

POSTANOWIENIE

Warszawa, dnia 28 sierpnia 2024 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Katarzyna Prowadzisz

na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron w dniu 28 sierpnia 2024 roku, w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 12 sierpnia 2024 roku przez wykonawcę *STRABAG spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Pruszkowie*

w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego *Nadbużański Oddział Straży Granicznej w Chełmie*

postanawia:

1. Umarza postępowanie odwoławcze.
2. Nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz wykonawcy *STRABAG spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Pruszkowie* kwoty 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) stanowiącej wniesiony wpis.

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.

Przewodnicząca:

UZASADNIENIE

Zamawiający – *Nadbużański Oddział Straży Granicznej w Chełmie* prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone jest w trybie przetargu ograniczonego na podstawie art. 2 ust. 1 pkt 3 oraz działu VI – zamówienia w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa, ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych, o wartości zamówienia powyżej progów unijnych pn. *Budowa PSG w m. Ułhówek*

Numer postępowania nadany przez Zamawiającego: 08/24

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w suplementie do Dziennika Urzędowego Unii Europejskiej: Numer publikacji ogłoszenia: 319969-2024 Numer wydania Dz.U. S: 104/2024 Data publikacji: 30/05/2024

W dniu 12 sierpnia 2024 roku Odwołujący, działając na podstawie przepisu art. 513 pkt 1 w zw. z art. 505 ust. 1 ustawy z dnia 11.09.2019 r. Prawo zamówień publicznych (zwanej dalej „ustawą Pzp”), wniósł odwołanie na niezgodną z przepisami czynność Zamawiającego podjętą w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, polegającej na ustaleniu treści SWZ jak i projektowanych postanowień umowy w wyniku udzielonych wyjaśnień w sposób naruszający przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych oraz przepisy Kodeksu cywilnego (dalej „kc”).

Zakres i Zarzuty:

Odwołujący zarzuca Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

- 1) art. 135 i 137 ustawy Pzp w zw. z art. 99 ust. 1 Pzp, art. 433 pkt 3 ustawy Pzp, art. 16 pkt 1,2,3 Pzp, art. 5 kc, art. 3531 kc art. 647 kc i art. 649 kc w zw. z art. 8 ust 1 ustawy Pzp, przez opublikowanie w dniu 1 sierpnia 2024 r. wyjaśnienia treści SWZ,

w tym projektowanych postanowień umowy w sposób, który prowadzi do przerzucenia na wykonawcę odpowiedzialności, w tym ryzyka finansowego za teren budowy

w zakresie w jakim ziszcza się nieprzewidywane warunki gruntowo-wodne, inne niż wynikające z przekazanej dokumentacji na etapie składania oferty, jak również wystąpią odmienne warunki geologiczne, geotechniczne lub hydrologiczne, rozpoznanie terenu w zakresie znalezisk archeologicznych, występowanie niewybuchów i niewypałów, napotkanie niezinventaryzowanych lub błędnie zinventaryzowanych sieci, instalacji lub innych obiektów budowlanych. Zamawiający narusza podstawowe zasady przygotowywania i prowadzenia postępowania wynikające z art. 16 pkt 1) i 3) ustawy Pzp, a negatywnymi konsekwencjami nienależytego opisu przedmiotu zamówienia próbuje obarczyć wykonawcę, czym narusza art. 99 ust. 1 ustawy Pzp. Czynność Zamawiającego skutkuje wprowadzeniem do SWZ postanowienia przewidującego odpowiedzialność za okoliczność, za którą wyłączną odpowiedzialność ponosi Zamawiający, co stanowi klauzulę abuzywną

w świetle art. 433 pkt 3 ustawy Pzp;

- 2) art. 135 i 137 ustawy Pzp w zw. z art. 99 ust. 1 Pzp, art. 433 pkt 3 ustawy Pzp, art. 16 pkt 1,2,3 Pzp, art. 5 kc, art. 3531 kc art. 647 kc i art. 649 kc w zw. z art. 8 ust 1 ustawy Pzp, poprzez opublikowanie w dniu 1 sierpnia 2024 r. wyjaśnienia treści SWZ, w tym projektowanych postanowień umowy w sposób, który prowadzi do przerzucenia

na wykonawcę odpowiedzialności, w tym ryzyka finansowego za wady i błędy w dokumentacji projektowej, podczas gdy wyłączną odpowiedzialność za przekazaną dokumentację projektową, zgodnie z prawem ponosi Zamawiający, a jego przerzucenie stanowi przejaw nadużycia pozycji dominującej przez Zamawiającego, jak i jest zakazane klauzulą abuzywną art. 433 pkt 3 ustawy Pzp.

Żądania:

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu ukształtowania zasad odpowiedzialności wykonawcy w sposób zgodny z art. 16 pkt 1) i 3) ustawy Pzp, art. 99 ust. 1 ustawy Pzp, art. 433 pkt 3) ustawy Pzp oraz art. 8 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 647 kc.

Odwołujący podał, że nie jest gospodarzem postępowania więc sugeruje jedynie, aby przywrócenie zgodności z prawem nastąpiło bądź poprzez ponowne wyjaśnienia Zamawiającego stanowiące odpowiedź na pytanie nr 34 i 35 z dnia 1 sierpnia 2024 r. potwierdzające, że wykonawca nie ponosi odpowiedzialności, w tym ryzyka finansowego za okoliczności w nich wskazane, bądź poprzez wprowadzenie do projektowanych postanowień umowy następujących lub zbliżonych treści:

1. Wykonawca będzie uprawniony do zmiany umowy w zakresie sposobu wykonania, terminu jak i wynagrodzenia w przypadku wystąpienia odmiennych niż wynikających

z przekazanej dokumentacji na etapie składania oferty warunków geologicznych, geotechnicznych lub hydrologicznych, bądź rozpoznania terenu w zakresie znalezisk archeologicznych, występowania niewybuchów i niewypałów, napotkania niezinventaryzowanych lub błędnie zinventaryzowanych sieci, instalacji lub innych obiektów budowlanych.

2. Wykonawca będzie uprawniony do zmiany umowy w zakresie sposobu wykonania, terminu jak i wynagrodzenia w przypadku wystąpienia wad dokumentacji projektowej,

w szczególności gdy konieczność ich usunięcia wymaga wprowadzenia zmian przez projektantów, uzyskania uzgodnień, opinii, decyzji administracyjnych, lub wstrzymaniem prac budowlanych przez właściwy organ z przyczyn niezależnych od Wykonawcy.

Izba ustaliła, że do postępowania odwoławczego skutecznie nie przystąpił żaden wykonawca. Do dnia wydania postanowienia do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej nie wpłynęło żadne zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego, co wynika z akt postępowania odwoławczego.

Pismem z dnia 22 sierpnia 2024 roku „Odpowiedź na odwołanie” wraz

z załącznikami, przesłanym do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w tym samym dniu, Zamawiający podał, że:

Na podstawie art. 521 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. 2023 poz. 1605 ze zm.), dalej zwanej ustawą Pzp, wnoszę odpowiedź na odwołanie wniesione do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej przez STRABAG Sp. z o.o., ul. Parzniewska 10, 05-800 Pruszków w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn.: Budowa PSG w m. Ułhówek, sprawa nr 08/24 na niezgodną z przepisami czynność zamawiającego podjętą w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, polegającą na ustaleniu treści SWZ jak i projektowanych postanowień umowy w wyniku udzielonych wyjaśnień w sposób naruszający przepisy ustawy Pzp oraz przepisy Kodeksu cywilnego.

Zamawiający uwzględnił w całości zarzuty przedstawione w odwołaniu i wnosi

o umorzenie postępowania odwoławczego na podstawie art. 568 pkt 3 ustawy Pzp.

Uzasadnienie

W dniu 01.08.2024 r. na stronie internetowej prowadzonego postępowania Zamawiający zamieścił odpowiedzi na pytania zadane w dniu 25.07.2024 r. Na powyższe działanie STRABAG Sp. z o.o. w dniu 12.08.2024 r. wniósł odwołanie wskazując, że czynność narusza przepisy ustawy Pzp oraz Kodeksu cywilnego.

Zamawiający po ponownej analizie udzielonych odpowiedzi na pytania nr 34 i 35, których zarzuty dotyczą, podjął w dniu 21.08.2024 r. decyzję o ich zmianie. Zamawiający uznał w całości zarzuty odwołującego i wprowadził stosowne zmiany w projekcie umowy tj.: zmienił numery istniejących § 15 ust. 2 umowy na § 15 ust. 4 oraz zmienił numer § 15 ust. 3 na § 15 ust. 5 oraz dodał nowe n/w §. o następującej treści:

§ 15 ust. 2. "Strony dopuszczają zmianę umowy w zakresie sposobu wykonania, terminu realizacji jak i wynagrodzenia w przypadku wystąpienia odmiennych niż wynikających z przekazanej dokumentacji na etapie składania oferty warunków geologicznych, geotechnicznych lub hydrologicznych, bądź rozpoznania terenu w zakresie znalezisk archeologicznych, występowania niewybuchów i niewypałów, napotkania niezinventaryzowanych lub błędnie zinventaryzowanych sieci, instalacji lub innych obiektów budowlanych. Zapisy § 14 ust. 13-16 oraz § 15 ust. 4 stosuje się odpowiednio."

§ 15 ust. 3 "Strony dopuszczają zmianę umowy w zakresie sposobu wykonania, terminu jak i wynagrodzenia w przypadku wystąpienia wad dokumentacji projektowej, w szczególności gdy konieczność ich usunięcia wymaga wprowadzenia zmian przez projektantów, uzyskania uzgodnień, opinii, decyzji administracyjnych lub wstrzymaniem prac budowlanych przez właściwy organ z przyczyn niezależnych od wykonawcy. Zapisy § 14 ust. 13-16 oraz § 15 ust. 4 stosuje się odpowiednio."

O wyżej wymienionych zmianach niezwłocznie zostali poinformowani wszyscy uczestnicy postępowania. W dniu 21.08.2024 r. przesłano za pośrednictwem portalu SmartPZP pisma z załączonym zmodyfikowanym projektem umowy, a informacja o zmianie odpowiedzi na pytanie nr 34 i 35 została zamieszczona na stronie internetowej przedmiotowego postępowania.

Zgodnie z art. 522 ust. 1 ustawy Pzp 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. Nadmieniam, że do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego nie przystąpił żaden wykonawca.

W związku z powyższym Zamawiający wnosi jak na wstępie.

Niniejsze pismo zostało przekazane również Odwołującemu.

Załączniki:

– plik z pismami do wykonawców z załącznikiem oraz informacja na stronę postępowania.

W treści pisma podano sygnaturę akt postępowania odwoławczego oraz wskazano Zamawiającego i Odwołującego oraz nazwę postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Dokument ten podpisał gen. bryg. SG Jacek Szcząchor – Komendant Nadbużańskiego Oddziału Straży Granicznej w Chełmie.

Izba stwierdziła, wobec ustalenia, że Zamawiający uwzględnił w całości zarzuty przedstawione w odwołaniu oraz braku zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego, że zaszły przesłanki do umorzenia postępowania odwoławczego zgodnie

z art. 522 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 roku Prawo zamówień publicznych oraz wydania postanowienia zgodnie z art. 568 pkt 3 ustawy. Zgodnie z regulacją art. 522 ust. 1 ustawy Zamawiający wykonuje, powtarza lub unieważnia czynności w postępowaniu

o udzielenie zamówienia, zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu.

Jednocześnie Izba zaznacza w tym miejscu, mając na uwadze pełną treść złożonego przez Zamawiającego pisma z dnia 22 sierpnia 2024 roku, że umarżając postępowanie odwoławcze na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron na skutek uwzględnienia przez Zamawiającego w całości zarzutów odwołania Izba nie dokonuje oceny czynności, które ewentualnie w piśmie zawierającym oświadczenie o uwzględnieniu odwołania wskazywałby Zamawiający tj. Izba nie ocenia czynności jakie wykonał, wykonuje bądź jakich zapowiada wykonanie Zamawiający w związku z uwzględnieniem zarzutów odwołania.

Zamawiający również nie ma obowiązku przedstawiania takich informacji w piśmie zawierającym oświadczenie o uwzględnieniu zarzutów odwołania w całości.

Przepis ustawy uzależnia możliwość umorzenia postępowania przez Izbę, w przypadku uwzględnienia zarzutów odwołania w całości przez Zamawiającego, jedynie od tego,

czy w postępowaniu zostało skutecznie wniesione zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego oraz czy został wniesiony sprzeciw co do uwzględnienia przez Zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu. Umarżając postępowanie odwoławcze Izba nie rozstrzyga merytorycznie o zarzutach odwołania.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania

na podstawie art. 574 oraz art. 575 i art. 576 ustawy z dnia 11 września 2019 roku Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022, poz. 1710 ze zm.) oraz w oparciu o przepisy § 5 pkt 2 i § 9 ust. 1 pkt 2 lit a rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 roku

w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania.

Biorąc powyższe pod uwagę, orzeczono jak w postanowieniu.

Przewodnicząca: