Sygn. akt: KIO 665/23

POSTANOWIENIE z dnia 22 marca 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Agnieszka Trojanowska

Protokolant: Oskar Oksiński

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron i uczestnika postępowania w Warszawie w dniu 22 marca 2023 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 9 marca 2023 r. przez: wykonawcę Strabag Spółka Akcyjna z siedzibą w Pruszkowie, ul. Parzniewska 10 w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Województwo Mazowieckie - Mazowiecki Zarząd Dróg Wojewódzkich w Warszawie, ul. Mazowiecka 14

przy udziale wykonawcy Polimex Infrastruktura spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, Al. Jana Pawła II 12 zgłaszającego swoje przystąpienie w sprawie sygn. akt KIO 665/23 po stronie odwołującego

postanawia:

1. Umorzyć postępowanie,

2. Nakazać zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych kwoty 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) na rzecz Strabag Spółka Akcyjna z siedzibą w Pruszkowie, ul. Parzniewska 10 tytułem zwrotu wpisu od odwołania.

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 2022 r., poz. 1710 z późn. 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:…….

Sygn. akt KIO 665/23

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pod nazwą: „Rozbudowa drogi wojewódzkiej nr 634 na wskazanych odcinkach na terenie gmin Zielonka, Kobyłka, Wołomin: - odcinek od. km 26+831 do km 31+970” zostało wszczęte ogłoszeniem o zamówieniu opublikowanym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 27.02.2023 r. pod nr 2023/S 041-119662.

W dniu 9 marca 2023 r. odwołujący Strabag Spółka Akcyjna z siedzibą w Pruszkowie, ul. Parzniewska 10 wniósł odwołanie. Odwołanie zostało wniesione przez pełnomocnika działającego na podstawie pełnomocnictwa z dnia 21 lutego 2021 r. udzielonego przez dwóch członków zarządu, zgodnie z odpisem z KRS. Do odwołania dołączono dowód przekazania odwołania zamawiającemu w dniu 9 marca 2023 r.

Zaskarżonym czynnościom zamawiającego odwołujący zarzucił, że zostały dokonane z naruszeniem:

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

2 art. 99 ust. 1 ustawy w zw. z art. 103 ust. 1 ustawy oraz par. 6-10 Rozporządzenia Ministra Rozwoju i Technologii z dnia 20 grudnia 2021 r. w sprawie szczegółowego zakresu i formy dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych oraz programu funkcjonalno-użytkowego przez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny i nieuwzględniający wszystkich okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty, skutkujące brakiem możliwości jej prawidłowego skalkulowania oraz przerzuceniem na Wykonawcę nie weryfikowalnego na etapie przygotowania oferty ryzyka finansowego dotyczącego natrafienia w trakcie realizacji robót na niezinwentaryzowane sieci,

3 art. 99 ust. 1 i 2 ustawy w zw. z art. 103 ust. 1 ustawy przez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny i nieuwzględniający wszystkich okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty, skutkujące przerzuceniem na wykonawcę ryzyka dotyczącego ewentualnych zwiększonych kosztów dotyczących właściwego odwodnienia korpusu drogowego,

4 art. 353 1 k.c. oraz art. 58 k.c. w zw. z art. 5 k.c. w zw. z art. 8 ust. 1 oraz art. 134 ust. 1 pkt 20 ustawy przez wykorzystanie pozycji dominującej organizatora przetargu i uprzywilejowanie w treści projektu umowy pozycji zamawiającego, wbrew zasadom współżycia

społecznego i właściwości stosunku prawnego, w sposób stanowiący nadużycie prawa, przez przerzucenie na wykonawcę ryzyka finansowego związanego z koniecznością poniesienia zwiększonych a jednocześnie niemożliwych do oszacowania na etapie wyceny ofertowej kosztów odwodnienia, jak też przerzucenia na Wykonawcę ryzyka finansowego związanego nieprzewidywanymi warunkami fizycznymi,

5 art. 433 pkt 3 ustawy w zw. art. 353 (1) k.c. oraz art. 58 k.c. w zw. z art. 5 k.c. w zw. z art.

8 ust. 1 oraz art. 134 ust. 1 pkt 20 ustawy przez określenie we Wzorze Umowy odpowiedzialności wykonawcy za okoliczności za które wyłączną odpowiedzialność ponosi zamawiający jak też przerzucenia na wykonawcę ryzyka finansowego związanego z okolicznościami leżącymi po stronie zamawiającego.

6 art. 353 (1) k.c. w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy oraz art. 134 ust. 1 pkt 20 ustawy przez

niewskazanie w projektowanych postanowieniach umownych terminu na zatwierdzenie materiału do wbudowania przez Inspektora, co zdaniem odwołującego w konsekwencji może prowadzić do utrudnień w realizacji przedmiotu zamówienia i przerzucenie na wykonawcę ryzyk finansowych i terminowych związanych z przedłużającą się procedurą zatwierdzenia materiału koniecznego do wykonania przedmiotu zamówienia,

Wniósł o:

1. uwzględnienie odwołania,

2. Nakazanie zamawiającemu wykreślenie z Przedmiaru robót poz. nr 4: „usunięcie kolizji z

niezinwentaryzowaną infrastrukturą techniczną” ewentualnie:

Nakazanie zamawiającemu uzupełnienie opisu przedmiotu zamówienia o dokumentację projektową i specyfikację techniczną dotyczącą usunięcia kolizji z sieciami podziemnymi pozwalającą na wycenę wszystkich robót wchodzących w zakres pozycji przedmiarowej nr 4 tj. zawierającą informacje odnośnie lokalizacji kolizji, głębokości, na której znajduje się instalacja do przebudowy, rodzaju instalacji wraz z podaniem cech geometrycznych i rodzaju materiału do wykonania robót związanych z usunięciem kolizji.

3. Zmianę pkt 5.1.19 Ogólnych warunków umowy na wykonanie robót budowlanych i

nadanie temu postanowieniu następującego brzmienia: „Uwzględnienie w cenie oferty ewentualnych—zwiększonych kosztów związanych z właściwym tymczasowym odwodnieniem korpusu drogowego pozwalającym na prawidłowe realizowanie przedmiotu zamówienia zgodnie z dokumentacją projektową”;

oraz

Zmianę par. 10 ust. 1 lit. a tiret 3 i 4 Wzoru Umowy, w ten sposób, aby okoliczności opisane we wskazanych postanowieniach umownych tj.-„zmiany spowodowane warunkami geologicznymi,

terenowymi, archeologicznymi, wodnymi itp., w szczególności: odmienne od przyjętych w dokumentacji projektowej warunki terenowe, w szczególności istnienie podziemnych urządzeń, instalacji lub obiektów infrastrukturalnych”

- „zmiany będące następstwem okoliczności leżących po stronie zamawiającego, w szczególności: wstrzymanie realizacji umowy przez zamawiającego, konieczność usunięcia błędów lub wprowadzenia zmian w dokumentacji projektowej lub dokumentacji technicznej urządzeń — o czas niezbędny do wykonania umowy w sposób należyty” stanowiły podstawę do zmiany terminu realizacji przedmiotu umowy jak też do zmiany wynagrodzenia

4. Nakazanie zamawiającemu zmianę pkt 9.2.2. Ogólnych warunków umowy na wykonanie robót budowlanych poprzez określenie w tym punkcie 7 dniowego terminu na zaakceptowanie lub odrzucenie przez Inspektora materiałów przeznaczonych do wbudowania.

Odwołujący podniósł, że w wyniku naruszenia przez zamawiającego wskazanych przepisów ustawy interes odwołującego w uzyskaniu zamówienia doznał uszczerbku. Odwołujący jest podmiotem z bardzo dużym doświadczeniem w realizacji robót budowlanych i jest zainteresowany pozyskaniem przedmiotowego zamówienia. Wskutek naruszenia przez zamawiającego wskazanych przepisów ustawy może ponieść szkodę, która polega na pozbawieniu odwołującego możliwości ubiegania się o przedmiotowe zamówienie, a w konsekwencji utracie możliwości osiągniecia zysku związanego z jego realizacją. Opisanie przez zamawiającego przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny ogranicza krąg potencjalnych wykonawców, uniemożliwia odwołującemu złożenie zgodnej z wymaganiami zamawiającego oferty. W przypadku wyeliminowania naruszeń w sformułowanej SWZ, odwołujący będzie mógł złożyć ofertę na korzystnych dla zamawiającego warunkach i być może uzyskać przedmiotowe zamówienie.

W dniu 10 marca 2023 r. zamawiający poinformował wykonawców o wniesieniu odwołania.

W dniu 13 marca 2023 r. wykonawca Polimex Infrastruktura spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, Al. Jana Pawła II 12 zgłosił swój udział w postępowaniu odwoławczym po stronie odwołującego. Wskazał, że mając na względzie zakres postawionych w odwołaniu zarzutów i przywołanych argumentów przez odwołującego, uznaje je jako zasługujące w pełni na poparcie, tym samym przyjmuje je za własne. Przystępujący jest podmiotem, który w ramach prowadzonej działalności gospodarczej zajmuje się w szczególności wykonywaniem inwestycji takich jak

zakres przedmiotowego zamówienia i jest zainteresowany złożeniem oferty w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Tymczasem treść SWZ oraz zapisy projektowanych postanowień umowy uniemożliwiają prawidłowe sporządzenie oraz złożenie

oferty. Wykonawcy zostają obciążeni niemierzalnym ryzykiem dotyczącym zwiększenia kosztów oraz innych nieprzewidzianych okoliczności, co powinno leżeć po stronie zamawiającego. Postępowanie prowadzone jest z naruszeniem podstawowych zasad udzielania zamówień publicznych, zasady uczciwej konkurencji, równości wykonawców oraz zasady proporcjonalności. Zostają naruszone przepisy ustawy oraz kodeksu cywilnego. Przystępujący wykazał na swój interes w tym, aby odwołanie zostało rozstrzygnięte na korzyść odwołującego. Uwzględnienie bowiem odwołania i tym samym zmiana zapisów SWZ wyeliminuje wskazane w odwołaniu naruszenia przepisów prawa i umożliwi wykonawcom na złożenie prawidłowych ofert. Zgłoszenie zostało wniesione przez pełnomocnika działającego na podstawie pełnomocnictwa z dnia 26 maja 2022 r. udzielonego przez prezesa zarządu i prokurenta zgodnie z zasadami reprezentacji. Do zgłoszenia dołączono dowody przekazania przystąpienia stronom postępowania.

W dniu 22 marca 2023 r. zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której oświadczył, że uwzględnia w całości zarzuty nr 1, 2, 3, 4 i 5 oraz częściowo uwzględnia zarzut nr 6 odwołania.

l. W odniesieniu do zarzutu nr 1 i 2 odwołania i nakazania zamawiającemu wykreślenia z Przedmiaru robót poz. Nr 4: usunięcie kolizji z niezinwentaryzowaną infrastrukturą techniczną" ewentualnie:

Nakazanie zamawiającemu uzupełnienie opisu przedmiotu zamówienia o dokumentację projektową i specyfikację techniczną dotycząca usunięcia kolizji z sieciami podziemnymi pozwalająca na wycenę wszystkich robót wchodzących w zakres pozycji przedmiarowej nr 4 tj. zawierającą informacje odnośnie lokalizacji kolizji, głębokości, na której znajduje się instalacja do przebudowy, rodzaju instalacji wraz z podaniem cech geometrycznych i rodzaju materiału do wykonania robot związanych z usunięciem kolizji.

1. Zamawiający uwzględnia żądanie odwołującego w zakresie wykreślenia z Przedmiaru

robót Poz. Nr 4: „usunięcie kolizji z niezinwentaryzowaną infrastrukturą techniczną"

2. Zamawiający dokona zmiany zapisu par. 14 Wzoru umowy (Część VII SWZ) przez

wykreślenie załącznika Przedmiar robót (udostępniony poglądowo): Dotychczasowe brzmienie:

Integralnymi składnikami niniejszej umowy, których postanowienia wiążą strony jako jej część, są następujące dokumenty:

1. Waloryzacja wynagrodzenia wykonawcy — zasady,
2. Oferta z dnia …….
3. Dokumentacja Przetargowa: Dokumentacja projektowa, Szczegółowe Specyfikacje

Techniczne — Część III SWZ,

4. Przedmiar robót (udostępniony poglądowo) - część IV SWZ,
5. Warunki ogólne dla umów na wykonanie robót budowlanych — Część V SWZ
6. Zabezpieczenie należytego wykonania umowy.

Brzmienie po zmianach:

1 . Waloryzacja wynagrodzenia wykonawcy — zasady,

2 . Oferta z dnia …….

3 Dokumentacja Przetargowa: Dokumentacja projektowa, Szczegółowe Specyfikacje

Techniczne — Część IV SWZ,

4 Warunki ogólne dla umów na wykonanie robót budowlanych — Część VI SWZ

5 Zabezpieczenie należytego wykonania umowy.

W odniesieniu do zarzutu nr 3, 4 i 5 odwołania i nakazania zamawiającemu zmianę pkt 5.1.19 Ogólnych warunków umowy na wykonanie robot budowlanych i nadanie temu postanowieniu następującego brzmienia: „Uwzględnienie w cenie oferty ~~ewentualnych zwiększonych~~ kosztów związanych z właściwym tymczasowym odwodnieniem korpusu drogowego pozwalającym na prawidłowe realizowanie przedmiotu zamówienia zgodnie z dokumentacją projektową oraz

Zmianę par 10 ust. 1 lit. a tiret 3 i 4 Wzoru Umowy, w ten sposób, aby okoliczności opisane we wskazanych

postanowieniach umownych tj.

- „zmiany spowodowane warunkami geologicznymi, terenowymi, archeologicznymi, wodnymi itp., w szczególności: odmienne od przyjętych w dokumentacji projektowej warunki terenowe, w szczególności istnienie podziemnych urządzeń, instalacji lub obiektów infrastrukturalnych”

- „zmiany będące następstwem okoliczności leżących po stronie zamawiającego, w szczególności: wstrzymanie realizacji umowy przez zamawiającego, konieczność usunięcia błędów lub wprowadzenia zmian w dokumentacji projektowej lub dokumentacji technicznej urządzeń - o czas niezbędny do wykonania umowy w sposób należyty” stanowiły podstawę do zmiany terminu realizacji przedmiotu umowy jak też do zmiany wynagrodzenia.

1. Zamawiający uwzględnia odwołanie w odniesieniu do zarzutu nr 3, 4 i 5.

2. Zamawiający dokona modyfikacji zapisów Części VI SWZ „Ogólne warunki umowy na

wykonanie robót budowlanych” w zaskarżonym punkcie poprzez zmianę zapisu na następującą treść:

Dotychczasowe brzmienie Pkt, 5.1.19 :

Uwzględnienie w cenie oferty ewentualnych zwiększonych kosztów związanych z właściwym tymczasowym odwodnieniem korpusu drogowego pozwalającym na prawidłowe realizowanie przedmiotu zamówienia.

Brzmienie po zmianach Pkt. 5.1.19 :

Uwzględnienie w cenie oferty kosztów związanych z właściwym tymczasowym odwodnieniem korpusu drogowego pozwalającym na prawidłowe realizowanie przedmiotu zamówienia zgodnie z dokumentacją projektową.

3. Zamawiający dokona zmiany zapisu par. 10 ust. 1 lit. a tiret 3 i 4 Wzoru umowy (Część VII SWZ) w ten sposób, że:

Dotychczasowe brzmienie par. 10 ust. 1

1. Zgodnie z art. 455 ust 1 ustawy Pzp Zamawiający dopuszcza możliwość wprowadzenia zmian w umowie, na mocy porozumienia stron w następujących przypadkach i na następujących warunkach:

a) Zmiana terminu realizacji przedmiotu umowy, gdy nastąpią:

- warunki atmosferyczne, uniemożliwiające prowadzenie robót budowlanych zgodnie z wymaganiami SST, w tym usług, przeprowadzanie prób i sprawdzeń, dokonywanie odbiorów; — o czas, w którym z powodu warunków atmosferycznych umowa nie mogła być realizowana; siła wyższa uniemożliwiająca prowadzenie robót budowlanych w tym przeprowadzanie prób i sprawdzeń, dokonywanie odbiorów — o czas, w którym z powodu wystąpienia siły wyższej umowa nie mogła być realizowana; za siłę wyższą uważa się w szczególności klęski żywiołowe, działania wojenne, zamieszki, akty o charakterze terrorystycznym; zmiany spowodowane warunkami geologicznymi, terenowymi, archeologicznymi, wodnymi itp., w szczególności: odmienne od przyjętych w dokumentacji projektowej warunki terenowe, w szczególności istnienie podziemnych urządzeń, instalacji lub obiektów infrastrukturalnych — o czas niezbędny do wykonania umowy w sposób należyty;

- zmiany będące następstwem okoliczności leżących po stronie Zamawiającego, w szczególności: wstrzymanie realizacji umowy przez Zamawiającego, konieczność usunięcia błędów lub wprowadzenia zmian w dokumentacji projektowej lub dokumentacji technicznej urządzeń — o czas niezbędny do wykonania umowy w sposób należyty;

-zmiany będące następstwem działania organów administracji, w szczególności: przekroczenie zakreślonych przez prawo terminów wydawania przez organy administracji decyzji, zezwoleń, itp. odmowa wydania przez organy administracji wymaganych decyzji, zezwoleń, uzgodnień na skutek błędów w dokumentacji projektowej, konieczność uzyskania wyroku sądowego, lub innego orzeczenia sądu lub organu, którego konieczności nie przewidywano przy zawieraniu

umowy, wydanie postanowienia o wstrzymaniu robót budowlanych, w przypadku o którym mowa w art. 50 ust. 1 ustawy Prawo budowlane konieczność zaspokojenia roszczeń lub oczekiwań osób trzecich — w tym grup społecznych lub zawodowych nie artykułowanych lub nie możliwych do jednoznacznego określenia w chwili zawierania umowy — o czas niezbędny do wykonania umowy w sposób należyty;

- Inne przyczyny zewnętrzne niezależne od Zamawiającego oraz wykonawcy skutkujące niemożliwością prowadzenia działań w celu wykonania umowy — o czas niezbędny do wykonania umowy

b) Zmiany osobowe:

- zmiana osób, realizujących przedmiot umowy na inne legitymujące się co najmniej

równoważnymi uprawnieniami, o których mowa w ustawie Prawo budowlane, Prawo geologiczne i górnicze lub w innych ustawach;

- zmiana osób przy pomocy których Wykonawca realizuje przedmiot umowy, a od których wymagano określonego doświadczenia lub wykształcenia na inne legitymujące się doświadczeniem lub wykształceniem spełniającym wymóg SWZ.

c) Zmiany organizacji spełniania świadczenia w zakresie:

- zmiana szczegółowego harmonogramu wykonywania przedmiotu umowy;

- zmiana zasad dokonywania odbiorów świadczonych usług lub robót, jeśli nie zmniejszy

to zasad bezpieczeństwa i nie spowoduje zwiększenia kosztów dokonywania odbiorów, które obciążałyby zamawiającego.

- zmiana treści dokumentów przedstawianych wzajemnie przez strony w trakcie realizacji

umowy lub sposobu informowania o realizacji umowy. Zmiana ta nie może spowodować braku informacji niezbędnych zamawiającemu do prawidłowej realizacji umowy d) Płatności:

- zmiany terminów płatności wynikające z wszelkich zmian wprowadzanych do umowy.

e) Pozostałe okoliczności powodujące możliwość zmiany umowy:

- zmiana sposobu rozliczania umowy lub dokonywania płatności na rzecz Wykonawcy na skutek zmian zawartej przez Zamawiającego umowy o dofinansowanie projektu lub wytycznych dotyczących realizacji projektu;

- rezygnacja przez Zamawiającego z realizacji części przedmiotu umowy. W takim przypadku wynagrodzenie przysługujące Wykonawcy zostanie pomniejszone, przy czym Zamawiający zapłaci za wszystkie spełnione świadczenia oraz udokumentowane koszty, które Wykonawca poniósł w związku z wynikającymi z umowy planowanymi świadczeniami; minimalne wynagrodzenie Wykonawcy z tytułu wykonania umowy nie będzie niższe niż 10 %

wynagrodzenia umownego niezależnie od zakresu ograniczenia wykonania zamówienia przez Zamawiającego.

- kolizja z planowanymi lub równolegle prowadzonymi przez inne podmioty inwestycjami. W takim przypadku zmiany w umowie zostaną ograniczone do zmian koniecznych powodujących uniknięcie kolizji;

- wydłużenie okresu gwarancji lub rękojmi, z powodu zmian wprowadzonych do umowy (np. termin realizacji umowy).

Brzmienie no zmianach par 10 ust. 1:

1. Zgodnie z art. 455 ust 1 ustawy Pzp Zamawiający dopuszcza możliwość wprowadzenia zmian w umowie, na mocy porozumienia stron w następujących przypadkach i na następujących warunkach:

a) Zmiana terminu realizacji przedmiotu umowy, gdy nastąpią:

- warunki atmosferyczne, uniemożliwiające prowadzenie robót budowlanych zgodnie z wymaganiami SST, w tym usług, przeprowadzanie prób i sprawdzeń, dokonywanie odbiorów; — o czas, w którym z powodu warunków atmosferycznych umowa nie mogła być realizowana; siła wyższa uniemożliwiająca prowadzenie robót budowlanych w tym przeprowadzanie prób i sprawdzeń, dokonywanie odbiorów — o czas, w którym z powodu wystąpienia siły wyższej umowa nie mogła być realizowana; za siłę wyższą uważa się w szczególności klęski żywiołowe, działania wojenne, zamieszki, akty o charakterze terrorystycznym;

-zmiany będące następstwem działania organów administracji, w szczególności: przekroczenie zakreślonych przez prawo terminów wydawania przez organy administracji decyzji, zezwoleń, itp. odmowa wydania przez organy administracji wymaganych decyzji, zezwoleń, uzgodnień na skutek błędów w dokumentacji projektowej, konieczność uzyskania wyroku sądowego, lub innego orzeczenia sądu lub organu, którego konieczności nie przewidywano przy zawieraniu umowy, wydanie postanowienia o wstrzymaniu robót budowlanych, w przypadku o którym mowa w art. 50 ust. 1 ustawy Prawo budowlane konieczność zaspokojenia roszczeń lub oczekiwań osób trzecich — w tym grup społecznych lub zawodowych nie artykułowanych lub nie możliwych do jednoznacznego określenia w chwili zawierania umowy — o czas niezbędny do wykonania umowy w sposób należyty;

-Inne przyczyny zewnętrzne niezależne od Zamawiającego oraz wykonawcy skutkujące niemożliwością prowadzenia działań w celu wykonania umowy — o czas niezbędny do wykonania umowy

b) Zmiana terminu realizacji przedmiotu umowy i zmiana wynagrodzenia, gdy nastąpią:

- zmiany spowodowane warunkami geologicznymi, terenowymi, archeologicznymi, wodnymi itp. w szczególności: odmienne od przyjętych w dokumentacji projektowej warunki terenowe, w szczególności istnienie podziemnych urządzeń, instalacji lub obiektów infrastrukturalnych — o czas niezbędny do wykonania umowy w sposób należyty;

- zmiany będące następstwem okoliczności leżących po stronie Zamawiającego, w szczególności: wstrzymanie realizacji umowy przez Zamawiającego, konieczność usunięcia błędów lub wprowadzenia zmian w dokumentacji projektowej lub dokumentacji technicznej urządzeń — o czas niezbędny do wykonania umowy w sposób należyty;

c) Zmiany osobowe:

- zmiana osób, realizujących przedmiot umowy na inne legitymujące się co najmniej równoważnymi uprawnieniami, o których mowa w ustawie Prawo budowlane, Prawo geologiczne i górnicze lub w innych ustawach;

- zmiana osób przy pomocy których Wykonawca realizuje przedmiot umowy, a od których wymagano określonego doświadczenia lub wykształcenia na inne legitymujące się doświadczeniem lub wykształceniem spełniającym wymóg SWZ.

d) Zmiany organizacji spełniania świadczenia w zakresie:

- zmiana szczegółowego harmonogramu wykonywania przedmiotu umowy;

- zmiana zasad dokonywania odbiorów świadczonych usług lub robót, jeśli nie zmniejszy to zasad bezpieczeństwa i nie spowoduje zwiększenia kosztów dokonywania odbiorów, które obciążałyby zamawiającego.

- zmiana treści dokumentów przedstawianych wzajemnie przez strony w trakcie realizacji umowy lub sposobu informowania o realizacji umowy. Zmiana ta nie może spowodować braku informacji niezbędnych zamawiającemu do prawidłowej realizacji umowy

e) Płatności:

- zmiany terminów płatności wynikające z wszelkich zmian wprowadzanych do umowy.

f) Pozostałe okoliczności powodujące możliwość zmiany umowy:

zmiana sposobu rozliczania umowy lub dokonywania płatności na rzecz Wykonawcy na skutek zmian zawartej przez Zamawiającego umowy o dofinansowanie projektu lub wytycznych dotyczących realizacji projektu;

- rezygnacja przez Zamawiającego z realizacji części przedmiotu umowy. W takim przypadku wynagrodzenie przysługujące Wykonawcy zostanie pomniejszone, przy czym Zamawiający zapłaci za wszystkie spełnione świadczenia oraz udokumentowane koszty, które Wykonawca poniósł w związku z wynikającymi z umowy planowanymi świadczeniami; minimalne wynagrodzenie Wykonawcy z tytułu wykonania umowy nie będzie niższe niż 10 %

wynagrodzenia umownego niezależnie od zakresu ograniczenia wykonania zamówienia przez Zamawiającego.

- kolizja z planowanymi lub równolegle prowadzonymi przez inne podmioty inwestycjami. W takim przypadku zmiany w umowie zostaną ograniczone do zmian koniecznych powodujących uniknięcie kolizji;

- wydłużenie okresu gwarancji lub rękojmi, z powodu zmian wprowadzonych do umowy (np. termin realizacji umowy).

III. W odniesieniu do zarzutu nr 6 odwołania i nakazania zamawiającemu zmiany pkt 9.2.2. Ogólnych warunków umowy na wykonanie robot budowlanych poprzez określenie w tym punkcie 7 dniowego terminu na zaakceptowanie lub odrzucenie przez Inspektora materiałów przeznaczonych do wbudowania.

1. Zamawiający uwzględnia częściowo zarzut nr 6:

Dotychczasowe brzmienie Pkt. 9.2.2:

Wszystkie materiały powinny być przed wbudowaniem zaakceptowane przez Inspektora.

Brzmienie po zmianach Pkt. 9.2.2 :

Wszystkie materiały powinny być przed wbudowaniem zaakceptowane przez Inspektora w terminie 14 dni.

Informuję, że Zamawiający w dniu 22-03-2023 r. przekazał odpowiedź na odwołanie odwołującemu i przystępującym do postępowania za pośrednictwem Platformy Zakupowej oraz umieścił odpowiedź na odwołanie na stronie internetowej prowadzonego postępowania:

Odwołujący oświadczył, że w jego ocenie zamawiający w całości uwzględniła zarzuty odwołania i wniósł o umorzenie odwołania na tej podstawie. W ocenie odwołującego proponowany przez zamawiającego sposób zmiany postanowień SWZ świadczy o tym, ze zamawiający w całości uwzględnił zarzuty odwołania.

Zamawiajacy podtrzymał dotychczasowe stanowisko stwierdzając, że jest to częściowe uwzględnienie, gdyż nie zobowiązał się do wykonania odwołania w zakresie zarzutu 6 zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu.

Izba zważyła, co następuje:

Izba stwierdziła, że zgłoszone przystąpienie spełnia wymogi formalne, o których mowa w art. 525 ustawy.

Izba nie dopatrzyła się zaistnienia przesłanek odrzucenia odwołania wynikających z art. 528 ustawy.

Izba oceniła, że odwołujący wykazał przesłankę materialnoprawną dopuszczalności odwołania.

Izba ustaliła, że zamawiający uwzględnił odwołanie w części, a odwołujący żądał uznania uwzględnienia za uwzględnienie w całości. Po stronie zamawiającego nie przystąpił żaden wykonawca.

Zgodnie z art. 522 ust. 1 ustawy w przypadku uwzględnienia przez zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu, Izba może umorzyć postępowanie odwoławcze na posiedzeniu niejawnym bez obecności stron oraz uczestników postępowania odwoławczego, którzy przystąpili do postępowania po stronie wykonawcy, pod warunkiem że w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego nie przystąpił w terminie żaden wykonawca. Zamawiający wykonuje, powtarza lub unieważnia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia, zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu w zakresie uwzględnionych zarzutów.

Odwołujący nie wycofał jednak zarzutu w części nieuwzględnionej i podnosił, że to zarzuty uwzględnia zamawiający, a nie żądania i to jak zamawiający planuje zmienić SWZ świadczy o tym, że zarzut został w całości uwzględniony.

Zamawiający podtrzymał swoje stanowisko o częściowym uwzględnieniu. W ocenie Izby rzeczywiście zamawiający planuje w inny sposób wykonać żądanie odwołującego niż wynika, to z brzmienia odwołania, natomiast odwołujący oświadczył na posiedzeniu, że taki sposób wykonania jego żądań świadczy o tym, że zamawiający uwzględnił zarzut.

Izba ustaliła, że zarzut 6 naruszenia przez zamawiającego art. 353 (1) kc w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy , art. 134 ust. 1 pkt 20 ustawy miał za swoją podstawę faktyczną niewskazanie w projektowanych postanowieniach umownych terminu na zatwierdzenie materiału do wybudowania przez Inspektora, zamawiający zadeklarował wprowadzenie takiego terminu proponując brzmienie pkt. 9.2.2. OWU w ten sposób: Wszystkie materiały powinny być przed wbudowaniem zaakceptowane przez Inspektora w terminie 14 dni, co w ocenie Izby stanowi zaspokojenie zarzutów odwołania, choć faktycznie nie daje odzwierciedlenia wprost literalnego brzmienia żądania odwołania. Natomiast w ocenie Izby zamawiający ma prawo wykonać żądanie w taki sposób, aby to wykonanie odpowiadało nie tylko samemu żądaniu, ale uwzględniało stan postępowania czy stan prawny. W tej sprawie w ocenie Izby propozycja zmiany SWZ odpowiada zarzutowi odwołania i wyznacza konkretny termin na akceptację

materiałów. Ocena czy jest on nadmierny nie mieści się w granicy postawionego zarzutu, zatem nie mogła by być rozpoznana w ramach tego odwołania. Stąd należało potraktować oświadczenie zamawiającego, jako uwzględnienie zarzutów odwołania w całości.

Zgodnie z poczynionymi ustaleniami stan faktyczny istniejący w sprawie nadaje się do subsumpcji pod wskazaną normę prawną, co oznacza, że postępowanie należało umorzyć.

Zgodnie z par. 9 ust. 1 pkt 1 lit. a Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437) W przypadku umorzenia postępowania odwoławczego przez Izbę w całości koszty, o których mowa w § 5 pkt 2, znosi się wzajemnie, jeżeli przed otwarciem rozprawy zamawiający uwzględnił w całości zarzuty przedstawione w odwołaniu, a w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego nie przystąpił żaden wykonawca albo uczestnik postępowania odwoławczego, który przystąpił do postępowania po stronie zamawiającego, nie wniósł sprzeciwu wobec uwzględnienia przez zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu - w takim przypadku Izba orzeka o dokonaniu zwrotu odwołującemu z rachunku Urzędu kwoty uiszczonej tytułem wpisu.

Tym samym Izba orzekła o zwrocie na rzecz odwołującego kwoty uiszczonego wpisu w wysokości 20 000zł.

Mając na uwadze powyższe orzeczono jak w sentencji.

Przewodniczący: ……..