

POSTANOWIENIE

z dnia 9 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 9 czerwca 2020 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 19 maja 2020 r. przez wykonawcę **Porr S.A. z siedzibą w Warszawie (02-854)** w postępowaniu prowadzonym przez **Państwowe Gospodarstwo Wodne Wody Państwowe z siedzibą w Warszawie (00-844)**

przy udziale wykonawców:

- A. Budimex S.A. z Warszawy (01-204),**
 - B. Przedsiębiorstwo Robót Wodnych i Ekologicznych „Eko-Wod” z Świdnicy (58-100),**
- zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego

postanawia:

- 1. umorzyć postępowanie odwoławcze,**
2. nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz wykonawcy **Porr S.A. z siedzibą w Warszawie (02-854)** 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 Porr S.A. z Warszawy (02-854) [dalej „odwołujący”] złożył odwołanie wobec następujących postanowień Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej „SIWZ”):

1. Rozdział 5 SIWZ (oraz § 3 ust. 2 Wzoru umowy), zgodnie z którym termin realizacji przedmiotu zamówienia wskazany został jako: *„od dnia zawarcia Umowy do dnia 31.08.2023 r.”*,
2. § 1 ust. 6 Wzoru umowy, zgodnie z którym: *„Wykonawca zobowiązuje się do wykonywania robót budowlanych zgodnie z Ogólnym Harmonogramem Budowy (dalej jako: „OHB”), Rocznym Harmonogramem Budowy, sporządzonymi przez Wykonawcę w porozumieniu z Zamawiającym (na bazie Harmonogramu Dyrektywnego) po rozstrzygnięciu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego i przekazanym (po jego zatwierdzeniu przez Inżyniera Projektu) do akceptacji Zamawiającego nie później niż 14 dni od zawarcia Umowy (przy czym Roczny Harmonogram Budowy Wykonawca będzie przekazywał do akceptacji Zamawiającego również co roku do 14 stycznia), które będą określały terminy wykonania poszczególnych elementów przedmiotu umowy podlegających odbiorowi na zasadach określonych w niniejszej umowie. Załącznikiem stanowiącym integralną częścią OHB będzie Terminarz Fakturowań, w którym Wykonawca określa wartość i terminy wykonania poszczególnych elementów podlegających odbiorom finansowym dla potrzeb fakturowań. Zatwierdzony pisemnie przez Zamawiającego Ogólny Harmonogram Budowy, o jakim mowa wyżej stanowi podstawę do odbiorów elementów przedmiotu umowy. Ogólny Harmonogram Budowy stanowiąc będzie załącznik nr 1 do niniejszej umowy”*,
3. § 1 ust. 7 pkt 2 Wzoru umowy, zgodnie z którym: *„Wykonawca oświadcza, iż na podstawie dokumentów otrzymanych od Zamawiającego posiada znajomość ogólnych i szczególnych warunków związanych z obszarem objętym zadaniem i trudnościami jakie mogą wynikać z charakterystyki tego terenu.”*,
4. § 1 ust. 7 pkt 3 Wzoru umowy, zgodnie z którym: *„Wykonawca oświadcza, iż szczegółowo zapoznał się z wymaganiami Zamawiającego, które uwzględnił w swojej ofercie i dokonał*

należytej wyceny prac."

5. § 1 ust. 7 pkt 4 Wzoru umowy, zgodnie z którym: *„Wykonawca oświadcza, iż rozważył warunki realizacji umowy i wynikające z nich koszty oraz inne okoliczności niezbędne do zrealizowania powierzonego zadania."*
6. § 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 WTB, 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"*
7. § 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"*
8. § 5 ust. 2 ppkt 7 Wzoru umowy, zgodnie z którym: *„Wykonawca zrzeka się wszelkich roszczeń związanych z nieudzieleniem przez Zamawiającego zaliczki do wysokości, której mowa w ust 2 powyżej, tj. do wysokości 15 % wartość umowy (brutto) wskazanej w ust. 1 powyżej."*
9. § 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",*
10. § 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 i zaakceptowane przez Zamawiającego, z zastrzeżeniem zapisów pkt 2.5 ST-OO”,*
11. Pkt 1.5 Specyfikacji Technicznej ST-OO - Cześć 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” (...),*
12. Pkt 1.7.1. Specyfikacji Technicznej ST-OO - Cześć Ogólna, zgodnie z którym: *„(...) Wykonawca musi wykonać Przedmiot Zamówienia obejmujący przedmiotowe przedsięwzięcie inwestycyjne Projektu na stopniu wodnym Krapkowice 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",

13. Pkt 1.8.8.5 Specyfikacji Technicznej ST-OO - 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",*
14. Pkt 8.4 Specyfikacji Technicznej ST-OO - 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 (...)",*
15. 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 (...)"*.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu 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. 29 ust. 1 i 2 w zw. z art. 31 ust. 1, 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, 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,
2. art. 353¹ k.c. w zw. z art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp w zw. z art. 36 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, poprzez określenie „sztywnego”, kalendarzowego terminu realizacji zamówienia, co w połączeniu z brakiem wspomnianego pozwolenia oraz przerwaniem na wykonawców wszelkich ryzyk związanych z wydłużeniem terminu realizacji umowy, stanowi o nadużyciu zasady swobody umów,
3. art. 353¹ k.c. w zw. z art. 140 ust. 1 ustawy Pzp z art. 29 ust. 1 i 2 ustawy 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 stanowiącej jej część w Wycenionym Przedmiarze Robót (§ 1 ust. 10 Wzoru umowy), gdy tymczasem zgodnie z art. 140 ust. 1 ustawy Pzp zakres świadczenia wynikający z umowy musi być tożsamy z tym, który zawarty jest w ofercie,
 - sformułowanie wymogu przedłożenia harmonogramu prac (pod rygorem naliczenia kar umownych), pomimo braku wydania pozwolenia na budowę, które ma istotne znaczenia dla treści harmonogramu (§ 1 ust. 6 Wzoru umowy),
 - określenie, że wykonawca na podstawie dokumentów otrzymanych od Zamawiającego jest w obowiązku znajomości ogólnych i szczególnych warunków związanych z obszarem objętym zadaniem i trudnościami jakie mogą wynikać z charakterystyki terenu, pomimo braku wydania pozwolenia na budowę dla inwestycji (§ 1 ust. 7 pkt 2, 3, 4 Wzoru umowy),
 - 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 $+5^{\circ}\text{C}$, co w przypadku, gdy temperatura znajduje się w przedziale od -10°C do $+5^{\circ}\text{C}$ 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,

4. art. 7 ust. 1, poprzez przeprowadzenie Postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców, proporcjonalności i przejrzystości.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu doprowadzenie dokumentacji Postępowania do stanu zgodności z ustawą Pzp oraz k.c., poprzez:

- wskazanie, że termin realizacji 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 pozwolenia 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,
- zmianę Wzoru umowy poprzez wskazanie, że Wykonawca przekaze Ogólny Harmonogram Budowy do akceptacji nie później niż 14 dni od dnia doręczenia mu pozwolenia na budowę (jeśli pozwolenie na budowę nie zostanie wydane do chwili zawarcia 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.

Do postępowania odwoławczego przystąpienie zgłosił wykonawca Naviga-Stal Sp. z o.o. z Kielczowa (55-093), jednak było ono nieskuteczne, ponieważ kopię odwołania wraz z wezwaniem do przystąpienia do postępowania odwoławczego wykonawca otrzymał 20 maja 2020 r. (co sam oświadczył w zgłoszeniu przystąpienia, str. 2 – „*Termin zgłoszenia przystąpienia*”), natomiast zgłoszenie doręczono Prezesowi Krajowej Izby Odwoławczej dopiero 27 maja 2020 r. (wpływ bezpośredni), tj. z uchybieniem trzydniowego terminu na zgłoszenie przystąpienia, o którym mowa w art. 185 ust. 2 ustawy Pzp (choć samo pismo wykonawcy datowane jest na dzień 25 maja 2020 r.).

Pismem z dnia 8 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 uiszczonego wpisu.

Przewodniczący: