

## POSTANOWIENIE

Warszawa, dnia 2 sierpnia 2024 r.

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

Przewodnicząca: Małgorzata Jodłowska

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron w dniu 2 sierpnia 2024 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 22 lipca 2024 r. przez wykonawcę STRABAG SPÓŁKA Z OGRANICZONĄ ODPOWIEDZIALNOŚCIĄ z siedzibą w Pruszkowie w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Gminę Staszów

### postanawia:

1. umorzyć postępowanie odwoławcze
2. nakazać 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: dwadzieś tysięcy złotych zero groszy) uiszczonej tytułem wpisu od odwołania.

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:.....

Sygn. akt KIO 2579/24

### UZASADNIENIE:

Zamawiający Gmina Staszów prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn.: „Staszowski Obszar Gospodarczy w Grzybowie – Etap I” realizowany w ramach zadania pn.: „Staszowski Obszar Gospodarczy w Grzybowie” w systemie „Zaprojektuj i Wybuduj”, nr ref. BZP.271.24.8.2024.I.

Postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych zwanej dalej „Pzp” lub „ustawa”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 12 lipca 2024 r. pod numerem: 419735-2024.

W postępowaniu tym wykonawca STRABAG SPÓŁKA Z OGRANICZONĄ ODPOWIEDZIALNOŚCIĄ z siedzibą w Pruszkowie (dalej jako „Odwołujący”) w dniu 22 lipca 2024 r. wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wobec niezgodnej z przepisami ustawy czynności podjętych przez Zamawiającego w przedmiotowym postępowaniu polegających na ustaleniu treści Specyfikacji Warunków Zamówienia, w tym załącznika nr 11 do SWZ – „Opisu przedmiotu zamówienia” (w tym w szczególności PFU) i załącznika nr 10 do SWZ „Projekt umowy” (dalej „Umowa”), a także ogłoszenia o zamówieniu w sposób naruszający przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych oraz przepisy Kodeksu cywilnego (dalej „kc”).

### Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. naruszenie art. 99 ust. 1 i ust. 4 pzp w zw. z art. 134 ust 1 pkt 6, art. 8 ust 1 ustawy pzp w zw. z art. 5, art. 353(1) kc i art. 387 kc poprzez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób, który nie uwzględnia wszystkich okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty, w szczególności poprzez: określenie niemożliwego do dochowania terminu wykonania przedmiotu zamówienia i jego części, który to termin końcowy został określony jako 25 miesięcy od dnia podpisania umowy, zaś terminy pośrednie jako:
  - 1) wykonanie I Etapu określonego w §1 Umowy w terminie 12 miesięcy od dnia podpisania Umowy,
  - 2) wykonanie całości przedmiotu Umowy (I Etapu i II Etapu) w terminie 25 miesięcy od dnia podpisania Umowy, z zastrzeżeniem, że „Podstawą przejścia do II Etapu przedmiotu umowy jest dokonanie przez Zamawiającego odbioru (na podstawie protokołu odbioru) I Etapu przedmiotu umowy oraz pisemna decyzja Zamawiającego o przejściu do II Etapu przedmiotu umowy, podjęta nie później niż w terminie 14 dni od dnia podpisania protokołu odbioru I Etapu przedmiotu umowy”,a tym samym określenie ww. terminów w sposób niezgodny z naturą stosunku zobowiązaniowego, naruszający bezwzględnie obowiązujące przepisy prawa, równowagę stron i prowadzący do nadużyć prawa podmiotowego, a także czyniący świadczenie niemożliwym i skutkujący nieważnością stosunku zobowiązaniowego poprzez ustalenie niemożliwego do dotrzymania terminu wykonania zamówienia, w tym jego części.
2. naruszenie art. 133 ust 1 ustawy pzp w zw. z art. 134 ust 1 pkt 4 pzp, poprzez nie zapewnienie na stronie internetowej prowadzonego postępowania, od dnia publikacji ogłoszenia z Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pełnego, nieograniczonego dostępu do SWZ poprzez nie zamieszczenie dokumentów określonych w pkt 3.3 SWZ, tj. „decyzji ZRID dla obszaru inwestycji którą należy zmienić w ramach niniejszego postępowania” Powyższe świadczy również

o naruszeniu art. 99 ust. 1 Pzp w zw. z art. 103 ust. 2 i 3 Pzp w zw. z § 19 pkt 1 i 4 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 opisanie przedmiotu zamówienia na zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych za pomocą programu funkcjonalno-użytkowego w sposób niejednoznaczny i niewyczerpujący oraz nieuwzględniający wszystkich wymagań i okoliczności mających wpływ na sporządzenie i kalkulację oferty, z uwagi na brak opublikowania ww. dokumentu, co uniemożliwia Odwołującemu skalkulowanie ceny oferty w sposób prawidłowy i zabezpieczający wszelkie ryzyka, a dodatkowo uniemożliwia ustalenie zakresu robót koniecznych do wykonania w ramach zamówienia oraz uniemożliwia złożenie przez wykonawców porównywalnych ofert opartych na tych samych założeniach,

- 3.naruszenie art. 99 ust. 1, 2 i 4 ustawy Pzp w zw. z art. 16 oraz art. 17 ust. 2 Pzp oraz art. 353(1) kc, art. 5 kc w zw. z art. 8 ust. 1 Pzp poprzez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia oraz sformułowanie postanowień Umowy w sposób niejednoznaczny i niewyczerpujący oraz nieuwzględniający wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty oraz oszacowanie kosztów wykonania przedmiotu zamówienia, tj. poprzez a. brak jednoznacznego i wyczerpującego określenia które roboty z zakresu robót dotyczących przebudowy i rozbudowy istniejącej bocznicy kolejowej należącej do Grupy Azoty S.A. w celu zapewnienia dostępu terenów inwestycyjnych Staszowskiego Obszaru Gospodarczego w Grzybowie do infrastruktury kolejowej zostały wyłączone z obowiązku uzyskania pozwolenia na budowę/zgłoszenia zamiaru wykonania robót budowlanych oraz późniejszej realizacji;
- 4.naruszenie art. 16, art. 99 ust. 1, 2, 4 Pzp, art. 433 pkt 1 i 3 ustawy Pzp w związku z art. 8 ust 1 ustawy Pzp, art. 353(1) kc w zw. z art. 647 kc poprzez niezasadne i bezpodstawne przerzucenie na wykonawcę odpowiedzialności i ryzyka wskazanego terminowego i finansowego, tj. z uwagi na brak przewidzenia przesłanki zmiany Umowy w zakresie wydłużenia terminu wykonania przedmiotu Umowy w przypadku, gdy odpowiednie organy nie nadadzą rygoru natychmiastowej wykonalności decyzjom wydanym w trakcie realizacji Umowy albo gdy wykonanie poszczególnych decyzji zostanie wstrzymane przez odpowiednie organy albo gdy te decyzje nie nabędą waloru ostateczności, a także gdy odpowiedni organ określi obowiązek przeprowadzenia raportu oceny oddziaływania na środowisko na etapie uzyskiwania decyzji DŚU i/lub przeprowadzenia ponownej oceny oddziaływania na środowisko na etapie uzyskiwania decyzji i lub zmiany PnB/ZRID,
- 5.naruszenie art. 16, art. 99 ust. 1, 2, 4 Pzp, art. 433 pkt 1 i 3 ustawy Pzp w związku z art. 8 ust 1 ustawy Pzp, art. 353(1) kc w zw. z art. 647 kc, poprzez nieuzasadnione i bezpodstawne przerzucenie na wykonawcę odpowiedzialności i ryzyka finansowego realizacji przedmiotu umowy w przedłużonym czasie z przyczyn nieleżących po stronie Wykonawcy, dających się przypisać Zamawiającemu lub niezależnych od obydwu stron, a zależnych np. od działania organów administracji publicznej, siły wyższej czy innych szczególnych okoliczności, za które Wykonawca nie jest odpowiedzialny, a przez które powinny być również rozumiane szczególne niedogodności związane z nieprzewidywanymi warunkami atmosferycznymi. Zamawiający przewiduje w takiej sytuacji możliwość zmiany wyłącznie terminu bez możliwości zmiany wynagrodzenia, podczas gdy takie ryzyko stanowi wyłączne ryzyko Zamawiającego, a jego przerzucenie na wykonawcę jest zakazane klauzulą abuzywną z art. 433 pkt. 1 i 3 ustawy Pzp,
- 6.naruszenie 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 nie przedstawienie szeroko rozumianych zasad podziału ryzyka pomiędzy strony umowy a tym samym uniemożliwienie wykonawcom ubiegającym się o udzielenie przedmiotowego zamówienia złożenia porównywalnych ofert.

#### **Odwołujący wniosk o uwzględnienie odwołania i:**

- 1.nakazanie Zamawiającemu dokonania zmiany w pkt 10 SWZ (i odpowiednio ogłoszeniu i Umowie) poprzez określenie możliwego do dotrzymania terminu wykonania zamówienia, w tym jego części poprzez:
  - wydłużenie okresu na wykonanie I Etapu) do 24 miesięcy od dnia zawarcia Umowy,
  - wydłużenie okresu na wykonanie całości przedmiotu Umowy (I Etapu i II Etapu) do 49 miesięcy od dnia zawarcia Umowy,z zastrzeżeniem możliwości zmiany umowy w zakresie terminu (o okres niezbędny do wykonania robót) i wynagrodzenia (o wartość odpowiadającą wzrostowi kosztów pośrednich ponoszonych w sytuacji, gdy dojdzie do zmiany terminów wykonania umowy z przyczyn niezależnych od Wykonawcy i za które odpowiedzialności nie ponosi) m.in. w przypadku gdy organ nie nada uzyskanym w toku realizacji inwestycji decyzjom administracyjnym

rygoru natychmiastowej wykonalności albo wykonanie ww. decyzji zostanie wstrzymane przez odpowiednie organy lub gdy decyzje te nie nabędą waloru ostateczności, a także w przypadku gdy odpowiedni Organ określi obowiązek sporządzenia Raportu oceny oddziaływania przedsięwzięcia na środowisko na etapie uzyskiwania Decyzji DŚU i/lub przeprowadzenia ponownej oceny oddziaływania na środowisko na etapie uzyskiwania decyzji i lub zmiany PnB/ZRID;

- 2.nakazanie opublikowania dokumentu określonego w pkt 3.3 SWZ, tj. „decyzji ZRID dla obszaru inwestycji którą należy zmienić w ramach niniejszego postępowania”, ewentualnie, tj. na wypadek, gdyby ww. decyzja ZRID do terminu składania ofert nie nabyła waloru ostateczności - wskazanie jednoznacznych założeń, których przestrzegać ma wykonawca na etapie sporządzania oferty w zakresie, który rozstrzygnięty zostanie ww. decyzją, z uwzględnieniem terminu uzyskania przez nią ostateczności oraz wprowadzenie do umowy mechanizmu, zgodnie z którym, w przypadku, gdy wydana przez organ decyzja o zezwoleniu na realizację inwestycji drogowej różni się będzie od tych założeń, wykonawcy przysługiwać będzie prawo do zmiany umowy w zakresie odpowiadającym skutkom wynikającym z wymagań decyzji i terminu ich uzyskania (w tym do zmiany terminu wykonania umowy oraz zmiany wynagrodzenia w zakresie wynikającym ze zmiany sposobu wykonania przedmiotu Umowy);
- 3.nakazanie Zamawiającemu dokonania odpowiedniej modyfikacji SWZ w sposób umożliwiający jednoznaczne ustalenie obowiązków Wykonawcy związanych z uzyskaniem/zmianą ZRID,
- 4.nakazanie Zamawiającemu dokonania modyfikacji § 26 ust. 2 pkt 1 lit a) w ten sposób, aby była możliwość zmiany terminu wykonania przedmiotu Umowy o okres niezbędny do wykonania robót, m.in. w przypadku gdy organ nie nada uzyskanym w toku realizacji inwestycji decyzjom administracyjnym rygoru natychmiastowej wykonalności albo wykonanie ww. decyzji zostanie wstrzymane przez odpowiednie organy lub gdy decyzje te nie nabędą waloru ostateczności, a także w przypadku gdy odpowiedni Organ określi obowiązek sporządzenia Raportu oceny oddziaływania przedsięwzięcia na środowisko na etapie uzyskiwania Decyzji DŚU i/lub przeprowadzenia ponownej oceny oddziaływania na środowisko na etapie uzyskiwania decyzji i lub zmiany PnB/ZRID.
- 5.nakazanie Zamawiającemu dokonania modyfikacji § 26 Umowy w ten sposób, aby była możliwość zmiany wynagrodzenia Wykonawcy o wartość odpowiadającą wzrostowi kosztów pośrednich ponoszonych w sytuacji, gdy dojdzie do zmiany terminów wykonania umowy z przyczyn niezależnych od Wykonawcy i za które odpowiedzialności nie ponosi, a w szczególności z przyczyn zależnych od Zamawiającego,  
Wobec powyższego proponuje się dodanie do § 26 ust. 2 lit. e) Umowy „Zamawiający dopuszcza możliwość zmiany niniejszej umowy o zamówienie bez przeprowadzenia nowego postępowania o udzielenie zamówienia, w przypadku: zmian przewidzianych w ogłoszeniu o zamówieniu lub dokumentach zamówienia, niezależnie od wartości zmiany, tj. w zakresie zmiany wynagrodzenia, w sytuacji, gdy na skutek zmiany terminu wykonania umowy w sytuacjach określonych §26 ust. 2 pkt 1 lit. a) (powstałych z przyczyn za które odpowiedzialności nie ponosi Wykonawca) dojdzie do zwiększenia kosztów pośrednich wykonawcy związanych z realizacją zamówienia - o wartość odpowiadającą wzrostowi kosztów pośrednich udokumentowanych przez Wykonawcę.
- 6.nakazanie Zamawiającemu dokonania modyfikacji SWZ poprzez jednoznaczne i wyczerpujące określenia zakresu robót do wykonania których zobowiązany jest Wykonawca w zakresie przebudowy i rozbudowy istniejącej bocznic kolejowej należącej do Grupy Azoty S.A. w celu zapewnienia dostępu terenów inwestycyjnych Staszowskiego Obszaru Gospodarczego w Grzybowie do infrastruktury kolejowej.

W dniu 31 lipca 2024 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęła odpowiedź Zamawiającego na odwołanie, w której Zamawiający poinformował o uwzględnieniu w części zarzutów przedstawionych w odwołaniu, tj. w zakresie zarzutów nr 2 i nr 4.

W dniu 31 lipca 2024 r. Odwołujący wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej pismo, w którym oświadczył, że cofa odwołanie w części nie uwzględnionej przez Zamawiającego, tj. w zakresie zarzutów oznaczonych nr: 1, 3, 5 i 6 w *petitum* odwołania.

Izba stwierdziła, że oświadczenie o wycofaniu odwołania w części zostało złożone przez osobę uprawnioną do reprezentowania Odwołującego.

Do postępowania odwoławczego nie zgłosił przystąpienia żaden wykonawca.

**Mając na uwadze powyższe, Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje:**

Izba zważyła, że wobec uwzględnienia przez Zamawiającego części zarzutów podniesionych w odwołaniu i braku zgłoszenia przystąpień po stronie Zamawiającego i wycofaniu pozostałych zarzutów przez Odwołującego, postępowanie odwoławcze należało umorzyć na podstawie art. 522 ust. 3 Pzp. Przepis ten stanowi w zdaniu pierwszym, że *w przypadku uwzględnienia przez Zamawiającego części zarzutów postawionych w odwołaniu i wycofaniu pozostałych zarzutów przez odwołującego, Izba może umorzyć postępowanie 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. Zgodnie z art. 522 ust. 3 in fine Pzp, w takim przypadku zamawiający wykonuje, powtarza lub unieważnia czynności w postępowaniu o udzielenie*

*zamówienia, zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu w zakresie uwzględnionych zarzutów.*

W tym stanie rzeczy Izba na podstawie art. 522 ust. 3 Pzp umorzyła postępowanie odwoławcze, orzekając w formie postanowienia na podstawie art. 553 zd. 2 Pzp.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 574 i 575 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 9 ust. 1 pkt 2 lit b) rozporządzenia w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437 ze zm.), z którego wynika, że jeżeli zamawiający uwzględnił w części zarzuty przedstawione w odwołaniu i pozostałe zarzuty zostały przez odwołującego wycofane przed otwarciem rozprawy, a do postępowania odwoławczego nie przystąpił żaden wykonawca po stronie zamawiającego, koszty o których mowa w § 5 pkt 2 rozporządzenia znosi się wzajemnie. Izba orzeka o dokonaniu zwrotu Odwołującym z rachunku Urzędu kwoty uiszczonej tytułem wpisu od odwołania.

Mając powyższe na uwadze, Izba orzekła, jak w sentencji.

Przewodnicząca:.....