

Sygn. akt: KIO 1010/20

POSTANOWIENIE
z dnia 15 czerwca 2020 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Katarzyna Poprawa

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym w dniu 15 czerwca 2020 roku odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 11 maja 2020 roku przez Wykonawcę: **PORR Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie w postępowaniu** prowadzonym przez Zamawiającego: **Państwowe Gospodarstwo Wodne Wody Polskie z siedzibą w Warszawie**

przy udziale wykonawcy: **Przedsiębiorstwo Robót Wodnych i Ekologicznych „EKO-WOD” Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Świdnicy** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygnaturze akt KIO 1010/20 po stronie Odwołującego

postanawia:

- 1) umarza postępowanie odwoławcze,**
- 2) nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz Odwołującego PORR Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie), kwoty 18 000 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy złotych zero groszy), stanowiącej 90% uiszczanego wpisu.**

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 t.j.), 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

Zamawiający – Państwowe Gospodarstwo Wodne Wody Polskie z siedzibą w Warszawie prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego **w trybie przetargu nieograniczonego, przedmiotem którego jest „Modernizacja śluzy oraz sterowni na stopniu wodnym Januszkowice wraz z przebudową awanportów”** nr postępowania **GL.ROZ.2810.32.2020.EB.**

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 30 kwietnia 2020r. pod nr 2020/S 085-200165. Postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j.: Dz. U. z 2019 r., poz. 1843) zwanej dalej „ustawą” lub „Pzp”. Wartość zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ww. ustawy.

W dniu 11 maja 2020 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej zostało wniesione odwołanie przez wykonawcę PORR. S.A. z siedzibą w Warszawie (dalej jako Odwołujący), wobec postanowień Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia tj.:

1. Rozdział 5 SIWZ (oraz § 3 ust. 2 Wzoru umowy), zgodnie z którym termin realizacji przedmiotu zamówienia wskazany został jako: „*od dnia podpisania umowy do dnia 31.07.2023 r.*”;
2. §1 ust. 8 Wzoru umowy, zgodnie z którym: „*Wykonawca jest zobowiązany wykonać roboty budowlane oraz dostawy i usługi stanowiące Przedmiot niniejszej umowy według dokumentacji projektowej oraz ST, SST i WTE, zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i wiedzy technicznej, obowiązującymi przepisami, normami i uzgodnieniami branżowymi, przy dołożeniu należytej staranności, wymaganej w stosunkach danego rodzaju od podmiotów zawodowo wykonujących prace objęte zakresem Przedmiotu niniejszej umowy z uwzględnieniem wszelkich uzyskanych przez Zamawiającego decyzji, uzgodnień, pozwoleń, treści poleceń wydanych w toku realizacji umowy, przez Zamawiającego bądź działający w jego imieniu Nadzór inżynierski, decyzji, poleceń i ewentualnych rysunków zamiennych wydanych w toku realizacji umowy przez Nadzór Autorski, a także dokumentów i dokumentacji opracowanych w toku realizacji umowy przez Wykonawcę, a zatwierdzonych przez Zamawiającego bądź Inżyniera na zasadach określonych w umowie albo ST lub WTE albo SST, oraz decyzji, uzgodnień i pozwoleń uzyskanych przez Wykonawcę w toku realizacji umowy, o ile ich uzyskanie jest niezbędne dla potrzeb jej prawidłowej realizacji*”;
3. § 1 ust. 10 Wzoru umowy, zgodnie z którym: „*Wykonawca zobowiązuje się wykonać roboty budowlane, które nie zostały wyszczególnione w Przedmiarze Robót, oraz w Ofercie*

Wykonawcy i stanowiącym jej część Wycenionym Przedmiarze Robót, a są konieczne do realizacji przedmiotu umowy zgodnie z Projektem budowlanym, bez zawierania odrębnej umowy, z zastrzeżeniem postanowień §13 Umowy”;

4. *§ 5 ust 2 ppkt 7 Wzoru umowy, zgodnie z którym: „Wykonawca zrzeka się wszelkich roszczeń związanych z nieudzielaniem przez Zamawiającego zaliczki do wysokości, której mowa w ust. 2 powyżej, tj. do wysokości 15 % wartość umowy (brutto) wskazanej w ust. 1 powyżej.”*
5. *§ 13 ust. 2 Wzoru umowy, zgodnie z którym: „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”;*
6. *§ 13 ust. 1 pkt 2 lit, a) Wzoru umowy, zgodnie z którym: „Zamawiający przewiduje możliwość wprowadzenia zmian do umowy stosunku do treści oferty, na podstawie której dokonano wyboru wykonawcy, jeżeli wystąpią następujące przesłanki: 2. wystąpią niesprzyjające warunki atmosferyczne, geotechniczne, archeologiczne uniemożliwiające Wykonawcy wykonanie robót w terminie, o którym mowa w § 3 ust. 1 umowy lub określonym w Ogólnym Harmonogramie Budowy, tj.:*
 - a) *długotrwałe - trwające dłużej niż 3 dni lub intensywne w wielkości powyżej 30 l/m² opady atmosferyczne, klęski żywiołowe, niskie temperatury - poniżej (- 10)°C, porywisty wiatr - powyżej 10.m/s, wysokie stany wód, gruba pokrywa śnieżna, powodujące ewakuację sprzętu i taboru pływającego i wykonanie zabezpieczeń powodziowych, zgodnie z „Instrukcją przeciwpowodziową na czas prowadzenia robót budowlano-montażowych” lub inne niż podane wyżej warunki (parametry) atmosferyczne uniemożliwiające Wykonawcy wykonywanie Przedmiotu umowy, co zostanie potwierdzone przez Inżyniera Projektu / zaakceptowane przez Zamawiającego, z zastrzeżeniem zapisów pkt 2.5 ST-00”,*
7. *Pkt 1.5 Specyfikacji Technicznej ST 00 - Część Ogólna, zgodnie z którym: „W cenie kontraktowej Wykonawca winien uwzględnić wypełnienie wszelkich warunków i obowiązków nałożonych na Inwestora jak i Wykonawcę we wszystkich uzgodnieniach i decyzjach administracyjnych*

Użyte w ST oraz SST określenia, które wymieniono poniżej, należy w każdym przypadku rozumieć następująco:

DOKUMENTACJA PROJEKTOWA (DP) - aktualizacja części technicznej dokumentacji przetargowej wraz z opisem rozwiązań projektowych i podstawowymi rysunkami, a także ze wszystkimi uzgodnieniami i decyzjami administracyjnymi (PB) oraz zbiór projektów wykonawczych (PW), jak również rysunków roboczych oraz dodatkowych i zamiennych, stanowiących podstawy do prawidłowej pod względem technicznym realizacji robót oraz obiektów lub zadań. Zakres dokumentacji określono w pkt 1.7.2. niniejszej ST" (...).

8. Pkt 1.7.1. Specyfikacji Technicznej ST 00 - Część Ogólna, zgodnie z którym: „(...) Wykonawca musi wykonać Przedmiot Zamówienia obejmujący przedmiotowe przedsięwzięcie inwestycyjne Projektu na stopniu wodnym Januszkowice zgodnie z Umową, Ofertą, WPR oraz Dokumentacją Techniczną (w tym DP z decyzją realizacyjną JRP), przy uwzględnieniu odpowiedniego pozwolenia wodnoprawnego i pozwolenia na budowę oraz decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach zgody na realizację inwestycji, jak również dokumentów zaakceptowanych lub uzgodnionych przez Inżyniera. W razie stwierdzenia przez Wykonawcę rozbieżności lub niezgodności w dokumentacji, względnie dokumentach, Wykonawca zobowiązany jest przedstawić sporne lub wątpliwe sprawy na piśmie Inżynierowi w terminie 31 dni kalendarzowych od planowanego rozpoczęcia przedmiotowych prac związanych z wątpliwościami, w celu zajęcia stanowiska dla wyeliminowania błędów oraz niezwłocznego dokonania odpowiednich zmian, poprawek czy interpretacji formie pisemnych decyzji lub wyjaśnień JRP, ewentualnie uzgodnionych z Projektantem (...)” oraz „(...) Wykonawca zobowiązany jest znać wszystkie decyzje dotyczące inwestycji oraz wszelkie akty prawne (ustawy, akty wykonawcze do ustaw, a także przepisy wydane przez organy administracji publicznej), które są w jakikolwiek sposób związane z realizacją Umowy (...)”.
9. Pkt 1.8.8.5 Specyfikacji Technicznej ST 00 - Część Ogólna, zgodnie z którym: „Wykonawca jest zobowiązany znać i respektować wszystkie akty administracyjne w szczególności decyzje wydane przez właściwe organy administracji publicznej dotyczące przedmiotowych inwestycji, w tym dotyczących współfinansowania ze środków UE, i przekazane przez JRP, a ponadto wszelkie akty prawne związane z realizacją robót. Równocześnie będzie w pełni odpowiedzialny za przestrzeganie tych aktów prawnych i aktów administracyjnych, podczas prowadzenia działań związanych z wykonawstwem robót jak i wyposażaniem obiektów w urządzenia
10. Pkt 8.4 Specyfikacji Technicznej ST 00 - Część Ogólna, zgodnie z którym: „(...) W razie, gdy pozwolenia na budowę dla przedmiotowego przedsięwzięcia inwestycyjnego Projektu będzie nakładało na Zamawiającego obowiązek uzyskania decyzji w sprawie pozwolenia na użytkowanie budowli (np. po przebudowie śluzy pociągowej wraz z obiektami

towarzyszącymi) lub inwestycji, Wykonawca zawiadamia natychmiast poniższe organy (...).

11. Pkt 1.10 Opisu Przedmiotu Zamówienia, zgodnie z którym: *„Wykonawca powinien oddzielnie wycenić każdą pozycję w Przedmiarze Robót, w oparciu o dokumentację projektową, specyfikacje techniczne i szczegółowe specyfikacje techniczne, warunki techniczno-eksploatacyjne, obowiązki wynikające z decyzji administracyjnych, połączoną z oceną stanu technicznego obiektów i warunkami prowadzenia robót (...)*

Wobec powyższego Odwołujący PORR S.A. zarzuciła Zamawiającemu naruszenie:

- (i) art. 29 ust. 1 i 2 Pzp w zw. z art. 31 ust. 1 Pzp poprzez opisanie przedmiotu zamówienia na wykonanie robót budowlanych w sposób niejednoznaczny, niewyczerpujący oraz nieuwzględniający wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty oraz utrudniający uczciwą konkurencję w związku z niezłączeniem do dokumentacji Postępowania pozwolenia na budowę dla zadania 1A, które, zgodnie z dokumentacją Postępowania (w tym z postanowieniami Wzoru umowy), kształtować ma zakres przedmiotowy zamówienia i będzie wiążące dla wykonawców, co skutkuje brakiem możliwości ustalenia planowanych kosztów robót budowlanych oraz przygotowania oferty, szczególnie w zakresie obliczenia ceny oferty, a tym samym, wobec braku możliwości oszacowania zakresu ryzyk, prowadzi do złożenia ofert nieporównywalnych;
- (ii) **art. 353¹ k.c. w zw. z art. 29 ust. 1 i 2 Pzp w zw. z art. 36 ust. 1 pkt 4 Pzp** poprzez określenie „sztywnego”, kalendarzowego terminu realizacji zamówienia, co w połączeniu z brakiem wspomnianego pozwolenia oraz przerzuceniem na wykonawców wszelkich ryzyk związanych z wydłużeniem terminu realizacji umowy, stanowi o nadużyciu zasady swobody umów;
- (iii) **art. 353¹ k.c. w zw. z art. 140 ust. 1 Pzp z art. 29 ust. 1 i 2 Pzp** poprzez:
- określenie, że w przypadku przedłużenia terminu realizacji umowy, wykonawcy nie będzie przysługiwało roszczenie o zapłatę przez Zamawiającego kosztów ogólnych (§13 ust. 2 Wzoru umowy);
 - określenie, że obowiązkiem wykonawcy w ramach umowy jest wykonanie robót budowlanych, które nie zostały wyszczególnione w Przedmiarze Robót, oraz w Ofercie Wykonawcy i stanowiącym jej część Wycenionym Przedmiarze Robót (§ 1 ust. 10 Wzoru umowy), gdy tymczasem zgodnie z art. 140 ust. 1 Pzp zakres świadczenia wynikający z umowy musi być tożsamy z tym, które zawarte jest w ofercie;
 - określenie, że Zamawiający może w całkowicie dowolny sposób nie przyznać wykonawcy zaliczki (pomimo spełnienia przez wykonawcę wymogów jej uzyskania), przy jednoczesnym nakazie rezygnacji przez wykonawcę z wszelkich roszczeń z tym

związanych (§ 5 ust 2 ppkt 7 Wzoru umowy);

- określenie, że Zamawiający przewiduje zmianę umowy w przypadku zaistnienia niekorzystnych warunków atmosferycznych definiowanych jako spadek temperatury poniżej -10°C, gdy tymczasem z dokumentacji Postępowania wynika, że wykonawca powinien zaprzestać wykonywania prac, gdy temperatura spadnie poniżej +5°C, co w przypadku, gdy temperatura znajduje się w przedziale od -10°C do +5°C uniemożliwia realizację prac przy jednoczesnym braku dopuszczalności aneksowania umowy (§ 13 ust. 1 pkt 2 lit. a) Wzoru umowy); co stanowi o sprzeczności tak ułożonego stosunku prawnego z jego właściwością oraz zasadami współżycia społecznego;

a w konsekwencji powyższego,

(iv) **art. 7 ust. 1 Pzp** poprzez przeprowadzenie Postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców, proporcjonalności i przejrzystości.

Na podstawie art 190 ust. 1 Pzp Odwołujący PORR S.A. wniósł o:

(i) dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów załączonych do odwołania, wnioskowanych w odwołaniu lub przedstawionych na rozprawie, na okoliczności wskazane w uzasadnieniu pisemnym bądź ustnym;

Na podstawie art. 192 ust. 3 pkt 1 Pzp Odwołujący PORR S.A. wniósł o:

(ii) rozpatrzenie i uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu doprowadzenie dokumentacji Postępowania do stanu zgodności z Pzp oraz k.c. poprzez:

- wskazanie, że termin realizacji odpowiedniej części zamówienia rozpoczyna swój bieg w momencie uzyskania przez Zamawiającego pozwolenia na budowę;

ewentualnie

- wskazanie, że termin realizacji zamówienia rozpoczyna swój bieg w momencie zawarcia umowy, przy jednoczesnym wprowadzeniu mechanizmów, zgodnie z którymi ewentualne dodatkowe koszty związane z działaniami podjętymi na skutek treści przyszłej decyzji pozwolenie na budowę poniesione zostaną przez Zamawiającego, a wykonawcy będzie przysługiwało roszczenie o zapłatę przez Zamawiającego wszelkich kosztów z tym związanych oraz o ewentualne wydłużenie czasu realizacji inwestycji;
- usunięcia postanowienia, w oparciu o które wykonawcy zrzekają się roszczenia w zakresie kosztów ogólnych w przypadku przedłużenia terminu realizacji umowy;
- usunięcie z dokumentacji Postępowania postanowienia obligującego wykonawców do zrzeczenia się wszelkich roszczeń związanych z nieudzieleniem przez

Zamawiającego zaliczki;

- usunięcie z dokumentacji Postępowania postanowień obligujących wykonawców do uwzględnienia w przygotowywanych ofertach dokumentów nieudostępionych na etapie Postępowania;
 - usunięcie z dokumentacji Postępowania postanowień obligujących wykonawców do uwzględnienia w przygotowywanych ofertach kosztów robót pominiętych w przedmiarach;
 - zmianę postanowień odnoszących się do modyfikacji umowy poprzez wskazanie, że warunkami atmosferycznymi uzasadniającymi wprowadzenie zmiany jest spadek temperatury poniżej +5°C;
- (iii) zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów zastępstwa procesowego, według norm przewidzianych przepisami prawa zgodnie z fakturą przedstawioną na rozprawie.

W dniu 8 czerwca 2020 r. Odwołujący, przed otwarciem rozprawy złożył oświadczenie (w postaci elektronicznej, opatrzonej kwalifikowalnym podpisem elektronicznym), że wycofuje odwołanie złożone w dniu 11 maja 2020 roku, od czynności w postępowaniu „Modernizacja śluzy oraz sterowni na stopniu wodnym Januszkowice wraz z przebudową awanportów” (nr postępowania:GL.ROZ.2810.32.2020.EB) prowadzonym przez Państwowe Gospodarstwo Wodne Wody Polskie z siedzibą w Warszawie, oraz wnosi o zwrot 90% wpisu.

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.

W tym stanie rzeczy Izba – zgodnie z przepisem art. 187 ust. 8 zd. pierwsze ustawy Pzp, postanowiła umorzyć postępowanie odwoławcze.

Ponadto zgodnie z art. 187 ust. 8 zd. drugie ustawy Pzp oraz na podstawie § 5 ust. 1 pkt 3 lit. a) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2018 poz. 972) Izba orzekła o dokonaniu zwrotu na rzecz Odwołującego 90% kwoty wpisu uiszczanego w wysokości 18.000,00 zł.

Przewodniczący: