

Sygn. akt: KIO 1858/21

**POSTANOWIENIE**  
**z dnia 10 sierpnia 2021 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:**

**Przewodniczący: Katarzyna Poprawa**

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron w dniu 10 sierpnia 2021 r. w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 23 czerwca 2021 r. przez wykonawcę **Strabag Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Pruszkowie w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Państwowe Gospodarstwo Wodne Wody Polskie z siedzibą w Warszawie**

**postanawia:**

- 1. umarza postępowanie odwoławcze,**
- 2. nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz wykonawcy Strabag spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Pruszkowie kwoty 9 000 zł 00 gr (słownie: dziewięć tysięcy złotych zero groszy), stanowiącej 90 % kwoty uiszczanego wpisu.**

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 2019 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

Zamawiający – Państwowe Gospodarstwo Wodne Wody Polskie prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pn. „Zbiornik Tulce gm. Kleszczewo, pow. poznański” Oznaczenie sprawy: PO.ROZ.2810.33.2021 (dalej zwane „Postępowaniem”). Postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 r. poz. 2019 z późn. zm.) dalej jako „Pzp” lub „ustawa”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych nr 2021/BZP 00087765/01 z dnia 18 czerwca 2021 r.

W dniu 23 czerwca 2021 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej zostało wniesione odwołanie przez wykonawcę Strabag Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Pruszkowie (zwanym dalej Odwołującym) wobec niezgodnej z przepisami czynności zamawiającego podjętej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, polegającej na ustaleniu treści Specyfikacji Warunków Zamówienia, w tym projektowanych postanowień umowy w sposób naruszający przepisy ustawy prawo zamówień publicznych oraz przepisy kodeksu cywilnego, tj.:

- 1) na wymogi dokumentacji 2 dołączonej do SWZ jako uzupełnienie treści SWZ i opisu przedmiotu zamówienia zgodnie z modyfikacją z dnia 21 czerwca 2021r. w zakresie w jakim z treści dokumentu Porozumienie nr PW/19/04/2021 z dnia 19.04.2021 r., wynikają inne niż wskazane w SWZ warunki udziału w postępowaniu, w tym warunki techniczne, powodujące podwójną weryfikację kompetencji i uprawnień wykonawcy, w tym na etapie realizacji umowy przez podmiot inny niż zamawiający w postępowaniu co powoduje poza ustawową weryfikację wykonawców w sposób sprzeczny z przepisami i zasadami ustawy Pzp oraz w sposób pozbawiony procedur ustawy Pzp, w tym przez podmiot do tego nieuprawniony.
- 2) na postanowienia § 14 ust 2 projektu umowy (załącznik nr 9 do SWZ) w jakim nie przewiduje on jasnych i precyzyjnych przesłanek zmiany umowy, w tym przesłanki zmiany umowy co do terminu realizacji, zakresu jak i wynagrodzenia w sytuacji nieprzekazania placu budowy jak i opóźnień spowodowanych działaniem lub zaniechaniem innych podmiotów w tym gestorów i dystrybutorów sieci tj. podmiotów trzecich od uzgodnień i warunków których zależy realizacja przedmiotowego zamówienia a przez to przerzucenia nadmiernego i niezgodnego z zasadami kontraktowania ryzyka na wykonawców.

- 3) na postanowienie § 14 ust. 3 projektu umowy (załącznik nr 9 do SWZ) w zakresie w jakim postanowienie to przewiduje uprawnienie wykonawcy do zmiany wynagrodzenia w przypadku zmiany ceny kluczowych materiałów mających istotny wpływ na cenę oferty, przy zachowaniu następujących warunków:
- (i) wynagrodzenie będzie podlegało waloryzacji począwszy od kolejnego pełnego kwartału roku od złożenia kosztorysu, gdy wartość zmiany cen ww. materiałów przekroczy 25 % w stosunku do stawek określonych w cennikach Wacetob, Sekocenbud lub wskaźników GUS na dzień otwarcia ofert i utrzyma się przez okres 3 miesięcy, • waloryzacja będzie odbywać się w oparciu o wskaźnik wzrostu średnich cen produkcji budowlano -montażowej, publikowany przez Wacetob, Sekocenbud lub wskaźników GUS przez zmianę ceny materiałów rozumie się wzrost odpowiednio średnich cen lub kosztów, względem średnich cen publikowanych przez Wacetob, Sekocenbud lub wskaźników GUS.
  - (ii) wykonawca będzie uprawniony do waloryzacji wynagrodzenia wyłącznie w sytuacji wykazania Zamawiającemu, że na dzień zaistnienia podstaw do waloryzacji, średnie ceny wskazane w Wacetob, Sekocenbud lub wskaźników GUS na dzień otwarcia ofert są niższe aniżeli średnie ceny produkcji budowlano - montażowej, publikowane przez Wacetob, Sekocenbud lub wskaźników GUS.

Opisanym wyżej czynnościom Zamawiającego Odwołujący zarzucił naruszenie:

1. art. 112 ust. 1 PZP i art. 99 ust 1 i 2 PZP w zw. z art. 16 pkt 1 i pkt 3 PZP poprzez zaniechanie określenia opisu przedmiotu zamówienia oraz warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności zawodowej w sposób jasny, wyczerpujący oraz proporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz w sposób umożliwiający ocenę zdolności Wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, a przez to w sposób ograniczający konkurencję w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego;
2. naruszenie art. 16 PZP w zw. z art. 134 Ust. 1 pkt 20) PZP w zw. z art. 8 ust. 1 Pzp w zw. z art. 5 i art. 353 1 Kodeksu cywilnego poprzez skonstruowanie istotnych postanowień Umowy w sposób, który powoduje - nieuzasadnione potrzebami Zamawiającego - uprzywilejowanie pozycji Zamawiającego i naruszenie zasady równowagi stron stosunku zobowiązaniowego, co pozostaje w sprzeczności z zasadami współżycia społecznego, godzi w naturę stosunku prawnego, naruszając tym samym równowagę kontraktową stron oraz stanowi nadużycie przez Zamawiającego przysługującego mu prawa podmiotowego do ukształtowania istotnych postanowień umownych;
3. art. 439 ust. 1 i ust. 2 ustawy Pzp oraz art. 99 ust 1 i 2 Pzp w zw. z art. 58 k.c. w zw. 8 ust. 1 ustawy Pzp poprzez sformułowanie projektu umowy w sposób uniemożliwiający

dokonanie zmiany wysokości wynagrodzenia wykonawcy w sytuacji zmiany cen materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia w przypadku, gdy umowa w sprawie zamówienia publicznego, której przedmiotem są roboty budowlane została zawarta na okres dłuższy niż 12 miesięcy. Ponadto przesłanka waloryzacyjna jest niejednoznaczna i niedostatecznie dokładna bowiem została przedstawiona przy użyciu nieprecyzyjnych i wieloznacznych pojęć jak „kluczowe materiały”, „istotne do wyceny” oraz poprzez odesłanie do 3 różnych „źródeł” jako podstaw waloryzacji tj. Wacetob, Sekocenbud lub wskaźników GUS – podczas gdy te podstawy potrafią się znacząco różnić a wskaźników GUS jest co najmniej kilkadziesiąt.

4. art. 16 pkt 1 i pkt 3 ustawy PZP poprzez brak przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji, równości wykonawców, a także naruszenia przez Zamawiającego zasady proporcjonalności;

a w konsekwencji naruszenie:

5. art. 99 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 16 pkt. 1 i pkt. 3 ustawy Pzp poprzez naruszenie zasady zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców przez zaniechanie przygotowania i prowadzenia postępowania z należytą starannością, w sposób umożliwiający zachowanie uczciwej konkurencji i wypełnienie obowiązków Inwestora związanych z przygotowaniem postępowania, w szczególności przez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny i nieuwzględniający wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty, a także poprzez przerzucenie na Wykonawcę nadmiernych ryzyk związanych z wykonaniem zamówienia, a przez to naruszenie zasady proporcjonalności.

Mając na uwadze powyższe, Odwołujący wniosk o nakazanie Zamawiającemu:

- 1) zmiany treści SWZ i ogłoszenia w zakresie warunków udziału w postępowaniu w sposób jasny i precyzyjny poprzez usunięcie pliku dokumentacja 2 jako integralnej części SWZ i opisu przedmiotu zamówienia, względnie – wyłączenie/wykreślenie dodatkowych wymagań wynikających z pliku dokumentacja 2 dotyczących kwalifikacji podmiotowych i przedmiotowych wykonawców, poza określonymi w dokumencie SWZ i ogłoszeniu.
- 2) zmiany treści projektu umowy tj. Załącznika nr 9 do SWZ w zakresie § 6 poprzez dodanie postanowienia np. jako kolejnych ust. 7 i 8 w brzmieniu:  
ust 7. Wykonawca nie ponosi odpowiedzialności za działania i zaniechania Zamawiającego oraz osób trzecich w szczególności gestorów/dystrybutorów sieci niezwiązanych z wykonawcą tj. niebędących podmiotami przy pomocy których

wykonawca realizuje zamówienie. W szczególności wykonawca nie ponosi odpowiedzialności za nieterminowe przekazanie placu budowy, czasowe lub trwałe wstrzymanie wykonania robót oraz inne przeszkody spowodowane przez osoby i podmioty trzecie z tytułu roszczeń wynikających z zawartych umów, uzgodnień i porozumień z Zamawiającym,

ust 8. w przypadku opóźnień lub innych przeszkód o których mowa w ust. 7 Wykonawca uprawniony będzie do wystąpienia z wnioskiem o zmianę umowy w trybie art. 14 Umowy.

- 3) zmiany treści projektu umowy tj. Załącznika nr 9 do SWZ w zakresie § 14 poprzez:
- a) dodanie przesłanki zmiany umowy w brzmieniu: Umowa ulegnie zmianie w zakresie terminu, sposobu lub zakresu realizacji, przedmiotu Umowy a także wynagrodzenia w sytuacji opóźnień lub innych przestojów spowodowanych działaniem lub zaniechaniem Zamawiającego lub osób trzecich, za których odpowiedzialności nie ponosi Wykonawca, w szczególności w sytuacji odmowy terminowego przekazania lub udostępnienia terenu budowy, uniemożliwienia terminowego dokonania odbioru robót lub uniemożliwienia Wykonawcy zachowania terminów wynikających z Harmonogramu.
  - b) Zmianę przesłanki z ust 3 dotyczącej waloryzacji wynagrodzenia na:
    - wynagrodzenie będzie podlegało waloryzacji począwszy od pełnego kwartału od złożenia kosztorysu ofertowego, gdy wartość zmiany wskaźnika cen produkcji budowlano montażowej określany dla Budowy inżynierii lądowej i wodnej ogłaszany miesięcznie przez GUS przekroczy 2,5 % w stosunku do wartości wskaźnika na dzień otwarcia ofert,

wykreślenie punktów o treści

- [3.3] waloryzacja będzie odbywać się w oparciu o wskaźnik wzrostu średnich cenprodukcji budowlano -montażowej, publikowany przez Wacetob, Sekocenbud lub wskaźników GUS przez zmianę ceny materiałów rozumie się wzrost odpowiednio średnich cen lub kosztów, względem średnich cen publikowanych przez Wacetob, Sekocenbud lub wskaźników GUS.
- [3.4] wykonawca będzie uprawniony do waloryzacji wynagrodzenia wyłącznie w sytuacji wykazania Zamawiającemu, że na dzień zaistnienia podstaw do waloryzacji, średnie ceny wskazane w Wacetob, Sekocenbud lub wskaźników GUS na dzień otwarcia ofert są niższe aniżeli średnie ceny produkcji budowlano - montażowej, publikowane przez Wacetob, Sekocenbud lub wskaźników GUS,
- [3.5] wynagrodzenie będzie podlegało waloryzacji maksymalnie do 10 % wynagrodzenia, o którym mowa w § 3 umowy. Postanowień dotyczących waloryzacji nie stosuje się od chwili osiągnięcia limitu, o którym mowa powyżej.

I wprowadzenie w to miejsce zapisu:

Waloryzacji podlegać będzie wynagrodzenie dla robót pozostających do wykonania po zaistnieniu przesłanek do jej zastosowania określonych powyżej, z tym wskazaniem, iż wynagrodzenie będzie podlegało waloryzacji maksymalnie do wartości 10 % wynagrodzenia, o którym mowa w § 3 ust 1 umowy.

W dniu 4 sierpnia 2021 r. wpłynęła Odpowiedź Zamawiającego na odwołanie, w której Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania w części dotyczącej § 14 ust. 3 umowy oraz oświadczył, iż w pozostałym zakresie uwzględni odwołanie.

W dniu 4 sierpnia 2021 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynął wniosek Odwołującego o umorzenie postępowania odwoławczego z uwagi na uwzględnienie w całości odwołania przez Zamawiającego lub w przypadku braku możliwości uznania, iż zamawiający w całości uwzględnił odwołanie, o cofnięciu odwołania i umorzeniu postępowania odwoławczego na podstawie art. 520 ust. 1 Pzp

Izba uznała, iż wobec jednoznacznego oświadczenia zamawiającego o częściowym uwzględnieniu odwołania, nie zaistniały okoliczności uzasadniające umorzenie postępowania odwoławczego na podstawie art. 522 ust. 1 Pzp z uwagi na brak uwzględnienia przez zamawiającego w całości zarzutów podniesionych w odwołaniu.

Izba stwierdziła, że odwołanie zostało skutecznie wycofane przed otwarciem rozprawy i w oparciu o art. 520 ust. 1 i art. 568 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, Izba postanowiła o umorzeniu postępowania odwoławczego.

Zgodnie z art. 520 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych odwołujący może cofnąć odwołanie do czasu zamknięcia rozprawy. Art. 568 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych stanowi, że w przypadku cofnięcia odwołania Izba umarza postępowania odwoławcze w formie postanowienia.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 557 i art. 575 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych oraz § 2 ust. 1 pkt 2, § 9 ust. 1 pkt 3 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).

Zgodnie z dyspozycją art. 557 ustawy Prawo zamówień publicznych w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach

postępowania odwoławczego. Zgodnie z art. 575 ustawy Prawo zamówień publicznych strony oraz uczestnik postępowania odwoławczego wnoszący sprzeciw ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku.

Zgodnie z § 9 ust. 1 pkt 3 lit. a ww. rozporządzenia, w przypadku umorzenia postępowania odwoławczego przez Izbę w całości na skutek cofnięcia odwołania najpóźniej w dniu poprzedzającym dzień, na który został wyznaczony termin rozprawy lub posiedzenia z udziałem stron lub uczestników postępowania odwoławczego – odwołującemu zwraca się 90% wpisu; w takim przypadku Izba orzeka o dokonaniu zwrotu odwołującemu z rachunku Urzędu Zamówień Publicznych kwoty uiszczonej tytułem wpisu, w wysokości stanowiącej 90% jego wartości. Tym samym Izba postanowiła o zwróceniu 90% wpisu w wysokości 9 000 złotych.

**Przewodniczący:** .....