

Sygn. akt: KIO 1871/22

**POSTANOWIENIE**  
**z dnia 2 sierpnia 2022 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** – w składzie:

**Przewodniczący: Agata Mikołajczyk**

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron w dniu 2 sierpnia 2022 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 15 lipca 2022 r. przez odwołującego: **ALSTAL Grupa Budowlana sp. z o. o. sp. k. z siedzibą w Bydgoszczy** (ul. Gajowa 99,85-717 Bydgoszcz) w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Miasto Stołeczne Warszawa - Dzielnica Bemowo** (ul. Powstańców Śląskich 70, 01-381 Warszawa),

- wykonawcy zgłaszający przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego:

- 1) **Mostostal Warszawa S.A. z siedzibą w Warszawie** (ul. Konstruktorska 12A, 02-673 Warszawa);
- 2) **NDI S.A. z siedzibą w Sopocie** (ul. Powstańców Warszawy 19, 81-718 Sopot);
- 3) **Skanska S.A. z siedzibą w Warszawie** (Aleja Solidarności 173, 00-877 Warszawa),

**postanawia:**

1. Umarza postępowanie odwoławcze;
2. Nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz odwołującego: **ALSTAL Grupa Budowlana sp. z o. o. sp. k. z siedzibą w Bydgoszczy** (ul. Gajowa 99,85-717 Bydgoszcz) kwoty **20.000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy), stanowiącej kwotę uiszczzonego 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 (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**.

.....

**Uzasadnienie**

Odwołanie zostało wniesione w dniu 15 lipca 2022 r. przez odwołującego: ALSTAL Grupa Budowlana sp. z o. o. sp. k. z siedzibą w Bydgoszczy (Odwołujący) w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: Miasto Stołeczne Warszawa - Dzielnica Bemowo na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021r. poz. 1129 ze zm.), [ustawa Pzp lub Pzp lub Ustawa PZP] w przedmiocie zamówienia publicznego pn.: „Budowa budynku szkoły w ramach projektu zespołu szkolno-przedszkolnego na terenie osiedla Chrzanów, na terenie Dzielnicy Bemowo m. st. Warszawy”, numer referencyjny: UD-I-WZP.271.35.2022.APO. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dz. Urz. UE z dnia 5 lipca 2022 r. pod numerem 2022/S 127-360216.

Wnoszący odwołanie wykonawca podał: (...)

VI. Odwołujący wnosi odwołanie od niezgodnych z prawem czynności Zamawiającego, zarzucając mu naruszenie art. 647 Kodeksu cywilnego (dalej: „kc”), art. 3531 kc, art. 58 § 1 i 2 kc, 5 kc, w związku z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp, 16 pkt 1 ustawy Pzp, art. 139 ustawy Pzp, 431 ustawy Pzp, art. 464 ustawy Pzp poprzez ukształtowanie postanowień i rozwiązań 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) nieuprawnione, sprzeczne z przepisami ustawy Pzp, przyznanie Zamawiającemu uprawnienia do zgłaszania zastrzeżeń czy sprzeciwu także do projektu umowy podwykonawczej dotyczącej usług i dostaw (§ 2 ust. 11 umowy),
- 2) nieuprawnione rozszerzenie katalogu sytuacji, w których Zamawiający może zgłosić zastrzeżenia lub sprzeciw do projektu umowy podwykonawczej (§ 2 ust. 12 umowy),
- 3) nieuprawnione przyznanie Zamawiającemu możliwości żądania wprowadzenia do umowy podwykonawczej jakichkolwiek, bliżej nieokreślonych, postanowień umownych (§ 2 ust. 18 umowy),
- 4) nieprawidłowe ukształtowanie zapisów umowy w zakresie terminu protokolarnego przekazania wykonawcy terenu budowy, w sposób, który nie określa maksymalnego terminu przekazania placu budowy (§ 4 ust. 2 umowy),

- 5) nieuprawnione przyznanie Zamawiającemu możliwości przerywania robót budowlanych na jego żądanie, bez określenia jaki to będzie miało wpływ na termin realizacji zamówienia ani kto będzie ponosił koszty przestoju (§ 7 ust. 1 pkt 4 umowy),
- 6) niedookreślenie sposobu rozliczania kosztów wszelkich badań jakościowych, ekspertyz, prób lub sprawdzeń wykonywanych na żądanie Zamawiającego (§ 7 ust. 1 pkt 14 umowy),
- 7) nieprecyzyjne sformułowanie wymogów w zakresie obowiązku przekazania Zamawiającemu „innych dokumentów wskazanych przez Zamawiającego”, a niezbędnych w szczególności do oceny prawidłowości wykonanych robót”, co w sposób nieuprawniony umożliwiłoby Zamawiającemu żądanie jakichkolwiek dokumentów (§ 7 ust. 1 pkt 15 umowy),
- 8) nieuprawnione wprowadzenie postanowień umowy, z których wynika bezwzględne prawo Zamawiającego (Inspektora nadzoru) do wyznaczania terminu usunięcia nieprawidłowości lub wad, bez zapewnienia możliwości ustosunkowania się Wykonawcy do tego terminu czy też bez zapewnienia choćby minimalnego terminu usunięcia nieprawidłowości lub wad (§ 9 ust. 1 umowy),
- 9) nieuprawnione uzależnienie odbiorów końcowych od usunięcia wszystkich usterek, a nie tylko wad o istotnym charakterze (§ 10 ust. 9 umowy),
- 10) przyznanie Zamawiającemu bezwzględnego, jednostronnego prawa do ustalania terminu usunięcia wad, brak określenia minimalnego terminu na usunięcie wad oraz brak przewidzenia w umowie możliwości ustalenia terminu usunięcia wad z wykonawcą (§ 11 ust. 7 umowy, pkt 6 lit a) i b) załącznika nr 3 do umowy),
- 11) nieuprawnione przyznanie Zamawiającemu prawa do odrzucenia propozycji zmiany osoby wskazanej w załączniku nr 1 z jakiegokolwiek powodu (§ 15 ust. 2 umowy),
- 12) nieprecyzyjne sformułowanie zapisów dotyczących zmiany wynagrodzenia, co powoduje wątpliwości co do tego, kiedy możliwe jest złożenie wniosku o zmianę oraz od kiedy taka zmiana jest możliwa (§ 23 ust. 3 pkt 2), 3) i 4))
- 13) nieprecyzyjne sformułowanie zapisów dotyczących zmiany wynagrodzenia, co powoduje wątpliwości co do tego, kiedy możliwe jest złożenie wniosku o zmianę oraz od kiedy taka zmiana jest możliwa (§ 23 ust. 7 umowy),
- 14) nieprecyzyjne sformułowanie zapisów dotyczących waloryzacji, co powoduje wątpliwości co do tego, kiedy możliwe jest złożenie wniosku o waloryzację wynagrodzenia oraz od kiedy taka waloryzacja jest możliwa (§ 24 ust. 2 pkt 2) umowy),

VII. W związku z powyższymi zarzutami i wobec naruszenia przez Zamawiającego wyżej wskazanych przepisów, Odwołujący wnosi o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie Zamawiającemu zmian we wskazanych w zarzutach oraz uzasadnieniu odwołania fragmentach umowy.

VIII. Odwołujący ma interes we wniesieniu odwołania, ponieważ może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego powyżej wskazanych przepisów ustawy Pzp, w szczególności Odwołujący może ponieść szkodę w rozumieniu art. 505 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 roku polegającą na pozbawieniu go korzyści finansowych wynikających z możliwości uzyskania przez niego przedmiotowego zamówienia i w konsekwencji braku możliwości zawarcia umowy na realizację tego zamówienia. Odwołujący bowiem posiada wiedzę i doświadczenie dające rękojmię należytego wykonania zamówienia. Jednakże wobec takich nieuzasadnionych i nadmiernych postanowień Zamawiającego, Wykonawca może zostać pozbawiony możliwości udziału w postępowaniu i tym samym możliwości realnego uzyskania zamówienia, a w konsekwencji może on ponieść określoną szkodę z tym związaną. Nadto, w przypadku wyboru oferty Odwołującego, Odwołujący zobowiązany będzie do podpisania umowy na realizację zamówienia zgodnie z obecnym wzorem umowy, który jest niezgodny z obowiązującymi przepisami prawa. Nieuwzględnienie zaś odwołania może go narazić na szkodę, ponieważ w związku z wyżej wskazanymi uchybieniami Zamawiającego, Odwołujący mógłby być narażony na brak wynagrodzenia za roboty wykonane z drobnymi, nieistotnymi usterkami.

**Do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego** przystąpiło trzech wykonawców: (1) Mostostal Warszawa S.A. z siedzibą w Warszawie; (2) NDI S.A. z siedzibą w Sopocie oraz Skanska S.A. z siedzibą w Warszawie – wnosząc o uwzględnienie zarzutów podniesionych w odwołaniu.

**Zamawiający w piśmie z dnia 25 lipca 2022 r. podał:** (...) *w odpowiedzi na odwołanie wobec postanowień Specyfikacji warunków zamówienia oświadczam, że uznaję odwołanie w zakresie odniesienia się do o konkretnych postanowień umownych w całości poprzez dokonanie zmian w Projektowanych postanowieniach umowy. Jednocześnie w zakresie zarzutów odwołania wyszczególnionych na stronie 3-4 odwołania, wskazuję, że:*

- 1) *§ 2 ust. 11 umowy otrzyma brzmienie zgodnie z żądaniem Odwołującego;*
- 2) *§ 2 ust. 12 umowy otrzyma brzmienie zgodnie z żądaniem Odwołującego;*
- 3) *§ 2 ust. 18 umowy otrzyma brzmienie zgodnie z żądaniem Odwołującego;*
- 4) *Wnioskowane brzmienie postanowienia § 4 ust. 2 umowy zawarte w żądaniu Odwołującego brzmi:*

*Termin protokolarnego przekazania Wykonawcy terenu budowy wyznaczy Zamawiający, o czym powiadomi Wykonawcę na piśmie lub za pośrednictwem poczty elektronicznej na adres e-mail: ... Protokolarne przekazanie Wykonawcy terenu budowy nastąpi w maksymalnym terminie do 3 dni roboczych od dnia podpisania umowy.*

*Zamawiający akceptuje brzmienie nadane przez Odwołującego jednakże wydłuża termin przekazania Wykonawcy terenu budowy z 3 do 7 dni roboczych, a tym samym:*

*§ 4 ust. 2 umowy otrzyma brzmienie:*

*Termin protokolarnego przekazania Wykonawcy terenu budowy wyznaczy Zamawiający, o czym powiadomi Wykonawcę na piśmie lub za pośrednictwem poczty elektronicznej na adres e-mail: ..... . Protokolarne przekazanie Wykonawcy terenu budowy nastąpi w maksymalnym terminie do 7 dni roboczych od dnia zawarcia umowy.*

*5) § 7 ust. 1 pkt 4 umowy:*

*Wnioskowane brzmienie postanowienia § 7 ust. 1 pkt 4 umowy zawarte w żądaniu Odwołującego brzmi: § 7 ust. 1 pkt 4 umowy: przerywanie Robót budowlanych na żądanie Zamawiającego i zabezpieczenie wykonanych Robót budowlanych przed ich uszkodzeniem lub zniszczeniem. W takiej sytuacji strony zobowiązują się do zawarcia aneksu wydłużającego odpowiednio czas realizacji umowy oraz zmieniającego wynagrodzenie w taki sposób, aby pokryć koszty ponoszone przez wykonawcę w czasie, spowodowanego żądaniem Zamawiającego, przestoju*

*§ 7 ust. 1 pkt 4 umowy otrzyma brzmienie:*

*Przerwanie robót na żądanie Zamawiającego, nie wynikające z winy Wykonawcy i zabezpieczenie wykonanych Robót budowlanych przed ich uszkodzeniem lub zniszczeniem. W takiej sytuacji strony zobowiązują się do zawarcia aneksu wydłużającego odpowiednio czas realizacji umowy oraz zmieniającego wynagrodzenie w taki sposób, aby pokryć udokumentowane koszty ponoszone przez Wykonawcę w czasie, spowodowanego żądaniem Zamawiającego przestoju.*

*6) § 7 ust. 1 pkt 14 umowy otrzyma brzmienie zgodnie z żądaniem Odwołującego;*

*7) § 7 ust. 1 pkt 15 umowy otrzyma brzmienie zgodnie z żądaniem Odwołującego;*

*8) § 9 ust. 1 umowy otrzyma brzmienie zgodnie z żądaniem Odwołującego;*

*9) § 10 ust. 9 umowy otrzyma brzmienie zgodnie z żądaniem Odwołującego;*

*10) § 11 ust. 7 umowy oraz pkt 6 lit a) i b) załącznika nr 3 do umowy § 11 ust. 7 umowy.*

*Wnioskowane brzmienie Odwołującego: § 11 ust. 7 umowy: W razie stwierdzenia wad w wykonanych Robotach budowlanych w okresie gwarancji i rękojmi Zamawiający zawiadomi o tym Wykonawcę w formie pisemnej. Wykonawca będzie zobowiązany do ich usunięcia w terminie uzgodnionym w protokole spisany przy udziale obu stron. Żądając usunięcia wad Zamawiający wyznaczy Wykonawcy termin technicznie uzasadniony na ich usunięcie.*

*Załącznik nr 3 do umowy pkt 6: 6. W przypadku ujawniania się jakiegokolwiek wady w Przedmiocie umowy, Gwarant zobowiązany jest do jej usunięcia, na własny koszt i ryzyko, w terminie uzgodnionym w protokole spisany przy udziale obu stron. Zamawiający wskazuje, że § 11 ust. 7 umowy otrzyma brzmienie:*

*W razie stwierdzenia wad w wykonanych robotach budowlanych w okresie gwarancji i rękojmi Zamawiający zawiadomi o tym Wykonawcę w formie pisemnej. Wykonawca będzie zobowiązany do ich usunięcia w terminie technicznie uzasadnionym, uzgodnionym w protokole spisany przy udziale obu stron.*

*Załącznik nr 3 do umowy pkt 6. trzyma brzmienie zgodnie z żądaniem Odwołującego.*

- 11) §15 ust. 2 umowy otrzyma brzmienie zgodnie z żądaniem Odwołującego;
- 12) § 23 ust. 3 pkt 2), 3) i 4) otrzyma brzmienie zgodnie z żądaniem Odwołującego;
- 13) § 23 ust. 7 umowy otrzyma brzmienie zgodnie z żądaniem Odwołującego:

*W przypadku uwzględnienia wniosku Wykonawcy, o którym mowa w ust. 4, przez Zamawiającego, zmiana wysokości wynagrodzenia Wykonawcy obejmie okres:*

- 1) *od dnia wejścia w życie zmiany, o której mowa w ust. 3, jeżeli pisemny wniosek o dokonanie zmiany wpłynie do Zamawiającego w terminie do 60 (sześćdziesięciu) dni od dnia wejścia w życie zmiany;*
  - 2) *od dnia złożenia pisemnego wniosku o dokonanie zmiany, o której mowa w ust. 3 – jeżeli wpłynął on po upływie 60 (sześćdziesięciu) dni od dnia wejścia w życie zmiany.*
- 14) § 24 ust. 2 pkt 2) umowy otrzyma brzmienie zgodnie z żądaniem Odwołującego.

*Mając na uwadze powyższe wnoszę o umorzenie postępowania odwoławczego”.*

**Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego nie** przystąpił żaden z wykonawców. Termin na zgłoszenie przystąpienia – stosownie do postanowień art. 525 ust.1 Pzp – upływał w dniu 21 lipca 2022 r. Według oświadczenia Zamawiającego (...) *kopia odwołania została przekazana Wykonawcom uczestniczącym w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego 18 lipca 2022 r. za pośrednictwem Platformy zakupowej Zamawiającego.”*

#### **Izba zważyła, co następuje:**

Działając na podstawie art. 522 ust. 1 ustawy Pzp postanowiła umorzyć postępowanie odwoławcze w niniejszej sprawie na posiedzeniu niejawnym bez obecności stron oraz uczestników postępowania odwoławczego.

Zgodnie ze wskazanym art. 522 ust. 1 Pzp: *„W przypadku uwzględnienia przez zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu, 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. W takim przypadku zamawiający wykonuje, powtarza lub unieważnia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia, zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu.”*

Orzekając o kosztach postępowania odwoławczego, Krajowa Izba Odwoławcza wzięła pod uwagę okoliczność, iż uwzględnienie odwołania miało miejsce przed otwarciem posiedzenia i rozprawy, zatem koszty te znoszą się wzajemnie stosownie do § 9 ust. 1 pkt 2 lit. a) 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 od odwołania (Dz. U. z 2020 r., poz. 2437), orzekając w tym zakresie o dokonaniu zwrotu Odwołującemu z rachunku Urzędu Zamówień Publicznych kwoty uiszczonej tytułem wpisu.

Mając powyższe na uwadze postanowiono jak w sentencji.

.....