

POSTANOWIENIE

z dnia 17 czerwca 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Klaudia Szczytowska-Maziarz

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron i uczestników postępowania odwoławczego w dniu 17 czerwca 2020 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 19 maja 2020 r. przez wykonawcę **Strabag Sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie (05-800)** w postępowaniu prowadzonym przez **Państwowe Gospodarstwo Wodne Wody Państwowe z siedzibą w Warszawie (00-844)**

przy udziale wykonawców:

A. Budimex S.A. z siedzibą w Warszawie (01-204),

B. Porr z siedzibą w Warszawie (02-854),

zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego (A i B)

postanawia:

- 1. umorzyć postępowanie odwoławcze,**
- nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz wykonawcy **Strabag Sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie (05-800)** kwoty **18 000 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy złotych zero groszy), stanowiącej 90% uiszczzonego wpisu.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 poz. 1843) na niniejsze postanowienie w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

W odniesieniu do postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego przez Państwowe Gospodarstwo Wodne Wody Państwowe z Warszawy (00-844) [dalej „zamawiający” albo „Zamawiający”] na „Modernizację śluzy oraz sterowni na stopniu wodnym Krapkowice wraz z przebudową awanportów” (Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 11 maja 2020 r. pod nr. 2020/S 091-215967) wykonawca Strabag Sp. z o.o. z Pruszkowa (05-800) [dalej „odwołujący”] złożył odwołanie wobec treści ogłoszenia i postanowień Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej „SIWZ”):

1. sekcji II 1.1.3) pkt. 1 ogłoszenia o zamówieniu „Informacje o charakterze prawnym, ekonomicznym, finansowym i technicznym. Warunki udziału w postępowaniu. Zdolność techniczna i kwalifikacje zawodowe” oraz postanowienia pkt. 7.2.2. SIWZ w zakresie warunku udziału w postępowaniu, tj.: wykazania się przez wykonawcę, że wykonał on nie wcześniej niż w okresie ostatnich 10 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, minimum jedną inwestycję o wartości 20,000.000 PLN brutto, której przedmiotem była budowa lub przebudowa śluzy wodnej z ruchomymi stalowymi wrotami o szerokości komory min. 9,6 m zlokalizowana na śródlądowej drodze wodnej co najmniej II klasy, a zadanie to zostało wykonane pod osłoną gródź budowlanych lub zamknięć remontowych stale piętrzących wodę, a także, że realizacja robót wymagała posadowienia sprzętu budowlanego na pływającym technicznym taborze śródlądowym,
2. postanowienia § 4 ust. 9 pkt. 4 lit. (g) projektu umowy w zakresie w jakim postanowienie to przewiduje, że w przypadku stwierdzenia w trakcie odbioru końcowego, wad Przedmiotu Umowy, zamawiający odmówi dokonania odbioru końcowego, a także na postanowienie pkt. 8.4. Specyfikacji Technicznej Wykonania i Odbioru Robót Budowlanych ST-00 Wymagania Ogólne, w zakresie w jakim postanowienie to przewiduje, że w przypadku stwierdzenia, że wyznaczone roboty poprawkowe i porządkowe ustalone w czasie przeglądu nie zostały wykonane, komisja zobowiązana jest przerwać swoje czynności odbiorowe i ustalić nowy termin odbioru końcowego (częściowego), przy czym decyzję o przerwaniu wraz z uzasadnieniem przedstawia w formie protokolarnej, a także że decyzja komisji nie może podlegać rewizji ze strony zamawiającego lub zaskarżeniu ze strony wykonawcy,
3. postanowienia § 5 ust. 2 projektu umowy w zakresie w jakim postanowienie to wyłącza roszczenia wykonawcy z tytułu nieudzielenia przez zamawiającego zaliczki,
4. postanowienia § 5 ust. 5 projektu umowy w zakresie w jakim postanowienie to przewiduje obowiązek dołączenia przez wykonawcę do wystawionej przez niego faktury VAT oświadczeń podwykonawców potwierdzających otrzymanie przez podwykonawców całości wynagrodzenia

za wykonane przez podwykonawców roboty, wchodzące w skład robót, których dotyczy faktura wystawiona przez wykonawcę, a także w zakresie w jakim postanowienie to warunkuje rozpoczęcie biegu terminu płatności faktury wystawionej przez wykonawcę od przedłożenia dokumentów wymienionych w § 5 ust. 5 pkt. 1-4 projektu umowy,

5. postanowienia § 6 ust. 2 pkt. 2 projektu umowy w zakresie w jakim postanowienie to wyłącza możliwość ustalenia w umowach z podwykonawcami ustanowienia przez podwykonawcę zabezpieczenia należytego wykonania umowy na rzecz wykonawcy w formie pieniężnej (zatrzymywania wypłaty wynagrodzenia), a także w zakresie w jakim postanowienie to nakłada na wykonawcę obowiązek zwrotu zabezpieczenia należytego wykonania umowy, ustanowionego przez podwykonawcę na rzecz wykonawcy, w terminie nie późniejszym, niż data zwrotu zabezpieczenia należytego wykonania umowy ustanowionego przez wykonawcę na rzecz zamawiającego,
6. postanowienia § 6 ust. 2 pkt. 9 projektu umowy w zakresie w jakim postanowienie to nakazuje wyłączyć w umowie podwykonawczej możliwość dokonywania potrąceń wierzytelności pomiędzy wykonawcą a podwykonawcą, wynikających z innych roszczeń aniżeli roszczenia związane z realizacją umowy,
7. postanowienia § 10 ust. 1 pkt. 2, pkt. 3, pkt. 4, pkt. 5 projektu umowy w zakresie w jakim postanowienie to przewiduje obowiązek zapłaty zamawiającemu kary umownej za opóźnienie;
8. postanowienia § 11 ust. 8 projektu umowy w zakresie w jakim postanowienie to przewiduje, że Wykonawca ponosi odpowiedzialność z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania umowy niezależnie od winy w sytuacji, gdy niewykonanie lub nienależyte wykonanie umowy następuje z powodu okoliczności związanych z działalnością wykonawcy przy realizacji umowy,
9. postanowienia § 13 ust. 2 projektu umowy w zakresie w jakim postanowienie to wyłącza roszczenie wykonawcy o zapłatę kosztów ogólnych w przypadku przedłużenia terminu realizacji umowy oraz ustanawia domniemanie, że roszczenia te są ujęte w cenie oferty (w wynagrodzeniu).

Odwołujący zarzucił zamawiającego naruszenie następujących przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 poz. 1843) [dalej „ustawa Pzp”]:

1. art. 7 ust. 1, poprzez brak przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji, równości wykonawców, a także naruszenia przez zamawiającego zasady proporcjonalności,
2. art. 22 ust. 1a w zw. z art. 7, poprzez zaniechanie określenia warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności zawodowej w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz

w sposób umożliwiający ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia;

3. art. 353¹ k.c. oraz art. 58 k.c. w zw. z art. 5 k.c. w zw. z art. 14 ustawy Pzp oraz w zw. art. 139 ust. 1 oraz art. 36 ust. 1 pkt 16 tejże ustawy, poprzez wykorzystanie pozycji dominującej organizatora przetargu i rażące uprzywilejowanie w treści projektu umowy pozycji zamawiającego, wbrew zasadom współżycia społecznego i właściwości stosunku prawnego, w sposób stanowiący nadużycie prawa,

a w konsekwencji naruszenie:

4. art. 29 ust. 1 i 2, 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 wszelkich ryzyk związanych z wykonaniem zamówienia, a przez to naruszenie zasady proporcjonalności;
5. art. 647 k.c. w zw. art. 353¹ k.c. oraz art. 58 k.c. w zw. z art. 5 k.c. w zw. z art. 14 ustawy Pzp oraz w zw. art. 139 ust. 1 tejże ustawy, poprzez sformułowanie projektu umowy w sposób sprzeczny z istotą umowy o roboty budowlane,
6. art. 143a ust. 1 i 2, poprzez warunkowanie zapłaty wynagrodzenia wykonawcy za wykonanie robót budowlanych od uprzedniego dokonania przez niego zapłaty wynagrodzenia podwykonawcom lub dalszym podwykonawcom,
7. art. 473 § 1 k.c. w zw. art. 353¹ k.c. oraz w zw. z art. 58 k.c. w zw. z art. 14 ustawy Pzp oraz w zw. art. 139 ust. 1 tejże ustawy, poprzez modyfikację odpowiedzialności wykonawcy z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania umowy bez wskazania w umowie okoliczności, za które Wykonawca ma ponosić odpowiedzialność,
8. art. 483 k.c. w zw. art. 353¹ k.c. oraz w zw. z art. 58 k.c. w zw. z art. 14 ustawy Pzp oraz w zw. art. 139 ust. 1 tejże ustawy, poprzez ustanowienie obowiązku zapłaty kary umownej z pominięciem zasad odpowiedzialności dłużnika za niewykonanie lub nienależyte wykonanie umowy, tj. z pominięciem przesłanki winy dłużnika,
9. art. 36 ust. 2 pkt. 11 lit. a oraz art. 143d ust. 1 w zw. z art. 353¹ k.c., w zw. z art. 14 ustawy Pzp oraz w zw. art. 139 ust. 1 tejże ustawy, poprzez nieuprawnioną ingerencję w treść stosunków prawnych nawiązywanych pomiędzy osobami trzecimi w zakresie znacznie szerszym niż wynikający z ustawowego zakresu ochrony podwykonawców.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

1. zmiany treści postanowienia sekcji Ili. 1.3) pkt. 1 ogłoszenia o zamówieniu „Informacje o charakterze prawnym, ekonomicznym, finansowym i technicznym. Warunki udziału

w postępowaniu. Zdolność techniczna i kwalifikacje zawodowe” i w konsekwencji zmiany pkt. 7.2.2. SIWZ, poprzez nadanie im następującego brzmienia:

„Wykonawca musi wykazać, że wykonał nie wcześniej niż w okresie 10 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, następującą robotę:

- min. 1 inwestycję, o wartości robót min. 20.000.000 PLN brutto, której przedmiotem była:

** budowa lub przebudowa min. dwuprzęsłowego jazu z ruchomymi zamknięciami klapowymi lub sektorowymi lub segmentowymi o szerokości przęsła min. 15 m i wysokości piętrzenia min 1,5 m, zlokalizowanego na śródlądowej wodnej co najmniej II klasy (zgodnie z klasyfikacją określoną w rozporządzeniu Rady Ministrów z dnia 07 maja 2002 r. w sprawie klasyfikacji śródlądowych dróg wodnych - Dz.U. 2002, poz. 695), a zadanie to wykonane zostało pod osłoną gródź budowlanych lub zamknięć remontowych stale piętrzących wodę, a także realizacja robót wymagała posadowienia sprzętu budowlanego na pływającym taborze śródlądowym, lub * budowa lub przebudowa śluzy wodnej z ruchomymi stalowymi wrotami o szerokości komory min. 9,6 m, zlokalizowanej na śródlądowej drodze wodnej co najmniej II klasy lub na morskich drogach wewnętrznych, w szczególności takich jak śluzy w portach lub kanałach portowych, a zadanie to zostało wykonane pod osłoną gródź budowlanych lub zamknięć remontowych stale piętrzących wodę, a także realizacja robót lub wymagała posadowienia sprzętu budowlanego na pływającym technicznym taborze,*

** budowa lub przebudowa wieloprzęsłowej budowli zrzutowej na zbiorniku wodnym, o szerokości przęsła min. 6 m i wysokości piętrzenia min. 2 m, wyposażonej w zamknięcia ruchome z napędem sterowanym automatycznie (z wyłączeniem zamknięć powłokowych), a zadanie to wykonane zostało pod osłoną gródź budowlanych lub zamknięć remontowych stale piętrzących wodę, a także realizacja robót wymagała posadowienia sprzętu budowlanego na pływającym taborze śródlądowym. Przebudowa budowli zrzutowej musi uwzględniać wymianę na nowe konstrukcje piętrzące, wraz z przebudową przęsła, przyczółków i filarów”;*

2. zmiany treści projektu Umowy, poprzez:

a) zmianę treści postanowienia § 4 ust. 9 pkt. 4 lit. (g) projektu umowy i nadanie mu następującego brzmienia: *„w przypadku stwierdzenia, w trakcie odbioru końcowego wad Przedmiotu Umowy, Zamawiający żąda ich usunięcia z uwzględnieniem czasu niezbędnego na wykonanie prac z tym związanych. W przypadku braku uzgodnienia terminu Zamawiający będzie uprawniony do jednostronnego wskazania terminu usunięcia wad. Zamawiający jest uprawniony do odmowy dokonania odbioru końcowego w przypadku gdy wady są istotne i uniemożliwiają użytkowanie Przedmiotu umowy zgodnie z jego przeznaczeniem.”,*

b) wykreślenie postanowienia § 5 ust. 2 pkt. 7 projektu umowy o treści: *„Wykonawca zrzeka się wszelkich roszczeń związanych z nieudzieleniem przez Zamawiającego zaliczki do*

wysokości, o której mowa w ust. 2 powyżej, tj. do wysokości 15 % wartości umowy (brutto) wskazanej w ust. 1 powyżej”,

c) zmianę treści postanowienia § 5 ust. 5 pkt. 1 projektu umowy i nadanie mu następującego brzmienia: „oświadczenia Podwykonawców potwierdzające otrzymanie przez Podwykonawców całości wymagalnego wynagrodzenia za wykonane przez Podwykonawców prace, wchodzące w skład robót, których dotyczy poprzednio wystawiona faktura VAT przez Wykonawcę”,

d) zmiany treści postanowienia § 5 ust. 5 pkt. 2 projektu umowy i nadanie mu następującego brzmienia: „oświadczenia o braku zaległości finansowych na dzień wystawienia faktury od wszystkich Podwykonawców, z którymi Wykonawcę (Podwykonawcę) wiąże umowa podwykonawcza na dzień wystawienia faktury”,

e) zmiany treści postanowienia § 5 ust. 5 pkt. 4 projektu umowy i nadanie mu następującego brzmienia: „potwierdzenie przelewu na rachunek bankowy Podwykonawcy wymagalnej kwoty/ wymagalnych kwot wskazanych na fakturze/fakturach wystawionych przez Podwykonawców ewentualnie wraz z kserokopią innego dokumentu świadczącego o dokonaniu na rzecz Podwykonawcy zapłaty całości wymagalnego wynagrodzenia za wykonane przez Podwykonawcę roboty”,

f) zmiany treści postanowienia § 5 ust. 5 ostatni tiret projektu umowy i nadanie mu następującego brzmienia: „Błędnie wystawione faktury będą zwracane. W przypadku gdy Wykonawca nie zlecił Podwykonawcy wykonywania żadnych prac, do każdej faktury VAT Wykonawca będzie dołączał oświadczenie, o nie zleceniu Podwykonawcy wykonania żadnych robót wchodzących w zakres robót, których dotyczy faktura VAT Wykonawcy wystawiona za poprzedni okres rozliczeniowy.”,

g) wykreślenie z projektu Umowy postanowienia § 6 ust. 2 pkt. 2 o treści: „umowy z podwykonawcami nie mogą przewidywać zabezpieczenia należytego wykonania umowy w postaci zatrzymywania (niewypłacania) części wynagrodzenia podwykonawcy. Terminy zwolnienia gwarancji należytego wykonania umowy określone w umowach zawartych pomiędzy Wykonawcą a podwykonawcą lub dalszym podwykonawcą nie mogą upływać później niżeli terminy zwolnienia gwarancji należytego wykonania umowy zawarte w umowach pomiędzy Zamawiającym a Wykonawcą”,

h) wykreślenie z projektu Umowy postanowienia § 6 ust. 2 pkt. 9 o treści: „Umowy nie mogą zawierać zapisów dotyczących dokonywania wzajemnych potrąceń należności pomiędzy Wykonawcą i jego podwykonawcą lub dalszym podwykonawcą, wynikających z roszczeń innych, aniżeli związane z realizacją niniejszej Umowy”,

i) zmiany postanowienia § 10 ust. 1 pkt. 2 projektu umowy i nadanie mu następującego brzmienia: „zwłoki w zakończeniu robót budowlanych - w wysokości (kryterium oceny oferty, zgodnie z ofertą wykonawcy, lecz nie mniej niż 15 tys. zł i nie więcej niż 45 tys. zł) za każdy

dzień zwłoki, licząc od terminu określonego w § 3 ust. 1 umowy”,

j) zmiany postanowienia § 10 ust. 1 pkt. 3 projektu umowy i nadanie mu następującego brzmienia: *„zwłoki w przekazaniu Zamawiającemu Ogólnego Harmonogramu Budowy lub Rocznego Harmonogramu Budowy lub Terminarza Fakturowań i ich aktualizacji w wysokości 5.000 zł za każdy dzień zwłoki”,*

k) wykreślenia § 10 ust. 1 pkt. 4 umowy o treści: *„opóźnienia w wykonaniu poszczególnych elementów przedsięwzięcia objętego przedmiotem umowy w terminach wskazanych w zatwierdzonym przez Zamawiającego Ogólnym Harmonogramie Budowy – w wysokości 0,05% wartości elementu brutto ustalonej w Ogólnym Harmonogramie Budowy za każdy dzień opóźnienia”,*

l) zmiany postanowienia § 10 ust. 1 pkt. 5 projektu umowy i nadanie mu następującego brzmienia: 5) *„zwłoki w usunięciu wad lub usterek przedmiotu umowy w wysokości 0,05% wartości umowy brutto, określonej w § 5 ust. 1 niniejszej umowy za każdy dzień zwłoki, licząc od terminu na usunięcie wad ustalonego zgodnie z § 9 ust. 3 niniejszej umowy”,*

m) wykreślenia postanowienia § 11 ust. 8 projektu umowy o treści: *„Wykonawca ponosi odpowiedzialność z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania umowy niezależnie od winy w sytuacji, gdy niewykonanie lub nienależyte wykonanie umowy następuje z powodu okoliczności związanych z działalnością wykonawcy przy realizacji niniejszej umowy”,*

n) wykreślenia postanowienia § 13 ust. 2 projektu umowy o treści: *„Strony postanawiają, że w przypadku przedłużenia terminu realizacji Umowy, Wykonawcy nie będzie przysługiwało roszczenie o zapłatę przez Zamawiającego kosztów ogólnych, tj. kosztów związanych bezpośrednio lub pośrednio z funkcjonowaniem Wykonawcy na budowie (w szczególności koszty zaplecza Wykonawcy, koszty obsługi biurowej i nadzoru geodezyjnego, koszty pracownicze). Strony zgodnie postanawiają, że takie koszty, w przypadku przedłużenia terminu realizacji Umowy, uznaje się za wliczone w ramach wynagrodzenia wskazanego w § 5 ust 1 niniejszej Umowy, za wyjątkiem przypadku wskazanego w ust 1 pkt 13) powyżej, gdzie koszty te będą uwzględnione w przedmiotowym aneksie do umowy.”,*

o) modyfikacji pkt. 8.4. Specyfikacji Technicznej Wykonania i Odbioru Robót Budowlanych ST-00 Wymagania Ogólne, poprzez usunięcie fragmentu o treści: *„W przypadku stwierdzenia, że wyznaczone roboty poprawkowe i porządkowe ustalone w czasie przeglądu nie zostały wykonane, komisja zobowiązana jest przerwać swoje czynności odbiorowe i ustalić nowy termin odbioru końcowego (częściowego), przy czym decyzję o przerwaniu wraz z uzasadnieniem przedstawia w formie protokolarnej. Decyzja komisji nie może podlegać rewizji ze strony Zamawiającego lub zaskarżeniu ze strony Wykonawcy.”*

Pismem z dnia 17 czerwca 2020 r. odwołujący cofnął odwołanie.

Ze względu na fakt, że odwołanie można cofnąć w każdym czasie do zamknięcia rozprawy, jego cofnięcie, zgodnie z art. 187 ust. 8 ustawy Pzp oznacza, że postępowanie odwoławcze podlega umorzeniu.

Dlatego też postanowiono jak w sentencji.

Uwzględniając art. 187 ust. 8 zdanie 2 ustawy Pzp skład orzekający Izby postanowił zwrócić na rzecz odwołującego 90 % kwoty uiszczzonego wpisu.

Przewodniczący: