

POSTANOWENIE

Warszawa, 14 kwietnia 2025 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Agnieszka Trojanowska

po rozpoznaniu na posiedzeniu bez udziału stron i uczestnika odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 2 kwietnia 2025 r. przez wykonawcę Budimex Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie, ul. Siedmiogrodzka 9 w postępowaniu prowadzonym przez Mazowieckie Centrum Leczenia Chorób Płuc i Gruzlicy z siedzibą w Otwocku, ul. Narutowicza 8

Uczestnicy po stronie odwołującego:

wykonawca MAL-POL Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Siedlcach, ul. Targowa 7A

postanawia:

1. umorzyć postępowanie,
 2. nakazać zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych kwoty 20 000zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) na rzecz odwołującego tytułem zwrotu uiszczonego wpisu.
- Na orzeczenie - w terminie 14 dni od jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie – Sądu Zamówień Publicznych.

Przewodnicząca:

Sygn. akt KIO 1274/25

Uzasadnienie

Postępowanie prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego pn. „Modernizacja, przebudowa i adaptacja infrastruktury szpitalnej wraz z zakupem wyposażenia w celu poprawy efektywności, jakości i dostępności do szybkiej diagnostyki i leczenia onkologicznego w MCLChPiG w Otwocku” numer referencyjny: 7/PN/2025 ogłoszono w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 25 marca 2025 r. pod nr 189795-2025, nr wydania: Dz.U. S: 59/2025.

2 kwietnia 2025 r. wykonawca Budimex spółka akcyjna z siedzibą w Warszawie, ul. Siedmiogrodzka 9 wniósł odwołanie przez pełnomocnika działającego na podstawie pełnomocnictwa z 15 czerwca 2021 r. udzielonego przez dwóch członków zarządu. Do odwołania dołączono dowód jego opłacenia oraz dowód przekazania zamawiającemu.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- 1)art. 436 pkt 1) ustawy w zw. z art. 99 ust. 1 ustawy w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy w zw. z art. 353¹ kodeksu cywilnego przez oznaczenie terminu realizacji zamówienia datą kalendarzową, pomimo, iż brak obiektywnych przyczyn uzasadniających takie działanie, co uniemożliwia racjonalną ocenę i wycenę zadania, prowadząc do zachwiania równowagi stron stosunku zobowiązaniowego i zasad współżycia społecznego;
- 2)art. 8 ust. 1 ustawy w zw. z art. 647, art. 654, art. 5 i art. 353¹ KC w zw. z art. 16 ustawy przez wprowadzenie do Wzoru Umowy niespójnych i niejasnych postanowień dotyczących zasad odbioru robót budowlanych, uzależniających de facto dokonanie odbioru i wypłatę należnego wynagrodzenia od odbioru bezusterkowego, co godzi w istotę i naturę umowy o roboty budowlane, stanowiąc wyraz uchylania się przez zamawiającego od podstawowych obowiązków nałożonych na inwestora, będąc jednocześnie postanowieniem niekorzystnym dla wykonawców, naruszającym bezwzględnie obowiązujące przepisy prawa oraz równowagę stron umowy i prowadzącym do naruszenia praw podmiotowych wykonawców;
- 3)art. 8 ust. 1 ustawy w zw. z art. 5 i 353¹ KC w zw. z art. 473§1 KC w zw. z art. 483 KC w zw. z art. 484§2 KC w zw. z art. 16 ustawy przez zastrzeżenie przez zamawiającego w ramach projektowanych postanowień umowy poszczególnych jednostkowych kar umownych o rażąco wygórowanej wysokości, co jest nadmiernym i nieadekwatnym obciążeniem wykonawcy w stosunku do specyfiki realizacji i uwarunkowań rynkowych, będąc jednocześnie postanowieniem niekorzystnym dla wykonawców, naruszającym równowagę stron umowy i prowadzącym do naruszenia praw podmiotowych wykonawców (zarzut nr 3).

Wniósł o:

- 1)uwzględnienie odwołania,
- 2)nakazanie zamawiającemu dokonania zmiany treści SWZ i ogłoszenia w sposób wskazany w uzasadnieniu niniejszego odwołania.

W wyniku naruszenia przez zamawiającego wskazanych przepisów ustawy i Kodeksu Cywilnego interes Odwołującego

w uzyskaniu zamówienia doznał uszczerbku, ponieważ odwołujący jest wykonawcą zainteresowanym pozyskaniem przedmiotowego zamówienia i może ponieść szkodę na skutek naruszeń, których dopuścił się zamawiający. Szkada ta polega na wyłączeniu możliwości pozyskania zamówienia, a w konsekwencji osiągnięcia zysku w związku z jego realizacją. Powyższe dowodzi naruszenia interesu w uzyskaniu zamówienia, co czyni zadość wymaganiom określonym w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp do wniesienia niniejszego odwołania.

Biorąc pod uwagę fakt, że formułowane w ramach niniejszego odwołania zarzuty dotyczą treści projektowanych warunków umowy udostępnionych przez zamawiającego w ramach załącznika do SWZ, odwołujący wskazał, że jakkolwiek odwołujący akceptuje, że zamawiający jako gospodarz postępowania ma pewną swobodę w formułowaniu warunków realizacyjnych, to swoboda ta nie powinna mieć charakteru nieograniczonego, w tym nie może prowadzić do nadużycia własnego prawa podmiotowego – swojej pozycji dominującej. Treść przyszłego stosunku zobowiązaniowego kreowanego przez zamawiającego, niezależnie od przysługującej zamawiającemu uprzywilejowanej pozycji, powinien być tak ukształtowany aby realizacja zamówienia była możliwa. Celem Zamawiającego powinno być również dążenie do osiągnięcia korzystnych rynkowo cen. Nie może także przerzucić całości ryzyka gospodarczego na wykonawcę. Postanowienia umowy powinny zostać przy tym określone w sposób na tyle precyzyjny, aby wykonawca był w stanie określić cenę ofertową. W sytuacji, w której nie jest możliwe podanie zamkniętego katalogu okoliczności, z którymi wiąże się określone następstwa, zamawiający powinien dążyć do jak najpełniejszego ich wyszczególnienia. W odniesieniu do określania zasad przyszłego stosunku zobowiązaniowego, podkreślenia wymaga, że swobodę umów ograniczają m.in. zasady współżycia społecznego oraz bezwzględnie obowiązujące przepisy prawa, w tym przepis art. 353¹ KC.

W dziedzinie stosunków zobowiązaniowych, z których znaczna część służy wymianie dóbr i usług, podstawowe znaczenie ma wymóg zapewnienia tzw. słuszności (sprawiedliwości) kontraktowej, rozumianej jako równomierny rozkład uprawnień i obowiązków w stosunku prawnym, czy też korzyści i ciężarów oraz szans i ryzyk związanych z powstaniem i realizacją tego stosunku. Badając umowę pod względem słuszności kontraktowej, trzeba pamiętać o podstawowym założeniu prawa cywilnego, według którego umowy służą realizacji woli stron je zawierających. O naruszeniu zasad współżycia społecznego w postaci wymogu sprawiedliwości umowy można więc mówić wtedy, gdy zawarta przez stronę umowa nie jest wyrazem jej w pełni swobodnie i rozważnie podjętej decyzji, gdyż na treść umowy wpłynął brak koniecznej wiedzy czy presja ekonomiczna (np. wynikająca z faktu korzystania przez kontrahenta z pozycji dominującej), a przyczyną tego nie jest niedbalstwo samego pokrzywdzonego. Dalsza przesłanka uznania umowy za wykraczającą poza granice kompetencji stron wynika z istoty zasad współżycia społecznego jako ocen i norm moralnych, a polega również na uwzględnieniu postawy drugiej strony umowy. Negatywna ocena umowy ze względu na kryteria moralne uzasadniona jest tylko w tych przypadkach, gdy kontrahentowi osoby pokrzywdzonej można postawić zarzut złego postępowania, polegający na wykorzystaniu (świadomym lub spowodowanym niedbalstwem) swojej przewagi. Tak też jednoznacznie stwierdzał Sąd Najwyższy w wyrokach o sygn. IV CSK 478/07 oraz II CSK 528/10. Takiej negatywnej ocenie powinna też podlegać umowa o zamówienie publiczne, ukształtowana przez zamawiającego z wykorzystaniem jego silniejszej pozycji w postępowaniu, gdyż umowa taka powinna chronić interesy nie tylko zamawiającego, ale również wykonawcy.

Odwołujący wniósł o modyfikację treści SWZ (§ 4 ust. 2 Aktu Umowy) w następujący sposób:

• § 4 ust. 2 Aktu Umowy:

„Wykonawca zobowiązuje się wykonać całkowity zakres przedmiotu umowy w terminie do 15 miesięcy ~~do 30 kwietnia 2026 r.~~”

Wniósł o modyfikację treści SWZ przez usunięcie „bezusterkowych” odbiorów i nadanie jej następującego brzmienia:

• §5 ust. 3 Umowy:

„Podstawą do wystawienia faktury końcowej będzie protokół odbioru końcowego bezusterkowy, podpisany przez przedstawicieli Inwestora, inspektora nadzoru Zamawiającego i kierownika budowy Wykonawcy. Do faktury końcowej Wykonawca zobowiązany jest dołączyć kserokopię protokołu odbioru końcowego bezusterkowego.”

Wniósł o modyfikację treści §13 ust. 1 lit. a, e, f Aktu Umowy SWZ w następujący sposób:

Zamawiający może żądać od Wykonawcy kar umownych za:

- a)zwłokę w wykonaniu przedmiotu umowy w wysokości 0,02% wynagrodzenia brutto określonego w § 5 ust. 1 za każdy dzień zwłoki, (...)
- b)braku zapłaty lub nieterminowej zapłaty wynagrodzenia należnego podwykonawcom lub dalszym podwykonawcom w wysokości 0,02% wynagrodzenia brutto określonego w § 5 ust. 1 za każdy dzień zwłoki,
- c)nieprzedłożenia do zaakceptowania projektu umowy o podwykonawstwo dotyczącej robót budowlanych, lub projektu jej zmiany w wysokości 5.000 zł za każdy przypadek 0,2% wynagrodzenia brutto określonego w § 5 ust. 1 za każdy dzień zwłoki.

Zamawiający poinformował o wniesieniu odwołania 3 kwietnia 2025 r.

4 kwietnia 2025 r. do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego zgłosił się wykonawca MAL-POL Spółka z

ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Siedlcach, ul. Targowa 7A. Zgłoszenie zostało wniesione na podstawie pełnomocnictwa z 12 lipca 2024 r. udzielonego przez wiceprezesa zarządu. Do zgłoszenia dołączono dowód jego przekazania stronom.

Przystępujący wskazał, że posiada interes w uwzględnieniu odwołania, z uwagi na to, że żądania odwołania zmierzają do otwarcia postępowania na konkurencję w postaci wyeliminowania postanowień dokumentacji postępowania (w szczególności projektu umowy), które ograniczają krąg wykonawców mogących wziąć udział w postępowaniu oraz naruszają zasadę swobody umów, w tym uniemożliwiają wycenę ryzyk kontraktowych uniemożliwiając jednocześnie złożenie w ramach postępowania konkurencyjnej i porównywalnej z innymi wykonawcami oferty. Odnosząc się do zakwestionowanych przez odwołującego postanowień umownych, w tym odnoszących się także do sposobu wyrażenia terminu spełnienia świadczenia oraz uzależnienia odbioru robót od podpisania bezusterkowego protokołu odbioru, wskazał, że postanowienia te ograniczają konkurencję i uniemożliwiają wycenę świadczenia i ocenę ryzyk kontraktowych. Przystępujący również wskazał, że analogicznie jak wskazał odwołujący w uzasadnieniu interesu we wniesieniu odwołania, utrzymanie sformułowanych obecnie w treści SWZ postanowień wzoru umowy jest nadmierne, nieadekwatne i nieproporcjonalne, co ogranicza zasadę uczciwej konkurencji oraz pozbawia wykonawców możliwości ubiegania się o zamówienie, gdyż przystępujący nie może przyjąć opisanych postanowień umowy ponieważ naruszają one zasady prawa cywilnego i regulacji ustawy. Na tym etapie postępowania wyeliminowanie z dokumentacji postępowania postanowień naruszających uczciwą konkurencję i godzących w zasadę równego traktowania wykonawców, w tym równości stron stosunku zobowiązaniowego daje wykonawcy prawo do skorzystania z prawa przystąpienia do odwołania. Jako wykonawca zainteresowany udziałem w przedmiotowym postępowaniu i spełniającym warunki udziału tym samym posiada interes w zgłoszeniu przystąpienia.

10 kwietnia 2025 r. zamawiający wniósł o:

- oddalenie odwołania w pkt 1.
- uwzględnił odwołanie w pkt 2 i 3.

Zarzut zawarty w pkt I odwołania nie może być uwzględniony przez zamawiającego. Konkretna data zamieszczona w umowie wynika z przyczyny obiektywnej. Inwestycja wykonywana jest w ramach dofinansowania z Krajowego Planu Odbudowy. W par. 4 ust 6 Zasad realizacji Przedsięwzięcia oraz w par. 6 ust 5 umowy o objęcie wsparciem ze środków planu rozwojowego Przedsięwzięcia realizowanego w ramach Krajowego Planu Odbudowy i Zwiększania odporności, termin 30 czerwca 2026 r. podany jest jako data ostatniej płatności. W par. 6 ust 5 czytamy „Końcową datą kwalifikowalności wydatków jest termin zakończenia realizacji Przedsięwzięcia określony w Umowie o objęcie wsparciem, jednak nie dłuższy niż 30 czerwca 2026 r. ” Zamawiający mając świadomość złożoności procesu budowlanego właśnie dlatego za datę zakończenia inwestycji uznał konkretny termin 30 kwietnia 2026 r.. Po zakończeniu procesu budowlanego założono 2 miesięczny okres na wyposażenie szpitala w sprzęt medyczny (zakup i montaż sprzętu jak i wyposażenia medycznego, infrastruktury i sprzętu IT). Wobec istotnej obawy niedotrzymania terminu dotyczącego kwalifikowalności wydatków z KPO, zamawiający nie określał terminu zakończenia inwestycji w miesiącach. Jest to zatem przyczyna o obiektywnym charakterze, dopuszczalna w art. 436 pkt 1 ustawy. Ustawodawca wyjątkowo dopuszcza określenie terminu spełnienia świadczenia przez wykonawcę w postaci daty, o ile jest to uzasadnione obiektywną przyczyną. Zważywszy na wspomniany cel ochronny komentowanego przepisu, przyczyna ta powinna być oceniana nie tylko poprzez kryterium jej obiektywnego charakteru, ale także istotności. (Komentarz do art. 436 pkt 1 red. Machnikowski 2025, wyd. 1/1) Uwzględniając realne terminy zakończenia samego postępowania przetargowego (ewentualnych odwołań) proponowany przez odwołującego zapis realizacji zamówienia na 15 miesięcy daleko wykracza poza dopuszczalny termin wynikający z KPO. Z tego względu zamawiający wniósł o oddalenie tego punktu odwołania.

14 kwietnia 2025 r. odwołujący przedstawił stanowisko procesowe, w którym oświadczył, że cofa odwołanie w części nieuwzględnionej. Wniósł o umorzenie postępowania i wzajemne zniesienie kosztów.

Rozważania KIO:

Krajowa Izba Odwoławcza (KIO) dopuściła MAT-POL jako uczestnika postępowania po stronie odwołującego.

KIO nie dopatrzyła się okoliczności mogących skutkować odrzuceniem odwołania, a także uznała, że odwołujący wykazał przesłankę materialnoprawną dopuszczalności odwołania, o której mowa w art. 505 ust. 1 ustawy.

Postępowanie należy umorzyć na podstawie art. 568 pkt 3 w związku z art. 522 ust. 3 ustawy bowiem zamawiający uwzględnił dwa z trzech zarzutów odwołania, po stronie zamawiającego nie przystąpił żaden wykonawca, a odwołujący oświadczył, że cofa pozostały zarzut. Taki stan faktyczny nadaje się do subsumpcji pod normę art. 522 ust. 3 ustawy, co daje KIO możliwość umorzenia postępowania. Zamawiający w takim przypadku zobowiązany jest wykonać żądania odwołania w zakresie uwzględnionych zarzutów.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 574 i 575 ustawy, tj. stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem postanowień Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych

rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczenia oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437) na podstawie par. 9 ust. 1 pkt. 2 lit. b cyt. Rozporządzenia orzekając o dokonaniu zwrotu odwołującemu z rachunku Urzędu kwoty uiszczonej tytułem wpisu.

Przewodnicząca: