**Sygn. akt: KIO 3061/23**

**POSTANOWIENIE**
**z dnia 25 października 2023 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Beata Pakulska-Banach**

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron w dniu 25 października 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 16 października 2023 r. przez wykonawcę **STRABAG Sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie** w postępowaniu prowadzonym przez **Państwowe Gospodarstwo Wodne Wody Polskie z siedzibą w Warszawie reprezentowanym przez Regionalny Zarząd Gospodarki Wodnej w Rzeszowie** przy udziale: wykonawcy „**Keller – Polska" Sp. z o.o. z siedzibą w Ożarowie Mazowieckim**, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego

**postanawia:**

1. Umarza postępowanie odwoławcze.
2. Nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz wykonawcy STRABAG Sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie kwoty 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy), uiszczonej tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 579 ust. 1 oraz 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2023 r. poz. 1605, ze 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 3061/23**

**U z a s a d n i e n i e**

Państwowe Gospodarstwo Wodne Wody Polskie z siedzibą w Warszawie reprezentowane przez Regionalny Zarząd Gospodarki Wodnej w Rzeszowie (zwane dalej: „zamawiającym") prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2023 r. poz. 1605, ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp" lub „Pzp", na realizację zadania pn.: *Wykonanie robót budowlanych dla zadania „Budowa suchego zbiornika przeciwpowodziowego ,,Góra Ropczycka" na rzece Budzisz, na terenie m. Sędziszów Małopolski, Góra Ropczycka, Zagorzyce (...)",* numer referencyjny: RZ.ROZ.2710.74.2023.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 4 października 2023 roku, numer 2023/S 191-599352. Wartość zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 3 ust. 3 ustawy Pzp.

Wykonawca STRABAG Sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie (zwany dalej „odwołującym") w dniu 16 października 2023 r. wniósł odwołanie na niezgodną z przepisami czynność zamawiającego podjętą w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, polegającą na ustaleniu treści Specyfikacji Warunków Zamówienia, w tym projektowanych postanowień umowy w sposób naruszający przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych (Pzp) oraz przepisy Kodeksu cywilnego (Kc).

Odwołujący zarzucił zamawiającemu, że:
1. przerzuca on na wykonawcę ryzyko, które zgodnie z prawem powinien ponosić we własnym zakresie, przez co narusza klauzule abuzywne określone w art. 433 pkt 3 ustawy Pzp poprzez:
1) przerzucenie na wykonawcę ryzyka za przekazaną dokumentację projektową i wady projektowe, w tym ponoszenia „wszelkich kosztów dotyczących uregulowania stanu prawnego spowodowanego nieprawidłowym wyniesieniem projektu w terenie bądź na potrzeby „przebudowy" obiektu" (§ 8 ust 32 pkt 6, § 12 ust 1, § 20 ust 3 pkt d, f, j wzoru Umowy);
2) przerzucenie na wykonawcę ryzyka finansowego realizacji przedmiotu zamówienia w przedłużonym okresie trwania umowy, z uwagi na wystąpienie okoliczności od niego niezależnych, związanych z zaniechaniem lub nienależytym wykonaniem zobowiązań przez zamawiającego (jak wady dokumentacji projektowej) lub inne podmioty (np. opóźnienia po stronie organów administracyjnych) bądź z powodu wystąpienia zdarzeń niezależnych od wykonawcy poprzez

ustanowienie w § 20 ust 3 wzoru umowy możliwości zmiany wyłącznie terminu. Zamawiający przewiduje przesłanki zmiany terminu bez możliwości zmiany wynagrodzenia m.in. w przypadkach:
a) gdy niedotrzymanie terminu wynika z braków lub wady w dokumentacji projektowej lub innych dokumentach budowy, jak również odmiennych od przyjętych w dokumentacji projektowej warunków terenowych, w tym istnienie niezinwentaryzowanych obiektów budowlanych, sieci, instalacji;
b) wystąpienia warunków geologicznych, geotechnicznych lub hydrologicznych odbiegających w sposób istotny od przyjętych w dokumentacji projektowej, rozpoznania terenu w zakresie znalezisk archeologicznych, występowania niewybuchów lub niewypałów, c) wystąpienia po stronie właściwych organów opóźnień lub zaniechań w podjęciu czynności, do podjęcia których są zobowiązane na mocy przepisów prawa, jeżeli opóźnienie takie przekroczy okres, przewidziany w przepisach prawa, w którym czynności powinny zostać podjęte i nie jest następstwem okoliczności zawinionych przez Wykonawcę,
d) jeżeli wystąpi brak możliwości wykonywania robót z powodu nie dopuszczania do ich wykonywania przez uprawniony organ lub nakazania ich wstrzymania przez uprawniony organ wskutek okoliczności niezawinionych przez Wykonawcę,
e) wystąpienia przeszkód natury prawnej, technicznej, przeszkód związanych z utratą lub przedłużeniem się finansowania inwestycji

możliwość zmiany na podstawie umowy wyłącznie terminu oznacza ze pozostałe ryzyko w tym finansowe jest przerzucone na wykonawcę i nie będzie on miał podstaw prawnych do zmiany umowy w tym zakresie.
2. ustalenie górnego limitu kar umownych w § 15 ust 10 Umowy w wysokości nie przekraczającej wartości wynagrodzenia umownego brutto co stanowi, że taki limit jest pozorny, w rzeczywistości nie stanowi żadnego limitu (ograniczenia) i oznacza możliwość naliczenia kar umownych do 100% wartości umowy.

W związku z powyższym odwołujący zarzucał zamawiającemu naruszenie:

1. art. 16 pkt 1, 2, 3, art. 433 pkt 3 ustawy Pzp w związku z art. 8 ust 1 ustawy Pzp, art. $353^1$ Kc w zw. z art. 647 i art. 649 Kc poprzez niezasadne i bezpodstawne przerzucenie na wykonawcę odpowiedzialności i ryzyka finansowego wskazanego w część I pkt 1 i 2 odwołania, w tym za wady dokumentacji projektowej, niedostosowanie lub niezgodności tej dokumentacji z prawem, przedłużenie czasu realizacji umowy z przyczyn nieleżących po stronie wykonawcy a zależnych od Zamawiającego lub organów administracyjnych, bądź okoliczności niezależnych od stron, podczas gdy przerzucenie takiego ryzyka na wykonawcę wyczerpuje normę klauzuli abuzywnej z art. 433 pkt 3 ustawy Pzp i stanowi wyraz nadużycia pozycji dominującej przez zamawiającego.

2. art. 16 pkt 3 ustawy Pzp i art. 436 pkt 3 ustawy Pzp w związku z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp, art. 5 Kc, art. $353^1$ Kc i art. 647 Kc w zw. z art. 484 § 2 Kc w zw. z art. 483 Kc i art. 473 § 1 Kc – poprzez ustalenie górnego limitu kar umownych na poziomie nieprzekraczającym wartości wynagrodzenia umownego brutto co jest limitem pozornym, zbyt wygórowanym, nadmiernym i nieproporcjonalnym, oznaczającym możliwość naliczenia kar do 100 % wartości wynagrodzenia Wykonawcy.

W oparciu o powyższe odwołujący wnosił o nakazanie zamawiającemu dokonania czynności - zmiany treści SWZ i załącznika do SWZ Projektowane postanowienia umowy poprzez:
1. W zakresie wskazanym w części I pkt 1 odwołania: wyeliminowanie odpowiedzialności wykonawcy za wady i niezgodności z prawem przekazanej w Postępowaniu dokumentacji projektowej, a także wyeliminowania odpowiedzialności finansowej wykonawcy za działania i zaniechania zamawiającego, organów administracyjnych lub osób trzecich bądź odpowiedzialności za zdarzenia wpływające na zmianę terminu realizacji umowy bez zmiany możliwości wynagrodzenia i tak:
1) wykreślenie z § 8 ust. 32 pkt 6 ostatniego zdania tj. przerzucenia na Wykonawcę odpowiedzialności za *„Wszystkie koszty dotyczące uregulowania stanu prawnego spowodowane nieprawidłowym wyniesieniem projektu w terenie bądź potrzeby „przebudowy" obiektu lub jego części będą obciążały Wykonawcę robót budowlanych".*
2) wskazanie, że wykonawca będzie miał uprawnienia do zmiany terminu realizacji umowy oraz wynagrodzenia także w przypadkach określonych w § 20 ust. 3 jako, że okoliczności tam wymienione nie leżą po stronie wykonawcy, są od niego niezależne a ich wystąpienie nie jest możliwe do wyszacowania i wyceny w ofercie. Ponadto okoliczności, w zakresie w jakim wynikają z przyczyn leżących wyłącznie po stronie Zamawiającego powinny obciążać, jego zgodnie z rozkładem ciężaru odpowiedzialności wynikającym z art. 433 pkt 3 ustawy Pzp.
2. W zakresie wskazanym w części I pkt 2 odwołania: ustalenie górnego limitu kar umownych w wysokości 5 % wynagrodzenia umownego tj. w wysokości kary umownej za odstąpienie od umowy z przyczyn zależnych od Wykonawcy.

W dniu 23 października 2023 roku wykonawca „Keller – Polska" Sp. z o.o. z siedzibą w Ożarowie Mazowieckim, zgłosił swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego.

Izba stwierdziła, że przystąpienie ww. wykonawcy spełnia wymogi, o których mowa w art. 525 ust. 1 i 2 ustawy Pzp.

W dniu 25 października 2023 r. zamawiający złożył Prezesowi Krajowej Izby Odwoławczej odpowiedź na odwołanie, w której oświadczył, iż uwzględnia w całości zarzuty przedstawione w odwołaniu oraz, dokona czynności w postępowaniu zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu. Odpowiedź na odwołanie została podpisana przez osobę upoważnioną do reprezentowania zamawiającego.

**Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje.**

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, którzy przystąpili do postępowania po stronie wykonawcy, pod warunkiem że w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego nie przystąpił w terminie żaden wykonawca. W takim przypadku zamawiający wykonuje, powtarza lub unieważnia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia, zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu.

Stosownie do art. 568 pkt 3 ustawy Pzp Izba umarza postępowania odwoławcze, w formie postanowienia, w przypadku, o którym mowa w art. 522.

Wobec uwzględnienia przez zamawiającego odwołania w całości i braku przystąpień do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, Izba mając na względzie treść powołanych powyżej przepisów ustawy Pzp umorzyła postępowanie odwoławcze w formie postanowienia.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła stosownie do jego wyniku na podstawie art. 557 i 575 ustawy Pzp w zw. z § 9 ust. 1 pkt 2 lit. a) 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).

Zgodnie z § 9 ust. 1 pkt 2 lit. a) ww. rozporządzenia 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.

Wobec powyższego Izba orzekła o dokonaniu zwrotu z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz odwołującego kwoty 20 000,00 zł, uiszczonej tytułem wpisu od odwołania.

Mając na uwadze powyższe postanowiono jak w sentencji.

**Przewodniczący:……**