

Sygn. akt: KIO 3278/22

## POSTANOWIENIE

z dnia 3 stycznia 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Katarzyna Odrzywolska**  
Członkowie: **Andrzej Niwicki**  
**Aneta Młacka**

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron oraz uczestników postępowania w dniu 3 stycznia 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 8 grudnia 2022 r. przez wykonawcę: **NDI S.A. z siedzibą w Sopocie**

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Narodowy Instytut Fryderyka Chopina z siedzibą w Warszawie**

przy udziale:

- 1) wykonawcy: **Mostostal Warszawa S.A. z siedzibą w Warszawie**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego
- 2) wykonawcy: **HOCHTIEF Polska S.A. z siedzibą w Warszawie**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego
- 3) wykonawcy: **PORR S.A. z siedzibą w Warszawie**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego
- 4) wykonawcy: **Skanska S.A. z siedzibą w Warszawie**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego
- 5) wykonawcy: **Strabag Sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego

**postanawia:**

1. umarza postępowanie odwoławcze;
2. nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz wykonawcy: NDI S.A. z siedzibą w Sopocie kwoty 18 000,00 zł. (słownie: osiemnaście tysięcy złotych zero groszy), stanowiącej 90% kwoty uiszczzonego wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 579 i 580 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022 r., poz. 1710 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: .....

Członkowie: .....

.....

## Uzasadnienie

**Narodowy Instytut Fryderyka Chopina z siedzibą w Warszawie** (dalej: „zamawiający”) prowadzi, na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022 r., poz. 1710 ze zm.) - zwanej dalej „ustawa Pzp”, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, w trybie przetargu ograniczonego o wartości szacunkowej powyżej progów unijnych pn. „Budowa Międzynarodowego Centrum Muzyki w Żelazowej Woli”, nr referencyjny: ZP.25.47.2022.1 (dalej „postępowanie” lub „zamówienie”).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane 28 listopada 2022 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2022/S 229-660207.

W dniu 8 grudnia 2022 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, zostało wniesione odwołanie przez wykonawcę: **NDI S.A. z siedzibą w Warszawie** (dalej „odwołujący”), wobec niezgodnych z przepisami ustawy Pzp czynności zamawiającego, polegających na ustaleniu treści Ogłoszenia o zamówieniu oraz specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej „SWZ”), w tym wzoru umowy w sposób naruszający przepisy ustawy Pzp i kodeksu cywilnego.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

1. art. 112 ust. 1 w zw. z art. 16 ustawy Pzp i art. 99 ustawy Pzp poprzez: (i) nieprecyzyjne określenie warunku udziału w postępowaniu dotyczącego zdolności technicznej lub zawodowej w zakresie doświadczenia sformułowanego w Rozdziale IX SWZ ust.1 pkt 2 lit. a) i b) SWZ, w związku z czym nie jest wiadome czy zamawiający dopuszcza by jedna robota budowlana wskazywana przez wykonawcę mogła być wykazana dla spełnienia więcej niż jednego żądanego przez zamawiającego doświadczenia oraz - przy założeniu, że wykonawca winien się legitymować wykonaniem aż 5 robót budowlanych, których wartość znacznie przekracza szacowaną przez zamawiającego wartość zamówienia - określenie tego warunku w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia i nadmierny dla zweryfikowania zdolności wykonawcy do należytego wykonania przedmiotu zamówienia, mając na względzie, że przedmiotem postępowania jest budowa jednego obiektu; (ii) określenie warunku udziału w postępowaniu dotyczącego zdolności technicznej lub zawodowej osób dedykowanych do realizacji zamówienia, sformułowanego w Rozdziale IX SWZ ust.1 (lit. a-g) poprzez określenie tego warunku w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia i nadmierny dla zweryfikowania zdolności wykonawcy do należytego wykonania

przedmiotu zamówienia oraz nieprecyzyjne, niejasne określenie warunku w tym poprzez posługiwanie się pojęciami, które nie występują w polskim prawie budowlanym;

