

Sygn. akt: KIO 999/20

POSTANOWIENIE
z dnia 18 czerwca 2020 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Katarzyna Poprawa

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym w dniu 18 czerwca 2020 roku odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 11 maja 2020 roku 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**

przy udziale wykonawcy **PORR Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygnaturze akt KIO 999/20 po stronie Odwołującego

postanawia:

- 1) umarza postępowanie odwoławcze,**
- 2) nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz Odwołującego Strabag Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Pruszkowie, kwoty 18 000 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy złotych zero groszy), stanowiącej 90% uiszczonego 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 2020 r. 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 STRABAG Sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie (dalej jako Odwołujący) wobec treści ogłoszenia o zamówieniu oraz treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej „SIWZ”), tj.:

- 1) na postanowienie sekcji III.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 na postanowienie 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 grodz budowlanych lub zamknięć remontowych stale piętrzących wodę, a także, że realizacja robót wymagała posiadania sprzętu budowlanego na pływającym technicznym taborze śródlądowym;
- 2) na postanowienie § 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;
- 3) na postanowienie § 5 ust. 5 projektu umowy w zakresie w jakim postanowienie to przewiduje obowiązek dołączenia przez Wykonawcę do wystawionej przez niego faktury VAT oświadczenia podwykonawców potwierdzającego 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;
- 4) na postanowienie § 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;
 - 5) na postanowienie § 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;
 - 6) na postanowienie § 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;
 - 7) na postanowienie § 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.

Powyższym czynnościami Zamawiającego Odwołujący zarzucił naruszenie:

1. art. 7 ust. 1 Pzp 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 Pzp w zw. z art. 7 Pzp 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 oraz w zw. art. 139 ust. 1 Pzp oraz art. 36 ust. 1 pkt 16 Pzp 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. 7 ust. 1 Pzp oraz art. 29 ust. 2 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 przerzucenie na wykonawcę wszelkich ryzyk związanych z wykonaniem zamówienia, a przez to naruszenie zasady proporcjonalności;
5. przepisu 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 oraz w zw. art. 139 ust. 1 Pzp poprzez sformułowanie projektu umowy w sposób sprzeczny z istotą umowy o roboty budowlane;
6. przepisu art. 143a ust. 1 i 2 ustawy Pzp poprzez warunkowanie zapłaty wynagrodzenia wykonawcy za wykonanie robót budowlanych od uprzedniego dokonania przez niego zapłaty wynagrodzenia podwykonawcom lub dalszym podwykonawcom;
7. przepisu 473 § 1 k.c. w zw. art. 353¹ k.c. oraz w zw. z art. 58 k.c. w zw. z art. 14 oraz w zw. art. 139 ust. 1 Pzp poprzez modyfikację odpowiedzialności wykonawcy z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania umowy bez wskazania w umowie okoliczności, za które wykonawca ma ponosić odpowiedzialność;
8. przepisu art. 483 k.c. w zw. art. 353¹ k.c. oraz w zw. z art. 58 k.c. w zw. z art. 14 oraz w zw. art. 139 ust. 1 Pzp poprzez ustanowienie obowiązku zapłaty kary umownej z pominięciem zasad odpowiedzialności dłużnika za niewykonanie lub nienależyte wykonanie umowy, tj. z pominięciem przesłanki winy dłużnika;
9. przepisu art. 36 ust. 2 pkt. 11 lit. a oraz art. 143d ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 353¹ k.c., w zw. z art. 14 oraz w zw. art. 139 ust. 1 Pzp poprzez nieuprawnioną ingerencję w treść stosunków prawnych nawiązywanych pomiędzy osobami trzecimi w zakresie znacznie szerszym niż wynikający z ustawowego zakresu ochrony podwykonawców.

Wobec powyższego Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

- 1) zmiany treści postanowienia sekcji III.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. Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia 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 grodz 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 grodz budowlanych lub zamknięć remontowych stale piętrzących wodę, a także realizacja robót wymagała posadowienia sprzętu budowlanego na pływającym technicznym taborze,*

lub

** budowa lub przebudowa wieloprzęstowej 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 grodz 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) 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”;

- c) zmiany treści postanowienia § 5 ust. 5 pkt. 4 projektu umowy i nadanie mu następującego brzmienia:

„potwierdzenie przelewu na rachunek bankowy Podwykonawcy wymagalnych 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”;

- d) 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.”

- e) 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”;

- f) 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”;

- h) zmiany postanowienia § 10 ust. 1 pkt. 2 projektu umowy i nadanie mu następującego brzmienia:

2) *„zwłoki w zakończeniu robót budowlanych - w wysokość(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”;*

- i) zmiany postanowienia § 10 ust. 1 pkt. 3 projektu umowy i nadanie mu następującego brzmienia

3) *„zwłoki w przekazaniu Zamawiającemu Ogólnego Harmonogramu Budowy*

lub Roczego Harmonogramu Budowy lub Terminarza Fakturowań i ich aktualizacji w wysokości 5.000 zł za każdy dzień zwłoki”;

j) 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

k) 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”;*

l) 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”.

W dniu 17 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, 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.

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: