

Sygn. akt: KIO 3309/24

POSTANOWIENIE

Warszawa, dnia 18 września 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ernest Klauziński

Monika Kawa-Ogorzałek

Beata Konik

po rozpoznaniu na posiedzeniu bez udziału stron w dniu 18 września 2024 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 11 września 2024 r. przez wykonawcę Strabag sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: Gminę Krynki z siedzibą w Krynkach

postanawia:

1. umorzyć postępowanie odwoławcze;
2. nakazać zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz odwołującego Strabag sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie kwoty 18 000 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy złotych zero groszy), stanowiącej 90% kwoty

należnego wpisu.

Na orzeczenie - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie - Sądu Zamówień Publicznych.

Przewodniczący:

Sygn. akt: KIO 3309/24

Uzasadnienie

Gmina Krynki z siedzibą w Krynkach (dalej: Zamawiający) prowadzi na podstawie przepisów ustawy z 11 września 2019 r. — Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2023 r. poz. 1605, dalej: Pzp) postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego pn.: „Remont dróg powiatowych w Gminie Krynki zniszczonych wskutek kryzysu na granicy:

Część 1. Remont dróg powiatowych w Gminie Krynki zniszczonych wskutek kryzysu na granicy tj. remont DP1282B Krynki – Kruszyniany i DP1272B – ul. Bema w Krynkach.

Część. 2 Pełnienie funkcji inspektora nadzoru nad inwestycją”, numer postępowania: DZ-271-1-31/TP2/2024, (dalej: Postępowanie).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej, numer publikacji ogłoszenia: 422321-2024, numer wydania Dz.U. S: 2023/S 117-367083, data publikacji ogłoszenia: 11 lipca 2024 r.

11 września 2024 r. wykonawca Strabag sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie (dalej: Odwołujący), wniósł odwołanie zarzucając Zamawiającemu:

1. art. 99 ust. 1 i 2, 4 Pzp, 103 ust. 1-3 Pzp, art. 433 pkt 3 Pzp, art. 16, art. 17 ust. 1 pkt 1 i 2 Pzp, art. 137 Pzp oraz art. 8 ust. 1 Pzp w zw. z art. 647, art. 3531 kc, art. 5 kc, w zw. z par. 4 i 15-19 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 poprzez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia na skutek dokonania modyfikacji SWZ w dniu 02.09.2024 r. w sposób niejednoznaczny i niewyczerpujący, uniemożliwiający jednoznaczne określenie rodzaju i zakresu robót/obowiązków objętych przedmiotem zamówienia oraz nieuwzględniający

wszystkich wymagań i okoliczności mających wpływ na sporządzenie i kalkulację oferty, a także wykorzystanie dominującej pozycji organizatora przetargu i sformułowanie postanowień Umowy (§1 ust. 13 PPU) i pkt 10.1 Opisu Technicznego w sposób przenoszący na Wykonawcę obowiązek uzyskania w imieniu i na rzecz Zamawiającego od organów administracji publicznej, instytucji, podmiotów, wszelkich niezbędnych warunków technicznych, opinii, uzgodnień, zezwoleń, postanowień i decyzji administracyjnych wynikających z przepisów prawa, a warunkujących przyszłą realizację umowy (w tym w szczególności uzgodnień/pozwoleń konserwatorskich

i decyzji administracyjnych), bez podania w opisie przedmiotu zamówienia jakichkolwiek podstaw do stwierdzenia zakresu tego obowiązku i terminu jego realizacji na etapie sporządzania oferty, co uniemożliwia Wykonawcy:

- a. ustalenie zakresu prac koniecznych do uzyskania ww. niezbędnych warunków technicznych, opinii, uzgodnień, zezwoleń, postanowień i decyzji administracyjnych wynikających z przepisów prawa,
- b. ustalenie zakresu robót koniecznych do wykonania w zakresie wynikającym z ww. wszelkich niezbędnych warunków technicznych, opinii, uzgodnień, zezwoleń, postanowień i decyzji administracyjnych wynikających z przepisów prawa.
- c. ustalenie terminu realizacji zakresu prac koniecznych do uzyskania ww. niezbędnych warunków technicznych, opinii, uzgodnień, zezwoleń, postanowień i decyzji administracyjnych wynikających z przepisów prawa

Przerzucenie na Wykonawcę ww. obowiązku świadczy o tym, że Zamawiający dokonał zmiany formuły zamówienia z zamówienia w trybie „Buduj” na zamówienie w trybie „Projektuj i Buduj”, nie publikując jednocześnie programu funkcjonalno-użytkowego, służącego do opisu przedmiotu zamówienia, ustalenia planowanych kosztów prac projektowych i robót budowlanych, przygotowania oferty - szczególnie w zakresie obliczenia ceny oferty oraz wykonania prac projektowych.

2. art. 99 ust. 1 i 2, 4 Pzp, w zw. z art. 103 ust. 1-3 Pzp, art. 133 ust 1 Pzp w zw. z art. 134 ust 1 pkt 4 Pzp, art. 433 pkt 3 Pzp, art. 16, art. 17 ust. 1 pkt 1 i 2 Pzp oraz art. 8 ust. 1 Pzp w zw. z art. 647, art. 3531 kc, art. 5 kc, w zw. z par. 4 i 15-19 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 poprzez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia na skutek dokonania modyfikacji SWZ w dniu 02.09.2024 r. w sposób niejednoznaczny i niewyczerpujący,

uniemożliwiający jednoznaczne określenie rodzaju i zakresu prac i robót/obowiązków objętych przedmiotem zamówienia oraz nieuwzględniający wszystkich wymagań i okoliczności mających wpływ na sporządzenie i kalkulację oferty, a także wykorzystanie dominującej pozycji organizatora przetargu i:

- a. sformułowanie postanowień Umowy w sposób przenoszący w par. 1 ust. 1415 PPU i pkt. 10.2-10.3 Opisu Technicznego na Wykonawcę obowiązek respektowania postanowień i uwarunkowań wynikających z rozpoczętych procedur zmierzających do uzyskania wszelkich niezbędnych warunków technicznych, opinii, uzgodnień, zezwoleń, postanowień i decyzji administracyjnych wynikających z przepisów prawa, o których mowa w par. 1 ust. 14 PPU i pkt 10.2 Opisu Technicznego, w sytuacji, gdy Zamawiający nie opublikował na stronie internetowej prowadzonego postępowania żadnych dokumentów lub oświadczeń, które zostały sporządzone/przekazane organom administracji publicznej, w ramach rozpoczętych procedur administracyjnych, czy instytucjom lub podmiotom o których mowa powyżej ramach uzyskiwania niezbędnych warunków technicznych, opinii, uzgodnień, zezwoleń, postanowień i decyzji administracyjnych,
- b. brak udostępnienia na stronie internetowej prowadzonego postępowania dokumentów lub oświadczeń, które zostały sporządzone/przekazane organom administracji publicznej, w ramach rozpoczętych procedur administracyjnych, czy instytucjom lub podmiotom o których mowa powyżej ramach uzyskiwania niezbędnych warunków technicznych, opinii, uzgodnień, zezwoleń, postanowień i decyzji administracyjnych,
- c. brak wskazania przez Zamawiającego jednoznacznych założeń, których przestrzegać ma wykonawca na etapie sporządzania oferty w zakresie, który rozstrzygnięty zostanie w ramach uzyskiwania ww. niezbędnych warunków technicznych, opinii, uzgodnień, zezwoleń, postanowień i decyzji administracyjnych wynikających z przepisów prawa, o których mowa w par. 1 ust. 13 PPU 1 PPU i pkt 10.1-10.3 Opisu Technicznego z uwzględnieniem terminu ich uzyskania oraz brak wprowadzenia do PPU mechanizmu, zgodnie z którym, w przypadku, gdy wydane przez odpowiednie organy, instytucje, podmioty warunki techniczne, opinie, uzgodnienia, zezwolenia, postanowienia i decyzje administracyjne wynikające z przepisów prawa, o których mowa w par. 1 ust. 13 PPU i pkt 10.1 Opisu Technicznego (w tym w szczególności decyzje pozwoleń wodnoprawnych, DSU, pozwolenia lub uzgodnienia/ pozwolenia konserwatorskie, decyzje zezwalające na rozpoczęcie i prowadzenia prac i robót budowlanych) różnić się będą od

tych założeń, wykonawcy przysługiwać będzie prawo do zmiany umowy w zakresie odpowiadającym skutkom wynikającym z uzyskania ww. niezbędnych warunków technicznych, opinii, uzgodnień, zezwoleń, postanowień i decyzji administracyjnych wynikających z przepisów prawa, o których mowa w par. 1 ust. 13 PPU i pkt 10.1 Opisu Technicznego i terminu ich uzyskania (w tym

do zmiany terminu wykonania umowy o okres niezbędny do jej należytego wykonania oraz wynagrodzenia w razie konieczności wykonania robót dodatkowych lub zamiennych, a także zmiany wynagrodzenia w razie wydłużenia terminu obowiązywania umowy z przyczyn niezawinionych przez Wykonawcę).

- d. nałożenie na wykonawcę obowiązku dokonania wycinki drzew, pomimo że Zamawiający nie zamieścił w SWZ, jakichkolwiek informacji na temat zakresu ww. wycinek, które to informacje mogłyby stanowić podstawę do wyceny ww. prac, w szczególności nie przedstawienia inwentaryzacji zieleni w zakresie drzew przeznaczanych do wycinki na koszt wykonawcy, mając

na uwadze ograniczenia jakie niesie za sobą okoliczność ich umiejscowienia na terenie objętym strefą konserwatorską

3. art. 99 ust. 1, 2 i ust. 4 Pzp w zw. z art. 134 ust. 1 pkt 6, art. 436 pkt 1 Pzp, art. 16, art. 17 ust. 1 pkt 1 i 2 Pzp, art. 8 ust 1 Pzp w zw. z art. 5, art. 353(1) kc i art. 387 kc, art. 137 ust. 1 Pzp poprzez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia i określenia terminu wykonania zamówienia (w wyniku dokonania zmiany SWZ i ogłoszenia o

zamówieniu w dniu 02.09.2024 r.) w sposób, który nie uwzględnia wszystkich okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty, w szczególności poprzez: a. określenie niemożliwego do dochowania terminu wykonania przedmiotu zamówienia, który to termin końcowy został określony jako 13 miesięcy od dnia podpisania umowy, zaś Zamawiający przeliczając na Wykonawcę obowiązek uzyskania wszelkich niezbędnych warunków technicznych, opinii, uzgodnień, zezwoleń, postanowień i decyzji administracyjnych wynikających z przepisów prawa, o których mowa w par. 1 ust. 13 PPU i pkt 10.1 Opisu Technicznego:

i. nie określił wprost w jakim terminie ma to nastąpić, nie określił wprost w jakim terminie wykonawca ma przygotować dokumenty niezbędne do uzyskania wszelkich niezbędnych warunków technicznych, opinii, uzgodnień, zezwoleń, postanowień i decyzji administracyjnych wynikających z przepisów prawa, a także nie określił wprost w jakim

terminie od uzyskania wszelkich niezbędnych warunków technicznych, opinii, uzgodnień, zezwoleń, postanowień i decyzji administracyjnych Wykonawca ma wykonać roboty budowlane, jednak z §2 ust. 1 PPU wynika, że uzyskanie ww. niezbędnych warunków technicznych, opinii, uzgodnień, zezwoleń, postanowień i decyzji administracyjnych (które musi być przygotowane przed przygotowaniem dokumentów niezbędnych do ich uzyskania) ma nastąpić w terminie 4 dni od dnia podpisania umowy, ponieważ Zamawiający zastrzegł, że w terminie 7 dni od dnia podpisania umowy Zamawiający przekaże wykonawcy dziennik budowy, a zgodnie z art. 47g ust. 5 ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane organ właściwy do wydania dziennika budowy wydaje inwestorowi dziennik budowy w terminie 3 dni roboczych, ale nie wcześniej niż przed dniem, w którym 1) wykonalna stała się decyzja o: a) pozwoleniu na budowę lub rozbiórkę, 2) inwestor nabył prawo do wykonywania robót budowlanych na podstawie zgłoszenia. Z powyższego wynika, że na skutek dokonania Modyfikacji z dnia 02.09.2024 r. uzyskanie ww. niezbędnych warunków technicznych, opinii, uzgodnień, zezwoleń, postanowień i decyzji administracyjnych (w tym przygotowanie niezbędnych dokumentów

do złożenia właściwych wniosków/wystąpień o ich uzyskanie) ma nastąpić w terminie do 4 dni od dnia podpisania umowy, co jest nierealne i niemożliwe do spełnienia przez Wykonawcę, a tym samym niemożliwe jest wykonanie całego przedmiotu Umowy w terminie 13 miesięcy od dnia jej podpisania (przed modyfikacją SWZ z dnia 02.09.2024 r. termin ten był przewidziany na samo wykonanie robót budowlanych, a obecnie w terminie 13 miesięcy Wykonawca ma wykonać wszelkie czynności związane z uzyskaniem ww. niezbędnych warunków technicznych, opinii, uzgodnień, zezwoleń, postanowień i decyzji administracyjnych (w tym przygotowanie niezbędnych dokumentów do złożenia właściwych wniosków/wystąpień o ich uzyskanie), a także zrealizować roboty budowlane).

ii. ani nie przewidział przesłanek zmiany umowy w zakresie terminu jej obowiązywania w przypadku, gdy z przyczyn niezawinionych przez Wykonawcę wystąpią opóźnienia w uzyskaniu wszelkich niezbędnych warunków technicznych, opinii, uzgodnień, zezwoleń, postanowień i decyzji administracyjnych wynikających z przepisów prawa, o których mowa w par. 1 ust. 13 PPU (w tym w szczególności, gdy ww. decyzje nie

uzyskają waloru ostateczności z przyczyn niezawinionych przez Wykonawcę lub nie zostanie im nadany rygor natychmiastowej wykonalności z przyczyn niezawinionych przez Wykonawcę), lub w przypadku, gdy organ wprowadzi obowiązek sporządzenia raportu oddziaływania przedsięwzięcia na środowisko/obowiązek

przeprowadzenia ponownej oceny oddziaływania na środowisko lub w przypadku wystąpienia konieczności uzyskania innych decyzji administracyjnych niż wskazane w pkt XVII niniejszego odwołania, lub w przypadku, gdy Konserwator zabytków wskaże na konieczność przeprowadzenia niezbędnych badań konserwatorskich,

architektonicznych lub archeologicznych (są to okoliczności niezależne od Wykonawcy), tym samym określenie ww. terminu w sposób niezgodny z naturą stosunku zobowiązaniowego, naruszający bezwzględnie obowiązujące przepisy prawa, równowagę stron i prowadzący do nadużyć prawa podmiotowego,

