

Sygn. akt: KIO 3521/23

**POSTANOWENIE**  
**z dnia 8 grudnia 2023 roku**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodnicząca: Magdalena Rams**

**Protokolant: Piotr Ceglowski**

po rozpoznaniu na posiedzeniu z udziałem stron i uczestników postępowania, w dniu 8 grudnia 2023 r. w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 24 listopada 2023 r. przez wykonawcę **Skanska S.A., z siedzibą w Warszawie,**

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego – **Szpital Wojewódzki w Poznaniu,**

przy udziale wykonawcy:

**A. Budimex S.A., z siedzibą w Warszawie,** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego;

**B. Mostostal S.A., z siedzibą w Warszawie,** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego;

**C. Strabag sp. z o.o., z siedzibą w Pruszkowie,** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego;

**D. Compreum S.A., z siedzibą w Poznaniu,** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego;

**postanawia:**

**1. umorzyć postępowanie odwoławcze;**

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

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2023 r. poz. 1605 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 3521/23

**Uzasadnienie**

Zamawiający – Szpital Wojewódzki w Poznaniu – dalej „Zamawiający” prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn.: „ Budowa Centrum Medycyny Ratunkowej, Wielkopolskiego Centrum Lecznictwa Ambulatoryjnego i Rehabilitacji wraz z obszarem przyjęć planowych oraz zapleczem socjalnym, magazynowym, technicznym i archiwalnym w filii nr 1 Szpitala Wojewódzkiego w Poznaniu”, dalej „Postępowanie”.

W dniu 24 listopada 2023 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wykonawcy Skanska S.A.(dalej „Odwołujący”) zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1)art. 647 Kodeksu cywilnego (dalej: kc), art. 353(1) kc, art. 58 § 1 i 2 kc, 5 kc, 471 kc w związku z art. 8 ust. 1 PZP, 16 ust. 1 PZP, 99 ust. 1 i 4 PZP, 431 PZP poprzez ukształtowanie postanowień Umowy w sposób sprzeczny z w/w przepisami, w tym z naturą stosunku prawnego umowy o roboty budowlane, zasadą równowagi stron, stosunku zobowiązaniowego, zasadami współżycia społecznego, przepisami kodeksu cywilnego, a tym samym w sposób

naruszający naczelną zasadę prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego – zasadę proporcjonalności (adekwatności), która rzutuje na obowiązek współdziałania Zamawiającego i Wykonawcy przy wykonaniu umowy w sprawie zamówienia publicznego, zasadę przejrzystości, a także prowadzące do zaniechania lub utrudnienia zapewnienia zachowania uczciwej konkurencji, poprzez:

1.1. Wprowadzenie postanowień, które powodują uznaniowość Zamawiającego przy odbiorach, brak przejrzystości i jasnych reguł odbioru oraz przejęcie przez Wykonawcę odpowiedzialności za nieznaną ryzyka lub ryzyka, które nie powinny obciążać Wykonawcę, m. in. poprzez:

1.1.1. sformułowanie definicji „Wady” i „Usterki” w taki sposób, że obejmują one również okoliczności nie zawinione przez Wykonawcę, za które odpowiedzialność ponosić mogą osoby trzecie działające na zlecenie Zamawiającego, w tym np. autor dokumentacji projektowej dot. przedmiotowej inwestycji lub Zamawiający (§1 ust 32 oraz 33 Umowy);

1.1.2. sformułowanie definicji „Wady” w taki sposób, że może ona obejmować również drobne nieistotne nieprawidłowości, które nie wpływają na możliwość korzystania z przedmiotu zamówienia (§1 ust 33 Umowy), z jednoczesnym zastrzeżeniem braku możliwości odbioru przedmiotu Umowy w przypadku wystąpienia takiej Wady co w rzeczywistości może prowadzić do bezusterkowego odbioru robót;

1.1.3. Przewidzenie krótkiego sztywnego terminu na usunięcie Wad i Usterk nie uwzględniającego warunków technicznych czy też obiektywnych okoliczności takich jak konieczność wyprodukowania i dostarczenia elementu Robót (§48 ust 3 i 4 Umowy);

1.2. Przewidzenie rażąco wygórowanej kary umownej w odniesieniu do:

1.2.1. nieprzedłożenia do zaakceptowania projektu umowy o podwykonawstwo, której przedmiotem są roboty budowlane, lub projektu jej zmiany - wysokości 100.000,00 zł za każdy nieprzedłożony do zaakceptowania projekt umowy lub jej zmiany (§57 pkt 7 Umowy);

1.2.2. nieprzedłożenia Zamawiającemu poświadczonej za zgodność z oryginałem kopii zawartych umów o podwykonawstwo, w terminie 14 dni - wysokości 100.000,00 zł za każdą nieprzedłożoną kopię umowy lub jej zmiany (§57 pkt 8 Umowy);

1.2.3. braku zapłaty wynagrodzenia należnego podwykonawcom lub dalszym podwykonawcom - wysokości 100.000,00 zł za każde dokonanie przez Zamawiającego bezpośredniej płatności na rzecz podwykonawców lub dalszych podwykonawców (§57 pkt 9 Umowy);

1.2.4. zwłoki Wykonawcy, w dochowaniu któregośkolwiek z innych terminów wynikających z Umowy, w wysokości 0,02 % Maksymalnej Kwoty Wynagrodzenia za każdy dzień zwłoki, jednak nie więcej niż 15 % Maksymalnej Kwoty Wynagrodzenia (§57 pkt 4 Umowy);

1.2.5. odstąpienia od Umowy przez Zamawiającego z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy, a więc w wysokości 15 % wynagrodzenia (§57 pkt 5 Umowy);

1.2.6. przyjęciu limitu kar umownych na wygórowanym poziomie 35% wynagrodzenia (§ 58 ust. 5 Umowy);

1.3. zmodyfikowanie ustawowego wynagrodzenia ryczałtowego na wynagrodzenie „maksymalne” które zgodnie z definicją może ulec jedynie umniejszeniu w przypadkach przewidzianych w umowie, co sugeruje, iż wynagrodzenie wykonawcy nie będzie ulegało podwyższeniu nawet w uzasadnionych przypadkach (§ 1 ust. 7 Umowy);

1.4. obciążenie Wykonawcy ryzykiem wystąpienia robót dodatkowych lub ewentualnego zwiększenia ilości robót i to niezależnie od przyczyny ich wystąpienia (§12 ust 3 Umowy oraz § 64 ust 2 Umowy);

1.5. Nieuprawnione przerzucenie na Wykonawcę odpowiedzialności za prawidłowe zinwentaryzowanie instalacji oraz za ewentualne uszkodzenia dróg, rowów odwadniających, wodociągów i gazociągów, słupów i linii energetycznych, kabli, punktów osnowy geodezyjnej i instalacji jakiegokolwiek rodzaju spowodowane przez niego lub jego Podwykonawców podczas wykonywania Robót oraz zobowiązanie Wykonawcy do niezwłocznego naprawienia powstałych uszkodzeń na własny koszt nawet w przypadku gdy elementy te nie zostały w sposób prawidłowy zinwentaryzowane przez Zamawiającego co narusza podstawowy obowiązek Zamawiającego dot. dokładnego opisu przedmiotu zamówienia (§37 ust 1 i 2 Umowy oraz §26 pkt 1 Umowy);

1.6.Przerzucenie na Wykonawcę ryzyka wszelkich skutków finansowych z tytułu jakichkolwiek roszczeń wniesionych przez właścicieli posesji czy obiektów sąsiadujących z Terenem budowy nawet jeśli zakłócenia spowodowane przez Wykonawcę są normatywne (§36 ust 1 i 2 Umowy);

1.7.Przyznanie Zamawiającemu jednostronnego uprawnienia do narzucenia Wykonawcy harmonogramu w przypadku braku możliwości jego uzgodnienia z Wykonawcą (§ 11 ust 3 Umowy);

1.8.Narzucenie przez Zamawiającego 60 dniowego terminu płatności faktur wystawionych przez Wykonawcę z jednoczesnym zastrzeżeniem terminu płatności na rzecz Podwykonawców i/lub dalszych Podwykonawców nie dłuższego niż 30 dni, co skutkuje przerzuceniem na Wykonawcę ryzyka kredytowania inwestycji (§15 ust 1 Umowy);

1.9.Nieuwzględnieniu w katalogu zmian umowy okoliczności niezależnych od Wykonawcy, których wystąpienie może wiązać się z koniecznością zmiany umowy, co może skutkować brakiem możliwości zmiany umowy skutkiem czego ryzyka związane z tym okolicznościami będą musiały być poniesione przez Wykonawcę (§ 64 ust 2 Umowy )

1.10.sformułowaniu treści specyfikacji warunków zamówienia („SWZ”) w sposób niezgodny z przepisami PZP poprzez dokonanie takiego opisu przedmiotu zamówienia, który utrudnia uczciwą konkurencję, narusza zasadę równego traktowania wykonawców, zasadę prowadzenia postępowania w sposób przejrzysty, zasadę proporcjonalności, a także zasadę opisanie przedmiotu zamówienia w sposób precyzyjny, jednoznaczny i wyczerpujący poprzez:

1.10.1.nałożenie na Wykonawcę obowiązku uzyskania i uzupełnienia wszelkich bliżej nieokreślonych pozwoleń, decyzji, uzgodnień, opinii, niezbędnych dla wybudowania i funkcjonowania Inwestycji (w tym zezwolenia planistycznego, projektowego lub innego podobnego zezwolenia na Roboty oraz każdego inne zezwolenia niezbędne dla realizacji Inwestycji) bez doprecyzowania, że obejmuje to tylko te, pozwolenia, decyzje, uzgodnienia i opinie, których uzyskanie wynika z dokumentacji przekazanej przez Zamawiającego (dokumentacji przetargowej) (§10 ust 1 pkt 4, 5 Umowy) w tym pozwoleń na budowę i ewentualnych pozwoleń zamiennych przy jednoczesnym braku opisanie czego dokładnie ww. procedury i decyzje mają dotyczyć (§9 ust 2 pkt 5, §7 pkt 1 i 2 Umowy);

1.10.2.przerzucenie na Wykonawcę odpowiedzialności za wszelkie bliżej niesprecyzowane czynności zmierzające do realizacji obowiązków nałożonych w trybie administracyjnym na Wykonawcę lub Zamawiającego w związku z realizacją Umowy (§59 ust 1 Umowy);

1.10.3.nałożenie na Wykonawcę obowiązku wykonania pełnego zakresu prac, który jest konieczny dla uzyskania finalnego efektu określonego Umową, a więc wykonania przedmiotu Umowy bez względu na występujące trudności, jakie mogą wystąpić na etapie realizacji (§9 ust 6 Umowy), a także wszystkich prac i czynności, które są niezbędne do osiągnięcia zakładanych parametrów technicznych inwestycji oraz przekazania jej do eksploatacji zgodnie z celem, któremu ma służyć (§9 ust 4 Umowy), co wiąże się z ryzykiem konieczności wykonania czynności dodatkowych, które nie są opisane w przedmiocie zamówienia;

1.10.4.opisanie przedmiotu zamówienia poprzez udostępnienie projektu budowlanego oraz PFU dot. innego postępowania przetargowego (SZW/DZP/25/2022), które zostało już zrealizowane przez inny podmiot co wprowadza wątpliwości dot. zakresu prac objętych niniejszym postępowaniem przetargowym (załącznik nr 8 do SWZ)

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 ustawy PZP oraz art. 239 ust. 1 w zw. Z art. 241 ust 1 i 2 art. 242 ust. 1 w zw. z art. 242 ust. 2 pkt 5) w zw. z art. 16 pkt 1) — 3) ustawy PZP poprzez ustalenie warunków udziału w postępowaniu w sposób nieproporcjonalny i nadmierny w stosunku do przedmiotu zamówienia i nadmierne dla zweryfikowania zdolności do należytego wykonania przedmiotowego zamówienia, a co za tym idzie dyskryminujące przygotowanie i prowadzenie postępowania o udzielnie zamówienia w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców w związku z:

2.1.wprowadzeniem w ramach warunku udziału w Postępowaniu, o którym mowa w pkt 9.2 ppkt 1 Lp. 1 (Wykaz robót wykonanych) SWZ nieuzasadnionego ograniczenia w postaci konieczności wykazania się przez Wykonawcę ukończeniem w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, co najmniej dwóch (2) zadań budowlanych polegających na wykonaniu przebudowy, budowy lub rozbudowy obejmującej zakresem budynek/budynki szpitalne (wg Polskiej Klasyfikacji Obiektów Budowlanych należące do klasy 1264), o powierzchni użytkowej min. 9 000 m<sup>2</sup> (dziewięć tysięcy) i obejmujące między innymi Szpitalny Oddział Ratunkowy (SOR) lub Bloku Operacyjnego nie mniejsza niż 100 000 000,00 zł brutto (sto milionów złotych), przy czym każde zadanie winno polegać na realizacji:

- a)robót konstrukcyjnych,
- b)robót ogólnobudowlanych w tym drogowych,
- c)robót elektrycznych,
- d)robót sanitarnych (wentylacja i klimatyzacja, wod-kan, c.o., c.t., sieci)
- e)certyfikowanej instalacji gazów medycznych wraz z dostawą paneli nad łózkowych

2.2.wprowadzeniem w treści SWZ kryterium oceny ofert w zakresie dotyczącym Standardów Jakości Realizacji Inwestycji, o którym mowa w pkt 22.2 nr kryterium 4 SWZ niezasadnionego, nadmiernego i niezapewniającego zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców wymogu w postaci konieczności wykazania się -w celu zdobycia maksymalnej ilości punktów w ramach kryterium 4 „Standardy Jakości Realizacji Inwestycji”- posiadaniem: a/ Systemu zarządzania jakością wg wymagań ISO 9001:2015 lub równoważny z zakresem certyfikacji: wykonawstwo obiektów budownictwa medycznego - 2 pkt; b/ Systemu zarządzania bezpieczeństwem i higieną pracy wg wymagań PN-N 18001:2004 z zakresem certyfikacji: wykonawstwo obiektów budownictwa medycznego - 2 pkt; oraz c/ Systemu zarządzania wg wymagań ISO 9001:2015, ISO 14001:2015 z zakresem certyfikacji: wykonawstwo obiektów budownictwa medycznego - 2 pkt;

2.3.wprowadzeniem w ramach warunku udziału w Postępowaniu, o którym mowa w pkt 9.2 ppkt 1 Lp. 2 (Wykaz osób) SWZ niezasadnionego ograniczenia w postaci konieczności wykazania się przez Wykonawcę dysponowaniem osobą do pełnienia funkcji kierownika robót sanitarnych posiadającym minimum 10 letnie doświadczenie w pełnieniu funkcji kierownika robót potwierdzone wpisami do dziennika budowy,

2.4.wprowadzeniem w ramach warunku udziału w Postępowaniu, o którym mowa w pkt 9.2 ppkt 1 Lp. 2 (Wykaz osób) SWZ niezasadnionego ograniczenia w postaci konieczności wykazania się przez Wykonawcę dysponowaniem osobą do pełnienia funkcji kierownika robót elektrycznych posiadającym minimum 10 letnie doświadczenie w pełnieniu funkcji kierownika robót potwierdzone wpisami do dziennika budowy.

Izba ustaliła, że do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego zgłosił przystąpienie wykonawca: Budmiex S.A., Strabag sp. z o.o., Compreum S.A. oraz Mostostal Warszawa S.A.

Izba ustaliła, że Odwołujący dnia 7 grudnia 2023 r. złożył pismo do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, w którym oświadczył, że cofa odwołanie i wnosi o umorzenie postępowania odwoławczego.

Mając na uwadze powyższe i z uwagi na to, że odwołanie można cofnąć w każdym czasie do zamknięcia rozprawy, jego cofnięcie, zgodnie art. 568 pkt 1 ustawy z 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2023 r. poz. 1605 ze zm.) oraz § 13 ust. 1 pkt 6 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z 31 grudnia 2020 r. w sprawie postępowania przy rozpoznawaniu odwołań przez Krajową Izbę Odwoławczą (Dz.U. poz. 2453), Izba postanowiła, że postępowanie odwoławcze podlega umorzeniu.

Z tych względów postanowiono jak w sentencji.

Na podstawie § 9 ust. 1 pkt 3a 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 wysokości wpisu od odwołania (Dz. U. poz. 2437), Izba orzekła o dokonaniu zwrotu na rzecz odwołującego z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych 90% kwoty uiszczonej tytułem należnego wpisu od odwołania.

**Przewodniczący:.....**