

Sygn. akt: KIO 1345/22

## POSTANOWIENIE

z dnia 6 czerwca 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący:** Danuta Dziubińska

**Członkowie:** Joanna Gawdzik - Zawalska

Monika Kawa – Ogorzałek

**Protokolant:** Rafał Komoń

po rozpoznaniu w dniu 6 czerwca 2022 roku w Warszawie na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 20 maja 2022 r. przez wykonawcę **PORR Spółka Akcyjna** z siedzibą w Warszawie

w postępowaniu prowadzonym przez **Dolnośląskie Centrum Onkologii, Pulmonologii i Hematologii** we Wrocławiu

przy udziale wykonawców:

- A. **Korporacja Budowlana DORACO Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością** z siedzibą w Gdańsku zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego
- B. **Mostostal Warszawa Spółka Akcyjna** z siedzibą w Warszawie zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego

**postanawia:**

1. **umorzyć postępowanie odwoławcze;**
2. nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz Odwołującego kwoty 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) wpłaconej tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 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:** .....

.....

.....

## Uzasadnienie

Dolnośląskie Centrum Onkologii, Pulmonologii i Hematologii we Wrocławiu (dalej: „Zamawiający”) prowadzi, w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie ustawy Prawo zamówień publicznych (dalej: „Pzp”), postępowanie o udzielenie zamówienia pn. „Budowa szpitala onkologicznego we Wrocławiu”, numer referencyjny: ZP/PN/41/22/RN/AW. Wartość zamówienia przekracza progi unijne, o jakich stanowi art. 3 Pzp. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane 10 maja 2022 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod nr 2022/S 090-246383. W tym samym dniu Zamawiający zamieścił Specyfikację Warunków Zamówienia (dalej: „SWZ”) na stronie internetowej postępowania.

Wykonawca PORR S.A. (dalej: „Odwołujący”) wniósł odwołanie w zakresie:

- 1) Wzoru Umowy (załącznik nr 2 do SIWZ) - art 10.8;
- 2) Zał. nr 2 do Wzoru umowy (Procedury Odbiorowe): pkt 2.2; pkt 2.3; pkt 2.4; pkt 2.5; pkt 2.5.3. b); pkt 2.5.3. c);
- 3) Zał. nr 1 do SWZ (Program Funkcjonalno – Użytkowy – Opis Techniczny Wielobranżowy): pkt 6.6.3 (wymagania materiałowe dla instalacji gazów medycznych – wymagania materiałowe, str. 266-267); pkt 8.1 (okablowanie strukturalne od str. 312); pkt 8.1.4.1 (dokumentacja wymagana w zakresie okablowania strukturalnego – str. 315).

zarzucając Zamawiającemu naruszenie przepisów Pzp:

- 1) art. 439 ust. 1 i 2 Pzp w zw. z art. 353<sup>1</sup> k.c. w zw. z art. 8 ust. 1 Pzp poprzez ukształtowanie stosunku prawnego (umowy) w zakresie art. 10.8 Wzoru Umowy w sposób sprzeczny z jego właściwością oraz zasadami współzycia społecznego, prowadzący do nadużycia przez Zamawiającego jego podmiotowego prawa poprzez rażące wykorzystanie dominującej pozycji „organizatora przetargu”, w szczególności poprzez:
  - wprowadzenie fakultatywnego (a więc niedającego wykonawcy pewności) mechanizmu waloryzacyjnego, który dodatkowo obciąża wykonawcę nieuzasadnionymi obowiązkami, podczas gdy w świetle obowiązujących przepisów Pzp umowa, której przedmiotem są roboty budowlane, zawarta na okres dłuższy niż 12 miesięcy obligatoryjnie zawiera postanowienia dotyczące zasad wprowadzania zmian wysokości wynagrodzenia należnego wykonawcy, w przypadku zmiany ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia, co nie znajduje odzwierciedlenia w postanowieniu art. 10.8 Wzoru Umowy;

- wprowadzenia sztywnego wskaźnika wzrostu cen w wysokości 0,5% w warunkach waloryzacji, co oznacza, iż waloryzacja będzie możliwa tylko w przypadku wzrostu o konkretną wartość 0,5%, co wyklucza możliwość waloryzacji w przypadku wartości innych (większych), a co w rezultacie prowadzi do ograniczenia i utrudnienia faktycznego wprowadzenia zmian wysokości wynagrodzenia wykonawcy;
  - wprowadzenie obowiązku udokumentowania (udowodnienia) wpływu wzrostu cen lub kosztu na koszty realizacji zamówienia;
- 2) art. 353<sup>1</sup> k.c. w zw. z art. 16 ust. 1 Pzp w zw. z art. 8 ust. 1 Pzp poprzez ukształtowanie stosunku prawnego (umowy) w zakresie procedur odbiorowych w sposób sprzeczny z jego właściwością oraz zasadami współżycia społecznego, prowadzący do nadużycia przez Zamawiającego jego podmiotowego prawa poprzez rażące wykorzystanie dominującej pozycji „organizatora przetargu”, co znalazło odzwierciedlenie w szczególności w:
- ustaleniu, iż w przypadku dokonania odbioru warunkowego, za datę odbioru uznaje się datę gotowości do odbioru po usunięciu wad (bez wskazania, że chodzi o wady istotne) (pkt 2.2. Procedur Odbiorowych);
  - ustaleniu, iż terminy usunięcia wad stwierdzonych przy odbiorach robót zanikających, częściowych i przy odbiorze końcowym wyznacza Zamawiający (pkt 2.3, 2.4, 2.5 Procedur Odbiorowych);
  - wskazaniu, że na etapie odbiorów częściowych dokonywana będzie ocena jakości prac, mimo że analogiczna ocena właściwa jest dla odbioru końcowego, a przy tym wskazanie, iż odbiór częściowy robót będzie dokonany z chwilą podpisania przez Zamawiającego odpowiedniego protokołu częściowego bez zastrzeżeń, co oznacza, że odmowa odbioru robót częściowych może nastąpić nawet w przypadku wystąpienia wad nieistotnych oraz ustalenie, że na etapie odbiorów częściowych odbiorowi podlegają tylko zakończone w całości etapy robót, a przy tym, że niedopuszczalne jest rozliczanie na zasadzie procentowego zaawansowania robót (pkt 2.4 Procedur Odbiorowych);
  - ustaleniu nieuzasadnionych i nieproporcjonalnych skutków zidentyfikowania wad na etapie odbioru końcowego poprzez kumulatywne prawo Zamawiającego żądania ich usunięcia oraz obniżenia wynagrodzenia oraz wskazanie, że uprawnienia Zamawiającego w tym zakresie odnoszą się do wszystkich wad, a nie jedynie wad istotnych (pkt. 2.5.3 b Procedur Odbiorowych);
  - ustaleniu nieuzasadnionych i nieproporcjonalnych skutków zidentyfikowania wad na etapie odbioru końcowego poprzez brak wskazania, że prawo do odstąpienia z uwagi

na nieusunięcie wady ziści się dopiero po upływie wyznaczonego wykonawcy terminu (pkt. 2.5.3 c Procedur Odbiorowych);

- 3) art. 99 ust. 4 Pzp w zw. z art. 16 Pzp poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób, który prowadzi do uprzywilejowania niektórych produktów i wyeliminowanie innych, przy jednoczesnym braku dopuszczenia możliwości posłużenia się produktami równoważnymi (dot. postanowień rozdziału 6.6.3, 8.1 Opisu Technicznego Wielobranżowego);
- 4) art. 99 ust. 1 i 4 Pzp w zw. z art. 16 Pzp poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób, który utrudnia uczciwą konkurencję, pozostaje wewnętrznie sprzeczny (w zakresie wymogu określonego w pkt 6.6.3 dot. certyfikatów), formułuje nadmierne i nieuzasadnione wymogi (w zakresie żądanych dokumentów), a przez to utrudnia dostęp do zamówienia wykonawcom potencjalnie zdolnym do jego realizacji (dot. postanowień rozdziału 6.6.3 oraz 8.1.4.1 Opisu Technicznego Wielobranżowego);

a w konsekwencji powyższych

- 5) art. 16 ust. 1 Pzp poprzez przeprowadzenie Postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców, proporcjonalności i przejrzystości.

Wskazując na powyższe zarzuty Odwołujący wniósł o rozpatrzenie i uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu zmianę postanowień SWZ w zaproponowany w odwołaniu sposób.

Z zachowaniem wymogów ustawowych wykonawcy: Korporacja Budowlana DORACO sp. z o.o. z siedzibą w Gdańsku i Mostostal Warszawa S.A. z siedzibą w Warszawie zgłosili przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego stając się uczestnikami postępowania.

Pismem z 3 czerwca 2022 r. Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której oświadczył m.in., że uwzględni w części zarzuty odwołania.

Na posiedzeniu z udziałem stron Zamawiający złożył oświadczenie o uwzględnieniu w części dalszych zarzutów odwołania, zaś Odwołujący złożył oświadczenie o wycofaniu zarzutów odwołania w zakresie nieuwzględnionym przez Zamawiającego.

Zgodnie z art. 520 ustawy Pzp odwołujący może cofnąć odwołanie do czasu zamknięcia rozprawy, a cofnięte odwołanie nie wywołuje skutków prawnych, jakie ustawa wiąże z wniesieniem odwołania do Prezesa Izby.

Stosownie do art. 568 pkt 1 Pzp w przypadku cofnięcia odwołania Izba umarza postępowanie odwoławcze w formie postanowienia.

Mając powyższe na uwadze Izba postanowiła jak w pkt 1 sentencji.

Stosownie do przepisu § 9 ust. 1 pkt 2 lit. b rozporządzenia w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437) Izba nakazała dokonanie zwrotu Odwołującemu kwoty uiszczonej tytułem wpisu od odwołania.

**Przewodniczący:** .....

**Członkowie:** .....

.....