

Sygn. akt: KIO 398/22
Sygn. akt: KIO 403/22

POSTANOWIENIE
z dnia 2 marca 2022 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Irmina Pawlik**
Aleksandra Patyk
Katarzyna Prowadzisz

Protokolant: **Rafał Komoń**

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron i uczestników w dniu 2 marca 2022 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 14 lutego 2022 r. przez:

- A. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Warbud Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie, Industria Project Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Gdańsku, WSA Venture Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, Campenon Bernard Construction SAS z siedzibą w Vélizy-Villacoublay (Francja) oraz CITINEA SAS z siedzibą w Villeurbanne (Francja) - sygn. akt KIO 398/22,
- B. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia PORR Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie, Mosty – Łódź Spółka Akcyjna z siedzibą w Łodzi oraz PORR BAU GmbH z siedzibą w Wiedniu (Austria) - sygn. akt KIO 403/22,

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Dolnośląskie Centrum Onkologii, Pulmonologii i Hematologii z siedzibą we Wrocławiu

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Warbud Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie, Industria Project Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Gdańsku, WSA Venture Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, Campenon Bernard Construction SAS z siedzibą w Vélizy-Villacoublay (Francja) oraz CITINEA SAS z siedzibą w Villeurbanne (Francja) zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt KIO 403/22 po stronie odwołującego

postanawia:

1. umarza postępowanie odwoławcze w sprawie o sygn. akt KIO 398/22 oraz KIO 403/22;
2. nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Warbud Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie, Industria Project Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Gdańsku, WSA Venture Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, Campenon Bernard Construction SAS z siedzibą w Vélizy-Villacoublay (Francja) oraz CITINEA SAS z siedzibą w Villeurbanne (Francja) kwoty 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczonej tytułem wpisu od odwołania w sprawie o sygn. akt KIO 398/22;
3. nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia PORR Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie, Mosty – Łódź Spółka Akcyjna z siedzibą w Łodzi oraz PORR BAU GmbH z siedzibą w Wiedniu (Austria) kwoty 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczonej tytułem wpisu od odwołania w sprawie o sygn. akt KIO 403/22.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 1129) 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 398/22

Sygn. akt: KIO 403/22

U z a s a d n i e n i e

Zamawiający Dolnośląskie Centrum Onkologii, Pulmonologii i Hematologii z siedzibą we Wrocławiu prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie dialogu konkurencyjnego pn. „Budowa Szpitala Onkologicznego we Wrocławiu” (nr ref. ZP/PN/93/18/NPR/AW). Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 17 października 2018 r. pod numerem 2018/S 200-453501. Do ww. postępowania o udzielenie zamówienia zastosowanie znajdują przepisy ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 ze zm., dalej „ustawa Pzp”). Wartość szacunkowa zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp. Zamawiający przekazał wykonawcom Specyfikację Istotnych Warunków Zamówienia w dniu 4 lutego 2022 r.

Sygn. akt KIO 398/22

W dniu 14 lutego 2022 r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Warbud Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie, Industria Project Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Gdańsku, WSA Venture Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, Campenon Bernard Construction SAS z siedzibą w Vélizy-Villacoublay (Francja) oraz CITINEA SAS z siedzibą w Villeurbanne (Francja) wnieśli odwołanie wobec postanowień dokumentacji przekazanej przez Zamawiającego, w tym Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej „SIWZ”), Programu Funkcjonalno-Użytkowego (dalej „PFU”), Koncepcji Wielobranżowej (dalej „KW”) wraz z załącznikami i Wzoru Umowy. Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 387 i art. 353¹ Kodeksu cywilnego w zw. z art. 139 ust. 1 ustawy Pzp oraz w zw. z art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp poprzez ustalenie zbyt krótkiego i nierealnego terminu wykonania dokumentacji projektowej (w kontekście obowiązków weryfikacyjnych KW oraz związanych z koniecznością uzyskania nowych decyzji i warunków), co w konsekwencji uniemożliwia realizację tego etapu zamówienia i może również przyczynić się do niedotrzymania terminu realizacji całego zamówienia;
2. art. 29 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 139 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 5 i art. 353¹ Kodeksu cywilnego poprzez zaniechanie sporządzenia opisu przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniających wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie kompletnej i ważnej oferty, spełniającej w całości

oczekiwania i wymagania Zamawiającego oraz narzucenie na Wykonawcę obowiązków sprzecznych z obowiązującymi przepisami prawa i dobrymi obyczajami, a także obciążenie odpowiedzialnością za błędy oraz działania i zaniechania niezależnych od Wykonawcy podmiotów trzecich w zakresie wskazanym szczegółowo w uzasadnieniu odwołania;

3. art. 29 ust. 1, 2 ustawy Pzp poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób uniemożliwiający Wykonawcy dokonanie prawidłowej identyfikacji przedmiotu zamówienia co w konsekwencji uniemożliwia prawidłową wycenę oferty;
4. art. 29 ust. 1, 2 i 3 ustawy Pzp poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób naruszający zasadę równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji, tj. poprzez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób wskazujący na jednego producenta;
5. art. 30 ust. 1 pkt 2) lit. a ustawy Pzp przez zaniechanie dokonania opisu przedmiotu zamówienia poprzez odniesienie się do Polskich Norm przenoszących normy europejskie;
6. art. 31 ust. 2 ustawy Pzp w związku z Rozporządzeniem Ministra Infrastruktury z dnia 2 września 2004 r. w sprawie szczegółowego zakresu i formy dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych oraz programu funkcjonalno-użytkowego, a także w związku z art. 29 ust. 1 ustawy Pzp poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób niezgodny z wymaganiami dotyczącymi zawartości Programu Funkcjonalno - Użytkowego oraz przerwaniu na wykonawcę ryzyk związanych z błędami i brakami tego dokumentu;
7. art. 353¹ w zw. z art. 5 oraz art. 487 § 2 Kodeksu cywilnego, art. 651 Kodeksu cywilnego, art. 58 § 2 Kodeksu cywilnego, w zw. z art. 139 ust. 1 ustawy Pzp poprzez wykorzystanie pozycji dominującej Zamawiającego jako organizatora przetargu i wbrew obowiązkom ustawowym oraz wbrew zasadom współzycia społecznego, ukształtowanie postanowień Wzoru Umowy w sposób naruszający zasady współzycia społecznego i równowagę stron umowy, a także nieprecyzyjny i niejednoznaczny oraz nadmiernie obciążający wykonawcę w zakresie wskazanym szczegółowo w uzasadnieniu odwołania.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu dokonania modyfikacji i uzupełnień postanowień przekazanej przez Zamawiającego SIWZ wraz ze wszystkimi załącznikami, w tym w szczególności PFU z załącznikami i Wzoru Umowy, w sposób szczegółowo wskazany w uzasadnieniu odwołania.

Sygn. akt KIO 403/22

W dniu 14 lutego 2022 r. wykonawcy wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia PORR Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie, Mosty – Łódź Spółka Akcyjna

z siedzibą w Łodzi oraz PORR BAU GmbH z siedzibą w Wiedniu (Austria) wnieśli odwołanie wobec treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 353¹ k.c. w zw. z art. 139 ust. 1 ustawy Pzp i z art. 14 ust. 1 w zw. z art. 36 ust. 1 pkt 16 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez ukształtowanie stosunku prawnego (umowy) 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:

- a) pozbawieniu wykonawcy możliwości niewyrażenia zgody na cesję praw i obowiązków na inny podmiot oraz brak wyrażenia zgody na etapie zawierania umowy na przelew wierzytelności na instytucję finansującą, co jest szczególnie istotne biorąc pod uwagę, że zamówienie stanowiące przedmiot postępowania realizowane jest w formule Zaprojektuj – Wybuduj – Sfinansuj (art. 1.7.1 i 1.7.3 Wzoru Umowy);
- b) braku wskazania w treści umowy, że skutki niezyskania/opóźnienia w uzyskaniu decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach nie będą obciążać wykonawcy (art. 2.4 Wzoru Umowy);
- c) braku wskazania w treści umowy, że skutki usuwania wad spowodowanych przez Zamawiającego lub osoby trzecie nie będą obciążać wykonawcy (art. 8.2.3 Wzoru Umowy);
- d) sformułowaniu wewnętrznie sprzecznych oraz nadmiernych postanowień w zakresie gwarancji (art. 1.1.21 oraz art. 8.12 Wzoru Umowy);
- e) obciążeniu wykonawcy odpowiedzialnością za ryzyko utraty, zniszczenia lub uszkodzenia robót budowlanych (oraz zabezpieczenie i nadzór), pomimo ich protokólnego odbioru przez Zamawiającego (art. 9.2 Wzoru Umowy), co dodatkowo stanowi o naruszeniu art. 652 k.c.;
- f) obciążeniu wykonawcy konsekwencjami opóźnień w działaniu organów administracyjnych (art. 10.2.3 a Wzoru Umowy);
- g) braku zrekompensowania wykonawcy poniesionych kosztów w przypadku rezygnacji przez Zamawiającego z realizacji części inwestycji (art. 10.4.4 Wzoru Umowy);
- h) wprowadzeniu fakultatywnego (a więc niedającego wykonawcy pewności) mechanizmu waloryzacyjnego, który dodatkowo obciąża wykonawcę nieuzasadnionymi obowiązkami;
- i) ustalaniu zasad, zgodnie z którymi wykonawca zobligowany będzie do czasowego finansowania inwestycji w związku z opóźnionymi płatnościami Zamawiającego za Etap 1 (art. 12.4 Wzoru Umowy);

- j) postanowieniom uzależniającym dokonanie odbioru końcowego i wystawienie faktury końcowej od uzyskania pozwolenia na użytkowanie Szpitala, co oznacza, że wypłata wynagrodzenia uzależniona została od zrealizowania zakresu prac (budowa osłon radiologicznych) wykraczających poza przedmiot niniejszej inwestycji (art. art. 7.1.7 f), art. 7.3.1 d) oraz art. 12.4.2 d) Wzoru Umowy) ograniczeniu prawa wykonawcy do uzyskania gwarancji zapłaty (art. 13.1.2 Wzoru Umowy), co dodatkowo stanowi o naruszeniu art. 647 k.c.;
 - k) obciążeniu wykonawcy ryzykiem odstąpienia od umowy na skutek okoliczności niezawinionych przez wykonawcę (art. 14.1.3 Wzoru Umowy);
 - l) obciążeniu wykonawcy ryzykiem w postaci opóźnienia w podpisaniu protokołu odbioru przez Zamawiającego (art. 16.1.3 Wzoru Umowy);
 - m) nałożeniu na wykonawcę obowiązku kontynuowania realizacji, zadania pomimo wystąpienia siły wyższej (art. 19.3 Wzoru Umowy);
 - n) ustaleniu wewnątrznie sprzecznych postanowień w zakresie rozliczania prac na etapie odbiorów częściowych oraz wskazaniu, że na tym etapie dokonywana będzie ocena jakości prac, mimo że analogiczna ocena właściwa jest dla odbioru końcowego (pkt 2.4 Procedur Odbiorowych);
 - o) ustaleniu nieuzasadnionych i nieproporcjonalnych skutków zidentyfikowania wad na etapie odbioru końcowego (kumulatywne prawo Zamawiającego żądania ich usunięcia oraz obniżenia wynagrodzenia) oraz braku wskazania, że prawo do odstąpienia z uwagi na nieusunięcie wady ziści się dopiero po upływie wyznaczonego wykonawcy terminu (pkt. 2.5 Procedur Odbiorowych);
2. art. 29 ust. 3 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy 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 8.1.9.5.2, rozdziału 7.7 oraz rozdziału 8.11.4.2.3, rozdziału 8.1.9.1, rozdziału 8.1.9.5.1, rozdziału 8.1.9.5.5, rozdziału 8.1.9.6, rozdziału 8.1.9.7, rozdziału 8.1.9.8 opisu koncepcji wielobranżowej);
 3. art. 29 ust. 1 i 3 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób, który utrudnia uczciwą konkurencję, formułuje nadmierne i nieuzasadnione wymagania, a przez to utrudnia dostęp do zamówienia wykonawcom potencjalnie zdolnym do jego realizacji (dot. postanowień rozdziału 6.1.5 oraz 6.6.3-6.6.4 opisu koncepcji wielobranżowej);
 4. art. 26 ust. 1 w zw. z art. 26 ust. 2f ustawy Pzp poprzez sformułowanie w treści Zaproszenia do składania ofert wymagania, zgodnie z którym wraz z ofertą wykonawcy złożyć muszą: wykaz robót, wykaz usług projektowych, wykaz osób, informację banku, dokumenty potwierdzające, że wykonawca jest ubezpieczony, sprawozdania finansowe,

informacje z Krajowej Rejestru Karnego, zaświadczenie z Urzędu Skarbowego, zaświadczenie ZUS, odpis z rejestru, oświadczenie o braku wydania prawomocnego wyroku lub ostatecznej decyzji w sprawie podatków, oświadczenie dot. zakazu ubiegania się o zamówienie, oświadczenie o niezaleganiu z opłacaniem podatków (dokumenty z ust. 4 Zaprośzenia), pomimo że Zamawiający zastosował już w stosunku do Odwołującego procedurę z art. 26 ust. 2f ustawy Pzp, a więc dokonał oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu;

a w konsekwencji powyższych:

5. art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez przeprowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców, proporcjonalności i przejrzystości.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu zmiany postanowień SIWZ oraz Zaprośzenia do składania ofert w sposób wskazany szczegółowo w *petitum* odwołania.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Mając na uwadze, iż odwołania zostały wniesione do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 14 lutego 2022 r., do przedmiotowego postępowania odwoławczego, zgodnie z art. 92 ust. 2 ustawy dnia 11 września 2019 r. Przepisy wprowadzające ustawę - Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 poz. 2020), znajdują zastosowanie przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r. poz. 1129, dalej jako „ustawa nPzp”).

Izba ustaliła, iż Zamawiający powiadomił wykonawców o wniesionych odwołaniach przekazując ich kopie w dniu 16 lutego 2022 r. Izba stwierdziła, iż w terminie wynikającym z art. 525 ust. 1 ustawy nPzp do postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt KIO 398/22 nie zgłosił przystąpienia żaden wykonawca.

Ponadto Izba ustaliła, iż w terminie wynikającym z art. 525 ust. 1 ustawy nPzp do postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt KIO 403/22 po stronie Zamawiającego nie zgłosił przystąpienia żaden wykonawca.

Izba stwierdziła skuteczność przystąpienia do postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt KIO 403/22 zgłoszonego po stronie Odwołującego przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Warbud Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie, Industria Project Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Gdańsku, WSA Venture Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, Campenon Bernard Construction SAS z siedzibą w Vélizy-Villacoublay (Francja) oraz CITINEA SAS

z siedzibą w Villeurbanne (Francja).

Zamawiający w dniu 28 lutego 2022 r. złożył pisemną odpowiedź na odwołania, w której:

1. w sprawie o sygn. akt KIO 398/22 uwzględnił zarzuty oznaczone w uzasadnieniu odwołania nr 2, 4, 7, 35, 39, 52, 58, 61, 72 i 75;
2. w sprawie o sygn. akt KIO 403/22 uwzględnił zarzuty oznaczone w uzasadnieniu odwołania nr II.1.5, II.1.14, II.2.2, II.1.1 (w zakresie pkt 1.7.3 Umowy), II.2.1 (w części), II.4.2.1;

wnosząc o oddalenie odwołań w pozostałym zakresie.

Odwołujący Konsorcjum Warbud w sprawie o sygn. akt KIO 398/22 w dniu 1 marca 2022 r. złożył pismo, w którym oświadczył, iż cofa odwołanie w nieuwzględnionym przez Zamawiającego zakresie i wnosi o umorzenie postępowania odwoławczego na podstawie art. 522 ust. 3 ustawy nPzp.

Odwołujący Konsorcjum PORR w sprawie o sygn. akt KIO 403/22 na posiedzeniu z udziałem stron i uczestników w dniu 2 marca 2022 r. wycofał zarzuty odwołania w nieuwzględnionym przez Zamawiającego zakresie (*vide*: protokół posiedzenia).

Biorąc pod uwagę powyższe, Izba uznała, że zachodzą podstawy do umorzenia postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt KIO 398/22 i KIO 403/22 w oparciu o art. 522 ust. 3 ustawy nPzp. Zgodnie z treścią tego przepisu w przypadku uwzględnienia przez zamawiającego części zarzutów przedstawionych w odwołaniu i wycofania pozostałych zarzutów przez odwołującego, Izba może umorzyć postępowanie odwoławcze na posiedzeniu niejawnym bez obecności stron oraz uczestników postępowania odwoławczego, którzy przystąpili do postępowania po stronie wykonawcy, pod warunkiem że w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego nie przystąpił w terminie żaden wykonawca albo wykonawca, który przystąpił po stronie zamawiającego nie wniósł sprzeciwu wobec uwzględnienia części zarzutów. W takim przypadku zamawiający wykonuje, powtarza lub unieważnia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia, zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu w zakresie uwzględnionych zarzutów.

W przedmiotowym postępowaniu odwoławczym Zamawiający uwzględnił część zarzutów odwołania w sprawie o sygn. akt KIO 398/22 oraz KIO 403/22, zaś po jego stronie do postępowania odwoławczego nie przystąpił żaden wykonawca. W pozostałym zakresie odwołania zostały wycofane przez Odwołujących. Powyższe wyczerpuje dyspozycję ww. przepisu i obliuguje Izbę do umorzenia postępowania odwoławczego, co powoduje zakończenie postępowania odwoławczego bez merytorycznego rozpoznania zarzutów odwołania.

W tym stanie rzeczy Izba na podstawie art. 522 ust. 3 ustawy nPzp umorzyła postępowanie odwoławcze, orzekając w formie postanowienia zgodnie z art. 568 pkt 3 ustawy nPzp.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 557 i 575 ustawy nPzp oraz § 9 ust. 1 pkt 2 lit. b) 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).

Przewodniczący:

.....

.....