2. art. 16 ustawy Pzp, art. 99 ust. 1 i 4 ustawy Pzp w zw. z art. 134 ust. 1 ustawy Pzp w związku z ustawą prawo budowlane - poprzez sformułowanie postanowień SWZ w sposób nieprecyzyjny, wewnętrznie sprzeczny, niekompletny, naruszający przepisy prawa budowlanego oraz Pzp, w sposób naruszający reguły uczciwej konkurencji i wykraczający poza ramy ustawy Pzp: (i) poprzez zawarcie w SWZ postanowień wewnętrznie sprzecznych, które skutkują tym, że nie wiadomo które postanowienia SWZ są obowiązujące i wiążące dla oferenta, a tym samym SWZ jest nieprecyzyjny i niejednoznaczny, co uniemożliwia złożenie porównywalnych wniosków (Rozdział XIV ust. 3 pkt 6, Załącznik nr 8 w związku z Rozdziału IX ust. 1 pkt 2 lit. a) i b); (ii) poprzez zawarcie w SWZ postanowień nie znajdujących oparcia w obowiązujących przepisach prawa, w tym przepisach prawa budowlanego oraz PZP (Rozdział IX ust. 1 (lit a-g), Załącznik nr 2 pkt 1 do SWZ, Załącznik nr 7 ust. 4 do SWZ); (iii) poprzez zawarcie w SWZ postanowień nieprecyzyjnych, niepełnych i niejasnych, zawierających odesłania do przepisów PZP nie obowiązujących dla danego postępowania co może skutkować złożeniem niekompletnych wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu co w konsekwencji uniemożliwi złożenie porównywalnych wniosków (Rozdział IX ust. 1 pkt 2 lit. b), Rozdział IX ust.1 lit. g, SWZ w zakresie w jakim nie wskazuje terminu oraz sposobu wykazania przez Wykonawcę spełnienia warunków selekcji, Rozdział X ust. 1 pkt 9, Rozdział X ust. 6, Załącznik nr 10); (iv) poprzez zawarcie w SWZ obowiązków, które nie mogą zostać wykonane przez wykonawców w terminie założonym przez zamawiającego (Rozdział X ust. 1 pkt 8 SWZ); z kolei w zakresie postanowień wzoru umowy naruszenie art. 16 ustawy Pzp, art. 99 ust. 1 i 4 ustawy Pzp, art. 431 ustawy Pzp, art. 433 ustawy Pzp, art. 436 ustawy Pzp, art. 439 ustawy Pzp oraz art. 353<sup>1</sup> kc, art. 5 kc, art. 58 kc w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp oraz w zw. z art. 134 ust. 1 pkt 20 ustawy Pzp - poprzez sformułowanie postanowień umownych w sposób naruszający regułę uczciwej konkurencji i wykraczający poza ramy wynikające ze swobody kontraktowania, jak również z postulatów ustawy Pzp, a nadto z wykorzystaniem pozycji dominującej organizatora przetargu i uprzywilejowanie w treści wzoru umowy pozycji zamawiającego, wbrew zasadom współdziałania, równoważenia interesów stron umowy w sprawie zamówienia publicznego, a także zasad współżycia społecznego i właściwości stosunku prawnego, w sposób stanowiący nadużycie prawa,

a w konsekwencji naruszenie:

3. art. 433 pkt 3 ustawy Pzp oraz art. 647 kc, art. 651 kc i art. 353<sup>1</sup> kc w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp - poprzez sformułowanie projektowanych postanowień wzoru umowy

- w sposób sprzeczny z istotą umowy o roboty budowlane, jak również wbrew zasadzie swobody kontraktowania poprzez nieuprawnione przerzucanie na wykonawcę robót budowlanych odpowiedzialności w zakresie weryfikacji dostarczonej przez zamawiającego dokumentacji projektowej, jak również ryzyka finansowego z tym związanego: § 2 ust. 8 wzoru umowy, § 6 ust. 11 w zw. z § 14 ust. 1 wzoru umowy;
4. art. 95 ust. 1 i 2 pkt 1 ustawy Pzp - poprzez brak wskazania rodzaju czynności związanych z realizacją zamówienia, których dotyczą wymagania zatrudnienia na podstawie stosunku pracy: § 4 ust. 1 wzoru umowy;
  5. art. 647 kc i art. 353<sup>1</sup> kc w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp - poprzez sformułowanie projektowanych postanowień wzoru umowy w sposób sprzeczny z istotą umowy o roboty budowlane, jak również wbrew zasadzie swobody kontraktowania poprzez brak nałożenia na zamawiającego obowiązku odbioru robót i zapłaty za nie wynagrodzenia w sytuacji zaistnienia wad nieistotnych, możliwych do usunięcia i umożliwiających zamawiającemu użytkowanie przedmiotu umowy zgodnie z przeznaczeniem: § 5 ust. 4, 5 i 7, § 15 ust. 6, § 21 ust. 2 wzoru umowy;
  6. art. 99 ust. 1 w zw. z art. 16 pkt 2 i art. 121 ustawy Pzp - poprzez niezrozumiałe, wprowadzające w błąd, a przy tym nielicujące z wymaganiami zamówienia zastrzeżenie obowiązku wykonania robót budowlanych „przy użyciu własnych materiałów, wyrobów budowlanych oraz narzędzi, sprzętu etc. będących w dyspozycji Wykonawcy” (§ 6 ust. 1 wzoru umowy);
  7. art. 99 ust. 1 w zw. z art. 16 pkt 2 ustawy Pzp - poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny, niewyczerpujący, za pomocą niedokładnych, niezrozumiałych, wprowadzających w błąd określeń i odesłań, jak również zastosowanie regulacji wewnętrznie sprzecznych wbrew zasadzie przejrzystości przygotowania i prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego: § 6 ust. 4, § 7 ust. 8 lit. i., ust. 23, ust. 24, § 10 ust. 6 lit. d), § 15 ust. 12-14, ust. 21-22, 24-25, 27-29, § 18 ust. 15-16, § 22 ust. 3-6 i ust. 17, § 23 ust. 1, § 24 ust. 2 i 8; § 1 pkt 9, 12-13, § 12 ust. 1 lit. a, § 14 ust. 1, § 15 tytuł, ust. 6, § 16 ust. 4, 7-8, § 17 ust. 5, 7-9, § 19, § 20 ust. 1, § 26 ust. 7; § 7 ust. 9 lit. f) w zw. z ust. 21; § 10 ust. 7 i 8; § 10 ust. 12 zd. 1; § 21 wzoru umowy;
  8. art. 99 ust. 1 i 4 ustawy Pzp, art. 433 pkt 3 oraz art. 16 ustawy Pzp w zw. z art. 5 kc, art. 353<sup>1</sup> kc w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp - poprzez nieuprawnione przerzucanie na wykonawcę odpowiedzialności za okoliczności leżące wyłącznie po stronie zamawiającego, a związane z niejednoznacznym, niewyczerpującym, naruszającym reguły uczciwej konkurencji opisaniem przedmiotu zamówienia, w sposób wykraczający poza ramy wynikające ze swobody kontraktowania, co znalazło odzwierciedlenie

w nałożonym na wykonawcę: (i) obowiązku przeprowadzenia nieokreślonego (niejednoznacznego i niewyczerpującego) katalogu czynności serwisowych i konserwacyjnych, w tym poniesienia kosztu części zamiennych, (ii) jedynie przykładowym, nie wyczerpującym całego zakresu zamówienia katalogu obowiązków związanych z wykonaniem innych niezbędnych czynności koniecznych do należytego wykonania przedmiotu umowy, (iii) obowiązku zapewnienia w toku realizacji zamówienia nieokreślonej liczby dodatkowej kadry o niesprecyzowanych specjalnościach, co skutkuje niemożliwością oszacowania zakresu tychże obowiązków, jak również pozbawia wykonawcę możliwości domagania się zmiany wysokości wynagrodzenia w tymże zakresie: § 6 ust. 16 lit. m) i n); § 6 ust. 16 lit. u), ust. 18 (błędnie oznaczony jako ust. 28) oraz § 11 ust. 8 wzoru umowy;

9. art. 433 pkt 1 ustawy Pzp w zw. z art. 483 § 1 KC, art. 484 § 2 KC oraz art. 471 KC w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp - poprzez zawarcie we wzorze umowy klauzuli abuzywnej i umożliwienie zamawiającemu obciążania wykonawcy karą umowną za opóźnienie pomimo braku uzasadnienia okolicznościami lub zakresem zamówienia, a nadto bezzasadne uprawnienie zamawiającego do naliczania i kumulowania kar umownych za niedookreślone i nieprecyzyjne uchybienia, jak również ustalenie ich wysokości jako rażąco wygórowanej (§ 18 oraz § 5 ust. 5 wzoru umowy);
10. art. 439 ust. 5 ustawy Pzp - poprzez uregulowanie zasad waloryzacji wynagrodzenia należnego podwykonawcom wbrew regulacji ustawowej (§ 24 ust. 9 wzoru umowy).

W konsekwencji podnoszonych zarzutów wykonawca NDI wniósł o dokonanie zmiany treści dokumentów zamówienia (SWZ i wzoru umowy), zgodnie z dyrektywami opisanymi w treści odwołania, a także nakazanie odpowiedniej zmiany terminu składania ofert, jeśli to okaże się niezbędne.

Izba ustaliła, że zamawiający w dniu 12 grudnia 2022 r. poinformował wykonawców o możliwości zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego. W terminie określonym w art. 525 ust. 1 ustawy Pzp do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego zgłosili swoje przystąpienie wykonawcy: Mostostal Warszawa S.A. z siedzibą w Warszawie, HOCHTIEF Polska S.A. z siedzibą w Warszawie, PORR S.A. z siedzibą w Warszawie, Skanska S.A. z siedzibą w Warszawie, Strabag Sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie.

Zamawiający, działając w oparciu o art. 521 ust. 1 ustawy Pzp, złożył do akt sprawy odpowiedź na odwołanie (pismo z 30 grudnia 2022 r.), wnosząc o ich oddalenie jako niezasadnych. W piśmie poinformował, że dokonał zmian we wzorze umowy, spełniających większość żądań odwołujących, w szczególności w zakresie wysokości kar umownych, postanowień w zakresie wynagrodzenia oraz jego waloryzacji. Ponadto zamawiający

dokonał zmiany warunków udziału w postępowaniu, wymaganych dokumentów składanych wraz wnioskiem oraz terminu składania wniosków tym samym spełniające większość żądań odwołujących. Jednocześnie stwierdził, że nie dokonał zmian zapisów Rozdziału IX pkt 2 SWZ (w zakresie kryteriów selekcji na potrzeby sporządzenia rankingu wniosków) oraz rozdziału XIX pkt 1 SWZ (w zakresie kryteriów oceny ofert), oprócz zmiany w zakresie usunięcia wymogu zatrudnienia w oparciu o umowę o pracę eksperta w zakresie wykonywania badań akustycznych.

Odwołujący 3 stycznia 2023 r. złożył do akt sprawy pismo procesowe w którym oświadczył, iż wobec uwzględnienia przez zamawiającego przed otwarciem rozprawy w części zarzutów przedstawionych w odwołaniu cofa pozostałe, nieuwzględnione przez zamawiającego zarzuty. Odwołujący, wskazując na powyższe, wniósł o umorzenie postępowania odwoławczego w całości. Przedmiotowe pismo zostało złożone w formie pisemnej i podpisane przez osobę upoważnioną do reprezentowania odwołującego.

W tym stanie rzeczy Izba, działając na podstawie art. 568 pkt 1 ustawy Pzp, umorzyła postępowanie odwoławcze, orzekając w formie postanowienia. Skład orzekający stwierdził, że zamawiający nie złożył oświadczenia o uwzględnieniu części zarzutów, jednakże dokonał zmian w treści SWZ, które czyniły zadość żądaniom odwołującego, co wynika z treści złożonego pisma. Odwołujący, w konsekwencji dokonania powyższych zmian oświadczył, że cofa pozostałe zarzuty, jednocześnie wnosząc o umorzenie postępowania w całości.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 557 i 575 ustawy Pzp w zw. z § 9 ust. 1 pkt 3 lit. a) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437). Izba uznała, że wobec tego, że zamawiający nie złożył oświadczenia o uwzględnieniu odwołania, dokonał jednak modyfikacji postanowień SWZ, z kolei odwołujący złożył oświadczenie o wycofaniu pozostałych zarzutów należy uznać, że w zakresie kosztów zastosowanie znajdą wskazywane wyżej przepisy, co skutkuje koniecznością dokonania na rzecz odwołującego zwrotu z rachunku Urzędu Zamówień Publicznych kwoty uiszczonej tytułem wpisu, w wysokości stanowiącej 90% jego wartości.

Przewodniczący: .....

Członkowie: .....

.....