

Sygn. akt: KIO 1773/21

POSTANOWIENIE

z dnia 27 lipca 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Izabela Niedziałek-Bujak**

Członkowie: **Agata Mikołajczyk**

Katarzyna Odrzywolska

Protokolant: **Adam Skowroński**

po rozpoznaniu na posiedzeniu w dniu 27 lipca 2021 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 14 czerwca 2021 r. przez Odwołującego – **Polski Związek Pracodawców Budownictwa**, ul. Kaliska 23 lok U4, 02-316 Warszawa w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – **Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad w Warszawie**, u. Wronia 53, 00-874 Warszawa, w imieniu którego występuje Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Katowicach, ul. Myśliwska 5, 40-017 Katowice

przy udziale

wykonawcy **NDI Spółka Akcyjna** z siedzibą w Sopocie, ul. Powstańców Warszawy 19, 81-718 Sopot zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego

wykonawcy **Polimex Infrastruktura Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością** z siedzibą w Warszawie, Al. Jana Pawła II 12, 00-124 Warszawa zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego

wykonawcy **Porr Spółka Akcyjna** z siedzibą w Warszawie, ul. Hołubcowa 123, 02-854 Warszawa zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego

wykonawcy **Eurovia Polska Spółka Akcyjna** z siedzibą w Bielanych Wrocławskich, ul. Irysowa 1, 55-040 Bielany Wrocławskie 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 – Polskiego Związku Pracodawców Budownictwa kwoty 18.000 zł 00 gr. (słownie: osiemnaście tysięcy złotych, zero groszy), stanowiącej 90% wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 580 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019r. – Prawo Zamówień Publicznych (Dz. U. 2021, poz. 1129) 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:

Członkowie:

.....

Uzasadnienie

W postępowaniu prowadzonym w trybie podstawowym przez Zamawiającego – GDDKiA Oddział w Katowicach na *Zaprojektowanie i wykonanie drogi S1 Kosztowy-Bielsko-Biała, Odcinek I/A węzeł „Bieruń” (z węzłem) – węzeł „Oświęcim” (bez węzła) wraz z obwodnicą Bierunia*” (nr ref.: O.KA.D-3.2410.25.2021), ogłoszonym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 04.06.2021 r., 2021/S 107-278469, wobec czynności polegającej na ustaleniu treści Specyfikacji Warunków Zamówienia (SWZ), wniesione zostało 14 czerwca 2021 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie Polskiego Związku Pracodawców Budownictwa (sygn. akt KIO 1773/21).

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

- 1) Art. 16 Pzp, art. 99 ust. 1 i 4 Pzp, art. 134 ust. 1 pkt 6 Pzp oraz art. 353¹ kc i art. 387 kc w zw. z art. 8 ust. 1 Pzp przez ukształtowanie treści SWZ – Tom II, Szczególne Warunki Kontraktu – Część B Postanowienia Szczególne, Subklauzula 1.1.106 oraz 8.14 [Wymagana Minimalna Ilość Wykonania] w zw. z treścią Części A Dane Kontaktowe [Wymagana Minimalna Ilość Wykonania (Kamień Milowy)] w sposób niezgodny z § 3 ust. 2 Aktu Umowy i wyznaczenie terminu wykonania Kamienia Milowego nr 2 w sposób sprzeciwiający się naturze stosunku zobowiązaniowego, naruszający bezwzględnie obowiązujące przepisy prawa, równowagę stron i prowadzący do nadużycia prawa podmiotowego, a także czyniący świadczenie niemożliwymi i skutkujący nieważnością stosunku zobowiązaniowego, poprzez ustalenie niemożliwych do dotrzymania terminów wykonania zamówienia, tj. ustalenie terminu wykonania Kamienia Milowego nr 2, do którego należy doliczyć okresy zimowe.

Odwołujący wniósł o nakazanie zmiany postanowienia na: „Kamień Milowy nr 2 – uzyskanie przejezdności w terminie 29 miesięcy od Daty Rozpoczęcia. Termin Kamieni Milowych należy liczyć zgodnie z zasadami wskazanymi w postanowieniach § 3 ust. 2 Aktu Umowy”.

- 2) art. 353¹ kc w zw. z art. 8 ust. 1 Pzp i art. 464 Pzp poprzez ukształtowanie określonych we wzorze umowy – Subklauzuli 4.4. [podwykonawcy] Warunków Szczególnych Kontraktu, pkt III [wymagania dot. Umów o podwykonawstwo] ust. 1, ust. 2 i ust. 3 – wymagań dotyczących treści umów o podwykonawstwo, których przedmiotem są dostawy lub usługi, co narusza prawo Wykonawcy do swobodnego umawiania się z Podwykonawcami (będącymi dostawcami lub usługodawcami) w materii, której przepisy Pzp i kodeksu cywilnego nie określają jako obligatoryjną, zgodnie z zasadą kontraktowania, zaś brak podstaw w Pzp do jej ograniczenia ze skutkiem dla stosunków prawnych pomiędzy Wykonawcą i Podwykonawcami (będącymi dostawcami lub

usługodawcami), zwłaszcza że wymagania te nie dotyczą istotnych postanowień umowy dostawy lub umowy o świadczenie usług ani kwestii związanych z odpowiedzialnością Zamawiającego za zapłatę wynagrodzenia dla tych Podwykonawców.

W związku z tym zarzutem wnosi o nakazanie zmiany treści SWZ – Tom II, Szczególne Warunki Kontraktu – Część B Postanowienia Szczególne, Subklauzula 4.4. [Podwykonawcy], pkt III [Wymagania dot. Umowy o podwykonawstwo] przez zastąpienie w ust. 1, 2, 3 fragmentów, w których odnosi się do umowy o podwykonawstwo opisem określającym, iż chodzi o *Umowy o podwykonawstwo, której przedmiotem są roboty budowlane*.

3) art. 465 ust. 6 Pzp oraz art. 505 pkt 4 kc w zw. z art. 8 ust. 1 Pzp poprzez ukształtowanie w treści swz – Tom II, Szczególne Warunki Kontraktu – Część B Postanowienia Szczególne, Subklauzula 4.4. [podwykonawcy], pkt IV [Bezpośrednia zapłata] uprawnień przysługujących Zamawiającemu w razie dokonania bezpośredniej zapłaty Podwykonawcy lub dalszemu Podwykonawcy w sposób wykraczający poza uprawnienia przyznane Zamawiającemu na mocy przepisów Pzp, zgodnie z którymi „*W przypadku dokonania bezpośredniej zapłaty podwykonawcy lub dalszemu podwykonawcy zamawiający potrąca kwotę wypłaconego wynagrodzenia z wynagrodzenia należnego wykonawcy*”, co oznacza, że ustawodawca w sposób wyczerpujący uregulował z jakich wierzytelności wzajemnych wykonawcy, zamawiający może dokonać potrącenia i nie ma wśród nich Zabezpieczenia należytego wykonania umowy (tego stosunku prawnego, który wynika z zawartej umowy) ani też wierzytelności Wykonawcy wynikających z innych stosunków prawnych nawiązanych z Zamawiającym.

W związku z tym zarzutem Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu dokonania zmiany postanowienia ust. 6 na: *W przypadku dokonania bezpośredniej zapłaty Podwykonawcy lub dalszemu Podwykonawcy, Zamawiający potrąca kwotę wypłaconego wynagrodzenia z wynagrodzenia należnego Wykonawcy lub odzyskuje zapłaconą kwotę z Zabezpieczenia Należytego Wykonania Umowy*.

4) art. 16 Pzp, art. 99 ust. 1 i 4 Pzp, art. 433 pkt 2 Pzp oraz art. 353¹ kc i art. 457 kc w zw. z art. 8 ust. 1 Pzp poprzez ukształtowanie treści swz – Tom II, Szczególne Warunki Kontraktu – Część B Postanowienia Szczególne, Subklauzula 8.5 [Przedłużenie Czasu na Ukończenie lub zmiana wykonania Wymaganej Minimalnej Ilości Wykonania) w sposób, który umożliwia Zamawiającemu (działającego w jego imieniu Inżynierowi) jednostronne wydzielanie Odcinków (w rozumieniu Subklauzuli 1.1.76), to jest ograniczonych części Robót, podlegających odrębnym procedurom odbiorowym i odrębnemu Czasowi na Ukończenie, których nieukończenie w terminie powoduje

odpowiedzialność z tytułu kar umownych – a co za tym idzie w sposób, który umożliwia Zamawiającemu jednostronną zmianę umowy, a przez to przerzucenie na Wykonawcę ryzyka związanego z wykonaniem umowy w sposób zmieniony o przesłanki niesprecyzowane w SWZ, a zatem nieprawidłowym (niekompletnym, niepełnym) opisem przedmiotu zamówienia, co może prowadzić do naruszenia równowagi ekonomicznej stron stosunku prawnego, a także do złożenia nieporównywalnych ofert. Powyższa jednostronna zmiana prowadzi nadto może do wprowadzenia kar umownych nie związanych z przedmiotem zamówienia, a także do niemożności świadczenia w sytuacji, gdy dla wydzielonego jednostronnie Odcinka nie da się z przyczyn obiektywnych uzyskać pozwolenia na użytkowanie.

W związku z tym zarzutem Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu zmiany Subklauzuli 8.5 i wykreślenie treści zacytowanej w odwołaniu.

- 5) art. 433 pkt 2 Pzp poprzez wprowadzenie treści swz – Tom II, Szczególne Warunki Kontraktu – Część B Postanowienia Szczególne, Subklauzula 8.8 [Kary umowne], pkt II, kar umownych za zachowanie Wykonawcy nie związane bezpośrednio lub pośrednio z przedmiotem umowy lub jej prawidłowym wykonaniem.

W związku z tym zarzutem Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu wykreślenia postanowień dotyczących naliczenia kar umownych w sytuacjach opisanych w lit a)-e).

- 6) Art. 353¹ kc w zw. z art. 8 ust. 1 Pzp poprzez sformułowanie kary umownej należnej wykonawcy w sposób, który może powodować podważanie skuteczności zastrzeżenia tej kary, a także ograniczenie uprawnienia wykonawcy do dochodzenia kary umownej z tytułu odstąpienia od umowy z przyczyn zależnych od Zamawiającego jedynie do sytuacji, gdy przedmiotowe odstąpienie zostało dokonane przez wykonawcę z przyczyn enumeratywnie wskazanych w treści Subklauzuli 15.2, przy jednoczesnym braku ograniczenia uprawnienia Zamawiającego do dochodzenia tożsamej kary umownej w przypadku odstąpienia od umowy z przyczyn zależnych od wykonawcy, co stanowi ukształtowanie treści stosunku prawnego wbrew zasadom współżycia społecznego.

W związku z tym zarzutem Odwołujący wniósł o nakazanie zmiany postanowień Subklauzuli 8.8., pkt III lit a) na:

Zamawiający zapłaci Wykonawcy Karę umowną:

- (a) z tytułu odstąpienia od Umowy przyczyn określonych w Subklauzuli 16.2 [Odstąpienie przez Wykonawcę] lub z innych przyczyn leżących po stronie Zamawiającego w wysokości 15% Zaakceptowanej Kwoty Kontraktowej netto, z wyłączeniem przyczyn określonych w Subklauzuli 15.2 [Odstąpienie z winy Wykonawcy] i Subklauzuli 15.5*

[Odstąpienie dla potrzeb Zamawiającego] i Subklauzuli 18.6 [Zwolnienie z wykonania zobowiązań z mocy Prawa] i art. 456 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

- 7) art. 16 Pzp, art. 99 Pzp, art. 647 kc w zw. z art. 8 Pzp poprzez uzależnienie dokonania przejęcia (odbioru) przez Zamawiającego części Robót, które Zamawiający użytkuje na mocy swojej autonomicznej decyzji od sporządzenia dokumentacji powykonawczej dla tej części Robót oraz uzyskania pozwolenia na użytkowanie dla tej części robót.

W związku z tym zarzutem Odwołujący wnosi o wykreślenie postanowienia z Subklauzuli 10.2 (Przejęcie Części Robót) o treści:

Przed wystawieniem Świadczenia Przejęcia (...), to tak przedłożona dokumentacja będzie stanowić element dokumentacji powykonawczej dla Robót przejmowanych w trybie Subklauzuli 10.1.

- 8) art. 16 Pzp, art. 99 ust. 1 i 4 Pzp, poprzez narzucenie wykonawcy, niedającego się przewidzieć ani wycenić na etapie sporządzenia oferty sposobu obliczenia wartości robót, w zamian za które wykonywane będą inne roboty w razie wprowadzenia Zmiany [a, o którą ro wartość będzie następnie pomniejszane wynagrodzenie wykonawcy] poprzez narzucenie konieczności stosowania cen aktualnych w dacie ustalania Zmiany z całkowitym pominięciem ceny ujętej w ofercie wykonawcy.

W związku z tym zarzutem Odwołujący wniósł o nakazanie zmiany postanowień subklauzuli 13.3.1 w sposób wskazany w odwołaniu.

- 9) art. 447 ust. 1 Pzp i art. 16 Pzp oraz art. 354 § 2 kc w zw. z art. 8 ust. 1 Pzp poprzez niezgodne z przepisami Pzp wymagania, aby Wykonawca przedkładał dowody zapłaty wynagrodzenia nie tylko dla podwykonawców robót budowlanych, ale również dla dostawców i usługodawców, podczas gdy z bezwzględnie obowiązującego art. 477 ust. 1 pkt 1 Pzp odsyłającego jedynie do art. 464 ust. 1 Pzp wynika, że chodzi wyłącznie o podwykonawców robót budowlanych, a nie również podwykonawców, z którymi zawarto umowy dostawy lub usługi, a także poprzez dyskwalifikację oświadczenia danego podwykonawcy o braku wymagalnych wierzytelności jako dowodu na uregulowanie wynagrodzenia na rzecz tego wykonawcy, podczas gdy oświadczenia takie, pochodzące wprost od samego podwykonawcy (profesjonalisty w obrocie gospodarczym), którego zapłata dotyczy, potwierdza określony w tym oświadczeniu stan faktyczny i z tego względu brak jest jakichkolwiek uzasadnionych przyczyn, by nie dawać mu wiary oraz odmawiać waloru dowodowego, a czyniąc to Zamawiający narusza obowiązek należytego współdziałania z Wykonawcą w realizacji umowy.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu dokonania zmiany subklauzuli 14,3 przez zastąpienie postanowienia nowym brzmieniem wskazanym w odwołaniu.

Do postępowania odwoławczego zgłosili przystąpienia po stronie Odwołującego wykonawcy: NDI S.A. z siedzibą w Sopocie, Polimex Infrastruktura Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, Porr S.A. z siedzibą w Warszawie, Eurovia Polska S. A. z siedzibą w Bielanach Wrocławskich.

Pismem z 26.07.2021 r. Odwołujący wycofał odwołanie.

Na posiedzeniu niejawnym, które odbyło się 27.07.2021 r., w związku z § 13 ust. 1 pkt 6 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. *w sprawie postępowania przy rozpoznawaniu odwołań przez Krajową Izbę Odwoławczą* (Dz. U. poz. 2453) Izba w sytuacji opisanej w art. 568 pkt 1 Ustawy wydała postanowienie o umorzeniu postępowania odwoławczego.

Orzekając o kosztach w oparciu o przepisy § 9 ust. 3 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. poz. 2437), Izba nakazała zwrócić na rzecz Odwołującego kwotę stanowiącą 90 % uiszczanego w wysokości 20.000,00 zł wpisu.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....