4. art. 16 pkt 1, 2 i 3 oraz art. 433 pkt 3 PZP, art. 99 PZP, art. 103 ust. 3 i 4 PZP, art. 455 ust. 1 pkt 3 Pzp, art. 455 ust. 2 Pzp w związku z art. 8 ust 1 PZP oraz art. 353(1) KC

w zw. z art. 647 i art. 649 KC w zw. z par. 4 i 15-19 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 poprzez zastrzeżenie w par. 6 ust. 2 PPU (w wyniku dokonania zmiany SWZ i ogłoszenia o zamówieniu w dniu 02.09.2024 r.), że „Wykonawca z uwagi na ryczałtowy charakter wynagrodzenia ponosi ryzyko związane z wyceną i realizacją zadania, w związku z wykonaniem prac wynikających z zaleceń konserwatorskich” i że „koszty prac, o których mowa powyżej nie stanowią podstawy do dodatkowego wynagrodzenia”, co świadczy o niezasadnym i bezpodstawnym przerzuceniu na wykonawcę ryzyka finansowego i obowiązku realizacji robót zamiennych lub dodatkowych w przypadku ich zlecenia przez Zamawiającego, w sytuacji, gdy na dzień składania ofert niemożliwe jest ustalenie zakresu robót wynikających z zaleceń konserwatorskich/ pozwolenia wojewódzkiego konserwatora zabytków, co wyczerpuje normę klauzuli abuzywnej z art. 433 pkt 3 PZP i stanowi wyraz nadużycia pozycji dominującej przez Zamawiającego,

5. art. 16 pkt 1, 2 i 3 oraz art. 433 pkt 3 PZP, art. 99 PZP, art. 103 ust. 3 i 4 PZP w związku z art. 8 ust 1 PZP oraz art. 353(1) KC w zw. z art. 647 i art. 649 KC w zw. z par. 4 i 15-19 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 poprzez zastrzeżenie w par. 1 ust. 10 pkt 17 PPU (w wyniku dokonania zmiany SWZ

i ogłoszenia o zamówieniu w dniu 02.09.2024 r.), że Wykonawca bez dodatkowego wynagrodzenia zobowiązuje się do „wykonania robót zamiennych w obrębie umowy bez zmiany wartości umowy (jeżeli konieczność wykonania takich robót wystąpi)”, co świadczy o niezasadnym i bezpodstawnym przerwaniu na wykonawcę ryzyka finansowego i obowiązku realizacji robót zamiennych w przypadku ich zlecenia przez Zamawiającego, w sytuacji, gdy na dzień składania ofert niemożliwe jest ustalenie zakresu tych robót, a także poprzez niezasadne i bezpodstawne przerzucenie na wykonawcę odpowiedzialności za wady dokumentacji projektowej dostarczonej przez Zamawiającego za sporządzenie której wyłączną odpowiedzialność ponosi Zamawiający, co wyczerpuje normę klauzuli abuzywnej z art. 433 pkt 3 PZP i stanowi wyraz nadużycia pozycji dominującej przez Zamawiającego,

6. art. 16 pkt 1, 2 i 3 PZP oraz art. 17 ust. 1 pkt 1 i 2 PZP poprzez naruszenie zasad zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, a to 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 wobec określenia nierealnych terminów wykonania zamówienia i dokonania opisu przedmiotu zamówienia w sposób niezgodny z ustawą Pzp, a tym samym uniemożliwienie wykonawcom ubiegającym się o udzielenie przedmiotowego zamówienia złożenia porównywalnych ofert.

16 września 2024 r. Odwołujący złożył oświadczenie o wycofaniu odwołania. Izba uznała w tej sytuacji, że odwołanie zostało skutecznie wycofane przed otwarciem rozprawy. Zgodnie z art. 520 ust. 2 Pzp cofnięte odwołanie nie wywołuje skutków prawnych, jakie ustawa wiąże z wniesieniem odwołania do Prezesa Izby. W konsekwencji Izba stwierdziła, że zachodzą przesłanki umożliwiające umorzenie postępowania.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 557 i 575 Pzp w zw. z § 9 ust. 1 pkt 3 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), nakazując dokonanie na rzecz Odwołującego zwrotu z rachunku Urzędu Zamówień Publicznych 90% kwoty uiszczonej tytułem wpisu.

Mając powyższe na uwadze, orzeczono jak w sentencji.

Przewodniczący: