

POSTANOWIENIE

Warszawa, dnia 10 stycznia 2025 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Monika Kawa-Ogorzałek
Beata Konik
Aleksandra Kot

po rozpoznaniu w dniu 10 stycznia 2025 r. w Warszawie, na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron postępowania, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 16 grudnia 2024r. przez wykonawcę Skanska S.A. z siedzibą w Warszawie w postępowaniu prowadzonym przez Miasto Poznań oraz AQUANET S.A. z siedzibą w Poznaniu, w imieniu i na rzecz których działają Poznańskie Inwestycje Miejskie sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu przy udziale wykonawcy Aldesa Construcciones Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego,

postanawia:

1. umarza postępowanie odwoławcze,
 2. nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz Odwołującego kwoty 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) stanowiącej 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.

Przewodnicząca:

Członkowie:

.....

UZASADNIENIE

Zamawiający – Miasto Poznań oraz AQUANET S.A. z siedzibą w Poznaniu, w imieniu i na rzecz których działają Poznańskie Inwestycje Miejskie sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu prowadzi na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019r. Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2023 r. poz. 1605 ze zm. dalej: „Pzp”) postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn.: *„Budowa trasy tramwajowej w ul. Ratajczaka na odcinku od ul. Św. Marcina do ul. Królowej Jadwigi wraz ze skrzyżowaniem z ul. Matyi i Wierzbicice w ramach projektu Program Centrum – etap II – budowa trasy tramwajowej wraz z uspokojeniem ruchu samochodowego w ul. Ratajczaka”*.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane pod numerem 739227-2024; numer wydania Dz.U. S: 236/2024 w dniu 4 grudnia 2024r.

W dniu 19 kwietnia 2024r. Odwołujący - Skanska S.A. z siedzibą w Warszawie wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wobec ukształtowania przez Zamawiającego treści SWZ (tj. projektowanych postanowień Umowy) w sposób naruszający przepisy ustawy Pzp i kodeksu cywilnego, wykorzystując pozycję dominującą.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

I. art. 433 pkt 3 oraz art. 8 ust. 1 Pzp, tj. art. 353(1) Kc, art. 58 § 1 i 2 Kc, art. 5 Kc, art. 471 Kc, poprzez nieuzasadnione i bezpodstawne przeniesienie odpowiedzialności na Wykonawcę za okoliczności, za które odpowiada, w świetle Pzp, Zamawiający, i to na dwa sposoby:

(1) po pierwsze poprzez pominięcie w projektowanych postanowieniach umowy przewidujących okoliczności uzasadniające zmianę umowy (§ 16 ust. 1 Umowy) postanowień, które gwarantowałyby wykonawcy odpowiednie wynagrodzenie w sytuacji, gdy przedłużenie terminu realizacji zamówienia wynika z okoliczności, za które wyłączną odpowiedzialność ponosi Zamawiający, a po wtóre

(2) ograniczając odpowiedzialność Zamawiającego do odpowiedzialności wyłącznie za szkodę wyrządzoną umyślnie (§ 16 ust. 4 Umowy), co skutkuje pozbawieniem wykonawcy prawa do dochodzenia odszkodowania za szkodę wynikłą z niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania z powodu odpowiedzialności za które odpowiada Zamawiający na zasadzie winy nieumyślnej. Zamawiający, tym samym dopuścił się nadużycia prawa poprzez tworzenie warunków umowy o zamówienia publiczne w sposób sprzeczny z wymogami Pzp, z uwagi na fakt, że projektowane postanowienia umowne przewidują odpowiedzialność Wykonawcy za okoliczności, za które wyłączną odpowiedzialność ponosi Zamawiający, to jest w zakresie istotnego ograniczenia wykonawcy uprawnienia do dochodzenia odszkodowania z tytułu przewidzianych w umownie okoliczności stanowiących podstawy do zmiany terminu lub terminów realizacji umowy, zawężając odpowiedzialność Zamawiającego wyłącznie do winy umyślnej Zamawiającego. Niniejsze, z kolei

proceedzi do uprzywilejowania pozycji Zamawiającego oraz naruszenia zasady równowagi stron stosunku zobowiązaniowego jak i nieuprawnionego przeniesienia na Wykonawcę ryzyka za zdarzenia będące w odpowiedzialności Zamawiającego, co pozostaje w oczywistej sprzeczności z zasadami współżycia społecznego, godzi w naturę stosunku prawnego, naruszając tym samym równowagę kontraktową stron, prowadzi do nadużycia prawa podmiotowego przez zamawiającego i wymusza na wykonawcach konieczność uwzględnienia niemożliwych do precyzyjnego oszacowania ryzyk w ramach ceny ofertowej.

II. art. 433 pkt.3, art. 99 ust. 1 oraz w zw. z art. 8 ust. 1 Pzp; tj. art. 353(1); art. 58 § 1 i 2; art. 5 i art. 471 Kc poprzez nieuzasadnione przeniesienie na Wykonawcę odpowiedzialności za niewystarczalność i błędy w przekazaniu terenu budowy, w tym przejęcie przez Wykonawcę ryzyka wynikających z obowiązków decyzji środowiskowej, za zmiany i uzupełnienia w opicie przedmiotu zamówienia w zakresie pozyskania dodatkowych decyzji środowiskowych przy wyłączeniu odpowiedzialności Zamawiającego za wyniki stąd szkody wyrządzone umyślnie, co z kolei prowadzi do uprzywilejowania pozycji Zamawiającego oraz naruszenia zasady równowagi stron stosunku zobowiązaniowego jak i nieuprawnionego przeniesienia na Wykonawcę ryzyka (ponoszenie przez wykonawcę finansowych konsekwencji zaistniałych okoliczności, w tym kar umownych) za zdarzenia będące w odpowiedzialności Zamawiającego, co pozostaje w oczywistej sprzeczności z zasadami współżycia społecznego, godzi w naturę stosunku prawnego, naruszając tym samym równowagę kontraktową stron, prowadzi do nadużycia prawa podmiotowego przez zamawiającego i wymusza na wykonawcach konieczność uwzględnienia niemożliwych do precyzyjnego oszacowania ryzyk w ramach ceny ofertowej.

III. art. 99 ust.1 i 4, art. 16 ust. 1 oraz art. 433 ust. 3, art. 431 Pzp, poprzez nieprecyzyjny i niejednoznaczny opis przedmiotu zamówienia, dokonany w sposób przenoszący na Wykonawcę ryzyka, nieograniczonych co do okoliczności, ilości i zakresu, zmian (modyfikacji) czasowej organizacji ruchu (COR), co powoduje, że Wykonawcy nie są w stanie uwzględnić wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty, to z kolei prowadzi do nieporównywalności ofert, narażając Wykonawcę na ryzyko ponoszenia finansowych konsekwencji nieograniczonej ilości zmian COR przy jednoczesnym wpływie na założenia harmonogramu robót (§1 ust. 8 w zw. z § 5 ust.1 pkt. 2, pkt. 22 umowy).

IV. art. 16 oraz art. 8 ust. 1 Pzp, tj. art. 652, art. 647 Kc a także art. 353(1); art. 58 § 1 i 2 Kc poprzez nieuzasadnione rozszerzanie na zasadzie automatyzmu, odpowiedzialności Wykonawcy za każdą szkodę wynikłą w trakcie wykonywania robót, w tym bliżej nieokreśloną okolicę i zobowiązywanie Wykonawcy do naprawienia wszelkich szkód na własny koszt, bez odniesienia do zasad ogólnych odpowiedzialności. Zamawiający, modyfikując w ten sposób treść projektowanego zapisu umowy naruszył zasadę przejrzystości i proporcjonalności postępowania. Wykonawca nie jest w stanie uwzględnić wszystkich możliwych potencjalnych zdarzeń i okoliczności, wykraczających poza ochronę ubezpieczeniową a mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty, to z kolei prowadzi do nieporównywalności ofert, narażając wykonawcę na ryzyko ponoszenia finansowych konsekwencji wszelkich szkód (§ 5 ust.1 pkt. 12 umowy).

V. art. 16, art. 453 ust.3 oraz art. 8 ust. 1 Pzp tj. art. 58 § 1 Kc, poprzez umowne uregulowanie zasad zwrotu zabezpieczenia zatrzymanego na zabezpieczenie prawidłowej realizacji zobowiązań z tytułu rękojmi i gwarancji w sposób sprzeczny z treścią art. 453 ust. 3 Pzp tj. Zamawiający zamierza zwolnić lub zwrócić Wykonawcy zabezpieczenie po wygaśnięciu wszystkich zobowiązań z tytułu gwarancji i rękojmi a nie, w terminie 15 dni po upływie okresu gwarancji i rękojmi za wady jak definiują obowiązek zwrotu przepisy Pzp. Niniejsze, stanowi naruszenie zasady przejrzystości postępowania oraz przeczy działaniu Zamawiającego w granicach określonych przez przepisy prawa (§ 14 ust. 10 i 11 umowy).

VI. art. 433 pkt. 3 w zw. z art. 8 ust. 1 Pzp tj. art. 651 Kc oraz art. 647 Kc poprzez przeniesienie odpowiedzialności na Wykonawcę za szczegółowe sprawdzenie dokumentacji projektowej, potwierdzenie jej prawidłowości i zgodności w zakresie możliwości zrealizowania przedmiotu umowy, w tym w przypadku zgłoszenia wad, braków, błędów co możliwe jest tylko przed rozpoczęciem realizacji danego elementu robót, zobowiązanie Wykonawcy do przedłożenia w terminie 3 dni sposobu na ich usunięcie. Niniejsze przenosi na Wykonawcę odpowiedzialność w zakresie zweryfikowania dokumentacji, potwierdzenia jej prawidłowości jak i wystarczalności oraz braku uwag i zastrzeżeń do dokumentacji na moment podpisania Umowy, co w obliczu przedmiotu Umowy jak i terminu na przygotowanie oferty jest oświadczeniem niewiarygodnym, jak również obowiązek przedłożenia rozwiązań projektowych w terminie 3 dni od wykrycia braku, błędu czy niezgodności, co z kolei może nastąpić nie później niż przed przystąpieniem do realizacji danego elementu robót, co ogranicza terminowo jak i zakresowo możliwość zgłaszania błędów, a zobowiązanie Wykonawcy do przedłożenia rozwiązania projektowego w 3 dni od jego wykrycia jest niemożliwym do spełnienia (§ 1 ust. 3 Umowy).

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie z dnia 27 grudnia 2024 r. oświadczył, że uwzględnia odwołanie w części dotyczącej zarzutów numer 1, 3, 4, 5 oraz 6. W zakresie zarzutu oznaczonego numerem 2 wniósł o oddalenie odwołania.

Odwolujący w piśmie z dnia 8 stycznia 2025 r. oświadczył, że wycofuje zarzut nr 2 odwołania i wniósł o

umorzenie postępowania odwoławczego.

Izba ustaliła, że do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego nie zgłosił przystąpienia żaden wykonawca.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Zgodnie z art. 522 ust. 3 Pzp w przypadku uwzględnienia przez zamawiającego części zarzutów przedstawionych w odwołaniu i wycofania pozostałych zarzutów przez odwołującego, 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 albo wykonawca, który przystąpił po stronie zamawiającego nie wniósł sprzeciwu wobec uwzględnienia części zarzutów. 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 zgodnie z art. 568 pkt 3 tejże ustawy.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 557 i 575 Pzp w zw. z § 9 ust. 1 pkt 2 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 kwoty uiszczonej tytułem wpisu.

Przewodnicząca:

.....
Członkowie:
.....