

POSTANOWENIE
z dnia 27 lipca 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Przemysław Dzierżędzki

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron i uczestników postępowania odwoławczego w dniu 27 lipca 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 13 lipca 2023 r. przez wykonawcę **Skanska S.A. w Warszawie**

w postępowaniu prowadzonym przez **Poznańskie Inwestycje Miejskie sp. z o.o. w Poznaniu**, działającą w imieniu i na rzecz **miasto Poznań z siedzibą w Poznaniu** oraz **PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. z siedzibą w Warszawie** przy udziale wykonawcy **PORR S.A. w Warszawie**, zgłaszającego przystąpienie po postępowania odwoławczego po stronie odwołującego,

postanawia:

1. umorzyć postępowanie odwoławcze,

2. znieść wzajemnie koszty postępowania odwoławczego i nakazać Urzędowi Zamówień Publicznych zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych kwoty 20.000 zł 00 gr (słownie: dwudziestu tysięcy złotych zero groszy) na rzecz wykonawcy **Skanska S.A. w Warszawie, stanowiącej wpis od odwołania.**

Stosownie do art. 579 i 580 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t. jedn. Dz. U. z 2022 r. poz. 1710 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 2033/23

Uzasadnienie

Poznańskie Inwestycje Miejskie sp. z o.o. w Poznaniu, działająca w imieniu i na rzecz miasta Poznań z siedzibą w Poznaniu oraz PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. z siedzibą w Warszawie, zwana dalej „zamawiającym”, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2022 r. poz. 1710 ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp” lub „Pzp”, którego przedmiotem jest „Budowa wiaduktów w ciągu ul. Gołęcińskiej oraz Lutyckiej – roboty budowlane [Poznań].”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 3 lipca 2023 r., nr 2023/S 125-397314.

Wobec czynności i zaniechań zamawiającego w ww. postępowaniu w dniu 13 lipca 2023 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wniósł odwołanie wykonawca Skanska S.A. w Warszawie, zwany dalej „odwołującym”.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 433 pkt 3 ustawy Pzp w związku z art. 353(1) kc, art. 58 § 1 i 2 kc, art. 5 kc, art. 471 kc, poprzez nieuzasadnione i bezpodstawne przerzucenie odpowiedzialności na wykonawcę za okoliczności, które leżą po stronie Zamawiającego, a tym samym nadużycie swojego prawa do tworzenia warunków umowy o zamówienia publiczne z uwagi na fakt, że projektowane postanowienia umowne przewidują odpowiedzialność wykonawcy za okoliczności, za które wyłączną odpowiedzialność ponosi Zamawiający na mocy postanowień ustawy pzp oraz kodeksu cywilnego jak i warunków umowy, to jest w zakresie istotnego ograniczenia wykonawcy uprawnienia do dochodzenia odszkodowania z tytułu przewidzianych w umowie okoliczności stanowiących podstawy do zmiany terminu lub terminów realizacji umowy, zawężając tą odpowiedzialność do winy Zamawiającego, a nie okoliczności za które odpowiada Zamawiający. Niniejsze prowadzi do uprzywilejowania pozycji Zamawiającego i naruszenie zasady równowagi stron stosunku zobowiązaniowego, co pozostaje w oczywistej sprzeczności z zasadami współżycia społecznego, godzi w naturę stosunku prawnego, naruszając tym samym równowagę kontraktową stron (§ 16 ust. 4 umowy);
- 2) art. 99 ust. 1 i 4 i art. 16 ust. 1 ustawy Pzp poprzez nieprecyzyjne opisanie przedmiotu zamówienia w sposób przenoszący na wykonawcę ryzyko, nieograniczonych co do ilości i zakresu, zmian (modyfikacji) czasowej organizacji ruchu, co powoduje, że wykonawcy nie znają wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty (§ 1 ust. 3a) w zw. z ust. 11 oraz § 5 ust. 1 pkt. 17 umowy);
- 3) art. 8 ust. 1 Pzp w związku z art. 647 kc w zw. z art. 433 pkt. 3 i art. 99 ust. 1 Pzp poprzez bezpodstawne i nieuzasadnione przerzucenie na wykonawcę odpowiedzialności i ryzyka poprzez ukształtowanie postanowień umownych w taki sposób, że bez wskazania terminu przekazania wykonawcy terenu budowy dla zakresu Prawa Opcji, Zamawiający precyzyjnie dookreślił umownie terminy kamieni milowych jak i terminy realizacji Prawa opcji, podane w dniach, określając początkowy bieg terminu od daty złożenia przez Zamawiającego oświadczenia o skorzystaniu z Praw Opcji (§ 7 ust. 3 w zw. z art. 21 ust. 3 i 4 umowy), co uniemożliwia wykonawcy określenie

rzeczywistego terminu na realizację, a tym samym oszacowanie w tym zakresie ryzyk. Niniejsze w sposób nieuzasadniony i bezpodstawny przenosi na Wykonawcę odpowiedzialność i ryzyko, które leżą po stronie Zamawiającego w zakresie przekazania terenu budowy w czasie, który umożliwi wykonawcy realizację zobowiązań jak i ocenę, czy umownie określony czas jest realnym.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

- 1) zmiany treści § 16 ust. 4: *W przypadku zmiany terminu lub terminów realizacji Umowy dotyczącej zamówienia podstawowego, Strony zgodnie ustalają, iż Wykonawcy będzie przysługiwało uprawnienie do żądania zmiany wynagrodzenia należnego z tytułu realizacji Umowy w wydłużonym terminie realizacji, odpowiednio w przypadkach o których mowa w ust. 1 powyżej (to znaczy w przypadkach, gdy te okoliczności będą miały wpływ na koszt wykonania zamówienia przez Wykonawcę i zostaną właściwie udowodnione i udokumentowane) chyba, że zmiana taka wynikać będzie z przyczyn za które Zamawiający nie ponosi odpowiedzialności. Powyższe nie wyłącza uprawnienia Wykonawcy do dochodzenia odszkodowania z tego tytułu, na zasadach ogólnych. Ewentualnie poprzez: Wykreślenie postanowienia § 16 ust. 4 wzoru umowy;*
- 2) modyfikacji treści § 1 ust. 3a) poprzez usunięcie słów: *(bez względu na ich ilość)* Ewentualnie poprzez nakazanie Zamawiającemu precyzyjnego zdefiniowania planowanej ilości i zakresu zmian w organizacji ruchu zastępczego, którą wykonawcy winni uwzględnić w wycenie oferty;
- 3) usunięcia § 1 ust. 11 w całości;
- 4) Zmiany treści § 5 ust. 1 pkt. 17): Poprzez usunięcie: (...) bez względu na ilość zmian (...) oraz nadanie treści: *Do obowiązków wykonawcy (również dla zakresu objętego Prawem Opcji) należy w szczególności: (...) 17) pokrycie kosztu objazdów, przejazdów, dróg tymczasowych i czasowej organizacji ruchu (dalej: COR), który obejmuje wszystkie koszty związane z projektowaniem, zatwierdzeniem, wykonaniem, ustawieniem, utrzymaniem i demontażem COR, a w tym: a) wykonanie, wdrożenie i utrzymanie na czas realizacji robót projektów COR, z uwzględnieniem potrzeb i wymagań opisanych w dokumentacji przetargowej, w zakresie realizacji robót w ramach zadania inwestycyjnego. W przypadku, gdy Zamawiający, Wykonawca bądź Inżynier Kontraktu stwierdzi uzasadnioną okolicznościami, nieprzewidywalnymi w czasie opracowania COR, konieczność uzupełnienia/modyfikacji ww. projektu lub opracowania nowych projektów, Wykonawca dokona odpowiednich nowych opracowań, lub zmian istniejących opracowań oraz uzyska wszelkie niezbędne opinie oraz zatwierdzenie Miejskiego Inżyniera Ruchu, na koszt Zamawiającego. W przypadku konieczności zmian COR będących skutkiem błędów Wykonawcy wynikających z nieuwzględnienia wymagań dokumentacji przetargowej, zmiany będą dokonane w ramach wynagrodzenia, określonego w § 4 ust. 1 Umowy (...)*
- 5) zmiany treści § 7 ust. 3 umowy poprzez dodanie: *Zamawiający przewiduje możliwość odrębnego przekazania placu budowy dla zakresu podstawowego przedmiotu Umowy oraz dla Prawa Opcji. Zamawiający przekaże Wykonawcy teren budowy dla Prawa Opcji najpóźniej w terminie 14 dni od daty złożenia przez Zamawiającego oświadczenia, o którym mowa w § 21 ust. 2*

W zw. z powyższym w § 21 ust. 3 i 4 wszędzie tam gdzie termin jest liczony od daty złożenia przez Zamawiającego oświadczenia, o którym mowa w ust. 2 lub podpisania Umowy Zmiany się na: *od daty przekazania przez Zamawiającego terenu budowy o którym mowa w § 7 ust. 3 Umowy.*

Ustalono także, że do Prezesa Izby w ustawowym terminie nie wpłynęło żadne zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

Ustalono także, że 26 lipca 2023 r., przed otwarciem posiedzenia Izby, zamawiający doręczył Prezesowi Izby odpowiedź na odwołanie, w której oświadczył, że uwzględni częściowo odwołanie w zakresie:

1.1. zarzutu dotyczącego brzmienia zapisu §16 ust. 4 projektowanych postanowień umowy (dalej: „PPU”) i modyfikuje brzmienie tego zapisu w ten sposób uzależnia dochodzenia odszkodowania z tytułu zmiany terminów realizacji umowy od okoliczności, za które odpowiada Zamawiający;

1.2. zarzutu dotyczącego postanowień dotyczących: odrębnego terminu przekazania placu budowy umowy zawartych w §7 ust. 3 PPU zgodnie z żądaniem odwołania oraz dotyczącego uzależnienia liczenia terminu na realizację zamówień objętych prawem opcji do daty przekazania placów budowy dot. praw opcji. W związku z powyższym Zamawiający modyfikuje zapisy §7 ust 3 PPU oraz §21 ust. 3 i 4 PPU zgodnie z żądaniem odwołania;

1.3. zarzutu dotyczącego nieokreśloności ilości zmian organizacji ruchu w ten sposób, że wykreśli z zapisu §1 ust. 3 lit. a) oraz zapisu §5 ust. 1 pkt 17 frazy w brzmieniu: *bez względu na ich ilość, odnoszącej się do zmian czasowej organizacji ruchu, zgodnie z żądaniem odwołania;*

W dalszej kolejności ustalono, że 27 lipca 2023 r., przed otwarciem rozprawy, odwołujący przesłał Prezesowi Izby oświadczenie, że cofa odwołanie w pozostałym zakresie, nieuwzględnionym przez zamawiającego.

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje.

Zamawiający złożył w odpowiedzi na odwołanie oświadczenie o uwzględnieniu części zarzutów odwołania. Odwołujący oświadczył, że cofa odwołanie w pozostałym zakresie, nieuwzględnionym przez zamawiającego w odpowiedzi na odwołanie. Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego nie przystąpił w terminie żaden wykonawca.

Mając na uwadze powyższe okoliczności faktyczne Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że postępowanie odwoławcze podlega umorzeniu na podstawie art. 522 ust. 3 ustawy Pzp. Zgodnie z przywoływanym przepisem, *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.*

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

W związku z powyższym Izba, działając na podstawie art. 522 ust. 3 i art. 568 pkt 3 ustawy Pzp, postanowiła jak w pkt 1 sentencji.

Izba orzekła o wzajemnym zniesieniu kosztów postępowania odwoławczego oraz nakazała zwrot odwołującemu kwoty uiszczonej tytułem wpisu od odwołania, stosownie do przepisu § 9 ust. 1 pkt 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437), który stanowi, że *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 części zarzuty przedstawione w odwołaniu i pozostałe zarzuty zostały przez odwołującego wycofane, a w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego nie przystąpił żaden wykonawca albo uczestnik postępowania odwoławczego, który przystąpił po stronie zamawiającego, nie wniósł sprzeciwu wobec uwzględnienia przez zamawiającego w części zarzutów przedstawionych w odwołaniu,*
- *w takim przypadku Izba orzeka o dokonaniu zwrotu odwołującemu z rachunku Urzędu kwoty uiszczonej tytułem wpisu.*

Przewodniczący:.....