organizacyjną Umowy (np. danych teleadresowych Wykonawcy, Zamawiającego, itp.) – te zmiany nie wymagają zawarcia Aneksu do Umowy;

- ostatni przypadek, gdy możliwa jest zmiana do Umowy dot. „zaistnienia zmian powszechnie obowiązujących przepisów prawa w zakresie mającym wpływ na realizację Umowy. W takim przypadku Strony winny się powiadomić (w terminie obowiązywania Umowy) o zaistniałej sytuacji wraz ze szczegółowym opisaniem zaistniałej zmiany i wynikających z niej konsekwencji, przedstawiając jednocześnie propozycję zmiany.(...)”

W związku z powyższym, Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

1. naruszenie przepisu art. 436 pkt 1 ustawy Pzp w zw. z art. 99 ust. 1 i 4 ustawy Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 ustawy Pzp w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 5 i art. 353(1) KC w zw. z art. 387 KC –poprzez ustalenie w rozdziale 5 SWZ oraz w §4 ust. 1 Wzoru Umowy terminu zakończenia realizacji inwestycji poprzez wskazanie konkretnej daty kalendarzowej (pomimo, iż brak jest wykazanych obiektywnych przyczyn uzasadniających takie działanie), przy jednoczesnym określeniu terminu realizacji ww. inwestycji w sposób nierealny, nieadekwatny do przedmiotu zamówienia i nieuwzględniający wszystkich okoliczności, a co za tym idzie wyznaczenie go w sposób utrudniający uczciwą konkurencję i niemożliwy do spełnienia przez wykonawców funkcjonujących na rynku, co jednocześnie godzi w istotę i naturę umowy o roboty budowlane, stanowiąc wyraz nadużycia prawa Zamawiającego do kształtowania postanowień umownych i jego pozycji dominującej, będąc postanowieniem niekorzystnym dla wykonawców i prowadząc do zachwiania równowagi stron stosunku zobowiązaniowego i zasad współżycia społecznego równowagę stron umowy i prowadzącym do naruszenia praw podmiotowych wykonawców

oraz jednocześnie naruszenie ww. przepisów i nadużycie pozycji dominującej Zamawiającego poprzez sformułowanie w §5 ust. 7 i 8 Wzoru Umowy postanowień, które zakładają, iż „zamawiający dopuszcza nie więcej niż 6 faktur” oraz „ostatnia część wynagrodzenia nie może być mniejsza niż 30%” - **Zarzut I;**

2.art. 112 ust. 1 i ust. 2 pkt 4) w zw. z art. 116 ust. 1 w zw. z art. 16 pkt 1) i 3) PZP i w zw. z art. 17 PZP, poprzez nieproporcjonalne do przedmiotu zamówienia, nieuzasadnione jego specyfiką oraz naruszające równą i uczciwą konkurencję, opisanie warunku udziału w postępowaniu odnoszącego się do posiadania zdolności technicznej i zawodowej, które to naruszenie objawia się wskazaniem warunków udziału w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej w pkt 4 Rozdziału 8 SWZ:

„ (...) warunek zostanie spełniony, jeżeli Wykonawca wykaże, że:

a) posiada niezbędną wiedzę i doświadczenie, tj. w okresie ostatnich pięciu (5) lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy, w tym okresie, wykonał należycie (zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone) co najmniej dwie roboty budowlane, z których każda polegała na budowie budynku należącego do 9 lub 15 kategorii obiektów budowlanych, o następujących parametrach wybudowanego budynku (dotyczy obu robót):

1) powierzchni użytkowej budynku minimum 1 500 m²,

2) kubaturze budynku minimum 10 000 m³,

3) wartości wykonanych robót budowlanych minimum 20 000 000,00 zł brutto.

Zamawiający wymaga, aby **co najmniej jedna z wyżej wymienionych robót budowlanych była wykonana w formule „zaprojektuj i wybuduj”** oraz żeby co najmniej jedna z nich (nieważne która) dotyczyła budowy budynku z salą wykładową lub konferencyjną na minimum 200 osób lub salą sportową wielofunkcyjną o powierzchni minimum 1 400m².

oraz “Uwaga” w pkt 2) zawarta poniżej tego zapisu:

2) *Mając na uwadze art. 117 ust. 1 ustawy Pzp Zamawiający informuje, że w sytuacji składania oferty przez Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia oraz analogicznie w sytuacji, gdy Wykonawca będzie polegał na zasobach innego podmiotu na zasadach określonych w art. 118 ustawy Pzp, warunek o którym mowa powyżej, **musi zostać spełniony w całości przez Wykonawcę (jednego z Wykonawców wspólnie składających ofertę) lub podmiot, na którego zdolności w tym zakresie powołuje się Wykonawca – brak możliwości tzw. sumowania zasobów w zakresie doświadczenia. (...)***

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, jak też i przewidzenie przez Zamawiającego możliwości sumowania doświadczenia przy złożeniu oferty przez Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia albo w sytuacji polegania na zasobach innego podmiotu na zasadach określonych w art. 118 ustawy Pzp - **Zarzut II;**

3.Art. 431, art. 455 i art. 16 pkt 1-3 PZP oraz art. 647, art. 654, art. 5, art. 3531 i art. 354 §2 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. kodeks cywilny (dalej: KC) w zw. z art. 8 ust. 1 PZP poprzez sformułowanie postanowienia §1 ust. 8 pkt 1) Wzoru Umowy w sposób sprzeczny z istotą umowy o roboty budowlane i zasadą współdziałania przy wykonaniu umowy w sprawie zamówienia publicznego oraz zaburzenia równowagi stron umowy. Wykonawca nie ma większej wiedzy na temat trudności i potencjalnych ryzyk wynikających z realizacji Umowy, niż wynika to z treści dokumentów zamówienia, natomiast zaskarżony zapis narusza bezwzględnie obowiązujące przepisy prawa oraz równowagę stron umowy oraz jednocześnie kształtuje postanowienia projektu umowy w sposób nie dający wykonawcom pewności co do treści przyszłego stosunku zobowiązaniowego z Zamawiającym, w szczególności uwzględnienia wpływu ww. trudności i ryzyk na cenę w ofercie - **Zarzut III;**

4.Art. 99 ust. 1, art. 431 PZP, art. 433 pkt 3) PZP w związku z oraz art. 647 i 649 KC, art. 3531 KC, art. 58 KC w zw. z art. 8 ust. 1 PZP poprzez nieuzasadnione i bezpodstawne przerzucenie na Wykonawcę ryzyka, za które wyłączną odpowiedzialność powinien ponosić Zamawiający w tym sformułowanie w § 16 pkt 1) Wzoru Umowy wyłącznie możliwości wydłużenia terminu realizacji przedmiotu umowy tylko w jednym przypadku, gdy dojdzie do wydłużenia terminu finansowania realizacji przedmiotu umowy przez dysponenta środków (okres kwalifikowalności wydatków) bez

możliwości zmiany wynagrodzenia

oraz

przeniesienie na Wykonawcę odpowiedzialności finansowej realizacji umowy w przedłużonym czasie, z przyczyn nieleżących po stronie wykonawcy a zawinionych przez Zamawiającego lub zależnych od działań bądź zaniechań organów administracji publicznej lub wynikających z zdarzeń niezależnych od stron. Zamawiający przewidział bowiem możliwość zmiany terminu bez możliwości zmiany wynagrodzenia, tylko w jednym przypadku, o którym mowa powyżej. Natomiast przerwienie w całości ryzyka finansowego na wykonawcę stanowi przejaw nadużycia pozycji dominującej przez Zamawiającego i stanowi klauzulę abuzywną (art. 433 pkt 3 ustawy Pzp) – **Zarzut VI**

Opierając się na przedstawionych zarzutach Odwołujący wnosil o:

1.uwzględnienie odwołania oraz

2.nakazanie Zamawiającemu dokonania zmiany treści SWZ (w tym też treści ogłoszenia) i Wzoru Umowy w sposób wskazany poniżej w treści uzasadnienia niniejszego odwołania.

Ponadto Odwołujący wnosi o:

3.umieszczenie zmiany SWZ niezwłocznie na stronie internetowej,

4.nakazanie odpowiedniej zmiany terminu składania ofert, jeżeli okaże się to niezbędne,

5.obciążenie w całości Zamawiającego kosztami postępowania, tj. zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów wpisu od odwołania w wysokości 20.000,00 zł wraz z ewentualnymi pozostałymi kosztami przedstawionymi na wykazie podczas rozprawy, w tym ewentualnymi kosztami zastępstwa procesowego.

W wyniku wniesionego odwołania przez wykonawcę NDI S. A. z siedzibą w Sopocie, Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie z dnia 26 lutego 2025 r. (pismo z dnia 26 lutego 2025 r.) uwzględnił zarzuty w części oraz że zgadza się na zmiany w postanowieniach SWZ i PPU opisane w pkt 2 (strona 2 odwołania) dotyczące rozdziału 8 pkt 4 SWZ i pkt 3 ppkt a i c (strona 3 odwołania) dotyczące § 1 ust. 8 pkt 1 PPU oraz § 5 ust. 7 i 8 PPU.W pozostałym zakresie zarzuty dotyczące postanowień SWZ i PPU, Zamawiający nie uwzględnił, tj. wyrażone w pkt 1 (strona 2 odwołania) oraz pkt 3 ppkt b i d (strona 3 odwołania) dotyczące rozdziału 5 SWZ i § 4 ust. 1 PPU oraz § 16 PPU, wnosząc o ich oddalenie.

Do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego skutecznie przystąpili wykonawca Tronus Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie oraz wykonawca Warbud Spółka Akcyjna siedzibą w Warszawie (w zakresie zarzutów I, III, i VI).

Izba stwierdziła, że ww. wykonawcy zgłosili przystąpienie do postępowania w ustawowym terminie, wykazując interes w rozstrzygnięciu odwołania na korzyść odwołującego.

Przystępujący - Tronus Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie pismem z dnia 20 lutego 2025 r. wnosil o uwzględnienie odwołania.

Przed otwarciem rozprawy, oświadczeniem złożonym do Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 4 marca 2025 r. (pismo z dnia 4 marca 2025 r.), Odwołujący cofnął odwołanie w całości wniesione w dniu 13 lutego 2025 r.

W konsekwencji Izba, na podstawie art. 568 pkt 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych, umorzyła postępowanie odwoławcze, orzekając w formie postanowienia na podstawie art. 553 zd. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 574 i 575 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz § 9 ust. 1 pkt 3 lit. a) 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. 2020 r. poz. 2437), z którego wynika, że w sytuacji cofnięcia odwołania przed otwarciem rozprawy najpóźniej w dniu poprzedzającym dzień, na który został wyznaczony termin rozprawy lub posiedzenia z udziałem stron lub uczestników postępowania odwoławczego – odwołującemu zwraca się 90% wpisu. W takim przypadku Izba orzeka o dokonaniu zwrotu odwołującemu z rachunku Urzędu kwoty uiszczony tytułem wpisu, w wysokości stanowiącej 90% jego wartości.

Z uwagi na powyższe, Izba postanowiła jak w sentencji.

Przewodniczący: