

# PRZEDSIĘBIORSTWO PRODUKCYJNO-USŁUGOWO-HANDLOWE

w restrukturyzacji

16-061 Juchnowiec Kościelny, Kolonia Koplany 11 B  
Zarząd: tel. (085) 741-23-24/25, (085) 741-21-61/62, fax. wew. 201  
Fabryka Okien Rodex: tel. (085) 744-09-12/13, fax. (085) 744-09-14

**rodex**  
Sp. z o.o.

Kolonia Koplany, 2019.02.15

Prezes Krajowej  
Izby Odwoławczej  
ul. Postępu 17a  
02-676 Warszawa

## Odwołujący:

PPUH Rodex Sp. z o.o. w restrukturyzacji  
Kolonia Koplany 11 b , 16-061 Juchnowiec Kościelny  
reprezentowany przez Wojciecha Mirosława Kręcisz – członka Zarządu  
Tel. Nr 85 741-23-24/25 , adres poczty [w.kręcisz@rodex.com.pl](mailto:w.kręcisz@rodex.com.pl)

## Zamawiający:

Samodzielny Publiczny ZOZ Wojewódzki Szpital Zespolony im.  
Jędrzeja Śniadeckiego w Białymstoku  
ul. M. Skłodowskiej-Curie 26, 15-950 Białystok  
Tel. Nr 85 748-85-31, adres poczty [zamowienia.wsz@gmail.com](mailto:zamowienia.wsz@gmail.com)

## ODWOŁANIE

Na podstawie art. 179 ust. 1, 180 ust. 4 i art. 182 ust. 1 pkt. 2 w zw. z art. 180 ust. 2 pkt. 2 ustawy prawo zamówień publicznych (tekst jednolity z dnia 3 października 2018 r. Dz.U. z 2018 r. poz. 1986 ), zwanej dalej ustawą, składam odwołanie od czynności Zamawiającego – Samodzielnego Publicznego ZOZ Wojewódzkiego Szpitala Zespolonego im. Jędrzeja Śniadeckiego w Białymstoku, ul. Marii Skłodowskiej Curie 26, 15-950 Białystok, związanych z:

- treścią Rozdziału 27 SIWZ to jest załącznika nr 2 do SIWZ – postanowieniem §2 ust 6 istotnych postanowień przyszłej umowy w zakresie rozszerzenia fakultatywnych przyczyn wykluczenia wykonawcy niezgodnie z art. 24 ust. 5 ustawy

### oraz

- treścią Rozdziału 27 SIWZ to jest załącznika nr 2 do SIWZ – postanowieniem § 1 ust. 3 istotnych postanowień przyszłej umowy w zakresie możliwości jednostronnego i niezgodnego z zasadami uczciwej konkurencji i równego traktowania Wykonawców zachowania polegającego na uprawnieniu Zamawiającego do dowolnego ukształtowania zakresu rzeczowego umowy, niezgodnie z art. 139 ust. 1 ustawy w związku z art. 647 i art. 353<sup>1</sup> i art. 5 Kodeksu Cywilnego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na „*Remont, modernizację oraz przebudowę budynku nr 8 SP ZOZ Wojewódzkiego Szpitala Zespolonego im. Jędrzeja Śniadeckiego w Białymstoku*” prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego - **ogłoszenie nr 2019/S 030-065985 z dnia 12.02.2019r. (znak postępowania DA.ZP.242.10.2019)** Dz.U./S S30 12/02/2019 65985-2019-PL

Zaskarżonym czynnościom Zamawiającego w zakresie określenia warunków udziału w zamówieniu zarzucam:

- 1) naruszenie art. 7 ust. 1, art. 22 ust. 1 i 2, art. 24 ust. 5 ustawy w związku z art. 25 ust. 5 ustawy poprzez wprowadzenia w § 2 ust. 6 istotnych postanowień przyszłej umowy zapisu o treści „(...) *nie jest zagrożony niewypłacalnością ani także nie jest stroną w układzie z wierzycielami, jak również bank jest jakichkolwiek warunków umożliwiających postawienia w stan upadłości lub wszczęcia postępowania układowego z jego wierzycielami albo postępowania sanacyjnego*” - co skutkuje rozszerzeniem przyczyn ustawowego i fakultatywnego wykluczenia Wykonawcy z postępowania i tym samym następuje ograniczenie kręgu potencjalnych Wykonawców zdolnych do należytego wykonania przedmiotowego zamówienia, prowadzącego do świadomej rezygnacji z możliwości pozyskania ofert konkurencyjnych pod względem cenowym od innych Wykonawców będących w postępowaniu restrukturyzacyjnym w formie postępowania układowego.

- 2) naruszenia art. 36 ust. 1 pkt. 16 ustawy w związku z art. 7 ust. 1 ustawy, w związku z art. 5 kodeksu cywilnego w związku z § 2 ust. 6 istotnych postanowień przyszłej umowy poprzez wprowadzenie istotnych dla stron postanowień, które zostaną wprowadzone do treści zawieranej umowy w sprawie zamówienia publicznego, w sytuacji gdy zobowiązują przyszłego Wykonawcę do złożenia oświadczenia, że: „(...) nie jest zagrożony niewypłacalnością ani także nie jest stroną w układzie z wierzycielami, jak również brak jest jakichkolwiek warunków umożliwiających postawienia w stan upadłości lub wszczęcia postępowania układowego z jego wierzycielami albo postępowania sanacyjnego” co skutkuje ukształtowaniem zapisów przyszłej umowy sprzecznych z zasadami współżycia społecznego i społeczno gospodarczym przeznaczeniem prawa powodujące preferencyjne traktowanie przyszłych Wykonawców w stosunku do których nie jest otwarte postępowanie restrukturyzacyjne.
- 3) naruszenie art. 139 ust. 1, art. 144 ustawy oraz art. 7 ust. 1 ustawy w związku z art. 647, art. 353<sup>1</sup> oraz art. 5 Kodeksu Cywilnego z uwagi na wprowadzenie do postanowienia §1 ust. 3 istotnych postanowień przyszłej umowy zapisu o treści „(...)Zamawiający może żądać wprowadzenia w każdym czasie wprowadzenia zmian w Harmonogramie terminowo – rzeczowo – finansowego; powtórne żądanie jest dla wykonawcy wiążące (Wykonawca nie odpowiada za opóźnienie w wykonaniu Umowy, w zakresie w jakim wykaze, że opóźnienie jest skutkiem zmiany Harmonogramu zgodnej z żądaniem Zamawiającego i nie wynika z okoliczności leżących po stronie Wykonawcy)”, co skutkuje jednostronnym i nieograniczonym uprawnieniem dla Zamawiającego do wiążącej zmiany zakresu rzeczowego i finansowego umowy o zamówienie publiczne.

Wnoszę o :

- 1) nakazanie Zamawiającemu dokonania czynności zmiany treści załącznika nr 2 do Specyfikacji Istotnych Warunków - poprzez:
  - a) nakazanie Zamawiającemu wykreślenia z istotnych postanowień przyszłej umowy zapisu §2 ust 6 o treści: „(...) nie jest zagrożony niewypłacalnością ani także nie jest stroną w układzie z wierzycielami, jak również brak jest jakichkolwiek warunków umożliwiających postawienia w stan upadłości lub wszczęcia postępowania układowego z jego wierzycielami albo postępowania sanacyjnego”
  - b) nakazanie Zamawiającemu wykreślenie z istotnych postanowień przeszłej umowy zapisu § 1 ust. 3 o treści „(...)Zamawiający może żądać wprowadzenia w każdym czasie wprowadzenia zmian w Harmonogramie terminowo – rzeczowo – finansowego; powtórne żądanie jest dla wykonawcy wiążące (Wykonawca nie odpowiada za opóźnienie w wykonaniu Umowy, w zakresie w jakim wykaze, że opóźnienie jest skutkiem zmiany Harmonogramu zgodnej z żądaniem Zamawiającego i nie wynika z okoliczności leżących po stronie Wykonawcy)”

Ponadto wnoszę o:

- przeprowadzenie dowodu z dokumentów załączonych do odwołania.
- obciążenie kosztami postępowania odwoławczego Zamawiającego i nakazanie ich zwrotu na rzecz Odwołującego.

### Uzasadnienie

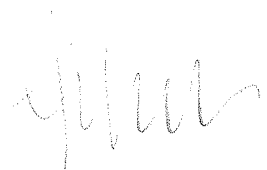
#### I.

W dniu 12 lutego 2019 r. wnoszący odwołanie został poinformowany drogą elektroniczną, o treści projektu umowy stanowiącej załącznik nr 2 do SIWZ do przetargu ogłoszonego w dniu 12.02.2019r

#### Dowód:

- wydruk ze strony internetowej Zamawiającego treści ogłoszenia
- projekt umowy- załącznik nr 2 do SIWZ

Odwołujący posiada interes w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy, który wyraża się w tym, że w przypadku prawidłowego zastosowania przepisów ustawy przez Zamawiającego nie doszłoby do naruszenia istotnych zasad udzielania zamówień publicznych, mogących mieć wpływ na wynik postępowania. Odwołujący miałby wówczas szansę na uzyskanie przedmiotowego zamówienia. Zamawiający przygotował postępowanie uchylając przepisom ustawy, w szczególności poprzez wadliwe określenie warunków udziału w postępowaniu, czym wyrządza szkodę Odwołującemu, który znajduje się w postępowaniu układowym, albowiem poprzez nieuzasadnione określone wymagania wobec wykonawcy, może stracić szansę na uzyskanie i realizację przedmiotowego zamówienia. Do dnia wniesienia odwołania nieprawidłowość nie została usunięta. W



# PRZEDSIĘBIORSTWO PRODUKCYJNO-USŁUGOWO-HANDLOWE

w restrukturyzacji

16-061 Juchnowiec Kościelny, Kolonia Koplany 11 B

Zarząd: tel. (085) 741-23-24/25, (085) 741-21-61/62, fax. wew. 201

Fabryka Okien Rodex: tel. (085) 744-09-12/13, fax. (085) 744-09-14

**rodex**  
Sp. z o.o.

szczegółności krytycznie należy odnieść się do sformułowania w treści załącznika nr 2 do SIWZ informacji o tym, iż Załącznik nr 2 stanowi „*istotne postanowienia przyszłej umowy*”, sam zaś załącznik nr 2 został zatytułowany „wzór umowy” formularz ofertowy zaś stanowi w pkt. 7, iż „*Oświadczam, że zawarte w specyfikacji istotnych warunków zamówienia istotne postanowienia przyszłej umowy zostały przez nas zaakceptowane i zobowiązujemy się w przypadku wyboru naszej oferty do zawarcia umowy na wyżej wymienionych warunkach w miejscu i terminie wyznaczonym przez Zamawiającego*” sam SIWZ nie zawiera zaś zapisów dot. tego, iż Wykonawca obiegający się o zamówienie „*nie jest zagrożony niewypłacalnością ani także nie jest stroną w układzie z wierzycielami, jak również brak jest jakichkolwiek warunków umożliwiających postawienia w stan upadłości lub wszczęcia postępowania układowego z jego wierzycielami albo postępowania sanacyjnego*” Reasumując, Zamawiający poprzez takie niejasne i sprzeczne ukształtowanie treści SIWZ wraz z załącznikami dokonał w istocie wskazanego już nieuzasadnionego określenia wymagań wobec wykonawcy, może stracić szansę na uzyskanie i realizację przedmiotowego zamówienia.

## II.

Obowiązujący przepis art. 24 ust. 5 ustawy wskazuje na fakultatywne przesłanki wykluczenia którymi jest pozostawanie wykonawcy w upadłości bądź likwidacji. W obecnym stanie prawnym zostały te przesłanki w znacznym stopniu uszczegółowione przez ustawodawcę. Ustawodawca dopuścił możliwość wykluczenia wykonawcy z postępowania, gdy: 1) w stosunku do niego otwarto likwidację; 2) w zatwierdzonym przez sąd układzie w postępowaniu restrukturyzacyjnym jest przewidziane zaspokojenie wierzycieli przez likwidację jego majątku, lub 3) sąd zarządził likwidację jego majątku w trybie art. 332 ust. 1 ustawy z 15.5.2015 r. – Prawo restrukturyzacyjne (t.j. Dz.U. z 2017 r. poz. 1508 ze zm.). Odnosząc wskazane powyżej regulacje ustawowe do postanowień § 2 ust 6 istotnych postanowień przyszłej umowy - zapisu o treści ;” „(...) *nie jest zagrożony niewypłacalnością ani także nie jest stroną w układzie z wierzycielami, jak również brak jest jakichkolwiek warunków umożliwiających postawienia w stan upadłości lub wszczęcia postępowania układowego z jego wierzycielami albo postępowania sanacyjnego*” wynika jednoznacznie, że z postępowania o udzielenie zamówienia zostają wykluczeni wykonawcy będący w restrukturyzacji w formie postępowania układowego. Takie określenie cech podmiotowych dla wykonawcy w treści SIWZ jest niedopuszczalne i równie nie mieści się uprawnieniu Zamawiającego przewidzianym w dyspozycji art. 22 ust. 1 i 2 ustawy określającego zasady dopuszczenia wykonawcy do udziału w postępowaniu. Tak ukształtowana treść SIWZ- u wskazuje na obejście przez Zamawiającego zakazu ograniczania konkurencji z art. 7 ust 1 ustawy poprzez przez zawężenie kręgu wykonawców ponad potrzebę zapewnienia, że zamówienie będzie wykonywać wykonawca wiarygodny i zdolny do jego należytej realizacji, rozumianej jako zaspokojenie uzasadnionych potrzeb zamawiającego. Zasad równego traktowania oznacza jednakowe traktowanie wykonawców na każdym etapie postępowania, bez stosowania ulg i przywilejów, ale także środków dyskryminujących wykonawców ze względu na ich właściwości. Jej przestrzeganie polega na stosowaniu jednej miary do wszystkich wykonawców znajdujących się w tej samej lub podobnej sytuacji, nie zaś na jednakowej ocenie wykonawców lub złożonych przez nich ofert (post. SO w Bydgoszczy z 17.3.2008 r., VIII Ga 22/08, niepubl, cyt. za wyr. KIO z 15.7.2013 r., KIO 1567/13, Legalis). Zarzucone naruszenia treści SIWZ (załącznika nr 2 Rozdziału 27 SIWZ) poprzez ograniczenie kręgu potencjalnych oferentów znajduje potwierdzenie w orzecznictwie unijnym w którym wskazuje się „... że zasada równego traktowania oraz powiązany z nią obowiązek przejrzystości i niedyskryminacji wymagają jednakowego traktowania oferentów pod względem stawianych im w postępowaniu wymagań oraz stosowania jednakowych zasad na etapie późniejszej weryfikacji ich spełniania. Oznacza to, że zamawiający mają obowiązek zapewnienia wykonawcom takich samych szans zarówno na etapie sformułowaniu wniosków lub ofert, jak i ich badania oraz oceny (por. wyr. TSUE z: 7.4.2016 r., *Partner Apelski Dariusz v. Zarząd Oczyszczania Miasta*, C-324/14, MoP 2016, Nr 11, s. 570; 24.5.2016 r., *MT Højgaard A/S i Züblin A/S v. Banedanmark*, C-396/14, Legalis oraz 16.12.2008 r., *Michaniki*, C-213/07, Legalis i przytoczone tam orzecznictwo)

## III.

Rozdział 27 SIWZ w związku z postanowieniem § 1 ust. 3 projektu umowy wskazuje, że zakwestionowany zapis jest naruszającym art. 139 ust 1 w związku z art. 647 i art. 353<sup>1</sup> i art. 5 Kodeksu Cywilnego.

**Dowód** : SIWZ, projekt umowy

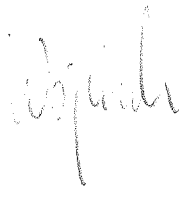
Za niedopuszczalne z uwagi na postanowienia art. 139 ust 1, art. 144 ustawy w związku art. 7 ustawy oraz z art. 647 i 353<sup>1</sup> Kodeksu cywilnego należy uznać postawienia projektu §1 ust. 3 projektu umowy w zakresie w jakim w sposób niegodny z zasadami współzycia społecznego Zamawiający kształtuje pozycję Wykonawcy umowy o roboty budowlane. Trudno odnaleźć bowiem racjonalne argumenty przemawiające za zasadnością ukształtowania § 1 ust. 3 umowy w taki sposób, że Zamawiający będzie uprawniony do dokonania jednostronnej i wiążącej decyzji, co do wprowadzenia zmian w harmonogramie terminowo – rzeczowo – finansowym. Ów harmonogram stanowi bowiem istotny element przyszłej umowy i z punktu widzenia zasad swobody ukształtowania treści stosunku prawnego, o której mowa w art. 353 (1) k.c. Nie sposób wywieść, iż zapisy § 1 ust. 3 pozostają w zgodności z prawem. Skoro przepis art. 353 (1) k.c. stanowi, iż „*Strony zawierające umowę mogą ułożyć stosunek prawny według swego uznania, byleby jego treść lub cel nie sprzeciwiały się właściwości (naturze) stosunku, ustawie ani zasadom współzycia społecznego.*” to przewidziane uprawnienie dla Zamawiającego do wiążącego i jednostronnego dokonania zmian w harmonogramie pozostaje w sprzeczności z ustawą to jest przepisem art. 647 k.c. który stanowi, iż „*Przez umowę o roboty budowlane wykonawca zobowiązuje się do **oddania przewidzianego w umowie obiektu**, wykonanego zgodnie z projektem i z zasadami wiedzy technicznej, a inwestor zobowiązuje się do dokonania wymaganych przez właściwe przepisy czynności związanych z przygotowaniem robót, w szczególności do przekazania terenu budowy i dostarczenia projektu, oraz do odebrania obiektu i **zapłaty umówionego wynagrodzenia***” Skoro umówione wynagrodzenie przez strony jest ryczałtowe, a Zamawiający będzie miał prawo do jednostronnej zmiany zakresu rzeczowego umowy (np. jego zwiększenia) to czynność taka nie mieści się w ramach swobody umów.

Ponadto w/w zapis § 1 ust. 3 projektu umowy powoduje, że pomimo opisanego przedmiotu zamówienia w SIWZ zgodnie z art. 31 ustawy p.z.p. może zatem dojść do wykonywania przedmiotu zamówienia o innym zakresie rzeczowym i finansowym niż ten, który został opisany przez Zamawiającego i udzielony Oferentowi wybranemu w postępowaniu. W szczególności należy podkreślić, iż takie ukształtowanie jednostronnych praw do zmian harmonogramu przez Zamawiającego nie może być postawiona na równi z koniecznością wykonania robót dodatkowych nieobjętych umową, albowiem do tych odnoszą się postanowienia § 15 wzoru umowy. Dodać także należy, iż wprowadzając zapis § 3 ust. 1 do umowy Zamawiający automatycznie dopuszcza zmianę, która nie mieści się w katalogu przewidzianym w art. 144 ust. 1 ustawy p.z.p. albowiem możliwa jednostronna zmiana zakresu rzeczowego umowy może naruszać równowagę ekonomiczną umowy i znacznie rozszerzać zakres świadczeń Wykonawcy wynikający z umowy.

Biorąc pod uwagę wyżej przedstawione okoliczności faktyczne oraz wskazane naruszenia przepisów odwołanie winno zostać uwzględnione poprzez nakazanie zmian czynności Zamawiającego w zakresie treści załącznik nr 2 do SIWZ .

#### Załączniki:

- 1 dowód przesłania kopii odwołania Zamawiającemu
- 2 odpis z KRS.
- 3 wydruk ogłoszenia nr
- 4 wydruk SIWZ
- 5 wzór umowy (istotnych postanowień przyszłej umowy)

 **Prezes Zarządu Spółki  
PPUH "RODEX"**  
Tł. 112, Al. 60-lecia Miłostwa Królestwa