Sygn. akt KIO 969/24

POSTANOWIENIE

Warszawa, dnia 10 kwietnia 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący:Michał Pawłowski

Członkowie:Katarzyna Paprocka

Irmina Pawlik

Protokolant: Klaudia Kwadrans

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron w dniu 10 kwietnia 2024 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczejw dniu 25 marca 2024 r. przez wykonawcę VICTOR ENERGY Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością
z siedzibą w Warszawie w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Polskie Sieci Elektroenergetyczne Spółkę Akcyjną z siedzibą w Konstancinie-Jeziornej,

przy udziale uczestników po stronie Odwołującego:

A. Wykonawcy ENPROM Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie
B. Wykonawcy GRINEA Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Rzeszowie

postanawia:

1. Umarza postępowanie odwoławcze.
2. Nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz wykonawcyVICTOR ENERGY Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie kwoty 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) stanowiącej równowartość uiszczonego 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.

Przewodniczący:.....

Członkowie:.....

.....

Sygn. akt KIO 969/24

Uzasadnienie

Polskie Sieci Elektroenergetyczne Spółka Akcyjna z siedzibą w Konstancinie-Jeziornej,zwane dalej „Zamawiającym", działając na podstawie przepisów ustawy dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2023 r., poz. 1605, ze zm.), zwanej dalej „ustawą PZP", prowadzą postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na *„rozbudowę stacji 400/110 KV Rokitnica".*

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 15 lutego 2023 r., pod numerem 2023/S 033-095402.

W dniu 25 marca 2024 r. Odwołujący – wykonawca VICTOR ENERGY Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, zwany dalej również „wykonawcą VICTOR ENERGY", wniósł odwołanie od czynności sporządzenia treści Specyfikacji Warunków Zamówienia Projektowanych Postanowień Umowy, w szczególności w zakresie ukształtowania pkt 1.4.10, 2.1, 2.5, 12.8, 12.24, 13.4, 15.1, 17.2, 17.3.1, 19.5, 25.1-25.6, 26.1, 27.1, 27.6 Wzoru Umowy.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1) art. 431 ustawy PZP w zw. z art. 354 § 2 Kodeksu cywilnego i art. 433 pkt 3 ustawy PZP poprzez określenie w pkt 2.5 Wzoru Umowy terminu na uzgodnienie z Zamawiającym Szczegółowego Harmonogramu Realizacji Zamówienia zgodnego z wytycznymi określonymi w Załączniku nr 7 do Umowy w terminie 3 miesięcy od zawarcia Umowy bez określenia terminu, w którym Zamawiający winien zgłosić swoje uwagi, co narusza zasadę współdziałania strony przy realizacji zamówienia oraz skutkuje odpowiedzialnością wykonawcy za brak dokonania takiego uzgodnienia w określonym w pkt 2.5 Wzoru Umowy terminie pomimo tego, że to Zamawiający ponosi wyłączną odpowiedzialność za terminowe zgłoszenie uwag do Szczegółowego Harmonogramu Realizacji Zamówienia w terminie umożliwiającym jego uzgodnienie (zarzut nr 1),

2) art. 431 ustawy PZP w zw. z art. 354 § 2 Kodeksu cywilnego i art. 433 pkt 3 ustawy PZP poprzez brak określenia we Wzorze Umowy terminu na zatwierdzenie przez Zamawiającego planu BIOZ, planu HSEQ i planu ERP, co warunkuje przekazanie wykonawcy Terenu Budowy, co narusza zasadę współdziałania strony przy realizacji zamówienia oraz skutkuje odpowiedzialnością wykonawcy za brak dokonania takiego uzgodnienia w określonym w pkt 29.3 Wzoru Umowy terminie pomimo tego, że to Zamawiający ponosi wyłączną odpowiedzialność za terminowe zgłoszenie uwag do planów BIOZ, HSEQ i ERP w terminie umożliwiającym jego uzgodnienie (zarzut nr 2),

3) art. 353^1 Kodeksu cywilnego w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy PZP, art. 134 ust. 1 pkt 20 ustawy PZP, art. 7 pkt 32 ustawy PZP w zw. z art. 16 pkt 3 ustawy PZP poprzez ukształtowanie stosunku prawnego Wzoru Umowy w sposób sprzeczny z jego właściwością (naturą) oraz zasadami współżycia społecznego, z uwagi na wprowadzenie w pkt 13.4 Wzoru Umowy terminu usunięcia Wady Istotnej nieproporcjonalnego do rzeczywistej i obiektywnej możliwości usunięcia każdej potencjalnej Wady Istotnej, co stanowi ukształtowanie stosunku prawnego w sposób nieproporcjonalny oraz sprzeczny z zasadami współżycia społecznego (zarzut nr 3),

4) art. 353^1 Kodeksu cywilnego w zw. z art. 647 Kodeksu cywilnego i art. 487 § 2 Kodeksu cywilnego w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy PZP, art. 134 ust. 1 pkt 20 ustawy PZP, art. 7 pkt 32 ustawy PZP w zw. z art. 16 pkt 1 i 3 ustawy PZP oraz art. 99 ust. 1 ustawy PZP poprzez ukształtowanie stosunku prawnego Wzoru Umowy w sposób sprzeczny z jego właściwością (naturą) oraz zasadami współżycia społecznego oraz poprzez opis przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny i niewyczerpujący, przy braku dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, nie uwzględniając wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty z uwagi na nałożenie na wykonawcę obowiązku wyceny ryzyk według pkt. 2.1 Wzoru Umowy niemożliwych do przewidzenia i oszacowania, co jest także sprzeczne z zasadami współżycia społecznego i naturą stosunku zobowiązaniowego wynikającego z art. 647 Kodeksu cywilnego i narusza zasadę ekwiwalentności świadczeń stron stosunku umowy wzajemnej (zarzut nr 4),

5) art. 433 pkt 4 ustawy PZP poprzez ustanowienie w pkt. 26.1, 27.1 i 27.6 Wzoru Umowy możliwości ograniczenia zakresu zamówienia przez Zamawiającego bez wskazania minimalnej wartości lub wielkości świadczenia stron (zarzut nr 5),

6) art. 353^1 Kodeksu cywilnego w zw. z art. 647 Kodeksu cywilnego w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy PZP, art. 134 ust. 1 pkt 20 ustawy PZP, art. 7 pkt 32 ustawy PZP w zw. z art. 16 pkt 1 i 3 ustawy PZP oraz art. 99 ust. 1 ustawy PZP poprzez ukształtowanie stosunku prawnego Wzoru Umowy w pkt 2.5 Wzoru Umowy w sposób sprzeczny z jego właściwością (naturą) oraz zasadami współżycia społecznego oraz poprzez opis przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny i niewyczerpujący w zakresie braku jednoznacznego opisania terminów udostępnienia wykonawcy Terenu Budowy, przy braku dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, nie uwzględniając wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty z uwagi na zobowiązanie wykonawcy do wyceny wykonania świadczenia w odniesieniu do niemożliwego do oszacowania czasu udostępnienia przez Zamawiającego Terenu Budowy oraz braku określenia zasad udzielania Wyłączeń, a także rekompensaty za ich odwołanie, co jest także sprzeczne z zasadami współżycia

społecznego i naturą stosunku zobowiązaniowego wynikającego z art. 647 Kodeksu cywilnego (zarzut nr 6),

7) art. 353^1 Kodeksu cywilnego w zw. z art. 647 Kodeksu cywilnego i art. 487 § 2 Kodeksu cywilnego w zw. z art. 388 § 1 Kodeksu cywilnego w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy PZP, art. 134 ust. 1 pkt 20 ustawy PZP, art. 7 pkt 32 ustawy PZP w zw. z art. 16 pkt 1 i 3 ustawy PZP oraz art. 439 ust. 1 i 2 ustawy PZP i art. 3 ust. 1 oraz art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji poprzez ukształtowanie stosunku prawnego Wzoru Umowy w sposób sprzeczny z jego właściwością (naturą) oraz zasadami współżycia społecznego oraz poprzez przewidzenie w pkt 12.8 Wzoru Umowy współczynnika: WR – współczynnik podziału ryzyka z tytułu zmienności cen równy 50%, co jest sprzeczne z zasadami współżycia społecznego i naturą stosunku zobowiązaniowego wynikającego z art. 647 Kodeksu cywilnego, a także zasadą ekwiwalentności świadczeń stosunku zobowiązaniowego cywilnego oraz jest niedopuszczalną ingerencją w zasady waloryzacji wynagrodzenia wykonawcy na gruncie przepisów ustawy PZP i narusza zasadę ekwiwalentności świadczeń stron stosunku umowy wzajemnej oraz prowadzi do oferowania przez wykonawcę świadczenia poniżej kosztów jego wytworzenia (zarzut nr 7),

8) art. 353^1 Kodeksu cywilnego w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy PZP, art. 134 ust. 1 pkt 20 ustawy PZP, art. 7 pkt 32 ustawy PZP w zw. z art. 16 pkt 3 ustawy PZP poprzez ukształtowanie stosunku prawnego Wzoru Umowy w sposób sprzeczny z jego właściwością (naturą) oraz zasadami współżycia społecznego, z uwagi na wprowadzenie w pkt 17.2.1 i 17.2.2 Wzoru Umowy zasad naliczania kar umownych prowadzących do nadmiernego i nieproporcjonalnego do przewinienia sankcjonowania wykonawcy, co może prowadzić do nieuzasadnionego i nieuprawnionego wzbogacenia Zamawiającego w sposób sprzeczny z zasadami współżycia społecznego i dobrymi obyczajami z uwagi na przyjęcie za podstawę obliczania kary umownej całości wynagrodzenia wykonawcy przewidzianego w umowie (zarzut nr 8),

9) art. 353^1 Kodeksu cywilnego w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy PZP, art. 134 ust. 1 pkt 20 ustawy PZP, art. 7 pkt 32 ustawy PZP w zw. z art. 16 pkt 3 ustawy PZP poprzez ukształtowanie stosunku prawnego Wzoru Umowy w sposób sprzeczny z jego właściwością (naturą) oraz zasadami współżycia społecznego, z uwagi na brak przewidzenia we Wzorze Umowy jakichkolwiek kar umownych należnych wykonawcy w przypadku nienależytego wykonywania lub niewykonywania zobowiązań przez Zamawiającego, co prowadzi do ukształtowania stosunku prawnego w sposób jednostronnie korzystny i nieproporcjonalnie korzystny dla Zamawiającego (zarzut nr 9),

10) art. 353^1 Kodeksu cywilnego w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy PZP, art. 134 ust. 1 pkt 20 ustawy PZP, art. 7 pkt 32 ustawy PZP w zw. z art. 16 pkt 3 ustawy PZP poprzez ukształtowanie stosunku prawnego Wzoru Umowy w sposób sprzeczny z jego właściwością (naturą) oraz zasadami współżycia społecznego, z uwagi na wprowadzenie w pkt 17.3.1 Wzoru Umowy zasad naliczania kar umownych prowadzących do nadmiernego i nieproporcjonalnego do przewinienia sankcjonowania wykonawcy, co może prowadzić do nieuzasadnionego i nieuprawnionego wzbogacenia Zamawiającego w sposób sprzeczny z zasadami współżycia społecznego i dobrymi obyczajami z uwagi na przyjęcie nieograniczonej możliwości kumulacji kar umownych (zarzut nr 10),

11) art. 431 ustawy PZP w zw. z art. 354 § 2 Kodeksu cywilnego i art. 433 pkt 3 ustawy PZP poprzez brak określenia we Wzorze Umowy terminu na zatwierdzenie przez Zamawiającego kosztorysu robót dodatkowych, co narusza zasadę współdziałania stron przy realizacji zamówienia (zarzut nr 11),

12) art. 353^1 Kodeksu cywilnego w zw. z art. 66 § 1 Kodeksu cywilnego w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy PZP, art. 134 ust. 1 pkt 20 ustawy PZP, art. 7 pkt 32 ustawy PZP w zw. z art. 16 ustawy PZP i art. 3 ust. 1 oraz art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, a także art. 439 ust. 1 i 2 ustawy PZP poprzez ukształtowanie stosunku prawnego w pkt 25.1 do 25.6 Wzoru Umowy w sposób sprzeczny z jego właściwością (naturą) oraz zasadami współżycia społecznego, z uwagi na wprowadzenie do wzoru umowy postanowień określających sposób modyfikacji wynagrodzenia przysługującego wykonawcy z tytułu wykonania przez niego dodatkowych robót lub udzielenia mu przez Zamawiającego innych zamówień w sposób rażąco odbiegający od warunków rynkowych związanych z ustalaniem wysokości wynagrodzenia z tytułu wykonanych robót budowlanych dla branży elektroenergetycznej, specjalizującej się w budowie stacji elektroenergetycznych lub innych złożonych obiektów infrastruktury krytycznej, co stanowi naruszenie i jest sprzeczne nie tylko z odpłatnym charakterem umowy o zamówienie publiczne (art. 7 pkt 32 ustawy PZP), ale także z art. 66 § 1 Kodeksu cywilnego oraz art. 16 ustawy PZP, wskazującymi, że określenie istotnych postanowień umowy, a zatem ceny (wynagrodzenia), jest domeną wykonawcy a nie zamawiającego oraz prowadzi do oferowania przez wykonawcę

świadczenia poniżej kosztów jego wytworzenia, a także poprzez wyłączenie z zasad określonej we Wzorze Umowy waloryzacji wynagrodzenia wykonawcy stawek dla wynagrodzenia za roboty dodatkowe lub inne zamówienia, co jest wprost sprzeczne z art. 439 ust. 1 i 2 ustawy PZP (zarzut nr 12),

13) art. 433 pkt 3 ustawy PZP poprzez przewidzenie w pkt. 19.5 Wzoru Umowy odpowiedzialności wykonawcy za okoliczności, za które wyłączną odpowiedzialność ponosi Zamawiający (zarzut nr 13),

14) art. 433 pkt 3 ustawy PZP i art. 99 ust. 1 ustawy PZP oraz art. 16 pkt 1 ustawy PZP poprzez przewidzenie w pkt. 1.4.10 Wzoru Umowy odpowiedzialności wykonawcy za okoliczności, za które wyłączną odpowiedzialność ponosi Zamawiający w zakresie wymagań innego wykonawcy Zamawiającego dotyczących sposobu realizacji robót przez wykonawcę realizowanego zamówienia oraz poprzez brak opisania wymagań wskazanego innego wykonawcy Zamawiającego w stosunku do sposobu realizacji robót przez wykonawcę realizowanego zamówienia (zarzut nr 14),

15) art. 353^1 Kodeksu cywilnego w zw. z art. 66 § 1 Kodeksu cywilnego w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy PZP, art. 134 ust. 1 pkt 20 ustawy PZP, art. 7 pkt 32 ustawy PZP w zw. z art. 16 ustawy PZP poprzez ukształtowanie stosunku prawnego w pkt 12.24 Wzoru Umowy i art. 3 ust. 1 oraz art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji w sposób sprzeczny z jego właściwością (naturą) oraz zasadami współżycia społecznego, z uwagi na wprowadzenie do wzoru umowy postanowień określających sposób ustalenia należnego wykonawcy dodatkowego wynagrodzenia w sposób rażąco odbiegający od warunków rynkowych związanych z ustalaniem wysokości wynagrodzenia z tytułu wykonanych robót budowlanych dla branży elektroenergetycznej, specjalizującej się w budowie stacji elektroenergetycznych lub innych złożonych obiektów infrastruktury krytycznej, co stanowi naruszenie i jest sprzeczne nie tylko z odpłatnym charakterem umowy o zamówienie publiczne (art. 7 pkt 32 ustawy PZP), ale także z art. 66 § 1 Kodeksu cywilnego oraz art. 16 ustawy PZP, wskazującymi, że określenie istotnych postanowień umowy, a zatem ceny (wynagrodzenia), jest domeną wykonawcy a nie zamawiającego oraz prowadzi do oferowania przez wykonawcę świadczenia poniżej kosztów jego wytworzenia (zarzut nr 15),

16) art. 16 pkt 1 ustawy PZP w zw. z art. 452 ust. 3 ustawy PZP poprzez ustanowienie w pkt 15.1 Wzoru Umowy żądania zabezpieczenia należytego wykonania umowy w wysokości 10% wynagrodzenia umownego (ceny całkowitej podanej w ofercie), co stanowi naruszenie zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, gdyż prowadzi do istotnego ograniczenia grona potencjalnych oferentów w postępowaniu, przy jednoczesnym niewskazaniu w SWZ obiektywnych przyczyn uzasadniających podwyższenie standardowego poziomu zabezpieczenia na poziomie 5% ceny całkowitej podanej w ofercie, do maksymalnej wysokości zabezpieczenia należytego wykonania umowy, dopuszczalnej na mocy art. 452 ust. 3 ustawy PZP (zarzut nr 16),

17) art. 353^1 Kodeksu cywilnego w zw. z art. 66 § 1 Kodeksu cywilnego w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy PZP, art. 134 ust. 1 pkt 20 ustawy PZP, art. 7 pkt 32 ustawy PZP w zw. z art. 16 ustawy PZP i art. 3 ust. 1 oraz art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji poprzez określenie w Harmonogramie Rzeczowo-Finansowym procentowego ograniczenia wartości wyceny dokonywanej przez wykonawcę na rażąco niskim poziomie w sposób sprzeczny z właściwością (naturą) stosunku zobowiązaniowego oraz zasadami współżycia społecznego w zakresie uprawnienia wykonawcy do wyceny przedmiotu świadczenia na rynkowym poziomie, co stanowi naruszenie i jest sprzeczne nie tylko z odpłatnym charakterem umowy o zamówienie publiczne (art. 7 pkt 32 ustawy PZP), ale także z art. 66 § 1 Kodeksu cywilnego oraz art. 16 ustawy PZP, wskazującymi, że określenie istotnych postanowień umowy, a zatem ceny (wynagrodzenia), jest domeną wykonawcy a nie zamawiającego (zarzut nr 17).

W związku z podniesionymi zarzutami Odwołujący wniósł o uwzględnienie jego odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu dokonanie zmiany Wzoru Umowy w następujący sposób:

1) w odniesieniu do zarzutu nr 1 – wprowadzenie do pkt. 2.5 Wzoru Umowy treści:

„Zamawiający jest uprawniony do zgłoszenia uzasadnionych i należycie umotywowanych uwag do Szczegółowego Harmonogramu Realizacji Zamówienia (BHRZ), jak i jego późniejszych aktualizacji, w nieprzekraczalnym terminie 5 dni od otrzymania go od Wykonawcy, pod rygorem utraty uprawnienia Zamawiającego do zgłaszania nowych uwag po tym terminie, z wyjątkiem tych uwag, które zostały poruszone w pierwszej iteracji Szczegółowego Harmonogramu Realizacji Zamówienia",

2) w odniesieniu do zarzutu nr 2 – dodanie w pkt 29.3 Wzoru Umowy następującej treści:

„Zamawiający w terminie 14 dni od otrzymania planu BIOZ, planu HSEQ i planu ERP jest zobowiązany do zgłoszenia Wykonawcy wszelkich uzasadnionych i należycie umotywowanych istotnych uwag, pod rygorem utraty możliwości Zamawiającego do zgłaszania nowych uwag po tym terminie",

3) w odniesieniu do zarzutu nr 3 – zmiany terminu dla czynności wskazanych w pkt 13.4.4 na 72 godziny lub inny termin uzgodniony między Zamawiającym a Wykonawcą uwzględniający obiektywny z punktu widzenia technicznego termin usunięcia Wady Istotnej,

4) w odniesieniu do zarzutu nr 4 – wykreślenie w pkt 2.1 Wzoru Umowy treści:

„(...) a także dokonać wszelkich innych czynności i zrealizować wszelkie zobowiązania niezbędne dla osiągnięcia powyższego rezultatu, również te, których potrzeba ujawni się w trakcie realizacji Zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w Umowie, (...) nawet jeżeli nie przewidziano ich wprost w Umowie lub jej Załącznikach, a których wykonanie jest konieczne dla osiągnięcia celu Umowy",

5) w odniesieniu do zarzutu nr 5 – wprowadzenia w Projekcie Umowy minimalnej wartości lub wielkości świadczenia Stron Umowy, która na pewno zostanie zlecona Wykonawcy, w celu eliminacji niezgodności SWZ z art. 433 pkt 4 ustawy PZP i art. 99 ust. 1 i ust. 4 ustawy PZP, jako co najmniej 50°/o zakresu zamówienia,

6) w odniesieniu do zarzutu nr 6:

a) Załączenie do OPZ 3-letniego planu wyłączeń,

b) wprowadzenia we Wzorze Umowy terminu, w jakim Zamawiający zobligowany jest przekazać Wykonawcy rewizję 3-letniego planu wyłączeń,

c) wprowadzenie we Wzorze Umowy minimalnej liczby 7 Dni Roboczych, z zachowaniem których Zamawiający musi powiadomić Wykonawcę o braku możliwości planowanego przez niego wyłączenia pod rygorem zapłaty na rzecz Wykonawcy kary umownej w wysokości 50 000 zł 00 gr (słownie: pięćdziesiąt tysięcy złotych),

d) dodanie pkt 4.2.5 we Wzorze Umowy, o treści:

„Zapewnienie i udzielenie Wykonawcy wyłączeń czynnych urządzeń w Stacji i pól w stacjach powiązanych w liczbie oraz o czasie trwania i w terminach wskazanych w uzgodnionym z Wykonawcą Harmonogramie Rzeczowo-Finansowym. W przypadku, w którym Zamawiający z przyczyn związanych z koniecznością zapewnienia prawidłowego funkcjonowania Krajowego Systemu Elektroenergetycznego będzie zmuszony przesunąć lub ograniczyć udzielane Wykonawcy wyłączenia czynnych urządzeń w Stacji i pól w stacjach powiązanych, poinformuje Wykonawcę o tym fakcie co najmniej na 7 (siedem) Dni Roboczych przed wprowadzeniem ograniczenia w tym zakresie, a Wykonawca będzie uprawniony do:

- dokonania aktualizacji Harmonogramu Rzeczowo-Finansowego oraz Szczegółowego Harmonogramu Realizacji w zakresie w jakim ograniczenie wyłączeń czynnych urządzeń w Stacji i pól w stacjach powiązanych ma wpływ na terminy wynikające z Harmonogramu Rzeczowo-Finansowego oraz Szczegółowego Harmonogramu Realizacji w terminie 14 (czternastu) Dni Roboczych od dnia otrzymania informacji od Zamawiającego o wprowadzeniu ograniczenia, a Zamawiający zaakceptuje tak zaktualizowany Harmonogram Rzeczowo-Finansowy oraz Szczegółowy Harmonogramu Realizacji w terminie 5 (pięciu) Dni Roboczych do dnia jego otrzymania – dla uniknięcia wątpliwości, zaktualizowanie Harmonogramu Rzeczowo-Finansowego w tym trybie nie stanowi zmiany Umowy; oraz

- Wykonawca będzie uprawniony do zapłaty, a Zamawiający zapłaci na rzecz Wykonawcy wszelkie uzasadnione i udokumentowane przez Wykonawcę koszty poniesione przez Wykonawcę a wynikające z aktualizacji Harmonogramu Rzeczowo-Finansowego i Szczegółowego Harmonogramu Realizacji oraz związanych z tym kosztów wykonania Umowy w zmienionym okresie",

7) w odniesieniu do zarzutu nr 7 – wykreślenia współczynnika WR,

8) w odniesieniu do zarzutu nr 8 – zmodyfikowania pkt 17.2 Wzoru Umowy, w którym Zamawiający przewidział naliczanie kary umownej z tytułu odstąpienia przez Zamawiającego od Umowy z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy, na podstawie wskaźnika procentowego odnoszącego się do całkowitego wynagrodzenia ryczałtowego Wykonawcy, powiększonego o kwotę podatku od towarów i usług (wartość brutto), niezależnie od tego czy odstąpienie od umowy dotyczy całości Umowy czy też odnosi skutek jedynie do części świadczenia niespełnionego przez Wykonawcę poprzez określenie kary umownej jako procent wynagrodzenia za część zamówienia od którego odstępuje Zamawiający,

9) w odniesieniu do zarzutu nr 9 – uwzględnienie we Wzorze Umowy kar umownych zastrzeżonych od Zamawiającego na rzecz Wykonawcy w postaci następującego nowego pkt. 17.4:

„Wykonawcy będą należeć się od Zamawiającego kary umowne w następujących przypadkach:

a) za zwłokę w protokolarnym przekazaniu Wykonawcy Terenu Budowy – 0,2% Wynagrodzenia, za każdy rozpoczęty dzień zwłoki liczonej od terminu określonego w pkt 4.2.4 Umowy,

b) za zwłokę w dokonaniu Odbiorów – 0,1°/o Wynagrodzenia, za każdy rozpoczęty dzień zwłoki liczonej od terminu wskazanego w Procedurze Odbioru,

c) za każdy stwierdzony przypadek naruszenia przez Zamawiającego postanowień dotyczących zachowania poufności, określonych w pkt. 22 [Klauzula Poufności] w wysokości 50 000 zł 00 gr (słownie: pięćdziesiąt tysięcy złotych 00/100),

d) za każdy przypadek odwołania lub ograniczenia przez Zamawiającego udzielenia Wykonawcy dostępu do Terenu Budowy i odwołania lub ograniczenia czasowego planowanego w Szczegółowym Harmonogramie Realizacji Zamówienia Wyłączenia na mniej niż 7 (siedem) dni przed planowanym rozpoczęciem Wyłączenia w wysokości 50 000 zł 00 gr (słownie: pięćdziesiąt tysięcy złotych),

które to kary umowne Zamawiający zapłaci na rzecz Wykonawcy w terminie 14 dni od dnia otrzymania noty obciążeniowej od Wykonawcy na rachunek bankowy Wykonawcy wskazany w nocie obciążeniowej",

10) w odniesieniu do zarzutu nr 10 – wprowadzenia zmiany do pkt 17.3.1 Wzoru Umowy zgodnie z następującą propozycją Wykonawcy:

„Dochodzenie zapłaty jednej z kar umownych nie wyklucza możliwości dochodzenia zapłaty innych kar umownych z innych tytułów, w tym kolejnej zwłoki w stosunku do terminów wynikających z Umowy, z zastrzeżeniem, że kara umowna za odstąpienie nie może być kumulowana z karą za nienależyte wykonanie zobowiązania wynikającego z Umowy",

11) w odniesieniu do zarzutu nr 11 – wskazania w pkt 25 Wzoru Umowy maksymalnego czasu 14 dni na weryfikację i zatwierdzenie przez Zamawiającego kosztorysu robót dodatkowych od jego otrzymania, celem określenia ram czasowych realizacji obowiązków Zamawiającego,

12) w odniesieniu do zarzutu nr 12:

a) wykreślenia w pkt. 25.4 Wzoru Umowy treści:

„nieprzekraczający wskaźnika narzutu zysku na poziomie średnim dla robót inżynieryjnych publikowanego przez Sekocenbud (Ośrodek Wdrożeń Ekonomiczno-Organizacyjnych Budownictwa PROMOCJA sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie) lub Orgbud („ORGBUD – SERWIS" sp. z o.o. w Poznaniu) z kwartału poprzedzającego dzień obliczania wynagrodzenia" i zastąpienie tej treści następującą: *„wskazany w Ofercie Wykonawcy",*

b) wykreślenia w pkt 25.6 Wzoru Umowy treści: *„średnich cen krajowych dla robót inżynieryjnych, publikowanych przez Sekocenbud (Ośrodek Wdrożeń Ekonomiczno-Organizacyjnych Budownictwa PROMOCJA sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie) lub Orgbud („ORGBUD – SERWIS" sp. z o.o. w Poznaniu) z kwartału poprzedzającego dzień obliczania wynagrodzenia, z zastrzeżeniem, że godzinowa stawka robocizny kosztorysowej będzie odpowiadała stawce określonej w Ofercie Wykonawcy ale nie może przekroczyć dwukrotności opublikowanej średniej stawki kosztorysowej dla robót inżynieryjnych"* i zastąpienie tej treści następującą: *„stawki robocizny kosztorysowej (R) kosztów pośrednich (KP), kosztów zakupu materiałów (Kz) oraz zysku (Z) określonych w ofercie Wykonawcy",*

c) wprowadzenia do Umowy pkt 25.6a Wzoru Umowy o następującej treści:

„W przypadku zastosowania stawek robocizny z daty złożenia oferty, stawki te będą podlegały waloryzacji na zasadach i warunkach przewidzianych w Umowie i w przypadku zastosowania powyższego mechanizmu, zastosowanie znajdowała będzie stawka uwzględniająca dokonaną zgodnie z Umową waloryzację",

d) dodania do Umowy w pkt 25.6b Wzoru Umowy następującej treści:

„Wykonanie przez Wykonawcę świadczeń dodatkowych według pkt. 25.1 Umowy będzie poprzedzać sporządzenie dwustronnego protokołu konieczności wykonania dodatkowych robót budowlanych/usług/dostaw podpisanego przez Strony Umowy",

13) w zakresie zarzutu nr 13 – wykreślenia z SWZ cz. IV pkt 19.5 Wzoru Umowy zapisu o treści:

„(...) bez prawa domagania się zmiany Wynagrodzenia lub odszkodowania",

14) w zakresie zarzutu nr 14 – wykreślenia pkt. 1.4.10 Wzoru Umowy,

15) w zakresie zarzutu nr 15 – zastąpienia treści pkt 12.24 Wzoru Umowy następującą treścią:

„W przypadku skorzystania przez Zamawiającego z Opcji Nadzoru, o której mowa w pkt 2.9 Umowy, Wykonawcy przysługiwało będzie wynagrodzenie dodatkowe z tytułu prac wykonanych w ramach Opcji Nadzoru, płatne na podstawie Faktur VAT wystawianych na podstawie przygotowanych przez Wykonawcę i uprzednio zaakceptowanych przez Zamawiającego comiesięcznych raportów z wykonanych prac, z odpowiednim zastosowaniem postanowień Umowy dotyczących Wynagrodzenia, w tym jego płatności. Wynagrodzenie kalkulowane będzie jako iloczyn: (i) czterokrotność wartości maksymalnej stawki robocizny kosztorysowej w robotach inżynieryjnych wskazanej w Sekocenbud - maksymalna krajowa netto aktualna w Sekocenbud obowiązującym w dacie doręczenia Wykonawcy zawiadomienia o skorzystaniu przez Zamawiającego z Opcji Nadzoru, powiększonej o wskaźnik kosztów pośrednich o wartości 80 % liczony od tej stawki robocizny i powiększonej o wskaźnik zysku o wartości 20 % liczony od podstawy stanowiącej stawkę robocizny powiększoną o koszty pośrednie, oraz (ii) liczby godzin roboczych poświęconych przez Wykonawcę na wykonanie usług objętych Opcją Nadzoru w wymiarze zaakceptowanym przez Zamawiającego w comiesięcznym raporcie z wykonanych prac. Niezależnie od powyższego, maksymalna łączna wartość wynagrodzenia Wykonawcy za prace i czynności wykonane w ramach Opcji Nadzoru (niezależnie od tego, czy Zamawiający skorzysta z Opcji Nadzoru jeden lub więcej razy) nie będzie wyższa niż 300 000 zł 00 gr (słownie: trzysta tysięcy złotych) netto. W przypadku osiągnięcia maksymalnej łącznej wartości wynagrodzenia z tytułu wykonywania prac i innych czynności objętych Opcją Nadzoru, dalsze prace i czynności objęte Opcją Nadzoru mogą zostać zlecone Wykonawcy na podstawie odrębnych zleceń Zamawiającego z odpowiednim zastosowaniem zasad kalkulacji wynagrodzenia i odbioru prac wskazanych w niniejszym pkt 12.24 oraz zgodnie z powszechnie obowiązującymi przepisami i wewnętrznymi regulacjami Zamawiającego",

16) w odniesieniu do zarzutu nr 16 – zastąpienia treści pkt 15.1. wzoru Umowy następującą treścią:

„Zabezpieczenie należytego wykonania Umowy (dalej także: „Zabezpieczenie") ustalono w wysokości 5 % Wynagrodzenia z uwzględnieniem podatku VAT, tj..... zł (słownie złotych: ....100)",

17) w odniesieniu do zarzutu nr 17 – wykreślenia z Harmonogramu Rzeczowo-Finansowego limitów Udziału % Etapu w Wartości Umowy.

Z informacji, którą Zamawiający przekazał Prezesowi Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 28 marca 2024 r., wynika, że kopia odwołania wraz z wezwaniem do przystąpienia do postępowania odwoławczego zostały zamieszczone na Platformie zakupowej Zamawiającego w dniu 26 marca 2024 r.

W ustawowym terminie przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego zgłosiło dwóch wykonawców: ENPROM Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie i GRINEA Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Rzeszowie. Jako że przystąpienia te były pozbawione wad formalnych, zaś wykonawcy wykazali swój interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść Odwołującego, Izba na posiedzeniu stwierdziła skuteczność zgłoszonych przystąpień.

Po wniesieniu odwołania przez wykonawcę VICTOR ENERGY Zamawiający w dniu 10 kwietnia 2024 r. dokona zmiany treści SWZ, które obejmują Projektowane Postanowienia Umowy w zakresie odnoszącym się do zarzutów odwołania nr 1, 2, 4, 6, 12, 14 i 15. Następnie na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron i uczestników postępowania w dniu 10 kwietnia 2024 r. Odwołujący oświadczył, że cofa pozostałe zarzuty odwołania, tj. zarzuty nr 3, 5, 7, 8, 9, 10, 11, 13, 16 i 17. W związku z tym Odwołujący wniósł o umorzenie postępowania odwoławczego, w tym w odniesieniu do zarzutów odwołania nr 1, 2, 4, 6, 12, 14 i 15 odwołania – na podstawie art. 568 pkt 2 ustawy PZP z uwagi na jego zbędność.

Zamawiający przychylił się do wniosku o umorzenie postępowania odwoławczego.

Mając na uwadze powyższe Izba zważyła, co następuje:

Zgodnie z art. 568 pkt 2 ustawy PZPIzba umarza postępowania odwoławcze w przypadku stwierdzenia, że dalsze postępowanie stało się z innej przyczyny zbędne lub niedopuszczalne. Z kolei art. 568 pkt 1 ustawy PZP stanowi, że Izba umarza postępowanie odwoławcze w przypadku cofnięcia odwołania.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, że Zamawiający w dniu 10 kwietnia 2024 r. dokonał zmiany treści Projektowanych Postanowień Umowy w zakresie, do którego odnosiły się zarzuty nr 1, 2, 4, 6, 12, 14 i 15 odwołania. Wobec tego kwestionowane w odwołaniu zapisy Wzoru Umowy mają już inną treść niż treść obowiązująca w dacie wniesienia odwołania, co czyni zbędnym orzekanie w przedmiocie dotyczących ich zarzutów. Pozostałe zarzuty odwołania zostały natomiast cofnięte przez Odwołującego, co w myśl art. 520 ust. 2 ustawy PZP powoduje, że wycofane w zakresie tych zarzutów odwołanie nie wywołuje skutków prawnych, jakie ustawa PZP wiąże z wniesieniem odwołania do Prezesa Izby.

Mając na uwadze powyższe Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że zaszły określone w art. 568 pkt 1 i pkt 2 ustawy PZP przesłanki do umorzenia postępowania odwoławczego.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 557 ustawy PZP i art. 574-576 ustawy PZP oraz w oparciu o przepis § 9 ust. 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. 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 względu na umorzenie tego postępowania odwoławczego Izba orzekła o zwrocie na rzecz Odwołującego równowartości wniesionego wpisu od odwołania w wysokości 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy).

Przewodniczący:.....

Członkowie:.....

.....